

HANOVER LAW REVIEW

ISSN: 2568-6550

Geleitwort	Prof. Dr. Volker Epping	Zum Jubiläum
Aufsatz	Prof. Dr. Bernd-Dieter Meier	Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht
Entscheidungen	Btissam Boulakhrif Daniel Müller Moritz Stamme Floriane Willeke	Streikrecht für Beamte - BVerfG 2 BvR 1395/13 Studienplatzwahl - BVerfG 1 BvL 3/14 Shill Bidding - BGH VIII ZR 100/15 Information nach IFG - BVerwG 7 C 21.16
Studienpraxis & Fallbearbeitung	Victoria Fricke Frederike Hirt Daniel Müller Simon Künnen & Felix Lücke	Klausur im Grundkurs Strafrecht II, 17 Punkte Probeexamensklausur im Öffentlichen Recht, 13 Punkte Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht, 13 Punkte Studienklausur - Weiterfressermangel und Drittschadensliquidation
Varia	Prof. Dr. Hermann Butzer Patricia Meinking Maximilian Nussbaum	Interview Fußnoten - der (ewige) Kampf zwischen Bequemlichkeit und Wissenschaft Lernexperimente

Seiten 45 bis 50

Kurz & Knapp
Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!

HANOVER. LAW. GÖHMANN.

Akademischer Nachwuchs für ambitioniertes Anwaltsteam.

Zur Unterstützung unseres Teams in **Hannover** suchen wir ab sofort eine/n

Referendarin/Referendar oder stud. / wiss. Hilfskraft

(gerne auch studien- oder promotionsbegleitend)

Die Anfänge der Sozietät GÖHMANN lassen sich auf das Jahr 1879 zurückführen. 1949 trat der heutige Namensgeber Rechtsanwalt und Notar Dr. Rudolf Göhmann am Standort Hannover in die Kanzlei ein. Den exzellenten Ruf als Wirtschaftskanzlei in Hannover haben wir uns mit einem Schwerpunkt erarbeitet auf den Feldern des Rechts der Kapitalgesellschaften, des Immobilienrechts, des anspruchsvollen Prozessrechts, des Arbeitsrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes (IP/IT). Mit über 120 fachlich spezialisierten Rechtsanwälten/innen und erfahrenen Notaren/innen zählen wir zu den führenden Wirtschaftskanzleien in Deutschland und zu einer festen Größe in unserer Heimat Hannover. Unser Ziel ist es, anspruchsvolle Rechtsberatung und komplexes Rechtsmanagement aus unserer Heimat Hannover weltweit anzubieten. Neben unseren sechs deutschen Standorten beraten spanische und deutsche Rechtsanwälte in einem GÖHMANN Büro in Barcelona. Zudem arbeiten wir eng mit unseren GLOBALAW Best-Friends-Kanzleien in fast allen Jurisdiktionen der Welt zusammen.

Für unseren Hannoveraner Standort sind wir stets auf der Suche nach ausgezeichneten Nachwuchsjuristen der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover. Wenn Sie Interesse haben, uns als Hilfskraft (gerne studien- oder promotionsbegleitend) oder als Referendar/in in der unmittelbaren Mandatsarbeit, bei wissenschaftlichen Forschungsprojekten oder bei großen Rechtsprojekten (national und international) zu unterstützen, dann melden Sie sich gerne. Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung per Mail unter Angabe der Referenznummer „HLR-CN-300“ mit Ihrem bevorzugten GÖHMANN Standort in Deutschland.

GÖHMANN Rechtsanwälte • Notare

Dr. Christian Nordholtz, M.Jur. (Oxford)

T +49 (0)511 30 277 0

christian.nordholtz@goehmann.de

Starke Partner. Überall vor Ort.

Berlin | Braunschweig | Bremen | Frankfurt am Main | Hannover | Magdeburg | Barcelona

goehmann.de

GÖHMANN
RECHTSANWÄLTE • NOTARE

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, 1 Han LR 2019, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:
Autor, Han LR 2019, Anfangsseite (Fundstellenseite)

Redaktion

Schriftleitung
Dr. Tim Brockmann
Hanover Law Review e.V.
Königsworther Platz 1
30167 Hannover
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:
Alina Amin, Btissam Boulakhrif, Robin Dudda,
Patrick Glatz, Malte Gauger, Rocky Glaser, Lucas
Haak, Antonia Hagedorn, Nathalie Hamm, Adam
Hetka, Frederike Hirt, Paula Kirsten, Simon
Künnen, Felix Lücke, Felicia Maas, Finja Maasjost,
Patricia Meinking, Daniel Müller, Anna Ordina, Moritz
Stamme, Klara Stolz, Jonas Vonjahr, Floriane Willeke,
Jasmin Wulf und Jendrik Wüstenberg.

Kontakt

redaktion@hanoverlawreview.de

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.

- Die Redaktion

Welche Fragen stellen wir?

Mit zahlreichen Entscheidungsbesprechungen, Klausuren und Beiträgen zu Lernmethoden und Studienthemen bietet die Hanover Law Review ein typisch studentisches Programm. Wir hoffen, dass die Veröffentlichungen das Studium erleichtern, eine Lern- und Lehrhilfe sind und auf die nächste Klausur und Hausarbeit vorbereiten. Rechtswissenschaft hat aber – natürlich! – mehr als nur einen Ausbildungsaspekt: Der Beitrag versucht einzelne, zufällig ausgewählte, begreifbare Schlaglichter auf Forschungsgebiete zu werfen, denen sich Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler widmen. Der klassische Blick über den Tellerrand ist wichtig – sich selbst mit der Frage auseinanderzusetzen, was man eigentlich in der eigenen Wissenschaft gerade fragt und forscht kann willkommene Abwechslung von Definitionen, Schemata und Subsumtionstechnik sein.

Legal Tech ist in aller Munde, in der Hanover Law Review – Ausgabe 03.2018 bieten die Autorinnen und Autoren um Dr. Björn Steinrötter einen Abriss darüber, was Legal Tech ist, was es leisten kann und beschäftigen sich auszugsweise mit der (historischen) Entwicklung des neuen, liebsten Themas rechtswissenschaftlicher Voraudenker. Fragen, die man sich als studentischer Leser der Hanover Law Review stellen kann, gibt es genug: Welche Auswirkungen wird Legal Tech auf meinen späteren Berufsalltag haben? Brauchen wir eine Legal Tech – Lehrveranstaltung? Habe ich Kompetenzen im Bereich Informatik, Stochastik oder Legal Data Analysis, die ich wissenschaftlich oder praktisch vertiefen sollte, bzw. einbringen kann? Einen Einblick gewähren Steinrötter (u.a.), Legal Tech: eine Bestandsaufnahme zur Digitalisierung der Rechtsbranche in HanLR 2018, 175ff.

Die zunehmende praktische Relevanz computergestützter **Rechtsprechungsdatenbanken** stellt die Rechtswissenschaft vor große Herausforderungen hinsichtlich ihrer Objektivität und Ausgeglichenheit. Viele obergerichtliche und höchstrichterliche Entscheidungen sind mittlerweile ohne weiteres elektronisch zugänglich. Zeitknappheit,

Materialfülle und Effizienzdruck können auf Seiten der Gerichte und Anwälte dazu führen, sich an leicht zugänglichen Präzedenzfällen zu orientieren, die mittels datenbankbasierter Suchen leicht auffindbar sind. Diese Entwicklung birgt das Risiko, dass die Rechtsprechung sich in Richtung eines **selbstreferenziellen Systems** entwickelt. Der Rechtswissenschaft kommt in diesem Prozess die Aufgabe zu, Rechtssachverhalte ordnend und korrigierend zu durchdringen, die dogmatische Einzelfallgerechtigkeit des Rechts in der Judikatur kritisch zu begleiten und innovative Perspektiven offen zu halten. Wie bildet man kritische und objektive Juristen aus? Und wie lässt man sich systemkritisch ausbilden, wenn die Ausbildung Teil des potentiell selbstreferenziellen Systems ist, ohne die Ausbildung selbst zu entwerten? Einen umfangreichen Ein- und Ausblick in das Thema gewährt Luhmann, Soziale Systeme (1984).

Ein wichtiges Feld rechtswissenschaftlichen Diskurses bildet die Beschäftigung mit der **Entstehung und Wirkung von Recht im gesellschaftlichen Zusammenhang**. Perspektiven der Soziologie zusammen mit rechtswissenschaftlicher Forschung unter dem Titel der Rechtssoziologie beschäftigen sich mit Gesetzevaluation und Wirkungsforschung. Beispiele von Untersuchungen, die juristisches Wissen kontextualisieren, reichen von Analysen zu Verwaltungshandeln über Justizforschung bis zu Forschung zur Rezeption von Urteilen des EuGH oder EGMR. Wie unterschiedlich entsteht Recht? Wie verschieden wird europäische Rechtsprechung in der Union umgesetzt? Für Studierende mit Fragen zur Rechtsdurchsetzungseffizienz, Rechtstransparenz und Legitimation von Recht ein lohnendes Betätigungsfeld. Einen Einblick in das Thema gewährt Hoffmann-Riem, Wirkungsorientierte Rechtswissenschaft in ZfRS 2018, 20ff.

Schnittstellenforschung im Bereich **Kriminalprävention durch sozialwissenschaftliche Empirie** ist vor allem für Normgeber interessant und notwendiger Teil der Rechtswissenschaft. Sich von gesellschaftlichen Normen und Werten zu distanzieren oder abweichende, deviante

Norm- und Wertvorstellungen aufzuweisen, ist wichtiger Aspekt in der individuellen Radikalisierung. Menschen mit solchen dissozialen Persönlichkeitsstilen zeichnen sich unter anderem durch ausgeprägtes sog. Sensation Seeking Behavior aus, häufig in Form von Drogenmissbrauch, Impulsivität und Gewalt(bereitschaft). Ein Zusammenhang zwischen dissozialen Persönlichkeitsmustern, früheren Gewalttaten, Gefängnisaufenthalten und extremistischen Überzeugungen kann empirisch nachgewiesen werden. Das gilt auch für den Zusammenhang zwischen polizeilichen Auffälligkeiten, Sympathien für gewalttätigen Protest und terroristischen Akte; Analysen der Radikalisierungsverläufe von deutschen Syrien-Ausreisern weisen eine deutliche Häufung von Vorstrafen im Bereich von Gewalt- und Eigentumsdelikten sowie Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz vor Beginn der Radikalisierung auf. Wie weit muss ein Strafgesetzgeber auf derartige Erkenntnisse reagieren? Die Abschätzung und kritische Begutachtung von Strafe, Strafmaß und allen weiteren Rechtsfolgen der rechtswidrigen schuldhaften Tat sind notwendiger Prozess, der in der Forschung Niederschlag findet. Weiterführende Lektüre findet man bei Srowig/Roth/Pisoiu/Seewald/Zick, Radikalisierung von Individuen: Ein Überblick über mögliche Erklärungsansätze (2018).

Sportrecht ist derzeit in dreifacher Hinsicht ein Schlaglicht wert, hinsichtlich der Einführung des Fachanwalts für Sportrecht, der aktuellen gesellschaftspolitischen eSport – Debatte und dem dritten Geschlecht im Sportwettkampf. Die Entscheidung des BVerfG vom 10.10.2017, dass es verfassungsrechtlich neben Frau und Mann ein drittes Geschlecht gibt, welches derzeit als „divers“ oder „drittes“, zumindest abgekürzt mit „d“ bezeichnet wird, hat nicht nur Auswirkungen auf öffentliche Toiletten, Krankversicherungstarife, Schul- und Klassenfahrten oder das Passwesen. Der organisierte Verbandssport wird Liga- und Wettkampfbetrieb zwar überdenken – es ist derzeit aber nicht anzunehmen, dass sich, mangels Zahl der Diversen im Wettkampfsport, ein eigener Spiel- und

Wettkampfbetrieb ergibt. Wie also mit Divers-Sportlern umgehen? Die Vorschläge reichen von Hormonspiegelmessungen zur Wettkampfklassenbestimmung über pauschaler Zuordnung zu den männlichen Leistungsklassen bis zur völligen Auflösung der bisherigen Strukturen.

Sportrechtlich, also in diesem Fall vereins- und verbandsrechtlich, grundrechtlich und (in Teilen) arbeitsrechtlich spannende Forschungsfragen mit praktischem Bezug. Einführend hierzu schreibt Pfister, das „dritte Geschlecht“ im Sport, SpuRt 2018, 1ff. Mit dem **§ 14q FAO** wird der Fachanwalt im Sportrecht eingeführt, ein Fachanwaltstitel mit extrem breiter Querschnittsbeschreibung, die Lektüre der Vorschrift lohnt sich; ist der erste rein-sportrechtliche Lehrstuhl der nächste Schritt? Forschung zu **legitimer Parallelrechtsprechung und dem Zwei-Säulenmodell aus lex sportiva und lex ex sportiva** ist spannende Frage, die es nicht nur für sportaffine Studierende und Forscher zu stellen lohnt. Vergleiche hierzu Freudenberg, Aufstieg in die Fachanwaltsliga, SpuRt 2019, 1ff.

In die gleiche – aber nicht selbe – Richtung stößt die Diskussion hinsichtlich der Legitimität von Legislativentscheidungen durch den Sport im Rahmen der verfassungsrechtlich garantierten Sportautonomie: Wenn sich der Deutsche Olympische Sportbund (DOSB) als Dachverband des organisierten Sports in Deutschland in der **eSport – Debatte** positioniert und damit *de facto* bestimmt, ob eSport im Sinne des § 52 Abs. 2 Nr. 21 AO als gemeinnützig steuerlich privilegiert werden kann, so wird (Bundes-)Recht durch ein demokratisch nicht legitimierte Gremium ausgefüllt.

Ähnlich – aber nicht vergleichbar – verhält es sich, wenn Landgerichte die Bergregeln der FIS (Fédération Internationale de Ski) heranziehen, um Haftungsfragen bei Skiunfällen zu beantworten. Inwieweit können private, nicht bekanntgemachte Regeln und Entscheidungen Dritter als quasi-Gesetz Einfluss auf unser Leben nehmen? An welcher Stelle bedeutet Regulierung durch den Staat die bessere, demokratischere und legitimere Variante?

Der **Homo oeconomicus** und die **Rechtsposition als Handelsware** ist noch immer aktuelles Forschungsmodell, wenn es um Mensch und Recht und die Legitimation von Recht durch menschliches Handeln geht. Das Menschenbild des Homo oeconomicus entstammt der klassischen liberalen Wirtschaftstheorie des 19. Jahrhunderts, er ist nicht als tatsächliches Abbild wirklich existierender Menschen entworfen, sondern vielmehr ein Modell, das soziale Wirklichkeit erklärbar machen soll. Der Homo oeconomicus beschreibt einen Menschen, dessen gesamtes Handeln auf die Steigerung des eigenen Nutzens ausgerichtet ist. Nutzen beschreibt dabei die Möglichkeit, eigene Bedürfnisse zu befriedigen. Unter dieser Prämisse geht es bei der ökonomischen Analyse des Rechts wesentlich darum, Recht nach marktmäßigen Gesichtspunkten zu gestalten. Solange Austauschprozesse auf Märkten möglich sind, ist das Recht irrelevant, weil sich das ökonomisch erwünschte (effiziente) Ergebnis auf Märkten von selbst durchsetzt. Es könnte wichtigste Aufgabe des Rechts sein, diese Austauschprozesse nicht zu stören und möglichst gar zu erleichtern. Sind die Modelle auf die Rechtswissenschaft anwendbar oder entziehen sich viele, bedeutende (Gemeinschafts-)Rechtsgüter der ökonomischen Analyse? An welcher Stelle vertraut man heute richtigerweise auf (alleinige Markt)Regulierung und an welcher Stelle auf gesetzliche Regeln? Warum? Eine Einführung bietet Horst Eidenmüller, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, 53ff.

Der Anteil **ausländischer Lehrstuhlinhaberinnen und Lehrstuhlinhaber** an deutschen Juristischen Fakultäten ist mit ca. 2% im Vergleich zu anderen Wissenschaften unterdurchschnittlich. Eine mögliche Ursache für die geringe internationale Diversität in der Rechtswissenschaft wird in den spezifischen Anforderungen an die Rechtswissenschaft als Professionsfakultät zu suchen sein. Zur Abnahme der Ersten Prüfung sind bspw. üblicherweise nur Personen zugelassen, die diese selbst bestanden haben – eine Voraussetzung, die ausländische Rechtswissenschaftler und Rechtswissenschaftlerinnen in der Regel nicht erfüllen. Aus studentischer Perspektive gilt es sich zu fragen, welche rechtswissenschaftlichen Vorteile man durch ein Auslandsstudium oder einen Master tatsächlich gewinnen kann und ob man diese in der Praxis überhaupt

nutzbar machen kann. Im Sinne einer globalisierten Welt darf die (Forschungs-)Frage erlaubt sein, ob das deutsche Ausbildungsmodell junger Juristinnen und Juristen mit der Internationalisierung, Globalisierung und Freizügigkeit der modernen Gesellschaft Schritt hält. Einen Einblick in das Thema gewährt: Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen des Wissenschaftsrates, Seiten 11 und 42.

Wir wünschen viel Freunde bei der Lektüre der ersten Ausgabe 2019, bei der Diskussion der hier angerissenen Fragen und freuen uns über Eure Zuschriften.

Die Redaktion



Professor Dr. Volker Epping ist Präsident der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover.

Sehr geehrte Leserinnen und Leser der Hanover Law Review, sehr geehrte Vereins- und Redaktionsmitglieder,

ich beglückwünsche Sie zum einjährigen Bestehen der Hanover Law Review.

Die junge Geschichte der Hanover Law Review ist eine kleine aber berichtenswerte Erfolgsgeschichte, die an der Juristischen Fakultät unserer Universität vor über einem Jahr ihren Anfang genommen hat. Damals haben sich sieben Studierende zusammen mit einem Mitarbeiter der Fakultät – gerade genug Mitglieder um einen Verein zu gründen – zusammengetan und ein ambitioniertes Projekt ins Leben gerufen.

Mit der Hanover Law Review ist eine studentische Ausbildungszeitschrift gegründet worden, die durch studentische Beiträge und Lokalbezug die Ausbildungslandschaft um lesens- und lernenswerte Beiträge an der Juristischen Fakultät in Hannover bereichert.

Der als Herausgeber tätige Verein hat heute über 50 Mitglieder. In der Zeitschriftenredaktion arbeiten mehr als 30 Studierende stetig daran, eine lesenswerte Zeitschrift zu produzieren. Quartalsweise erscheint durch diese engagierte Zusammenarbeit unserer Studierenden die Printausgabe einer juristischen Ausbildungszeitschrift: *Made in Hanover*.

Im ersten Jahr sind so knapp 500 Seiten Lektüre zusammengekommen, darunter Entscheidungsbesprechungen, Rechtsprechungsübersichten, Variabeiträge, bemerkenswerte Studienleistungen und Lernbeiträge in Form von Aufsätzen. Mit einer Auflagenerhöhung für unsere Erstsemester sind insgesamt 2.400 Zeitschriften verteilt worden, im vergangenen Jahr gab es so bereits über 60 Beiträge lesen.

Die Nachfrage zeigt, dass das Konzept der Zeitschrift aufgegangen ist, die Printauflage ist an den Verteilungstagen stets blitzschnell vergriffen. Glücklicherweise hat sich der Verein dazu entschlossen, die Zeitschrift kostenlos digital zur Verfügung zu stellen.

Ich danke neben den Vereinsmitgliedern, die das Redaktionsteam einschließt, meinen Hochschullehrkolleginnen und -kollegen herzlich dafür, dass sie das Projekt unterstützen. Zweitveröffentlichungen, eigens geschriebene Beiträge oder Altklausuren sind enorme Bereicherungen für die Hannover Law Review.

Ich wünsche der Hanover Law Review weiterhin gutes Gelingen, eine interessierte Leserschaft, ambitionierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und dass sie die nötige Unterstützung erfährt, um viele weitere Jubiläen feiern zu können!

Ihr

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Volker Epping', with a stylized, flowing script.

Volker Epping
Präsident

Dank

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

**PD Dr. Stephan Ast,
Prof. Dr. Hermann Butzer,
Prof. Dr. Volker Epping,
Dr. Nassim Eslami,
Dr. Sven Hasenstab,
Dipl. - Jur. Tyll Philipp Krömer,
Dr. Manuel Ladiges,
Prof. Dr. Bernd-Dieter Meier,
Kanzlei Pfeiffer – von der Heyde,
Prof. Dr. Kay Waechter,
Prof. Dr. Veith Mehde,
Prof. Dr. Christian Wolf und
der Juristischen Fakultät Hannover**

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.

Aufsatz

Prof. Dr. Bernd-Dieter Meier -	Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht	Seiten 1 bis 8
---------------------------------------	--	-----------------------

Entscheidungen

stud. iur. Btissam Boulakhrif -	Streikrecht für Beamte - BVerfG 2 BvR 1395/13	Seiten 9 bis 19
stud. iur. Daniel Müller -	Studienplatzwahl - BVerfG 1 BvL 3/14	Seiten 20 bis 30
stud. iur. Moritz Stamme -	Shill Biding - BGH VIII ZR 100/15	Seiten 31 bis 37
Dipl. Jur. Floriane Willeke -	Information nach IFG - BVerwG 7 C 21.16	Seiten 38 bis 44

Kurz & Knapp

Dr. Tim Brockmann -	Entscheidungsübersicht Zivilrecht 1/2019	Seiten 45 bis 46
Dipl. Jur. Tyll Philipp Krömer -	Entscheidungsübersicht Öffentliches Recht 1/2019	Seiten 47 bis 48
StA'in Isabell Plich -	Entscheidungsübersicht Strafrecht 1/2019	Seiten 49 bis 50

Studienpraxis & Fallbearbeitung

stud. iur. Victoria Fricke -	Klausur im Grundkurs Strafrecht II, 17 Punkte	Seiten 53 bis 58
stud. iur. Frederike Hirt -	Probeexamensklausur im Öffentlichen Recht, 13 Punkte	Seiten 59 bis 66
stud. iur. Daniel Müller -	Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht, 13 Punkte	Seiten 67 bis 73
stud. iur. Simon Künne & stud. iur. Felix Lücke -	Studienklausur - Weiterfresserschaden und Drittschadensliquidation	Seiten 74 bis 88

Varia

Prof. Dr. Hermann Butzer -	Interview	Seiten 89 bis 94
stud. iur. Patricia Meinking -	Fußnoten - der (ewige) Kampf zwischen Bequemlichkeit und Wissenschaft	Seiten 95 bis 97
Maximilian Nussbaum -	Lernexperimente	Seiten 98 bis 99

Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht

Stellen Sie sich vor, Ihr Bruder ist beim Warten auf die Straßenbahn von einem Betrunkenen angegriffen und verletzt worden. Die Polizei findet nach ein paar Tagen jemanden, den sie für den Täter hält. Ihrem Bruder geht es schlecht. Ihre Eltern sind wütend und fragen, welche Strafe dem Täter droht. Sie lesen sich im StGB die Vorschriften zu den Rechtsfolgen durch, die Vorschriften zur Freiheitsstrafe, zur Geldstrafe und zur Strafzumessung. Dabei stoßen Sie auf eine Regelung, die auf den ersten Blick dort nicht hinzupassen scheint: § 46a StGB sieht vor, dass bei demjenigen Täter, der sich um einen Täter-Opfer-Ausgleich bemüht und seine Tat wiedergutmacht, die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden kann. Die Vorschrift überrascht Sie, und zwar aus zwei Gründen: Aus strafrechtlicher Sicht überrascht es Sie, dass der Staat hier auf Strafe verzichtet. Muss derjenige, der eine Straftat begangen hat, hierfür nicht zwingend bestraft werden? Ist Strafe nicht ein Gebot der Gerechtigkeit? Aus strafprozessualer Sicht überrascht es Sie, dass hier vom „Opfer“ die Rede ist. Gehört das Opfer überhaupt in den Strafprozess? Ist Strafverfolgung nicht die Aufgabe des Staates? Wer sich nun die Mühe macht und diesen Fragen weiter nachgeht, wer etwa den Standardkommentar von Fischer zur Hand nimmt, wird in dieser Skepsis betätigt. „Aus der Sicht der Justiz“, heißt es dort, „ist ein Konzept, in dessen Mittelpunkt nicht Unrechtsbewältigung, sondern Konfliktbewältigung steht, nur schwer zu integrieren; Prinzipien der Folgen-Verantwortung sind mit dem Schuldprinzip schwer vereinbar.“¹ Aber ist das wirklich so? Was bedeutet „Täter-Opfer-Ausgleich“ und warum ist der Ausgleich in § 46a StGB geregelt?

1. Ausgangspunkt: § 46a StGB

Beginnen wir, wie man das als Juristin und Jurist gelernt hat, beim Gesetz und den verschiedenen Auslegungsmethoden. § 46a StGB enthält eine Legaldefinition: Täter-Opfer-Ausgleich wird definiert als das „Bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen“. Die Begriffe wirken zunächst vertraut. Der Begriff des „Verletzten“ ist aus dem Strafantragsrecht bekannt (§ 77 Abs. 1 StGB) und den Begriff

des „Ausgleichs“ kennt man irgendwie aus dem Zivilrecht (§§ 823ff., 249ff. BGB). Aber es irritiert, warum es genügen soll, dass sich der Täter um den Ausgleich nur „bemühen“ muss. Muss der angerichtete Schaden nicht vollständig wiedergutmacht werden, um die Strafmilderung zu erreichen? Warum wird im Strafrecht schon das bloße Bemühen honoriert? Auch im Zivilrecht ist es doch nicht damit getan, dass der Schädiger den Schadensersatz nur zum Teil leistet, der Anspruch des Geschädigten geht doch auf den vollen Schadensersatz? Wenn man genauer darüber nachdenkt, lässt sich der Sinn des § 46a StGB vom Wortlaut her nicht erschließen.

Werfen wir also einen Blick auf die Systematik des Gesetzes. § 46a StGB steht im Kontext des Strafzumessungsrechts, also des Rechts, das angibt, nach welchen Grundsätzen innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens die konkrete Strafe zu ermitteln ist. Die Zentralnorm des Strafzumessungsrechts ist § 46 StGB. Die Grundlage für die Zumessung der Strafe ist danach die Schuld des Täters. Welche Umstände insoweit zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen sind, hat der Gesetzgeber in § 46 Abs. 2 StGB festgelegt. Danach kommt es für das Strafmaß nicht nur auf solche Umstände an, die in der Tat selbst wurzeln, also z.B. auf die Beweggründe und Ziele des Täters oder auf die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat. Maßgeblich ist auch das Vorleben des Täters, insbesondere die Frage, ob er früher schon einmal bestraft worden ist und deshalb als „Rückfalltäter“ eine härtere Strafe verdient. Und maßgeblich ist auch das Nachtatverhalten, wozu auch nach § 46 Abs. 2 StGB wieder das „Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen“ zählt. Die systematische Analyse des Gesetzes sagt uns also, dass der Täter-Opfer-Ausgleich deshalb das Strafmaß beeinflussen kann, weil es beim Strafmaß gerade nicht nur um die Tat als solche, sondern auch um solche Aspekte aus dem Vor- und Nachtatverhalten des Täters geht, die das Maß der Schuld beeinflussen können. Durch ein Verhalten nach der Tat, das auf die Wiedergutmachung abzielt, kann der Täter nach geltendem Recht genauso eine Strafmilderung erhalten wie etwa durch ein Geständnis, das er im Strafverfahren ablegt und mit dem er Reue und Einsicht zum Ausdruck bringt.

¹ Fischer, Strafgesetzbuch, 66. Aufl. 2019, § 46a Rn. 3.

Der Blick auf die Systematik des Gesetzes bringt uns damit zwar neue Erkenntnisse, aber, seien wir ehrlich, wirklich erfasst haben wir noch nicht, was ein Täter-Opfer-Ausgleich ist. Da auch der Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte nicht wirklich weiterhilft – § 46a StGB wurde im Jahr 1994 durch das „Verbrechensbekämpfungsgesetz“ erlassen² –, müssen wir uns genauer mit der Teleologie der Norm, also mit ihrem aus der Norm ersichtlichen Sinn und Zweck beschäftigen. Warum ist es nach der Auffassung des Gesetzgebers erforderlich, bei der Strafzumessung das Bemühen um einen Ausgleich mit dem Verletzten strafmildernd zu berücksichtigen? In der Gesetzesbegründung verweist der Gesetzgeber nur vage auf „positive Erfahrungen“ im Jugendstrafrecht, auf die „Übernahme von Verantwortung“ durch den Täter und darauf, dass „die friedensstiftenden Wirkungen eines herkömmlichen Strafverfahrens“ hierdurch „ergänzt“ würden.³ Richtig einordnen kann man den Täter-Opfer-Ausgleich auch danach noch nicht. Aber die Gesetzesbegründung macht immerhin deutlich, dass es irgendwie um „Verantwortung“ und „Frieden“ geht, mithin um Aspekte, die über den Bereich des vom Gesetzgeber so genannten „herkömmlichen Strafverfahrens“ hinausweisen und deren Berücksichtigung der Gesetzgeber für eine notwendige Anreicherung des zuvor geltenden Rechts hält. Um noch genauer zu verstehen, was der Gesetzgeber mit diesen vagen Andeutungen meint, muss man den Blick deshalb noch einmal weiten und sich mit der sehr viel allgemeineren Frage beschäftigen, was eigentlich eine „Straftat“ ist und welche Antwort hierauf im „herkömmlichen Strafverfahren“ gegeben wird.

2. Herkömmliches Modell für die Berücksichtigung der Opferinteressen

Die Frage, was eine Straftat ist, scheint auf den ersten Blick einfach zu beantworten zu sein: In Anlehnung an § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB lässt sich sagen, dass „Straftat“ jede Tat ist, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Das ist hiermit indes nicht gemeint, sondern hier geht es darum, was eine Straftat „wirklich“ ist. Und „wirklich“ ist eine Straftat etwas anderes als die bloße Verwirklichung eines Straftatbestands; Straftaten sind soziale Geschehen, die einem anderen oder der Allgemeinheit einen unerwünschten Nachteil zufügen, weshalb sie im Interesse aller verboten sind. Wenn eine Straftat zum Nachteil eines konkreten anderen – und nicht nur gegenüber der Allgemeinheit – begangen worden ist, resultieren aus der Straftat Verletzungen, Gefühle, Bedürfnisse und Erwartungen, die irgendwie ausgeglichen werden müssen, wenn nach der Tat der „Frieden“ wieder einkehren soll. Bleiben die Folgen der Tat unausgeglichen, ist kein „Frieden“ möglich.

Die herkömmliche Lösung dieses Problems besteht in einer Aufspaltung der aus der Straftat resultierenden Interessenslage: Da ist zunächst die Antwort des Strafrechts. Wer eine Straftat begeht, muss damit rechnen, dass er bestraft wird, dass ihm also von Staats wegen ein Nachteil zugefügt wird, der im Grad seiner Belastung der Schwere des Unrechts entspricht, das mit der Tat gesetzt worden ist. Man kann den in der Strafe liegenden Ausgleich rechtsphilosophisch überhöhen, indem man sagt, dass er „zur Wiederherstellung von Gerechtigkeit notwendig“ sei, dass auf den Schlag des Täters der „Gegenschlag“ des Staates folgen müsse, um zu „vergelt“, den Täter „als Vernünftigen zu ehren“ und dergleichen mehr. In der Sache geht es beim Strafrecht aber dennoch immer vor allem darum, durch eine für den Täter und Dritte sichtbare Reaktion deutlich zu machen, dass Straftaten geahndet werden, so dass es für alle besser – vernünftiger – ist, derartige Taten nicht zu begehen. Es geht mit anderen Worten um die Markierung der Grenzen der Handlungsfreiheit, deren Überschreitung bei Strafe verboten ist, und damit letztlich um die Gewährleistung von Sicherheit für alle. Dies allein erklärt im Übrigen auch, warum die Strafverfolgungsorgane – anders als es sich die

² BGBl. I 1994, 3186.

³ BT-Drucks. 12/6853, S. 21.

klassische Rechtsphilosophie vorgestellt hat – von der Strafverfolgung absehen können, wenn die Tat die öffentlichen Interessen nicht berührt (§§ 153ff., 376 StPO).

Der Einsatz des Strafrechts nach einer Straftat dient also öffentlichen Interessen. Die privaten Interessen desjenigen, der durch eine Straftat geschädigt worden ist, werden demgegenüber herkömmlich im Zivilrecht behandelt. Wenn eine Straftat begangen worden ist, stellt das materielle Zivilrecht eine Reihe von Anspruchsgrundlagen zur Verfügung, die den Ausgleich der Folgen der Tat ermöglichen; zu denken ist etwa an § 985 BGB im Fall des Diebstahls, an § 823 BGB im Fall der Körperverletzung oder an § 825 BGB bei einem Sexualdelikt. Und das Zivilprozessrecht stellt das Verfahren zur Verfügung, in dem der Geschädigte seine Ansprüche geltend machen und durchsetzen kann. Strafrecht hier und Zivilrecht dort sind die beiden Rechtsmaterien, mit denen herkömmlich die richtige – und mutmaßlich gerechte – Antwort auf eine Straftat gefunden wird. In der deutschen Rechtsentwicklung ist diese Gegenüberstellung von Strafrecht und Zivilrecht verschiedentlich entfaltet und begründet worden. Ein Name, den man sich in diesem Zusammenhang merken kann, ist der des deutschen Strafrechtlers Karl Binding (1841 – 1920).⁴

Nun zeigt sich bei genauerer Betrachtung der Gegenüberstellung, dass man hier zwar ein schlüssiges Modell hat, das sowohl öffentliche als auch private Interessen befriedigt, dass es aber nicht mehr ist als genau das: ein theoretisches Modell, das in seiner praktischen Ausgestaltung viele Interessen unberücksichtigt lässt. Für jemanden, der durch eine Straftat geschädigt worden ist, ist das Zivilrecht ein zutiefst verletztenfeindliches Recht, weil es dem Verletzten nicht nur die Darlegungs- und Beweislast für die Straftat auferlegt, sondern ihm auch vor der Klageerhebung den Gerichtskostenvorschuss abverlangt (§ 6 Abs. 1 Satz Nr. 1 GKG); das Gericht wird erst dann tätig, wenn der Geschädigte die Verfahrensgebühr entrichtet hat. Hinzu kommt, dass das Zivilrecht im Kern nur die Vermögensbeziehungen der Beteiligten untereinander regelt, was nach einer Straftat unzweifelhaft

eine wichtige Funktion erfüllt, den aus der Tat erwachsenen Bedürfnissen, Interessen und Erwartungen des Geschädigten aber nicht umfassend Rechnung trägt. Gerade nach einer schweren Straftat haben Geschädigte oft das Bedürfnis zu verstehen, warum sie zum Opfer geworden sind; sie wollen wissen, was den Täter veranlasst hat, die Grenzen der ihm vom Gesetz gezogenen Handlungsfreiheit zu überschreiten, warum er sich gerade für ein bestimmtes Opfer entschieden hat und wie er nun, im zeitlichen Abstand zu der Tat, dazu steht. Opfer haben an den Täter typischerweise viele Fragen und sie wollen die Tat auch nicht einfach im Raum stehen lassen, so als könne man die Tat mit einer simplen Ausgleichszahlung ungeschehen machen. Das Zivilrecht lässt, mit anderen Worten, die immateriellen, nicht in Geld bezahlbaren Folgen der Tat unberücksichtigt. Die zweite offene Flanke des Zivilrechts ist die Reduzierung des Denkens auf Ansprüche und die Ausblendung der Frage nach ihrer Durchsetzung. Wenn die Höhe der zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche des Geschädigten die Zahlungsbereitschaft oder gar die Zahlungsfähigkeit des Schädigers übersteigt, verweist das Zivilrecht den Geschädigten achselzuckend auf das Vollstreckungsrecht bzw. das Insolvenzverfahren. In der Rechtswirklichkeit kommt es nicht selten vor, dass das Opfer einer Straftat zwar einen zivilrechtlichen Zahlungsanspruch hat, aber kein Geld sieht.

Die Interessen von Opfern fokussieren sich vor diesem Hintergrund auf das Strafrecht. Im herkömmlichen Strafrecht – damit sei hier einmal das vor dem Erlass von § 46a StGB im Jahr 1994 geltende Strafrechtssystem gemeint – werden die Opferinteressen allerdings ebenfalls nicht berücksichtigt. Das herkömmliche Strafrecht verweist zwar gerne darauf, dass das Opfer nach der Tat ein „Strafbedürfnis“ habe, das durch die staatliche Strafe befriedigt werde. Dass es ein solches Strafbedürfnis bei vielen Opfern, insbesondere bei Opfern schwerer Straftaten, gibt, ist nach den Ergebnissen der empirischen Forschung auch kaum zu bestreiten. Aber zum einen sind nicht alle Opfer an einer Strafe interessiert, zum zweiten ist das Strafbedürfnis bei den einzelnen Delikten sehr unterschiedlich ausgeprägt und zum dritten ist die Stärke der Strafbedürfnisse sehr stark davon abhängig, in welchem Verhältnis Täter und Opfer stehen: Es ist am höchsten bei denjenigen Opfern,

⁴ Vgl. etwa Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, S. 284ff.

die ihren Täter nicht kennen, während es mit zunehmender sozialer Nähe zwischen Täter und Opfer deutlich abnimmt.⁵ Jenseits der Befriedigung des Strafbedürfnisses hat das herkömmliche Strafrecht den Opfern nicht viel zu bieten. Die Opfer sind als Anzeigerstatter zwar gerne gesehen, denn ohne ihre Mitwirkung kämen viele Strafverfahren gar nicht in Gang. In der Regel sind die Opfer auch wichtige Beweismittel, weil sie als Tatbeteiligte Wahrnehmungen gemacht haben, zu denen sie vernommen werden können, und weil sie vielleicht auch Spureenträger sind, anhand derer ein Täter überführt werden kann. Das Strafverfahren ist jedoch keine Veranstaltung, die um der Opfer willen durchgeführt wird. Gerade wenn der Angeklagte in der Hauptverhandlung zur Person und zur Sache vernommen wird, ist das Opfer als Zeuge gar nicht im Gerichtssaal anwesend (§ 243 Abs. 2 StPO); es erfährt aus erster Hand also nichts, was für sein eigenes Verständnis von der Tat und die Einordnung des Geschehenen von Bedeutung wäre. Das Opfer darf in seiner Vernehmung grundsätzlich auch nichts sagen, was aus der Sicht des Vorsitzenden nichts zur Sachaufklärung – und das heißt: zur Überführung des Angeklagten – beiträgt. Erst 2013 ist eine Vorschrift in die StPO aufgenommen worden, nach der sich der Verletzte in seiner Vernehmung zur Sache auch zu den Auswirkungen äußern darf, die die Tat auf ihn hatte (§ 69 Abs. 2 Satz 2 StPO).⁶ Zum dritten hat das Opfer im herkömmlichen Strafprozess keine Möglichkeit, den Gang des Verfahrens zu beeinflussen; es kann weder Einfluss darauf nehmen, ob und wann die Verhandlung durchgeführt wird, noch kann es in nennenswertem Umfang beeinflussen, ob der Angeklagte und die Öffentlichkeit an seiner Vernehmung teilhaben dürfen; Intimität und Strafprozess sind zwei Konzepte, die miteinander unvereinbar sind. Nachdem ein Strafverfahren in Gang gekommen ist, kann das Opfer von seltenen Ausnahmefällen abgesehen, die mit den Zeugnisverweigerungsrechten zusammenhängen (§§ 52, 252 StPO), das Verfahren auch nicht mehr stoppen; selbst wenn es sich in der Zwischenzeit mit dem Täter versöhnt hat, muss es im Strafprozess trotzdem aussagen und damit zur Überführung des Täters beitragen. Dass der

herkömmliche Strafprozess auf die Opferinteressen nicht weitergehend Rücksicht nimmt und auch nicht nehmen kann, ist eine Folge des Umstands, dass der Strafprozess herkömmlich allein dem öffentlichen Interesse, nicht aber dem privaten Interesse des Verletzten dient.

3. Neuere Entwicklungen

Stellt man das Zivilrecht und das Strafrecht derart gegenüber, zeigt sich, dass den Opferinteressen herkömmlich von keinem der beiden Rechtsbereiche wirklich Rechnung getragen wird. Diese Feststellung bildete den Ausgangspunkt für eine Entwicklung, die in den 1980er Jahren begann und das Rechtssystem seither an einigen entscheidenden Punkten umgestaltet hat. In Abkehr von der namentlich von Binding betriebenen Zuweisung der privaten Interessen an das Zivilrecht und der öffentlichen Interessen an das Strafrecht hat sich die jüngere Rechtsentwicklung dabei auf das Strafrecht konzentriert und das Strafverfahren für die Verfolgung von Opferinteressen geöffnet. In der Sache war dies der richtige und letztlich auch der einzige Weg der rechtspolitisch gegangen werden konnte, da der Strafprozess anders als der Zivilprozess dem Amtsaufklärungsgrundsatz folgt (§ 155 Abs. 1, § 244 Abs. 2, § 264 StPO) und damit grundsätzlich die opferfreundlichere Verfahrensart ist.⁷ Im Kern ging es dabei immer wieder um die Anerkennung und Aufwertung von Opferinteressen, denen durch die Einräumung von Informations- und Gestaltungsmöglichkeiten ein stärkeres Gewicht verliehen wurde. Einzelheiten dieses Prozesses sind heute weniger bedeutsam als einige markante Orientierungspunkte. Die Entwicklung begann mit dem Opferschutzgesetz von 1986,⁸ durch das das 5. Buch der StPO – Beteiligung des Verletzten am Verfahren – eine neue Struktur erhielt: Umgestaltet und in seinem Anwendungsbereich erweitert wurde das bereits zuvor bestehende Institut der Nebenklage (§§ 395ff. StPO), das ebenfalls bereits zuvor bestehende Institut des Adhäsionsverfahrens, mit dem der durch die Tat Verletzte seine zivilrechtlichen Ansprüche im Rahmen des Strafverfahrens geltend machen kann, wurde vereinfacht (§§ 403ff. StPO) und die sonstigen Befugnisse des Verletzten

⁵ Kilchling, Opferinteressen und Strafverfolgung, 1995, S. 331ff.

⁶ BGBl. I 2013, 1805.

⁷ Ausführlich hierzu das Gutachten von Kilchling, Opferschutz innerhalb und außerhalb des Strafrechts, 2018.

⁸ BGBl. I 1986, 2496.

wurden ausgebaut (§§ 406dff. StPO). Im Wendejahr 1990 wurde im Jugendstrafrecht, 4 Jahre später auch im allgemeinen Strafrecht der Täter-Opfer-Ausgleich gesetzlich verankert (§ 10 Abs. 1 Nr. 7 JGG, § 46a StGB);⁹ kurze Zeit später wurde in die StPO eine Norm aufgenommen, die die Staatsanwaltschaften und die Gerichte dazu anhält, die Möglichkeit eines Täter-Opfer-Ausgleichs in jedem Stadium des Verfahrens zu prüfen und ggf. darauf hinzuwirken (§ 155a StPO).¹⁰ Weitere Reformgesetze, insbesondere zur Verbesserung der Stellung der Opfer von Sexualstraftaten folgten. Das Ergebnis der zahlreichen rechtspolitischen Bemühungen lässt sich so zusammenfassen, dass das Opfer heute im Strafprozess nicht mehr nur die Funktion eines Beweismittels hat, sondern dass es am Strafverfahren mit eigenen Rechten und Pflichten beteiligt ist. Entscheidungen können heute kaum noch über den Kopf des Verletzten hinweg getroffen werden; soweit es nicht um die Schwere der Strafe, sondern um die Täterschaft des Beschuldigten geht, hat das Opfer, das sich am Verfahren als Nebenkläger beteiligt, unabhängig von der Staatsanwaltschaft heute sogar ein eigenständiges Rechtsmittelrecht (§ 401 StPO).

Rechtspolitisch ist diese Entwicklung nicht unumstritten geblieben. Zwar kann man konstatieren, dass die Aufwertung der Opferstellung sowohl von konservativen als auch von strafrechtskritischen Kräften begrüßt wird. Ersteren ist es wichtig, dass das Opfer im Strafverfahren nicht gegenüber dem Täter in Vergessenheit gerät; letzteren erscheint es attraktiv, dass mit der Aufwertung der Opferinteressen im Strafverfahren Alternativen zum herkömmlichen, rein retributiven, d.h. allein auf Vergeltung setzenden Strafrechtssystem sichtbar werden. Die Justiz und die Anwaltschaft stehen der neuen Form der Mitwirkung von Opfern am Strafverfahren hingegen skeptisch bis ablehnend gegenüber; das eingangs gebrachte Zitat von Fischer bringt die Ablehnung deutlich auf den Punkt. Im Hintergrund der Kritik steht auf der Seite der Justiz die Verkomplizierung und damit auch die Verlangsamung des Prozesses. Wenn Nebenkläger am Verfahren mit eigenen Rechten mitwirken, müssen bei der Verhandlungsführung mehr Interessen

bedacht und vermehrt gegenläufige Interessen zum Ausgleich gebracht werden als vorher. Verteidiger haben naturgemäß vor allem die Interessen ihrer Mandantschaft im Blick und kritisieren die „Verdoppelung“ der Verfolgerseite (Staatsanwaltschaft und Nebenklage) sowie den Verlust an Vertraulichkeit, da der Verletzte im Verfahren nunmehr auch ein eigenständiges Akteneinsichtsrecht hat (§ 406e StPO). Auch das erwähnte Adhäsionsverfahren wird nicht ohne Skepsis gesehen: Wenn der Verletzte seinen aus der Straftat erwachsenen zivilrechtlichen Anspruch im Strafverfahren geltend macht (§ 403 StPO), kann es für den Verteidiger schwierig sein, hierzu eine Position zu finden, die mit der Verteidigung gegen die Anklage nicht kollidiert; macht der Angeklagte in der Hauptverhandlung beispielsweise von seinem Schweigerecht Gebrauch, ist es schwierig, den vom Verletzten geltend gemachten zivilrechtlichen Anspruch der Höhe nach zu bestreiten. Allein die Komplexität von Rechtsfragen kann indes kein Grund sein, um den Verletzten de lege ferenda aus dem Strafverfahren wieder heraus zu drängen; die Entwicklung, die die Opferrechte im Strafverfahren seit den 1980er Jahren genommen hat, dürfte rechtspolitisch unumkehrbar sein.

4. Fazit und die Idee Restorative Justice

Welche Bedeutung hat vor diesem Hintergrund der Entwicklungen im Prozessrecht der Täter-Opfer-Ausgleich? Die bisherigen Darlegungen haben gezeigt, dass der durch eine Straftat gestörte gesellschaftliche Frieden nicht allein dadurch wiederhergestellt werden kann, dass der Täter bestraft wird und dem Opfer Schadensersatzansprüche gewährt werden. Geld und Strafe allein sind nicht ausreichend, um das Spektrum der aus einer Straftat erwachsenen Verletzungen, Gefühle, Bedürfnisse und Erwartungen vollständig zu befriedigen. Vor diesem Hintergrund eröffnet § 46a StGB einen Weg, der die Wiederherstellung des Friedens auf eine andere, dritte Weise ermöglicht, die im Umgang mit den Folgen der Tat wesentlich auf Kommunikation und Freiwilligkeit setzt. Der Täter-Opfer-Ausgleich will eine Alternative bieten zum bisherigen Denken in den Kategorien von Vergeltung durch Strafe und Ausgleich durch die Gewährung von Ansprüchen. Dem Opfer, das als Zeuge wesentliche Teile der Verhandlung vor der geschlossenen Tür des Sitzungssaals nicht mitbekommt und das

⁹ BGBl. I 1990, 1853.

¹⁰ BGBl. I 1999, 2491.

als Kläger im Zivilverfahren nicht mehr als einen 30 Jahre vollstreckbaren Titel bekommt, wird die Möglichkeit geboten, mit dem Täter eigenverantwortlich eine Lösung zum Umgang mit den Folgen der Tat herbeizuführen, die seine Interessen befriedigt. Auch dem Täter wird eine Option angeboten; auch er ist beim Täter-Opfer-Ausgleich nicht an die herkömmliche Dichotomie von Schweigen oder Gestehen gebunden, sondern er kann sich auf den Kommunikationsprozess mit dem Verletzten einlassen, auch seine Sicht der Tat und ihre Hintergründe darstellen, Erklärungen liefern, die Schilderungen des Opfers zum Täterleben und den Folgen der Tat annehmen, sich um Wiedergutmachung bemühen und vielleicht auch um Entschuldigung bitten. Nach allem, was man aus der empirischen Forschung weiß, ist diese Form des konstruktiven, kommunikativen und selbst verantworteten Umgangs mit den Folgen der Tat für die Beteiligten befriedigender als das passive Beiwohnen an einem Verfahren, in dem von anderen, professionellen Akteuren, über Strafen und Ansprüche entschieden wird.

Es liegt auf der Hand, dass damit nur ein Idealbild gezeichnet ist. In der Rechtswirklichkeit ist alles komplizierter, wobei hier nur auf die Probleme hingewiesen werden kann, ohne dass hier auch die Lösungen präsentiert werden können; hierzu gibt es umfangreiche Literatur.¹¹ Der Täter-Opfer-Ausgleich stellt an die Professionalität des Vermittlers hohe Anforderungen. In der Sache geht es beim Täter-Opfer-Ausgleich um eine besondere Form der Mediation, so wie sie vom Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 MediationsG beschrieben wird: „Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Lösung ihres Konflikts anstreben.“ Eine derartige Form der „Mediation in Strafsachen“ steht in einem Spannungsverhältnis zu nahezu sämtlichen Rechten, die dem Beschuldigten im Strafverfahren gewährt werden; das Schweigerecht im Prozess und die Kommunikation im Täter-Opfer-Ausgleich sind miteinander unvereinbar. Der Beschuldigte muss zur Teilnahme an einem Ausgleich deshalb bereit sein, er muss freiwillig

mitwirken und entgegen dem Denken in zivilrechtlichen Anspruchskategorien freiwillig Leistungen zur Wiedergutmachung erbringen. Auch der Verletzte kann und darf zur Teilnahme an einem Täter-Opfer-Ausgleich nicht gezwungen werden (so ausdrücklich § 155 Satz 3 StPO); der Täter-Opfer-Ausgleich soll ihm zusätzliche Möglichkeiten eröffnen, aber keine neuen Belastungen auferlegen. Es ist das gute Recht des Verletzten, sich nicht auf einen Kommunikationsprozess mit seinem Schädiger einzulassen, sondern – als Nebenkläger – auf eine harte Bestrafung des Täters zu drängen. Wenn und soweit Täter und Opfer mit einem Ausgleich einverstanden sind, ist es möglich, das Strafverfahren an eine der heute in allen Kommunen existierenden Ausgleichsstellen abzugeben (in Hannover z.B. Waage e.V.) und die dort tätigen Mediatorinnen und Mediatoren zu bitten, die Möglichkeiten eines Ausgleichs auszuloten und ggf. herbeizuführen. Die Einrichtungen verfahren nach eigenen fachlichen Standards, die kontinuierlich fortentwickelt werden.¹²

Jenseits dieser für beide Seiten grundlegenden, unverzichtbaren Ausgangsvoraussetzung der Freiwilligkeit der Teilnahme können sich für die Initiierung und den erfolgreichen Abschluss eines Ausgleichsgesprächs besondere Anforderungen aus der Art des begangenen Delikts und dem Verhältnis von Täter und Opfer zueinander ergeben. Schwierig ist die Initiierung von Kommunikation vor allem bei schweren Delikten, insbesondere auch bei Sexualdelikten, wenn sie für das Opfer mit erheblichen Belastungen verbunden gewesen sind. Schwierig ist es auch ein Gespräch in Gang zu bringen und auf einen Ausgleich hinzuwirken, wenn zwischen Täter und Opfer ein besonderes Näheverhältnis besteht; zu denken ist etwa an den großen Bereich der häuslichen Gewalt. Ungeachtet aller Schwierigkeiten ist häusliche Gewalt gleichzeitig ein prominentes Beispiel dafür, dass eine Konfliktlösung allein mit dem herkömmlichen Mittel der Strafe nicht zu schaffen ist: Wird der schlagende Partner (§ 223 StGB!) zu einer Geldstrafe verurteilt, ist es schlicht naiv davon auszugehen, dass die Strafe nur aus der Schatulle des Täters bezahlt

¹¹ Richter, Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung im Rahmen von § 46a StGB, 2014; Kaspar/ Weiler/ Schlickum, Der Täter-Opfer-Ausgleich, 2014.

¹² Standards. Mediation in Strafsachen im Rahmen des Täter-Opfer-Ausgleichs, 7. Aufl. 2017.

wird; typischerweise wird das Opfer die Strafe mittragen, um für den Partner die Verbüßung von Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB) abzuwenden. Schwierig ist es auch, wenn am Ausgleichsverfahren Anwälte teilnehmen, die den Sinn des Ausgleichsverfahrens nicht verstehen, sondern auf der Durchsetzung von Ansprüchen beharren. Der Charme des Täter-Opfer-Ausgleichs besteht gerade darin, dass der Geschädigte keinen Anspruch erhält, sondern eine Leistung, die zwar vielleicht nicht den finanziellen Erwartungen des Geschädigten entspricht, die ihm dafür aber sofort, also ohne die vorherige Durchführung eines Klage- und Vollstreckungsverfahrens zufließt. Schwierig kann es auch dann sein, wenn auf der Seite des Opfers eine Versicherung beteiligt ist, die den Schaden abdeckt. Alle diese Herausforderungen lassen sich indes, das zeigt die bisherige Erfahrung, in einem guten Täter-Opfer-Ausgleich bewältigen; es wäre verkehrt, bei Vorliegen der notwendigen Ausgangsvoraussetzungen auf den Versuch eines Täter-Opfer-Ausgleichs nur deshalb zu verzichten, weil man den Mediatoren und Mediatoren den Ausgleich nicht zutraut.

Vielleicht wird vor diesem Hintergrund klarer, was der Gesetzgeber meinte, als er die Einführung von § 46a StGB mit dem Satz begründete „Derartige Ausgleichsmaßnahmen ergänzen die friedentiftende Wirkung eines herkömmlichen Strafverfahrens.“ Der Täter-Opfer-Ausgleich steht für eine außerhalb der Justiz versuchte Form der Konfliktbereinigung, die den durch die Tat entstandenen oder ihr vielleicht auch vorausgegangenen Konflikt anders – und der Idee nach: besser – löst als es mit der Verhängung von Strafe oder der Zusprechung von Ansprüchen möglich ist. Der Täter-Opfer-Ausgleich steht, um eine der geistigen Wurzeln von § 46a StGB zu zitieren, für den „autonomiebetonten und opferbezogenen Weg zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens“.¹³ Das Strafverfahren und die strafrechtliche Antwort auf die Tat werden hierfür nicht automatisch verzichtbar; das können sie auch gar nicht, weil der Täter-Opfer-Ausgleich nur der Befriedigung der privaten Interessen dient, nicht aber der Befriedigung der öffentlichen Sicherheitsinter-

ressen, die dem Strafrecht seine Legitimation verleihen. Wohl aber ist es so, dass die im Rahmen des Täter-Opfer-Ausgleichs erfolgende Kommunikation und Wiedergutmachung der Folgen der Tat Umstände sind, die das Maß der Schuld in einem neuen, milderen Licht erscheinen lassen können. Derjenige, der nach einer Tat die Folgen der Tat freiwillig wieder gut macht, verdient beim Strafmaß mehr Nachsicht als derjenige, dem die Folgen der Tat für das Opfer gleichgültig sind. Es ist deshalb konsequent und richtig, dass der Gesetzgeber den Täter-Opfer-Ausgleich in § 46a StGB als gesetzlichen Strafmilderungsgrund normiert hat, der nach den Grundsätzen von § 49 Abs. 1 StGB zu einer Absenkung des Strafrahmens führen kann.

Die deutsche Rechtsordnung steht mit diesem wohlwollenden Blick auf den Täter-Opfer-Ausgleich nicht allein. Im internationalen Raum ist freilich nicht von „Täter-Opfer-Ausgleich“ die Rede, sondern hier wird für den nicht retributiven, nicht allein auf Strafe setzenden Ausgleich mit den Folgen der Tat von „Restorative Justice“ gesprochen. Der im internationalen Raum gebräuchliche Begriff ist nur schwer ins Deutsche zu übersetzen, manche sprechen von wiederherstellender, andere von heilender Gerechtigkeit. Der Täter-Opfer-Ausgleich ist nur eine Form von restorative justice; andere Formen sind etwa sog. Friedenszirkel, bei denen die Positionen von Täter und Opfer um weitere Personen aus dem jeweiligen sozialen Umfeld angereichert werden, Unterstützer, die auf der Seite des Täters und des Opfers zusätzliche Aspekte in die Aufarbeitung des Konflikts einbringen können.¹⁴ Der Europarat hat die Entwicklungen, die seit den 1980er Jahren in der Strafjustiz nicht nur in Deutschland, sondern auch in vielen anderen Ländern stattgefunden haben, erst jüngst in einer Empfehlung für die Mitgliedstaaten zusammengefasst.¹⁵ Restorative justice wird dort definiert als „any process which enables those harmed by crime, and those responsible for that harm, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the offence, through the help of a trained and impartial third party“.

¹³ Baumann u.a., Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), 1992, S. 24.

¹⁴ Ehret, TOA-Magazin (1) 2013, S. 36ff.

¹⁵ Recommendation CM/Rec(2018)8 concerning restorative justice in criminal matters.

In der Empfehlung beschreibt der Europarat die grundlegenden Prinzipien von restorative justice und gibt Hinweise für die Implementation von entsprechenden Prozessen in das Strafjustizsystem. Politisches Ziel der Recommendation (2018)⁸ ist es, die Mitgliedstaaten zu ermutigen, entsprechende Verfahren in ihren jeweiligen Strafrechtsordnungen zu implementieren. Wenn man sich dies vor Augen führt und auf der anderen Seite sieht, dass der Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland schon vor einem Vierteljahrhundert in das StGB aufgenommen wurde, wird deutlich, dass § 46a StGB in all seiner Unscheinbarkeit eine Bedeutung hat, die weit über den Rang einer bloßen Strafmilderungsnorm hinausreicht.

Streikrecht für Beamte

Art. 9 Abs. 3, 33 Abs. 5, 20 Abs. 3 GG und Art. 11 EMRK.

BVerfG, Urt. v. 12.06.2018 – 2 BvR 1738/12, 2 BvR 1395/13, 2 BvR 1068/14, 2 BvR 646/15

stud. iur. Btissam Boulakhrif

Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht):

Im Rahmen von Streiks, welche auf den Abschluss von Tarifverträgen für angestellte Lehrkräfte gerichtet waren, nahmen auch vier aktuell oder vormals beamtete Lehrkräfte, welche in drei verschiedenen Bundesländern unterrichteten, an den Streikmaßnahmen ihrer jeweiligen Gewerkschaft teil. Im Anschluss daran wurde dies durch die jeweils zuständige Disziplinarbehörde geahndet.

Die Ahndung der Teilnahme wurde mit dem Verstoß gegen grundlegende beamtenrechtliche Pflichten, insbesondere in Form des Fernbleibens vom Dienst, begründet. Gegen die Disziplinarverfügungen wandten sich die Beschwerdeführenden im Ausgangsverfahren bis zur letzten Instanz der Verwaltungsgerichtsbarkeit erfolglos. Nunmehr rügen sie vor dem BVerfG eine Verletzung ihrer Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG und dass die Gerichte in den vorgehenden Entscheidungen die für Deutschland verbindlichen Bestimmungen aus Art. 11 EMRK nicht ausreichend berücksichtigt hätten.

Hat eine Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg?

Einordnung

Art. 9 GG enthält neben der Vereinigungsfreiheit auch die Koalitionsfreiheit in Abs. 3. Beiden Grundrechten kommt in unserer freiheitlich demokratischen Grundordnung eine große Bedeutung zu, da sie sich ähnlich wie Art. 8 GG komplementär zur Meinungsfreiheit verhalten und der Ausübung der politischen Willensbildung dienen.

Die Koalitionsfreiheit findet sich neben der deutschen Rechtsordnung auch in europäischen und internationalen Bestimmungen, wie der Art. 11 EMRK, Art. 12 GR-Charta, Art. 20 und 23 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte. So verwundert es nicht, dass die Prüfung des Art. 11 EMRK im Rahmen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung in die Grundrechtsprüfung eingebettet ist. Neben einer starken systematischen Arbeit mit dem Grundgesetz bietet das Urteil somit auch einen europarechtlichen Schwerpunkt, welcher auch im Examen zunehmend an Bedeutung gewinnt. Das Streikverbot für Beamtinnen und Beamte ist seit längerer Zeit v.a. im politischen Diskurs stark umstritten. Insbesondere Gewerkschaften wie auch die GEW erhofften sich mit dem Urteil eine Aufhebung des Verbots.

Bei der Prüfung sollten insbesondere folgende Punkte in Betracht gezogen werden:

1. Sind Beamtinnen und Beamte vom Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit umfasst?
2. Handelt es sich bei dem Streikverbot für Beamtinnen und Beamte um einen eigenständigen, hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 Abs. 5 GG?
3. Inwiefern ist das Streikverbot wesentlicher und untrennbarer Bestandteil des Berufsbeamtentums?
4. Welche Rolle spielt das die Bundesrepublik Deutschland bindende Völkerrecht, wie beispielsweise die EMRK, in der Grundrechtsprüfung?

Orientierungssätze

Vom Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG sind auch Beamtinnen und Beamte umfasst.

Schranke des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts stellt Art. 33 Abs. 5 GG als kollidierendes Verfassungsrecht dar.

Das Beamtenstreikverbot ist ein eigenständiger hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 Abs. 5 GG.

Im Rahmen der Prüfung der Verletzung von Grundrechten ist eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes vorzunehmen. Die für Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Verträge dienen auf der Ebene eines einfachen Bundesgesetzes als Auslegungshilfen.

Das Streikverbot ist mit Völkerrecht, insbesondere Art. 11 EMRK, vereinbar. Eine Verletzung von Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG kommt insoweit nicht in Betracht.

Gutachterliche Lösung

A. Zulässigkeit

B. Begründetheit

I. Prüfungsmaßstab bei der Urteilsverfassungsbeschwerde

II. Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG

1. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

b) Sachlicher Schutzbereich (!)

c) Zwischenergebnis

2. Eingriff

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a) Schranke (!)

b) Schranken-Schranke

aa) Verfassungsmäßigkeit der

Ermächtigungsnorm

(1) Formelle

Verfassungsmäßigkeit

(2) Materielle

Verfassungsmäßigkeit

(a) Legitimer Zweck

(b) Geeignetheit

(c) Erforderlichkeit

(d) Angemessenheit (!)

(e) Zwischenergebnis

(3) Zwischenergebnis

bb) Verfassungsmäßigkeit der
Einzelfallentscheidung

**cc) Völkerrechtsfreundliche
Auslegung (!)**

c) Zwischenergebnis

4. Zwischenergebnis

III. Art. 2 Abs. 1 GG

IV. Zwischenergebnis

C. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 23, 90ff. BVerfGG hat Aussicht auf Erfolg, sofern sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90ff. BVerfGG

Die Verfassungsbeschwerde müsste gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90ff. BVerfGG zulässig sein.

I. Zuständigkeit des BVerfG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90ff. BVerfGG

Das Bundesverfassungsgericht ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG zuständig.

II. Beteiligtenfähigkeit, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer müssten beteiligtenfähig i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG sein. Jeder-mann i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG ist derjenige, der Träger der im konkreten Fall in Betracht kommenden Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte ist.¹ Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer sind natürliche Personen und damit Trägerinnen und Träger des Grundrechts der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG. Mithin sind sie auch beteiligtenfähig.

¹ Bethge in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 55. Auflage 2019, § 90 Rn. 125.

III. Beschwerdegegenstand, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Es müsste zudem ein tauglicher Beschwerdegegenstand i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG vorliegen. Ein solcher ist gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt.² Im Falle aller vier Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer liegt ein letztinstanzliches, verwaltungsgerichtliches Urteil vor. Folglich liegt mit dem Judikativakt ein tauglicher Beschwerdegegenstand i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG vor.

IV. Beschwerdebefugnis, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer müssten beschwerdebefugt i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG sein. Aus der Behauptung der Grundrechtsverletzung muss sich die Möglichkeit einer Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten ergeben, durch welcher er oder sie selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist.³ Vorliegend machen die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer eine Verletzung aus Art. 9 Abs. 3 GG geltend, welche durch die letztinstanzlichen Verwaltungsgerichtsurteile erfolgt sein soll. Fraglich ist, ob die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer eine Unvereinbarkeit des Streikverbots mit den Gewährleistungen der EMRK geltend machen können. Dies ist möglich, soweit sie dabei eine Verletzung von Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG geltend machen. Da die Bindung der Exekutive und Judikative an Recht und Gesetz gem. Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG auch die Beachtung der Gewährleistungen aus der EMRK bei der Auslegung der Grundrechtsnormen enthält, können diese i.V.m. einem Grundrecht gerügt werden. Die Möglichkeit, dass durch die Bestätigung der Rechtmäßigkeit der verhängten Disziplinarmaßnahmen aufgrund der Teilnahme an Streiks, die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 verletzt worden ist, ist nicht auszuschließen.

Fraglich ist zudem, ob zu beanstanden ist, dass noch vor der Erhebung der Verfassungsbeschwerde eine Beamtin aus eigenem Wunsch aus dem Beamtenverhältnis ausschied und ein Beschwerdeführer aufgrund des Erreichens der Altersgrenze in den Ruhestand trat. Die bisherige Rechtsprechung des BVerfG⁴ bejahte die Zulässigkeit trotz fehlender Gegen-

wärtigkeit aufgrund von Erledigung, u.a. im Falle eines nach wie vor bestehenden Rehabilitationsinteresses.⁵ Vorliegend besteht durchaus ein Interesse der Beschwerdeführenden daran, zu klären, ob die Disziplinarverfügungen gegen sie gelten dürfen und ob sie tatsächlich ihre Dienstpflicht verletzt hatten oder ob sie lediglich ihre grundrechtlich gewährleisteten Freiheiten rechtmäßig ausgeübt haben. Mit hin sind die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen.

Folglich sind die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdebefugt.

V. Erschöpfung des Rechtsweges und Grundsatz der Subsidiarität, § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer waren bis zur letzten Verwaltungsinstanz erfolglos und haben damit den Rechtsweg i.S.d. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG jeweils erschöpft.

VI. Ordnungsgemäßer Antrag, § 23 Abs. 1, § 92 BVerfGG und Frist, § 93 BVerfGG

Vorschriften bezüglich Form und Frist gem. §§ 23 Abs. 1, 92, 93 BVerfGG wurden eingehalten.

VII. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90ff. BVerfGG zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, sofern das letztinstanzliche Urteil der Verwaltungsgerichtbarkeit in verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Weise in den Schutzbereich eines Grundrechts eingreift, vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. In Betracht kommt eine Verletzung der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG.

I. Prüfungsmaßstab der Urteilsverfassungsbeschwerde

Bei der Prüfung ist ein teilweise eingeschränkter Prüfungsmaßstab bei der Urteilsverfassungsbeschwerde zu beachten. Auf Ebene einer einschränkenden Norm ist der Verfas-

² Bethge in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 1), § 90 Rn. 175a.

³ Epping, Grundrechte, 7. Auflage 2017, Rn. 178.

⁴ BVerfGE 81, 138 (141f.); 98, 169 (198); 99, 129 (138); 103, 44 (58).

⁵ BVerfGE 147, 50 (123).

sungsbeschwerde stattzugeben, wenn das Urteil auf einem formell oder materiell verfassungswidrigen, in die Grundrechte der Beschwerdeführenden eingreifenden Gesetz beruht nach der sog. Heck'schen Formel, während bei der Anwendung im Einzelfall der Prüfungsmaßstab auf spezifisches Verfassungsrecht beschränkt ist, also ob der Grundrechtseinfluss ausreichend beachtet wurde.⁶

II. Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG

1. Schutzbereich

Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG müsste eröffnet sein. Dafür müssten sowohl der persönliche als auch der sachliche Schutzbereich eröffnet sein.

a) Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich müsste eröffnet sein. Nach Art. 9 Abs. 3 GG kann sich jedermann auf die Koalitionsfreiheit berufen. Damit sind vom Schutzbereich natürliche Personen umfasst. Bei den Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführern handelt es sich um natürliche Personen. Schädlich ist nicht, dass es sich bei diesen um Beamtinnen und Beamte handelt.⁷ Dies wurde von einer heute überkommenen Ansicht vertreten, die besagte, dass nach der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis unter anderem Beamtinnen und Beamte sich nicht auf Grundrechte berufen können, da sie diese mit dem Eintritt in das Beamtenverhältnis aufgeben hätten, noch vertreten.⁸ Somit ist der persönliche Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG eröffnet.

b) Sachlicher Schutzbereich

Des Weiteren müsste der sachliche Schutzbereich eröffnet sein. Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Koalitionsfreiheit. Eine Koalition ist eine Vereinigung zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, dabei handelt es sich vor allem um Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen.⁹ Als Individualgrundrecht schützt die Koalitionsfreiheit den Einzelnen u.a. im Hinblick auf Gründung und Beitritt

zu einer solchen Vereinigung.¹⁰ Vom Schutzbereich umfasst sind insbesondere auch Mittel des Arbeitskampfes, darunter fallend der Streik.¹¹ Vorliegend nahmen die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer jeweils an einem Streik ihrer jeweiligen Gewerkschaft teil. Fraglich ist, wie es sich auf die Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs auswirkt, dass diese in einem Beamtenverhältnis stehen.

aa) Eine Ansicht, Berufsbeamtentum fällt in den Schutzbereich

Nach einer Ansicht ist auch das Berufsbeamtentum vom sachlichen Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG umfasst.¹² Bei den Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführern handelt es sich um Beamtinnen und Beamten. Mithin wäre der sachliche Schutzbereich eröffnet.

bb) Andere Ansicht, Verfassungsunmittelbare Begrenzung des Schutzbereichs

Nach anderer Ansicht stellt Art. 33 Abs. 5 GG eine verfassungsunmittelbare Beschränkung der Koalitionsfreiheit dar, sodass hinsichtlich der Ausübung von öffentlichen Ämtern die Koalitionsfreiheit nicht betroffen wäre.¹³ Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer stehen in einem Beamtenverhältnis. Folglich wäre der sachliche Schutzbereich nicht eröffnet.

cc) Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Folglich ist eine Stellungnahme erforderlich. Die Grundrechte stellen den Kern der freiheitlich demokratischen Ordnung dar.¹⁴ Es ist also zu vermeiden, dass es im Rahmen der Grundrechtsprüfung lediglich zu einer vorschnellen und abstrakten Güterabwägung kommt. Dies entspricht auch dem Grundsatz der praktischen Konkordanz, welcher besagt, dass kollidierende Güter mit Verfassungsrang in

⁶ BVerfGE 18, 85 (92f.).

⁷ BVerfGE 19, 303 (312), Pieper in: Schmidt-Bleibtreu/Hoffmann/Henneke, Grundgesetz Kommentar, 14. Auflage 2018, Art. 33 Rn. 132.

⁸ Vgl. Grabenwarter in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 85 EL 2018, Stand: Januar 2013, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 150.

⁹ Sodan in: Sodan, GG, 4. Auflage 2018, Art. 9 Rn. 19; Wolff in: Hömig/Wolff, Grundgesetz-Handkommentar, 12. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 15.

¹⁰ Sodan in: Sodan (Fn. 10), Art. 9 Rn. 22; Wolff in: Hömig/Wolff (Fn. 9), Art. 9 Rn. 16.

¹¹ BVerfGE 88, 103 (114); 92, 365 (393f.); Wolff in: Hömig/Wolff (Fn. 10), Art. 9 Rn. 19.

¹² BVerfGE 19, 303 (322).

¹³ BVerfGE 4, 96 (107); Rothballer, Zulässigkeit des Beamtenstreiks?, NZA 2016, 1119 (1119).

¹⁴ BVerfGE 31, 58 (73).

einen angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen.¹⁵ Damit dies verwirklicht werden kann, muss jedem Verfassungsgut eine so weit wie möglich gehende Geltung verschafft werden. Diese Ansicht wird des Weiteren dadurch unterstützt, dass gemäß dem Prinzip der Einheit der Verfassung eine „hierarchische“ Anordnung von einzelnen Verfassungsgütern abzulehnen ist. Man könnte der Einbeziehung von Beamtinnen und Beamten in den Schutzbereich auch entgegenhalten, dass ihre Besoldung gesetzlich und nicht mittels Tarifvertrag erfolgt, Art. 9 Abs. 3 GG jedoch eine Tarifbezogenheit der Streikhandlungen erfordert.¹⁶ Jedoch ist dies jedenfalls dann unzutreffend, wenn sich die Beamtinnen und Beamte an einem Streik beteiligen der auf den Abschluss eines Tarifvertrags zielt, wie es auch hier der Fall ist, da der Streik für sich bereits vom Schutzbereich umfasst ist. Mithin stellt Art. 33 Abs. 5 GG keine verfassungsunmittelbare Beschränkung dar. Folglich ist auch der sachliche Schutzbereich eröffnet.

c) Zwischenergebnis

Der Schutzbereich ist eröffnet.

2. Eingriff

Es müsste ein Eingriff in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit vorliegen. Nach dem klassischen Eingriffsbegriff müsste der Akt hoheitlicher Gewalt unmittelbar und final, imperativ zu einer Verkürzung der Grundrechtsausübung führen.¹⁷ Die durch das jeweilige letztinstanzliche Urteil bestätigten Disziplinarverfügungen stellen eine Ahndung der Teilnahme am jeweiligen Streik und damit der Ausübung der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG dar. Folglich liegt ein Eingriff in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit vor.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

a) Schranke

Zu prüfen ist zunächst, inwiefern Art. 9 Abs. 3 GG Schranken gesetzt sind und ob eine solche einschlägig ist. Der Koalitionsfreiheit fehlt es an einem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt.¹⁸ Eine Begrenzung kann dennoch durch kollidierendes Verfassungsrecht erfolgen.¹⁹ Als kollidierendes Verfassungsrecht kommen hier die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG in Betracht. Demnach ist das Beamtenverhältnis ein „öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis in Form eines besonderen Gewaltverhältnisses mit Funktionsvorbehalt“²⁰ welches mit Rechten und Pflichten des Beamten gegenüber dem Staat und *vice versa* einhergeht.²¹ Fraglich ist, ob und in welcher Form ein solcher Grundsatz hier einschlägig ist.

aa) Eine Ansicht

Nach Ansicht des BVerfG handelt es sich bei dem Streikverbot um einen eigenständigen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums.²² Die Voraussetzungen für die Konstitution eines hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums sind zum einen Traditionalität und zum anderen Substantialität.²³

(1) Traditionalität

Der Grundsatz müsste das Kriterium der Traditionalität erfüllen. Dafür müsste sich dieser mindestens unter der Reichsverfassung in Weimar als verbindlich etabliert haben.²⁴ Am 1. Februar 1922 erließ der damalige Reichspräsident Friedrich Ebert, sich auf Art. 48 Abs. 2 WRV berufend, eine Notverordnung die Arbeitsniederlegung durch Beamte der Reichsbahn verbot. Nach Außerkrafttreten dieser Verordnung wurde zwar kein weiteres Verbot dieser Art ausdrücklich gesetzlich geregelt, jedoch war es ständige Rechtsprechung ein solches Streikverbot für Beamte anzuerkennen. Somit ist das Kriterium der Traditionalität erfüllt.

¹⁵ Scholz in: Maunz-Dürig (Fn. 8), Art. 9 Rn. 337.

¹⁶ BVerfGE 28, 243 (261); 84, 212 (228); 92, 26 (41); Epping (Fn. 3), Rn. 908.

¹⁷ Battis in: Sachs, Grundgesetz, 8. Auflage 2018, Art. 33 Rn. 71.

¹⁸ Battis in: Sachs (Fn. 20), Art. 33 Rn. 71.

¹⁹ BVerfG NVwZ 2018, 1121 (1128).

²⁰ Gröpl in: Gröpl/Windthorst/von Coelnn, Studienkommentar GG, 3. Auflage 2017, Art. 33 Rn. 56.

²¹ BVerfG NVwZ 2016, 682 (683).

¹⁵ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage 1999, Rn. 317f.

¹⁶ Cornils in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 39. Edition 25.11.2018, Art. 9 Rn. 67.

¹⁷ Epping (Fn. 3), Rn. 392.

(2) Substanzialität

Des Weiteren müsste das Kriterium der Substanzialität vorliegen. Der Grundsatz müsste sich also im Kernbestand der Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums bewegen. Als solche anerkannt sind sowohl die Treupflicht des Beamten, welche gewährleisten soll, dass staatliche Organe durch die Loyalität ihrer Beamtinnen und Beamten, ihre Aufgaben wahrnehmen können,²⁵ als auch das Alimentationsprinzip, welches die Dienstherren dazu verpflichtet, den Beamtinnen und Beamten und seinen Angehörigen einen angemessenen Lebensunterhalt zu gewähren²⁶ und den einzelnen Beamtinnen und Beamten zur gleichen Zeit ein grundrechtsähnliches Individualrecht gegenüber dem Staat gewährt.²⁷ Das Streikverbot ist mit diesen eng verknüpft, da auch diese eine Forderung der Treue der Beamtin oder des Beamten zu ihrer Dienstherrin oder ihrem Dienstherren fordert, welche sich in einem Unterlassen des Fernbleibens vom Dienst äußern soll, sowie durch die Verpflichtung der Dienstherrin oder des Dienstherren einen angemessenen Lebensunterhalt zu gewähren einen Ausgleich schafft. Das Streikverbot kann also als Ausstrahlung dieser beiden fundamentalen Prinzipien des Berufsbeamtentums angesehen werden. Folglich liegt auch das Prinzip der Substanzialität vor.

(3) Zwischenergebnis

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts sind beide Kriterien für die Konstitution eines hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums gegeben. Folglich läge nach dieser Ansicht eine Schranke vor.

bb) Andere Ansicht

Eine andere Ansicht wendet ein, dass die Notverordnung aus der Weimarer Republik nicht anzuwenden, sei. Sodass es im Schluss am Kriterium der Traditionalität fehlen würde und das Beamtenstreikverbot folglich kein eigenständiger hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums wäre.²⁸

²⁵ BVerfGE 9, 268 (286); Hense in: Epping/Hillgruber (Fn. 16), Art. 33 Rn. 42; Pieper in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 7), Art. 33 Rn. 133f.; Battis in: Sachs (Fn. 20), Art. 33 Rn. 71.

²⁶ BVerfGE 8, 1 (14); 117, 330 (351); 119, 247 (269); 130, 263 (292); 139, 64 (111f.); 140, 240 (278); Battis in: Sachs (Fn. 20), Art. 33 Rn. 71.

²⁷ BVerfGE 8, 1 (17).

²⁸ Hense in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Auflage 2011, § 18a Rn. 39.

cc) Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass der Streit zu entscheiden ist. Dem Argument die Notverordnung könne nicht zur Rate gezogen werden, da sie nach dem Verständnis des Grundgesetzes nicht demokratisch legitimiert gewesen sei,²⁹ ist entgegen zuwenden, dass Art. 33 Abs. 5 GG unabhängig von deren Entstehungsbedingungen auf die vorkonstitutionellen Grundsätze Bezug nimmt. Zudem hat die damalige Grundverordnung das Streikverbot nicht begründet, sondern als bestehend vorausgesetzt.³⁰ Somit erfüllt der Grundsatz, insbesondere im Hinblick auf die Praxis der Rechtsprechung zu Zeiten der Weimarer Republik, das Kriterium der Traditionalität. Des Weiteren ließe sich das Streikverbot wohl auch unproblematisch aus dem Alimentationsprinzip in Verbindung mit der Treupflicht herauslesen. Somit ist der ersteren Ansicht zu folgen. Mithin ist das Streikverbot ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums, womit sich zugleich eine zulässige Schranke zu Art. 9 Abs. 3 GG ergibt.

b) Schranken-Schranke

Die Schranke könnte wiederum beschränkt sein, wenn sie selbst oder die Einzelfallentscheidung nicht verfassungskonform sind. Maßstab ist jeweils insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.³¹

aa) Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsnorm

Zunächst müsste die Eingriffsermächtigung selbst verfassungsgemäß sein. Dafür muss die Eingriffsermächtigung sowohl formell als auch materiell verfassungsgemäß sein. Im vorliegenden Fall geht es nicht um die Ermächtigungsnorm in ihrer Gänze und somit nicht um einen Fall des verfassungswidrigen Verfassungsrechts, sondern vielmehr um die Frage, ob der eigenständige althergebrachte Grundsatz des Berufsbeamtentums des Beamtenstreikverbots, verfassungswidrig ist.

(1) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Die formelle Verfassungsmäßigkeit des Art. 33 Abs. 5 GG ist nicht zu beanstanden.

²⁹ Hense in: Däubler (Fn. 28), § 18a Rn. 39.

³⁰ Verordnung des Reichspräsidenten, betreffend Verbot der Arbeitsniederlegung durch Beamte der Reichsbahn vom 1. Februar 1922, § 1 Abs. 1, RGBl. I. S. 187.

³¹ Epping (Fn. 3), Rn. 48.

(2) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Das Beamtenstreikverbot aus Art. 33 Abs. 5 müsste auch materiell verfassungsgemäß sein. Insbesondere müsste der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein. Dafür muss dieses einen legitimen Zweck verfolgen, geeignet, erforderlich und angemessen sein.³²

(a) Legitimer Zweck

Das Beamtenstreikverbot müsste einem legitimen Zweck dienen. Dies ist gegeben, wenn der Zweck nicht im Widerspruch zum GG steht.³³ Das generelle Beamtenstreikverbot soll die Stabilität und Funktionalität der Verwaltung sicherstellen, sodass der Staat zur Aufgabenwahrnehmung fähig ist. Dies ist mithin ein legitimer Zweck.

(b) Geeignetheit

Das Beamtenstreikverbot müsste geeignet sein, diesen Zweck zu verfolgen. Dafür muss er diesen zumindest fördern.³⁴ Das generelle Beamtenstreikverbot soll sicherstellen, dass Beamten nicht zu Zwecken des Arbeitskampfes den Dienst verweigern und somit die staatliche Aufgabenwahrnehmung gefährden. Folglich ist das generelle Beamtenstreikverbot dazu geeignet, den Zweck zu verfolgen.

(c) Erforderlichkeit

Das Beamtenstreikverbot aus Art. 33 Abs. 5 GG müsste des Weiteren erforderlich sein. Erforderlich ist dieses, wenn es kein zumindest gleich wirksames aber milderer Mittel gegeben hätte, den Zweck zu verfolgen.³⁵ Als milderer Mittel käme beispielsweise in Betracht ein eingeschränktes Streikverbot einzuführen, sodass das Streiken nur mit Einverständnis des Dienstherrn durchgeführt werden dürfe, der für eine Ablehnung wichtige Gründe, wie beispielsweise die Durchführung der Abiturprüfungen nennen müsste. Dies schließt jedoch weder eine Gefährdung der Stabilität und Aufgabenwahrnehmung der Verwaltung aus, da Schülerinnen und Schüler jeden Tag unterrichtet werden müssen, noch kann man noch von einem wirksamen Mittel des Arbeitskampfes ausgehen, wenn dieses, in welcher Form auch

immer eingeschränkt, das Einverständnis des Arbeitgebers erfordert. Somit ist das generelle Beamtenstreikverbot erforderlich.

(d) Angemessenheit

Das Beamtenstreikverbot aus Art. 33 Abs. 5 GG müsste angemessen sein, vor allem müsste es dem Grundsatz der praktischen Konkordanz entsprechen. Dies ist der Fall, wenn der beabsichtigte Zweck nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs steht bzw. die kollidierenden verfassungsrechtlichen Normen einen angemessenen Ausgleich finden.³⁶

Zum einen ergibt sich Kompensation aus dem bereits erwähnten Alimentationsprinzip, welches nicht nur den Staat verpflichtet sondern auch die einzelnen Beamtinnen und Beamte als grundrechtsähnliches Individualrecht berechtigt.³⁷ Dadurch hat der Gesetzgeber ein System der gegenseitigen Berechtigung und Verpflichtung geschaffen, dass die Notwendigkeit des Streikrechts ausschließt. Zum anderen hat der Gesetzgeber eine Vielzahl von Regelungen geschaffen, die die Beschränkung von Art. 9 Abs. 3 GG kompensieren sollen. Genannt sind die § 118 BBG und § 53 BeamStG sowie die Beamtengesetze der Länder. Diese bieten den Spitzenorganisationen der Gewerkschaften zwar keine Mitentscheidung bei der Vorbereitung gesetzlicher Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse jedoch Beteiligungsrechte. Diese Beteiligung wurde auch als Ausgleich für das Streikverbot geschaffen.³⁸

Fraglich ist, ob eine Erweiterung der Mitwirkungsbefugnisse der Gewerkschaften verfassungsrechtlich notwendig ist. Wesentliche Arbeitsbedingungen und die Besoldung der Beamten sind gesetzlich zu regeln.³⁹ Bei Gewerkschaften handelt es sich um Vertreter von Partikularinteressen.⁴⁰ Eine Erweiterung der Mitwirkungsbefugnisse würde zu einer Verletzung der Souveränität des Gesetzgebers und somit zu einem Konflikt mit dem Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1, 2 GG führen.

³⁶ Hesse (Fn. 15), Rn. 317f.

³⁷ Badura in: Maunz-Dürig (Fn. 8), Art. 33 Rn. 72.

³⁸ BT-Drs. 16/4027, 35.

³⁹ Siehe auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG und Art. 72 Abs. 1 Nr. 8 GG.

⁴⁰ Lenke, Tarifpolitik 2020: Koalitionsvertrag, staatliche Einflussnahme, Arbeitskampf – Was bringt die Zukunft?, NZA 2018, 701 (701).

³² Epping (Fn. 3), Rn. 48.

³³ Epping (Fn. 3), Rn. 50.

³⁴ Epping (Fn. 3), Rn. 53.

³⁵ Epping (Fn. 3), Rn. 55.

Fraglich ist, welche Auswirkungen dies auf die Einführung eines Tarifvertragssystems und damit auf die Tarifbindung von Beamtinnen und Beamten und Dienstherren haben würde. Vor allen Dingen würde dieses die Weitergeltung des Alimentations- und Lebenszeitprinzip, sowie zum Beispiel die Beihilfegewährung, die Sozialversicherungsfreiheit, sowie die Möglichkeit der Geltendmachung des Alimentationsprinzips vor Gericht, in Frage stellen. Das Zugeständnis eines Streikrechts könnte daher negative Auswirkungen für die Beamtinnen und Beamten selbst haben.

Der Grundsatz der praktischen Konkordanz könnte auch dadurch gewährleistet werden, dass nur einem Teil der Beamtinnen und Beamten ein Streikverbot auferlegt würde und zwar diesen, die hoheitliche Befugnisse ausüben. Dies würde jedoch zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen, denn es lässt sich nur schwer feststellen, wann hoheitliche Befugnisse vorliegen oder auch nur, ob auf die in Frage stehenden Diensthandlungen oder die Positionen der Beamtinnen und Beamten abzustellen ist. Des Weiteren stellt sich die Frage, inwiefern bei sog. Beamtinnen und Beamten mit Streikrecht noch die Grundsätze des Berufsbeamtentums, wie insbesondere das Alimentationsprinzip greifen oder diesen nicht viel eher untergraben würden. Dies führt nicht nur zu einer Abgrenzungs-, sondern auch zu einer Gleichbehandlungsproblematik sowie zu der Frage, ob solchen Beamtinnen und Beamten als Angestellte des öffentlichen Dienstes überhaupt beamtenrechtliche Substanz zukommen würde.

(e) Zwischenergebnis

Art. 33 Abs. 5 GG als generelles Beamtenstreikverbot ist verhältnismäßig und damit materiell verfassungsgemäß.

(3) Zwischenergebnis

Das Beamtenstreikverbot aus Art. 33 Abs. 5 GG ist verfassungsgemäß.

bb) Verfassungsmäßigkeit der Einzelfallentscheidung

Neben den Erwägungen aus der Verhältnismäßigkeit der Ermächtigungsnorm ist auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, eine Nachholungspflicht verpasster Unterrichtsstunden bei gleichzeitigem Streikrecht einzuführen. Eine solche würde die Schulen jedoch vor möglicherweise unüberwindbare organisatorische Schwierigkeiten stellen,

welche wiederum nachhaltig den Schulbetrieb stören würden. Des Weiteren kann insbesondere bei länger andauernden Arbeitskämpfen von Lehrkräften eine Gewährleistung des Bildungs- und Erziehungsauftrag aus Art. 7 GG nicht mehr aufrechterhalten werden. Diesem kann jedoch dadurch widersprochen werden, dass Streikmaßnahmen in Ländern mit überwiegend tarifbeschäftigten Lehrkräften der Schulbetrieb nicht in großem Maße beeinträchtigt haben. Dort hatten sich jedoch zum einen verbeamtete Schulleiterinnen und Schulleiter und ihre Stellvertreterinnen und Stellvertreter nicht an Streikhandlungen beteiligt und zudem ist es Sinn und Zweck einer Maßnahme des Arbeitskampfes Druck auf Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber auszuüben, sodass der gewünschte Tarifabschluss zustande kommen kann. Hier würde man also den Bildungs- und Erziehungsauftrag des Staates zur Disposition stellen während die Notwendigkeit des Zwangs, wie bereits erläutert, hier jedoch nicht gegeben ist. Folglich ist die Funktionsfähigkeit des Schulwesens höher zu werten. Somit ist auch hier die Verfassungsmäßigkeit zu bejahen.

cc) Völkerrechtsfreundliche Auslegung, Art. 9 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG.

Fraglich ist, ob das Streikverbot mit dem Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes vereinbar ist, insbesondere im Hinblick auf Art. 11 EMRK und ihrer Ausnahmeregelung aus Art. 11 Abs. 2 EMRK. Zur Beantwortung dieser Frage muss die Rechtsprechung des EGMR berücksichtigt werden und ob in dieser Hinsicht eine Kollision zwischen deutschem Recht und der EMRK zu beanstanden ist.⁴¹

(1) Keine Kollision zwischen deutschem Recht und EMRK

Es könnte eine Kollision zwischen deutschem Recht und der EMRK vorliegen. Durch das Zustimmungsgesetz gem. Art. 52 Abs. 2 GG zu der EMRK erteilte der Bundesgesetzgeber einen Anwendungsbefehl.⁴² Obwohl die EMRK den Rang eines Bundesgesetzes einnimmt, kommt diesem als Auslegungshilfe bezüglich Inhalt und Reichweite grundrechtlicher Gewährleistungen eine verfassungsrechtliche

⁴¹ BVerfG NJW 2004, 3407 (3408).

⁴² BVerfG NJW 2011, 1931 (1935).

Bedeutung zu. Es ist also festzustellen, ob die Reichweite der EMRK bezüglich der Vereinigungsfreiheit weiter geht, als die der Gewährleistung aus dem Grundgesetz. Folge einer solchen Kollision wäre es, dass der nationalen Rechtsnorm die Bedeutung zuzuweisen wäre, die im Einklang mit der völkerrechtlichen Norm stünde.⁴³

Unmittelbare Rechtskraftwirkung begründen einzelne Entscheidungen des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) nur *inter partes*.⁴⁴ Dennoch spielen Entscheidungen des EGMR, neben ihrer Leit- und Orientierungswirkung, eine wesentliche Rolle bei der konventionskonformen Auslegung nationalen Rechts.⁴⁵

So stellte der EGMR in einer seiner Entscheidungen fest, dass es konventionswidrig sei, Angestellte des öffentlichen Dienstes aus dem Schutzbereich des Art. 11 EMRK auszuschließen.⁴⁶ Dies ist hier gerade nicht der Fall, da auch Beamtinnen und Beamte unter den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit fallen. Das Streikrecht kann lediglich aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts aus Art. 33 Abs. 5 GG nicht ausgeübt werden. Im Verfahren *Enerji Yapi-Yol Sen v. Türkei* führte das Gericht aus, dass durch den Streik für Gewerkschaften die Möglichkeit geschaffen würde, sich zum Schutz ihrer Interessen Gehör zu verschaffen und dadurch ihre Interessen zu schützen.⁴⁷ Die Beteiligung der Gewerkschaften wird im deutschen Rechtssystem jedoch durch ein Beteiligungsrecht bei der Vorbereitung allgemeiner Regelungen, gem. § 118 BBG und § 53 BeamStG sowie der Regelungen der Landesbeamtengesetze, Rechnung getragen. Folglich liegt keine Kollision des deutschen Rechts mit der EMRK vor.

(2) Rechtfertigung nach Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK

Das Streikverbot für Beamtinnen und Beamte könnte im Übrigen gemäß Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK gerechtfertigt sein. Das Streikverbot müsste im nationalen Recht eine gesetz-

liche Grundlage haben, der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung dienen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein.

(a) Gesetzliche Grundlage

Das Streikverbot müsste gesetzlich vorgesehen sein. Es muss also ein Gesetz auf nationaler Ebene existieren, auf dem der Eingriff basiert.⁴⁸ Gesetzliche Grundlagen finden sich im Speziellen in den Beamtengesetzen des Bundes und der Länder, welche Regelungen bezüglich des unerlaubten Fernbleibens vom Dienst und der Weisungsgebundenheit enthalten. Des Weiteren ist das Streikverbot auch verfassungsrechtlich in Art. 33 Abs. 5 GG verankert. Folglich ist das Streikverbot im nationalen Recht gesetzlich vorgesehen.

(b) Legitimer Zweck

Es müsste ein legitimer Zweck für das Streikverbot vorliegen. Dieses kann sich u.a. aus der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung ergeben.⁴⁹ Das Streikverbot soll die Funktionsfähigkeit der Verwaltung gewährleisten und insbesondere im vorliegenden Fall den staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag und ein funktionierendes Schulwesen gem. Art. 7 GG gewährleisten. Somit dient das Streikverbot auch der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung.

(c) Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft

Das Streikverbot müsste in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Zum einen müssen die Maßnahmen einem dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis entspringen.⁵⁰ Zum anderen müssen diese auch verhältnismäßig sein.⁵¹ Dies wurde durch den EGMR dadurch konkretisiert, dass bei Berührung eines Nebenaspekts der Gewerkschaftstätigkeit, der Beurteilungsspielraum des Staates weiter und der Eingriff eher verhältnismäßig ist.⁵² Ein solcher Neben-

⁴³ Reiling, Die Anwendung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit auf rechtsunverbindliche internationale Standards, *ZaöRV* 2018, 311 (317).

⁴⁴ Meyer-Ladewig/Brunozzi in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, *EMRK Kommentar*, 4. Auflage 2017, Art. 46 Rn. 13.

⁴⁵ Meyer-Ladewig/Brunozzi in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Fn. 44), Art. 46 Rn. 16.

⁴⁶ EGMR, *Karacay c. Turquie*, Urt. v. 27.3.2007, Az. 6615/03, Rn. 22.

⁴⁷ EGMR, *Enerji Yapi-Yol Sen v. Türkei*, Urt. v. 21.4.2009, Az. 68959/01, Rn. 24.

⁴⁸ Daiber in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Fn. 44), Art. 11 Rn. 23.

⁴⁹ Daiber in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Fn. 44), Art. 11 Rn. 30.

⁵⁰ Daiber in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Fn. 44), Art. 11 Rn. 32.

⁵¹ Daiber in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Fn. 44), Art. 11 Rn. 33.

⁵² EGMR, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom*, Urt. v. 8.4.2014, Az. 31045/10, Rn. 87.

aspekt stellt auch der Unterstützungstreik dar.⁵³ Die verbeamteten Lehrerinnen und Lehrer nahmen an Streiks teil, die im Rahmen der Aushandlung von Tarifverträgen angestellter, also nicht-verbeamteter, Lehrerinnen und Lehrer durchgeführt wurden, demnach auch nicht die Beamtenverhältnisse der Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer betraf. Folglich muss hier von einem Unterstützungstreik ausgegangen werden, womit die verbotene Ausübung lediglich einen Nebenaspekt der Gewerkschaftstätigkeit betrifft. Das Streikverbot ist des Weiteren untrennbar mit der Beibehaltung grundlegender beamtenrechtlicher Pflichten verbunden und als traditionelle Güter mit Verfassungsrang dem einfachen Gesetzgeber nicht zur Disposition gestellt. Insbesondere genannt seien hier, wie bereits oben erwähnt, die Treupflicht sowie das Alimentationsprinzip, welches sich auch in der gesetzlichen Besoldungsregelung niederschlägt. Durch das Zugeständnis eines Streikrechts würde das System des deutschen Beamtenrechts grundsätzlich in Frage gestellt. Der Vereinigungsfreiheit aus Art. 11 EMRK ist wiederum das Recht auf Bildung aus Art. 2 ZP 1 EMRK gegenüberzustellen. Vor allem im Hinblick auf die durch das Alimentationsprinzip aus Art. 33 Abs. 5 GG, welches als grundrechtsgleiches Individualrecht den Beamtinnen und Beamte die Gewährung eines angemessenen Lebensunterhaltes garantiert, sowie aus einfachgesetzlichen Normen wie beispielsweise § 118 BBG ergibt sich eine Höherwertung des Rechts auf Bildung, welches ansonsten zur Disposition stünde.

(d) Zwischenergebnis

Das Streikverbot für Beamtinnen und Beamte ist gem. Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK gerechtfertigt

(3) Rechtfertigung nach Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK

Zudem könnte es sich bei beamteten Lehrkräften um Angehörige der Staatsverwaltung gem. Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK handeln und damit eine weitere Rechtfertigung vorliegen. Der Begriff der Angehörigen der Staatsverwaltung ist eng auszulegen.⁵⁴ Ein solcher muss im Namen des Staates ho-

heitliche Befugnisse ausüben.⁵⁵ Verfassungsrechtlich verankert in Art. 33 Abs. 5 GG stehen Beamtinnen und Beamte in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis. Sie sind klar abzugrenzen von anderen nicht verbeamteten Angestellten des öffentlichen Dienstes. Aufgrund des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag aus Art. 7 GG besteht ein großes Interesse daran, dass Lehrkräfte als Beamtinnen und Beamte ihre Aufgaben wahrnehmen.

Fraglich ist, wie zu bewerten ist, dass Lehrkräfte auch angestellt werden und auf ein Beamtenverhältnis verzichtet wird. Lehrkräfte sind in Deutschland nach wie vor in der Regel verbeamtet.⁵⁶ Eine Anstellung erfolgt zumeist aufgrund besonderer Sachgründe, wie beispielsweise flexible Einsatzmöglichkeiten.

Mithin handelt es bei verbeamteten Lehrkräften um Angehörige der Staatsverwaltung gem. Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK.

(4) Zwischenergebnis

Das Streikverbot hält der völkerrechtsfreundlichen Auslegung statt. Mithin liegt kein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG vor.

dd) Zwischenergebnis

Die Schranke ist verfassungskonform konkretisiert.

c) Zwischenergebnis

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

4. Zwischenergebnis

Es liegt ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG vor.

III. Art. 2 Abs. 1 GG.

Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG ist eröffnet. Dementsprechend tritt Art. 2 Abs. 1 GG im Wege der Subsidiarität zurück.

IV. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet.

⁵³ Ebd., Rn. 88.

⁵⁴ Ebd., Rn. 55.

⁵⁵ EGMR, Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie, Urt. v. 21.4.2009, Az. 68959/01, Rn. 32.

⁵⁶ dbb beamtenbund und tarifunion, Zahlen Daten Fakten 2019, S. 22.

C. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg.

Fazit

Das Bundesverfassungsgericht hält das Streikverbot aufrecht, was für Gewerkschaften im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR, sowie des BVerwG überraschend kam. Interessant ist insbesondere die dezidierte Auseinandersetzung des Gerichts mit der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des EGMR, der es im Urteil bedeutendes Gewicht zukommen ließ. Offen bleibt aber, ob das Bundesverfassungsgericht statt des Streikverbots als eigenständigen Grundsatz des Berufsbeamtentums nicht das Treue- sowie das Alimentationsprinzip hätte heranziehen können, aus welchen sich ebenfalls unproblematisch das Streikverbot ableiten könnte. Dies hätte das Bundesverfassungsgericht wohl zumindest nicht vor das Problem gestellt, die Rechtmäßigkeit des Streikverbots aus der Zeit der Weimarer Verfassung thematisieren zu müssen, denn hier stellt sich wiederum die Frage, wie überzeugend das Argument ist, dass durch die Inkorporation der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums in das Grundgesetz dem Streikverbot aus der Notverordnung der Weimarer Republik demokratische Legitimation verliehen wurde, da diese Grundsätze ungeschrieben sind. Dementsprechend ist nicht ersichtlich, dass das Streikverbot auf dieser Grundlage miteinbezogen wurde. Im Ergebnis wird man jedoch zum selben Schluss kommen und das Streikverbot für Beamtinnen und Beamte zu bejahen sein.

Studienplatzwahl

Art. 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG

BVerfG, Urteil v. 19.12.2019 - 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14

stud. iur. Daniel Müller

Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht):

Die Abiturientin A bestand im Juni 2009 ihr Abitur mit der Note 2,0 und absolvierte anschließend eine Ausbildung zur Gesundheits- und Krankenpflegerin. Im Mai 2013 bewarb sie sich bei der zuständigen Stiftung für Hochschulzulassung zum Wintersemester 2013/2014 im Studium der Humanmedizin im ersten Fachsemester. Die Stiftung lehnte den Zulassungsantrag ab, weil A mit einer Durchschnittsnote von 2,0 und acht Wartesemestern die maßgeblichen Auswahlkriterien verfehlt habe. Die Auswahlgrenze in der Abiturbestenquote habe für Bewerber mit Hochschulzugangsberechtigung aus Schleswig-Holstein bei 1,2 gelegen und die in der Wartezeitquote bei zwölf Wartesemestern. Auch im Auswahlverfahren der Hochschulen wurde der Klägerin kein Studienplatz zugeteilt.

Mit ihrer daraufhin erhobenen Klage vor dem Verwaltungsgericht verfolgt A ihr Ziel der Zuteilung eines Studienplatzes im Fach Humanmedizin weiter. Das Verfahren der Studienplatzvergabe hält sie für verfassungswidrig.

Die Ausgestaltung der Hochschulzulassung beruht bundesrechtlich auf dem Hochschulrahmengesetz (HRG) und ist überdies auf den Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom 08.03./05.06.2008 gestützt, der durch Landesgesetze in Landesrecht umgesetzt worden ist. Weiter haben die Länder Rechtsverordnungen erlassen, die namentlich das Auswahlverfahren der Hochschulen regeln. Für dieses Auswahlverfahren sind kraft Delegation in den Landesgesetzen und -verordnungen von den einzelnen Hochschulen Satzungen erlassen worden, die weitere Einzelheiten bestimmen, insbesondere aus einem vorgegebenen Katalog von Kriterien diejenigen festlegen, die in ihrem hochschuleigenen Auswahlverfahren maßgebend sind. Die §§ 31, 32 HRG regeln die zentrale Vergabe innerhalb der nach den im Rahmen einer Kapazitätsberechnung ermittelten Studienplätze (vgl. §§ 29, 30 HRG) und das dabei anzuwendende Auswahlverfahren. Reicht die Gesamtzahl der der an allen Hochschulen zur Verfügung stehenden Studienplätze nicht zur Zulassung aller Bewerber aus, findet ein Auswahlverfahren nach Maßgabe der §§ 32 bis 35 HRG statt.

Das in § 32 HRG geregelte Auswahlverfahren sieht zunächst vor, dass bis zu 30% der zu vergebenden Studienplätze bestimmten Bewerbergruppen vorzubehalten sind (sog. Vorabquoten). Die nach Vergabe in den Vorabquoten verbleibenden Studienplätze werden von der Stiftung für Hochschulzulassung zu 20% nach dem Grad der gemäß § 27 HRG nachgewiesenen Qualifikation vergeben (sog. Abiturbestenquote). Solange hierbei die Vergleichbarkeit im Verhältnis der Länder untereinander nicht gewährleistet ist, werden für die Auswahl der Studienbewerber Landesquoten gebildet. Hierdurch konkurrieren in der Abiturbestenquote jeweils nur Bewerber aus demselben Bundesland miteinander. Die Quote eines Landes bemisst sich zu einem Drittel nach seinem Anteil an der Gesamtzahl der Bewerber und zu zwei Dritteln nach seinem Bevölkerungsanteil bei den 18- bis 21-Jährigen.

Weitere 20% der nach Abzug der Vorabquoten werden durch die Stiftung für Hochschulzulassung nach der Dauer der Zeit seit dem Erwerb der Hochschulzugangsberechtigung vergeben (sog. Wartezeitquote). Entscheidend für die Berechnung der Wartezeit ist der Zeitpunkt des Erwerbs der Hochschulzugangsberechtigung, nicht dagegen die erstmalige Bewerbung um einen Studienplatz.

Die verbleibenden 60% der zur Verfügung stehenden Studienplätze werden von den Hochschulen selbst nach dem Ergebnis eines Auswahlverfahrens vergeben (sog. Auswahlverfahren der Hochschulen). Dabei können insbesondere weitere Kriterien wie Einzelnoten, ein fachspezifischer Studierfähigkeitstest, eine Berufsausbildung oder Berufserfahrung sowie ein Auswahlgespräch berücksichtigt werden. Bei der Auswahlentscheidung muss dem Grad der Qualifikation allerdings ein „maßgeblicher Einfluss“ gegeben werden. Die Bildung von Landesquoten ist, anders als bei der Abiturbestenquote, für das Auswahlverfahren der Hochschulen nicht vorgesehen. Die Zahl der Teilnehmer an diesem Auswahlverfahren kann wiederum nach diesen Kriterien oder bzw. und auch nach dem Grad der Ortspräferenz begrenzt werden (sog. Vorauswahlverfahren). Das Verwaltungsgericht hat das Verfahren ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob die §§ 31, 32 HRG sowie Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes zum Staatsvertrag 2008 mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Zweifel bestehen, soweit sie für den Studiengang Humanmedizin ein Vergabeverfahren vorsehen, bei dem nach Abzug einiger Vorabquoten 20% der Studienplätze allein nach dem Grad der Qualifikation (unter Bildung von Landesquoten), 60% der Studienplätze maßgeblich nach dem Grad der Qualifikation (ohne Bildung von Landesquoten) und 20% der Studienplätze nach Wartezeit (ohne Beschränkung auf Bewerbungssemester) vergeben werden und bei dem für eine Zulassung in der Wartezeitquote erforderliche Anzahl an Wartesemestern regelmäßig die Dauer eines normalen Studiums übersteigt.

Das Verwaltungsgericht führt in seinem Vorlagebeschluss aus, die Verteilung der zur Verfügung stehenden Studienplätze werde den von Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip vorgegebenen verfassungsrechtlichen Anforderungen und damit dem relativen Teilhaberecht des Studienplatzbewerbers nicht gerecht.

Es sei mit dem Grundgesetz unvereinbar, dass im Bereich der Hauptquote „Auswahlverfahren der Hochschulen“ die Hochschulen allein auf den Grad der Qualifikation als Auswahlkriterium zurückgreifen dürften, dabei aber – anders als in der Abiturbestenquote – keine Landesquote gebildet werde.

Ferner sei die Wartezeitquote gleichheitswidrig ausgestaltet. Durch die Bemessung der Wartezeitquote nach der Dauer der seit dem Erwerb der Hochschulzugangsberechtigung vergangenen Zeit würden ungleiche Bewerbergruppen, nämlich langjährig Wartende, die auf den Medizinstudienplatz „hinlebten“, gleichbehandelt mit Gelegenheitsbewerbern, die zum Beispiel mit ihrem jahrzehntelang ausgeübten Beruf unzufrieden seien und die sich erst später zum Studium entschlossen. Verfassungswidrig sei darüber hinaus die Zuspitzung des Auswahlverfahrens in der Abiturbestenquote und im Auswahlverfahren der Hochschulen auf das Kriterium der Durchschnittsnote. Das habe zur Folge, dass trotz des Hinzutretens weiterer Auswahlkriterien eine sehr große Gruppe potentieller Bewerber faktisch von vornherein von jeglicher Zulassungschance ausgeschlossen sei. Die Abiturnote sei für die Einschätzung der Qualifikation des einzelnen Bewerbers nur bedingt zuverlässig und gewährleiste eine nur eingeschränkte Vergleichbarkeit der Bewerber. Es bedürfe daher noch eines anderen Auswahlkriteriums, das die Nachteile des Kriteriums „Durchschnittsnote“ kompensiere. Die Wartezeitquote könne die hiernach erforderliche Kompensation jedoch nicht bewirken, weil die Wartezeit regelmäßig die Dauer eines normalen Studiums übersteige, aller Voraussicht nach auch zukünftig übersteigen werde und deshalb das zumutbare Maß nicht mehr wahre.

Dem halten die Regierungen der Bundesländer in einer gemeinsamen Stellungnahme mit der Stiftung für Hochschulzulassung entgegen, dass es sich bei dem Kriterium der Durchschnittsnote schon nicht um eine objektive Zulassungsschranke, sondern vielmehr eine subjektive Berufszulassungsschranke als Ausdruck der persönlichen Leistungsfähigkeit handele. Die Auswahlgrenze in der Wartezeitquote sei weiterhin nicht unzumutbar.

Der Maßstab der Dauer eines „normalen Studiums“ sei jedenfalls willkürlich gewählt. Der Begriff der Zumutbarkeit unterliege als unbestimmter Rechtsbegriff einem Wertewandel, bei dem diverse Faktoren wie die Kosten eines Studienplatzes und die Leistungsfähigkeit des Staates sowie das Vorhandensein von Auswahlmöglichkeiten in Form anderer, medizinverwaltender Studiengänge zu berücksichtigen seien.

Es sei unter Leistungsgesichtspunkten und auch unter Berücksichtigung des Sozialstaatsprinzips hinnehmbar, wenn Bewerber, welche die aufgestellten Kriterien nicht erfüllten, länger warten müssten. Diese Erwartungen an zukünftige Studierende basiere auf einer stärkeren Einbindung der Hochschulen in den Auswahlprozess, die dem Willen des Gesetzgebers und der durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Freiheit von Forschung und Lehre entspreche. Im Übrigen folge aus dem Sozialstaatsprinzip kein weitergehender Teilhabeanspruch, solange eine Grundversorgung an Studienplätzen zur Verfügung stehe.

Die Gesamtnotendurchschnitte der Länder hingen schließlich von einer Vielzahl von Faktoren ab und erlaubten keinen Rückschluss darauf, dass für das Abitur in verschiedenen Ländern qualitativ unterschiedliche Leistungen zu erbringen seien, um eine bestimmte Note zu erreichen.

Wie wird das Bundesverfassungsgericht entscheiden?

Einordnung

Die effektive Verwirklichung verfassungsrechtlicher Ansprüche auf Zugang zu Studienplätzen ist mit Blick auf die begrenzten Kapazitäten der Hochschulen Gegenstand von Diskussionen. Eine Leitentscheidung zum Umfang dieser Rechte traf das Bundesverfassungsgericht schon im Jahr 1972 in seinem ersten Numerus-Clausus-Urteil.¹ Darin lehnte es ein originäres Recht des Einzelnen auf die Schaffung ausreichender Studienkapazitäten durch den Staat ab. Es beschränkte den grundrechtlichen Schutz vielmehr auf eine gleichheitswahrende Zuteilung der begrenzten Studienplätze, was dogmatisch ein sog. derivatives Teilhaberecht umschreibt.²

Seine Brisanz entfaltet das Thema vor dem Hintergrund der jüngeren Entwicklung der Bewerberzahlen. Sind die Hochschulkapazitäten über mehrere Jahrzehnte hinweg konstant auf gleichem Niveau geblieben, so hat sich die Bewerberlage aufgrund eines erheblichen Anstiegs der Nachfrage nach Studienplätzen im Bereich der Humanmedizin spürbar verschärft. Während im Wintersemester 1999/2000 auf insgesamt 10.574 Studienplätze noch 31.757 Bewerber kamen, standen zum Wintersemester 2017/2018 einer Aufnahmekapazität von 9.176 Studienplätzen bereits 43.184 Bewerber gegenüber.³ Diese Entwicklung wirkt sich nicht zuletzt auf die erforderlichen Durchschnittsnoten⁴ und auf die deutlich längeren Wartezeiten aus, die nunmehr mit 14 Semestern im Wintersemester 2017/2018⁵ gar die Regelstudienzeit übertreffen. Gerade angesichts der oft beklagten „Noteninflation“ im Abitur⁶ und der nach wie vor gewichtigen Rolle dieses Kriteriums bei der Vergabe sahen sich die gesetzlichen Vorschriften immer wiederkehrender Kritik

ausgesetzt. Nicht weniger umstritten waren auch die Wartezeitenregelungen und die Berücksichtigung von Ortswünschen im Bewerbungsverfahren.⁷ Entsprechend wurde ein grundsätzliches Urteil des Bundesverfassungsgerichts mit Spannung erwartet. Im konkreten Fall verhielt sich das Gericht auf zwei Richtervorlagen des VG Gelsenkirchen hin umfassend zur Verfassungswidrigkeit der bundes- und landesrechtlichen Vorschriften über die Studienplatzvergabe.

Orientierungssätze

Aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG folgt ein Anspruch der Studienplatzbewerber auf gleiche Teilhabe an staatlichen Studienangeboten und auf gleichheitsgerechte Zulassung zum Studium (sog. derivatives Teilhaberecht). Jedoch folgt daraus keine Verpflichtung des Staates zur Schaffung ausreichender Studienangebote im Sinne eines originären Leistungsanspruchs, sondern die Pflicht zu einer gleichheitswahrenden Kapazitätsausschöpfung.

Sind die staatlichen Ausbildungskapazitäten ausgelastet, so müssen objektive Kriterien festgelegt werden, anhand derer eine Auswahl unter dem Gesichtspunkt der Eignung der Studienplatzbewerber zu treffen ist. Als ein solches kommt jedenfalls die Abiturbestenquote in Betracht.

Die Festlegung der objektiven Auswahlkriterien hat dabei aber durch den Gesetzgeber selbst zu erfolgen und darf nicht den Hochschulen obliegen. Diesen bleibt lediglich ein gewissen Entscheidungsspielraum bei der Konkretisierung des Auswahlverfahrens. Die nach dem Auswahlverfahren der Hochschulen zugrunde gelegten Kriterien müssen ihrerseits an die Eignung der Bewerber anknüpfen und überdies eine länderübergreifende Vergleichbarkeit sicherstellen. Fehlt es daran, weil bestehende Leistungs- und Anforderungsunterschiede nicht berücksichtigt werden, tragen die Auswahlkriterien im Auswahlverfahren der Hochschulen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht hinreichend Rechnung.

¹ BVerfGE 33, 303 (331).

² Hufen, Anmerkungen zu BVerfG, Urt. v. 19.12.2017 – 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14, JuS 2018, 305 (305).

³ Vgl. Angaben der Stiftung für Hochschulzulassung, Daten der bundesweit zulassungsbeschränkten Studiengänge an Hochschulen im Wintersemester 2017/18, https://zv.hochschulstart.de/fileadmin/media/zv/nc/wise2017_18/bew_zv_ws17.pdf (Abruf v. 18.03.2019).

⁴ VG Gelsenkirchen, Vorlagebeschluss v. 19.03.2013 – 6z K 4171/12 – Juris Rn. 63

⁵ Ebd.

⁶ Frohn, Woher kommt die Noteninflation?, FAZ Online, <https://www.faz.net/-in2-9ceh2> (Abruf v. 09.03.2019).

⁷ Vgl. Hufen, (Fn. 2) JuS 2018, 305 (305).

Gutachterliche Lösung

A. Zulässigkeit

- I. Zuständigkeit des BVerfG
- II. Vorlageberechtigung
- III. Tauglicher Verfahrensgegenstand
- IV. Entscheidungserheblichkeit
- V. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit
- VI. Ordnungsgemäßer Antrag

Das Verwaltungsgericht hat dem Bundesverfassungsgericht die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob die §§ 31, 32 HRG verfassungsgemäß sind. Es handelt sich um eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG.

A. Zulässigkeit

Die Richtervorlage ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen gem. Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 63ff. BVerfGG vorliegen.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht ist gem. Art. 100 Abs. 1 S. 1, Alt. 2 GG, § 13 Nr. 11 BVerfGG für das Verfahren der konkreten Normenkontrolle zuständig.

II. Vorlageberechtigung

Das vorlegende Verwaltungsgericht müsste vorlageberechtigt i.S.d. Art. 100 Abs. 1 GG sein. Vorlageberechtigtes Gericht i.S.d. Art. 100 Abs. 1 GG ist jeder sachlich unabhängige Spruchkörper, den ein formelles Gesetz mit den Aufgaben eines Gerichts betraut und als Gericht bezeichnet.⁸ Das Verwaltungsgericht ist nach den Vorschriften der VwGO derart bezeichnet und mit Aufgaben eines Gerichts betraut, sodass es vorlageberechtigt ist.

III. Tauglicher Verfahrensgegenstand

Weiterhin müsste ein tauglicher Verfahrensgegenstand vorliegen. Nach Art. 100 Abs. 1 GG ist dies ein Gesetz, d.h.

grundsätzlich jedes nachkonstitutionelle Bundes- oder Landesgesetz im formellen Sinne.⁹ Bei den in Rede stehenden Rechtsnormen handelt es sich zum einen um Vorschriften des HRG, eines formellen, nachkonstitutionellen Bundesgesetzes, die insoweit einen tauglichen Verfahrensgegenstand darstellen. Zum anderen wurden die jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften zur Ratifizierung und Umsetzung des Staatsvertrages 2008 zur Überprüfung vorgelegt, die als einfaches Landesgesetz ebenfalls tauglicher Verfahrensgegenstand sind.

IV. Entscheidungserheblichkeit

Ferner müsste es für die Entscheidung des konkreten Rechtsstreits durch das vorlegende Gericht auf die Verfassungsmäßigkeit der vorgelegten Gesetze ankommen.¹⁰ Entscheidungserheblichkeit liegt dann vor, wenn das Gericht im Ausgangsverfahren bei Ungültigkeit der Normen im Ergebnis anders entscheiden müsste als bei deren Gültigkeit.¹¹ Im Ausgangsverfahren ist das Bestehen eines Anspruchs der A auf Zulassung zum Studium der Humanmedizin streitig. Hierfür ist unter anderem maßgeblich, ob die Entscheidung über die Ablehnung des Zulassungsantrags auf einer verfassungskonformen Rechtsgrundlage beruhte. Als solche kommen die landesrechtlichen Vorschriften über die Studienplatzvergabe in Art. 1 Abs. 1 Nds. HZStvG i.V.m. Art. 8ff. Staatsvertrag 2008 in Betracht. Im Falle einer verfassungsrechtlichen Beanstandung der landesrechtlichen Vorschriften würde sich das Auswahlverfahren allein nach den §§ 31, 32 HRG richten. Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der §§ 31, 32 HRG sowie der niedersächsischen Vorschriften über die Studienplatzvergabe ist daher, soweit die Vergabe im Studienfach Humanmedizin betroffen ist, entscheidungserheblich.

V. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit

Das vorlegende Gericht müsste zudem von der Verfassungswidrigkeit der entscheidungserheblichen Gesetzesnorm überzeugt sein.¹² Anhaltspunkte für eine unzureichende Darlegung der Überzeugung des Gerichts von der

⁸ Vgl. BVerfGE 6, 55 (63); 30, 170 (171).

⁹ BVerfGE 1, 184 (201).

¹⁰ BVerfGE 2, 266 (271).

¹¹ BVerfGE 22, 175 (176f.); 91, 118 (121).

¹² BVerfGE 86, 52 (56ff.); 107, 218 (232).

Verfassungswidrigkeit liegen nicht vor. Insbesondere ist eine mögliche verfassungskonforme Auslegung der vorgelegten Normen nicht offensichtlich.

VI. Ordnungsgemäßer Antrag

Ein schriftlicher und hinreichend begründeter Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichts gemäß Art. 100 Abs. 1 GG, § 23 Abs. 1 S. 1, 2, § 80 Abs. 2 S. 1 BVerfGG ist gefasst worden.

VII. Zwischenergebnis

Die Vorlage ist zulässig.

B. Begründetheit

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

1. Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG

- a) Schutzbereich
- b) Eingriff
- c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

aa) Schranken

bb) Schranken-Schranken

- (1) Legitimer Zweck
 - (a) Vorabquoten
 - (b) Abiturbestenquote
 - (c) Wartezeitquote
 - (d) Auswahlverfahren
- (2) Geeignetheit
- (3) Erforderlichkeit
 - (a) Vorabquoten
 - (b) Abiturbestenquote
 - (c) Wartezeitquote
 - (d) Auswahlverfahren

(4) Angemessenheit

- (a) Vorabquoten
- (b) Abiturbestenquote
- (c) Auswahlverfahren

2. Verstoß gegen sonstiges Verfassungsrecht

B. Begründetheit

Die Vorlage ist begründet, soweit die §§ 31, 32 HRG und die landesrechtlichen Vorschriften zur Studienplatzvergabe verfassungswidrig sind.

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Verfassungsmäßigkeit der §§ 31, 32 HRG sowie der landesrechtlichen Vorschriften über die Studienplatzvergabe bestehen keine Bedenken. Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Erlass der §§ 31, 32 HRG ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG, während die Gesetzgebungskompetenz der Länder für den Bereich der Hochschulzulassung aus Art. 72 Abs. 3 Nr. 6 GG folgt.

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

An der materiellen Verfassungsmäßigkeit der zur Überprüfung gestellten Normen fehlt es, soweit diese gegen Grundrechte oder gegen sonstiges Verfassungsrecht verstoßen.

1. Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG

In Betracht kommt ein Verstoß gegen das Grundrecht der Ausbildungs- und Berufswahlfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

a) Schutzbereich

Zunächst müsste der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG in sachlicher Hinsicht eröffnet sein.

Der sachliche Schutzbereich der Ausbildungs- und Berufswahlfreiheit erfasst insbesondere das Recht, die Ausbildungsstätte frei zu wählen.¹³

Hier geht es um die gesetzliche Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens zum Studium der Humanmedizin. Dieses stellt eine universitäre Ausbildung dar, welche gesetzliche Voraussetzung für das Ergreifen des Berufs des Mediziners ist. Wird einem Studienplatzbewerber die Zulassung zu dieser universitären Ausbildung versagt, so wird damit gleichzeitig dessen Freiheit berührt, den angestrebten Beruf des Mediziners auszuüben.¹⁴ Der Schutzbereich der Ausbildungs- und Berufsfreiheit ist folglich durch die vorgelegten gesetzlichen Bestimmungen betroffen.

¹³ BVerfGE 33, 303 (329).

¹⁴ BVerfGE 33, 303 (330).

b) Eingriff

Es müsste weiter ein Eingriff durch die vorgelegten Bestimmungen in diesen Schutzbereich vorliegen. Als solcher kommt jedenfalls jeder rechtsförmige Vorgang infrage, der unmittelbar und gezielt, d.h. final, durch ein vom Staat verfügbares, erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt.¹⁵ Indes ist den vorgelegten Normen eine rechtliche Verpflichtung zur bzw. ein Verbot der Aufnahme des Medizinstudiums gerade nicht zu entnehmen. Vielmehr handelt es sich um Regelungen, die den Zugang des Einzelnen zum Medizinstudium als solchen beschränken.

Neben der subjektiv-rechtlichen Dimension eines klassischen Abwehrrechts gegen staatliche Eingriffe in die Ausbildungsfreiheit des Einzelnen folgt aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG jedoch auch ein Anspruch auf gleiche Teilhabe am staatlichen Studienangebot (sog. derivatives Teilhaberecht).¹⁶ Für die jeweils durch die Zulassungsregelung betroffene Ausprägung der Ausbildungsfreiheit kommt es darauf an, ob diese kapazitätsbedingt ist oder nicht.¹⁷ Im ersten Fall wird der derivative Teilhabeanspruch der Ausbildungsfreiheit berührt¹⁸, d.h. maßgeblich wären Umfang und Grenzen des Rechts auf gleichheitsgerechten Zugang zu den staatlichen Angeboten. Hingegen betreffen solche Zulassungsregelungen, die nicht kapazitätsbedingt sind, die abwehrrechtliche Dimension der Ausbildungsfreiheit.¹⁹ Dann stünde ein Anspruch der Studienbewerber auf die tatsächliche Zulassung zum Studiengang ihrer Wahl in Rede. Die Regelung der Zulassungsvoraussetzungen für das Medizinstudium gründet auf dem Umstand, dass die Zahl der Bewerber die Zahl der verfügbaren Studienplätze deutlich überschreitet. Sie stellt eine gerade typischerweise kapazitätsbegründete Beschränkung dar, die nicht aus sonstigen sachlichen Erfordernissen im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit folgt. Somit liegt in den vorgelegten Vorschriften ein Eingriff in die Ausbildungsfreiheit in der Ausprägung eines derivativen Teilhaberechts auf Zulassung zum Studium.

¹⁵ BVerfGE 105, 279 (299).

¹⁶ BVerfGE 33, 303 (330ff.); 39, 276 (293); 43, 291 (313f.); 66, 155 (179).

¹⁷ Vgl. Ruffert in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 2. Aufl. 2013, Art. 12 Rn. 69ff.

¹⁸ Ruffert in: Epping/Hillgruber, (Fn. 17), Art. 12 Rn. 69ff.

¹⁹ Jarass in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 98.

c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

aa) Schranken

Grundrechtseingriffe sind zunächst nur einer Rechtfertigung zugänglich, soweit das einschlägige Grundrecht eine Möglichkeit der Einschränkung vorsieht. Gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann ausdrücklich die Berufsausübung durch oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Dabei handelt es sich um einen einfachen Gesetzesvorbehalt, welcher entgegen dem Wortlaut aufgrund der Einheitlichkeit der Berufs- und Ausbildungsfreiheit das gesamte Grundrecht erfasst.²⁰

Sowohl bei den §§ 31, 32 HRG als auch bei den landesrechtlichen Vorschriften zur Vergabe von Studienplätzen handelt es sich um einfache Gesetze des Bundes bzw. der Länder im formellen Sinne. Als solche sind sie grundsätzlich geeignet, das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG einzuschränken.

bb) Schranken-Schranken

Die vorgelegten Normen müssen ihrerseits den sog. Schranken-Schranken genügen. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Einschränkungen von Grundrechten ergeben sich insbesondere aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, welcher aus dem Rechtsstaatsprinzip i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet wird.

Das Bundesverfassungsgericht hat für das Grundrecht der Berufsfreiheit die Drei-Stufen-Lehre entwickelt,²¹ die auf die Ausbildungsfreiheit übertragbar ist. Zu differenzieren ist nach dieser zwischen Regelungen zur Ausbildungsausübung (erste Stufe), Ausbildungswahlregelungen, die subjektive Zulassungsvoraussetzungen anordnen (zweite Stufe) und solchen, die objektive Zulassungsvoraussetzungen festlegen (dritte Stufe).

Die §§ 31, 32 HRG schaffen den rechtlichen Rahmen für die Zulassung zum Medizinstudium, in dem sie eine Aufteilung nach Haupt- und Vorabquoten vorsehen, die Vergabe der Studienplätze in den Hauptquoten wiederum zu 20% nach

²⁰ BVerfGE 54, 237 (246); Scholz in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 85. EL 2018, Stand: Juni 2006., Art. 12 Rn. 312.

²¹ BVerfGE 7, 377 (397).

der Abiturbestenquote, zu weiteren 20% nach der Wartezeitquote und im Übrigen zu 60% im Auswahlverfahren der Hochschulen regeln. Ähnliches ordnen die landesrechtlichen Vorschriften an. Nach diesen sind die Zahl der in den Hauptquoten zu vergebenden Studienplätze auf 20% beschränkt und weitere Kriterien für das Auswahlverfahren der Hochschulen normiert. Sie regeln damit keine reinen Modalitäten der Ausbildung, sondern regeln bereits das „Ob“ der Aufnahme eines Studiums.

Zugrunde gelegte Kriterien sind zum einen die Abiturdurchschnittsnote, die besondere Eignung i.S.d. § 5 Abs. 2 Nr. 2 lit. b NHZG und die Ortspräferenz i.S.d. § 8 Abs. 1 NHZG. Dies knüpfen an die Qualifikation der Studienbewerber an und sind damit subjektive Kriterien.

Zum anderen wird auf die Wartezeit nach Erwerb der Hochschulzugangsberechtigung sowie – im Bereich der Vorabquoten – auf besondere Härtefälle (vgl. Art. 8 Abs. 1 Staatsvertrag 2008) abgehoben, welche objektive, von den Bewerbern nicht zu beeinflussende Kriterien darstellen. Insofern sind die einzelnen subjektiven und objektiven Zulassungsbeschränkungen nach jeweils unterschiedlichen Maßstäben zu betrachten.

(1) Legitimer Zweck

Die Anforderungen an die Legitimität eines verfolgten Zwecks richten sich nach der Intensität des Eingriffs. Subjektive Zulassungsregelungen verfolgen dann einen legitimen Zweck, wenn sie dem Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes dienen,²² während an objektive Beschränkungen strengere Anforderungen zu stellen sind. Die Legitimität des Zwecks setzt hier die Abwehr einer höchstwahrscheinlichen Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut voraus.²³ Mit Blick auf die unterschiedlichen Normzwecke der einzelnen Regelungen zu den Vergabequoten sowie deren verschiedene sachliche Anknüpfungspunkte soll im Folgenden zwischen den Regelungen über die Vergabe nach Vorabquoten, der Abiturbestenquote, der Wartezeitquote und schließlich dem Auswahlverfahren der Hochschulen differenziert werden.

(a) Vorabquoten

Mit der Regelung der Zulassung von Studienbewerbern nach sog. Vorabquoten bezweckt der Gesetzgeber, die Aufnahme eines Studiums auch solchen Studienbewerbern zu ermöglichen, die aufgrund erschwerter persönlicher Umstände nicht im Verfahren nach den Hauptquoten zugelassen würden. Diese primär leistungsunabhängige Berücksichtigung insbesondere von Härtefällen trägt dem Anspruch dieser Bewerbergruppen auf gleichheitsgerechten Zugang zum Studium Rechnung und ist verfassungsrechtlich legitimiert.

(b) Abiturbestenquote

Zweck der Regelungen über die Abiturbestenquote ist es, eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des erfolgreichen Studienabschlusses zu gewährleisten. Dieses Ziel ist durch die nur begrenzte Anzahl an vorhandenen Studienplätzen im Verhältnis zur hohen Bewerberzahl bedingt. Mit Blick auf die begrenzten Ressourcen der Hochschulen ist eine möglichst hohe „Erfolgsquote“ der Studierenden im besonderen Interesse der Allgemeinheit. Ist es anerkannt, dass es keinen Anspruch auf Schaffung einer ausreichenden Menge an Studienplätzen gibt,²⁴ so verfolgt das Anknüpfen an schulische Leistungen als Vergabemachanismus von begrenzten Plätzen jedenfalls den legitimen Zweck der nachvollziehbaren Studienplatzverteilung.

(c) Wartezeitquote

Zweck des Kriteriums der Wartezeit ist es wiederum, einem gewissen Anteil der Studienbewerber, die nicht über die nach der Abiturbestenquote erforderliche Note verfügen, sich aber bereits über einen längeren Zeitraum mehrfach um die Zulassung beworben haben, den Zugang zu eröffnen. Auch diese Regelung ist Ausdruck des Anspruchs der Studienbewerber auf gleichheitsgerechten Zugang zum Studium und verfolgt damit einen legitimen Zweck.

(d) Auswahlverfahren der Hochschulen

Die Regelungen über das Auswahlverfahren der Hochschulen sollen ihrerseits den Hochschulen, die auf eine größere

²² BVerfGE 7, 377 (407).

²³ Vgl. BVerfGE 7, 377 (408).

²⁴ Jarass in: Jarass/Pieroth (Fn. 19), Rn. 99; Manssen in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 17.

Praxiserfahrung bei der Beurteilung der Eignung von Bewerbern zurückgreifen können als der Gesetzgeber, einen eigenen Entscheidungsspielraum belassen. Diese sollen die Möglichkeit haben, das Auswahlverfahren selbst zu konkretisieren. Mithin sind diese Regelungen einerseits Ausdruck der grundrechtlich geschützten Freiheit von Forschung und Lehre (vgl. Art. 5 Abs. 3 GG), deren Schutz und Förderung legitim ist.

(2) Geeignetheit

Die staatlichen Zulassungsregelungen sind dann geeignet, wenn sie die Erreichung des jeweiligen legitimen Zwecks in irgendeiner Art fördern, d.h. wenn die bloße Möglichkeit der Zweckerreichung besteht.²⁵ Hier ist weder bei den Regelungen über die Vorabquoten noch bei der Abiturbestenquote, der Wartezeitquote oder des Auswahlverfahrens der Hochschulen bereits schlechthin ausgeschlossen, dass diese die jeweils verfolgten Ziele fördern.

(3) Erforderlichkeit

Weiter ist die Zulassungsregelung erforderlich, wenn kein weiteres, in gleicher Weise geeignetes und der Intensität nach milderer Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks zur Verfügung steht.²⁶

(a) Vorabquoten

Ein milderer Mittel, das den gleichheitsgerechten Zugang von Härtefall-Bewerbern in gleicher Weise fördert als die vorgelegten Regelungen über die Vorabquoten, ist nicht ersichtlich. Insbesondere erscheint eine mildere Beschränkung durch einen geringeren Anteil der Vorabquote an der Gesamtzahl der Studienplätze nicht in gleicher Weise geeignet.

(b) Abiturbestenquote

Die Abiturdurchschnittsnote ist als objektiv nachprüfbarer Wert, der aufgrund der Berücksichtigung eines längeren schulischen Zeitraums und verschiedener Schulfächer ein breites Leistungsspektrum der Studienbewerber abbildet, grundsätzlich weniger eingriffsintensiv als die Abstellung

auf Einzelnoten oder sonstige punktuelle Leistungsnachweise. Soweit die Abiturnote noch keine Aussagen über die für das konkrete Medizinstudium erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten enthält, so ist dem zu entgegnen, dass die Abiturbestenquote mit 20 % der Studienplätze in den Hauptquoten ausmacht. Weitere Kriterien, wie etwa berufliche Erfahrung u. ä., können damit im Rahmen der anderen Quoten berücksichtigt werden.

Allerdings begegnet die Abiturbestenquote insofern Bedenken, als die länderübergreifende Vergleichbarkeit fraglich ist. Nach wie vor bestehen teilweise erhebliche Leistungs- und Qualitätsunterschiede zwischen den Ländern. Ihrem Ausgleich dient jedoch die Länderquote in § 32 Abs. 3 HRG. Diese gewährleistet eine proportionale Berücksichtigung von Studienbewerbern aus allen Bundesländern und stellt auf diese Weise die Erforderlichkeit der Abiturbestenquote sicher. Ein milderer Mittel, das gleich effektiv und vergleichbar oder weniger eingriffsintensiv den Zweck der Studienplatzvergabe fördert, ist nicht ersichtlich.

(c) Wartezeitquote

Problematisch ist, ob die Ausgestaltung der Wartezeitquote der Erforderlichkeit gerecht wird. Grundsätzlich ist diese Festlegung als eine Nutzung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums zu sehen. So wird in § 32 Abs. 3 Nr. 2 HRG für die Berechnung der Wartezeit der Zeitpunkt des Erhalts der Hochschulzugangsberechtigung festgelegt. Dies führt jedoch faktisch dazu, dass langjährige Berufstätige bei einer erstmaligen Bewerbung gegenüber solchen Bewerbern bessergestellt würden, deren Erhalt der Hochschulreife erst einige Jahre zurückliegt und die bereits mehrfach erfolglos die Zulassung beantragt haben.²⁷ Eine Regelung von geringerer Eingriffsintensität könnte hingegen auf den Zeitpunkt der erstmaligen Bewerbung abstellen und die Wahrung des Anspruchs auf gleichheitsgerechten Zugang zum Studium ebenso verwirklichen. Die Wartezeitquote ist folglich nicht erforderlich.

(d) Auswahlverfahren

Bei den Regelungen im Rahmen des Auswahlverfahrens ist zwischen den einzelnen Kriterien zu differenzieren.

²⁵ Vgl. BVerfGE 96, 10 (23); 100, 313 (373).

²⁶ Vgl. BVerfGE 30, 292 (316).

²⁷ BVerfG NVwZ 2018, 233 (248).

War die Zugrundelegung der Ortspräferenz bereits vor dem Hintergrund des Zwecks fraglich, so ist nicht erkennbar, warum die Freiheit von Forschung und Lehre in gleicher Weise ohne dieses spezifische Auswahlkriterium gefördert wird. Auch bei seinem Wegfall bliebe das Auswahlverfahren in seinem Kern bestehen und die Hochschulen hätten weiterhin einen gewissen Entscheidungsspielraum bei der Auswahl eines überwiegenden Anteils der Bewerber. Im Gegenzug bliebe ein den Teilhabeanspruch der Bewerber einschränkendes Erfordernis außen vor, dass – insbesondere bei einer Beschränkung auf maximal sechs Ortswünsche – zu einer eignungsunabhängigen Benachteiligung von Bewerbern führen kann. Folglich ist diese Zulassungsbeschränkung nicht erforderlich.

Im Weiteren problematisch ist im Rahmen des Auswahlverfahrens die Regelung über die Abiturdurchschnittsnote, der „maßgebliches Gewicht“ beizumessen ist, vgl. § 5 Abs. 2 NHZG, § 32 Abs. 3 S. 2 HRG. Anders als bei dem Verfahren der Abiturbestenquote ist hier kein entsprechender Mechanismus für den Ausgleich länderübergreifender Unterschiede vorgesehen.²⁸ Nicht hinreichend berücksichtigt bleiben damit die je nach Bundesland stark variierenden Anforderungen und Benotungspraktiken. Eine mildere Beschränkung läge hier darin, gleich der Abiturbestenquote eine Länderquote für das Auswahlverfahren zu normieren. Es fehlt den Regelungen über das Auswahlverfahren insoweit an der Erforderlichkeit.

Die übrigen eignungsbezogenen Zulassungskriterien aus § 5 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 NHZG, § 32 Abs. 3 HRG sind hingegen mangels milderer Regelungen zur Einschätzung der fachlichen Eignung der Bewerber erforderlich.

(4) Angemessenheit

Schließlich müssten die Zulassungsbeschränkungen im Einzelnen auch angemessen sein, d.h. sie dürfen nicht außer Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen. Erforderlich ist eine Güterabwägung.

(a) Vorabquoten

Die Anordnung von Vorabquoten und ihre Gewichtung steht auch nicht außer Verhältnis zu dem mit ihnen verfolgten Ziel.

(b) Abiturbestenquote

Auch eine Unverhältnismäßigkeit der Abiturbestenquote mit der entsprechenden Regelung von Länderquoten in Relation zur Sicherung einer hinreichenden Erfolgsquote der Studierenden ist nicht erkennbar.

(c) Auswahlverfahren

Dass das Auswahlverfahren der Hochschulen umfassende Grundrecht der Freiheit von Forschung und Lehre aus Art. 5 Abs. 3 GG steht vorliegend dem derivativen Teilhaberecht auf gleichheitsgerechten Zugang zum Studium entgegen.

Hier gilt es zunächst zu berücksichtigen, dass die Hochschulen aufgrund ihrer Praxisnähe und -erfahrung gewisse Entscheidungen rund um die konkrete Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens wie auch der Zulassungskriterien sachgemäß besser treffen können als der Gesetzgeber. Seine Grenze muss diese Autonomie der Hochschulen jedoch dort finden, wo es um grundrechtsrelevante Fragen geht, die der Gesetzgeber selbst treffen muss (sog. Parlamentsvorbehalt für Wesentliches). Die Aufstellung von Zulassungsbeschränkungen im Bewerbungsverfahren berührt, wie bereits aufgezeigt, das derivative Teilhaberecht auf gleichheitsgerechte Zulassung zum Studium. Auch wenn sich die Abgrenzung im Einzelfall als schwierig erweist, so muss der Gesetzgeber jedenfalls die Normierung von Zulassungskriterien selbst vornehmen und kann diese nicht den Hochschulen überlassen. Lediglich die detaillierte Ausgestaltung kann den Hochschulen obliegen, nicht aber ein eigenes Kriterienerfindungsrecht. In diesem Aspekt ist das Auswahlverfahren der Hochschulen unverhältnismäßig.

2. Verstoß gegen sonstiges Verfassungsrecht

Verstöße gegen sonstiges materielles Verfassungsrecht sind nicht ersichtlich.

²⁸ BVerfG NVwZ 2018, 233 (243).

3. Zwischenergebnis

Die Regelungen über die Unterteilung der insgesamt zu vergebenden Studienplätze nach Hauptquoten und Vorabquoten ist verfassungsmäßig.

Die Regelungen über die Vergabe von 20% der nach den Hauptquoten zur Verfügung stehenden Studienplätze nach der Abiturbestenquote sind – mit der entsprechenden Anordnung von Landesquoten – ebenfalls verfassungsgemäß.

Die Regelungen über die Vergabe von 20% der in den Hauptquoten zu vergebenden Studienplätze nach der Wartezeitquote sind verfassungswidrig.

Die Regelungen über die Vergabe der übrigen 60% der in den Hauptquoten zu vergebenden Studienplätze im Auswahlverfahren der Hochschulen sind verfassungswidrig, soweit sie die Hochschulen zur Festlegung eigener Zulassungskriterien ermächtigen, sie die Abiturdurchschnittsnote als maßgebliches Kriterium zugrunde legen, ohne hierbei Länderquoten vorzusehen, und soweit sie das Kriterium der Ortspräferenz zugrunde legen.

C. Gesamtergebnis

Der Richtervorlage ist zulässig und teilweise begründet. Das Bundesverfassungsgericht wird §§ 31, 32 HRG und die landesrechtlichen Vorschriften über die Studienplatzvergabe gemäß § 82 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. § 78 BVerfGG für teilweise nichtig erklären.

Fazit

Mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist zugleich der – politisch wie rechtlich – wichtige Auftrag einer verfassungskonformen Neugestaltung der Zulassungskriterien verbunden. Die Erkenntnis, dass trotz aller Bemühungen um eine Nivellierung der Bildungsgefälle zwischen den Ländern nach wie vor erhebliche Qualitätsunterschiede bei den Abiturnoten bestehen, wirkt sich entscheidend auf die Verfassungsmäßigkeit der Verfahrensregelungen aus und wird in das künftige Auswahlverfahren einfließen müssen. Dabei liegt die Schwierigkeit in der Trennung zwischen einem originär dem Gesetzgeber vorbehaltenen Kriterienfindungsrecht und dem Gestaltungsspielraum der Hochschulen. Inwieweit die gesetzlichen Neuregelungen diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, bleibt abzuwarten.

Die Entscheidung erfordert neben der präzisen Auseinandersetzung mit den einzelnen Zulassungskriterien auch grundlegende Kenntnisse des materiellen und prozessualen Verfassungsrechts, insbesondere der Drei-Stufen-Lehre. Hier geht es um die gesetzliche Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens zum Studium der Humanmedizin. Dieses stellt eine universitäre Ausbildung dar, welche gesetzliche Voraussetzung für das Ergreifen des Berufs des Mediziners ist. Wird einem Studienplatzbewerber die Zulassung zu dieser universitären Ausbildung versagt, so wird damit gleichzeitig dessen Freiheit berührt, den angestrebten Beruf des Mediziners auszuüben.²⁹ Der Schutzbereich der Ausbildungs- und Berufsfreiheit ist folglich durch die vorlegten gesetzlichen Bestimmungen betroffen.

²⁹ BVerfGE 33, 303 (330).

Shill Bidding

§§ 145, 156 BGB, eBay-AGB

BGH, Urteil v. 24.08.2016 - VIII ZR 100/15

stud. iur. Moritz Stamme

Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht):

Im Juni 2013 bot der Beklagte B auf der Internet-Plattform eBay unter dem Benutzerkonto „g.“ unter Vorgabe eines Startpreises von EUR 1,00 und einer Auktionsdauer von zehn Tagen einen gebrauchten Pkw VW Golf 6 zum Verkauf an. Die Auktion erfolgte auf der Grundlage der zu dieser Zeit maßgeblichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay (im Folgenden: eBay-AGB, hier auszugsweise):

§ 10 eBay-AGB. Auktion, Auktion mit Sofort-Kaufen-Option, Multiauktion und Angebot an unterlegene Bieter

(1) ¹Stellt ein Anbieter auf der eBay-Website einen Artikel im Angebotsformat Auktion ein, gibt er ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrags über diesen Artikel ab. ²Dabei bestimmt der Anbieter einen Startpreis und eine Frist (Angebotsdauer), binnen derer das Angebot per Gebot angenommen werden kann. ³Der Bieter nimmt das Angebot durch Abgabe eines Gebots über die Bieten-Funktion an. ⁴Das Gebot erlischt, wenn ein anderer Bieter während der Angebotsdauer ein höheres Gebot abgibt. ⁵Bei Ablauf der Auktion oder bei vorzeitiger Beendigung des Angebots durch den Anbieter kommt zwischen Anbieter und Höchstbietendem ein Vertrag über den Erwerb des Artikels zustande.

(2) ¹Jeder Bieter kann bei einer Auktion ein Maximalgebot abgeben. ²Das Maximalgebot stellt den Höchstbetrag dar, den der Bieter bereit ist, für den Artikel zu bezahlen. ³Das Maximalgebot bleibt dem Anbieter und anderen Bietern verborgen. ⁴Bieten weitere Mitglieder auf den Artikel, so wird das aktuelle Gebot automatisch schrittweise erhöht, so dass der Bieter so lange Höchstbietender bleibt, bis sein Maximalgebot von einem anderen Mitglied überboten wurde.

(3) ¹Anbieter können für eine Auktion unter bestimmten Voraussetzungen einen Mindestpreis festlegen, der vom Startpreis abweicht. ²In diesem Fall kommt ein Vertragsschluss nicht zustande, wenn das Gebot des Höchstbietenden bei Ablauf der Auktion den Mindestpreis nicht erreicht. [...]

(4) Angebote können unter bestimmten Voraussetzungen auch mit der Option Sofort-Kaufen (Festpreis) versehen werden. [...]

(6) ¹Mitglieder dürfen den Verlauf einer Auktion nicht durch die Abgabe von Geboten unter Verwendung eines weiteren Mitgliedskontos oder durch die gezielte Einschaltung eines Dritten manipulieren. ²Insbesondere ist es dem Anbieter untersagt, selbst Gebote auf die von ihm eingestellten Angebote abzugeben. ³Bei Zuwiderhandlungen darf eBay das Mitglied verwarnen, seine Nutzungsrechte beschränken und/oder sein Benutzerkonto zeitweilig oder dauerhaft sperren. [...]

Zugleich gibt eBay den Bietern bei solchen Auktionen, abhängig von der Höhe des aktuellen Gebots, einen Mindestbetrag, um den die Teilnehmer das aktuelle Höchstgebot überbieten müssen, vor. Die Auktion begann am 20.06.2013 um 7:55 Uhr. Das erste Gebot i.H.v. EUR 1,00 gab ein namentlich nicht bekannter Dritter über das Benutzerkonto „h***8“ ab. Der Kläger K gab über sein Benutzerkonto „m.“ im Laufe des ersten Tages der Auktionslaufzeit mehrere Maximalangebote ab, durch die er zeitweise auch als Höchstbietender ausgewiesen wurde. Sein zuletzt um 15:37 Uhr abgegebenes Maximalgebot auf das zum Verkauf stehende Fahrzeug betrug EUR 17.000,00. Als einziger weiterer Bieter neben K beteiligte sich B in verdeckter Form selbst an der Auktion, indem er über sein weiteres Benutzerkonto „k***k“ nacheinander eine Reihe jeweils erhöhter Maximalgebote abgab, und zwar zuletzt um 12:43 Uhr i.H.v. EUR 17.000,00. Mit diesem Betrag blieb er bis zum Auktionsende am 30.06.2013 Höchstbietender, nachdem K sein um 15:37 Uhr in gleicher Höhe abgegebenes Maximalgebot nicht mehr weiter erhöht hatte und deshalb aufgrund seines zeitlichen Nachrangs unterlegen war. Noch während der Laufzeit der Auktion, nämlich am 24.06.2013, bot B über sein Benutzerkonto „g.“ dasselbe Fahrzeug erneut im Rahmen einer eintägigen eBay-Auktion zu einem Startpreis von EUR 1,00 an. In diesem Fall gab ein unbekannter Dritter ein Gebot über EUR 16.500,00 ab, wurde aber ebenfalls durch ein Eigengebot des B (ebenfalls über das Benutzerkonto „k***k“) überboten. Anfang August 2013 forderte K den B mit Anwaltsschreiben unter Fristsetzung auf, ihm das Fahrzeug zu einem Kaufpreis von EUR 1,50 zu übereignen. Nachdem B ihm innerhalb der gesetzten Frist mitgeteilt hatte, das Fahrzeug zwischenzeitlich veräußert zu haben, erklärte K den Rücktritt vom Kaufvertrag und verlangte die Zahlung von Schadensersatz i.H.v. EUR 16.500,00.

Zu Recht?

Einordnung

Die sogenannten „eBay-Fälle“ beschäftigen den BGH immer wieder in verschiedenen Konstellationen. Besonders herauszuheben sind dabei die Urteile zur vorzeitig abgebrochenen eBay-Auktion¹, zur Sittenwidrigkeit bei grobem Missverhältnis² oder zur Auslegung der eBay-AGB³. Der Schwerpunkt in den sogenannten „eBay-Fällen“ liegt meist in der Auseinandersetzung mit der Problematik des Vertragsschlusses und damit der notwendigen Willenserklärungen. Rechtsprobleme rund um die Auktionsplattform sind geeignetes Klausurthema, insbesondere in den ersten Semestern. Rechtliche Probleme drehen sich zumeist um die Wirksamkeit von Angebot oder Annahme, und sind damit als Prüfungsarbeit für junge Studierende prädestiniert. Das vorliegende Urteil des BGH zeigt, dass auch aktuelle Probleme mit den Kodifizierungen des Allgemeinen Teils des BGB von 1900 gelöst werden können. Der Unterschied zu anderen „eBay-Fällen“ ist in der Lösung dieses Falls darin zu erblicken, dass der Verkäufer hier nicht mittels der vorzeitigen Beendigung einer Auktion, sondern mittels Hochtreibens des Kaufpreises (sog. Shill Bidding) versucht, das Zustandekommen des Kaufvertrages zu verhindern. Der BGH bestätigt seine Rechtsprechung in Bezug auf das Zustandekommen von Verträgen auf derartigen Internetauktions-Plattformen über die §§ 145ff. BGB und nicht wie bei einer Versteigerung durch Zuschlag gem. § 156 BGB. Bei der Lösung sind auch die eBay-AGB mit einzubeziehen. Eine Auseinandersetzung mit der Sittenwidrigkeit und dem Gebot nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB ist notwendig.

Leitsätze

Das auf der eBay-Internetplattform mit Eröffnung der Auktion erklärte Angebot eines Anbieters ist sowohl nach § 145 BGB als auch nach den zur Erläuterung des Vertragsschlussvorgangs aufgestellten eBay-Bedingungen darauf angelegt, „einem anderen“ als dem Anbieter die Schließung eines Vertrags anzutragen. Das Angebot kann deshalb nur durch einen vom Anbieter personenverschiedenen Bieter angenommen werden.

Das über ein zweites Mitgliedskonto unzulässig auf ein eigenes Angebot abgegebene Gebot eines Anbieters ist unwirksam und bleibt in der Reihe der abgegebenen Gebote unberücksichtigt. Ein regulärer Bieter muss es deshalb auch nicht übertreffen, um Meistbietender zu werden oder zu bleiben.

§ 156 BGB findet auf eBay-Auktionen keine Anwendung (Bestätigung von Senat, BGH NJW 2002, 363; NJW 2005, 53).

Gutachterliche Lösung

A. Anspruch K gegen B

I. Schadensersatz neben Rücktritt, § 325 BGB

II. Schuldverhältnis zwischen K und B

1. Zustandekommen des Vertrages

- a) Eine Auffassung: Angebot des B durch Einstellen der Auktion
- b) Andere Auffassung: Vorweggenommene Annahme des B durch Einstellen der Auktion
- c) Stellungnahme
- d) Annahme des K durch Gebot i.H.v. EUR 17.000,00

aa) Umkehrschluss aus § 10 Abs. 6 S. 3 eBay-AGB

bb) § 156 S. 2 Var. 1 BGB

cc) Analogie von § 156 S. 2 Var. 1 BGB

dd) Wirksamkeit der ursprünglichen Intention des B

(1) Schutzwürdigkeit des B

(2) Schutzwürdigkeit des K

(3) Zwischenergebnis

c) Annahme des K durch Gebot i.H.v. EUR 1,50

d) Zwischenergebnis

2. Sittenwidrigkeit des Vertrages, § 138 Abs. 1 BGB

3. Zwischenergebnis

III. Pflichtverletzung

IV. Fristsetzung

V. Vertretenmüssen, § 276 BGB

VI. Rechtsfolge

VII. Rechtsmissbrauch, § 242 BGB

B. Ergebnis

¹ BGH NJW 2016, 395.

² BGH NJW 2015, 548.

³ BGH NJW 2015, 1009.

A. Anspruch K gegen B

K verlangt von B die Zahlung von Schadensersatz in Höhe von EUR 16.500,00. Als Anspruchsgrundlage hierfür kommt §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB in Betracht.

I. Schadensersatz neben Rücktritt, § 325 BGB

Ein Anspruch des K auf Schadensersatz ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass K bereits seinen Rücktritt erklärt hat. Gemäß § 325 BGB kann der Schadensersatz neben dem Rücktritt stehen.

II. Schuldverhältnis zwischen K und B

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch des K gegen B ist das Bestehen eines wirksamen Schuldverhältnisses zwischen beiden. In Betracht kommt hier ein Kaufvertrag.

1. Zustandekommen des Vertrages

Der Kaufvertrag zwischen K und B müsste zunächst zustande gekommen sein. Ein Kaufvertrag kommt durch Einigung zustande, diese bezeichnet zwei inhaltlich übereinstimmende, mit Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen, nämlich Angebot und Annahme gemäß §§ 145ff. BGB.⁴ Zu prüfen ist, wie bei Internetauktionen überhaupt Willenserklärungen abgegeben und wirksam werden, um einen Kaufvertrag zu begründen. Bei Vertragsschlüssen auf Internetauktion-Plattformen wie eBay liegt keine Auktion im Rechtssinne vor. Es fehlt bereits an einem „menschlichen“ Auktionator und dessen Zuschlagserteilung gemäß § 156 BGB.⁵ Es bedarf mithin einer Einigung, diese setzt sich aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen, dem Angebot und der Annahme i.S.d. § 145ff. BGB zusammen. Problematisch erscheint, ob im Einstellen des PKW ein Angebot zu sehen ist oder hierunter eine aufschiebend bedingte Annahmeerklärung zu sehen ist.⁶

⁴ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 42. Auflage 2018, § 4 Rn. 9ff.

⁵ BGHZ 149, 129; NJW 2005, 53; Ellenberger in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 78. Auflage 2019, § 156 Rn. 3; Hoeren/Müller, Widerrufsrecht bei eBay-Versteigerungen, NJW 2005, 948 (949).

⁶ Umfangreich zu den möglichen Vertragsschlussvarianten: Wagner/Zenger, Vertragsschluss bei eBay und Angebotsrücknahme – Besteht ein „Loslösungsrecht“ vom Vertrag contra legem?, MMR 2013, 343 (343f.).

a) Eine Auffassung: Angebot des B durch Einstellen der Auktion

B könnte hier ein Angebot abgegeben haben. Unter einem Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung zu verstehen, die alle wesentlichen Vertragsbestandteile enthält und durch die der Vertragsschluss einem anderen so angetragen wird, dass das Zustandekommen des Vertrages nur noch von dem Einverständnis des Empfängers abhängt.⁷ Nach einer Auffassung liegt bereits im Einstellen einer Auktion ein verbindliches Angebot und keine bloße invitatio ad offerendum. Durch die Abgabe des Höchstgebots wird das Angebot vorübergehend angenommen. Diese Annahme steht unter einer auflösenden Bedingung i.S.d. § 158 Abs. 2 BGB.⁸ Alle Höchstgebote stehen hiernach während der Auktion unter der auflösenden Bedingung, dass sie überboten werden. Das Höchstgebot zum Ablauf der Bietzeit ist die Annahmeerklärung i.S.d. §§ 147ff. BGB, eBay selbst betätigt sich für beide Seiten als elektronischer Bote gem. § 120 BGB sowie auf Verkäuferseite im Hinblick auf den Zugang der Annahme als Empfangsvertreter.⁹

Folgte man dieser Auffassung, wäre die eingestellte Auktion des B als Angebot zu qualifizieren. Die erste Annahme würde durch einen Dritten zu EUR 1,00 unter der auflösenden Bedingung gem. § 158 Abs. 2 BGB erfolgen, dass kein Übergebot abgegeben wird.

b) Andere Auffassung: Vorweggenommene Annahme des B durch Einstellen der Auktion

Es erscheint auch denkbar, dass es sich bei dem Einstellen der Auktion weder um eine invitatio ad offerendum noch um ein Angebot handelt. Nach anderer Auffassung ist es möglich, auch eine aufschiebende Bedingung nach § 158 Abs. 1 BGB hinsichtlich der Annahmeerklärung anzunehmen, nach der nur ein Vertrag mit demjenigen zustande kommt, der zum Zeitpunkt des Zeitablaufs Höchstbietender ist. Diese sogenannte vorweggenommene Annahmeerklärung

⁷ Brox/Walker, BGB AT (Fn. 4), § 8 Rn. 1.

⁸ BGHZ 211, 331; BGH NJW 2011, 2643 (2643); NJW 2005, 53 (54); Oechsler, Der vorzeitige Abbruch einer Internetauktion und die Ersteigerung unterhalb des Marktwerts der Sache, NJW 2015, 665 (665).

⁹ Kaiser, Wichtige zivilrechtliche eBay-Fälle im Assessorexamen, JA 2017, 372 (372); Muchowski, eBay – „besser kaufen und verkaufen“, JA 2015, 928 (929).

rung hätte zur Folge, dass während der Schwebezeit noch kein Vertrag besteht, sondern dieser erst am Ende und einmalig geschlossen wird.¹⁰

Folgte man wiederum dieser Auffassung, käme man zu dem Ergebnis, dass das Höchstgebot des B über sein zweites Benutzerkonto „k***k“ zum Ende des Auktionszeitraums das Angebot darstellte, welches B unter der vorweggenommenen Annahmeerklärung annahm.

c) Stellungnahme

Vorliegend bewerten die dargestellten Auffassungen das Zustandekommen von Verträgen auf Internetplattformen unterschiedlich. Eine Stellungnahme ist nicht entbehrlich, insbesondere um die Folgeproblematik des Shill Bidding einordnen zu können.

Die Parteien haben unmittelbar keinen Willen erklärt, wie ihre Erklärungen zu verstehen sind und ob diese unter einer Bedingung abgegeben sein sollen; auch wird kein Regelfall vom Gesetz vorgesehen. Was im konkreten Einzelfall gewollt ist, muss anhand der von den Parteien abgegebenen, auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen ermittelt werden. Als Grundlage dieser Willenserklärungen können auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Plattformbetreibers, denen sich alle Beteiligten vor der Teilnahme an der online-Auktion unterworfen haben, herangezogen werden.¹¹ Problematisch erscheint jedoch, wie genau die AGB relevant sein sollen.

Umstritten ist nämlich, ob die AGB direkte Wirkung zwischen den Parteien entfalten,¹² Teil eines Vertrages zu Gunsten Dritter sind oder nicht direkter Anwendung, sondern als Auslegungshilfe in Betracht gezogen werden müssen.

Bei § 10 der eBay-Bedingungen handelt es sich um eine vorformulierte Klausel, die eine Vertragspartei einer anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt, also um

eine AGB im Rechtssinne.¹³ Problematisch erscheint jedoch, ob die Klausel auch im Verhältnis zwischen K und B überhaupt einbezogen ist, haben sich doch beide Parteien nur im Verhältnis gegenüber eBay und nicht untereinander mit der Klausel bekanntgemacht und einverstanden erklärt. Der Gedanke eines Vertrags zugunsten Dritter scheint indes schon deshalb problematisch, weil Allgemeine Geschäftsbedingungen typischerweise nicht nur Regelungen zugunsten der von ihnen Betroffenen enthalten.¹⁴ Zu folgen ist der Auffassung, welche die eBay-AGB als Auslegungshilfe der Willenserklärungen der Parteien versteht. Die Klauseln bilden gewissermaßen den „Horizont“ der Parteien und sind somit für die Auslegung der Willenserklärungen, welche im Rahmen von eBay abgegeben werden, maßgeblich zu berücksichtigen.¹⁵

Nach § 10 Abs. 1 eBay-AGB steht es fest, dass bereits das Einstellen der Auktion verbindlichen, anbietenden Charakter haben soll. Demnach ist das Einstellen eines Inserats bereits eine verbindliche, anbietende Willenserklärung. Diesem Ergebnis lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass es dem Angebot an den wesentlichen Vertragsbestandteilen fehlt, mit dem Einstellen stehen zwar weder der Vertragspartei noch der endgültige Kaufpreis fest, nach allgemeiner Meinung genügt jedoch die spätere Bestimmbarkeit beider essentialia in dem Wissen um die Funktionsweise von Internetauktionsplattformen.¹⁶ Durch das Einstellen der Auktion über den Pkw und deren Start hat B ein verbindliches Verkaufsangebot im Sinne von § 145 BGB abgegeben. Gerichtet an denjenigen, welcher zum Ablauf der Auktion das Höchstgebot abgegeben haben würde, die Willenserklärung des B ist nach §§ 133, 157 BGB i.V.m. den eBay-AGB mithin als Angebot i.S.d. 145 BGB zu verstehen.

d) Annahme des K durch Gebot i.H.v. EUR 17.000,00

Das Angebot des B müsste durch K angenommen worden sein. Eine Annahme ist eine einseitige, empfangsbedürftige und vorbehaltlose Willenserklärung, die auf die Herbei-

¹⁰ BGHZ 149, 129 (134); KG NJW-RR 2012, 290 (291); OLG Stuttgart NJW-RR 2015, 1363 (1364); Sutschet, Anforderungen an die Rechtsgelehrtslehre im Internet – Big Shielding, Shill Bidding und Mr. Noch Unbekannt, NJW 2014, 1041.

¹¹ BGHZ 149, 129 (132f.).

¹² Burgard, Online-Marktordnung und Inhaltskontrolle, WM 2001, 2102 (2105f.); Sester, Vertragsabschluss bei Internet-Auktionen, CR 2001, 98 (107f.); Spindler, Vertragsabschluss und Inhaltskontrolle bei Internet-Auktionen, ZIP 2001, 809 (812f.).

¹³ BGH NJW 2011, 2643 (2644).

¹⁴ Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht/Glossner, 3. Auflage 2013, Teil 2 Rn. 141.

¹⁵ Deutsch, Vertragsschluss bei Internetauktionen – Probleme und Streitstände, MMR 2004, 586 (589); ausführlich zum Streitstand Wagner/Zenger (Fn. 6), MMR 2013, 343 (346f.).

¹⁶ BGH NJW 2002, 2249; Jacob/Liebhaber, Die Gebrauchtwagenprofis, JA 2018, 492 (495).

führung eines Vertragsschlusses gerichtet ist.¹⁷ Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass die automatischen Gebotserhöhungen des K aufgrund der Eigengebote des B ausgeführt worden sind. Durch die Eingabe eines Maximalgebots gemäß § 10 Abs. 2 eBay-AGB veranlasst der Bietende, dass sein aktuelles Gebot immer um EUR 0,50 über den jeweiligen (Zwischen-) Geboten Dritter liegt und er damit Höchstbietender bleibt, bis sein Maximalgebot durch einen Dritten überboten wird. Dadurch ist eine gewisse Praxistauglichkeit hergestellt. In den zeitlich gestreckten Auktionen kann so dem Bedürfnis, den Auktionsverlauf „aktiv“ zu begleiten, entsprochen werden.

Daraus ergibt sich, dass ein Bieter durch die „Zwischengebote“ keine zwingenden, betragsmäßig bezifferten Annahmeerklärungen abgibt, sondern vielmehr nur das jeweils nächsthöhere Gebot abgeben möchte.

Die Voraussetzung für eine wirksame automatische, gebotserhöhende Annahmeerklärung ist damit die abstrakte Wirksamkeit der vorangegangenen Gebotserhöhung durch den dritten Bieter. Wäre diese Annahme unwirksam, hätte sich das eigene Gebot nicht erhöht. Folglich ist zu untersuchen, ob die Eigengebote des B beachtlich und wirksam sind.

aa) Umkehrschluss aus § 10 Abs. 6 S. 3 eBay-AGB

In Betracht kommt ein Umkehrschluss aus § 10 Abs. 6 S. 3 eBay-AGB, wonach die Sanktionen für das Verhalten des B nur im Verhältnis zwischen B und eBay, aber gerade nicht zwischen B und K gelten. Ebenso könnte jedes Eigengebot des B die vorherigen Gebote des K nach § 10 Abs. 1 S. 4 eBay-AGB zum Erlöschen gebracht haben. Dieser Umkehrschluss aus § 10 Abs. 6 S. 3 eBay-AGB geht aber über den Wortlaut der Klausel hinaus. Auch der Wortlaut des § 10 Abs. 1 S. 4 eBay-AGB verschließt sich einer solchen Auslegung. Danach erlischt ein Gebot, wenn ein anderer Bieter – also bei Personenverschiedenheit von Anbieter und Bieter – während der Angebotsdauer ein höheres Gebot abgibt. Anderenfalls würden grundlegende Regeln des gesetzlichen Vertragsrechts unterlaufen, wenn ein gemäß § 6 eBay-AGB unzulässiges Eigengebot ohne Rücksicht auf

die den Auktionsverlauf verfälschende Wirkung nur zum Vorteil des Anbietenden für ausnahmsweise beachtlich erklärt werden soll. Damit konnte und durfte ein redlicher Bieter nicht rechnen. Folglich wären die Gebote des B unwirksam und deshalb unbeachtlich.

bb) § 156 S. 2 Var. 1 BGB

Weiterhin könnte § 156 S. 2 Var. 2 BGB die Wirksamkeit der Eigengebote begründen. Der § 156 S. 2 Var. 1 BGB bestimmt – ähnlich wie § 10 Abs. 1 S. 4 eBay-AGB –, dass ein Übergebot alle anderen Gebote zum Erlöschen bringt. Dabei kommt es nur auf den rein tatsächlichen Akt des Überbietens an, sodass auch rechtlich unwirksame Übergebote diese Wirkung auslösen würden.¹⁸ Allerdings ist § 156 BGB nicht auf Internetauktionen anwendbar.¹⁹ Eine Wirksamkeit der Eigengebote nach § 156 BGB ist nicht möglich.

cc) Analogie von § 156 S. 2 Var. 1 BGB

Es könnte allerdings eine analoge Anwendung des § 156 BGB in Betracht kommen. Hierfür müssten eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage vorliegen. Außerdem dürfte ein Analogieschluss nicht verboten sein.²⁰

Es fehlt aber schon an einer strukturellen Vergleichbarkeit der Abläufe in „analogen“ Auktionen zu Internetauktionen, insbesondere an der Zuschlagserteilung.²¹ Dieser Zuschlag löst für die Beteiligten erst die erforderliche Rechtssicherheit aus, indem er alle bisher abgegebenen Gebote nach Annahme eines neuen Gebots inzident ablehnt. Dieses Instrument fehlt allerdings bei Internetauktionen. Eine analoge Anwendung des § 156 BGB kommt aufgrund einer fehlenden vergleichbaren Interessenlage nicht in Betracht.

dd) Wirksamkeit der ursprünglichen Intention des B

Aufgrund der Möglichkeit des Systems, Eigengebote abzugeben könnte die ursprüngliche Intention des B auf seinen eigenen Artikel zu bieten allerdings wirksam sein.

¹⁷ Busche in: Münchener Kommentar-BGB Band 1, 8. Auflage 2018, § 147 Rn. 2.

¹⁸ Busche in: MüKoBGB (Fn. 17), § 156, Rn. 5.

¹⁹ BGHZ 149, 129; BGH NJW 2005, 53; Ellenberger in: Palandt (Fn. 7), § 156 Rn. 3; Hoeren/Müller, Widerrufsrecht bei eBay-Versteigerungen, NJW 2005, 948 (949).

²⁰ Kuhn, Argumentation bei Analogie und teleologischer Reduktion in der zivilrechtlichen Klausurenpraxis, JuS 2016, 104 (104).

²¹ Vgl. u.a. BGHZ 149, 129.

(1) Schutzwürdigkeit des B

Letztlich könnte die ursprüngliche Intention des B wirksam sein, die Eigengebote könnten dann beachtlich sein, wenn B in seinem Handeln weit schutzwürdiger erscheint, als K. Ein Anbieter, welcher durch Eigengebote den Preis seines angebotenen Gegenstands nur zu seinem eigenen Vorteil in die Höhe treibt oder unter Umgehung kostenintensiver Mindest- oder Festpreisangebote ein in dieser Auktionsform nicht vorgesehenen Mindestpreis sichert, handelt unlauter und missbräuchlich.²² Um ein solches Anbieterverhalten nicht zu fördern, können die Eigengebote des B keine Beachtung bei der Auslegung finden, das System geht in – zusammen mit der Formulierung im § 145 BGB „einem anderen“ von der Personenverschiedenheit der Erklärenden aus. B ist hinsichtlich der Wirksamkeit seiner Eigengebote nicht schutzwürdig.

(2) Schutzwürdigkeit des K

Demgegenüber müsste K schutzwürdig und daher auch zu bevorteilen sein. Ein redlicher Bieter kann mit einem solchen Verhalten nicht rechnen,²³ ihm fehlt es in Kenntnis aller relevanten Umstände am Rechtsfolgewillen. K hatte jedoch keine Kenntnis über alle relevanten Umstände und sollte von B über Personenverschiedenheit des Mitbietenden und die Einhergehende Wirksamkeit der Gebote getäuscht werden; er ist deshalb schutzwürdig.

(3) Zwischenergebnis

Die Eigengebote des B waren mangels Wirksamkeit von vornherein nicht dazu geeignet, als Annahmeerklärung zum Angebot des B einen Vertragsschluss herbeizuführen. Deshalb hätte K diese Gebote auch gar nicht übertreffen brauchen und wollen, um zum Ende der Auktion Höchstbietender zu sein. Das einzige Gebot, das K übertreffen musste, bestand in Höhe von EUR 1,00.

c) Annahme des K durch Gebot i.H.v. EUR 1,50

In Betracht kommt deswegen eine Annahme K zum Preis von EUR 1,50. Die automatischen Gebotserhöhungen des K sind vorliegend allein aufgrund der Eigengebote des B aus-

geführt worden. Die letzte Annahmeerklärung, ohne dass ein Gebot des B zur automatischen Gebotserhöhung des K geführt hat, geschah in Höhe von EUR 1,50; andere preis erhöhende Gebote Dritter gab es nicht. Damit liegt wegen der Unwirksamkeit der Eigengebote des B und mangels Schutzwürdigkeit des Eigenbieters zu Auktionszeitablauf eine wirksame Annahmeerklärung des K i.H.v. EUR 1,50 vor.

d) Zwischenergebnis

Der Kaufvertrag zwischen K und B ist zu einem Kaufpreis i.H.v. EUR 1,50 zustande gekommen.

Anmerkung: Zu einem ähnlichen Ergebnis würde gelangen, wer B nicht Eigengebote abgegeben lässt, sondern ein Dritter das Konto k***k genutzt hätte. Dann läge zwar Personenverschiedenheit vor, dennoch wären die Gebote des Dritten wegen § 117 Abs. 1 BGB unwirksam.

2. Sittenwidrigkeit des Vertrages, § 138 Abs. 1 BGB

Der Vertrag über einen Pkw zum Kaufpreis i.H.v. EUR 1,50 könnte jedoch sittenwidrig und demnach gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Sittenwidrig sind Rechtsgeschäfte, wenn sie gegen die guten Sitten verstoßen. Maßstab hierfür ist das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen.²⁴ Bei Auktionen im Allgemeinen ist der Bieter nicht dazu verpflichtet, seine Gebote am tatsächlichen Marktwert des Gegenstands auszurichten. Gerade bei Internetauktionen macht es den Reiz aus, einen Gegenstand zu einem „Schnäppchenpreis“ zu erwerben.²⁵ K war unter normalen Umständen sogar dazu bereit, einen weitaus höheren Preis i.H.v. EUR 17.000,00 zu bezahlen, hätte die Auktion einen normalen Verlauf genommen. Eine verwerfliche Gesinnung weist er somit nicht auf. Die Handlung verstößt nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen. Eine Sittenwidrigkeit des Vertrages zum Kaufpreis von EUR 1,50 liegt somit nicht vor.

3. Zwischenergebnis

Folglich liegt ein wirksamer Kaufvertrag zwischen K und B über das Fahrzeug zu einem Kaufpreis i.H.v. EUR 1,50 vor.

²² BGHZ 211, 331 (333f.).

²³ Ebenda.

²⁴ RGZ 48, 114 (124).

²⁵ BGH NJW 2012, 2723 (2724).

III. Pflichtverletzung

B müsste eine Pflicht aus dem Kaufvertrag verletzt haben. Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn es im Schuldrecht zu einer Leistungsstörung gekommen ist.²⁶ In Betracht kommt hier die Nichterbringung einer fälligen und möglichen Leistungspflicht. B hat nach Aufforderung zur Leistung durch K das Fahrzeug nicht an K übergeben und übereignet. Damit hat B seine vertragliche Pflicht zur Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs aus dem Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB verletzt. Somit hat B eine Pflicht aus dem Kaufvertrag verletzt.

IV. Fristsetzung

Zudem müsste K dem B eine angemessene Frist gesetzt haben oder die Fristsetzung müsste gemäß § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich sein. Anfang August 2013 forderte K den B mit Anwaltsschreiben unter Fristsetzung auf, ihm das Fahrzeug zu einem Kaufpreis von EUR 1,50 zu übereignen. B teilte innerhalb der gesetzten Frist mit, das Fahrzeug zwischenzeitlich veräußert zu haben. Dies ist eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung. Die Fristsetzung war gemäß § 281 Abs. 2 Var. 1 BGB entbehrlich. Dessen ungeachtet hatte B dem K auch eine Frist gesetzt.

V. Vertretenmüssen, § 276 BGB

Weiterhin müsste B die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Regelmäßig hat der Schuldner eigenes Verschulden gemäß § 276 BGB und das seiner Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB zu vertreten. B kann sich nicht exkulpieren, weshalb gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB das Vertretenmüssen vermutet wird. B hat die Pflichtverletzung zu vertreten.

VI. Rechtsfolge

B hat K gemäß § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen, wie er ohne Pflichtverletzung stünde. Die Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs scheiden aus, weshalb nach § 251 Abs. 1 S. 1 BGB Entschädigung in Geld zu leisten ist. Diese richtet sich nach dem Wert des Gegenstands abzüglich des gezahlten Kaufpreises i.H.v. EUR 1,50. K hat demnach einen Anspruch auf Schadenersatz i.H.v. EUR 16.498,50.

VII. Rechtsmissbrauch, § 242 BGB

Allerdings könnte der Anspruch gemäß § 242 BGB aufgrund von Rechtsmissbrauch nicht durchsetzbar sein. Bei Internetauktionen kann ein Rechtsmissbrauch bei sogenannten „Abbruchjägern“ vorliegen. Diese geben ein Gebot nur in der Erwartung ab, der Anbieter werde die Auktion abbrechen oder durch Eigengebote den Kaufpreis hochtreiben, um im Anschluss die dadurch entstehenden sekundären Schadensersatzansprüche geltend zu machen.²⁷ K hat allerdings in jeder Hinsicht ein normales Bieterverhalten gezeigt. Er hat durch die Betätigung von Maximalgeboten an dem normalen Auktionsverfahren teilgenommen und die Manipulation durch B erst im Nachhinein entdeckt. Folglich ist ihm nicht rechtsmissbräuchlich anzulasten, dass er sich auf seinen Anspruch beruft. Der Anspruch ist mithin auch durchsetzbar.

B. Ergebnis

K hat einen Anspruch auf Zahlung von von Schadensersatz in Höhe von EUR 16.498,50 gegen B.

Fazit

Bei einer umfassenderen Fallfrage („Wie ist die Rechtslage?“) müssten auch noch Ansprüche auf Vertragsauflösung aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB und § 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB geprüft werden. Zudem wäre die Anfechtung des Kaufvertrages möglich. Sollte die Fallfrage auch eine anwaltliche Beratung erfordern, muss noch eine Abwägung im Hinblick auf die günstigste Rechtsfolge für den Kläger K erfolgen.

²⁶ Creifelds, Rechtswörterbuch, 22. Auflage 2017, S. 1013.

²⁷ BGH MMR 2016, 737 (737).

Informationsanspruch nach dem IFG

§§ 3, 7 Abs. 5, 9 Abs. 1 IFG, § 68 VwGO, Widerspruchsverfahren nach IFG, Versagungsgründe

BVerwG, Urteil v. 22.03.2018 – 7 C 21.16

Dipl. Jur. Floriane Willeke

Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht):

Unter der Leitung des Generalbundesanwalts beim Bundesgerichtshof (folgend: Generalbundesanwalt) läuft ein Ermittlungsverfahren gegen Mitarbeiter der Organisation N wegen Verdachts des Landesverrats.

Am 13.08.2015 beantragt K unter Berufung auf § 1 Abs. 1 IFG Zugang zu einer Weisung aus dem Hause des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) an den Generalbundesanwalt betreffend die laufende Ermittlung gegen N durch Übersendung von Kopien der Unterlagen.

Mit Schreiben vom 03.09.2015 teilt das BMJV dem K mit, dass die Bearbeitung seines Antrages noch Zeit in Anspruch nehmen werde.

Kerhebt daraufhin am 15.09.2015 Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht und beantragt, dass BMJV zur Übersendung der Unterlagen zu verpflichten. Die Frist für die Informationsübermittlung aus § 7 Abs. 5 S. 2 IFG sei abgelaufen, weshalb das BMJV ohne zureichenden Grund untätig geblieben sei.

Das BMJV erlässt am 21.09.2015 den Ablehnungsbescheid, versehen mit einer Rechtsbehelfsbelehrung. Es hält die Klage des K für unzulässig, da es an der Durchführung des erforderlichen Vorverfahrens fehle. Zudem habe K die Klage aufgrund der Regelung des § 75 S. 2 VwGO verfrüht erhoben. Jedenfalls sei die Klage aber auch unbegründet. Die von K begehrten Informationen seien nicht bei einer Verwaltungstätigkeit angefallen, vielmehr gehe es um die Strafrechtspflege. Zudem stehe dem Informationsbegehren des K der Versagungsgrund des § 3 Nr. 8 IFG entgegen.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Einordnung

Ansprüche auf Informationszugang werden im Studium selten thematisiert. Dennoch sollte sich jeder Examenskandidat mit diesen auseinandergesetzt haben. Eine entsprechende Klausur eignet sich hervorragend, um zu überprüfen, wer in der Lage ist, gelerntes Wissen auf die Arbeit mit unbekannten Gesetzestexten zu übertragen.

Das Informationsfreiheitsgesetz (IFG) folgt einem einfachen Schema. Während § 1 IFG den Informationsanspruch gewährt, liefert § 2 IFG die relevanten Definitionen. Die §§ 3 bis 6 IFG nennen Gründe, aus denen der Anspruch versagt werden kann. Die §§ 7ff. IFG schließlich stellen formelle und verfahrensrechtliche Regelungen dar. Einmal verinnerlicht, lässt sich dieses Schema auf viele andere unbekannte Gesetzestexte übertragen.

Auch eignet sich eine Informationsanspruchsprüfung, um Grundkenntnisse aus dem Staatsrecht zu überprüfen. So hängt der Anspruch auf Informationszugang eng mit dem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 a.E. GG und dem Recht aus Art. 10 EMRK zusammen.

Orientierungssätze

Die frühzeitige Erhebung einer Untätigkeitsklage nach § 75 S. 1 VwGO führt nicht zur Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens nach § 68 Abs. 1 VwGO.

Ein nach § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO erforderliches Vorverfahren kann ausnahmsweise aus Gründen der Prozessökonomie entbehrlich sein.

Gutachterliche Lösung

A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

B. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart

II. Klagebefugnis

III. Vorverfahren

IV. Klagegegner

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

VI. Klagefrist

A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg könnte gem. § 9 Abs. 4 IFG eröffnet sein, sofern es sich hierbei um eine aufdrängende Sonderzuweisung handelt. Die Vorschrift hat jedoch allein deklaratorische Wirkung dahingehend, dass Widerspruch und Verpflichtungsklage zulässig sind.¹

Mangels aufdrängender Sonderzuweisungen richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Danach müsste es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handeln. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn die den Streit entscheidenden Normen öffentlich-rechtlicher Art sind, mithin einen Hoheitsträger als solchen einseitig berechtigen oder verpflichten.² Streitentscheidende Normen sind solche des Informationsfreiheitsgesetzes (IFG), welches Hoheitsträger zur Zugänglichmachung amtlicher Informationen verpflichtet. Damit sind die Normen des IFG und somit die vorliegende Streitigkeit öffentlich-rechtlich.³

Jedenfalls K ist nicht unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt und streitet sich mit dem BMJV auch nicht über Verfassungsrecht, sodass mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit auch ein nichtverfassungsrechtlicher Streit vorliegt.⁴

Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich, sodass der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet ist.

B. Zulässigkeit

Die Klage des K müsste zulässig sein.

I. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren des K, vgl. § 88 VwGO.

K begehrt Zugang zu den von ihm genannten Unterlagen des BMJV betreffend das laufende Ermittlungsverfahren gegen N durch Übersendung von Kopien.

Sofern das Klagebegehren auf Zugang zu Informationen gerichtet ist, ist die Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO in Abgrenzung zur allgemeinen Leistungsklage statthaft, wenn der tatsächlichen Übersendung der Informationen eine Entscheidung über das „Ob“ der Zugänglichmachung in Form eines Verwaltungsakts (VA) i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 NVwVfG⁵ vorgeschaltet ist.⁶

Die Bescheidung des BMJV als Behörde i.S.d. § 1 Abs. 4 VwVfG über den Informationszugang erfolgt als hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts nach Maßgabe des IFG. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, die für K Außenwirkung entfaltet.

Fraglich ist allein, ob der Entscheidung über den Informationszugang Regelungscharakter zukommt. Ein solcher liegt vor, wenn die Maßnahme unmittelbar auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist. Bloße Hinweise auf die Rechtslage hingegen stellen Informationshandeln der Verwaltung dar.⁷

Der Anspruch des K auf Informationszugang ergibt sich aus § 1 Abs. 1 IFG. Die Beurteilung durch das BMJV über das „Ob“ der Zugänglichmachung führt zu einer Entscheidung darüber, ob dem K die Informationen überhaupt zugänglich gemacht werden. Das BMJV setzt mit seiner Entscheidung damit überhaupt erst die Rechtsfolge aus § 1 Abs. 1 IFG.⁸

Es handelt sich bei der Entscheidung über das „Ob“ der Einsichtnahme um einen VA i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG, sodass die Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO statthafte Klageart ist.

⁵ Auf die Verweisnorm des NVwVfG wird im Folgenden verzichtet.

⁶ VG Karlsruhe, Urt. v. 05.08.2011 – 2 K 765/11; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 31.05.2011 – OVG 12 N 20.10.

⁷ Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2017, § 6 Rn. 336, 338.

⁸ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 31.05.2011 – OVG 12 N 20.10.

¹ Schoch, Informationsfreiheitsgesetz (Kommentar), 2. Aufl. 2016, § 9 Rn. 67f., 71.

² Vgl. Erbguth/Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 5 Rn. 10.

³ Schoch, IFG (Fn. 1), § 9 Rn. 77.

⁴ Erbguth/Guckelberger, Allg. VerwR (Fn. 2), § 5 Rn. 25.

II. Klagebefugnis

Ferner müsste K klagebefugt sein. Gemäß § 42 Abs. 2 VwGO muss der Kläger geltend machen, durch einen Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein, dies muss ferner zumindest möglich erscheinen.⁹

Der Anspruch des K gem. § 1 Abs. 1 IFG auf Zugang zu den Unterlagen aus dem Ermittlungsverfahren erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen. K ist gem. § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt.

III. Vorverfahren

Ein gem. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO grundsätzlich erforderliches Vorverfahren hat nicht stattgefunden. Fraglich ist, ob die Durchführung eines Vorverfahrens ausnahmsweise entbehrlich war.

1. Entbehrlichkeit gem. § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO

Das Vorverfahren war nicht schon gem. § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO entbehrlich, weil es sich bei dem BMJV um eine oberste Bundesbehörde handelt. Denn gem. § 9 Abs. 4 S. 2 IFG ist ein Vorverfahren grundsätzlich auch bei Entscheidungen oberster Bundesbehörden durchzuführen.¹⁰

2. Entbehrlichkeit gem. § 75 S. 1 VwGO

Die Klage des K könnte jedoch als Untätigkeitsklage gem. § 75 S. 1 VwGO zulässig sein, sodass es eines Vorverfahrens gem. § 68 Abs. 1 VwGO nicht bedürfte.

Zulässig ist diese, wenn über einen Antrag auf Vornahme eines VA ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich nicht entschieden wurde, § 75 S. 1 VwGO.

Ob die Nichtentscheidung über den Antrag des K grundlos verzögert wurde, kann dahinstehen, sofern K die Untätigkeitsklage gem. § 75 S. 1 VwGO verfrüht erhoben hat.

a) Sperrfrist gem. § 75 S. 2 VwGO

Gem. § 75 S. 2 VwGO kann die Untätigkeitsklage nicht vor Ablauf einer Sperrfrist von drei Monaten seit dem Antrag auf Vornahme des VA erhoben werden.

K hat den Antrag auf Informationszugang am 13.08.2015 gestellt und Klage am 15.09.2015 eingereicht.

Fraglich ist, ob § 75 S. 1 VwGO analog auf die verfrühte Erhebung einer Untätigkeitsklage anwendbar ist.

Gegen eine analoge Anwendung spricht bereits der Wortlaut des § 75 S. 2 VwGO, der die gesetzte Sperrfrist von drei Monaten nur unter besonderen Umständen des Falls aussetzt.¹¹ Es ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber das Problem der verfrühten Klageerhebung erkannt und eindeutig geregelt hat, sodass es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Gegen das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke spricht überdies, dass bei einer Anwendung des § 75 S. 1 VwGO analog die von § 68 Abs. 1 VwGO grundsätzlich erforderliche Durchführung eines Vorverfahrens umgangen würde.¹²

Sofern eine verfrühte Klageerhebung stattfindet, greift für den Zeitraum der Sperrfrist mithin nicht die Regelung des § 75 S. 1 VwGO, sondern die allgemeine gesetzliche Ausgestaltung zur Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO, sodass ein Vorverfahren durchzuführen ist.¹³

Das BMJV hat den ablehnenden Bescheid am 21.09.2015 erlassen, also innerhalb der Sperrfrist des § 75 S. 2 VwGO.

Ein Vorverfahren war folglich nicht gem. § 75 S. 1 VwGO entbehrlich.

b) Besonderen Umstände des Falls gem. § 75 S. 2 VwGO

Es könnten jedoch besondere Umstände des Falls vorgelegen haben, die eine kürzere Frist als die von § 75 S. 2 VwGO aufgestellten drei Monate geboten machen.

Festzustellen ist, was unter „besonderen Umständen des Falls“ gem. § 75 S. 2 VwGO zu verstehen ist.

Besondere Umstände des Falls können dann vorliegen, wenn dem Kläger das Abwarten der Sperrfrist schwere und unverhältnismäßige Nachteile zufügen würde.¹⁴ K macht jedoch keine für ihn entsprechenden Nachteile geltend.

Besondere Umstände des Falls i.S.d. § 75 S. 2 VwGO können auch vorliegen, wenn spezialgesetzliche Fristen für die

¹¹ Vgl. BVerwG NJW 2018, 3331; Schenke in: Kopp/Schenke (Fn. 9), § 75 Rn. 8.

¹² BVerwG NJW 2018, 3331

¹³ BVerwGE 42, 108 (111); 66, 342 (344); Schenke in: Kopp/Schenke (Fn. 9), § 75 Rn. 2, 7.

¹⁴ BVerwG NJW 2018, 3331; Schenke in: Kopp/Schenke (Fn. 9), § 75 Rn. 12.

⁹ Erbguth/Guckelberger, Allg. VerwR (Fn. 2), § 20 Rn. 20.

¹⁰ Vgl. Schenke in: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), 24. Auflage 2018, § 68 Rn. 19; Schoch, IFG (Fn. 1), § 9 Rn. 80.

Vornahme des beantragten VA bestehen.¹⁵ K beruft sich auf § 9 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 5 S. 2 IFG, wonach der Informationszugang an den Antragssteller innerhalb eines Monats erfolgen soll.

Problematisch ist, ob die Frist nach § 9 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 5 S. 2 IFG für die Bekanntgabe des Ablehnungsbescheids zeitgleich eine von § 75 S. 2 VwGO abweichende Fristbestimmung für die Erhebung der Untätigkeitsklage darstellt.

aa) Grammatikalische Auslegung

Gegen die Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 5 S. 2 IFG spricht der Wortlaut der Vorschriften. Der Wortlaut „soll“ in § 7 Abs. 5 S. 2 IFG zeigt, dass die von § 9 Abs. 1 IFG in Bezug genommene Fristenregelung eine Sollfrist darstellt. Diese gilt nicht zwingend, sondern nur für den Regelfall und lässt Ausnahmen von der Fristbindung zu.¹⁶ Die zwingende Verweisung des § 9 Abs. 1 IFG nimmt nicht nur die tatsächliche Frist in Bezug, sondern auch die Maßgabe, dass die Frist nicht strikt, sondern nur im Regelfall gelten soll.¹⁷

bb) Systematische Auslegung

Ferner spricht gegen die Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 5 S. 2 IFG die Fristensystematik des § 7 Abs. 5 IFG. Dieser differenziert zwischen verschiedenen Konstellationen. So verlangt § 7 Abs. 5 S. 1 IFG die unverzügliche Zugänglichmachung der Informationen an den Antragssteller. § 7 Abs. 5 S. 2 IFG konkretisiert die Frist dahin, dass die Zugänglichmachung innerhalb eines Monats erfolgen soll.¹⁸ Nach § 7 Abs. 5 S. 3 IFG wird für das Drittbeteiligungsverfahren nach § 8 IFG eine Ausnahme der vorangegangenen Fristenregelungen gemacht.¹⁹ Die Systematik des § 7 Abs. 5 IFG zeigt, dass dieser keine starre Entscheidungsfrist für sämtliche Konstellationen anordnen, sondern bloß den Regelfall abdecken soll.

cc) Teleologische Auslegung

Auch der Sinn und Zweck der Vorschrift des § 9 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 5 S. 2 IFG spricht gegen eine spezialgesetzliche Fristenregelung.

Zwar soll § 9 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 5 S. 2 IFG der Beschleunigung dienen, indem er eine Soll-Frist setzt. Jedoch muss die Regelung auch den im Einzelfall unterschiedlich hohen Aufwand für die Bearbeitung des Antrags berücksichtigen.²⁰ Damit ist keine starre Fristenregelung, sondern eine auf den Einzelfall angepasste, dynamische Frist zweckmäßig. Andernfalls bestünde das Risiko, dass besonders komplexe Sachverhalte nur unzureichend geprüft und vorschnell abgelehnt oder gewährt würden.

dd) Historische Auslegung

Schließlich sprechen die Gesetzesmaterialien zu § 7 IFG gegen eine Anwendung.

Die Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 5 S. 2 IFG spricht ausdrücklich von einer „Regelfrist“.²¹ Dies zeigt, dass der Gesetzgeber gerade keine starre Fristenregelung treffen wollte, sondern eine dynamische, an dem Einzelfall orientierte Regelfrist.

ee) Zwischenergebnis

Die Frist des § 9 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 5 S. 2 IFG ist keine spezialgesetzliche Fristbestimmung zu § 75 S. 2 VwGO, sodass keine besonderen Umstände des Falls vorliegen, die eine Verkürzung der Dreimonatsfrist geboten machen.

3. Entbehrlichkeit aus Gründen der Prozessökonomie

Die Durchführung eines Vorverfahrens gem. § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO i.V.m. § 9 Abs. 4 S. 2 IFG könnte jedoch aus Gründen der Prozessökonomie entbehrlich sein.²²

Das Vorverfahren stellt eine Selbstkontrolle der Verwaltung durch die Widerspruchsbehörde dar.²³ Die Verwaltung soll selbst die Möglichkeit haben, ihre getroffene Entscheidung zu überdenken, bevor es zu einer gerichtlichen Überprüfung kommt. Dadurch entsteht für den Betroffenen ein möglichst effektiver, individueller Rechtsschutz.²⁴ Im öffentlichen Interesse sollen die Gerichte entlastet und Ressourcen geschont werden.²⁵

²⁰ VG Berlin, Urt. v. 27.06.2016 – 2 K 534.15.

²¹ BVerwG NJW 2019, 3331; BT-Drs. 15/4493 S. 15.

²² Kastner in: Fehling et al., Nomoskommentar Verwaltungsrecht (Kommentar), 4. Auflage 2016, § 68 Rn. 44.

²³ Erbguth/Guckelberger, Allg. VerwR (Fn. 1), § 20 Rn. 2; Kastner in: Fehling et al. (Fn. 21), § 68 Rn. 4.

²⁴ Erbguth/Guckelberger, Allg. VerwR (Fn. 1), § 20 Rn. 2; Schenke in: Kopp/Schenke (Fn. 9), Vorb § 68 Rn. 1.

²⁵ Erbguth/Guckelberger, Allg. VerwR (Fn. 1), § 20 Rn. 2; Schenke in: Kopp/Schenke (Fn. 9), Vorb § 68 Rn. 1; Kastner in: Fehling et al. (Fn. 21), § 68 Rn. 4.

¹⁵ Schenke in: Kopp/Schenke (Fn. 9), § 75 Rn. 12.

¹⁶ VG Berlin, Urt. v. 27.06.2016 – 2 K 534.15; Blatt in: Brink et al., Informationsfreiheitsgesetz (Kommentar), 2017, § 7 Rn. 139.

¹⁷ Blatt in: Brink et al. (Fn. 15), § 9 Rn. 6; Schoch, IFG (Fn. 1), § 9 Rn. 17.

¹⁸ Schoch, IFG (Fn. 1), § 7 Rn. 164f.

¹⁹ Ebd.

Mithin ist ein Vorverfahren entbehrlich, wenn die Zwecke des Vorverfahrens bereits erfüllt wurden oder aber diese nicht mehr erreicht werden können.²⁶

Der Zweck des Vorverfahrens ist erfüllt, wenn die Widerspruchsbehörde selbst am Verfahren beteiligt ist und nach einer Sachprüfung erkennen lässt, dass sie den (künftigen) Widerspruch zurückweisen werde.²⁷ Die Festlegung der Behörde kann durch eine vorgerichtliche Erklärung oder durch eine prozessbegleitende Einlassung erfolgen.²⁸

Das BMJV ist als oberste Bundesbehörde sowohl Ausgangs- als auch Widerspruchsbehörde und zudem selbst am Verfahren beteiligt. Es hat sich im Prozess auf die im Ablehnungsbescheid genannten Gründe berufen und ferner erklärt, dass der Anspruch des K insbesondere aufgrund des Versagungsgrunds des § 3 Nr. 8 IFG nicht bestehe. Damit hat es zu erkennen gegeben, seine im Ablehnungsbescheid getroffene Entscheidung nicht revidieren zu wollen. Der Zweck des Vorverfahrens ist damit erfüllt worden, so dass aus Gründen der Prozessökonomie die Durchführung eines Vorverfahrens gem. § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO i.V.m. § 9 Abs. 4 S. 2 IFG entbehrlich war.

IV. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Bundesrepublik Deutschland.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

K ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig.

Die Bundesrepublik Deutschland ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig und über ihre Prozessvertretung gem. § 62 Abs. 3 VwGO prozessfähig.

VI. Klagfrist

Die Klage ist nicht gem. § 74 Abs. 2 i.V.m. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO verfristet.

VII. Zwischenergebnis

Die Klage des K ist zulässig.

C. Begründetheit

Die Klage des K ist begründet, soweit die Nichtgewährung des Zuganges zu den von K begehrten Informationen rechtswidrig, K dadurch in seinen subjektiven Rechten verletzt worden und die Sache spruchreif ist, § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO.

C. Begründetheit

I. Anspruchsgrundlage

II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

1. Tatbestandsvoraussetzungen, § 1 Abs. 1 IFG

a) Anspruchsberechtigung

b) Amtliche Information i.S.d. § 1 Abs. 1 IFG

c) Anspruchsverpflichtung

d) Versagungsgründe

2. Rechtsfolge

D. Ergebnis

I. Anspruchsgrundlage

Anspruchsgrundlage für den Zugang zu den von K begehrten Informationen ist § 1 Abs. 1 IFG.

II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

Indem K einen Antrag bei der zuständigen Behörde auf Übersendung der Kopien der Informationen gestellt hat, sind die formellen Anspruchsvoraussetzungen nach § 7 IFG erfüllt.²⁹

III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

Ferner müssen die materiellen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sein.

Anmerkung: Im Originalfall hat das BVerwG keine umfassende materiellrechtliche Beurteilung vorgenommen, sondern die Sache an das VG zurückgewiesen.

²⁶ BVerwGE 15, 306 (310); BVerwGE 64, 325 (330); stRspr; Kastner in: Fehling et al. (Fn. 21), § 68 Rn. 44; ders. kritisch in § 68 Rn. 24.

²⁷ Dies ist umstritten. Das BVerwG vertritt in stRspr. die o.g. Auffassung, so in: BVerwG DVBl. 1981, 502 (503); BVerwG NVwZ 1984, 507; a.A. Schenke in: Kopp/Schenke (Fn. 9), § 68 Rn. 32.

²⁸ BVerwG NJW 2018, 3331; Kastner in: Fehling et al. (Fn. 21), § 68 Rn. 44.

²⁹ Schoch, IFG (Fn. 1), § 7 Rn. 1ff.

1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Abs. 1 IFG

Voraussetzung ist das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Abs. 1 IFG.

Danach hat jeder nach Maßgabe des IFG gegenüber Behörden des Bundes Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen.

a) Anspruchsberechtigung

K ist „jeder“ i.S.d. § 1 Abs. 1 IFG und damit anspruchsberechtigt.³⁰

b) Amtliche Information i.S.d. § 1 Abs. 1 IFG

Es müsste sich bei der Weisung aus dem Hause des BMJV um eine amtliche Information i.S.d. § 1 Abs. 1 IFG handeln.

Amtliche Informationen sind gem. § 2 Nr. 1 IFG sämtliche amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnungen.

Die Weisung erfolgte im Rahmen des Ermittlungsverfahrens des Generalbundesanwalts gegen N, mit dem er seine amtlichen Aufgaben aus § 142a Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 120 Abs. 1 GVG wahrnimmt. Es handelt sich somit um eine amtliche Information i.S.d. § 1 Abs. 1 IFG.

Anmerkung: Das BVerwG hat über diese Streitfrage noch nicht veröffentlicht entschieden. Sie ist Gegenstand des anhängigen Verfahrens BVerwG 7 C 23.17. Zu Ausbildungszwecken wird aber im Folgenden unterstellt, dass die Weisung aus dem Hause des BMJV an den Generalbundesanwalt die Wahrnehmung einer öffentlich-rechtlichen Verwaltungsaufgabe darstellt.

c) Anspruchsverpflichtung

Das BMJV müsste gem. § 1 Abs. 1 IFG anspruchspflichtig sein.

§ 1 Abs. 1 IFG ist eine Verpflichtung der Behörden des Bundes zu entnehmen. Abzustellen ist dabei nicht auf den verwaltungsverfahrenrechtlichen Behördenbegriff des § 1 Abs. 4 VwVfG.³¹ Das IFG legt einen funktionellen Behördenbegriff zugrunde.³²

Danach ist jede Stelle, die eine eigenständige Organisationseinheit darstellt, eine Behörde, wenn sie öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnimmt.³³

Die Weisung hängt mit dem Ermittlungsverfahren gegen N zusammen. Es könnte sich dabei in Abgrenzung zur öffentlich-rechtlichen Verwaltungsaufgabe auch um die Wahrnehmung von Strafrechtspflegeaufgaben handeln.

Das BMJV ist gem. § 1 Abs. 1 IFG anspruchspflichtig.

d) Versagungsgründe

Dem Anspruch des K aus § 1 Abs. 1 IFG könnte jedoch der Versagungsgrund aus § 3 Nr. 8 IFG entgegenstehen.

Danach besteht ein Anspruch nach § 1 Abs. 1 IFG nicht gegenüber den Nachrichtendiensten sowie den Behörden und sonstigen öffentlichen Stellen des Bundes, soweit sie Aufgaben im Sinne des § 10 Nr. 3 SÜG wahrnehmen.

Das BMJV müsste mithin Aufgaben i.S.d. § 10 Nr. 3 SÜG wahrnehmen. § 34 Nr. 3 SÜG ermächtigt die Bundesregierung, durch Rechtsverordnung festzustellen, welche öffentlichen Stellen Aufgaben nach § 10 Nr. 3 SÜG wahrnehmen. Diese Feststellung trifft § 1 SÜFV.

Das BMJV ist nach § 1 SÜFV keine öffentliche Stelle i.S.d. § 10 Nr. 3 SÜG. Nach § 1 Nr. 5 SÜFV nimmt jedoch der Generalbundesanwalt Aufgaben nach § 10 Nr. 3 SÜG wahr, soweit er bei Ermittlungstätigkeiten auf dem Gebiet der Spionageabwehr und der Terrorismusbekämpfung übermittelte Informationen der Nachrichtendienste des Bundes verwendet. Das BMJV ist gem. § 147 Nr. 1 GVG Aufsichtsbehörde für den Generalbundesanwalt. Damit stehen die Behörden in einer besonders engen Beziehung zueinander.³⁴ Fraglich ist, ob dies genügt, um den Informationszugang zu verweigern.

Der Schutzzweck des § 3 Nr. 8 IFG liegt darin, dass die in § 1 SÜFV genannten öffentlichen Stellen zur Vermeidung von Ausforschungen der Untersuchungen sämtliche Informationen verweigern dürfen.³⁵ Der Sinn und Zweck von § 3 Nr. 8 IFG kann jedoch nur dann vollständig erreicht werden, wenn der Geltungsbereich auf solche Behörden ausgedehnt wird, die aufgrund ihrer Aufgabenstellung in

³⁰ Brink in: Brink et al. (Fn. 15), § 1 Rn. 69.

³¹ Dem VwVfG kommt als Verfahrensrecht keine Ausstrahlungswirkung auf das IFG zu, vgl. Schoch, IFG (Fn. 1), § 1 Rn. 113.

³² Brink in: Brink et al. (Fn. 15), § 1 Rn. 84; Schoch, IFG (Fn. 1), § 1 Rn. 113, 115.

³³ Schoch, IFG (Fn. 1), § 1 Rn. 111.

³⁴ BVerwG NVwZ 2016, 940; Polenz in: Brink et al. (Fn. 15), § 3 Rn. 138; kritisch Schoch, IFG (Fn. 1), § 3 Rn. 348f.

³⁵ BVerwG NJW 2018, 3331.

einer besonders engen Beziehung zu den Nachrichtendiensten stehen.³⁶ Durch das besondere Näheverhältnis können die entsprechenden Behörden ebenfalls über Unterlagen verfügen, die sich unmittelbar auf die von § 3 Nr. 8 IFG angestellten Ermittlungen beziehen und damit einer entsprechenden Ausforschungsfahr unterliegen.³⁷ Insofern müssen Aufsichtsbehörden, die klassischerweise eine entsprechende Nähebeziehung zu ihren untergeordneten Stellen aufweisen, ebenfalls sämtliche Informationszugänge verweigern dürfen.³⁸

Folglich darf das BMJV die Informationen verweigern, sofern es sich um Unterlagen handelt, die von § 3 Nr. 8 IFG erfasst werden sollen. Somit liegt kein Versagungsgrund nach § 3 Nr. 8 IFG vor.

2. Rechtsfolge

Als Rechtsfolge sieht § 1 Abs. 1 IFG einen gebundenen Anspruch auf Informationszugang vor. Dem K steht damit sein geltend gemachter Anspruch auf Informationszugang durch Übersendung der Kopien zu.

D. Ergebnis

Die Klage des K auf Informationszugang ist zulässig und begründet. Sie hat Aussicht auf Erfolg.

Fazit

Die Entscheidung behandelt schwerpunktmäßig Fragen aus der Zulässigkeit, insbesondere zum Vorverfahren. Das in der niedersächsischen Juristenausbildung etwas außen vor gelassene Widerspruchsverfahren sollte in Bezug auf Ablauf und Problempunkte dennoch fehlerfrei beherrscht werden, da verschiedene Normen ein Vorverfahren zwingend erforderlich machen – so auch das IFG. Hier richtet sich der Anspruch oft gegen Bundesbehörden, für die die landesrechtliche Unstatthaftigkeit des Vorverfahrens nicht greift.

Neben dem Anspruch aus § 1 Abs. 1 IFG sind besonders § 3 Abs. 1 UIG und § 2 Abs. 1 VIG bekannte Anspruchsnormen für Zugang zu Informationen.

Gerichte haben sich in den vergangenen Jahren vermehrt mit Ansprüchen aus diesen Bereichen befasst. Die relevantesten Entscheidungen sind dabei BVerwG, Urt. vom 03.11.2011 – 7 C 4.11 (Grundsatzurteil zum Informationsverweigerungsrecht der Bundesministerien), BVerwG, Beschl. vom 27.05.2013 – 7 B 43.12 (Einsicht in Archivunterlagen nach dem BArchG), BVerwG, Urt. vom 25. 6. 2015 – 7 C 2.14 (Einsicht in Unterlagen des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags) und BVerwG, Urt. vom 29.06.2017 – 7 C 24.15 (Akteneinsicht zur Ehrwürdigkeitsprüfung). Daneben gibt es zahlreiche Urteile unterer Instanzen zur Gewährung von Informationszugang. Daran wird deutlich, dass Ansprüche auf Informationszugang für Studenten wie auch Examenskandidaten relevant sind.

³⁶ BVerwG NVwZ 2016, 940; ähnl. Polenz in: Brink et al. (Fn. 15), § 3 Rn. 138.

³⁷ BVerwG NVwZ 2016, 940; kritisch Schoch, IFG (Fn. 1), § 3 Rn. 348f.

³⁸ Polenz in: Brink et al. (Fn. 15), § 3 Rn. 138.

Rechtsprechung: Zivilrecht

In der Rechtsprechungsübersicht haben wir einige Entscheidungen für jedes Rechtsgebiet aufgenommen, die nach unserer Auffassung von besonderer Ausbildungs- und Prüfungsrelevanz sind. Die Hinweise auf diese Entscheidungen, das Verständnis ihres Inhalts und ihrer Probleme helfen bei der nächsten Klausur, Hausarbeit oder mündlichen Prüfung. Sie sind Anregung zum Selbststudium und - zusammen mit der digitalen Reihe „**Eine Woche - Eine Entscheidung - Eine Seite**“ - vermitteln sie eine solide Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung. Merke: *Keine* Rechtsprechungsübersicht ist vollständig, sondern ist immer nur ein - vom Autor festgelegter - Ausschnitt.

OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 04.07.2018 – 12 U 87/17

Ist ein Hengst im Zeitpunkt seiner Versteigerung auf einer öffentlichen Pferdeauktion zweieinhalb Jahre alt, so ist er im Sinne des Gesetzes „gebraucht“, so dass die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf keine Anwendung finden.

BGH, Urteil vom 19.07.2018 – VII ZR 19/18

Zur rechtlichen Einordnung eines Vertrags über die Lieferung und Montage einer Küche.

BGH, Urteil vom 24.10.2018 – VIII ZR 66/17

Ein Fahrzeug ist nicht frei von Sachmängeln, wenn die Software der Kupplungsüberhitzungsanzeige eine Warnmeldung einblendet, die den Fahrer zum Anhalten auffordert, um die Kupplung abkühlen zu lassen, obwohl dies auch bei Fortsetzung der Fahrt möglich ist. An der Beurteilung als Sachmangel ändert es nichts, wenn der Verkäufer dem Käufer mitteilt, es sei nicht notwendig, die irreführende Warnmeldung zu beachten. Dies gilt auch dann, wenn der Verkäufer zugleich der Hersteller des Fahrzeugs ist.

BGH, Urteil vom 26.10.2018 – V ZR 143/17

Da das häusliche Musizieren einschließlich des dazugehörigen Übens zu den sozialadäquaten und üblichen Formen der Freizeitbeschäftigung gehört, sind daraus herrührende Geräuscheinwirkungen jedenfalls in gewissen Grenzen zumutbar und in diesem Rahmen unwesentliche Beeinträchtigung des benachbarten Grundstücks.

BGH, Urteil vom 14.11.2018 – VIII ZR 109/18

Echter Vertrag zugunsten Dritter bei lebenslangem Wohnrecht eines Mieters: Bei der in einem Kaufvertrag des Vermieters über ein Hausgrundstück enthaltenen Vereinbarung, wonach der Mieter einer Wohnung des Hauses ein lebenslanges Wohnrecht haben und eine ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses durch den in den Mietvertrag eintretenden Erwerber ausgeschlossen sein soll, handelt es sich um einen (echten) Vertrag zugunsten Dritter (hier: des Mieters) gemäß § 328 BGB. Der Mieter erwirbt hierdurch unmittelbar das Recht, auf Lebenszeit von dem Käufer die Unterlassung einer ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses zu verlangen.

BGH, Urteil vom 21.11.2018 – XII ZR 78/17

Eine Option zur Verlängerung eines Mietvertrags ist während der für das vermietete Grundstück bestehenden Zwangsverwaltung gegenüber dem Zwangsverwalter auszuüben. Die Ausübung einer Verlängerungsoption ist nicht schriftformbedürftig im Sinne des § 550 Satz 1 BGB.

BGH, Urteil vom 05.12.2018 – VIII ZR 271/17

Wärmebrücken in den Außenwänden einer Mietwohnung und eine - bei unzureichender Lüftung und Heizung - bestehende Gefahr einer Schimmelpilzbildung sind, sofern die Vertragsparteien Vereinbarungen zur Beschaffenheit der Mietsache nicht getroffen haben, nicht als Sachmangel der Wohnung anzusehen, wenn dieser Zustand mit den zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes geltenden Bauvorschriften und technischen Normen in Einklang steht.

BGH, Urteil vom 06.12.2018 – VII ZR 285/17

Lassen sich bei dem vorübergehenden Entzug der Gebrauchsmöglichkeit eines ausschließlich gewerblich genutzten Fahrzeugs die materiellen Auswirkungen des Ausfalls quantifizieren, kann eine (abstrakte) Nutzungsausfallentschädigung nicht verlangt werden. Das gilt unabhängig davon, ob das ausgefallene Fahrzeug unmittelbar der Gewinnerzielung dient, weil der Ertrag allein mit Transportleistungen erzielt wird, oder nur mittelbar, nämlich zur Unterstützung einer anderen gewerblichen Tätigkeit eingesetzt wird.

BGH, Urteil vom 15.01.2019 – VI ZR 506/17

Die Übermittlung eines „presserechtlichen Informationsschreibens“ greift in der Regel nicht rechtswidrig in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eines Presseunternehmens ein. Eine andere Beurteilung ist allerdings dann geboten, wenn das übersandte Informationsschreiben von vornherein ungeeignet ist, präventiven Rechtsschutz zu bewirken. Hiervon ist auszugehen, wenn es keine Informationen enthält, die dem Presseunternehmen die Beurteilung erlauben, ob Persönlichkeitsrechte durch eine etwaige Berichterstattung verletzt werden.

BGH, Urteil vom 24.01.2019 – I ZR 160/17

Der Makler, der aufgrund eines Makleralleinauftrags damit beauftragt ist, dem Verkäufer Kaufinteressenten für ein Grundstück nachzuweisen oder zu vermitteln, verletzt seine Pflichten und ist deshalb zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er dem Verkäufer gegenüber ein Kaufangebot unzutreffend darstellt, ihm ein Kaufangebot verschweigt, den Kontakt zu Kaufinteressenten abreißen lässt, keine ausreichenden Vermarktungsbemühungen unternimmt oder bei eigenem Kaufinteresse Kaufinteressenten überhöhte Preisvorstellungen der Verkäuferseite nennt, um sie von einer Abgabe eines Kaufangebots abzuhalten.

Rechtsprechung: Öffentliches Recht

OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 07.08.2018 – 5 A 294/16

Für eine Identitätsfeststellung gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 BPolG ist ein Gefahrenverdacht ausreichend.

Eine nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG grundsätzlich verbotene Differenzierung liegt auch dann vor, wenn eine Maßnahme an ein dort genanntes Merkmal kausal, als (mit-)tragendes Kriterium („wegen“) neben anderen Gründen in einem Motivbündel, anknüpft.

Insoweit besteht eine Rechtfertigungsmöglichkeit zum Schutz kollidierenden Verfassungsrechts. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Anknüpfung an die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG stigmatisierende Wirkung zukommen kann. Eine ausschließliche Anknüpfung an die Hautfarbe ist bei den hier in Rede stehen polizeilichen Standardmaßnahmen grundsätzlich nicht rechtfertigungsfähig.

BVerfG, Urteil vom 19.09.2018 – 2 BvF 1/15

Eine staatliche Volkszählung durch Auswertung vorhandener Register und ergänzende Individualbefragungen fällt unter Art. 73 Abs. 1 Nr. 11 GG.

Soweit das Grundgesetz unmittelbar an die Zahl der Einwohner anknüpft, muss der Gesetzgeber ihre realitätsgerechte Ermittlung sicherstellen. Bei der Regelung des Erhebungsverfahrens verfügt der Gesetzgeber über einen Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum. Er muss den an eine „gültige“ Prognose zu stellenden Anforderungen genügen. Weitergehende prozedurale Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren bestehen hingegen nicht.

Da es zum Wesen der Statistik gehört, dass die Daten nach einer statistischen Aufbereitung für die verschiedensten, nicht von vornherein bestimmbar Aufgaben verwendet werden, gelten für Volkszählungen Ausnahmen von den Erfordernissen einer konkreten Zweckumschreibung, vom Verbot, personenbezogene Daten auf Vorrat zu sammeln, sowie von den Anforderungen für Weitergabe und Verwertung.

VG Göttingen, Beschluss vom 19.10.2018 – 1 B 478/18

Zur Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs, der die Bescheidung einer Bewerbung um die Zulassung zu einem Weihnachtsmarkt zum Gegenstand hat, ist einstweiliger Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu gewähren. Es verstößt gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, sofern ein Bewerber mit mehrdeutigen Bewerbungsunterlagen eine Verwechslungsgefahr beim Veranstalter hervorzurufen beabsichtigt und nach Abschluss des Auswahlverfahrens einen Anspruch auf Bescheidung seiner Bewerbung auf die eingetretene Verwechslung stützt.

VG Gelsenkirchen, Urteil vom 23.10.2018 – 14 K 3543/18

Das Anfertigen von Bild- oder Tonaufnahmen durch die Polizei bei Versammlungen ist – unabhängig davon, ob es sich nur um Übersichtsaufnahmen handelt – auch dann ein unzulässiger Eingriff in die Versammlungsfreiheit, wenn die Bilder lediglich zu Zwecken der Öffentlichkeitsarbeit verwendet werden sollen.

VG Lüneburg, Beschluss vom 25.10.2018 – 1 B 44/18

Wer sich auf eine ausnahmsweise unbewusste Aufnahme eines Betäubungsmittels beruft, muss einen detaillierten, in sich schlüssigen und auch im Übrigen glaubhaften Sachverhalt vortragen, der einen solchen Geschehensablauf als ernsthaft möglich erscheinen lässt.

BVerwG, Beschluss vom 24.10.2018 – 6 B 151/18

An die Begründungspflichten des Zweitprüfers in der juristischen Staatsprüfung sind auch dann keine gesteigerten Anforderungen zu stellen, wenn er von der Bewertung des Erstprüfers abweicht und sein Votum zu einer Bewertung der Prüfungsleistung als nicht bestanden führt.

OVG Lüneburg, Urteil vom 08.11.2018 – 11 LB 34/18

Rechtsgrundlage für die Anordnung der Abgabe eines Tieres ist § 16 a Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Satz 2 Nr. 2 TierSchG. Die Einzelhaltung eines Schimpansen ohne sozialen Kontakt zu Artgenossen ist nicht verhaltensgerecht i.S.d. § 2 Nr. 1 TierSchG. Eine schwerwiegende Verhaltensstörung kann auch bei einem erzwungenen Nichtverhalten vorliegen, wenn die Haltungsbedingungen zum Ausfall oder zu starker Reduktion arttypischer Verhaltensweisen führen.

VG Lüneburg, Urteil vom 22.11.2018 – 6 A 536/16

Leidet ein Prüfling unter einer Sehbeeinträchtigung und stellt er während der mündlichen Prüfung von dieser ausgehende, für die prüfende Behörde nicht erkennbare Beeinträchtigungen seiner Leistung fest, trifft ihn die Obliegenheit, diese Beeinträchtigungen noch während der mündlichen Prüfung mitzuteilen.

OVG Lüneburg, Beschluss vom 17.12.2018 – 11 LA 66/18

Geht es um die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme, die sich typischerweise kurzfristig erledigt, gilt die Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG nicht nur für schwerwiegende Grundrechtseingriffe, sondern auch für einfach-rechtliche Rechtsverletzungen, die – von der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG abgesehen – kein Grundrecht tangieren, und für weniger schwerwiegende Eingriffe in Grundrechte und Grundfreiheiten. Wenn und soweit sich die Kurzfristigkeit der Maßnahme aus der Eigenart der Maßnahme selbst ergibt und der Betroffene gerade aufgrund dieser Kurzfristigkeit ansonsten keinen Rechtsschutz erlangen kann, verlangt das Gebot des effektiven Rechtsschutzes, dass der Betroffene die ihn belastende Maßnahme unabhängig von der Schwere des damit verbundenen Rechtseingriffs in einem gerichtlichen Hauptsacheverfahren überprüfen lassen kann.

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 18.12.2018 – 1 BvR 142/15

Eine automatisierte Kraftfahrzeugkennzeichenkontrolle begründet Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aller Personen, deren Kennzeichen in die Kontrolle einbezogen werden, auch wenn das Ergebnis zu einem „Nichttreffer“ führt und die Daten sogleich gelöscht werden (Abweichung von BVerfGE 120, 378).

OVG Lüneburg, Beschluss vom 04.02.2019 – 11 LA 366/18

Die Störung oder Behinderung der polizeilichen Arbeit kann die Erteilung eines Platzverweises nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nds. SOG rechtfertigen.

Mit dem Begriff des Ortes in § 17 Abs. 1 Satz 1 Nds. SOG wird ein engerer räumlicher Bereich umschrieben. Eine Beschränkung auf ein Gebäude, auf eine Straße oder auf einen Platz ist damit nicht verbunden. Je nach Gefahrenlage kann die Maßnahme auch einen darüberhinausgehenden Bereich betreffen.

Rechtsprechung: Strafrecht

OLG Frankfurt, Beschluss vom 09.10.2018 – 2 Ws 51/17

Versuchter Betrug durch unrechtmäßige Rechnungen für Telefon-Sexhotline: Die Geltendmachung nicht existenter Forderungen kann jedenfalls auf der Ebene von Mahnungen eine Täuschungshandlung darstellen. Eine Täuschung kann auch konkludent erfolgen, nämlich durch irreführendes Verhalten, das nach der Verkehrsanschauung als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist. Davon ist auszugehen, wenn der Täter die Unwahrheit zwar nicht expressis verbis zum Ausdruck bringt, sie aber nach der Verkehrsanschauung durch sein Verhalten miterklärt. Wer unter Verwendung weiterer Täuschungen und Drohungen das Vorhandensein eines Mahn- und Vollstreckungsapparates vorspiegelt und suggeriert, dass er über Beweismittel verfügt, die die Forderungen untermauern und sich deswegen rühmt, diese auch durchsetzen zu können, täuscht über die Tatsachen forderungsberechtigt zu sein, die Forderungen beweisen und diese auch bei Widerstand durchsetzen zu können.

BGH, Beschluss vom 10.10.2018 – 4 StR 591/17

Bei der Wegnahme von einheitlichen Pfandflaschen, die von unbestimmt vielen Herstellern verwendet werden, geht das Eigentum an den Flaschen auf allen Vertriebsstufen auf den jeweils nächsten Erwerber über. Zueignungsabsicht ist zu bejahen, wenn der Täter sich wie ein Eigentümer geriert und bei zutreffender Einschätzung der Eigentumslage in der Absicht handelt, das dem Eigentümer entwendete Leergut gegen Auszahlung des Pfandbetrages zurückzugeben. Anders kann es sich bei der Wegnahme von Pfandleergut verhalten, das über eine besondere, dauerhafte Kennzeichnung als Eigentum eines bestimmten Herstellers ausgewiesen wird. Zueignungsabsicht liegt nicht vor, wenn der Täter die Eigentumslage richtig einschätzt und das Eigentumsrecht durch die Rückgabe nicht leugnen will. Geht der Täter davon aus, dass auch das Eigentum an Individualflaschen auf den jeweiligen Erwerber übergeht, handelt er mit Zueignungsabsicht.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.10.2018 – 2 Rv 5 Ss 669/18

Die Verwendung eines Behindertenparkausweises stellt keine Identitätstäuschung i.S.d. § 281 Abs. 1 StGB dar, wenn der Täter vortäuscht, den Ausweisinhaber befördert zu haben. Die Vorschrift ist nur anwendbar, wenn der für eine andere Person ausgestellte Ausweis dazu benutzt wird, den Irrtum zu erwecken, der Benutzende sei die Person, für die der Ausweis ausgestellt worden ist. Erforderlich ist eine Identitätstäuschung.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 18.10.2018 – 1 OLG 2 Ss 42/18

Ein fahrendes Fahrzeug kommt als gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB in Betracht, wenn es zur Verletzung einer Person eingesetzt und bereits durch den gezielten Anstoß selbst eine nicht unerhebliche Gesundheitsschädigung bewirkt wird. Der Tatbestand ist nicht erfüllt, wenn die Körperverletzung erst infolge des Sturzes oder Aufpralls auf den Boden eintritt. Diese beruht nicht mehr auf dem unmittelbaren Kontakt zwischen Körper und Fahrzeug. Der Rechtfertigungsgrund der Notwehr gem. § 32 StGB kommt grundsätzlich auch bei dem das Allgemeinrechtsgut der Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs schützenden Tatbestand des § 315b StGB in Betracht.

KG Berlin, Beschluss vom 22.10.2018 – (2) 161 Ss 59/18 (12/18)

Ein sichtbares Wegtragen von Waren begründet innerhalb der Geschäftsräume eines Selbstbedienungsladens noch keinen neuen Gewahrsam des Täters. Sofern er sich mit den Waren noch innerhalb des durch die Sicherungsmaßnahmen begrenzten Geschäftsbereich aufhält, ist der Diebstahl nur versucht und nicht vollendet.

BGH, Beschluss vom 24.10.2018 – 1 StR 517/18

Nach den Feststellungen des Landgerichts bedrohte der Täter mit einer nicht näher bestimmbar Pistole zwei Angestellte eines Hotels, fesselte sie zumindest zeitweilig mit Kabelbindern und entnahm eine Kamera aus dem Safe sowie Bargeld aus der Kasse. Zum konkreten Typ der Waffe (Schusswaffe oder Gas- bzw. Schreckschusspistole) und zum Ladezustand konnten keine Feststellungen getroffen werden. Der Tatbestand des schweren Raubes gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist daher nicht erfüllt. Eine ungeladene Schusswaffe bzw. Gas- oder Schreckschusspistole, die vom Täter als Drohmittel zu Verhinderung oder Überwindung von Widerstand anderer Personen eingesetzt wird, unterfällt lediglich dem Tatbestand des schweren Raubes gem. § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB. Allein die Fesselung mit Kabelbindern vermag den Tatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB ebenfalls nicht zu erfüllen, da keine Eignung zum Hervorrufen erheblicher Verletzungen vorlag.

BGH, Beschluss vom 31.10.2018 – 2 StR 281/18

Eine Verurteilung wegen vollendeter Hehlerei in Form der Absatzhilfe setzt die Feststellung eines Absatz Erfolges voraus. Für die Beurteilung des Versuchsbeginns ist bei der Hehlerei in der Variante der Absatzhilfe auf das unmittelbare Absetzen des Absatzhelfers abzustellen.

AG Rudolstadt, Urteil vom 19.11.2018 – 790 Js 24932/18 Ls

Auch mehrere Beihilfehandlungen zu ein und derselben Haupttat führen grundsätzlich nur zur Annahme einer Beihilfe, da sich aus Gründen der Akzessorietät der Teilnahme das vom Gehilfen begangene Unrecht nur aus dem Unrecht der Haupttat herleiten lässt.

BGH, Beschluss vom 05.12.2018 – 4 StR 505/18

Ein vollendeter gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr erfordert, dass durch eine der in § 315b Abs. 1 StGB benannten Tathandlungen eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs herbeigeführt worden ist, die sich zu einer konkreten Gefahr verdichtet hat. Eine konkrete Gefahr erfordert eine kritische Situation, in der die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache im Sinne eines „Beinaheunfalls“ so stark beeinträchtigt war, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht. In subjektiver Hinsicht setzt § 315b Abs. 1 StGB voraus, dass die Herbeiführung der konkreten Gefahr vom Vorsatz umfasst war. Dabei ist bedingter Vorsatz ausreichend, sodass bereits vorsätzlich handelt, wer die Umstände kennt, die zu der bestimmten Gefährdung geführt haben und den Eintritt der daraus folgenden konkreten Gefahrenlage zumindest billigend in Kauf nimmt.

BGH, Beschluss vom 09.01.2019 – 2 StR 288/18

Ob und wer Gewahrsam an einer Sache hat, beurteilt sich nach den Umständen des einzelnen Falles und den Anschauungen des täglichen Lebens. Es ist zwar naheliegend, dass ein Filialleiter Gewahrsam an Geld hat, das sich in einem Tresor in seinem Büro befindet. Dies gilt jedenfalls dann, wenn er vor Ort anwesend ist und über einen Schlüssel bzw. die Zugriffskennung für den Tresor verfügt. Ob dies auch der Fall ist, wenn sich der Filialleiter nicht in dem Büro oder dem Markt aufhält, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Maßgeblich ist, ob der Filialleiter trotz der Vertretung durch einen Stellvertreter trotzdem unmittelbaren Zugriff auf den Tresor und den Inhalt hat.

Vorbemerkungen

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 Punkte 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 Rechtswissenschaft wird in der universitären Ausbildung nicht umsonst den Geisteswissenschaften und nicht den Naturwissenschaften zugeordnet.

Die Bewertung einer Begutachtung ist nicht prognosefähig, eine stoische (aber transparente) Unterscheidung in ‘falsch’ und ‘richtig’, ‘vertretbar’ oder ‘unvertretbar’ gibt es nicht, von einigen Extremfällen abgesehen.

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 13, 14, 15 oder 16 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 mit gut oder besser) Studienleistungen hast, die Du gern veröffentlichen möchtest, sprich uns bitte unter

redaktion@hanoverlawreview.de

an.

- Die Redaktion

Strafrecht II - Leben und sterben lassen

Die Klausur ist in der Veranstaltung Grundkurs Strafrecht II im Sommersemester 2018 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt PD Dr. Manuel Ladiges, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Verfasserin der Klausurlösung ist stud. iur. Victoria Fricke, die Klausur ist mit 17 Punkten bewertet worden.

Sachverhalt:

Bernd (B) wird eines Abends auf dem Nachhauseweg in einen schweren Verkehrsunfall verwickelt, bei dem er schwerste Hirnschäden erleidet und ins Koma fällt. Er wird – wenn überhaupt – dauerhaft nur mit einer Querschnittslähmung weiterleben. Nach der Notfallbehandlung informiert das Krankenhaus seine Frau Fiona (F) über den gesundheitlichen Zustand ihres Mannes. F wittert sogleich eine Chance, schnell an die Lebensversicherung in Höhe von EUR 1.000.000 des B zu kommen, die zu ihren Gunsten abgeschlossen ist. Sie wendet sich an den behandelnden Arzt Dr. Müller (M) und bietet ihm EUR 10.000, wenn er die lebenserhaltenden Maschinen abschaltet, an die B angeschlossen ist. M lehnt das Geld entrüstet ab, erklärt sich aber dennoch bereit, dem Wunsch von F nachzukommen, da er dem B ein – aus Sicht des M – würdeloses und sinnloses Weiterleben als Pflegefall ersparen will. F ist davon begeistert und sagt zu M: „Es ist mir wichtig, dass B durch die Tötung nicht leiden wird. Ansonsten ist es mir egal, wie B umkommt. Sie können auch auf andere Personen zugreifen, um den Tod herbeizuführen.“

M will sich nicht selbst die Finger schmutzig machen und geht daher wie folgt vor. Er erklärt dem Krankenpfleger Kai (K), dass bei B der Hirntod bereits eingetreten ist, so dass K die Herz-Lungen-Maschine abschalten könne. Dies tut der gutgläubige K, der angesichts seiner beruflichen Belastung auf der Intensivstation nicht daran denkt, die Lebensfunktionen des weiterhin im Koma liegenden B selbst zu überprüfen, obwohl dies nach den einschlägigen ärztlichen Anweisungen vorgeschrieben ist. B stirbt daraufhin.

Prüfen Sie gutachterlich die Strafbarkeit von F, M und K nach dem StGB!

Bearbeitervermerk: Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt. Körperverletzungsdelikte sind nicht zu prüfen.

Gutachterliche Lösung

A. Strafbarkeit des K gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB

K könnte sich gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB wegen Mordes strafbar gemacht haben, indem er die Herz-Lungen-Maschine des B abschaltete und dieser starb.

I. Tatbestand

Er müsste tatbestandsmäßig gehandelt haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand müsste vorliegen.

a) Tod eines anderen Menschen

Dazu müsste ein anderer Mensch gestorben sein. B ist nicht K und ist tot. Somit ist ein anderer Mensch gestorben.

b) Kausalität

Die Handlung des K müsste für den Tod des B kausal sein. Kausal ist eine Handlung nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel, wenn sie nicht hinweggedacht wer-

den kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel. Hätte K nicht die Maschine abgeschaltet, wäre B nicht daraufhin gestorben. Möglicherweise wäre er später gestorben, was aber nicht sicher ist. Außerdem kommt es auf die Lebensverkürzung an. Somit ist die Tat des K kausal.

c) Objektive Zurechnung

Der Erfolg müsste K objektiv zurechenbar sein. Ein Erfolg ist objektiv zurechenbar, wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr schafft, die sich im konkreten tatbestandlichen Erfolg realisiert.

Einem komatösen Patienten die Herz-Lungen-Maschine abzuschalten, beinhaltet das sehr wahrscheinliche Risiko, dass dieser stirbt, was von der Rechtsordnung nicht gebilligt ist. B ist dadurch gestorben. Somit ist K der Erfolg objektiv zurechenbar.

d) Heimtücke

K könnte heimtückisch gehandelt haben gem. § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB. Heimtückisch handelt, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnützt. Arglos ist, wer sich zum Zeitpunkt der Gefahr keiner Bedrohung seines Lebens versieht. B ist komatös bei Abschalten der Maschine. Fraglich ist, ob Bewusstlose arglos sein können.

Einer Ansicht nach können sie wie Schlafende ihre Arglosigkeit mitnehmen. Demnach wäre B arglos. Anderer Ansicht nach sind Bewusstlose nicht arglos. Demnach wäre B nicht arglos. Die Ansichten haben verschiedene Ergebnisse, der Streit ist zu entscheiden. Bewusstlose sind dies im Gegensatz zu Schlafenden nicht freiwillig, sondern, wie B zum Beispiel, infolge eines Unfalls. Deshalb können sie nicht mit Schlafenden gleichgesetzt werden. Der zweiten Ansicht ist zu folgen. Folglich war B nicht arglos. K handelte also nicht heimtückisch.

e) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand des §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB ist gegeben.

2. Subjektiver Tatbestand

K müsste gem. § 15 Abs. 1 StGB vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist Wissen und Wollen der Verwirklichung des objektiven Tatbestands. K stellte die Maschine zwar bewusst

und gewollt ab, jedoch tat er dies, weil er infolge der Äußerung des M fälschlicherweise dachte, dass B tot sei. B lebte aber noch. Er irrte sich also über das Vorliegen einer Tatsache, die wesentlicher Bestandteil des objektiven Tatbestands ist, über den Zustand des Tatopfers. Infolge dieses Tatumstandsirrtums entfällt gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB der Vorsatz. K handelte also nicht vorsätzlich.

II. Ergebnis

K hat sich nicht gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des K gem. § 222 StGB

K könnte sich jedoch gem. § 222 StGB wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht haben, indem er die Maschine abstellte.

I. Tatbestand

1. Handlung

K schaltete die Maschine ab, handelte also.

2. Erfolgseintritt

B starb. Ein Erfolg lag also vor.

3. Kausalität und objektive Zurechnung

Der Tod ist kausale Folge der Handlung des K und dem K auch objektiv zurechenbar. Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist somit gegeben.

4. Objektive Fahrlässigkeit

K müsste objektiv fahrlässig gehandelt haben.

a) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung

K müsste dazu objektiv sorgfaltswidrig gehandelt haben. Er müsste also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, die von einer vernünftigen und besonnenen Person in der sozialen Stellung des Täters angenommen werden kann, außer Acht gelassen haben. K überprüfte vor Abschaltung nicht, ob Lebensfunktionen noch vorlagen, weil er nicht daran dachte. Als Krankenpfleger ist dies jedoch seine Pflicht. Er ist durch seinen Beruf damit vertraut, solche Maßnahmen vor einer Abschaltung vorzunehmen. Somit verletzte K objektiv eine Sorgfaltspflicht.

b) Objektive Vorhersehbarkeit

Der Erfolg müsste objektiv vorhersehbar gewesen sein. Objektiv vorhersehbar ist eine Situation, wenn eine besonnene Person aus allgemeiner Lebenserfahrung damit rechnen kann. Eine besonnene Person hätte davon ausgehen können, dass ein Patient noch leben könnte und hätte zunächst die Vitalfunktionen überprüft, damit sichergestellt ist, dass der Patient sicher hirntot ist.

Die Folge der Sorgfaltswidrigkeit war also objektiv vorhersehbar.

II. Rechtswidrigkeit

K müsste rechtswidrig gehandelt haben. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Somit handelte er rechtswidrig.

III. Schuld

Er müsste auch schuldhaft gehandelt haben.

1. Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe

Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

2. Subjektive Fahrlässigkeit

K müsste auch subjektiv fahrlässig gehandelt haben.

a) Subjektive Sorgfaltspflichtverletzung

Dazu müsste er subjektiv sorgfaltswidrig gehandelt haben. Subjektive Sorgfaltswidrigkeit liegt vor, wenn die individuelle Person des Täters unter Beachtung seiner persönlichen Fähigkeiten die notwendige Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Gründe, weswegen K vom besonnenen Menschen zu unterscheiden ist, sind nicht ersichtlich. Insbesondere die an ihn gerichtete Anweisung des M steht dem nicht entgegen, da K selbst zur Überprüfung verpflichtet ist. Er handelte also auch subjektiv sorgfaltswidrig.

b) Subjektive Vorhersehbarkeit

K müsste die Folge subjektiv vorhersehbar sein. Subjektiv vorhersehbar ist eine Situation, wenn der Täter in seiner individuellen Stellung und mit seiner Erfahrung damit rechnen kann. K weicht nicht von der besonnenen Person ab. Somit handelte er subjektiv fahrlässig. Er handelte also schuldhaft.

IV. Ergebnis

K hat sich gem. § 222 StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des M gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

M könnte sich gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB wegen Mordes in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht haben, indem er K beauftragte, die Maschine des B abzuschalten.

I. Tatbestand**1. Objektiver Tatbestand****a) Tat**

Es müsste eine Tat nach dem StGB vorliegen. B ist durch das Handeln des K gestorben, eine Tat liegt vor.

b) Werkzeugqualität

K müsste tauglicher Tatmittler sein. Ein tauglicher Tatmittler weist einen Strafbarkeitsmangel vor. K hatte keinen Vorsatz bzgl. der Tötung eines Menschen. Somit lag ein Strafbarkeitsdefizit vor und er ist taugliches Werkzeug.

c) Täterqualität

M müsste tauglicher Täter sein. Er müsste gegenüber dem Tatmittler Tatherrschaft, sowie einen Wissensvorsprung gehabt haben. M wusste im Gegensatz zu K, dass B entgegen seiner Aussage nicht hirntot ist, sondern möglicherweise wider aufwachen kann. Somit hat er ein Mehr an Wissen gegenüber K.

Auch wollte er die Tat, um dem Wunsch der F nachzukommen. Somit hatte er auch Tatherrschaft. Aus diesem Grund liegt hier auch Täterschaft und keine Teilnahme (z.B. § 26 StGB) vor. M ist tauglicher Täter der mittelbaren Täterschaft.

d) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand des Totschlags in mittelbarer Täterschaft liegt vor.

2. Subjektiver Tatbestand**a) Vorsatz**

M müsste vorsätzlich gehandelt haben. M wollte den Tod des B und wollte auch, dass K diesen herbeiführt. Zwar kann er sich nicht hundertprozentig sicher sein, ob K seiner Anweisung folgt, jedoch ist dies in einem Krankenhaus sehr wahrscheinlich. Er handelte vorsätzlich.

b) Habgier

M könnte das Mordmerkmal Habgier (§ 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 StGB) verwirklicht haben. Habgierig ist, wer um jeden Preis, auch um den eines Menschenlebens, nach finanziellen Vorteilen strebt. M lehnte die EUR 10.000, die F ihm für die Tötung anbot, ab und handelte damit nicht habgierig.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Insbesondere Nothilfe kommt nicht in Betracht, da nicht sicher ist, ob B überhaupt leidet. Schuldauusschließungs- und Entschuldigungsgründe sind auch nicht ersichtlich. M handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

M hat sich gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

D. Strafbarkeit der F gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

F könnte sich gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB wegen Mordes in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht haben, indem sie M beauftragte, B zu töten.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Tat

B ist durch Handeln des K gestorben. Eine Tat liegt vor.

b) Werkzeugqualität

Es müsste ein tauglicher Tatmittler vorliegen. M weist kein Strafbarkeitsdefizit in seiner Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB auf. Somit ist er kein tauglicher Tatmittler. K und F hatten nie Kontakt. F sagte zwar, M könne auch auf andere Personen zugreifen, jedoch konkretisierte sie dies nicht auf K. Somit ist K kein Werkzeug der F. Ein tauglicher Tatmittler liegt nicht vor.

2. Zwischenergebnis

Der Tatbestand liegt nicht vor.

II. Ergebnis

F hat sich somit nicht gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

E. Strafbarkeit der F gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2, 26 StGB

F könnte sich aber gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2, 26 StGB wegen Anstiftung zum Mord in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht haben, indem sie M beauftragte, die Maschinen ihres Mannes B abzuschalten.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Teilnahmefähige Haupttat

Dazu müsste zunächst eine teilnahmefähige Haupttat vorliegen. Teilnahmefähig ist jede vorsätzliche, rechtswidrige Tat. Der Totschlag in mittelbarer Täterschaft des M ist vorsätzlich und rechtswidrig. Die teilnahmefähige Haupttat liegt vor.

b) Anstiften

F müsste M zu dieser Tat angestiftet haben. Anstiften ist das Bestimmen zur Tat, also das Hervorrufen des Tatentschlusses beim Täter. B war bei M in Behandlung. M wollte jedoch nie die Maschinen abstellen. Durch das Gespräch mit F wurde er dazu initiiert. Somit rief F den Tatentschluss bei M hervor, stiftete ihn also an.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

F müsste vorsätzlich gehandelt haben. Dazu müsste der „doppelte Anstiftervorsatz“ vorliegen, also Vorsatz bzgl. der Haupttat und des Anstiftens.

aa) Bzgl. Haupttat

F kam es gerade darauf an, dass B stirbt und wusste nach Zustimmung des M auch, dass dieser stirbt.

bb) Bzgl. Anstiftens

F sah durch die Situation, dass B im Krankenhaus ist, die Chance, dass dieser durch ein Abschalten der lebenserhaltenden Maschinen stirbt. Dazu beauftragte sie M. Sie wollte also gerade, dass dieser die Maschine abstellt.

cc) Zwischenergebnis

F handelte mit doppeltem Anstiftervorsatz.

b) Habgier

F könnte das Mordmerkmal Habgier gem. § 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 StGB aufweisen. Sie wollte den Tod des B, um an dessen Lebensversicherung i.H.v. 1.000.000 € zu kommen, die zu ihren Gunsten abgeschlossen war. Dazu nahm sie es in Kauf, dass B stirbt. Sie wollte das Geld also um jeden Preis, auch um den des Lebens ihres Mannes. Somit handelte sie habgierig.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Persönliche Strafraumenverschiebung

Fraglich ist jedoch, wie damit umzugehen ist, dass F ein Mordmerkmal aufweist, aber nur Teilnehmerin eines Totschlags in mittelbarer Täterschaft ist.

Beim Mordmerkmal Habgier handelt es sich um ein täterbezogenes Merkmal i.S.d. § 14 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Somit kann § 28 StGB angewandt werden.

Es ist umstritten, ob dabei Abs. 1 oder Abs. 2 zum Tragen kommt. Dabei kommt es auf das Verhältnis zwischen Mord und Totschlag an.

Einer Ansicht nach sind Mord und Totschlag zwei eigenständige Delikte. Demnach wäre das persönliche Merkmal gem. § 28 Abs. 1 StGB strafbegründend und die Strafe des Beteiligten kann gemildert werden. Die Merkmale fehlen jedoch bei F nicht, sondern liegen vor. Sie würde jedoch gleich dem Täter bestraft werden aufgrund des Akzessorieprinzips.

Anderer Ansicht nach ist Mord eine Qualifikation des Totschlags. Demnach sind persönliche Merkmale strafscharfend und § 28 Abs. 2 StGB findet Anwendung. Hiernach findet eine Strafraumenverschiebung statt und F würde wegen Anstiftung zum Mord in mittelbarer Täterschaft und nicht zum Totschlag bestraft werden.

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Der Streit ist zu entscheiden. Für die erste Ansicht spricht systematisch, dass Mord im Gesetz vor Totschlag geregelt ist, was untypisch für Qualifikationen ist. Jedoch gibt es im Gesetz weitere solcher Fälle. Für die erste Ansicht spricht außerdem der Wortlaut. In § 212 StGB heißt es „ohne Mörder zu sein“. Dies weist auf zwei separate Delikte hin. Der Wortlaut ist jedoch ein Relikt der Tätertypenlehre der NS-Zeit und längst reformbedürftig. Außerdem steht Mord als

schwerstes Delikt des StGB als Zeichen am Anfang des 16. Abschnitts, um die Wichtigkeit zu unterstreichen. Folgte man ersterer Ansicht, würde man bei mittelbarer Täterschaft unbillige Ergebnisse erhalten. Damit also jeder für das Delikt bestraft wird, dass er auch begangen hat, ist der zweiten Ansicht zu folgen und die Strafe der F zu schärfen.

IV. Ergebnis

F hat sich also gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2, 26 StGB strafbar gemacht.

F. Gesamtergebnis

K hat sich gem. § 222 StGB strafbar gemacht, M gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB und F gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2, 26 StGB.

17 Punkte**Anmerkungen**

Den Korrektor überzeugt der Gutachtenstil. Der Aufbau wird als außerordentlich gut gelungen beschrieben. Laut Korrektor werden die Fallkonstellation und auch alle wesentlichen Probleme gesehen und bearbeitet. Insbesondere werde das Problem im § 28 StGB herausragend gut gelöst.

Hinweise des Klausurerstellers

Es handelt sich in der Tat um eine weit überdurchschnittliche Klausur, die zeigt, dass durchaus auch sehr gute Leistungen im juristischen Studium möglich sind. Wichtig für die Klausurbearbeitung war der richtige Prüfungsaufbau angesichts der verschiedenen Beteiligten. Viele Studierenden hatten damit Probleme und begannen – für mich völlig unverständlich – mit einer Prüfung der Strafbarkeit des M oder gar der F. Es war jedoch eigentlich zwingend, mit dem Tatnächsten zu beginnen, also hier mit K, auch wenn K den B nicht vorsätzlich tötete.

Darüber hinaus ging es um das sehr prüfungsrelevante Thema der Lockerung bzw. Durchbrechung der Akzessorietät der Teilnahme bei der Verwirklichung bzw. beim Fehlen von subjektiven Mordmerkmalen bei unterschiedlichen Beteiligten. Dabei lag die Konstellation vor, dass die F als Anstifterin habgierig handelte, also selbst ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne von § 14 Abs. 1 StGB verwirklichte, während M als mittelbarer Täter kein Mordmerkmal erfüllte. Es kam daher auf den – hoffentlich – bekannten Streit an, ob die subjektiven Mordmerkmale strafbegründende Merkmale nach § 28 Abs. 1 StGB oder strafschärfende Merkmale nach § 28 Abs. 2 StGB sind. Die Antwort auf diese Frage hängt von der umstrittenen Einordnung der Tötungsdelikte ab, wie Verfasserin zutreffend darstellt und auch den Streitstand schön, wenn vielleicht auch etwas knapp, referiert. Dabei ist allerdings auf einige Aufbaufragen hinzuweisen, die noch verbessert werden könnten. Verfasserin prüft die Problematik nach der Schuld unter der Überschrift „Persönliche Strafrahmenverschiebung“, bejaht im Ergebnis aber eine Tatbestandsverschiebung über § 28 Abs. 2 StGB. Es ist also nicht nur die Strafe zu „schärfen“, sondern F macht sich sogar wegen Anstiftung zum Mord strafbar, obwohl M als Haupttäter „nur“ einen Totschlag in mittelbarer Täterschaft begangen hat. Um diese Tatbestandsverschiebung durch § 28 Abs. 2 StGB deutlich zu machen, sollte der Streit bereits auf Tatbestandsebene dargestellt werden, etwa als Punkt „Tatbestandsverschiebung“ nach dem subjektiven Tatbestand (vgl. zum Aufbau im Gutachten Murmann, Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 27 Rn. 92). Eine Prüfung nach der Schuld macht dagegen meiner Ansicht nach allenfalls Sinn, wenn der Täter ein subjektives Mordmerkmal erfüllt, das beim Teilnehmer fehlt, und man dann der Rechtsprechung folgt und eine Strafmilderung für den Teilnehmer nach § 28 Abs. 1 in Verbindung mit § 49 Abs. 1 StGB bejaht.

Unsauber wird die Prüfung der mittelbaren Täterschaft bei M aufgebaut. In der Tatbestandsmäßigkeit sollte zunächst kurz festgestellt werden, dass die Tathandlung durch den Vordermann vollzogen worden ist, um sodann die Frage der Tatherrschaft des Hintermanns zu prüfen.

Zumindest unschön ist die Bildung des ersten Obersatzes, in dem bereits festgestellt wird, dass B gestorben ist, da dadurch die Erfolgsprüfung im objektiven Tatbestand vorweggenommen wird. Ausreichend, aber auch erforderlich, ist es, die jeweils zu prüfende Tathandlung im Obersatz zu nennen.

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

Öffentliches Recht im Probeexamen

Die Klausur ist im HannES-Probeexamen des Sommersemesters 2018 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Waechter, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat. Verfasserin der Klausurlösung ist stud. iur. Frederike Hirt, die Klausur ist mit 13 Punkten bewertet worden.

Sachverhalt:

K ist Vorsitzende eines Vereins. Dieser hat sich zur Aufgabe gesetzt, einem Dorf D in Afghanistan durch Schulbau etc. zu helfen. K hat für ihre Tätigkeit bereits das Bundesverdienstkreuz bekommen. Sie reiste in der Vergangenheit öfter nach D.

Dem deutschen Konsulat in Afghanistan wird bekannt, dass K erneut nach D reisen will. Die Behörden (Bundeskriminalamt, Bundesnachrichtendienst) schätzen aufgrund des Bürgerkrieges nach ihnen vorliegenden Berichten das Entführungsrisiko für westliche Staatsangehörige für die Dauer eines Jahres als hoch ein. K hält aufgrund persönlicher Auskünfte ihrer Gewährsleute in D die Reise für vertretbar.

Die Gemeinde ordnet daraufhin nach Anhörung der K eine Reisebeschränkung für K an, die auf ein Jahr befristet ist. Danach ist K nicht berechtigt, direkt oder indirekt mit dem Ziel Afghanistan aus der BRD auszureisen. Die Beschränkung wird mit ihrer Befristung von der Gemeinde in den Reisepass der K eingetragen. Ein Visum des Staates Afghanistan besaß die K bereits. Die schriftliche Begründung der Gemeinde liegt eine allgemeine Entführungsgefahr für Personen aus westlichen Staaten vor. Jede Entführung beeinträchtigt Belange der BRD, weil bei Zahlung von Lösegeld eine terroristische Gruppe finanziell gefördert würde. Würde kein Lösegeld gezahlt und K getötet, würde dies das Ansehen der BRD schädigen. Ein Befreiungsversuch würde seinerseits das Leben von daran beteiligten Personen gefährden und verursache hohe Befreiungskosten.

K erhebt innerhalb eines Monats nach Zustellung des Bescheides über die Passbeschränkung Klage zum Gericht. Die Gemeinde habe die genauen Quellen und Details ihrer Einschätzung nicht offengelegt. Der örtliche Gouverneur in Afghanistan habe für ihre Sicherheit garantiert. Bei einer allgemeinen Gefährdungslage sei eine Reisewarnung angebracht, aber keine Unterbindung von Reisen.

Eineinhalb Jahre danach kommt es zur mündlichen Verhandlung. In dieser werden von der Gemeinde im Anschluss an Erkenntnisse des BND weitere plausible Einzelheiten zu der allgemeinen Entführungsgefahr genannt; darüber hinaus trägt sie vor, geheimhaltungsbedürftige Details gehörten nicht in eine Begründung und; man müsse dem BND schon glauben.

K argumentiert, § 7 PassG könne die Ausreisefreiheit nicht beschränken, wenn lediglich eine allgemeine Gefährdung vorliege. Letztlich müsse sie selbst wissen, was sie wolle, auch wenn sie sich selbst gefährde. Im Übrigen verursache nicht sie eine mögliche Gefahr, sondern Dritte. Eine Meldeauflage dürfte ihr gegenüber auch nicht ergehen; dann konsequent auch keine Passbeschränkung.

Wie wird das Gericht entscheiden? Bitte fertigen Sie ein Gutachten über die Erfolgsaussichten der Klage.

Kurz zu beantwortende Zusatzfrage: Wie ist zu verfahren, wenn das Gericht Akten des BND anfordert, die Vorlage dieser Akten aber aus Geheimschutzgründen verweigert wird?

Paßgesetz (PaßG)**§ 1 Passpflicht**

(1) Deutsche im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 des Grundgesetzes, die aus dem Geltungsbereich dieses Gesetzes aus- oder in ihn einreisen, sind verpflichtet, einen gültigen Pass mitzuführen und sich damit über ihre Person auszuweisen. Der Passpflicht wird durch Vorlage eines Passes der Bundesrepublik Deutschland im Sinne des Absatzes 2 genügt.

§ 7 Paßversagung

(1) Der Paß ist zu versagen, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme begründen, daß der Paßbewerber

1. die innere oder äußere Sicherheit oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährdet;
2. sich einer Strafverfolgung oder Strafvollstreckung oder der Anordnung oder der Vollstreckung einer mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregel der Besserung und Sicherung, die im Geltungsbereich dieses Gesetzes gegen ihn schweben, entziehen will;
3. einer Vorschrift des Betäubungsmittelgesetzes über die Einfuhr, Ausfuhr, Durchfuhr oder das Inverkehrbringen von Betäubungsmitteln zuwiderhandeln will;
4. [...]

(2) Von der Paßversagung ist abzusehen, wenn sie unverhältnismäßig ist, insbesondere wenn es genügt, den Geltungsbereich oder die Gültigkeitsdauer des Passes zu beschränken. Die Beschränkung ist im Paß zu vermerken. Fallen die Voraussetzungen für die Beschränkung fort, wird auf Antrag ein neuer Paß ausgestellt.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für die Versagung eines ausschließlich als Paßersatz bestimmten amtlichen Ausweises.

(4) Ein Paß oder Paßersatz zur Einreise in den Geltungsbereich dieses Gesetzes darf nicht versagt werden.

(5) (weggefallen)

Konsulargesetz**§ 5 Hilfeleistung an einzelne**

(1) Die Konsularbeamten sollen Deutschen, die in ihrem Konsularbezirk hilfsbedürftig sind, die erforderliche Hilfe leisten, wenn die Notlage auf andere Weise nicht behoben werden kann. Dies gilt nicht für Deutsche, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem ausländischen Staat haben, wenn sie gleichzeitig die Staatsangehörigkeit dieses Staates besitzen und auch ihr Vater oder ihre Mutter sie besitzt oder besessen hat sowie für ihre Abkömmlinge; diesen Personen können die Konsularbeamten jedoch Hilfe gewähren, soweit es im Einzelfall der Billigkeit entspricht. [...]

(5) Der Empfänger ist zum Ersatz der Auslagen verpflichtet. Die Ersatzpflicht trifft neben ihm auch seine Verwandten und seinen Ehegatten im Rahmen ihrer Unterhaltungspflicht. Die Verpflichtung zum Ersatz geht auf die Erben über. Die Haftung der Erben beschränkt sich auf den Nachlaß.

§ 6 Hilfe in Katastrophenfällen

(1) Wenn im Konsularbezirk Naturkatastrophen, kriegsartige oder revolutionäre Verwicklungen oder vergleichbare Ereignisse, die der Bevölkerung oder Teilen von ihnen Schaden zufügen, eintreten oder eintreten drohen, sollen die Konsularbeamten die erforderlichen Maßnahmen treffen, um den Geschädigten oder den Bedrohten, soweit sie Deutsche sind, Hilfe und Schutz zu gewähren. ...

(2) § 5 Abs. 5 gilt entsprechend. Soweit die Entwicklung der Lage im Konsularbezirk, die persönlichen Verhältnisse des Hilfs- oder Schutzbedürftigen oder sonstige besondere Umstände es erfordern, kann von der Geltendmachung der Ansprüche auf Auslagenersatz abgesehen werden.

Gutachterliche Lösung

Das Gericht wird der Klage stattgeben, sofern sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Aufdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich, sodass § 40 Abs. 1 VwGO Anwendung findet.

Streitentscheidende Normen sind solche des PaßG. Diese berechtigen und verpflichten die zuständigen Passbehörden einseitig, wodurch es sich um öffentlich-rechtliche Normen iSd. modifizierten Subjektstheorie handelt. Es liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

A und die Gemeinde sind keine Verfassungsorgane, die über Verfassungsrecht streiten. Ohne diese doppelte Verfassungsunmittelbarkeit liegt auch eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vor. Abdrängende Sonderzuweisungen bestehen nicht. Infolgedessen ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet.

B. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, § 88 VwGO. K erhob Klage, um die Passbeschränkung zu beseitigen. In Betracht kommt dementsprechend eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO.

1. Verwaltungsakt

Bei der Passbeschränkung handelt es sich um eine behördliche Maßnahme mit Wirkung für K, die in ihrem Einzelfall die Ausreise aus Deutschland mit dem Ziel Afghanistan verbietet. Dies stellt einen Verwaltungsakt iSd. § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 NVwVfG dar. Indem K gegen diesen vorgehen will, liegt die Voraussetzung für eine Anfechtungsklage zunächst vor.

2. Erledigung

Fraglich ist, ob überhaupt noch ein wirksamer Verwaltungsakt vorliegt oder sich die Passbeschränkung durch die Befristung auf ein Jahr durch Zeitablauf gemäß

§ 43 Abs. 2 VwVfG erledigt hat. Stand der Bearbeitung ist anderthalb Jahre nach Klageerhebung der K. In diesem Zeitraum wäre die Verfristung bereits abgelaufen gewesen. Grundsätzlich hat die Erhebung einer Anfechtungsklage jedoch aufschiebende Wirkung iSd. § 80 Abs. 1 VwGO. Das hätte vorliegend zur Folge, dass die Wirkung der Regelung noch nicht eintritt. Unabhängig davon, dass die Befristung auch abgelaufen wäre, wenn sie zu einem konkreten Zeitraum endet, ordnet § 14 Var. 1 PaßG die sofortige Vollziehung einer Passbeschränkung an. Dadurch stellt sie i.S.d. § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO eine Ausnahme von § 80 Abs. 1 VwGO dar. Auch ohne konkretes Enddatum, ist die Laufzeit von einem Jahr damit zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung abgelaufen. Die Passbeschränkung ist nicht mehr wirksam gemäß § 43 Abs. 2 VwVfG.

3. Umdeutung

Für diese Fälle könnte die ursprünglich erhobene Anfechtungsklage in eine Fortsetzungsfeststellungsklage umgedeutet werden. Diese Möglichkeit ist in § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO ausdrücklich vorgesehen. Einzige Voraussetzung ist ein Antrag. Indem die Verhandlung stattfindet und K den Prozess offensichtlich fortführen will, ist dieser zu unterstellen. Es liegt ein Fall der Fortsetzungsfeststellungsklage in Form der direkten Anwendung von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO durch Erledigung nach Erhebung der Anfechtungsklage vor.

4. Vollzug

Problematisch erscheint auch, dass die Passbeschränkung bereits vollzogen worden war. Bei Erhebung der Anfechtungsklage wird das Klagebegehren der K auch derart zu interpretieren gewesen sein, dass die Eintragung in den Pass rückgängig gemacht werden sollte. Dieser Annexantrag nach § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO ist nun in der Hinsicht entbehrlich, als dass die Beschränkung ohnehin nicht mehr gilt. Für die Vergangenheit ist diese Folge nicht mehr rückgängig zu machen, für anderweitige Entschädigungsansprüche der K bestehen keinerlei Anhaltspunkte. Der ursprüngliche Vollzug ist damit nicht mehr Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung.

5. Zwischenergebnis

Statthafte Klageart ist die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO.

II. Klagebefugnis

K müsste klagebefugt sein, § 42 Abs. 2 VwGO analog. Als Adressatin eines belastenden Verwaltungsakts bestand zumindest die Möglichkeit einer Verletzung in Art. 2 Abs. 1 GG. Denkbar sind indes auch Art. 11 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 GG. Somit ist K klagebefugt.

III. Klagegegner

Die Gemeinde müsste richtiger Klagegegner iSd. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO sein. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO bestimmt den Klagegegner nach dem Rechtsträgerprinzip. Die Gemeinde ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts Rechtsträger der entscheidenden Passbehörde. Damit ist sie richtiger Klagegegner.

IV. Vorverfahren

Mangels Angaben im Sachverhalt wird unterstellt, dass es sich um eine niedersächsische Gemeinde handelt, die die Passbeschränkung erlassen hat. Dann war das Vorverfahren unstatthaft nach § 68 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 VwGO iVm. § 80 Abs. 1 NJG.

V. Klagefrist

K hat innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage erhoben und damit die Frist nach § 74 Abs. 1 VwGO gewahrt. Die Frist gilt in Fällen der Fortsetzungsfeststellungsklage entsprechend um keine ursprünglich unzulässige Anfechtungsklage in eine zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage umzuwandeln. Indem die Frist für die Anfechtungsklage nach § 74 Abs. 1 VwGO eingehalten worden ist, ist auch das Fristerfordernis für die Fortsetzungsfeststellungsklage eingehalten.

VI. Beteiligtenfähigkeit, Prozessfähigkeit

K ist als natürlich Person gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig; die Gemeinde nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO als Körperschaft des öffentlichen Rechts. Prozessfähig ist K nach § 62 Abs. 1 VwGO, § 2 BGB und die Gemeinde nach § 62 Abs. 3 iVm. § 86 Abs. 1 S. 2 NKomVG.

VII. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

K müsste ein berechtigtes Interesse haben ihr Anliegen gerichtlich feststellen zu lassen. Denkbar ist an dieser Stelle insbesondere die Wiederholungsgefahr. Der Nachtrag der

Gemeinde vor Gericht zeigt, dass sich an der Lage in Afghanistan wenig verändert hat, sodass eine erneute Beschränkung nicht auszuschließen ist. Von einem Fortsetzungs-feststellungsinteresse ist somit zunächst auszugehen.

C. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn die Passbeschränkung rechtswidrig war und K dadurch in ihren Rechten verletzt worden ist.

I. Rechtswidrigkeit

1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage zum Erlass einer Passbeschränkung kommt § 7 Abs. 2 PaßG i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 PaßG in Betracht. Die Passbeschränkung findet sich als ausdrücklich angeordnete Minusmaßnahme in § 7 Abs. 2 PaßG zu der Passversagung in § 7 Abs. 1 PaßG.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Sachlich zuständig sind gemäß § 19 Abs. 1 S. 1 PaßG die nach Landesrecht bestimmten Behörden. Ordnungsbehörden sind nach § 97 Abs. 1 Nds.SOG die Gemeinden. Darüber hinaus war die Gemeinde auch örtlich zuständig nach § 100 Abs. 1 Nds.SOG.

b) Verfahren

Das Verfahren lief ordnungsgemäß ab, insbesondere hat eine Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG stattgefunden.

c) Form

Durch die Verwendung der schriftlichen Form, § 37 Abs. 2 Var. 1 VwVfG, müsste eine Begründung erfolgt sein, § 39 Abs. 1 VwVfG. Auf formeller Ebene ist lediglich entscheidend, dass eine Begründung erfolgt ist. Unerheblich ist, wie substantiiert, zutreffend oder ausführlich sie erfolgt. Dass K die Begründung der Passbeschränkung nicht ausreicht, ist deshalb nicht von Belang. Gründe für die Entscheidung wurden jedenfalls von der Gemeinde angeführt. Folglich ist § 39 Abs. 1 VwVfG Genüge getan.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Passbeschränkung müsste materiell rechtmäßig gewesen sein.

a) Tatbestand

Der Wortlaut des § 7 Abs. 2 PaßG enthält lediglich Anforderungen an die Rechtsfolge. Allerdings sei diese nur im Fall der Unverhältnismäßigkeit einer Passversagung zu setzen. Diese wiederum ist nur bei Vorliegen der Gründe aus § 7 Abs. 1 PaßG zulässig. Wenn die Passversagung nur unter diesen Voraussetzungen zulässig ist, dann muss auch die gesetzlich geregelte Minusmaßnahme diesen Voraussetzungen unterliegen. Demzufolge ist zu untersuchen, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine der Nummerierungen aus § 7 Abs. 1 PaßG vorliegen.

Für den Fall der K kommt konkret die Gefährdung erheblicher Belange durch den Passbewerber nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 PaßG in Betracht.

aa) erhebliche Belange

Das Entführungsrisiko für westliche Staatsangehörige müsste zunächst ein erheblicher Belang sein. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind von den Behörden unter der Beachtung höherrangigen Rechts und dem Sinn und Zweck der Norm auszulegen. Entgegen einer Auffassung innerhalb der Literatur trifft die Behörde hierbei keinen Beurteilungsspielraum. Im Sinne der Garantie des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG ist es geboten, dass Gerichte unbestimmte Rechtsbegriffe insoweit überprüfen dürfen müssen, als dass ihre sachliche Kompetenz hierzu ausreicht. Dass die Gemeinde den Begriff der Erheblichkeit durch das Entführungsrisiko als erfüllt ansieht, ist insofern belanglos. Der Wortlaut „Sonstige“ und die systematische Stellung nach „innerer/äußerer Sicherheit“ zeigt, dass die Erheblichkeit dieselbe Schwelle wie die Gefährdung der inneren oder äußeren Sicherheit der Bundesrepublik erreichen muss. Diese definiert sich einerseits als Gefahr für die gesamte Gesellschaft, kann andererseits aber immer auch die Verletzung Einzelner zur Folge haben.

Das Entführungsrisiko im Ausland führt zu einer Gefährdung für Leib und Leben des Entführten. Durch anschließende Forderungen, oftmals gerichtet an die Bundesrepublik, sowie die politischen Motive, die hinter einer Entführung stehen würden, besteht eine Parallele zur äußeren Sicherheit. Folglich stellt der Schutz vor hohen Entführungsrisiken deutscher Staatsangehöriger einen erheblichen Belang für die Bundesrepublik dar.

bb) Gefährdung

Der Schutz vor Entführungen müsste durch das Entführungsrisiko gefährdet sein. Festzustellen ist, ob eine Gefährdung vorliegt und anschließend, ob diese den Anforderungen an die Gefährlichkeit nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 PaßG genügt.

(1) Gefährdung

Zur Begründung der Gefährlichkeit für Belange der Bundesrepublik führt die Gemeinde an, dass eine allgemeine Entführungsgefahr vorliege. Das wird durch Berichte des BKA und des BND bestätigt, die das Risiko als hoch einstufen. Das Entführungsrisiko nimmt auf die Belange der Bundesrepublik insofern Einfluss, als dass im Fall der Entführung Rettungsmaßnahmen ergriffen werden würden. Diese Pflicht ergibt sich vor allem aus §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 KG. Die Zahlung eines Lösegelds einerseits unterstütze allerdings terroristische Gruppierungen. Befreiungsversuche als Rettungsmaßnahmen andererseits könnten hohe Kosten verursachen und eine Lebensgefahr darstellen. Auch das Unterlassen ist keine alternative Maßnahme, schließlich wäre durch die Tötung der K infolge des Nichthandelns das Ansehen der Bundesrepublik beschädigt. All diese Konsequenzen führen dazu, dass die Belange der Bundesrepublik als Schutz Staatsangehöriger und dem Erhalt des Ansehens durch das Entführungsrisiko gefährdet sind.

Gleichwohl hat K die Bestätigung ihrer Gewährsleute und des verantwortlichen Gouverneurs, dass die Sicherheitslage weniger gefährdet sei als die Berichte des BND und BKA ergeben. Zumindest garantierte der Gouverneur ihre Sicherheit. Infolgedessen könnten die Belange nicht erheblich gefährdet sein, wenn sich das Risiko des Eintritts verringert.

Dagegen spricht zunächst, dass es sich hierbei um private, mündlich unverbindlich erteilte Aussagen handelt. Konkrete Maßnahmen, um der Gefährdung entgegen zu treten wurden nicht geschaffen. Außerdem führt die Gemeinde plausible Einzelheiten zu der allgemeinen Entführungsgefahr an. Diese stellen keinen Nachtrag entscheidungserheblicher Tatsachen dar, sondern eine Konkretisierung der vorgehaltenen Argumentation und sind in dem Sinne prozessrechtlich zu beachten. Die Gefahr vor Entführungen besteht damit zunächst. Dadurch sind Belange in Form des

Nichtunterstützens terroristischer Gruppen als außenpolitische Linie und der Schutz des Lebens der K oder von Befreiungshelfern gefährdet.

(2) Grad der Gefahr

Fraglich ist, ob auch der Grad der Gefährlichkeit ausreichend die Anforderungen des § 7 Abs. 1 Nr. 1 PaßG erfüllt, wenn es sich lediglich um eine allgemeine Entführungsgefahr für jeden nach Afghanistan reisenden, deutschen Staatsbürger handelt. Vor dem Hintergrund, dass § 7 Abs. 1 Nr. 1 PaßG zu Einzelfallentscheidungen ermächtigt, muss die Gefahr auch im Einzelfall hinreichend konkretisiert sein. Schließlich würde bei Ausreichen einer allgemeinen Gefährlichkeit jeder Passinhaber von einer Versagung oder Beschränkung betroffen sein. Sinn und Zweck des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ist es, dass Passinhaber durch konkrete Maßnahmen nicht dazu fähig sind in großem Ausmaß der Bundesrepublik Schaden zuzufügen. Das ergibt sich auch aus einem Rückschluss zu den anderen Nummern, die stets konkrete Verhaltensweisen oder Eigenschaften des Passinhabers erfordern. Das heißt, dass zumindest eine hinreichend wahrscheinliche bzw. konkretisierbare Gefahr bestehen muss, um den Anwendungsbereich der Nr. 1 der Vorschrift nicht unverhältnismäßig auszuweiten. Nachweisbar besteht vorliegend ein allgemeines Entführungsrisiko, was bei jeder Entführung obengenannte Belange gefährdet. Darüber hinaus waren der Gemeinde genauere Quellen und Details für ihre Entscheidung bekannt, die sie aus Gründen des Geheimschutzes nicht offenlegt.

Fraglich ist, ob allein das Vertrauen auf eine vermeintlich hinreichend konkretisierbare Gefahr aufgrund der Nichtoffenlegung von Dokumenten des BND ausreicht.

Zuerst ist festzuhalten, dass die Nichtoffenlegung von geheimhaltungsbedürftigen Details der effektiven und vor allem sicheren Arbeit der Geheimdienste dient und damit ein durchaus schutzwürdiges Interesse darstellt. Demgegenüber steht aber das Interesse der K an der Transparenz exekutiver Entscheidungsfindungen. Gleichzeitig ist auch der BND im Rahmen der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung zu gesetzestreuem Verhalten verpflichtet, sodass davon ausgegangen werden kann, dass keine vorsätzlich falschen Fakten, sondern fundierte Tatsachen zugrunde gelegt worden sind. Ausreichende Kontrolle erfolgt des

Weiteren über Art. 45d GG. Damit überwiegen die Funktionsfähigkeit und der Vertrauensschutz des BND. Es darf darauf vertraut werden, dass Details vorliegen, die die allgemeine Entführungsgefahr ausreichend konkretisieren.

(3) Zwischenergebnis

Die Belange der Bundesrepublik sind durch das Entführungsrisiko bei der Einreise der K ausreichend gefährdet.

cc) Tatsachen

Mit oben genannter Begründung ist darauf zu vertrauen, dass der BND sowohl seinen öffentlichen, als auch seinen privaten Bericht auf eine hinreichend fundierte Tatsachenslage stützt.

dd) Passinhaber

Die Gefährdung müsste durch K als Passinhaberin entstanden sein. Problematisch erscheint erneut, welche Anforderung hieran zu stellen ist. Denkbar ist es, eine Parallele zu dem gefahrenabwehrrechtlichen Störerermessen zu ziehen. Dann wäre der Passinhaber nur ursächlich, wenn ihn eine Verantwortlichkeit nach §§ 6ff. Nds.SOG treffen würde. Dafür spricht zunächst, dass die Meldeauflage eine ähnliche Maßnahme zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit darstellt und diese an die Voraussetzungen der §§ 6ff. Nds.SOG gebunden ist. Allerdings macht es je nach Häufigkeit der Meldepflicht einen großen Unterschied, ob der Passinhaber Deutschland nicht verlassen darf oder sich regelmäßig zu bestimmten Zeitpunkten an bestimmten Orten ein Jahr auffinden muss. Eine solche Regelung für diese Dauer, zumal gestützt auf die Generalklausel mangels spezialgesetzlicher Regelung, erscheint in dieser Hinsicht auch fragwürdig.

Gerade deshalb darf aber nicht auf den potentiell milderen § 7 Abs. 2 PaßG zurückgegriffen und die Voraussetzungen der Meldeauflage völlig ungenau werden. Dann ist jedoch festzustellen, dass nur § 6 Nds.SOG die unmittelbare Verursachung fordert und vor allem § 8 Nds.SOG hiervon Ausnahmen macht. Selbst wenn § 7 Abs. 2 PaßG eine Form der Verursachung fordert, so stellt § 8 Nds.SOG doch viel eher klar, dass diese auch dann besteht, wenn Dritte unmittelbar ursächlich sind.

Zieht man diese Wertung als Beurteilungsgrundlage heran, so sind zunächst die Entführer diejenigen, die mit dem durch sie erhöhten Entführungsrisiko Belange der Bundesrepublik gefährden. Andererseits ist es der Bundesrepublik nicht möglich, entsprechende Verwaltungsakte zu erlassen oder im Rahmen der Strafverfolgung gegen überwiegend ausländische Entführungen vorzugehen. Es besteht keine andere Möglichkeit, als gegen die K selbst vorzugehen. Sie gefährdet die Belange in dem Sinn, als dass sie trotz Wissen um das gesteigerte Risiko sich in eine Gefahrenlage begibt und bei Eintritt dieser Gefahrenlage durch die Handlungen Dritter sie selbst, Befreiungsretter oder das Ansehen der Bundesrepublik unter großer nationaler Anteilnahme gefährdet werden würden. Somit besteht auch durch K als Passinhaberin eine Gefährdung.

b) Rechtsfolge

Der Wortlaut der Norm „ist“ spricht zunächst für eine gebundene Rechtsfolge. Auch an dieser Stelle sind allerdings die Rechtsfolgen für die Versorgung nach § 7 Abs. 1 PaßG zu beachten.

Auch dieser schreibt grundsätzlich eine gebundene Entscheidung vor. Etwas Anderes gilt dann, wenn die Versorgung unverhältnismäßig ist. Diese Einschränkung spricht für ein intendiertes Ermessen der Behörde. Bei Vorliegen der Gründe aus Abs. 1 der Vorschrift ist zwar eine Versagung angesetzt, die Verhältnismäßigkeit muss gleichwohl sichergestellt werden. Liegt diese nicht vor und erscheint die Beschränkung ausreichend, ist dies die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge.

Gleichwohl kann es auch Fälle geben, in denen die Passversagung derart unverhältnismäßig ist, dass sogar die Beschränkung bzw. die Ausformung der Beschränkung unverhältnismäßig wäre. Der Sinn und Zweck der Vorschrift spricht viel eher dafür, dass eine unverhältnismäßige Maßnahme – Passversagung – durch eine verhältnismäßige Maßnahme – Passbeschränkung – zu ersetzen ist. Daraus ergibt sich, dass auch die Passbeschränkung verhältnismäßig ausgestaltet werden muss. Somit besteht zwar kein Entscheidungsspielraum „ob“ der Pass bei Unverhältnismäßigkeit der Versagung zu beschränken ist, aber ein Gestaltungsspielraum „wie“ die Beschränkung auszusehen hat.

K hat bereits einen Pass. Dieser wäre durch Vorliegen des

§ 7 Abs. 1 Nr. 1 PaßG gemäß § 8 Abs. 1 PaßG zu entziehen gewesen. Das wäre jedoch allein auf die Prognose für ein Jahr gestützt und in Anbetracht der Dauerhaftigkeit offensichtlich unverhältnismäßig gewesen. Die Gemeinde hat daher nach § 7 Abs. 2 PaßG mit der Reisebeschränkung die richtige Rechtsfolge gewählt.

Fraglich ist, ob die Reisebeschränkung auch ermessensfehlerfrei ausgestaltet ist. In Betracht kommt vor allem die Missachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

aa) legitimer Zweck

Mit dem Schutz der K und der Rettungshelfer bei Eintritt eines Entführungsfalls verfolgen sie Ziele aus Art. 2 Abs. 2 GG. Diese sind in §§ 5 Abs. 1 S. 1, 6 Abs. 1 KG konkretisiert. Damit steht das Ziel der Passbeschränkung der Gefährdung zu vermeiden nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung. Ein legitimer Zweck liegt vor.

bb) Geeignetheit

Die Verhinderung der Ausreise der K durch die Beschränkung verringert das Risiko der Entführung und fördert insofern den Zweck. Die Beschränkung ist geeignet.

cc) Erforderlichkeit

Sie müsste auch erforderlich gewesen sein. In Anbetracht des lediglich potentiellen Eintritts und der noch sehr allgemeinen Gefahr könnte die Reisewarnung ein milderer gleich wirksames Mittel darstellen. Die Reisewarnung würde dazu führen, dass weniger deutsche Staatsangehörige nach Afghanistan reisen würden. K würde das indes nicht abhalten. Damit ist die Reisewarnung nicht gleich wirksam, wie die einjährige Ausreisebeschränkung. Letztere war mithin erforderlich.

dd) Angemessenheit

Die Beschränkung für ein Jahr und damit für die Geltungsdauer der entsprechenden Berichte nicht mit dem Ziel nach Afghanistan auszureisen, müsste eine angemessene Ausgestaltung der Passbeschränkung darstellen. Hierbei sind die Interessen der Bundesrepublik an der Nichtgefährdung deutscher Staatsbürger oder potentieller Helfer mit den Interessen der K in ihrer Entscheidungsfreiheit auszureisen gegeneinander abzuwägen. Die Freiheit auszureisen ist von Art. 11 GG umfasst.

Außerdem kann K die Zielsetzung ihres Vereins in Afghanistan beim Schulbau zu helfen weniger effektiv nachgehen, wenn sie nicht vor Ort ist. Faktisch ist damit auch Art. 9 Abs. 1 GG betroffen.

Dennoch hat der Schutz nach Art. 2 Abs. 2 GG grundsätzlich höheren Verfassungsrang. Die freie Befugnis über ihr Leben zu entscheiden trifft zwar die K, entbindet den Staat jedoch nicht von der Schutzpflicht seinerseits. Ohnehin bestünde für die potentiellen Helfer keine Dispositionsfreiheit der K. Ein Unterlassen der Rettung wäre mit einem Rechtsbruch aus §§ 5 Abs. 1 S. 1, 6 Abs. 1 KG verbunden. Gleichwohl trifft die Retter nach diesen Vorschriften die Pflicht zur Hilfe. Die Freiheit Anderer kann nicht allein aus dem Grund eingeschränkt werden, dass diese von der Verpflichtung ferngehalten werden sollen. Gleichzeitig müssen diese Einsatzfälle auch nicht unnötig provoziert werden, wenn absehbar ein Gefährdungsfall eintreten kann.

Die Beschränkung lässt außerdem die Möglichkeit der Ausreise mit Ablauf eines Jahres offen. Indem K dann vor Ort sein kann und außerdem auch noch Gewährleute in D stationiert sind, ist weder ihre Freizügigkeit noch ihre Vereinstätigkeit erheblich beschränkt. Im Verhältnis dazu überwiegt der Schutz von Leib und Leben für K und potentielle Retter. Die Ausgestaltung ist damit angemessen.

II. Zwischenergebnis

Die Klage ist unbegründet. Dadurch, dass die Beschränkung rechtmäßig war, besteht vor allem keine Rechtsverletzung.

D. Ergebnis

Die Klage ist zwar zulässig, aber nicht begründet. Das Gericht wird der Klage nicht stattgeben.

Zusatzfrage:

Das Gericht kann die Behörde verpflichten eine erneute Entscheidung bzgl. der Herausgabe zu treffen, wenn die Verweigerung ermessensfehlerhaft war oder unter die entsprechende Norm falsch subsumiert worden ist. Das ergibt sich aus § 99 Abs. 2 VwGO. Zuständig hierfür ist das Oberverwaltungsgericht.

Anmerkungen

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs hat eine angenehme Länge, hingegen darf die Erledigung und der Vollzug der Passbeschränkung kürzer ausfallen. Die Formulierung innerhalb der Klagefrist ist ungünstig, da die Fortsetzungsfeststellungsklage keinen Fristenfordernissen unterliegt. Die Prüfung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses fehlt.

Zu Beginn der Begründetheit hätte die Verfassungsmäßigkeit von § 7 PaßG geprüft werden müssen. Die Parallele zum gefahrenabwehrrechtlichen Störerermessen wird gesehen und gut diskutiert. Leider wird nicht darauf eingegangen, ob K Zweckveranlasserin gewesen ist. Das hätte mit guter Argumentation wohl abgelehnt werden müssen.

Die Ausführungen zur Unverhältnismäßigkeit der Passentziehung wären auf Tatbestandsebene zu klären gewesen. Im Rahmen der Angemessenheit wird verkannt, dass Art. 11 GG nur die Freizügigkeit innerhalb der Bundesrepublik schützt. Zur Zusatzfrage hätte ergänzt werden können, dass – sollte die Akteneinsicht rechtmäßig verwehrt werden – die in der Akte notierten Tatsachen nach den Maßstäben der materiellen Beweislast unberücksichtigt bleiben. Im Übrigen ist die Klausur gut gelungen.

Große Übung im Öffentlichen Recht - Heiße Luft

Die Klausur ist in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht im Sommersemester 2018 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Professor Dr. Veith Mehde, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Verfasser der Klausurlösung ist stud. iur. Daniel Müller, die Klausur ist mit 13 Punkten bewertet worden.

Sacherhalt:

Die A ist als hauptberufliche „Wedding-Planerin“ in der Landeshauptstadt Hannover (H) tätig und übernimmt dabei für ihre Kunden die Planungen rund um Hochzeitsfeierlichkeiten. Um sich von der Konkurrenz abzusetzen, möchte sie in Zukunft einen besonderen Service anbieten: Im Internet hat sie einen Händler für sogenannte Himmelslaternen aufgetan. Dabei handelt es sich um aus Papier hergestellte ballonartige Gebilde, die bei einem Gewicht von weniger als 100 g einen Durchmesser von maximal einen Meter haben und in denen eine Kerze oder anderes brennbares Material positioniert und unter freiem Himmel entzündet wird. Durch die entstehende heiße Luft steigen die Himmelslaternen dann in der Luft bis zu 500 Meter in die Höhe auf und fliegen beeinflusst nur durch den Wind mitunter mehrere Kilometer weit durch die Luft, bis ihnen der „Treibstoff“ ausgeht und sie zu Boden sinken. Die Flugzeit kann bis zu 20 Minuten betragen. Bei einer Hochzeitsfeier, die am 16. Juni 2018 in Hannover stattfindet, will sie zum ersten Mal „Himmelslaternen“ nutzen. Begeistert berichtet sie hiervon ihrer Nichte, der Jurastudentin N. Die N ist von der Idee ihrer Tante gar nicht so angetan und befürchtet, dass das Vorhaben gegen eine Gefahrenabwehrverordnung verstößt, die das Niedersächsische Innenministerium bereits 2014 auf Grundlage des Nds.SOG erlassen und in Kraft gesetzt hatte. In § 1 dieser „Unbemannte Heißluftballone-BetriebsVO“ (UHBVO) heißt es:

„Es ist in Niedersachsen verboten, unbemannte Heißluftballone aufsteigen zu lassen, bei denen die Luft mit festen, flüssigen oder gasförmigen Brennstoffen erwärmt wird und die im Handel als „Himmelslaternen“ vertrieben werden.“

N meint, die A solle doch zur Sicherheit einmal bei H nachfragen, ob dieses Verbot auch für sie gelte. A will das nicht so recht glauben, schreibt aber – der guten Ordnung halber – am 11. Juni 2018 einen Brief an die H, in dem sie der H ihr Vorhaben aufzeigt. Zu ihrer Überraschung erhält sie nach vorheriger ordnungsgemäßer Anhörung noch am Morgen des 16. Juni 2018 einen Brief von H, in dem es heißt, ihr werde „untersagt, am 16. Juni 2018 in der im Schreiben vom 11. Juni 2018 angezeigten Weise sogenannte Himmelslaternen aufsteigen zu lassen.“ Zur Begründung heißt es, das Steigenlassen der Himmelslaternen verstoße gegen § 1 UHBVO, stelle deshalb eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar und könne somit auf Grundlage der ordnungsbehördlichen Generalklausel untersagt werden.

Beeindruckt von so einem amtlichen Schreiben nimmt A von ihrem Vorhaben zunächst Abstand. Am folgenden Montag, den 18. Juni 2018, jedoch fasst sie sich ein Herz, für ihr Recht zu kämpfen, auch damit sie für künftige Hochzeitsfeiern Klarheit habe. Noch am gleichen Tag erhebt sie – unterstützt durch N – beim zuständigen Verwaltungsgericht Klage mit dem Antrag, „festzustellen, dass der Bescheid vom 16. Juni 2018 rechtswidrig war.“ Zwar sehe sie ein, dass ihre Himmelslaternen unter § 1 UHBVO fielen. Aber mit der Verordnung selbst könne es nicht seine Richtigkeit haben. Diese sei schon deshalb rechtswidrig, weil das Luftverkehrsgesetz vorrangig vor dem allgemeinen Polizeirecht anzuwenden sei. Es sei auch gar nicht belegt worden, dass die von ihr, A, verwendeten Himmelslaternen gefährlich seien, es würde stattdessen pauschal jede Form dieser Objekte verboten. Auch verletze sie das Verbot in ihrer Berufsfreiheit.

H tritt dem entgegen: Die Klage sei schon unzulässig, denn die Sache habe sich doch inzwischen erledigt. Das Luftverkehrsgesetz sei auf Himmelslaternen gar nicht anzuwenden. Darauf, ob die von A verwendeten Himmelslaternen im Einzelfall gefährlich seien, komme es gar nicht an; vielmehr seien derartige Fluggeräte generell gefährlich. Denn wenn die Überreste – mitunter noch glühend – zu Boden stürzten, könnten diese Brände auslösen. Dies ist in der Vergangenheit schon mehrfach vorgekommen. Bei diesen durch Himmelslaternen ausgelösten Bränden sind mehrere Wohnhäuser bis auf die Grundmauern niedergebrannt und auch mehrere Menschen verletzt worden. Dieser Gefahr müsse begegnet werden, da müssten die Grundrechte der A eben zurückstehen.

Hat die Klage der A Aussicht auf Erfolg?

Bearbeiterhinweis: Von der Einhaltung eventuell erforderlicher Verfahrensschritte ist auszugehen, sofern sich nicht aus dem Sachverhalt ausdrücklich etwas anderes ergibt. Auf die nachfolgend abgedruckten Vorschriften des LuftVG wird hingewiesen. Vorschriften des LuftVG, die hier nicht abgedruckt sind, sind für die Bearbeitung nicht relevant. Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ggf. hilfsgutachterlich einzugehen.

Auszug aus dem Luftverkehrsgesetz (LuftVG)

§ 1 [Freiheit des Luftraums; Begriff des Luftfahrzeugs]

(1) Die Benutzung des Luftraums durch Luftfahrzeuge ist frei, soweit sie nicht durch dieses Gesetz, durch die zu seiner Durchführung erlassenen Rechtsvorschriften, durch im Inland anwendbares internationales Recht, durch Rechtsakte der Europäischen Union und die zu deren Durchführung erlassenen Rechtsvorschriften beschränkt wird.

(2) Luftfahrzeuge sind

1. Flugzeuge
2. Drehflügler
3. Luftschiffe
4. Segelflugzeuge
5. Motorsegler
6. Frei- und Fesselballone
7. [aufgehoben]
8. Rettungsfallschirme
9. Flugmodelle
10. Luftsportgeräte
11. sonstige für die Benutzung des Luftraums bestimmte Geräte, sofern sie in Höhen von mehr als dreißig Metern über Grund oder Wasser betrieben werden können. [...]

Gutachterliche Lösung

Die Klage der A hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Klage der A ist zulässig, wenn alle Sachentscheidungs-voraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Aufdrängende Sonderzuweisungen liegen nicht vor. Mangels aufdrängender Sonderzuweisungen richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Vorliegend streiten die Beteiligten über die Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrverfügung. Streitentscheidende Normen sind daher solche des Nds. SOG, insbesondere § 11 Nds.SOG. Dieser berechtigt die Gefahrenabwehrbehörden als Träger hoheitlicher Gewalt einseitig zur Vornahme von Gefahrenabwehrmaßnahmen und ist daher dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit handelt es sich auch um eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. Abdrängende Sonderzuweisungen sind ebenfalls nicht ersichtlich, insbesondere ist die Behörde hier nicht strafverfolgend i.S.d. § 23 EGGVG tätig geworden, sondern präventiv. Mithin ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Sachbegehren des Klägers, vgl. § 88 VwGO. Vorliegend begehrt A die Feststellung, dass die gegen sie erlassene Untersagungsverfügung rechtswidrig war. Bei der Untersagungsverfügung handelt es sich unproblematisch um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 NVwVfG. Allerdings entfaltet diese Verfügung mit dem Verstreichen des Datums des 16. Juni 2018, an dem die Hochzeit stattfand, keine Regelungswirkung mehr, sodass sich der Verwaltungsakt erledigt hat. Die Erledigung ist dabei auch vor Erhebung der

Klage durch A am 18. Juni eingetreten. Insofern kommt weder eine Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO – wegen der Erledigung –, noch eine Fortsetzungsfeststellungsklage in unmittelbarer Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO in Betracht. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist nach Wortlaut und Systematik der Vorschrift unmittelbar nur auf solche Verwaltungsakte bezogen, die sich erst nach Klageerhebung erledigt haben, sodass sich die Frage nach einer analogen Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 stellt. Aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ergibt sich die Notwendigkeit von Rechtsschutzmöglichkeiten auch gegen erledigte Verwaltungsakte, da auch bei diesen öffentliche Gewalt im Spiel war. Der Zeitpunkt der Erledigung ist dabei im Verhältnis zur Klageerhebung oft nur zufällig und kann kein Kriterium für die Eröffnung von Rechtsschutzmöglichkeiten sein, sodass von einer vergleichbaren Interessenlage des nicht geregelten Falles der Erledigung vor Klageerhebung zum Fall des § 113 Abs. 1 S. 4 auszugehen ist. Zudem ist sehr fraglich, ob die Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes überhaupt ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO darstellte und sonst überhaupt in einem Hauptsacheverfahren überprüfbar wäre. Statthafte Klageart ist daher vorliegend die Fortsetzungsfeststellungsklage in analoger Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO.

III. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

Weiterhin müsste A auch klagebefugt sein analog § 42 Abs. 2 VwGO, d.h. sie müsste geltend machen, durch den Verwaltungsakt möglicherweise in ihren Rechten verletzt worden zu sein. Als Adressatin der Untersagungsverfügung – eines belastenden Verwaltungsaktes – erscheint es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die A durch den Verwaltungsakt in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, jedenfalls aber in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist. Sie ist folglich klagebefugt.

IV. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Als besondere Ausprägung des Rechtsschutzbedürfnisses müsste die A auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung haben, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog.

1. Wiederholungsgefahr

Eine Wiederholungsgefahr ist zu bejahen, wenn die konkrete Gefahr besteht, dass künftig vergleichbare Verwaltungsakte erlassen werden. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass die A bei dieser Hochzeit „zum ersten Mal“ Himmelslaternen nutzen wolle und diese auch weiterhin im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit als „Wedding-Planerin“ zu nutzen gedenke. Da nicht davon auszugehen ist, dass die H ihre Rechtsauffassung kurzfristig ändere, sind gleichlautende Entscheidungen in künftigen Fällen gegenüber der A zu erwarten. Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse aufgrund von Wiederholungsgefahr liegt vor.

2. Rehabilitationsinteresse

Ein Rehabilitationsinteresse besteht nur dann, wenn die angegriffene Maßnahme eine Stigmatisierung des Betroffenen darstellt, die gerade dazu geeignet ist, ihn in der Öffentlichkeit oder im sozialen Umfeld herabzusetzen. Eine derartige Diskriminierung der A ist durch das Verbot der Nutzung von „Himmelslaternen“ nicht ersichtlich, insbesondere ist darin kein Vorwurf des schuldhaft kriminellen Verhaltens enthalten.

3. Schwerwiegender Grundrechtseingriff

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse aufgrund eines schwerwiegenden Grundrechtseingriffs setzt eine „typischerweise kurzfristige Erledigung“ dergestalt voraus, dass der Verwaltungsakt regelmäßig keiner gerichtlichen Überprüfung in einem gerichtlichen Verfahren zugänglich wäre. Davon kann hier jedoch schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil derartig spezielle Verfügungen äußerst selten sein dürften. Anhaltspunkte für eine besonders schwerwiegende Grundrechtsbeeinträchtigung durch das Verbot der Nutzung von Himmelslaternen lassen sich nicht finden.

4. Zwischenergebnis

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist bereits aufgrund der Wiederholungsgefahr gegeben.

V. Vorverfahren, § 68 Abs. 1 VwGO (analog)

Die vorherige Durchführung eines Vorverfahrens ist – unabhängig von seiner fraglichen Erforderlichkeit bei der Fortsetzungsfeststellungsklage – jedenfalls analog § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 1 NJG unstatthaft.

VI. Klagefrist, § 74 VwGO analog

Die Frage, ob die einmonatige Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO analog auch auf die Fortsetzungsfeststellungsklage anzuwenden ist, kann angesichts der jedenfalls rechtzeitigen Klageerhebung am 18. Juni 2018 dahinstehen.

VII. Richtiger Klagegegner, § 78 VwGO analog

Richtiger Klagegegner ist § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog die Landeshauptstadt Hannover (H).

VIII. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO

Die Beteiligtenfähigkeit der A als natürliche Person ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO. Die H ist gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO als juristische Person beteiligtenfähig.

IX. Prozessfähigkeit, § 62 VwGO

Die A ist gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die H ist als solche selbst nicht prozessfähig, sondern wird gemäß § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 86 Abs. 1 S. 2, § 7 NKomVG durch den Oberbürgermeister vertreten.

X. Ergebnis

Die Klage der A ist zulässig.

B. Begründetheit, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog

Die Klage ist begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig war und die Klägerin dadurch in ihren Rechten verletzt worden ist, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog.

I. Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügung

1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Untersagungsverfügung kommt zunächst § 1 UHBVO in Betracht. Allerdings handelt es sich dabei zum einen nicht um ein Gesetz im formellen Sinne, sondern um eine Rechtsverordnung, sodass bereits fraglich wäre, ob sie den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts an grundrechtsbeeinträchtigende, belastende Maßnahmen gerecht werden würde. Zum anderen normiert § 1 der Verordnung lediglich ein objektivrechtliches Verbot des Aufsteigenlassens von Heißluftballons, enthält jedoch keinerlei Bestimmungen über die Befugnis von Trägern hoheitlicher Gewalt zum Einschreiten bei Verstößen. Mithin scheidet § 1 UHBVO als taugliche Ermächtigungsgrundlage für die Untersagungsverfügung

aus. Auch spezielle Befugnisnormen des Nds.SOG, sprich Standardmaßnahmen, sind im vorliegenden Fall nicht einschlägig; insbesondere scheidet die Sicherstellung gemäß § 26 Abs. 1 Nds.SOG mangels einer irgendwie gearteten Verwahrungsabsicht hinsichtlich einer bestimmten „Himmelslaterne“ aus. Mangels spezieller Regelungen kommt als Ermächtigungsgrundlage lediglich § 11 Nds. SOG in Betracht.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit der H als Gemeinde für die Gefahrenabwehr ergibt sich aus §§ 1 Abs. 1 S. 1, 97 Abs. 1 Nds.SOG. Die örtliche Zuständigkeit der H folgt aus § 100 Abs. 1 S. 1, 2 Nds.SOG für den Bereich der Landeshauptstadt Hannover.

b) Verfahren, § 28 Abs. 1 VwVfG

Eine nach § 28 Abs. 1 VwVfG erforderliche Anhörung der A vor Erlass der – belastenden – Untersagungsverfügung ist ordnungsgemäß erfolgt.

c) Form, § 39 Abs. 1 VwVfG

Eine nach § 39 Abs. 1 VwVfG erforderliche Begründung ist der schriftlichen Verfügung beigelegt worden.

d) Zwischenergebnis

Die Untersagungsverfügung ist formell rechtmäßig ergangen.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Tatbestandsvoraussetzungen des § 11 Nds.SOG

Gemäß § 11 Nds.SOG können die Verwaltungsbehörden die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine Gefahr abzuwehren. Der Begriff der Gefahr ist in § 2 Nr. 1 lit. a Nds.SOG legaldefiniert. Danach ist eine konkrete Gefahr eine Sachlage, bei der im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird.

aa) Schutzgut: Öffentliche Sicherheit oder öffentliche Ordnung

Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit umfasst die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter Einzelner sowie den Bestand

des Staates und anderer Hoheitsträger und ihrer Veranstaltungen. Vorliegend könnte das Schutzgut der objektiven Rechtsordnung verletzt sein, wenn die beabsichtigte Handlung gegen die UHBVO verstieße. Dies setzt wiederum voraus, dass die UHBVO ihrerseits rechtmäßig erlassen wurde, d.h. also, dass eine taugliche Verordnungsermächtigung vorliege, und die Verordnung formell und materiell rechtmäßig sei.

(1) Verordnungsermächtigung

Als Ermächtigungsgrundlage für die Verordnung kommt § 55 Abs. 1 S. 4 Nds.SOG in Betracht. Fraglich ist jedoch, wie die A einwendet, ob die allgemeinen Vorschriften des Nds.SOG hier überhaupt anwendbar sind, oder ob nicht die spezielleren Vorschriften des LuftVG die Anwendbarkeit des Nds.SOG ausschließen. Der Anwendungsbereich des LuftVG wird in § 1 Abs. 1, 2 LuftVG geregelt und ist nach § 1 Abs. 1 auf die Benutzung des Luftraums durch Luftfahrzeuge beschränkt. Eine Auflistung dieser Luftfahrzeuge findet sich in § 1 Abs. 2, der jedoch zumindest ausdrücklich nicht von den fraglichen ballonartigen Gebilden, die als Himmelslaternen bezeichnet werden, spricht. Allerdings könnten diese unter den Begriff der sonstigen für die Benutzung des Luftraums bestimmten Geräte, sofern diese in Höhen von mehr als 30 m betrieben werden können, fallen. Dafür spricht zumindest, dass die Aufzählung des Abs. 2 erkennbar nicht nur von bemannten Luftfahrzeugen ausgeht, sondern auch unbemannte Fahrzeuge erfasst (vgl. Nrn. 9, 10), und die fraglichen Himmelslaternen laut Sachverhalt Höhen von bis zu 500 m erreichen können. Allerdings setzt § 1 Abs. 2 Nr. 11 LuftVG ausdrücklich ein „Betreiben“ voraus, welches eine gewisse Kontrolle durch Personen impliziert. Laut Sachverhalt werden die Himmelslaternen in ihrer Flugrichtung und -höhe jedoch nur durch den Wind beeinflusst, sodass ein Betreiben nicht gegeben ist. Mithin liegt kein Fall des § 1 Abs. 2 LuftVG vor und das LuftVG ist bereits nicht anwendbar. Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der UHBVO ist damit § 55 Abs. 1 Nr. 4 Nds.SOG.

(2) Formelle Rechtmäßigkeit der UHBVO

Die Zuständigkeit des niedersächsischen Innenministeriums für den Erlass einer das gesamte Land Niedersachsen betreffenden Verordnung ergibt sich aus § 55 Abs. 1 Nr. 4

Nds.SOG. Von der Einhaltung der weiteren erforderlichen formellen Voraussetzungen, insbesondere der §§ 58, 60 Nds.SOG ist laut Bearbeitervermerk auszugehen.

(3) Materielle Rechtmäßigkeit der UHBVO

Der Tatbestand der Verordnungsermächtigung setzt das Vorliegen einer abstrakten Gefahr voraus. Diese ist in § 2 Nr. 2 Nds.SOG legaldefiniert und bezeichnet eine nach allgemeiner Lebenserfahrung oder den Erkenntnissen fachkundiger Stellen mögliche Sachlage, die im Falle ihres Eintrittes eine konkrete Gefahr darstellt. Laut Sachverhalt ist es bereits in der Vergangenheit bei der Verwendung von Himmelslaternen mehrfach zu Bränden gekommen, bei denen sowohl Wohnhäuser als auch Personen zu Schaden gekommen sind, mithin konkrete Schäden für polizeirechtlich geschützte Rechtsgüter eingetreten sind. Es erscheint auch nicht ausgeschlossen, dass es bei dem Aufsteigenlassen unbemannter Heißluftballons, die mit Brennstoffen versehen sind, im Falle eines Absturzes mangels jeglicher Kontrolle durch die am Boden befindlichen Personen erneut zu Bränden und zu Personen- oder Sachschäden kommt, sondern vielmehr im Bereich des Möglichen. Eine abstrakte Gefahr ist damit in dem Steigenlassen von sog. „Himmelslaternen“ zu sehen. Der Tatbestand der Verordnungsermächtigung ist damit erfüllt.

Ermessensfehler hinsichtlich des Ermessens zum Erlass der UHBVO sind nicht ersichtlich.

(4) Zwischenergebnis

Die UHBVO ist mithin formell und materiell rechtmäßig. Vorliegend beabsichtigt A, am 16. Juni 2018 „Himmelslaternen“ aufsteigen zu lassen, deren Verwendung in § 1 der UHBVO ausdrücklich untersagt ist. Mithin ist vorliegend das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit in Gestalt der UHBVO als Teil der objektiven Rechtsordnung betroffen. Darüber hinaus ist ebenso die Betroffenheit der körperlichen Unversehrtheit und des Eigentums Dritter durch eventuell verursachte Brände zu bejahen.

bb) Hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts

Hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts bzgl. der körperlichen Unversehrtheit Dritter erscheint es

fraglich, ob durch das Steigenlassen von Himmelslaternen tatsächlich ein Brand entstehen würde, bei dem Personen oder Sachschäden entstünden. Allerdings sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit geringer, je bedeutsamer das Rechtsgut ist, was für die betroffenen Rechtsgüter körperliche Unversehrtheit und Eigentum eher geringe Anforderungen bedeutet. Die Frage kann jedoch dahinstehen, wenn sich die hinreichende Wahrscheinlichkeit bereits aus dem Schaden für die objektive Rechtsordnung ergibt. Ein gewissenhafter und besonnener Amtswalter durfte ex ante wohl davon ausgehen, dass die A – wie in ihrer schriftlichen Ankündigung ihres Vorhabens deutlich wird – mit Sicherheit am 16. Juni gegen § 1 UHBVO verstoßen würde. Die hinreichende Wahrscheinlichkeit ist somit gegeben.

cc) Zwischenergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 11 Nds.SOG liegen vor.

b) Verantwortlichkeit, §§ 6ff. Nds.SOG

Weiterhin müsste A auch verantwortlich i.S.d. §§ 6ff. Nds.SOG und damit polizeipflichtig sein. Da sie beabsichtigte, die Hinweislaternen am 16. Juni selbst zu nutzen, ist sie Verhaltensstörerin i.S.d. § 6 Abs. 1 Nds.SOG und damit richtige Adressatin der Untersagungsverfügung.

c) Rechtfolge

Gemäß § 11 Nds.SOG können die Verwaltungsbehörden die erforderlichen Maßnahmen treffen. Der H ist also ein Ermessensspielraum eingeräumt. In Betracht kommt vorliegend ein Ermessensfehler in Gestalt einer Ermessensüberschreitung. Eine solche ist insbesondere dann anzunehmen, wenn ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vorliegt.

aa) Legitimer Zweck

Zweck der gegen A erlassenen Untersagungsverfügung ist die Verhinderung des Verstoßes gegen § 1 UHBVO, mithin der Schutz der objektiven Rechtsordnung. Die Verfügung verfolgt mithin einen legitimen Zweck.

bb) Geeignetheit

Da die erlassene Verfügung dazu geführt hat, dass A nicht gegen § 1 der Verordnung verstieß, ist auch von ihrer Geeignetheit auszugehen.

cc) Erforderlichkeit

Mangels milderer, gleich geeigneter Mittel war die Verfügung auch erforderlich.

dd) Angemessenheit

Das Ziel der Verhinderung des Verstoßes gegen die Verordnung könnte jedoch außer Verhältnis zum Eingriff durch die Verfügung stehen. Hier handelt es sich um einen Eingriff in die Berufsfreiheit der A aus Art. 12 Abs. 1 GG, da ihre berufliche Tätigkeit als „Wedding-Planerin“ durch die Verfügung beeinträchtigt wird. Allerdings handelt es sich um eine Berufsausübungsregelung, mithin einen Eingriff von geringer Intensität. Ein solcher kann durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden. Hier ist das entgegenstehende Interesse, Brände aufgrund der Himmelslaternen zu verhindern, bei denen höherwertige Rechtsgüter wie die körperliche Unversehrtheit oder das Eigentum Dritter zu Schaden kommen können, zu berücksichtigen. Diese kollidierenden Interessen sind in der Abwägung im Sinne einer praktischen Konkordanz miteinander in Einklang zu bringen. Tendenziell ist hier den besonders gewichtigen Grundrechten der körperlichen Unversehrtheit und des Eigentums ein höherer Stellenwert einzuräumen als der Berufsfreiheit der A in der Ausprägung der bloßen Art der Berufsausübung. Anders müsste die Sachlage beurteilt werden, wenn nicht das bloße „Wie“ der Berufsausübung der A in Rede stünde, sondern ihr die Ausübung ihres Berufs generell untersagt oder eingeschränkt würde. Dann dürften wiederum höhere Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts für die entgegenstehenden Rechtsgüter zu stellen sein. Hier ist der Eingriff für die A von geringer Intensität, sodass sie die Einschränkung zugunsten anderer, höherwertiger Rechtsgüter Dritter in Kauf nehmen muss. Die geringe Einschränkung ist ihr unter dem Gesichtspunkt der praktischen Konkordanz zumutbar und steht nicht völlig außer Verhältnis zum Gewicht der kollidierenden Interessen. Die ergangene Untersagungsverfügung ist daher auch verhältnismäßig im engeren Sinne.

d) Zwischenergebnis

Eine Ermessensüberschreitung in Gestalt eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit liegt nicht vor. Die gegen A ergangene Untersagungsverfügung ist materiell rechtmäßig.

II. Ergebnis

Die Untersagungsverfügung ist formell und materiell rechtmäßig ergangen. Eine Rechtsverletzung der A scheidet damit bereits aus.

C. Gesamtergebnis

Die Klage der A ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat somit keine Aussicht auf Erfolg.

13 Punkte

Studienklausur im Zivilrecht

Die Studienklausur ist eine neue Art von Studienpraxisbeitrag in der Hanover Law Review. Es liegt uns viel daran, unseren Leserinnen und Lesern reale, authentische Klausur- und Hausarbeitenbeispiele zur Verfügung zu stellen. Dennoch mangelt es manchmal an veröffentlichungsfähigen Sachverhalten oder einer Klausur aus einem bestimmten Rechtsbereich, um die Kategorie Studienpraxis & Fallbearbeitung divers aufzustellen; diesen Platz füllt die Studienklausur. Sie ist von Studierenden der Redaktion entworfen, gelöst und veröffentlicht.

Es folgt eine Studienklausur zu zwei Examensklassikern: Der Drittschadensliquidation und dem Weiterfressermangel.

Sachverhalt

Teil 1:

Keksfabrikant K aus Kaiserslautern bestellt bei Müller M aus München für seine beliebten Kekskreationen 500 kg feinst gemahlenes Weizenmehl zum Vorteilspreis von EUR 799,00. Weil K nicht über einen eigenen Fuhrpark verfügt, bittet er darum, dass M die Ware verpacken und sich um die Organisation des Transports zur Keksfabrik kümmern möge. Dafür will K wiederum die Transportkosten tragen.

M beauftragt seinen als zuverlässig bekannten Freund F damit, das Mehl gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung in dessen Kleinlaster nach Kaiserslautern zu bringen. Als F die Mehlsäcke, die M vorher abgefüllt hatte, dann auf den Laster auflädt, befestigt er dabei aus Unachtsamkeit die Abdeckplane nicht richtig. Während der folgenden Fahrt regnet und stürmt es unaufhörlich. Die Plane weht derart stark hin und her, dass auch die auf der Ladefläche liegenden Mehlsäcke vom Regenwasser in Mitleidenschaft gezogen werden. Das gesamte Mehl wird damit völlig unbrauchbar.

Als F die Ware später bei K abladen will, bemerkte er das Problem und lässt die nassen Säcke auf dem Laster. K ruft daraufhin sofort bei M an und teilt ihm mit, er werde den Kaufpreis auf keinen Fall bezahlen, sollte M nicht umgehend neues Mehl liefern oder ihm sonst einen Ersatz zukommen lassen.

1. Kann K von M die Lieferung von 500 kg Weizenmehl verlangen?

2. Kann M von K die Zahlung des Kaufpreises verlangen?

Teil 2:

Noch völlig von diesem Vorfall mitgenommen, entschließt K seinen Frust durch den Kauf eines neuen, von ihm schon lange ersehnten, High End Industrieofens zu mildern. Dazu erwirbt er am 10.01.2016 von seinem langjährigen Freund S und Alleingesellschafter der S-GmbH den von ihm produzierten „ThermoBack-2000“ für EUR 15.000,00, welcher ihm am 17.01.2016 geliefert wird. Dabei entdeckt K nicht, dass das verbaute Thermostat – mit Gegenwert von EUR 1,50 - von Anfang an einen leicht behebbaren, aber für ihn nicht feststellbaren Defekt hat – dieses war auch bei sorgfältiger Inaugenscheinnahme des Ofens nicht erkennbar. So reguliert dieses bis 270 °C die Temperatur zuverlässig, sobald jedoch eine Temperatur – wie im Backgewerbe nicht gänzlich unüblich – über 270 °C eingestellt wird, schaltet sich das Thermostat ab und der Ofen heizt ungeplant und unkontrolliert hoch.

Als K am 18.02.2018 erstmalig seine neu kreierten und besonders heiß zu backenden „Brand-Kekse“ im Ofen backen will, stellt er dazu den Ofen auf 280 °C. Nach einigen Minuten schaltet sich das Thermostat ab und die Temperatur im Ofen steigt unaufhörlich. Schließlich kommt es zu einem Brand im Backofen. K schafft es noch durch eine beherzte Löschaktion weitere Schäden in seiner Bäckerei zu verhindern, der „ThermoBack-2000“ wird jedoch vollständig zerstört.

K ist entrüstet und verlangt von S zunächst einen neuen Ofen. S verweigert jedoch eine Nachlieferung, schließlich sei das alles viel zu lange her. Weiterhin sei dies auch „sein letztes Wort“. K ist erzürnt von dem Vorgehen des S und verlangt nun von diesem EUR 15.000,00 zurück. Zu Recht?

Teil 1

Einordnung

Die Schadensliquidation im Drittinteresse – kurz: Drittschadensliquidation – ist seit jeher ein beliebtes Thema juristischer Prüfungsarbeiten von der Fortgeschritteneübung bis hin zum Examen.¹ Von den Prüflingen solcher Klausuren wird eine gewisse Vorkenntnis verlangt, denn für die Drittschadensliquidation gibt es keine gesetzliche Grundlage. Ferner bereitet Probleme, dass das Verständnis des Sachverhalts durch das Vorliegen von Drei- oder Mehrpersonenverhältnissen schwieriger wird. Zudem macht die Fallfrage nicht immer von Beginn an erkennbar, dass es sich um eine Konstellation der Drittschadensliquidation handelt. Vielmehr ist diese – jedenfalls im Rahmen der beliebten Fallgruppe der obligatorischen Gefahrentlastung – häufiger Prüfungsschwerpunkt unter „III. Anspruch durchsetzbar/Keine rechtshemmenden Einwendungen“, wenn im Rahmen eines Zurückbehaltungsrechts Gegenansprüche inzidenter Weise zu prüfen sind. Daher sollten Studierende durchaus einen detaillierten Blick auf dieses Rechtskonstrukt werfen. Um sich in Hausarbeit und Klausur gut orientieren zu können und um den Überblick beim strukturierten Lernen zu behalten, ist die folgende, gutachterliche, mit einigen Anmerkungen versehene Falllösung hoffentlich eine Hilfe.

Gutachterliche Lösung

A. Anspruch des K auf Lieferung von 500 kg Mehl aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB gegen M

I. Anspruch entstanden

II. Anspruch nicht untergegangen

1. Erfüllung, § 362 Abs. 1 BGB

2. Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB

a) Allgemeine Konkretisierungsvoraussetzung

b) Spezifische Konkretisierungsvoraussetzung

III. Ergebnis

K könnte einen Anspruch auf Lieferung von 500 kg Weizenmehl aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB gegen M haben.

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste zunächst entstanden sein. Hierzu müsste zwischen K und M ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB zustande gekommen sein. Dies setzt eine Einigung der beiden über die essentialia negotii eines Kaufvertrags – Vertragsparteien, Kaufsache, Kaufpreis – voraus.² Eine Einigung besteht aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen, Angebot und Annahme, §§ 145ff. BGB.³

K und M haben sich über die Übergabe und Übereignung von 500 kg Weizenmehl gegen die Zahlung von EUR 799,00 geeinigt. Damit ist ein Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB zustande gekommen. Folglich ist der Anspruch auf Lieferung gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB auf Seiten des K entstanden.

II. Anspruch nicht untergegangen

Der Anspruch dürfte nicht untergegangen sein.

1. Erfüllung, § 362 Abs. 1 BGB

Der Anspruch könnte gem. § 362 Abs. 1 BGB wegen Erfüllung untergegangen sein. Hierzu müsste die Leistung bewirkt worden sein. Die Leistung bewirkt i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB, wer den Leistungserfolg herbeiführt.⁴ Der Eintritt der Erfüllung ist damit unabhängig von der Vornahme der Leistungshandlung durch den Schuldner zu beurteilen. Die geschuldete Leistungshandlung bestimmt sich nach der vereinbarten Schuld – Holschuld, Schickschuld oder Bringschuld –, während der Eintritt des Leistungserfolgs die Erfüllung der vertragstypischen Pflicht voraussetzt.⁵ Der Leistungserfolg des Kaufvertrags tritt mit Übergabe und Übereignung der Kaufsache bzw. mit Zahlung des Kaufpreises ein.⁶ Vorliegend hat M das Mehl zwar abgefüllt, an die Transportperson F übergeben und damit die geschuldete Leistungshandlung vollzogen. Die Kaufsache wurde von F aber nicht an K übergeben und gem. § 929 S. 1 BGB über-

² Berger in: Jauernig, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 17. Aufl. 2018, § 433 Rn. 5.

³ Vgl. Kropholler, Studienkommentar zum BGB, 16. Aufl. 2018, vor § 145 Rn. 1.

⁴ Stürner in: Jauernig (Fn. 2), § 362 Rn. 1.

⁵ Kropholler, StuKo BGB (Fn. 3), § 362 Rn. 1.

⁶ Vgl. Westermann in: Säcker et al., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, 7. Aufl. 2016, § 433 Rn. 1.

¹ Büdenbender, Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung – eine notwendige oder überflüssige Rechtsfigur?, NJW 2000, 986.

eignet. Der Leistungserfolg ist daher nicht eingetreten. M hat den geschuldeten Leistungserfolg nicht erfüllt. Der Lieferanspruch des K ist daher nicht wegen Erfüllung untergegangen.

2. Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB

Der Anspruch könnte aber gem. § 275 Abs. 1 BGB untergegangen sein. Ein Freiwerden von der Leistungspflicht i.S.d. § 275 BGB liegt vor, wenn die Leistung entweder dem Schuldner oder jedermann unmöglich ist. Dies wäre dann der Fall, wenn M oder jedermann die geschuldete Leistung nicht mehr erbringen könnte.

M schuldet K gem. §§ 433 Abs. 1 S. 1, 243 Abs. 1 BGB die Übergabe und Übereignung von 500 kg der Gattung Weizenmehl mittlerer Art und Güte. Auch nachdem das sich auf dem Transportweg befindliche Mehl durch den Regen unbrauchbar geworden ist, kann M weiterhin neues Mehl abfüllen und an K liefern, sodass ihm die geschuldete Leistung weiterhin möglich ist.

Etwas anderes könnte sich ergeben, wenn sich die Leistungspflicht des M durch Konkretisierung i.S.v. § 243 Abs. 2 BGB auf die abgefüllten, nunmehr unbrauchbaren Mehlsäcke beschränken würde. Eine Konkretisierung i.S.d. § 243 Abs. 2 BGB erfolgt, wenn der Schuldner das seinerseits zur Leistung Erforderliche getan hat.

a) Allgemeine Konkretisierungsvoraussetzung

Zunächst hat der Schuldner die zu konkretisierende Sache von der Gattung auszusondern. Das bedeutet, dass der Schuldner eine Sache der Gattung auswählt und von ihr trennt.⁷ M hat das für K bestimmte Mehl in mehrere Säcke abgefüllt und damit von der Gattung Weizenmehl getrennt. Folglich hat M die zu konkretisierende Sache ausgesondert.

b) Spezifische Konkretisierungsvoraussetzung

Welche Leistungshandlungen darüber hinaus im Rahmen der spezifischen Konkretisierungshandlung erforderlich sind, beurteilt sich nach der von den Vertragsparteien vereinbarten Leistungsart.⁸

Fraglich ist daher, welche Leistungsart von K und M verein-

bart wurde. Die beiden Vertragspartner sind darin übereingekommen, dass M den Transport des Mehls organisieren und K die Kosten hierfür tragen würde.

Damit könnten K und M eine Bringschuld vereinbart haben. Bei einer Bringschuld verpflichtet sich der Schuldner, die Sache zum Gläubiger zu transportieren und dort anzubieten.⁹ M sollte hier das Mehl zwar zu K transportieren, hierfür wollte aber K die Kosten übernehmen. Dieser Umstand spricht gegen die Annahme, dass der Transport eine eigene Pflicht des M sei. Demnach haben M und K keine Bringschuld vereinbart.

Vielmehr könnte eine Schickschuld vereinbart worden sein. Im Rahmen einer solchen hat der Schuldner die Sache an eine sorgfältig ausgewählte Transportperson zu übergeben.¹⁰ Dass K die Kosten des Transports übernehmen sollte und der Transport damit keine Pflicht des M war, lässt darauf schließen, dass M und K eine Schickschuld vereinbart haben. Dafür spricht auch die gesetzliche Vermutung des § 269 Abs. 3 BGB, wonach allein aus dem Umstand, dass der Gläubiger die Kosten der Versendung übernimmt, noch kein Rückschluss auf eine vereinbarte Bringschuld zulässig ist. M hat die abgefüllten Mehlsäcke an den als zuverlässig bekannten F übergeben, der sodann den Transport zu K übernehmen sollte. Damit hat er die für eine Schickschuld spezifische Konkretisierungshandlung vorgenommen.

c) Zwischenergebnis

M hat folglich das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan, sodass sich seine Leistungspflicht gem. § 243 Abs. 2 BGB auf die an F übergebenen Mehlsäcke beschränkt hat. Das Mehl ist durch den Regen derart unbrauchbar geworden, dass eine mangelfreie Leistung nunmehr jedermann unmöglich war.

M ist daher gem. § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB von seiner Leistungspflicht befreit.

3. Zwischenergebnis

Der Lieferanspruch des K aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB ist somit untergegangen.

⁷ Berger in: Jauernig (Fn. 2), § 243 Rn. 9.

⁸ Sutschet in: Bamberger et al., Beck'scher Online-Kommentar BGB, 48. Ed. 01.11.2018, § 243 Rn. 17.

⁹ Emmerich in: Säcker et al., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, § 243 Rn. 26.

¹⁰ Ebd., § 243 Rn. 27.

III. Ergebnis

K hat keinen Anspruch auf Lieferung von 500 kg Weizenmehl aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB gegen M.

B. Anspruch des M auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. EUR 799,00 aus § 433 Abs. 2 BGB gegen K

I. Anspruch entstanden

II. Anspruch nicht untergegangen

1. Erfüllung, § 362 Abs. 1 BGB
2. Befreiung von der Gegenleistungspflicht, § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB
 - a) Gegenseitiger Vertrag
 - b) Ausschluss der Leistungspflicht gem. § 275 BGB
 - c) Kein Ausschluss, § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB
 - aa) § 326 Abs. 2 S. 1 BGB
 - bb) § 447 Abs. 1 BGB

III. Anspruch durchsetzbar

1. Ersatzanspruch M gegen F, § 280 Abs. 1 BGB
 - a) Schuldverhältnis
 - b) Pflichtverletzung
 - c) Keine Exkulpation
 - d) Schaden
 - aa) Schadensberechnung mit der Differenzmethode
 - bb) Korrektur des Schadensbegriffs
 - (1) Normativer Schadensbegriff
 - (2) Drittschadensliquidation
 - (a) Anspruch ohne Schaden
 - (b) Schaden ohne Anspruch
 - (c) Zufällige Schadensverlagerung
 - (d) Rechtsfolge
2. Anspruch M gegen F aus § 823 Abs. 1 BGB
3. Ansprüche M gegen F aus §§ 7, 18 StVG

M könnte einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. EUR 799,00 aus § 433 Abs. 2 BGB gegen K haben.

I. Anspruch entstanden

Durch den Kaufvertrag zwischen K und M gem. § 433 BGB ist der Kaufpreisanspruch des M i.H.v. EUR 799,00 aus § 433 Abs. 2 BGB entstanden.

II. Anspruch nicht untergegangen

Der Anspruch dürfte nicht untergegangen sein.

1. Erfüllung, § 362 Abs. 1 BGB

Ein Anspruchsuntergang durch Erfüllung gem. § 362 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht, da K noch nicht an M gezahlt hat.

2. Befreiung von der Gegenleistungspflicht, § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB

K könnte gem. § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB von seiner Gegenleistungspflicht befreit sein.

a) Gegenseitiger Vertrag

Zwischen K und M müsste ein gegenseitiger Vertrag bestehen. Ein gegenseitiger Vertrag liegt vor, wenn die Leistungen gerade um der jeweiligen Gegenleistung willen erbracht werden.¹¹ Beim Kaufvertrag wird die Kaufsache vom Verkäufer in Erwartung der Kaufpreiszahlung übergeben und übereignet, sodass es sich beim Kaufvertrag um einen gegenseitigen Vertrag handelt.

b) Ausschluss der Leistungspflicht gem. § 275 BGB

M ist gem. § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB von seiner Leistungspflicht befreit.

c) Kein Ausschluss des § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB

Das Entfallen der Gegenleistungspflicht gem. § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB dürfte nicht ausgeschlossen sein.

aa) Ausschluss gem. § 326 Abs. 2 S. 1 BGB

Ein Ausschluss gem. § 326 Abs. 2 S. 1 BGB läge vor, wenn K für den Umstand des Ausschlusses der Leistungspflicht

¹¹ Kropholler, StuKo BGB (Fn. 3), vor § 320 Rn. 3.

gem. § 275 BGB allein oder weit überwiegend verantwortlich oder dieser Umstand eingetreten wäre, während K sich im Annahmeverzug befand. Der Gläubiger ist grundsätzlich für jedes schuldhafte vertragswidrige Verhalten verantwortlich, das ursächlich für das Leistungshindernis geworden ist. Insoweit gelten der Verschuldensmaßstab des § 276 BGB und die Zurechnung des Verschuldens Dritter gem. § 278 BGB entsprechend.¹² Persönlich trifft M wegen der Zerstörung des Mehls kein Verschulden. Insbesondere hat er die als zuverlässig bekannte Transportperson F sorgfältig ausgewählt. Die Zurechnung eines etwaigen Verschuldens des F gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB würde voraussetzen, dass F als Erfüllungsgehilfe des M in dessen Pflichtenkreis tätig geworden ist. Bei dem Transport des Mehls zu K handelte es sich jedoch wegen der vereinbarten Schickschuld nicht um eine Pflicht des M, sodass F nicht im Pflichtenkreis des M tätig geworden sein kann. Eine Verschuldenszurechnung gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB scheidet daher aus. Ferner befand sich K nicht im Annahmeverzug, da ihm die Kaufsache noch gar nicht angeboten wurde. Die Voraussetzungen des § 326 Abs. 2 S. 1 BGB zum Erhalt der Gegenleistungspflicht liegen somit nicht vor.

bb) Ausschluss gem. § 447 Abs. 1 BGB

Auch könnte sich aus § 447 Abs. 1 BGB ein Ausschluss ergeben. Hiernach geht die Gefahr eines zufälligen Untergangs der Kaufsache beim Versendungskauf, bei dem der Käufer den Versand der Sache durch den Verkäufer verlangt, in dem Zeitpunkt auf den Käufer über, in dem der Verkäufer die Sache an die Transportperson übergibt.

Diese Gefahrtragungsregel müsste im konkreten Fall anwendbar sein. Die Anwendbarkeit wäre bei Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB gem. § 475 Abs. 2 S. 1 BGB ausgeschlossen. Dafür müsste aber einer der beiden Vertragspartner Verbraucher i.S.d. § 13 BGB sein, also das Vertragsgeschäft überwiegend weder zu gewerblichen noch zu sonst selbstständigen beruflichen Zwecken abgeschlossen haben. K und M haben den Vertrag jedoch gerade aus gewerblichen Gründen geschlossen, sie sind Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB. Ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB liegt nicht vor. § 447 Abs. 1 BGB ist anwendbar.

Zudem müsste M die Versendung an einen anderen Ort als den Erfüllungsort verlangt haben. Erfüllungsort ist gem. § 269 Abs. 1, Abs. 2 BGB der Wohn- bzw. Geschäftsort des Leistungsschuldners. Grundsätzlich müsste M demnach in München leisten. K bat M, das Mehl zu seiner Fabrik nach Kaiserslautern, also an einen anderen Ort, zu versenden. M übergab die Mehlsäcke an die Transportperson F. Auf der anschließenden Fahrt kam es zur Zerstörung des Mehls. Überwiegend wird einschränkend verlangt, dass sich im Untergang der Kaufsache gerade eine typische Transportgefahr realisiert habe, denn die Verlagerung der Sachgefahr durch § 447 Abs. 1 BGB beziehe sich nicht schlechthin auf jede nachträgliche Verschlechterung oder den nachträglichen Untergang der Kaufsache. Folglich müsse diese dem eigentlichen Gefahrenbereich des Transports zuzurechnen sein.¹³ Dass Transportware während der Fahrt durch Regen nass und damit unbrauchbar wird, weil die Abdeckplane eines Lasters nicht fest genug befestigt wurde, stellt die Realisierung einer Gefahr dar, die gerade beim Transport einer Ware besteht. In der Zerstörung des Mehls hat sich damit auch eine typische Transportgefahr realisiert. Da die Voraussetzungen des § 447 Abs. 1 BGB erfüllt sind, hatte K die Sachgefahr ab dem Zeitpunkt zu tragen, in dem M das Mehl an F übergeben hat.

cc) Zwischenergebnis

Folglich schließt § 447 Abs. 1 BGB die Regelung des § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB aus.

d) Zwischenergebnis

Damit behält M abweichend von § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung.

3. Zwischenergebnis

Der Kaufpreiszahlungsanspruch des M aus § 433 Abs. 2 BGB ist nicht untergegangen.

III. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch müsste auch durchsetzbar sein. Hierzu dürfte dem Anspruch keine Einrede entgegenstehen. Als solche könnte K ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 320 Abs. 1

¹² Stadler in: Jauernig (Fn. 2), § 326 Rn. 14.

¹³ RGZ 93, 330; Berger in: Jauernig (Fn. 2), § 447 Rn. 13.

§ 1 BGB zustehen. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um ein besonderes Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners, welches ihm eine aufschiebende, dilatorische Einrede gewährt.¹⁴ Voraussetzung hierfür ist, dass M eine im Gegenseitigkeitsverhältnis mit der Verpflichtung des K zur Kaufpreiszahlung stehende Vertragspflicht nicht erfüllt hat.

Möglich erscheint hier eine Nichterfüllung der Lieferpflicht des M aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB. Bei dieser Pflicht handelt es sich tatsächlich um eine Vertragspflicht i.S.v. § 320 Abs. 1 S. 1 BGB, die M nicht erfüllt hat. Diese Pflicht besteht aber gem. § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB nicht mehr, da sie wegen Unmöglichkeit untergegangen ist. K kann sich deshalb nicht im Rahmen des § 320 Abs. 1 S. 1 BGB auf die Nichterfüllung dieser Pflicht berufen.

In Betracht kommt zudem die Nichterfüllung einer Pflicht aus § 285 Abs. 1 Alt. 2 BGB. Dann müsste es sich bei dieser Pflicht um eine Vertragspflicht i.S.v. § 320 Abs. 1 S. 1 BGB handeln. § 285 Abs. 1 Alt. 2 BGB gibt dem Gläubiger einer gem. § 275 Abs. 1 BGB untergegangenen Leistungspflicht das Recht, vom Schuldner die Abtretung etwaiger gegenüber Dritten durch die Befreiung von der Leistungspflicht entstandene Ersatzansprüche, des sog. stellvertretenden commodum, zu verlangen.

Hierbei würde es sich um eine Vertragspflicht i.S.v. § 320 Abs. 1 S. 1 BGB handeln, wenn sie im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Leistung des Gläubigers stünde.

Der Sekundäranspruch des § 285 Abs. 1 Alt. 2 BGB tritt an die Stelle des untergegangenen primären Leistungsanspruchs und bleibt damit weiterhin synallagmatisch mit der Gegenleistungspflicht des Gläubigers verbunden. Dieser erhält als Surrogat für die unmöglich gewordene Leistung die gegen Dritte bestehenden Ersatzansprüche abgetreten.¹⁵ Eine Verpflichtung zur Abtretung von Ersatzansprüchen aus § 285 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist folglich eine Vertragspflicht i.S.v. § 320 Abs. 1 S. 1 BGB.

Fraglich ist somit, ob M gegen F Ersatzansprüche wegen der untergegangenen Kaufsache hat, die er im Wege des § 285 Abs. 1 Alt. 2 BGB an K abzutreten hätte. Bejahendenfalls könnte K bis zur Erfüllung dieser Abtretungspflicht durch

M die Zahlung des Kaufpreises gem. § 320 Abs. 1 S. 1 BGB verweigern, sodass der Anspruch des M nicht durchsetzbar wäre.

1. Ersatzanspruch des M gegen F aus § 280 Abs. 1 BGB

M könnte einen Ersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB gegen F haben.

a) Schuldverhältnis

Dafür müsste zwischen M und F ein Schuldverhältnis bestehen. Kraft eines Schuldverhältnisses ist der Gläubiger gem. § 241 Abs. 1 S. 1 BGB berechtigt, vom Schuldner eine Leistung zu fordern.

Zwischen M und F könnte ein vertragliches Schuldverhältnis in Gestalt eines Werkvertrags gem. § 631 Abs. 1 BGB bestehen. Durch den Werkvertrag gem. § 631 Abs. 1 BGB wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Charakteristisch ist, dass der Unternehmer mit dem herzustellenden Werk einen Erfolg schuldet.¹⁶ Daher spricht in Abgrenzung zum reinen, nicht vertraglichen Gefälligkeitsverhältnis für eine Einordnung als Werkvertrag, dass es M gerade um den Erfolg „Lieferung des Mehls“ geht und F im Gegenzug eine angemessene Vergütung erhält. Zwischen M und F liegt damit ein vertragliches Schuldverhältnis in Gestalt eines Werkvertrags gem. § 631 Abs. 1 BGB vor.

b) Pflichtverletzung

F müsste sodann eine Pflicht aus diesem Schuldverhältnis verletzt haben. Eine solche Pflichtverletzung liegt bei jeder Abweichung vom gesetzlich oder rechtsgeschäftlich geschuldeten Pflichtenprogramm vor.¹⁷ In Betracht kommt eine Verletzung der Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB. Hiernach hat der Schuldner auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Gläubigers Rücksicht zu nehmen. Durch den Untergang der Kaufsache während des Transports durch F wurde das Eigentum des M verletzt. Damit ist auch eine Pflichtverletzung gegeben.

¹⁴ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 42. Aufl. 2018, § 13 Rn. 12; Kropholler, StuKo BGB (Fn. 3), § 320 Rn. 1.

¹⁵ Schmidt in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 320 Rn. 12; Schulze in: Schulze et al., Nomos Kommentar zum BGB, § 320 Rn. 3.

¹⁶ Kropholler, StuKo BGB (Fn. 3), § 631 Rn. 1.

¹⁷ Stadler in: Jauernig (Fn. 2), § 280 Abs. 8.

c) Keine Exkulpation, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

F dürfte sich nicht exkulpieren können, d.h., er dürfte nicht darlegen und beweisen können, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Gem. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt gem. § 276 Abs. 2 BGB, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

F bringt keine entlastenden Tatsachen vor. Überdies würde ihm der Entlastungsbeweis nicht gelingen, denn die Zerstörung des Mehls wurde dadurch verursacht, dass er die Abdeckplane nicht ordnungsgemäß befestigt hat. Damit hat F nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt walten lassen und mithin fahrlässig i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB gehandelt. Eine Exkulpation scheitert.

d) Schaden

Schließlich müsste M ein Schaden entstanden sein. Ein Schaden ist grundsätzlich jede unfreiwillige Einbuße, die jemand an seinen Gütern erleidet.¹⁸

aa) Schadensberechnung mit der Differenzmethode

Die Schadensberechnung erfolgt nach der sog. Differenzmethode mittels eines Vergleichs der Vermögenslage des Geschädigten mit bzw. ohne das schadensverursachende Ereignis.¹⁹ Hiernach liegt ein Schaden vor, soweit der gegenwärtige tatsächliche Wert des Vermögens geringer ist, als dass er es wäre, wenn das schädigende Ereignis nicht stattgefunden hätte.²⁰

Wäre das Mehl auf dem Transportweg nicht zerstört worden, hätte M es an K übergeben und übereignen können, sodass er sein Eigentum daran verloren hätte. Im Gegenzug hätte er den Kaufpreis von K erhalten. Durch die Zerstörung hat M ebenfalls Eigentum und Besitz am unzerstörten und brauchbaren Mehl verloren, wegen § 447 Abs. 1 BGB, der § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB sperrt, kann er aber weiter den Kaufpreis von K verlangen. Dem Vergleich der tatsächlichen und hypothetischen Vermögenslage des K lässt sich folglich kein Schaden entnehmen.

bb) Korrektur des Schadensbegriffs

Eine Schadensberechnung mit der Differenzhypothese führt demzufolge dazu, dass kein Schaden vorliegt. Damit müsste ein an K abtretbarer Anspruch von M gegen F aus § 280 Abs. 1 BGB eigentlich ausscheiden. Dies hätte aber die unbillige Folge, dass der in jeder Hinsicht nicht verantwortliche K den Kaufpreis an M zahlen müsste, aber keinerlei Gegenwert erhielte. Um dem entgegenzuwirken, wird eine Korrektur des Schadensbegriffs für erforderlich gehalten, wozu im Wesentlichen zwei Ansätze vertreten werden.

(1) Normativer Schadensbegriff

Mit dem normativen Schadensbegriff wird der Schaden im Wege einer wertenden Betrachtung ermittelt.²¹ Die Wertung erfolgt dabei insoweit, als dass die Schadensregulierung mit Blick auf die verletzte Haftungsnorm auch Sanktions- und Präventionsgedanken Rechnung tragen müsse.²² Insofern ließe sich ein Schaden des M durch Wertung zur Sanktionierung des schädigenden Verhaltens des F dann konstruieren, wenn man den Kaufpreisanspruch gegen K nicht berücksichtigte. Begründet werden könnte dies mit dem Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB, der bestimmt, dass bei der Schadensberechnung solche Wertpositionen nicht zu betrachten sind, die dem Schädiger nicht zugutekommen sollen.²³ Der Umstand, dass M seinen Kaufpreisanspruch gegen K behalten hat, beruht auf § 447 Abs. 1 BGB, der die Gegenleistungspflicht durch eine gesetzliche Risikoverteilung entgegen der Regelung des § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB aufrechterhält. Zur Sanktionierung des Schädigers F könnte dieser Übergang der Sachgefahr unberücksichtigt bleiben, sodass M nach dem normativen Schadensbegriff einen Schaden erlitten hätte und ein gem. § 285 Abs. 1 Alt. 2 BGB an K abzutretender Ersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB bestünde.

¹⁸ Brox/Walker, AllgSchuldR (Fn. 14), § 29 Rn. 1; Kropholler, StuKo BGB (Fn. 3), vor §§ 249 - 253 Rn. 3.

¹⁹ Flume in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 249 Rn. 37.

²⁰ Brox/Walker, AllgSchuldR (Fn. 14), § 29 Rn. 3; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I - Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, Rn. 678.

²¹ BGHZ 50, 304 (306); Kropholler, StuKo BGB (Fn. 3), vor §§ 249 - 253 Rn. 5; vgl. Oetker in: MüKo-BGB (Fn. 9), § 249 Rn. 23.

²² Kropholler, StuKo BGB (Fn. 3), vor §§ 249-253 Rn. 5.

²³ Vgl. Sprau in: Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 78. Aufl. 2019, § 843 Rn. 20.

(2) Drittschadensliquidation

Eine weitere Möglichkeit der Korrektur des Schadensbegriffs ist die der Drittschadensliquidation.²⁴ Nach dieser Konstruktion kann der Vertragspartner des Schädigers, der gegen diesen einen Ersatzanspruch, aber keinen rechnerischen Schaden hat, den rechnerischen Schaden des Dritten, der selber keinen Anspruch hat, für diesen liquidieren. Voraussetzung ist, dass sich der Schaden zufällig verlagert hat.²⁵

(a) Anspruch ohne Schaden

M hat gegen F dem Grunde nach einen Ersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB, allerdings ist ihm kein ersatzfähiger Schaden entstanden.

(b) Schaden ohne Anspruch

Dagegen ist K zwar ein Schaden entstanden, da er M weiterhin den Kaufpreis für das Mehl schuldet; er hat aber keinen Anspruch gegen F, weil er mit diesem in keinem Schuldverhältnis steht und im Schädigungszeitpunkt auch noch nicht Eigentümer des Mehls war.

(c) Zufällige Schadensverlagerung

Der Schaden müsste sich zufällig verlagert haben. Die Zufälligkeit ist hierbei aus der Sicht des Schädigers zu beurteilen und bedeutet, dass die Verlagerung des Schadens für diesen regelmäßig nicht erkennbar ist und die den Schaden verlagernde Vorschrift nicht die Entlastung des Schädigers bezweckt.²⁶ Durch die Gefahrtragungsregel des § 447 Abs. 1 BGB könnte sich der Schaden aus Sicht des F zufällig von M auf K verlagert haben. Zweck des Übergangs der Sachgefahr ist die Regelung des Haftungsverhältnisses zwischen Verkäufer und Käufer, nicht jedoch die Entlastung eines potentiellen Schädigers, der aufgrund der Vorschrift nicht mehr ersatzpflichtig wäre.²⁷

Aus Sicht des F ist der Schaden durch die Gefahrtragungsregel des § 447 BGB, einer sog. obligatorischen Gefahrrentlastung, folglich zufällig von M auf K verlagert worden.

Neben der obligatorischen Gefahrrentlastung sind weitere anerkannte Fallgruppen der zufälligen Schadensverlagerung Obhutsfälle, mittelbare Stellvertretung sowie vertragliche Vereinbarungen.²⁸

(d) Rechtsfolge

Rechtsfolge der Drittschadensliquidation ist, dass der beim Dritten eingetretene Schaden zum Anspruchsinhaber gezogen wird. Dieser kann dann den Schaden des Dritten gegenüber dem Schädiger geltend machen und für jenen liquidieren.²⁹ Im Ergebnis hat M gegen F einen Ersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB, der gem. § 285 Abs. 1 Alt. 2 BGB an K abzutreten ist.

(3) Zwischenergebnis

Damit führen beide Ansätze zur Korrektur des Schadensbegriffs zum selben Ergebnis, sodass eine Stellungnahme entbehrlich ist.

cc) Zwischenergebnis

Ein Schaden liegt vor.

e) Zwischenergebnis

M hat einen Ersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB gegen F.

2. Ersatzanspruch des M gegen F aus § 823 Abs. 1 BGB

Entsprechendes gilt für einen Ersatzanspruch des M aus § 823 Abs. 1 BGB gegen F. Da das Mehl noch nicht an K übereignet wurde, stellt die Zerstörung desselben eine Eigentumsverletzung des M dar. Der Schadensbegriff ist auch hier im Wege einer normativen Bewertung bzw. durch die Drittschadensliquidation zu korrigieren.

3. Ersatzanspruch des M gegen F aus §§ 7, 18 StVG

Dagegen hat M gegen F keine straßenverkehrsrechtlichen Ersatzansprüche aus §§ 7, 18 StVG. Diese werden durch § 8 Nr. 3 StVG gesperrt, der bestimmt, die Anspruchsgrundlagen des StVG nicht bei der Beschädigung transportierter

²⁴ BGHZ 40, 100; Brox/Walker, AllgSchuldR (Fn. 14), § 29 Rn. 14ff.; Flume in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 249 Rn. 367ff.; Kropholler, StuKo BGB (Fn. 3), vor §§ 249-253 Rn. 23ff.; Teichmann in: Jauernig (Fn. 2), § 249 Rn. 19ff.; Weiss, Die Drittschadensliquidation – alte und neue Herausforderungen, JuS 2015, 8 (8ff.).

²⁵ Medicus/Lorenz, SchuldR I – AT (Fn. 20), Rn. 693.

²⁶ Kropholler, StuKo BGB (Fn. 3), vor §§ 249-253 Rn. 23; Oetker in: MüKo-BGB (Fn. 9), § 249 Rn. 289.

²⁷ Vgl. Oetker in: MüKo-BGB (Fn. 9), § 249 Rn. 289.

²⁸ Ebd., § 249 Rn. 296ff.

²⁹ Brox/Walker, AllgSchuldR (Fn. 14), § 29 Rn. 16.

Sachen eingreifen.

Ansprüche des M nach den werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften nach §§ 633, 634 BGB kommen nicht in Betracht, weil sie erst nach der Abnahme des Werks gem. § 640 Abs. 1 S. 1 BGB anwendbar sind.³⁰

4. Zwischenergebnis

K hat durch seine Aussage, dass er den Kaufpreis nicht ohne einen entsprechenden Ersatz leisten werde, sein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 285 Abs. 1 Alt. 2 BGB geltend gemacht. Er hat gegen M einen Anspruch auf das stellvertretende commodum – die Abtretung von dessen Ersatzansprüchen gegen F aus § 280 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 1 BGB. Bis zur Vornahme der Abtretung kann er die Zahlung des Kaufpreises verweigern.

Der Kaufpreiszahlungsanspruch des M aus § 433 Abs. 2 BGB ist damit nicht durchsetzbar.

IV. Ergebnis

Gem. § 322 Abs. 1 BGB hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts aus § 320 Abs. 1 S. 1 BGB die Folge, dass beide zur Leistung Zug-um-Zug verpflichtet sind. M kann den Kaufpreis von K daher nur Zug-um-Zug gegen Abtretung der Ersatzansprüche gegen F verlangen.

Fazit

Zusammenfassend ergibt sich so am Ende ein gerechtes Ergebnis. K bleibt nicht auf den Kosten des Mehls sitzen, das er nie wie bestellt erhalten hat. M wird nicht doppelt – durch den Kaufpreis von K und die Ersatzansprüche gegen F – bereichert. F muss am Ende den Schaden tragen. Das entspricht dem billigen Rechtsempfinden, denn er hat durch Fahrlässigkeit den Untergang der Kaufsache verursacht.

Die Drittschadensliquidation ist damit ein Instrument zur Herstellung von Billigkeit. Im Gutachten bereiten die einzelnen Prüfungspunkte nicht die größten Probleme. Schwierig wird es eher durch die Mehrzahl an Personen, die den Sachverhalt undurchsichtiger werden lässt sowie dadurch, dass die Notwendigkeit einer Korrektur des Schadensbegriffs

ggf. nicht auf den ersten Blick erkennbar ist. Insbesondere bei der Fallgruppe der obligatorischen Gefahrentlastung kann der verschachtelte Prüfungsaufbau, der regelmäßig unter „III. Anspruch durchsetzbar“ zu verorten ist, zu Unsicherheiten führen.

Über eine Drittschadensliquidation sollte immer dann nachgedacht werden, wenn ein Anspruch mangels Vorliegen eines ersatzfähigen Schadens zu scheitern droht, während eine andere Person im Sachverhalt zwar einen Schaden, aber gerade keinen Ersatzanspruch gegen den Schädiger hat.

Teil 2

Einordnung

Der folgende Teil wird den sogenannten Weiterfressermangel thematisieren. Der Weiterfressermangel begegnet Studierenden im Studium – oft im Gaszug³¹ oder Schwimmschalterfall³² – bereits relativ früh, dennoch bleibt er bis hin zum Examen ein beliebtes Problem. Grundsätzlich handelt es sich bei dem Weiterfressermangel um Konstellationen, bei denen eine Sache bereits von Anfang an einen Mangel hat, welcher sich überwiegend auf einen einzelnen Teil der Gesamtsache beschränkt, sich nach Eigentumserwerb durch den Käufer aber „weiterfrisst“ und die zunächst funktionierende Gesamtsache beschädigt.³³ Problematisiert werden muss diese Konstellation besonders im Bereich der Deliktischen Ansprüche. Fraglich ist dabei, ob eine Eigentumsverletzung vorliegen kann, wo doch der Grundmangel schon vor Übereignung bestand. Den Studierenden wird abverlangt, sich zielsicher sowohl im Gewährleistungsrecht als auch im Deliktsrecht zu bewegen. Dabei liegt – wie so häufig – der Fokus auf dem Nebeneinander von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen. Deshalb ist es für eine gute Lösung von großer Bedeutung, die un-

³¹ BGHZ 86, 256.

³² BGHZ 67, 359.

³³ Förster in: BeckOK-BGB (Fn. 6), § 823 Rn. 134; Wagner in: Säcker et al., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 248.

³⁰ Vgl. Sprau in: Palandt (Fn. 23), vor § 633 Rn. 6ff.

terschiedlichen Schutzrichtungen des Gewährleistungs- und des Deliktsrechts verstanden zu haben. Während das Gewährleistungsrecht das Äquivalenzinteresse schützt, schützt das Deliktsrecht ausschließlich das Integritätsinteresse.³⁴ Eben in der trennscharfen Unterscheidung dieser Interessen liegt das Kernproblem dieses Falls.

Anspruch des K auf Rückgewähr des Kaufpreises gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2 Alt. 1, 434, 323 Abs. 1 S. 1 BGB

I. Anspruch entstanden

1. Wirksamer Kaufvertrag
2. Rücktrittsgrund
 - a) Sachmangel bei Gefahrenübergang
 - b) Fristsetzung
3. Rücktrittserklärung
4. Kein Ausschluss
 - a) Ausschluss wegen Geringfügigkeit
 - b) Ausschluss versäumter Rüge

II. Anspruch nicht untergegangen

III. Anspruch durchsetzbar

K könnte einen Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2 Alt. 1, 434, 323 Abs. 1 S. 1 BGB gegen B haben.

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste dazu zunächst entstanden sein, dieses setzt einen wirksamen Rücktritt voraus.

1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433 BGB

Ein wirksamer Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB liegt zwischen K und S vor.

2. Rücktrittsgrund, § 437 Nr. 2 BGB

Ferner müsste ein Rücktrittsgrund gem. § 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB vorliegen. Ein vertraglich vereinbartes Rücktrittsrecht i.S.d. § 346 Abs. 1 Alt. 1 BGB ist nicht ersichtlich, allerdings könnte sich hier ein gesetzlicher Rücktrittsgrund aus den kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften gem. § 346 Abs. 1 i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB ergeben.

a) Sachmangel bei Gefahrenübergang, §§ 434, 446 S. 1 BGB

Dazu müsste zunächst die Sache bei Gefahrenübergang einen Mangel aufgewiesen haben. Grundsätzlich ist ein Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB das Abweichen der Ist- von der Sollbeschaffenheit.³⁵

Die Ist-Beschaffenheit bezeichnet den tatsächlichen Zustand der Kaufsache und bestimmt sich nach den konkret vorliegenden Umständen. Die Soll-Beschaffenheit kann durch Beschaffenheitsvereinbarung, Verwendungszweckvereinbarung oder durch die gewöhnlich zu erwartende Beschaffenheit ausgestaltet sein.

Vorliegend könnten eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB oder Verwendungszweckvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB vorliegen. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass K und S explizit die Beschaffenheit des Ofens vereinbarten. Auch haben die Parteien nichts hinsichtlich der Verwendung vereinbart. Zwar sind die Parteien gute Freunde und könnten antizipieren, dass der Ofen für das Aufbacken von heißen Keksen gebraucht werden soll; vereinbart wurde dieser Zweck allerdings nicht.

Möglich wäre allerdings ein Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB. Dies wäre dann der Fall, wenn die Sache sich schon nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet.³⁶ Im Backgewerbe ist es nicht ungewöhnlich, den Backofen auch über einer Temperatur von 270 °C zu betreiben. Dabei ist es zwingende Voraussetzung, dass der Bäcker sich auf die korrekte Temperierung des Ofens verlassen kann und diese nicht unkontrolliert ansteigt oder gar einen Brand auslöst. In seinem tatsächlichen Zustand tat der Ofen des K jedoch bei einer Temperatur von über 270 °C genau das. Die Kaufsache eignet sich somit nicht für die gewöhnliche Verwendung eines Bäckereiofens; die Ist-Beschaffenheit weicht somit von der Soll-Beschaffenheit ab. Ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB liegt mithin vor.

Dieser Mangel müsste auch bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Gem. § 446 S. 1 BGB liegt der Gefahrenübergang im Zeitpunkt der Übergabe. Vorliegend lag der Defekt des Ofens bereits „von Anfang an“ vor und somit auch bei der Übergabe von S an K.

³⁵ Berger in: Jauernig (Fn. 2), § 434 Rn. 7.

³⁶ Westermann in: MüKo-BGB (Fn. 6), § 434 Rn. 6; Berger in: Jauernig (Fn. 2), § 434 Rn. 13f.

³⁴ Gsell/Fervers, Einmal Mangel immer Mangel?, ZJS 2016, 443 (448); Schollmeyer, Zur Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfüllung bei Weiterfresserschäden, NJOZ 2009, 2729.

Anmerkung: Oft wird bei Korrektoren gesteigerter Wert darauf gelegt, dass man bei dem Sachmangel trennscharf zwischen den einzelnen Varianten des § 434 BGB abgrenzt. Das alleinige Definieren als „Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit“ mit einer kurzen Subsumtion ist hier nicht ausreichend.

b) Fristsetzung, § 323 Abs. 1 BGB

Ebenfalls hätte K dem S gem. § 323 Abs. 1 BGB eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen müssen. Vorliegend verlangte K von S einen neuen Ofen. Das Nacherfüllungsverlangen allein stellt jedoch noch keine Fristsetzung i.S.d. § 323 Abs. 1 BGB dar.³⁷ Überdies erwähnte K auch keinen Zeitpunkt bis zu welchem S nacherfüllen müsste. Eine Fristsetzung i.S.d. § 323 Abs. 1 BGB liegt demnach nicht vor. Allerdings könnte eine Fristsetzung gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Schuldner die Leistung endgültig und ernsthaft verweigert.³⁸ S machte hier gegenüber K eindeutig klar, dass er nicht bereit sei, die Nacherfüllung zu erbringen; überdies sei dies auch sein „letztes Wort“. Eine Fristsetzung des K würde daher eine überflüssige und sinnlose Förmlichkeit darstellen; eine ernsthafte und endgültige Verweigerung liegt vor. Eine Fristsetzung ist folglich gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich.

c) Zwischenergebnis

Ein Rücktrittsgrund des K liegt somit vor.

3. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Gem. § 349 BGB müsste auch eine Rücktrittserklärung des K vorliegen. Hierbei kommt es nicht darauf an, dass tatsächlich das Wort „Rücktritt“ fällt, vielmehr reicht es aus, wenn sich entsprechend dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB der Rücktritt konkludent aus der Erklärung ergibt.³⁹ K erklärt hier dem S, er wolle den Kaufpreis i.H.v. EUR 15.000,00 zurück. Konkludent kann dies für einen objektiven Dritten unproblematisch als Rücktrittserklärung verstanden werden. Eine Rücktrittserklärung des K liegt somit vor.

³⁷ Schmidt in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 323 Rn. 15.

³⁸ BGHZ 104, 13; Stadler in: Jauernig (Fn. 2), § 323 Rn. 11; Schmidt in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 323 Rn. 25.

³⁹ Stadler in: Jauernig (Fn. 2), § 349 Rn. 1; Schmidt in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 349 Rn. 3.

4. Kein Ausschluss

Es dürfte auch kein Ausschluss der Gewährleistungsrechte vorliegen.

a) Kein Ausschluss wegen Geringfügigkeit, § 323 Abs. 5 S. 2 BGB

Der Anspruch ist nicht gem. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB wegen Geringfügigkeit der Pflichtverletzung ausgeschlossen.

b) Kein Ausschluss wegen versäumter Rüge, § 377 Abs. 2 HGB

Ein Ausschluss des Anspruchs wegen einer versäumten Rüge gem. § 377 Abs. 2 HGB kommt – unabhängig des Vorliegens eines beidseitigen Handelsgeschäfts – nicht in Frage, da der Mangel für K nicht erkennbar war.

II. Anspruch nicht untergegangen

Der Anspruch ist auch nicht untergegangen.

III. Anspruch durchsetzbar

Dem Anspruch könnte jedoch die Verjährungseinrede durch S nach § 214 Abs. 1 BGB entgegenstehen. Gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB verjährt der Anspruch zwei Jahre nach Ablieferung der Sache gem. § 438 Abs. 2 BGB. K bekam hier die Sache am 17.01.2016 geliefert. Der Anspruch ist somit seit dem 18.01.2018 verjährt und nicht mehr durchsetzbar.

Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein etwaiger Anspruch des K aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB unterliegt denselben Verjährungsfristen und ist somit gleichsam seit dem 18.01.2018 verjährt.

Anspruch aus § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG

K könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG gegen S haben.

I. Rechtsgutverletzung

Dazu müsste zunächst eine Rechtsgutverletzung i.S.d. § 1 Abs. 1 ProdHaftG vorliegen. In Frage kommt hier lediglich eine Sachbeschädigung. Eine solche liegt dann vor, wenn eine andere Sache als das fehlerhafte Produkt beschädigt wird.⁴⁰

⁴⁰ Wagner in: MüKo-BGB (Fn. 33), § 1 ProdHaftG Rn. 5.

Vorliegend war zunächst das Thermostat beschädigt. Anschließend breitete sich dieser Schaden auf den ganzen restlichen Ofen aus. Fraglich ist jedoch, ob hier der restliche Ofen als andere Sache i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG verstanden werden kann oder ferner die entwickelte Rechtsprechung des sog. Weiterfressermangels auch in die Haftung des § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG übertragen werden kann. Gegen eine Anwendung dieser Rechtsprechung und Betrachtung als einheitliche Sache spricht jedoch vorrangig der Wortlaut des § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG, wonach die „andere Sache“ gerade dem fehlerhaften Produkt gegenübergestellt werden soll und nicht etwa eine funktionelle Einheit bilden kann.⁴¹ Andernfalls hätte man sich wohl auch für den Wortlaut in § 1 Abs. 3 ProdHaftG eines Teilprodukts entschieden.⁴² Ebenso ist der Gesetzgebungshistorie zu entnehmen, dass es für die Beurteilung, ob eine andere Sache vorliegt, auf die Verkehrsanschauung ankommen soll.⁴³ Die Verkehrsanschauung würde aber wohl – selbst, wenn eine technische Abgrenzung möglich sei – gerade keine Differenzierung vornehmen.⁴⁴

Demnach ist der restliche Ofen nicht als eine andere Sache zu qualifizieren und eine Rechtsgutverletzung liegt nicht vor.

II. Ergebnis

Ein Anspruch aus § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG besteht nicht.

Anmerkung: An dieser Stelle hätte man durchaus auch die Prüfung verkürzen können, indem man die Voraussetzung der „Nutzung der Sache überwiegend für den privaten Gebrauch“ vorzieht und dies in einem Satz ablehnt. Allerdings kann hier dem Prüfer gezeigt werden, dass man die unterschiedliche Behandlung i.R.d. Weiterfressermangels zwischen dem unionsrichtlinienbasiertem ProdHaftG und dem deliktischen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB kennt.

⁴¹ Förster in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 1 ProdHaftG Rn. 24; Larenz/Cannaris, SchuldR BT II, 13. Aufl. 1994, § 84 VI 1c; Wagner in: MüKo-BGB (Fn. 33), § 1 ProdHaftG Rn. 9f.

⁴² Förster in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 1 ProdHaftG Rn. 24; Larenz/Cannaris, SchuldR BT II, 13. Aufl. 1994, § 84 VI 1c; Wagner in: MüKo-BGB (Fn. 33), § 1 ProdHaftG Rn. 9f.

⁴³ ProdHaftG, BT-Drs. 11/2447, 13; Förster in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 1 ProdHaftG Rn. 24.

⁴⁴ ProdHaftG, BT-Drs. 11/2447, 13; Förster in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 1 ProdHaftG Rn. 24.

Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

I. Anspruch entstanden

1. Tatbestand

- a) Rechtsgutverletzung
 - aa) Resteigentum durch Abgrenzung mit dem Kriterium Stoffgleichheit
 - bb) Kein Resteigentum
 - cc) Stellungnahme
- b) Verletzungshandlung
- c) Haftungsbegründende Kausalität
 - aa) Äquivalente Kausalität
 - bb) Adäquate Kausalität
- d) Rechtswidrigkeit
- e) Verschulden

2. Haftungsausfüllender Tatbestand

- a) Schaden
- b) Haftungsausfüllende Kausalität

II. Anspruch nicht untergegangen

III. Anspruch durchsetzbar

Allerdings könnte K ein Anspruch gegen S auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB zustehen.

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste zunächst entstanden sein.

1. Tatbestand

a) Rechtsgutverletzung

Dazu müsste zunächst eine Rechtsgutverletzung vorliegen. In Frage kommt auch hier eine Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB.

Problematisch ist jedoch, dass K nie mangelfreies Eigentum erworben hat. Der Ofen war schon beschädigt bevor K Eigentum an diesem erwarb. Folglich könnte hier lediglich eine Enttäuschung des vertraglich geschützten Äquivalenzinteresses vorliegen und nicht etwa eine Verletzung des deliktisch geschützten Integritätsinteresses.

Etwas anders könnte sich jedoch dann ergeben, wenn sich der defekte Teil von dem „Resteigentum“ in der Art und Weise abgrenzen ließe, dass sich der ursprüngliche Defekt auf das restliche Eigentum weitergefressen hat und somit neben dem Äquivalenzinteresse auch das Integritätsinteresse am Resteigentum betroffen ist.

Ob jedoch ein solches abgrenzbares „Resteigentum“ überhaupt existiert und deswegen vom Schutzbereich der Rechtsgutverletzung im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB umfasst ist, ist umstritten.

aa) Resteigentum durch Abgrenzung anhand des Kriteriums der Stoffgleichheit

Eine Ansicht vertritt die Auffassung, dass durchaus ein solches Resteigentum existiere und es sich durch das Kriterium der Stoffgleichheit abgrenzen ließe.⁴⁵ Resteigentum liegt demnach dann vor, wenn zwischen dem ursprünglich defekten Teil und dem übrigen Eigentum keine Stoffgleichheit vorliegt.⁴⁶ Stoffgleichheit ihrerseits liegt vor, wenn sich die mangelhafte und der anfänglich einwandfreie Teil nur schwerlich trennen lassen oder der Mangel selbst – zumindest nicht in wirtschaftlich vertretbarer Weise – zu beheben ist.⁴⁷

Vorliegend ist jedoch der Mangel am Thermostat leicht zu beheben. Ebenso ist nicht davon auszugehen, dass das Thermostat sich nicht vom restlichen Ofen trennen ließe. Eine Stoffgleichheit liegt demnach nicht vor, wodurch sich der Schaden auf das Resteigentum weitergefressen hat und das Integritätsinteresse betroffen ist.

bb) Kein Resteigentum

Eine andere Ansicht lehnt hingegen eine Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB per se ab, wenn der Schaden einer Sache eine Folge eines anfänglich anhaftenden Mangels ist.⁴⁸ Eine Unterscheidung zwischen einem anfänglich einwandfreien Teil und einem mangelhaften Teil könne nicht getroffen werden, wodurch lediglich das von § 823 Abs. 1 BGB nicht geschützte Äquivalenzinteresse betroffen wäre.⁴⁹ Vorliegend läge daher keine Rechtsgutverletzung vor.

cc) Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Für die zweite Ansicht spricht die gesetzgeberische Intention, da das Deliktsrecht gerade nicht das Interesse des Käufers an einer vertragsgemäßen Leistung schützen soll.⁵⁰ Der Verkäufer würde zudem privilegiert werden, wenn er eine von Anfang an unbrauchbare und vollständig mangelhafte Sache liefern würde.⁵¹ Die somit schlechtere Leistung würde zu der kürzeren gewährleistungsrechtlichen Verjährungsfrist führen. Weiterhin sei das Kriterium der Stoffgleichheit zu unbestimmt.⁵²

Gerade das im Vordergrund stehende Argument der Flucht in die längere Verjährungsfrist scheint jedoch nicht zu überzeugen. Es ist zwar richtig, dass bei einer vollständig mangelhaften Sache die kürzere gewährleistungsrechtliche Verjährungsfrist einschlägig ist; allerdings ist es nicht Ziel der Verjährungsfrist, den mangelhaft liefernden Verkäufer zu sanktionieren, sondern Rechtsfrieden herbeizuführen.⁵³ Überdies bleibt zu berücksichtigen, dass die Verjährungsfristen nicht so eng gezogen werden, dass der Käufer keine faire Chance mehr hat, diese Rechte durchzusetzen.⁵⁴ Liefert der Verkäufer vollständig mangelhaft, ist dies regelmäßig für den Käufer erkennbar. Die Mangelhaftigkeit beschränkt sich gerade nicht auf einen kleinen abtrennbaren Teil, sondern auf die gesamte Sache. Der Käufer ist daher auch weniger schützenswert, denn er kann direkt nach Erhalt der Sache – aufgrund der einfachen Erkennbarkeit – seine Gewährleistung geltend machen, die verkürzte Verjährungsfrist der Mängelgewährleistung erscheint ausreichend und fair. Beschränkt sich der Mangel hingegen nur auf einen kleinen, für den Käufer nicht erkennbaren Teil, so kann er dies auch schwerlich erkennen. Es gilt also: Je kleiner der Vorwurf gegenüber dem Verkäufer ist – also ferner die Erkennbarkeit des Mangels –, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Käufer den Mangel nicht entdeckt.⁵⁵ Könnte sich der Käufer in solchen Fällen nicht auf den maßgeblichen Zeitpunkt des Fristbeginns in der

⁴⁵ BGHZ 86, 256 (258f); BGHZ 179, 157 (158); Wagner in: MüKo-BGB (Fn. 33), § 823 ProdHaftG Rn. 249.

⁴⁶ Förster in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 823 Rn. 136

⁴⁷ BGHZ 146, 144 (149); BGH NJW 1992, 1678; Förster in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 823 Rn. 136.

⁴⁸ Diederichsen, Wohin treibt die Produzentenhaftung?, NJW 1978, 1281 (1285f); Förster in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 823 Rn. 139; Honsell, Produkthaftungsgesetz und allgemeine Deliktshaftung, JuS 1995, 211 (215); Wagner in: MüKo-BGB (Fn. 33), § 823 Rn. 251.

⁴⁹ Wagner in: MüKo-BGB (Fn. 33), § 823 Rn. 251.

⁵⁰ Förster in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 823 Rn. 140.

⁵¹ Gsell/Fervers (Fn. 34), 443 (449).

⁵² Förster in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 823 Rn. 140.

⁵³ BGHZ 59, 72 (74); Arnold in: Gsell et al., beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, Stand 15.09.2018, § 438 Rn. 2.

⁵⁴ Arnold in: BeckOK-BGB (Fn. 53), § 438 Rn. 6.

⁵⁵ Wagner in: MüKo-BGB (Fn. 33), § 823 Rn. 253; Förster in: BeckOK-BGB (Fn. 8), § 823 Rn. 140.

Form des Erkennens im Rahmen der deliktischen Verjährungsfrist berufen, wäre er benachteiligt. Dieser Schutz des Käufers überwiegt dem Gedanken, dass der Verkäufer durch eine vollständig mangelhafte Lieferung bessergestellt werden könnte. Daher vermag die erstgenannte Ansicht zu überzeugen.

Anmerkung: Die Darstellung des Problems über die Existenz von Resteigentum aufzubauen ist nur eine Möglichkeit. Ebenso kann der Streit lediglich über die Frage aufgebaut werden, ob bei einer solchen Konstellation ein etwaiges Integritätsinteresse betroffen sein kann.

b) Verletzungshandlung

Eine Verletzungshandlung liegt in dem Inverkehrbringen des Ofens mit mangelhaftem Thermometer vor.

c) Haftungsbegründende Kausalität

aa) Äquivalente Kausalität

Der Verbau eines mangelhaften Thermometers kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg in Form der Zerstörung des Ofens entfele.

bb) Adäquate Kausalität

Es liegt auch nicht außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit, dass der Verbau eines Thermometers mit fehlender Regelung aber einer bestimmten Temperatur zu einem Brand und somit zu einer Beschädigung des Ofens führt.

Anmerkung: Der Schutzzweck der Norm sollte im Rahmen der Kausalität nur dann angesprochen werden, wenn er tatsächlich problematisch ist.

d) Rechtswidrigkeit

Der tatbestandsmäßige Erfolg der Rechtsgutverletzung indiziert die Rechtswidrigkeit der Handlung.

e) Verschulden

S müsste auch schuldhaft gehandelt haben. Gem. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB ist dies dann der Fall, wenn der Schädiger vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.

Abweichend von dem allgemeinen Grundsatz, nachdem der Anspruchsteller den Nachweis hierfür führen muss, wird eine Beweislastumkehr für Hersteller bei Fabrikations- und

Konstruktionsfehlern angenommen, wonach ein Verschulden vermutet wird.⁵⁶

S ist hier Hersteller des Ofens. Zugleich liegt in dem mangelhaften Thermostat zumindest entweder ein Fabrikations- oder Konstruktionsfehler vor. S hat sich überdies nicht exkulpiert, sein Verschulden wird daher vermutet.

2. Haftungsausfüllender Tatbestand

a) Schaden

K müsste weiterhin ein Schaden entstanden sein. Im Wege der Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 1 BGB hat S den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der zum Ersatz verpflichtende Umstand ist jedoch lediglich der vom Integritätsinteresse umfasste Schaden am Rest-Ofen, der ursprüngliche Mangel am Thermostat, als das vom § 823 BGB nicht geschützte Äquivalenzinteresse betreffend, muss hingegen unberücksichtigt bleiben (EUR 15.000,00 – EUR 1,50).

Die Herstellung des ursprünglichen Zustandes ist jedoch aufgrund des Untergangs des Backofens nicht möglich. Daher hat S Wertersatz gem. § 251 Abs. 1 BGB in Höhe von EUR 14.998,50 zu leisten.

b) Haftungsausfüllende Kausalität

Der Wertersatz i.H.v. EUR 14.998,50 ist die äquivalent- und adäquatkausale Folge der Eigentumsverletzung am Ofen.

II. Anspruch nicht untergegangen

Der Anspruch ist auch nicht untergegangen.

III. Anspruch durchsetzbar

Auch hier könnte dem Anspruch die Verjährungseinrede durch S nach § 214 Abs. 1 BGB entgegenstehen. Welche Verjährungsvorschriften anwendbar sind, ist hingegen umstritten.

Zum einen wird vertreten, dass die gewöhnlichen allgemeinen Verjährungsvorschriften der §§ 195, 199 BGB einschlä-

⁵⁶ BGHZ 51, 91 (102); BGHZ 67, 359 (362); Molitoris/Klindt, Aktuelle Entwicklungen im Produktsicherheits- und Produkthaftungsrecht, NJW 2017, 1582 (1585); Wagner in: MüKo-BGB (Fn. 33), § 823 Rn. 858.

gig seien.⁵⁷ Demnach beliefe sich die Verjährungsfrist gem. § 195 BGB auf drei Jahre und beginne gem. § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem K Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen erlangt hat, also am 31.12.2018. Die Verjährung des Anspruchs träte damit erst mit Ablauf des 31.12.2021 ein.

Weiterhin wird auch vertreten, dass ausnahmsweise lediglich die kürzere Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 BGB Anwendung finden würde.⁵⁸ Wie bereits aufgezeigt (A.I.6.), wäre die Verjährung demnach bereits eingetreten.

Gegen die Ansicht spricht jedoch maßgeblich, dass der Wortlaut des § 438 Abs. 1 BGB keine deliktischen Ansprüche umfasst. Überdies besteht auch echte Anspruchskonkurrenz zwischen Deliktshaftung und Mängelgewährleistung, weshalb die Anwendbarkeit des § 438 Abs. 1 BGB auf die deliktischen Ansprüche ausscheidet.⁵⁹ Die Verjährung richtet sich daher nach der allgemeinen Verjährungsfrist. Der Anspruch ist durchsetzbar.

IV Ergebnis

K hat einen Anspruch auf Zahlung der EUR 14.998,50 gegen S aus § 823 Abs. 1 BGB

Fazit

Wie in dem vorangegangenen Gutachten aufgezeigt folgt die Problematik des Weiterfressermangels klaren Strukturen. Überwiegend ist die Problematik einfach auszumachen, da eindeutige Hinweise gegeben werden müssen, um unter die spezifischen Voraussetzungen zu subsumieren.

In einem ersten Schritt werden in derartigen Fällen Gewährleistungsrechte geprüft, bei welchen wohl in den meisten Fällen eine Verjährung eingetreten sein wird. Anschließend sollte man sich dem ProdHaftG widmen. Hier stellt sich das erste Problem: Ist die Rechtsprechung zum

Weiterfressermangel aus der deliktischen Haftung auch beim Prüfungspunkt „andere Sache“ i.R.d. § 1 ProdHaftG anwendbar? Der Anspruch aus § 1 ProdHaftG sollte vor der deliktischen Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB geprüft werden, da sie verschuldensunabhängig ist. Vorsichtig muss man sein, nicht die ganze Prüfung des Weiterfressermangels vorweg zu nehmen.

Anschließend stellt sich i.R.d. Prüfung des § 823 Abs. 1 BGB die zweite Frage, ob eine Eigentumsverletzung überhaupt vorliegt. Hier sollte der größte Fokus der Ausarbeitung liegen. Begriffe wie Integritäts- und Äquivalenzinteresse müssen fallen. Hat man jedoch einmal die unterschiedlichen Schutzbereiche des Delikts- und des Gewährleistungsrechts verstanden, ist die Ausarbeitung nicht mehr so schwer.

Letztlich liegt noch ein kleines Problem in der Verjährungsfrist. Hier muss man sich die Frage stellen, ob die regelmäßige oder die gewährleistungsrechtliche Verjährungsfrist einschlägig ist.

⁵⁷ BGHZ 67, 359 (363ff.); BGH NJW 1983, 810 (811ff.); BGHZ 138, 230 (234ff.); Grothe in: Säcker et al., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, § 195 Rn. 54.

⁵⁸ Mansel, Die Neuregelung des Verjährungsrechts, NJW 2002, 89 (95); Piekenbrock, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, 309 (331).

⁵⁹ OLG Koblenz, ZfS 2008, 616 (617); Remien/Jacoby, Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewährung und Reform, 1. Aufl. 2011, S. 356.

Interview: Prof. Dr. Butzer

Professorinnen und Professoren an unserer Fakultät sind keine unnahbaren, unpersönlichen Rechtslehrer. Jede und jeder hat einen Werdegang, Vorlieben und Erlebnisse, die vielleicht ihren Vorlesungsstil beeinflussen, ihr Lieblingsseminar begründen oder Ausdruck in den letzten Veröffentlichungen finden. Die Juristische Fakultät Hannover ist keine farblose, uniforme Juristenschule, sondern Teil einer weltoffenen Universität mit verschiedensten Personen und Persönlichkeiten. In unseren Interviews wollen wir diese Persönlichkeiten erlebbarer machen. Herzlicher Dank gebührt Professor Dr. Butzer für die Bereitschaft das Interview zu geben.

Was hat Sie dazu bewogen, mit dem Jurastudium zu beginnen?

Ich habe nach meinem Abitur im Jahre 1980 und während meines 15monatigen Wehrdienstes drei Studienfächer konkret in Betracht gezogen: Evangelische Theologie, Geschichte/Politik und Jura. Der Entscheidungsprozess war schwierig und zog sich einige Zeit hin. Geradlinig war er auch nicht. Ausschlagend war letztlich ein Gespräch, in dem mir deutlich wurde, dass sich mein Interesse an Geschichte und Politik zumindest mit dem Öffentlichen Recht im Jurastudium recht gut verbinden lassen würde. Zudem habe ich immer gesehen, dass ein Jurastudium deutlich bessere Berufschancen bietet als ein Studium von Geschichte oder Politik. Theologie hätte mich als Fach sehr gereizt, ebenso auch der Beruf des Pfarrers, doch konnte ich bei mehreren Freunden feststellen, dass ich unter den Theologiestudierenden der damaligen Zeit ein Außenseiter gewesen wäre, schon deshalb, weil ich gerade meinen Wehrdienst absolvierte, während damals fast alle jüngeren Theologen „friedensbewegt“ waren. Sicherlich war das eine zu einseitige Wahrnehmung, doch sah ich in den unzähligen politischen Diskussionen, die ich damals mit Theologen führte, dass ich da nicht dazugehört hätte. Heute wäre das vermutlich anders, und ich freue mich darüber, dass eine meiner Töchter nach ihrem derzeitigen FSJ wohl Theologie studieren wird.

Wo und wann haben Sie studiert?

Ich habe – aus Dortmund kommend – ein Semester in Passau studiert, aber nur, weil mir die ZVS (= Zentrale Vergabestelle für Studienplätze) dort einen Studienplatz zugewiesen hatte. Danach bin ich nach Bonn gewechselt und war dort vier Semester. Danach bin ich für zwei Semester nach München gegangen, allerdings von vornherein in der Absicht, zum Examen nach Bonn zurückzukehren. Grund für den Wechsel zurück nach Bonn war das Examen mit einer Hausarbeit, während in München schon damals ein reines Klausurenexamen stattfand. In den Hausarbeiten in Bonn hatte ich immer gut, teils herausragend, abgeschnitten, während ich die Klausuren mit mäßigem Erfolg geschrieben, bei zwei Scheinen sogar nur knapp bestanden hatte. Da lag es nahe, nach Nordrhein-Westfalen zurückzugehen. Dort habe ich dann auch mein Erstes Staatsexamen gemacht.

Welchen Schwerpunkt haben Sie gemacht?

In meiner Studienzeit gab es noch kein Schwerpunktstudium, sondern sog. Wahlfächer. Gewählt hatte ich Handels- und Gesellschaftsrecht – dies mit Blick darauf, dass ich mich im Studium stärker zivilrechtlich orientiert hatte und damals den Anwaltsberuf ansteuerte.

Was ist der Vorteil eines Studiums an unterschiedlichen deutschen Universitäten?

Die deutschen Universitäten und auch die Jurafakultäten sind unterschiedlicher als man denkt, ebenso die Städte. Passau war kleinstädtisch, als Dreiflüssestadt wunderbar gelegen, damals eine Neugründung, aber weit „vom Schuss“. Bonn war Bundeshauptstadt und Zentrum der deutschen Politik, Helmut Schmidt und Helmut Kohl lebten vor Ort, man begegnete den Abgeordneten in der Stadt. Graf Lambsdorff, den damaligen Wirtschaftsminister, habe ich zum Beispiel regelmäßig Sonntags in der Kreuzkirche am Bonner Hofgarten gesehen.

Und München ...?

München war wieder ganz anders, schon damals eine reiche Stadt mit viel Kultur und eindrucksvollen Bauten, mit einer tollen Staatsoper, vielen Museen und einer großen Musik-kneipenszene, viel „Schicki-Micki“. Die Rolle der Universitäten in den Stadtgesellschaften war ganz unterschiedlich. In Passau waren die Studentinnen und Studenten prägend, in München waren sie im Stadtleben dagegen nur rund um die Universitätsgebäude und in Schwabing, wo ich aber gewohnt habe, so richtig sichtbar. Die Professoren waren in Bonn am selbstbewusstesten, was daran lag, dass – gefühlt – der halbe Bundestag bei ihnen studiert hatte. Mir hat das Leben in so verschiedenen Städten gezeigt, dass unsere deutsche Universitätslandschaft enorm vielfältig ist. Auch habe ich beobachtet, dass man das Studium sehr verschieden organisieren kann: Man kann die Studierenden wie bei uns in Hannover an die Hand nehmen, man kann sie aber auch – wie das nach meiner Beobachtung auch heute noch in München oder Bonn ist – mehr alleine und ihren Weg selbst suchen lassen. Und ich habe natürlich gelernt, mich in neuen Umgebungen schnell zurechtzufinden, Anschluss zu bekommen und mich an das Leben vor Ort anzupassen, getreu dem Motto: „When in Rome, do as the Romans do!“.

Sind Sie selbst mal durch eine Übung/Klausur gefallen?

Ja, mehrfach, im großen BGB-Schein habe ich z.B. erst die dritte der drei angebotenen Klausuren bestanden. Im Examenklausurenkurs hatte ich mit den Strafrechtsklausuren einige Probleme. Da lehrten mit Günther Jakobs und Ingeborg Puppe aber auch zwei Strafrechtslehrer, die in den Klausuren häufig nur ihre „Mindermeinungen“ für richtig hielten. Erst im Examen – da stellten dann andere die Klausuraufgaben – lief es für mich auch im Strafrecht erfreulich.

Wie viel Freizeit hatten sie während Ihres Studiums?

Ich habe mir in den ersten sechs Semestern sehr viel Freizeit gegönnt und das Studentenleben ausgiebig genossen. Bonn bietet viel, das ganze Rheinland und das Siebengebirge und die Eifel liegen vor der Tür. Eigentlich habe ich in der ersten Bonner Studienzeit vor allem die Scheinübungen absolviert. Vor allem lag das aber daran, dass ich alle vorlesungsfreien Zeiten und teilweise auch noch das Ende oder den Beginn der Vorlesungszeit für Rucksackreisen genutzt habe. Semesterabschlussklausuren gab es damals nicht, Se-

mesterferien waren wirklich Ferien. So habe ich zwischen 1982 und 1985 rund drei Monate Indien bereist, war vier-einhalb Monate auf einer Südostasienreise (Indonesien, Singapur, Malaysia, Thailand, Burma und Nepal), ca. zehn Wochen in Mexiko und Guatemala, einen Monat in Ägypten, erneut zehn Wochen in Israel, Syrien und Jordanien und schließlich auch noch in den USA und in mehreren europäischen Ländern.

Und Ihr Studium in dieser Zeit...

Ja, da war nicht so viel Zeit, um konsequent zu studieren. Naturgemäß hatte ich dann viele Wissenslücken – und das hat die Klausurergebnisse natürlich nicht gerade gefördert. Bei den Hausarbeiten hatte ich dagegen, wie schon gesagt, trotz teilweise nur sehr kurzer Bearbeitungszeit sehr erfreuliche Ergebnisse, wobei ich diese Arbeiten wegen meiner Abwesenheit in den Semesterferien fast alle in der Vorlesungszeit geschrieben habe. Das ging damals in Bonn. Folge war natürlich, das ich in dieser Zeit kaum zu den Vorlesungen gegangen bin. Wenn ich zurückdenke: Eigentlich habe ich erst in München (6./ 7. Studiensemester) mit dem Lernen überhaupt begonnen. Und ernsthaft vorbereitet auf das Examen habe ich mich erst nach der Rückkehr nach Bonn.

Sind Sie während des Studiums zu Studienzwecken ins Ausland gegangen?

Nein, bin ich nicht.

Haben Sie an einem kommerziellen Repetitorium teilgenommen?

In Bonn gab es seinerzeit kein universitäres Examen-repetitorium, allein einen Examenklausurenkurs. Als ich aus München nach Bonn zurückkam, habe ich mich deshalb sofort an der „einzigen Hochschule Deutschlands“ angemeldet. So nannte Bonns berühmter Repetitor Dr. Paul Schneider sein juristisches Repetitorium. Schneider unterrichtete jeden Tag (fünfmal in der Woche) von 9.00 bis 12.00 Uhr. Dienstags und Donnerstags wurden um 7.30 Uhr 90minütige Kurzklausuren geschrieben, Mittwochs und Freitags ab 8.00 gab es je 60minütige Besprechungen. Schneider war ein genialer Darsteller. Er und seine Witze und markigen Sprüche waren legendär. Seine Abschlussworte in jeder Vorlesung „So viel für heute“,

die Sentenz „So schön kann Jura sein“, die berühmte Tänzerin Josepha Tramm aus Euskirchen, die in seinen Fällen immer wieder auftauchte, der Kommentar „Amok“, wenn ich etwas Falsches gesagt hatte, der Ausdruck „Gammelkäfig“ für einen Bereich, den Paul Schneider nicht einsehen konnte – all das werde ich mein Lebtag nicht vergessen. Im Zivilrecht, Strafrecht und im Staatsrecht unterrichtete Schneider fachlich ausgezeichnet, im Verwaltungsrecht akzeptabel.

Wie ist das „bei Schneider“ abgelaufen?

Für jemanden, der wie ich wenig Vorkenntnisse mitbrachte, war Paul Schneider genau der Richtige. Durch die Regelmäßigkeit (fünf Tage) und den frühen Beginn hatte man mittags um 12.00 Uhr schon 20 Stunden Jura hinter sich. Weil Schneider – außer den Klausurenkurs – alles alleine unterrichtete, wurde die Vernetzung der drei großen Rechtsgebiete sehr gut sichtbar. Ich saß, den Platz hatte ich von einer Freundin, die gerade die Examensprüfung bestanden hatte, geerbt, in der zweiten Reihe, also sehr nah am „Thron“. So nannten wir das Podium, auf dem Schneider saß oder stand und unterrichtete. Es gab in den vorderen fünf Reihen feste Plätze. Wenn man nicht kam, blieb der Platz also frei.

Das fiel dann natürlich auf ...

Ja, und am nächsten Tag musste man sich dann für sein Fehlen bei Schneider rechtfertigen. Ausreden ließ der nicht gelten. Wer häufiger nicht kam, musste, wenn es Schneider auffiel, das Repetitorium verlassen. Legendar sind seine Elternbriefe gewesen. Sinngemäß: „Mit Verwunderung musste ich feststellen, dass Ihr Sohn/Ihre Tochter zuletzt mehrfach nicht zu meinen Veranstaltungen erschienen ist. Bitte wirken sie auf Ihren Sohn/Ihre Tochter ein. Wenn sich das Verhalten nicht sehr bald ändert, werde ich die Kündigung aussprechen. Ich bin nicht bereit, mir den hervorragenden Ruf und die hohe Abschlussquote meines Repetitoriums durch Ihren Sohn/Ihre Tochter ruinieren zu lassen“. Diese Schreiben (und die Gerüchte um sie) waren natürlich höchst wirkungsvoll. Ich glaube, dass ich in dem gesamten 15monatigen Kurs maximal 10 Tage gefehlt habe. Heute würde sich das mit der Einschaltung der Eltern wohl kaum so durchziehen lassen. Aber es war ungeheuer wirksam. Paul Schneider habe ich ganz viel zu verdanken. Schneiderianer erkennen sich noch heute, man trifft sie überall.

Wie hat sich Ihre Examensvorbereitung abgesehen vom Repetitorium gestaltet?

Nach Ende des Schneider-Repetitoriums habe ich eine Pause mit Mittagessen und Zeitunglesen eingelegt. Ab 14:00 Uhr hatte ich dann zweimal in der Woche eine private Lern-AG mit vier Kommilitonen, in der Regel drei bis vier Stunden. Einer trug alternierend immer den verabredeten Stoff vor, die anderen stellten Fragen dazu und diskutierten. Auf diese Weise kam man zum Reden über juristische Sachverhalte und Probleme. Denn: Erst wenn man anderen etwas erklären kann, hat man es wirklich verstanden. Ich würde sagen, dass ich in dieser Gruppe leistungsmäßig lange auf Platz 3 lag. Dass war rückblickend ideal, denn ich sah an den beiden Besseren, wieviel es noch zu tun gab, und ich war nicht allzu frustriert, weil es noch einen Schlechteren gab. Am Ende schaffte unsere Gruppe drei Prädikatsexamen und ein hohes „befriedigend“; und ausgerechnet ich hatte wundersamerweise die beste Note. Freitags habe ich fast in jeder Woche eine Klausur im Examensklausurenkurs der Universität geschrieben, insgesamt etwa 40 Klausuren in 15 Monaten. Das hat mir sehr viel gebracht, auch in klausurtaktischer Hinsicht und zum Zeitmanagement. Die noch verbleibende Selbstlernzeit in der Woche und Teile des Wochenendes brauchte ich zum Lückenschluss und für die Wiederholung.

Wie lange haben Sie sich auf das Examen vorbereitet?

Insgesamt habe ich genau 15 Monate so gearbeitet und gelernt. So lang war, wie schon gesagt, auch das Schneider-Repetitorium. Dann habe zuerst im November/Dezember 1986 die Examenshausarbeit (115 Seiten in sechs Wochen) geschrieben; das war damals der erste Teil des Examens. Im Januar folgten die Klausuren, Ende Mai 1987 die Mündliche Prüfung. Mir war immer klar, dass ich nach Ende des Repetitoriums noch „Luft“ haben musste für die Examenshausarbeit, die Klausuren und die Mündliche Prüfung, also für mindestens weitere sieben Monate. Kraft und Elan mussten also bis in den Frühsommer 1987 reichen.

Welchen Ratschlag haben Sie für die Examenskandidaten?

Zwei Ratschläge: „Nicht zu lang, aber intensiv“! Und: „Abgerechnet wird am Ende!“ M.E. hat niemand die Kraft, über fünf Jahre konsequent durchzulernen und beständig zu wiederholen. Wenn man hart arbeitet und lernt, hat man

m.E. Kraft für zwei Jahre. Wer also am Beginn des Studiums viel arbeitet, wird – davon bin ich bis heute überzeugt – in der mittleren Phase des Studiums „Luft holen“ müssen, bevor die Motivation für die Examenslernerei wieder vorhanden ist. Statt in der Mitte des Studiums Atem zu holen, kann man das Studium m.E. auch „lockerer“ angehen und dann gleich zu einem durchgeplanten, disziplinierten Examensendspurt übergehen. Klar ist natürlich, dass man die Scheine nach fünf oder sechs Semestern haben muss. Hierzu betone ich aber auch in den HannES-Kursen oder gegenüber meinen Lehrstuhlmitarbeiterinnen und Mitarbeitern immer, dass es nicht nur auf das Ergebnis an sich ankommt, sondern auch darauf, in welcher Relation Zeitaufwand für eine Hausarbeit oder Klausur zu dem erreichten Ergebnis stehen. Wer in einer oder eineinhalb Woche intensiver Arbeit eine Hausarbeit „ausreichend“ schreibt, erbringt eine weitaus höher zu bewertende Leistung als jemand, der in sechs Wochen ein „befriedigend“ schreibt. Wer mit wenigen Stunden Vorbereitung eine Klausur besteht, hat mehr Steigerungspotential zum Examen hin als derjenige, der wochenlang für ein solches Ergebnis gelernt hat. Und: Mein zweiter Ratschlag, eher ein Hinweis, lautet: „Abgerechnet wird am Ende!“ Das heißt: Bei einem Blockexamen zählt allein die Examensleistung. Was im Studium in den Semesterabschlussklausuren und Scheinen geleistet wurde, ist vergleichsweise nebensächlich, es sei denn, man will sich während des Studiums für Stipendien oder für Stellen als studentische Hilfskraft oder für herausragende Praktikplätze bei hochrenommierten Anwaltskanzleien oder Behörden bewerben. Dass es vor allem auf das Endergebnis ankommt, sollte man m.E. bei der Studiums und Examens(phasen)-planung nicht aus den Augen verlieren.

Was würden Sie gern den Anfangssemestern in Hannover mit auf den Weg geben?

Nach zwei Studiensemestern (bis 15. Juli) muss ein „Kassensturz“ erfolgen. Machen mir die Studieninhalte (einigermaßen) Spaß? Komme ich mit der juristischen Methode und der Herangehensweise an Probleme zurecht? Habe ich ein Gespür dafür, die juristischen Probleme eines Falls oder einer Fallkonstellation mit Blick auf den Gesetzeswortlaut zu erkennen? Stehen Arbeits- und Lernaufwand zu den bisherigen Ergebnissen in einem vernünftigen Verhältnis? Oder bin ich schon am Lernlimit, ohne aus dem „ausrei-

chend“-Bereich herausgekommen zu sein? Finde ich die Jurastudierenden, die neben mir im Hörsaal sitzen, (überwiegend) doof? Oder „ticke“ ich ähnlich? Wer mehrere dieser Fragen verneint, muss an einen Studienfachwechsel denken und sich ggf. zum dritten Fachsemester umorientieren. In Jura wird man wegen der vielen Wiederholungsmöglichkeiten nicht herausgeprüft. Vielmehr wird das Studium häufig erst im 6. bis 8. Semester aufgegeben, und zwar wegen „Ermüdung“. Denn den großen BGB-Schein können Sie theoretisch dreimal versuchen, aber wenn sie den Schein dann im dritten Anlauf letztlich irgendwie erworben haben, dann sind Sie natürlich „müde“, zudem frustriert und voller Selbstzweifel. Und dann kommt noch der Große Öffentliche ... Das lässt dann Studienabbruchsgedanken aufkommen, aber eben viel zu spät. Lassen Sie die Dinge also nicht treiben, sondern treffen Sie nach zwei Semestern und den ersten Prüfungsergebnissen eine autonome Entscheidung. Hierfür sind nüchterne Analyse und Realitätssinn, nicht Schönfärberei notwendig. Suchen Sie sich auch einen Beratungspartner.

Welche Rolle spielen Hobbys und andere Engagements während des Studiums?

Eine ganz wichtige. Es gibt heutzutage immer mehr soziale Analphabeten, und das hat die Bedeutung von ehrenamtlichen Engagements oder Mannschaftssport oder ein Mitwirken in einem Orchester oder Chor gegenüber früheren Zeiten deutlich erhöht. Ihr Lebenslauf muss dazu etwas enthalten. Allein gute Studienleistungen genügen heute häufig nicht mehr. Dass Hobbys Fachidiotentum und Vereinsamung entgegenwirken, ist auch klar. Es gibt doch nichts Schlimmeres, als dass man sich nur noch über das Studium oder den Beruf unterhalten kann.

Wie ist es mit Praktika?

Ich beobachte, dass viele unserer Studierenden aus der näheren Umgebung Hannovers stammen. Wenn das der Fall ist, muss man sich überlegen, wie man in seinem Leben Mobilität und Flexibilität sowie Erfahrungen im Umgang mit anderen Mentalitäten, Gewohnheiten und Kulturen erwirbt (und nachweist). Bei der Durchsicht mancher Lebensläufe, die bei den Anmeldungen zu den Examina eingereicht werden, finde ich: Geboren in Hannover, Schule in Hannover, Studium in Hannover, alle Pflichtpraktika in Hannover,

Referendarausbildung in Hannover, alle Referendarausbildungsstationen dort. Wenn ich das in der Rolle eines potentiellen Arbeitgebers weiterdenke, würde ich polemisch zuspitzen: Auf dem Grabstein wird dereinst stehen: „X, geboren, gelebt und gestorben in der Region Hannover“. In einem akademischen Beruf ist das aber zu wenig, auch für den Staatsdienst in Niedersachsen. Sammeln Sie Eindrücke davon, wie Deutschland ist, gehen Sie ins Ausland, machen Sie auch einmal eine auswärtige Station, selbst wenn das etwas schwieriger und mühseliger ist. Sie profitieren davon – nicht nur für Ihr CV.

Themenwechsel: Worüber haben Sie promoviert?

Ich habe eine parlamentsrechtliche Arbeit geschrieben. Das war eine Arbeit über die Immunität von Abgeordneten (Art. 46 GG). Den Hinweis auf das Thema habe ich von der damaligen Bundestagsverwaltungsverwaltung erhalten, und ich habe, um Insiderkenntnisse zu erlangen, ein sechswöchiges Praktikum im zuständigen Bundestagsausschuss gemacht. Das Thema hatte neben den juristischen Problematiken einen mich reizenden verfassungsgeschichtlichen und natürlich einen starken politischen Einschlag. Auch wenn ich mich im Studium stärker ins Zivilrecht hinein orientiert habe, fand ich die Mischung aus Jura, Politik und Geschichte weiterhin spannend. Das Gebiet war aus damaliger Sicht allerdings nicht strategisch gewählt, sondern gewissermaßen unter Hobbygesichtspunkten. Grundanliegen meiner Arbeit war, die Interpretation des Instituts „Immunität“, das aus dem frühen englischen Parlamentsrecht stammt und das in allen deutschen Verfassungen seit dem Frühkonstitutionalismus enthalten ist, so auszulegen, dass es auch im modernen Parlamentarismus sinnvoll bleibt. Es war sehr erfreulich, dass einige Jahre später auch das Bundesverfassungsgericht die Kritik an diesem politisch häufig kritisierten Institut eindrucksvoll zurückgewiesen und dessen Reservefunktion auch in heutiger Zeit betont hat.

Wie viel Zeit haben Sie sich für Ihre Promotion genommen?

Nach einer ungefähr dreimonatigen Erholungspause nach meinem Examen – ganz ohne Jura – habe ich die Themensuche begonnen und ab der Themenfindung, inklusive des Bundestagspraktikums, etwas weniger als eineinhalb Jahre bis zur Voreinreichung bei meinem Doktorvater gearbeitet,

allerdings als externer Doktorand ohne weitere Verpflichtungen.

Sie haben aber nicht in Bonn promoviert, oder?

Nein, ich wurde von der Bochumer Fakultät promoviert. Das lag daran, dass ich durch die mehrfachen Studienortwechsel keinen engeren Kontakt zu einem der Bonner Hochschullehrer hatte, andererseits aber aus den geschilderten Gründen erpicht war, ein parlamentsrechtliches Thema zu bearbeiten. Von einem Freund, der in Bochum bei Herrn Schnapp ebenfalls im Parlamentsrecht promoviert hatte, wusste ich, dass Herr Schnapp Themen aus diesem Bereich zu betreuen bereit war.

Und worüber haben Sie habilitiert?

Mein Habilitationsthema lautete „Fremdlasten in der Sozialversicherung“. Es geht dabei um die richtige Finanzierung von Sozialleistungen, konkret um die Frage: Finanzierung aus Sozialversicherungsbeiträgen oder aus Steuermitteln? Die Problematik begegnet uns auch heute noch ständig: Soll die sog. „Mütterrente“ – das ist die rentenrechtliche Honorierung von Kindererziehungszeiten – aus Steuermitteln oder aus Mitteln der Sozialversichertengemeinschaft bezahlt werden? Woraus soll die in diesen Wochen heftig diskutierte sog. „Grundrente“ finanziert werden? Die Untersuchung ist eine sozialrechtliche Querschnittsstudie und berührt nahezu alle Fragen des Sozialverfassungsrechts und alle Sozialleistungssysteme.

Zu welchem Zeitpunkt wussten Sie, dass Sie gern Professor werden möchten?

Erst ganz spät in der Referendarzeit. Eigentlich wollte ich ja – wie sich im Studium für mich herauskristallisiert hatte – Rechtsanwalt werden und hatte mich durch mein Wahlfach und zwei Referendarstationen für den Bereich Erbrecht, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht zu qualifizieren versucht. Während meiner zweiten Anwaltsstation bei einem der damals führenden deutschen Wirtschaftsrechtsanwälte in Bremen wurde mir aber (endgültig) klar, dass ich mit der rechtsanwaltlichen Aufgabe der einseitigen Parteivertretung, ggf. auch gegen eigene juristische Überzeugung, Schwierigkeiten hatte und haben würde. Konkreter Auslöser dieser Neuorientierung war, dass ich in einem Erbrechtsfall bei einem Nachlass von ungefähr fünf Millionen

DM ein Testament so auslegen sollte, dass ein Neffe, der die Sozietät mandatiert hatte, einen erheblichen Teil bekommen würde. Ich war mir aber total sicher, dass die alte Dame alles gewollt hatte, nur nicht, dass dieser Neffe etwas erben sollte! Richter wollte ich aber auch nicht werden. Irgendwann bin ich dann auf die Idee gekommen, dass ich ja eine Dissertation im Öffentlichen Recht geschrieben und dafür viel Anerkennung einschließlich einiger Preise bekommen hatte. So fand ich mich wieder bei Herrn Schnapp ein – und so hat dann alles begonnen.

Hätten Sie sich auch eine andere juristische Tätigkeit vorstellen können? Welche?

Wie bereits berichtet: Rechtsanwalt mit Schwerpunkt Erbrecht, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht. Mit dem Wissen von heute hätte ich damals auch eine Ministerialkarriere in Betracht ziehen sollen.

Wenn Sie nicht Jura studiert hätten und heute kein Professor wären, was wären Sie dann?

Vielleicht ein arbeitsloser Historiker. Oder ein Politikwissenschaftler, der nicht in seinem Fach arbeitet. Nein, Spaß beiseite! Ich glaube, ich wäre auch mit diesen beiden Fächern ganz gut zurechtgekommen und hätte heute einen interessanten Beruf.

Im vergangenen Jahr sind Sie zum Mitglied des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs gewählt worden. Was ist das Besondere an dem Amt eines Ehrenrichters?

Zum Verfassungsrichter gewählt zu werden, zeugt von fachlicher Anerkennung, und der Wahlakt mit namentlicher Abstimmung und einem sehr breiten Wahlergebnis, Ernennung durch den Ministerpräsidenten und anschließender Vereidigung vor dem versammelten Landtag sind für mich unvergesslich. Für mich stellt das Verfassungsrichteramtsamt eine starke Brücke in die niedersächsische Staats- und Verfassungspraxis dar, da sich durch das Amt, das ja rein statusmäßig einem Ministeramt entspricht, eine Vielzahl regelmäßiger Begegnungen mit fast allen Regierungsmitgliedern, den Abgeordneten und den Gerichtspräsidentinnen und -präsidenten, die den Großteil der Mitglieder des Staatsgerichtshofs stellen, ergeben.

Und wie ist es mit der Arbeitsbelastung?

Die Tätigkeit selbst ist nicht so zeitaufwändig, weshalb sie als Ehrenamt und nicht als Hauptamt ausgestaltet ist. Derzeit beschäftigen wir uns in Bückeburg mit Organklagen und Wahlprüfungsbeschwerden. Seit Jahren, ich bin ja schon seit 2006 stellvertretendes Mitglied, setze ich mich aber dafür ein, dass der Niedersächsische Staatsgerichtshof auch für Individualverfassungsbeschwerden zuständig wird. Das würde etliche weitere Rechtsfragen vor den Staatsgerichtshof bringen. In dieser Legislaturperiode kommt hinzu, dass die Landtagsopposition das Quorum für eine Normenkontrolle nach Art. 54 Nr. 3 NV nur erreicht, wenn alle drei Fraktionen zusammenwirken. Hier habe ich öffentlich vorgeschlagen, dass jede Fraktion das Recht zur Erhebung einer Normenkontrolle bekommen sollte.

Noch etwas anderes: Was sollte man unbedingt in Hannover gesehen/erlebt haben?

Zehn Kilometer südöstlich von Celle; das ehemalige Zisterzienser-Kloster Wienhausen, heute ein evangelisches Frauenkloster, phantastisch erhalten und gepflegt, mit tollen Kunstschatzen. Und in Hannover würde ich eine Kanutour machen; Start am Schnellen Graben südlich der HDI-Arena, dann die Ihme runter durch Linden, am Kulturzentrum Faust/Strandleben die Leine hoch Richtung Königsworther Straße/Landtag und zurück, dann weiter bis zur Limmer Schleuse. Diese Kanufahrt bringt eine ganz neue Perspektive auf die Stadt, absolut lohnend. Empfehlen würde auch den Ausblick von der Kuppel des Neuen Rathauses und die Auffahrt dahin mit dem Bogenaufzug.

Welches Restaurant besuchen Sie gerne in Hannover?

Mit Auswärtigen das Pier 51 am Maschsee. Fast so gut wie die Currywurst in unserer Contine finde ich auch das Kanzlerfilet in der Ständigen Vertretung am Aegi. Auf jeden Fall besser als in der Contine ist jedenfalls die Atmosphäre dort beim Feierabend-Bier.

Zuletzt etwa Spontanes: Wenn Sie mich auf die Palme bringen wollen, dann wenden Sie sich an mich und sagen: „...“?

Schreiben Sie mir eine E-Mail mit der Anrede „Hallo“ – nichts weiter, nur „Hallo“, und dann „ich bin in Ihrer Großen Übung und habe ...“

Fußnoten – der (ewige) Kampf zwischen Bequemlichkeit und Wissenschaft

Ein unbekannter Professor sagte einst, „er müsse nur in die Fußnoten einer Seminararbeit sehen, um deren Qualität beurteilen zu können“.¹

Woran liegt das? Diese Frage stellt man sich spätestens nach der Hausarbeit, in der der Fußnotenapparat oder das eigene Literaturverzeichnis kritisiert worden ist. Man fragt sich, wieso die Arbeit des Kommilitonen² besser bewertet wurde, obwohl man derselben Lösung gefolgt ist. Es folgt der Aufschrei: „Das kann doch nicht wirklich nur an den Fußnoten liegen?!“ Oder doch?

Doch.

Das Warum bleibt allerdings allzu häufig mit einem Fragezeichen versehen. Selten wird in einem Beitrag im Zusammenhang erklärt, was eigentlich hinter den Fußnoten steckt, was Zweck des Zitierens ist und warum Wert auf korrekte und umfassende Zitierung von Fundstellen zu legen ist.³ Deswegen kann durchaus Unverständnis aufkommen, wenn aufgrund der Qualität und des Umfangs der Fußnoten eine geringere Punktzahl vergeben wird. Es gilt sich also damit auseinanderzusetzen, was wirklich hinter den Fußnoten steckt – insbesondere auch, um in der nächsten Seminar- oder Hausarbeit vielleicht den ein oder anderen Punkt mehr zu bekommen. Denn der Fußnotenapparat Arbeit ist Teil der Prüfungsleistung – genau wie der ausformulierte Text des Gutachtens, das Abbilden richtiger Definitionen, Subsumtionen und Rechtsauffassungen. Laut der Bedeutungsübersicht des Dudens bedeutet zitieren,

„eine Stelle aus einem gesprochenen oder geschriebenen Text unter Berufung auf die Quelle wörtlich wieder[zu]geben“.⁴ In erster Linie dient dies der Kenntlichmachung fremden Gedankenguts. Wer dieses Kenntlichmachen unterlässt, der zollt dem wahren Urheber keinen Respekt⁵ und verstößt gegen die wissenschaftliche Redlichkeit – sei gar unmoralisch⁶. Das juristische Studium soll daher nicht nur, aber auch der Vermittlung wissenschaftlicher Redlichkeit oder im Allgemeinen ihrer Methoden dienen.⁷ Schlägt sich dies in einer Hausarbeit jedoch nicht nieder, so darf man nicht überrascht sein, wenn negative Auswirkungen auf die Bewertung trotz davon abgesehen richtiger Lösung die Folge sind. Wer ein Studienziel verfehlt, darf nicht gut benotet werden.

Will man der wissenschaftlichen Redlichkeit also gerecht werden, ist es unabdingbar, sich damit zu beschäftigen, was Wissenschaft überhaupt ist.⁸ Laut Bundesverfassungsgericht ist jede Tätigkeit, die nach Inhalt und Form die Wahrheit zu finden versucht, als wissenschaftlich einzustufen.⁹ Daraus folgt an jeden, der Wissenschaft zu betreiben versucht, der Anspruch absoluter Ehrlichkeit.¹⁰ Zu diesem Zweck gilt es, nicht über die Urheberschaft von Ideen zu täuschen und damit auch die Überprüfbarkeit der eigenen Arbeit zu ge-

⁴ Duden, online abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/zitieren> (Abruf v. 18.03.19).

⁵ Wer wäre nicht empört, wenn seine eigene Idee von jemand anderem als dessen neue Erkenntnis ausgegeben würde? Siehe auch Empfehlungen des Deutschen Juristen-Fakultätentages zur wissenschaftlichen Redlichkeit bei der Erstellung rechtswissenschaftlicher Texte, S. 1, abrufbar unter <http://www.djft.de/medien/pdf/Beschluss%20II%2092.%20DJFT%20-%20Annex.pdf> (Abruf v. 18.03.19).

⁶ Byrd/Lehmann (Fn. 1), S. 106.

⁷ So auch Basak (Fn. 3), ZJS 2018, 568 (568).

⁸ Es wird unterstellt, dass Rechtswissenschaft als solche auch Wissenschaft ist. Eine Auseinandersetzung, ob dies tatsächlich der Fall ist, würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen und unterbleibt daher.

⁹ BVerfG NJW 1973, 1176 (1176); ähnlich das Gemeinsame Positionspapier des Allgemeinen Fakultätentags (AFT), der Fakultätentage und des Deutschen Hochschulverbands (DHV) vom 9. Juli 2012, S. 2, abrufbar unter <http://wcms.uzi.uni-halle.de/download.php?down=27386&elem=2633638> (Abruf v. 18.03.19).

¹⁰ Ähnlich auch das Gemeinsame Positionspapier des AFT, der Fakultätentage und des DHV (Fn. 9), S. 2; dem folgend Basak (Fn. 3), ZJS 2018, 568 (569).

¹ Byrd/Lehmann, Zitierfibel für Juristen, 2. Aufl. 2016, S. 106.

² Aus Gründen der Lesbarkeit wurde im Text die männliche Form gewählt, nichtsdestoweniger beziehen sich jegliche Angaben auf Angehörige aller Geschlechter.

³ So auch Basak, Wozu sind Fußnoten eigentlich da? Überlegungen zum wissenschaftlichen Apparat in (juristischen) Hausarbeiten, ZJS 2018, 568 (568), der auf Schimmel/Basak/Reiß, Juristische Themenarbeiten, 3. Aufl. 2017, Rn. 122; Beyerbach, Die juristische Doktorarbeit, 2. Aufl. 2017, Rn. 356ff. sowie auf Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 8. Aufl. 2016, § 6 Rn. 3ff. hinweist, die jedoch oft nur Andeutungen statt richtiger Erklärungen abliefern.

währleisten.¹¹ Wer also fremde Ideen als eigene Erkenntnis ausgibt, dem kann nicht attestiert werden, den Anspruch der Wahrheitsfindung zu haben, geschweige denn, am wissenschaftlichen Diskurs teilnehmen zu wollen. Er arbeitet *unwissenschaftlich* und Korrektoren werden ihn damit in einer *wissenschaftlichen* Arbeit nicht „ungestraft“ davonkommen lassen. Führt man sich diesen Zweck des Zitierens vor Augen, so ist Punktabzug in der Prüfungsleistung ohne umfassenden, korrekten Fußnotenapparat die einzig richtige Folge.

Der Wahrheitsfindungsanspruch zwingt nicht nur, fremde Gedanken als solche kenntlich zu machen, sondern auch, den tatsächlichen Urheber der Ideen oder Meinungen zu finden und zu zitieren. Man muss denjenigen nennen, der als erster mit einer Idee aufkam.¹² Eine dem Verfassen der Arbeit vorangehende gründliche Recherche ist daher das A und O. Lehrbücher und Kommentare dienen dabei lediglich als „gedruckte Datenbank“.¹³ Sie sollen auf weitergehende Aufsätze und Fundstellen hinweisen, in denen nach dem wahren Urheber gesucht werden muss, und dürften daher regelmäßig nicht als einzige Fundstelle in einer Fußnote ausreichen.

Hinter dieser Recherchetätigkeit steckt das Gebot der Vorrangszitierung von sog. Primärquellen. Es soll der Urheber einer Idee, einer Lösung, eines Ansatzes oder einer Theorie benannt werden. Das bedeutet auch, dass ebendieser zu zitieren ist und nicht andere Werke, die nur *darüber* berichten, sog. Sekundärquellen. Es gilt deswegen genau zu untersuchen (zu recherchieren), wann die entsprechende Aussage entstanden ist, wer also Urheber des fremden, angewandten Gedankengutes ist.

Bei dieser Suche empfiehlt sich eine historische Herangehensweise.¹⁴ Die Fundstellen werden nach ihrem Erscheinungsdatum zurückverfolgt bis die Quelle gefunden wird, die den Gedanken als erste ausgesprochen und veröffentlicht hat. Studierendenfreundliche, nach Ausbildungsmaß-

stäben gewissenhafte oder besonders umfangreiche Nachschlagewerke oder spezielle Studienkommentare weisen oft ausdrücklich auf diese Primärquellen hin, sodass die Suche erleichtert sein kann.

In der Konsequenz bildet sich auch im Literaturverzeichnis die Qualität der Recherche wieder. Wer nicht möchte, dass der Korrektor mit einem Blick ein vorschnelles, negatives Urteil über die Qualität der eigenen Arbeit fällt, sollte daher zeigen, dass man sich nicht nur mit den leicht auffindbaren Standardwerken beschäftigt hat, sondern das Thema darüber hinaus derart tief durchdrungen hat, dass auch spezielle Literatur der Wahrheitsfindung diene.¹⁵

Allein die Zitate und Fußnoten können also die Tiefe oder Oberflächlichkeit der Recherche enthüllen. Sie zeigen, ob sich mit dem Stand der Meinungen und ihren Argumenten auseinandergesetzt wurde.¹⁶ Es fällt schnell auf, wenn nicht der tatsächliche Urheber der angeführten Ideen zitiert wird – insbesondere dann, wenn sich der Korrektor mit dem Thema der Arbeit und den entsprechenden Leitentscheidungen ohnehin auskennt oder sich gewissenhaft vorbereitet hat.¹⁷ Zitiert ein Kommilitone die entscheidenden Quellen, während man sich selbst mit nur einer Fundstelle zufrieden gegeben hat, die eine Idee lediglich wiedergibt, dann ist klar, dass man die schlechtere Punktzahl erhalten wird. Allein der Gerechtigkeit wegen wird derjenige, der offensichtlich mehr Zeit und Mühe in seine Recherche steckt, dafür regelmäßig mit einer besseren Bewertung belohnt. Die Prüfungsleistung entspricht nämlich in diesem Punkt eher der erwarteten Leistung. Wer dem Anspruch dieser Wissenschaftlichkeit gerecht wird, der hat es verdient, dafür gelobt zu werden. Wer über gewissenhaftes Zitieren und Recherche hinweggeht und fremdes Gedankengut nicht als solches kennzeichnet, erfüllt elementare Anforderungen des rechtswissenschaftlichen Studiums nicht.

Insbesondere in Seminararbeiten oder Dissertationen genügt die Wiedergabe fremden Gedankenguts allerdings nicht. Es muss darüber hinaus selbst Stellung bezogen werden. Diese Stellungnahme muss auch als Eigenleistung er-

¹¹ Basak (Fn. 3), ZJS 2018, 568 (569); Byrd/Lehmann (Fn. 1), S. 106; ähnlich auch das Gemeinsame Positionspapier des AFT, der Fakultätentage und des DHV (Fn. 9), S. 2.

¹² Beyerbach (Fn. 3), Rn. 377; Byrd/Lehmann (Fn. 1), S. 110.

¹³ Beyerbach (Fn. 3), Rn. 380.

¹⁴ Byrd/Lehmann (Fn. 1), S. 110.

¹⁵ So auch Basak (Fn. 3), ZJS 2018, 568 (574).

¹⁶ Byrd/Lehmann (Fn. 1), S. 106; Putzke, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 5. Aufl. 2014, Rn. 189.

¹⁷ Ähnlich auch Beyerbach (Fn. 3), Rn. 377.

kennbar und klar von der Wiedergabe fremder Auffassungen abgrenzbar sein. Die Unterscheidung zwischen eigenen und fremden Ideen ist in einer wissenschaftlichen Arbeit – vor allem in wissenschaftlichen Arbeiten, die eigene Lösungen entwickeln – unentbehrlich.¹⁸ Es sollte in diesen Fällen längst nicht jeder Satz mit einer Fußnote bestückt werden,¹⁹ denn auch das würde dem wissenschaftlichen Anspruch nicht gerecht werden. Es sei gar eine „Unsitte, wenn ein dünnes Textfloß auf einem Meer von Fußnoten schwimmt“.²⁰

Freilich wird es in der Wissenschaft heute kaum noch zu radikalen Neuentdeckungen kommen.²¹ Jedenfalls nicht in Hausarbeiten in den ersten Semestern – die traditionellen akademischen Fächer haben sich teils in Jahrtausenden entwickelt, sodass es eher um die Weiterentwicklung oder Verbesserung bereits gewonnener Erkenntnisse geht.²² Damit wird es für wissenschaftliche Arbeiten in erster Linie erforderlich, sich in dem Kontext, in dem sie stehen, auszukennen.²³

Wer sich also das nächste Mal fragt, ob man seiner Bequemlichkeit Raum lassen sollte und ein oder zwei Fundstellen für eine Aussage genügen, der bedenke dabei, dass die Wissenschaft, die Qualität der Arbeit und damit konsequenterweise auch die Bewertung daran leiden werden.

Es bleibt schließlich die Frage: Wie wird der Fußnotenapparat diesen Ansprüchen gerecht? Hier einige Tipps²⁴:

¹⁸ Möllers (Fn. 3), § 6 Rn. 3; ähnlich auch Basak (Fn. 3), ZJS 2018, 568 (570).

¹⁹ So auch Byrd/Lehmann (Fn. 1), S. 108; Putzke (Fn. 16), Rn. 189f.

²⁰ Putzke (Fn. 16), Rn. 190.

²¹ Krüper, Die Sache, nicht die Schatten – Der Fall zu Guttenberg, die Jurisprudenz als Wissenschaft und die Anforderungen an juristische Prüfungsarbeiten, ZJS 2011, 198 (199); ähnlich Byrd/Lehmann (Fn. 1), S. 106.

²² Siehe Krüper (Fn. 21), ZJS 2011, 198 (199): „Wissenschaft ist daher überwiegend nicht mehr ‚Städteplanung‘ oder ‚Hausbau‘, sondern bestenfalls ‚Dachdecken‘ oder ‚Fliesenlegen‘. In aller Regel aber ist wissenschaftliche Arbeit heute Arbeit an einem Mosaik der Disziplin, bei der ein Steinchen neu platziert, bearbeitet oder durch ein anderes, passenderes ersetzt wird.“

²³ Krüper (Fn. 21), ZJS 2011, 198 (199).

²⁴ Es erfolgt lediglich eine persönliche Empfehlung, die keinem Mindestanspruch unterliegt. Es kann darüber hinaus erforderlich sein, weitere Regeln zu beachten oder andere Schritte zu gehen. Siehe dazu weitergehend Byrd/Lehmann (Fn. 1); Möllers (Fn. 3), insb. § 6; Putzke (Fn. 16), insb. Rn. 182 – 320 sowie Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 12. Aufl. 2016, insb. Rn. 531–570a.

1. Eigene Gedanken

Zunächst sollten sich eigene Gedanken zum Thema oder Sachverhalt gemacht werden, bevor es an die Recherche geht und vielleicht die ein oder andere Problematik verkannt wird.

2. Gründliche Recherche

Vor dem Schreiben sollte eine gründliche Recherche durchgeführt werden.

Es gilt nicht einfach loszuschreiben, um den Text erst im Nachhinein mit Fußnoten zu „füllen“.

Es muss stets die Primärquelle gesucht, gefunden und zitiert werden.

Man sollte sich in der Hausarbeitsphase ein bis zwei Wochen nehmen, um sich ins Thema einzulesen und sich einen Überblick zu verschaffen.

3. Fußnoten setzen

Es sollten Fußnoten gesetzt werden, wo es nötig ist, typischerweise an Meinungswiedergaben und Definitionen.

Es gilt jedoch, nicht zu übertreiben – insbesondere sollten nicht verschiedene Aussagen aus möglichst vielen Quellen durcheinandergewürfelt werden. Der Gutachtenstil ist gute Textgestaltungshilfe.

Lässt sich der Text im Anschluss – auch von Dritten – flüssig lesen, so ist man auf dem richtigen Weg.

4. Drei Fundstellen pro Fußnote

Jede Fußnote soll mit mindestens drei oder mehr Fundstellen versehen werden, wenn sie von gesteigerter inhaltlicher Bedeutung für die abzuliefernde Leistung ist.

Anhand der Fundstellen zeigt man, dass nicht aus einer Quelle zitiert wird, weil man dort zufällig eine passende Aussage zum Thema gefunden hat, sondern weil man sich mit dem Thema auseinandergesetzt hat und es sich um eine rezipierte, etablierte Auffassung handelt, die zur gewählten Lösung beiträgt.

5. KEINE Blindzitate

Es darf niemals eine Fundstelle übernommen werden, ohne vorher nachzuprüfen, ob sie tatsächlich das aussagt, wonach man sucht!

6. Formalien sind einzuhalten!

Hier ist gründliche Arbeit erforderlich, auch richtige Zeichensetzung gehört zum Anforderungsbereich.

Der Korrektor muss durch die Angaben die Möglichkeit haben, die Quelle zu überprüfen: Also nicht nur Aktenzeichen oder ein Entscheidungsdatum zitieren, sondern Fundstellen!

Lernexperimente

Das Wichtigste ist zu wiederholen. Du solltest immer viel mit Fällern lernen. Setz dir immer kleine Tagesziele, die du auch wirklich erreichen kannst. Schließ dein Handy am besten weg! und natürlich das Evergreen: Achte auf Deine Lernpausen. Die sind genauso wichtig wie das Lernen selbst.

Alles natürlich so richtig wie wichtig. Alles aber auch sehr bekannt.

Dieser Beitrag will nicht die großen Leitideen guten Lernens predigen, sondern zum Experiment verleiten. Sein Ziel ist es, konkrete Techniken aus Literatur und persönlicher Erfahrung vorzustellen und Mut zu machen, mit deren Hilfe am eigenen Lernverhalten herum zu testen.

1. Pomodoro-Technik

Die nach einer Eieruhr in Tomatenform benannte Methode hat mein Lernen am ehesten revolutioniert und will deshalb zuerst genannt sein. Mit der Pomodoro-Technik zu arbeiten bedeutet – ganz simpel – in 25-Minuten-Blöcken zu lernen. Diese sind jeweils durch 5-Minuten-Pausen getrennt. Nach vier Blöcken darf eine 15-minütige oder auch eine längere Mittagspause eingelegt werden. Dabei ist es wichtig, innerhalb einer Pomodoro-Einheit alle Ablenkungen zu vermeiden und sich mit aller Energie auf den Lernstoff zu konzentrieren – das stört auch nicht weiter, die nächste Pause lässt maximal 25 Minuten auf sich warten. In den Pausenphasen ist alles erlaubt. Außer Lernen. Zum Stoppen der Zeit und Zählen der geschafften Einheiten lassen sich Apps herunterladen – auf den Timer schauen ist erlaubt.

Wieso sollte man sein Lernen derart portionieren, und wieso gerade 25 Minuten? Erstens, 25 Minuten entspricht ziemlich genau dem Zeitraum, in dem der durchschnittliche Mensch zur maximalen Konzentration fähig ist. Zweitens, eine Pomodoro-Einheit zu starten kostet verhältnismäßig wenig Überwindung. Man denke an die letzte Minute Facebook, Insta und Co., bevor der höchst produktive 2-Stunden-Block vor dem Essen starten soll. Drittens, die Pomodoro-Einheiten zwingen dazu, gnadenlos ehrlich Lernzeiten zu erfassen und auszuwerten. Jeder, der schon einmal einen

ganzen Tag in der Bibliothek verbrachte und sich abends gefragt hat, was geschafft ist, weiß, wovon die Rede ist.

Wenn man sich aber in der Mitte einer Fallbearbeitung befindet, lässt man nach 25 Minuten doch nicht einfach den Stift fallen?! Doch, sehr wohl. In fünf Minuten ist der Faden selten wirklich verloren. Wird eine Lernphase in einem motivierten und konzentrierten Moment beendet, macht der Gang zurück an den Schreibtisch umso mehr Freude, jedenfalls aber weniger Probleme. Was wäre die Alternative? Sich nach seinem inneren Motivationspegel zu richten und aufzuhören, wenn er auf null gesunken ist? Auch dann werden mit dem Lernen die Gefühle assoziiert, die beim Aufhören vorherrschen: Demotivation, Stress, eben dieses „Jetzt erstmal etwas Schönes“-Gefühl. Nicht wünschenswert und vermeidbar. Nämlich indem man pausiert, wenn es gut läuft. Nach 25 Minuten.

2. 3D- statt 2D-Lernen

Mit der Pomodoro-Technik ist ein Vorschlag gemacht, wie ein Lerntag gegliedert werden kann. Aber wie ist es sinnvoll, sich das zu bewältigende Wissen einzuverleiben? Grundsätzlich sind wohl zwei Extreme denkbar: Entweder ein Lehrbuchabschnitt oder eine Falllösung wird so lange studiert, bis sich einem jeder Satz erschlossen hat, gemerkt zu sein scheint und zusammengefasst ist. Oder der Lehrbuchabschnitt wird überflogen, mit einem zweiten Lehrbuch- oder Skripttext wird vergleichend gelesen und im Anschluss werden Fälle zu dem entsprechenden Thema bearbeitet. Erstes Extrem würde ich als 2D- und zweites Extrem als 3D-Lernen bezeichnen. Beim 3D-Lernen wird der zu lernende Komplex von verschiedenen Seiten beleuchtet. Und damit das in limitierter Zeit gelingt, wird in Kauf genommen, dass sich beim Lesen des Lehrbuchs nicht jede Aussage auf Anhieb erschließt. Es wird viel eher nach der 80-20-Regel gearbeitet. (Eine Aufgabe mit 80-prozentiger Sorgfalt zu erledigen kostet 20 Prozent der Zeit. Die letzten 20 Prozent kosten 80 Prozent der Zeit) Auch für dieses Vorgehen lassen sich Gründe aufzählen: Erstens, wenn die gleiche oder ähnliche Aussage ein zweites Mal aus einer anderen Quelle gelesen wird, stellt sich nicht nur ein Wiederholungseffekt ein, sondern der Aussage und der

persönlichen Einordnung in das Gesamtverständnis lässt sich besser vertrauen. Zweitens wird sich nicht mehr auf die Vollständigkeit, die Angabe der herrschenden Meinung oder die Aktualität einer bestimmten Quelle verlassen. Drittens lässt sich die Spannung und Motivation beim Lernen durch das Abwechseln verschiedener Darstellungsformen und -stile besser aufrechterhalten.

3. Mind-Maps und Co.

Eine ähnlich große Zeitverschwendung wie das immer wiederholte Lesen einer Quelle ist es wohl diese – womöglich noch in den Worten des Ausgangstextes – zusammenzufassen. Es gibt zweierlei Gründe für Notizen: Zum einen nimmt das Gehirn Lernstoff durch den Versuch, diesen zu selektieren, zu strukturieren und geordnet darzustellen auf. Zum anderen sollen die Notizen der späteren Wiederholung dienen. Beide Effekte bleiben aus, wenn DIN-A 4-Seiten mit Stichsätzen vollgestopft werden, deren Formulierung vielleicht sogar der der Quelle entspricht. Stattdessen scheint es ratsamer, sich an grafischen Darstellungen des Gelesenen zu probieren – seien es Mind-Maps, Flussdiagramme oder ähnliches. Mit diesen Darstellungsformen lässt sich das Verhalten von verschiedenen Begriffen untereinander darstellen und sich so eine Art visuelles Wissensnetz anlegen. Noch dazu lassen sich wenige Ankerworte und Beziehungspfeile beim späteren Wiederholen besser erfassen als massive Textklumpen. Letztlich lässt sich – solange man sich nicht von der Ästhetik seiner Mind-Map abhängig macht – ordentlich Zeit sparen. Ob sie danach zur Wiederholung genutzt wird, ist Nebensache.

4. Ketten-Kalender und Lern-Dates

Drei große Herausforderungen des Lernens sind bereits besprochen: Wie strukturiert man meine Lernzeit? Wie erfasst man den Stoff? Und wie kann man Wissen festhalten? Die nächste Strategie soll helfen, die Disziplin und Lernmotivation über einen längeren Zeitraum zu halten. Das wird insbesondere in der Examensvorbereitung unerlässlich. Das Lernen muss nämlich einem konkreten Ziel dienen, ansonsten fällt es schwer. Selbstverständlich ist die Semesterabschlussklausur oder das Examen dieses Ziel. Die Krux, insbesondere am Examen, ist es aber, dass dieses Endziel die meiste Zeit der Vorbereitung weit weg erscheint. Das ist leider eine komfortable Ausgangssituation für diesen

„Morgen lege ich wieder richtig los“-Gedanken, den es zu erstickern gilt. Daher hilft es, sich wahrnehmbare und präsente Ziele zu setzen und kleine Lernerfolge zu visualisieren. Das gelingt zum Beispiel, indem ein Kalender ausgedruckt wird, ein realistisches Lernziel gesetzt wird (acht bis zwölf Pomodoro-Einheiten am Wochentag) und jedes Mal ein Kreuz gemacht wird, wenn das Soll erreicht ist. Tag für Tag wird die Kette im Kalender länger und der Wunsch, sie nicht zu unterbrechen, größer. Wem das noch nicht reicht, der kann sich auch einen Lern-Buddy suchen und verbindliche Lern-Dates in der Bibliothek ausmachen. Noch effektiver ist es, sich eine Lerngruppe zu suchen, die Arbeitsgemeinschaften veranstaltet und sich Termine zur Besprechung von bestimmten Themen gibt. Hierbei werden positive Effekte des Lernens durch Erklären erreicht.

5. Was mache ich hier eigentlich?

Nun die wohl unbequemste aber wichtigste Frage für das Lernen: „Was mache ich hier eigentlich?“ Diese Frage soll als Erinnerung dienen, permanent zu hinterfragen, wie effektiv man mit welcher Methode tatsächlich lernt. Man kann sie nutzen, um zu reflektieren, ob man das Maximum aus seiner Lernzeit herausholt, ob man andere Quellen ausprobieren sollte und inwiefern man sein Lernverhalten nachjustieren kann. Darüber hinaus sollte man die Lernmethodik sogar oder gerade dann ändern, wenn sich das Lernen effektiv anfühlt; es stellen sich nämlich mit der Zeit Gewöhnungseffekte ein, die das Lernen weniger erträglich und ertragreich machen.

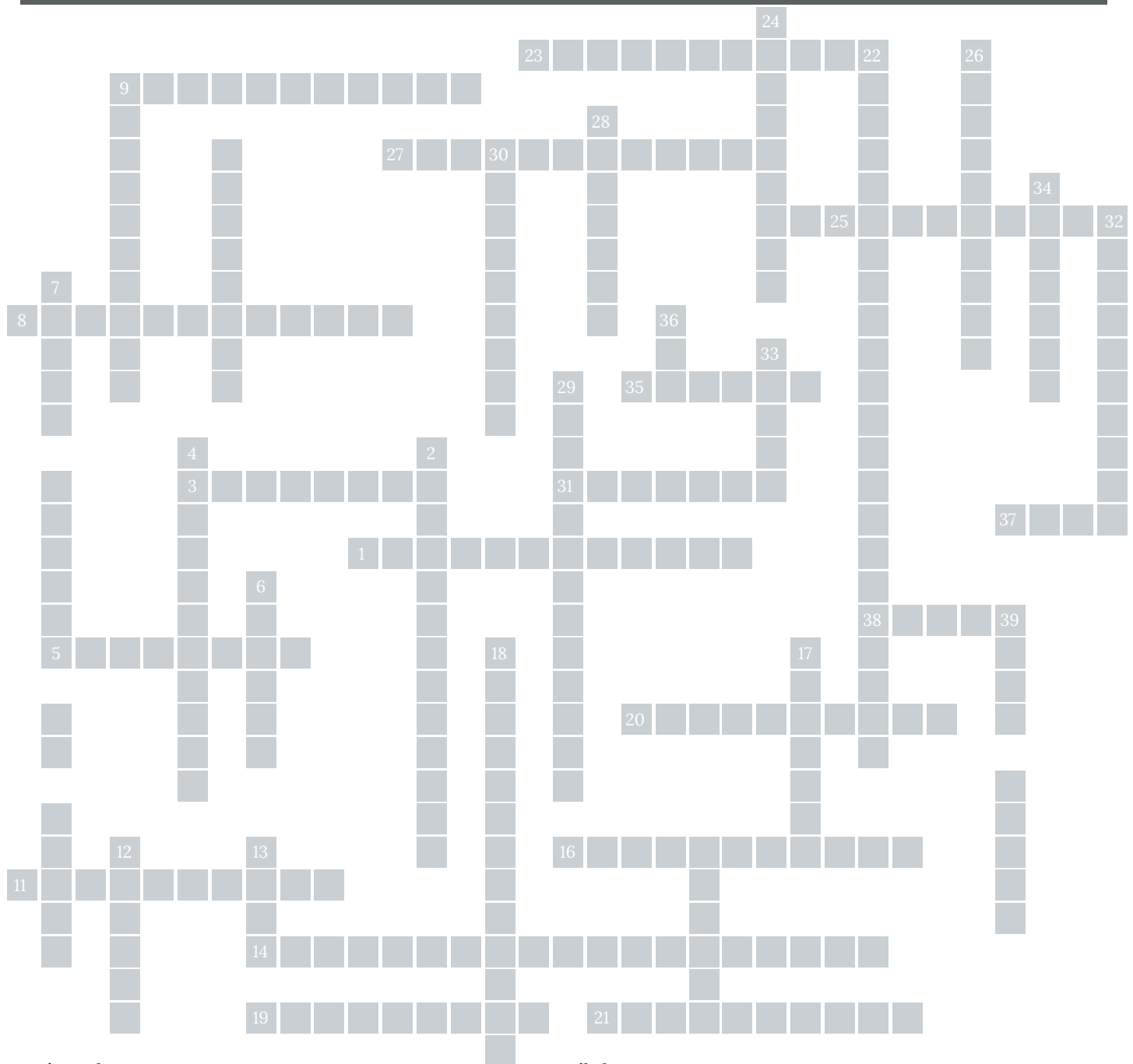
Ich freue mich, vielleicht einige in Zukunft im 25-Minuten-Takt lernen zu sehen. Mindmappend in 3D. Mit langen Ketten im Kalender. Denn: *Das Wichtigste ist zu wiederholen.*

Mitmachen und Gewinnen!

Auf der nächsten Seite haben wir ein kleines Kreuzworträtsel entworfen. Wer alle Suchbegriffe richtig einträgt und eine Kopie oder einen Scan des Rätsels entweder per Mail an redaktion@hanoverlawreview.de übersendet, es auf unserer Facebookseite unter den Aufruf zu diesem Gewinnspiel kommentiert oder in unser Postfach mit Nummer 32 im Postraum des Conti-Hochhauses wirft, hat die Chance einen Studienkommentar zu gewinnen!

Zwischen allen korrekten Einsendungen werden drei Studienkommentare aus dem C. H. Beck Verlag verlost, zu gewinnen gibt es die jeweils aktuelle Auflage des **Joecks (StGB)**, des **Wolff (VwGO und VwVfG)** und des **Gröpl (GG)**, Einsendeschluss ist der 09.05.2019; Gewinnerinnen und Gewinner erklären sich mit einer Namensnennung in der nächsten Ausgabe und auf Facebook sowie Instagram einverstanden, der Rechtsweg ist ausgeschlossen, Redaktionsmitglieder sind von der Teilnahme ausgeschlossen.

Die Redaktion

**Horizontal:**

- 1: Wissenschaftliche Arbeit zur Erlangung eines Doktorgrades
 3: Volljurist im Dienst, Beisitzer, Gehilfe
 5: Das Recht eines Einzelnen, von anderen ein Tun oder Unterlassen einzufordern.
 8: Leistungsort beim Schuldner, Erfolgsort beim Gläubiger? Das ist eine...
 9: [nat.] Mit der Masse gewichtete Mittel [jur.] Spezialisierungssemester
 11: Sitz des Nds. Staatsgerichtshofes
 14: Verwaltungsakt zu einer Sache oder ihrer Benutzung, an mehrere Personen
 16: Oberste Landesbehörde
 19: Hauptsitz des BGH
 20: Lehrstuhlinhaber, Professor
 21: Älteste juristische Fakultät Deutschlands
 23: Lehre von der Rechtschreibung
 25: Deutscher Philosoph; Ludwig Andreas ...
 27: Wichtiger Forschungsbereich von Prof. Dr. Meier
 31: Älteste Universität Europas, Geburtsort des Bachelors
 35: Hannoversches Examens-Studium
 37: Präsidentin des OLG Celle
 38: Kultusminister Niedersachsens

Vertikal:

- 2: engl. Staatsanwalt (public)
 4: Drittes Buch des BGB
 6: 291 StGB
 7: a.l.i.c.
 9: Klassifikatorischer Vorgang zur Unterordnung von Begriffen
 10: § 40 VwVfG
 12: § 1040 BGB
 13: Erdgeschichtliche Periode vor ca. 201 – 145 Mio. Jahren
 15: Grundlage der Strafzumessung
 17: Bereich in einem Kloster, für den Abgeschlossenheit vorgeschrieben ist
 18: Oberlandesgericht Berlins
 22: Das Bewusstsein, eine rechtlich relevante Erklärung abzugeben
 24: Juristische Zeitschrift, die i.d.R. von Studenten herausgegeben wird (engl.)
 26: Abhandlung über einen einzelnen Gegenstand, ein einzelnes Werk oder ein spezielles Problem
 28: ZPO Kommentar
 29: Irrtum über die Widerrechtlichkeit einer Handlung
 30: Wettbewerb simulierter Gerichtsverhandlungen
 32: Wer in feindlicher Willensrichtung die objektiv gegebene Arg- und Wehrlosigkeit seines Opfers bewusst zur Tötung nutzt handelt mit...
 33: lat. Esstisch, Tafel
 34: Justizministerin Niedersachsens
 36: Indischer Bundesstaat, Musikrichtung und §§ 677ff. BGB
 39: gegenüber allen



Tipps und Tricks direkt von Insidern:

- Abenteuer Referendariat
- Steuertipps für Studenten

MLP veranstaltet seit mehreren Jahren in Kooperation mit der juristischen Fakultät sowie verschiedenen Kanzleien kostenfreie Workshops für Studenten der Leibniz Universität Hannover.

www.hannover-absolventen.de

Wir bedanken uns für die Zusammenarbeit:

Luther.

MARKET ► TEAM

Jur|SERVICE

AIESEC

VDSI

BDSU

mtp

elsa

The European Law Students' Association

H L
P

HEIERMANN · LOSCH · RECHTSANWÄLTE

MLP



HANOVER LAW REVIEW