

# HANOVER LAW REVIEW

ISSN: 2568-6550

<b>Lernbeitrag</b>	Felix Jurgovsky	<b>Über den Wolken – Einführung in das internationale Luftverkehrsrecht</b>
<b>Entscheidungen</b>	Benjamin-Karim Tebbe	<b>Gleisblockade als Sachbeschädigung</b>
	Anika Brämer	<b>Widerruf der Waffenbesitzkarte wegen Mitgliedschaft in der AfD</b>
	Niklas Hüneburg	<b>Versuchter Heimtückemord durch Selbstgefährdung</b>
<b>Studienpraxis &amp; Fallbearbeitung</b>	Lukas Müller	<b>Klausur in der Juristischen Methodenlehre, 13 Punkte</b>
	Kai Tödtemann	<b>Hausarbeit in der Übung und Vertiefung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene, 15 Punkte</b>
	Anika Brämer	<b>Studienarbeit im Schwerpunktbereich 2, Arbeit und Soziales, 14 Punkte</b>
<b>Varia</b>	Sebastian Hielscher	<b>Ein Plädoyer für das HannES-Repetitorium</b>

Seiten 271 bis 276

**Kurz & Knapp**

Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!



# Dein Karrierestart

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

**KSB INTAX – Hannover · Celle · Lüneburg**

**Bitte wende Dich an:**

Thomas Stillahn  
Partner  
T +49 (0) 511.85404-63  
[bewerbung@ksb-intax.de](mailto:bewerbung@ksb-intax.de)



**KSB INTAX**  
Rechtsanwälte  
Wirtschaftsprüfer  
Steuerberater  
Notare

[www.ksb-intax.de](http://www.ksb-intax.de)



## VERLAG

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

Registernummer  
VR 202863  
Amtsgericht Hannover

[www.hanoverlawreview.de](http://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](http://esf-print.de))  
Rigistraße 9  
12277 Berlin

## ZITIERVORSCHLAG

amerikanisch:  
Autor, 4 Han LR 2023, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:  
Autor, Han LR 2023, Anfangsseite (Fundstellenseite)

## KONZEPT, SATZ &amp; DESIGN

Prof. Dr. Tim Brockmann  
Aron Rössig  
Nils Grimmig

## KONTAKT

[redaktion@hanoverlawreview.de](mailto:redaktion@hanoverlawreview.de)

## REDAKTION

Schriftleitung  
Aron Rössig  
Nils Grimmig  
Hanover Law Review e.V.  
Königsworther Platz 1  
30167 Hannover  
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:

Anna Engel (Redaktionsleitung Strafrecht), Anna-Lena Leiker, Anna Oleszewski, Charlotte Turzynski, Clara Kittelmann, Dean Weigel, Dennis Ainto, Dominik Stanislavchuk, Emilia Debertin, Eric Scheu, Henrik Stottmann, Henrik Wichmann (Redaktionsleitung Öffentliches Recht), Jasmin Wulf (Redaktionsleitung Öffentliches Recht), Julia Brandt (Redaktionsleitung Zivilrecht), Kai Tödtemann, Kevin Riebe, Kevin Schmolowski, Lenn v. Hörsten, Lilly Pietsch, Maja Dettmers, Marie-Christin Runkel (Redaktionsleitung Zivilrecht), Morris Lennard Timme, Nina Zarth, Patrick Semrau, Raja Mudrak, Silas Dreßler, Simon Weber, Sofian Born, Sophia Mustafoska, Tim Nix, Yael Prantl

## WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

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

## HANOVER LAW REVIEW

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

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

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

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

Einsendungen, Beiträge und Interessensbekundungen sind ausdrücklich erbeten.

## UNTERSTÜTZERINNEN UND UNTERSTÜTZER

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

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

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

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



## LERNBEITRÄGE

<b>stud. iur. Felix Jurgovsky</b>	Über den Wolken – Einführung in das internationale Luftverkehrsrecht	Seiten 239 bis 247
-----------------------------------	----------------------------------------------------------------------	--------------------

## ENTSCHEIDUNGEN

<b>stud. iur. Benjamin-Karim Tebbe</b>	Gleisblockade als Sachbeschädigung	Seiten 248 bis 253
<b>Dipl.-Jur. Anika Brämer</b>	Widerruf der Waffenbesitzkarte wegen Mitgliedschaft in der AfD	Seiten 254 bis 262
<b>stud. iur. Niklas Hüneburg</b>	Versuchter Heimtückemord durch Selbstgefährdung	Seiten 263 bis 269

## KURZ &amp; KNAPP

<b>RA David Faber, LL.M.</b>	Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht – 4/2023	Seiten 271 bis 272
<b>Prof. Dr. Hermann Butzer &amp; Dipl.-Jur. Daniel Müller</b>	Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht – 4/2023	Seiten 273 bis 274
<b>Prof. Dr. Sascha Ziemann &amp; Dipl.-Jur. Hannah Hölzen</b>	Rechtsprechungsübersicht Strafrecht – 4/2023	Seiten 275 bis 276

## STUDIENPRAXIS &amp; FALLBEARBEITUNG

<b>stud. iur. Lukas Müller</b>	Klausur in der Juristischen Methodenlehre, 13 Punkte	Seiten 279 bis 283
<b>stud. iur. Kai Tödtemann</b>	Hausarbeit in der Übung und Vertiefung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene, 15 Punkte	Seiten 284 bis 296
<b>Dipl.-Jur. Anika Brämer</b>	Studienarbeit im Schwerpunktberich 2, Arbeit und Soziales, 14 Punkte	Seiten 297 bis 316

## VARIA

<b>stud. iur. Sebastian Hielscher</b>	Ein Plädoyer für das HannES-Repetitorium	Seiten 317 bis 322
---------------------------------------	------------------------------------------	--------------------

## Über den Wolken – Einführung in das internationale Luftverkehrsrecht

stud. iur. Felix Jurgovsky

Art. 56, 58, 100 AEUV; Art. 5f. Chicagoer Abkommen; Art. 4ff. Fluggastrechte-Verordnung; §§ 2, 22ff. LuftVG; Art. 17ff. Montrealer Übereinkommen

Der Verfasser ist Student im 5. Semester an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

### A. Einleitung

Badeurlaub in Spanien, Verwandte besuchen in der Türkei, Geschäftstreffen in Südkorea – all dies ist aus einer globalisierten Welt kaum noch wegzudenken. Maßgeblichen Anteil an dieser Normalität hat der moderne Luftverkehr, welcher den schnellen Transport von Menschen und Waren über den gesamten Globus ermöglicht. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für dieses komplexe System sind daher praktisch hoch relevant.

Interessant ist hierbei das Zusammenspiel von nationalen, supranationalen und völkerrechtlichen Normen. Dieser Beitrag möchte eine grundlegende Einführung in die wesentlichen Aspekte des internationalen öffentlichen (B.-F.) und privaten (G.) Luftrechts bieten. Er bezieht sich dabei ausschließlich auf die kommerzielle Zivilluftfahrt.

### B. Die Lufthoheit als Grundlage des Luftrechts

Bevor auf das eigentliche Luftfahrtrecht eingegangen wird, soll zum besseren Verständnis kurz die Lufthoheit erläutert werden.

Wer im allgemeinen Sprachgebrauch vom „Staatsgebiet“ redet, meint damit meist das Stück Land und höchstens noch dessen Gewässer, welches von den Staatsgrenzen eingefasst wird. Doch das Staatsgebiet eines Staates erstreckt sich nicht nur auf einen abgrenzbaren Teil der Erdoberfläche, sondern auch auf den Luftraum über diesem Gebiet.<sup>1</sup> Staaten üben auf ihrem gesamten Territorium die sogenannte Gebietshoheit aus, also die ausschließliche Befugnis zum hoheitlichen staatlichen Handeln.<sup>2</sup> Daraus folgt, dass ein Staat nicht nur am Boden oder auf dem

Wasser, sondern auch in seinem Luftraum souverän ist.<sup>3</sup> In welcher Höhe der Luftraum eines Staates genau endet, ist im Einzelnen umstritten, doch bewegt sich die Grenze überwiegend im Bereich zwischen 60 und 110 Kilometern über der Erde.<sup>4</sup> Oft genannt wird die sogenannte Kármán-Linie in etwa 83 km Höhe, ab der physikalisch kein Flug mittels Luftauftrieb mehr möglich ist.<sup>5</sup>

Faktisch bedeutet die Lufthoheit, dass auch im Luftraum die Gesetze des jeweiligen Staates gelten und hoheitliche Maßnahmen vollzogen werden können, so etwa eine Anordnung, zu landen.<sup>6</sup> Ein typischer Ausdruck der Souveränitätsausübung ist etwa das Erfordernis, eine Genehmigung zum Einfliegen in den Luftraum einzuholen. Dies heißt konsequenterweise auch, dass ein unbefugtes Eindringen entsprechend geahndet<sup>7</sup> werden kann und es Staaten im Prinzip auch freisteht, jegliche Nutzung ihres Luftraumes zu untersagen<sup>8</sup>. Insofern bewegen sich Luftfahrzeuge keineswegs in einem rechtsfreien Raum, sondern unterliegen im Luftraum eines Staates stets uneingeschränkt dessen Hoheitsgewalt.

Im niedergeschriebenen Völkerrecht findet sich die Lufthoheit zum ersten Mal in der Pariser Luftfahrtkonvention von 1919, in deren Artikel 1 es heißt: „*Les Hautes Parties contractantes reconnaissent que chaque Puissance a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace atmosphérique au-dessus de son territoire*“ („Die Hohen Vertragsparteien erkennen an, dass jede Macht vollständige und ausschließliche Souveränität über den Luftraum über ihrem Hoheitsgebiet besitzt.“ [Übersetzung des Autors]).<sup>9</sup> Praktisch wortgleich findet sich diese Formulierung auch in Art. 1 des

<sup>1</sup> Khan in: Staatslexikon, Bd. 5, 9. Aufl. 2021, Eintrag „Staatsgebiet“, Nr. 2.

<sup>2</sup> Stein/von Buttlar/Kotzur, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017, § 33 Rn. 535.

<sup>3</sup> Krit. zum Konzept Khan, Die deutschen Staatsgrenzen, 2004, S. 618ff.

<sup>4</sup> Khan (Fn. 3), S. 637.

<sup>5</sup> Dauses, Die Grenze des Staatsgebietes im Raum, 1972, S. 77.

<sup>6</sup> Explizit Art. 3bis lit. b Chicagoer Abkommen (CA); Schladebach, Lufthoheit, 2014, S. 105.

<sup>7</sup> In den Grenzen der Verhältnismäßigkeit: der Abschuss eines zivilen Flugzeugs ist unverhältnismäßig und illegal (Art. 3bis lit. a CA), der eines Militärflugzeuges nicht unbedingt, Stein/von Buttlar/Kotzur, VölkerR (Fn. 2), § 33 Rn. 538; zur Diskussion um den Abschuss einer USAufklärungsmaschine über der UdSSR Wright, Legal Aspects of the U-2 Incident, American Journal of International Law 64 (1960), 836 (842ff.).

<sup>8</sup> So geschehen etwa nach dem Militärputsch im Niger 2023, Cessac, Air Algérie and Air Burkina continue to serve Niger despite airspace officially being closed, [https://www.lemonde.fr/en/le-monde-africa/article/2023/08/18/air-algerie-and-air-burkina-continue-to-serve-niger-despite-airspace-officially-being-closed\\_6098367\\_124.html](https://www.lemonde.fr/en/le-monde-africa/article/2023/08/18/air-algerie-and-air-burkina-continue-to-serve-niger-despite-airspace-officially-being-closed_6098367_124.html) (Abruf v. 17.09.2023).

<sup>9</sup> Historisch zur Geschichte der Lufthoheit Hobe in: Kölner Kompendium des Luftrechts, Bd. 1, 2008, S. 267ff.

Chicagoer Abkommens, welches im folgenden Abschnitt noch näher betrachtet werden soll.

### C. Das Chicagoer Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt von 1944

#### I. Überblick

Nun ist die Lufthoheit der Staaten, wie soeben festgestellt, grundsätzlich absolut. Für den internationalen Zivilluftverkehr wäre ein reines Nebeneinander ausschließlicher Herrschaftsräume jedoch hinderlich.<sup>10</sup> Besonders das Fehlen von einheitlichen Regeln und Vorschriften würde ein erhebliches Problem darstellen.<sup>11</sup> Insofern haben Staaten sinnvollerweise Interesse daran, einen geregelten internationalen Luftverkehr durch Abkommen und Verträge zu ermöglichen.

Einen bedeutenden Schritt hierzu stellt das Chicagoer Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt von 1944<sup>12</sup> (nachfolgend CA) dar.<sup>13</sup> Mit diesem wurde unter anderem die internationale Organisation für Zivilluftfahrt ICAO<sup>14</sup> gegründet. Ferner werden aber, meist in Anhängen, auch generelle Regeln für Flugplätze, Navigationseinrichtungen, Gebühren und weiteres aufgestellt. Bemerkenswert ist, dass die ICAO mit 193 Mitgliedstaaten<sup>15</sup> praktisch universelle Geltung beanspruchen kann und so ein besonderes Maß an Vereinheitlichung und Kooperation möglich ist.

Im Abkommen werden einige grundsätzliche Unterscheidungen vorgenommen: planmäßiger und nicht-planmäßiger Flugverkehr sowie Zivil- und Staatsluftverkehr.<sup>16</sup> Das CA gilt hierbei nur für den zivilen Verkehr, Art. 3 lit. a CA. Staatsluftverkehr dagegen sind etwa militärische, polizeiliche oder in diplomatischer Mission tätige Luftfahrzeuge. Aus der Differenzierung zwischen planmäßigem und nicht-planmäßigem Flugverkehr ergeben sich gewisse Unterschiede innerhalb des Abkommens. Planmäßiger Verkehr ist dabei zunächst Flugverkehr, welcher auf festgelegten Linien zu festgelegten Zeiten verkehrt. Unplanmäßiger Verkehr (= Gelegenheitsverkehr, Charterverkehr)

operiert dagegen nicht auf festen Linien und ist nicht an Zeiten gebunden. Flugzeuge im nicht-planmäßigen internationalen Verkehr bedürfen grundsätzlich keiner Erlaubnis zum Einfliegen in den Luftraum eines Vertragsstaates, Art. 5 CA, während planmäßiger Verkehr einer solchen Genehmigung bedarf, Art. 6 CA. Diese Genehmigungserfordernis ist ein zentraler Inhalt des Chicagoer Abkommens und leitet sich aus der Lufthoheit der Staaten ab, welche damit zum Ausdruck gebracht wird.

#### II. Die Freiheiten der Luft (Freedoms of the Air)

„Über den Wolken muss die Freiheit wohl grenzenlos sein...“ – Reinhard Mey<sup>17</sup>

Dass die Freiheit über den Wolken zumindest im Rechtsinne nicht unbedingt grenzenlos ist, wurde in den vorherigen Abschnitten gezeigt.<sup>18</sup> Dennoch existiert tatsächlich das Konzept der Freiheiten der Luft (englisch *Freedoms of the Air*). Dieses soll im folgenden Abschnitt näher erläutert werden.

Nicht als unmittelbarer Teil des Abkommens, aber ebenfalls im Rahmen der dazugehörigen Konferenz wurden zwei weitere Vereinbarungen getroffen: die Vereinbarung über den Durchflug im internationalen Flugverkehr (*International Air Services Transit Agreement*, nachfolgend IASTA) und die Internationale Transportvereinbarung (*International Air Transport Agreement*, nachfolgend ATA). Zusammen begründen sie die fünf sogenannten „Freiheiten der Luft“<sup>19</sup>, welche sich aus den Vereinbarungen in Verbindung mit Art. 6 CA herleiten.<sup>20</sup> Diese gelten auch für den planmäßigen internationalen Flugverkehr,<sup>21</sup> mildern also die inhärente Schlechterstellung nach Art. 6 CA ab.

#### 1. Erste und zweite Freiheit

Die erste und zweite Freiheit ergeben sich aus Art. 1 Abs. 1 IASTA, sind jedoch auch in Art. 1 Abs. 1 ATA enthalten. Die erste Freiheit ist dabei die wohl fundamentalste, sie gewährt das Recht zum freien Überflug, ohne dabei zu

<sup>10</sup> Schladebach (Fn. 6), S. 183.

<sup>11</sup> Erler, Rechtsfragen der ICAO, 1967, S. 11.

<sup>12</sup> Zeitgenössisch zu dessen Entstehung Rhyne, *International Law and Air Transportation*, Michigan Law Review 47 (1948), 41 (43f.).

<sup>13</sup> Cluxton bezeichnet es als „Magna Carta of public air law“, Cluxton, *The Chicago Convention 1944 in an UNCLOS 1982 World: Maritime Zones, Continental Shelves, Artificial Islands, and Some Other Issues*, University of La Verne Law Review 41 (2019), 137 (138); so auch See, *Access to Foreign Airspace – The First and Second Freedoms of the Air and their Non-Aviation Related Denial*, Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW) 2020, 70 (72).

<sup>14</sup> Englische Langform: *International Civil Aviation Organization*.

<sup>15</sup> Siehe hierzu die Übersicht der ICAO unter <https://www.icao.int/about-icao/pages/member-states.aspx> (Abruf v. 14.09.2023); einzige Nichtmitglieder sind damit Liechtenstein, welches sich durch die Schweiz vertreten lässt, sowie der Vatikan.

<sup>16</sup> Hobe in: Ipsen, *Völkerrecht: ein Studienbuch*, 7. Aufl. 2018, § 46 Rn. 14.

<sup>17</sup> Beginn des Refrains des bekannten Liedes „Über den Wolken“.

<sup>18</sup> Ganz Unrecht hatte Mey indes nicht, denn § 1 Abs. 1 LuftVG besagt, dass die Benutzung des Luftraumes frei ist, was jedoch durch die Vielzahl an Einschränkungen eher eine leere Phrase ist.

<sup>19</sup> Zu Recht krit. zur herrschenden Terminologie Schladebach (Fn. 6), S. 186 (dort Fn. 7), welcher „Rechte“ für passender hält.

<sup>20</sup> Hobe in Ipsen, *VölkerR* (Fn. 16), § 46 Rn. 18ff.

<sup>21</sup> Riese, *Die internationale Organisation der Zivilluftfahrt und die Freiheit des Luftverkehrs seit dem zweiten Weltkrieg*, AöR 1948, 319 (330).



landen. Die zweite Freiheit gewährt das Recht, aus technischen Gründen zwischenzulanden, etwa zur Reparatur. Dabei dürfen jedoch keine Passagiere oder Güter ein- oder ausgeladen werden.

## 2. Dritte, vierte und fünfte Freiheit

Die weiteren drei Freiheiten sind die wirtschaftlich relevanten und ergeben sich aus Art. 1 Abs. 1 ATA.

Die dritte Freiheit besteht aus dem Recht, Fluggäste, Fracht und Post im Heimatland des Luftfahrzeuges aufzunehmen und in einem anderen Vertragsstaat wieder abzusetzen.

Die vierte Freiheit gewährt das umgekehrte Recht, dies aus einem Vertragsstaat in den Heimatstaat zu tun.

Die fünfte Freiheit besteht darin, Passagiere, Fracht und Post zwischen einem anderen Vertragsstaat und einem Drittstaat zu befördern, solange der Flug im Heimatstaat des Luftfahrzeuges beginnt oder endet. Beispiel: Die Lufthansa dürfte auf einem Flug von Tokyo nach Frankfurt über Delhi auch Menschen und Güter zwischen Tokyo und Delhi befördern, und zwar in beide Richtungen.

Gemeinsam ist diesen Freiheiten, dass sie stets einen Bezug zum Heimatstaat herstellen.

## 3. Weitere Freiheiten

Die bis dato aufgezählten Freiheiten ergeben sich allesamt direkt aus völkerrechtlichen Abkommen. Es gibt jedoch noch weitere ähnliche Rechte, welche nicht aus derartigen Vereinbarungen stammen. Diese werden von der ICAO daher als „so-called freedoms“ bezeichnet.<sup>22</sup> Für die Zwecke dieses Beitrages werden sie aber ebenfalls einfach als Freiheit oder Verkehrsrecht bezeichnet.

Die sechste Freiheit bezeichnet das Recht, Passagiere, Post und Fracht zwischen zwei anderen Staaten mit Zwischenstopp im Heimatstaat zu transportieren. Beispiel: Lufthansaflug von Warschau nach Madrid über Frankfurt.

Die siebte Freiheit umfasst das Recht, Passagier, Post und Fracht zwischen zwei Vertragsstaaten zu transportieren, ohne dass das Heimatland Teil der Verbindung ist.

Beispiel: Bulgaria Air-Flug von Berlin nach Athen.

Die achte Freiheit besteht darin, Passagiere, Fracht und Post zwischen Flughäfen eines Vertragsstaates zu trans-

portieren, wobei dies Teil einer Verbindung in den Heimatstaat ist (sog. konsekutive Kabotage). Beispiel: British Airways-Flug von Los Angeles nach London über New York City.

Schließlich bezeichnet die neunte und letzte Freiheit das Recht, Passagiere, Fracht und Post zwischen Flughäfen eines Vertragsstaates zu transportieren, ohne dass dies Teil einer Verbindung in den Heimatstaat wäre (sog. unabhängige Kabotage). Beispiel: Air France-Flug von Neapel nach Mailand.<sup>23</sup>

Kabotage bedeutet, dass ein ausländisches Unternehmen innerhalb eines Staates Transportdienstleistungen erbringt.<sup>24</sup>

## 4. Zusammenfassung

Zusammenfassend betrachtet gibt es also insgesamt neun Freiheiten der Luft. Doch wie, von wem und aus welchem Anlass werden diese Rechte eigentlich gewährt? Dies soll im Folgenden näher erläutert werden.

## D. Vertragliche Regelung der Luftfahrt

### I. Luftverkehrsabkommen als Grundgerüst des internationalen Fluglinienverkehrs

Die völkerrechtliche Grundlage des internationalen Luftverkehrsrechts bilden die sogenannten Luftverkehrsabkommen (*Air Service Agreements*, ASA), welche in aller Regel bilateral zwischen zwei Staaten geschlossen werden.<sup>25</sup> Doch können sie auch durchaus multilateral sein, so etwa die eingangs erwähnten IASTA und ATA. Da sie Vereinbarungen von Völkerrechtssubjekten sind, welche die Rechtslage zwischen den Parteien verändern sollen, sind solche Abkommen ihrer Rechtsnatur nach völkerrechtliche Verträge.<sup>26</sup> Sie gelten dabei nur für den planmäßigen internationalen Flugverkehr nach Art. 6 CA, der unplanmäßige Verkehr ist nicht erfasst.<sup>27</sup> Vorbildfunktion für derartige Einnigungen hatte das 1946 zwischen dem Vereinigten Königreich und den USA geschlossene Bermuda-I-Abkommen.<sup>28</sup> Kernstück derartiger Abkommen ist meist die Gewährung gewisser Verkehrsrechte, also Luftfreiheiten. Oft greifen die Vertragsparteien dabei auf die gewissermaßen vorgefertigten neun Verkehrsrechte zurück, welche in Abschnitt

<sup>22</sup> ICAO Manual on the Regulation of International Air Transport, [https://www.icao.int/Meetings/a39/Documents/Provisional\\_Doc\\_9626.pdf](https://www.icao.int/Meetings/a39/Documents/Provisional_Doc_9626.pdf), S. 115f. (zuletzt abgerufen am: 20.11.2023).

<sup>23</sup> Zu allen Freiheiten Hoffmann-Grambow, Luftverkehrsabkommen als Basis des internationalen Fluglinienverkehrs, Recht der Transportwirtschaft (RdTW) 2017, 161 (164f.).

<sup>24</sup> Boeing et al. in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union – EUV/AEUV, 79. EL 2023, Art. 91 AEUV Rn. 75.

<sup>25</sup> Cheng, The Law of International Air Transport, 1962, S. 229; Jung, Die Marktordnung des Luftverkehrs – Zeit für neue Strukturen in einem liberalisierten Umfeld, ZLW 1998, 308 (328); Schladebach/Bärmann, Luftverkehrsabkommen als Grundlage internationalen Fluglinienverkehrs, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV) 2006, 294 (295).

<sup>26</sup> Näher zum völkerrechtlichen Vertrag Nettesheim in: Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, 100. EL 2023, Art. 59 Rn. 63.

<sup>27</sup> Schladebach/Bärmann (Fn. 25), NZV 2006, 294 (295); zum unplanmäßigen Verkehr siehe Gliederungspunkt F.

<sup>28</sup> Hobe in Ipsen, VölkerR (Fn. 16), § 46 Rn. 26; Mensen, Handbuch der Luftfahrt, 2. Aufl. 2013, S. 377f.

C. II. erläutert wurden. Daher ist die wichtige Feststellung zu treffen, dass die Freiheiten der Luft als solche nicht per se existieren – der Begriff „Freiheit“ ist insoweit unglücklich gewählt, als dass er suggeriert, diese Rechte bestünden von Natur aus, also ohne weiteres Zutun der Staaten.<sup>29</sup> Doch dem ist nicht so: die Freiheiten der Luft beschreiben vielmehr Rechte, die sich Staaten gegenseitig gewähren können, aber keineswegs müssen.<sup>30</sup> Man kann sich eine Freiheit der Luft daher als eine Art Baustein vorstellen, aus welchem die Staaten eine Vereinbarung zusammensetzen. Neben der Gewährung von Verkehrsrechten sind dabei aber auch andere Regelungen Bestandteil eines solchen Abkommens. So sind etwa auch Bestimmungen bezüglich der Luftfahrtunternehmen, der Häufigkeit der Dienste, der Entgelte und der Schiedsgerichtsbarkeit Teil des Vertrages.<sup>31</sup> Die Bestimmung von Luftfahrtunternehmen ist insofern erwähnenswert, als dass die gewährten Verkehrsrechte nur für sie gelten.

Ferner wird ein Fluglinienplan erstellt. Dieser setzt sich aus den zu bedienenden Linien und den entsprechenden Luftfahrtunternehmen zusammen. Um flexibler reagieren zu können, wird diese Vereinbarung jedoch nicht als Teil des Abkommens selbst geregelt, sondern stellt einen Vollzug dessen durch diplomatischen Notenwechsel<sup>32</sup> dar.<sup>33</sup> Dadurch entfällt die sonst nötige parlamentarische Zustimmung.

## II. Prinzipien der Abkommen

Die Abkommen beruhen dabei wesentlich auf den drei Prinzipien: Gegenseitigkeit, Bilateralität und Fairness.<sup>34</sup>

– Gegenseitigkeit ist das wohl wichtigste Prinzip, es beschreibt den Grundsatz, dass sämtliche Rechte nur eingeräumt werden, sofern die andere Vertragspartei dasselbe tut.

– Bilateralität bedeutet, dass derartige Verträge grundsätzlich zwischen zwei Staaten geschlossen werden, was insbesondere auf das weitestgehende Scheitern der multilateralen Regelung zurückzuführen ist.<sup>35</sup>

– Fairness bedeutet, dass die Luftfahrtunternehmen beider Staaten die gleiche Möglichkeit haben müssen, die vereinbarten Linien zu bedienen.<sup>36</sup>

Ob diese Prinzipien lediglich eine „Ausprägung typischer völkerrechtlicher Vertragshandlungen“ darstellen oder materiell-rechtliche Wirkung besitzen, ist nicht restlos geklärt.<sup>37</sup> Insbesondere da das Prinzip Bilateralität nicht absolut ist – es gibt schließlich multilaterale Verträge – erscheint die Betrachtung als typische Erscheinungsform dem Verfasser jedoch tendenziell überzeugender. Jedenfalls besitzen die Prinzipien den Charakter einer Auslegungsregel nach Art. 31f. der Wiener Vertragsrechtskonvention.<sup>38</sup>

## E. Luftverkehr der EU

Der Luftverkehr in der Europäischen Union ist durch einige Besonderheiten geprägt, welche sich maßgeblich auf ihre einzigartige Struktur zurückführen lassen.

### I. Luftverkehr aus der EU in Drittstaaten

Besondere Komplikationen ergeben sich im Hinblick auf die Luftverkehrsabkommen. Zwar liegt die Lufthoheit weiter bei den einzelnen Mitgliedsstaaten, doch die EU-Kommission beansprucht die Kompetenz zum Abschluss derartiger Verträge mit Drittstaaten mittlerweile teilweise für sich.<sup>39</sup> Die Rechtsgrundlage hierfür bildet Art. 100 Abs. 2 AEUV.

Einen wichtigen Meilenstein in dieser Entwicklung von Luftverkehrsabkommen in der EU stellt die Rechtsprechung des EuGH dar.

Bereits in der Rechtssache AETR<sup>40</sup> wurde vom EuGH im Jahre 1971 entschieden, dass sich eine Zuständigkeit der EU nach außen auch ohne ausdrückliche Ermächtigung durch den Vertrag ergibt, sofern die Materie schon im Rahmen interner Zuständigkeit durch Sekundärrecht geregelt ist.<sup>41</sup> Gleiches gilt, wenn zur Erfüllung klar bestimmter Innenzuständigkeiten der Abschluss internationaler Verträge erforderlich ist.<sup>42</sup> Diese Rechtsprechung kulminierte

<sup>29</sup> Schladebach (Fn. 6), S. 186 (dort Fn. 7).

<sup>30</sup> Hoffmann-Grambow (Fn. 23), RdTW 2017, 161 (162, 164f.).

<sup>31</sup> Mensen (Fn. 28), S. 377; sehr ausführlich zu weiteren Inhalten Cheng (Fn. 25), S. 290ff.

<sup>32</sup> Zum Begriff der diplomatischen Note Weber in: Weber, Rechtswörterbuch, 30. Edition 2023, Eintrag „Note“, Nr. 1.

<sup>33</sup> Schladebach/Bärmann (Fn. 25), NZV 2006, 294 (296).

<sup>34</sup> Jung (Fn. 25), ZLW 1998, 308 (329).

<sup>35</sup> Zwar wurden durch das IASTA die 1. und 2. Freiheit weitgehend etabliert, doch bereits das ATA gilt nur noch zwischen 11 relativ unbedeutenden Staaten. Andere Vorstöße waren von Anfang an erfolglos.

<sup>36</sup> Zu allen Prinzipien Jung (Fn. 25), ZLW 1998, 308 (329).

<sup>37</sup> Materiell-rechtliche Wirkung eher bejahend Hoffmann-Grambow (Fn. 23), RdTW 2017, 161 (163); eher abl. Schladebach/Bärmann (Fn. 25), NZV 2006, 294 (296) (dort auch das Zitat).

<sup>38</sup> Hoffmann-Grambow (Fn. 23), RdTW 2017, 161 (163).

<sup>39</sup> Stein, Code-Sharing und Open Skies – Herausforderungen für die europäische Wettbewerbs- und Luftfahrtspolitik, ZLW 2001, 135 (145f.).

<sup>40</sup> EuGH, 31.03.1971, Rs. 22/70 – Kommission/Rat.

<sup>41</sup> Maxian Rusche et al. in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Fn. 24), Art. 90 AEUV Rn. 320.

<sup>42</sup> EuGH, 14.07.1976, Rs. 3/76, 4/76 u. 6/76 – Cornelis Cramer u.a.

schließlich in den insgesamt acht Urteilen des EuGH zu den Open-Skies-Luftverkehrsabkommen europäischer Staaten mit den USA im Jahr 2002.<sup>43</sup> Darin wurde über mehrere Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedsstaaten entschieden. In diesen Urteilen stellte das Gericht fest, dass die EU nach Art. 100 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 80 Abs. 2 EGV) die Kompetenz zum Abschluss von Luftverkehrsabkommen hat, soweit sie ihre innere Zuständigkeit auch nur implizit beansprucht hat.<sup>44</sup> Dies wurde durch bestehende Regelungen bezüglich Flugpreisen und Buchungssystemen als gegeben angesehen. Besonders die Niederlassungsfreiheit ist durch Nationalitätenklauseln<sup>45</sup> in Abkommen als verletzt angesehen worden. In Folge der Urteile wurden – nun von der EU – sogenannte horizontale Abkommen mit Drittstaaten geschlossen, welche die Verkehrsabkommen von EU-Mitgliedern mit diesen Staaten nicht ersetzen, sondern unionsrechtskonform anpassen.<sup>46</sup> Diese sollten ermöglichen, dass ein Unternehmen aus Mitgliedsstaat A Flüge aus dem Mitgliedsstaat B in einen Drittstaat wie ein Unternehmen aus B durchführen kann – im Rahmen des zwischen B und dem Drittstaat geschlossenen Luftverkehrsabkommens.<sup>47</sup>

Allerdings ist mit diesen Urteilen die Kompetenz eben nur in den festgestellten Bereichen, wie etwa bezüglich Flugpreisen und Computerbuchungssystemen (beides Bestandteile von vorherigen Abkommen), auf die EU übergegangen.<sup>48</sup> Insofern besteht nun eine unpraktische geteilte Kompetenz zum Abschluss von Luftverkehrsabkommen;<sup>49</sup> die einzelnen Mitgliedsstaaten wurden daher durch die Verordnung (EG) Nr. 847/2004 ermächtigt, auf der Grundlage unionsrechtskonformer Standardklauseln Verhandlungen über solche Verträge zu führen, auch sofern diese in den Kompetenzbereich der EU fallen. Doch auch die

EU selbst hat bereits Abkommen geschlossen. Ein Beispiel hierfür ist das 2007 unterzeichnete und 2020 in Kraft getretene Luftverkehrsabkommen zwischen der EU und den USA. Ermöglicht wurde dieser bemerkenswert liberale<sup>50</sup> Vertrag durch ein begrenztes Mandat aufgrund eines Beschlusses der EU-Verkehrsminister.<sup>51</sup> Auch Norwegen und Island sind als Nicht-EU-Mitglieder Vertragsparteien. Durch die komplizierte Kompetenzlage sind in einem solchen Fall sowohl die Union als auch ihre Mitgliedsstaaten Vertragspartei.<sup>52</sup>

## II. Luftverkehr innerhalb der EU

Was die Union nach außen verkompliziert hat, ist innen dagegen deutlich vereinfacht worden. Nach nunmehr drei Liberalisierungspaketen seit den 1990er Jahren ist der innereuropäische Luftverkehr stark erleichtert worden;<sup>53</sup> die vorher zwischen den Mitgliedsstaaten bestehenden Verkehrsabkommen sind bedeutungslos und nicht mehr in Kraft.<sup>54</sup>

Zu beachten ist, dass die Dienstleistungen im Verkehr nach Art. 58 AEUV nicht der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV unterfallen. Durch die Liberalisierungspakete wurde jedoch ein ähnlich freier Raum geschaffen, sodass eine faktische Dienstleistungsfreiheit zwar nicht durch Primär-, aber durch Sekundärrecht verwirklicht wurde.<sup>55</sup> Zu nennen ist etwa die Luftverkehrsdienste-Verordnung, welche in Art. 15 Abs. 1 EU-Luftfahrtunternehmen berechtigt, innergemeinschaftliche Flüge anzubieten. Konsequenz ist daher, dass die EU praktisch den einzigen Luftraum bildet, in dem zumindest anderen Unionsmitgliedern alle neun Freiheiten der Luft gewährt werden. Insbesondere Billigairlines haben enorm von dieser Entwicklung profitiert: so konnte sich Ryanair aus dem einwohnermä-

<sup>43</sup> EuGH, 05.11.2002, Rs. C-466/98 – *Kommission/Vereinigtes Königreich*; 05.11.2002, Rs. C-467/98 – *Kommission/Dänemark*; 05.11.2002, Rs. C-468/98 – *Kommission/Schweden*; 05.11.2002, Rs. C-469/98 – *Kommission/Finnland*; 05.11.2002, Rs. C-471/98 – *Kommission/Belgien*; 05.11.2002, Rs. C-472/98 – *Kommission/Luxemburg*; 05.11.2002, Rs. C-475/98 – *Kommission/Österreich*; 05.11.2002, Rs. C-476/98 – *Kommission/Deutschland*.

<sup>44</sup> Bentzien, Die Luftverkehrsaußenpolitik der EU nach den „Open Skies“-Urteilen des EuGH vom 05.11.2002, ZLW 2009, 566 (566).

<sup>45</sup> In diesen Klauseln wurde unter anderem vereinbart, dass die Rechte einer aus dem Vertragsstaat operierenden, drittstaatlichen Fluggesellschaft eingeschränkt werden können, was etwa einer deutschen Airline in Großbritannien – trotz EU-Mitgliedschaft – Nachteile bescherte und so unionsrechtswidrig war.

<sup>46</sup> Bentzien (Fn. 44), ZLW 2009, 566 (569ff.).

<sup>47</sup> Lenz in: *Kölner Kompendium* (Fn. 9), S. 186f.

<sup>48</sup> Schäfer in: Streinz, *Kommentar zum EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, Art. 90 AEUV Rn. 62.

<sup>49</sup> Rossbach in: *Kölner Kompendium* (Fn. 9), S. 294f.

<sup>50</sup> So entfallen etwa sämtliche Beschränkungen hinsichtlich Frequenz, Flugzeugtypen und Strecken, was Airlines sehr freie Hand gibt. Gelegentlich werden solche liberale Abkommen allgemeiner als „Open Skies-Verträge“ bezeichnet; näher hierzu Ravich, *Open Skies*, *FIU Law Review* 10 (2014), 493. Nicht zu verwechseln sind diese Abkommen mit dem Vertrag über den offenen Himmel, welcher im Englischen ebenfalls so bezeichnet wird, aber militärische Aufklärungsflüge gestattet.

<sup>51</sup> Bentzien (Fn. 44), ZLW 2009, 566 (580), dort auch ausführlich zum Abkommen; Lenz in: *Kölner Kompendium* (Fn. 9), S. 186.

<sup>52</sup> Schaefer, *Recht des Luftverkehrs*, 2017, Rn. 87ff.

<sup>53</sup> Ausführlich zur Geschichte der europäischen Luftverkehrsintegration Mensen (Fn. 28), S. 398ff.

<sup>54</sup> Hobe in Ipsen, *VölkerR* (Fn. 16), § 46 Rn. 27 (S. 881f.).

<sup>55</sup> Schaefer (Fn. 52), Rn. 37.



ßig unbedeutenden Irland zur größten<sup>56</sup> Fluggesellschaft Europas entwickeln, indem sie zahllose Verbindungen zwischen praktisch allen europäischen Ländern anbietet.<sup>57</sup> Hierbei nimmt Ryanair insbesondere die siebte Freiheit in Anspruch, welche ihr das Durchführen von Flügen ohne jeden Bezug zu Irland ermöglicht.

Auch außerhalb der Abkommen hat die EU starken Einfluss auf den Luftverkehr genommen, es seien hier exemplarisch die Europäische Agentur für Flugsicherheit EASA und die Luftraum-Managementinitiative „Single European Sky“ genannt.<sup>58</sup>

Zusammenfassend ist festzustellen, dass durch die mit dem Binnenmarkt einhergehende Liberalisierung der innereuropäische Luftverkehr – insbesondere im Vergleich mit anderen Wirtschaftsräumen – einzigartig frei und unkompliziert ist.<sup>59</sup>

## F. Unplanmäßiger Luftverkehr (Charterverkehr)

### I. Allgemein

Der unplanmäßige, kommerzielle Gelegenheitsluftverkehr (auch Charterverkehr genannt) unterscheidet sich bereits von seiner Konzeption her maßgeblich vom bisher behandelten Linienflugverkehr.

Während letzterer mit der grundsätzlichen Restriktion des Art. 6 CA zu kämpfen hat und daher ein umfangreiches bilaterales Vertragswerk weltweit notwendig machte, unterliegt der Gelegenheitsverkehr nach Art. 5 CA keiner vergleichbaren Beschränkung.

Er darf ohne Erlaubnis in den Luftraum eines Staates einfliegen, ihn ohne Aufenthalt durchfliegen und nicht gewerblich landen, Art. 5 Abs. 1 CA. Interessant ist dabei auch Art. 5 Abs. 2 CA:

Werden die Flugzeuge zur entgeltlichen oder mietweisen Beförderung von Passagieren, Fracht oder Post eingesetzt, haben sie nach Maßgabe des Art. 7 CA (Kabotage-Vorbehalt) das Recht, diese aufzunehmen oder abzusetzen. Hierbei können die Staaten jedoch nach ihrem Ermessen Beschränkungen auferlegen.<sup>60</sup>

Dies ist praktisch von hoher Bedeutung, da sich das Recht des internationalen Gelegenheitsluftverkehrs insofern eher als eine Materie der nationalen als der internationa-

len Gesetzgebung darstellt. Daher sollen der Vollständigkeit halber kurz Ausführungen zur rechtlichen Situation in Deutschland erfolgen.

### II. Situation in Deutschland

Maßgebliches nationales Gesetz zur Regelung des Luftverkehrs ist das Luftverkehrsgesetz (LuftVG).

Grundsätzlich benötigen nicht in Deutschland eingetragene oder zugelassene Luftfahrzeuge eine Erlaubnis zum Einfliegen in den Luftraum, § 2 Abs. 7 LuftVG. Satz 2 Nummer 4 dieses Absatzes besagt jedoch, dass dies nur gilt, sofern kein Abkommen oder Übereinkommen etwas anderes bestimmt; hier kommt über die Verweisung somit die Chicagoer Konvention zur Anwendung. Damit gilt Art. 5 Abs. 1 CA im Falle des Gelegenheitsverkehrs, sodass es eigentlich keiner Erlaubnis bedürfte.<sup>61</sup> Allerdings wirkt Art. 5 Abs. 2 CA praktisch als Rückverweisung auf das deutsche Recht, sodass die Genehmigungspflicht als eine derartige Restriktion zulässig ist.<sup>62</sup> Abgemildert wird dies jedoch durch § 96 Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung, nach welchem die Erlaubnis bei Flugzeugen im Gelegenheitsverkehr, welche die Staatszugehörigkeits- und Eintragungszeichen eines ICAO-Mitgliedsstaates führen, bei rechtzeitiger Stellung und ohne Ablehnung vor der geplanten Einflugzeit als erteilt gilt.

Das Luftverkehrsgesetz ermöglicht durch § 22 LuftVG die grundsätzliche Beschränkung von Gelegenheitsverkehr, soweit eine nachhaltige Beeinträchtigung öffentlicher Interessen zu befürchten ist. Dies ist jedoch keine Zulassungsvorschrift, sondern regelt nur die Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit.<sup>63</sup> Ferner existiert mit § 23 LuftVG der Kabotagevorbehalt auch für Charterverkehr, sodass Nicht-EU-Unternehmen untersagt werden kann, Strecken innerhalb Deutschlands zu bedienen. Zuletzt ermöglicht § 23a LuftVG über § 22 LuftVG hinaus die Restriktion von ausländischen, nicht-EU-Unternehmen in der Art, dass für sie gleiche Bedingungen herrschen wie für deutsche Unternehmen im betreffenden Staat. So findet der bereits oben erwähnte Grundsatz der Gegenseitigkeit über Umwege auch seinen Weg in das Recht des Gelegenheitsverkehrs.

<sup>56</sup> Centre for Aviation, Ryanair heads Europe's top 20 airline groups by pax 2019, <https://centreforaviation.com/analysis/reports/ryanair-heads-europes-top-20-airline-groups-by-pax-2019-510111> (Abruf v. 17.09.2023).

<sup>57</sup> Das sogenannte Geschäftsmodell der Punkt-zu-Punkt Verbindungen, *Schaefer* (Fn. 52), Rn. 15.

<sup>58</sup> *Khan* in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, Kommentar zum EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 100 AEUV Rn. 8ff.

<sup>59</sup> *Schaefer* (Fn. 52), S. 5f.

<sup>60</sup> *Friauf*, Die gewerbliche Betätigung ausländischer Unternehmen des Gelegenheitsluftverkehrs in der Bundesrepublik Deutschland, ZLW 1974, 9 (11).

<sup>61</sup> *Friauf* (Fn. 60), ZLW 1974, 9 (13).

<sup>62</sup> Selbst eine solche augenscheinlich dem Absatz 1 widersprechende Einschränkung ist noch zulässig, solange sie den Gelegenheitsverkehr nicht völlig unterbindet, *Rinck*, Die internationalen Elemente im Lufttransport, ZLW 1966, 1 (10).

<sup>63</sup> *Lampe/Lutz* in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 247. EL 2023, § 22 LuftVG Rn. 3.

## G. Internationales Luftprivatrecht

Nachdem bis hierhin das öffentliche internationale Luftverkehrsrecht betrachtet wurde, soll im Folgenden auf das Luftprivatrecht eingegangen werden. Dieses befasst sich mit einer Vielzahl von zivilrechtlichen Fragestellungen bezüglich des Luftverkehrs; hierzu gehören insbesondere die Haftungs- und Versicherungsfragen, daneben jedoch auch Regeln über Rechte an Luftfahrzeugen, dem Verhältnis zwischen Anlieger und Flugplatz und anderem.<sup>64</sup> Im Folgenden soll nur der besonders relevante Bereich der Haftung thematisiert werden.

### I. Das Montrealer Übereinkommen von 1999 als Grundlage des Haftungssystems

Den ersten Versuch einer internationalen Haftungsregelung im Flugverkehr stellt das Warschauer Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr von 1929 dar. Dieses entwickelte sich jedoch aufgrund einer Reihe von Faktoren zu einem „juristischen Flickenteppich“ und erwies sich daher als zunehmend ungeeignet für die Anforderungen der modernen Transportwelt.<sup>65</sup> Zur Zusammenführung der verstreuten Regelungen schuf man daher im Jahre 1999 das Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (häufig nur Montrealer Übereinkommen genannt, nachfolgend als MÜ bezeichnet). Mittlerweile hat es 139 Unterzeichner,<sup>66</sup> wobei in den Nichtunterzeichnerstaaten unter Umständen das Warschauer Abkommen weitergilt.<sup>67</sup> Das MÜ gilt nur für entgeltliche und unentgeltliche internationale Beförderungen, wobei dies in der EU jedoch durch Art. 1 der Verordnung (EG) 889/2002 auch auf Beförderungen innerhalb eines Mitgliedstaates ausgedehnt wurde. Die dort enthaltenen Ansprüche sind grundsätzlich verschuldensunabhängig. Die folgende Erläuterung soll nur einen Überblick verschaffen – zu den einzelnen Tatbeständen und deren Problematiken könnte man vermutlich ein ganzes Lehrbuch schreiben.

#### 1. Haftung bei Tod oder Körperverletzung

Zunächst haftet der Luftfrachtführer für Schäden an Körper oder Gesundheit, welche ein Reisender infolge eines Unfalls an Bord des Flugzeuges oder beim Ein- oder Aus-

steigen erleidet, Art. 17 Abs. 1 MÜ.<sup>68</sup> Diese Haftung ist nach Art. 21 Abs. 2 MÜ jedoch auf 128.821 Sonderziehungsrechte (SZR) (ca. 160.000 €) beschränkt, sofern der Frachtführer nachweist, dass der Schaden nicht auf eine unerlaubte Handlung von ihm selbst oder seiner Leute zurückzuführen ist, oder wenn der Schaden auf der unerlaubten Handlung eines Dritten beruht (Bsp.: Passagier stößt Mitpassagier um).

Der Luftfrachtführer hat gemäß Art. 28 MÜ unverzüglich Vorauszahlungen an schadensersatzberechtigte natürliche Personen zu leisten; dies ist jedoch keine Anerkennung der Haftung und wird mit späterem Ersatz verrechnet.<sup>69</sup>

#### 2. Haftung für Reisegepäck

Ferner hat der Luftfrachtführer den Schaden zu ersetzen, der durch Zerstörung, Beschädigung oder Verlust des Reisegepäcks entsteht, Art. 17 Abs. 2 MÜ. Dies gilt allerdings nur, sofern sich das Schadensereignis an Bord des Luftfahrzeuges oder während es sich in der Obhut des Luftfrachtführers befindet ereignet. Er haftet hier gemäß Art. 22 Abs. 2 MÜ stets bis zur Höhe von 1.288 SZR (ca. 1.600 €), sofern nicht der Kunde das Ablieferungsinteresse betragsmäßig angegeben hat und den Zuschlag dafür entrichtet hat, dann ist die Haftung auf diesen in der Regel höheren Betrag begrenzt. Für Handgepäck wird nur gehaftet, wenn den Frachtführer oder seine Leute Verschulden trifft, Art. 17 Abs. 2 S. 3 MÜ. Er haftet gar nicht, wenn der Schaden auf einem Mangel oder der Eigenart des Gepäcks beruht.<sup>70</sup>

#### 3. Haftung für Verspätung

Der Luftfrachtführer haftet gemäß Art. 19 S. 1 MÜ auch für Schäden aus Verspätung von Reisenden, Gepäck oder Gütern. Die Haftung bei Personen ist dabei auf 5.346 SZR (ca. 6.600 €, Art. 22 Abs. 1 MÜ), bei Gepäck auf 1.288 SZR pro Stück (ca. 1.600 €, Art. 22 Abs. 2 MÜ) und bei Gütern auf 22 SZR (ca. 27 €) pro Kg Gewicht begrenzt, Art. 22 Abs. 3 MÜ. Die Haftung ist ausgeschlossen, sofern der Frachtführer und seine Leute alles Zumutbare zur Vermeidung des Schadens getan haben oder solche Maßnahmen nicht getroffen werden konnten, Art. 19 S. 2 MÜ.

<sup>64</sup> Mensen (Fn. 28), S. 369.

<sup>65</sup> Schladebach, Luftrecht, 2007, S. 58f.

<sup>66</sup> Siehe Übersicht der ICAO unter [https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99\\_EN.pdf](https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf) (Abruf v. 18.09.2023).

<sup>67</sup> Schladebach, LuftR (Fn. 65), S. 59.

<sup>68</sup> Ausführlich zu den Tatbestandsmerkmalen Margo/Battista in: Kölner Kompendium Luftrecht, Bd. 3, 2010, S. 114ff.

<sup>69</sup> Schladebach, LuftR (Fn. 65), S. 61.

<sup>70</sup> Schladebach, LuftR (Fn. 65), S. 62.

#### 4. Haftung für Güter

Nach Art. 18 Abs. 1 MÜ haftet der Luftfrachtführer ebenfalls für Zerstörung, Beschädigung und Verlust von Gütern, sofern dies während der Luftbeförderung eingetreten ist. Unter den Exkulpationsmöglichkeiten nach Art. 18 Abs. 2 MÜ befinden sich wiederum die Eigenart oder Mangel des Gepäcks, mangelhafte Verpackung, hoheitliches Handeln und – etwas kurios – auch Kriegshandlungen. Haftungsobergrenze sind wieder 22 SZR/Kg, sofern kein Wert deklariert und entsprechender Aufschlag bezahlt wurde (analog zum Gepäck).

#### 5. Haftung für Nichtbeförderung

Bemerkenswerterweise fehlt dem Übereinkommen eine Regelung zur Nichtbeförderung von Passagieren, Gepäck oder Gütern. Insofern ist hierzulande bezüglich Passagieren zunächst ein Blick in die EU-Fluggastrechte-VO zu werfen. Doch auch diese gesteht nur eine Ausgleichszahlung, aber keinen Schadensersatz zu, Art. 4 Abs. 3 i.V.m. Art. 7 Fluggastrechte-Verordnung. Insofern ist das nationale Leistungsstörungenrecht einschlägig.<sup>71</sup>

#### 6. Allgemeine Exkulpation

Nach Art. 20 MÜ steht dem Luftfrachtführer eine allgemeine Exkulpationsmöglichkeit zu, sofern der Anspruchsteller oder sein Rechtsvorgänger den Schaden durch unrechtmäßige Handlung oder Unterlassung verursacht haben. Haben sie nur beigetragen, ist nur anteiliger Ersatz zu leisten.

#### II. EU-Fluggastrechteverordnung als ergänzende Vorschrift

Die EU-Fluggastrechteverordnung (nachfolgend FGR-VO) ergänzt das grundsätzliche vorrangige MÜ insoweit, als dass aus Gründen des Verbraucherschutzes weitere Ansprüche des Kunden bestehen können. Hierbei ist jedoch darauf zu achten, dass das Montrealer Übereinkommen Exklusivität beansprucht und darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche verboten sind, Art. 29 MÜ.<sup>72</sup> Insofern statuiert die FGR-VO keine expliziten Schadensersatzansprüche, sondern Ausgleichszahlungen und andere Unterstützungsleistungen. Diese werden bei Nichtbeför-

derung (Art. 4 FGR-VO), Annullierung (Art. 5 FGR-VO) und Verspätung (Art. 6 FGR-VO) gewährt. Die Ansprüche konkurrieren nicht miteinander, sondern können gleichzeitig geltend gemacht werden.<sup>73</sup>

#### 1. Ausgleichszahlungen

Die Ausgleichszahlungen werden explizit durch Art. 4 Abs. 3 FGR-VO bei Beförderungsverweigerung gegen den Willen des Fluggastes und durch Art. 5 Abs. 1 lit. c FGR-VO bei Annullierung angeordnet. Bei Verspätung wird ein solcher Anspruch zunächst nicht gewährt; begründet wurde dies vor allem damit, dass Fluggesellschaften für Verspätungen nicht immer verantwortlich seien, für Nichtbeförderung und Annullierung hingegen regelmäßig schon.<sup>74</sup> Allerdings entschied der EuGH im Jahre 2009, dass trotz dem Wortlaut eine Ausgleichszahlung bei erheblicher Verspätung (Zeitverlust über 3h) zu gewähren ist, da diese faktisch einer Annullierung gleichkomme.<sup>75</sup> Dies ist jedoch auf einige Kritik gestoßen.<sup>76</sup>

Die Rechtsnatur der Ausgleichszahlungen ist nicht restlos geklärt. Gelegentlich werden sie als pauschalisierter abstrakter Schadensersatz bezeichnet.<sup>77</sup> Besonders kontrovers ist dabei, ob die Ausgleichszahlungen bei der Anwendung auf Art. 6 FGR-VO nicht einen nach Art. 19, 29 MÜ verbotenen weitergehenden Schadensersatz darstellen; mittlerweile werden sie jedoch akzeptiert, da nur ein immaterieller Ausgleich stattfindet.<sup>78</sup> Dieser wird als nicht vom Montrealer Übereinkommen umfasst betrachtet, da ein Zeitverlust zwar eine Unannehmlichkeit, aber kein Schaden sei.<sup>79</sup>

Der Ausgleich staffelt sich nach Flugstrecke. In den Fällen des Art. 7 Abs. 2 FGR-VO können sie jedoch um die Hälfte gekürzt werden. Ein Ausgleichsanspruch entfällt gänzlich, sofern die Airline die Annullierung mindestens 2 Wochen vorher ankündigt (Art. 5 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 FGR-VO) oder bei späterer Bekanntgabe eine anderweitige Beförderung anbietet (Art. 5 Abs. 1 lit. c Ziff. 2, 3 FGR-VO). Ferner kann das Unternehmen nachweisen, dass höhere Gewalt vorliegt und sich damit exkulpieren, Art. 5 Abs. 3 FGR-VO.

#### 2. Erstattung und anderweitige Beförderung

Erstattung oder anderweitige Beförderung ist in den Fällen

<sup>71</sup> Tonner, Die EU-Fluggastrechte-VO und das Montrealer Übereinkommen, Verbraucher und Recht (VuR) 2011, 203 (207).

<sup>72</sup> Zum Konflikt EU-Recht vs. MÜ Tonner (Fn. 71), VuR 2011, 203 (204ff.).

<sup>73</sup> Die Ansprüche werden häufig mit „und“ verknüpft, siehe etwa Art. 4 Abs. 3 FGR-VO.

<sup>74</sup> Siehe Begründung der Kommission, KOM (2001) 784 endgültig 2001/0305 (COD) vom 21.12.2001, Rn. 23.

<sup>75</sup> EuGH, 19.11.2009, Rs. C-402/07 und C-432/07 – *Sturgeon u.a.* = NJW 2010, 43.

<sup>76</sup> Exemplarisch Hobe/Müller-Rostin/Recker, Fragwürdiges aus Luxemburg zur Verordnung 261/2004 EC, ZLW 2010, 149 (155ff.).

<sup>77</sup> Vgl. EuGH, 10.01.2006, Rs. C-344/04 – *IATA und ELFAA*, Rn. 73; Führich/Achilles-Pujol, Basiswissen Reiserecht, 5. Aufl. 2022, S. 190.

<sup>78</sup> Hopperdietzel in Schmid, BeckOK Fluggastrechte-Verordnung, 27. Edition 2023, Art. 6 Rn. 41ff.

<sup>79</sup> EuGH, 23.10.2012, Rs. C-581/10 u. C-629/10 – *Nelson u.a.*, Rn. 51.



des Art. 4 Abs. 1, 3, Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 lit. c Ziff. 3 FGR-VO (nur Erstattung oder Rückflug) zu gewähren. Diese Unterstützungsleistungen können auch dann verlangt werden, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen.<sup>80</sup> Der Fluggast hat hierbei, vorbehaltlich anderer Bestimmungen, ein Wahlrecht zwischen den verschiedenen Leistungen. Die anderweitige Beförderung ist, wie die gesamte Verordnung, kundenfreundlich zu verstehen; insbesondere sind enge zeitliche Grenzen zu setzen, da es dem Fluggast regelmäßig auf eine bestimmte Ankunftszeit ankommt.<sup>81</sup>

### 3. Betreuungsleistungen

Nach Art. 9 FGR-VO sind den Fluggästen angemessene Mahlzeiten und Getränke zur Verfügung zu stellen und die Möglichkeit zur Kommunikation zu gewähren, Art. 9 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 FGR-VO. Dies ist stets der Fall, sofern eine Betreuungsleistung angeboten werden muss. Dies ist bei Beförderungsverweigerung (Art. 4 Abs. 3 FGR-VO), Annullierung (Art. 5 Abs. 1 lit. b FGR-VO) und erheblicher Verspätung (Art. 6 Abs. 1 lit. c Ziff. 1, 2 FGR-VO) angeordnet. Ergibt sich eine längere Wartezeit, kann auch eine Hotelunterbringung nach Art. 9 Abs. 1 lit. b FGR-VO verlangt werden. All dies muss unentgeltlich erfolgen. Diese Differenzierung ist bereits systematisch in der Verordnung angelegt und bedarf insoweit keiner weiteren Erläuterung. Ab wann genau Betreuungsleistungen anzubieten sind, ist hingegen nicht geregelt; hier muss das Unternehmen sachgerechtes Ermessen ausüben.<sup>82</sup> Anderes gilt nur, sofern die Beförderung verweigert wird, dann sind die Leistungen unverzüglich anzubieten, oder bei Übernachtungsaufenthalten. Gerichtlich geklärt wurde die Frage, ob das Unternehmen nur ein Hotel vermitteln muss oder die Unterbringung inklusive Transport dorthin schuldet. Der EuGH entschied, dass die Unterbringung nicht als solche angeboten werden muss und insofern – das war die Fallfrage – auch nicht für Hotelpersonal haftet.<sup>83</sup>

### 4. Sonstiges

Weitergehende Schadensersatzansprüche werden ausdrücklich nicht ausgeschlossen, Art. 12 Abs. 1 FGR-VO. Ferner ist ein Haftungsausschluss verboten, Art. 15 FGR-VO. Der Verordnung fehlen eigene Verjährungsvorschriften,

sodass nationales Recht anwendbar ist.<sup>84</sup> Die zweijährige Ausschlussfrist des Art. 35 MÜ gilt nicht, da die Ansprüche aus der FGR-VO – wie bereits erwähnt – keine Schadensersatzansprüche im Sinne des Übereinkommens darstellen.

Eine gewisse Prominenz hat die Fluggastrechte-Verordnung zudem im Hinblick auf „Legal Tech“<sup>85</sup> erlangt, da es mittlerweile Internetportale zur bequemen Geltendmachung von Ansprüchen aus ihr gibt, welche auch rege Nutzung erfahren.<sup>86</sup>

### H. Fazit

Das Luftverkehrsrecht kann kaum als einfaches Rechtsgebiet bezeichnet werden. Die Vielzahl an Rechtsquellen und die schiere Bandbreite der Fragestellungen im öffentlichen wie privaten Bereich machen es zu einem in der Tiefe schwer zu durchdringenden, unübersichtlichen Gebiet. Dennoch lohnt sich eine Beschäftigung mit ihm, denn es ist ein hervorragendes Beispiel, wie internationales, supranationales und nationales Recht aufeinander ein- und zusammenwirken, um ein einheitliches System zu bilden. Selbstverständlich ist dieser Beitrag keineswegs erschöpfend, man könnte wohl zu jedem Gliederungspunkt ganze Bücher schreiben – nicht ohne Grund hat das hier mehrfach zitierte Kölner Kompendium des Luftrechts mehrere tausend Seiten.

Trotz seiner hohen wirtschaftlichen Bedeutung bleibt das Recht des Luftverkehrs in den universitären Ausbildungsplänen meist außen vor. Der Autor hofft, durch diesen einflussreichen Beitrag dennoch Interesse an der spannenden und vielfältigen Materie geweckt zu haben.

<sup>80</sup> EuGH, 31.01.2013, Rs. C-12/11 – *McDonagh*; OGH Wien, 03.07.2018 – 1 Ob 133/18t.

<sup>81</sup> *Degott* in: BeckOK Fluggastrechte-VO (Fn. 78), Art. 8 Rn. 13ff.

<sup>82</sup> *Hopperdietzel* in: BeckOK Fluggastrechte-VO (Fn. 78), Art. 9 Rn. 18ff.

<sup>83</sup> EuGH, 03.09.2020, Rs. C-530/19 – *Niki Luftfahrt*.

<sup>84</sup> EuGH, 22.11.2012, Rs. C-139/11 – *Cuadrench Moré*.

<sup>85</sup> Übersicht zu Legal Tech in *Steinrötter/Senzikowski/Faber/Wenzel*, Legal Tech: Eine Bestandsaufnahme zur Digitalisierung der Rechtsbranche, Hanover Law Review 2018, 175.

<sup>86</sup> Legal Tribune Online, 2023 bereits 70.000 Klagen gegen Fluggesellschaften, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/verbraucherrechte-klagewelle-legal-tech-kuenstliche-intelligenz-amtsgerichte-personalmangel/> (Abruf v. 20.09.2023).

## Gleisblockade als Sachbeschädigung

stud. iur. Benjamin-Karim Tebbe

BGH, Urt. vom 27.09.2022 - VI ZR 336/21

§§ 7 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1 StVG, § 823 Abs. 1, 2 BGB, § 59 S. 1 BOStrab

### Sachverhalt (vereinfacht)

K betreibt als kommunales Nahverkehrsunternehmen einen öffentlichen Straßenbahnlinienverkehr. Durch einen Verkehrsunfall wurden die in ihrem Eigentum stehenden Straßenbahngleise blockiert. Dadurch sind der K Kosten für die Vorhaltung und den Einsatz des Schienenersatzverkehrs, den Arbeitsaufwand ihrer Dispatcher und die Haltermittlung entstanden. K verlangt hierfür nun von B, dessen Pkw an dem Unfall beteiligt war, Schadensersatz.

### Besteht der Anspruch der K gegen B?

*Hinweise:* B ist Fahrzeughalter. Dispatcher sind leitende Mitarbeiter in einem Verkehrsunternehmen, die die Aufsicht über die generellen Betriebsabläufe führen und für die Lösung von Störungen verantwortlich sind.

### EINORDNUNG

Im vorliegenden Urteil setzt sich der Bundesgerichtshof erneut mit durch Blockaden verursachten Nutzungsbeeinträchtigungen im Deliktsrecht auseinander. Dabei ist die deliktische Behandlung von Nutzungsbeeinträchtigungen nicht allein aufgrund des vom BGH bereits im Jahr 1970 entschiedenen „Fleet-Falls“ altbekannt<sup>1</sup>, sondern erfährt auch aktuell durch die Streikformen der „Letzten Generation“ eine neue Dynamik.<sup>2</sup>

Besonders am Sachverhalt ist hier die Tatsache, dass nicht der Eigentümer des Verkehrsmittels, sondern des Verkehrswegs Anspruchssteller ist. Schwerpunkt ist die Frage, ob die entwickelten Grundsätze zur Nutzungsbeeinträchtigung als Eigentumsverletzung i.R.v. § 823 Abs. 1 BGB auf die Sachbeschädigung i.S.d. § 7 Abs. 1 StVG übertragbar sind.

### LEITSÄTZE

1. Der Schadensbegriff des § 7 Abs. 1 StVG entspricht dem des § 823 Abs. 1 BGB.

2. Die Verletzung des Eigentums an einer Sache bzw. die Beschädigung einer Sache kann nicht nur durch eine Beeinträchtigung der Sachsubstanz, sondern auch durch eine sonstige die Eigentümerbefugnisse treffende tatsächliche Einwirkung auf die Sache selbst erfolgen, die deren Benutzung objektiv verhindert. Voraussetzung ist stets, dass die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung

der Sache ihren Grund in einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache selbst hat. Werden die Eigentümerbefugnisse durch eine tatsächliche Einwirkung auf die Sache derart beeinträchtigt, dass deren Verwendungsfähigkeit vorübergehend praktisch aufgehoben ist, bedarf es für die Annahme einer Eigentumsverletzung bzw. einer Sachbeschädigung grundsätzlich nicht zusätzlich der Überschreitung einer zeitlich definierten Erheblichkeitsschwelle. Die erforderliche Intensität der Nutzungsbeeinträchtigung folgt hier grundsätzlich bereits aus dem Entzug des bestimmungsgemäßen Gebrauchs (hier: Blockade einer Schiene durch ein verunfalltes Kraftfahrzeug, die dazu führt, dass das Gleis deshalb an der blockierten Stelle nicht befahren werden kann).

### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch K gegen B auf Schadensersatz für Schienenersatzverkehr, Dispatchereinsätze und Haltermittlung aus § 7 Abs. 1 StVG

I. Kraftfahrzeughalter als Anspruchsgegner

II. Rechts- bzw. Rechtsgutverletzung

#### 1. Umfang des Sachbeschädigungsbegriffs

2. Nutzungsbeeinträchtigung als Sachbeschädigung  
a) Tatsächliche unmittelbare Einwirkung auf die Sache selbst

#### b) Intensität

3. Zwischenergebnis

III. Bei Betrieb eines Kraftfahrzeugs

<sup>1</sup> BGHZ 55, 153.

<sup>2</sup> Zur weiteren Vertiefung: *Behme*, Haftung fürs Haften – Deliktsrechtliche Verantwortlichkeit der „Letzten Generation“, NJW 2023, 327.

1. Während des Betriebs
- 2. Verwirklichung der betriebsspezifischen Gefahr**
3. Zwischenergebnis
- IV. Kein Ausschluss, § 7 Abs. 2 StVG
- V. Ersatzfähiger Schaden
  1. Schienenersatzverkehr (SEV)
    - a) Konkrete Einsatzkosten
    - b) Anteilige Vorhaltekosten
  2. Dispatchereinsätze
  3. Halterermittlung
  4. Zwischenergebnis
- VI. Ergebnis
  - B. § 18 Abs. 1 S. 1, 7 Abs. 1 StVG
  - C. Weitere Anspruchsgrundlagen
  - D. Gesamtergebnis

#### **A. K gegen B auf Schadensersatz für Schienenersatzverkehr, Dispatchereinsätze und Halterermittlung aus § 7 Abs. 1 StVG**

K könnte einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz gem. § 7 Abs. 1 StVG für die Kosten, die ihr durch die Vorhaltung und den Einsatz des Schienenersatzverkehrs, den Arbeitsaufwand ihrer Dispatcher und der Halterermittlung entstanden sind, gegen B haben.

#### **I. Kraftfahrzeughalter als Anspruchsgegner**

Laut dem Bearbeitervermerk ist B der Halter des die Gleise blockierenden Fahrzeugs.

#### **II. Rechts- bzw. Rechtsgutverletzung**

Es müsste ein von § 7 Abs. 1 StVG geschütztes Rechtsgut bzw. Recht der K verletzt worden sein. Die Gleise der K könnten eine Sache i.S.v. § 7 Abs. 1 Var. 4 StVG darstellen, die durch die Gleisblockade beschädigt wurden. Anspruchsinhaber sind sowohl der Eigentümer als auch der unmittelbar berechnigte Besitzer der Sache.<sup>3</sup> Sachen sind alle körperlichen Gegenstände i.S.d. § 90 BGB. Eine Sachbeschädigung liegt dabei grundsätzlich bei jeder Substanzverletzung vor.<sup>4</sup> Die Gleise stehen im Eigentum der K. Durch die Blockade sind diese an der Unfallstelle nicht mehr durch die Bahnen befahrbar. Hierdurch wird aber nicht auf die Sachsubstanz eingewirkt, sondern lediglich die Nutzbarkeit der Gleise beeinträchtigt.

#### **1. Umfang des Sachbeschädigungsbegriffs**

Im Rahmen des von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Eigentums ist indes anerkannt, dass auch eine Nutzungsbeeinträchtigung unter bestimmten Umständen eine Eigentumsverletzung darstellen kann.<sup>5</sup> Abgeleitet wird dies aus der von § 903 S. 1 BGB umfassten Nutzungsfunktion des Eigentums.<sup>6</sup>

Fraglich ist, ob dieser Grundsatz auch auf den Begriff der Sachbeschädigung i.S.d. § 7 Abs. 1 StVG übertragen werden kann.

Hiergegen spricht zunächst der von § 823 Abs. 1 BGB abweichende Wortlaut der „Sachbeschädigung“. „Beschädigen“ impliziert das Erfordernis der Einwirkung auf die Sachsubstanz und ist insofern enger als der Eigentumsbegriff des § 823 Abs. 1 BGB.

Andererseits wird bei der Gefährdungshaftung des § 7 Abs. 1 StVG bewusst auf das Erfordernis der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens verzichtet.<sup>7</sup> Der Sinn und Zweck ist es, die Halterhaftung im Vergleich zu § 823 Abs. 1 BGB zu verstärken und nicht mittels eines engeren Sachbeschädigungsbegriffs abzuschwächen. Um sicherzustellen, dass dieser Zweck erreicht wird, müssen Nutzungsbeeinträchtigungen trotz des abweichenden Wortlauts von § 823 Abs. 1 BGB auch als Sachbeschädigung i.S.d. § 7 Abs. 1 StVG verstanden werden. Der Schadensbegriff des § 7 Abs. 1 StVG entspricht dem des § 823 Abs. 1 BGB.

#### **2. Nutzungsbeeinträchtigung als Sachbeschädigung**

Gleichwohl darf durch die Subsumtion von Nutzungsbeeinträchtigungen als Eigentumsverletzung bzw. Sachbeschädigungen nicht die Möglichkeit eines, dem Deliktsrecht fremden, reinen Vermögensschutzes eröffnet werden.<sup>8</sup> Daher ist es einschränkend erforderlich, dass die Nutzungsbeeinträchtigung auf einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache selbst beruht sowie eine hinreichende Intensität aufweist.<sup>9</sup>

#### **a) Tatsächliche unmittelbare Einwirkung auf die Sache selbst**

Indem der Pkw des B auf den Gleisen steht, blockiert er diese. Sie können an dieser Stelle nicht mehr befahren werden. Damit wirkt er unmittelbar auf die Gleise selbst und nicht auf die Straßenbahnen ein.

<sup>3</sup> Walter in: Spickhoff, beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand 01.01.2022, § 7 StVG Rn. 31f.

<sup>4</sup> Walter in: beck-online.GROSSKOMMENTAR (Fn. 3), § 7 StVG Rn. 29.

<sup>5</sup> Wagner in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 274.

<sup>6</sup> Hager in: Staudinger BGB, 2017, § 823 Rn. B97.

<sup>7</sup> Hager in: Staudinger BGB, (Fn. 6), Vorbemerkung zu §§ 823ff. Rn. D28ff.

<sup>8</sup> Förster in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 67. Edition 2023, § 823 Rn. 128.

<sup>9</sup> Katzenmeier in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 4. Aufl. 2021, § 823 Rn. 58-60.



**b) Intensität**

Fraglich ist, ob die Gleisblockade auch eine hinreichende Intensität aufweist. Entscheidend dafür ist, dass die Verwendungsfähigkeit der Sache praktisch aufgehoben wird und die Beeinträchtigung der Eigentümerbefugnisse durch den Entzug des bestimmungsgemäßen Gebrauchs dadurch wie eine zeitweilige Wegnahme der Sache wirkt.<sup>10</sup>

In Abgrenzung zu Fällen, in denen die Verwendungsfähigkeit lediglich eingeengt wird, ist es nicht erforderlich, dass die Beeinträchtigung über einen gewissen Zeitraum andauert. Die erforderliche Intensität ergibt sich bereits aus der vollständigen Aufhebung der Nutzungsmöglichkeit.<sup>11</sup> Die Gleisblockade hat zur Folge, dass K auf dem betroffenen Streckenabschnitt bis zur Behebung der Störung keinen regulären Straßenbahnverkehr mehr anbieten kann. Jegliche andere mögliche Nutzung der Gleise ist ebenso ausgeschlossen, sodass die Nutzungsfähigkeit der Gleise vollständig aufgehoben ist.

**Anmerkung:**

Dies hat das Berufungsgericht noch anders gesehen, indem es eine Sachbeschädigung mangels Erreichens einer zeitlichen Erheblichkeitsschwelle – die Blockade dauerte 1 Stunde und 45 Minuten an – abgelehnt hat.

**3. Zwischenergebnis**

Folglich liegt eine Nutzungsbeeinträchtigung und damit eine Sachbeschädigung i.S.d. § 7 Abs. 1 Var. 4 StVG vor.

**III. Bei Betrieb eines Kraftfahrzeugs**

Die Sachbeschädigung müsste auch bei Betrieb des Fahrzeugs entstanden sein und sich in ihr die betriebsspezifische Gefahr verwirklicht haben.

**1. Während des Betriebs**

Nach der verkehrstechnischen Auffassung ist ein Kfz in Betrieb, solange es sich im Verkehr befindet oder in verkehrsbeeinflussender Weise im öffentlichen Verkehr ruht.<sup>12</sup> Der Unfall ereignete sich während der Fahrt im öffentlichen Straßenverkehr. Für die Dauer der Blockade ruhte das Fahrzeug in verkehrsbeeinflussender Weise auf den Gleisen, sodass es sich in Betrieb befunden hat.

**Anmerkung:**

Auf die Darstellung der maschinentechnischen Auffassung kann hier verzichtet werden, da die verkehrstechnische mittlerweile als ganz h.M. anerkannt ist.<sup>13</sup> Sollte sie dennoch dargestellt werden, ist unter ihr zu subsumieren, dass ein Betrieb nicht vorliegt, da die Blockade durch das Kfz nicht auf den laufenden Motor oder eine Nachwirkung des motorischen Antriebs zurückzuführen ist. Sodann muss sie, unter Berücksichtigung der Schwerpunktsetzung, in der gebotenen Kürze abgelehnt werden.

**2. Verwirklichung der betriebsspezifischen Gefahr**

Ferner muss sich in der Sachbeschädigung die betriebsspezifische Gefahr des Pkw verwirklicht haben. Dafür muss sich gerade das durch die Kfz-Nutzung erhöhte Betriebsrisiko und nicht lediglich das allgemeine Lebensrisiko, dem der Geschädigte auch sonst ausgesetzt ist, realisiert haben.<sup>14</sup> Dies ist insbesondere bei einem engen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang zum Betriebsvorgang der Fall.<sup>15</sup> Die Blockade entstand unmittelbar infolge eines Unfalls im öffentlichen Straßenverkehr. Dass es zu solchen Unfällen kommt, ist auf das durch die Nutzung von Kfz erhöhte Betriebsrisiko zurückzuführen.<sup>16</sup> Jedoch führen vor allem in den Bereichen von Bahnübergängen oftmals auch andere Faktoren wie Verkehrsstaus oder Fußgängerverkehr dazu, dass bestimmte Streckenabschnitte vorübergehend nicht passierbar sind. Infolgedessen könnte sich in der Blockade lediglich das allgemeine Lebensrisiko realisiert haben, welches ein Verkehrsunternehmen schon grundsätzlich in seine Betriebskalkulation einbeziehen muss.

Gleichwohl ist nicht ersichtlich, warum der Schädiger allein aufgrund der Häufigkeit ähnlicher Unfälle aus der Haftung entlassen und insofern privilegiert werden soll. Eine ausufernde Haftung kann ebenso durch eine Begrenzung der haftungsausfüllenden Kausalität ermöglicht werden. Insofern hat sich in der Beschädigung der Gleise durch die Blockade die zurechenbare betriebsspezifische Gefahr realisiert.

**Anmerkung:**

Die Revisionserwiderung sieht einen Wertungswiderspruch darin begründet, dass ein Bahnunternehmen,

<sup>10</sup> Förster in: BeckOK BGB (Fn. 8), § 823 Rn. 129.

<sup>11</sup> BGH NJW-RR 2017, 219 (221) mwN.

<sup>12</sup> Burmann in: Hefß/Hühnermann/Jahnke/Burmann, Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl. 2022, StVG § 7 Rn. 5.

<sup>13</sup> Vgl. Solscheid, Der Straßenverkehrsfall in der zivilrechtlichen Klausurbearbeitung – Teil I, JA 2023, 770 (771).

<sup>14</sup> Vgl. Kuhnert in: Haus/Krumm/Quarch, Gesamtes Verkehrsrecht, 3. Aufl. 2021, StVG § 7 Rn. 21f.

<sup>15</sup> Kuhnert in: Gesamtes Verkehrsrecht (Fn. 14), StVG § 7 Rn. 27b.

<sup>16</sup> Vgl. Kuhnert in: Gesamtes Verkehrsrecht (Fn. 14), StVG § 7 Rn. 26, 27.

das auf fremder Schiene fährt, und ein Busunternehmen, dessen Bus infolge eines unfallbedingten Staus an der Weiterfahrt gehindert ist, denselben Anspruch nicht geltend machen können. Dem entgegnet der BGH mit einem Hinweis darauf, dass vorliegend der Anspruch auf der blockierten Fahrbahn und nicht der Verletzung des Eigentums an Fahrzeugen basiert. Die Tatsache, dass der Gleiseigentümer im Vergleich zu anderen Verkehrsteilnehmern aus Sicht des Kfz-Halters scheinbar zufällig bevorzugt wird, ist nicht zu leugnen. Diese Ungleichheit kann jedoch dadurch gerechtfertigt werden, dass Transportunternehmen, die fremde Schienen- oder Straßennetze nutzen, üblicherweise vertragliche Vereinbarungen mit ihren Netzbetreibern treffen, um sich gegen Betriebsausfälle abzusichern. Alternativ können sie zumindest ihre Schäden einfacher versichern. Zudem könnte aufgrund der, aus Sicht des Verursachers, zufälligen Verlagerung des Schadens die Drittschadensliquidation anwendbar sein.<sup>17</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Die Gleisblockade erfolgte während des Betriebs des Fahrzeugs von B. In ihr hat sich die betriebsspezifische Gefahr verwirklicht.

### IV. Kein Ausschluss, § 7 Abs. 2 StVG

Mithin könnte die Ersatzpflicht gem. § 7 Abs. 2 StVG ausgeschlossen sein, wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht wurde. Hierfür gibt es keine Anhaltspunkte.

### V. Ersatzfähiger Schaden

Die von K geltend gemachten Schadensposten müssten im Rahmen der §§ 249 ff. BGB ersatzfähig sein. Gem. § 249 Abs. 1 BGB hat B den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand, also die Gleisblockade infolge des Unfalls, nicht eingetreten wäre. Gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB kann dies auch in Geld erfolgen. Dafür müssten die einzelnen Schadensposten äquivalent und adäquat kausal auf der Rechtsverletzung beruhen.<sup>18</sup> Äquivalent kausal i.S.d. *conditio-sine-qua-non*-Formel ist die Rechtsverletzung, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Schaden in seiner konkreten Form entfielen.<sup>19</sup>

Ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, wenn die

Möglichkeit des Schadenseintritts nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt.<sup>20</sup>

### 1. Schienenersatzverkehr (SEV)

Fraglich ist, ob die Kosten für die Bereitstellung des Schienenersatzverkehrs ersatzfähig sind. Hierbei gilt es zwischen den konkreten Einsatzkosten sowie den anteiligen Vorhaltekosten zu differenzieren.

#### a) Konkrete Einsatzkosten

Die Gleisblockade könnte nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Kosten, die der K für die Einrichtung des SEVs nach der Gleisblockade entstanden sind, entfielen. Zudem ist die Einrichtung eines SEVs üblich. Die Kosten beruhen daher äquivalent und adäquat kausal auf dem schädigenden Ereignis.

#### b) Anteilige Vorhaltekosten

Problematisch ist, inwiefern die anteiligen Vorhaltekosten für die Fahrzeuge des SEVs ersatzfähig sind. Denn diese sind bereits unabhängig von dem Unfall und der damit verbundenen Blockade entstanden und beruhen damit nicht äquivalent kausal auf der Verletzung.

Das Vorhalten von Fahrzeugen dient dazu, dem oftmals teureren, nachträglichen Mieten von Ersatzfahrzeugen und so einem höheren Schaden als Folge von Betriebsstörungen vorzubeugen. Da diese dann adäquat kausal auf der Blockade beruhen würden, müsste B diesen höheren Schaden tragen. Daher profitiert er letztendlich von der Bereitstellung des SEVs.<sup>21</sup> Zwar könnte man anführen, dass, wenn B grundsätzlich zur Übernahme eines höheren Schadens verpflichtet wäre, ihm auch Vorteile zukommen sollten, wenn der Schaden aufgrund präventiver Maßnahmen des Geschädigten tatsächlich geringer ausfällt.

Letztlich entspricht das Verhalten der K aber dem Rechtsgedanken des vor Schadenseintritt nicht anwendbaren § 254 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB. Könnte sie die anteiligen Vorhaltekosten nicht ersetzt verlangen, käme dies einer Sanktion eines an sich rechtmäßigen Verhaltens gleich.

Folglich sind die anteiligen Vorhaltekosten ersatzfähig.

#### Anmerkung:

Mit entsprechender Begründung ist hier auch eine andere Ansicht vertretbar.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> Vgl. Mäsch, Schuldrecht BT: Gleisblockade als Sachbeschädigung, JuS 2023, 685 (686f.).

<sup>18</sup> Oetker in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 103, 109.

<sup>19</sup> Oetker in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 18), § 249 Rn. 103.

<sup>20</sup> Grüneberg in: Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl. 2023, Vorb. v. § 249 Rn. 26.

<sup>21</sup> Vgl. Flume in: BeckOK BGB (Fn. 8), § 249 Rn. 352.

<sup>22</sup> Oetker in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 18), § 249 Rn. 200 mwN.

## 2. Dispatchereinsätze

Ebenso wären die Personalkosten für die Einsätze der Dispatcher auch ohne die Blockade entstanden und beruhen damit nicht äquivalent kausal auf ihr. Sie könnten aber, wie die anteiligen Vorhaltekosten, ebenfalls ersatzfähig sein, wenn sie zur Schadensminimierung beigetragen haben. Die Dispatcher werden von K generell zur Störungsbearbeitung eingesetzt und nicht ausschließlich für die Koordination eines SEVs. Damit kamen sie im konkreten Fall B auch nicht durch eine Schadensminimierung zu Gute. Sie sind nicht ersatzfähig.

## 3. Halterermittlung

Der Aufwand zur Ermittlung des B als Fahrzeughalter beruhte äquivalent und adäquat kausal auf der unfallbedingten Blockade der Straßenbahngleise. Diese Rechtsverfolgungskosten sind damit als Vermögensfolgeschaden ersatzfähig.

## 4. Zwischenergebnis

Die Kosten für das Vorhalten und die Einrichtung des SEVs sowie der Halterermittlung stellen, anders als die Dispatcherkosten, einen ersatzfähigen Schaden dar.

### Anmerkung:

Im Originalfall verlangt K zudem die Erstattung einer Pauschale i.H.v. 25 € für Schadensabwicklungskosten, die z.B. das Briefporto oder Telefonkosten umfassen. Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 1 BGB ist jedoch nur der Schaden zu ersetzen, der konkret auf das Schadensereignis zurückzuführen ist.<sup>23</sup> Die Geltendmachung von Pauschalbeträgen ist hiermit nicht vereinbar. Diesbezüglich ist der Geschädigte beweispflichtig.<sup>24</sup>

Ungeachtet dessen gewährt der BGH in seiner ständigen Rechtsprechung dem Geschädigten eines Verkehrsunfalls ausnahmsweise einen Anspruch auf eine Kostenpauschale mit dem Argument, dass die Abwicklung von Verkehrsunfällen ein „Massengeschäft“ darstellt.<sup>25</sup>

## VI. Ergebnis

K kann von B gem. § 7 Abs. 1 Var. 4 StVG die Zahlung von Schadensersatz für die Kosten des Schienenersatzverkehrs und der Halterermittlung verlangen.

## B. K gegen B auf Schadensersatz für Schienenersatzverkehr, Dispatchereinsätze und Halterermittlung aus §§ 18 Abs. 1 S. 1, 7 Abs. 1 Var. 4 StVG

Außerdem könnte K ein Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz gegen B gem. §§ 18 Abs. 1 S. 1, 7 Abs. 1 Var. 4 StVG zustehen.

B ist Fahrzeugführer des in den Unfall involvierten Pkw. Ferner liegt mit der Gleisblockade eine Nutzungsbeeinträchtigung und damit eine Sachbeschädigung vor. In ihr hat sich auch die betriebsspezifische Gefahr des Pkw verwirklicht. (s.o.)

B müsste die Rechtsverletzung aber auch zu verschulden haben. Gem. § 276 Abs. 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Gem. § 18 Abs. 1 S. 2 StVG wird das Vorliegen des Verschuldens widerleglich vermutet. Da sich B hier nicht exkulpieren kann, hat er die Rechtsverletzung zu verschulden.

Es sind lediglich die Kosten für die Vorhaltung und den Einsatz des SEV sowie der Halterermittlung, nicht aber die Dispatcherkosten ersatzfähig. (s.o.)

Ein Anspruch der K gegen B gem. §§ 18 Abs. 1 S. 1, 7 Abs. 1 Var. 4 StVG liegt vor.

## C. Weitere Anspruchsgrundlagen

Zudem kommt ein Anspruch der K gegen B gem. § 823 Abs. 1 BGB aufgrund einer Eigentumsverletzung in Betracht. Dies setzt ebenfalls ein Verschulden i.S.d. § 276 Abs. 1 BGB voraus, welches, mangels Umkehr der Beweislast zu Gunsten der K, positiv festgestellt werden muss. Ein Verschulden lässt sich dem Sachverhalt indes nicht entnehmen.

Ein Anspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB aufgrund eines etwaigen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb scheidet bereits aufgrund seiner Subsidiarität aus.<sup>26</sup>

Unabhängig von der Schutzgesetzqualität des § 59 S. 1 BOSTrab liegt mangels Verschuldens des B ebenfalls kein Anspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 59 S. 1 BOSTrab vor.

## D. Gesamtergebnis

K kann von B aus § 7 Abs. 1 Var. 4 StVG bzw. §§ 18 Abs. 1 S. 1, 7 Abs. 1 Var. 4 StVG die Zahlung von Schadensersatz für die Kosten des Schienenersatzverkehrs sowie für die Halterermittlung verlangen.

<sup>23</sup> Oetker in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 18), § 249 Rn. 323; Mäsch (Fn. 17), JuS 2023, 685 (687).

<sup>24</sup> Oetker in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 18), § 249 Rn. 481.

<sup>25</sup> BGH NJW 2012, 2267 (2268).

<sup>26</sup> Förster in: BeckOK BGB (Fn. 8), § 823 Rn. 178.

## FAZIT

Regelmäßig beschäftigt sich der BGH mit der Thematik von Nutzungsbeeinträchtigungen als Eigentumsverletzung. Diese Grundsätze können daher bei den Studierenden als bekannt vorausgesetzt werden, wobei stets auf die genauen Sachverhaltsangaben geachtet werden sollte.

Anders wäre nämlich zu entscheiden gewesen, wenn der Anspruch bezüglich der Straßenbahnen geltend gemacht worden wäre. In dem Fall wäre die Nutzungsmöglichkeit der Bahnen lediglich eingeengt, da sie auf anderen Strecken weiterhin regulär einsetzbar wären. Eine Eigentumsverletzung läge dann nicht vor.

Darüber hinaus kann der Schwierigkeitsgrad des Sachverhalts leicht modifiziert werden, indem auch Ansprüche gegenüber anderen Unfallbeteiligten erfragt werden. Dann könnten auch Regressansprüche des B gegen die etwaigen anderen Unfallbeteiligten aus einem gegebenenfalls bestehenden Gesamtschuldverhältnis bzw. § 17 StVG zu prüfen sein.

Ebenso könnten noch Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) einschlägig sein, wenn der Sachverhalt die Angabe enthält, dass die Beseitigung der Blockade durch die K selbst vorgenommen wurde. Der BGH hat eine GoA nicht geprüft.

In Anbetracht all dieser Aspekte eignet sich das Urteil hervorragend als Basis für eine hierauf aufbauende Klausur und auch allgemein zur Wiederholung von Grundlagen, insbesondere im Hinblick auf die sogenannten „Klimakleber-Fälle“.



## Widerruf der Waffenbesitzkarte wegen Mitgliedschaft in der AfD

Dipl.-Jur. Anika Brämer

OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, sowie vorhergehender Beschluss: VG Magdeburg, Beschl. v. 28.02.2023 – VG 1 B 212/22 MD

§ 80 Abs. 5 S. 1 VwGO; § 45 Abs. 2 S. 1 i.V.m. §§ 4 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, 5 Abs. 2 Nr. 3 WaffG

### Sachverhalt (vereinfacht)

A ist seit geraumer Zeit Mitglied der Partei „Alternative für Deutschland“ (AfD) und hat es dort in den AfD-Kreisvorstand sowie die AfD-Fraktion im Stadtrat der Stadt M im Bundesland S „geschafft“. Neben seiner politischen Karriere ist er leidenschaftlicher Sportschütze und daher Inhaber einer Waffenbesitzkarte (vgl. § 14 WaffG).

Als der Landesverband der AfD von der Landesverfassungsschutzbehörde des Landes S aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen rechtmäßigerweise als Verdachtsfall eingestuft wird, entzieht die zuständige untere Waffenbehörde dem A die waffenrechtliche Erlaubnis mit Bescheid vom 08.08.2022. Zudem ordnet sie an, die Waffen nebst Munition einem Berechtigten zu überlassen oder unbrauchbar zu machen und die Waffenbesitzkarte zurückzugeben (vgl. § 46 Abs. 1 und Abs. 2 WaffG). Zur Begründung führt sie schriftlich an, A sei aufgrund der Mitgliedschaft in der AfD als waffenrechtlich unzuverlässig anzusehen. Es lägen – was zutrifft – mit der Einstufung als Verdachtsfall hinreichend gewichtige Anhaltspunkte dafür vor, dass die AfD verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolge.

A ist zwar empört, gibt jedoch am 06.09.2022 seine Waffen nebst Munition bei „Frankonia“ in Verwahrung. Am 09.09.2022 gibt er zudem seine Waffenbesitzkarte an die untere Waffenbehörde zurück. Zudem legt er form- und fristgemäß Widerspruch gegen den Bescheid vom 08.08.2022 ein.

A möchte seine Waffen schnellstmöglich wieder bekommen und sein Hobby als Sportschütze fortführen. Daher beantragt er bei dem zuständigen Verwaltungsgericht Eilrechtsschutz.

### Hat ein solcher Antrag Aussicht auf Erfolg?

**Bearbeiterhinweis:** Im Bundesland S findet ein Widerspruchsverfahren statt. Es gilt das VwVfG des Bundes. Es ist davon auszugehen, dass die Waffenbehörde taugliche Antragsgegnerin ist. Ein Antrag auf Vollzugsfolgenbeseitigung ist nicht gestellt. „Frankonia“ ist eine Berechtigte i.S.d. Aufforderung.

### EINORDNUNG

Das OVG Magdeburg hatte sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Rechtmäßigkeit einer Entziehung der Waffenbesitzkarte eines AfD-Mitglieds und Funktionsträgers zu befassen.

Die Waffenbehörde begründete diese mit der Einstufung der AfD als verfassungsschutzrechtlicher Verdachtsfall. Fraglich ist, ob dies für die Annahme einer Regelunzuverlässigkeit nach gegenwärtiger Rechtslage ausreichen kann. Die Verwaltungsgerichte sind sich in der Frage uneinig.<sup>1</sup>

Eine Entscheidung des BVerwG steht aus.

Der Fall soll Anlass geben, sich einen Überblick über das Waffengesetz zu verschaffen und die Argumentation mit den gängigen Auslegungsmethoden zu verinnerlichen. Verfahrensrechtlich geht es um den sehr prüfungsrelevanten verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz.

In der Zulässigkeit stellt sich die Frage, wie mit dem fehlenden Entfall der aufschiebenden Wirkung bei den Folgemaßnahmen umzugehen ist. Diese eher atypische Konstellation fordert Lösungsorientiertheit und prüft gleichzeitig das Verständnis des Verwaltungsverfahrensrechts.

<sup>1</sup> A.A. insb. VG Düsseldorf NVwZ-RR 2023, 626; VG Köln, Urt. v. 08.09.2022 – 20 K 3080/21.

## LEITSÄTZE

1. Eine waffenrechtliche Unzuverlässigkeit des Antragstellers als Mitglied der Partei „Alternative für Deutschland“ (AfD), des AfD-Kreisvorstands sowie der AfD-Fraktion im Stadtrat folgt jedenfalls derzeit nicht aus § 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. b WaffG. Allein die Einstufung des AfD-Landesverbandes in Sachsen-Anhalt als Verdachtsfall durch die Landesverfassungsschutzbehörde berechtigt nicht zum Widerruf der waffenrechtlichen Erlaubnis.
2. Mit welchem Grad der Überzeugung verfassungsfeindliche Bestrebungen vorliegen müssen, bestimmt sich anhand des Waffengesetzes und nicht nach den Verfassungsschutzgesetzen.
3. Der Wortlaut des § 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. b WaffG setzt voraus, dass das Verfolgen von Bestrebungen im Sinne der Vorschrift feststehen muss. Der tatsächensbegründete Verdacht bezieht sich im Zusammenhang mit der hier streitigen Norm des § 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. b WaffG allein auf die Mitgliedschaft in einer Vereinigung und nicht darauf, dass diese Bestrebungen im Sinne des § 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. a a-c-c WaffG verfolgt oder verfolgt hat. Der der Norm vorangestellte tatsächensbegründende Verdacht berührt den nachgehenden Relativsatz nicht. Diese am Wortlaut orientierte Auslegung wird auch durch die Gesetzeshistorie und den daraus hervorgehenden gesetzgeberischen Willen gestützt.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

## A. Zulässigkeit

## I. Verwaltungsrechtsweg

**II. Statthafte Antragsart**

## III. Antragsbefugnis

## IV. Antragsgegner

**V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**

## VI. Zwischenergebnis

## B. Begründetheit

## I. Ermächtigungsgrundlage, § 45 Abs. 2 S. 1 i.V.m. §§ 4 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, 5 Abs. 2 Nr. 3 WaffG

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

## 1. Zuständigkeit

## 2. Verfahren

## 3. Form

## 4. Zwischenergebnis

**III. Materielle Rechtmäßigkeit****1. Tatbestandsvoraussetzungen**

## a) Absolute Unzuverlässigkeit, § 5 Abs. 1 WaffG

**b) Regelunzuverlässigkeit, § 5 Abs. 2 WaffG**

## aa) Vereinigung

## bb) Mitglied bzw. Unterstützer

**cc) Tatbestandsmäßigkeit bei Einstufung der Vereinigung als Verdachtsfall?**

## (1) Wortlaut

## (2) Systematik

## (3) Historie

## (4) Sinn und Zweck

## (5) Zwischenergebnis

## dd) Zwischenergebnis

## c) Zwischenergebnis

## 2. Zwischenergebnis

## IV. Zwischenergebnis

## C. Ergebnis

Der Antrag des A auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hat Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

**A. Zulässigkeit**

Der Antrag müsste zunächst zulässig sein.

**I. Verwaltungsrechtsweg**

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich dies nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Es müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen, was sich nach den streitentscheidenden Normen richtet.<sup>2</sup> Dies sind vorliegend solche des WaffG, welche einen Hoheitsträger einseitig als solchen berechtigen und verpflichten und daher nach der modifizierten Subjektstheorie öffentlich-rechtlich sind.<sup>3</sup> Mithin liegt eine öffentliche-rechtliche Streitigkeit vor. Diese ist mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit<sup>4</sup> auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Somit ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

**II. Statthafte Antragsart**

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers, vgl. §§ 88, 122 VwGO. A möchte schnellstmöglich seine Tätigkeit als Sportschütze wieder

<sup>2</sup> Vgl. Württemberg/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 179.

<sup>3</sup> Vgl. Sodan in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 40 Rn. 302.

<sup>4</sup> Vgl. Ruthig in: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 29. Aufl. 2023, § 40 Rn. 32.

aufnehmen und richtet sich daher gegen den Entzug seiner waffenrechtlichen Erlaubnis sowie die Folgeanordnungen. In Betracht kommt ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO. Dieser wäre statthaft, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage vorläge.<sup>5</sup> Bei den Bestimmungen im Bescheid vom 08.08.2022 handelt es sich um hoheitliche Maßnahmen der Waffenbehörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts<sup>6</sup>, die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen (bei A) gerichtet sind und damit um Verwaltungsakte i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG. Diese entziehen A eine Erlaubnis und ordnen Folgemaßnahmen an, so dass sie auch belastend sind. In der Hauptsache lägen daher Anfechtungsklagen vor.

Weiterhin dürfte noch keine Erledigung i.S.d. § 43 Abs. 2 VwVfG eingetreten sein.<sup>7</sup> Die Verwaltungsakte könnten sich durch Erfüllung (Rückgabe der Waffenbesitzkarte sowie Waffen und Munition durch A) auf andere Weise erledigt haben. Allerdings liegt eine Erledigung nur dann vor, wenn von den Verwaltungsakten keine Regelungswirkungen mehr ausgehen.<sup>8</sup> Vorliegend führt die Entziehung der waffenrechtlichen Erlaubnis jedoch weiterhin dazu, dass A keine neuen Waffen und Munition erwerben darf. Die Folgeanordnungen bilden den Grund für das „Behalten dürfen“ der abgegebenen Waffen und Munition sowie der Waffenbesitzkarte.<sup>9</sup> Somit sind die Verwaltungsakte nicht erledigt.

A hat mit dem Widerspruch einen statthaften Rechtsbehelf eingelegt. Dieser dürfte keine aufschiebende Wirkung haben, vgl. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 1 S. 1, 2 VwGO.<sup>10</sup> Gem. § 45 Abs. 5 WaffG haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Rücknahme und Widerruf waffenrechtlicher Erlaubnisse keine aufschiebende Wirkung, sofern die Erlaubnis wegen des Nichtvorliegens oder Entfallens der Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 WaffG zurückgenommen oder widerrufen wird. Die Waffenbehörde hat die Entziehung der Erlaubnis mit der mangelnden

waffenrechtlichen Zuverlässigkeit (Voraussetzung nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 WaffG) des A aufgrund der AfD-Mitgliedschaft begründet. Ob es sich um eine Rücknahme oder einen Widerruf handelt, kann hier noch dahinstehen. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs entfällt insofern gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 45 Abs. 5 WaffG. Folglich ist bezüglich des Entzugs der waffenrechtlichen Erlaubnis ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 WaffG auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung statthaft.

Fraglich ist, ob die Folgeanordnungen nach § 46 Abs. 1 und Abs. 2 WaffG auf Rückgabe oder Unbrauchbarmachung der Waffen nebst Munition und Rückgabe der Waffenbesitzkarte von der Regelung nach § 45 Abs. 5 WaffG ebenfalls umfasst sind. Dagegen spricht der eindeutige Wortlaut des § 45 Abs. 5 WaffG, wonach sich die Sonderregelung ausschließlich auf Maßnahmen nach § 45 Abs. 1 und Abs. 2 WaffG erstreckt. Somit verbleibt es grundsätzlich bei dem Suspensiveffekt des § 80 Abs. 1 VwGO.<sup>11</sup> Bzgl. dieser Anordnungen ist ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO nicht statthaft.<sup>12</sup>

Mangels Anordnung einer sofortigen Vollziehbarkeit i.S.d. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO durch die Waffenbehörde scheidet auch ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO aus.

Bzgl. der Entziehung der Erlaubnis ist der Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO statthaft. Im Übrigen ist für die Folgebestimmungen mangels sofortiger Vollziehbarkeit der Antrag auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bereits unstatthaft.

### III. Antragsbefugnis

A müsste gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog antragsbefugt sein. Dies ist der Fall, wenn er geltend machen kann, in seinen subjektiven Rechten möglicherweise verletzt zu sein.<sup>13</sup> Es erscheint nicht von vornherein offensichtlich ausgeschlossen,<sup>14</sup> dass A als Adressat der belastenden Entziehung der

<sup>5</sup> *Württemberg/Heckmann*, VerwProzessR (Fn. 2), Rn. 606.

<sup>6</sup> S. unter A. I.

<sup>7</sup> *Schenke* in: *Kopp/Schenke*, VwGO (Fn. 4), § 80 Rn. 130.

<sup>8</sup> Vgl. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *Verwaltungsverfahrensgesetz* Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 43 Rn. 204, 215.

<sup>9</sup> Vgl. auch *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG (Fn. 8), § 43 Rn. 216, allerdings zu öffentlichen Abgaben.

<sup>10</sup> Vgl. auch *Külpmann* in: *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 7. Aufl. 2017, Rn. 940.

<sup>11</sup> Vgl. *OVG Bautzen*, BeckRS 2011, 50332 Rn. 3; *Bayerischer VGH*, BeckRS 2020, 14632 Rn. 25; *VG Magdeburg*, Beschl. v. 28.02.2023 – 1 B 212/22 MD, Rn. 6: Ein öffentliches Interesse für eine behördlich angeordnete sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO soll jedoch i.d.R. gegeben sein.

<sup>12</sup> *Külpmann* in: *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, *Vorläufiger Rechtsschutz* (Fn. 10), Rn. 940 mit Verweis auf *BVerwG NVwZ* 2013, 85 Rn. 3; Nach *Schenke* in: *Kopp/Schenke*, VwGO (Fn. 4), § 80 Rn. 130, 136, 181 ist eine Umdeutung in einen Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO analog möglich, wenn die Betroffenen fälschlicherweise davon ausgehen, dass keine aufschiebende Wirkung bestehe. Dafür gibt es vorliegend jedoch keinerlei Anhaltspunkte. Im Übrigen bestünde wohl für einen solchen Antrag auch kein Rechtsschutzbedürfnis, da A die Waffen und Munition bereits abgegeben hat und eine Verbesserung seiner Rechtsstellung durch vorläufigen Rechtsschutz im Hinblick auf die Folgeanordnungen nicht ersichtlich ist, s. dazu auch unter A. V. Ein Antrag auf Vollzugsfolgenbeseitigung ist laut Bearbeitervermerk nicht gestellt und soll daher auch nicht geprüft werden.

<sup>13</sup> Vgl. *Württemberg/Heckmann*, VerwProzessR (Fn. 2), Rn. 606.

<sup>14</sup> Vgl. *Wysk* in: *Wysk*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 3. Aufl. 2020, § 42 Rn. 128.

waffenrechtlichen Erlaubnis in seinen Rechten aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist (Adressatentheorie)<sup>15</sup>. Er ist daher antragsbefugt.

#### IV. Antragsgegner

Die Waffenbehörde müsste taugliche Antragsgegnerin i.S.d. § 78 VwGO analog sein. Dies ist laut Bearbeitervermerk der Fall.

#### V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis könnte fehlen, wenn der Widerspruch offensichtlich unzulässig wäre.<sup>16</sup> Dieser wurde jedoch laut Sachverhalt form- und fristgerecht eingelegt, so dass ein Rechtsschutzbedürfnis besteht.

#### Hinweis:

Das VG Magdeburg hat bzgl. der Folgeanordnungen nach § 46 Abs. 1 und Abs. 2 WaffG erst das Rechtsschutzbedürfnis verneint.

Eine Verbesserung der Rechtsstellung sei nicht möglich, da der Antragsteller den Anordnungen nachgekommen sei und nicht ersichtlich werde, dass bspw. dennoch ein Zwangsgeld angeordnet werden könnte.<sup>17</sup>

Zudem entfalle die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs für die Folgeanordnungen gerade nicht.<sup>18</sup>

Nach hier vertretener Ansicht scheidet eine gerichtliche Überprüfung der Folgeanordnungen im Eilrechtsschutz schon an der statthaften Antragsart, da ein Fall der § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-4 VwGO, wie ihn der Wortlaut des § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ausdrücklich fordert, gerade nicht vorlag und ein Antrag auf Vollzugsfolgenbeseitigung laut Bearbeitervermerk nicht zu prüfen war.<sup>19</sup>

Auch eine etwaige Umdeutung in einen Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO analog könnte die Rechtsstellung des A vorliegend nicht verbessern, so dass ein solcher wohl ebenfalls am Rechtsschutzbedürfnis scheitern würde.<sup>20</sup>

#### VI. Zwischenergebnis

Der Antrag des A ist bzgl. der Anordnung der aufschieben-

den Wirkung des Widerspruchs gegen den Entzug der waffenrechtlichen Erlaubnis gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 WaffG zulässig. Im Übrigen ist er bereits unzulässig.

#### B. Begründetheit

Der Antrag müsste auch begründet sein. Der Antrag ist begründet, soweit die richterliche Interessenabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das Vollzugsinteresse der Allgemeinheit überwiegt.<sup>21</sup> Dies richtet sich maßgeblich nach den Erfolgsaussichten in der Hauptsache, welche wiederum von der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes abhängig sind.<sup>22</sup> Fraglich ist somit, ob die Entziehung der waffenrechtlichen Erlaubnis rechtmäßig war.

#### I. Ermächtigungsgrundlage

Dafür müsste zunächst eine taugliche Ermächtigungsgrundlage vorliegen. Bei dem Entzug der waffenrechtlichen Erlaubnis könnte es sich um eine Rücknahme oder einen Widerruf handeln. Hierfür beinhaltet das Waffengesetz in § 45 Abs. 1 und Abs. 2 WaffG abschließende Sonderregelungen zu §§ 48f. VwVfG.<sup>23</sup> Fraglich ist, ob es sich um eine Rücknahme oder einen Widerruf handelt.

Gem. § 45 Abs. 1 WaffG ist eine waffenrechtliche Erlaubnis zurückzunehmen, wenn nachträglich bekannt wird, dass die Erlaubnis hätte versagt werden müssen. Ein Widerruf ist demgegenüber gem. § 45 Abs. 2 S. 1 WaffG insbesondere anzuordnen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die zur Versagung hätten führen müssen.<sup>24</sup> Der Unterschied ist damit der Zeitpunkt des Eintritts der entscheidungserheblichen Tatsachen.<sup>25</sup> Vorliegend wurde der AfD-Landesverband erst nach Erteilung der waffenrechtlichen Erlaubnis als Verdachtsfall eingestuft, so dass die für die Behörde maßgeblichen Tatsachen erst nachträglich eintraten. Somit scheidet eine Rücknahme aus und es handelt sich um einen Widerruf i.S.d. § 45 Abs. 2 S. 1 WaffG. Die Vorschrift ist damit taugliche Ermächtigungsgrundlage.

<sup>15</sup> Vgl. dazu Sodan in: Sodan/Ziekow, VwGO (Fn. 3), § 42 Rn. 383.

<sup>16</sup> Buchheister in: Wysk, VwGO (Fn. 14), § 80 Rn. 44.

<sup>17</sup> VG Magdeburg, Beschl. v. 28.02.2023 – VG 1 B 212/22 MD, Rn. 3-6.

<sup>18</sup> VG Magdeburg, Beschl. v. 28.02.2023 – VG 1 B 212/22 MD, Rn. 6; zur Begründung s. bereits unter A. II.

<sup>19</sup> S. dazu bereits unter A. II.

<sup>20</sup> S. dazu bereits Fn. 12.

<sup>21</sup> Vgl. Buchheister in: Wysk, VwGO (Fn. 14), § 80 Rn. 45.

<sup>22</sup> Würtenerberger/Heckmann, VerwProzessR (Fn. 2), Rn. 613; vgl. auch Buchheister in: Wysk, VwGO (Fn. 14), § 80 Rn. 50ff.

<sup>23</sup> Heinrich in: MüKoStGB, 4. Aufl. 2022, WaffG § 45 Rn. 1.

<sup>24</sup> § 45 Abs. 2 S. 2 WaffG (Nichtbeachtung inhaltlicher Beschränkungen) ist offensichtlich nicht einschlägig und sollte daher höchstens kurz angesprochen werden.

<sup>25</sup> Vgl. König/Papsthart, Nomos-Kommentar Waffengesetz, 2. Aufl. 2012, § 45 Rn. 2f.



## II. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Widerruf müsste formell rechtmäßig sein.

### 1. Zuständigkeit

Laut Sachverhalt handelte die zuständige Behörde.

### 2. Verfahren

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist von einer ordnungsgemäßen Anhörung i.S.d. § 28 Abs. 1 VwVfG auszugehen.

### 3. Form

Der Widerruf wurde schriftlich i.S.d. § 39 Abs. 1 VwVfG begründet, so dass die Form gewahrt ist.

### 4. Zwischenergebnis

Der Widerruf war formell rechtmäßig.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Widerruf müsste auch materiell rechtmäßig gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage gegeben sind und eine taugliche Rechtsfolge gewählt wurde.

### 1. Tatbestandsvoraussetzungen

Es müssten die Tatbestandsvoraussetzungen des § 45 Abs. 2 S. 1 WaffG erfüllt sein. Dieser setzt voraus, dass nachträglich Tatsachen eintreten, die zur Versagung hätten führen müssen.

Wie bereits gezeigt, sind die Tatsachen, auf die die Behörde die Entziehung stützt, erst nach Erteilung der Erlaubnis eingetreten.<sup>26</sup> Fraglich ist, ob es sich um solche Tatsachen handelt, die zur Versagung hätten führen müssen. Dies richtet sich nach § 4 WaffG, der die Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung regelt. Hier kommt ausschließlich eine mangelnde Zuverlässigkeit des A i.S.d. § 4 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 WaffG in Betracht. Vom Vorliegen der übrigen Voraussetzungen ist mangels anderer Anhaltspunkte im Sachverhalt auszugehen. Insbesondere hat A als Sportschütze ein Bedürfnis i.S.d. § 4 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 8 Nr. 1 WaffG.

Fraglich ist also, ob A weiterhin als zuverlässig anzusehen ist, was sich nach § 5 WaffG richtet.

### a) Absolute Unzuverlässigkeit, § 5 Abs. 1 WaffG

Die in § 5 Abs. 1 WaffG geregelten Fälle der absoluten Unzuverlässigkeit<sup>27</sup> sind nicht einschlägig.

### b) Regelunzuverlässigkeit, § 5 Abs. 2 WaffG

In Betracht kommt die sogenannte Regelunzuverlässigkeit nach § 5 Abs. 2 WaffG, wobei die Erfüllung eines der aufgezählten Tatbestände eine widerlegliche Vermutung für die Unzuverlässigkeit begründet.<sup>28</sup>

Eine Straftat hat A nicht begangen, sodass § 5 Abs. 2 Nr. 1 WaffG ausscheidet. Die AfD wurde weder nach dem Vereinsgesetz verboten noch wurde ihre Verfassungswidrigkeit vom BVerfG nach § 46 BVerfGG festgestellt, so dass auch § 5 Abs. 2 Nr. 2 WaffG nicht in Frage kommt.

Allerdings könnte § 5 Abs. 2 Nr. 3 WaffG einschlägig sein. Eine einzelne Verfolgung von Bestrebungen i.S.d. § 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. a WaffG steht vorliegend nicht im Raum, so dass nur § 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. b und c WaffG in Betracht kommen. Dann müssten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass A Mitglied einer Vereinigung ist (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. b WaffG) bzw. diese unterstützt (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. c WaffG), die gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichtete Bestrebungen verfolgt (vgl. § 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. a aa WaffG).

### aa) Vereinigung

Die AfD müsste eine Vereinigung i.S.d. Norm sein. Dies sind sowohl Vereine i.S.d. Vereinsgesetzes als auch Parteien i.S.d. Parteiengesetzes.<sup>29</sup> Die AfD ist eine Partei i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 1 PartG und damit eine Vereinigung i.S.d. Norm.

### bb) Mitglied bzw. Unterstützer

A ist Mitglied der AfD-Partei (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. b WaffG) und dort auch Funktionsträger, so dass er die Partei auch unterstützt (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. c WaffG).

### cc) Tatbestandsmäßigkeit bei Einstufung der Vereinigung als Verdachtsfall?

Problematisch ist jedoch, dass die AfD lediglich als Verdachtsfall i.S.d. Verfassungsschutzgesetzes eingestuft wurde. Dies bedeutet laut Sachverhalt, dass tatsächliche Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen bestehen. Ein Nachweis verfassungsfeindlicher Bestrebungen wurde aber gerade noch nicht geführt.<sup>30</sup> Fraglich ist daher, mit welchem Grad der Überzeugung verfassungsfeindliche

<sup>26</sup> S. unter B. I.

<sup>27</sup> König/Papsthart, Nomos-BR (Fn. 25), § 45 Rn. 5.

<sup>28</sup> Gade, Waffengesetz Kommentar, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 21.

<sup>29</sup> BT-Drucks. 19/15875, S. 36; Gade, WaffG (Fn. 28), § 5 Rn. 29a.

<sup>30</sup> Vgl. OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, Rn. 7.

Bestrebungen der Vereinigung vorliegen müssen.<sup>31</sup> Dies ist durch Auslegung zu ermitteln.

### (1) Wortlaut

Bereits der Wortlaut der Norm, nach welchem sich der tatsachenbegründende Verdacht nur auf die Mitgliedschaft in der Vereinigung bezieht, und nicht (ebenfalls) darauf, ob von dieser Vereinigung verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgt werden, spricht dafür, dass eine Einstufung als Verdachtsfall nicht ausreichen soll.<sup>32</sup> Dies wird bestätigt durch die Formulierung, dass die Person Mitglied in einer Vereinigung gewesen sein muss, die solche Bestrebungen – in Gegenwart oder Vergangenheit – *verfolgt oder verfolgt hat*.<sup>33</sup> Eine doppelte Berücksichtigung des tatsachenbegründenden Verdachts – einmal für die Mitgliedschaft und einmal für die Verfassungsfeindlichkeit der Bestrebungen – lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen.<sup>34</sup> Der Wortlaut spricht mithin dafür, dass das Verfolgen von Bestrebungen i.S.d. Vorschrift feststehen muss.

### (2) Systematik

Etwas anderes könnte sich durch die Systematik ergeben. Zum einen zu beachten ist das Verhältnis des WaffG zu den verfassungsschutzrechtlichen Regelungen. Gem. § 5 Abs. 5 S. 1 Nr. 4 WaffG hat die Waffenbehörde Erkundigungen bei der zuständigen Verfassungsschutzbehörde darüber einzuholen, ob Tatsachen bekannt sind, die Bedenken gegen die Zuverlässigkeit begründen. Von der Verfassungsschutzbehörde werden daraufhin auch Verdachtsfälle mitgeteilt.<sup>35</sup> Fraglich ist, ob die Waffenbehörde an die Einschätzung der Verfassungsschutzbehörde gebunden ist. Dagegen spricht, dass es sich ausweislich des Wortlautes um eine rein verfahrensrechtliche Regelung handelt, welche keine materiellen Auswirkungen haben kann.<sup>36</sup> Die Waffenbehörde hat deshalb eine eigenständige Einzelfallprüfung vorzunehmen.<sup>37</sup> Maßgeblich dafür ist al-

lein das Waffengesetz.<sup>38</sup> Aus dem Zusammenhang mit den verfassungsschutzrechtlichen Regelungen ergibt sich somit nicht, dass die Einstufung als verfassungsfeindlicher Verdachtsfall ausreichend ist.

Dafür spricht auch der Vergleich mit anderen Rechtsgebieten. So kommt im Beamtenrecht einer Mitgliedschaft in einer als verfassungsfeindlich eingestuften Partei Indizwirkung für die Verletzung von Verfassungstreuepflichten zu, während eine Mitgliedschaft in einer „Verdachtsfallpartei“ noch nicht ausreichend ist.<sup>39</sup>

Man könnte jedoch anführen, dass ein Wertungswiderspruch innerhalb der Norm entsteht, wenn für das individuelle Handeln (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. a WaffG) tatsächliche Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen genügen, während bei dem kollektiven Zusammenwirken die Verfassungsfeindlichkeit der Vereinigung feststehen muss.<sup>40</sup> Insofern werden jedoch mangels Erkenntnissen über individuelle Tätigkeiten die verfassungsfeindlichen Bestrebungen der Vereinigung dem Mitglied zugerechnet, so dass der abgestufte Nachweismaßstab nachvollziehbar erscheint.<sup>41</sup>

Aus der Systematik lässt sich damit ebenfalls nicht schlussfolgern, dass auch Verdachtsfälle erfasst werden sollen.

### (3) Historie

Zu beachten ist weiterhin der Wille des Gesetzgebers bzw. die Entstehungsgeschichte der Norm (historische Auslegung).<sup>42</sup> Das Ausreichen eines tatsachenbegründenden Verdachts wurde 2017<sup>43</sup> in § 5 Abs. 2 Nr. 3 WaffG eingeführt. Zuvor war es erforderlich, dass die Personen die Bestrebungen „einzeln oder als Mitglied einer Vereinigung [...] verfolgen oder unterstützen“<sup>44</sup>, während es nunmehr ausreichen sollte, dass „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie einzeln oder als Mitglied einer Vereinigung Bestrebungen verfolgen oder unterstützen“<sup>45</sup>. Laut Gesetzesbegründung sollte so ein verbesserter Schutz der

<sup>31</sup> OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, Rn. 6; die einschlägigen Kommentierungen äußern sich zu der Frage nicht: Gade, WaffG (Fn. 28), § 5 Rn. 29a; Heller/Soschinka/Rabe, Waffenrecht, Handbuch für die Praxis, 4. Aufl. 2020, Rn. 770a; unklar: Papsthart in: Steindorf, Waffenrecht Kommentar, 11. Aufl. 2022, WaffG § 5 Rn. 54 der auch Verdachtsfälle und sogar Beobachtungsfälle nennt, aber keine ausdrückliche Bewertung bzgl. der Unzuverlässigkeit vornimmt.

<sup>32</sup> OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, Rn. 10; VG Magdeburg, Beschl. v. 28.02.2023 – 1 B 212/22 MD, Rn. 17.

<sup>33</sup> Nitschke, Verfassungsschutzrechtlicher Verdachtsfall und waffenrechtliche Regelunzuverlässigkeit, NVwZ 2023, 814 (814).

<sup>34</sup> Nitschke (Fn. 33), NVwZ 2023, 814 (814); a.A. VG Düsseldorf NVwZ-RR 2023, 626 (628) Rn. 49 jedoch ohne Begründung und widersprüchlich.

<sup>35</sup> OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, Rn. 8.

<sup>36</sup> Vgl. OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, Rn. 8 mit Verweis auf Papsthart in: Steindorf, WaffR (Fn. 31), WaffG § 5 Rn. 68 „Zuständigkeitsregelung“.

<sup>37</sup> OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, Rn. 8.

<sup>38</sup> OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, Rn. 9.

<sup>39</sup> Nitschke (Fn. 33), NVwZ 2023, 814 (816) m.w.N.

<sup>40</sup> OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, Rn. 21.

<sup>41</sup> OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, Rn. 21.

<sup>42</sup> Jarass in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 63.

<sup>43</sup> Zweites Gesetz zur Änderung des Waffengesetzes und weiterer Vorschriften vom 30.06.2017, BGBl. I, S. 2133.

<sup>44</sup> Vgl. Fassung vom 26.03.2008, BGBl. I S. 426.

<sup>45</sup> Vgl. Fassung vom 30.06.2017, BGBl. I, S. 2133.

Allgemeinheit erreicht werden, indem schon Zuverlässigkeitszweifel erlaubnisschädlich seien (risikointoleranterer Ansatz).<sup>46</sup> Die Formulierung aus 2017 i.V.m. der Gesetzesbegründung könnte dafürsprechen, dass auch für das kollektive Verfolgen von Bestrebungen ein tatsächlicher Verdacht und damit eine Mitgliedschaft in einer als Verdachtsfall eingestuften Vereinigung ausreichen soll.<sup>47</sup> Andererseits könnte sich der tatsächliche Verdacht auch nach der Fassung aus 2017 nur auf die *individuelle Betätigung* des Betroffenen als Einzelner oder im Kollektiv beziehen und nicht auf die Verfassungsfeindlichkeit der Vereinigung.<sup>48</sup> Es käme dann nur auf den Verdacht einer individuellen verfassungsfeindlichen Betätigung an, der losgelöst von einer etwaigen Mitgliedschaft in einer Vereinigung zu ermitteln wäre.<sup>49</sup> Dafür spricht die Formulierung „als Mitglied“ und nicht etwa „bereits durch die Mitgliedschaft“.<sup>50</sup>

Gestützt wird dies auch durch die weitere Entwicklung der Norm. Im Jahr 2020<sup>51</sup> gab es eine weitere Änderung des Waffengesetzes, die laut Gesetzesbegründung zur Schließung einer Regelungslücke diente, die darin bestand, dass bei Personen, bei denen zwar die Mitgliedschaft in einer entsprechenden Vereinigung bekannt war, jedoch keine Erkenntnisse über individuelle Aktivitäten vorlagen, die Regelunzuverlässigkeit nicht gegeben war.<sup>52</sup> Seitdem kommt es nicht mehr auf die individuelle Betätigung an, sondern eine Mitgliedschaft soll ausreichen, da diese typischerweise einschließe, dass die Person nachhaltig die verfassungsfeindlichen Ziele der Vereinigung teilt.<sup>53</sup> Auch bzgl. des Nachweises der Mitgliedschaft sollte laut Gesetzesbegründung „wie schon bei der Verfolgung der aufgezählten Bestrebungen“ ein tatsächlicher Verdacht ausreichend sein.<sup>54</sup> Die Gesetzesbegründung selbst verwendet die Begriffe „verfassungsfeindliche Vereinigung“ und „verfassungsfeindliche Ziele“<sup>55</sup>, ohne dafür

einen besonderen Nachweismaßstab zu definieren. Dies spricht dagegen, dass auch bzgl. der Verfassungsfeindlichkeit der Vereinigung ein tatsächlicher Verdacht ausreichend sein soll.<sup>56</sup> Eine Einbeziehung verfassungsschutzrechtlicher Verdachtsfälle erwähnt die Gesetzesbegründung nicht, sondern betont nur, die oben genannte Regelungslücke schließen zu wollen.<sup>57</sup> Somit spricht auch die Historie gegen eine Einbeziehung von Mitgliedern von als Verdachtsfall eingestuften Vereinigungen.

#### Hinweis:

Die umfangreichen Ausführungen der Gerichte zur Gesetzeshistorie können in einer Klausur natürlich nicht erwartet werden, es sei denn, die Gesetzesmaterialien wären abgedruckt. Im Rahmen einer Hausarbeit müssten sie aber berücksichtigt werden.

#### (4) Sinn und Zweck

Letztendlich sind noch der Sinn und Zweck des Gesetzes einzubeziehen. Telos des Waffengesetzes ist es, die Allgemeinheit vor unzuverlässigen Waffenbesitzern und damit einhergehenden Gefahren für Leib und Leben zu schützen.<sup>58</sup> Schutzlücken, die dem Regelungszweck des Gesetzes widersprechen, Risiken des Waffenbesitzes auf ein Mindestmaß zu beschränken, sind zu vermeiden.<sup>59</sup> Eine solche Schutzlücke könnte bestehen, wenn die verfassungsfeindlichen Bestrebungen der Vereinigung bereits feststehen müssen.<sup>60</sup> Dafür spricht, dass ein Verfahren zur Feststellung der Verfassungsfeindlichkeit oftmals mehrere Jahre dauert und in dieser Zeit das Risiko des unzuverlässigen Umgangs mit der Waffe mit erheblichen Gefahren für Leib und Leben Dritter hingenommen werden müsste,<sup>61</sup> obwohl bereits hinreichend gewichtige Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen bestehen.<sup>62</sup> Andererseits ist die Verfassungsfeindlichkeit in dieser Zeit gerade

<sup>46</sup> BT-Drucks. 18/12397, S. 13.

<sup>47</sup> Vgl. die Begründung des Antragsstellers in OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, Rn. 14 sowie i.E. auch VG Düsseldorf, NVwZ-RR 2023, 626, Rn. 50f., jedoch nur die Gesetzesbegründung wiedergebend.

<sup>48</sup> OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, Rn. 15; vgl. auch Gade, WaffG (Fn. 28), Einführung Rn. 26c: „Erweiterung des § 5 Abs. 2 Nr. 3 um die auf Tatsachen gestützte Annahme, der Antragst. habe in der Vergangenheit bestimmte Verhaltensweisen gezeigt“.

<sup>49</sup> Nitschke (Fn. 33), NVwZ 2023, 814 (815).

<sup>50</sup> Nitschke (Fn. 33), NVwZ 2023, 814 (815).

<sup>51</sup> Drittes Gesetz zur Änderung des Waffengesetzes und weiterer Vorschriften vom 17.02.2020, BGBl. I, S. 166.

<sup>52</sup> BT-Drucks. 19/15875, S. 36.

<sup>53</sup> BT-Drucks. 19/15875, S. 36.

<sup>54</sup> BT-Drucks. 19/15875, S. 36.

<sup>55</sup> BT-Drucks. 19/15875, S. 36.

<sup>56</sup> OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, Rn. 18.

<sup>57</sup> OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, Rn. 18 mit Verweis auf BT-Drucks. 19/15875, S. 4, 24.

<sup>58</sup> Vgl. Nitschke (Fn. 33), NVwZ 2023, 814 (816).

<sup>59</sup> BVerwGE 166, 45 (51) m.w.N.

<sup>60</sup> VG Düsseldorf NVwZ-RR 2023, 626 (628), Rn. 55.

<sup>61</sup> VG Düsseldorf NVwZ-RR 2023, 626 (628), Rn. 55.

<sup>62</sup> Nitschke (Fn. 33), NVwZ 2023, 814 (816).

noch nicht bewiesen.<sup>63</sup> Insofern könnte auch das Parteienprivileg aus Art. 21 Abs. 4 GG einer Einbeziehung von Verdachtsfällen entgegenstehen.<sup>64</sup> Fraglich ist jedoch schon, ob überhaupt ein mittelbarer Eingriff vorliegt.<sup>65</sup> Dieser könnte dann evtl. durch die extreme Gefährlichkeit von Waffen und die daraus folgende staatliche Schutzpflicht gerechtfertigt sein.<sup>66</sup>

Darauf kommt es nach der vorliegend vertretenden Ansicht jedoch ohnehin nicht an. Eine nur vom Sinn und Zweck der Norm getragene Auslegung, die sich dem Wortlaut der Norm „nicht im Ansatz entnehmen“<sup>67</sup> lässt und zudem nicht von Systematik und Historie gestützt wird, überschreitet die Zuständigkeit des Rechtsanwenders.<sup>68</sup> Im Übrigen kann dem Schutzzweck dadurch Rechnung getragen werden, dass eine Mitgliedschaft in einer als Verdachtsfall eingestuften Vereinigung i.R.d. Gesamtschau nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 WaffG herangezogen werden kann.<sup>69</sup> Bei dem Vorliegen eines tatsächlichen Verdachts für individuelle verfassungsfeindliche Bestrebungen ist bereits § 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. a WaffG einschlägig.<sup>70</sup>

#### (5) Zwischenergebnis

Die besseren Argumente sprechen mithin dafür, Verdachtsfälle nicht in den Tatbestand des § 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. a, b WaffG einzubeziehen.

#### dd) Zwischenergebnis

Somit scheidet eine Regelunzuverlässigkeit des A aus.

#### c) Zwischenergebnis

Mangels weiterer Anhaltspunkte für eine Unzuverlässigkeit ist A als zuverlässig anzusehen. Somit sind keine Tatsachen eingetreten, die zur Versagung hätten führen müssen. Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

#### 2. Zwischenergebnis

Der Widerruf ist materiell rechtswidrig.

#### IV. Zwischenergebnis

Das Aussetzungsinteresse des Antragstellers überwiegt das Vollzugsinteresse der Allgemeinheit. Der Antrag ist begründet.

#### C. Ergebnis

Bezüglich des zulässigen Teils ist der Antrag auch begründet und hat daher insoweit Erfolg.

#### FAZIT

Die Urteile eignen sich gut für eine Klausur (z.B. i.R.d. Großen Übung), da sie die Möglichkeit geben, Wissen zum Eilrechtsschutz zu prüfen, gleichzeitig aber auch i.d.R. eher unbekannte Normen des Waffengesetzes und deren Auslegung in den Mittelpunkt rücken. Im materiell-rechtlichen Teil kommt es auf eine solide inhaltliche Argumentation und Arbeit mit den gängigen Auslegungsmethoden an, wobei detailliertes Wissen zur Gesetzeshistorie natürlich nicht vorausgesetzt werden kann.

Wie der Fall zeigt, sollte man sich mit der Systematik des WaffG vertraut machen. In Klausurkonstellationen wird es in aller Regel um Probleme der Zuverlässigkeit gehen, da es hier im Besonderen auf die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ankommt. Weiterhin denkbar wäre jedoch auch eine Prüfung der persönlichen Eignung i.S.d. § 6 WaffG.

Wichtig ist es, zu erkennen, dass § 45 Abs. 1 und 2 WaffG abschließende Sonderregelungen enthalten, die den Regelungen des allgemeinen Verwaltungsrechts aus §§ 48f. VwVfG vorgehen.<sup>71</sup>

Die Ausführungen des OVG Magdeburg sind dogmatisch nachvollziehbar, während die gegenteiligen Auffassungen der Gerichte in Nordrhein-Westfalen eine ausführliche Begründung vermissen lassen. Rechtspolitisch wünschenswert wäre angesichts des Schutzzwecks des Waffengesetzes und der zunehmenden Gewaltbereitschaft jedoch eine gesetzgeberische Regelung dahingehend, dass die Mitgliedschaft in einer „Verdachtsfallpartei“ für die Regelun-

<sup>63</sup> Nitschke (Fn. 33), NVwZ 2023, 814 (816).

<sup>64</sup> Nitschke (Fn. 33), NVwZ 2023, 814 (816).

<sup>65</sup> Dazu näher BVerwGE 166, 45 (52ff.); für eine bereits als verfassungsfeindlich eingestufte Partei ablehnend: OVG Bautzen NVwZ 2023, 358 (359) Rn. 13; dazu Nitschke, NVwZ 2023, 358 (360f.), Anm. zu OVG Bautzen, Beschl. v. 19.10.2022 – 6 B 171/22. Nach VG Düsseldorf NVwZ-RR 2023, 626 (627) Rn. 36 stellt die waffenrechtliche Unzuverlässigkeit eines Parteimitglieds keine dem Parteienverbot vergleichbare Maßnahme dar, die nach Art. 21 GG zu beurteilen wäre.

<sup>66</sup> Nitschke (Fn. 33), NVwZ 2023, 814 (816).

<sup>67</sup> BVerfG NVwZ 2022, 1129 (1130) Rn. 34.

<sup>68</sup> Vgl. OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, Rn. 20; sowie Nitschke (Fn. 33), NVwZ 2023, 814 (816).

<sup>69</sup> OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.04.2023 – 3 M 13/23, Rn. 22 mit Verweis auf VG Regensburg, Beschl. v. 07.03.2022 – RO 4 S 22.28, Rn. 35, 37; a.A. VG Düsseldorf NVwZ-RR 2023, 626 (628) Rn. 55 m.w.N.

<sup>70</sup> Vgl. VG Magdeburg, Beschl. v. 28.02.2023 – VG 1 B 212/22 MD, Rn. 22; VG Regensburg, Beschl. v. 07.03.2022 – RO 4 S 22.28, Rn. 35.

<sup>71</sup> S. dazu bereits unter B. I.



zuverlässigkeit ausreichend ist.<sup>72</sup> Die Uneinigkeit der Verwaltungsgerichte dürfte den Waffenbehörden jedenfalls bis dato erhebliche Schwierigkeiten bereiten. So werden auch im kürzlich erschienenen Evaluationsbericht zum Dritten Waffenrechtsänderungsgesetz Forderungen nach einer gesetzgeberischen Klärung laut.<sup>73</sup> Zur Einstufung der AfD als nachrichtendienstlicher Verdachtsfall vgl. auch Huber, NVwZ 2023, 225.

---

<sup>72</sup> Vgl. auch Nitschke (Fn. 33), NVwZ 2023, 814 (816).

<sup>73</sup> Evaluationsbericht zum Dritten WaffRÄndG, [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/evaluierung-von-gesetzen/downloads/berichte/evaluierungsbericht-3-WaffRAEndG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/evaluierung-von-gesetzen/downloads/berichte/evaluierungsbericht-3-WaffRAEndG.pdf?__blob=publicationFile&v=2), S. 12 (zuletzt abgerufen am: 21.11.2023).

## Versuchter Heimtückemord durch Selbstgefährdung

stud. iur. Niklas Hüneburg

BGH, Urteil vom 30.03.2023 - 4 StR 234/22

§§ 211, 212, 223, 224 StGB

### Sachverhalt (vereinfacht)

Der stark eifersüchtige T ging davon aus, dass seine Ehefrau E mit einem anderen Mann Kontakt habe und befürchtete, dass diese ihn und die gemeinsamen Kinder verlassen werde. Außerdem missfiel ihm der westliche Lebens- und Kleidungsstil seiner Frau. Dies verärgerte ihn so sehr, dass er schließlich den Entschluss fasste, die E zu töten.

Dafür blieb er eines Tages seiner Arbeitsstelle fern und täuschte der E vor, dass er für sie in der Stadt N ein Auto kaufen wolle. Daraufhin küsste und umarmte er sie, um sie in Sicherheit zu wiegen und keinen Verdacht zu erregen. E setzte sich auf die Beifahrerseite des Autos, welches T sodann auf eine Autobahn fuhr. Diese führte jedoch nicht – wie von T zunächst behauptet – nach N. Währenddessen gerieten beide in einen Streit. T warf der E vor, unsittliche Kontakte zu einem anderen Mann zu unterhalten.

Daraufhin forderte er sie auf, den Namen des anderen Mannes zu nennen. Andernfalls würde er sie beide töten. E erwiderte, dass es keinen anderen Mann gäbe. Als Folge erhöhte T die Geschwindigkeit des Fahrzeuges auf 155 km/h, was die E so sehr verängstigte, dass sie weinte und verstummte.

T wechselte von der linken auf die rechte Spur, auf der sich ein Sattelzug befand, der lediglich eine Geschwindigkeit von höchstens 85 km/h besaß und fuhr anschließend so auf dessen Heck auf, dass die Front der Beifahrerseite des Autos auf das linke Heck des Sattelauflegers prallte. Beim Aufprall wurde das Auto so stark beschädigt, dass der Motorblock herausflog und der Wagen in Brand geriet. Zudem drangen bei der Kollision Fahrzeugteile des Autos in das Fahrzeuginnere, die die E lebensgefährlich verletzten und eine mehrtägige stationäre Behandlung erforderlich machten. Dabei kam es T gerade darauf an, die E zu töten und er war sich der Lebensgefährlichkeit des Manövers bewusst. Im Anschluss kam der Pkw am Standstreifen zum Stehen. Dort bemerkte T das die E noch lebte und er sie nicht mehr töten könne.

### Wie hat sich T nach den §§ 211, 212, 223, 224 StGB strafbar gemacht?

### EINORDNUNG

In dem zugrunde liegenden Urteil befasste sich der BGH genauer mit dem Mordmerkmal der Heimtücke und dem dabei entscheidenden Zeitpunkt für das heimtückische Handeln des Täters. Hierbei musste das Gericht insbesondere prüfen, ob für den Zeitpunkt des Vorliegens der Arg- und Wehrlosigkeit auch auf bis zum Tatzeitpunkt fortwirkende Vorbereitungshandlungen abgestellt werden kann. Insbesondere unter dem Gesichtspunkt der absoluten Strafandrohung gilt es, den Heimtückemord von einem Totschlag nach § 212 Abs. 1 StGB abzugrenzen. Ferner thematisiert der Fall, ob eine Eigengefährdung des Täters einem Tötungsvorsatz entgegensteht und inwiefern noch der konstitutive Unmittelbarkeitszusammenhang für eine Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeuges

nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB gegeben ist, wenn sich das Opfer selbst im eingesetzten Werkzeug (hier in einem Auto) befindet.

### LEITSÄTZE

1. Eine Beweisregel, nach der es einem Tötungsvorsatz entgegensteht, dass mit der Vornahme einer fremdgefährdenden Handlung auch eine Eigengefährdung einhergeht, gibt es nicht. Bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr kann zwar eine vom Täter als solche erkannte Eigengefährdung dafür sprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraut hat. Dies gilt aber nur, wenn die Verhaltensweise nicht von vornherein darauf angelegt ist, eine andere Person zu verletzen oder einen Unfall herbeizuführen.

2. Bei einer von langer Hand geplanten und vorbereiteten Tat kann ein heimtückisches Vorgehen im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB auch in Vorkehrungen liegen, die der Täter ergreift, um eine günstige Gelegenheit zur Tötung zu schaffen, sofern diese bei der Ausführung der Tat noch fortwirken.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Strafbarkeit des T gem. §§ 212 Abs. 1, 2 Gr. 2 Var. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

### I. Tatbestand

#### 1. Vorprüfung

#### 2. Tatentschluss

a) Tatentschluss bzgl. des Grundtatbestandes, § 212 Abs. 1 StGB

#### **b) Tatentschluss bzgl. des Mordmerkmals der Heimtücke, § 211 Abs. 1, 2 Gr. 2 Var. 1**

aa) e.A.: Besonders verwerflicher Vertrauensbruch

bb) a.A.: Feindselige Willensrichtung

cc) Zwischenergebnis

#### 3. Unmittelbares Ansetzen

### II. Rechtswidrigkeit und Schuld

### III. Kein Rücktritt

### IV. Ergebnis

B. Strafbarkeit des T gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

a) Grundtatbestand Körperverletzung, § 223 Abs. 1 StGB

aa) Körperliche Misshandlung

bb) Gesundheitsschädigung

cc) Kausalität

dd) Objektive Zurechnung

b) Qualifikation, § 224 Abs. 1 StGB

#### **aa) Mittels eines gefährlichen Werkzeuges, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB**

bb) Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

(1) Abstrakte Lebensgefahr

(2) Konkrete Lebensgefahr

(3) Zwischenergebnis

#### 2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz bzgl. § 223 Abs. 1 StGB

b) Vorsatz bzgl. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

c) Vorsatz bzgl. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

### II. Rechtswidrigkeit und Schuld

### III. Ergebnis

### C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

### **A. Strafbarkeit des T gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, 2 Gr. 2 Var. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB**

T könnte sich wegen versuchten Mordes gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, 2 Gr. 2 Var. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit einer Geschwindigkeit von 155 km/h mit der Beifahrerseite eines Pkw, auf der sich E befand, gegen das linke Heck eines Sattelauflegers steuerte, der höchstens 85 km/h fuhr.

### I. Tatbestand

#### 1. Vorprüfung

Die Tat dürfte nicht vollendet und der Versuch müsste strafbar sein. E wurde nicht getötet. Mithin ist die Tat nicht vollendet. Weiterhin stellt Mord gem. § 211 Abs. 1, 2 StGB ein Verbrechen i.S.d. § 12 Abs. 1 StGB dar. Folglich ist der Versuch gem. § 23 Abs. 1 StGB strafbar.

#### 2. Tatentschluss

T müsste mit Tatentschluss gehandelt haben. Der Tatentschluss umfasst den auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale gerichteten Vorsatz sowie sonstige subjektive Merkmale.<sup>1</sup> Unter Vorsatz wird der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller objektiven Tatumstände verstanden.<sup>2</sup>

#### **a) Tatentschluss bzgl. des Grundtatbestandes, § 212 Abs. 1 StGB**

T müsste Tatentschluss bezüglich des Grundtatbestandes gem. § 212 Abs. 1 StGB gehabt haben. T wollte einen anderen Menschen, die E, durch eine Kollision der Beifahrerseite, auf der sich E befand, mit dem Heck eines Sattelauflegers töten. Problematisch ist dabei, ob es der Annahme eines Tötungsvorsatzes des T nicht entgegensteht, dass mit dem Zusammenstoß auch eine Gefährdung seiner Gesundheit und seines Lebens einhergeht. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass man das eigene Leben schützen möchte und daher auf einen guten Ausgang vertraut. Somit ist fraglich, ob T bewusst fahrlässig oder schon mit *dolus eventualis*

<sup>1</sup> Kindhäuser/Hilgendorf, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2022, § 22 Rn. 12; Schmidt, Strafrecht Allgemeiner Teil, 23. Aufl. 2023, Rn. 647.

<sup>2</sup> Freund/Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 7 Rn. 40, 43; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2022, § 24 Rn. 7.

handelte. *Dolus eventualis* liegt nach der Billigungstheorie vor, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält und diese billigend in Kauf nimmt.<sup>3</sup> Bewusst fahrlässig handelt, wer die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung zwar erkennt, jedoch darauf vertraut, dass diese nicht eintritt.<sup>4</sup> Eine Eigengefährdung, die durch ein riskantes Verhalten im Straßenverkehr hervorgerufen wird, kann grundsätzlich dafür sprechen, dass der Täter auf einen guten Ausgang vertraut. Das Vertrauen auf einen guten Ausgang fehlt jedoch dann, wenn die Verhaltensweise schon von vornherein darauf angelegt ist, eine andere Person zu verletzen oder einen Unfall herbeizuführen.<sup>5</sup> Dann wird nämlich auch eine eigene (tödliche) Verletzung billigend in Kauf genommen. Die Hochgeschwindigkeitsfahrt sowie die durch T herbeigeführte anschließende Kollision weisen objektiv eine hohe Gefährlichkeit auf, die darauf hindeutet, dass T für sich und E nicht auf einen guten Ausgang vertraute und auch einen für sich potentiell tödlichen Unfall verursachen wollte. Darüber hinaus äußerte T gegenüber E unmittelbar vor der Tat, dass er vorhabe, sie beide zu töten. Schließlich spricht auch sein stark aggressives und rücksichtsloses Verhalten während des Streites dafür, dass T die E tatsächlich töten wollte und damit seinen eigenen Tod mindestens billigend in Kauf nahm. Dementsprechend steht die Eigengefährdung dem Tötungsvorsatz hier nicht entgegen. Zudem müsste nach der Vorstellung des T die durch ihn herbeigeführte Kollision des Autos mit dem Sattelaufleger ursächlich für die schweren Verletzungen der E sein. Nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel ist eine Handlung für den Erfolg kausal, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete tatbestandliche Erfolg entfällt.<sup>6</sup> Hätte T den Unfall nicht bewusst verursacht, wäre E nicht derart zu Tode gekommen. Somit ist die Handlung kausal für den Erfolg. Darüber hinaus müssten die schweren Verletzungen der E nach der Vorstellung des T auch objektiv zurechenbar sein. Objektiv zurechenbar ist ein Erfolg, wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im konkreten tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.<sup>7</sup> T schuf bewusst eine rechtlich missbilligte Gefahr für das Leben der E, wobei es ihm unbedingt darauf ankam, dass sich

diese Gefahr in dem Tod der E realisiert. Der Tod der E ist nach der Vorstellung des T objektiv zurechenbar. Damit hatte T Tatentschluss bezüglich § 212 Abs. 1 StGB.

#### **b) Tatentschluss bzgl. des Mordmerkmals der Heimtücke, § 211 Abs. 1, 2 Gr. 2 Var. 1 StGB**

Weiter müsste T Tatentschluss bezüglich des Mordmerkmals der Heimtücke gem. § 211 Abs. 1, 2, Gr. 2 Var. 1 StGB gehabt haben. Heimtückisch handelt, wer die Arg- und Wehrlosigkeit seines Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.<sup>8</sup> Arglos ist, wer sich zum Zeitpunkt der Tat keines Angriffs von Seiten des Täters versieht.<sup>9</sup> Im Streit teilte T der E mit, dass er sie töten werde, wenn sie nicht den Namen ihres vermeintlichen Liebhabers mitteile. T wusste also zum Zeitpunkt des Auffahrens, dass E einen Angriff befürchtete. Nach der Vorstellung des T war die E zum Zeitpunkt der Ausführungshandlung nicht arglos. Fraglich ist jedoch, wie die Tatsache zu bewerten ist, dass T vor der Fahrt im Auto die E sowohl küsste und umarmte als auch vorgab, dass er für sie ein Auto kaufen werde. T wusste, dass die E durch die Umarmung und den Kuss sowie unter dem Vorwand des Autokaufs nicht mit einem Angriff rechnete. Außerdem konnte E während der Fahrt das Auto nicht verlassen, womit E in eine bis zur Tatbegehung fortwirkende Lage gebracht wurde. Bei der Arglosigkeit kann auch auf den Zeitpunkt von Vorbereitungshandlungen abgestellt werden, die eine günstige Gelegenheit zur Tötung schaffen, sofern diese bei der Tatausführung noch fortwirken.<sup>10</sup> Die Arglosigkeit liegt vor. Wehrlosigkeit ist ein Zustand erheblich eingeschränkter Verteidigungsfähigkeit, der gerade auf der Arglosigkeit beruhen muss.<sup>11</sup> Gerade da E nicht einen Angriff des T befürchtete, stieg sie zu ihm ins Auto. In dem fahrenden Auto, das zudem von T gelenkt wurde, kann sich E nur sehr eingeschränkt wehren. Auch die Wehrlosigkeit ist gegeben. Aufgrund der absoluten Strafandrohung besteht Einigkeit darin, das Mordmerkmal der Heimtücke restriktiv auszulegen.<sup>12</sup> Gleichwohl ist umstritten, wie diese restriktive Auslegung zu erfolgen hat.

<sup>3</sup> Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 8 Rn. 116.

<sup>4</sup> Sternberg-Lieben/Schuster in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 203.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 01.03.2018 – IV StR 399/17; BGH, Urt. v. 04.02.2021 – IV StR 403/20.

<sup>6</sup> Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 9. Kap. Rn. 5; Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 222.

<sup>7</sup> Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4, Rn. 43; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 258.

<sup>8</sup> Schneider in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 150.

<sup>9</sup> BGHSt 32, 382 (384); Safferling in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2020, § 211 Rn. 42.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 21.01.2021 – IV StR 337/20; BGH, Urt. v. 11.03.2021 – III StR 316/20.

<sup>11</sup> BGH NJW 2020, 2421 (2423); BGH NJW 2021, 609 (610).

<sup>12</sup> Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, (Fn. 4), § 211 Rn. 22.



**aa) e.A.: Besonders verwerflicher Vertrauensbruch**

Eine Ansicht fordert einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch, d. h. den Missbrauch des in der Tatsituation entgegengebrachten Vertrauens. Für ein solches Vertrauensverhältnis bedürfe es einer personalen Beziehung zwischen Täter und Opfer, die über das sozial übliche Verhalten hinausgeht.<sup>13</sup> T und E sind verheiratet und leben mit den gemeinsamen Kindern zusammen. Hieraus resultiert ein besonderes Vertrauensverhältnis, welches T dazu nutzte, die E in Sicherheit zu wiegen. Nach dieser Ansicht hätte T bezüglich der Heimtücke Tatentschluss.

**bb) a.A.: Feindselige Willensrichtung**

Nach der Rechtsfolgenlösung bedarf es grundsätzlich keiner restriktiven Auslegung auf der Tatbestandsebene. Jede Tötung, die nicht mit dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Getöteten geschieht, erfolge in feindseliger Willensrichtung und sei als heimtückische Tötung anzusehen. Zur Einschränkung des Mordmerkmals kann auf der Rechtsfolgenseite der Strafraumen in entsprechender Anwendung des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB angepasst werden, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen.<sup>14</sup> T wusste, dass die Tötung der E weder ihrem ausdrücklichen noch mutmaßlichen Willen entspricht. Dennoch wollte er diese töten. Auch nach dieser Ansicht hätte T hinsichtlich der Heimtücke Tatentschluss.

**cc) Zwischenergebnis**

Beide Ansichten kommen zum selben Ergebnis. Daher ist eine Stellungnahme nicht erforderlich. T hatte bezüglich dem Mordmerkmal der Heimtücke Tatentschluss.

**3. Unmittelbares Ansetzen**

T müsste weiter unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben. Ein unmittelbares Ansetzen liegt vor, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „jetzt-geht-es-los“ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung dergestalt ansetzt, dass das Tun ohne weitere Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung übergeht.<sup>15</sup> Vorliegend hat T bereits die Kollision des Autos mit dem Heck des Sattelauflegers herbeigeführt. Ein unmittelbares Ansetzen des T liegt vor.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

T müsste rechtswidrig und schuldhaft gehandelt haben. Rechtfertigungsgründe sowie Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. Somit handelte T rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Kein Rücktritt**

Allerdings könnte T gem. § 24 Abs. 1 S. 1 StGB strafbefreiend zurückgetreten sein.

Der Versuch dürfte hierfür nicht fehlgeschlagen sein. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn nach der subjektiven Vorstellung des Täters die Tat mit dem ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne zeitliche Zäsur vollendet werden kann.<sup>16</sup> Nach der Vorstellung des T standen ihm nach der Kollision keine weiteren Mittel mehr zur Verfügung, um die E zu töten. Mithin liegt ein fehlgeschlagener Versuch vor.

Ein strafbefreiender Rücktritt gem. § 24 Abs. 1 S. 1 StGB scheidet daher aus.

**IV. Ergebnis**

T hat sich wegen versuchten Mordes gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, 2, Gr. 2 Var. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit des T gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB**

T könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit einer Geschwindigkeit von 155 km/h mit der Beifahrerseite eines Pkw, auf der sich E befand, gegen das linke Heck eines Sattelauflegers steuerte, der höchstens 85 km/h fuhr.

**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand****a) Grundtatbestand Körperverletzung, § 223 Abs. 1 StGB****aa) Körperliche Misshandlung**

T könnte E körperlich misshandelt haben. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble und unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.<sup>17</sup> Das Auffahren auf einen Sattelaufleger mit der Beifahrerseite eines Pkw, auf der sich die E befand, stellt eine üble und unangemessene Behandlung dar. Die

<sup>13</sup> Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 211 Rn. 26f.; Küpper/Börner, Strafrecht Besonderer Teil 1, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 54.

<sup>14</sup> BGHSt 30, 105 (105); Kindhäuser/Schramm, Strafrecht Besonderer Teil I, 10. Aufl. 2022, § 2 Rn. 6.

<sup>15</sup> BGH NStZ 2018, 648 (648); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Auflage 2023, § 22 Rn. 9.

<sup>16</sup> Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 37 Rn. 15.

<sup>17</sup> Hartung in: MüKo StGB, § 223 Rn. 26; Zöller/Mavany, Strafrecht Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 152.

aufprallbedingten Verletzungen beeinträchtigen sowohl das körperliche Wohlbefinden als auch die körperliche Unversehrtheit der E erheblich. Folglich hat T die E körperlich misshandelt.

#### **bb) Gesundheitsverletzung**

T könnte E an der Gesundheit geschädigt haben. Eine Gesundheitsschädigung ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines nachteilig vom Normalzustand der körperlichen Funktionen abweichenden pathologischen Zustandes.<sup>18</sup> Vorliegend erleidet E aufprallbedingt erhebliche physische Verletzungen, die eine mehrtägige stationäre Behandlung erforderlich machen. Dieser Zustand weicht vom körperlichen Normalzustand der E nachteilig ab und ist folglich pathologisch. Demnach hat T die E an der Gesundheit geschädigt.

#### **cc) Kausalität**

Die durch T herbeigeführte Kollision des Autos mit dem Sattelaufleger müsste ursächlich für die schweren Verletzungen der E sein. Wäre T nicht mit seinem Auto mit einer Geschwindigkeit von 155 km/h auf das Heck des Sattelauflegers aufgefahren, hätte E keine schweren Verletzungen erlitten. Mithin ist die Handlung des T kausal für den Erfolg.

#### **dd) Objektive Zurechnung**

Die schweren Verletzungen der E müssten dem T objektiv zurechenbar sein. Das bewusste Herbeiführen des Zusammenstoßes durch T stellt eine rechtliche missbilligte Gefahr für die Gesundheit der E dar, die sich in massiven Verletzungen derselben realisierte. Demzufolge ist der Erfolg dem T objektiv zurechenbar.

#### **b) Qualifikation, § 224 Abs. 1 StGB**

##### **aa) Mittels eines gefährlichen Werkzeuges, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB**

T könnte E mittels eines gefährlichen Werkzeuges am Körper verletzt haben. Ein gefährliches Werkzeug ist jeder bewegliche Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art der Verwendung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.<sup>19</sup> Ein Auto stellt einen beweglichen Gegenstand dar, der massiv ist und durch die Antriebsleistung des Motors

sehr hohe Geschwindigkeiten erreichen kann. Dabei kann es, insbesondere wenn diese hohe Geschwindigkeiten erreicht, bei einer Kollision mit einem Sattelaufleger zu erheblichen aufprallbedingten Verletzungen kommen. Mithin liegt mit dem Auto ein gefährliches Werkzeug vor. Hierüber hinaus ist jedoch ein Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen dem eingesetzten Werkzeug und der Körperverletzung erforderlich. Fraglich ist demnach, wie der Umstand zu bewerten ist, dass sich E als Insassin im Auto befand, welches als Werkzeug eingesetzt wurde. Grundsätzlich ist erforderlich, dass die Körperverletzung durch ein von außen unmittelbar auf den Körper einwirkendes Tatmittel eingetreten ist. Beim Einsatz eines Kfz muss also die Körperverletzung unmittelbar durch den Anstoß oder den unmittelbaren Kontakt mit dem vom Täter verwendeten Fahrzeug ausgelöst werden.<sup>20</sup> Vorliegend wurden beim Aufprall des Autos Kräfte freigesetzt, die unmittelbar auf den Körper der E einwirkten und sie so verletzten. Ein Unmittelbarkeitszusammenhang besteht. Somit hat T die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeuges begangen.

##### **bb) Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB**

Weiterhin könnte T die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen haben. Die Verletzungshandlung muss geeignet sein, das Leben des Opfers in Gefahr zu bringen.<sup>21</sup> Umstritten ist allerdings, ob eine konkrete Lebensgefahr eingetreten sein muss oder ob eine abstrakte Lebensgefahr genügt.

##### **(1) Abstrakte Lebensgefahr**

Einer Ansicht nach genügt eine abstrakte Lebensgefahr. So muss von der Verletzungshandlung lediglich eine generelle Lebensgefahr ausgehen.<sup>22</sup> Der Zusammenstoß eines Autos mit dem Heck eines Sattelauflegers kann generell zu lebensgefährlichen Knochenfrakturen und Blutungen der Insassen des Autos führen. Nach dieser Ansicht läge eine das Leben gefährdende Behandlung vor.

##### **(2) Konkrete Lebensgefahr**

Nach anderer Ansicht reicht eine abstrakte Lebensgefahr zur Bejahung dieses Qualifikationsmerkmals nicht aus. Stattdessen muss der Täter durch seine Behandlung das

<sup>18</sup> Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 223 Rn. 5; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 13 Rn. 16.

<sup>19</sup> Eisele/Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil, 1. Aufl. 2020, Rn. 198; Fischer, StGB (Fn. 15), § 224 Rn. 12.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 04.02.2021 – IV StR 403/20; BGH, Beschl. v. 23.11.2021 – IV StR 236/21.

<sup>21</sup> Kindhäuser/Schramm, StR BT I (Fn. 14), § 9 Rn. 21; Joecks, Studienkommentar zum StGB, 13. Aufl. 2021, § 224 Rn. 48.

<sup>22</sup> BGH NSTZ 2004, 618 (618); BGH NSTZ-RR 2010, 176 (177).

Opfer tatsächlich in Lebensgefahr gebracht haben.<sup>23</sup> Bedingt durch die bei der Kollision wirkenden Kräfte wurde E so schwer verletzt, dass eine konkrete Gefahr für ihr Leben bestand. Auch nach dieser Ansicht würde eine das Leben gefährdende Behandlung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB vorliegen.

### (3) Zwischenergebnis

Beide Ansichten kommen zum selben Ergebnis, womit eine Stellungnahme dahinstehen kann. Es liegt eine das Leben gefährdende Behandlung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB vor.

## 2. Subjektiver Tatbestand

### a. Vorsatz bzgl. § 223 Abs. 1 StGB

T müsste Vorsatz bezüglich des Grundtatbestandes gem. § 223 Abs. 1 StGB gehabt haben. Möglicherweise handelte T mit *dolus directus* 1. Grades. Dieser ist gegeben, wenn es dem Täter gerade darauf ankommt, den gesetzlichen Tatbestand zu verwirklichen und er dies auch für möglich hält.<sup>24</sup> Hier kam es T gerade darauf an, die E durch den Aufprall des Autos mit dem Sattelaufleger zu töten. Dies umfasste erst recht auch den Willen, die körperliche Unversehrtheit der E zu beeinträchtigen. Damit handelte T bezüglich § 223 Abs. 1 StGB mit *dolus directus* 1. Grades.

### b. Vorsatz bzgl. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Außerdem müsste T vorsätzlich bezüglich der Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeuges gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB gehandelt haben. T nutzte bewusst das Auto und die bei einer hohen Geschwindigkeit wirkenden Kräfte, um die E zu töten und damit auch am Körper zu verletzen. Mithin hatte T bzgl. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB Vorsatz.

### c. Vorsatz bzgl. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Schließlich müsste T auch Vorsatz bezüglich des Qualifikationstatbestandes aus § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB gehabt haben. Auch hier könnte T mit *dolus directus* 1. Grades gehandelt haben. T kam es gerade darauf an, die E lebensgefährlich zu verletzen. Dabei war ihm auch die Lebensgefährlichkeit seines Fahrmanövers bewusst. Folglich handelte T bezüglich § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB mit *dolus directus* 1. Grades.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

T müsste rechtswidrig und schuldhaft gehandelt haben. Etwaige Rechtfertigungsgründe sowie Schuldausschluss- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. Mithin handelte T rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

T hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB strafbar gemacht.

## C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

T hat sich wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB und versuchten Mordes gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, 2, Gr. 2 Var. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB in Tateinheit gem. § 52 StGB strafbar gemacht.

## FAZIT

Die Auslegung des Mordmerkmals der Heimtücke wird nicht nur heftig in der Literatur diskutiert, sondern beschäftigt aufgrund seiner enormen Praxisrelevanz regelmäßig die deutschen Gerichte.<sup>25</sup> Daher ist es nicht verwunderlich, dass besonders dieses Mordmerkmal häufig Gegenstand juristischer Prüfungen ist. Schon im ersten Semester befassen sich daher Studierende tiefer mit der Heimtücke.

Die Auseinandersetzung mit der Frage, auf welchen Zeitpunkt für ein heimtückisches Handeln des Täters abzustellen ist, wird allerdings in der Regel erst in Klausuren für Fortgeschrittene oder in Hausarbeiten erwartet. Hierzu hat der BGH ausgeführt, dass der Anwendungsbereich des Mordmerkmals der Heimtücke ungerechtfertigt eingengt werden würde, wenn bei der rechtlichen Beurteilung lediglich auf den Zeitpunkt der eigentlichen Tötungshandlung abgestellt wird.<sup>26</sup>

Dementsprechend gelte nur im Grundsatz, dass der maßgebliche Zeitpunkt für das Vorliegen der Arg- und Wehrlosigkeit der Eintritt des Tötungsdeliktes in das Versuchsstadium ist. Bei einer länger vorbereiteten und geplanten Tat kann das heimtückische Handeln auch in Vorkehrun-

<sup>23</sup> Beck, Leben – Das Rechtsgut im Hintergrund, ZIS 2016, 692 (695); Stree, Gefährliche Körperverletzung, Jura 1980, 281 (291 ff.).

<sup>24</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 11 Rn. 11; Murmann, Grundkurs StR (Fn. 2), § 24 Rn. 16.

<sup>25</sup> Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 211 Rn. 22.

<sup>26</sup> BGH NStZ-RR 2016, 43 (43).

gen des Täters liegen, die eine günstige Gelegenheit zur Tötung schaffen, sofern diese bei der Tatausführung noch fortwirken.<sup>27</sup>

Die aus dem Gutachten hervorgehenden Voraussetzungen, unter denen ein Tötungsvorsatz des Täters bei einer Eigengefährdung verneint wird, kann primär als Indiz bei der Abgrenzung der bewussten Fahrlässigkeit zum Eventualvorsatz dienen und besitzt damit auch schon zu Beginn des Studiums hohe Prüfungsrelevanz.

---

<sup>27</sup> BGH NJW 2023, 2291 (2291).





## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ZIVILRECHT

**Zum Rücktritt von einer Pauschalreise bei außergewöhnlichen Umständen, die bereits zum Zeitpunkt der Reisebuchung vorlagen – BGH, Urteil vom 19.9.2023 – X ZR 103/22**

Die Parteien streiten um die Rückzahlung der Anzahlung einer Pauschalreise. Im September 2020 buchte die Reisende eine Pauschalreise für März und April 2021. Zum Buchungszeitpunkt lag eine Reisewarnung des auswärtigen Amtes für das Reiseziel auf Grund der pandemischen Lage wegen Covid-19 vor. Nachdem bis zum März 2021 die Reisewarnung nicht aufgehoben wurde, sondern wegen der unveränderten Lage zuletzt bis zum Juli 2021 verlängert worden war, kündigte die Reisende und verlangte die Anzahlung zurück. Die Reiseveranstalterin weigerte sich und erklärte die Aufrechnung mit einem auf Grund der Kündigung bestehenden Entschädigungsanspruchs. Diese Weigerung war dabei rechtmäßig. Zwar stand der Reisenden ursprünglich ein Rückzahlungsanspruch gegen die Reiseveranstalterin gem. § 346 Abs. 1 BGB zu. Denn der zwischen den Parteien geschlossene Pauschalreisevertrag iSd § 651a Abs. 1 BGB hatte sich auf Grund der fristgerechten Kündigungserklärung der Reisenden iSd § 349 BGB in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt. Das der Reisenden zustehende gesetzliche Rücktrittsrecht ergibt sich dabei aus § 651h Abs. 1 S. 1 BGB. Danach kann der Reisende vor Reisebeginn jederzeit vom Vertrag zurücktreten. Allerdings ist der Anspruch auf Rückzahlung der Anzahlung auf Grund einer wirksamen Aufrechnung gem. § 398 BGB erloschen. Die hierfür gem. § 388 BGB erforderliche Erklärung erfolgte durch die Reiseveranstalterin. Zudem bestand auch eine Aufrechnungslage iSd § 387 BGB. Denn der Reiseveranstalterin stand in Folge der Kündigung der Reisenden ein Entschädigungsanspruch nach § 651h Abs. 1 S. 3 BGB zu. Dieser Entschädigungsanspruch ist auch nicht nach § 651 Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen. Danach besteht der Anspruch auf Entschädigung nach § 651h Abs. 1 S. 1 BGB nicht, wenn am Bestimmungsort oder in dessen unmittelbarer Nähe unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände auftreten, die die Durchführung der Pauschalreise oder die Beförderung von Personen an den Bestimmungsort erheblich beeinträchtigen. Nach § 651 Abs. 3 S. 2 BGB liegt ein unvermeidbarer außergewöhnlicher Umstand vor, wenn sie nicht der Kontrolle der Partei unterliegen, die sich hierauf beruft, und sich ihre Folgen auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen worden wären. Zwar kann eine pandemische Lage grundsätzlich als ein außergewöhnlicher Umstand im vorgenannten Sinne gewertet werden und zwar auch dann, wenn die Umstände bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorlagen. Denn der Wortlaut des § 651 Abs. 3 BGB sowie der Wortlaut von Art. 3 Nr. 12 Richtlinie (EU) Nr. 2015/2302, deren Umsetzung der § 651 Abs. 3 BGB dient, deuten lediglich darauf hin, dass die Umstände gewöhnlich nicht vorliegen dürfen, messen dem Zeitpunkt zu welchem sie vorliegen aber keine erkennbare Bedeutung zu. Aus dem Thelos, welcher der Bewahrung des Reisenden vor finanziellen Belastungen dient, wenn die Durchführung der Reise mit schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Sicherheit oder erheblichen Risiken für die menschliche Gesundheit verbunden wäre, ergibt sich nichts anderes. Allerdings lässt sich die Frage, ob eine pandemische Lage am Bestimmungsort eine erhebliche Beeinträchtigung der Reise zur Folge hat, nicht pauschal beantworten. Maßgeblich sind die Umstände des jeweiligen Falles, insbesondere die Gefahren, die dem Reisenden bei Durchführung der Reise drohen. Von Bedeutung ist insbesondere, ob die Durchführung der Reise dem Reisenden trotz der außergewöhnlichen Umstände und der daraus resultierenden Risiken zumutbar ist. Für die Frage der Zumutbarkeit kann dabei der Umstand von Bedeutung sein, dass die Risiken im Zeitpunkt der Buchung bereits bestanden oder zumindest absehbar waren. Eine erhebliche Beeinträchtigung kann jedenfalls dann zu verneinen sein, wenn bei Vertragsschluss Umstände vorliegen oder absehbar sind, die der Durchführung der Reise zwar nicht zwingend entgegenstehen, aber doch so gravierend sind, dass nicht jeder Reisende die damit verbundenen Risiken auf sich nehmen möchte. Einem Reisenden, der in einer solchen Situation eine Reise bucht, ist es in der Regel zumutbar, die Reise anzutreten, wenn die im Zeitpunkt der Buchung bestehenden oder absehbaren Risiken zum Zeitpunkt des Reisebeginns fortbestehen. So verhält es sich hier. Zwar wirkt die Reisewarnung des Auswärtigen Amtes als Indiz für eine außergewöhnliche Lage; allerdings gab es keine Veränderungen hinsichtlich der die Warnung begründenden Situation und der damit verbundenen Einschränkungen. Da die Buchung in Kenntnis dieser Einschränkungen vorgenommen wurde und sich keine Verschlechterung eingestellt hat, ist der Reiseantritt der Reisenden zumutbar. Somit lag kein unvermeidbarer Umstand im Sinne des § 651 Abs. 3 S. 1 BGB vor und der Reiseveranstalterin stand der Entschädigungsanspruch zu, mit welchem sie wirksam aufgerechnet hat.

**Eine Verantwortlichkeit über die Vorschriften der Tierhalterhaftung setzt voraus, dass sich die spezifische Tiergefahr realisiert (nicht rechtskräftig) - LG Frankenthal (Pfalz) v. 13.7.2023 - 7 O 4/23**

Die Parteien streiten um Schadensersatz in Form von Schmerzensgeld und Arbeitsvergütungsausfall. Der Verletzte betrat mit einer Hundebesitzerin, welche ihren Hund an der Leine mit sich führte, den Fahrstuhl im zweiten Obergeschoss eines Gebäudes. Als sich die Türen des Fahrstuhls schlossen, befand sich der Hund noch außerhalb des Fahrstuhls. Instinktiv nahm der Mann der Hundebesitzerin die Hundeleine aus der Hand und löste die noch festgestellte Ausziehsperre der Leine. Die Hundebesitzerin drückte den Knopf des ersten Obergeschosses, verließ dort den Fahrstuhl, kehrte über die Treppe in das zweite Obergeschoss zurück und nahm dem Hund die Leine ab. Der Fahrstuhl setzte sich im ersten Obergeschoss wieder in Bewegung, wobei der Verletzte die Leine in der Hand behielt, um sie derart durch die Aufzugstür zu lenken, dass sie nicht stockt, bis der Hund befreit war. Als das Ende der Leine erreicht war, wurden dem Mann jedoch die vorderen Glieder von drei Fingern durch die Leine abgetrennt. Seither ist der Mann arbeitsunfähig. Der Verletzte kann seinen Schaden jedoch nicht von der Hundebesitzerin ersetzt verlangen. Dem Verletzten steht kein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 833 S. 1 BGB gegen die Hundebesitzerin zu. Danach ist derjenige, welcher ein Tier hält, unter anderem verpflichtet, Schäden zu ersetzen, welche daraus entstehen, dass durch das Tier der Körper eines Menschen verletzt wird. Bei der Hundebesitzerin handelt es sich zwar um die Halterin des Hundes und die abgetrennten Finger stellen eine Verletzung des Körpers dar. Allerdings entstand die Verletzung nicht durch den Hund. Hierfür genügt nicht jegliche kausale Beteiligung eines Tieres am Geschehen. Vielmehr ist Voraussetzung, dass sich die spezifische Gefahr des Tieres realisiert. Darunter fällt die Unberechenbarkeit des Verhaltens eines Tieres und der dadurch hervorgerufenen Gefährdung von Leben, Gesundheit und Eigentum Dritter. Der Tierhalter hat daher für all das einzustehen, was infolge dieser tierischen Unberechenbarkeit an Schaden entsteht. Vorliegend hat sich jedoch keine auf die Unberechenbarkeit des Hundes zurückführbares Risiko realisiert. Es kam nicht zu der Situation, weil sich der Hund instinktiv losgerissen hätte und sich daher vor dem Fahrstuhl befand oder weigerte sich in den Fahrstuhl zu begeben. Vielmehr hat sich die Fahrstuhltür geschlossen, obwohl sich die Leine zwischen der Tür befand, die Tür lies sich nicht mehr öffnen und der Fahrstuhl setzte die Fahrt – trotz eingeklemmter Leine – fort. Dabei realisiert sich indes ein technisches Risiko der Funktionsweise des Fahrstuhls. Dem Verletzten steht daneben auch kein Anspruch auf Schadensersatz gegen die Hundebesitzerin nach § 823 Abs. 1 BGB zu. Es fehlt bereits an einer Pflichtverletzung der Hundebesitzerin in Form der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht, da die Gefahrenquelle vorliegend der Fahrstuhl und nicht der Hund ist. Jedenfalls aber trifft die Hundebesitzerin kein Verschulden, da die Hundebesitzerin die Verletzungen nicht hat vorhersehen können.

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ÖFFENTLICHES RECHT

**BVerfG – 2 BvR 900/22, Urt. v. 31.10.2023 (Wiederaufnahme des Strafverfahrens gegen Freigesprochene)** !

Das in Art. 103 Abs. 3 GG statuierte Mehrfachverfolgungsverbot trifft eine Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen Gerechtigkeit. Diese Vorrangentscheidung steht einer Relativierung des Verbots durch Abwägung mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang nicht offen, sodass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wiederaufnahmerechts insoweit kein Gestaltungsspielraum zukommt. Art. 103 Abs. 3 GG umfasst nur eine eng umgrenzte Einzelausprägung des Vertrauensschutzes in rechtskräftige Entscheidungen. Er schützt den Einzelnen allein vor erneuter Strafverfolgung aufgrund der allgemeinen Strafgesetze, wenn wegen derselben Tat bereits durch ein deutsches Gericht ein rechtskräftiges Strafurteil ergangen ist. Im Rahmen dieses begrenzten Schutzgehalts verbietet Art. 103 Abs. 3 GG die Wiederaufnahme von Strafverfahren zum Nachteil des Grundrechtsträgers nicht generell, jedenfalls aber die Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel. Freigesprochene dürfen darauf vertrauen, dass die Rechtskraft des Freispruchs nur aufgrund der zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft geltenden Rechtslage durchbrochen werden kann.

**BVerfG – 1 BvR 2219/20, Beschl. v. 25.9.2023 (Schutz vertraulich erhobener Forschungsdaten)**

Die Forschungsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) umfasst auch die Erhebung und Vertraulichkeit von Daten im Rahmen wissenschaftlicher Forschungsprojekte als Bestandteil der Prozesse und Verhaltensweisen bei der Suche nach Erkenntnissen. Die staatlich erzwungene Preisgabe von Forschungsdaten hebt die Vertraulichkeit auf und erschwert oder verunmöglicht insbesondere Forschungen, die, wie das hier betroffene kriminologische Forschungsprojekt, auf vertrauliche Datenerhebungen angewiesen sind.

**BVerwG – 6 C 6/22, Urt. v. 14.8.2023 (Unionsrechtswidrigkeit der anlasslosen Vorratsdatenspeicherung)** !

Die in § 175 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 176 TKG (§ 113a Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 113b TKG a. F.) geregelte Verpflichtung der Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste zur Speicherung der dort genannten Telekommunikationsverkehrsdaten ist in vollem Umfang unvereinbar mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG und daher nicht anwendbar, weil eine anlasslose, flächendeckende und personell, zeitlich und geografisch undifferenzierte Vorratsdatenspeicherung eines Großteils der Verkehrs- und Standortdaten vorgeschrieben wird und – soweit das Unionsrecht einer eingeschränkten Vorratsdatenspeicherung nicht von vornherein entgegensteht – die Voraussetzungen hinsichtlich der Bestimmtheit und Normenklarheit der Regelung, der zulässigen Zwecke sowie der weiteren inhaltlichen und verfahrensmäßigen Anforderungen nicht vorliegen.

**BVerwG – 9 CN 2/22, Urt. v. 13.6.2023 (Kommunale Satzung über Anwohnerparkgebühren)**

Bei den Gebühren für das Ausstellen von Parkausweisen für Bewohner städtischer Quartiere mit erheblichem Parkraum-mangel nach § 6a Abs. 5a S. 1 StVG handelt es sich um Verwaltungsgebühren. Soweit § 6a Abs. 5a S. 2 StVG die Landesregierungen ermächtigt, für die Festsetzung der Gebühren Gebührenordnungen zu erlassen, ermächtigt er zum Erlass von Rechtsverordnungen nach Art. 80 Abs. 1 GG. Wird die Ermächtigung nach § 6a Abs. 5a S. 5 StVG auf Gemeinden als örtliche oder untere Straßenverkehrsbehörden weiter übertragen, können die Gemeinden die Gebührenordnungen nur als Rechtsverordnungen erlassen; soweit eine Delegationsverordnung stattdessen die Ausgestaltung als Satzung vorschreibt, ist sie ungültig.

**OVG Niedersachsen – 10 LC 117/22, Urt. v. 11.10.2023 (Stimmenthaltungen der Mitglieder kommunaler Vertretungen)**

Beschlüsse werden nach der Grundregel des § 66 Abs. 1 S. 1 NKomVG mit der Mehrheit der auf Ja oder Nein lautenden Stimmen gefasst, soweit durch Gesetz oder in Angelegenheiten des Verfahrens durch die Geschäftsordnung nichts anderes bestimmt ist. Ausgehend von dieser grundsätzlichen Regelung wird durch § 71 Abs. 10 NKomVG lediglich das Quorum von einer einfachen Mehrheit hin zur Einstimmigkeit geändert, nicht aber die Bezugsgröße der abgegebenen Stimmen, zu denen Enthaltungen grundsätzlich nicht zählen. „Einstimmigkeit“ im Sinne des § 71 Abs. 10 NKomVG erfordert nicht, dass alle bei der Beschlussfassung anwesenden Abgeordneten mit „Ja“ stimmen, was zur Folge hätte, dass Enthaltungen



als Gegenstimmen zu werten wären. Aus der Enthaltung bei einer Abstimmung gemäß § 71 Abs. 10 NKomVG kann auch nicht der Schluss gezogen werden, der Stimmberechtigte unterstütze den Antrag bewusst nicht und Sorge dafür, dass nicht alle Stimmen als Befürwortung anzusehen seien.

#### **OVG NRW – 20 A 2384/20, Urt. v. 30.8.2023 (Aufbewahrung von Schlüsseln zu Waffenschrank)**

§ 36 Abs. 1 WaffG begründet eine umfassende Pflicht zum sicheren Umgang mit Waffen und Munition, die nicht allein zu Vorkehrungen technischer Art, sondern auch zur Vornahme aller sonstigen Maßnahmen verpflichtet, die erforderlich sind, um das Abhandenkommen von Waffen und Munition oder deren Ansichnahme durch unbefugte Dritte zu verhindern. Aus § 36 Abs. 5 WaffG i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 2 AWaffV a. F. ergibt sich zugleich, dass es auch für einen Schlüssel zum Waffen- oder Munitionsbehältnis entsprechender Sicherungsmaßnahmen bedarf, wenn und solange der Waffen- oder Munitionsbesitzer die tatsächliche Gewalt über diesen Schlüssel nicht ausübt, sondern diesen anderweitig verwahrt. Ist ein objektiver Verstoß gegen die Pflichten zur Aufbewahrung von Schlüsseln zu Waffen- oder Munitionsbehältnissen dem Waffen- oder Munitionsbesitzer ausnahmsweise wegen besonderer Umstände in subjektiver Hinsicht nicht als besonders schwerwiegend vorzuwerfen, kann dies im Einzelfall ein plausibles Risiko erneuten Fehlverhaltens im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 2 b WaffG ausschließen.

#### **OVG Rheinland-Pfalz – 2 B 10899/23, Beschl. v. 6.10.2023 (Anspruch auf Wahlberichterstattung)**

Für die Vorwahlberichterstattung ist anerkannt, dass die sich gegenüberstehenden Rechte in Gestalt der Chancengleichheit der politischen Parteien und der Rundfunkfreiheit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einander in der Weise zuzuordnen sind, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei der Auswahl des Teilnehmerkreises auch bei redaktionellen Sendungen das sog. Prinzip der abgestuften Chancengleichheit zu beachten haben. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben danach die Parteien auch in redaktionellen Sendungen vor Wahlen entsprechend ihrer Bedeutung zu berücksichtigen. An die Nachwahlberichterstattung sind insoweit keine höheren Anforderungen zu stellen als an die Vorwahlberichterstattung. Die hier von dem Antragsgegner angelegte Grenze für die Einzelausweisung von Wahlergebnissen (ab 3 Prozent) stellt sich als sachgerecht dar.

#### **VG Berlin – VG 1 L 363/23, Beschl. v. 21.9.2023 (Heranziehung sog. „Klimakleber“ für Polizeieinsatzkosten)**

Die Abgrenzung zwischen einer (im Wege des Sofortvollzuges nach § 6 Abs. 2 VwVG durchgeführten) Ersatzvornahme nach § 10 VwVG und der (im Wesentlichen unter gleichen Voraussetzungen möglichen) unmittelbaren Ausführung einer Maßnahme nach § 15 ASOG erfolgt danach, ob der Maßnahme ein – im Wege des Verwaltungszwanges nach dem VwVG zu beugender – Wille des Pflichtigen entgegensteht, oder ob die – dann im Wege der unmittelbaren Ausführung durchgeführte – Maßnahme im mutmaßlichen Willen des Pflichtigen erfolgt. Im vorliegenden Fall stand der Maßnahme der Polizei offenkundig der Wille des Antragstellers entgegen, der sich gerade aus Protestzwecken auf die Fahrbahn begeben und dort festgeklebt hatte, um seine Entfernung von der Straße möglichst lange hinauszuzögern. Das Lösen der Klebeverbindung zwischen der Hand des Antragstellers und der Fahrbahn und das Wegtragen des Antragstellers von derselben erfolgten daher nicht im Wege der unmittelbaren Ausführung nach § 15 ASOG, sondern im Wege des unmittelbaren Zwanges gemäß § 12 VwVG.

**Anmerkung:** Es handelt sich um eine Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz, bei der die Beschwerdemöglichkeit zum OVG nach § 146 VwGO gegeben ist.

#### **VG Hannover – 10 A 5471/21, Urt. v. 6.9.2023 (Längerfristige Observation einer Umweltaktivistin)**

Heimliche Datenerhebungsmaßnahmen nach § 28 Abs. 1, 2 BPolG dürfen nur zum Schutz besonders wichtiger Rechtsgüter erfolgen. Bei der offenen Observation handelt es sich im Vergleich zur verdeckten Observation um ein milderes Mittel, da die Betroffene nicht im Unklaren über die Maßnahme belassen wird und entsprechend darauf reagieren kann. Eine offene Observation, wäre im hiesigen Fall gleich geeignet wie eine verdeckte Observation zur Zielerreichung gewesen. Denn im Fall einer offenen Observation wäre die Betroffene entweder von ihren Aktionen abgeschreckt oder ein rechtzeitiger Zugriff (und damit die Verhinderung der Aktionen) wäre möglich gewesen.

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT STRAFRECHT

**BGH 4 StR 265/22, Beschl. v. 25.10.2022 (Versuchter schwerer Wohnungseinbruchsdiebstahl)**

Der Angeklagte drang in ein Einfamilienhaus ein und entwendete Gegenstände im Wert von 8.000 Euro. Er ging dabei von einer Bewohnung des Hauses aus. Tatsächlich war der einzige Bewohner jedoch zuvor verstorben.

Trotz des Todes des einzigen Bewohners liege nach Ansicht des BGH ein vollendeter Wohnungseinbruchsdiebstahl gemäß §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB vor, da eine voll funktionsfähige Unterkunft ihre Eigenschaft als Wohnung auch nach dem Tod des Bewohners behalte. Hinsichtlich des schweren Wohnungseinbruchsdiebstahl gemäß § 244 Abs. 4 StGB fällt dem Angeklagten lediglich ein untauglicher Versuch zur Last, da es sich bei dem Haus nach dem Tod des Bewohners nicht mehr um eine dauerhaft genutzte Privatwohnung gehandelt habe. Auf Konkurrenzebene stünden die beiden Delikte in Tateinheit gemäß § 52 Abs. 1 StGB, damit bereits im Schuldspruch zum Ausdruck gebracht werde, dass der Täter einerseits den qualifizierten Angriff auf das Eigentum vollendet und andererseits zur Verwirklichung schwereren Unrechts unmittelbar angesetzt habe.

**LG Oldenburg 4 Qs 368/22, Beschl. v. 07.11.2022 (Trunkenheitsfahr auf einem E-Scooter)**

Mit einer BAK von 1,2 Promille befuhr der Beschuldigte als Beifahrer auf einem E-Scooter einen Radweg. Dabei hielt er sich trotz seiner Position hinter dem Führer des E-Scooters am Lenker fest.

Der Beschluss des Landgerichts legt dar, dass ein dringender Tatverdacht einer Trunkenheit im Straßenverkehr gemäß § 316 StGB besteht. Zunächst handele es sich bei einem E-Scooter um ein Kraftfahrzeug. Weiterhin habe der Beschuldigte durch das Festhalten des Lenkers das Fahrzeug unabhängig von Lenkbewegungen nach links und rechts gelenkt und damit ein Fahrzeug geführt. Denn auch durch das Festhalten des Lenkers werde der E-Scooter in eine ganz bestimmte Richtung, nämlich geradeaus gelenkt. Schließlich sei der Beschuldigte mit einer BAK von 1,1 Promille auch absolut fahruntüchtig gewesen. Aufgrund der Einordnung eines E-Scooters als Kfz sei für die unwiderlegbare Annahme einer absoluten Fahruntüchtigkeit der Grenzwert zugrunde zu legen, der für Kfz-Führer (1,1 Promille) und nicht für Radfahrer (1,6 Promille) maßgeblich sei.

**BGH 6 StR 68/22, Beschl. v. 15.11.2022 (Schwerer Bandendiebstahl)**

Die Angeklagten B, H und K schlossen sich zusammen, um in von B ausgewählte Restaurants einzudringen und werthaltige Gegenstände zu entwenden. Um das Eindringen in die Gebäude zu ermöglichen, besorgte B geeignete Spezialwerkzeuge. Vor Ort gingen die Angeklagten arbeitsteilig vor, indem einer der Beteiligten in das Gebäude eindrang und ein weiterer Schmiere stand. In mehreren Fällen begingen H und K die Taten jedoch ohne die Beteiligung von B.

Die Verurteilung der beiden wegen schweren Bandendiebstahls gem. § 244a Abs. 1 StGB hielt der Überprüfung durch den BGH nicht stand. Zwar könne nach vorheriger Abrede auch eine von nur zwei Mitgliedern verübte Tat als Bandentat zu qualifizieren sein. Jedoch müsse die Einzeltat Ausfluss der Bandenabrede sein und nicht ausschließlich im Eigeninteresse der unmittelbar Beteiligten ausgeführt werden. Dies werde durch die Urteilgründe nicht hinreichend belegt. Vielmehr müsse, so der BGH, in den Blick genommen werden, dass die Einzeltaten aus eigennützigen Motiven begangen und die Alleingänge bewusst vor B geheim gehalten worden seien.

**BVerfG 2 BvR 1404/20, Beschl. v. 07.12.2022 (Ku'damm-Raser-Fall)**

Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen die Urteile des Landgerichts Berlin und des Bundesgerichtshofs im „Ku'damm-Raser-Fall“. Der Beschwerdeführer machte eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots und des Schuldgrundsatzes durch die Auslegung des Vorsatzbegriffs und der Beweiswürdigung zum Tatvorsatz geltend. Das Bundesverfassungsgericht nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an.

Zur Begründung führte das Gericht zum einen an, dass mit der Annahme des Tötungsvorsatzes nicht gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen worden sei. Unschädlich sei, dass das Strafgesetzbuch keine Definitionen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit enthalte, da Art. 103 Abs. 2 GG die Verwendung ausfüllungsbedürftiger Begriffe nicht von vornherein ausschließe. Erforderlich sei, dass sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden eine zuverlässige

sige Anwendung der Norm gewinnen lasse. Jedenfalls bei den Tötungsdelikten bestehe für die Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung, die eine zuverlässige Grundlage für die Anwendung biete. In diese Rechtsprechung sich die angegriffenen Entscheidungen ein. Die Einordnung der erkannten Eigengefährdung und Selbstüberschätzung des Beschwerdeführers als vorsatzkritischer Umstand sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Zum anderen sei, so das Gericht, auch nicht gegen das Schuldprinzip verstoßen worden. Die Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit begegne auch im Hinblick auf das Schuldprinzip keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere hätten die Gerichte nicht nur auf die Gefährlichkeit der konkreten Fahrt abgestellt, sondern auch die Persönlichkeit des Beschwerdeführers, seine Motivation für die maximale Beschleunigung, seine grundsätzlich Einstellung zum Autofahren und seine Einschätzung des eigenen fahrerischen Könnens berücksichtigt. Damit sei der individuellen Vorwerfbarkeit hinreichend Rechnung getragen worden.

#### **BGH 1 StR 408/21, Urt. v. 13.12.2022 (Rücktrittshorizont bei Vorsatzwechsel)**

Der Angeklagte N verlangte vom Geschädigten K die Herausgabe seines Fahrzeugs, was dieser jedoch verweigerte. N kam deshalb mit dem Mitangeklagten H überein, das Fahrzeug notfalls unter Anwendung von Gewalt zurückzuholen. Gemäß dem Tatplan schlug N auf K ein. Währenddessen gelang es H dem K von hinten mit bedingtem Tötungsvorsatz drei Stiche in den Rücken zu versetzen, sodass dieser zu Boden ging. Unbemerkt von den Messerstichen schlug N zunächst allein auf den am Boden liegenden K ein. Kurze Zeit später versetzte H dem K ebenfalls Schläge, wobei er aber nicht davon ausging, K mit den Messerstichen lebensgefährlich verletzt zu haben. Von einem weiteren Messereinsatz sah H ab.

Der BGH bestätigte die Auffassung des Landgerichts, nach dem sich H wegen gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 StGB strafbar gemacht habe. Vom versuchten Totschlag sei H gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB strafbefreiend zurückgetreten, indem er von einem weiteren möglichen Messereinsatz abgesehen habe. Bei einem mehraktigen Geschehen komme es grundsätzlich auf das subjektive Vorstellungsbild des Täters nach jedem Einzelakt an. Das Vorstellungsbild nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung sei nur maßgeblich, wenn die Einzelakte mit der letzten Tathandlung ein örtlich und zeitlich einheitliches Geschehen bildeten. Das Landgericht habe zutreffend auf den Zeitpunkt abgestellt, zu dem H von einem weiteren Messereinsatz absah, da die Messerstiche mit den anschließenden Schlägen kein einheitliches Geschehen bilden. Daher habe H durch das Absehen von einem weiteren Messereinsatz die Tat aufgegeben.

#### **BayObLG 202 StRR 6/23, Beschl. v. 02.02.2023 (Gefährliche Körperverletzung)**

Der Angeklagte A trat mit seinen Sportschuhen mindestens einmal mit großer Wucht in die Richtung des Kopfes des am Boden liegenden V. Den Feststellungen zum Tatgeschehen ließ sich dabei nicht entnehmen, ob der Kopf des V durch die Tritte auch getroffen wurde.

Das Tatgericht verurteilte den A wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB. Das BayObLG hob die Verurteilung in der Revision auf. Zwar könne ein Tritt gegen den Kopf mit einem beschuhten Fuß eine gefährliche Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs darstellen, jedoch müsse sich die gesteigerte Gefährlichkeit der Verletzungshandlung gerade aus dem Einsatz des Schuhs ergeben. Aus den Feststellungen zum Tatgeschehen lasse sich aber nicht entnehmen, dass der Kopf des Opfers durch einen Tritt getroffen wurde. Ebenfalls werde von den Feststellungen nicht getragen, dass der Tritt eine das Leben gefährdende Behandlung darstellt. Denn Tritte gegen den Kopf stellen dann nur eine lebensgefährdende Behandlung dar, wenn sie nach Art der konkreten Ausführung der Verletzungshandlung zu lebensgefährlichen Verletzungen führen können. Eine bloß theoretische Möglichkeit genüge dafür nicht.

## Vorbemerkungen zur Kategorie Studienpraxis

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

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

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

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

**Diese Authentizität der Beiträge ist Chance und Gefahr zugleich.**

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

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

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

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

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

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

- Ist dieser Teil der Bearbeitung repräsentativ für die Gesamtnote?

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

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

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

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

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

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

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



Die 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 12 oder mehr Punkte erreicht hat, heißt das nicht, dass dieses beim nächsten Mal wieder der Fall sein muss.

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

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

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

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

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

*redaktion@hanoverlawreview.de*

an.

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

Wir wollen so einem Gedanken der Hanover Law Review noch weiter Rechnung tragen. Nicht nur die Leserinnen und Leser unserer Zeitschrift sollen dazulernen können, auch unsere Redaktionsmitglieder. Das angeleitete Konzipieren eines Sachverhaltes, das (mit Fußnoten belegte) Lösen und die resultierende Auseinandersetzung mit den entsprechenden Problemen, Meinungsstreitigkeiten, Definitionen und Subsumtionen sind äußerst lehrreich.

*Wir wünschen viel Erfolg und Freude bei der Lektüre.*

## Klausur in der Juristischen Methodenlehre, 13 Punkte

stud. iur. Lukas Müller

Die Klausur ist in der Veranstaltung Juristische Methodenlehre im Wintersemester 2022/2023 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt dabei PD Dr. Andreas Diekmann, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

### Teil 1: Fragen und Definitionen (2 Punkte je Antwort, insgesamt bis zu 20 Punkte)

Beantworten Sie folgende Fragen:

#### 1. Beschreiben Sie den Anker-Effekt („anchoring“)!

Der Mensch nutzt für seine Entscheidung die erste in diesem Kontext verfügbare Information. Die Information hat einen Ankereffekt.

#### 2. Was versteht man unter einem „Rückschafehler“ („hindsight bias“)?

Der Einzelne hält einen Geschehensablauf im Nachhinein für wahrscheinlicher als es in der Situation tatsächlich war. Zum Beispiel durch falsche Rekonstruktion der eigenen Vorhersagen, Annahme von Unausweichlichkeit oder absoluter Vorhersehbarkeit.

#### 3. Durch welche drei Eigenschaften zeichnet sich nach der ökonomischen Analyse des Rechts der „homo oeconomicus“ aus?

Egoismus, Rationalitätsaxiom, Materialismus.

#### 4. Worin besteht nach der objektiven Theorie die Grenze für eine Gesetzesauslegung?

Wortlaut als Auslegungsgrenze.

#### 5. Unter welcher Voraussetzung ist nach der objektiven Auslegungstheorie eine Rechtsfortbildung zulässig?

Wenn eine anfängliche oder nachträgliche unbewusste Lücke im Gesetz besteht.

#### 6. Worin unterscheidet sich die analoge Anwendung einer Rechtsnorm von dessen teleologischen Reduktion?

Analoge Anwendung: der enge Wortlaut wird auf Sachverhalte ausgedehnt, die vom weiteren Normzweck erfasst sind.

Teleologische Reduktion: der zu weite Wortlaut wird auf den eigentlich engeren Normzweck zurückgeführt.

#### 7. Was versteht man unter der „verfassungskonformen Auslegung“ eines Gesetzes?

Das Gesetz wird verfassungskonform ausgelegt, wenn es so ausgelegt werden kann, dass es mit der Verfassung im Einklang steht.

#### 8. Was bedeutet es, wenn eine Rechtsnorm gegenüber einer anderen „subsidiär“ ist?

Wenn beide Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und sich aus einem der Gesetze ergibt, dass es gegenüber dem anderen zurücktritt.

#### 9. Nennen Sie zwei der drei Kollisionsregeln zur Klärung von Gesetzeskonkurrenzen!

Das Jüngere geht dem Älteren vor und das Speziellere geht dem Allgemeineren vor.

#### 10. Was versteht man unter „Subsumtion“, was geschieht hier?

Ein konkreter Sachverhalt wird unter einer abstrakten Rechtsnorm gefasst.

**Teil 2: Gesetzesauslegung (Insgesamt bis zu 80 Punkte)****Sachverhalt:**

Anna (A) ist auf der Suche nach einem neuen Notebook und gelangt dabei auf die Homepage des „PC-Shop“, der von Bernd (B) gewerblich betrieben wird. Sie sieht sich in dem Online-Shop verschiedene Notebooks an und zieht zwei davon in die engere Auswahl: das „Notebook ABC Premium“ und das „Notebook ABC Deluxe“. Wegen des niedrigeren Kaufpreises will Anna sich das „Notebook ABC Premium“ in den Warenkorb legen, sie verklickt sich jedoch, sodass sich das „Notebook ABC Deluxe“ im Warenkorb befindet, als sie den Button „Jetzt kaufen“ anklickt.

Als B das Zustandekommen des Kaufvertrags per E-Mail an A über das von ihr ausgewählte „Notebook ABC Deluxe“ bestätigt, merkt A ihren Irrtum noch nicht. Wenige Tage später kommt das versehentlich von A ausgewählte Notebook bei ihr an. Erst jetzt bemerkt A ihren Irrtum und erklärt umgehend gegenüber B die Anfechtung ihres Antrags auf Abschluss des Kaufvertrags über das „Notebook ABC Deluxe“.

B verlangt daraufhin aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB die Herausgabe des gelieferten Notebooks. Die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch liegen an sich vor. So hat A Eigentum und Besitz an dem Notebook und damit etwas iSd § 812 BGB erlangt. Das erfolgte auch durch Leistung des B und ohne Rechtsgrund, weil A den Kaufvertrag wirksam angefochten hat. A beruft sich jedoch auf § 241a BGB. Das Notebook ist eine Ware iSd § 241a Abs. 1 BGB und A Verbraucherin (§ 13 BGB) sowie B Unternehmer (§ 14 BGB). Außerdem müsste A (= Verbraucher) das Notebook (= Waren) „nicht bestellt“ haben. A ist der Auffassung, das sei der Fall, weil sie ihre Willenserklärung wirksam angefochten hat. B hingegen ist der Ansicht, A habe trotzdem die Lieferung des Notebooks tatsächlich veranlasst. Was trifft zu?

**Aufgabenstellung:**

Legen Sie mithilfe der juristischen Methoden das Tatbestandsmerkmal „nicht bestellt“ in § 241a Abs. 1 BGB aus. Um die Auslegung zu vereinfachen, kann auch umgekehrt danach gefragt werden, wann der Verbraucher eine Ware „bestellt“ hat und somit das Tatbestandsmerkmal in § 241a Abs. 1 BGB nicht erfüllt ist.

(§ 241a BGB und § 142 BGB wurden abgedruckt)

**Bearbeitungshinweis für die historische Auslegung (BT-Drs. 14/2658):**

§ 241a BGB war im Entwurf, der Gegenstand von BT-Drs. 14/2658 war, noch nicht in Absätze, sondern lediglich in Sätze untergliedert. Satz 1 im Entwurf und damit in der Gesetzesbegründung entspricht deshalb im Wesentlichen Absatz 1 im jetzigen BGB

und Satz 2 dem heutigen Absatz 2 des § 241a BGB.

Art. 9 Fernabsatz-Richtlinie (kurz: FARL), den § 241a BGB ins deutsche Recht umgesetzt hat, ist bei der Auslegung nicht zu berücksichtigen.

**Zu § 6 - Übergangsregelung**

§ 6 entspricht dem Grundgedanken des Artikels 170 EGBGB und stellt klar, dass die Regelungen des Fernabsatzgesetzes aus Gründen des Vertrauensschutzes keine Anwendung auf Verträge finden, die vor seinem Inkrafttreten abgeschlossen worden sind

**Zu Artikel 2 - Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche und des Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes****Zu Absatz 1 - Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs****Zu Nummer 1 - Einfügung von § 241a BGB**

In der Allgemeinen Begründung wurde unter II.4. Buchstabe b erläutert, dass Artikel 9 FARL über unbestellte Waren und Dienstleistungen im deutschen Recht weitgehend umgesetzt ist. Dort wurde indessen auch erläutert, dass es zweckmäßig erscheint, eine klarstellende Regelung in das deutsche Recht aufzunehmen. Im deutschen Recht ist ein zwingender Standort für eine solche Regelung nur schwer auszumachen. Als am geeignetsten erscheint eine neue

Vorschrift nach § 241 BGB, der Grundnorm für Schuldverhältnisse. Hier lassen sich die Folgen der Zusendung unbestellter Ware am ehesten regeln.

Der neue § 241a soll sicherstellen, dass den Empfänger unbestellter Waren oder sonstiger Werk- und Dienstleistungen, die zum Zwecke der - im Übrigen wettbewerbswidrigen - Anbahnung eines Vertrages erbracht worden sind, keinerlei Gegenleistungspflicht im Sinne von Artikel 9 FARL trifft.

Sie stellt klar, dass nicht nur - was sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts ergibt - keinerlei vertragliche Ansprüche entstehen, sondern darüber hinaus auch weder außervertragliche Ansprüche auf Herausgabe von Nutzungen noch Schadensersatzansprüche des Versenders bestehen, es sei denn, der Verbraucher musste erkennen, dass die Lieferung irrtümlich erfolgte. Die Behandlung solcher Ansprüche ist bislang - soweit ersichtlich mangels Rechtsprechung hierzu - im Schrifttum umstritten; die überwiegende Ansicht geht im Ergebnis zumindest von einer Milderung des Haftungsmaßstabs für den Empfänger auf grobe Fahrlässigkeit aus. Daher ist es im Interesse des bewusst belästigten Empfängers angezeigt, eine Norm im Bürgerlichen Gesetzbuch aufzunehmen, die diesen ausdrücklich von sämtlichen Ansprüchen auf Nutzungsherausgabe oder Schadensersatz freistellt. Eine solche ausdrückliche Regelung findet sich schon in einigen anderen europäischen Rechtsordnungen (siehe z. B. § 864 Abs. 2 des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs), Satz 1 bezieht sich nur auf Verbraucher. Unberührt bleiben damit die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts im Übrigen, sowie § 362 HGB als Spezialregelung für den Handelsverkehr, die ausnahmsweise dazu führen können, dass das Schweigen auf die Zusendung unbestellter Waren im Rahmen einer bestehenden Geschäftsverbindung als Annahme gewertet werden kann und zu einem Vertragsschluss führt.

Ausgeschlossen werden durch Satz 1 nicht nur Ansprüche des gegen das Verbot der Zusendung unbestellter Leistungen verstoßenden Unternehmers auf Aufbewahrung, Nutzungsherausgabe oder Schadensersatz, sondern auch der Rückgabeanspruch des Unternehmers im Falle unbestellter Warenlieferungen. Dieser kann nach bestehender Rechtslage aus § 985 oder § 812 Abs. 1 BGB folgen, besteht jedoch schon jetzt grundsätzlich nur bei Abholung und verpflichtet keinesfalls zur Rücksendung durch die Empfänger.

Ein solcher Rückgabeanspruch muss zwar nach Artikel 9 FARL nicht unbedingt ausgeschlossen werden. Es erscheint jedoch angemessen, auch diesen Anspruch als Sanktion des Wettbewerbsverstoßes des Versenders auszuschließen, wie dies auch in anderen europäischen Staaten Praxis ist. So sieht beispielsweise Artikel 15 des portugiesischen Gesetzesdekrets Nr. 272/87 vom 3. Juli 1987 vor, dass der Empfänger unbestellter Erzeugnisse diese in jedem Fall kostenlos behalten kann, was im Ergebnis auf eine Schenkung hinausläuft. Dies ist immer dann angemessen, wenn dem Verbraucher bewusst unbestellte Leistungen aufgedrängt werden. Soweit dies dazu führt, dass in diesem Fall sacherechtlich ausnahmsweise Besitz und Eigentum dauerhaft auseinanderfallen können, ist dies durch den Schutzzweck der Regelung gerechtfertigt und im Übrigen - z. B. im Hinblick auf die Verjährung von Herausgabeansprüchen - kein Einzelfall im BGB.

Satz 2 belässt dem Unternehmer hingegen ausnahmsweise seine gesetzlichen Ansprüche und greift in den Fällen ein, in denen vom Empfänger nicht bestellte Waren oder sonstige Leistungen irrtümlich bei diesem landen, dieser jedoch erkennen konnte, dass es sich nicht um bewusst unbestellte Leistungen, sondern lediglich um eine irrtümliche Leistung an ihn handelt. Voraussetzung ist, dass der Leistungserbringer tatsächlich von einer Bestellung ausgegangen ist und der Leistungsempfänger hätte erkennen können, dass die Leistung für einen anderen bestimmt war oder der Leistungserbringer irrtümlich von einer Bestellung durch den Empfänger ausgegangen ist. In diesem Fall verbleibt es bei den allgemeinen Regeln, die zu einer angemessenen Rückabwicklung führen.

Satz 3 stellt - Artikel 7 Abs. 3 S. 4 der Richtlinie folgend - klar, dass es keine Zusendung unbestellter Waren darstellt, wenn ein Unternehmer einem Verbraucher statt einer vom Verbraucher bei ihm bestellten eine andere Ware anbie-



tet. Voraussetzung ist allerdings nach Halbsatz 2, dass der Unternehmer den Verbraucher darauf hinweist, dass er das Angebot nicht annehmen muss und die Kosten der Rücksendung nicht zu tragen hat.

### Zu Nummer 2 – Einfügung von §§ 361a, 361b BGB

Der neu zu schaffende § 361a soll die Widerrufsfristen, die Berechnungsregeln und die Rechtsfolgen der Verbraucherschutzgesetze weitgehend vereinheitlichen, um die Praxis zu entlasten. Zur Motivation der Vorschrift im Einzelnen wird auf die Erläuterung in der Vorbemerkung zu § 3 des Fernabsatzgesetzes (Artikel 1 dieses Entwurfs) Bezug genommen. § 361a gilt nur, wenn dies in einem besonderen Gesetz bestimmt wird. Wie bisher auch soll das Widerrufsrecht bei Warenkäufen durch ein Rückgaberecht ersetzt werden.

## LÖSUNG

Als „nicht bestellt“ könnten nicht auch solche Rechtsgeschäfte gefasst werden, bei denen die Rechtsgrundlage später durch Anfechtung wegfällt.

### A. Wortlaut

Nach dem engen Wortlaut bedeutet „nicht bestellt“, dass die gelieferte Ware oder Leistung auf keiner Rechtsgrundlage basiert. Nach enger Auslegung würden auch solche Rechtsgeschäfte unter „nicht bestellt“ fallen, die beispielsweise durch nachträgliche Anfechtung ex tunc nichtig geworden sind.

Nach dem weiten Wortlaut könnte „nicht bestellt“ auch bedeuten, dass zu keinem Zeitpunkt eine Rechtsgrundlage bestanden haben darf. Nach weiter Auslegung könnten Rechtsgeschäfte, deren Rechtsgrundlage erst später weggefallen ist, nicht unter „nicht bestellt“ subsumiert werden. Der mögliche Sinn von „nicht bestellt“ im Sinne des § 241a Abs. 1 BGB könnte sein, dass zu keinem Zeitpunkt eine Rechtsgrundlage bestanden hat, auch keine, die später zum Beispiel durch Anfechtung weggefallen ist.

### B. Systematik

Der § 241a Abs. 2 BGB spricht durch den Satz: „die irrige Vorstellung einer Bestellung“ dafür, dass auch solche Bestellungen als „bestellt“ erfasst sind, deren Rechtsgrundlage später wegfällt. Dieser Satz ist so zu verstehen, dass § 241a BGB keine Anwendung findet, wenn der Unternehmer zumindest dachte, es läge eine Bestellung beziehungsweise eine Rechtsgrundlage vor.

Der § 142 Abs. 1 BGB spricht dafür, dass auch solche Bestellungen als „nicht bestellt“ gelten, deren Rechtsgrundlage erst später wegfällt. Nach § 142 Abs. 1 BGB sind angefochtene Rechtsgeschäfte von Anfang an als nichtig anzusehen.

Für die Bestellung bedeutet das, dass sie auf keiner Rechtsgrundlage beruht, von Anfang an, und damit als nicht bestellt erfasst werden kann.

Auch § 241a Abs. 3 BGB spricht dafür, dass auch solche Bestellungen als „nicht bestellt“ gelten, da nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden darf.

Die systematische Auslegung ist nicht eindeutig, jedoch spricht es durch § 241a Abs. 3 eher dafür, im Zweifel Bestellungen, deren Rechtsgrundlage erst später wegfällt, als „nicht bestellt“ zu erfassen.

### C. Historische Auslegung

Nach der historischen Auslegung soll den Verbraucher keine Gegenleistungspflicht treffen bei unbestellten Waren oder sonstigen Werk- und Dienstleistungen, die zum Zwecke der Anbahnung eines Vertrages erbracht worden sind. Die Grundsätze des Vertragsrechts sollen gewahrt werden. Nach dieser Auslegung fallen auch Bestellungen, deren Rechtsgrundlage später wegfällt bzw. nichtig wird, als „bestellt“, denn der historische Wille des Gesetzgebers ist, solche Bestellungen als nicht bestellt zu erfassen, wenn sie den Zweck hatten, ein Vertragsverhältnis zu begründen. Wenn ein Rechtsgeschäft angefochten wurde, bestand zumindest bereits ein Vertragsverhältnis, auch wenn dies später durch die Anfechtung wegfällt. Der Unternehmer hat die Ware daher nicht zur Anbahnung eines Vertrages geliefert, sondern um seine anfängliche Leistungspflicht zu erfüllen.

Auch spricht die Auslegung der Gesetzesbegründung von § 241a Abs. 2 BGB dafür, dass solche Bestellungen nicht als „nicht bestellt“ erfasst werden, da der Abs. 2 eine Ausnahme begründet, wenn der Leistungserbringer tatsächlich von einer Bestellung ausgegangen ist bzw. wenn der Leistungserbringer irrtümlich von einer Bestellung durch den Empfänger ausgegangen ist. Wenn die Rechtsgrundlage

erst später durch die Anfechtung weggefallen ist, dann ist eindeutig davon auszugehen, dass der Leistungserbringer tatsächlich von einer Bestellung ausgegangen ist.

Die historische Auslegung spricht eindeutig dafür, dass auch solche Bestellungen als „nicht bestellt“ erfasst werden, deren Rechtsgrundlage erst später durch die Anfechtung wegfällt.

#### **D. Teleologische Auslegung**

Sinn und Zweck der Norm ist es, den Verbraucher vor unbestellten Waren und sonstigen Leistungen zu schützen, auf deren Basis der Unternehmer ein Vertragsverhältnis begründen kann, obwohl der Verbraucher die Ware nicht wollte, beziehungsweise das gesamte Rechtsgeschäft nicht kannte und nicht wollte. Die Privatautonomie des Verbrauchers soll geschützt werden, das Recht des Einzelnen, selbst zu entscheiden, mit wem und über welchen Inhalt er Verträge schließt. Außerdem soll dem Unternehmer die Möglichkeit genommen werden, wahllos Waren an Verbraucher zu liefern, um im Anschluss Geld für diese Ware zu verlangen, die der Verbraucher ungefragt erhalten hat. Gleichwohl, ob gewollt oder nicht, der Zweck der Norm ist nicht, den Verbraucher in dem Maße zu schützen, dass er das Produkt nach der Anfechtung und trotz anfänglich bestehendem Vertragsverhältnis ohne Entgelt behalten darf. Das würde dazu führen, dass jeder Verbraucher diese Regelung ausnutzen würde, um die Waren kostenlos behalten zu dürfen. Der Normzweck soll daher nur solche Sachverhalte erfassen, bei denen der Verbraucher völlig ungefragt Waren erhält und sich dadurch verpflichtet sieht, sie zu behalten, nicht jedoch solche Fälle, bei denen die Rechtsgrundlage später durch eine Anfechtung wegfällt.

Der Normzweck erfasst damit eindeutig auch angefochtene Bestellungen nachträglich als nicht „nicht bestellt“.

#### **E. Auslegungsergebnis**

##### **1. Wortlaut**

Der Wortlaut ist nicht eindeutig, spricht aber eher dafür, dass auch angefochtene Bestellungen als „bestellt“ bzw. nicht „nicht bestellt“ erfasst werden und somit auch nicht unter § 241a Abs. 1 BGB fallen.

##### **2. Systematik**

Die systematische Auslegung ist uneindeutig, jedoch spricht § 241a Abs. 3 BGB eher für eine Auslegung zugunsten des Verbrauchers und damit eher dafür, dass die angefochtene Bestellung als nicht bestellt erfasst wird und somit § 241a BGB-Anwendung findet.

#### **3. Historische Auslegung**

Die historische Auslegung spricht dafür, dass angefochtene Bestellungen als „bestellt“ bzw. nicht „nicht bestellt“ erfasst werden, da der Gesetzgeber solche unbestellten Bestellungen unter § 241a BGB erfassen wollte, die den Zweck haben, ein Vertragsverhältnis zu begründen, nicht solche, die zur Erfüllung der Leistungspflicht vollzogen wurden, dann jedoch später angefochten wurden.

#### **4. Teleologische Auslegung**

Der Sinn und Zweck der Norm spricht ebenfalls dafür, angefochtene Rechtsgeschäfte als „bestellt“ bzw. nicht „nicht bestellt“ erfassen zu lassen. Da der Zweck der Norm ist, Verbraucher vor unbestellten Waren und auf solchen begründeten Vertragsverhältnissen zu schützen und nicht vor eigenen Irrtümern, die zur Anfechtung berechtigen, ist der Verbraucher in diesem Fall nicht schutzwürdig im Sinne des § 241a BGB.

#### **5. Ergebnis**

Die Auslegung spricht, insbesondere durch die hoch gewichtete historische und teleologische Auslegung, eindeutig dafür, dass angefochtene Rechtsgeschäfte nicht unter das Tatbestandsmerkmal „nicht bestellt“ des § 241a BGB erfasst werden.

## Hausarbeit in der Übung und Vertiefung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene, 15 Punkte

stud. iur. Kai Tödtemann

Die Hausarbeit ist in der Veranstaltung Übung und Vertiefung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene im Sommersemester 2023 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt dabei Prof. Dr. Veith Mehde und dessen Lehrstuhl, die sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt haben.

### Sachverhalt:

In der niedersächsischen kreisfreien Hafenstadt S wird täglich in der Innenstadt ein traditionsreicher, von Touristen wie der einheimischen Bevölkerung sehr geschätzter Fischmarkt veranstaltet, auf dem Marktschreier und Fischer ihre Waren anbieten. Veranstalter dieses Marktes ist S. Eine lose Gruppe, die sich in den sozialen Medien unter dem Begriff der „Fischfreunde“ (F) austauscht, ist hiervon nicht angetan. Die Überfischung der weltweiten Meere sei ein ernsthaftes ökologisches Problem, dem von der Öffentlichkeit nicht genügend Aufmerksamkeit entgegengebracht werde. Die „Fischfreunde“ rufen daher im Internet zu „Sensibilisierungsgesprächen“ anlässlich des Marktes auf:

*„Fische sind Freunde, kein Futter! Auf dem Fischmarkt in S werden täglich Fischleichen zum Verkauf und Verzehr angeboten. Man sollte dort Sensibilisierungsgespräche durchführen, um den Menschen die Konsequenzen der Überfischung der Weltmeere zu verdeutlichen!“*

In den folgenden Wochen finden sich an wechselnden Wochentagen mehrere Dutzend „Fischfreunde“ in S ein. Viele blockieren für die Dauer des Tages sämtliche Zufahrtswege zum Fischmarkt, indem sie sich auf der Straße mit Fischernetzen eng aneinanderbinden. Die Lieferfahrzeuge können hierdurch nicht passieren, sodass der Fischmarkt nur eingeschränkt stattfinden kann und mehrmals sogar ganz ausfallen muss. Die Zahl der zu den „Sensibilisierungsgesprächen“ anreisenden Personen steigt in der Folgezeit immer weiter an. Neben dem Einsatz von großen Transparenten und Fahnen zur Verdeutlichung ihres Anliegens versuchen „Fischfreunde“ immer wieder, Passanten in Gespräche zu verwickeln, wodurch verbale Auseinandersetzungen und auch Handgreiflichkeiten auftreten. Es müssen daher zahlreiche Strafverfahren wegen Körperverletzungs- und Ehrdelikten eingeleitet werden.

Der Oberbürgermeister O sieht sich daher gezwungen, das Treiben zu regulieren. Die S erlässt am 15.01.2023 eine Allgemeinverfügung mit folgendem Tenor:

*„1. Auf dem Gebiet der S sind Versammlungen unter freiem Himmel im Zusammenhang mit Protesten gegen die Fischerei („Sensibilisierungsgespräche“) untersagt, sofern die Anzeigepflicht aus § 5 NVersG nicht eingehalten ist.  
2. Die sofortige Vollziehung der Entscheidung zu 1. wird angeordnet.“*

Die Allgemeinverfügung ist vorerst bis zum 15.03.2023 befristet. In der Begründung trägt die S vor, dass die öffentliche Sicherheit unmittelbar gefährdet sei. Aufgrund der wiederholten Störungen des Fischmarktes im Zusammenhang mit den „Sensibilisierungsgesprächen“ sei ein Verbot unangemeldeter Versammlungen notwendig, um die Blockaden zu verhindern, die sich als strafbare Nötigungen darstellten und die Berufsausübung der Händler, Fischer und Anlieferer erheblich behinderten. Außerdem müssen die Besucher vor körperlichen Attacken und Beleidigungen geschützt werden. Das Verbot erstrecke sich lediglich auf unangemeldete Versammlungen, da bei angemeldeten Versammlungsleiter und Ordner benannt seien und sicherheitsrelevante Auflagen durch die Versammlungsbehörde erteilt werden könnten, um die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten. Im Wege der Vorfeldkooperation könnten bei angemeldeten Versammlungen Wege friedlichen Protests gefunden werden, die durch die Deklaration der Versammlungen als bloße „Gespräche“ bislang gezielt durch die Teilnehmer ausgehebelt wurden und der Polizei ein Vorgehen erschwerten. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei notwendig, um unmittelbare Gefahren für die Sicherheit und Leichtigkeit des Lieferverkehrs sowie die körperliche Unversehrtheit von Fischmarktbesuchern zu

gewährleisten.

D, die mehrfach an den „Sensibilisierungsgesprächen“ teilgenommen hat und dies auch in Zukunft möchte, will dies nicht hinnehmen. Sie stellt beim zuständigen Verwaltungsgericht einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz, wobei sie ankündigt, später auch noch eine Anfechtungsklage erheben zu wollen. Die Allgemeinverfügung sei rechtswidrig. Zur Begründung führt sie aus: Bei den unangemeldeten „Sensibilisierungsgesprächen“ handele es sich um spontane Zusammenkünfte, die vom Versammlungsrecht ebenso gedeckt seien wie angemeldete. Die Spontaneität sei dadurch belegt, dass die Aktionen keinen Organisator hätten, sondern im Internet „viral“ gingen und an unterschiedlichen Wochentagen – je nach Vereinbarung in den sozialen Medien – stattfanden. Eine vorherige Organisation und Planung sei somit nicht zu erkennen. Die S verkenne durch ihr Verbot die Reichweite des Versammlungsgrundrechtes und den Schutz der Tiere in seiner verfassungsrechtlichen Dimension. Insbesondere komme die ausnahmslose Verpflichtung zur Anmeldung einem verdeckten Genehmigungsvorbehalt gleich und sei somit verfassungswidrig. Ein Versammlungsverbot setze als ultima ratio zudem einen polizeilichen Notstand voraus, der nicht gegeben sei, da die Polizei die störenden Teilnehmer eindeutig von den Nichtstörern trennen könne. Überhaupt sei ein Versammlungsverbot für eine letztlich nicht überschaubare Anzahl von Versammlungen durch eine pauschale Allgemeinverfügung verfassungswidrig. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei vor diesem Hintergrund erst recht völlig unverhältnismäßig, da legitime Rechtsschutzanliegen ausgehebelt wurden.

Die S entgegnet, dass es sich bereits nicht um Spontanversammlungen handeln könne, wenn die Teilnehmer sich im Internet konkret für bestimmte Termine verabredeten. Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit sei weiterhin durch die Möglichkeit einer angemeldeten Versammlung gewährleistet. Die Demonstranten behinderten durch die Ausgestaltung der Demonstrationen als „Sensibilisierungsgespräche“ die Vorfeldkooperation und erschwerten grundrechtsschonendere versammlungsrechtliche Maßnahmen, sodass die Allgemeinverfügung notwendig sei und am Ende sogar dem Anliegen der Demonstranten nutze. Es sei zu konzedieren, dass die Voraussetzungen des polizeilichen Notstandes nicht gegeben seien, diese müssten für diese Maßnahme aber auch nicht vorliegen. Es habe sich in den vergangenen Wochen deutlich gezeigt, dass ohne eine vorherige Anmeldung erhebliche Störungen bis hin zu Straftaten mit Sicherheit zu erwarten seien.

### **Hat der Antrag der D Erfolg?**

#### **Bearbeitungshinweise:**

1. Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Probleme ist, ggf. hilfsgutachterlich, einzugehen.
2. Es ist zu unterstellen, dass die Blockaden der Zufahrtswege den Straftatbestand der Nötigung erfüllen.
3. Die Überfischung der Meere ist als Tatsache zu unterstellen.
4. Die formelle Rechtmäßigkeit der Allgemeinverfügung ist gegeben.
5. Die Rechtmäßigkeit der Befristung der Allgemeinverfügung ist zu unterstellen.
6. Die Begründung der sofortigen Vollziehung genügt den Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO.
7. Die Verfassungsmäßigkeit des NVersG ist zu unterstellen.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Der Antrag der D auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

#### I. Verwaltungsrechtsweg

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich dieser nach § 40 I 1 VwGO. Es müsste sich danach um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handeln. Streitgegenständlich ist hier maßgeblich die Frage, ob das durch die S ausgesprochene Versammlungsverbot rechtmäßig ist. Dies richtet sich nach dem NPOG oder dem NVersG. Beide Gesetze sind dem Gefahrenabwehrrecht zuzuordnen, berechtigen oder verpflichten insofern einen Träger öffentlicher Gewalt einseitig. Damit handelt es sich nach der mod. Subjektstheorie um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Diese ist auch mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. Zudem kommt eine abdrängende Sonderzuweisung nicht in Betracht. Der Verwaltungsrechtsweg ist damit nach § 40 I VwGO eröffnet.

#### II. Statthaftigkeit

Die statthafte Verfahrensart richtet sich grundsätzlich entsprechend § 88 VwGO nach dem Begehren des Antragstellers. Fraglich ist, ob die D vorliegend einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I VwGO oder einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO stellen muss. Aus § 123 V VwGO resultiert, dass § 80 V VwGO eine Spezialregelung enthält, wonach § 123 I VwGO immer dann verdrängt wird, wenn die Behörde einen belastenden Verwaltungsakt erlassen hat, gegen dessen Vollziehung sich der Antragsteller wendet. Insofern ist vorliegend ein Antrag nach § 80 V VwGO zu stellen, wenn im Hauptsacheverfahren eine Anfechtungsklage einschlägig wäre.

Ausweislich des Sachverhalts handelt es sich bei dem Erlass der S durch O vom 15.01.2023 um eine Allgemeinverfügung. Eine solche stellt nach § 35 S. 2 VwVfG eine Form des Verwaltungsakts dar. D will sich in der Hauptsache gegen dieses Verbot wehren, sie kündigt an, „später [...] eine Anfechtungsklage erheben zu wollen“. Damit ist ein Eilantrag nach § 80 V VwGO einschlägig.

Die sofortige Vollziehung der Allgemeinverfügung wurde

durch O angeordnet. D begehrt mit ihrem Antrag die Suspendierung der Allgemeinverfügung. Ihr Antrag ist damit auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung i.S.d. § 80 V 1 Alt. 2 VwGO gerichtet und insofern statthaft.

#### III. Antragsbefugnis

D müsste analog § 42 II VwGO antragsbefugt sein. D muss somit – vergleichbar der Zulässigkeit von Widerspruch und Anfechtungsklage – eine Verletzung eigener Rechte geltend machen.<sup>1</sup> Sie argumentiert, dass sie durch das Verbot von nicht angemeldeten Versammlungen in der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 I GG eingeschränkt werde. Eine solche Verletzung erscheint zumindest möglich, D ist damit antragsbefugt.

#### IV. Beteiligten-, Prozessfähigkeit

D ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und nach § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Beteiligtenfähigkeit der S ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO. Sie ist außerdem nach § 62 III VwGO, vertreten durch den Hauptverwaltungsbeamten O, nach § 86 I 2 NKomVG prozessfähig.

#### V. Richtiger Antragsgegner

Richtige Antragsgegnerin ist die S analog § 78 I Nr. 1 VwGO.

#### VI. Rechtsschutzbedürfnis

Fraglich ist, ob D für einen Antrag nach § 80 V VwGO rechtsschutzbedürftig ist. Ein einfacherer Weg zur Erlangung des Rechtsschutzzieles wäre es, sich direkt an die Behörde zu wenden und hier die Aussetzung der Vollziehung nach § 80 IV VwGO zu beantragen. Dies tat D vorliegend nicht. § 80 VI VwGO besagt jedoch, dass ein solcher vorheriger Antrag nur im Falle des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO zwingend geboten ist. Ein Fall der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO liegt offenkundig jedoch nicht vor. Vielmehr hat die S die sofortige Vollziehung der Allgemeinverfügung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO angeordnet. Damit ist das Fehlen des o.g. Aussetzungsantrags irrelevant<sup>2</sup>.

Fraglich ist darüber hinaus, ob D neben dem Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zeitgleich eine Anfechtungsklage als allein verbleibendem Hauptsacherechtsbehelf hätte erheben müssen. Entsprechend § 80 V 2 VwGO ist eine Antragstellung bereits vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig. Davon abweichend wird jedoch vertreten, dass eine Klageerhebung mindes-

<sup>1</sup> BVerwG NVwZ 2018, 1485 ff.

<sup>2</sup> Hufen, § 32 Rn. 35.; Kopp/Schenke, § 80, Rn. 138.



tens zeitgleich mit Antragstellung erfolgen muss, denn rein begrifflich setze die Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs die Erhebung eines Rechtsbehelfs voraus.<sup>3</sup>

Dem wird entgegen gehalten, dass eine Antragstellung zur Erlangung effektiven Rechtsschutzes bereits vor Klageerhebung zulässig sei.<sup>4</sup> Voraussetzung sei hierfür, dass spätestens zum Zeitpunkt der gerichtlichen Eilentscheidung Anfechtungsklage erhoben werde.<sup>5</sup>

Der letztgenannten Ansicht ist zu folgen, da für sie neben dem Wortlaut des § 80 V 2 VwGO und dem auf Art. 19 IV GG basierenden Rechtsschutzgedanken (s.o.) auch spricht, dass im Falle einer Verpflichtung zur sofortigen Erhebung einer Anfechtungsklage der Monatsfrist des § 74 I VwGO keine Bedeutung zukommen würde.<sup>6</sup>

Nur wenn auch eine Klageerhebung nach Antragstellung möglich ist, kann ein Zeitfenster von einem Monat für die Einlegung eines Rechtsbehelfs bestehen.

Die Frage, ob vor Stellung des Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage ein Widerspruch erhoben werden muss, kann dahinstehen, da das Vorverfahren nach §§ 68 I 2 VwGO, 80 I NJG abgeschafft ist. In der Hauptsache ist somit eine Anfechtungsklage statthaft (s.o.).

Die Anfechtungsklage dürfte zudem nicht evident unzulässig sein, insbesondere dürfte die Frist zur Klageerhebung noch nicht abgelaufen sein.<sup>7</sup> Der Antrag nach § 80 V 1 VwGO ist zwar nicht fristgebunden, allerdings fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, wenn der Antragsteller die Rechtsbehelfsfrist gem. § 70 bzw. § 74 VwGO hat verstreichen lassen, der Verwaltungsakt dadurch also unanfechtbar wurde.<sup>8</sup>

Für die Erhebung einer Anfechtungsklage gilt die Monatsfrist nach § 74 I 2 VwGO, für deren Beginn die Bekanntgabe des Verwaltungsakts – hier der 15.01.2023 – maßgeblich ist. Entsprechend endet die Klagefrist nach §§ 57 II 2 VwGO, 222 I ZPO, 187 I, 188 II BGB am 15.02.2023.

Ausweislich des Sachverhalts will D „später“, mutmaßlich also nach Antragstellung auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, eine Anfechtungsklage erheben.

Unter der Voraussetzung, dass diese bis zum 15.02.2023 erhoben wird, wird die Klagefrist eingehalten. D ist insofern rechtsschutzbedürftig.

## VII. Zwischenergebnis

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO ist zulässig.

## B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Falle des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO formell rechtswidrig ist oder das Suspensivinteresse der Antragstellerin das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt. Ein solches Überwiegen richtet sich in erster Linie nach den Erfolgsaussichten einer Klage in der Hauptsache.<sup>9</sup> Ergibt sich daher nach summarischer Überprüfung, dass ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts bestehen, und auch anzunehmen ist, dass die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten verletzt wird, überwiegt das Suspensivinteresse, da an der Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts kein Interesse bestehen kann.<sup>10</sup> Umstritten ist jedoch, ob im Falle der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts aus diesem Umstand abgeleitet werden kann, dass das Vollziehungsinteresse das Suspensivinteresse überwiege. Einerseits wird dies bejaht<sup>11</sup>, andererseits wird vertreten, dass die bloße Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts nicht bereits das Überwiegen des Vollziehungsinteresses indiziert, vielmehr bedürfe es eines besonderen Interesses, das über das Erlassinteresse des Verwaltungsakts hinausgeht.<sup>12</sup> Die letztgenannte Ansicht ist die vorzugswürdige, da die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen gem. § 80 I VwGO den Regelfall darstellt.<sup>13</sup> Die voraussichtliche Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts für ein Vollziehungsinteresse ausreichen zu lassen, würde diesen Regelfall entwerten.

## I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Die formellen Anforderungen an die Vollziehungsanordnung müssten eingehalten worden sein.

<sup>3</sup> Schoch in Schoch/Schneider, § 80, Rn. 460 f.; Koehl, JA 2016, 616.

<sup>4</sup> VGH Mannheim, VBIBW 1995, 17, 18; Detterbeck, § 33, Rn. 1498; Schenke, § 25, Rn. 992.

<sup>5</sup> Detterbeck, § 33, Rn. 1498.

<sup>6</sup> Gersdorf, S.99, Rn. 155.

<sup>7</sup> Hufen, § 32, Rn. 35.; Gersdorf, S. 100, Rn. 156.

<sup>8</sup> VGH Mannheim, NJW 2004, 2690; Schenke in Kopp/Schenke, § 80, Rn. 130.

<sup>9</sup> BVerfG DVBl. 2008, 1056 f.; BVerwG NVwZ 2005, 943, 945; Kopp/Schenke, § 80, Rn. 152.

<sup>10</sup> Gersdorf, S. 100, Rn. 157; Guckelberger, § 21, Rn. 25; Detterbeck, § 33, Rn. 1511.

<sup>11</sup> Schoch in Schoch/Schneider/Bier, § 80, Rn. 371 ff.

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2010, 2268 f.; Detterbeck, § 33 Rn. 1511; Kopp/Schenke, § 80, Rn. 92.

<sup>13</sup> Detterbeck, § 33, Rn. 1511.

**1. Zuständigkeit**

Zuständig für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist nach § 80 II 1 Nr. 4 Alt. 1 VwGO die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Vorliegend hat die H sowohl die Allgemeinverfügung als auch die Vollziehungsanordnung erlassen.

**2. Verfahren**

Der Erlass der Anordnung der sofortigen Vollziehung stellt mangels eigenem Regelungsgehalt keinen Verwaltungsakt nach §§ 35 S. 1 VwVfG, 1 I NVwVfG dar<sup>14</sup>, sodass eine Anhörungspflicht i.S.d. §§ 28 I VwVfG, 1 I NVwVfG entfällt.

**3. Form**

Das Interesse an der sofortigen Vollziehung der Allgemeinverfügung ist nach § 80 III VwGO explizit zu begründen. Eine solche Begründung erfolgte laut Bearbeitungshinweis Nr. 6.

**4. Zwischenergebnis**

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung erfolgte formell rechtmäßig.

**II. Materielle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung**

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung müsste durch ein Vollzugsinteresse gerechtfertigt sein, welches das Suspensivinteresse der D überwiegt. Maßgeblich hierfür sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache (s.o.). Die Allgemeinverfügung müsste also rechtmäßig sein.

**1. Rechtsgrundlage**

Aufgrund des sich aus Art. 20 III GG ergebenden Vorbehalts des Gesetzes benötigt die Behörde für den Erlass von belastenden Maßnahmen eine Ermächtigungsgrundlage.<sup>15</sup> Das Versammlungsrecht ist im Hinblick auf die Abwehr versammlungsspezifischer Gefahren besonderes Gefahrenabwehrrecht, insofern geht das NVersG den Regelungen des allgemeinen Ordnungsrechts aus dem NPOG vor.<sup>16</sup> Ist der Erlass der Allgemeinverfügung vom NVersG erfasst, entfalten diese Normen eine Sperrwirkung für die Anwendbarkeit der Vorschriften des NPOG, so dass angesichts der „Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts“ ein Rückgriff auf das NPOG unzulässig ist.<sup>17</sup> Als Ermäch-

tigungsgrundlage für das Versammlungsverbot kommt daher § 8 II 1 Alt. 1 NVersG in Betracht, wonach eine Versammlung verboten werden kann, wenn ihre Durchführung die öffentliche Sicherheit unmittelbar gefährdet und die Gefahr nicht anders abgewendet werden kann. Dabei sind die Anforderungen des Vorrangs des Gesetzes zu beachten, die Allgemeinverfügung müsste also formell wie materiell rechtmäßig sein.

**2. Formelle Rechtmäßigkeit**

Laut Bearbeitungshinweis Nr. 4 ist die formelle Rechtmäßigkeit der Allgemeinverfügung gegeben.

**3. Materielle Rechtmäßigkeit**

Der Erlass der Verfügung müsste auch materiell rechtmäßig sein.

**a) Tatbestand****aa) Versammlung**

Dies setzt tatbestandlich zunächst voraus, dass die „Sensibilisierungsgespräche“ und die Blockaden unter den Versammlungsbegriff nach § 2 NVersG fallen. Entsprechend § 2 Alt. 1 NVersG handelt es sich bei einer Versammlung um eine ortsfeste Zusammenkunft von mindestens zwei Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung. Der aus der Definition hervorgehende Öffentlichkeitsbezug des Zusammenkunftsanliegens muss dabei nicht notwendig ein ausschließlich politischer sein.<sup>18</sup> Vorliegend ist das Anliegen der F darauf gerichtet, aufmerksam auf die Überfischung der Meere und die hiermit einhergehenden ökologischen Probleme zu machen. Hierzu verwenden sie u.a. Transparente und Fahnen und verwickeln Passanten auf dem Fischmarkt der S in Gespräche. Wenn auch die F entsprechend des Sachverhalts nur eine „lose Gruppe“ darstellt, so eint sie ihre Intention, öffentlich auf eine umweltpolitische Thematik aufmerksam zu machen. Es handelt sich also um eine gemeinschaftliche auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtete Kundgebung, mithin um eine Versammlung nach § 2 NVersG.

An diesem Ergebnis ergeben sich auch durch einen möglichen Verstoß gegen das Unfriedlichkeits-Verbot aus § 3 I NVersG keine Änderungen, da es sich hier (anders

<sup>14</sup> Hufen, § 32 Rn. 16; Gersdorf, S. 102, Rn. 159.

<sup>15</sup> Detterbeck, § 7 Rn. 259.

<sup>16</sup> Mehde in Hartmann/Mann/Mehde, § 4, Rn. 139.

<sup>17</sup> BVerfG, NVwZ 2011, 422; Bünnigmann, JuS 2016, 695.

<sup>18</sup> Mehde in Hartmann/Mann/Mehde, § 4, Rn. 135; Ullrich, § 2, Rn 7.

als beim „Gewalt“-Begriff aus Art. 8 I GG) nicht um eine Schutzbereichsrestriktion handelt.<sup>19</sup> Insofern kann für das Vorliegen einer Versammlung nach § 2 NVersG offen bleiben, ob aus der Versammlung der F Gewalttätigkeiten hervorgehen.

### bb) Öffentliche Sicherheit

Die öffentliche Sicherheit müsste durch Versammlungen der F unmittelbar gefährdet werden. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit entspricht dem aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht,<sup>20</sup> umfasst also die Schutzgüter objektive Rechtsordnung, Individualrechtsgüter sowie den Staat und seine Einrichtungen.<sup>21</sup> Hier könnten die objektive Rechtsordnung sowie Individualrechtsgüter betroffen sein.

Die objektive Rechtsordnung beinhaltet u.a. Rechtsvorschriften des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, andere Verbotsnormen,<sup>22</sup> aber auch die über Art. 12 I GG geschützten wirtschaftlichen Interessen der von Versammlungen betroffenen Geschäfte und Betriebe.<sup>23</sup>

Die Blockaden der Zufahrtswege erfüllen lt. Bearbeitungshinweis Nr. 2 den Tatbestand der Nötigung i.S.d. § 240 StGB. Außerdem konnten aufgrund dieser Blockaden Lieferfahrzeuge nicht bis zum Gelände des Fischmarktes gelangen, sodass dieser in Teilen nicht und in Teilen nur eingeschränkt stattfinden konnte. Zulieferer und MarktvVerkäufer sind damit in der Freiheit ihrer Berufsausübung nach Art. 12 I GG verletzt.

Darüber hinaus treten verbale Auseinandersetzungen und Handgreiflichkeiten auf, indem die F versuchen, Passanten in Gespräche zu verwickeln, die in Strafverfahren wegen Körperverletzungs- und Ehrdelikten münden. Insofern kommen strafrechtlich relevante Verhalten nach §§ 223 I, 185 StGB in Betracht. Die körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 II 1 GG sowie des allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG werden insofern bedroht. Die öffentliche Sicherheit wurde folglich im Hinblick auf die objektive Rechtsordnung und Individualrechtsgüter beeinträchtigt.

### cc) Unmittelbare Gefährdung (der öff. Sicherheit)

Fraglich ist, ob sich aus den o.g. Verstößen eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit für die

Zukunft ableiten lässt, die ein präventives Handeln notwendig macht. Die „unmittelbare Gefährdung“ bedingt eine konkrete Sachlage, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die der Versammlungsfreiheit entgegenstehenden Rechtsgüter führt,<sup>24</sup> wobei die der Gefahrenprognose zugrunde liegenden Indikatoren maßgeblich bestimmt werden durch den Umfang des drohenden Schadens und die Bedeutung des gefährdeten Rechtsguts. Hinsichtlich des Beurteilungsmaßstabs gelten umso geringere Anforderungen, je größer und folgenschwerer der drohende Schaden ist.<sup>25</sup> Auf der anderen Seite sind die der Gefahrenprognose zugrunde liegenden Anforderungen umso höher, je länger der demonstrationsfreie Zeitraum ist.<sup>26</sup> Es liegen somit in Summe gesteigerte Anforderungen an die Gefahrenprognose im Vergleich zum allgemeinen Gefahrenabwehrrecht vor.<sup>27</sup>

#### (1) Umfang des drohenden Schadens

Die F haben dazu aufgerufen, an wechselnden Wochentagen auf dem Fischmarkt in S „Sensibilisierungsgespräche“ durchzuführen. Der Begriff „Sensibilisierungsgespräche“ legt bereits nahe, dass es den F nicht (nur) darum geht, ihren Protest gegen die Überfischung der Meere auszudrücken, sondern auch aktiv auf die sich auf dem Markt befindlichen Passanten und Berufstätigen zuzugehen und ihnen lt. Aufruf im Internet „die Konsequenzen der Überfischung der Weltmeere zu verdeutlichen“.

Nach allgemeiner Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass sich sowohl große Teile der Besucher des Fischmarktes als auch die Standbetreiber wenig zugänglich für konfrontative Auseinandersetzungen dieser Art zeigen werden. Die eingeleiteten „zahlreichen“ Strafverfahren wegen Körperverletzungs- und Ehrdelikten belegen diese Spannungslage.

Hinzu kommt, dass die F kein Interesse an einer beaufsichtigten und damit geordneten Durchführung der Versammlung zeigen. Indem sie von einer Anmeldung der Veranstaltung absehen, kann die Versammlungsbehörde keine geeigneten Maßnahmen für einen reibungslosen Ablauf der Versammlung treffen, sodass die F faktisch keiner-

<sup>19</sup> Gröpl/Leinebach in JA 2018, S. 8, 10; Ullrich, § 3, Rn. 1 ff.

<sup>20</sup> OVG Lüneburg, Nds.Vbl. 2019, 60 (62).

<sup>21</sup> Mehde in Hartmann/ Mann/ Mehde, § 4, Rn. 21.

<sup>22</sup> Mehde in Hartmann/ Mann/ Mehde, § 4, Rn. 22.

<sup>23</sup> VGH München, Beschl. vom 17.10.2016, BayVbl. 2017 S. 635, 636.

<sup>24</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.4.1998 - 1 BvR 2311/94 -, NVwZ 1998, 834.

<sup>25</sup> Kniesel in Dietel/Gintzel/Kniesel, § 15 Rn. 27, 30.

<sup>26</sup> Kniesel/Poscher, NJW 2004, 422, (429).

<sup>27</sup> OVG Lüneburg, Urt. vom 29.5.2008, NdsVbl. 2008 S. 283, 285; Höfling in Sachs, Art. 8, Rn. 65.

lei Restriktionen unterliegen. Da insofern ebenfalls davon auszugehen ist, dass die F an den bisherigen Blockaden der Zufahrtswege festhalten werden, ist bereits bei der nächsten Zusammenkunft der F mit außerordentlich hoher Wahrscheinlichkeit mit weiteren Verstößen zu rechnen, ohne dass die Versammlungsbehörde präventive Maßnahmen zur Verhinderung dieser ergreifen konnte.

### (2) Bedeutung der bedrohten Rechtsgüter

Meinungsaussäuerungs- bzw. Ehrdelikte allein begründen nur in seltenen Fällen eine evidente Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, da auch provokante Meinungsäußerungen der Versammlung regelmäßig immanent sind.<sup>28</sup> Hingegen stellen Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit sowie die Einschränkungen der Berufsfreiheit der Händler und Zulieferer inkl. ihrer mit Einschränkungen einhergehenden finanziellen Einbußen gewichtige Rechtsgüter dar.<sup>29</sup>

### (3) Zwischenergebnis

Basierend auf den Erkenntnissen der bisherigen Versammlungen ist angesichts des Gewichts und des Umfangs der verletzten Rechtsgüter eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit anzunehmen.

### dd) Gefahr nicht anders abwendbar

Angesichts der Tragweite der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 I GG hat ein Versammlungsverbot den Charakter einer ultima ratio.<sup>30</sup> Insofern könnten mildere Mittel in Betracht kommen, um die von den F teilweise ausgehenden Gefahren abzuwenden.

Als mildere Mittel kommen Versammlungsbeschränkungen in Form von Auflagen in Betracht<sup>31</sup>, zumal es der Behörde im Falle einer unmittelbaren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit während des Verlaufs einer Versammlung grundsätzlich immer noch möglich ist, die Versammlung aufzulösen.<sup>32</sup> Dies gilt jedoch nur für die Fälle, in denen die Behörde im Vorfeld Kenntnis von der Versammlung erlangt und die Möglichkeit hat, sich auf das Stattfinden der Versammlung vorzubereiten; mithin in den Fällen, in denen die Organisatoren einer Anzeigepflicht aus § 5 I NVersG unterliegen (1) und dieser auch nachkommen (2).

### (1) Anzeigepflicht

Fraglich ist also, ob die Versammlungen der F anzeigepflichtig nach § 5 I NVersG sind. Danach sind Versammlungen unter freiem Himmel der Versammlungsbehörde 48 Stunden vorher anzuzeigen. Die F berufen sich allerdings darauf, dass sie von der Anzeigepflicht befreit seien, da ihre Versammlungen als sog. Spontanversammlungen i.S.d. § 5 V NVersG keine Möglichkeit zu einer vorherigen Anzeige lassen.

Fraglich ist, ob die Zusammenkünfte der F als Spontanversammlungen zu qualifizieren sind. Spontanversammlungen sind nach § 5 V NVersG solche Versammlungen, bei denen die Bekanntgabe mit dem Beginn der Versammlung zusammenfällt. Charakteristisch für Spontanversammlungen ist, inwiefern es vor Versammlungsbeginn eine Verabredung zu dieser Versammlung gegeben hat oder nicht.<sup>33</sup> Lediglich unmittelbar durch ihre Teilnehmer zustande gekommene Zusammenkünfte sind Spontanversammlungen. Dagegen unterfallen im Vorfeld abgesprochene Versammlungen, die Spontaneität suggerieren sollen, nicht dem Begriff der Spontanversammlung.<sup>34</sup>

Die F demonstrieren zu einem zwar aktuellen Thema in Form der Überfischung der Meere, die Verabredungen via soziale Netzwerke könnten auch auf eine spontane Versammlung hindeuten, jedoch trifft dies allenfalls auf die erste Versammlung der F am Fischmarkt zu. Die Versammlungen an Folgetagen und -wochen kommen nach dem gleichen Ablauf und aus der identischen Motivlage zustande und können insofern nicht mehr den Charakter von Spontanversammlungen haben. Zwar finden die Folgeversammlungen an wechselnden Wochentagen statt, der Ort, die Mittel, die Intention und die Art der Verabredung sind jedoch deckungsgleich. Selbst wenn eine Verabredung kurzfristig erfolgen mag, so finden die Versammlungen nicht aus dem Impuls eines plötzlich auftretenden Ereignisses statt, vielmehr handelt es sich um ritualisierte wiederkehrende Abläufe, die auf vorherigen Absprachen in sozialen Netzwerken beruhen.

Auch die Tatsache, dass die Versammlungsteilnehmenden in Teilen über große Transparente, Fahnen und Fischer-netze verfügen, deren Anfertigung und Beschaffung zu meist auch einen gewissen zeitlichen Vorlauf in Anspruch

<sup>28</sup> Ullrich, § 8, Rn. 47.

<sup>29</sup> BVerfGE 69, 352; Ullrich, § 8, Rn. 46 f.

<sup>30</sup> OLG Celle NVwZ-RR 2006, 254; Wefelmeier/Miller, § 8, Rn. 55.

<sup>31</sup> Wefelmeier/Miller, § 8, Rn. 55.

<sup>32</sup> BVerfGE 69, 315 (346); Hoffmann-Riem, NVwZ 2002, 257, 264.

<sup>33</sup> OVG Lüneburg, Urt. vom 11.6.2018, NdsVBl. 2019 S. 60, 61.

<sup>34</sup> Kniesel in Dietel/Gintzel/Kniesel, § 14 Rn. 15.

nehmen,<sup>35</sup> widerspricht dem Charakter von Spontanversammlungen. Bekanntgabe und Beginn der Versammlungen fallen damit nicht zusammen. Von einer adhoc-Versammlung, die ohne Planung initiiert wird und spontan entsteht, kann damit nicht die Rede sein. Damit handelt es sich bei den Zusammenkünften der F nicht um Spontanversammlungen nach § 5 V NVersG.

Keinen Einfluss auf diesen Schluss hat dabei das Fehlen eines Veranstalters.<sup>36</sup> Der Einwand der D, wonach die Zusammenkünfte aufgrund ihrer „viralen“ Entwicklung keinen Organisator hätten, ist damit irrelevant. Die Versammlungen der F sind also anzeigepflichtig nach § 5 I NVersG.

### (2) Einhaltung der Anzeigepflicht

Da die F trotz ihrer Verpflichtung zur Anzeige dieser in der Vergangenheit nicht nachgekommen sind, konnte die Versammlungsbehörde keine Kenntnis von den Versammlungen erlangen, damit auch keine präventiven Maßnahmen zum Schutz der Demonstrierenden und Marktteilnehmer einleiten.

Die F deklarieren kategorisch die Demonstrationen als (spontane) „Sensibilisierungsgespräche“, verwehren der Versammlungsbehörde die Aufsicht über die Versammlung und unterlaufen damit etwaige Restriktionen (wie die Benennung von Verantwortlichen sowie einer ausreichenden Zahl von Ordnern). Auf diese Weise verunmöglichen sie eine Vorfeldkooperation. Die Häufigkeit der Demonstrationen, die wiederkehrenden Verstöße und die Ausgestaltung der Demonstrationen lassen nur den Schluss zu, dass eine Betitelung als „Sensibilisierungsgespräche“ erfolgt, um sich bewusst und systematisch der Anzeigepflicht zu entziehen. Nach alledem ist davon auszugehen, dass eine Anzeige ohne verpflichtende Allgemeinverfügung nicht erfolgen wird.

### (3) Zwischenergebnis

Zum Schutz der öffentlichen Sicherheit hat die Behörde insoweit kein milderes Mittel, als die F zur Anmeldung zu verpflichten und so die Anmeldung zur Bedingung für das Abhalten einer Versammlung zu erheben.

Eine Beschränkung ist somit nicht zielführend, die Gefahr damit nicht anders abwendbar.

### ee) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 8 II 1 Alt. 1 NVersG ist erfüllt.

### b) Versammlung als Störer

Die Behörde müsste gegen die richtigen Verantwortlichen vorgehen. Dass derjenige Teil der F, der potentiell die öffentliche Sicherheit bedroht, vom Verbot erfasst wird, ist entsprechend der Grundsätze der allgemeinen Gefahrenabwehr nicht zu beanstanden, vgl. insofern § 6 I NPOG.

Fraglich ist, ob sich das präventive Verbot von nicht angekündigten Versammlungen auch auf die potentiellen Versammlungsteilnehmer beziehen darf, die nicht die Absicht haben, gewalttätig zu werden. Eine Einbeziehung gerade dieses Personenkreises ist nur dann möglich, wenn entweder die (gesamte) Versammlung für die Störung verantwortlich ist oder unter den Voraussetzungen eines polizeilichen Notstands nach § 8 III NVersG.<sup>37</sup> Fraglich ist insoweit, ob die Störungen von einem Versammlungsteil der gesamten Versammlung zuzurechnen sind.<sup>38</sup> Dies ist dann der Fall, wenn die Art der Versammlung einen Teilnehmerkreis anzieht, der auch unter Zuhilfenahme von Gewalttätigkeiten seine Demonstrationsanliegen vertritt und gleichzeitig durch den Veranstalter keine Schritte unternommen werden, dies präventiv zu verhindern.<sup>39</sup> Gehen von nur einem Teil einer Versammlung Gefahren aus, so kann eine Zurechnung mit Blick auf die gesamte Versammlung auf Basis des Verhaltens der Organisatoren in den Kooperationsgesprächen erfolgen, speziell wenn es um die Abwendung von Gefahren durch einzelne Teilnehmer oder Gruppen geht.<sup>40</sup> Auch der Verlauf vergleichbarer vorangegangener Versammlungen kann ein Indikator für die Zurechnung sein.<sup>41</sup>

Vorliegend unterließen die F eine Anmeldung der „Sensibilisierungsgespräche“ gegenüber der Versammlungsbehörde. Die S hat somit keine Möglichkeit, auf die Versammlung und ggf. von dieser ausgehenden Gefährdungen zu reagieren. Dass es zu Gefahrenlagen kommen kann, zeigen die vorangegangenen Versammlungen: In die Blockaden involviert waren „viele“ Teilnehmende, „zahlreiche Strafverfahren“ wurden zu Körperverletzungs- und Ehrdelikten eingeleitet, so dass die Bedrohung von Rechtsgütern von einer Teilgruppe der F ausging. Schädigungen unterschiedlicher Rechtsgüter lagen bei vergangenen Versammlungen der

<sup>35</sup> Kniesel in Dietel/Gintzel/Kniesel, § 14 Rn. 19.

<sup>36</sup> Wefelmeier/Miller, § 5, Rn. 26.

<sup>37</sup> Wefelmeier/Miller, § 8, Rn. 35.

<sup>38</sup> Hettich, S. 193, Rn.167.

<sup>39</sup> Hettich, S. 193, Rn.167.

<sup>40</sup> Wefelmeier/Miller, § 8, Rn. 35.; Hettich, S. 193, Rn. 167.

<sup>41</sup> VGH Mannheim v. 16.04.2021, 1 S 1304/21, juris Rn. 18.



F vor.<sup>42</sup> Trotz dieser Schädigungen wurden keine erkennbaren Maßnahmen für Folgeversammlungen ergriffen, um schädigendes Verhalten zu unterbinden. Eine Distanzierung der F von strafrechtlich relevantem Verhalten erfolgte nicht. Präventive Handlungen zum Schutz der o.g. Rechtsgüter wurden ebenfalls nicht angestrengt. Aufgrund der Fülle an Verstößen gegen die öffentliche Sicherheit auf den bisherigen Versammlungen, der angesichts steigender Teilnehmerzahlen hohen Dringlichkeit, diesen Verstößen Einhalt zu gebieten und der oben beschriebenen ausbleibenden Reaktion der F, bleibt nur die Folgerung, dass die F die von ihren Versammlungen ausgehenden Gefahren tolerieren. Sie müssen sich diese daher zurechnen lassen. Der vermeintliche Charakter der „Sensibilisierungsgespräche“ als Spontandemonstrationen und das vermeintlich dadurch bedingte Fehlen eines Organisors bzw. Versammlungsleiters führt zu keinem anderen Ergebnis. Gerade aufgrund der Häufigkeit der Versammlungen der F und der insoweit entwickelten Routine beim Ausrichten dieser Versammlungen wissen die F um die mit ihren Versammlungen verbundenen Gefährdungen. Es wäre ihnen daher ohne weiteres möglich, auf eine Eindämmung der Risiken für die öffentliche Sicherheit hinzuwirken (z.B. in Form einer öffentlichen Abgrenzung von den vorangegangenen Fehlverhalten und/oder eines Aufrufs, ausschließlich friedlich zu demonstrieren, etc.). Somit ist die gesamte Versammlung der F für die Gefährdung verantwortlich. Dass auch an den „Sensibilisierungsgesprächen“ interessierte friedfertige Teilnehmer unter den Geltungsbereich des Verbots fallen, ist insoweit rechtmäßig.

### c) Rechtsfolge

Die Rechtsfolge des § 8 II 1 Alt. 1 NVersG räumt der Behörde Ermessen ein. Dieses hat sie entsprechend §§ 40 VwVfG, 1 I NVwVfG auszuüben. Dabei sind insbesondere die gesetzlichen Grenzen einzuhalten, welche u.a. in den Grundrechten bestehen. In Betracht kommen hier Verstöße gegen den Schutz der Tiere nach Art. 20a GG und die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 I GG.

### aa) Schutz der Tiere nach Art. 20a GG als gesetzliche Grenze

D macht einen Verstoß gegen die verfassungsrecht-

liche Dimension des Schutzes der Tiere geltend. Nach Art. 20a GG schützt der Staat u.a. die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung. Bei Art. 20a GG handelt es sich jedoch um eine Staatszielbestimmung,<sup>43</sup> Adressat der Regelung ist primär der Gesetzgeber.<sup>44</sup> Ein Grundrecht auf Umwelt- und Tierschutz existiert insoweit nicht.<sup>45</sup> Damit verstößt das Verbot nicht gegen den verfassungsmäßigen Schutz der Tiere.

### bb) Versammlungsfreiheit nach Art. 8 I GG als gesetzliche Grenze

Das Verbot von nicht angezeigten Versammlungen könnte einen Eingriff in die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 I GG darstellen.

#### (1) Schutzbereich von Art. 8 I GG

##### (a) Sachlicher Schutzbereich von Art. 8 I GG

Dazu müsste der Schutzbereich von Art. 8 I GG eröffnet sein, es sich bei den „Sensibilisierungsgesprächen“ also um eine Versammlung im grundrechtlichen Sinne handeln. Der oben aufgeführte Begriff der Versammlung aus § 2 NVersG wurde der (engen) Definition des Versammlungsbegriffs aus Art. 8 I GG nachgebildet.<sup>46</sup> Indem eine Versammlung nach § 2 NVersG vorliegt, ist der Schutzbereich des Art. 8 I GG also sachlich grundsätzlich eröffnet.

##### (b) Schutzbereichsrestriktion

Zu beachten ist jedoch die Schutzbereichsrestriktion aus Art. 8 I GG.

Das Verhalten der Demonstrierenden unterfällt nur dann Art. 8 I GG, wenn sie „friedlich und ohne Waffen“ i.S.d. Art. 8 I GG agieren. Friedlich ist eine Versammlung, die keinen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nimmt.<sup>47</sup> Fraglich ist, ob sich die Blockade der Zufahrtswege zum Fischmarkt und die verbalen Auseinandersetzungen und Handgreiflichkeiten mit Passanten, die zu Strafverfahren wegen Körperverletzungs- und Ehrdelikten führen, Gewalttätigkeiten im obigen Sinne darstellen.

##### (aa) Blockade der Zufahrtswege

Dies ist im Fall der Blockaden insbesondere zweifelhaft, da sie lt. Bearbeitungshinweis Nr. 2 dem Straftatbestand der Nötigung erfüllen und bereits tatbestandlich der Nötigung nach § 240 I StGB eine Form der „Gewalt“ immanent ist.

<sup>42</sup> Siehe hierzu auch Ausführungen unter „c) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit“.

<sup>43</sup> Sachs, Art. 20a, Rn. 12; Calliess in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20a, Rn. 2.

<sup>44</sup> Calliess in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20a, Rn. 133; Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 20a, Rn. 2a.

<sup>45</sup> Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 20a, Rn. 2.; Calliess, ZUR 2021, 323 (324).

<sup>46</sup> Wefelmeier/Miller, § 2, Rn. 2 ff.; Ullrich, § 2, Rn. 6.

<sup>47</sup> BVerfGE 69, 315/361.

Nach einer Ansicht reichen Behinderungen von Dritten allein nicht aus, um einer Versammlung die Friedlichkeit abzusprechen.<sup>48</sup> Auch müssen einzelne Rechtsverstöße nicht notwendigerweise eine Veranstaltung unfriedlich machen.<sup>49</sup> Soweit sich Teilnehmer einer Sitzblockade etwa auf passiven Widerstand beschränken, ist ihr Verhalten nach Art. 8 I GG geschützt.<sup>50</sup> Dem wird entgegengehalten, dass es sich gerade im Fall von Sitzblockaden nicht um grundrechtlich geschützte Versammlungen handeln könne, da lediglich das Recht, sich zu versammeln und versammelt zu bleiben, geschützt sei, wohingegen es kein Recht auf Ausübung unmittelbaren Zwanges durch Personenmehrheiten gebe.<sup>51</sup>

Eine allgemeingültige - und damit die Besonderheit eines jeden Einzelfalls ignorierende - Einordnung von Blockaden innerhalb oder außerhalb des Schutzbereichs von Art. 8 I GG erscheint nicht zielführend, sodass eine zwischen den o.g. Standpunkten vermittelnde Ansicht heranzuziehen ist: Maßgeblich ist demnach auch die Intention der Blockadeteilnehmer: Blockaden im öffentlichen Straßenraum können Versammlungen darstellen, wenn die öffentliche Meinungsbildung im Vordergrund des Handelns steht.<sup>52</sup> Die F nehmen hier zwar in Kauf, Verkehrsteilnehmer strafrechtlich relevant zu nötigen, allerdings ist die Nötigung selbst nicht das Ziel ihres Handelns, sondern das in Teilen hierfür verwendete Mittel. Ihr Anliegen ist es, auf die Überfischung der Meere aufmerksam zu machen. Dafür sprechen sowohl die Art als auch der Ort des Protestes. So macht das Aneinanderbinden mit Fischernetzen symbolisch auf die Überfischung aufmerksam, darüber hinaus weist der Protest am Fischmarkt der Hafenstadt S bzw. auf den Zufahrtswegen hierhin eine inhaltliche Nähe zum Handlungsmotiv der F auf. Damit verfolgen die F primär das Ziel, auf die öffentliche Meinungsbildung einzuwirken. Ein gewalttätiger Verlauf liegt insoweit nicht vor.

### **(bb) Strafverfahren wegen Körperverletzungs-, Ehrdelikten**

Die eingeleiteten Strafverfahren wegen Körperverletzungs- und Ehrdelikten könnten jedoch dem Charakter einer friedlichen Demonstration zuwiderlaufen. Voraussetzung hierfür ist, dass es sich um Handlungen „von einiger

Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen“<sup>53</sup> handeln muss. Die physische Einwirkung muss „erheblich“ sein,<sup>54</sup> wobei nicht jeder Rechtsverstoß zu einer unfriedlichen Versammlung führt.<sup>55</sup>

Angesichts der recht hohen Anforderungen an das Gewaltpotential der Versammlungsteilnehmenden reichen die möglicherweise begangenen Ehrdelikte nicht aus, um eine Unfriedlichkeit anzunehmen. Hinsichtlich der Strafverfahren wegen Körperverletzungsdelikten handelt es sich zwar ausweislich des Sachverhalts um mehrere Verfahren, jedoch geht aus dem Sachverhalt nicht hervor, ob sich diese ausschließlich oder überwiegend gegen die F oder möglicherweise auch gegen Passanten richten. Wenn auch die F auf Passanten zugehen, um diese in Gespräche zu verwickeln und es in mehreren Fällen zur Einleitung von Strafverfahren kommt, so genügt dies allein nicht, um „erhebliche physische Einwirkungen“ bejahen zu können. Soweit sich einzelne Teilnehmer der F nachweislich gem. § 223 I StGB strafbar gemacht haben, fallen diese nicht mehr in den Schutzbereich von Art. 8 I GG. Die Versammlung der F als solche ist hingegen auch nach dem im Internet getätigten Aufruf zu „Sensibilisierungsgesprächen“ nicht auf aggressive Ausschreitungen gegenüber Passanten ausgelegt. Für die Annahme eines gewalttätigen Verlaufs reicht die Intensität der Störung durch die F damit nicht aus.

### **(cc) Zwischenergebnis**

Es handelt sich um eine (friedliche) Versammlung i.S.d. Art. 8 I GG.

### **(c) Persönlicher Schutzbereich**

Art. 8 I GG ist ein sog. „Deutsches-Grundrecht“.<sup>56</sup> Mangels Informationen aus dem Sachverhalt ist davon auszugehen, dass D Deutsche i.S.d. Art. 116 I GG ist. Der Schutzbereich ist somit auch in persönlicher Hinsicht eröffnet.

### **(2) Eingriff in Schutzbereich**

Durch die in der Allgemeinverfügung zum Ausdruck kommende Untersagung von denjenigen Versammlungen unter freiem Himmel im Zusammenhang mit Protesten gegen die Fischerei, die nicht der Anzeigepflicht nach § 5 NVersG genügen, könnte ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen.

<sup>48</sup> BVerfGE 104, 92/106; BVerfGE 73, 206/248; Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 8, Rn. 27.

<sup>49</sup> BVerfGE 92, 1/16 ff.; Höfling in Sachs, Art. 8, Rn. 33.

<sup>50</sup> BVerfGE 87, 399; BVerfGE 73, 206/249.

<sup>51</sup> Depenheuer in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 8, Rn. 68.

<sup>52</sup> OVG Lüneburg, Nds.Vbl. 2019, 60 (62); Höfling in Sachs, Art. 8, Rn. 32 f.

<sup>53</sup> BVerfGE 104, 92/106; BVerfG, NJW 11, 3020 Rn. 32; BVerfGE 73, 206/248.

<sup>54</sup> BVerfGE 73, 206 (248); Kingreen/Poscher, § 17, Rn. 910.

<sup>55</sup> Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 8, Rn. 8.

<sup>56</sup> Mehde in Hartmann/Mann/Mehde, § 4, Rn. 133.

Ein Eingriff ist jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten ganz oder teilweise unmöglich macht, gleichgültig, ob diese Wirkung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich eintritt.<sup>57</sup>

Indem eine Verpflichtung zur Anzeige einer Versammlung i.S.d. § 5 NVersG durch die S zur Voraussetzung für das Abhalten einer Versammlung erhoben wird, wird aus der Anzeigepflicht insoweit eine Erlaubnispflicht.<sup>58</sup> Ein Eingriff liegt damit vor.

### **(3) Rechtfertigung des Eingriffs**

Der Eingriff in den Schutzbereich müsste gerechtfertigt sein.

#### **(a) Schranke**

Art. 8 II GG stellt für Versammlungen unter freiem Himmel – wie der im Sachverhalt geschilderten – einen einfachen Gesetzesvorbehalt dar. Der o.g. Eingriff basiert auf § 8 II NVersG als einfachgesetzliche formelle Gesetzesgrundlage.

#### **(b) Verfassungsmäßigkeit von § 8 II NVersG**

Die Verfassungsmäßigkeit des NVersG ist lt. Bearbeitungshinweis Nr. 7 zu unterstellen.

#### **(c) Verfassungsgemäße Anwendung von § 8 II NVersG**

Das durch die S verfügte Versammlungsverbot müsste verfassungsgemäß sein. Dies erfordert eine Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

##### **(aa) Legitimer Zweck**

Durch das Versammlungsverbot für unangemeldete Versammlungen im Zusammenhang mit Protesten gegen die Fischerei will die S eine drohende Schädigung der öffentlichen Sicherheit durch Nötigungen nach § 240 StGB, Körperverletzungen nach § 223 I StGB, Einschränkungen der Berufsfreiheit i.S.d. Art. 12 I GG verhindern. Die Verfolgung dieses Ziels ist legitim.

##### **(bb) Geeignet**

Durch die vorgenommene Untersagung von unangemeldeten Versammlungen einhergehend mit der Verpflichtung zur Anmeldung einer Versammlung hat die S die Möglich-

keit, geeignete Maßnahmen zum Schutz der o.g. Rechtsgüter zu treffen. Das Verbot ist somit zur Zweckerreichung geeignet.

##### **(cc) Erforderlich**

Es dürfte kein milderes gleich geeignetes Mittel als die Untersagung geben.

Wie bereits im Tatbestand von § 8 II NVersG erläutert<sup>59</sup>, sind Versammlungsbeschränkungen zwar mildere Mittel, jedoch nicht gleich geeignet (s.o.).

Fraglich ist, ob die S eine räumliche Eingrenzung für den Geltungsbereich der Allgemeinverfügung hätte vornehmen müssen. So gilt die Verfügung „auf dem Gebiet der S“, möglicherweise hätte eine Eingrenzung auf das Gebiet rund um den Fischmarkt bzw. den Hafen ausgereicht. Wenn auch der Fischmarkt aus Sicht der F durch seinen inhaltlichen Bezug zum Demonstrationsanliegen und durch hohe Besucherzahlen den geeigneten Ort für ein Aufmerksammachen auf die Überfischung der Meere darstellt, ist nicht auszuschließen, dass es in S als Hafenstadt weitere für eine Versammlung der F attraktive Orte gibt, die eine Nähe zum Demonstrationsanliegen aufweisen (so etwa das Hafengelände, ggf. andere (Fisch-)Märkte oder Fisch-Restaurants). Insoweit ist ein sich auf das Stadtgebiet erstreckendes Verbot angezeigt. Die Untersagung ist erforderlich.

##### **(dd) Angemessenheit**

Das erteilte Versammlungsverbot müsste angemessen sein. Die Schwere des Grundrechtseingriffs darf in keinem Missverhältnis zu den verfolgten Zielen stehen.<sup>60</sup> Aufgrund der zentralen Bedeutung der Versammlungsfreiheit als Kommunikationsgrundrecht in einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung darf eine Einschränkung dieses nur zum Schutz von mindestens gleichwertigen Rechtsgütern erfolgen.<sup>61</sup>

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Allgemeinverfügung als generell-konkrete Regelung nach § 35 S. 2 VwVfG eine nicht bestimmbare Anzahl an Versammlungen erfasst und insoweit einen schwerwiegenderen Eingriff darstellt als ein (einmaliges) Verbot i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG. Indem die F die Versammlungen als „Sensibilisierungsgespräche“ betiteln, wird die Anzeigepflicht absichtlich und systematisch umgangen (s.o.). Die S erhält also nur Kenntnis von den

<sup>57</sup> BVerfG, NVwZ 2018, 1224, Rn. 29; BVerwGE 160, 169, Rn. 32.

<sup>58</sup> Lembke in Ridder/Breitbach/Deiseroth, § 14, Rn. 109; Sachs, Art. 8, Rn. 15.

<sup>59</sup> Vgl. Ausführungen zu „dd) Gefahr nicht anders abwendbar“.

<sup>60</sup> Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 8, Rn. 19.

<sup>61</sup> BVerfGE 128, 226 (259); Epping, Rn. 63.

beabsichtigten Versammlungen der F, wenn sie diese explizit per Allgemeinverfügung zur Anmeldung verpflichtet. Die S bezieht die Allgemeinverfügung auf „Versammlungen unter freiem Himmel im Zusammenhang mit Protesten gegen die Fischerei („Sensibilisierungsgespräche“)“ und richtet sich daher ausschließlich an die Versammlungen mit gesteigertem Gefahrenpotential (s.o.). Damit erfolgt die Ausgestaltung des Verbotes als Allgemeinverfügung insoweit rechtmäßig.

Die S zielt durch die Verfügung einerseits auf die Verhinderung von Blockaden, u.a., um den Händlern, Fischern und Anlieferern die uneingeschränkte Ausübung ihres Berufs zu ermöglichen, andererseits auf den Schutz von Marktbesuchern vor Beleidigungen und körperlichen Aggressionen der F.

Sowohl die körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 II 1 GG als auch die Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG sind gewichtige Rechtsgüter, die jeweils unmittelbar betroffen sind (s.o.). Hinsichtlich des Eingriffs in die Berufsfreiheit kommt erschwerend hinzu, dass die F nicht nur einzelne Zufahrtswege blockieren, sondern sämtliche, sodass der Fischmarkt teilweise nicht stattfinden konnte.

Behinderungen Dritter sind nicht selten Folge einer Demonstration und als solche auch in der Regel von den Betroffenen hinzunehmen<sup>62</sup>, allerdings wäre es den F auch möglich, wenige ausgewählte Zufahrtswege zum Fischmarkt passierbar zu lassen, ohne an Aufmerksamkeit für ihr Anliegen einzubüßen.

Trotz des Verbots unangemeldeter Versammlungen fällt der Grundrechtseingriff relativ schonend aus. Einerseits unterliegt das Verbot einer rechtmäßigen Befristung bis zum 15.03.2023, es handelt sich mithin um eine temporäre Einschränkung.

Andererseits ist zu bedenken, dass es sich nicht um ein absolutes Versammlungsverbot handelt, sondern um eine der Verfügung immanente Verpflichtung zur Anmeldung. Es bleibt den F unbenommen, ihr Anliegen im Rahmen einer angemeldeten Versammlung zu vertreten.

Ein Missverhältnis zwischen der Schwere des Eingriffs und den durch die S verfolgten Zielen ist nicht zu erkennen. Damit ist das Verbot angemessen, verhältnismäßig und der Eingriff gerechtfertigt. Die Anwendung von § 8 II NVersG erfolgte verfassungsgemäß.

#### d) Zwischenergebnis

Es bestehen insoweit keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Allgemeinverfügung.

#### 4. Interessenabwägung

Ist der Verwaltungsakt rechtmäßig, bedeutet dies allein nicht bereits das Überwiegen des Vollziehungsinteresses, vielmehr bedarf es hierfür eines besonderen Interesses, das über das Erlassinteresse des Verwaltungsakts hinausgeht (s.o.).<sup>63</sup> Insoweit ist eine Interessenabwägung vorzunehmen zwischen dem Vollziehungsinteresse der S und dem Suspensivinteresse der D.

Ein Vollziehungsinteresse kann im Rahmen der Gefahrenabwehr in einer erheblichen Dringlichkeit zum Erlass des Verwaltungsakts bestehen.<sup>64</sup> Die S führt die Notwendigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung an, um unmittelbare Gefahren für die Sicherheit und Leichtigkeit des Lieferverkehrs sowie die körperliche Unversehrtheit von Fischmarktbesuchern zu gewährleisten.

Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs reichen allein für ein Überwiegen des Vollziehungsinteresses nicht notwendigerweise aus.<sup>65</sup> Zu beachten ist allerdings, dass es nicht lediglich um eine Verbesserung, sondern um eine Ermöglichung von Verkehrsfluss und Verkehrssicherheit im Bereich des Fischmarktes geht.

Ein Teil der Demonstranten blockierte sämtliche Zufahrtswege für die Dauer eines Tages. Sowohl die umfassende Blockade als auch deren lange Dauer verursachen im Gebiet um den Fischmarkt, der seinerseits zentral gelegen ist (Innenstadt) und gewöhnlicherweise viel frequentiert und von Zulieferern angefahren wird, erhebliche Verkehrsbehinderungen.

Darüber hinaus haben die „Sensibilisierungsgespräche“ der F zu verbalen und körperlichen Auseinandersetzungen mit Fischmarktbesuchern geführt. Die steigende Anzahl an Demonstranten, die Haltung der Demonstranten, Restriktionen durch die Versammlungsbehörde zu unterlaufen (s.o.) als auch die Häufigkeit, in der Demonstrationen auf dem Fischmarkt stattfinden, legen nahe, dass es bereits kurzfristig zu weiteren Versammlungen und damit zu einer Gefährdung von Marktbesuchern kommt.

Angesichts dieser Umstände steht zu befürchten, dass sich ein wesentlicher Teil der Gefahren, die gerade mit dem Erlass der Allgemeinverfügung bekämpft werden sollen,

<sup>62</sup> BVerfGE 87, 399 (406); Höfling in Sachs, Art. 8, Rn. 31.

<sup>63</sup> BVerfG NJW 2010, 2268 f.; Detterbeck, § 33 Rn. 1511; Kopp/Schenke, § 80, Rn. 159.

<sup>64</sup> Kopp/Schenke, § 80 Rn. 96; Gersdorf, Rn. 160.

<sup>65</sup> Kopp/Schenke, § 80, Rn. 98.

realisieren, bevor es zu einer gerichtlichen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Allgemeinverfügung kommt. Das Suspensivinteresse der D muss damit hinter das Vollziehungsinteresse der S zurücktreten.

### III. Zwischenergebnis

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung erfolgte damit rechtmäßig.

### C. Ergebnis

Der Antrag der D ist folglich zulässig, aber unbegründet. Er hat keinen Erfolg.

### ANMERKUNGEN

Eine wirklich tolle Leistung. Der Verfasser erkennt die wesentlichen Probleme und erörtert sie allesamt zutreffend. Kleine Mängel hätten aber noch Potential zur Verbesserung. Es handelt sich um eine erheblich über den durchschnittlichen Anforderungen liegende Leistung, somit um 15 Punkte (gut).



## Studienarbeit im Schwerpunktbereich 2, Arbeit und Soziales, 14 Punkte

Dipl.-Jur. Anika Brämer

Die Studienarbeit zum Thema „Ist ein Unfall auf dem 420 km langen Rückweg aus dem Urlaub an die Tätigkeitsstätte als Arbeitsunfall i.S.d. § 8 SGB VII anzuerkennen? (Rezension von BSG, Urt. v. 10.8.2021 – B 2 U 2/20 R)“ wurde im Wintersemester 2021/2022 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt.

Herzlicher Dank gebührt dabei Prof. Dr. Hermann Butzer, der sich mit der Veröffentlichung der Arbeit und des Votums einverstanden erklärt hat.

### BEARBEITUNG

#### A. Einleitung

Egal ob am Meer oder in den Bergen, im Sommer oder im Winter, auf entfernten Kontinenten oder in heimischen Landen – Urlaubsreisen werden von den allermeisten Menschen geschätzt. Dabei geht es in der Regel um Erholung und nicht selten auch um das Entfliehen von Verpflichtungen, die die Erwerbsarbeit mit sich bringt. Dem allgemeinen Verständnis wird man wohl entnehmen können, Urlaub sei das genaue Gegenteil von Arbeit.<sup>1</sup> Umso verwunderlicher erscheint auf den ersten Blick die Frage, ob ein Unfall auf einem 420 km langen Rückweg aus dem Urlaub ein Arbeitsunfall sein kann. Bei genauerer Betrachtung wird jedoch schnell klar, einfach zu beantworten ist sie nicht. Deshalb hatte sich das Bundessozialgericht am 10. August 2021 mit dieser Frage auseinanderzusetzen. Derartige unfallversicherungsrechtliche Problematiken zum Arbeitsunfall und dabei insbesondere auch zu Wegen vom dritten Ort beschäftigen die Gerichte fortlaufend.<sup>2</sup> Für den Betroffenen<sup>3</sup> ist es ausschlaggebend, ob er in den Schutzbereich der Unfallversicherung oder lediglich in den der Krankenversicherung fällt. Denn die Leistungen der Unfallversicherung sind i.d.R. für die Versicherten sehr viel günstiger, da die Unfallversicherungsträger nicht so stark an den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz gebunden sind und Zuzahlungspflichten entfallen.<sup>4</sup> Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, nach der Wiedergabe der Entscheidung, jene vor dem gesetzlichen und politischen Hintergrund einzuordnen, den Argumentationsgang des Gerichtes zu analysieren, den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur aufzugreifen und nach einer kritischen Würdigung einen Lösungsansatz für die Einbeziehung der Urlaubs-

rückreisewege in den Unfallversicherungsschutz zu formulieren.

#### B. Darstellung der Entscheidung

Das Bundessozialgericht hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob eine Ehefrau und ihr tödlich verunglückter Ehemann auf der Rückreise vom gemeinsamen Urlaub Arbeitsunfälle erlitten haben (Rn. 1).<sup>5</sup>

##### I. Sachverhalt

Die Eheleute waren beruflich in einem Autohaus in Berlin<sup>6</sup> tätig, dessen Inhaber der Ehemann war, und wohnten ca. 14 km vom Arbeitsort entfernt (LSG Rn. 2).<sup>7</sup>

Sie verbrachten im August 2013 einen Urlaub mit dem Motorrad in einem ca. 420 km von ihrer Arbeitsstätte entfernten Ort in Thüringen, während die gemeinsame Tochter den Geschäftsbetrieb im Autohaus führte, wobei bereits zu Beginn des Urlaubs feststand, dass das Ehepaar am 19. August 2013 zurückreisen würde, um sie dort abzulösen (LSG Rn. 3).

Die Tochter teilte in einem Telefonat am 18. August 2013 mit, dass sie am Nachmittag des nächsten Tages einen Zahnarzttermin habe, weshalb die Eheleute nach Angabe der Klägerin beschlossen, direkt vom Urlaubsort zum Autohaus zu fahren (LSG Rn. 3).

Auf dem Rückweg prallten sie gegen 13:25 Uhr in Berlin, ca. sieben Kilometer vom Autohaus entfernt, mit dem Motorrad auf einen Sattelschlepper, wobei die Ehefrau schwere Verletzungen erlitt und ihr Ehemann verstarb (LSG Rn. 3). Dies geschah auf einem Streckenabschnitt, der nicht dem üblichen Weg von der Wohnung zum Autohaus entsprach und dessen Nutzung auch einen erheblichen Umweg im Vergleich zum üblichen Weg dargestellt hätte (LSG Rn. 3).

<sup>1</sup> Vgl. <http://gegenteile.net/gegenteil-von-arbeit>.

<sup>2</sup> Allein 3.710 Entscheidungen des BSG zum Arbeitsunfall findet man auf juris, 1.443 zum dritten Ort (Stand: 13.3.2022).

<sup>3</sup> Zur besseren Lesbarkeit wird das generische Maskulinum verwendet, mit dem alle Geschlechter angesprochen sein sollen.

<sup>4</sup> V. Koppenfels-Spieß, Sozialrecht, Rn. 398.

<sup>5</sup> BSG, Urt. v. 10.8.2021 – B 2 U 2/20 R, BeckRS 2021, 34853 wird im Folgenden wie angegeben zitiert.

<sup>6</sup> Die nicht-anonymisierten Orte wurden dem Terminbericht des BSG Nr. 32/21 zur gesetzlichen Unfallversicherung entnommen.

<sup>7</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 17.10.2019 – L 21 U 70/17, BeckRS 2019 42195, wird im Folgenden wie angegeben zitiert.

Die klagende Ehefrau beehrte von der beklagten Berufsgenossenschaft Holz und Metall die Anerkennung des Ereignisses als Arbeitsunfall, sowie die Übernahme ihrer Heilbehandlungskosten und Gewährung von Hinterbliebenenleistungen (Rn. 1, 3).

Dies lehnte die Beklagte durch Bescheide vom 8. Mai 2014 und Widerspruchsbescheide vom 3. Dezember 2014 ab (Rn. 3).

## II. Einlassungen der Beteiligten

Im Folgenden soll kurz auf die wesentlichen Einlassungen der Streitparteien eingegangen werden.

### 1. Die Beklagte

Die Beklagte hatte ausgeführt, es liege kein Wegeunfall vor, sondern es handele sich um den Rückweg von einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit, der maßgeblich davon bestimmt gewesen sei, die Urlaubsreise zu beenden (LSG Rn. 4f.).

Die gefahrenen Kilometer seien um ein Vielfaches länger als der reguläre Arbeitsweg (LSG Rn. 5). Auch eine Ausnahme wegen kurzfristig anfallender, dringender Arbeiten im Betrieb liege nicht vor, denn die Eheleute hätten bereits vor Urlaubsbeginn geplant, die Rückreise am 19. August 2013 anzutreten, um die Tochter abzulösen (LSG Rn. 5).

### 2. Die Klägerin

Die Klägerin trug vor, sie und ihr Ehemann hätten die subjektive Handlungstendenz gehabt, die Betriebsstätte zur Aufnahme der versicherten Tätigkeit zu erreichen (Rn. 4). Das ausschließliche Abstellen auf das angemessene Verhältnis des Weges vom dritten Ort zum üblichen Weg sei unzulässig (LSG Rn. 6, 15). Auch eine Unterscheidung danach, ob ein kurzfristig auftretendes betriebliches Erfordernis vorliege, stelle eine Ungleichbehandlung dar; jedenfalls aber habe ein solches betriebliches Erfordernis vorgelegen, da die sofortige Rückkehr zur Arbeitsstätte erst nach dem Telefonat mit der Tochter aufgrund deren Zahnarzttermins beschlossen worden war (LSG Rn. 15).

## III. Anträge vor dem Bundessozialgericht

Die Klägerin beantragte, die Beklagte zu verurteilen, das Ereignis vom 19. August 2013 als Arbeitsunfall anzuerkennen und die infolge des Unfalls entstandenen Kosten der Heilbehandlung sowie Witwenrente und Sterbegeld an sie zu zahlen (Rn. 5).

Die Beklagte beantragte, die Revision zurückzuweisen (Rn. 6).

## IV. Verfahrensgang

Um die Entscheidung des Bundessozialgerichts nachzuvollziehen, werden nachfolgend die wesentlichen Erwägungen der Vorinstanzen wiedergegeben.

### 1. Entscheidung des Sozialgerichts

Das Sozialgericht hatte die Klage abgewiesen (SG S. 1).<sup>8</sup> Ein Versicherungsfall in Gestalt eines Wegeunfalls liege nicht vor, weil ein Weg von einem dritten Ort, an dem eine rein eigenwirtschaftliche Verrichtung vorgenommen wurde, nur dann geschützt sei, wenn ein angemessenes Verhältnis zum üblichen Weg von der Wohnung zur Arbeitsstätte gegeben sei, da ansonsten die erheblich längere Wegstrecke nicht durch die betriebliche Tätigkeit geprägt werde (SG S. 4f.). Etwas anderes gelte, soweit der Aufenthalt am dritten Ort betriebsdienlich war oder zwar eigenwirtschaftlich, aber der Weg plötzlich aus unvorhergesehenen betrieblichen Gründen erforderlich wurde (SG S. 5). Dann könne ein versicherter Weg auch bei einem unangemessenen Wegstreckenverhältnis vorliegen (SG S. 5).

Der private Urlaub stelle eine rein eigenwirtschaftliche Tätigkeit dar, habe keinen betriebsdienlichen Zweck und der Weg sei auch nicht plötzlich erforderlich geworden, sondern aufgrund der bereits vorher erfolgten Absprache mit der Tochter geplant gewesen (SG S. 5). Daher komme es auf die Wegstrecke an, welche mit ca. 400 km den normalen Weg um ein Vielfaches überschreite (SG S. 5). Weiterhin habe der Unfallort auch nicht auf einer Teilstrecke gelegen, die mit dem üblichen Weg identisch gewesen sei, sodass sich die Frage, ob der Schutz dann wieder auflebe, nicht stelle (SG S. 5).

### 2. Entscheidung des Landessozialgerichts

Auch das Landessozialgericht wies die Berufung als unbegründet zurück (LSG Rn. 20) und nahm auf die Argumentation des Sozialgerichts Bezug (LSG Rn. 23). Zusätzlich machte es Ausführungen zum Betriebsweg, den es aber ablehnte, da der Weg der versicherten Tätigkeit lediglich vorausgegangen sei und keine unerwartete Notwendigkeit aus dringenden betrieblichen Gründen vorliege (LSG Rn. 27ff.). Es lehnte einen Wegeunfall ebenfalls mit der Begründung ab, selbst bei unterstellter Handlungstendenz, das Autohaus aufzusuchen, um dort eine betriebliche Tätigkeit aufzunehmen, liege ein sachlicher Zusammenhang

<sup>8</sup> SG Berlin, Urt. v. 23.2.2017 – S 25 U 16/15, Anhang I, wird im Folgenden wie angegeben zitiert.

mangels angemessenen Verhältnisses (LSG Rn. 38) und Betriebsdienlichkeit (LSG Rn. 34ff.) nicht vor.

Unerheblich sei auch, dass sich der Unfall erst im Nahbereich der Betriebsstätte ereignete, da die mit der langen Gesamtstrecke verbundene Risikoerweiterung dem Schutzzweck der Wegeversicherung widerspreche und daher unerheblich sein müsse, auf welchem Streckenabschnitt sich der Unfall ereigne (LSG Rn. 42f.). Da dies jedoch höchstrichterlich nicht geklärt sei, hatte das Landessozialgericht die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen (LSG Rn. 52).

## V. Ergebnis des Bundessozialgerichts

Das Bundessozialgericht hat mangels hinreichender Tatsachenfeststellungen des Landessozialgerichts nicht in der Sache entschieden (Rn. 7). Es hat nach Revision der Klägerin das Urteil des Landessozialgerichts aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses zurückverwiesen, vgl. § 170 Abs. 2 Satz 2 SGG (Rn. 7). Es hat jedoch zahlreiche Ausführungen dazu gemacht, wann rechtlich von einem Arbeitsunfall auszugehen sein wird und wie entsprechende Tatsachen durch das Landessozialgericht festzustellen sind. Insbesondere hat es ausgeführt, wie die Handlungstendenz des Ehepaars, das Autohaus zu erreichen, um dort eine versicherte Tätigkeit auszunehmen, zu ermitteln ist (Rn. 15ff.). Dabei hat es bestätigt, dass es für die Beurteilung, ob der Weg von einem dritten Ort versichert ist, nicht mehr auf einen Angemessenheitsvergleich mit der üblichen Wegstrecke, den Zweck des Aufenthalts, die Beschaffenheit der Wege, die benutzten Verkehrsmittel, den Zeitaufwand, das Unfallrisiko oder weitere Kriterien ankommt (Rn. 19).

## VI. Prozessuale Besonderheiten

Wie soeben festgestellt, hat das Bundessozialgericht die Sache an das Landessozialgericht zurückverwiesen. Diese Zurückverweisung stellt insofern eine Besonderheit dar, als dass das Bundessozialgericht nach § 170 Abs. 2 Satz 1 SGG im Regelfall eine das Verfahren beendende Entscheidung treffen soll.<sup>9</sup> Vorliegend folgte jedoch aus den mangelnden Tatsachenfeststellungen die Unmöglichkeit einer abschließenden Revisionsentscheidung (mangelnde Spruchreife)<sup>10</sup>, weshalb eine Zurückverweisung unver-

meidlich war.

Durch diese wird nicht eine neue Instanz eröffnet, sondern die vorangegangene Instanz erneut, sodass das Landessozialgericht die Sache in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht neu prüfen muss, wobei das Bundessozialgerichtsurteil Gegenstand der Sachverhaltsdarstellung nach § 112 Abs. 1 Satz 2 SGG wird.<sup>11</sup>

Das Landessozialgericht hat dann gem. § 170 Abs. 5 SGG die rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts zugrunde zu legen. Es muss insbesondere die vom Bundessozialgericht geforderten Tatsachenfeststellungen nachholen.<sup>12</sup>

## C. Analyse der Entscheidung

Im Folgenden wird das Rechtsproblem dargestellt, dessen Hintergrund erläutert sowie der Argumentationsgang des Bundessozialgerichts analysiert. Anschließend erfolgt eine Einordnung in den Meinungsstand von Rechtsprechung und Literatur.

### I. Problemaufriss

Problematisch erscheint im vorliegenden Fall insbesondere, ob die Klägerin und ihr Ehemann die verobjektivierte Handlungstendenz hatten, das Autohaus überhaupt aufzusuchen, und ob sie dort eine versicherte Tätigkeit aufnehmen wollten (Rn. 16ff.). Dies lässt sich dem Problem des inneren bzw. sachlichen Zusammenhangs zwischen versicherter Tätigkeit und unfallbringender Verrichtung zuordnen.<sup>13</sup>

Das Landessozialgericht hatte, noch anhand der früheren Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes, darüber entschieden, ob ein angemessenes Wegverhältnis zwischen dem Weg aus dem Urlaub und dem üblichen Arbeitsweg vorliegt, und sich mit zahlreichen weiteren Kriterien zur Bestimmung des sachlichen Zusammenhangs auseinandergesetzt.<sup>14</sup> Diese Rechtsprechung hat das Bundessozialgericht jedoch durch die Urteile vom 30. Januar 2020<sup>15</sup> aufgegeben, was das Landessozialgericht in seinem Urteil vom 17. Oktober 2019 noch nicht hatte berücksichtigen können. Daher stellt sich die Frage, ob die Aufgabe dieser Rechtsprechung zu befürworten ist, und wie zukünftig der sachliche Zusammenhang festgestellt werden soll. Auch im konkreten Fall bleibt die Frage unbeantwortet, ob ein Un-

<sup>9</sup> Krasney, in: Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel Rn. 387.

<sup>10</sup> Vgl. Leitherer, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG § 170 Rn. 7.

<sup>11</sup> Leitherer, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG § 170 Rn. 9.

<sup>12</sup> Vgl. Berchtold, in: HK-SGG, § 170 Rn. 20.

<sup>13</sup> Vgl. Jung/Brose, in: Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner, SGB VII § 8 Rn. 23.

<sup>14</sup> Vgl. unter B.IV.2.

<sup>15</sup> BSGE 130, 1 und BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 74.

fall auf einem 420 km langen Rückweg aus dem Urlaub an die Arbeitsstätte einen Arbeitsunfall i.S.d. § 8 SGB VII darstellt.

## II. Hintergrund der Entscheidung

Zum Verständnis der Entscheidung und einer Ermöglichung der Bewertung ist es essenziell, den gesetzlichen, historischen, empirischen und politischen Hintergrund zu beleuchten.

### 1. Systematik und Regelungsziele des § 8 SGB VII

Bei § 8 SGB VII handelt es sich zwar nicht um eine Anspruchsnorm,<sup>16</sup> jedoch definiert er die wesentlichen Merkmale von Arbeits- und Wegeunfällen und ist damit von elementarer Bedeutung für die Entschädigungsansprüche nach SGB VII.<sup>17</sup> § 8 Abs. 1 Satz 1 SGB VII normiert dabei den Arbeitsunfall i.e.S.<sup>18</sup> § 8 Abs. 2 SGB VII weitet die versicherten Tätigkeiten erheblich aus,<sup>19</sup> insbesondere werden gem. Nr. 1–4 Wegeunfälle in den Versicherungsschutz einbezogen, wobei der Nr. 1 die größte praktische Bedeutung zukommen dürfte.<sup>20</sup>

Da es sich bei § 8 SGB VII somit um die Normierung der wesentlichen Merkmale eines Arbeitsunfalles als Voraussetzung für Leistungsansprüche aus der gesetzlichen Unfallversicherung handelt, ist deren Zweckrichtung zwangsläufig mit dem Regelungsziel des § 8 SGB VII eng verzahnt. Die Unfallversicherung beruht tragend auf dem sozialen Schutzprinzip und dem Prinzip der Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz.<sup>21</sup> Sie wird allein vom Unternehmer finanziert,<sup>22</sup> da dieser die Gefahrenquelle setzt, das Risiko beherrscht und auch Gewinne aus der betrieblichen Tätigkeit erzielt.<sup>23</sup> Der Arbeitsunfall wird als unvermeidbare Konsequenz der Betriebstätigkeit angesehen und soll daher zu den Produktionskosten des Unternehmers gehören.<sup>24</sup> Dieser Gedanke der Risikoverteilung ist

für die Anerkennung eines Arbeitsunfalls und damit für die Auslegung des § 8 SGB VII entscheidend.<sup>25</sup>

### 2. Rechtsentwicklung

§ 8 SGB VII entspricht weitgehend den vorherigen Regelungen der schon 1912 in Kraft getretenen Reichsversicherungsordnung<sup>26</sup>, sodass auch Rechtsprechung (bis zurück zum Reichsversicherungsamt) und Literatur weiterhin Gültigkeit behalten haben.<sup>27</sup> Neu ist allerdings, dass die bisherige Rechtsprechung zur Definition des Unfalls mit Einführung des SGB VII in das Gesetz übernommen wurde.<sup>28</sup> Zudem wurde das Wort „bei“ der versicherten Tätigkeit, durch das Wort „infolge“ ersetzt, wodurch das Erfordernis des inneren und ursächlichen Zusammenhangs einmal mehr betont werden sollte.<sup>29</sup>

1925 wurden Wegeunfälle in den Unfallversicherungsschutz einbezogen.<sup>30</sup> Dies erscheint nach der oben erwähnten Risikoverteilung zunächst verwunderlich, weil der Unternehmer das Wegeunfallrisiko nicht beherrschen kann.<sup>31</sup> Dieses Risiko in den Unfallversicherungsschutz einzubeziehen war sozialpolitisch motiviert, da bestimmte Wege in engem Zusammenhang mit der Tätigkeit zurückgelegt werden mussten, und die Wegegefahren aufgrund der Verkehrsentwicklung erheblich zugenommen hatten.<sup>32</sup> Ein weiterer Grund ist, dass der Arbeitgeber die Arbeitszeit bestimmt, weshalb die Wege häufig zu Verkehrsstoßzeiten zurückgelegt werden müssen, was zu einem erhöhten Unfallrisiko führt.<sup>33</sup> Die Einführung entspricht damit dem sozialen Schutzprinzip, nicht jedoch dem Prinzip der Haftungsersetzung, da der Arbeitgeber für ebensolche Wege gerade nicht zivilrechtlich haftet, was der Gesetzgeber aber in §§ 104, 105, 162 SGB VII berücksichtigt hat.<sup>34</sup> 1996 erfolgte die Einordnung in § 8 Abs. 2 SGB VII,<sup>35</sup> wobei der Gesetzgeber nicht mehr die Formulierung „gilt“ verwendete, sodass der Wegeunfall nicht mehr fingiert, son-

<sup>16</sup> Ricke, in: Kasseler Kommentar, SGB VII § 8 Rn. 2.

<sup>17</sup> Holtstraeter, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, SGB VII § 8 Rn. 1.

<sup>18</sup> Begriff bei Ricke, in: Kasseler Kommentar, SGB VII § 8 Rn. 2.

<sup>19</sup> Vgl. Wortlaut „auch“.

<sup>20</sup> Jung/Brose, in: Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner, SGB VII § 8 Rn. 2.

<sup>21</sup> Gitter, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, S. 38; näher dazu bei Brose, VSSAR 2021, 349 (356ff.).

<sup>22</sup> Vgl. § 150 SGB VII.

<sup>23</sup> Jung/Brose, in: Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner, SGB VII § 8 Rn. 7.

<sup>24</sup> Brose, RdA 2011, 205 (205); angelehnt an Gitter, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, S. 32.

<sup>25</sup> Jung/Brose, in: Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner, SGB VII § 8 Rn. 7.

<sup>26</sup> Vgl. §§ 548–550 RVO.

<sup>27</sup> Ricke, in: Kasseler Kommentar, SGB VII § 8 Rn. 2.

<sup>28</sup> Schmitt, SGB VII § 8 Rn. 1.

<sup>29</sup> Schwerdtfeger, in: Lauterbach, SGB VII § 8 Rn. 1.

<sup>30</sup> Gesetz v. 14.7.1925, RGBl. I 97, damals § 545a RVO, später § 550 RVO.

<sup>31</sup> Vgl. v. Koppenfels-Spies, Sozialrecht, Rn. 437.

<sup>32</sup> Ziegler, in: Becker/Franke/Molkentin, SGB VII § 8 Rn. 206.

<sup>33</sup> Thüsing, SGB 2000, 595 (595).

<sup>34</sup> Vgl. Brose, VSSAR 2021, 349 (357f.).

<sup>35</sup> Gesetz v. 20.8.1996, BGBl. I 1254.



dern der Weg selbst als versicherte Tätigkeit eingeordnet wurde, ohne, dass damit inhaltliche Änderungen verbunden sein sollten.<sup>36</sup> Mit der Einfügung des Tatbestandsmerkmals „unmittelbarer“ Weg, wurde ebenfalls lediglich die Rechtsprechung zum „direkten Weg“ übernommen.<sup>37</sup> Auch die Rechtsprechung zum dritten Ort sollte laut Gesetzesbegründung nicht berührt werden.<sup>38</sup>

Es zeigt sich, dass der Gesetzgeber die nähere Definition des Arbeitsunfalls bewusst der Rechtsprechung und Lehre überlassen wollte.<sup>39</sup>

So ermöglicht er eine Anpassung an den ständigen sozialen, technologischen und medizinischen Wandel im Bereich des Unfallgeschehens.<sup>40</sup> Der knappe Wortlaut ist einer der Gründe, weshalb sich in der Rechtsprechung zum Arbeitsunfall eine sehr umfassende Kasuistik<sup>41</sup> entwickelt hat.<sup>42</sup> Weiterhin führt die Vielzahl der Gruppierungen von Versicherten sowie unterschiedlichsten Verrichtungen zu einer entsprechenden Kasuistik, die gleichzeitig die erforderliche Flexibilität sichert, aber auch eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich bringt.<sup>43</sup>

So stand sie auch bereits auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts,<sup>44</sup> woraufhin das Bundessozialgericht in neueren Entscheidungen um eine klarere Dogmatik im Bereich des Arbeitsunfalles bemüht ist.<sup>45</sup>

### 3. Statistik des Arbeits- und Wegeunfalls

Insgesamt betragen die Aufwendungen der gesetzlichen Unfallversicherung für Entschädigungsleistungen 2020 rund 11,2 Mrd. Euro.<sup>46</sup> Beim Arbeitsunfall handelt es sich um eine äußerst praxisrelevante Thematik des Unfallversicherungsrechts. Im Jahr 2020 ereigneten sich insgesamt 760.492 meldepflichtige<sup>47</sup> Arbeitsunfälle sowie 152.823

Wegeunfälle im Bereich der Unfallversicherung der gewerblichen Wirtschaft und der öffentlichen Hand.<sup>48</sup> Dies entspricht 18,45 Unfällen je 1.000 Vollmitarbeitern für Arbeitsunfälle i.e.S., sowie 3,05 je 1.000 gewichtete Versicherungsverhältnisse im Bereich des Wegeunfalls.<sup>49</sup>

Zum Vergleich: im Jahr 2020 wurden 106.491 Anzeigen auf Verdacht einer Berufskrankheit gestellt,<sup>50</sup> wovon nur 37.181 anerkannt wurden,<sup>51</sup> sodass dem Arbeitsunfall im Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung große Bedeutung zukommt.

Für die Bewertung der genannten Zahlen ist zu beachten, dass die Corona-Pandemie maßgeblichen Einfluss auf die Statistik 2020 hatte.<sup>52</sup>

### 4. Sozialpolitische Tendenzen

Ob es berechtigt war, dem Unternehmer, der, wie bereits erwähnt, die Beiträge zur Unfallversicherung allein trägt, das Wegeunfallrisiko aufzubürden, wird bis heute diskutiert.<sup>53</sup>

So wird die Herausnahme der Wegeunfälle aus dem Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung von Arbeitgebern und Verbänden immer wieder gefordert.<sup>54</sup> Der Versicherungsschutz könne über die Krankenversicherung nach SGB V gewährleistet werden, was zu einer hälftigen Beitragsteilung führen würde.<sup>55</sup> Wegeunfälle seien nicht von dem Unternehmer beherrschbar und es sei nicht mit dem Prinzip der Haftungsersetzung vereinbar, diese einzubeziehen.<sup>56</sup> Diese Forderungen spiegeln sich „minimalinvasiver“ auch im politischen Raum.<sup>57</sup>

Insgesamt haben jedoch fast zwei Drittel aller Staaten Wegeunfälle in den Versicherungsschutz einbezogen,<sup>58</sup> wodurch sich international – im Gegensatz zur dargestellten

<sup>36</sup> Vgl. Brose, VSSAR 2021, 349 (355).

<sup>37</sup> BT-Drucks. 13/2204, S. 77.

<sup>38</sup> BT-Drucks. 13/2204, S. 77.

<sup>39</sup> Brose, VSSAR 2021, 349 (356).

<sup>40</sup> Schwerdtfeger, in: Lauterbach, SGB VII § 8 Rn. 2.

<sup>41</sup> Näher zum Begriff bei Krasney, SGB 2020, 453 (453).

<sup>42</sup> Jung/Brose, in: Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner, SGB VII § 8 Rn. 6.

<sup>43</sup> Krasney, SGB 2013, 313 (313f.).

<sup>44</sup> Mit BVerfG SozR 4-2700 § 8 Nr. 8 Rn. 9 hat das BVerfG für die umfangreiche Rechtsprechung zum Wegeunfall festgestellt, diese sei „noch nicht“ willkürlich und daher verfassungsgemäß.

<sup>45</sup> Becker, SGB 2007, 721 (721).

<sup>46</sup> DGUV, Geschäfts- und Rechnungsergebnisse, 2020, S. 8.

<sup>47</sup> Vgl. § 193 Abs. 1 SGB VII.

<sup>48</sup> DGUV, Statistiken für die Praxis, 2020, S. 22, 26, 29.

<sup>49</sup> DGUV, Statistiken für die Praxis 2020, S. 27.

<sup>50</sup> DGUV, Statistiken für die Praxis 2020, S. 65.

<sup>51</sup> DGUV, Statistiken für die Praxis 2020, S. 67.

<sup>52</sup> DGUV, Arbeitsunfallgeschehen 2020, S. 4.

<sup>53</sup> Vgl. Brose, VSSAR 2021, 349 (361) mwN; Schwerdtfeger, in: Lauterbach, SGB VII § 8 Rn. 355a.

<sup>54</sup> Vgl. Schwerdtfeger, in: Lauterbach, SGB VII § 8 Rn. 355g mit einer detaillierten Darstellung.

<sup>55</sup> Giesen, Wettbewerb und Berufsgenossenschaften, in: Stiftung Marktwirtschaft, Berufsgenossenschaften und Wettbewerb, S. 117; so auch BHT, 10-Punkte-Papier, S. 3.

<sup>56</sup> Römer, Reform der Gesetzlichen Unfallversicherung, S. 81.

<sup>57</sup> Brose, VSSAR 2021, 349 (362), die auf weniger einschneidende Ansätze eingeht.

<sup>58</sup> Munich Re, Commuting accidents, S. 38.



Situation in Deutschland – eine Tendenz stärkerer Berücksichtigung von Wegeunfällen abzeichnet.<sup>59</sup>

### III. Der dritte Ort als Ausgangspunkt

Wie bereits erwähnt, sind Arbeits- und Wegeunfälle seit jeher Gegenstand einer Vielzahl von Entscheidungen, die oft stark auf den Einzelfall bezogen sind. Als besonders problematisch haben sich dabei Abgrenzungen beim sog. dritten Ort erwiesen.<sup>60</sup> Dieser Bereich wird daher zu Recht als eines der schwierigsten Probleme des Wegeunfallrechts bezeichnet,<sup>61</sup> und ist auch von hoher praktischer Relevanz.<sup>62</sup>

#### 1. Gesetzliche Grundlage

Das Gesetz verlangt lediglich, dass der Arbeitsplatz entweder Start- oder Endpunkt des Weges ist, weshalb auch ein anderer Ort als die Wohnung des Beschäftigten als weiterer Bezugspunkt in Betracht kommt.<sup>63</sup> Dieser wird als dritter Ort bezeichnet.<sup>64</sup>

#### 2. Zwei-Stunden-Grenze

Allerdings kann – schon wegen der damit verbundenen Erhöhung des vom Unternehmer zu tragenden Risikos – nicht jeder Ort außerhalb der Wohnung als dritter Ort versichert sein.<sup>65</sup>

Das Bundessozialgericht geht daher in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Versicherte sich an diesem Ort mindestens zwei Stunden aufgehalten haben muss.<sup>66</sup> Insofern handelt es sich um eine Anlehnung an die ebenfalls ständige Rechtsprechung, wonach private Unterbrechungen bis zu zwei Stunden auf dem versicherten Weg den Versicherungsschutz nicht beenden.<sup>67</sup>

Die Zwei-Stunden-Grenze ist im Umkehrschluss erforderlich, um abzugrenzen, ob dem Aufenthalt an einem Ort eigenständige Bedeutung zukommt, sodass es sich um einen dritten Ort handelt, oder ob ein einheitlicher Gesamtweg vorliegt, sodass die Kriterien für Ab- und Umwege oder

Unterbrechungen greifen.<sup>68</sup>

Sie sorgt für Rechtssicherheit und Transparenz für die Versicherten,<sup>69</sup> wird daher in der Literatur weitgehend anerkannt,<sup>70</sup> und vom Bundessozialgericht immer wieder ausdrücklich bestätigt.<sup>71</sup> Die Zwei-Stunden-Grenze sei auch vereinbar mit Art. 3 Abs. 1 GG, da hinreichende Unterschiede zwischen Konstellationen bestünden, in denen die zwei Stunden unter- oder überschritten werden.<sup>72</sup>

### 3. Sachlicher Zusammenhang

Weiterhin ist es auch für die Anerkennung von Wegen vom dritten Ort erforderlich, dass zwischen konkreter Verrichtung und der versicherten Tätigkeit ein sachlicher Zusammenhang besteht.<sup>73</sup> Dafür ist wertend zu entscheiden, was noch innerhalb der Grenze des gesetzlichen Unfallversicherungsschutzes liegen soll.<sup>74</sup> Maßgebend ist die Handlungstendenz des Beschäftigten, die durch die Umstände des Einzelfalls objektiviert wird, was bedeutet, dass das objektiv beobachtbare Handeln subjektiv auf die Erfüllung des Tatbestandes der jeweils versicherten Tätigkeit gerichtet sein muss.<sup>75</sup> Der Weg muss rechtlich wesentlich von dem Vorhaben bestimmt sein, die versicherte Tätigkeit am jeweiligen Arbeitsort aufzunehmen.<sup>76</sup>

Im vorliegenden Urteil ging es um die Frage, wie dies genau zu bestimmen ist, sodass besagte Probleme unten näher behandelt werden.

### IV. Analyse des Argumentationsgangs des Bundessozialgerichts

Der Argumentationsgang des Bundessozialgerichtes wird im Folgenden wiedergegeben, nachvollzogen und analysiert.

#### 1. Gliederung der Entscheidung

Das Bundessozialgericht gliedert die Entscheidung in die Prüfung der Ansprüche der Klägerin auf Feststellung eines Arbeitsunfalles (Rn. 8ff.) und Erstattung von Heil-

<sup>59</sup> Schwerdtfeger, in: Lauterbach, SGB VII § 8 Rn. 355h.

<sup>60</sup> Vgl. Schwerdtfeger, in: Lauterbach, SGB VII § 8 Rn. 464a.

<sup>61</sup> Schulín, in: Schulín, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 2, § 33 Rn. 58; vgl. auch Remé, SGB 2020, 352 (352).

<sup>62</sup> Schulín, in: Schulín, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 2, § 33 Rn. 59.

<sup>63</sup> Holtstraeter, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, SGB VII § 8 Rn. 113.

<sup>64</sup> Vgl. statt aller Wietfeld, in: BeckOK SozR, SGB VII § 8 Rn. 178.

<sup>65</sup> Vgl. Krasney, SGB 2013, 313 (315f.).

<sup>66</sup> BSGE 82, 138 (142); BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 58 Rn. 24; BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 54 Rn. 26-27.

<sup>67</sup> Vgl. BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 19 Rn. 17 mwN.

<sup>68</sup> Schwerdtfeger, in: Lauterbach, SGB VII § 8 Rn. 464c f.

<sup>69</sup> BSGE 82, 138 (142).

<sup>70</sup> Vgl. zuletzt Remé, SGB 2020, 352 (357), der auf einen Mangel an überzeugenden Alternativen verweist; Schnur/Spellbrink, SGB 2014, 589 (592f.).

<sup>71</sup> Vgl. BSGE 130, 1 (9 Rn. 24).

<sup>72</sup> So BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 58 Rn. 27-28; s. ausführlich zur Verfassungsmäßigkeit: Remé, SGB 2020, 352 (353ff.).

<sup>73</sup> Remé, SGB 2020, 352 (352).

<sup>74</sup> Becker, SGB 2007, 721 (724).

<sup>75</sup> BSGE 130, 1 (10 Rn. 27).

<sup>76</sup> Schwerdtfeger, in: Lauterbach, SGB VII § 8 Rn. 464e.

behandlungskosten (Rn. 24ff.) aufgrund ihrer eigenen Verletzungen einerseits sowie Ansprüche auf Sterbegeld und Witwenrente aufgrund des Versterbens ihres Ehemannes andererseits (Rn. 26ff.). Da die Rechtsfolgende vorliegend unproblematisch ist, soll sich die Analyse auf das tatbestandliche Vorliegen eines Versicherungsfalles beschränken, wobei dies für die Eheleute weitgehend gemeinsam betrachtet werden kann, weil sich insofern ähnliche Probleme ergeben.

Ein Versicherungsfall in Form eines Arbeitsunfalles liegt vor, wenn ein Unfall eines Versicherten infolge einer versicherten Tätigkeit eingetreten ist, vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 SGB VII. Das Gericht differenziert dabei zwischen der Möglichkeit eines Unfalles auf einem Betriebsweg, der als Arbeitsunfall i.e.S. gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 SGB VII zu behandeln wäre (vgl. Rn. 12ff.), sowie einem Wegeunfall i.S.d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII (vgl. Rn. 15ff.).

## 2. Unfall

Ein Unfall i.S.d. § 8 Abs. 1 Satz 2 SGB VII ist hier in dem Motorradunfall des Ehepaares am 19. August 2013 zu sehen, bei welchem sich die Ehefrau erheblich verletzte und der Ehemann verstarb, was das Gericht in der gebotenen Kürze festgestellt hat (Rn. 10 und 29).

## 3. Versicherter Personenkreis

Problematischer erschien dann schon, ob die Klägerin zum versicherten Personenkreis i.S.d. §§ 2, 3 oder 6 SGB VII gehörte (Rn. 11), während für den Ehemann die Feststellungen des Landessozialgerichts nach Ansicht des Bundessozialgerichts noch ausreichend ergaben, dass er als Betriebsinhaber nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII freiwillig versicherter Unternehmer war (Rn. 29). Dies erscheint insofern widersprüchlich, als dass das Landessozialgericht auch für den Ehemann keinerlei Ausführungen zum Versicherungsstatus gemacht hatte. Konsequenterweise hätte das Bundessozialgericht daher auch für den Ehemann Nachholung entsprechender Feststellungen fordern müssen.

Es führt sodann alle für die Ehefrau in Betracht kommenden Typen der versicherten Personenkreise auf und gibt dem Landessozialgericht damit ein umfangreiches Prüfprogramm vor, wobei nach einer Gesamtschau unter Abwägung aller Umstände zu ermitteln sei, welche Form vorliege (Rn. 11).

## 4. Vorliegen eines Betriebsweges und Abgrenzung vom Wegeunfall

Das Bundessozialgericht geht im Anschluss darauf ein, ob es sich bei dem zurückgelegten Weg um einen Betriebsweg handeln könnte (Rn. 12ff.).

### a) Voraussetzungen des Betriebsweges

Es nennt zunächst die Voraussetzungen eines Betriebsweges (Rn. 12). Betriebswege sind Wege, die in Ausübung der versicherten Tätigkeit zurückgelegt werden, Teil der versicherten Tätigkeit sind und damit der Betriebsarbeit gleichstehen, im unmittelbaren Betriebsinteresse vorgenommen werden und sich von Wegen i.S.d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII dadurch unterscheiden, dass sie der versicherten Tätigkeit nicht lediglich vorausgehen oder sich ihr anschließen.<sup>77</sup> Sie können auch außerhalb der Betriebsstätte anfallen oder von zu Hause aus angetreten werden.<sup>78</sup> Auch bei Betriebswegen muss ein sachlicher Zusammenhang mit der versicherten Tätigkeit gegeben sein, der sich nach der verobjektivierten Handlungstendenz bestimmt.<sup>79</sup>

### b) Einordnung des Landessozialgerichts

Das Bundessozialgericht gibt sodann die Argumentation des Landessozialgerichtes wieder (Rn. 12). Dieses hatte einen Betriebsweg verneint, da der Weg der Tätigkeit im Autohaus vorausgegangen sei (LSG Rn. 29), und auch nicht aus dringenden Gründen unerwartet notwendig geworden sei, weil die Rückreise zum Zwecke der Ablösung der Tochter von Anfang an für den 19. August 2013 festgestanden habe und die telefonische Mitteilung des Zahnarzttermins nur eine allenfalls geringfügige Änderung bewirkt habe, ohne der Reise ein anderes Gepräge zu verleihen (LSG Rn. 30). Weiterhin liege entgegen der Auffassung der Klägerin keine Ungleichbehandlung dadurch vor, dass ein unvermitteltes betriebliches Erfordernis dem Weg ein betriebliches Gepräge geben könne, wohingegen dies bei geplanten Wegen zur Aufnahme der Tätigkeit nicht der Fall sei (LSG Rn. 31). Vielmehr werde durch dieses Kriterium eine Abgrenzung zu Wegeunfällen ermöglicht (LSG Rn. 31).

Es erscheint überraschend, dass das Problem der plötzlichen betrieblichen Erfordernisse hier vom Landessozialgericht i.R.d. Betriebsweges und nicht beim Wegeunfall verortet wird, denn genau genommen handelt es sich auch bei Auftreten solcher unerwarteten Erfordernisse trotzdem noch um einen Weg, der der betrieblichen Tätigkeit vorausgeht und erst ihrer Aufnahme dient. So verortete

<sup>77</sup> Vgl. BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 66 Rn. 12; Benz, SGB 2003, 12 (14).

<sup>78</sup> Keller, in: Hauck/Noftz, SGB VII § 8 Rn. 32.

<sup>79</sup> Vgl. BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 66 Rn. 16 mwN.

auch das Bundessozialgericht dieses Problem in den vom Landessozialgericht zitierten älteren Entscheidungen eher beim Wegeunfall.<sup>80</sup>

Im vorliegenden Urteil hat es sich mit dieser Frage nicht beschäftigt, sondern lediglich die Einordnung durch das Landessozialgericht wiedergegeben (Rn. 12). Keller meint jedoch, daraus zu erkennen, dass anknüpfend an das Landessozialgericht ein Betriebsweg nunmehr auch vorliegen soll, wenn der Weg aus dringenden betrieblichen Gründen vorgenommen werde.<sup>81</sup> Ob eine solche Rechtsprechungs-entwicklung der bloßen Wiedergabe der berufungsgerichtlichen Einordnung entnommen werden kann, ist jedoch mehr als fraglich. Einen Beitrag zur Rechtssicherheit im Bereich der Abgrenzung von Betriebswegen und Wegen nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII, die von hoher praktischer Relevanz ist,<sup>82</sup> hat das Bundessozialgericht damit jedenfalls nicht geleistet.

Im Ergebnis ist dem Landessozialgericht jedoch zuzustimmen, dass ein dringendes betriebliches Erfordernis nicht vorlag, da die Rückreise von Anfang an für den 19. August 2013 geplant war.

### c) Rechtsprechungslinien von Bundesgerichtshof und Bundesarbeitsgericht

Das Bundessozialgericht gibt zu bedenken, dass die Einordnung als Betriebsweg noch aus einem anderen Gesichtspunkt erfolgen könnte, den das Landessozialgericht nicht bedacht hat, nämlich dann, wenn der Ehemann die Klägerin als haftungsprivilegierter Unternehmer zur Arbeitsstätte gefahren hätte, damit sie dort die versicherte Tätigkeit aufnimmt oder umgekehrt sie ihn gefahren hätte (Rn. 13f.).<sup>83</sup>

Dafür bezieht sich das Gericht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und des Bundesarbeitsgerichtes zu Betriebswegen i.R.d. zivilrechtlichen Haftungsprivilegierung des § 104 Abs. 1, § 105 SGB VII.<sup>84</sup> Danach läge ein Betriebsweg vor, wenn sich der Unfall bei einem vom Unternehmer durchgeführten Transport zum Ort der Tätigkeit ereignet, die Beförderung in den Betrieb eingegliedert war und der Unternehmer selbst oder ein von ihm eingesetz-

ter Fahrer den Unfall herbeiführen (Rn. 13). Im Rahmen der § 104 Abs. 1, § 105 SGB VII erlangt die Unterscheidung Betriebsweg und Wegeunfall auch direkte praktische Bedeutung, da Wegeunfälle von der Haftungsprivilegierung ausgenommen sind, während diese für Betriebswege greifen kann.<sup>85</sup> Sinn und Zweck ist es, dem Verletzten die Ersatzansprüche zu erhalten, wenn er außerhalb des Betriebes unter Umständen geschädigt wird, die ihn auch als normalen Verkehrsteilnehmer hätten treffen können.<sup>86</sup> Wenn die Betriebssphäre eröffnet ist, weil der Unternehmer die Organisation beherrscht, soll eine Einordnung als Betriebsweg vorliegen, die dazu führt, dass die Sperrwirkung des § 104 Abs. 1 SGB VII eingreift.<sup>87</sup> Insofern nimmt das Bundesarbeitsgericht in Anknüpfung an den Bundesgerichtshof und die Rechtsprechung zur Reichsversicherungsordnung<sup>88</sup> an, bei einem vom Arbeitgeber organisierten Sammeltransport mit einem betriebseigenen Fahrzeug und einem vom Arbeitgeber eingesetzten Fahrer werde jedenfalls ein Grad der betrieblichen Gestaltung erreicht, der zur Verwirklichung eines betrieblichen Risikos iSd. § 8 Abs. 1 SGB VII führe.<sup>89</sup> Auf eine Regelmäßigkeit komme es nicht an.<sup>90</sup>

### d) Übertragbarkeit auf die sozialrechtlichen Leistungsrechte

Fraglich ist, ob sich dies auf die sozialrechtlichen Leistungsrechte übertragen lässt. Das Bundessozialgericht hat die Frage hier offengelassen (Rn. 13).

Es hat jedoch auf die Rechtsprechung zum Recht der Reichsversicherungsordnung verwiesen, wo es geurteilt hatte, dass der Umstand, dass der Versicherte auf dem Weg zur Tätigkeit im Wagen des Unternehmens mitgenommen werde, den Weg selbst dann nicht zum Betriebsweg mache, wenn der Versicherte auf dem Betriebsgelände zu-steige.<sup>91</sup> Wesentlich sei vielmehr, ob der Betroffene seine Tätigkeit bereits begonnen hatte, sodass das Zurücklegen des Weges bereits Arbeitstätigkeit sei.<sup>92</sup>

Die Systematik des § 8 Abs. 2 SGB VII sowie die Praxis der Unfallversicherungsträger sprechen eher dafür, auch bei betrieblich gestalteter Wegezurücklegung einen Wege-

<sup>80</sup> So BSGE 32, 38 (41); BSG SozR 3-2700 § 8 Nr. 6 S. 29; so auch noch im vorliegenden Fall das SG S. 5.

<sup>81</sup> Keller, in: Hauck/Noftz, SGB VII § 8 Rn. 32.

<sup>82</sup> Vgl. ausführlich bei Köhler, SdL 2021, 39 (39f.).

<sup>83</sup> Dieser zweite Fall scheidet nach den Feststellungen des SG, wonach der Ehemann das Motorrad geführt hatte, jedoch ohnehin aus, vgl. SG S. 2.

<sup>84</sup> BGHZ 145, 311 Schülerfahrdienst; BAGE 108, 206 Sammeltransport.

<sup>85</sup> Vgl. Ricke, VersR 2003, 540 (540).

<sup>86</sup> Ricke, VersR 2002, 413 (413).

<sup>87</sup> BAGE 108, 206 (212).

<sup>88</sup> Kritisch zur Anknüpfung an die RVO mit näherer Begründung: Krasney, NZS 2004, 7 (10ff.).

<sup>89</sup> BAGE 108, 206 (214).

<sup>90</sup> Vgl. BAGE 108, 206 (212).

<sup>91</sup> BSG, Urt. v. 11.2.1981 – 2 RU 87/79, Rn. 25, juris.

<sup>92</sup> Vgl. BSG, Urt. vom 11.2.1981 – 2 RU 87/79, Rn. 25, juris; so auch Köhler, SdL 2021, 39 (45).

unfall anzunehmen, denn eine Arbeitstätigkeit im eigentlichen Sinne liegt auf diesem Weg gerade noch nicht vor.<sup>93</sup> Die Abgrenzung von Betriebsweg und Wegeunfall hat im Rahmen der zivilrechtlichen Haftungserleichterung direkt Bedeutung, im sozialrechtlichen Leistungsbereich jedoch nur mittelbare, z.B. im Beitragsverfahren nach § 162 Abs. 1 Satz 2 SGB VII, entscheidet aber nicht über das Bestehen von Leistungsrechten.<sup>94</sup> Es erscheint daher nachvollziehbar, dass die Zivilgerichte und die Sozialgerichte unterschiedliche Blickwinkel auf die Abgrenzungsfrage haben, auch wenn eine unterschiedliche Begriffsbestimmung zu Rechtsunsicherheit führen kann.<sup>95</sup> Die wohl herrschende Meinung im sozialversicherungsrechtlichen Schrifttum will derartige Fälle als Wegeunfälle einordnen und kritisiert die Rechtsprechung der Zivilgerichte ohnehin auch für die Frage der Haftungsbeschränkung.<sup>96</sup> Der Gesetzgeber hätte es in Kenntnis der sozialgerichtlichen Rechtsprechung, dass ein Betriebsweg eine unmittelbare Ausübung der betrieblichen Tätigkeit voraussetze, im SGB VII regeln müssen, wenn er nunmehr eine Organisationsgewalt durch den Unternehmer ausreichen lassen wollen würde.<sup>97</sup> Somit ist nicht von einer Übertragbarkeit auf die sozialrechtlichen Leistungsrechte auszugehen.

#### e) Übertragbarkeit auf den vorliegenden Fall

Es ist darüber hinaus ohnehin fraglich, ob eine unterstellte Anwendbarkeit der Grundsätze des Bundesgerichtshofes und des Bundesarbeitsgerichtes im vorliegenden Fall zu einer anderen Bewertung führen kann. Zwar meint das Bundessozialgericht, soweit die Ermittlungen ergeben würden, dass der Ehemann das Motorrad steuerte, um die im Autohaus beschäftigte Klägerin zur Arbeitsaufnahme zu befördern, müsse das Landessozialgericht die Frage der Übertragbarkeit der Rechtsgrundsätze entscheiden und die Revision ggf. erneut zulassen (Rn. 13).

Dann wären aber nur die Voraussetzungen des vom Unternehmer durchgeführten Transportes durch den Unternehmer selbst erfüllt, jedoch wäre fraglich, inwieweit dieser in den Betrieb eingegliedert war. Während das in den Fällen zur zivilrechtlichen Haftung damit begründet wurde, dass der Unternehmer die Organisationsgewalt übernommen habe und deshalb ein gewisser Grad der betrieblichen Ge-

staltung erreicht sei,<sup>98</sup> befand sich das Ehepaar vorliegend auf dem Rückweg aus dem gemeinsamen Urlaub. Mithin handelte es sich um ein einmaliges Ereignis, das gemeinsam geplant war, ohne, dass dies im Zusammenhang mit dem Betrieb organisiert worden wäre. Ein vergleichbarer Grad der betrieblichen Gestaltung wie in den Fällen eines Fahrdienstes oder eines Sammelfahrzeuges liegt damit ohnehin nicht vor. Die Fahr- und Gefahrgemeinschaft war auch nicht betrieblich bedingt,<sup>99</sup> sondern durch die gemeinsame Rückkehr aus dem Urlaub.

Somit wird, entgegen der Andeutung des Bundessozialgerichts, bei entsprechenden Feststellungen müsse das Landessozialgericht die Frage der Übertragbarkeit entscheiden (Rn. 13), wohl nicht von einem Betriebsweg auszugehen sein, sodass nach hier vertretener Ansicht die Frage der Übertragbarkeit der zivilgerichtlichen Grundsätze zumindest im vorliegenden Fall nicht relevant werden wird. Denn allein die Förderung eines betrieblichen Interesses kann auch nach den Zivilgerichten nicht ausreichen, um einen Betriebsweg zu bejahen.<sup>100</sup>

#### 5. Wegeunfall iSd. § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII

Weiterhin könnte es sich um einen Wegeunfall i.S.d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII gehandelt haben. Das Bundessozialgericht prüft dies gut strukturiert in zwei Schritten: einerseits müsste der Weg zum Autohaus objektiv zurückgelegt und die Handlungstendenz auch subjektiv darauf gerichtet gewesen sein, andererseits müsste der Wille bestanden haben, dort eine versicherte Tätigkeit aufzunehmen (Rn. 15).

##### a) Handlungstendenz, zum Ort der Tätigkeit zu gelangen

Das Bundessozialgericht prüft zunächst, ob das Ehepaar sich mit entsprechender Handlungstendenz auf einem Weg zum Ort der Tätigkeit befand.

##### aa) Objektives Zurücklegen des Weges zur Arbeitsstätte

Dazu müsse es sich auf einem unmittelbaren Weg von einem dritten Ort zur Arbeitsstätte befunden haben. Die Einhaltung der Zwei-Stunden-Grenze war hier unproblematisch, da das Ehepaar vor der Abfahrt am Startort übernachtet hatte (Rn. 16). Geschützt sei nicht der Weg an sich, sondern das Zurücklegen, d.h. der objektiv beob-

<sup>93</sup> Ricke, VersR 2003, 540 (541).

<sup>94</sup> Vgl. Krasney, SGB 2013, 313 (313).

<sup>95</sup> Vgl. Ricke, VersR 2003, 540 (542f.).

<sup>96</sup> Vgl. Keller, in: Hauck/Noftz, SGB VII § 8 Rn. 33a; Köhler, SdL 2021, 39 (45f.); Krasney, NZS 2004, 7 (7ff.) mit ausführlicher Argumentation; a.A. Ricke, in: Kasseler Kommentar, SGB VII § 8 Rn. 179a, dem BAG zustimmend auch Kock, NZS 2005, 18 (18ff.).

<sup>97</sup> Keller, in: Hauck/Noftz, SGB VII § 8 Rn. 33a.

<sup>98</sup> Vgl. unter C.IV.4.c).

<sup>99</sup> Vgl. dieses Kriterium bei Ricke, VersR 2003, 540 (544).

<sup>100</sup> Kock, NZS 2005, 18 (22).



achtbare Vorgang des Sichfortbewegens auf direktem Weg zwischen Start- und Zielpunkt, was sich aus dem Tatbestandsmerkmal „unmittelbar“ ergebe (Rn. 17). Insofern gibt das Bundessozialgericht nur diese Voraussetzungen und die Feststellung des Landessozialgerichtes wieder, dass sich der Unfall auf einem Stück des Weges ereignete, das sowohl zur Privatwohnung als auch zur Arbeitsstätte geführt haben könnte (Rn. 19). Hier sind die Ausführungen zum objektiven Zurücklegen des Weges bereits mit denen zur Handlungstendenz und deren Objektivierbarkeit vermischt (Rn. 18f.). Insofern wäre eine klare Trennung für eine dogmatische Herausarbeitung wünschenswert gewesen, kann aber praktisch nur schwer erwartet werden, da die drei Faktoren eng miteinander verzahnt sind.

#### **bb) Subjektive Handlungstendenz**

Weiterhin, so das Bundessozialgericht, müsse die Zurücklegung dieses Weges zum Ort der Tätigkeit auch subjektiv, d.h. mit entsprechender Handlungstendenz, zu diesem Zweck durchgeführt worden sein (Rn. 18).

#### **(1) Auseinandersetzung mit der Argumentation des Landessozialgerichts**

Hier setzt sich das Bundessozialgericht nun mit der Argumentation des Berufungsgerichts und dessen Feststellungen auseinander. Zur subjektiven Handlungstendenz hatte es nur die Angabe der Klägerin wiedergegeben, wonach sie die Absicht gehabt habe, auf direktem Wege zur Betriebsstätte zu fahren (Rn. 19). Diese innere Tatsache sei aber nicht festgestellt, sondern lediglich unterstellt worden, da das Landessozialgericht das Urteil tragend auf die Unangemessenheitsprüfung des Weges vom dritten Ort gestützt habe, die jedoch auf der veralteten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts beruht habe (Rn. 19). Hier bestätigt das Bundessozialgericht also die mit Urteilen vom 30. Januar 2020 erfolgte Rechtsprechungsänderung,<sup>101</sup> wonach eine Angemessenheitsprüfung nicht mehr stattfinden habe. Es stellt hier noch einmal ausdrücklich klar: Das objektive Zurücklegen des mit der versicherten Tätigkeit zusammenhängenden unmittelbaren Weges nach und von einem dritten Ort stehe bei entsprechender subjektiver Handlungstendenz unter dem Schutz der Wegeunfallversicherung, ohne, dass es auf einen wertenden Angemessenheitsvergleich mit der üblichen Wegstrecke, den Zweck des Aufenthalts am dritten Ort, die Beschaffenheit der Wege, das benutzte Verkehrsmittel, den Zeitaufwand,

das Unfallrisiko oder weitere Kriterien ankomme (Rn. 19), welche die Vorinstanzen noch ausführlich geprüft hatten.

#### **(2) Anforderungen an die Feststellung der subjektiven Handlungstendenz**

Das Gericht verlangt sodann, dass Feststellungen zur subjektiven Handlungstendenz nachzuholen seien, denn eine Unterstellung oder bloße Wiederholung der Darstellungen der Beteiligten reiche nicht aus (Rn. 20). Vielmehr müsse das Gericht die Angaben bewerten und mitteilen, welche Behauptungen es aus welchen Gründen für wahr hält, d.h. sich das Beweisergebnis zu eigen machen, vgl. § 128 Abs. 1 Satz 1, 2 SGG und den inhaltsgleichen § 286 Abs. 1 ZPO (Rn. 20).<sup>102</sup>

#### **cc) Objektivierbarkeit der Handlungstendenz**

Weiterhin müsse das Landessozialgericht, was es ebenfalls nicht getan hat, ermitteln, ob sich die subjektive Handlungstendenz auch durch die realen Gegebenheiten objektivieren lässt (Rn. 21). Dafür seien alle im Einzelfall als Indizien in Betracht kommenden Umstände festzustellen, in eine Gesamtschau einzustellen sowie nachvollziehbar gegeneinander abzuwägen, wobei als äußere Indizien insbesondere der Unfallzeitpunkt, der konkrete Unfallort und ggf. auch der Unfallhergang zu berücksichtigen seien (Rn. 21).<sup>103</sup> Das Bundessozialgericht gibt dem Landessozialgericht sodann – was zu begrüßen ist – sehr genaue Hinweise für die Beurteilung im konkreten Fall. Der Unfallort habe sich laut den Feststellungen des Berufungsgerichts auf einer möglichen Route sowohl zur Wohnung wie auch zur Arbeitsstätte befunden, sodass dieser hier objektiv indifferent sei (Rn. 21). Allerdings könne der Unfallzeitpunkt, sowie der Zeitpunkt der geplanten Ablösung der Tochter bedeutsam sein, wenn ein Ansteuern der Wohnung in der Zwischenzeit möglich oder eben unmöglich gewesen wäre (Rn. 21). Auch die Analyse des Unfallhergangs könne zu Indizien führen, die darauf hindeuten, dass die Eheleute an der nächsten Kreuzung rechts abbiegen wollten, um zur Wohnung zu gelangen oder die Kreuzung überqueren wollten, um zum Autohaus zu gelangen (Rn. 21).

#### **dd) Beweisanforderungen**

Das Bundessozialgericht macht ferner Ausführungen zu den Beweisanforderungen bzgl. der subjektiven Handlungstendenz, welche grundsätzlich im Vollbeweis festgestellt werden müsse (Rn. 22). Das bedeutet, dass eine an

<sup>101</sup> BSGE 130, 1.

<sup>102</sup> Vgl. auch BSG, Urt. v. 16.3.2021 – B 2 U 11/19 R Rn. 16, juris.

<sup>103</sup> Vgl. auch schon BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 67 Rn. 13f.



Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit vorliegen muss, sodass kein vernünftiger Mensch noch Zweifel an der zu beweisenden Tatsache hat.<sup>104</sup>

Denjenigen, der aus einer Tatsache ein Recht oder einen rechtlichen Vorteil herleiten kann, trifft nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast (Rn. 22).<sup>105</sup> Danach wäre hier die Klägerin bzgl. der den Versicherungsschutz begründenden Umstände, mithin auch für den sachlichen Zusammenhang und die Handlungstendenz, beweisbelastet (Rn. 22).

#### **b) Wille, dort eine versicherte Tätigkeit aufzunehmen**

Sofern das Landessozialgericht feststelle, dass eine verobjektivierbare Handlungstendenz, zum Autohaus zu gelangen, vorgelegen habe, müsse es weiter prüfen, ob dort eine versicherte Tätigkeit subjektiv aufgenommen werden sollte, und sich dies wiederum nach den objektiven Umständen des Einzelfalls im Vollbeweis bestätigt (Rn. 23). Insofern sollen also konsequent auf dieser zweiten Stufe noch einmal die soeben wiedergegebenen, aber schwer abgrenzbaren, drei Schritte vorgenommen werden (subjektive Handlungstendenz, Verobjektivierung, Bestätigung im Vollbeweis). Auch hier gibt das Bundessozialgericht ein genaues Prüfprogramm vor, wenn es ausführt, das Landessozialgericht werde ermitteln müssen, welche Tätigkeiten die Klägerin in welchem Zeitraum verrichten wollte oder ob sie den Ehemann nur absetzen wollte, um dann nach Hause oder bspw. die Tochter zum Zahnarzt zu fahren, weiterhin ob wirklich gerade sie die Tochter ablösen wollte und nicht der Ehemann, der Betriebsinhaber war (Rn. 23). Zudem gibt das Gericht zu bedenken, dass sich, wenn die Ehefrau Beschäftigte wäre, die Frage stellen würde, wie der kombinierte Rückreise- und Arbeitstag auf ihren Urlaub anzurechnen wäre, der grundsätzlich tageweise zu gewähren sei (Rn. 23).<sup>106</sup> Hier lässt es anklingen, dass es nicht davon ausgeht, die Eheleute hätten sich darüber Gedanken gemacht, was eher gegen die Annahme eines sachlichen Zusammenhangs sprechen könnte. Darüber hinaus könnten die Größe des Autohauses sowie die Anwesenheit weiterer Mitarbeiter, die den Betrieb am Nachmittag hätten fortführen können, weitere Indizien zur Widerlegung oder Verobjektivierung der Handlungstendenz sein (Rn. 23).

#### **6. Besonderheiten beim Ehemann**

Grundsätzlich gelten diese Ausführungen auch für den Ehemann. Hier bestehen jedoch zusätzliche Beweisschwierigkeiten, da er sich zu seinen Zielen und Absichten nicht mehr äußern kann (Rn. 30). Das Gericht führt jedoch aus, typische Beweisschwierigkeiten, die sich aus den Besonderheiten des Einzelfalls ergeben, seien im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen (Rn. 31). Allgemeine Grundsätze der Beweiserleichterung bei Beweisnotstand widersprechen dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, vgl. § 128 Abs. 1 Satz 1 SGG (Rn. 31).

Dem ist zuzustimmen. Solche Beweiserleichterungen können nur in Betracht kommen, wenn besondere Umstände der versicherten Tätigkeit sonst mögliche Beweismittel ausschließen,<sup>107</sup> der Unfallversicherungsträger schuldhaft Beweismittel nicht nutzt und diese auch nicht nachgeholt werden können, oder wenn sich Beweisschwierigkeiten durch die Besonderheiten der versicherten Tätigkeit ergeben.<sup>108</sup> Derartige Besonderheiten lagen hier jedoch nicht vor, vielmehr ist einem Weg im allgemeinen Straßenverkehr immer auch das Risiko immanent, schwer und gar tödlich zu verunglücken, mit der Folge, dass eine Äußerung des Verunfallten unmöglich wird.

#### **V. Lösungsansätze in Rechtsprechung und Literatur und deren Entwicklung**

Da es sich bei dem zu rezensierenden Urteil um eine Bestätigung der Rechtsprechungsänderung zur Bestimmung des sachlichen Zusammenhangs bei Wegen vom dritten Ort handelt, soll nachfolgend auf den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur zu diesem Thema eingegangen werden. Insbesondere ist fraglich, ob bei entsprechenden Wegen ein mathematischer oder wertender Angemessenheitsvergleich mit der üblichen Wegstrecke vorzunehmen ist, und wenn ja, welche weiteren Kriterien in denselben einzubeziehen sind. Für die Rückreisefälle aus dem Urlaub, wie den hier vorliegenden, kommt dieser Frage besondere praktische Bedeutung zu, sodass darauf im Speziellen eingegangen wird.

<sup>104</sup> Ziegler, in: Becker/Franke/Molkentin, SGB VII § 8 Rn. 21.

<sup>105</sup> Vgl. auch Ziegler, in: Becker/Franke/Molkentin, SGB VII § 8 Rn. 31.

<sup>106</sup> Vgl. Gallner: in: ErfK, BUrlG § 3 Rn. 2.

<sup>107</sup> Ziegler, in: Becker/Franke/Molkentin, SGB VII § 8 Rn. 23 mit Bsp. Tod eines Seemanns auf hoher See mit Seemannsbestattung, wodurch eine Obduktion unmöglich wird.

<sup>108</sup> Ziegler, in: Becker/Franke/Molkentin, SGB VII § 8 Rn. 23 mit Bsp. abgelegener Arbeitsplatz ohne Zeugen.

### 1. Ältere Rechtsprechung: Erfordernis einer Angemessenheitsprüfung

Die ältere Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ging im Rahmen eines „räumlichen Ansatzes“<sup>109</sup> davon aus, dass ein geschützter Weg vom dritten Ort nur dann vorliege, wenn dieser in einem angemessenen Verhältnis zum üblichen Weg von der Wohnung des Versicherten stehe,<sup>110</sup> da ansonsten die eigenwirtschaftliche Prägung des Weges überwiege.<sup>111</sup> Dies sei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles nach der Verkehrsanschauung zu bestimmen.<sup>112</sup> Zunächst wurde maßgeblich auf das Entfernungsverhältnis abgestellt.<sup>113</sup> Neuere Entscheidungen ließen aber schnell die Tendenz erkennen, auch weitere Kriterien, wie eine etwaige Betriebsdienlichkeit des Aufenthalts am dritten Ort, einzubeziehen und das Entfernungskriterium nicht als allein maßgeblich anzusehen, sodass ein unangemessen langer Weg aufgrund seiner Betriebsdienlichkeit doch versichert sein konnte.<sup>114</sup> Dafür müsse der Aufenthalt am dritten Ort sich unmittelbar auf die körperliche oder geistige Leistungsfähigkeit positiv auswirken und nicht lediglich der geistigen Anregung, der Entspannung oder der Aufrechterhaltung zwischenmenschlicher Beziehungen dienen.<sup>115</sup>

2016 hatte das Bundessozialgericht offengelassen, ob es an einer solchen Prüfung festhält.<sup>116</sup> Das Landessozialgericht hatte seine Entscheidung im vorliegenden Fall noch tragend darauf gestützt, es liege weder ein angemessenes Wegstreckenverhältnis (LSG Rn. 34, 38), noch ein Betriebsdienlichkeit des Urlaubes vor (LSG Rn. 35, 38). Zudem vermöchten auch die von der Klägerin angeführten weiteren Kriterien im Rahmen der Gesamtbetrachtung nicht zu überzeugen (Straßenverhältnisse, letztes Teilstück, Nahbereich usw., vgl. LSG Rn. 39ff.) Es war damit dieser älteren Rechtsprechungslinie gefolgt.

Dafür wurde insbesondere angeführt, unangemessen lange Wege könnten deshalb nicht versichert sein, weil die damit verbundene Risikoerweiterung dem Schutzzweck der We-

geunfallversicherung widerspräche (LSG Rn. 43).<sup>117</sup> Wege vom Wohnsitz könnten wegen der gem. Art. 11 Abs. 1 GG geschützten Entscheidungsfreiheit bzgl. der Wohnsitznahme unabhängig von der Streckenlänge geschützt sein, während für Wege von einem dritten Ort nur die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG greife und damit nicht die gleiche rechtliche Relevanz gegeben sei.<sup>118</sup> Nach dem Sinn und Zweck der Unfallversicherung, vor betrieblichen Gefahren zu schützen, müsse der Weg daher stets wesentlich davon geprägt sein, zum Arbeitsplatz zu gelangen, und nicht, den eigenwirtschaftlichen Besuch am dritten Ort abzuschließen, wofür der Weglänge entscheidende Bedeutung zukomme.<sup>119</sup> Durch einen entsprechend strengen Maßstab könne auch eine klare Grenzziehung ermöglicht werden.<sup>120</sup>

Das Bundessozialgericht hatte nach diesen Grundsätzen Wege vom Urlaubsort unmittelbar zur Arbeitsstätte grundsätzlich als unversichert eingestuft, da sie rechtlich wesentlich von der Rückfahrt aus dem Urlaub geprägt seien.<sup>121</sup> Anders beurteilt wurde in Anlehnung an die Rechtsprechung zu Unterbrechungen und Umwegen nur der Fall, in dem der Teil des Weges erreicht war, der dem üblichen Arbeitsweg entsprach.<sup>122</sup>

### 2. Rechtsprechungsänderung: Aufgabe der Angemessenheitsprüfung

Mit Urteilen vom 30. Januar 2020 hat das Bundessozialgericht zur Herstellung von Rechtsanwendungsgleichheit nunmehr jedoch ausdrücklich klargestellt, dass es für die Anerkennung eines Weges vom dritten Ort weder auf einen mathematischen oder wertenden Angemessenheitsvergleich der Wegstrecken nach der Verkehrsanschauung, noch auf die Motive für den Aufenthalt am dritten Ort, die Beschaffenheit der Wege, das benutzte Verkehrsmittel, den Zeitaufwand, das Unfallrisiko oder weitere Kriterien ankomme.<sup>123</sup> Unerheblich sei auch, ob die üblicherweise von Pendlern zurückgelegte Wegstrecke überschritten

<sup>109</sup> Vgl. BSGE 130, 1 (11 Rn. 31).

<sup>110</sup> BSGE 22, 60 (62); BSG SozR 3-2700 § 8 Nr. 6 S. 26; BSG SozR 3-2700 § 8 Nr. 13 S. 56.

<sup>111</sup> BSG SozR 3-2700 § 8 Nr. 6 S. 26.

<sup>112</sup> BSGE 22, 60 (62); BSG SozR 3-2700 § 8 Nr. 6 S. 26.

<sup>113</sup> BSGE 22, 60 (62).

<sup>114</sup> BSG SozR 3-2700 § 8 Nr. 6, S. 28; vgl. auch *Remé*, SGB 2020, 352 (353).

<sup>115</sup> BSG SozR 3-2700 § 8 Nr. 13 S. 57; bejaht für dringende Arztbesuche zur Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit.

<sup>116</sup> BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 58 Rn. 24.

<sup>117</sup> BSG SozR 3-2700 § 8 Nr. 6 S. 26f.

<sup>118</sup> BSG SozR 3-2700 § 8 Nr. 6 S. 26f.

<sup>119</sup> BSG SozR 3-2700 § 8 Nr. 6 S. 27f.

<sup>120</sup> *Jung*, BP 2020, 370 (371).

<sup>121</sup> Vgl. BSG, Urt. v. 30.7.1971 – 2 RU 229/68 Rn. 19, juris.

<sup>122</sup> BSG SozR 2200, § 550 Nr. 57 S. 145f. mwN.

<sup>123</sup> BSGE 130, 1 (12 Rn. 32) Arbeitsweg von der Übernachtung bei der Freundin, sowie Parallelentscheidung BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 74 Rn. 22 Besuch eines Freundes.

werde.<sup>124</sup> Ausschlaggebend sei allein, ob der Weg wesentlich von der subjektiven Handlungstendenz geprägt sei, den Ort der Tätigkeit aufzusuchen, um dort die versicherte Tätigkeit aufzunehmen und ob dies in den realen Gegebenheiten objektiv eine Stütze finde, d.h. objektivierbar sei.<sup>125</sup>

Dafür hat das Gericht eine gemischte Motivationslage als ausreichend angesehen, d.h. eine objektiv beobachtbare Verrichtung mit gespaltener Handlungstendenz bzw. zwei subjektiven Zielen, die einerseits betrieblicher, andererseits privatwirtschaftlicher Art sind.<sup>126</sup> Eine solche Verrichtung weise dann einen sachlichen Zusammenhang auf, wenn die konkrete Verrichtung hypothetisch auch vorgenommen worden wäre, wenn die private Motivation des Handelns entfele und die Verrichtung deshalb ihren Grund in der betrieblichen Handlungstendenz finde.<sup>127</sup> In den Entscheidungen hatte das Bundessozialgericht dies mit Verweis darauf bejaht, dass die Abfahrtszeit durch die arbeitsvertragliche Verpflichtung bestimmt sei, pünktlich zum Arbeitsbeginn am Tätigkeitsort anzukommen.<sup>128</sup>

Es hat die Aufgabe der Angemessenheitsprüfung damit begründet, der Wortlaut des § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII sei offen im Hinblick auf den Startpunkt des Weges und verlange einen Angemessenheitsvergleich gerade nicht.<sup>129</sup> Auch für den häuslichen Bereich gelte keine Entfernungsgrenze, wobei eine Bevorzugung sich nicht (mehr) im Wortlaut widerspiegele und zudem zu Gleichbehandlungsproblemen führe.<sup>130</sup> Die Unterscheidung von Bewohnern und Besuchern lasse sich im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG mangels eines sachlichen Grundes nicht rechtfertigen, vielmehr sei der Bewohner bei einem längeren Weg von der Wohnung zum Arbeitsplatz sogar üblicherweise einem höheren Unfallrisiko ausgesetzt, während der Besucher dieses nur ausnahmsweise in Anspruch nehme.<sup>131</sup>

Die Annahme eines Angemessenheitsmomentes als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal stehe im Konflikt mit § 31 SGB I, der über den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG hinausgehe.<sup>132</sup> Auch habe die

Rechtsprechung zum Angemessenheitsvergleich wegen bestehender Rechtsunsicherheiten noch nicht den Status von Gewohnheitsrecht erlangen können.<sup>133</sup> Eine teleologische Reduktion des § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII komme mangels planwidriger Regelungslücke, die aus verfassungsrechtlichen Gründen oder zur weitgehenden Verwirklichung sozialer Rechte (vgl. § 2 Abs. 2 HS 2 SGB I, sozialrechtliches *effet utile*) notwendigerweise zu schließen wäre, ebenfalls nicht in Betracht.<sup>134</sup>

Das Gericht hatte zudem ausgeführt, auch die (Urlaubs-) Rückreisefälle ließen sich mit den Grundsätzen der gespaltenen Handlungstendenz im Sinne einer weiten Verwirklichung sozialer Rechte nach § 2 Abs. 2 HS 2 SGB I befriedigend und willkürfrei lösen.<sup>135</sup> Wie genau diese Lösung aussehen soll, hatte es jedoch nicht ausgeführt.

### 3. Entwicklung in der Literatur

Sowohl die alte als auch die neue Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes wurden in der Literatur einer kritischen Prüfung unterzogen und es wurden zahlreiche Lösungsansätze zur Behandlung des dritten Ortes ins Spiel gebracht.

#### a) Kritik an der alten Rechtsprechung

So war an der Angemessenheitsprüfung kritisiert worden, sie führe zu Abgrenzungsschwierigkeiten, einer starken Einzelfallbezogenheit und damit zu Rechtsunsicherheit.<sup>136</sup> Zwar könne grundsätzlich die Formulierung der Berücksichtigung aller Umstände und eines angemessenen Verhältnisses mitgetragen werden, es erfolge aber keine ausreichende Konkretisierung dieser Begriffe.<sup>137</sup>

Weiterhin führe der Entfernungsvergleich auch zu Gleichheitsproblemen, denn für denjenigen, der weiter von der Arbeitsstätte entfernt wohne, könnten viel längere Strecken von einem dritten Ort geschützt sein, als für den, der nah am Arbeitsort lebe, so regelmäßig ein geringeres Risiko eines Arbeitsunfalls beanspruche und damit die Unfallversicherung weniger belaste.<sup>138</sup>

<sup>124</sup> BSGE 130, 1 (12 Rn. 32).

<sup>125</sup> BSGE 130, 1 (12f. Rn. 33).

<sup>126</sup> BSGE 130, 1 (10 Rn. 29); kritisch zum Begriff der gemischten Motivationslage und zur Abgrenzung von gemischten Tätigkeiten: Krasney, NZS 2013, 681 (683ff.).

<sup>127</sup> Vgl. BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 52 Rn. 20; Kokemoor, Sozialrecht, Rn. 267.

<sup>128</sup> BSGE 130, 1 (11 Rn. 29); vgl. Brose VSSAR 2021, 349 (373).

<sup>129</sup> BSGE 130, 1 (14 Rn. 36).

<sup>130</sup> BSGE 130, 1 (13 Rn. 33f.).

<sup>131</sup> BSGE 130, 1 (13 Rn. 34).

<sup>132</sup> BSGE 130, 1 (14 Rn. 37).

<sup>133</sup> BSGE 130, 1 (14f. Rn. 38) mwN.

<sup>134</sup> BSGE 130, 1 (15f. Rn. 39f.).

<sup>135</sup> BSGE 130, 1 (13 Rn. 34).

<sup>136</sup> Remé, SGB 2020, 352 (357); vgl. Ricke, in: Kasseler Kommentar, SGB VII § 8 Rn. 210, 211.

<sup>137</sup> Krasney, SGB 2013, 313 (316).

<sup>138</sup> Remé, SGB 2020, 352 (357).

Auch die Betriebsdienlichkeit sei als Kriterium abzulehnen, da Motive beim Aufsuchen der Wohnung auch keine Rolle spielten und zudem die Abgrenzungsschwierigkeiten verstärkt würden.<sup>139</sup>

### b) Lösungsansätze zur Konkretisierung des Angemessenheitsvergleichs

In der Literatur wurden zur Konkretisierung des Angemessenheitsvergleichs viele Kriterien vorgeschlagen, wie das Abstellen auf ein bestimmtes Vielfaches des üblichen Weges,<sup>140</sup> teilweise auch abgestuft (bei üblicher Wegstrecke über 10 km eine Verlängerung um das Doppelte und bei üblicher Wegstrecke unter 10 km um das Dreifache),<sup>141</sup> die Gemeindegrenze,<sup>142</sup> oder eine „gegriffene Größe“ z.B. von 50 km um den Tätigkeitsort.<sup>143</sup>

Auch wurde bereits vor Aufgabe der Rechtsprechung zum Angemessenheitsvergleich diskutiert, eine Entfernungsgrenze gänzlich entfallen zu lassen und nur auf die betriebliche Handlungstendenz abzustellen.<sup>144</sup> Dies habe praktisch aufgrund der geringen Anzahl von „Ausreißern“, die nicht schon nach der bisherigen Auffassung als dritter Ort anerkannt wären, keine großen Auswirkungen und sei daher tragbar.<sup>145</sup> Generell wurde vertreten, großzügig hinsichtlich der Anerkennung dritter Orte zu verfahren.<sup>146</sup>

Die Handlungstendenz sei bei Rückfahrten aus dem Urlaub allerdings auch bei Entfallen der Entfernungsgrenze von der Rückkehr zum Wohnungsort geprägt, wofür auch die natürliche Betrachtungsweise spreche.<sup>147</sup> Andererseits wurde auch erwogen, nur evidente Ausnahmefälle aus dem Anwendungsbereich der Unfallversicherung auszunehmen, wie bspw. einen 2000 km langen Flug aus dem Urlaub zur Tätigkeitsstätte, sodass ansonsten im Zweifel Versicherungsschutz zu gewähren wäre.<sup>148</sup> Einigkeit über die Behandlung der Urlaubsfälle bestand also auch im Schrifttum nicht.

### c) Bewertung der neuen Rechtsprechung

Die Abkehr von der Angemessenheitsprüfung ist in der Literatur als Beitrag für die Verminderung der Kasuistik und damit zur Stärkung von Rechtssicherheit und Gleichbehandlung begrüßt worden.<sup>149</sup> Allerdings blieben Probleme bei zumindest auch privatwirtschaftlichen Tätigkeiten bestehen, da die Handlungstendenz allein insofern keine klare Abgrenzung ermögliche und fraglich bleibe, welche Kriterien nunmehr hierfür herangezogen werden sollen.<sup>150</sup> Köhler kritisiert, dass es nicht allein ausreichen könne, dass der Versicherte zumindest auch den Betrieb aufsuchen wollte, um dort eine versicherte Tätigkeit aufzunehmen, da dies Fahrten vom dritten Ort immanent sei.<sup>151</sup> Selbst in den Rückreisefällen kehre der Versicherte, der seinen Urlaub bis zur letzten Minute auskostete, zu dem maßgeblichen Zeitpunkt nur zur Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten zurück, was jedoch für eine Abgrenzung ungenügend sei.<sup>152</sup> Ein vollständiger Verzicht auf die Entfernungen und die Motive des Aufenthalts könne daher nicht überzeugen, weil diese alleinige Indizien für die Handlungstendenz waren.<sup>153</sup>

Noch größer werde das Abgrenzungsproblem bei Wegen zum dritten Ort, bei denen die betriebsbezogene Handlungstendenz, gerichtet auf Beendigung der versicherten Tätigkeit, ohne Entfernungsgrenzen noch schwerer, wenn nicht sogar unmöglich, zu ermitteln sein wird.<sup>154</sup> Auch der Regelung des § 8 Abs. 2 Nr. 4 SGB VII hätte es bei konsequenter Anwendung der neuen Rechtsprechung nicht bedurft, da entsprechende Konstellationen danach unproblematisch unter § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII subsumierbar wären.<sup>155</sup> Diese Regelung als gesetzlich festgelegte Ausnahme könne auch dafür sprechen, den dritten Ort eher eingeschränkt zu bejahen.<sup>156</sup> Überdies finde sich die Zwei-Stunden-Grenze auch nicht im Gesetz, wodurch das Wortlaut-

<sup>139</sup> Remé, SGB 2020, 352 (358).

<sup>140</sup> Vgl. Ziegler, in: Becker/Franke/Molkentin, SGB VII § 8 Rn. 223 allerdings ablehnend.

<sup>141</sup> Keller, in: Hauck/Noftz, SGB VII § 8 Rn. 206.

<sup>142</sup> Krasney, SGB 2013, 313 (316).

<sup>143</sup> Stoll, BG 1991, 45, (46); jüngst Remé, SGB 2020, 352 (359).

<sup>144</sup> Krasney, SGB 2013, 313 (317).

<sup>145</sup> Krasney, SGB 2013, 313 (317).

<sup>146</sup> Ziegler, in: Becker/Franke/Molkentin, SGB VII § 8 Rn. 222, mit Verweis darauf, dass hohe Mobilität bessere Arbeitsmarktchancen eröffne.

<sup>147</sup> Krasney, SGB 2013, 313 (316f.).

<sup>148</sup> Remé, SGB 2020, 352 (359).

<sup>149</sup> Vgl. Brose, VSSAR 2021, 349 (375); Krasney, SGB 2020, 453 (455); Ricke, in: Kasseler Kommentar, SGB VII § 8 Rn. 210, 211; Schlaeger, DGUV-Forum 9/2021, 48 (52); Wietfeld, in: BeckOK SozR, SGB VII § 8 Rn. 179.

<sup>150</sup> Ricke, in: Kasseler Kommentar, SGB VII § 8 Rn. 210, 211.

<sup>151</sup> Köhler, SGB 2020, 699 (701).

<sup>152</sup> Köhler, SGB 2020, 699 (701).

<sup>153</sup> Köhler, SGB 2020, 699 (701).

<sup>154</sup> Köhler, SGB 2020, 699 (701f.); vgl. auch Keller, in: Hauck/Noftz, SGB VII § 8 Rn. 209, der daraus schlussfolgert, bei Wegen zum dritten Ort werde in einer geringeren Zahl der Fälle Versicherungsschutz bestehen; Mülheims, DGUV-Forum 7/2020, 58 (58).

<sup>155</sup> Köhler, SGB 2020, 699 (702).

<sup>156</sup> Jung/Brose, in: Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner, SGB VII § 8 Rn. 110.



argument des Bundessozialgerichts entkräftet werde.<sup>157</sup> Insbesondere in den Urlaubsfällen könne man nicht mehr damit argumentieren, bei der Rückreise von einem weit entfernten Urlaubsort stehe bei natürlicher Betrachtung die Rückfahrt zum Wohnort im Vordergrund, denn dann würde man wiederum auf die Entfernung und die Art der eigenwirtschaftlichen Betätigung am dritten Ort abstellen, auf die es gerade nicht mehr ankommen soll.<sup>158</sup> Dennoch erscheine Versicherungsschutz in solchen Fällen unbefriedigend.<sup>159</sup> Zwar sei auch bei Annahme eines Schutzes ein Dammbbruch nicht zu erwarten, dies könne jedoch kein Grund für eine undogmatische Rechtsanwendung sein.<sup>160</sup> Auch praktisch führe es zu Wertungswidersprüchen, wenn eine sehr weite Urlaubsrückreise unter Versicherungsschutz stehe, das Einwerfen eines Briefes auf dem Nachhauseweg aber unversichert sei.<sup>161</sup>

#### D. Bewertung der Entscheidung

Nachfolgend soll das Urteil des Bundessozialgerichts vor dem Hintergrund der analysierenden Ausführungen gewürdigt und ein Lösungsvorschlag für das Problem der Urlaubsrückreisefälle unterbreitet werden.

#### I. Würdigung

Es erfolgt eine Würdigung aus methodologischer, inhaltlicher und rechtspolitischer Sicht.

##### 1. Methodologische Würdigung

Wie bereits festgestellt, handelt es sich bei der Entscheidung um eine Bestätigung der Rechtsprechungsänderung zum Angemessenheitsvergleich bei Wegen vom dritten Ort zur Arbeitsstätte. So setzt das Bundessozialgericht seine neue Rechtsprechungslinie konsequent fort, was angesichts der enormen Kasuistik in diesem Bereich nicht selbstverständlich war. Eine Begründung dazu unterblieb zwar, insofern kann aber davon ausgegangen werden, dass das Bundessozialgericht auf die ausführliche Argumentation in den Urteilen vom 30. Januar 2020 Bezug nehmen wollte.

Die Besonderheit lag hier darin, dass das Landessozialgericht die Rechtsprechungsänderung noch nicht hatte berücksichtigen können, da sie erst nach dem Berufungs-

urteil erfolgte (vgl. Rn. 19). Es hatte daher die Handlungstendenz lediglich unterstellt und sein Urteil tragend auf einen wertenden Angemessenheitsvergleich gestützt (LSG, Rn. 38ff.). Dies erklärt den grundlegend anderen Aufbau und Argumentationsgang des Bundessozialgerichtes, das sich nun konsequenterweise ausschließlich mit der verobjektivierten Handlungstendenz beschäftigen durfte. Hier bleibt das Gericht hinter den Erwartungen der Literatur, klare Kriterien für die Bestimmung der Handlungstendenz aufzustellen, die anstelle der Entfernung treten können,<sup>162</sup> leider zurück. Zwar führt es aus, der Unfallzeitpunkt, der konkrete Ort des Unfallgeschehens und der Unfallhergang könnten Indizien für eine Objektivierung der Handlungstendenz sein (Rn. 21). Dabei geht es jedoch lediglich darum, ob das Ehepaar überhaupt zum Autohaus oder zur Privatwohnung fahren wollte und wie sich dies verobjektiviert haben könnte. Auch bei den genannten Kriterien der Größe des Autohauses, Anwesenheit anderer Mitarbeiter und den Überlegungen zum Urlaub (Rn. 23) geht es ausschließlich darum, ob die Klägerin eine versicherte Tätigkeit aufnehmen wollte. Diese Fragen sind in den meisten Konstellationen allerdings unproblematisch.<sup>163</sup> Ein versicherter Weg vom dritten Ort kann ohnehin nur dann gegeben sein, wenn die Fahrt direkt zur Arbeitsstätte erfolgen sollte, denn schon das Gesetz verlangt, dass bei Fahrten vom dritten Ort der Arbeitsort Zielpunkt des Weges ist.<sup>164</sup> Die eigentliche Frage, ob bzw. unter welchen Kriterien ein solcher Weg dann auch in den Rückreisefällen geschützt sein soll, beantwortet das Bundessozialgericht nicht. Grund dafür ist, dass schon die vorgelagerten Punkte, ob überhaupt zumindest auch eine Handlungstendenz vorlag, die Arbeitsstätte aufzusuchen und dort eine versicherte Tätigkeit aufzunehmen, nicht hinreichend vom Landessozialgericht festgestellt worden waren. Insofern kann man dem Bundessozialgericht keinen Vorwurf machen, dass es sich zur Abgrenzung nicht geäußert hat, auch wenn dies im Interesse der Rechtssicherheit wünschenswert gewesen wäre. Im Übrigen sind klare Kriterien auch für die Versicherten wichtig, die das Vorliegen des sachlichen Zusammenhangs beweisen müssen.<sup>165</sup> Diese Tatsachenprobleme unterscheiden den Fall von den in den wegweisenden Ur-

<sup>157</sup> Mülheims, DGUV-Forum 7/2020, 58 (58).

<sup>158</sup> Köhler, SGB 2020, 699 (701).

<sup>159</sup> Keller, in: Hauck/Noftz, SGB VII § 8 Rn. 208; Ricke, in: Kasseler Kommentar, SGB VII § 8 Rn. 210, 211.

<sup>160</sup> Schlaeger, DGUV-Forum 9/2021, 48 (52).

<sup>161</sup> So BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 69; vgl. Köhler, SGB 2020, 699 (702); in die Richtung auch Brose, VSSAR 2021, 349 (381, 383): enge Auslegung bei Unterbrechungen aber weite Auslegung beim dritten Ort.

<sup>162</sup> Vgl. Ricke, in: Kasseler Kommentar, SGB VII § 8 Rn. 210, 211.

<sup>163</sup> Vgl. z.B. BSGE 130, 1 (10 Rn. 28).

<sup>164</sup> Vgl. unter C.V.3.c).

<sup>165</sup> Vgl. unter C.IV.5.a) dd).



teilen vom 30. Januar 2020 entschiedenen Konstellationen. Dort stand fest, dass der Versicherte zum Betrieb fahren wollte, um dort eine versicherte Tätigkeit aufzunehmen, sodass eine zumindest auch betriebliche Handlungstendenz im Gegensatz zum vorliegenden Fall problemlos angenommen werden konnte.

Alein für eine Objektivierung einer solchen Handlungstendenz hat das Bundessozialgericht Kriterien aufgestellt (Rn. 21, 23). Hierin kann man einen gewissen Neuigkeitswert sehen, da die Kriterien Unfallort, -zeitpunkt und -hergang für andere Fälle, in denen die verobjektivierte Handlungstendenz problematisch ist, verallgemeinerungsfähig sein dürften.<sup>166</sup> Die Indizien der Größe des Autohauses, Anwesenheit anderer Mitarbeiter und die Überlegungen zum Urlaub bzgl. der Feststellung, ob die Klägerin eine versicherte Tätigkeit aufnehmen wollte, sind demgegenüber sehr stark auf den Einzelfall bezogen, in dem die Versicherte als Ehefrau des Betriebsinhabers agierte. Für die meisten Fälle wird auch diese Feststellung ohnehin unproblematisch sein, denn warum, wenn nicht um zu arbeiten, sollte man die Betriebsstätte aufsuchen.

Ob eine ggf. vorliegende betriebsdienliche Handlungstendenz jedoch die zweifelsohne zumindest auch vorliegende Tendenz, die private Urlaubsreise zu beenden, überwiegen kann, hat das Bundessozialgericht mit keinem Wort geprüft. Insofern kann lediglich festgehalten werden, dass es offensichtlich nicht von vornherein ausschließt, dass auch eine Fahrt von einem weit entfernten Urlaubsort nunmehr unter Versicherungsschutz stehen könnte.<sup>167</sup>

Ebenfalls unerwähnt bleibt die Erwägung des Berufungsgerichts, den Weg von der Urlaubsstätte, sobald der Nahbereich der Arbeitsstätte erreicht ist, unter Versicherungsschutz zu stellen, obwohl dies der eigentliche Grund für die Revisionszulassung war (LSG Rn. 42f., 52). Auch dies erklärt sich durch die Abkehr von der alten Rechtsprechung, wonach es auf die Entfernung ohnehin nicht mehr ankommen soll.

Für die vorhergehende Frage, ob es sich um einen Betriebsweg gehandelt haben könnte, verweist das Gericht nur knapp auf die zivilgerichtliche Rechtsprechung und lässt offen, ob diese übertragbar ist (Rn. 13). Dies erscheint

aber zumindest im konkreten Fall ohnehin sehr fraglich.<sup>168</sup> Insofern besitzt die Entscheidung nur in Bezug darauf einen Neuigkeitswert, dass sie die Frage der Übertragbarkeit stellt, ohne aber auf Argumente einzugehen.

## 2. Inhaltliche Würdigung

Zwar ist zuzustimmen, dass der frühere Angemessenheitsvergleich Rechtsunsicherheit und Gleichheitsprobleme schuf,<sup>169</sup> ob das bloße Abstellen auf die verobjektivierte Handlungstendenz ebensolche aber beseitigen kann, bleibt mehr als fraglich.<sup>170</sup> Denn bei dieser handelt es sich ebenfalls um einen Begriff, der von der Rechtsprechung mit Leben gefüllt werden muss. Insbesondere muss für die Rückreisefälle klargestellt werden, wann die betriebliche und wann die private Handlungstendenz überwiegen soll. Die Grundsätze der gespaltenen Handlungstendenz, wonach ein sachlicher Zusammenhang vorliegen soll, wenn die konkrete Verrichtung hypothetisch auch vorgenommen worden wäre, wenn die private Motivation des Handelns entfele,<sup>171</sup> können hier als Ansatzpunkt dienen, bleiben aber zunächst ebenso vage.

Richtig ist, dass die Angemessenheitsprüfung keine Stütze im Gesetz fand. Gleiches gilt aber für die Zwei-Stunden-Grenze, die nach einhelliger Ansicht beibehalten werden soll.<sup>172</sup> Der Wortlaut des § 8 SGB VII ist so offen, weil der Gesetzgeber die Auslegung den Gerichten überlassen wollte, um eine Anpassung an den Wandel der Arbeitswelt zu ermöglichen.<sup>173</sup> Diese müssen mithin, um ihrer Aufgabe gerecht zu werden, Kriterien für die Ausgestaltung der Problematik des dritten Ortes formulieren. Dem war die frühere Rechtsprechung mit der Angemessenheitsprüfung der Entfernungen, den betriebsdienlichen Motiven, den Risikoerhöhungsgesichtspunkten usw. zumindest in gewissem Umfang nachgekommen.

Berechtigterweise kann nicht jeder Weg von einem dritten Ort zur Arbeitsstätte in den Schutzbereich der Unfallversicherung fallen.<sup>174</sup> Dafür sprechen auch die verfassungsrechtlichen Erwägungen, denn während die Wohnsitznahme durch Art. 11 Abs. 1 GG geschützt ist, steht der Aufenthalt an einem dritten Ort nur unter dem Schutz vom Auffanggrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>175</sup> Mag daher die Kritik an

<sup>166</sup> Zu diesen Kriterien aber auch schon BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 67 Rn. 13.

<sup>167</sup> Vgl. auch Terminbericht des BSG Nr. 32/21.

<sup>168</sup> Vgl. zum Betriebsweg ausführlich unter C.IV.4.

<sup>169</sup> Vgl. unter C.V.3.a).

<sup>170</sup> Vgl. auch Ricke, in: Kasseler Kommentar, SGB VII § 8 Rn. 210, 211.

<sup>171</sup> BSG SozR 4-2700 § 8 Nr. 52 Rn. 20.

<sup>172</sup> Vgl. Müllheims, DGVU-Forum 7/2020, 58 (58).

<sup>173</sup> Vgl. unter C.II.2 und Brose, VSSAR 2021, 349 (356).

<sup>174</sup> Vgl. Krasney, SGB 2013, 313 (315).

<sup>175</sup> Vgl. Remé, SGB 2020, 352 (358).

den früheren Kriterien noch so gerechtfertigt sein, so ist doch zuzugeben, dass eine überzeugende Lösung für die Urlaubsfälle, entgegen der Auffassung des Bundessozialgerichts,<sup>176</sup> noch nicht gefunden wurde. Dies wird auch dadurch erkennbar, dass das Bundessozialgericht in der rechtsprechungsändernden Entscheidung einerseits anordnet, auf Motive des Aufenthalts am dritten Ort und Unfallrisiken dürfe es nicht mehr ankommen, in seiner Argumentation dann jedoch selbst darauf zurückgreift.<sup>177</sup> Die neue Rechtsprechung weitet den Versicherungsschutz erheblich aus. Denn danach könnte jeder Weg von einem noch so entfernten dritten Ort, der noch so wenig mit dem Betrieb zu tun hat, außer, dass er zur (pünktlichen) Arbeitsaufnahme an der Tätigkeitsstätte erfolgt, prinzipiell geschützt sein. Mag man dies im vorliegenden Fall noch für vertretbar halten, so muss man spätestens bei dem von *Remé* gebrachten Beispiel eines Rückfluges vom 2000 km entfernten Urlaubsort<sup>178</sup> ins Grübeln kommen. Dass dieser Fall, wie der Autor meint, aus Evidenzgesichtspunkten aus der Unfallversicherung ausscheiden soll,<sup>179</sup> ergibt sich aus der Rechtsprechung (noch) nicht. Es wäre zudem fraglich, wann eine solche Evidenz anzunehmen wäre: Schon bei 420 km wie im vorliegenden Fall? Weiterhin würde so lediglich erneut auf die Entfernung abgestellt.<sup>180</sup>

### 3. Rechtspolitische Würdigung

Rechtspolitisch ist die Entwicklung der Rechtsprechung angesichts der nicht abbrechenden Diskussion um die Berechtigung des Wegeunfallversicherungsschutzes im Allgemeinen<sup>181</sup> erstaunlich. Der Wegeunfall als solcher unterscheidet sich vom Arbeitsunfall i.e.S. dadurch, dass er nur auf dem sozialen Schutzprinzip, nicht jedoch auf dem Prinzip der Haftungsersetzung fußt.<sup>182</sup> Weitet man daher den Schutz von Wegen vom dritten Ort aus, so führt dies zwangsläufig zu einer Ausweitung des sozialen Schutzprinzips. Zwar ist eine möglichst umfassende Verwirklichung sozialer Rechte, wie auch das Bundessozialgericht meint, i.S.d. § 2 Abs. 2 HS 2 SGB I wünschenswert.<sup>183</sup> Dies kann

jedoch nicht losgelöst vom Schutzzweck der jeweiligen Sozialversicherung gelten. Beim Wegeunfall ist die betriebliche Verknüpfung ohnehin schon sehr gering, dies gilt erst recht für Wege von einem weit entfernten Urlaubsort.

Auch muss die Risikoverteilung in den Blick genommen werden. Der Unternehmer zahlt die Beiträge zur Unfallversicherung allein und trägt daher das Risiko eines Arbeitsunfalles.<sup>184</sup> Er kann jedoch im Bereich des Wegeunfalls keinen Einfluss auf die Gefahren nehmen und nicht selbst präventiv tätig werden.<sup>185</sup> Dabei besteht nur eine sehr mittelbare Fernwirkung des Weisungsrechts.<sup>186</sup> Es erscheint daher jedenfalls ungerechtfertigt, ihm das komplette Risiko eines Weges von einem weit entfernten Urlaubsort aufzuerlegen.

Im Rahmen der praktischen Auswirkungen, wird angeführt, dass die Urlaubsrückreisefälle nur einen sehr geringen Anteil ausmachen würden.<sup>187</sup> Richtigerweise kann dies jedoch kein Argument sein, fernab jeglicher Dogmatik zu urteilen.<sup>188</sup> Weiter ist zu berücksichtigen, dass ein Versicherungsschutz für Unfälle auf Urlaubsrückreisen auch bei Ablehnung eines versicherten Weges nicht entfele, sondern vielmehr über die Krankenversicherung gewährleistet wäre.<sup>189</sup>

### 4. Ergebnis

Alles in allem kann die Euphorie in der Literatur bzgl. des Beitrages zur Rechtssicherheit durch den Verzicht auf den Angemessenheitsvergleich nicht in vollem Umfang geteilt werden. Die Handlungstendenz als solche ermöglicht auch keine exakte Abgrenzung, da zumindest in den Rückreisefällen unklar bleibt, wann die betriebliche und wann die private Handlungstendenz überwiegen soll. Zudem ergibt sich eine erhebliche Ausweitung des Risikos für den Unternehmer, die mangels seines Einflusses auf ebendieses sozialpolitisch bedenklich ist.

## II. Lösungsvorschlag

Im Ergebnis ist den Andeutungen in der Literatur zuzu-

<sup>176</sup> BSGE 130, 1 (13 Rn. 34).

<sup>177</sup> So werden die „privaten Motive“ der Reise (Beendigung des Besuchs) und damit indirekt der Zweck des Aufenthalts iRd. Bestimmung der Handlungstendenz berücksichtigt, vgl. BSGE 130, 1 (11 Rn. 29); das Unfallrisiko berücksichtigt das BSG in seiner Argumentation zur Gleichbehandlung von Bewohnern und Besuchern, BSGE 130, 1 (13 Rn. 34).

<sup>178</sup> *Remé*, SGB 2020, 352 (359).

<sup>179</sup> *Remé*, SGB 2020, 352 (359).

<sup>180</sup> So auch bei *Ricke*, in: Kasseler Kommentar, SGB VII § 8 Rn. 210, 211 „weit entfernter Urlaubsort“.

<sup>181</sup> Vgl. unter C.II.4.

<sup>182</sup> Brose, VSSAR 2021, 349 (357).

<sup>183</sup> Vgl. BSGE 130, 1 (13 Rn. 34).

<sup>184</sup> Vgl. unter C.II.1.

<sup>185</sup> Vgl. Brose, VSSAR 2021, 349 (358); *Thüsing*, SGB 2000, 595 (600).

<sup>186</sup> Vgl. Brose, VSSAR 2021, 349 (374, 385).

<sup>187</sup> *Krasney*, SGB 2013, 313 (317).

<sup>188</sup> Vgl. *Schlaeger*, DGVU-Forum 9/2021, 48 (52) mit Verweis auf *Köhler*, SGB 2020, 699 (701).

<sup>189</sup> Vgl. unter C.II.4.

stimmen, dass Urlaubsrückreisen wie die vorliegende aus den genannten Gründen i.d.R. nicht vom Schutz der Unfallversicherung umfasst sein sollen.<sup>190</sup>

Fraglich bleibt jedoch, wie man dieses Ergebnis in Kenntnis der neuen Rechtsprechung begründen können. Erster Ansatzpunkt für die Lösung der Rückreisefälle kann und sollte die gespaltene Handlungstendenz sein. Diese wird regelmäßig zu bejahen sein, da der Versicherte sowohl die Absicht hat, den Urlaub zu beenden, als auch den Ort der versicherten Tätigkeit zu erreichen. Es wird dann in einem zweiten Schritt zu ermitteln sein, welche Handlungstendenz – die private oder die betriebliche – dem konkreten Weg das Gepräge verleiht und damit überwiegt. Hierbei kann auch die Formel des Bundessozialgerichtes bemüht werden, dass der sachliche Zusammenhang besteht, wenn die konkrete Verrichtung, hier die Zurücklegung des konkreten Weges, hypothetisch auch dann vorgenommen worden wäre, wenn die private Motivation des Handelns entfiel.<sup>191</sup> Die Verrichtung muss objektiv die versicherungsbezogene Handlungstendenz erkennen lassen.<sup>192</sup> Dafür müssen zwangsläufig die Umstände des Einzelfalles ermittelt werden, denn sonst ist eine Bestimmung der Handlungstendenz unmöglich.

Für die Urlaubsfälle ist im Allgemeinen festzustellen, dass der konkrete Weg ohne die private Handlungstendenz, die Beendigung desurlaubes, nicht vorgenommen worden wäre. Denn die konkrete Fahrt auf der konkreten Strecke setzt logischerweise den privaten Aufenthalt am Urlaubsort voraus. Dies hatte das Bundessozialgericht in seinem Urteil zum Besuch bei der Freundin nicht beachtet.<sup>193</sup> Der Urlaub wird zudem den Weg auch in zeitlicher Hinsicht insofern prägen, als der Zeitpunkt der Abreise und damit der Beginn des Weges oft von den Modalitäten der Unterkunft (Check-Out, Schlüsselübergabe) abhängen wird. Auch der weitere Wegverlauf wird oft von den urlaubsbedingten Straßenverhältnissen (z.B. Stau während der Ferienzeiten, glatte Straßen bei Rückwegen aus dem Winterurlaub) beeinflusst. Die Rückreise zum Wohnort wird daher zumeist nach den objektiv erkennbaren Umständen das maßgebliche Motiv sein, den Weg genau zu diesem Zeitpunkt auf dieser Route zurückzulegen. Eine pünktliche Ankunft am Arbeitsplatz, die nach der Argumentation des Bundesso-

zialgerichts<sup>194</sup> maßgeblich für das Überwiegen der betrieblichen Handlungstendenz spricht, kann demgegenüber gerade bei langen Strecken oft nicht gewährleistet werden.<sup>195</sup>

Eine Fernwirkung des Weisungsrechtes des Unternehmers auf dem Weg kann daher nicht mehr ohne Weiteres angenommen werden. Bei alledem können weder die Entfernung noch die Motive für den Aufenthalt am dritten Ort völlig unberücksichtigt bleiben. Sie müssen daher, wenn auch nicht als strikte Kriterien, so doch zumindest als Indizien für das Überwiegen der privaten Handlungstendenz herangezogen werden können. Ein bestimmtes Vielfaches des üblichen Weges darf jedoch aus Gleichbehandlungsgründen<sup>196</sup> keine Rolle mehr spielen.

Wenn man Urlaubsrückreisen mit dieser Begründung grundsätzlich aus dem versicherten Bereich ausnehmen will, schafft dies eine gewisse Rechtssicherheit und sollte daher der Regelfall sein. Ausnahmen können jedoch dann in Betracht kommen, wenn die oben genannten Gründe nicht greifen und die betriebliche Handlungstendenz deshalb im Einzelfall überwiegt. So könnte zum Beispiel die Fahrt vom Wochenendhaus am wenige Kilometer von der Wohnung entfernten See direkt zur Arbeit ohne Probleme unter Versicherungsschutz stehen. Hier ist die Handlungstendenz nicht darauf gerichtet, zum Wohnort zurückzukehren, sondern, die Arbeitsstätte pünktlich zu erreichen. Es besteht dann kein Unterschied zum Weg direkt von der Wohnung zum Arbeitsplatz. Die Zulassung solcher Ausnahmen birgt zwar wiederum die Gefahr einer ausufernden Kasuistik, eine solche wird jedoch im Bereich des Arbeitsunfalles aufgrund des offenen Wortlautes ohnehin nie abreißen können<sup>197</sup> und ist auch vom Gesetzgeber gewollt, um eine Anpassung an neue Lebenssachverhalte zu erreichen.<sup>198</sup> Zudem führt sie zu Einzelfallgerechtigkeit.

Bei der hier vorgeschlagenen Lösung handelt es sich um einen Mittelweg, denn es wird einerseits mit der neuen Rechtsprechung stärker an die Handlungstendenz, insbesondere an die Grundsätze zur gespaltene Handlungstendenz angeknüpft, ohne einen strikten Angemessenheitsvergleich zu fordern, andererseits werden die Kriterien der alten Rechtsprechung, insbesondere die Entfernung und die privaten Motive als Indizien bei der Bestimmung der Handlungstendenz einbezogen, was auch

<sup>190</sup> Vgl. Keller, in: Hauck/Noftz SGB VII § 8 Rn. 208; Ricke, in: Kasseler Kommentar, SGB VII § 8 Rn. 210, 211.

<sup>191</sup> Vgl. BSGE 130, 1 (10 Rn. 29).

<sup>192</sup> BSGE 130, 1 (11 Rn. 29).

<sup>193</sup> Vgl. Köhler, SGB 2020, 699 (701).

<sup>194</sup> BSGE 130, 1 (11 Rn. 29).

<sup>195</sup> Vgl. Krasney, SGB 2020, 453 (455).

<sup>196</sup> Vgl. dazu unter C.V.3.a).

<sup>197</sup> Vgl. Brose, VSSAR 2021, 349 (385).

<sup>198</sup> Vgl. unter C.II.2.

das Bundessozialgericht in der neuen Entscheidung ohnehin nicht gänzlich vermeiden konnte.<sup>199</sup> Durch das Regelausnahme-Verhältnis im Bereich der Urlaubsrückreisefälle wird zugleich ein Beitrag zu Rechtssicherheit und Gleichbehandlung geleistet und trotzdem Einzelfallgerechtigkeit ermöglicht. Die erhebliche Ausweitung der Wegeunfälle durch die neue Rechtsprechung wird dabei auf ein dem Schutzzweck der Unfallversicherung entsprechendes Maß eingedämmt, was zu einer gerechten Risikoverteilung führt und auch Wertungswidersprüchen zur Rechtsprechung bei Unterbrechungen<sup>200</sup> vorbeugt.

### E. Schlussbetrachtung und Ausblick

Es bleibt festzuhalten, dass eine konsequente dogmatische Lösung für die Urlaubsrückreisefälle in der Rechtsprechung noch nicht gefunden wurde. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers erscheint angesichts des seit Jahrzehnten offenen Wortlautes des § 8 SGB VII und dem damit verbundenen Auftrag an die Gerichte, diesen zu füllen, sehr unwahrscheinlich und wäre auch nicht zielführend. Der Gesetzgeber kann nicht jeden, noch so selten vorkommenden Einzelfall regeln. Somit bleibt abzuwarten, wie sich die Gerichte für die Urlaubsrückreisefälle positionieren, und welche Begründung sie dafür finden. Dass dies wahrlich keine einfache Aufgabe ist, hat die Untersuchung aufgezeigt. Insofern wird die erneute Entscheidung des Landessozialgerichtes, evtl. mit erneuter Revisionszulassung, in Literatur und Praxis mit großem Interesse verfolgt werden, insbesondere natürlich dann, wenn die Feststellung der Absichten des Ehepaares, zum Autohaus zu gelangen, um dort eine versicherte Tätigkeit aufzunehmen, als erster Schritt gelingt. Denn nur dann wird es auf die Abgrenzung ankommen.

Es wäre wünschenswert, wenn die Gerichte Urlaubsrückreisen im Regelfall aus der Wegeunfallversicherung ausnehmen würden. Denn dies entspräche nicht nur dem Schutzzweck der Unfallversicherung und ihrer Risikoverteilung, sondern würde auch einen Beitrag zur Rechtssicherheit leisten. Ein Unfall auf dem 420 km langen Rückweg vom Urlaubsort zur Tätigkeitsstätte sollte daher nicht unter Unfallversicherungsschutz stehen.

## ANMERKUNGEN

### I.

Die Aufgabenstellung ist im Rahmen vergleichbarer so-

zialrechtlicher Aufgabenstellungen von leicht überdurchschnittlichem Schwierigkeitsgrad.

Insofern muss zunächst bei allen Themenstellungen aus dem Sozialrecht zugunsten der Bearbeiterinnen und Bearbeiter berücksichtigt werden, dass das Sozialrecht aus studentischer Perspektive eine weitaus schwierigere und unvertrautere Materie ist als z.B. das Strafrecht, das Bürgerliche Recht oder bestimmte Teilgebiete des Besonderen Verwaltungsrechts. Hinzu kommt, dass der Literatur- und Materialzugang im Sozialrecht per se vergleichsweise aufwendiger ist und mehr Bearbeitungszeit kostet. Vorliegend musste sich Verf. mit dem Unfallversicherungsrecht in das relevante Themengebiet der Aufgabenstellung komplett neu einarbeiten, weil dieses Rechtsgebiet erst im Sommersemester 2022 Vorlesungsstoff wird. Dieser Unterschied zu den meisten Aufgabenstellungen in anderen Schwerpunktstudienfächern ist zu betonen.

In concreto – also was den spezifisch sozialrechtlichen Schwierigkeitsgrad des gestellten Themas angeht – muss man einstuftest feststellen, dass die vorliegend im Kern zur Debatte stehende Thematik des Unfallversicherungsschutzes bei einem Wegeunfall bei Anfahrt von einem dritten Ort schon häufiger Gegenstand einschlägiger Rechtsprechung und auch von Aufsatz- und Kommentarliteratur gewesen ist. Jedoch kam es nicht nur darauf an: Für die Bearbeitung war auch wichtig, sich neben der Einarbeitung in das Thema „Dritter Ort“ in die Abgrenzung von Betriebsweg und Weg iSd. § 8 Abs. 2 SGB VII, in das komplexe Gebiet der Bestimmung der Handlungstendenz und schließlich in schwierige prozess- und beweisrechtliche Fragen einzuarbeiten, die sich daraus ergeben, dass das Bundessozialgericht in der zu rezensierenden Entscheidung an das LSG Berlin-Brandenburg zurückverwiesen hat.

Insgesamt meine ich somit, dass die Aufgabenstellung, wie bereits eingangs erwähnt, von leicht überdurchschnittlichem sozialrechtlichem Schwierigkeitsgrad ist, dies auch in Relation zur Bearbeitungszeit von sechs Wochen.

### II.

Die der Arbeit vorangestellte Gliederung weist ein Vorgehen in fünf Teilen auf. Insgesamt wirkt die Gliederung übersichtlich und lässt einen klaren Gedankengang erkennen. Auch das Layout überzeugt. Das Literaturverzeichnis ist umfangreich und sorgfältig gearbeitet. Verf. hat sich in-

<sup>199</sup> Vgl. bei Fn. 177.

<sup>200</sup> Vgl. dazu unter C.V.3.c).



tensiv um die Literaturoberrwertung bemüht, was auch die für eine Studienarbeit hohe Zahl von 200 Fußnoten (inkl. Querverweise, die man vielleicht auch in den Text hätte nehmen können), zeigt.

Die Einleitung (Teil A., S. 1) ist sehr gelungen und ordnet den Urteilssachverhalt gut ein. Der Leser wird sofort neugierig gemacht.

In Teil B. stellt Verf. die zu rezensierende Entscheidung dar. Das gelingt überzeugend. Verf. hat sich erkennbar genau mit der Entscheidung und deren Prozessgeschichte beschäftigt. Insbesondere das schwierige Thema der Zurückverweisung bekommt Verf. ausgezeichnet in den Griff. Beanstanden könnte man nur – das gilt für die gesamte Studienarbeit –, dass Verf. mehr an den Übergängen zwischen den Gliederungspunkten hätte feilen können (und sollen). Hier wird der Leser nicht immer hinreichend an die Hand genommen, manches wirkt etwas „abgehackt“. Ob man den „Hintergrund der Entscheidung“ (S. 6) auf über drei Seiten so weit ziehen musste, wie Verf. das getan hat, ist Geschmackssache. Verf. zeigt aber, wie tief sie/er sich eingearbeitet hat und wie gut die Grundanliegen des SGB VII verstanden sind. Auch die Analyse des Argumentationsgangs des Bundessozialgerichts überzeugt. Verf. spricht viele Einzelheiten an, wie sie nur jemand sieht, der sich sehr gründlich in eine Gerichtsentscheidung hineingedacht hat. Substanziell sind insbesondere die Überlegungen zur Abgrenzung von Betriebsweg und Weg nach § 8 Abs. 2 SGB VII: Verf. entscheidet sich zu Recht dafür, dass im zu entscheidenden Fall nur ein Wegeunfall vorgelegen haben kann.

Sehr gelungen sind sodann die Ausführungen zur Frage der subjektiven Handlungstendenz (S. 17 ff.). Besser kann man das kaum machen. Schließlich wird in einem weiteren fundamentalen Teil unter C. V fachkundig die Dritte-Ort-Rechtsprechung wiedergegeben. Hier gibt es nichts auszusetzen. Nur besteht zu S. 9 f. eine gewisse Redundanz. Insgesamt ist diese Darstellung und Einordnung der zu rezensierenden Entscheidung rund und inhaltlich wie darstellerisch gut gelungen. Es stellt sich allerdings die Frage, ob das nicht unter D. hätte untergebracht werden können, um die Großkapitel noch etwas besser zu proportionieren und den Teil D. in Relation zu Teil C. „größer“ zu machen.

Unter D. wird versucht, die Entscheidung zu bewerten. Dies geschieht unter methodologischem, inhaltlichem und rechtspolitischem Blickwinkel. Auch dieser Teil zeugt von

gutem Verständnis. Verf. zeigt sich wohlthuend kritisch und behält den übergeordneten Blick. M.E. überzeugend wird herausgearbeitet, dass das Bundessozialgericht mit dem häufig begrüßten Verzicht auf den Angemessenheitsvergleich der Rechtspraxis – zumindest in den Urlaubsrückreisefällen – „Steine statt Brot“ gibt, da sich die Probleme nur auf den Komplex der (eigenwirtschaftlichen oder betrieblichen) Handlungstendenz verlagern. Der unter E. ausformulierten Forderung von Verf., Urlaubsrückreisefälle sollten vom Wegeunfallversicherungsschutz i.d.R. ausgenommen bleiben, kann ich zustimmen.

### III.

Die vorliegende Studienarbeit liegt nach meinem Urteil ganz eindeutig im weit überdurchschnittlichen Bereich.

Schon die formale Seite überzeugt. Gliederung und Literaturverzeichnis sind nahezu fehlerlos, der Text ist ansprechend layoutet, die Arbeit mit Rechtsprechung und Literatur sehr gelungen, Rechtschreibung und Zeichensetzung korrekt, der Umgang mit dem Konjunktiv sicher. Der Sprachstil ist gut, angenehm zu lesen und fachsprachlich korrekt. Aber auch Aufbau und Inhalt der Arbeit sind von kleinen Ausnahmen abgesehen voll gelungen. Nur an den Übergängen der Hauptgliederungspunkte hätte mehr Mühe aufgebracht werden sollen, um den Leser besser durch die Rezension zu führen. Auch die häufigen „Regieanweisungen“ („Nachfolgend wird erörtert, ...“) hätten in diesem Umgang unterbleiben sollen. Die tatsächlichen Aspekte der zu rezensierenden Entscheidung ebenso wie die rechtlich entscheidenden Gesichtspunkte werden klar erkannt. Die Erörterung ist nirgendwo oberflächlich. Durchgängig wird „hart am Fall“ gearbeitet und sauber und tiefgehend argumentiert. Die Rechtsprechung wird kritisch reflektiert, die vorhandene Literatur sicher eingebaut. Insgesamt erreicht die Studienarbeit hohes wissenschaftliches Niveau und muss sich vor in sozialrechtlichen Fachzeitschriften erscheinenden Rezensionen „nicht verstecken“.

Alles in allem kann die Arbeit auch unter Berücksichtigung ihres leicht überdurchschnittlichen sozialrechtlichen Schwierigkeitsgrades mit

**gut (14 Punkte)**

bewertet werden.



## Ein Plädoyer für das HannES-Repetitorium

stud. iur Sebastian Hielscher

Der Autor ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Sozialrecht an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover (Prof. Dr. Butzer) sowie Koordinator des öffentlich-rechtlichen Teils des HannES-Klausurenkurses.

Zur Vorbereitung auf die Erste Juristische Prüfung existieren unterschiedlichste Ansätze. Das verwundert wenig, macht man sich bewusst, dass verschiedene Lerntypen existieren und der individuelle Lernerfolg von unterschiedlichen Faktoren abhängt. Neben den weiterhin die Examensvorbereitung dominierenden kommerziellen Repetitorien wie Alpmann-Schmidt oder Hemmer besteht etwa die Möglichkeit, die Vorbereitung ganz in die eigene Hand zu nehmen<sup>1</sup> oder aber (auch) für die Examensvorbereitung das universitäre Angebot zu nutzen. Der vorliegende Beitrag soll die letztgenannte Option in den Blick nehmen. In meiner eigenen Examensvorbereitung habe ich insgesamt (nahezu) zwei vollständige aufeinanderfolgende Durchgänge des universitätseigenen Repetitoriums des Hannoverschen Examensstudiums (kurz HannES), durchlaufen, sämtliche mit diesem verbundene Veranstaltungen wahrgenommen und im Anschluss den Pflichtteil der Ersten Juristischen Prüfung erfolgreich absolviert. Daher glaube ich, mehrere echte Vorteile des HannES-Repetitoriums zu erkennen, welche dieses gegenüber anderen Vorbereitungsmodellen vorweisen kann.<sup>2</sup>

### A. Der Ablauf

Wie das HannES strukturiert ist, geht im Weiteren aus der jeweils aktuellen Broschüre hervor:<sup>3</sup> Es handelt sich dabei im Kern um ein an ExamenskandidatInnen gerichtetes Vorlesungsangebot, das sich über den Zeitraum eines Jahres erstreckt. Die Vorlesungen sind an den einzelnen Rechtsgebieten orientiert und werden nicht über den gesamten Jahreszeitraum oder ein Semester gehalten, sondern sind in Veranstaltungsblöcke eingeteilt, die eine Woche in den „Nebengebieten“ bis zu etwa einem Monat bei den umfangreicheren Rechtsgebieten umfassen. Die Vorlesungen sind vier- bis fünfstündig (mit Pausen) und finden im Zeitraum von Dienstag bis Donnerstag<sup>4</sup> zwischen 8 und 13 Uhr statt. Die Vorlesungen werden von Universitätsprofesso-

rInnen, HonorarprofessorInnen oder PrivatdozentInnen gehalten. Wie die einzelnen Vorlesungen in den Rechtsgebieten gestaltet werden, ist von DozentIn zu DozentIn unterschiedlich; manche bevorzugen ein reines Fallrepetitorium, überwiegend wird aber neben dem Falllösungs- auch ein abstrakter Wiederholungsteil angeboten. Neben das Vorlesungsangebot tritt der HannES-Klausurenkurs, welcher (präsent) freitags von 13 bis 18 Uhr sowie samstags von 9 bis 14 Uhr stattfindet. Hier wird wöchentlich eine fünfstündige Examensklausur im Zivilrecht sowie wöchentlich im Wechsel entweder eine Klausur aus dem Strafrecht oder dem Öffentlichen Recht angeboten. Die Sachverhalte erhält man im Klausursaal oder über Stud.IP. Seit April 2023 müssen die Klausuren bis Samstag um 14 Uhr in Präsenz abgegeben werden, um korrigiert zu werden. Welche Klausur man an welchem Tag schreibt und ob man sich dafür im Klausursaal aufhält oder nicht, ist jedoch gleichgültig. Die Rückgaben und Besprechungen der Klausuren finden mittwochs von 16 bis 17:30 Uhr (Straf- bzw. Öffentliches Recht) bzw. 17:30 bis 19 Uhr (Zivilrecht) etwa vier Wochen nach dem Klausurwochenende statt.<sup>5</sup>

Dazu existiert ferner das im Februar und August stattfindende, von JurService organisierte Probeexamen. Hier werden sechs fünfstündige Klausuren im Zeitraum von zwei Wochen in der Verteilung (3:2:1) wie im staatlichen Examen ausgegeben. Die Möglichkeit zum Anfertigen der Klausuren nur aus einem Rechtsgebiet (analog zum Abschichten) besteht ebenfalls. Da die Rückgabe im März bzw. September stattfindet, eignet sich das Probeexamen hervorragend als „Generalprobe“ vor dem April- oder Oktobertermin des Pflichtfachteils – oder einfach als Lernstandskontrolle im Laufe der Examensvorbereitung.

Eine Erwähnung wert ist schließlich noch das mündliche Examenstraining, welches Mittwochnachmittags zwischen 16:15 und 17:45 Uhr stattfindet. Hier kann man wöchentlich im Wechsel an einer mündlichen Prüfungssimu-

<sup>1</sup> Vgl. hierzu Nussbaum, Examen ohne Rep, HanLR 2019, 331.

<sup>2</sup> Besonderer Dank gebührt stud. iur Peter Al Abboud, stud. iur Sven Fischer und stud. iur Daniel Lalehzarian, die sich bereit erklärt haben, ihre Erfahrungen zum kommerziellen Repetitorium mit mir zu teilen, um mir eine bessere Vergleichsbasis zu verschaffen.

<sup>3</sup> Zu finden in der jeweils aktuellen Fassung unter <https://www.jura.uni-hannover.de/de/hannes>.

<sup>4</sup> Einzige Ausnahme hiervon ist der Kurs „Rechtsprechung für Examenskandidat:Innen“, welcher montags und dienstags stattfindet.

<sup>5</sup> Vgl. <https://www.jura.uni-hannover.de/de/hannes/klausurenkurs>, sowie <https://www.jura.uni-hannover.de/de/hannes/haeufig-gestellte-fragen>, Abruf v. 30.04.2023.

lation im Straf-, Zivil- oder Öffentlichem Recht entweder als ZuschauerIn oder – sofern die Teilnehmendenzahl es zulässt – auch als Prüfling teilnehmen. Naturgemäß wird dieses Angebot erst nach Absolvierung der Klausuren und zur Vorbereitung auf die mündliche Prüfung interessant, ist jedoch gleichfalls eine sinnvolle Ergänzung des HannES-Repetitoriums.

### **B. Der „Werbeblock“ – die Gründe für HannES**

Wie angekündigt sollen im Folgenden die Vorzüge des HannES dargestellt und erläutert werden.

#### **I. Kostenfreiheit**

Bei erstmaliger Beschäftigung mit dem HannES-Angebot sticht natürlich sofort die vollständige Kostenfreiheit ins Auge. Als ich mein Jurastudium begonnen habe, bin ich bereits fest davon ausgegangen, einen niedrigen vierstelligen Eurobetrag im Zuge meiner Examensvorbereitung aufwenden zu müssen. Umso erfreuter war ich daher, als ich vom kostenlosen universitären Repetitorium erfuhr und nach einigen Vorlesungen feststellte, dass sich dieses für meine persönliche Vorbereitung eignete. Die Kostenfreiheit gilt sowohl für die Kurse selbst als auch für die in den Veranstaltungen zur Verfügung gestellten Sachverhalte und Arbeitsmaterialien wie beispielsweise Skripte. Das HannES reiht sich insofern nahtlos in das übrige Vorlesungsangebot der Universität ein. Bezüglich der Arbeitsmaterialien, welche im Rahmen der HannES-Vorlesungen zur Verfügung gestellt werden, lässt sich zwar zunächst sagen, dass diese weit weniger umfangreich ausfallen als diejenigen Arbeitsmaterialien, welche von kommerziellen Repetitorien vorgehalten werden. Zudem entscheiden sich nur wenige DozentInnen des HannES überhaupt dafür, umfangreiche Skripten o.Ä. zu erstellen; meistens handelt es sich lediglich um eine Sammlung der Fälle, die in der jeweiligen Vorlesung besprochen werden.

Allerdings ist nicht zu vernachlässigen, dass mittlerweile viele der Skripten der kommerziellen Repetitorien, natürlich neben „klassischen“ Lehrmaterialien wie Lehrbüchern und Ausbildungszeitschriften, von der Universitätsbibliothek vorrätig gehalten werden. Mit geringem Aufwand lässt sich der Nachteil der fehlenden Materialien im HannES daher ohne Weiteres ausgleichen. Zum Vergleich: ein klassi-

ches kommerzielles Repetitorium kostet monatlich zwischen 149 und 169 Euro.<sup>6</sup> Gerechnet auf den Zeitraum der Kurslaufzeit von einem Jahr kommt hier ohne Weiteres ein niedriger vierstelliger Betrag zusammen,<sup>7</sup> welcher gerade für Studierende aus einkommensschwächeren Familien und gerade in Krisenzeiten nicht ganz einfach aufzubringen sein dürfte. Zudem verfestigt dies das Stereotyp, bei Jura handele es sich um ein „Oberschichtsstudium“. Und dass sich die Sicherheit einer guten Examensvorbereitung nicht erkaufen lässt, sollte ohnehin selbstverständlich sein.

#### **II. Zwanglosigkeit**

Bei Vergleich der Preise von kommerziellen Repetitorien und dem kostenlosen HannES-Angebot drängt sich natürlich der Eindruck auf, beim HannES handele es sich um „das Repetitorium des kleinen Mannes“ oder gar eine Examensvorbereitung zweiter Klasse. Meines Erachtens besteht jedoch keinerlei Zusammenhang zwischen Qualität der Examensvorbereitung und den finanziellen Aufwendungen. Außerdem lässt diese Sichtweise die Vorteile außer Acht, die mit der Kostenfreiheit des Angebotes zusammenhängen.

Im Rahmen eines kommerziellen Repetitoriums ist das Angebot regelmäßig auf ein Jahr ausgelegt. Vonseiten der Repetitorien wird nach Abschluss dieses Jahres zusätzlich ein Zeitraum empfohlen, um den Stoff in eigener Regie nochmals zu wiederholen, um endgültig „examensfit“ zu sein. Es besteht also – zumindest ganz unterschwellig – die Erwartung, dass man nach den zwölf Monaten den Stoff in einer bestimmten Tiefe durchdrungen hat, um sich anschließend ausschließlich der Wiederholung zu widmen (ohne dass hiermit ein durch kommerzielle Repetitorien vermittelter „Erfolgsdruck“ unterstellt werden soll). Zwar besteht etwa die Möglichkeit zur einmaligen Wiederholung des Kurses auch bei kommerziellen Repetitorien, diese setzt aber eine kostenpflichtige Teilnahme am Klausurenkurs und damit eine Bindung an das Repetitorium voraus.<sup>8</sup> Darüber hinaus gehende Zusatz- und Vertiefungskurse sind wieder mit zusätzlichen Kosten verbunden. Auch ein Fernbleiben von einzelnen Kursen ist zumindest ungünstig, da hierdurch bereits das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung berührt wird. Eine derartige Erwartung ist – wieder aufgrund der Kostenfreiheit – beim HannES nicht erkennbar. Fühlt

<sup>6</sup> Vgl. [https://www.repetitorium-hemmer.de/hs\\_kursuebersicht.php?hs=20&kid=2848&kurs=Hannover-Hauptkurs-2022-II,-mit-Beginnam-05.10.2022](https://www.repetitorium-hemmer.de/hs_kursuebersicht.php?hs=20&kid=2848&kurs=Hannover-Hauptkurs-2022-II,-mit-Beginnam-05.10.2022) sowie <https://www.alpmann-schmidt.de/ASZweigstellen/ASVorlage1.aspx?Zweigstelle=33&kat=E1>, Abruf v. 30.04.2023.

<sup>7</sup> Dies lässt darüber hinaus außer Betracht, dass natürlich auch bei Absolvierung eines privaten Repetitoriums die Studiengebühren weiterhin entrichtet werden müssen.

<sup>8</sup> [https://www.repetitorium-hemmer.de/hs\\_kursuebersicht.php?hs=20&kid=3097&kurs=Hannover-Hauptkurs-2023-guenstiger-Einstieg--Praesenz-und-Onlineunterricht--ab-Oktober](https://www.repetitorium-hemmer.de/hs_kursuebersicht.php?hs=20&kid=3097&kurs=Hannover-Hauptkurs-2023-guenstiger-Einstieg--Praesenz-und-Onlineunterricht--ab-Oktober), Abruf v. 16.10.2023.

man sich nach einem Durchgang noch nicht „examensfit“, kann man ohne Weiteres (sofern dies im Interesse des eigenen Lernerfolges sinnvoll erscheint) einen weiteren Durchgang oder eine Vertiefung in Einzelfächern anschließen. Ebenso kann man einzelnen Veranstaltungen, die man für nicht gewinnbringend hält, konsequenzlos fernbleiben und den Stoff anderweitig nacharbeiten. Erwartungshaltungen, nach einem bestimmten Zeitraum auf einem bestimmten Niveau angekommen sein zu müssen, existieren hier nach meiner Erfahrung nicht.

Eine grundsätzliche oder gar inhaltliche Kritik an den privaten Repetitorien will ich mir hier – schon mangels eigener Erfahrungen – nicht erlauben. Das langjährige Bestehen dieser Unterrichtsmodelle<sup>9</sup> weist auf einen hohen Professionalisierungsgrad hin. Allerdings sollte man sich einmal vor Augen führen, dass kommerzielle Repetitorien eben auch auf Gewinnerzielung (und gerade nicht einzig und allein die bestmögliche Examensvorbereitung) gerichtet sind. Ein monetäres Interesse fehlt dagegen im Rahmen des HannES. Aus meiner Sicht war es für Qualität und Inhalte der Vorlesungen gleichgültig, ob an diesen zehn oder vierzig Studierende teilnahmen. Das von DozentInnen vermittelte Bild glich stets einem „Sie schaffen das“, ohne dass die Staatsprüfung jedoch verharmlost wurde. Die Aussage, man könne das Examen ohne die Wahrnehmung bestimmter Angebote nicht bestehen oder gar eine echte „Panikmache“, deren Vermittlung durch kommerzielle Repetitorien gerüchteweise behauptet wird, habe ich im Rahmen des HannES nicht erlebt. Lediglich die regelmäßige Teilnahme am Klausurenkurs wurde dringend empfohlen – und dies dürfte einiges an Berechtigung haben.<sup>10</sup>

### III. Die Prüfungserfahrung der Lehrenden

Trotz der obigen Ausführungen halte ich weder die Kostenfreiheit noch die Zwanglosigkeit im HannES für den wichtigsten Grund, sich für das universitäre Repetitorium zu entscheiden. Zu Beginn der Examensvorbereitung sagte mir ein Freund, der sich gegen das HannES entschied, sinngemäß, er bräuchte jetzt für die Vorbereitung „frischen Wind und ein paar neue Gesichter“. Diese Begründung kann ich – retrospektiv – nur schwer nachvollziehen. Nicht nur, dass im HannES meist – von Ausnahmen abgesehen – andere DozentInnen lehren als in den entsprechen-

den Veranstaltungen des Grundstudiums. Darüber hinaus ist die Teilhabe an den Erfahrungen von DozentInnen, die selbst im Rahmen der Ersten Juristischen Prüfung prüfen, meiner Ansicht nach der entscheidende Vorteil, den universitäre Repetitorien den kommerziellen voraushaben.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass eine (ehemalige) Prüfungstätigkeit auch auf DozentInnen der privaten Repetitorien zutrifft. Zudem halten die kommerziellen Repetitorien umfangreiche Statistiken zu den Examensdurchgängen bereit und die DozentInnen betätigen sich mitunter auch in der Prüfungsanfechtung. Gleichwohl dürfte diese Prüfungserfahrung nicht an diejenige der DozentInnen des HannES heranreichen, bei welchem die Prüfungstätigkeit eben zum „Tagesgeschäft“ der meisten Lehrenden gehört. Kaum etwas ist für die eigene Examensvorbereitung so bereichernd wie ein Perspektivwechsel und Ausführungen darüber, wie man es aus Sicht der unmittelbar Bewertenden richtig macht, welche Inhalte besonders klausurträchtig sind und was man für die Vorbereitung eher vernachlässigen kann. Dazu kommen die gelegentlichen „Sondersitzungen“ wie Einheiten zu Lernmethoden, zur mündlichen Prüfung im Allgemeinen oder mündliche Prüfungssimulationen (ganz ähnlich zum oben erwähnten mündlichen Examenstraining, aber als Bestandteil der Vorlesung). Kommen solche Angebote von potenziellen Kommissionsvorsitzenden der mündlichen Prüfung, ist dies natürlich höchst gewinnbringend. Zwar gibt es entsprechende (wieder kostenpflichtige) Zusatzangebote auch von privaten Repetitorien. Das Risiko, dass diese nur „aus zweiter Hand“ kommen, ist allerdings hoch.

Die Prüfungstätigkeit der Lehrenden im HannES spiegelt sich im Übrigen auch im Angebot des Klausurenkurses wider; dazu mehr an späterer Stelle.

### IV. Die Ergänzungs- und „Lückenfüllungsfunktion“

Nicht gleichsam entscheidend, aber ebenfalls eine Erwähnung wert ist, dass das HannES eben nicht zwingend wie ein kommerzielles Repetitorium darauf ausgelegt ist, von Anfang bis Ende durchlaufen zu werden, sondern ein „Rosinenpicken“ durchaus in Betracht kommen kann. In meinem Umfeld gibt es mehrere Personen, die sich „eigentlich“ ohne Repetitor auf das Examen vorbereiteten, allerdings punktuell zur Vertiefung einzelne HannES-Kurse

<sup>9</sup> Alpmann-Schmidt blickt nach eigener Aussage auf eine über 60-jährige Erfolgsgeschichte zurück, vgl. <https://www.alpmann-schmidt.de/ASZweigstellen/news.aspx?zweigstelle=33>, Abruf v. 30.04.2023; auch Hemmer kann ein Bestehen immerhin seit 1976 vorweisen, <https://www.repetitorium-hemmer.de/>, Abruf v. 30.04.2023.

<sup>10</sup> Laut Twofigh/Traxler/Glückner, Zur Benotung in der Examensvorbereitung und im ersten Examen, ZDRW 2014, 8 (12 ff.), hängt der Examenserfolg ganz maßgeblich von der Anzahl der vorher verfassten Probeklausuren ab.

besuchten.<sup>11</sup> Dies wird logischerweise wieder durch die Kostenfreiheit und die Verblockung begünstigt. Ebenso lässt sich das HannES ohne Probleme durch Besuch (nur) der entsprechenden Vorlesungen mit dem Abschichten in Einklang bringen. Ich selbst habe nach Absolvierung der Klausuren im Pflichtfachteil gezielt – neben der Absolvierung des mündlichen Examenstrainings – die Veranstaltungen derjenigen DozentInnen besucht, die die oben genannten mündlichen Prüfungssimulationen anboten. Dies hat mir sehr geholfen, mich besonders auf die Situation der mündlichen Prüfung vorzubereiten.

### V. Der Klausurenkurs

Letztlich anzusprechen bleibt noch der HannES-Klausurenkurs, der freilich keine „Erfindung“ der universitären Repetitorien darstellt, sondern ebenso bei den privaten Repetitorien existiert.

Meiner Ansicht nach sollte der Klausurenkurs nicht als Ergänzung, sondern vielmehr als Kernstück der Examensvorbereitung gesehen werden.

Hier sei auch noch einmal mit Nachdruck betont, dass die Herangehensweise dergestalt, erst das materielle Recht wiederholen zu wollen und erst im Anschluss mit dem Schreiben von Probeklausuren zu beginnen, auf einer Fehleinschätzung beruht. Das Verfassen fünfstündiger Klausuren sollte so schnell wie möglich eingeübt werden; jede korrigierte und nachgearbeitete Klausur stellt einen Erkenntnisgewinn dar. Denjenigen, die den Versuch für sinnlos halten, eine Klausur in einem Rechtsgebiet, in welchem sie nahezu völlig „blank“ sind, zu lösen, sei gesagt, dass der HannES-Klausurenkurs hier beste Voraussetzungen bietet. Wo die Klausur nämlich verfasst wird, ist gleichgültig – dies kann zufällig auch ein Ort sein, an dem noch andere außer die im Examen zugelassenen Hilfsmittel vorhanden sind!<sup>12</sup>

Auch hier soll aber ein weiterer Vorzug des HannES-Kurses gegenüber anderen Klausurenkursen erläutert sein: nicht selten kommt es nämlich vor, dass DozentInnen im Rahmen der Klausurbesprechung eröffnen, dass es sich um eine Originalklausur des Landesjustizprüfungsamtes handelte, die sie auch noch selbst vor einigen Jahren erstellt hatten. Eine viel engere Orientierung am „echten“ Examen scheint schwer vorstellbar. Auch hier können kommerzielle Repetitorien nicht recht mithalten, da die Originalsach-

verhalte durch das Prüfungsamt nur an die Universitäten freigegeben werden.

### C. Die andere Seite der Medaille

In Anbetracht der dargestellten Examensnähe bei gleichzeitigem Wegfall sämtlicher Kosten erscheint es schwer begreiflich, dass die privaten Repetitorien sich noch immer solcher Beliebtheit erfreuen und die universitären wie das HannES nicht bereits völlig überlaufen sind. Einiges lässt sich sicherlich mit dem „Das haben wir schon immer so gemacht“-Dogma erklären. Zur Wahrheit gehört aber auch, dass das HannES an einigen Stellen hinter anderen Modellen zurückbleiben muss.

### I. Das Konzentrationsproblem

Oftmals hörte ich das Argument, dass die vier- bis fünfstündigen Vorlesungen weitaus zu lang seien. Das ist nicht ganz von der Hand zu weisen – häufig spürte ich, wie nicht nur meine eigene, sondern auch die Konzentration der übrigen Kursteilnehmenden zur Mittagszeit hin erheblich abnahm. Auch Pausen konnten hier nicht recht entgegensteuern. Für Studierende, die gerade aus der großen Übung kommen, wirkt das zugegebenermaßen etwas abschreckend und erfordert zudem eine Eingewöhnungsphase. Das Konzept der privaten Repetitorien, die kürzere Vorlesungen über mehrere Tage in der Woche anbieten, wirkt da doch ansprechender.

Gleichwohl haben fünfstündige Vorlesungen in der Examensvorbereitung ihre Daseinsberechtigung. Schließlich – wer hätte es gedacht – sind ja die Klausuren im Examen auch auf fünf Stunden ausgelegt und auch die mündliche Prüfung erstreckt sich über einen ähnlichen Zeitraum. Hier die Konzentration durchgehend aufrechtzuerhalten, ist ebenso nahezu unmöglich – aber trainieren kann man das Ganze ja trotzdem.

### II. Die Gefahr der Verschleppung („Kost‘ ja nix“)

Das Argument des fehlenden Erfolgsdrucks funktioniert auch in die entgegengesetzte Richtung. So hörte ich, dass kommerzielle Repetitorien gegenüber dem HannES einen psychologischen Vorteil böten: Aufgrund der Kostenpflicht strengt man sich mehr an, damit sich das aufgewendete Geld am Ende gelohnt hätte und erreiche somit einen größeren Lernerfolg. Ebenso könnte der Abschluss des priva-

<sup>11</sup> Vgl. Toolbox mit Thies Wahnschaffe, <https://www.jura.uni-hannover.de/de/veranstaltungen/detailansicht-veranstaltungen/news/toolbox-mit-thies-wahnschaffe/>, Abruf v. 03.08.2023.

<sup>12</sup> Natürlich sollte zeitnah unbedingt der Punkt erreicht werden, ab dem eine Klausurlösung ausschließlich mit den zugelassenen Hilfsmitteln gelingt. Eine mit Lehrbüchern oder Karteikarten gelöste Probeklausur ist aber meines Erachtens immer noch viel besser als gar keine Klausurbearbeitung.

ten Repetitoriums nach einem Jahr dazu führen, dass sich die KandidatInnen dann auch zügig zum Examen anmelden und nicht in der komfortablen Situation verharren, weiter ein kostenloses Repetitorium zu besuchen, statt frühzeitig den Versuch der Examensklausuren zu unternehmen. Das mag in Einzelfällen zutreffen, erscheint mir persönlich aber doch weit hergeholt. Während meiner zweijährigen Absolvierung des HannES<sup>13</sup> habe ich keine anderen Teilnehmenden kennengelernt, die das Repetitorium so lange besuchten wie ich. Die meisten Teilnehmenden haben sich nach ähnlicher oder kürzerer Zeit zum Examen angemeldet.

Die plausiblere Gefahr sehe ich eher darin, dass man sich nach den (körperlich wie psychisch) anstrengenden vier bis fünf Stunden Vorlesung mit dem Erreichten zufriedengibt. Das wäre ein Trugschluss: Zum einen bietet das HannES wegen seiner engen zeitlichen Taktung nur wenig Zeit zur internen Wiederholung. Zum anderen können von vorneherein nicht alle Inhalte eines Rechtsgebietes innerhalb der Vorlesungen wiederholt werden. Das HannES darf daher nicht als „all-inclusive“ verstanden werden. Dass kommerzielle Repetitorien hier ein vollständigeres Paket erbringen, kann ich mir durchaus vorstellen. Allerdings – und das gilt für alle Formen der Examensvorbereitung – wird ein Examen ohne ein Maß an Eigeninitiative und Selbstdisziplin kaum erfolgreich verlaufen. Das HannES gibt eine grobe Struktur für die eigene Organisation vor, kann diese aber nicht vollends abnehmen.

### III. Das Optimierungspotenzial

Schließlich gibt es auch beim HannES – wie bei so vielen universitären Lehrveranstaltungen – noch einzelne Kritikpunkte. Mit der zeitlichen Gestaltung der Vorlesungsblöcke war ich zwar grundsätzlich, nicht aber immer im Detail einverstanden. So halte ich etwa zehn Termine für das gesamte Sachenrecht, also Mobiliar- und Immobiliarsachenrecht inklusive Kreditsicherungsrecht, kombiniert noch mit dem Zwangsvollstreckungsrecht im Verhältnis zu deren Bedeutung im Examen für deutlich zu knapp bemessen. Ähnlich verhält es sich mit dem Besonderen Schuldrecht. Hier entfallen etwa nur eineinhalb Termine auf das gesamte Bereicherungsrecht.

Leider ist auch der Klausurenkurs noch nicht optimal organisiert. Die Gestaltung, dass öffentlich-rechtliche und strafrechtliche Klausuren wöchentlich im Wechsel ge-

schrieben werden, entspricht leider nicht der Verteilung im Examen, wonach öffentlich-rechtliche Klausuren doppelt so häufig geschrieben werden müssten wie strafrechtliche. So kam es, dass ich nach eineinhalb Jahren vielfach Klausuren zum (zweifelsohne wichtigen) Einbruchsdiebstahl geschrieben hatte, jedoch keine einzige mit bau-rechtlichem Schwerpunkt.

In der Natur der Sache liegt es leider auch, dass die Qualität der Klausurkorrekturen teilweise sehr durchwachsen ist, was mit der eher als Aufwandsentschädigung zu begreifenden Bezahlung der Korrekturkräfte zusammenhängt. Zwar bemühen sich viele Korrekturkräfte, hilfreiche Tipps für die Examensvorbereitung und die Klausurbearbeitung zu geben und angemessen zu bewerten. Nicht selten kommt es allerdings auch vor, dass man besser beraten ist, die eigene Klausur anhand der Lösungsskizze sowie der Besprechung selbst noch einmal durchzugehen.

Überlegenswert wäre schließlich auch die (Wieder-)Einführung einer digitalisierten Abgabe der Probeklausuren. Eine solche gab es bereits einmal während meiner eigenen Examensvorbereitung anlässlich der Covid 19-Pandemie und hat es mir letztlich ermöglicht, eine hohe Anzahl an Probeklausuren anzufertigen und mich bestmöglich auf das Examen vorzubereiten. Auch hier sind die kommerziellen Repetitorien mit den wahlweisen postalischen oder digitalen Abgaben im Rahmen ihrer Probeklausuren einen Schritt voraus.<sup>14</sup>

### E. Fazit

Persönlich fand ich das Konzept privater Repetitorien immer etwas befremdlich: Man begibt sich in die Obhut eines privaten Unternehmens fernab der Hochschule, um sich auf eine staatliche Prüfung vorzubereiten. Das HannES bietet hier eine echte und vor allem examensnahe, zwanglose Alternative. Die aufgezeigten kleineren und größeren Unzulänglichkeiten lassen sich überwiegend durch den eigenen Arbeitseinsatz kompensieren. Ist man hierzu bereit, so kann man eine gute Examensvorbereitung auch ohne den Einsatz finanzieller Mittel bestreiten.

Abschließend sei noch einmal betont, dass es sich bei den geschilderten Vor- und Nachteilen des HannES ausschließlich um meine eigenen Eindrücke und nicht um in Stein gemeißelte Wahrheiten handelt. Natürlich ist die Examensvorbereitung stets individuell und es gibt unbestreitbar viele Studierende, für welche das Konzept des

<sup>13</sup> Die insgesamt lange Dauer meines HannES-Besuches rührt daher, dass ich das Repetitorium wie oben erwähnt auch für die Vorbereitung für die mündliche Prüfung nutzte. Die etwa eineinhalb Jahre vom Beginn meiner Examensvorbereitung (März 2021) bis zur Absolvierung meiner Klausuren (Oktober 2022) halte ich für eine durchschnittliche Dauer der Examensvorbereitung.

<sup>14</sup> vgl. [https://www.alpmann-schmidt.de/bestellen/Klausurenkurs\\_K1.aspx](https://www.alpmann-schmidt.de/bestellen/Klausurenkurs_K1.aspx), Abruf v. 03.08.2023.



HannES völlig unpassend ist. Ich möchte aber dringend davon abraten, eine bestimmte Vorbereitungsmethode nur deswegen zu wählen, weil „es ja auch alle anderen so machen“. Auch wenn das HannES vielleicht ein (etwas) höheres Maß an Eigenständigkeit voraussetzt, ist sein Angebot viel zu umfangreich und ausgewogen, um es nicht wenigstens einmal auszuprobieren.

Welche Vorbereitungsmethode letztlich auch gewählt wird: Wichtig ist die Erkenntnis, dass eine erfolgreiche Examensvorbereitung immer zuerst vom eigenen Arbeitseinsatz abhängig ist.

In diesem Sinne: Viel Erfolg im Examen – Es haben schon ganz andere geschafft!





## Super Newsletter!

### **Top informiert mit dem Schweitzer Newsletter fürs Jura-Studium.**

Du möchtest immer auf dem neuesten Stand sein und alles Wissenswerte rund um dein Jura-Studium erfahren?

- erscheint monatlich
- Termine für Fachveranstaltungen
- Tipps
- Angebote für Studierende
- Lernbeiträge und aktuelle Entscheidungen



### **Einfach QR-Code scannen und E-Mail abschicken!**

Oder schreib einfach eine E-Mail mit Betreff „Newsletter Studium“ an [bestellung@schweitzer-online.de](mailto:bestellung@schweitzer-online.de)

Mit der Anmeldung zum Newsletter stimmst du der Speicherung deiner Daten bei uns zu. Diese werden zum Versand von Newslettern verwendet, dabei aber nicht an Dritte weitergegeben! Die Einwilligung zur Nutzung kann unter [bestellung@schweitzer-online.de](mailto:bestellung@schweitzer-online.de) jederzeit widerrufen werden.

Jederzeit bestellen im Webshop:  
[www.schweitzer-online.de](http://www.schweitzer-online.de)

**schweitzer**  
Fachinformationen





# HANOVER LAW REVIEW