

# HANOVER LAW REVIEW

ISSN: 2568-6550

## Editorial

Professor Dr. Christian Becker    **Wissenschaft, Wahrheit und Objektivität in der offenen Gesellschaft**

## Lernbeiträge

Tim Brockmann    **Wir fechten a... treten zurück!**

## Entscheidungen

Robin Dudda    **Leistungsstörungenrechte im EBV - BGH V ZR 89/15**  
Malte Gauger    **Pfefferspray und § 244 StGB - BGH 1 StR 112/17**  
Adam Hetka    **Berliner Raser - BGH 4 StR 399/17**  
Frederike Hirt & Jendrik Wüstenberg    **Dieselfahrverbote - BVerwG 7 C 26/16 & 7 C 30/17**

## Studienpraxis & Fallbearbeitung

Adam Hetka    **Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht, 13 Punkte**  
Felix Lücke    **Klausur im Strafrecht AT, 17 Punkte**  
Patricia Meinking    **Klausur im Sachenrecht II, 14 Punkte**  
Jasmin Wulf    **Klausur im Verwaltungsrecht AT, 16 Punkte**

## Varia

Alina Amin    **Janus e.V.**  
Dr. Thomas Keß    **Deutschlands erste Tax Law Clinic in Hannover?**  
Paula Kirsten    **Aus dem Leben (k)eines Taugenichts**  
Marie Ekaterina Palm & Jendrik Wüstenberg    **ELSA Hannover e.V. - Recht erleben**

Seiten 132 bis 137

**Kurz & Knapp**  
Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!



[WWW.HANOVERLAWREVIEW.DE](http://WWW.HANOVERLAWREVIEW.DE)



[WWW.FACEBOOK.COM/HANOVERLAWREVIEW](https://WWW.FACEBOOK.COM/HANOVERLAWREVIEW)



Lernen, lehren & veröffentlichen

## 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  
Rigistraße 9  
12277 Berlin

## Zitiervorschlag

---

amerikanisch:  
Autor, 2 Han LR 2018, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:  
Autor, Han LR 2018, Anfangsseite (Fundstellenseite)

## Redaktion

---

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

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:  
Alina Amin, Btissam Boulakhrif, Christian Denz,  
Robin Dudda, Patrick Glatz, Malte Gauger,  
Rocky Glaser, Antonia Hagedorn,  
Adam Hetka, Frederike Hirt, Paula  
Kirsten, Simon Künnen, Felix Lücke,  
Finja Maasjost, Moritz Stamme, Jonas Vonjahr,  
Fabienne Wundram und Jendrik Wüstenberg.

## Kontakt

---

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

## Hanover Law Review

---

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

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

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

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

Einsendungen, Beiträge und Interessensbekundungen sind ausdrücklich erbeten.

- Die Redaktion

## Wissenschaft, Wahrheit und Objektivität in der offenen Gesellschaft

\*Christian Becker ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Leibniz Universität Hannover. Er habilitierte 2017 nicht nur im Straf- und Strafprozessrecht, sondern auch in Rechtstheorie und Rechtsphilosophie.

Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners. Was heute klingt wie der Titel einer obskuren Facebook-Gruppe, in der vor allem von Verschwörungen, Lügenpresse und Chemtrails die Rede ist, ist eine Formulierung aus der Feder des Neuropsychologen und Philosophen *Heinz v. Förster*. Dieser steht – als einer der Vordenker des oft sog. radikalen Konstruktivismus – in keiner Weise für eine pauschale Skepsis gegenüber den Wissenschaften, sondern im Gegenteil für ein im besten Sinne aufgeklärtes und kritisches Denken, das insbesondere solche Wahrheits- und Absolutheitsansprüche in Frage stellt, die sich nur notdürftig verborgen hinter den heute verbreiteten Polemiken gegen Wissenschaft, demokratische Politik und Medien finden. Denn wer rational begründete und kritisch überprüfte Aussagen ohne eigene Argumente in Frage stellt, der tut dies in Wahrheit (sic!) immer schon mit dem impliziten Anspruch auf eine vermeintlich höhere Wahrheit, deren Absolutheitsanspruch verschwiegen wird.

Wissenschaft sollte sich daher nicht in die Defensive drängen lassen durch diejenigen, die eigene Argumente verweigern und dabei zugleich ausnutzen, dass wissenschaftliches Denken seinerseits auf die argumentative Begründung und empirische Überprüfung von Aussagen verpflichtet ist. Dass Bemühungen um eine transparente und verständliche Kommunikation wissenschaftlicher Inhalte sinnvoll sind, bleibt davon völlig unbenommen. Aber eine wissenschaftliche Hypothese lässt sich schlechterdings nicht für alle Zeiten als wahr erweisen, weil niemals ganz und gar

auszuschließen ist, dass sie durch zukünftige Beobachtungen widerlegt wird. Gerade weil Wissenschaft ihre eigenen Irrtümer fortlaufend korrigiert, führt sie zu ständigem Fortschritt und konnte uns so die schier unglaublichen Errungenschaften bescheren, die unsere Alltagswelt heute wie selbstverständlich prägen, ob nun in der Medizin, der Mobilität oder der Informationstechnologie. Wir können also allenthalben beobachten – und profitieren jeden Tag unzählige Male davon –, dass Wissenschaft funktioniert, dass sie ihre Aussagen und Hypothesen zwar nicht endgültig und für alle Zeiten verifizieren, sie jedoch durch fortlaufende empirische Überprüfung bis hin zu einer praktisch nicht zu widerlegenden Wahrscheinlichkeit belastbar bestätigen kann. Dass sich aus seriösen wissenschaftlichen Arbeiten bisweilen nur begrenzt einfache und allgemeingültige „Wahrheiten“ ableisten lassen, ist also aus der eigenen Logik wissenschaftlichen Denkens heraus erklärbar, wobei gerade Fragen der empirischen Bestätigung zu den schwierigsten innerhalb der modernen Wissenschaftstheorie zählen. Dass Wissenschaft sich diesen Schwierigkeiten stellt, gereicht ihr zur Ehre und ist kein Grund für polemische Kritik oder umfassende Skepsis.

Dieses Verständnis von Wissenschaft als einer sich selbst fortlaufend überprüfenden und weiterentwickelnden Institution, die sich vom Anspruch auf absolute und ewig gültige Wahrheiten verabschiedet, harmoniert im Übrigen vorzüglich mit den Wesensmerkmalen demokratischer und offener Gesellschaften – und es ist deshalb kein Zufall, dass gerade die Feinde solcher Gesellschaften versuchen, die Glaubwürdigkeit moderner Wissenschaft zu unterminieren. Auch der freiheitliche Staat erhebt nicht den Anspruch auf absolute Herrschaft, sondern er verteilt die Staatsgewalt auf verschiedene



Schultern und stellt zudem jede Herrschaft konsequent auf Zeit. Über das, was richtig ist und was falsch, über Wahrheit und Gerechtigkeit kann und muss in der offenen Gesellschaft fortlaufend gestritten, mit Argumenten diskutiert werden. Uns begegnet hier eine scheinbar paradoxe Struktur, weil im freiheitlichen Staat gerade und nur die Offenheit, die konsequente Vorläufigkeit aller Urteile über das Wahre und das Gerechte unveränderbar ist. Die Ordnung des freiheitlichen Staates schließt ihre eigene Abschaffung begrifflich aus, auch wenn sie sie geschichtlich nicht immer verhindern konnte. Auch dies liegt parallel zum Gedanken des permanenten Fortschritts in den Wissenschaften, der auch niemals zu seinem eigenen Ende führen kann. Die Wiedereinführung einer zeitlos gültigen, für alle Zukunft unveränderlichen Wahrheit ist – nochmal: begrifflich – ausgeschlossen.

Allerdings könnten die eingangs erwähnten beunruhigenden aktuellen Entwicklungen in unseren Gesellschaften auch ein Zeichen dafür sein, dass diese im sprichwörtlichen „Elfenbeinturm“ so wohlklingend und plausibel zu begründende Sichtweise in individual- und sozialpsychologischer Hinsicht durchaus zu Problemen führt. Schon Max Weber hat darauf hingewiesen, dass es eine nicht einfach zu verkraftende Spannung begründet, wenn der moderne Mensch in einer *entzauberten Welt* unendlichen Fortschritts lebt und dabei stets das Bewusstsein seiner eigenen Endlichkeit vor Augen hat. Auch und gerade weil wir nicht zurück wollen in eine Zeit absoluter Herrscher oder staatlich verordneter religiöser Wahrheiten, müssen wir uns über die gesellschaftliche und kulturelle Funktion von Wahrheitsansprüchen und über die Rolle der Wissenschaft für unser Gemeinwesen Gedanken machen. Das Ziel sollte dabei die Entwicklung einer gesellschaftlich breit verankerten konsequenten Kultur der Offenheit und des

Pluralismus sein, die ihre Einheit in einer irreduziblen Vielfalt findet.

Dass und wie wir eine solche scheinbar paradoxe Struktur („Einheit in Vielfalt“) erklären und aushalten können, dafür können wir nicht nur in Literatur oder Rechtsphilosophie Vorbilder finden. Bemerkenswerterweise gab es vor knapp 100 Jahren Entdeckungen in den Naturwissenschaften, die sich – mit dem slowenischen Philosophen *Slavoj Žižek* – fast schon als eine Spiegelung des menschlichen Geistes und der menschlichen Kultur innerhalb der Natur deuten lassen. Die Rede ist von der Quantenphysik, der Mikroebene unserer physikalischen Welt, auf der all die vermeintlich ewig gültigen Naturgesetze unseres Universums gehörig durcheinandergeraten. Hier begegnen wir Teilchen, die an mehreren Orten gleichzeitig sind, die weder eine festgelegte Vergangenheit noch eine vorherbestimmte Zukunft haben. Und trotz dieser Verhältnisse, die mit Blick auf die Makroebene der physikalischen Welt chaotisch, paradox und widersprüchlich wirken, bleiben die Dinge auf jener Makroebene auf fast schon wundersame – jedenfalls in der Physik noch nicht abschließend geklärte – Weise stabil.

Was für ein schönes Bild: Ein heilloses Durcheinander von nicht auf einen bestimmten Punkt (eine bestimmte Identität) festzulegenden Einzelteilen, eine Welt voller Widersprüche und Unschärfen fügt sich zusammen zu einem harmonisch funktionierenden Ganzen.

## Dank

---

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

**PD Dr. Stephan Ast,**  
**Prof. Dr. Christian Becker,**  
**Prof. Dr. Veith Mehde,**  
**Prof. Dr. Christian Wolf,**

**der Juristischen Fakultät Hannover**

zu herzlichem Dank verpflichtet. Die Zeitschrift lebt von der freiwilligen Mitarbeit und der selbstlosen Unterstützung aller Beteiligten. Ohne die - besonders wichtige - ideelle Unterstützung in Form von Beiträgen, Veröffentlichungszusagen und Beratungstätigkeit hätte die Hanover Law Review schwerlich eine Zukunft. Wir freuen uns sehr über die Bereitschaft unserer Unterstützerinnen und Unterstützer, einen Teil zum Gelingen der studentischen Initiative "Hanover Law Review e.V." beizutragen. Auch in Zukunft vertrauen wir auf die überobligatorische Hilfe und Mitarbeit unserer Leserinnen und Leser und hoffen auf spannende und lehrreiche Beiträge.

## Lernbeiträge

Ass. iur. Tim Brockmann -	Wir fechten a... treten zurück!	Seiten 96 bis 103
---------------------------	---------------------------------	-------------------

## Entscheidungen

stud. iur. Robin Dudda -	Leistungsstörungenrechte im EBV - BGH V ZR 89/15	Seiten 104 bis 108
stud. iur. Malte Gauger -	Pfefferspray und § 244 StGB - BGH 1 StR 112/17	Seiten 109 bis 114
stud. iur. Adam Hetka -	Berliner Raser - BGH 4 StR 399/17	Seiten 115 bis 120
stud. iur. Frederike Hirt & stud. iur. Jendrik Wüstenberg -	Dieselfahrverbote - BVerwG 7 C 26/16 & 7 C 30/17	Seiten 121 bis 131

## Kurz & Knapp

Ass. iur. Tim Brockmann -	Entscheidungsübersicht Zivilrecht 2/2018	Seiten 132 bis 133
Dipl.-Jur. Tyll Philipp Krömer -	Entscheidungsübersicht Öffentliches Recht 2/2018	Seiten 134 bis 135
StA'in Isabell Plich -	Entscheidungsübersicht Strafrecht 2/2018	Seiten 136 bis 137

## Studienpraxis & Fallbearbeitung

stud. iur. Adam Hetka -	Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht, 13 Punkte	Seiten 140 bis 145
stud. iur. Felix Lücke -	Klausur im Strafrecht AT, 17 Punkte	Seiten 146 bis 151
stud. iur. Patricia Meinking -	Klausur im Sachenrecht II, 14 Punkte	Seiten 152 bis 157
stud. iur. Jasmin Wulf -	Klausur im Verwaltungsrecht AT, 16 Punkte	Seiten 158 bis 162

## Varia

stud. iur. Alina Amin -	Janus e.V.	Seiten 163 bis 165
Dr. Thomas Keß -	Deutschlands erste Tax Law Clinic in Hannover?	Seiten 166 bis 168
stud. iur. Paula Kirsten -	Aus dem Leben (k)eines Taugenichts	Seiten 169 bis 171
stud. iur. Marie Ekaterina Palm & stud. iur. Jendrik Wüstenberg -	ELSA Hannover e.V. - Recht erleben	Seiten 172 bis 174

## Wir fechten a... treten zurück!

### Wir fechten a... treten zurück!

*Ein inhaltlicher Rückblick auf die Korrektur eines Probeexamensdurchgangs im Zivilrecht*

Bei der Korrektur der zweiten Zivilrechtsklausur des schriftlichen Probeexamens, deren Rückgabe und Besprechung mittlerweile etwas mehr als zwei Monate zurückliegt, hatten Studierende einen Sachverhalt im Schuldrecht zu lösen. Als Schwerpunkte der Klausur sind durch die Ersteller der Lösungsskizze die Themen: Beschaffenheitsvereinbarung, Wertersatz im Rahmen des Rücktritts und Genehmigungsfiktion nach HGB verortet worden. Bei der Korrektur der Klausuren hat sich gezeigt, dass bei einem Großteil der Arbeiten andere Schwerpunkte gesetzt wurden – mit wenig erfreulichen Folgen. Viele Bearbeiterinnen und Bearbeiter prüften die eigenen Schwerpunkte: Anfechtung und bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach §§ 812ff. BGB.

Der Beitrag umreißt und vereinfacht den damaligen Sachverhalt und nimmt die Klausurergebnisse zum Anlass, das Verhältnis von Anfechtung und Sachmängelgewährleistungsrechten etwas näher zu beleuchten.

### A. Die Klausuraufgabe (vereinfacht)

Der Kaufmann K kauft im professionellen Internetshop des V für die Pflege der Grünanlagen seines Dachdeckerhandelsgewerbes einen Sitzrasenmäher (Modell T-1000). Während des Bestellvorgangs bekommt er, wie wir es aus Internetshops kennen, eine bebilderte Einblendung mit der Überschrift „Kunden, die den T-1000 gekauft haben, haben sich auch für folgende Artikel interessiert“ auf dem Bildschirm angezeigt. Einer der angezeigten Artikel ist der Sitzrasenmäheranhänger vom Typ A-750. Einige Tage später bestellt K über den gleichen Internetshop des V den A-750 für 500 Euro. In die freie Eingabemaske kurz vor Absenden der Bestellung trägt er ein:

„Zu meinem T-1000 ordere ich ergänzend den A-750 hinzu. Danke!“

Beide Geräte werden separat nach jeweils einigen Tagen bei K angeliefert, in der Zwischenzeit ist

Schnee gefallen. Nachdem der Schnee viel später wieder aufgetaut ist und das erste Mal Rasen gemäht werden soll, stellt sich heraus, dass beide Geräte bauartbedingt nicht kompatibel sind: Der Anhänger passt nicht richtig an den Mäher. K ist erbost und verlangt unter Abgabe aller denkbaren Erklärungen von V sein Geld zurück. V wendet wahrheitsgemäß ein, dass in keiner der Produktbeschreibungen von einer Kompatibilität beider Produkte die Rede gewesen ist – für den T-1000 gäbe es keine Anhänger.

### B. Was geprüft worden ist

Die Mehrzahl der Bearbeiterinnen und Bearbeiter hat sich dafür entschieden, eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB zu prüfen und K zugesprochen, sich über die Eigenschaft der Kompatibilität von Rasenmäher und Anhänger geirrt zu haben. Da die abgegebenen Erklärungen zumindest auch eine Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB enthielten, sei der Vertrag wirksam angefochten und müsse nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt werden. Wenige erinnerten sich noch an das Erfordernis einer Kausalität zwischen Irrtum und Abgabe der rechtsgeschäftlich relevanten Willenserklärung. Trotz leichter Unsicherheit hinsichtlich der Frage des Nichtbestehens des Rechtsgrundes i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB oder des späteren Wegfall des Rechtsgrundes i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. BGB war man sich im Ergebnis einig: Den Kaufpreis gibt es nach § 812 BGB zurück!

### C. Was zu prüfen war

Welche Rechte ein Käufer im Falle einer Sachmangelhaftigkeit der Kaufsache geltend machen kann, bemisst sich nach der zentralen Verweisungsnorm des § 437 BGB und der jeweils zugehörigen Verweiszielvorschriften.<sup>1</sup> Eine der Verweisungen, nämlich § 437 Nr. 2 BGB, ermöglicht bei dem zusätzlichen Vorliegen der spezifischen Voraussetzungen den

<sup>1</sup> Westermann in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, 7. Aufl. 2016, § 437 Rn. 1.



Rücktritt. Das resultierende Rückgewährschuldverhältnis ist geeignetes Mittel, die Rückzahlung des Kaufpreises herbeizuführen. Schon in der eigenen, gedanklichen Vorprüfung war die Anfechtung auszuschließen: Bis auf wenige, hier nicht einschlägige Ausnahmen, gehen die Gewährleistungsrechte der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtum vor.

*Aus der Korrektur: Bei der korrekten Niederschrift der Anspruchsgrundlage bestand erhebliche Unsicherheit. Anspruchsgrundlage für die Rückabwicklung bei erfolgtem Rücktritt ist § 346 Abs. 1 BGB, hiernach besteht das Rückgewährschuldverhältnis, welches zur jeweiligen Herausgabe verpflichtet. Ein Obersatz, der § 346 Abs. 1 BGB nicht enthielt, war unvollständig und damit fehlerhaft.*

## I. Kaufvertrag

Zuerst konnten von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern einige „leichte“ Punkte eingestrichen werden, indem das Bestehen und Zustandekommen eines wirksamen Kaufvertrages ordentlich geprüft wurde. Der Vertragsschluss über das Internet stellt in der heutigen Klausurlösung keine Besonderheit dar, sodass ordentliche Definition und Subsumtion der erforderlichen Willenserklärungen erwartet werden konnten.

*Aus der Korrektur: Oft wurde nur das Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen den Parteien untersucht. Die Prüfung irgendeines Schuldverhältnisses ist an dieser Stelle zu ungenau. Um unter Verwendung der Verweisungsnorm des § 437 Nr. 2 BGB im Obersatz und einer nachfolgenden Prüfung einer Sachmangelhaftigkeit bei Gefahrübergang nach den §§ 434ff. BGB zu einem Rückgewährschuldverhältnis zu kommen, braucht es einen Kaufvertrag<sup>2</sup>, nicht irgendeinen Vertrag.*

<sup>2</sup> Oder i.S.d. § 480 BGB einen Tauschvertrag, auf den die Vorschriften des Kaufes Anwendung finden, dieser kam aber bei dem gestellten Sachverhalt nicht Betracht.

## II. Mangel bei Gefahrübergang

In der Klausurbearbeitung war sodann der Sachmangel bei Gefahrübergang zu thematisieren. Es hätte sich gelohnt, die Vorschrift des § 434 BGB während der Klausur aufgeschlagen zu haben. Hier heißt es am Anfang von Absatz 1, S. 2: Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln, [...]. Maßstab für das Vorliegen eines Sachmangels ist deswegen zuerst die Vereinbarung der Beschaffenheit der Kaufsache im Kaufvertrag.<sup>3</sup> Dies führt zur vorrangigen Anwendung des subjektiven Fehlerbegriffs<sup>4</sup> und so zu einer gestuften Prüfungsreihenfolge bei der rechtlichen Aufarbeitung von Sachmängeln.<sup>5</sup>

Erst mangels Beschaffenheitsvereinbarung kommt es auf den vertraglich vorausgesetzten Verwendungszweck der Kaufsache an, sonst auf die gewöhnliche Verwendung unter Berücksichtigung üblicher Beschaffenheit der Kaufsache unter Einbeziehung berechtigter Käufererwartungen, die letztlich auch durch öffentliche Äußerungen Dritter hervorgerufen werden können.<sup>6</sup> Ist danach die Kaufsache als solche mangelfrei, kann sich ein Sachmangel aus unsachgemäßer Montage oder mangelhafter Montageanleitung ergeben.<sup>7</sup>

*Aus der Korrektur: Viele Bearbeitungen untersuchten sogleich eine Nichteignung der Kaufsache für die gewöhnliche Verwendung. Eine Sachmangelprüfung, die einzig auf die gewöhnliche Verwendung abstellt, ist unvollständig. Sauber und strukturiert hätte geprüft werden müssen, dass ein Sachmangel grundsätzlich in der Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit liegt. Sodann hätte die Ist-Beschaffenheit festgestellt werden müssen,*

<sup>3</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 212; Berger in: Jauernig Kommentar zum BGB, 16. Auflage 2015, § 434 Rn. 2.

<sup>4</sup> Saenger in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 9. Auflage 2017, § 434 Rn. 7f.; Grigoleit/Herresthal, Die Beschaffenheitsvereinbarung und ihre Typisierung in § 434 I BGB, JZ 2003, 233 (234ff.); BT-Drs. 16/6040, S. 212.

<sup>5</sup> Berger in: Jauernig Kommentar zum BGB, (Fn. 3), § 434 Rn. 2.

<sup>6</sup> Berger in: Jauernig Kommentar zum BGB, (Fn. 3), § 434 Rn. 2; Saenger in: Schulze (Fn. 4), § 433 Rn. 12.

<sup>7</sup> Westermann in: MüKo BGB (Fn.1), § 437 Rn. 38.

um dann darzustellen, wie die Soll-Beschaffenheit im konkreten Fall ausgestaltet worden sein könnte: Zuerst durch Beschaffenheitsvereinbarung, dann durch Verwendungszweckvereinbarung, letztlich durch das gewöhnlicherweise Erwartbare, zuallerletzt noch modifiziert durch öffentliche Äußerungen. Sonst würde die Textpassage „Zu meinem T-1000 ordere ich ergänzend den A-750 hinzu. Danke!“ keinen ordentlichen Eingang in die Prüfung finden.

### III. Gewährleistungs- und Rücktritts-ausschlussgründe

In fast jeder Klausurbearbeitung können Ausschlussgründe eine Rolle spielen. Einerseits ist hier an die §§ 442, 445 BGB zu denken, andererseits ist dieses regelmäßig die Stelle, an der eine AGB-Prüfung in Klausuren erfolgen kann. Der entsprechende vorformulierte Ausschluss der Gewährleistung kann nicht nur nach den § 305ff. BGB, insbesondere § 309 Nr. 7 und 8 BGB unwirksam sein, auch §§ 444, 475 BGB sind zu bedenken. Spezifikum für den Rücktritt sind § 323 Abs. 5 S. 2 BGB oder § 323 Abs. 6 BGB. Keinesfalls ist die Aufzählung abschließend – im Klausursachverhalt musste zum Beispiel an § 377 HGB gedacht werden. Wer eine ordentliche Lösung abliefern wollte, prüfte deswegen erstens das Vorliegen eines Geschäfts, zweitens die Kaufmannseigenschaft der Beteiligten und drittens die Betriebsbezogenheit des Handelsgeschäfts um sich viertens dem Vorliegen der unverzüglichen Anzeige i.S.d. § 377 HGB zu widmen.

Nicht umsonst gab der Sachverhalt an, dass es sich eigentlich um einen Dachdecker handelt, dieser aber damit gerade die Grünanlagen seines Handelsgewerbes pflegen wollte. Die Voraussetzung der Betriebsbezogenheit ließ sich direkt aus § 343 HGB ablesen. Eine Definition wie: Handelsgeschäfte sind die zum Betrieb des Handelsgewerbes des Kaufmannes gehörenden Geschäfte, d.h. alle, die dem Interesse des Gewerbes, der Erhaltung seiner Substanz und

Erzielung von Gewinn dienen sollen,<sup>8</sup> lag nahe und brachte Aussicht auf Positivbewertung.

Aus der Korrektur: Die Prüfung des § 377 HGB erfolgte häufig ungenau. Am auffälligsten ist der unpräzise Umgang mit der ersten Voraussetzung des § 377 HGB gewesen, dem beiderseitigen Handelskauf i.S.d. §§ 343, 344 HGB. Wenig ordentliche oder fehlende Definitionen der einfachen und teilweise legaldefinierten Begrifflichkeiten ließen viele Bearbeitungen unsorgfältig erscheinen.

### IV. Frist

Auch muss eine verstrichene Frist zur Nacherfüllung gesetzt worden sein. Zuallermeist wird diese in der Klausur entweder lange verstrichen sein oder ein Entbehrlichkeitsgrund wird den Bearbeiterinnen und Bearbeitern zur Seite gestellt. Oft, aber längst nicht immer, einschlägig ist die sog. ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Hierbei wäre ein Klausursachverhalt darauf zu untersuchen gewesen, ob der potentielle Nacherfüllungsschuldner das Bestehen der Pflicht hartnäckig verneint und keinerlei Bereitschaft zur Nacherfüllung oder zur Verhandlung über evtl. Nacherfüllungspflichten zeigt.<sup>9</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Faustformel des „letzten Wortes in Sachen Nacherfüllung“<sup>10</sup> nicht in jedes Verhalten interpretiert werden kann. Äußerungen der Beteiligten bleiben Einzelfallauslegung und –würdigung vorbehalten.<sup>11</sup> Gerade wegen der strengen Anforderungen an die Finalität der Verweigerung<sup>12</sup> dürfen andere Entbehrlichkeitsgründe für die Klausur nicht aus dem Blick verloren werden. Hierbei ist insbesondere auf die Wesentlichkeit der

8 BGH NJW 1960, 1853; Hopt in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 38. Aufl. 2018, § 343 Rn. 3.

9 BGH NJW-RR 2014, 1512.

10 Ernst in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 323 Rn. 101.

11 BGH NJW 1981, 1263; 1981, 679; 1986, 661; 1987, 251; NJW-RR 1992, 1226 (1228); NJW 1996, 1814; NJW-RR 1997, 51; 1993, 882 (883).

12 BGH NJW-RR 1995, 1357.

termin- und fristgerechten Leistung hinzuweisen,<sup>13</sup> bei Fixgeschäften im Handelskauf, den sog. Fixhandelskäufen,<sup>14</sup> darf an § 376 Abs. 1 HGB gedacht werden.<sup>15</sup> Nicht abschließend sei auf die Unmöglichkeit der Nacherfüllung i.S.d. § 326 Abs. 5 BGB und die Unzumutbarkeit wegen Interessenfortfalls i.S.d. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB hingewiesen.<sup>16</sup>

*Aus der Korrektur: Allzu großzügig ist mit der Verweigerung der Nacherfüllung i.S.d. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB umgegangen worden, dieses ist zwar nicht völlig fernliegend. Näher lag indes die Unmöglichkeit der Nacherfüllung: Nicht nur gibt es kein passendes Modell für den T-1000, auch scheidet ein Umbau des gekauften Hängers aus. Der deswegen einschlägige § 326 Abs. 5 BGB ist leider selten gesehen worden.*

## V. Rücktrittserklärung

Die Rücktrittserklärung i.S.d. § 349 BGB ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die grundsätzlich formfrei, sogar konkludent, erfolgen kann. Wirksamkeit und Zugang der Erklärung richten sich nach den §§ 130ff. BGB.<sup>17</sup> Nennenswerte Probleme ergaben sich in der Klausur nicht, die abgegebene Erklärung konnte nach laien günstiger Auslegung auch als Rücktrittserklärung aufgefasst werden.

## VI. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen des Rücktritts erschöpfen sich nicht in der Entstehung des Rückgewährschuldverhältnisses.<sup>18</sup> Selbstverständlich ist bei der Frage nach der Möglichkeit der Rückabwicklung zuerst auf die Pflichten aus § 346 Abs. 1 BGB einzugehen – die

empfangenen Leistungen sind zurück zu gewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben. Die Pflicht zum Wertersatz schließt sich nicht nur in der Vorschrift selbst, sondern auch denklogisch an. Wenig beachtet wurde § 346 Abs. 3 S. 2 BGB, überschüssige Bereicherung ist herauszugeben – auch ohne den § 812 BGB zu bemühen.

*Bemerkenswert häufig wurde von denjenigen Bearbeiterinnen und Bearbeitern, die einen Rücktritt bejaht haben, im Anschluss § 812 BGB geprüft, um weitere Bereicherung herausverlangen zu können. Nicht nur existiert die Vorschrift des § 346 Abs. 3 S. 2 BGB; auch wurde bei den Prüfungen verkannt, dass nach ganz herrschender Auffassung „nur“ ein Wandel des Kaufvertrages zum Rückgewährschuldverhältnis vorliegt. Unreflektiert in der Prüfung der Rechtsgrundlosigkeit zu notieren, der Kaufvertrag sei durch den Rücktritt entfallen, war (und ist) falsch!*

Richtigerweise kommt also eine Anfechtung in der Klausurlösung nicht vor! Das liegt daran, dass die Anwendbarkeit der Sachmangelgewährleistungsrechte, als Teil des besonderen Schuldrechts, die Möglichkeit der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums über Eigenschaften, die zugleich einen Sachmangel begründen können oder zusicherungsfähig sind, verdrängt.<sup>19</sup> Gleich dem Käufer soll selbst der Verkäufer nicht anfechten können, wenn dadurch Gewährleistungspflichten unterlaufen würden.<sup>20</sup>

## D. Zur Spezialität der Mängelgewährleistung

Um zu verstehen, warum die spezielleren Regeln des Gewährleistungsrechts denen der Anfechtung vorgehen sollen, kann man bspw. auf die Zielrichtung von Anfechtung und Mängelgewährleistung abstellen.

## I. Anfechtung

Die Anfechtung steht im Zeichen der Beseitigung

<sup>13</sup> Ernst in: MüKo BGB (Fn. 10), § 323 Rn. 111; Riehm, Irrungen und Wirrungen zur Fristsetzung und ihrer Entbehrlichkeit, NJW 2014, 2065.

<sup>14</sup> Ernst in: MüKo BGB (Fn. 10), § 323 Rn. 112.

<sup>15</sup> Koch in: Oetker/Koch, Handelsgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 376 Rn. 28; Hellgardt/Stark, Zivilrecht: Schuldrecht und Sachenrecht – Kamera auf Abwegen, JuS 2016, 1002 (1003f.).

<sup>16</sup> Ernst in: MüKo BGB (Fn. 10), § 323 Rn. 125.

<sup>17</sup> Yves Döll, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, (Diss 2011), S. 43.

<sup>18</sup> Ahrens in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 12. Aufl. 2017; § 119 Rn. 1f.

<sup>19</sup> BGH NJW 1979, 160 (Mercedes Fall); BGHZ 60, 319 (Seegrundstück Fall), Schur, Eigenschaftsirrtum und Neuregelung des Kaufrechts, AcP 2004, 883 (883ff.).

<sup>20</sup> RGZ 135, 339 (Ruisdael Fall).

der Willensklärung bzw. des angefochtenen Rechtsgeschäfts; sie dient dem Schutz der Privatautonomie durch die Gewährung der Möglichkeit, irrtümlich abgegebene Willenserklärungen zu beseitigen.<sup>21</sup> Diese sollen bei erfolgreicher Anfechtung *ex tunc* nichtig werden – ein Festhalten am Rechtsgeschäft, bzw. ein Recht der zweiten Andienung kommt deswegen nicht in Betracht.<sup>22</sup>

Aufgrund der Allgemeinheit der Anfechtungsregeln sind diverse Spezialvorschriften zu beachten, nämlich dann, wenn der gesetzgeberische Wille durch Anwendung der einfachen Anfechtungsvorschriften unterlaufen würde. Beispielsweise ist zu bedenken, dass im Erbrecht eine weitgehende Beachtlichkeit von Motivirrtümern sondernormiert wird.<sup>23</sup> Ähnliche Spezialität gilt bspw. für die Anfechtung der Eheschließung im Familienrecht.<sup>24</sup> Nach herrschender Meinung sind auch geschäftsähnliche Handlungen oder Erklärungen ohne Erklärungsbewusstsein (analog) anfechtbar;<sup>25</sup> nach dem Grundsatz der Doppelwirkung auch nichtige Rechtsgeschäfte.

## II. Mängelgewährleistung

Die Mängelgewährleistung steht im Zeichen des Rechts der zweiten Andienung. Die Nacherfüllung ist im System des Gewährleistungsrechts der primäre Anspruch des Käufers.<sup>26</sup> Dies kommt darin zum Ausdruck, dass Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung grundsätzlich erst nach dem erfolglosen Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung zur Verfügung stehen. Das Recht der sog. zweiten Andienung ist für das Sachmängelgewährleistungsrecht prägend.<sup>27</sup> Der gesetzgeberische Wille lässt sich gut in der Bundestagsdrucksache zur Schuldrechtsmodernisierung nachlesen:

*[Das Kaufrecht] regelt den Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung. Ist ihm eine Kaufsache geliefert*

*worden, die fehlerhaft ist, so steht ihm – unabhängig davon, ob ein Stück- oder Gattungskauf oder ein Sach- oder Rechtsmangel vorliegt – ein Anspruch auf Nacherfüllung zu. Der Käufer kann wählen, ob er die Nacherfüllung in der Form der Beseitigung des Mangels durch den Verkäufer oder in Form der Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt. Ist die Nacherfüllung dem Verkäufer nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich, so kann er sie verweigern; in diesem Falle kann der Käufer nur die sonstigen Ansprüche geltend machen, die ihm im Falle einer Pflichtverletzung zustehen. Macht der Käufer wegen des Fehlers der gelieferten Kaufsache einen Schadensersatzanspruch geltend oder will er deshalb vom Vertrage zurücktreten, so kann der Verkäufer diese Rechte dadurch abwenden, dass er seinerseits nacherfüllt.*<sup>28</sup>

Nur ausnahmsweise soll es nicht verpflichtend sein, diese Möglichkeit einzuräumen und eine Frist verstreichen zu lassen.<sup>29</sup> Wer sich dieses vor Augen hält, muss einsehen, dass eine gleichzeitige Möglichkeit der Eigenschaftsirrtumsanfechtung den o.g. Sinn des Kaufrechts unterläuft.<sup>30</sup> Der Nacherfüllungsanspruch dient Interessen des Käufers und des Verkäufers. Ziel des Gesetzgebers und des Rechtsanwenders ist, ein Unterlaufen des Anwendungsbereichs zu verhindern.<sup>31</sup>

Der Nacherfüllungsanspruch stärkt den Grundsatz des Vorrangs des Primäranspruchs auf Erfüllung vor den sekundären Rechtsbehelfen wie Vertragsauflösung und Schadensersatz. Er fördert im Interesse des Verkäufers den Grundsatz *pacta sunt servanda*: Dadurch, dass dem Verkäufer grundsätzlich eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt werden muss, hat er eine zweite Chance, sich den vollen Kaufpreis zu verdienen. Außerdem wird er in die Lage versetzt, eigene Feststellungen dahingehend zu treffen, ob die verkaufte Sache einen Mangel aufweist, auf welcher Ursache dieser beruht und ob er bereits im Zeitpunkt

<sup>21</sup> BGHZ 88, 246.

<sup>22</sup> Yves Döll, Rückgewährstörungen beim Rücktritt (Diss 2011), S. 53.

<sup>23</sup> Vgl. §§ 1949, 1954f. 1956, 2078ff. BGB.

<sup>24</sup> Vgl. § 1314 Abs. 2 BGB.

<sup>25</sup> BGHZ 91, 324; 106, 163.

<sup>26</sup> Westermann, Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 241 (248f.).

<sup>27</sup> Westermann in: MüKo BGB (Fn. 1), § 437 Rn. 2; Huber, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, 1004 (1005).

<sup>28</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 94f.

<sup>29</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 189f.

<sup>30</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 210.

<sup>31</sup> Ebenda.



des Gefahrübergangs vorgelegen haben kann.<sup>32</sup>

Der Käufer wird an der eigenen rechtsgeschäftlichen Entscheidung festgehalten. Er kann damit einen Sachmangel nicht zum Anlass nehmen, sich von einem (unter Umständen aus ganz anderen Gründen bereuten) Vertrag zu lösen.<sup>33</sup> Der Nacherfüllungsanspruch für den Käufer ist bspw. unter der Hypothese gestiegener Marktpreise oder knapper Güter wirtschaftlich interessant. In allen anderen Konstellationen könnte er sich im Falle eines sofortigen Rücktritts jeden Vertragsgegenstand vorschnell anderweitig besorgen und gewönne überdies wieder volle Dispositionsfreiheit über sein Vermögen. Der Nacherfüllungsanspruch entspricht insoweit einer rechtspolitischen Forderung der Anbieterseite, die mit dem kontinentaleuropäischen Verständnis der Vertragsbindung einhergeht.<sup>34</sup> Auch weitere Begründungen für die Verdrängung sind denkbar, aber weniger plastisch: Beispielsweise wird einer Aushöhlung der kurzen Verjährungsfrist des § 438 BGB durch § 121 BGB entgegengewirkt.<sup>35</sup>

Die obigen Ausführungen bedeuten nicht, dass keine Vorschrift des allgemeinen Schuldrechts auf besondere Schuldverhältnisse anwendbar ist. Im Gegenteil: Zahlreiche Normen des allgemeinen Schuldrechts sind bspw. auf den Kaufvertrag anwendbar, so die Regeln über Ort und Zeit der Leistungen,<sup>36</sup> die Beteiligung mehrerer am Schuldverhältnis,<sup>37</sup> auch die Bestimmungen über den Annahmeverzug und die daraus folgenden Haftungserleichterungen für den Verkäufer.<sup>38</sup> Dennoch bleibt es dabei: Ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB wird bei Bezugsgleichheit der Eigenschaft vom spezielleren Kaufrecht nach den § 434ff. BGB verdrängt. Übrigens

(sogar) auch dann, wenn die Gewährleistungsrechte verjährt oder abbedungen sind.<sup>39</sup>

### III. Spezialitäten im Einzelnen

Abschließend gilt es, in wenigen Sätzen festzuhalten, ob die Gewährleistungsvorschriften einem bestimmten Recht vorgehen.

#### 1. Spezialität gegenüber dem Eigenschaftsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB

Die Sachmangelgewährleistungsvorschriften verdrängen eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums nach § 119 Abs. 2 BGB für den Käufer. Für den Fall des Verkäufers ist dieses zumindest immer dann der Fall, wenn Gewährleistungspflichten unterlaufen würden. Dieses gilt auch, wenn bereits Gewährleistungsverjährung eingetreten ist.<sup>40</sup> Einzig problematisch ist der Fall, in dem eine irrtümlich angenommenen Eigenschaft i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB vorliegt, die aber nicht auch Mangel i.S.d. Mängelgewährleistungsrechts ist.<sup>41</sup>

#### 2. Spezialität gegenüber der Irrtümer i.S.d. § 119 Abs. 1 und der falschen Übermittlung nach § 120 BGB

Nach beinahe einhelliger, richtiger, Auffassung schließt die Anwendung der Sachmangelgewährleistung eine Anfechtung wegen Erklärungs-, Inhalts-, oder Übermittlungsirrtum nicht aus.<sup>42</sup> Sinn und Zweck und Schutzbereich der Anfechtungsvorschriften sind in diesem Fall vom Sachmangelgewährleistungsrecht verschieden. Die o.g. Irrtümer schützen in erster Linie die Integrität der Erklärung im Zusammenhang mit der Willensäußerung.<sup>43</sup> Indes regeln die Sachmangelgewährleistungsvorschriften die Störung des Synallagmas wegen minderwertiger, belasteter oder fehlerhafter Erfüllung und enthalten insoweit keine

<sup>32</sup> BGH NJW 2006, 1195 (1197).

<sup>33</sup> Lorenz, Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des „Rechts zur zweiten Andienung“, NJW 2006, 1175.

<sup>34</sup> Lorenz, (Fn. 33), NJW 2006, 1175 (1175f.).

<sup>35</sup> Beckmann in: Staudinger BGB, Buch 2. Neubearbeitung 2013, Vorbem. zu den §§ 433ff. Rn. 31.

<sup>36</sup> § 269 BGB; 271 BGB, soweit nicht speziellere Regelungen vorliegen, vgl. Krüger in: MüKo BGB (Fn. 10), § 269 Rn. 11 sowie § 271 Rn. 6.

<sup>37</sup> Vgl. Leeb, Die Drittbeteiligung im Schuldrecht, ZJS 2015, 552.

<sup>38</sup> Saenger in: Schulze (Fn. 4), § 433 Rn. 15.

<sup>39</sup> RGZ 135, 341; BGHZ 63, 376; Ahrens in: Prütting/Wegen/Weinreich, (Fn. 18), § 119 Rn. 5.

<sup>40</sup> Ebenda.

<sup>41</sup> Vertiefend: Tonikidis, Konkurrenzprobleme im Kaufgewährleistungsrecht, ZJS 2014, 273 (275f.).

<sup>42</sup> Dörner in: Schulze (Fn. 4), § 119 Rn. 2; Westermann in: MüKo BGB (Fn. 1), § 437 Rn. 55.

<sup>43</sup> Mansel in: Jauernig (Fn. 3), § 119 Rn. 1f.



Sonderregel – sie sind deswegen uneingeschränkt anwendbar.<sup>44</sup>

### 3. Spezialität gegenüber der Anfechtbarkeit nach § 123 BGB

Ähnliches gilt für die Anfechtbarkeit nach § 123 BGB, nicht nur wird die Willensentschließungs- und Willensausübungsfreiheit in Form der Entscheidungsfreiheit durch die Vorschrift geschützt,<sup>45</sup> auch sei auf die besondere Schutzbedürftigkeit des Getäuschten hingewiesen.<sup>46</sup> Hat der Verkäufer arglistig getäuscht oder gedroht, soll er nicht für sich beanspruchen können, nach dem, für ihn günstigeren, Mängelgewährleistungsrecht in Anspruch genommen werden zu müssen.<sup>47</sup>

### 4. Spezialität gegenüber der Haftung aus culpa in contrahendo

Von einem Verkäufer kann eine vorvertragliche Mitteilung über solche Umstände erwartet werden, die nur ihm bekannt sind oder bekannt sein müssen und von denen er weiß oder wissen muss, dass sie für den Käufer von wesentlicher Bedeutung für den Vertragsabschluss sind.<sup>48</sup> Unterlässt er diese Mitteilung, verletzt er eine vorvertragliche Pflicht.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass diese vorvertragliche Pflichtverletzung auch stets als solche geltend gemacht werden kann. Nach herrschender Auffassung wird ein Anspruch aus Verletzung von vorvertraglichen Nebenpflichten durch die Sachmangelgewährleistungsvorschriften verdrängt, wenn sie sich auf den Mangel selbst beziehen,<sup>49</sup> sodass auch hier dem Verkäufer die Möglichkeit der Nachbesserung nicht

genommen wird.<sup>50</sup> Hierbei ist umstritten, ob die c.i.c. neben den kaufrechtlichen Gewährleistungsrechten zumindest aber dann anwendbar ist, wenn den geschuldeten Aufklärungspflichten vorsätzlich nicht nachgekommen wird; wer hier auf die gleiche Argumentation wie bei § 123 BGB verweist, verkennt die unterschiedlichen Schutzrichtungen von § 123 BGB und c.i.c. – letztere soll in erster Linie das Vermögen schützen, § 123 BGB indes die Willensentschließungsfreiheit. Die herrschende Meinung macht bei vorsätzlicher Pflichtverletzung von dem Vorrang der kaufrechtlichen Gewährleistung eine Ausnahme, ein Blick in die weiterführende Literatur und Rechtsprechung lohnt sich.<sup>51</sup>

Die c.i.c. ist also bei Bezugsgleichheit von unvorsätzlicher Pflichtverletzung und Mangelhaftigkeit nicht zu prüfen, Oetker und Maultzsch sprechen von teleologisch bedingter Subsidiarität als spezieller Form der Anspruchskonkurrenz.<sup>52</sup>

### 5. Spezialität gegenüber der Störung der Geschäftsgrundlage i.S.d. § 313 BGB

Nach ganz herrschender Auffassung sind auch die Vorschriften über die Störung der Geschäftsgrundlage dann nicht anwendbar, wenn die zu untersuchende Störung einen Sachmangel begründet und damit auf diesen Fall Rechte aus §§ 437ff. BGB hergeleitet werden sollen.<sup>53</sup> Die Rechte aus der kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistung sind ausdifferenzierter und spezieller, es verbleibt dort ein (kleiner) Anwendungsbereich für die Störung der Geschäftsgrundlage, wo die Störung nicht zugleich

44 Saenger in: Schulze (Fn. 4), § 437 Rn. 27.

45 Rehberg in: BeckOGK zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Stand: 01.03.2018, § 123 Rn. 5f.; Lorenz, Fünf Jahre „neues“ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung, NJW 2007, 1 (4).

46 Köster, Konkurrenzprobleme im neuen Kaufmängelrecht, JURA 2005, 145 (147).

47 Darleder, Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht, NJW 2004, 969 (970); Westermann in: MüKo BGB (Fn. 1), § 437 Rn. 55.

48 BGHZ 180, 205; BGH NJW 2007, 3057.

49 Weiler, Culpa in Contrahendo, Anfechtung und Kaufrecht – alte Konkurrenzfragen in neuem Licht, ZGS 2002, 249 (252f.).

50 BGHZ 180, 205; Westermann in: MüKo BGB, § 437 Rn. 57 m.w.N.

51 BGHZ 180, 205; (zum alten Schuldrecht mit vergleichbarer Erwägung: BGHZ 136, 102; BGHZ 60, 319); Häublein, Der Beschaffensbegriff und seine Bedeutung für das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zum Kaufrecht, NJW 2003, 388; Lorenz, Arglist und Sachmangel – Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 323 V 2 BGB, NJW 2006, 1925 (1927); ders. (Fn. 33), NJW 2007, 1 (4); a.A.: Roth, Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 24.03.2006 (V ZR 173/05, JZ 2006, 1024) – Zur Erheblichkeit der Pflichtverletzung bei arglistiger Täuschung über das Vorhandensein eines Mangels bei einem Wohnungsverkaufvertrag, JZ 2006, 1026.

52 Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 2013, S. 162.

53 Westermann in: MüKo BGB (Fn. 1), § 437 Rn. 56.

auch ein kaufrechtlicher Mangel ist oder es zu einer Positivabweichung für den Käufer kommt, die keinen Sachmangel, wohl aber Störung der Geschäftsgrundlage sein kann.<sup>54</sup>

Damit ist zwar ein wichtiger Teil der Ansprüche dargestellt und der Erwartungshorizont der hier beispielhaft verwendeten Klausur geschildert, abschließend ist die Aufzählung aber nicht.<sup>55</sup>

### **E. Zum Zeitpunkt des Eingreifens der Spezialität**

Letztlich gilt es, den maßgeblichen Zeitpunkt für die Anwendung der Vorschriften des Sachmängelgewährleistungsrechts zu bestimmen; es werden zwei Auffassungen vertreten. Die Frage ist wichtig, um den Übergang vom Erfüllungs- auf Nacherfüllungsanspruch zu beantworten, auch für den Beginn der Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche kann sie Ausschlag geben.<sup>56</sup>

Nach einer Auffassung sollen Gewährleistungsrechte ab dem Zeitpunkt zu prüfen sein, in dem die Schuld zur Erfüllung einer Verbindlichkeit angenommen wird.<sup>57</sup> Nach anderer Auffassung soll auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs abzustellen sein. Nicht nur die Gefahr des zufälligen Untergangs, sondern auch gleichzeitig die Anwendbarkeit der Mängelgewährleistungsvorschriften soll sich nach dem Gefahrübergangszeitpunkt richten.<sup>58</sup> Der in der Klausurbearbeitung allenfalls in tatsächlich problematischen Fällen zu erwartende Streit, wird anschaulich von Beckmann dargestellt.<sup>59</sup> Mit seinen Argumenten lässt sich die letztgenannte Ansicht nach hiesiger Auffassung besser vertreten, als ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Erfüllungsannahme.

### **F. Schluss**

Die Sondervorschriften des kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechts lassen an einigen Stellen nicht zu, dass allgemeine Rechte mit gleicher Schutzrichtung zur Anwendung kommen. In der Klausurlösung muss man unbedingt eine gedankliche Vorprüfung anstellen, welche die oben dargestellte Spezialität berücksichtigt. Sonst kann es passieren, dass eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums durchgeführt wird und ganze Sachverhalte nicht nach § 346 Abs. 1 BGB, sondern nach § 812 BGB gelöst werden – ein Ergebnis, das weder Korrekturassistentinnen und -assistenten, noch Prüflinge erfreuen wird. Deswegen sollte tunlichst in den „Was muss ich mich direkt nach der Sachverhaltslektüre fragen?“-Katalog die Frage nach dem Gefahrübergang aufgenommen werden. Ist er bereits gewesen, stellt das andere Weichen für die Klausur, als ein Gefahrübergang der noch aussteht.

<sup>54</sup> Beckmann in: Staudinger BGB (Fn. 35), Vorbem. zu den §§ 433ff. Rn. 33.

<sup>55</sup> Vgl. überblicksweise: Tonikidis, Konkurrenzprobleme im Kaufgewährleistungsrecht, ZJS 2014, 273 (279ff.).

<sup>56</sup> Westermann in: MüKo BGB (Fn. 1), § 437 Rn. 6.

<sup>57</sup> Faust in: BeckOK BGB, 45. Edition, Stand 01.03.2018, § 437 Rn. 5 m.w.N.

<sup>58</sup> Beckmann in: Staudinger BGB (Fn. 35), Vorbem. zu den §§ 433ff. Rn. 20f.; Westermann in: MüKo BGB (Fn. 1), § 437 Rn. 6.

<sup>59</sup> Beckmann in: Staudinger BGB (Fn. 35), Vorbem. zu den §§ 433ff. Rn. 20ff.

## Leistungsstörungenrechte im EBV

§§ 280 Abs. 1 u. 3, 281, 985 BGB

BGH, Urteil vom 18.03.2016 – V ZR 89/15

stud. iur. Robin Dudda

Getränkemarktinhaber B beteiligt sich an dem Einkaufsring der deutschen Getränkemarkte (EKR), welcher einen Kooperationsvertrag mit der C-GmbH geschlossen hat. Um Werbung zur Vermarktung ihrer Produkte verbreiten zu können, erhielt die C-GmbH das Exklusivrecht, in den Märkten des EKR Videogeräte aufzustellen. Das Eigentum an den Videogeräten sollte bei der C-GmbH verbleiben.

Auf der Grundlage des Kooperationsvertrages hat die C-GmbH 15 Videogeräte im Getränkemarkt des B aufgestellt. Kurz nach dem Aufstellen und der Inbetriebnahme wurde der Kooperationsvertrag wirksam beendet.

Später verkauft die C-GmbH die Videogeräte an K, welcher nunmehr von B Herausgabe verlangt. Nachdem B die Herausgabe verweigerte, verlangt K von B Schadensersatz in Höhe von EUR 7.500,00, da er die Videogeräte im Jahr 2017 für EUR 500,00 je Gerät hätte weiterveräußern können. B lässt dieses nicht gelten und verweigert jede Zahlung, ohne ein Minimum an Kooperationsbereitschaft zu zeigen.

- Hat K Ansprüche auf Schadensersatz nach §§ 989, 990 Abs. 1 BGB oder §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 BGB i. V. m. § 985 BGB?

### Einordnung

Das Sachenrecht stellt viele Studierende in frühen Semestern vor Probleme. Als besonders schwierig wird oft die Konkurrenzproblematik innerhalb des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, auch bekannt als Sperrfunktion des EBV empfunden. In der hier dargestellten Entscheidung beschäftigte sich der BGH mit der Frage der Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrechts im Rahmen des Vindikationsanspruchs gem. § 985 BGB.

Bereits vor dieser Entscheidung hatte der BGH wiederholt Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts auf die Verletzung von Pflichten

angewandt, die sich aus dinglichen Ansprüchen ergeben. So kann sich der Schuldner eines Anspruchs aus § 1004 BGB beispielsweise auf das Leistungsverweigerungsrecht des § 275 Abs. 2 BGB berufen.<sup>1</sup> Nun hat der BGH die Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrechts auch auf den Vindikationsanspruch aus § 985 BGB zugelassen.

Somit kann der Eigentümer einer Sache unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1 u. Abs. 3, 281 Abs. 1 u. Abs. 2 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn der bösgläubige oder verklagte Besitzer seine Herausgabepflicht aus § 985 BGB nicht erfüllt.

<sup>1</sup> BGH NJW 2008, 3122 (3122).

## Leitsatz

Der Eigentümer einer Sache kann, wenn der bösgläubige oder verklagte Besitzer seine Herausgabepflicht nach § 985 BGB nicht erfüllt, unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1 u. Abs. 3, 281 Abs. 1 u. Abs. 2 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

## Gutachterliche Lösung

### I. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 989, 990 Abs. 1 BGB

#### 1. Vindikationslage zur Zeit der Schadenszufügung

- a) Anspruchsteller ist Eigentümer
- b) Anspruchsgegner ist Besitzer
- c) Fehlendes Recht zum Besitz

#### 2. Eintritt der Kenntnis des fehlenden Besitzrechts

#### 3. Verschlechterung, Untergang oder sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache

#### 4. Zwischenergebnis

### I. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 989, 990 Abs. 1 BGB

K könnte einen Schadensersatzanspruch in Höhe von EUR 7.500,00 gem. §§ 989, 990 Abs. 1 BGB gegen B haben.

#### 1. Vindikationslage zur Zeit der Schadenszufügung

Dafür müsste zunächst eine Vindikationslage bestehen. K müsste Eigentümer der Videogeräte und B Besitzer der Geräte sein ohne ein Recht zum Besitz zu haben.

#### a) Anspruchsteller ist Eigentümer

Ursprünglich ist die C-GmbH Eigentümerin der Videogeräte gewesen. Diese hat ihr Eigentum auch nicht im Rahmen des Kooperationsvertrags an B verloren. Allerdings hat die C-GmbH die Gerätesysteme nach Ablauf des Kooperationsvertrages gem. §§ 929 S. 1, 931 BGB an K weiterveräußert. Somit ist K als Anspruchsteller Eigentümer der Videogeräte.

#### b) Anspruchsgegner ist Besitzer

B müsste Besitzer der Gerätesysteme sein. Besitz setzt die tatsächliche Sachherrschaft sowie den Besitzwillen hinsichtlich der Sache voraus.<sup>2</sup> Die Gerätesysteme befinden sich im Getränkeladen und somit in der Herrschaftssphäre des B, welcher auch einen Besitzwillen hat. B ist somit Besitzer.

#### c) Fehlendes Recht zum Besitz, § 986 BGB

Schließlich dürfte B gem. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB kein Recht zum Besitz haben. Ursprünglich hatte B zwar aus dem Kooperationsvertrag mit der C-GmbH ein Recht zum Besitz, welches jedoch mit Beendigung des Vertrags erlosch. Somit ist B unrechtmäßiger Besitzer und eine Vindikationslage zum Zeitpunkt der Herausgabeverweigerung liegt vor.

### 2. Eintritt der Kenntnis des fehlenden Besitzrechts, § 990 Abs. 1 S. 2 BGB

Weiterhin müsste B gem. § 990 Abs. 1 S. 2 BGB Kenntnis seines fehlenden Besitzrechts erlangt haben. Kenntnis hat der Besitzer, wenn ihm liquide Beweise für die den Mangel ergebenden Tatsachen vorliegen oder wenn er über den Mangel seines Besitzrechts so aufgeklärt ist, dass ein redlicher und vom eigenen Vorteil nicht beeinflusster Denker sich der Kenntnis seiner Nichtberechtigung nicht verschließen würde.<sup>3</sup> B wusste zum Zeitpunkt der Schadensentstehung von der Beendigung des Kooperationsvertrags, aus welchem er sein Besitzrecht abgeleitet hat. B hatte somit

<sup>2</sup> Wellenhofer, Sachenrecht, 32. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1.

<sup>3</sup> Herrler in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl. 2017, § 990 Rn. 5.

Kenntnis von seinem fehlenden Besitzrecht im Sinne des § 990 Abs. 1 S. 2 BGB.

### 3. Verschlechterung, Untergang oder sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache

Ein Anspruch aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB ist nur dann gegeben, wenn der Schaden durch die Verschlechterung, den Untergang oder die sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache entsteht.<sup>4</sup> Ein solcher Schaden kann nicht allein auf der Vorenthaltung der Sache als solcher beruhen.<sup>5</sup> Die Geräte befinden sich im Besitz des K und könnten somit herausgegeben werden. Auch ist in der Zwischenzeit keine Verschlechterung eingetreten; auch ein Untergang oder eine Unmöglichkeit sind nicht zwischenzeitlich eingetreten. Mithin liegen die Voraussetzungen des §§ 989, 990 Abs. 1 BGB nicht vor.

### 4. Zwischenergebnis

Folglich hat K keinen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 989, 990 Abs. 1 BGB.

## II. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1 u. Abs. 3, 281 BGB i. V. m. § 985 BGB

Gleichwohl könnte K einen Schadensersatzanspruch in Höhe von EUR 7.500,00 gegen B aus §§ 280 Abs. 1 u. Abs. 3, 281 BGB i. V. m. § 985 BGB haben.

## II. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1 u. Abs. 3, 281 i. V. m. § 985 BGB

### 1. Anwendbarkeit (umstr.) (!)

### 2. Erfolglose Nachfristsetzung oder Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung

### 3. Keine Exkulpation, § 281 Abs. 1 S. 2 BGB

### 4. Schaden

## III. Ergebnis

<sup>4</sup> BGHZ 209, 270 (272ff.); Wellenhofer, Sachenrecht (Fn. 2), § 2 Rn. 26.

<sup>5</sup> Stadler in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht 1/2, 13. Aufl. Stand Mai 2014, § 281 Rn. 29.

## 1. Anwendbarkeit

Fraglich ist jedoch, ob die genannten Vorschriften des Leistungsstörungenrechts auf den Herausgabeanspruch des § 985 BGB anwendbar sind.

### a) Eine Ansicht

Nach einer Ansicht haben schuldrechtliche Ansprüche einen anderen Charakter als der vindikatorische Herausgabeanspruch, welcher lediglich der Zusammenführung von Besitz und Eigentum diene.<sup>6</sup> Somit sei das Leistungsstörungenrecht nicht auf den Vindikationsanspruch des § 985 BGB anwendbar.<sup>7</sup> K stünde hiernach kein Schadensersatzanspruch zu.

### b) Andere Ansicht

Demgegenüber geht eine andere Ansicht von einer uneingeschränkten Anwendbarkeit der §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 BGB auf den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB aus.<sup>8</sup> Hiernach hätte K einen Schadensersatzanspruch gegen B.

### c) Weitere Ansicht

Eine weitere Ansicht geht grundsätzlich von einer Anwendbarkeit der §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB auf den Vindikationsanspruch des § 985 BGB aus.<sup>9</sup> Allerdings dürfen die Wertungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses nicht unterlaufen werden, weshalb die genannten Vorschriften des Leistungsstörungenrechts nur gegenüber einem verschärft haftenden Besitzer anwendbar seien.<sup>10</sup> Wie festgestellt,<sup>11</sup> hat B Kenntnis hinsichtlich seines fehlenden Besitzrechtes erlangt, die Einschränkungen des EBV blieben somit gewahrt und K hätte einen Schadensersatzanspruch gegen B.

<sup>6</sup> Baldus in: Münchener Kommentar, Band 7 (Sachenrecht), 7. Auflage 2017, § 985 Rn. 143.

<sup>7</sup> Baldus in: MüKo (Fn. 6), § 985 Rn. 150.

<sup>8</sup> Vieweg/Werner, Sachenrecht, 7. Aufl. 2015, § 7 VI. Rn. 36.

<sup>9</sup> OLG Rostock, NJW-RR 2012, 222 (223); Benicke/Hellwig in: Soergel (Fn. 5), § 281 Rn. 29; Gruber/Lösche, Die Kombination von Herausgabe- und Schadensersatzanspruch im neuen Recht, NJW 2007, 2815ff.; Herrler in: Palandt (Fn. 3), § 985 Rn. 14.

<sup>10</sup> Fritzsche in: Bamberger/Roth, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2012, § 985 Rn. 30; Schwarze in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Leistungsstörungenrecht 1, Neubearbeitung März 2014, § 281 Rn. B 5.

<sup>11</sup> Vgl. S. 2.



#### d) Stellungnahme

Die vorliegenden Ansichten kommen teils zu unterschiedlichen Ergebnissen, eine Stellungnahme ist mithin erforderlich.

Die erste Ansicht führt an, dass der Herausgabeanspruch gegenüber schuldrechtlichen Ansprüchen wesensfremd sei und diese demzufolge nicht anwendbar seien.<sup>12</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass § 990 Abs. 2 BGB auf die schuldrechtlichen Vorschriften über den Verzug verweist.<sup>13</sup> Somit wird eine Anwendbarkeit der schuldrechtlichen Vorschriften auf den Herausgabeanspruch nicht prinzipiell ausgeschlossen.

Zusätzlich sei § 281 BGB laut der ersten Ansicht schon aufgrund des § 281 Abs. 4 nicht auf den Vindikationsanspruch übertragbar.<sup>14</sup> Nach § 281 Abs. 4 BGB gehe gleichzeitig mit dem Entstehen des sekundären Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung der bisherige Primäranspruch unter. Eigentum ohne Rechtsverwirklichungsanspruch sei aber grundsätzlich nicht möglich, weshalb die letztere Rechtsfolge in der Vindikation gar nicht eintreten könne.<sup>15</sup>

Der Sinn und Zweck des § 281 Abs. 4 BGB ist allerdings ein anderer: Der Schuldner soll lediglich davor bewahrt werden, gleichzeitig auf Leistung sowie Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden.<sup>16</sup>

Der Gläubiger macht aber gerade den Schadensersatz statt der Leistung geltend, weshalb der Schuldner nur hinsichtlich des Schadensersatzes in Anspruch genommen wird. Das Ziel des § 281 Abs. 4 BGB steht einer Anwendbarkeit folglich nicht entgegen.

Darauf erwidert die Gegenansicht, dass es durch eine entsprechende Anwendung des § 281 Abs. 4 BGB durch den Eintritt des Schadensersatzanspruchs anstelle des primären Herausgabeanspruchs zu einem „Zwangskauf“ käme.<sup>17</sup>

Der Schuldner kann einen solchen Kauf selbständig abwehren, indem er innerhalb der gesetzten und

angemessenen Frist die geschuldete Sache herausgibt. Die Annahme eines „Zwangskauf“ geht mithin fehl.

Vielmehr hat der Eigentümer ein berechtigtes Interesse an der Möglichkeit eines rechtssicheren Übergangs zum Schadensersatz. Der Gläubiger soll nach einer angemessenen Fristsetzung seine Ziele effektiv verfolgen können.<sup>18</sup> Somit ist nicht ersichtlich, weshalb der dingliche Gläubiger schlechter gestellt sein solle als der schuldrechtliche.<sup>19</sup> Nach § 903 S. 1 BGB ist es dem Eigentümer überlassen, wie er mit seiner Sache verfährt, so kann er gem. § 959 BGB über sein Eigentum verfügen oder es aufgeben.<sup>20</sup>

Schließlich gibt die erstgenannte Ansicht zu bedenken, die Anwendung der §§ 280 Abs. 1 u. Abs. 3, 281 BGB gefährde den durch die Vorschriften des EBV intendierten Schutz des redlichen Besitzers.<sup>21</sup> Dieser Schutz wird aber gerade durch die Einschränkungen der letztgenannten Ansicht beibehalten.

Vor Inkrafttreten des Schuldrechtmodernisierungsgesetzes wurde die Vorschrift des § 283 Abs. 1 BGB a. F. nach der herrschenden Meinung auch auf den Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB angewandt.<sup>22</sup> Dadurch konnte der Gläubiger dem Schuldner nach rechtskräftiger Verurteilung zur Herausgabe der Sache eine angemessene Leistungsfrist mit Ablehnungsandrohung setzen und nach dessen Ablauf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Es ist nicht ersichtlich, dass durch Einführung der §§ 280, 281 BGB, die an die Stelle des § 283 BGB a. F. getreten sind, die Anwendbarkeit des Leistungsstörungenrechts auf den Vindikationsanspruch ausgeschlossen werden sollte.

Die überzeugenderen Argumente liefert die letztgenannte Ansicht, auch weil sie zugleich den durch die Regelungen des EBV vorhergesehenen Schutz des redlichen Besitzers berücksichtigt.<sup>23</sup> Ihr ist somit zu folgen. Demnach sind die §§ 280 Abs. 1 u. Abs. 3, 281 BGB auf den Vindikationsanspruch des § 985 BGB anwendbar.

<sup>12</sup> Baldus in: MüKo (Fn. 6), § 985 Rn. 143.

<sup>13</sup> Gruber/Lösche (Fn. 9), NJW 2007, 2815 (2818).

<sup>14</sup> Baldus in: MüKo (Fn. 6), § 985 Rn. 149.

<sup>15</sup> Westermann, Sachenrecht, 8. Auflage 2011, § 30 Rn. 23.

<sup>16</sup> Gruber/Lösche (Fn. 9), NJW 2007, 2815 (2816).

<sup>17</sup> Brandenburgisches OLG, Urt. v. 24.10.2012 – 3 U 106/11, zitiert nach juris.

<sup>18</sup> Schwarze in: Staudinger (Fn. 10), § 281 Rn. B 5.

<sup>19</sup> Fritzsche in: Bamberger/Roth (Fn. 10), § 985 Rn. 30.

<sup>20</sup> Fritzsche in: Bamberger/Roth (Fn. 10), § 985 Rn. 30.

<sup>21</sup> Baldus in: MüKo (Fn. 6), § 985 Rn. 149.

<sup>22</sup> BGH WM 1982, 749 (750).

<sup>23</sup> vgl. BGHZ 209, 270.

## 2. Erfolglose Nachfristsetzung oder Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung

K müsste B eine angemessene Frist gesetzt haben, die erfolglos abgelaufen ist, § 281 Abs. 1 S. 1 BGB. K hat keine derartige Frist gesetzt. Damit liegt kein fruchtloser Ablauf einer Nachfrist vor.

Eine Nachfristsetzung könnte aber ausnahmsweise gem. § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich sein. Dafür könnte B die Herausgabe endgültig und ernsthaft verweigert haben. Die Weigerung muss als das letzte Wort des Schuldners zu verstehen sein und deswegen eine Fristsetzung sinnlos erscheinen lassen.<sup>24</sup> Der Schuldner muss deutlich machen, dass er unter keinen Umständen mehr zur freiwilligen Erfüllung bereit ist.<sup>25</sup> Hier erklärt der B, dass er zu keiner Zahlung bereit wäre und auch nicht mit sich reden ließe, er zeigt keinerlei Kooperationsbereitschaft. Mithin liegt eine ernsthafte und entgültige Verweigerung der Erfüllung durch B vor. Folglich ist die Nachfristsetzung ausnahmsweise gem. § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich.

## 3. Keine Exkulpation, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Auch müsste B die Nichtherausgabe der Videogeräte verschuldet haben. Ein solches Verschulden wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Eine Exkulpation zugunsten des B käme nur im Falle eines Rechtsirrtums in Betracht, der nach verständiger Würdigung des Sachverhaltes und nach Waltenlassen der erforderlichen Sorgfalt unvermeidbar gewesen ist.<sup>26</sup>

Ein solcher ist auf Grundlage des Sachverhalts nicht erkennbar. B kann sich nicht exkulpieren.

## 4. Schaden

Letztlich müsste auch ein Schaden entstanden sein. Dieser bezeichnet eine unfreiwillige Einbuße an Rechten oder Rechtsgütern, ein Vermögensschaden liegt vor, wenn eine in Geld messbare Einbuße unfreiwillig erlitten wurde.<sup>27</sup> Gem. § 252 BGB ist hiervon auch entgener Gewinn umfasst. K konnte belegen,

dass er die Geräte für insgesamt EUR 7.500,00 hätte weiterverkaufen können. Entsprechend liegt eine unfreiwillige Vermögenseinbuße gem. §§ 249, 252 BGB vor.

## III. Ergebnis

K hat gem. §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB i.V.m. § 985 BGB einen Schadensersatzanspruch in Höhe von EUR 7.500,00 gegen B.

## Fazit

Viel erstaunlicher als die Entscheidung als solche ist, dass der BGH die, im Urteil mit einiger Argumentation belegte, Anwendbarkeit des Schadensersatzanspruches nach §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB immerhin 14 Jahre nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes bejaht hat.

Der BGH beantwortet die Frage nach der Anwendbarkeit mit seiner systematischen, historischen sowie teleologischen Argumentation lehrbuchartig. Allerdings wird aller Voraussicht nach auch nach dieser Entscheidung die Gegenansicht in der Literatur stark vertreten bleiben. Somit bleibt die Thematik eine relevante Streitfrage für die Ausbildung.

Es gilt, sich mit Argumenten vertraut zu machen und diese verständig reproduzieren und bewerten zu können.

<sup>24</sup> BGH NJW 2006, 1195 (1197); BGHZ 200, 133 (134).

<sup>25</sup> Ernst in: MüKo, Bd. 2, 7. Auflage 2016, § 323 Rn. 101.

<sup>26</sup> BGHZ 209, 270 (272f.).

<sup>27</sup> Oetker in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 249 Rn. 28.

## Pfefferspray und § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB

§§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB

BGH, Urt. v. 20.9.2017 – 1 StR 112/17

stud. iur. Malte Gauger

Der an einem Hang zu übermäßigem Konsum von Cannabis leidende T hat Geldsorgen und entschließt sich, seinen Rausch nun durch den Vertrieb von Rauschgift zu finanzieren. T veräußert etwa 130 g Marihuana an seinen Bekannten O. Als Kaufpreis wurden EUR 1200,00 vereinbart. Eine Zahlung des O blieb trotz mehrerer Nachfragen des T und dessen Drohung, ihn bei der Polizei mit der Behauptung anzuschwärzen, O habe den Betrag gestohlen, aus. Nachdem mehrere Versuche erfolglos blieben, O anzutreffen, entschließt sich T zu O zu fahren, um das Geld einzufordern. Dabei war T sich bewusst, dass eine zivilrechtliche Eintreibung des Geldes aussichtslos ist.

T geht zum Haus des O und gelangt durch die nicht verschlossene Tür hinein. T weckt den noch schlafenden O in seinem Zimmer und fragt, was denn mit „seinem“ Geld sei. Darauf erwidert O, dass er das Geld nicht zahlen werde. Daraufhin wird T wütend und entschließt sich O mit Gewalt zur Zahlung zu bringen. Als O sich zu wehren versucht sprüht T mit Pfefferspray in die Richtung des O, ohne diesen jedoch zu treffen. O gelingt es aus dem Zimmer zu fliehen, die Tür von außen zu verschließen und telefonisch die Polizei zu verständigen. T entschließt sich sodann aus dem Fenster zu fliehen. Dabei nimmt er einen im Eigentum des O stehenden Laptop im Wert von EUR 300,00 mit, um ihn auf Dauer zu behalten. T springt aus dem Fenster, wirft die Dose Pfefferspray weg und verschwindet.

Kurze Zeit nachdem T mit dem Laptop vom Ort des Geschehens verschwand, meldete er sich bei der Polizei. Der Laptop konnte zeitnah an O zurückgeführt werden.

- Hat sich T gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB strafbar gemacht?

### Einordnung

In dieser Entscheidung beschäftigt sich der BGH mit einem Diebstahl mit Waffen gem. § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB. In dem Fall geht es um die Einordnung eines Gegenstandes als Waffe (im technischen Sinn) oder als gefährliches Werkzeug i.S.d. Vorschrift. Problematisiert wird in der Entscheidung, wie es zu behandeln

ist, wenn sich das Opfer im Moment der Wegnahme nicht mehr in demselben Raum aufhält wie der Täter und insbesondere wie sich dies auf die Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB auswirkt. Dieses Problem der räumlichen Komponente könnte einigen Bearbeitern einer Klausur, zusammen mit dem Aufbau eines Qualifikationstatbestands, Schwierigkeiten bereiten. Das vorliegende Urteil soll den Aufbau und das Problem näherbringen.

## Leitsätze

Ein Mitsichführen im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB liegt vor, wenn der Täter den fraglichen Gegenstand bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich seiner jederzeit bedienen kann. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn sich der Gegenstand derart in räumlicher Nähe befindet, dass ein Zugriff ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne nennenswerte Schwierigkeiten möglich ist; dafür genügt in räumlicher Hinsicht Griffweite (vgl. BGH StraFo 2017, 378 Rn. 7 mwN [zu § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG]).

Für die Verurteilung wegen Diebstahls mit Waffen kommt es nicht darauf an, dass sich zum Zeitpunkt der Tat keine andere Person als der Täter am Tatort aufhält. Der Grund für die gegenüber dem Grundtatbestand höhere Strafdrohung liegt gerade in der mit dem Beisichführen eines gefährlichen Gegenstandes einhergehenden erhöhten abstrakt generellen Gefährlichkeit der Tatbegehung, die ihrerseits ihre Ursache in der latenten Gefahr des Einsatzes der fraglichen Gegenstände als Nötigungsmittel findet (vgl. BGHSt 52, 257, 268 Rn. 30 mwN).

## Gutachterliche Lösung

### I. Tatbestand

#### 1. Grunddelikt, § 242 Abs. 1 StGB

- a) Objektiver Tatbestand
- aa) Fremde bewegliche Sache
- bb) Wegnahme
- cc) Zwischenergebnis

#### b) Subjektiver Tatbestand

- aa) Vorsatz
- bb) Zueignungsabsicht
- cc) Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit

#### 2. Qualifikation, § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB

- a) Objektiver Tatbestand, § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB
- aa) **Waffe oder gef. Werkzeug**
- bb) **Bei-Sich-Führen (!)**
- b) Subjektiver Tatbestand

### II. Rechtswidrigkeit

### III. Schuld

### IV. Ergebnis

T könnte sich gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB wegen Diebstahls mit Waffen strafbar gemacht haben, indem er mit dem Pfefferspray zu O ging, den Laptop an sich nahm und durch das Fenster floh.

### I. Tatbestand

Der Tatbestand könnte erfüllt sein. Dazu müsste der Tatbestand des Grunddelikts (§ 242 Abs. 1 StGB) und der Tatbestand der Qualifikation (§ 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB) vorliegen.

#### 1. Grunddelikt, § 242 Abs. 1 StGB

Zunächst müsste der Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB erfüllt sein.

#### a) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand von § 242 Abs. 1 StGB könnte erfüllt sein.

**aa) Fremde bewegliche Sache**

Bei dem Laptop müsste es sich um eine fremde bewegliche Sache handeln.

**(1) Sache**

Bei dem Laptop handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand i.S.d. § 90 BGB und ist daher eine Sache.

**(2) Beweglich**

Der Laptop müsste auch beweglich sein. Beweglich sind Sachen, wenn sie tatsächlich fortgeschafft werden können.<sup>1</sup> Der Laptop kann fortgeschafft werden. Es handelt sich daher auch um eine bewegliche Sache.

**(3) Fremd**

Ferner müsste der Laptop fremd sein. Eine Sache ist fremd, wenn sie nicht im Alleineigentum des Täters steht und insbesondere nicht herrenlos ist.<sup>2</sup> Der Laptop steht im Eigentum des O und damit nicht im Alleineigentum des Täters, auch ist er nicht herrenlos. Folglich handelt es sich um eine für T fremde Sache.

**(4) Zwischenergebnis**

Der Laptop ist eine fremde bewegliche Sache.

**bb) Wegnahme**

T müsste den Laptop weggenommen haben. Dies erfordert den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.

**(1) Gewahrsam**

Zunächst müsste O Gewahrsam an dem Laptop gehabt haben. Gewahrsam bezeichnet die tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen wird.<sup>3</sup> Gewahrsam liegt auch bei einer räumlichen Trennung vor, sofern

diese im Rahmen des sozial Üblichen liegt.<sup>4</sup> Der Laptop befindet sich noch im Zimmer des O. Problematisch könnte an dieser Stelle sein, dass sich O zwar noch in der Wohnung befindet, sich jedoch nicht mehr im Zimmer aufhält. Im Rahmen einer sog. Gewahrsamslockerung ist es indes anerkannt, dass der Gewahrsam fortbesteht, sofern der Inhaber einer Sache die Ausübung des Gewahrsams trotz räumlicher Entfernung weiterhin innerhalb des sozial Üblichen ausführt.<sup>5</sup> O hatte weiterhin Gewahrsamswillen und führt den Gewahrsam nach Verkehrssitte, obwohl er sich nicht im Zimmer befindet. O hatte mithin Gewahrsam an dem Laptop.

**(2) Gewahrsamsbruch**

Weiterhin müsste der Gewahrsam durch T gebrochen worden sein. Gewahrsam wird gebrochen, wenn der bisherige Gewahrsamsinhaber ohne oder gegen seinen Willen die tatsächliche Herrschaftsmacht über eine Sache verliert.<sup>6</sup> T nimmt den Laptop an sich und flieht damit aus dem Fenster. Hiermit war O nicht einverstanden. Mithin wird O gegen seinen Willen aus seiner tatsächlichen Herrschaftsmacht verdrängt, indem er seine Herrschaftsmacht über das Gerät verliert. Folglich liegt ein Gewahrsamsbruch vor.

**(3) Begründung neuen Gewahrsams**

T müsste neuen Gewahrsam begründet haben. Dies ist dann der Fall, wenn nach sozialer Anschauung, der Gewahrsam einer anderen Person zugeordnet ist.<sup>7</sup> T nahm den Laptop an sich und verschwand. Somit übte T sodann die tatsächliche Sachherrschaft aus. In der Folge begründete er neuen Gewahrsam an dem Laptop.

**(4) Zwischenergebnis**

Eine Wegnahme liegt vor.

<sup>1</sup> Schmitz in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 46.

<sup>2</sup> Eser/Bosch in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 242 Rn. 12.

<sup>3</sup> Rengier, Strafrecht BT I, 20. Aufl. 2018, § 2 Rn. 24; Kindhäuser in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Auflage 2017, § 242 Rn. 29.

<sup>4</sup> Kühl in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 9.

<sup>5</sup> Eser/Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 26.

<sup>6</sup> BGH NJW 2018, 245 (245); Eser/Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 35; Schmitz in: MüKo StGB (Fn. 1), § 242 Rn. 86.

<sup>7</sup> Schmitz in: MüKo StGB (Fn. 1), § 242 Rn. 84.



**cc) Zwischenergebnis**

Damit ist der objektive Tatbestand des Grunddelikts, § 242 Abs. 1 StGB, erfüllt.

**b) Subjektiver Tatbestand**

Auch der subjektive Tatbestand könnte vorliegend erfüllt sein.

**aa) Vorsatz bzgl. des objektiven Tatbestands**

Dazu müsste T zunächst vorsätzlich gehandelt haben. Der Vorsatz muss alle Elemente der objektiven Tatbestandsverwirklichung des § 242 umfassen.<sup>8</sup> Hierzu genügt die bewusste, billigende Inkaufnahme des objektiven Tatgeschehens und der damit verbundenen Unrechtsverwirklichung.<sup>9</sup> T wusste, dass es sich bei dem Laptop um eine fremde Sache handelt, die im Eigentum des O steht und nahm diesen dennoch willentlich an sich, obwohl er wusste, dass er dieses nicht hätte tun dürfen. Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestandes liegt daher vor.

**(bb) Zueignungsabsicht**

Ferner müsste Zueignungsabsicht vorliegen. Dazu bedarf es Aneignungsabsicht und Enteignungsvorsatz, sowie der Rechtswidrigkeit der Zueignung.

**(1) Aneignungsabsicht**

Es müsste Aneignungsabsicht vorliegen. Aneignung ist die Einverleibung der Sache in das Vermögen des Täters, bzw. in der Ausnutzung des entzogenen Sachwertes.<sup>10</sup> Dazu muss sich der Täter eine eigentümerähnliche Verfügungsgewalt über die Sache anmaßen. Bei der Aneignungskomponente ist direkter Vorsatz (*dolus directus* 1. Grades) erforderlich.<sup>11</sup> T nimmt den Laptop laut Sachverhalt an sich um ihn dauerhaft zu behalten, er maß sich damit eine eigentümergeleiche Verfügungsgewalt an. Aneignungsabsicht liegt bei T daher vor.

**(2) Enteignungsvorsatz**

Ferner müsste auch Enteignungsvorsatz vorliegen. Mit Enteignungsvorsatz handelt, wer dem Eigentümer die faktische Möglichkeit der Ausübung seiner Rechte - zumindest vorübergehend - an der Sache entzieht. Dabei reicht *dolus eventualis* aus.<sup>12</sup> Die Enteignung bildet dabei das maßgebliche Abgrenzungskriterium zwischen bloßem Gebrauch und (dauernder) Enteignung.<sup>13</sup> Nach der Vereinigungstheorie entzieht der Täter dabei entweder die Sachsubstanz oder den Sachwert.<sup>14</sup> Hierbei kommt es auf die subjektive Zielvorstellung an, die zum Zeitpunkt der Wegnahme beim Täter gegeben ist.<sup>15</sup> T nahm den Laptop, mit einem Wert von EUR 300,00, an sich um ihn dauerhaft zu behalten. Mit diesem Verhalten nahm er zumindest in Kauf, dass O an der Ausübung seiner Rechte gehindert wird. Folglich liegt auch Enteignungsvorsatz vor.

**(3) Rechtswidrigkeit der Zueignung**

Die Zueignung müsste rechtswidrig gewesen sein. Die Zueignung ist rechtswidrig, wenn ihr kein Anspruch auf Übereignung zugrunde liegt.<sup>16</sup> Der Laptop befand sich im Eigentum des O. Ferner fehlt es an einer Einwilligung des O oder einem zivilrechtlichen Anspruch seitens des T. Die Zueignung war daher rechtswidrig.

**(cc) Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der Zueignung**

T müsste auch mit Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung gehandelt haben. Er wusste, dass sich der Laptop im Eigentum des O befindet und nahm diesen dennoch an sich und verließ die Wohnung. Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung liegt daher ebenfalls vor.

**2. Qualifikation, § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB**

T könnte auch den Qualifikationstatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB erfüllt haben, indem er ein Pfeffer-

8 Kindhäuser in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 242 Rn. 67.  
9 BGHSt 7, 363; 16, 1; 36, 1.

10 Eser/Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 47; Rengier (Fn. 3), § 2 Rn. 91.

11 Wittig in: v. Heintschel-Heinegg, Beck'scher Onlinekommentar zum Strafgesetzbuch, 37. Edition 2018, § 242 Rn. 35ff.

12 Eser/Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 47; Fischer, Strafgesetzbuch, 65. Aufl. 2018, § 242 Rn. 33a.

13 Eser/Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 47.

14 Wittig in: BeckOK StGB (Fn. 10), § 242 Rn. 30.

15 BGH NStZ-RR 2007, 15 (15).

16 Eser/Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 38.

spray zum Zeitpunkt der Wegnahme bei sich hatte. Dazu müsste der Qualifikationstatbestand erfüllt sein.

#### a) Objektiver Tatbestand, § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB

Dazu müsste zunächst der objektive Tatbestand von § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB erfüllt sein. Dies ist dann der Fall, wenn T eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB bei sich führte.

##### aa) Waffe oder gefährliches Werkzeug

Bei dem Pfefferspray könnte es sich um eine Waffe oder um ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB handeln. Waffen sind solche Gegenstände, die zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen bestimmt sind (Waffen im technischen Sinn),<sup>17</sup> hierbei ist insbesondere auf die Zweckbestimmung des jeweiligen Reizgassprüngerates abzustellen. Handelt es sich beispielsweise um ein vom Hersteller deklariertes Pfefferspray zur Tierabwehr, so liegt die Annahme eines gefährlichen Werkzeugs nahe. Handelt es sich wiederum um ein polizeiliches Pfefferspray kann es sich auch um eine Waffe handeln.<sup>18</sup>

Vorliegend gibt es keine Informationen darüber, um welche Art von Pfefferspray es sich genau handelt. Für eine Eigenschaft als Waffe im technischen Sinn spricht, dass es sich bei Pfefferspray um eine von § 1 Abs. 2 Nr. 2a WaffG erfasste Waffe im waffenrechtlichen Sinn handelt (Anlage 1 Abschnitt 1 Unterabschnitt 2 Nr. 1.1.2).<sup>19</sup> Zur Verwirklichung des Tatbestands des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB spielt es keine Rolle, ob es sich bei dem Tatmittel um eine Waffe<sup>20</sup> im technischen Sinn oder um ein gefährliches Werkzeug<sup>21</sup> handelt. Das Pfefferspray ist ein jedenfalls von § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB erfasstes Tatmittel.<sup>22</sup>

#### bb) Bei-Sich-Führen

T müsste das Pfefferspray bei sich geführt haben. Für das Bei-Sich-Führen genügt es, wenn der Täter den Gegenstand in der Weise bei sich hat, dass er sich jederzeit daran bedienen kann. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter jederzeit und ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne nennenswerte Schwierigkeiten auf den Gegenstand zugreifen kann.<sup>23</sup> T setzte das Pfefferspray kurze Zeit vor der Wegnahme in Richtung des O ein. T warf die Dose erst weg, nachdem er mit dem Laptop vom Geschehen flüchtete. Damit hatte T das Pfefferspray in seiner räumlichen Nähe und konnte jederzeit ungehindert auf dieses zugreifen.

Fraglich ist an dieser Stelle, wie es sich auf den Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB auswirkt, dass O sich zum Zeitpunkt der Wegnahme nicht mehr in demselben Raum wie T befand. Vielmehr konnte O fliehen und T in seinem Zimmer einschließen.

Gegen ein Bei-Sich-Führen spricht, dass sich das Opfer zum Zeitpunkt der Wegnahme nicht mehr in der unmittelbaren Nähe des Täters aufhält und sich in der Folge die Gefährlichkeit des Gegenstandes nicht mehr auf es auswirken kann. Das BayOLG hat in einer Entscheidung festgestellt, dass das Tatbestandsmerkmal des Bei-Sich-Führens entfällt, wenn der Täter den Gegenstand in einem geschlossenen Rucksack bei sich hat.<sup>24</sup> Auch in der Lehre wird stets auf die Verfügbarkeit des Gegenstandes in der betreffenden Situation abgestellt.<sup>25</sup> So scheint es so, als würde ein Bei-Sich-Führen ausscheiden, wenn der Täter ein zumindest zeitliches Hindernis überwinden muss<sup>26</sup>, um das Mittel gegen das Opfer einsetzen zu können. T hat das Pfefferspray vorliegend dabei, jedoch befindet sich O nicht mehr im selben Raum. So könnte ein Bei-Sich-Führen zunächst ausscheiden.

<sup>17</sup> Schmitz in: MüKo StGB (Fn. 1), § 244 Rn. 7.

<sup>18</sup> Jesse, Das Pfefferspray als alltägliches gefährliches Werkzeug, NSTZ 2009, 364 (366).

<sup>19</sup> Heinrich in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 3. Aufl. 2018, WaffG § 1 Rn. 117.

<sup>20</sup> Fischer, StGB (Fn. 12), § 244 Rn. 4; Mitsch, JR 2009, 297 (299).

<sup>21</sup> Vgl. BGH NSTZ-RR 2012, 308 (308).

<sup>22</sup> BGH HRRS 2017, Nr. 1162 Rn. 16.

<sup>23</sup> BGH StaFo 2017, 378 (378); Rengier (Fn. 3), § 2 Rn. 43; BGH HRRS 2017, Nr. 1162 Rn. 17.

<sup>24</sup> BayOLG StV 1999, 383 (384).

<sup>25</sup> Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 4. Aufl. 2017, Rn. 181.

<sup>26</sup> Hardtung, Das gefährliche Beisichführen eines Werkzeugs beim Diebstahl, StV 2004, 399 (402).

Nach Auffassung des BGH kommt es nicht darauf an, ob sich zum Zeitpunkt der Wegnahme eine andere Person am Ort des Geschehens, also in unmittelbarer Nähe zum Täter, aufhält. Der Grund für die höhere Strafandrohung von § 244 StGB liege gerade in der Gefährlichkeit des mit sich geführten Gegenstandes und der damit einhergehenden erhöhten abstrakt generellen Gefährlichkeit der Tatbegehung. Der BGH verweist in dem Urteil auf den Sinn und Zweck der Erweiterung des Straftatbestandes der Qualifikation.<sup>27</sup> Die reine Möglichkeit der Benutzung des gefährlichen Gegenstands begründet damit allein die latent höhere Gefahr, das Mittel als Nötigungsmittel gegen eine andere Person einzusetzen.<sup>28</sup> Die generell erhöhte Gefährlichkeit führte letztendlich auch dazu, dass der Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB erweitert und nicht mehr auf Schusswaffen beschränkt ist.<sup>29</sup> Nach Einordnung des BGH hat T einen gefährlichen Gegenstand bei sich geführt.

Anmerkung: Im Sinne der Entscheidungsbesprechung ist sich der Auffassung der Rechtsprechung angeschlossen worden, um die Entscheidung auch der Sache nach möglichst

#### b) Subjektiver Tatbestand

T müsste auch vorsätzlich bezüglich des objektiven Tatbestands von § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB gehandelt haben. Dafür muss der Täter den gefährlichen Gegenstand bewusst gebrauchsbereit bei sich haben.<sup>30</sup> T nahm das Pfefferspray mit, um O zur Zahlung der noch ausstehenden Geldsumme zu bewegen. Er nahm das Pfefferspray daher bewusst zur Tatbegehung mit. Vorsatz bezüglich des Bei-Sich-Führen eines jedenfalls gefährlichen Werkzeugs i.S.d. § 244 I Nr. 1a Alt. 2 StGB liegt daher vor.

#### II. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Die Tat geschah daher rechtswidrig.

#### III. Schuld

Schuldausschließungsgründe und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. Die Tat geschah folglich schuldhaft.

#### IV. Ergebnis

T hat sich gem. den §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB wegen Diebstahls mit Waffen strafbar gemacht, indem er den im Eigentum des O stehenden Laptop wegnahm und dabei ein Pfefferspray bei sich führte.

### Fazit

Der BGH hat mit diesem Urteil deutlich gemacht, dass es bei dem Tatbestandsmerkmal des Bei-Sich-Führens von § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB nicht allein darauf ankommt, dass eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug tatsächlich bei Tatbegehung in Richtung des Opfers eingesetzt wird. Aus dem Urteil ergibt sich, dass der Tatbestand auch schon als erfüllt anzusehen ist, wenn der Täter das Mittel tatsächlich „nur dabei hat“.

<sup>27</sup> Vgl. BT-Drs. 13/9064, S. 18.

<sup>28</sup> BGH GRUR 2017, Rn. 18.

<sup>29</sup> BT-Drs. 13/9064, S. 18.

<sup>30</sup> Fischer, StGB (Fn. 12), § 244 Rn. 31.

## Berliner Raser

§§ 211, 223 I, 224 I Nr. 2 und 5, 315c I Nr. 2 lit. a und d, 25 II StGB

BGH, Urt. v. 01.03.2018 – 4 StR 399/17

stud. iur. Adam Hetka

A und B, die sich aus der Raser-Szene kennen und bereits an mehreren illegalen Straßenrennen teilgenommen haben, trafen zufällig nachts an einer Ampel auf dem Berliner Kurfürstendamm aufeinander. Beide sind stolz auf ihre tonnenschweren, stark beschleunigenden und mit umfassender Sicherheitstechnik ausgestatteten Autos und fühlten sich bei früheren Rennen stets geschützt und überlegen.

Sie verständigten sich spontan zu einer Wettfahrt, einem sogenannten „Stechen“, durch die Berliner Innenstadt. Zu diesem Zeitpunkt waren im Rahmen des nächtlichen Straßenverkehrs zahlreiche Privatfahrzeuge, Busse des öffentlichen Nahverkehrs und Taxen unterwegs, in allen Bereichen der Fahrtstrecke hielten sich Menschen auf. Um das Rennen für sich zu entscheiden, fuhren A und B dicht aneinander und versuchten sich jeweils von dem anderen abzusetzen. Dabei erreichten sie Geschwindigkeiten von mindestens 100 km/h und missachteten mehrere rote Ampeln.

B, bei dem die Beifahrerin C saß, fuhr nun mit einem leichten Vorsprung bei Rot in die Kreuzung Tauentzienstraße/Nürnberger Straße ein. Dicht folgend bog auch A ein, welcher aufgrund des durchgedrückten Gaspedals nunmehr eine Geschwindigkeit von bis zu 170 km/h erreicht hatte. Der vorfahrtsberechtigte D, welcher zu dieser Zeit mit seinem Jeep ebenfalls in den Kreuzungsbereich einfuhr, kollidierte nun mit A, welcher nicht mehr in der Lage war, rechtzeitig zu reagieren. Durch den Zusammenstoß drehte sich der Wagen des A und kollidierte nunmehr mit dem neben ihm fahrenden Wagen des B, bevor beide Fahrzeuge in eine steinerne Hochbeeteinfassung rasten und stehen blieben.

A, welcher nicht angeschnallt war, trug genauso wie B nur leichte und oberflächliche Verletzungen davon. Die Beifahrerin C erlitt eine Lungenkontusion rechts, eine Knieprellung links, eine Kopfplatzwunde und eine Schnittverletzung am linken Daumen. D erlag noch am Unfallort in seinem Fahrzeug den bei dem Aufprall erlittenen schweren Verletzungen.

Hat sich A wegen Mordes strafbar gemacht?<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Die gutachterliche Lösung beschränkt sich im Folgenden ausschließlich auf die Strafbarkeit wegen Mordes gem. § 211 StGB. In einer Klausur wäre bei gleichem Sachverhalt und offener Fallfrage auch die Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung im Hinblick auf die verletzte Beifahrerin und die Strafbarkeit nach § 315c Abs. 1 Nr. 2a und Nr. 2d sowie nunmehr auch nach § 315d StGB zu prüfen.

## Einordnung

Als das LG Berlin Anfang 2017 zwei Raser, die bei einem illegalen Straßenrennen einen Verkehrsteilnehmer getötet hatten, wegen Mordes verurteilte, kam neben einem großen Medienecho eine lebhaft Kritik unter den Strafrechtlern auf. Der BGH hat auf die Revisionen der Angeklagten in seinem Urteil vom 01.03.2018 das Urteil des LG Berlin aufgehoben und zu einer neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Angrenzend an die Debatte rund um den Reformbedarf der straßenverkehrsrechtlichen Strafnormen, stach die umstrittene Entscheidung insbesondere aufgrund der materiell rechtlichen Probleme hervor, welche sich sehr gut als Prüfungsstoff eignen: Die Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz bietet sich als Schwerpunkt einer strafrechtlichen Klausur und die Prüfung einschlägiger Mordmerkmale sowie Straßenverkehrsdelikte als weitere Problemfelder an. Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung von großer Relevanz und wird mit hoher Wahrscheinlichkeit den Studierenden begegnen.

## Leitsatz

Ein Kraftfahrer, der bei einem illegalen Autorennen in der Innenstadt mit stark überhöhter Geschwindigkeit unter Missachtung der Vorfahrt eine Straßenkreuzung passiert und dabei mit einem vorfahrtberechtigten Fahrzeug kollidiert, dessen Fahrer tödlich verletzt wird, handelt nicht generell vorsätzlich. Eine bewusste Fahrlässigkeit kommt insbesondere in Betracht, wenn sich der Täter erst nach Vornahme der ursächlichen Handlung des bereits eingetretenen oder drohenden Taterfolges bewusst wird (*dolus subsequens*).

## Gutachterliche Lösung

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

- a) Tod eines anderen Menschen
- b) Kausalität
- c) Objektive Zurechnung
- d) Mordmerkmale der 2. Gruppe

- aa) Heimtücke
- bb) Gemeingefährliche Mittel

#### 2. Subjektiver Tatbestand (!)

- a) Pro: Eventualvorsatz
- b) Contra: Eventualvorsatz

### II. Ergebnis

A könnte sich gem. §§ 211 II Gr. 2. Var. 1, Gr. 2 Var. 3, 212 Abs. 1 StGB wegen Mordes strafbar gemacht haben, indem er während des Straßenrennens mit dem Wagen des D kollidierte und dieser durch den Zusammenprall zu Tode gekommen ist.

### I. Tatbestand

Der Tatbestand müsste dafür in objektiver sowie subjektiver Hinsicht erfüllt worden sein.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand verwirklicht worden sein.

##### a) Tod eines anderen Menschen

D ist beim Zusammenstoß umgekommen und damit ist der Tod eines anderen Menschen eingetreten.

##### b) Kausalität

Die Handlung des A müsste für den Tod des D kausal gewesen sein. Nach der *conditio-sine-qua-non-Formel* ist jede Handlung für den Erfolg kausal, die nicht



hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg entfiel.<sup>1</sup> Das Rennen, wodurch der A mit dem D kollidierte, kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Tod des D entfiel. Mithin ist die Handlung des A kausal für den Tod des D.

### c) Objektive Zurechnung

Des Weiteren müsste der Tod des D dem A auch objektiv zurechenbar sein. Objektiv zurechenbar ist ein Erfolg dann, wenn der Täter eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert hat.<sup>2</sup> Durch die Rennfahrt in der Innenstadt mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit hat A eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen, die sich im Tod des C niedergeschlagen hat. Somit ist der Erfolg dem A auch objektiv zurechenbar.

### d) Mordmerkmale der 2. Gruppe

A müsste ferner ein Mordmerkmal verwirklicht haben.

#### aa) Heimtücke

Als tatbezogenes Mordmerkmal kommt zunächst Heimtücke gem. § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB in Betracht. Heimtückisch handelt, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tat ausnutzt.<sup>3</sup> Arglos ist, wer sich im Zeitpunkt des Beginns der Tat keines tätlichen Angriffs auf seine körperliche Unversehrtheit oder sein Leben versieht.<sup>4</sup> Wehrlos ist, wer infolge seiner Arglosigkeit zur Verteidigung außerstande oder in seinen Verteidigungsmöglichkeiten zumindest erheblich eingeschränkt ist.<sup>5</sup> D hat sich im Zeit-

punkt der Kollision keines tätlichen Angriffs auf seine körperliche Unversehrtheit oder sein Leben versehen und war infolge dessen zur Verteidigung außerstande. Somit ist D arg- und wehrlos gewesen, allerdings kam es A nicht darauf an, diesen Zustand bewusst zur Tat auszunutzen. Das Mordmerkmal der Heimtücke scheidet damit aus.

#### bb) Gemeingefährliche Mittel

Allerdings könnte das Mordmerkmal der gemeingefährlichen Mittel erfüllt sein. Gemeingefährlich tötet, wer ein Mittel zur Tötung so einsetzt, dass er in der konkreten Tatsituation die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat und dadurch eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann.<sup>6</sup> Entscheidend ist dabei, ob der Täter das Tatmittel in der konkreten Situation so beherrscht, dass eine Gefährdung weiterer Personen ausgeschlossen ist.<sup>7</sup> Vorliegend war es für A mit stark überhöhter Geschwindigkeit nicht beherrschbar, wie viele Personen durch einen Zusammenstoß getötet oder verletzt werden könnten. Einerseits hätten im Wagen des D noch weitere Beifahrer sein können, andererseits hätten die sich in der Nähe aufhaltenden Menschen neben den außer Kontrolle geratenen Autos auch durch umherfliegende Autoteile getroffen werden können. Folglich hat A sein Fahrzeug in der konkreten Situation nicht so beherrscht, dass eine Gefährdung weiterer Personen ausgeschlossen gewesen ist. A hatte damit in der konkreten Tatsituation die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt und hat dadurch eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährdet. Mithin ist das Mordmerkmal der gemeingefährlichen Mittel erfüllt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Um den subjektiven Tatbestand zu erfüllen, müsste A auch mit Vorsatz gehandelt haben. Vorsatz ist

<sup>1</sup> Hoffmann-Holland, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage 2015, Rn. 99.

<sup>2</sup> Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage 2017, § 4 Rn. 43.

<sup>3</sup> RGSt 77, 41 (44); Joecks, Studienkommentar StGB, 11. Auflage 2014, § 211 Rn. 30.

<sup>4</sup> BGHSt 20, 301 (302); Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 18. Auflage 2017, § 4 Rn. 24; Otto, Neue Entwicklungen im Bereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte, Jura 2003, 612 (617).

<sup>5</sup> Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 29. Auflage 2014, § 211 Rn. 24b; Geppert, Zum Begriff der „heimtückischen“ Tötung in § 211 StGB, vornehmlich an Hand höchstrichterlicher Rechtsprechung, Jura 2007, 270 (274).

<sup>6</sup> BGHSt 38, 353 (354).

<sup>7</sup> Neumann/Saliger in: Strafgesetzbuch Band 2: Besonderer Teil, §§ 80 – 231, 4. Auflage 2013, § 211 Rn. 87.

das Wissen und Wollen einer Tatbestandsverwirklichung.<sup>8</sup> In Betracht kommt im vorliegenden Fall auch die eventualvorsätzliche Begehung, eine Handlung mit *dolus eventualis*. Dieser liegt vor, wenn der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs für möglich hält und als nicht ganz fernliegend erkennt<sup>9</sup> und diesen billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Tatbestandes abfindet,<sup>10</sup> mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein.<sup>11</sup> Dagegen liegt bewusste Fahrlässigkeit vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten.<sup>12</sup> Fraglich ist, ob beim Einfahren in den Kreuzungsbereich bei Rot das Wissens- und Willenselement bei A vorgelegen hat, oder sein Verhalten nur als bewusst fahrlässig zu qualifizieren ist.

#### a) Für das Vorliegen der Voraussetzungen eines Eventualvorsatzes

Zunächst müsste A das Wissenselement der vorsätzlichen Begehung verwirklicht haben. Bei diesem intellektuellen Moment kommt es darauf an, dass der Täter zumindest laienhafte Kenntnis der unrechtsbezeichnenden Elemente des verwirklichten Sachverhaltes hat.<sup>13</sup> Hier ist A in der Innenstadt mit stark überhöhter Geschwindigkeit gefahren, während zahlreiche Privatfahrzeuge, Busse des öffentlichen Nahverkehrs und Taxen unterwegs waren und sich in allen Bereichen der Fahrtstrecke Menschen aufhielten. Aufgrund dieses Verhaltens muss davon ausgegangen werden, dass er mit einer möglichen Kollision gerechnet hat und die unrechtsbezeichnenden

Elemente seines Tuns kannte. Insofern lag bei A das Wissenselement vor.

Außerdem müsste auch ein geeignetes Willenselement bei A vorgelegen haben. Bei diesem voluntativen Element nimmt der Täter die unrechtsrealisierende Handlung aufgrund willentlicher Entscheidung vor.<sup>14</sup> Für die Bejahung dieses Willenselements spricht, dass A im Tatzeitpunkt gerade nicht mehr ernsthaft darauf vertrauen konnte, dass alles gut gehen werde, und es bei Einfahrt in den Kreuzungsbereich Tauentzienstraße /Nürnberger Straße dem Zufall überließ, ob ein bevorrechtigtes Fahrzeug kreuzen werde und die Insassen den unausweichlichen Zusammenstoß überleben würden. Dass er nicht mehr ernstlich darauf vertrauen konnte, ein Unfallgeschick durch seine Fahrgeschicklichkeit zu vermeiden, kann daran erkannt werden, dass ein Vermeidungsverhalten – ein Lenk- oder Bremsmanöver – nicht mehr vorgenommen wurde und auch objektiv nicht mehr möglich war.<sup>15</sup> Auf diese Weise hat A wissentlich eine große, anschauliche und konkrete Lebensgefahr geschaffen, sich gegenüber der erkannten Möglichkeit des Erfolgseintritts gleichgültig verhalten und ist aufgrund seiner Motivation bereit gewesen, schwerste Folgen in Kauf zu nehmen. Somit würde auch das voluntative Element einer vorsätzlichen Begehung vorliegen und A folglich mit *dolus eventualis* gehandelt haben.

**Anmerkung:** Diese Argumentation vertrat das LG Berlin in seinem Urteil und bejahte damit das für den bedingten Vorsatz notwendige Wissenselement und Willenselement (s. Urt. v. 27.02.2017 – 535 Ks 8/16).

#### b) Gegen das Vorliegen der Voraussetzungen eines Eventualvorsatzes

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass A und B den Tod eines anderen Verkehrsteilnehmers als Folge ihres Fahrverhaltens erst erkannt und billigend in

8 Joecks, StUKo StGB (Fn. 3), § 16 Rn. 13; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage 2017, § 14 Rn. 5.

9 Auch kognitives Element des Vorsatzes genannt.

10 Auch voluntatives Element des Vorsatzes genannt.

11 BGH NJW 2018, 1621; BGH NStZ 2017, 277 (279); NStZ 2016, 25 (26); NStZ 2015, 464 (465); BGH NJW 2014, 3382 (3383); NStZ 2013, 159 (160); NStZ 2012, 443 (444); Rengier, Strafr AT (Fn. 8), § 14 Rn. 28.

12 BGH NJW 2018, 1621; BGHSt 36, 1 (9f.); BGHSt 7, 363 (368ff.); NStZ 2016, 211 (215); StV 2015, 300 (301).

13 Sternberg-Lieben/Schuster in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, (Fn. 5), § 15 Rn. 39.

14 Sternberg-Lieben/Schuster in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, (Fn. 5), § 15 Rn. 11.

15 LG Berlin NStZ 2017, 471 (475).

Kauf genommen haben, als sie in den Kreuzungsbereich einfuhren. Zu diesem Zeitpunkt hatten A und B keine Möglichkeit mehr, eine Kollision zu vermeiden. So waren die bereits erreichte Kollisionsgeschwindigkeit und das Einfahren in den Kreuzungsbereich bei Rot – und damit die für den Unfall maßgeblichen Umstände – bereits unumkehrbar in Gang gesetzt, bevor bei A und B ein möglicher Tötungsvorsatz gefasst worden ist. Nach § 16 I muss der Täter die Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, bei ihrer Begehung kennen. Der Vorsatz muss somit im Zeitpunkt der zum Taterfolg führenden Handlung gegeben sein.<sup>16</sup> Fasst der Täter den Vorsatz erst später, sog. *dolus subsequens*, scheidet die Strafbarkeit wegen einer vorsätzlichen Tat aus.<sup>17</sup> Folglich ist die Strafbarkeit wegen eines vorsätzlichen Delikts nur dann noch möglich, wenn der Täter ab Entstehen des Tatentschlusses noch eine Handlung vornimmt, die in der vorgestellten oder für möglich gehaltenen Weise den tatbestandlichen Erfolg herbeiführt.<sup>18</sup> Da A den Eintritt des Unfallschadens nicht mehr verhindern konnte und somit ein Vermeidungsverhalten nicht mehr vorgenommen wurde, ist eine solche relevante Handlung nicht erfolgt.

Ferner erfordert die Prüfung, ob Vorsatz oder bewusste Fahrlässigkeit vorliegt, insbesondere bei Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände, wobei es vor allem bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements regelmäßig erforderlich ist, dass eine Auseinandersetzung mit der Persönlichkeit des Täters und dessen psychischer Verfassung bei der Tatbegehung sowie seine Motivation und die zum Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht

gezogen werden.<sup>19</sup> So sind die Gefährlichkeit der Tat handlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts allein keine maßgeblichen Kriterien für die Entscheidung, ob eine Person mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat; vielmehr kommt es auch bei besonders gefährlichen Handlungen auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an.<sup>20</sup> Vorliegend war A stolz auf sein tonnenschweres, stark beschleunigendes und mit umfassender Sicherheitstechnik ausgestattetes Auto und fühlte sich bei früheren Rennen stets geschützt und überlegen – ein Umstand, der im vorliegenden Fall für eine klare Selbstüberschätzung der individuellen Fähigkeiten des Täters und gegen das Vorliegen des Willenselements spricht.

Darüber hinaus müsste er bei einem Zusammenstoß auch billigend in Kauf genommen haben, dass sein hochmotorisiertes Fahrzeug kollisionsbedingt beschädigt werden würde, was gerade bei einem Mitglied der Raser-Szene, bei welchem das leistungsstarke, intakte Fahrzeug im Mittelpunkt steht, unwahrscheinlich erscheint. Konkret spricht dafür letztendlich auch die Tatsache, dass A nicht angeschnallt gewesen ist.

Hinsichtlich der Frage einer naheliegenden Eigengefährdung des Täters besteht letztendlich zwar keine Regel, wonach eine etwaige Eigengefährdung der Täter dem Vorliegen eines Tötungsvorsatzes entgegenstünde. Allerdings kann bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr, die nicht von vornherein auf die Verletzung einer anderen Person oder die Herbeiführung eines Unfalls angelegt sind, eine vom Täter als solche erkannte Eigengefährdung dafürsprechen, dass dieser auf einen guten Ausgang vertraut hat.<sup>21</sup> Demnach handelte A nicht vorsätzlich.

## II. Ergebnis

A hat sich nicht gem. §§ 211 Abs. 2 Gr. 2. Var. 1, Gr. 2 Var. 3, 212 Abs. 1 StGB wegen Mordes strafbar gemacht.

<sup>16</sup> BGH NJW 2018, 1621 (1623f.); Fischer, Kommentar zum StGB, 65. Aufl. 2018 StGB, § 15 Rn. 3.

<sup>17</sup> BGH NJW 2018, 1621 (1623f.); NSTz 1983 (452); Fischer, StGB (Fn. 16), § 15 Rn. 3, Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I – Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage 2006, § 12 Rn. 91.

<sup>18</sup> BGH NJW 2018, 1621 (1623f.).

<sup>19</sup> BGH NJW 2018, 1621 (1623f.); NSTz-RR 2016, 79 (80), NSTz 2008 (93 f.).

<sup>20</sup> BGH NJW 2018, 1621 (1622ff.); NSTz 2006, 445 (446).

<sup>21</sup> BGH NJW 2018, 1621 (1623f.).

## Fazit

Neben der Feststellung mehrerer Rechtsfehler hat der 4. Senat des BGH in seinem Urteil vom 01.03.2018 die Frage, ob derjenige bedingt vorsätzlich handelt, wer mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit über mehrere rote Ampeln durch die Innenstadt fährt, nicht abschließend beantwortet. Feststeht jedoch, dass in solchen Raser-Fällen kein bedingter Tötungsvorsatz vorliegen muss. Ob es nochmals zu einer Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Tötungsdeliktes für die beiden Raser kommen wird, mag unwahrscheinlich erscheinen, ist allerdings nicht per se ausgeschlossen. Zukünftig wird in solchen Fällen der neue § 315d StGB einschlägig sein, welcher am 13.10.2017 in Kraft getreten ist. Strafbar ist nach § 315 Abs. 1 StGB ausdrücklich das Ausrichten oder Durchführen eines nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennens (Nr. 1), die Teilnahme an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen als Kraftfahrzeugführer (Nr. 2) sowie die grob verkehrswidrige und rücksichtslose Fortbewegung mit nicht angepasster Geschwindigkeit, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen (Nr. 3).

§ 315d Abs. 2 StGB enthält einen Qualifikationstatbestand, er erfüllt wird, wenn der Täter in den Fällen des § 315d Abs. 1 Nr. 2 oder 3 StGB Leib oder Leben eines anderen Menschen oder eine fremde Sache von bedeutendem Wert gefährdet. Besondere Bedeutung trägt die Erfolgsqualifikation des § 315d V StGB, welche erfüllt ist, wenn der Täter gerade in den Fällen des § 315d Abs. 2 StGB durch die Tat den Tod oder eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen oder eine Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen verursacht.

Für eine Klausur bedeutet dies, dass es darauf ankommen wird, bei der Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit neben dem sicheren Beherrschen der einschlägigen juristischen Begriffe eine klare und vor allem sachverhaltsbezogene Problemerkörterung zu liefern.

Im Anschluss daran muss die Prüfung der in Betracht kommenden Straßenverkehrsdelikte erfolgen, welche in den „Todesraser-Fällen“ vor allem § 315c und § 315d StGB sein werden.

## Dieselfahrverbote

§§ 47 Abs. 1, 40 Abs. 1, 3 BImSchG, § 3 Abs. 2 39. BImSchV  
BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 – 7 C 26/16; 7 C 30/17  
stud. iur. Frederike Hirt, stud. iur. Jendrik Wüstenberg (B.A.)

Die niedersächsische, kreisfreie Stadt S wird im Innenstadtbereich von der vielbefahrenen C-Straße durchzogen. Die Messstelle der C-Straße zeigt 2017 als Jahresmittelwert einen Wert von 59 Mikrogramm pro Kubikmeter ( $\mu\text{g}/\text{m}^3$ ) Stickstoffdioxiden ( $\text{NO}_2$ ) an. Diese werden zu 53 % von Fahrzeugen mit Dieselmotoren ausgestoßen. Am schonendsten sind die neuen Dieselmotoren der Klassifikation „Euro VI“. Nachgewiesen ist, dass  $\text{NO}_2$  die Atemwege stark angreift und dadurch gesundheitsschädigend ist.

Die S hat daher gem. § 47 Abs. 1 S. 1 BImSchG einen Luftreinhalteplan (LRP) aufgestellt, um die Werte zu verringern. Darin werden vielfältige Maßnahmen zur Verringerung der  $\text{NO}_2$ -Werte geprüft. Umgesetzt werden sollen im Einzelnen die Förderung von Elektromobilität, Anreize zur ÖPNV- und Fahrradnutzung, die Nachrüstung der ÖPNV-Busse mit schonenden SCRT-Filtersystemen, der Einsatz von emissionsgeminderten Baumaschinen und die Verdopplung von Parkgebühren. Bei Umsetzung aller Maßnahmen wird bis 2020 eine Verringerung auf  $57 \mu\text{g}/\text{m}^3$ , bis 2022 auf  $55 \mu\text{g}/\text{m}^3$  prognostiziert.

Dieselfahrverbote werden zwar geprüft, aber nicht für die Umsetzung in Betracht gezogen. Dabei würden solche für alle Dieselmotoren bis auf die Klasse „Euro VI“ in Kombination mit den anderen Maßnahmen die  $\text{NO}_2$ -Werte bis 2020 sogar auf  $51 \mu\text{g}/\text{m}^3$  bzw. bis 2022 auf  $43 \mu\text{g}/\text{m}^3$  verringern.

Die S lehnt Dieselfahrverbote mit der Begründung ab, dass es an einer Ermächtigungsgrundlage mangle. Solange der Bundesgesetzgeber nicht handle, bspw. in Form einer „Blauen Plakette“, seien ihr die Hände gebunden. Die Deutsche Umwelthilfe (DUH) ist empört. Auf der C-Straße bestehe ein unionsrechtswidriger Zustand, der für die Bewohner eine starke Gesundheitsschädigung bedeute. Dieser Zustand müsse schnellstmöglich behoben werden, selbst wenn Dieselfahrverbote die Folge seien.

Unmittelbar nach dem Beschluss des Luftreinhalteplans klagt die DUH vor dem zuständigen Verwaltungsgericht auf Änderung des Plans unter Beachtung aller Maßnahmen, die zum schnellstmöglichen Erfolg führen. Namentlich seien Dieselfahrverbote in Kombination mit den anderen Maßnahmen in Erwägung zu ziehen.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?



## Einordnung

Seit 2011 klagt die DUH vor deutschen Verwaltungsgerichten gegen zu hohe NO<sub>2</sub>-Werte in einigen deutschen Großstädten.<sup>1</sup> Die Verringerung der Werte ist seit jeher ein schleichender Prozess, als einzig zielführende Maßnahme gelten mittlerweile Dieselfahrverbote.<sup>2</sup> So entschieden 2016 und 2017 auch das VG Düsseldorf und das VG Stuttgart.<sup>3</sup> Mit Sprungrevision zum Bundesverwaltungsgericht wurden die Entscheidungen in großen Teilen bestätigt.<sup>4</sup> Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zu Dieselfahrverboten wurde medial mit großem Interesse verfolgt und politisiert. Hinter dem Fall verbergen sich nicht nur wirtschaftliche Interessen, sondern auch komplizierte rechtliche Fragestellungen. Grundlage der rechtlichen Einordnung bildet die 2008 in Kraft getretene europäische Richtlinie (RL) 2008/50/EG und seit ihrer Umsetzung in nationales Recht 2010 die §§ 47 Abs. 1, 40 Abs. 1 BImSchG sowie die 39. BImSchV. Der von der 39. BImSchV und der RL 2008/50/EG vorgeschriebene NO<sub>2</sub>-Jahresmittelgrenzwert von 40 µg/m<sup>3</sup> wird in einigen deutschen Großstädten stark überschritten. Verantwortlich sind hierfür in großen Teilen dieselbetriebene Fahrzeuge.<sup>5</sup> So lagen 2016 in der Corneliusstraße in Düsseldorf Werte von 58 µg/m<sup>3</sup> vor, in Stuttgart am Neckartor wurden sogar

Werte von 82 µg/m<sup>3</sup> erreicht.<sup>6</sup> Sobald der Grenzwert von 40 µg/m<sup>3</sup> überschritten wird, hat die zuständige Behörde gem. § 47 Abs. 1 S. 1 BImSchG einen Luftreinhalteplan aufzustellen, welcher die erforderlichen Maßnahmen zur dauerhaften Verminderung von Luftverunreinigungen festlegt. Fraglich ist, ob Dieselfahrverbote eine rechtmäßige Maßnahme darstellen, die im Rahmen der Aufstellung des Plans in Betracht gezogen werden muss. Ein wichtiges Problem ist hierbei die Frage nach der erforderlichen Ermächtigungsgrundlage.

## Leitsätze

Wenn der Jahresmittelgrenzwert von 40 µg/m<sup>3</sup> NO<sub>2</sub> überschritten wird und das Verhängen von Dieselfahrverboten die einzige Möglichkeit darstellt, die Überschreitung schnellstmöglich zu beheben, muss diese Möglichkeit gemäß dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts genutzt werden. Das ergibt sich aus Art. 23 Abs. 1 UA. 2 RL 2008/50/EG. Entgegenstehen des nationales Recht bleibt insoweit unangewendet.

Dieselfahrverbote müssen dem unionsrechtlich gebotenen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. So muss der LRP mindestens bei zonenbezogenen Fahrverboten Ausnahmen vorsehen, beispielsweise für Anliegerinnen und Anlieger, Händlerinnen und Händler, Lieferantinnen und Lieferanten. Auch dürfen bis zum 01.09.2019 keine Fahrzeuge der Fahrzeugklasse „Euro V“ betroffen sein.

**(Leitsätze der Redaktion)**

1 Z.B. VG Hamburg, Urt. v. 05.11.2014 – 9 K 1280/13; VG München, Urt. v. 09.10.2012 – M 1 K 12/1046; VG Wiesbaden, Urt. v. 10.10.2011 – 4 K 757/11.WI.

2 Weise, Verkehrsverbote für Dieselmotorkraftfahrzeuge zur Einhaltung der Immissionsgrenzwerte für Stickstoffdioxid außerhalb von Umweltzonen, I+E 2016, 114 (114); so den Prognosen in einigen LRP zu entnehmen: 3. Fortschreibung des LRP Stuttgart, [https://rp.baden-wuerttemberg.de/rps/Abt5/Ref541/Luftreinhalteplan/541\\_s\\_luft\\_stutt\\_LRP\\_3\\_FS\\_Entw.pdf](https://rp.baden-wuerttemberg.de/rps/Abt5/Ref541/Luftreinhalteplan/541_s_luft_stutt_LRP_3_FS_Entw.pdf), (Stand: 01.06.2018), S. 69; 2. Fortschreibung des LRP Hamburg, <http://www.hamburg.de/contentblob/9024022/7dde37bb04244521442fab91910fa39c/data/d-lrp-2017.pdf>, (Stand: 01.06.2018), S. 109, 119.

3 VG Stuttgart, Urt. v. 26.07.2017 – 13 K 5412/15; VG Düsseldorf, Urt. v. 13.09.2016 – 3 K 7695/15.

4 BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 – 7 C 26/16; 7 C 30/17.

5 Faßbender, Der Dieselskandal und der Umweltschutz, NJW 2017, 1995 (2000f.); Weise (Fn. 2), I+E 2016, 114 (114); <https://www.umweltbundesamt.de/themen/luft/luftschadstoffe/stickstoffoxide>, (Stand: 15.05.2018).

6 Bericht über die Luftqualität des Landesamts für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz NRW, [https://www.lanuv.nrw.de/fileadmin/lanuv/luft/immissionen/ber\\_trend/Bericht\\_ueber\\_die\\_Luftqualitaet\\_im\\_Jahr\\_2016.pdf](https://www.lanuv.nrw.de/fileadmin/lanuv/luft/immissionen/ber_trend/Bericht_ueber_die_Luftqualitaet_im_Jahr_2016.pdf), (Stand: 01.06.2018), Anlage 5 Abbildung 2; 3. Fortschreibung des LRP Stuttgart (Fn. 2), S. 34, 39.

## Gutachterliche Lösung

Die Klage der DUH hat Aussicht auf Erfolg, sofern sie zulässig und soweit sie begründet ist.

### A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

#### B. Zulässigkeit

##### I. Statthafte Klageart

###### 1. Verpflichtungsklage

###### 2. Allgemeine Leistungsklage

##### II. Klagebefugnis

##### III. Klagefrist/Verwirkung

##### IV. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

##### V. Richtiger Klagegegner

##### VI. Allg. Rechtsschutzbedürfnis

##### VII. Ergebnis der Zulässigkeit

### A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Aufdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich. Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs richtet sich daher nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Es bedarf zunächst einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlich ist. Nach der Sonderrechtstheorie ist dies der Fall, wenn durch die Norm allein ein Träger öffentlicher Gewalt als solcher berechtigt oder verpflichtet wird.<sup>7</sup> § 47 Abs. 1 S. 1 BImSchG verpflichtet einzig die zuständige Behörde, also einen Träger öffentlicher Gewalt. Streitentscheidende Norm ist folglich eine Norm des öffentlichen Rechts. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist auch eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben. Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

### B. Zulässigkeit

Die Klage der DUH müsste zulässig sein.

### I. Statthafte Klageart

Die Klage der DUH müsste zunächst statthaft sein. Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren, § 88 VwGO. Die DUH begehrt die Änderung des LRP.

#### 1. Verpflichtungsklage

Als statthafte Klageart käme zunächst gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO die Verpflichtungsklage in Betracht. Diese ist statthaft, wenn ein LRP ein Verwaltungsakt i.S.d. § 1 Abs. 1 NVwVfG<sup>8</sup> i.V.m. § 35 S. 1 VwVfG ist. Ein erforderliches Merkmal des Verwaltungsakts ist seine Regelungswirkung nach außen. Hieran fehlt es, wenn ein reines Verwaltungsinternum vorliegt, welches nur der Vorbereitung zum Erlass eines oder mehrerer Verwaltungsakte dient.<sup>9</sup> Die Regelung des § 45 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 47 Abs. 1 S. 1 BImSchG ermächtigt nicht zum Eingriff in private Rechte, vielmehr bedürfen die einzelnen im LRP vorgesehenen Maßnahmen jeweils spezieller gesetzlicher Ermächtigungen und des Erlasses der auf diese gestützten Einzelfallregelungen. Der LRP hat dahingehend eher einen programmatischen Charakter und ist seiner Rechtsnatur nach einer internen Verwaltungsvorschrift ähnlich.<sup>10</sup> Dem LRP der S fehlt es an der Regelungswirkung nach außen. Ein Verwaltungsakt liegt mithin nicht vor, sodass die Verpflichtungsklage als statthafte Klageart ausscheidet.

#### 2. Allgemeine Leistungsklage

Indes könnte die allgemeine Leistungsklage statthaft sein. Diese ist in der VwGO nicht ausdrücklich geregelt, wird aber z.B. in den §§ 43 Abs. 2, 111 und 113 Abs. 4 VwGO erwähnt. Die allgemeine Leistungsklage ist auf jedes behördliche Verhalten – gleich ob Tun, Dulden oder Unterlassen – gerichtet, das nicht Verwaltungsakt ist.<sup>11</sup> Die begehrte Änderung des LRP ist ein Tun der Behörde. Mithin ist die allgemeine Leistungsklage die statthafte Klageart.

<sup>8</sup> Auf diesen Verweis wird im Folgenden verzichtet.

<sup>9</sup> Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2018, § 35 Rn. 148.

<sup>10</sup> BVerwGE 128, 278 (288); BVerwG NVwZ 2012, 1175 (1176).

<sup>11</sup> Pietzker in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung (Fn.7), § 42 Abs. 1 Rn. 150.

<sup>7</sup> Ehlers/Schneider in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 33. EL Juni 2017, § 40 Rn. 226.

**II. Klagebefugnis**

Die allgemeine Leistungsklage erfordert nach überwiegender Auffassung analog § 42 Abs. 2 VwGO das Vorliegen einer Klagebefugnis. Dies dient der Ausschaltung von der VwGO fremden Popularklagen.<sup>12</sup> § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4a UmwRG i.V.m. Ziff. 2.2 der Anlage 5 UVPG regelt ausdrücklich, dass Umweltverbände bei Klagen auf Erlass oder Fortschreibung eines LRP klagebefugt sind. Die DUH ist ein gem. § 3 UmwRG anerkannter Umweltverband und somit gem. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4a UmwRG i.V.m. Ziff. 2.2 der Anlage 5 UVPG klagebefugt.

**III. Klagefrist/Verwirkung**

Eine Klagefrist ist für die allgemeine Leistungsklage nicht vorgesehen. Anzeichen für eine Verwirkung des Klagerechts sind nicht ersichtlich.

**IV. Beteiligten- und Prozessfähigkeit**

Die DUH ist als eingetragener Verein eine juristische Person und damit gem. §§ 61 Nr. 1 Alt. 2, 63 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig. Gem. § 62 Abs. 3 Hs. 1 Alt. 1 VwGO handeln für Vereinigungen ihre gesetzlichen Vertreter und Vorstände. Nach § 26 Abs. 1 S. 2 BGB wird der Verein vom Vorstand vertreten, womit die DUH prozessfähig ist. Die Stadt S ist als kommunale Gebietskörperschaft eine juristische Person des öffentlichen Rechts und somit gem. §§ 61 Nr. 1 Alt. 2, 63 Nr. 2 VwGO beteiligtenfähig. Die Stadt S ist gem. § 62 Abs. 3 Hs. 1 Alt. 2 VwGO i.V.m. § 86 Abs. 1 S. 2 NKomVG prozessfähig und wird von ihrer Hauptverwaltungsbeamtin oder ihrem Hauptverwaltungsbeamten, in der kreisfreien Stadt nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 NKomVG die Oberbürgermeisterin oder der Oberbürgermeister, vertreten.

**V. Richtiger Klagegegner**

Der richtige Klagegegner folgt bei der allgemeinen Leistungsklage aus dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip, wonach die Klage gegen diejenige Körperschaft zu richten ist, gegenüber der der Kläger das

von ihm geltend gemachte Recht behauptet.<sup>13</sup> Rechtsträger ist hier die Stadt S und somit richtiger Klagegener.

**VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**

Ein leichter oder effektiverer Weg als die Klage, um das Begehren der DUH auf Änderung des LRP zu erreichen, ist nicht ersichtlich. Eine Pflicht zur vorherigen Antragstellung besteht bei der allgemeinen Leistungsklage nicht.<sup>14</sup>

**VII. Ergebnis der Zulässigkeit**

Die Klage der DUH ist als allgemeine Leistungsklage zulässig.

**C. Begründetheit**

I. Anspruchsgrundlage § 47 Abs. 1 S. 1 BImSchG

II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

1. Zuständigkeit

2. Amtspflicht ab Überschreitung der Jahresmittelwerte

III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

1. Tatbestand des § 47 Abs. 1 S. 1 BImSchG

2. Rechtsfolge

a) Abwägungsdefizit

aa) Ermächtigungsgrundlage (!)

bb) Formelle und Materielle Rechtmäßigkeit

**b) Ermessensreduzierung auf Null (!)**

c) Zwischenergebnis

IV. Ergebnis der Begründetheit

D. Ergebnis

**C. Begründetheit**

Die allgemeine Leistungsklage ist begründet, soweit die DUH Anspruch auf Änderung des Luftreinhalteplans dahingehend hat, dass dieser die erforderlichen Maßnahmen zur schnellstmöglichen Einhaltung des Jahresmittelgrenzwertes enthält.

<sup>13</sup> Schoch in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 7), § 78 Rn. 48.

<sup>14</sup> BVerwG Beck RS 2003, 21180.

<sup>12</sup> BVerwGE 17, 87 (91); 36, 192 (199).

## I. Anspruchsgrundlage § 47 Abs. 1 S. 1 BImSchG

Anspruchsgrundlage ist § 47 Abs. 1 S. 1 BImSchG.

## II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

### 1. Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit der S ergibt sich aus § 1 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Ziff. 8.1.1.9 der Anlage Zust-VO-Umwelt-Arbeitsschutz, die örtliche aus § 3 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG.

### 2. Amtspflicht ab Überschreitung der Jahresmittelwerte

Der Erlass eines Luftreinhalteplans ist bei Überschreitung der Jahresmittelwerte eine Amtspflicht der Behörde.<sup>15</sup> Die Behörde muss folglich von sich aus tätig werden.

## III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

### 1. Tatbestand

Zunächst müsste der Tatbestand des § 47 Abs. 1 S. 1 BImSchG erfüllt sein. Das ist der Fall, wenn die Immissionsschutzwerte aus §§ 47 Abs. 1 S. 1, 48a Abs. 1 BImSchG, § 3 Abs. 2 39. BImSchV überschritten sind und keine sofortigen Anordnungen zur Behebung der Überschreitung ausreichend erscheinen.<sup>16</sup> Gem. § 3 Abs. 2 39. BImSchV liegt der zulässige NO<sub>2</sub>-Jahresmittelgrenzwert bei 40 µg/m<sup>3</sup>. Der über das Jahr 2017 gemessene Mittelwert der C-Straße liegt bei 59 µg/m<sup>3</sup>. Aufgrund des deutlich zu hohen Jahresmittelwerts sind keine sofort anordnungsfähigen Maßnahmen ersichtlich, die die Überschreitung zeitnah beseitigen können. Der Tatbestand des § 47 Abs. 1 S. 1 BImSchG ist erfüllt.

### 2. Rechtsfolge

Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 47 Abs. 1 S. 1 BImSchG, liegt eine gebundene Entscheidung vor. Insofern hat die zuständige Behörde

einen LRP zu erlassen. Ob ein LRP erlassen wird, kann sie daher nicht entscheiden. Bezüglich der Gestaltung des LRP kommt der zuständigen Behörde indes ein Planungsspielraum zu, sie hat ein Planungsermessen, „wie“ sie den LRP gestaltet.<sup>17</sup> Inwieweit und nach welchen Maßstäben ein Planungsermessen gerichtlich überprüfbar ist, ist nicht abschließend geklärt. Schwierigkeiten bereiten regelmäßig die komplexen, mehrdimensionalen Abwägungsprozesse zwischen teils in Konflikt stehenden Zielen.<sup>18</sup> Es ergeben sich einige Besonderheiten zu der gewöhnlichen Ermessensprüfung.<sup>19</sup>

Das Planungsermessen bzgl. eines LRP hat seinen Schwerpunkt in der Gestaltung des LRP. Dieses Gestaltungsermessen lässt sich wiederum in eine zweistufige Vorgehensweise unterteilen. Auf der ersten Stufe müssen alle grundsätzlich geeigneten Maßnahmen auf ihre Wirksamkeit hin geprüft werden.<sup>20</sup> Auf zweiter Stufe müssen die Maßnahmen ausgewählt werden, mit denen der Jahresmittelgrenzwert am schnellsten erreicht werden kann.<sup>21</sup> Dieses sogenannte Minimierungsgebot folgt aus § 47 Abs. 1 S. 3 BImSchG, § 27 Abs. 3 39. BImSchV, orientierend an Art. 23 Abs. 1 UA. 2 S. 1 RL 2008/50/EG. Es enthält eine zeitliche Vorgabe, die nicht zur Disposition der Planungsbehörde steht.<sup>22</sup> Danach ist die Schadstoffbelastung im Sinne eines effektiven Gesundheitsschutzes möglichst schnell auf den vor-

17 VG Sigmaringen, Urt. v. 22.10.2014 – 1 K 154/12, zitiert nach juris Rn. 41; Jarras in: Jarras (Fn. 15), § 47 Rn. 12; Halmschlag, Anm. zu VG Wiesbaden, Urt. v. 30.06.2015 – 4 K 97/15.WI, jurisPR-UmwR 12/2015 Anm. 4.

18 Gerhard in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 7), VwGO, § 40 Rn. 28; Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. 2015, Rn. 602; Waechter, Polizeiliches Ermessen zwischen Planungsermessen und Auswahlermessen, VerwArch 88 (1997), 298 (312).

19 BVerwGE 55, 220 (226); Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 9), § 40 Rn. 42; Gerhard in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 7), VwGO, § 40 Rn. 28.

20 VG Wiesbaden, Urt. v. 30.06.2015 – 4 K 97/15.WI, zitiert nach juris Rn. 16; Hansmann/Röckinghausen in: Landmann/Rohmer (Fn. 16), § 47 BImSchG Rn. 23f.

21 BVerwG NVwZ 2014, 64 (69); VG Sigmaringen, Urt. v. 22.10.2014 – 1 K 154/12 – juris Rn. 49; Halmschlag, Anm. zu VG Stuttgart, Urt. v. 26.07.2017 – 13 K 5412/15, jurisPR-UmwR 11/2017 Anm. 1.

22 VG Stuttgart, Urt. v. 26.07.2017 – 13 K 5412/15, zitiert nach juris Rn. 143.

15 Jarras in: Jarras, Bundesimmissionsschutzgesetz, 12. Aufl. 2017, § 47 Rn. 12.

16 VG Stuttgart, Urt. v. 26.07.2017 – 13 K 5412/15 – juris Rn. 142; Jarras in: Jarras (Fn. 15), § 47 Rn. 8, 11; Hansmann/Röckinghausen in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 84. EL Juli 2017, § 47 BImSchG Rn. 12.



gegebenen Grenzwert zu reduzieren. Das Gestaltungsermessen der Behörde wird insofern gesetzlich gelenkt, wenn lediglich die Auswahl einer Maßnahme eine baldige Reduzierung erwarten lässt.<sup>23</sup> Letztendlich müssen die ausgewählten Maßnahmen auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Dieser ergibt sich aus dem Wesen der Grundrechte, dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG, aber auch aus § 47 Abs. 4 S. 1 BImSchG.<sup>24</sup> Fraglich ist demzufolge, ob die Behörde ermessensfehlerfrei, das heißt insbesondere ohne Abwägungsfehler im Rahmen der Gestaltung des LRP, gehandelt hat.

#### a) Abwägungsdefizit

Es könnte ein Abwägungsdefizit vorliegen, wenn S nicht alle grundsätzlich geeigneten Maßnahmen für die Umsetzung in Betracht gezogen hat. Ein Abwägungsdefizit im Rahmen eines planerischen Ermessens liegt vor, wenn die Behörde nicht alle Maßnahmen in die Abwägung einbezogen oder sie falsch gewichtet hat.<sup>25</sup> Als grundsätzlich geeignete Maßnahmen kommen alle behördlichen Aktivitäten in Betracht, die rechtmäßig sind.<sup>26</sup> S hat Dieselfahrverbote zwar auf ihren Effekt überprüft. Gleichzeitig wurden Dieselfahrverbote mit der Begründung nicht für die Umsetzung in Betracht gezogen, dass es sich dabei um eine rechtswidrige Maßnahme handle. Konkret meint S, es mangle an einer Ermächtigungsgrundlage. Es bedürfe erst dem Handeln des Bundesgesetzgebers, bspw. in Form der „Blauen Plakette“. Wenn die rechtliche Einschätzung der S zutrifft, dann musste sie Dieselfahrverbote nicht als mögliche Maßnahme miteinbeziehen. Ein Abwägungsdefizit läge insofern nicht vor. Fraglich ist, ob es sich bei Dieselfahrverboten tatsächlich um eine rechtswidrige Maßnahme handelt.

#### aa) Ermächtigungsgrundlage

Zunächst müsste eine Ermächtigungsgrundlage vorliegen. Gemäß dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG bedarf es bei Eingriffen in Grundrechte, mindestens in Art. 2 Abs. 1 GG, einer Ermächtigungsgrundlage in Form eines formellen und materiellen Gesetzes.<sup>27</sup> Verhängt die S Dieselfahrverbote, werden die betroffenen Eigentümerinnen und Eigentümer stark in den Nutzungsrechten an ihren dieselebetriebenen Autos eingeschränkt. Es liegt ein Eingriff i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG vor. Eine Ermächtigungsgrundlage ist folglich erforderlich. Fraglich ist, welche Norm als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommt.

**Anmerkung:** Dieselfahrverbote stellen zumindest einen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG dar, jede Ansicht argumentiert daher mit dem Vorliegen/Nichtvorliegen einer Ermächtigungsgrundlage.

Im Kern geht es um § 40 Abs. 1 BImSchG: „Die zuständige Straßenverkehrsbehörde beschränkt oder verbietet den Kraftfahrzeugverkehr nach Maßgabe der straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften, soweit ein Luftreinhalteplan (...) dies [vorsieht]. Die Straßenverkehrsbehörde kann (...) Ausnahmen von Verboten oder Beschränkungen des Kraftfahrzeugverkehrs zulassen, wenn unaufschiebbare oder überwiegende Gründe des Gemeinwohls dies erfordern.“ Wenn in einem LRP ein Fahrverbot festgelegt wurde, kann die Straßenverkehrsbehörde dieses nach Maßgabe der straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften verhängen. Fraglich ist, ob § 40 Abs. 1 BImSchG als Rechtsgrundlage für Dieselfahrverbote ausreicht oder zusätzlich der Tatbestand der jeweiligen straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften vorliegen muss.

Dieses hängt davon ab, ob § 40 Abs. 1 BImSchG als Rechtsfolgen- oder Rechtsgrundverweis auszulegen ist. Wäre es ein Rechtsfolgenverweis, könnte auf straßenverkehrsrechtliches Instrumentarium zurückgegriffen werden, ohne dass dessen Voraussetzungen vorliegen müssten. Bei einem Rechtsgrund-

23 BVerwG NVwZ 2014, 64 (69); VG Stuttgart, Urt. v. 26.07.2017 – 13 K 5412/15, zitiert nach juris Rn. 143; VG Düsseldorf, Urt. v. 13.09.2016 – 3 K 7695/15, zitiert nach juris Rn. 32.

24 BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 – 7 C 26/16; 7 C 30/17, zitiert nach bverwg.de Rn. 36; BVerwG NVwZ 2014, 64 (69); VG Wiesbaden, Urt. v. 30.06.2015 – 4 K 97/15.WI, zitiert nach juris Rn. 18; Hansmann/Röckinghausen in: Landmann/Rohmer (Fn. 16), § 47 BImSchG Rn. 28.

25 Bull./Mehde (Fn. 18), Rn. 605.

26 BT-Drs. 14/8450, S. 13; Jarras in: Jarras (Fn. 15), § 47 Rn. 15f.

27 Jarras in: Jarras (Fn. 15), § 47 Rn. 52.



verweis müsste indes der Tatbestand der jeweiligen straßenverkehrsrechtlichen Normen vorliegen. Straßenverkehrsrechtliche Vorschriften ergeben sich unter anderem aus der StVO. Das hierbei in Betracht kommende Instrumentarium sind einerseits streckenbezogene Fahrverbote über das Zeichen 251, andererseits zonenbezogene Fahrverbote über die Zeichen 270.1, 270.2. Die zonenbezogenen Fahrverbote sind heute schon stark verbreitet. Sie sind in Form der grünen, gelben und roten Plaketten bekannt. Das Zeichen 251 ist hingegen ein allgemeines Fahrverbot, welches für einzelne Strecken eingesetzt wird.

Neben dem § 40 Abs. 1 BImSchG und der StVO sollte im Hinterkopf behalten werden, dass das aktuelle System der §§ 47, 40 BImSchG, 39. BImSchV in nationales Recht umgesetztes Unionsrecht ist. Hierbei ist insbesondere an das Institut des Anwendungsvorrangs von Unionsrecht bei entgegenstehendem nationalen Recht zu denken.



Zeichen 251



Zeichen 270.1



Zeichen 270.2

### (1) VG Düsseldorf

Das VG Düsseldorf argumentiert damit, dass es mit § 40 Abs. 1 S. 1 BImSchG bereits eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage gebe. Diese enthalte einen Rechtsfolgenverweis auf die Regelungen der StVO. Die Dieselfahrverbote können dann durch das Zusatzzeichen 251 aus der Anlage 2 zu § 41 Abs. 1 StVO umgesetzt werden.<sup>28</sup> Hiernach würde es grundsätzlich eine Ermächtigungsgrundlage für Dieselfahrverbote geben, sodass sie je nach Art der Umsetzung rechtmäßig sein können.

<sup>28</sup> VG Düsseldorf, Urt. v. 13.09.2016 – 3 K 7695/15, zitiert nach juris Rn. 46f.

### (2) VG Stuttgart

Das VG Stuttgart kommt zu einem ähnlichen Ergebnis, begründet den Weg dorthin jedoch auf andere Weise. Es meint, offen lassen zu können, ob es sich bei § 40 Abs. 1 S. 1 BImSchG um einen Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweis handelt, denn die Durchsetzung von Dieselfahrverboten richte sich ohnehin nach dem Instrumentarium der StVO.<sup>29</sup> Maßgeblich sei § 45 Abs. 1f StVO i.V.m. Zeichen 270.1, 270.2. Das Zeichen 270.1 bestimmt den Anfang einer Umweltzone, das Zeichen 270.2 bestimmt das Ende. Von dem Verbot, in eine Umweltzone hineinzufahren, macht bis jetzt die Regelung der grünen, gelben und roten Umweltplaketten eine Ausnahme. Von dieser Ausnahme könnte nach Ansicht des Gerichts eine Rück-Ausnahme gemacht werden. Das hierfür erforderliche Zusatzzeichen sei von der Straßenverkehrsbehörde frei zu setzen.<sup>30</sup> Selbst für Dieselfahrzeuge, die bisher eine grüne, gelbe oder rote Plakette haben, würde dann ein Fahrverbot in der Umweltzone bestehen.<sup>31</sup> Demzufolge sei die Regelung in Form der Umweltzone ergänzbar. Eine Ermächtigungsgrundlage läge mit der bestehenden Regelung daher vor, sodass Dieselfahrverbote je nach anschließender Umsetzung rechtmäßig sein können.

### (3) Andere Ansicht

Eine andere Ansicht lehnt eine Ermächtigungsgrundlage für Dieselfahrverbote ab. Sie meint, dass es sich bei § 40 Abs. 1 S. 1 BImSchG um einen Rechtsgrundverweis handle. Die straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften müssten daher Raum für Dieselfahrverbote bieten. Weder die strecken- noch zonenbezogenen Verbote würden ausdrücklich Dieselfahrverbote aufgrund zu hoher NO<sub>2</sub>-Werte regeln. Eine Ermächtigungsgrundlage läge daher nicht vor.<sup>32</sup> Hiernach

<sup>29</sup> VG Stuttgart, Urt. v. 26.07.2017 – 13 K 5412/15, zitiert nach juris Rn. 249.

<sup>30</sup> VG Stuttgart, Urt. v. 26.07.2017 – 13 K 5412/15, zitiert nach juris Rn. 281.

<sup>31</sup> VG Stuttgart, Urt. v. 26.07.2017 – 13 K 5412/15, zitiert nach juris Rn. 259ff.

<sup>32</sup> Zumindest zweifelnd: VGH München NVwZ 2017, 894 (896); Lenz, Fahrverbote für Dieselfahrzeuge in Umweltzonen trotz grüner Plakette?, NVwZ 2017, 858 (861).

träfe die Argumentation der S zu. Dieselfahrverbote könnten danach nicht rechtmäßig umzusetzen sein.

#### (4) BVerwG

Das BVerwG hat in seiner Entscheidung vom 27.02.2018 die Urteile der VG Düsseldorf und Stuttgart im Ergebnis bestätigt. Dennoch teilt es nicht die Argumentation beider Gerichte. Zwar sei § 40 Abs. 1 S. 1 BImSchG die Ermächtigungsgrundlage für Fahrverbote in einem Luftreinhalteplan.<sup>33</sup> Auf Grundlage des § 40 Abs. 3 BImSchG habe der Verordnungsgeber allerdings mit abschließender Wirkung die 35. BImSchV erlassen. Diese regle die Kriterien ab wann Fahrverbote vergeben werden oder nicht. § 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Anhang 2 Abs. 1, 2 der 35. BImSchV beurteile Fahrzeuge nach dem Gesamtabgasverhalten, eine Unterscheidung zwischen Dieselantrieb und Ottomotor kenne die 35. BImSchV indes nicht.<sup>34</sup> Die 35. BImSchV regle die Einteilung in Schadstoffklassen abschließend. Daher können bei Geltung der jeweiligen Vorschriften der 35. BImSchV keine Fahrverbote für Dieselfahrzeuge verhängen werden, die nach § 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Anhang 2 Abs. 2 der 35. BImSchV zurzeit noch zugelassen sind.<sup>35</sup> Gleichzeitig gebiete es Art. 23 Abs. 1 UA. 2 RL 2008/50/EG den Zeitraum der Nichteinhaltung des Stickstoffdioxid-Jahresmittelgrenzwerts von 40 µg/m<sup>3</sup> so kurz wie möglich zu halten.<sup>36</sup> Dieselfahrverbote seien in weiten Teilen die einzige Maßnahme, die noch in Betracht käme, um diesen Zustand zu beheben. Indem die nationale Rechtslage mit der abschließenden Regelung der 35. BImSchV für einen unionsrechtswidrigen Zustand Sorge, müsse der allgemeine Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts beachtet werden. Entgegenstehendes Recht bleibe gemäß dieses

Grundsatzes unangewendet, soweit es im Einzelfall gegen Unionsrecht verstoße und der unionsrechtlich vorgegebene Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingehalten werden könne.<sup>37</sup> Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts erstreckte sich auch auf die straßenverkehrsrechtliche Umsetzung. Es könne daher sowohl die Frage nach Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweis, als auch das Verhältnis zwischen § 41 Abs. 1 StVO i.V.m. dem allgemeinen Zeichen 251 und § 45 Abs. 1f StVO i.V.m. Zeichen 270.1, 270.2 dahinstehen.<sup>38</sup> Die geringe Erfolgsquote aller anderen Maßnahmen zeigt, dass Dieselfahrverbote in S die einzige Maßnahme darstellen, die schnellstmöglich zur Erreichung des Grenzwertes führen. Im Sinne des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts hätten diese vorliegend berücksichtigt werden müssen. Entgegenstehendes deutsches Recht würde insoweit unangewendet bleiben, als dass Dieselfahrverbote dadurch rechtswidrig wären.

#### (5) Stellungnahme

Da die Ansichten zu einem unterschiedlichen Ergebnis kommen, ist Stellung zu beziehen. Für die Argumentation des VG Düsseldorf, § 40 Abs. 1 BImSchG sei ein Rechtsfolgenverweis und damit ausreichende Ermächtigungsgrundlage, spricht zunächst, dass der Tatbestand der Norm die Voraussetzungen sehr eindeutig regelt.<sup>39</sup> Dem Sinn und Zweck des § 40 Abs. 1 BImSchG, Verkehrsverbote so weit wie nötig zu ermöglichen, entspricht eine zusätzliche Einschränkung durch straßenverkehrsrechtliche Vorschriften nicht.<sup>40</sup> Gegen die Anwendung der streckenbezogenen Fahrverbote auf Grundlage des Zeichens 251 der Anlage 2 zu § 41 Abs. 1 StVO spricht indes, dass es für Fahrverbote in Luftreinhalteplänen den spezielleren § 45 Abs. 1f StVO gibt. Dieser sieht

33 BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 – 7 C 26/16; 7 C 30/17, zitiert nach bverwg.de Rn. 18; 21.

34 BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 – 7 C 26/16; 7 C 30/17, zitiert nach bverwg.de Rn. 22ff.; 25ff.

35 BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 – 7 C 26/16; 7 C 30/17, zitiert nach bverwg.de Rn. 26f.; 29f.

36 EuGH, Urt. v. 22.02.2018 – C-336/16, zitiert nach juris Rn. 94ff.; EuGH, Urt. v. 05.04.2017, C-488/15 zitiert nach juris Rn. 89ff.; BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 – 7 C 26/16; 7 C 30/17, zitiert nach bverwg.de Rn. 31f.; 34f.

37 EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-664/15, zitiert nach juris Rn. 55f.; BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 – 7 C 26/16; 7 C 30/17, zitiert nach bverwg.de Rn. 34; 37.

38 BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 – 7 C 26/16 – bverwg.de Rn. 51f.

39 VG Düsseldorf, Urt. v. 13.09.2016 – 3 K 7695/15, zitiert nach juris Rn. 47; Brenner, Blaue Plakette durch die Hintertür?, DAR 2018, 52 (53f.).

40 Faßbender (Fn. 5), NJW 2017, 1995 (1996f.); Weise (Fn. 2), I+E 2016, 114 (117).

zonenbezogene Fahrverbote auf Grundlage der Zeichen 270.1, 270.2 vor und sperrt aufgrund der Spezialität die Anwendung des Zeichens 251 der Anlage 2 zu § 41 Abs. 1 StVO für zonenbezogene Fahrzeuge.<sup>41</sup>

Der Anwendung des § 45 Abs. 1f StVO steht wiederum entgegen, dass er Fahrverbote in der Umweltzone umsetzt, die auf Grundlage der Klassifizierung aus der 35. BImSchV bestehen.<sup>42</sup> Wenn diese Klassifizierung abschließend ist, so kann auch § 45 Abs. 1f StVO in der Folge keine Fahrzeuge umfassen, die sich nach der 35. BImSchV nicht von einem Fahrverbot belegen lassen. Für die abschließende Regelung der 35. BImSchV spricht insbesondere, die ausdifferenzierte Unterteilung der Schadstoffklassen nach Gesamtabgaswerten und ergibt sich auch aus dem historischen Willen des Verordnungsgebers eine bundeseinheitliche Regelung zu schaffen, die die Einteilung aller Fahrzeuge anhand gleicher Maßstäbe ermöglicht.<sup>43</sup>

Indes ist der Anwendungsvorrang des Unionsrechts ein lange anerkannter Rechtsgrundsatz. Gem. Art. 23 GG sowie der notwendigen, effizientesten Handlungsfähigkeit der Europäischen Union – *effet utile* – bleibt entgegenstehendes nationales Recht insoweit unangewendet, als dass es der Umsetzung von Unionsrecht entgegensteht. Schließlich würde es diesen beiden Grundgedanken widersprechen, wenn die Mitgliedstaaten sich auf unionaler Ebene verpflichten und auf nationaler Ebene eben diese Verpflichtung behindern.<sup>44</sup>

Daraus ergibt sich, dass in den Fällen, in denen Dieselfahrverbote die einzige Maßnahme zur schnellstmöglichen Begrenzung der Überschreitung darstellen, weder die abschließende Regelung der 35. BImSchV, noch eine etwaige Spezialität des § 45 Abs. 1f StVO im Weg stehen dürfen. Im Sinne des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts sind dem-

zufolge sowohl strecken-, als auch zonenbezogene Fahrverbote zu ermöglichen.<sup>45</sup> Dass ein Verstoß gegen Art. 23 Abs. 1 UA. 2 RL 2008/50/EG dies gebietet, bestätigen auch die Urteile des EuGH im Verfahren gegen die Stickstoffdioxidbelastung in Polen und Bulgarien.<sup>46</sup>

Somit ist der Ansicht des BVerwG zu folgen. Dieselfahrverbote stellen vorliegend die einzige Maßnahme dar, die zu einer schnellen Reduzierung der Luftverschmutzung durch NO<sub>2</sub>-Werte führen können. Gemäß dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts muss die Umsetzung von Dieselfahrverboten in der C-Straße ermöglicht werden. Alle einer Ermächtigungsgrundlage entgegenstehenden Norm bleiben insoweit unangewendet.

#### **bb) Formelle und materielle Rechtmäßigkeit**

Dieselfahrverbote müssten des Weiteren formell und materiell rechtmäßig umzusetzen sein. Hierbei ist insbesondere auf die Verhältnismäßigkeit zu achten. Denkbar wären beispielsweise Ausnahmen für Anliegerinnen und Anlieger oder Händlerinnen und Händler, „Euro V“ und „Euro VI“-Fahrzeuge. Wie Dieselfahrverbote bei einer Umsetzung tatsächlich gestaltet werden würden, bleibt allerdings im Gestaltungsermessen der S. Es ist festzuhalten, dass eine formell wie materiell rechtmäßige Umsetzung aber möglich ist.

#### **cc) Zwischenergebnis**

Dieselfahrverbote können rechtmäßige Maßnahmen darstellen. Sie hätten daher zur Umsetzung in Betracht gezogen werden müssen. Das hat S nicht getan. Ein Abwägungsdefizit liegt vor.

#### **b) Ermessensreduzierung auf Null**

Fraglich ist indes, ob sogar eine Ermessensreduzie-

<sup>41</sup> Lenz (Fn. 32), NVwZ 2017, 858 (859).

<sup>42</sup> BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 – 7 C 26/16, zitiert nach bverwg.de Rn. 51; VGH München NVwZ 2017, 894 (896); Lenz (Fn. 32), NVwZ 2017, 858 (861).

<sup>43</sup> BR-Drs. 162/06, S. 1, 21; BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 – 7 C 26/16; 7 C 30/17, zitiert nach bverwg.de Rn. 23ff.; 27ff.

<sup>44</sup> EuGH EuZW 2010, 177 (182); BVerfGE 126, 286 (301ff.); Ruffert in: Callies/Ruffert, Kommentar zum EUV und AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 1 Rn. 17.

<sup>45</sup> BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 – 7 C 26/16; 7 C 30/17, zitiert nach bverwg.de Rn. 27, 34; 30, 37.

<sup>46</sup> Zu Polen: EuGH, Urt. v. 22.02.2018, C-336/16, in dem der EuGH die Festlegung einer Frist von 10 bis 14 Jahren zur Erreichung der Schadstoffgrenze trotz angeführter sozioökonomischer und haushaltspolitischer Probleme in Polen als zu lang angesehen hat; Zu Bulgarien: EuGH, Urt. v. 05.04.2017, C-488/15.

rung auf Null hinsichtlich des Gestaltungsermessens vorliegt. Diese liegt vor, wenn nur eine einzige Entscheidung ermessensfehlerfrei möglich ist.<sup>47</sup> Innerhalb von vier Jahren kann der Grenzwert nur durch Dieselfahrverbote für Fahrzeuge unter der Klasse „Euro VI“ in Kombination mit anderen Maßnahmen ansatzweise erreicht werden. Andere Maßnahmen, die zu ähnlich großen Erfolgen führen, sind nicht ersichtlich. Das Gestaltungsermessen der S ist entsprechend des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts sowie des Minimierungsgebots insoweit eingeschränkt, als dass sie zum schnellen Erreichen der Zielwerte nur noch Dieselfahrverbote in Kombination mit den anderen Maßnahmen in dem LRP vorschreiben kann. Die Gestaltung von Dieselfahrverboten bleibt allerdings vielfältig, insbesondere indem es der S obliegt, die besonderen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu gewährleisten. Wegen dieses restlichen Gestaltungsspielraums, durch den sich ein Planungsermessen gerade auch kennzeichnet, gibt es nicht nur eine Entscheidung, die ermessensfehlerfrei wäre. Eine Ermessensreduzierung auf Null liegt folglich nicht vor.

#### c) Zwischenergebnis

Es besteht ein Abwägungsdefizit. Das Planungsermessen wurde nicht ermessensfehlerfrei ausgeübt.

#### IV. Ergebnis der Begründetheit

Die DUH hat Anspruch auf Änderung des LRP um die Maßnahmen, die zu einer schnellstmöglichen Einhaltung des Jahresmittelgrenzwertes führen. Sollten sich die bisherigen Prognosen der Stadt S weiterhin bestätigen, sind das namentlich Dieselfahrverbote für Fahrzeuge unter der Klasse „Euro VI“ in Kombination mit den anderen Maßnahmen.

#### D. Ergebnis

Die Klage ist zulässig und begründet und hat somit Aussicht auf Erfolg.

## Fazit

Aufgabe des BVerwG war und ist es nicht eine (vermeintlich) politisch wünschenswerte Entscheidung zu treffen, sondern unter Anwendung unions- sowie nationalrechtlicher Grundsätze geltendes Recht auszulegen und eventuelle rechtliche Bewertungsfehler der VG Düsseldorf und VG Stuttgart zu benennen. Ob und wie betroffene Städte ihre LRP in der Folgezeit anpassen werden bzw. wie die Verwaltungsgerichte entscheiden werden, wenn sie es nicht tun, wird sich zeigen.

Indes obliegt es dem Gesetzgeber, eine eindeutige Rechtsgrundlage zu schaffen. Eine solche Möglichkeit wäre die sogenannte „Blaue Plakette“, die einen Zusatz zu den grünen, gelben und roten Plaketten darstellen und eine Bewertung nach Stickoxidwerten vornehmen würde. Obwohl das BVerwG die „Blaue Plakette“ ausdrücklich empfohlen hat, sieht es derzeit nicht nach einer entsprechenden Mehrheit im Bundestag aus, sodass es weiterhin den Kommunen überlassen bleibt, unter Beachtung der Rechtsauffassung des BVerwG den Weg für Dieselfahrverbote freizumachen.

Obwohl der Fall viele fachspezifische Kenntnisse erfordert, finden sich einige Institute des allgemeinen Verwaltungsrechts in der Fallbearbeitung wieder. So ist die Ermessensreduzierung auf Null im Rahmen der Rechtsfolge ein gängiger Prüfungsabschnitt. Auch ist das Planungsermessen über § 1 Abs. 3 BauGB examensrelevant, zumindest sind Grundkenntnisse erforderlich. Das Erfordernis oder auch die Konstruktion einer Ermächtigungsgrundlage bilden zudem eine wichtige Grundlage, um den Vorbehalt des Gesetzes tatsächlich zu verstehen, statt ihn schematisch abzuhandeln. Letzten Endes gewinnt auch der Anwendungsvorrang des Unionsrechts im Verwaltungsrecht immer mehr an Bedeutung. Bei diesem Rechtsgrundsatz sei an Fallkonstellationen um Art. 108 Abs. 3 AEUV zu denken.

<sup>47</sup> Bull/Mehde (Fn. 18) Rn. 598; Dettnerbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl. 2017, Rn. 336.

Eine weitere studienrelevante Fallkonstellation wären die Rechtsschutzmöglichkeiten von Fahrzeughaltern, die infolge der Entscheidung des BVerwG von einem Dieselfahrverbot betroffen sein könnten. So ist fraglich, inwieweit eine Klage auf Änderung des LRP Aussicht auf Erfolg hätte oder die Anfechtung des als Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG qualifizierten Dieselfahrverbotszeichens in Betracht käme. Auch zivilrechtliche Fragestellungen, wie die Aufklärungspflichten im Autogewerbe über den NO<sub>2</sub>-Ausstoß, Herstellerpflichten in Bezug auf eine etwaige Nachrüstung, neue Produktionen oder auch Schadenersatzansprüche sind mit der Thematik eng verknüpft.



## Rechtsprechung: Zivilrecht

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

### **BGH, Urteil vom 01.06.2017 – VII ZR 95/16**

**Gutachterliche Pflichten:** Ein Gutachter, der dem Geschädigten eines Verkehrsunfalls die Erstellung eines Gutachtens zu den Schäden an dem Unfallfahrzeug zu einem Honorar anbietet, das deutlich über dem ortsüblichen Honorar liegt, muss diesen über das Risiko aufklären, dass der gegnerische Kfz-Haftpflichtversicherer das Honorar nicht in vollem Umfang erstattet.

### **OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.7.2017 – I-9 U 35/17**

**Blendend:** Gegenüber wesentlichen Blendwirkungen von Photovoltaikanlagen hat der gestörte Nachbar keine Duldungspflicht.

### **BGH, Urteil vom 27.09.2017 – VIII ZR 271/16, NJW 2018, 146**

**Gewährleistungsausschluss:** Der Verkäufer kann im Hinblick auf die in § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB getroffene gesetzgeberische Wertung grundsätzlich seine Haftung nicht nur für das Fehlen einer üblichen und vom Käufer zu erwartenden Beschaffenheit, sondern auch für das Fehlen von Eigenschaften ausschließen, deren Vorhandensein der Käufer nach den vom Verkäufer abgegebenen öffentlichen Äußerungen berechtigterweise erwarten kann.

### **BGH, Urteil vom 19.12.2017 – VI ZR 577/16, BeckRS 2017, 140823**

**§§ 249, 254 BGB:** Die Ersatzfähigkeit eines Rückstufungsschadens in der Kfz-Kaskoversicherung kann nicht mit der Begründung verneint werden, dass dieser nur im Hinblick auf den eigenen Haftungsanteil des Geschädigten eingetreten sei, denn der Nachteil der effektiven Prämienerrhöhung tritt - unabhängig von der Regulierungshöhe - allein dadurch ein, dass Versicherungsleistungen in der Kaskoversicherung in Anspruch genommen werden. Kommt es hierzu durch ein Ereignis, das teils vom Schädiger, teils vom Versicherungsnehmer zu vertreten ist, so ist der Schaden wie jeder andere nach den hierfür geltenden Regeln zu teilen.

**BGH, Urteil vom 06.02.2018 – VI ZR 76/17, BeckRS 2018, 1728**



**Caroline von Monaco 2018:** Kein Anspruch auf Löschung von Bildern beim Supermarkteinkauf. Die herausgehobene politische Bedeutung Christian Wulffs als Inhaber des höchsten Staatsamtes und das berechtigte öffentliche Interesse an seiner Person endeten nicht mit seinem Rücktritt vom Amt des Bundespräsidenten; die besondere Bedeutung des Amtes wirkt vielmehr nach.

**BGH, Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463**

**Bauherrenvorfinanzierung:** Zukünftig keine fiktive Schadensbemessung von Mängelbeseitigungskosten im Baurecht mehr.

**BGH, Urteil vom 28.02.2018 – VIII ZR 157/17, NZM 2018, 320**

**Fristsetzung bei Schäden an der Mietsache:** Schäden an der Sachsubstanz der Mietsache, die durch eine Verletzung von Obhutspflichten des Mieters entstanden sind, hat dieser nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB als Schadensersatz neben der Leistung nach Wahl des Vermieters durch Wiederherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB) oder durch Geldzahlung (§ 249 Abs. 2 BGB) zu ersetzen. Einer vorherigen Fristsetzung des Vermieters bedarf es dazu nicht. Das gilt unabhängig von der Frage, ob es um einen Schadensausgleich während eines laufenden Mietverhältnisses oder nach dessen Beendigung geht.

**BGH, Urteil vom 10.04.2018 – VI ZR 396/16**

**Wächter der Öffentlichkeit:** Die Verbreitung nicht genehmigter Filmaufnahmen über Betriebsinterna, zu denen auch die Produktionsbedingungen gehören, stellt grundsätzlich einen betriebsbezogenen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar. Die Veröffentlichung rechtswidrig beschaffter oder erlangter Informationen ist vom Schutz der Meinungsfreiheit umfasst.

**BGH, Urteil vom 09.05.2018 – VIII ZR 26/17**



**Zur Alternativität von Minderung und Schadensersatz statt der Leistung:** Mit der wirksamen Ausübung der Minderung hat ein Käufer zugleich das ihm vom Gesetz eingeräumte Wahlrecht zwischen Festhalten am und Lösen vom Kaufvertrag „verbraucht“. Das Sachmangelgewährleistungsrecht verlangt dem Käufer einer mangelhaften Sache im Rahmen von § 437 BGB die grundlegende Entscheidung ab, ob er den Kaufvertrag (unter Liquidation entstandener Vermögenseinbußen) weitergelten lassen oder ob er sich von diesem lösen will.

**BGH, Urteil vom 15.05.2018 – VI ZR 233/17**

**Dashcamrechtsprechung:** Wer in seinem Fahrzeug permanent eine Dashcam mitlaufen lässt, begeht zwar einen Datenschutzverstoß. Bei einem Unfall sind die Aufnahmen aber trotzdem verwertbar, jedenfalls besteht kein automatisches Beweisverwertungsverbot.

## Rechtsprechung: Öffentliches Recht

In unserer digitalen Reihe „**Eine Woche - Eine Entscheidung - Eine Seite**“ versuchen wir, auf besonders aktuelle Rechtsprechung hinzuweisen und diese durch einen Inhaltsabriss und eine Vertiefungsaufgabe zu kontextuieren. In dieser Rechtsprechungsübersicht haben wir überblicksweise zehn Entscheidungen aufgenommen, die nach unserer Auffassung von besonderer Ausbildungs- und Prüfungsrelevanz sind.

### **OVG Lüneburg, Beschluss vom 18.07.2017 – 11 ME 181/17**

Einem „Reichsbürger“, der seine ablehnende Haltung gegenüber der Bundesrepublik Deutschland (BRD) z.B. in Schreiben an Behörden offenkundig macht, fehlt es i.d.R. an der waffenrechtlichen Zuverlässigkeit i.S.d. § 4 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 i.V.m. § 5 WaffG. Daher kann gegenüber einem „Reichsbürger“ eine erteilte Waffenbesitzkarte (WBK) rechtmäßig gem. § 45 Abs. 2 S. 1 WaffG widerrufen werden.

### **BVerwG, Urteil vom 26.10.2017 – 8 C 18.16**

Das Verbot, Poker- und Casinospiele im Internet zu veranstalten und zu vermitteln, ist mit Unions- und Verfassungsrecht weiterhin vereinbar. Es ist mit Unions- und Verfassungsrecht vereinbar, dem Anbieter von Online-Sportwetten im glücksspielrechtlichen Untersagungsverfahren das Fehlen der erforderlichen Erlaubnis entgegenzuhalten. Ist das Entschließungsermessen für ein ordnungsbehördliches Einschreiten auf Null reduziert, verpflichtet Art. 3 Abs. 1 GG die Behörde nicht, für die zeitliche Reihenfolge ihres Einschreitens gegen bestehende Störungen der öffentlichen Sicherheit vorab ein Eingriffskonzept aufzustellen.

### **BVerfG, Urteil vom 27.02.2018 – 2 BvE 1/16**

Auch außerhalb von Wahlkampfzeiten erfordert der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien die Beachtung des Gebots staatlicher Neutralität. Die negative Bewertung [„Rote Karte für die AfD“, Anm. d. Red.] einer politischen Veranstaltung durch staatliche Organe, die geeignet ist, abschreckende Wirkung zu entfalten und dadurch das Verhalten potentieller Veranstaltungsteilnehmer zu beeinflussen, greift in das Recht der betroffenen Partei auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG ein.

### **VG Gelsenkirchen, Urteil vom 01.02.2018 – 8 K 2964/15**

Für die Einordnung des muslimischen Gebetsrufs über Lautsprecher ist die Heranziehung des in der Rechtsprechung für liturgisches Glockengeläut entwickelten Maßstabs grundsätzlich sachgerecht. Für die Zulässigkeit des muslimischen Gebetsrufs über Lautsprecher kommt es daher grundsätzlich auf eine wertende Gesamtbetrachtung des Einzelfalls an. Maßgeblich ist insbesondere die durch die Gebietsart und die tatsächlichen Verhältnisse bestimmte Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit, wobei wertende Elemente wie die Herkömmlichkeit, die soziale Adäquanz und die allgemeine Akzeptanz mitbestimmend sind.

**VG Lüneburg, Beschluss vom 24.01.2018 – 7 ME 110/17**

Wird eine Straße nach § 8 NStrG teileingezogen und hat dies eine Verlagerung der Verkehrsströme auf andere Straßen zur Folge, so werden die Anlieger dieser Straßen, in die der Verkehr abgedrängt wird, jedenfalls dann in eigenen Rechten im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO (analog) verletzt, wenn eine durch die angegriffene Teileinziehung ausgelöste zusätzliche Immissionsbelastung die Gesundheit dieser Anlieger zu schädigen vermag (Art. 2 Abs. 2 GG) oder ihr (Grund-)Eigentum schwer und unerträglich treffen kann (Art. 14 Abs. 1 GG). Für die Anordnung der sofortigen Vollziehung eines Verwaltungsakts – hier: der Teileinziehung – ist innerhalb einer Behörde das Organ zuständig, das auch den Verwaltungsakt erlassen hat. Die Anordnungsbefugnis bildet einen Annex zur Sachentscheidungskompetenz.

**OVG Bremen, Urteil vom 05.02.2018 – 2 LC 139/17**

Die Deutsche Fußball Liga (DFL) muss sich grundsätzlich an Mehrkosten für Polizeieinsätze bei sog. Hochrisikospiele der Bundesliga beteiligen. Die Finanzierung staatlicher Aufgaben in Bund und Ländern erfolgt in erster Linie aus Steuern. Aufgabe des Staates ist es, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten und diese Kernaufgabe durch Steuern zu finanzieren. Allerdings hat der Gesetzgeber einen weiten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum, für welche Leistungen er Gebühren erheben will, wenn diese individuell zurechenbar sind. Die Erhebung einer Gebühr für den Einsatz zusätzlicher Polizeikräfte knüpft an die besondere Verantwortlichkeit der DFL an. Als Veranstalterin zieht sie einen wirtschaftlichen Nutzen aus der Veranstaltung, an deren störungsfreien Durchführung sie ein besonderes Interesse hat. Zudem bergen Großveranstaltungen per se ein erhöhtes Gefahrenpotential in sich und der Veranstalter steht der Veranstaltung näher als die Allgemeinheit, wenn sich das spezifische Gefahrenpotential absehbar realisiert.

**BVerwG, Beschluss vom 27.02.2018 – 4 B 39.17**

Gegenstand der Entscheidung ist eine Nutzungsänderung für eine Flüchtlingsunterkunft im Gewerbegebiet. § 246 Abs. 10 BauGB ist auf die Nutzungsänderung von baulichen Anlagen anwendbar. Eine Nutzungsänderung unter Anwendung von § 246 Abs. 10 BauGB bedarf nach § 246 Abs. 17 BauGB keiner Befristung.

**OVG Lüneburg, Beschluss vom 19.03.2018 – 7 ME 9/18**

Der Schutz des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls von Kindern oder Jugendlichen vor einer von einem Gewerbebetrieb (hier: Paintball-Anlage) ausgehenden Gefährdung, welche den Erlass einer Anordnung nach § 7 JuSchG rechtfertigt, begründet regelmäßig zugleich ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts. Dem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut des Jugendschutzes haben sich wirtschaftliche Überlegungen unterzuordnen.

**BVerfG, Beschluss vom 24.03.2018 – 1 BvQ 18/18**

Einstweilige Anordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG: Stadt muss ihre Stadthalle der NPD für eine Wahlkampfveranstaltung überlassen.

**OVG Lüneburg, Beschluss vom 26.04.2018 – 12 LA 83/17**

Eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung kann grundsätzlich mit der Begründung versagt werden, es seien schädliche Umwelteinwirkungen zu befürchten, weil ein Geruchswert von 25 % der Jahresstunden an einem benachbarten, im Außenbereich gelegenen Wohnhaus erstmals überschritten werde. Auch eine landwirtschaftliche Prägung eines Gebietes und der Umstand, dass von dem Nachbargrundstück in der Vergangenheit selbst landwirtschaftliche Geruchsimmissionen ausgegangen sind, rechtfertigen es für sich genommen nicht, das Schutzniveau für das Nachbargrundstück (noch) weitergehend herabzusetzen. Eine höhere Geruchsbelastung kann jedoch ggf. (weiterhin) zumutbar sein, sofern schon die konkrete Vorbelastung über dem o. g. Jahresstundenwert liegt.

## Rechtsprechung: Strafrecht

In unserer digitalen Reihe „**Eine Woche - Eine Entscheidung - Eine Seite**“ versuchen wir, auf besonders aktuelle Rechtsprechung hinzuweisen und diese durch einen Inhaltsabriss und eine Vertiefungsaufgabe zu kontextuieren. In dieser Rechtsprechungsübersicht haben wir überblicksweise neun Entscheidungen aufgenommen, die nach unserer Auffassung von besonderer Ausbildungs- und Prüfungsrelevanz sind.

**BGH, Urteil vom 25.10.2017 – 2 StR 118/16, NStZ-RR 2018, 69**

**Gebotenheit der Notwehrhandlung:** Der sofortige, das Leben des Angreifers gefährdende Einsatz eines Messers kann erforderlich und durch Notwehr gerechtfertigt sein. Gegenüber einem unbewaffneten Angreifer ist der Gebrauch eines Messers jedoch in der Regel anzudrohen, wenn die Drohung unter den konkreten Umständen eine so hohe Erfolgsaussicht hat, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann. Dies ist auf der Grundlage einer objektiven *ex-ante*-Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung zu beurteilen. Angesichts der geringen Kalkulierbarkeit des Fehlschlagsrisikos dürfen an die in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung für oder gegen eine weniger gefährliche Verteidigungshandlung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.

**BGH, Urteil vom 16.11.2017 – 3 StR 315/17, NJW 2018, 1411**

**Vorsatz & Fahrlässigkeit (nicht die Brandstiftung):** Begeht der Täter eine das Leben Dritter in hohem Maße gefährdende Tat oder veranlasst er - wie hier - eine solche, so liegt es - vorbehaltlich in die Gesamtbetrachtung einzustellender gegenläufiger Umstände des Einzelfalls - nahe, dass er den Eintritt des Todes als mögliche Folge seines Tuns erkennt und, da er gleichwohl sein gefährliches Handeln beginnt oder fortsetzt, den Todeserfolg auch billigend in Kauf nimmt.

**BGH, Urteil vom 10.01.2018 – 2 StR 200/17, NStZ 2018, 278**

**Verwenden eines objektiv gefährlichen Tatmittels:** Das Tatbestandsmerkmal des Verwendens im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB umfasst den zweckgerichteten Gebrauch eines objektiv gefährlichen Tatmittels. Das Verwenden liegt vor, wenn der Täter eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug gerade als Mittel entweder der Ausübung von Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gebraucht, um die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache zu ermöglichen.



**BGH, Urteil vom 21.02.2018 – 5 StR 267/17**

**Kannibalismus:** Eine Übertragung der Grundsätze der im Kontext des Heimtückemerkmals (§ 211 StGB) entwickelten sog. „Rechtsfolgenlösung“ auf andere Mordmerkmale – hier: Befriedigung des Geschlechtstriebes und Ermöglichungsabsicht – ist weder aus verfassungsrechtlicher Sicht noch einfachgesetzlich ohne Weiteres geboten.

**BGH, Beschluss vom 16.01.2018 – 4 StR 458/17, NStZ-RR, 108**

**Wegnahme:** Ein Angestellter, der allein eine Kasse zu verwalten und über deren Inhalt abzurechnen hat, hat in aller Regel Alleingewahrsam am Kasseneinhalt. Ohne seine Mitwirkung darf niemand Geld aus der Kasse nehmen, damit bei Fehlbeträgen die Verantwortlichkeit festgestellt werden kann. Das generelle Kontroll- und Weisungsrecht des Dienstherrn gegenüber seinem Bediensteten begründet nicht ohne Weiteres einen Mitgewahrsam desselben.

**BGH, Beschluss vom 07.03.2018 – 2 StR 353/17**

**BtM-Geschäftsherrenhaftung:** Das Tätigen von Betäubungsmittelgeschäften in den Verkaufs- und Lagerräumen eines von einem Dritten betriebenen Ladenlokals kann eine betriebsbezogene Straftat sein, die zu verhindern der Ladeninhaber verpflichtet ist, sofern der gewöhnliche Geschäftsbetrieb gleichsam um den illegalen Handel erweitert wird. Ein wichtiges Anzeichen hierfür kann die Einbindung der Stammkundschaft des Ladens in den Betäubungsmittelhandel sein. Zudem kann es eine Rolle spielen, ob die Ausstattung der Räume (abgeklebte Scheiben) sowie die Art und Weise des Geschäftsbetriebes (hohe Frequenz, kurze Aufenthaltszeiten) die Durchführung der Betäubungsmittelgeschäfte erleichtern.

**OLG Stuttgart, Urteil vom 20.02.2018 – 4 Rv 25 Ss 982/17, BeckRS 2018, 2265**

**Keine falsche Verdächtigung einer fiktiven Person:** Ein anderer, wie ihn § 164 Abs. 2 StGB voraussetzt, ist nach einer Auslegung nach Wortsinn, Systematik, Zweck des Gesetzes und Historie – nur eine tatsächlich existierende Person sein.

**BGH, Urteil vom 07.02.2018 – 2 StR 171/17, NStZ-RR 2018, 137**

**Beendeter und unbeendeter Versuch:** Macht der Täter sich nach der letzten Ausführungshandlung keine Vorstellung über die Folgen seines Tuns oder ist ihm der Erfolg gleichgültig, ist ein beendeter Versuch anzunehmen. Eine Korrektur des Rücktrittshorizontes ist dann ausgeschlossen, wenn dem Täter nach der letzten Ausführungshandlung auch nach seiner Vorstellung die weitere Tatvollendung nicht mehr möglich ist.

**BGH, Beschluss vom 07.03.2018 – 2 StR 353/17**

**Fehlgeschlagener Versuch:** Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaus mit den bereits eingesetzten oder anderen nahe liegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält, dabei kommt es auf die Sicht des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung an (Rücktrittshorizont). Erkennt der Täter, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines erneuten Ansetzens bedürfte oder glaubt er dieses, so liegt ein fehlgeschlagener Versuch vor. Der Umstand, dass ein Täter sein außertatbestandliches Handlungsziel erreicht hat, schließt einen (freiwilligen) Rücktritt vom unbeendeten Versuch nicht aus.



## Vorbemerkungen

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

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

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

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

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

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

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

Damit besteht die erste Chance zur Erkenntnis: Gute Leistungen sind nicht unerreichbar.

Folglich besteht die Chance, in einer der nächsten Ausgaben die eigene Leistung zu veröffentlichen. Bei gewissenhafter Vorbereitung, gutem Judiz und ordentlichem Time-Management steht einer guten Note nichts im Wege.

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

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

- Ist dieser Teil der Bearbeitung repräsentativ für die Gesamtnote?
- Welche Teile der Bearbeitung sind meiner Meinung nach besonders gut gelungen?
- Konnte ich die Schwerpunkte des Gutachtens nach der Lektüre des Sachverhaltes ermitteln? Deckt sich meine Einschätzung mit der gewählten Argumentationstiefe in der Bearbeitung?
- Ist der Sachverhalt über- oder unterdurchschnittlich anspruchsvoll? Können bei der Benotung, insbesondere inhaltlich einfacher Fragenkomplexe, Form und Stil besonders in die Bewertung einfließen?
- Was könnte ich (ehrlicherweise) besser als der Lösungsvorschlag, an welchen Punkte hätte ich selbst weniger geschickt geprüft und formuliert?
- Wäre ich in der Lage, ein derartiges Gutachten auch in der Stresssituation einer Abschlussklausur zu produzieren?

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

Die Idee: *“Wenn das 13 Punkte sind, ist das meine letzte Klausur aber auch!”*

trägt nicht, sie ist Ausdruck der Suche einer einfachen Antwort auf eine komplizierte (Benotungs-)Frage. Die Rechtswissenschaft wird in der universitären Ausbildung nicht umsonst den Geisteswissenschaften und nicht den Naturwissenschaften zugeordnet.

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

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

Auch, wenn die hier abgedruckte Leistung 13, 14, 15 oder 16 Punkte erreicht hat, heißt das nicht, dass dieses beim nächsten Mal wieder der Fall sein muss.

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

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

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

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

Hierzu brauchen wir Hilfe: Wenn Du überdurchschnittliche (Benotung mit gut oder besser) Studienleistungen hast, die Du gern veröffentlichen möchtest, sprich uns bitte unter

*redaktion@hanoverlawreview.de*

an.

- Die Redaktion

## Strafrecht

### Rauchende Einbrecher

Die Klausur ist in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht im Wintersemester 2017/ 2018 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt **Professor Dr. Christian Becker**, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhaltes einverstanden erklärt hat.

Verfasser der Klausurlösung ist **stud. iur. Adam Hetka**, die Klausur ist mit 13 Punkten bewertet worden.

C und seine beiden Kumpels A und B haben sich vor einigen Wochen zusammengeschlossen, um gemeinsam Einbrüche und andere Diebstähle zu begehen. Die Beute soll immer unabhängig von den jeweiligen Tatbeiträgen gedrittelt werden. Heute fahren A, B und C zu einer etwas außerhalb gelegenen Stadtvilla, die sie schon mehrere Tage zuvor „ausgekundschaftet“ hatten. Dort angekommen steckt A im Beisein der übrigen Beteiligten eine geladene Schreckschusspistole in die Jackentasche, bei der der Explosionsdruck beim Abfeuern nach vorne aus dem Lauf austritt. Die drei dringen mit einem Dietrich in das Haus ein und teilen sich auf, um Wertgegenstände zu suchen. Plötzlich bemerkt C, dass die das Haus bewohnenden Eheleute im Schlafzimmer schlafen. A, B und C waren davon ausgegangen, diese seien zur Tatzeit nicht im Hause. C steckt sich eine Zigarette an und betritt das Schlafzimmer. Als der Ehemann E aufwacht, droht ihm C damit, er werde ihm „die Zigarette im Auge ausdrücken“, wenn E ihm nicht alle Wertgegenstände übergebe. C hat zwar nicht vor, diese Drohung wirklich wahr zu machen; E geht aber – wie von C erhofft – von der Ernsthaftigkeit aus und begibt sich gemeinsam mit C sowie mit A, der inzwischen auf das Geschehen im Schlafzimmer aufmerksam geworden war, in ein Arbeitszimmer. Dort öffnet E einen Tresor mittels einer Zahlenkombination. A und C entnehmen dem Tresor daraufhin ca. EUR 4.500 Bargeld. Währenddessen befand sich B im Obergeschoss des Hauses, wo er jedoch keinerlei Wertgegenstände finden konnte.

Prüfen Sie die Strafbarkeit von A und C nach dem StGB. Die §§ 123, 239a, 239b StGB sind nicht zu prüfen. Etwa erforderliche Strafanträge sind gestellt.

## Gutachterliche Lösung

### A. Strafbarkeit des C gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1a, b, Nr. 2, II Nr. 1 StGB

C könnte sich wegen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1a, b, Nr. 2, II Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er E drohte, er würde ihm „die Zigarette im Auge ausdrücken“ und dieser anschließend einen Tresor mittels Zahlenkombination öffnete, woraufhin A und C EUR 4.500 Bargeld entnahmen.

#### I. Tatbestand

Der Tatbestand müsste erfüllt sein.

##### 1. Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

##### a) Fremde bewegliche Sache

Dafür müsste es sich bei dem Bargeld um eine fremde bewegliche Sache handeln. Eine Sache ist jeder körperliche Gegenstand. Fremd ist die Sache, wenn sie im Allein-, Mit- oder Gesamthandseigentum eines anderen steht. Beweglich ist sie, wenn sie fortgeschafft werden kann. Das Bargeld ist ein körperlicher Gegenstand, welcher im Eigentum des E steht und fortgeschafft werden kann. Somit handelt es sich bei dem Bargeld um eine fremde bewegliche Sache.

##### b) Wegnahme

C müsste das Bargeld auch weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams. Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache. Fremder Gewahrsam wird gebrochen, wenn er ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird. Begründung neuen Gewahrsams meint das Ausüben der tatsächlichen Herrschaft in der Weise, dass der neue Gewahrsamsinhaber die Sachherrschaft ungehindert durch den alten

Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des neuen Gewahrsamsinhabers zu brechen. Vorliegend haben C und A dem durch E geöffneten Tresor ca. EUR 4.500 Bargeld entnommen. Wann es zum Gewahrsamswechsel gekommen ist, lässt sich hier nicht eindeutig feststellen. Da allerdings A, B und C zur Stadtvilla gefahren sind, würde spätestens beim Verlassen neuer Gewahrsam – hier Mitgewahrsam zwischen den Beteiligten – begründet worden sein. Gleichwohl wird das Vorliegen eines – den Gewahrsamsübergang hinderndes – tatbestandsausschließendes Einverständnis des alten Gewahrsamsinhabers, bei welchem dieser unter Zwangseinwirkung beteiligt gewesen ist, uneinheitlich beantwortet.

##### aa) e. A.

Nach der Rechtsprechungsansicht handelt es sich beim Tatgeschehen dann um eine Wegnahme, wenn nach dem Abgrenzungsmerkmal des äußeren Erscheinungsbildes der Tat ein „Nehmen“ des Täters vorliegt. Liegt objektiv betrachtet eine Wegnahme als solche vor, so nimmt die Rechtsprechungsansicht einen Raub an. Hier haben C und A das Bargeld eigenständig aus dem geöffneten Tresor herausgenommen, so dass äußerlich ein „Nehmen“ der Täter vorliegt. Mithin bliebe es also bei der Wegnahme.

##### bb) a. A.

Demgegenüber handelt es sich nach der Literaturansicht um eine räuberische Erpressung nach den §§ 253, 255 StGB, wenn dem Opfer eine sog. Schlüsselstellung zukommt. Entscheidend für die Abgrenzung ist also die innere Willensrichtung des Opfers. Glaubt das Opfer, keine weiteren Handlungsmöglichkeiten zu haben oder der Täter könne sich ohne Mitwirkung des Opfers ohnehin das Gewollte nehmen, so liegt ein Raub vor. Kommt es dem Täter indes gerade auf die notwendige Mitwirkung des Opfers an, weil er ohne die Mitwirkung nicht zur Tatvollendung käme, so nimmt das Opfer eine Schlüsselstellung ein, bei welcher das Vorliegen einer räuberischen Erpressung



angenommen wird. Hier hat E mittels einer Zahlenkombination den Tresor im Arbeitszimmer öffnen müssen, damit C und A an dessen Bargeld gelangen können. Somit kam es den beiden Tätern gerade auf die Mitwirkung des E an, welcher bei der Tat mithin eine Schlüsselstellung innehatte. Nach der Literaturansicht läge demnach im konkreten Fall keine Wegnahme vor, sodass § 249 I StGB ausscheiden würde.

### cc) Streitentscheid

Folglich muss im konkreten Fall ein Streitentscheid geführt werden. Die Rechtsprechung sieht im Raub eine Qualifikation zur räuberischen Erpressung. Somit liegt in jedem Raub eine räuberische Erpressung vor. Die Literaturansicht sieht dies grundlegend anders, beide Delikte stünden in einem Exklusivitätsverhältnis. Begründet wird dies mit dem Charakter der beiden Delikte: Raub sei ähnlich dem Diebstahl ein Fremdschädigungsdelikt, die räuberische Erpressung ähnlich dem Betrug ein Selbstschädigungsdelikt. Raub und räuberische Erpressung würden sich daher gegenseitig ausschließen. Für die Rechtsprechungsansicht lässt sich vor diesem Hintergrund anführen, dass der Wortlaut der §§ 253, 255 StGB keine Vermögensverfügung für erforderlich hält, welche die Literaturansicht als konstitutives Tatbestandsmerkmal der räuberischen Erpressung ansieht. Ferner sei insbesondere auch *vis absoluta* umfasst, wie es bei § 240 StGB der Fall ist. Schließlich spricht ein kriminalpolitischer Gesichtspunkt auch für die Rechtsprechungsansicht: Nur so könne eine lückenlose Strafbarkeit von gewalttätigen Vermögensdelikten bei Bereicherungsdelikten gewährleistet werden. Indem die Literaturansicht *vis absoluta* ausschließe, würde sie den besonders brutalen Täter bevorzugen, welcher sich niemals wegen räuberischer Erpressung strafbar machen würde. Demgegenüber überzeugt die Literaturansicht mit dem Argument, dass bei § 263 StGB auch keine Vermögensverfügung dem Wortlaut nach verlangt wird, die Rspr. dort aber ebenfalls eine solche verlangt. Darüber hinaus ist die Lösung der Rspr. durch Systemwidrigkeit gekennzeichnet: Ein *lex*

*generalis* steht üblicherweise vor einem *lex specialis*. Insbesondere verweist ein *lex generalis* auch in der Rechtsfolge nicht auf ein *lex specialis*. Aus diesen Gründen stellt die Literaturansicht die vorzugswürdige Auffassung dar. Nach der Literaturansicht scheidet hier eine Wegnahme aus, so dass ein Raub ausscheidet.

### II. Ergebnis

C hat sich nicht gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1a, b, Nr. 2, II Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

### B. Strafbarkeit des C gem. §§ 253 I, II, 255, 250 I Nr. 1a, b, Nr. 2, II Nr. 1 StGB

Er könnte sich jedoch aus dem selben Grund wegen schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, II, 255, 250 I Nr. 1 a, b, Nr. 2, II Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Nötigungsmittel

Es müsste ein Nötigungsmittel vorliegen. Hier kommt eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben in Betracht. Eine Drohung ist dabei das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf das der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt. Vorliegend hat C dem E in Aussicht gestellt, er würde ihm die Zigarette im Auge ausdrücken, wenn ihm E nicht alle Wertgegenstände übergebe. Dies stellt eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben dar, weshalb ein Nötigungsmittel vorliegt.

###### b) Nötigungserfolg

Es müsste ferner ein Nötigungserfolg eingetreten sein. Dies ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Genötigten. Hier hat E dem Tresor mittels einer Zahlenkombination geöffnet. Ein Nötigungserfolg liegt vor.

###### c) Vermögensverfügung

Ferner müsste eine Vermögensverfügung gegeben sein. Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln,

Dulden oder Unterlassen, welches sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Hier hat das Öffnen des Tresors durch E sowie das anschließende Entnehmen des dahin befindlichen Bargelds durch C und A zu einer Vermögensminderung geführt. Mithin liegt eine Vermögensverfügung vor.

#### **d) Vermögensschaden**

Ein Vermögensschaden ist demzufolge eingetreten, der Vergleich der Vermögenslage des E zeigt im Vergleich vor und nach der Vermögensverfügung eine Vermögensminderung an.

#### **e) Qualifikation: § 250 StGB**

Ferner könnte C auch einen Qualifikationstatbestand des § 250 StGB verwirklicht haben.

##### **aa) § 250 II Nr. 1 StGB**

§ 250 II Nr. 1 wäre erfüllt, wenn C bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet hat. Hierbei ist auf eine subjektive Ansicht abzustellen. Eine Waffe im technischen Sinne ist jeder Gegenstand, der nach Art seiner Anfertigung nicht nur dazu geeignet, sondern gerade dazu bestimmt ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen. Eine Zigarette ist nicht dazu bestimmt, erhebliche Verletzungen zuzufügen. Somit stellt sie keine Waffe dar. Allerdings könnte sie ein anderes gefährliches Werkzeug darstellen. Ein solches liegt vor, wenn es nach seiner objektiven Beschaffenheit und Art der Benutzung im konkreten Fall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen. Eine Zigarette kann, wenn sie in einem menschlichen Auge ausgedrückt wird, für erhebliche Verletzungen sorgen. Somit stellt sie ein anderes gefährliches Werkzeug dar. C müsste die Zigarette auch verwendet haben. Hier hat C zwar dem E gedroht, er würde die Zigarette in dessen Auge ausdrücken, er wollte seine Drohung in Wirklichkeit jedoch nicht wahr machen. Dieses ist insoweit unschädlich, als dass eine Drohung mit einem gefährlichen Werkzeug auch als „Verwendung“ i.S.d. § 250 II Nr. 1 StGB gilt. C nutzte die Zigarette, um seine Drohung durchzusetzen, so dass der subjektive Verwendungsvorbehalt

greift. Mithin ist der Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB durch C erfüllt.

##### **bb) § 250 I Nr. 2 StGB**

Ferner könnte § 250 I Nr. 2 StGB erfüllt sein. Dafür müsste C als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub und Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds, den Raub bzw. hier die räuberische Erpressung begehen. C und seine Kumpels A und B haben sich zusammengeschlossen, um gemeinsam „Einbrüche und andere Diebstähle“ zu begehen. Der Begriff der Bande umfasst je nach Ansicht zumindest zwei Personen. Hier sind drei Personen als Gruppe organisiert, so dass auch eine Bande i.S.d. § 250 I Nr. 2 StGB vorliegt. Eine Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds ist auch gegeben. § 250 I Nr. 2 StGB ist somit ebenfalls erfüllt.

##### **cc) § 250 I Nr. 1a und 1b StGB**

§ 250 I Nr. 1a und 1b StGB treten im Wege der Spezialität hinter § 250 II Nr. 1 StGB.

## **2. Subjektiver Tatbestand**

Weiterhin müsste auch der subjektive Tatbestand erfüllt sein.

### **a) Vorsatz**

C handelte im Hinblick der objektiven Tatbestandsmerkmale wissentlich und willentlich, also mit Vorsatz.

### **b) Bereicherungsabsicht**

Auch handelte er mit der Absicht, sich rechtswidrig und stoffgleich zu bereichern, sodass die notwendige Bereicherungsabsicht gegeben ist.

## **II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Rechtfertigungsgründe des C sind nicht ersichtlich. Die Drohung, dem E die Zigarette im Auge auszudrücken, erscheint auch im Hinblick auf das Ziel, dessen Tresor zu entleeren, verwerflich. Mithin handelte C auch rechtswidrig. Ferner handelte er auch schuldhaft.

### III. Ergebnis

C hat sich gem. §§ 253 I, II, 255, 250 I Nr. 2, II Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

#### B. Strafbarkeit des A gem. §§ 253 I, II, 255, 250 I Nr. 1a, b, I Nr. 2 StGB

A könnte sich wegen schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, II, 255, 250 I Nr. 1 a, b, I Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er sich vor der Tatausführung eine geladene Schreckschusspistole in die Jackentasche steckte.

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Grunddelikt

Eine räuberische Erpressung liegt wie oben geprüft vor.

##### b) Qualifikationstatbestand des § 250 StGB

###### aa) § 250 I Nr. 1a StGB

A könnte § 250 I Nr. 1a StGB verwirklicht haben, indem er eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich geführt hat. A hatte das gesamte Geschehen über eine geladene Schreckschusspistole in seiner Jackentasche. Fraglich ist, ob diese als Waffe oder als gefährliches Werkzeug einzustufen ist. Für die Einstufung als Waffe spricht, dass der Explosionsdruck beim Abfeuern nach vorne aus dem Lauf austritt. Auf diese Weise ist die Schreckschusspistole dazu in der Lage, sofern in kurzer Distanz vor dem Opfer abgefeuert, erhebliche Verletzungen zuzufügen, wenn auch nicht sogar tödlich zu sein. Vom Waffenbegriff werden allerdings üblicherweise nur Werkzeuge umfasst, die im Sinne des Herstellers gerade dazu dienen, erhebliche Verletzungen zuzufügen. Eine Schreckschusspistole ist von ihrem Zweck her nicht dazu gedacht, erhebliche Verletzungen zuzufügen. Jedoch zeigt der Vergleich zu § 250 I Nr. 1 b StGB, dass es hier nicht auf den Verwendungsvorbehalt des Täters ankommt, sondern die objektive Gefährlichkeit entscheidend ist. Wie oben erwähnt, kann die Schreckschusspistole zu erheblichen Verletzungen führen. Daher liegt hier eine objektive Gefährlichkeit

vor. Somit kann die geladene Schreckschusspistole des A als Waffe eingestuft werden, so dass es für die Verwirklichung des § 250 I Nr. 1a letztlich nur noch auf das Merkmal des „Beisichführens“ ankommt. Beisichführen meint die sofortige Verwendungsmöglichkeit der Waffe oder des gefährlichen Werkzeugs ohne nennenswerte zeitliche Unterbrechung. Da sich die Schreckschusspistole in der Jackentasche des A befand, konnte er sie bei Bedarf auch ohne nennenswerte zeitliche Unterbrechung verwenden.

Problematisch erscheint hier jedoch, ob es im Hinblick auf den hohen Strafraum nicht einer Einschränkung bedarf. A hat die Schreckschusspistole zu keinem Zeitpunkt benutzt, er hat sie lediglich dabeigehabt. Fraglich ist daher, wie das Beisichführen hiernach zu verstehen ist. Nach einer Auffassung reicht der Waffencharakter bereits aus, um den erhöhten Strafraum der Qualifikation zu rechtfertigen (abstrakt-objektive Sichtweise). Nach einer anderen Auffassung muss die objektive Gefährlichkeit sowie die Situation dafürsprechen, das erhöhte Strafmaß zu rechtfertigen (konkret-objektive Sichtweise). Nach einer dritten Auffassung bedarf es letztlich eines Verwendungsvorbehalts des Täters, er muss der Waffe bzw. dem gefährlichen Werkzeug auch eine entsprechende Gefährlichkeit beimessen. Vorliegend ist jedoch eine Gefährlichkeit durch die geladene Schreckschusspistole nach jeder Auffassung gegeben. Ein Streit muss nicht geführt werden. Mithin hat A also die Schreckschusspistole auch bei sich geführt i.S.d. § 250 I Nr. 1a StGB. § 250 I Nr. 1a StGB ist mithin verwirklicht.

###### bb) § 250 I Nr. 2 StGB

Ebenfalls verwirklicht A den Qualifikationstatbestand des § 250 I Nr. 2 StGB, indem er als Mitglied einer Bande tätig gewesen ist.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

A handelte im Hinblick auf das Grunddelikt sowie die Qualifikationsmerkmale vorsätzlich.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

A hat sich gem. § 253 I, II, 255, 250 I Nr. 1a, Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

**C. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB**

A könnte sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit einem Dietrich in das Haus eingedrungen ist, wo er später mit anderen den geöffneten Tresor des E leeräumte.

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

Da es sich wie oben geprüft nicht um eine Wegnahme, sondern um eine Vermögensverfügung des E handelt, indem er den Tresor öffnet und es zulässt, dass dieser von C und A leergeräumt wird, scheidet die Prüfung des Diebstahls als einem Fremdschädigungsdelikt aus. Insofern kommt es auf die Strafzumessungsregel des § 243 I 2 Nr. 1 StGB nicht mehr an, welche aufgrund der Nutzung des Dietrichs verwirklicht sein könnte.

**II. Ergebnis**

A hat sich nicht gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

**D. Strafbarkeit des C gem. §§ 253 I, II, 255, 250 I Nr. 1a, Nr. 2, 25 II StGB**

C könnte sich wegen schwerer räuberischer Erpressung in Mittäterschaft strafbar gemacht haben, indem A eine geladene Schreckschusspistole dabei hatte, als sie den Tresor des E leerräumten und das Bargeld an sich nahmen.

**I. Tat**

S.o.

**II. Zurechnung des C gem. § 25 II StGB**

C könnte die Tat des A nach den Grundsätzen der Mittäterschaft gem. § 25 II StGB zugerechnet werden.

Dafür müsste ein gemeinsamer Tatplan bestanden haben. Hier haben sich C, A und B zu einer Bande zusammengeschlossen. A hat die geladene Schreckschusspistole im Beisein der übrigen Beteiligten in seine Jackentasche gesteckt. Insofern war C bewusst, dass A eine geladene Schreckschusspistole während der Tatausführung dabei haben wird. Jeder Beteiligte hat einen Tatbeitrag geleistet, ein Tatplan liegt vor. Die Tat des A kann hier also dem C nach § 25 II StGB zugerechnet werden.

**II. Ergebnis**

C hat sich gem. §§ 253 I, II, 255, 250 I Nr. 1 a, Nr. 2, 25 II StGB strafbar gemacht.

**E. Strafbarkeit des A gem. §§ 253 I, II, 255, 250 I Nr. 2, II Nr. 1, 25 II StGB**

Gleiches gilt für A, dem die Tat des C nach § 25 II StGB zuzurechnen ist.

**13 Punkte**

**Anmerkungen**

Die als gut bewertete Klausur überzeugte aufgrund der erkannten und zufriedenstellend gelösten Probleme. Obwohl die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung als „lehrbuchartig“ kritisiert wird, überzeugte sie bei der Korrektur insgesamt aufgrund der umfassenden Argumentation, wenngleich nicht immer bei der Einhaltung des Gutachtenstils. Bis auf § 250 II Nr. 2 StGB wurden bei der räuberischen Erpressung die in Betracht kommenden Qualifikationstatbestände zutreffend erörtert. Ein weiterer Kritikpunkt des Korrekturassistenten war schließlich die Prüfung der Mittäterschaft, welche früher hätte erfolgen sollen.

## Strafrecht AT Rüde

Die Klausur ist in der Veranstaltung Strafrecht AT im Wintersemester 2015/ 2016 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt **PD Dr. Stephan Ast**, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhaltes einverstanden erklärt hat.

Verfasser der Klausurlösung ist **stud. iur. Felix Lücke**, die Klausur ist mit 17 Punkten bewertet worden.

**Fleischermeister F besitzt einen hochwertigen Bernhardiner-Rüden, der ihm auf Ausstellungen wertvolle Preise bringt. Da der Hund an der Kette gehalten wird, ist er äußerst aggressiv und wird von den Nachbarn des F sehr gefürchtet.**

**Eines Nachmittags entwischt der Rüde seinem Herrn und greift auf der Straße A und B an. Um dem Angriff zu entgehen, versuchen sowohl A als auch B, einen Telefonkasten zu erklettern, der nur für einen von ihnen Platz bietet. A stößt dabei in seiner Angst den schwächeren B so heftig zur Seite, dass dieser – wie A vorhersah – auf die Straße stürzt und sich den Arm verstaucht.**

**Als A den Kasten erklettert hat, bricht er von dem wertvollen Magnolienbaum, der im Garten des G steht, einen überhängenden Ast ab. Mit ihm kommt er dem B zur Hilfe, der nunmehr von dem Hund angesprungen wird. A schlägt dem Bernhardiner mit aller Kraft auf den Kopf. Das Tier verliert hierbei ein Auge und rast vor Schmerzen aufheulend davon.**

**Wie hat sich A nach dem StGB strafbar gemacht?**

### Gutachterliche Lösung

#### **A. Strafbarkeit des A wegen Körperverletzung, § 223 I StGB**

Der A könnte sich wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB strafbar gemacht haben, indem er den B vom Telefonkasten gestoßen hat.

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Objektiver Tatbestand**

##### **a) Körperliche Misshandlung**

Dafür müsste A den B körperlich misshandelt haben. Eine körperliche Misshandlung ist eine üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden des Opfers nicht nur unerheblich

beeinträchtigt. Vorliegend hat A den B von einem Telefonkasten gestoßen. Dies ist eine üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden des B durch die mit dem Sturz verbundenen Schmerzen nicht nur unerheblich beeinträchtigt hat. Somit hat der A den B körperlich misshandelt.

##### **b) Gesundheitsschädigung**

Darüber hinaus könnte A den B an der Gesundheit geschädigt haben. Eine Gesundheitsschädigung ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand abweichenden pathologischen Zustands. Hier hat der A durch den Stoß bei dem B eine Verstauchung des Arms hervorgerufen. Dies ist ein vom Normalzustand abweichender pathologischer Zustand. Somit hat der A den B auch an der Gesundheit geschädigt.



**c) Kausalität**

Das Stoßen des A müsste ursächlich für den bei B eingetretenen tatbestandsmäßigen Erfolg sein. Eine Handlung ist dann für einen Erfolg ursächlich, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel. In diesem Fall kann das Stoßen des A nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Verstauchung des Arms bei B entfallen würde. Somit war die Handlung des A auch ursächlich.

**d) Objektive Zurechnung**

Der Erfolg müsste dem A auch objektiv zurechenbar sein. Dies kann dann geschehen, wenn der Handelnde eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im konkreten tatbestandlichen Erfolg realisiert hat. Das Stoßen des A stellt eine rechtlich missbilligte Gefahr dar, die sich im konkreten tatbestandlichen Erfolg, dem verstauchten Arm des B realisiert hat. Folglich ist der Erfolg dem A auch objektiv zurechenbar.

**2. Subjektiver Tatbestand**

Der A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist der Wille zur Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände. Vorliegend hat der A vorhergesehen, dass der B durch den Stoß auf die Straße stürzt und sich den Arm verstaucht. Somit handelte der A vorsätzlich.

**II. Rechtswidrigkeit**

Des Weiteren müsste der A rechtswidrig gehandelt haben. Vorliegend könnte er jedoch gem. § 32 I StGB durch Notwehr gerechtfertigt sein.

**1. Notwehr, § 32 I StGB****a) Notwehrlage**

Dazu müsste eine Notwehrlage gegeben sein. Dies setzt einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff voraus.

**aa) Angriff**

Ein Angriff ist eine durch menschliches Handeln herbeigeführte konkrete Gefährdung eines rechtlich

geschützten Gutes. Hier hat der B den A nicht in irgendeiner Art gefährdet. Vielmehr suchten beide Schutz vor einem aggressiven Hund. Da ein Angriff nur durch menschliches Handeln gegeben sein kann, kann auch in Bezug auf den Hund nicht von einem Angriff gesprochen werden. Somit liegt kein Angriff vor.

**bb) Zwischenergebnis**

Eine Notwehrlage ist nicht gegeben.

**2. Zwischenergebnis**

Der A ist nicht durch Notwehr gem. § 32 I StGB gerechtfertigt.

**3. Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB**

In Betracht kommt auch eine Rechtfertigung über den Notstand nach § 34 StGB.

**a) Notstandslage**

Hierzu bedarf es einer Notstandslage. Dies setzt eine gegenwärtige Gefahr für ein notstandsfähiges Gut voraus.

**aa) Gefahr**

Zunächst müsste eine Gefahr vorliegen. Dies ist ein Zustand, der jederzeit in eine konkrete Rechtsgutverletzung umschlagen kann. Der Zustand, dass der besagte Hund des F auf A und B zustürmt, kann jederzeit in eine konkrete Verletzung von Leib und Leben als zwei notstandsfähige Rechtsgüter gem. § 34 StGB umschlagen. Somit ist eine Gefahr gegeben.

**bb) Gegenwärtigkeit**

Die Gefahr müsste auch gegenwärtig sein. Das setzt voraus, dass alsbald Abwehrmaßnahmen zur Erfolgsabwendung zu treffen sind. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass A und B schleunigst versuchen müssen, dem „Angriff“ des Hundes zu entgehen. Somit ist die Gefahr gegenwärtig.

**cc) Zwischenergebnis**

Eine Notstandslage liegt entsprechend vor.

**b) Notstandshandlung**

Die Notstandshandlung müsste geeignet und die Gefahr nicht anders abwendbar sein. Ferner müsste das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegen.

**aa) Geeignet und ultima ratio**

Die Handlung des A müsste geeignet und das letzte Mittel sein. Ein Mittel ist geeignet, wenn es die Gefahr abwenden kann und die *ultima ratio*, wenn es das letzte Mittel zur Gefahrabwendung ist. Der Stoß des A gegen den B konnte hier die Gefahr abwenden, weil sich der A so auf den Telefonkasten retten konnte. Aufgrund fehlender anderslautender Hinweise scheint es auch das letzte Mittel zur Gefahrabwendung gewesen zu sein. Somit war die Handlung des A geeignet und die *ultima ratio*.

**bb) Interessenabwägung**

Weiterhin müsste bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegen. In diesem Fall sind beide abzuwägenden Rechtsgüter, namentlich Leib und Leben sowohl von A als auch von B, derselben Gefahr, dem „Angriff“ des Hundes ausgesetzt. Als Konsequenz daraus überwiegt das geschützte Interesse, Leib und Leben des A, das beeinträchtigte Interesse, Leib und Leben des B, nicht.

**cc) Zwischenergebnis**

Die Notstandshandlung gem. § 34 StGB ist nicht gegeben.

**4. Zwischenergebnis**

Der A ist nicht durch den rechtfertigenden Notstand gem. § 34 StGB gerechtfertigt. Somit handelte der A rechtswidrig.

**III. Schuld**

Der A könnte aber gem. § 35 StGB durch Notstand entschuldigt sein.

**1. Notstandslage**

Dafür müsste eine Notstandslage i.S.v. § 35 StGB vorliegen. Diese setzt eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit für sich selbst, einen Angehörigen oder eine sonstige nahestehende Person voraus. Wie bereits eben in der Prüfung des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB festgestellt, ist diese gegeben.

**2. Notstandshandlung**

Die Gefahr dürfte, um § 35 StGB gerecht zu werden, nicht anders abwendbar sein. Selbiges wurde ebenfalls bereits im Bereich des rechtfertigenden Notstands gem. § 34 StGB geprüft. Eine Notstandshandlung liegt dementsprechend vor.

**3. Unzumutbarkeit der Gefahr**

Die Hinnahme der Gefahr müsste für den A zudem auch unzumutbar gewesen sein. Dies ist gem. § 35 S. 2 StGB nur dann nicht der Fall, wenn der Täter die Gefahr selbst verursacht hat oder aber innerhalb eines besonderen Rechtsverhältnisses gegenüber der Allgemeinheit eine Pflicht zur Erfolgsabwendung, sog. Garantenstellung, innehat. Da beides hier nicht vorliegt, ist die Hinnahme der Gefahr für den A unzumutbar.

**4. Subjektives Element**

Ferner müsste der A einerseits in Kenntnis der Notstandslage und andererseits mit Gefahrabwendungswillen gehandelt haben. Vorliegend wusste der A um die nicht anders abwendbare Gefahr und wollte auch gerade diese von sich abwenden. Somit ist auch das subjektive Element erfüllt.

**5. Zwischenergebnis**

Der A ist gem. § 35 S. 1 StGB entschuldigt, handelte also ohne Schuld.

**IV. Ergebnis**

Der A hat sich nicht wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit des A wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB**

Der A könnte sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB strafbar gemacht haben, indem er vom Baum des G einen Ast abgebrochen hat.

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

Der Baum müsste eine Sache sein. Sachen sind körperliche Gegenstände, § 90 BGB. Ein Baum ist ein körperlicher Gegenstand und somit eine Sache.

**b) Fremd**

Die Sache, also der Baum, müsste auch fremd sein. Fremd ist eine Sache, wenn sie im Eigentum eines anderen steht. Es ist nicht auszuschließen, dass der Baum, der im Garten des G steht, auch zu dessen Eigentum gehört. Somit ist die Sache fremd.

**c) Beschädigt**

Die Sache müsste beschädigt worden sein. Eine Sache ist beschädigt, wenn ihr Zustand nachteilig und nicht nur unerheblich beeinträchtigt ist. Die Sache ist nachteilig und nicht nur unerheblich beeinträchtigt, wenn die Beeinträchtigung dem Erhaltungsinteresse des Eigentümers zuwiderläuft und nicht wieder behoben werden kann. Hier ist anzunehmen, dass der G ein großes Interesse am Erhalt des Baumes hat, weil dieser besonders wertvoll ist. Zudem ist die Beeinträchtigung nicht zu korrigieren. Somit ist eine Sache beschädigt worden.

**d) Kausalität**

Die Handlung des A müsste ursächlich sein. Das Abbrechen des Asts vom Baum durch den A kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Beschädigung entfiel. Somit ist die Handlung des A ursächlich.

**e) Objektive Zurechnung**

Der Erfolg müsste dem A objektiv zurechenbar sein. Das Abbrechen ist eine rechtlich missbilligte Handlung, die sich in der Beschädigung des Baumes

niedergeschlagen hat. Folglich ist dieser Erfolg dem A objektiv zurechenbar.

**2. Subjektiver Tatbestand**

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Hier wollte er den Ast abbrechen. Damit handelte er vorsätzlich.

**II. Rechtswidrigkeit**

A könnte jedoch durch den Aggressivnotstand nach § 904 BGB gerechtfertigt sein.

**1. Notstandslage**

Es müsste dafür eine Notstandslage, also eine gegenwärtige Gefahr, vorliegen.

**a) Gefahr**

Es müsste eine Gefahr vorliegen. Der Hund greift vorliegend nun den B an. Die Beeinträchtigung von Leib und Leben droht. Somit liegt eine Gefahr vor.

**b) Gegenwärtig**

Die Gefahr müsste auch gegenwärtig sein. Abwehrmaßnahmen gegen den Hund sind alsbald zu treffen. Somit ist die Gefahr gegenwärtig.

**c) Zwischenergebnis**

Eine Notstandslage ist gegeben.

**2. Notstandshandlung**

Die Einwirkung auf die Sache müsste gem. § 904 BGB für die Abwehr der Gefahr notwendig sein. Um den B wirksam verteidigen zu können, benötigt der A ein Hilfsmittel. Deshalb ist die Einwirkung auf die Sache notwendig.

**3. Interessenabwägung**

Der drohende Schaden müsste gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstandenen Schaden unverhältnismäßig groß sein. Die Gefahr der Beeinträchtigung von Leib und Leben ist wesentlich größer als der Eigentumsschaden des Baumeigentümers.

**4. Subjektives Rechtfertigungselement**

Der Täter müsste in Kenntnis der Notstandslage und mit Gefahrabwendungswillen gehandelt haben. Der A wusste um die Gefahr für B und wollte diese von ihm abwenden. Das subjektive Rechtfertigungselement ist erfüllt.

**5. Zwischenergebnis**

A ist durch den Aggressivnotstand i.S.d. § 904 BGB gerechtfertigt.

**III. Ergebnis**

A hat sich nicht wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB strafbar gemacht.

**C. Strafbarkeit des C wegen Sachbeschädigung, § 303 I StGB**

A könnte sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB strafbar gemacht haben, indem er dem Hund mit dem Ast auf den Kopf geschlagen hat.

**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand****a) Fremde Sache**

Der Hund müsste eine fremde Sache sein. Ein Tier ist zwar gem. § 90a S. 1 BGB keine Sache, wird aber nach S. 2 wie eine behandelt. Der Hund steht hier im Eigentum des F und ist somit eine fremde Sache i.S.d. § 303 I StGB.

**b) Beschädigt**

Der Hund müsste beschädigt worden sein. Dass der Hund ein Auge verliert, läuft dem Erhaltungsinteresse des F zwangsläufig zuwider und lässt sich auch nicht mehr korrigieren. Der Hund wurde beschädigt.

**c) Kausalität**

Der Schlag des A müsste ursächlich für die Beschädigung sein. Jener kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Beschädigung entfiel. Somit war der Schlag des A ursächlich.

**d) Objektive Zurechnung**

Die Beschädigung müsste dem A auch objektiv zurechenbar sein. Das Schlagen ist eine rechtlich missbilligte Gefahr, die sich in der Beschädigung des Hundes, dem Verlust des Auges, niedergeschlagen hat. Somit ist die Beschädigung dem A objektiv zurechenbar.

**2. Subjektiver Tatbestand**

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Er wollte hier den Hund treffen. Somit handelte er vorsätzlich.

**II. Rechtswidrigkeit**

A könnte jedoch durch den Defensivnotstand, § 228 BGB, gerechtfertigt sein.

**1. Notstandslage**

Es müsste von der beschädigten Sache eine Gefahr für den Täter oder eine andere Person ausgegangen sein. Wie bereits oben geprüft, befindet sich B in der Gefahr eines „Angriffs“ durch den Hund. Eine Notstandslage liegt vor.

**2. Notstandshandlung**

Die Notstandshandlung müsste geeignet und erforderlich sein und nicht außer Verhältnis zur abgewendeten Gefahr stehen. Hier konnte der Schlag des A den Hund vertreiben, war also geeignet. Aufgrund fehlender anderslautender Hinweise im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass keine mildereren Mittel zur Verfügung standen, zumal der B durch seinen verstauchten Arm ebenfalls beeinträchtigt war. Der Schaden des verlorenen Auges ist zwar hoch, steht aber nicht außer Verhältnis zur drohenden Gefahr für Leib und Leben des B.

**3. Subjektives Rechtfertigungselement**

Der A müsste in Kenntnis der Notstandslage und mit Gefahrabwendungswillen gehandelt haben. A wusste um die Gefahr für den B und wollte diese von ihm abwenden. Das subjektive Rechtfertigungselement ist erfüllt.

#### 4. Zwischenergebnis

A ist durch den Defensivnotstand i.S.d. § 228 BGB gerechtfertigt.

#### III. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB strafbar gemacht.

#### D. Gesamtergebnis

A hat sich nicht strafbar gemacht.

**17 Punkte**

**Anmerkungen**

Einzigster ausführlicher Kritikpunkt war bei der sonst positiv kommentierten Klausur die Ungenauigkeit bei der Prüfung der Erforderlichkeit des § 34 StGB (in der Bearbeitung wird fälschlicherweise die Voraussetzung „ultima ratio“ geprüft, richtig wäre schlicht die Prüfung der Erforderlichkeit). Auch sind schwammige Subsumtion im subjektiven Tatbestand bzgl. C angemerkt worden, klarere Subsumtion in Bezug auf die zuvor abgebildete Definition wäre wünschenswert gewesen. Ansonsten eine als erfreulich bewertete Klausur.



## Sachenrecht II

### Ein guter Tausch?

Die Klausur ist in der Veranstaltung Sachenrecht II im Wintersemester 2017/ 2018 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt **Professor Dr. Christian Wolf**, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhaltes einverstanden erklärt hat.

Verfasser der Klausurlösung ist **stud. iur. Patricia Meinking**, die Klausur ist mit 14 Punkten bewertet worden.

Erni Engelmann (E) besaß ein unbebautes Grundstück in Berlin Mitte. Jahrelang kümmerte sich der in Hannover wohnende E wenig um das eher ungünstig gelegene Stück Land. Auf dem Grundstück war verwaltungsrechtlich zunächst keine Wohnbebauung möglich. Im Sommer 2016 verkaufte E als rechtmäßiger Eigentümer das Grundstück für einen dem Verkehrswert entsprechenden Preis an den Jungunternehmer Augustin Ammer (A).

Der Vater des A, Norbert Ammer (N), ist Notar und wollte eigentlich schon längst im Ruhestand sein. Das Notariat teilt er sich deswegen mit dem Kollegen Notar Dr. Wohlmann (Dr. W). Damit die Gebühren für das lukrative Geschäft „im Hause“ bleiben, schlug N seinem Sohn vor, alles zu übernehmen, was mit dem Geschäft zusammenhängt. E und A erklärten in Anwesenheit des N und Dr. W, der für eine eventuelle Nachbetreuung des Klienten mit anwesend war, die Auflassung. Der Kaufvertrag und die Auflassung wurden sodann nur durch As Vater beurkundet. Kaum wieder in Hannover kamen dem E Zweifel an dem Geschäft. Er widerrief schriftlich und noch vor Weiterleitung jeglicher Unterlagen an das Grundbuchamt gegenüber A und vorsichtshalber auch gegenüber dem Grundbuchamt seine Bereitschaft zur Übereignung. Eine Eintragungsbewilligung hatte er dem A noch nicht ausgehändigt. Dennoch nahm die Grundbuchbeamtin Gisela Gründlich (G) schon wenige Tage später die Eintragung des Eigentumsübergangs vor. E ärgert sich kurz, ließ die Sache aber zunächst auf sich beruhen.

Direkt nach der Eigentumsübertragung wurde bekannt, dass die Stadt sehr zeitnah Wohnbebauung ermöglichen will. Der freudig überraschte A wollte die Wertsteigerung sofort umsetzen und vereinbarte mit Berthold Brandt (B) einen Tausch für sein Feriengrundstück auf Sylt, unter der Bedingung, dass die Stadt die Wohnbebauung für rechtsverbindlich erklärt. Am 15.08.2016 erklärten A und B formgerecht die Auflassung vor Dr. W, der diese auch wirksam beurkundete. Zudem wurde für B eine Vormerkung bewilligt und einen Tag später eingetragen. Die Bedingung galt auf Anraten des Notars nicht für die Auflassung.

Am 21.08.2016 merkte auch der E, dass er lieber hätte warten sollen mit der Veräußerung. Er setzte sich umgehend mit B in Verbindung und erklärte detailliert die Umstände seines Geschäfts mit A. B verstand zwar die Problematik und fand den Beurkundungsvorgang mit As Vater auch merkwürdig, sah aber mit Verweis auf seine Vormerkung keine Veranlassung, E entgegen zu kommen. Am 23.08.2016 gab Dr. W den Antrag auf Umschreibung des Eigentums an das Grundbuchamt weiter, woraufhin B auch eingetragen wurde.

E ist stinksauer, dass trotz seines Anrufs der Antrag gestellt wurde und jetzt B im Grundbuch als Eigentümer steht. Er will, dass das Grundbuch wieder „in Ordnung gebracht wird“.

Hat er einen Anspruch?

**Zusatzfragen**

**1. Welche drei Wirkungen entfaltet eine Vormerkung und was beinhalten diese? Eine stickpunktartige Beantwortung ist ausreichend.**

**2. Könnte E auch gegen den Träger des Grundbuchamtes zivilrechtlich vorgehen? Die Nennung einer Anspruchsgrundlage ist ausreichend.**

**Bearbeitervermerk**

Die Beurkundung des Kaufvertrages und der Auflassung zwischen E und A ist nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 BeurkG i.V.m. § 1589 BGB unwirksam.

**Auszug - Beurkundungsgesetz (BeurkG)****§ 6 Ausschließungsgründe**

(1) Die Beurkundung von Willenserklärungen ist unwirksam, wenn

1. der Notar selbst,
2. sein Ehegatte,
- 2a. sein Lebenspartner,
3. eine Person, die mit ihm in gerader Linie verwandt ist oder war oder
4. ein Vertreter, der für eine der in den Nummern 1 bis 3 bezeichneten Personen handelt, an der Beurkundung beteiligt ist.

**Gutachterliche Lösung**

E könnte gegen B einen Anspruch auf Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs aus § 894 BGB<sup>1</sup> haben. Dies ist der Fall, wenn das Grundbuch unrichtig ist, E der korrekte Anspruchsteller und B der korrekte Anspruchsgegner ist.

**I. Unrichtigkeit des Grundbuchs**

Das Grundbuch müsste zunächst unrichtig sein. Das eingetragene Recht dürfte nicht mit dem Inhalt oder nicht mit dem Rang bestehen und mit der materiell-rechtlichen Lage nicht in Einklang stehen.

<sup>1</sup> Vorschriften ohne Gesetzestitel sind solche des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB).

Vorliegend könnte B unrechtmäßig als Eigentümer eingetragen sein. Es fragt sich daher, wer Eigentümer des Grundstücks in Berlin Mitte ist.

**1. Ursprünglicher Eigentümer**

Ursprünglich war E rechtmäßiger Eigentümer des Grundstücks.

**2. Grundstücksübereignung an A gem. §§ 873 I, 925**

A könnte das Grundstück wirksam von A erworben haben, wenn die Voraussetzungen der §§ 873 I, 925 vorliegen.

**a) Einigung, §§ 873 I, 925**

Dazu bedarf es zunächst einer Einigung zwischen A und E gem. §§ 873 I, 925. Eine Einigung setzt zwei sich entsprechende Willenserklärungen voraus, die gem. § 925 I 1 bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile

vor einer zuständigen Stelle erklärt werden müssen. Zuständig ist jeder Notar, vgl. § 925 I 2. Vorliegend haben E und A in Anwesenheit der Notare N und Dr. W die Auffassung erklärt. Mithin liegt eine Einigung vor.

#### **b) Eintragung, § 873 I**

Zur Eigentumsübertragung ist weiterhin die Eintragung erforderlich. Laut Sachverhalt wurde A eingetragen.

#### **c) Einigsein, § 873 II**

Aus dem Umkehrschluss des § 873 II folgt, dass sich die Parteien im Zeitpunkt der Eintragung noch einig sein müssen. Vor Eintragung gibt es die Möglichkeit des Widerrufs, es sei denn, die Einigung ist gem. § 873 II z.B. durch notarielle Beurkundung bindend geworden. Vorliegend wurde die Auflassung notariell beurkundet. Die Beurkundung ist jedoch gem. § 6 I Nr. 3 BeurkG i.V.m. § 1589 unwirksam, sodass der Einigung keine Bindungswirkung zukam und sie frei widerruflich ist. E hat seine Bereitschaft zur Übereignung schriftlich sowohl gegenüber A als auch gegenüber dem Grundbuchamt widerrufen. Mithin liegt kein Einigsein der Parteien zum Zeitpunkt der Eintragung vor.

#### **d) Zwischenergebnis**

A hat nicht gem. §§ 873 I, 925 Eigentum am Grundstück erlangt.

#### **3. Grundstücksübertragung an B gem. §§ 873 I, 925**

B könnte das Grundstück gem. §§ 873 I, 925 erworben haben. B hat sich mit E jedoch nicht geeinigt, sodass es zwischen E und B an der erforderlichen Einigung fehlt. Darüber hinaus ist A nicht Eigentümer und mithin nicht zur Verfügung berechtigt, sodass auch dort ein Erwerb gem. §§ 873 I, 925 ausscheidet.

#### **4. Grundstücksübertragung an B gem. §§ 892, 873 I, 925**

B könnte das Grundstück gutgläubig von A gem. §§ 892, 873 I, 925 erworben haben. Ein Erwerb gem.

§§ 873 I, 925 scheidet aufgrund der dargestellten fehlenden Eigentümerstellung und mithin fehlenden Berechtigung des A aus. Es müssten die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs vorliegen.

#### **a) Einigung, §§ 873 I, 925**

Auch hier ist eine Einigung in Form der Auflassung zwischen A und B nötig. Laut Sachverhalt erklärten A und B formgerecht die Auflassung vor dem Notar Dr. W. Insbesondere gilt die Bedingung der Wohnbebauung nicht für die Auflassung, sodass sie auch nicht gem. § 925 II unwirksam ist. Mithin liegt eine Einigung vor.

#### **b) Eintragung, § 873 I**

B müsste im Grundbuch eingetragen worden sein, was laut Sachverhalt passiert ist.

#### **c) Einigsein, § 873 II**

Die Parteien müssten sich zum Zeitpunkt der Eintragung einig sein. Die Auflassung ist vorliegend aufgrund der wirksamen notariellen Beurkundung durch Dr. W gem. § 873 II bindend geworden, sodass sich A und B zum Zeitpunkt der Eintragung einig sind.

#### **d) Fehlende Berechtigung**

A ist vorliegend aufgrund der fehlenden Eigentümerstellung und mangels anderer Verfügungsbefugnis nicht zur Verfügung berechtigt.

#### **e) Rechtsgeschäft i.S.e Verkehrsgeschäfts**

Weiterhin müsste zwischen A und B ein Verkehrsgeschäft vorliegen. Das heißt, Erwerber und Veräußerer müssten aus wirtschaftlicher Sicht personenverschieden sein. A und B stehen aus wirtschaftlicher Sicht auf verschiedenen Seiten, sodass ein Verkehrsgeschäft vorliegt.

#### **f) Unrichtigkeit des Grundbuchs**

Das Grundbuch müsste unrichtig sein. A ist im Grundbuch fälschlicherweise als Eigentümer eingetragen. Mithin ist das Grundbuch unrichtig.

**g) Legitimation des Verfügenden**

A müsste als Verfügender im Grundbuch legitimiert sein. Wie bereits erwähnt ist er als Eigentümer eingetragen und mithin als Verfügender legitimiert.

**h) Keine Kenntnis**

Gem. § 892 I, II dürfte B von der wahren Rechtslage zum Zeitpunkt der Antragstellung keine Kenntnis haben. Vorliegend wurde B von E vor der Antragstellung über das Geschäft mit A informiert. B verstand insbesondere die Problematik und hatte mithin Kenntnis über die richtige Rechtslage vor dem Zeitpunkt der Antragstellung.

Allerdings wurde zugunsten des B bereits eine Vormerkung bewilligt und eingetragen. Fraglich ist, ob die Vormerkung sich auf die Kenntnis in der Weise auswirkt, dass es dann auf die Kenntnis beim gutgläubigen Eigentumserwerb nicht mehr ankommt.

**aa) Eine Ansicht**

Nach einer Ansicht ändert die Vormerkung nichts an später eintretender Bösgläubigkeit. Nach dieser Ansicht wäre der gutgläubige Erwerb nicht möglich.

**bb) Andere Ansicht**

Nach anderer Ansicht kommt es bei einer wirksam erworbenen Vormerkung auf später eintretende Bösgläubigkeit nicht mehr an, sodass der gutgläubige Erwerb dann trotzdem möglich ist. Voraussetzung ist jedoch, dass wirksam eine Vormerkung erworben wurde. Vorliegend könnte B i.S.d. § 885 wirksam eine Vormerkung erworben haben.

**(1) Sicherungsfähiger Anspruch**

Zunächst müsste B ein sicherungsfähiger Anspruch zustehen. B und A haben einen Tausch gem. § 480 vereinbart, auf den die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden. Mithin hat B gem. § 433 I 1 einen Anspruch auf Eigentumsübertragung, was einen sicherungsfähigen Anspruch darstellt.

**(2) Bewilligung**

Weiterhin ist die Bewilligung desjenigen erforderlich, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, vgl. § 885 I 1. Eine Bewilligung ist eine einseitige, empfangsbedürftige, formlose Willenserklärung. Die Vormerkung wurde bewilligt.

**(3) Eintragung**

Weiterhin ist die Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Vorliegend wurde die Vormerkung zugunsten des B eingetragen.

**(4) Berechtigung**

A müsste zur Bewilligung der Vormerkung berechtigt gewesen sein. A ist jedoch nicht wahrer Eigentümer und mithin Nichtberechtigter. Umstritten ist, ob eine Vormerkung gutgläubig erworben werden kann.

**(a) Erste Ansicht**

Nach einer Ansicht sind §§ 892, 893 nicht auf die Vormerkung anwendbar, sodass ein gutgläubiger Erwerb ausscheidet.

**(b) Zweite Ansicht**

Nach anderer Ansicht ist § 893 Alt. 2 analog auf einer Vormerkung anwendbar, wenn die zu sichernde Forderung tatsächlich besteht. Mithin könnte B die Vormerkung gutgläubig erworben haben.

**(c) Streitentscheid**

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, ein Streitentscheid ist erforderlich. Für die erste Ansicht spricht, dass die Vormerkung kein dingliches Recht, sondern ein Sicherungsmittel eigener Art ist und mithin nicht unter die Gutglaubensvorschriften der §§ 892, 893 subsumiert werden kann. Andererseits spricht für die zweite Ansicht, dass auch die Vormerkung ins Grundbuch eingetragen wird, sodass es nicht am erforderlichen Publizitätsakt fehlt. Weiterhin ist Sinn und Zweck der Vormerkung, den Anspruch auf eine Verfügung zu sichern, sie ist damit zwar selbst keine Verfügung, in der Rechtsfolge aber

so nah an der Verfügung selbst, dass sie wie eine Verfügung i.S.d. § 893 Alt. 2 gesehen werden. Die besseren Argumente sprechen für die zweite Ansicht, aufgrund der Rechtswirkung gegenüber Dritten ist die Vormerkung nah genug am Wesen dinglicher Rechte, auch Gutglaubensvorschriften analog anzuwenden, sodass ein gutgläubiger Erwerb gem. § 893 Alt. 2, 892 in Betracht kommt. Dafür müssten weiterhin die Voraussetzungen des § 892 vorliegen.

#### **(5) Verkehrsgeschäft**

Wie bereits erläutert liegt ein Verkehrsgeschäft vor.

#### **(6) Unrichtigkeit des Grundbuchs**

Das Grundbuch ist unrichtig (s. oben).

#### **(7) Legitimation des Verfügenden**

A ist als Verfügender legitimiert (s. oben).

#### **(8) Keine Kenntnis**

B dürfte von der wahren Rechtslage keine Kenntnis haben. Zum Zeitpunkt der Eintragung hatte B noch nicht mit E telefoniert und mithin keine Kenntnis von der tatsächlichen Rechtslage.

#### **(9) Kein Widerspruch, § 899**

Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist von der Eintragung eines Widerspruchs nicht auszugehen.

#### **(10) Zwischenergebnis**

Die Voraussetzungen des § 892 liegen vor. Darüber hinaus besteht auch die Forderung tatsächlich, sodass B gutgläubig eine Vormerkung erworben hat. Nach der oben angeführten Ansicht hat B also wirksam eine Vormerkung erworben, sodass es vorliegend auf die später eingetretene Bösgläubigkeit nicht mehr ankommt.

#### **cc) Streitentscheid**

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Mithin ist ein Streitentscheid erforderlich. Für die erste Ansicht spricht, dass es gem. § 892 II gerade auf den Zeitpunkt der Antragstellung zur

Eigentumsübertragung ankommt. Es wäre mithin unbillig, den später bösgläubig gewordenen Erwerber so weit zu schützen, dass ab dem Zeitpunkt des Erwerbs der Vormerkung seine Bös- bzw. Gutgläubigkeit unbeachtlich wird. Allerdings soll die Vormerkung den Erwerber weitestgehend schützen. Gem. § 883 II 1 sind selbst Verfügungen dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam. Es bleibt daher fragwürdig, dass sich später eintretende Kenntnis auf den gesicherten Anspruch auswirken soll, wenn sogar Verfügungen relativ unwirksam sind. Die besseren Argumente sprechen für die zweite Ansicht, sodass es analog § 883 II 1 nicht auf die eingetretene Bösgläubigkeit des B ankommt.

#### **i) Kein Widerspruch, § 899**

Weiterhin dürfte kein Widerspruch eingetragen sein. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist dies der Fall.

#### **j) Zwischenergebnis**

Mithin hat B gutgläubig Eigentum am Grundstück erworben, sodass das Grundbuch die wahre Rechtslage wiedergibt und mithin richtig ist.

### **II. Ergebnis**

Es fehlt daher bereits an der ersten Voraussetzung des Anspruchs aus § 894, sodass E keinen Anspruch auf Zustimmung des B hat.

Andere Ansprüche des E scheiden aus.

#### **1. Zusatzfrage**

Die Vormerkung entfaltet folgende drei Wirkungen: Sicherungswirkung, Rangwirkung und Vollwirkung.

Die Sicherungswirkung beinhaltet die dingliche Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs vor zwischenzeitlichen Verfügungen, vgl. § 883 II 1. Also beispielsweise die Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung aus § 433 I 1 vor konkurrierenden Gläubigern. § 883 II 1 ordnet an, dass Verfügungen, die nach Eintragung der Vormerkung vorgenommen werden, relativ unwirksam sind.

Die Rangwirkung bedeutet, dass durch die Vormerkung eines Rechts ein bestimmter Rang gesichert



wird. Das Vollrecht nimmt also später den Rang der Vormerkung ein.

Die Vollwirkung bedeutet, dass die Vormerkung bereits so behandelt wird, wie später das Vollrecht. Die Vormerkung eines Anspruchs auf Eigentumsübertragung wird also behandelt wie das Eigentumsrecht selbst.

## **2. Zusatzfrage**

Eine in Betracht kommende Anspruchsgrundlage stellt § 839 (ggf. i.V.m. Art. 34 GG) dar.

**14 Punkte**

**Anmerkungen**

Der Gutachtenstil wurde als ordentlich beherrscht bewertet, die Schwerpunkte der Klausur wurden erkannt, die Bearbeitung der einzelnen Prüfungspunkte erfolgte sauber. Auch die Zusatzfragen sind zwar sehr knapp aber inhaltlich korrekt gelöst worden.

Als ergänzungsfähig ist die Länge der Ausführungen in beiden Streitentscheiden bewertet worden.

## Verwaltungsrecht AT Straßencafé

Die Klausur ist in der Veranstaltung Verwaltungsrecht AT im Wintersemester 2017/ 2018 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt **Professor Dr. Veith Mehde**, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhaltes einverstanden erklärt hat.

Verfasser der Klausurlösung ist **stud. iur. Jasmin Wulf**, die Klausur ist mit 16 Punkten bewertet worden.

A ist Betreiber einer kleinen Bäckerei in der Innenstadt der niedersächsischen Stadt S. Bislang lief sein Geschäft – gerade an wärmeren Tagen – aber nur recht schleppend. A vermutet, dass Grund hierfür auch ist, dass er im Gegensatz zu anderen Bäckereien in der Innenstadt keine Außenbewirtschaftung anbietet und potenzielle Gäste somit nicht die Möglichkeit haben, Kaffee und Kuchen in der Sonne zu genießen. Weil er seinen Umsatz weiter ankurbeln möchte, beabsichtigt er zukünftig ebenfalls eine Außenbewirtschaftung anzubieten. Konkret plant A, auf der Straße vor seiner Bäckerei, die als Ortsstraße ausgewiesen ist, mehrere Tische und Stühle aufzustellen, um auch dort seine Gäste bewirten zu können. Hierfür beantragt er bei der Stadt S die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis. Diese lehnt den Antrag des A auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis jedoch ab. Die Ablehnung wird dem A schriftlich mitgeteilt. Weil sich aus dieser jedoch kein Ablehnungsgrund für die Versagung ergibt, wendet sich A erneut an die Behörde mit der Bitte um Darlegung eines entsprechenden Grundes. Daraufhin erklärt die S dem A in einem weiteren Schreiben, dass er nicht über eine Kundentoilette verfüge, was aber Voraussetzung für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis gewesen wäre. Deshalb müsse man sein Anliegen negativ bescheiden. Für die Nutzung der Straßen hat die Stadt S nämlich gem. § 18 Abs. 1 S. 4 NStrG eine formell rechtmäßige Sondernutzungssatzung erlassen. Diese enthält unter anderem die Vorschrift:

[...]

### § 3 Erlaubniserteilung bei Außenbewirtschaftung

Eine Sondernutzungserlaubnis darf nur erteilt werden, wenn der Antragssteller nachweist, kostenlose Gästetoiletten zur Verfügung zu stellen.

[...]

Mit der in § 3 der Sondernutzungssatzung will S den in der Innenstadt bestehenden Mangel an öffentlichen Toiletten beheben. Allerdings verfügt die Bäckerei des A nicht über eine Kundentoilette, die Gästen kostenlos zur Verfügung gestellt werden könnte.

A ist empört. Er ist der Ansicht, dass die S doch nicht mit der Sondernutzungssatzung jeden Ladeninhaber dafür verantwortlich machen könne, dass im Innenstadtbereich zu wenig öffentliche Toiletten zur Verfügung stünden. Solche Belange dürfe die S bei Erlass einer solchen Satzung gar nicht berücksichtigen. Dies habe nämlich mit der Nutzung der Straße nichts zu tun.

War die Versagung der Sondernutzungserlaubnis rechtmäßig?

Bearbeitervermerk: Sämtliche im Sachverhalt aufgeworfene Rechtsfragen sind – gegebenenfalls im Rahmen eines Hilfspgutachtens – zu prüfen. Finden sich im Sachverhalt keine Hinweise zu einzelnen Verfahrensschritten, so ist zu unterstellen, dass die Vorschriften insofern beachtet wurden. Vorschriften des Niedersächsischen Gaststättengesetzes sowie des Bundes-Gaststättengesetzes sind nicht zu prüfen.

## Gutachterliche Lösung

Fraglich ist, ob die Versagung der Sondernutzungserlaubnis rechtmäßig war. Sie wäre rechtmäßig, wenn die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis rechtswidrig wäre.

Fraglich ist konkret also, ob eine Erteilung der Sondernutzungserlaubnis rechtmäßig wäre. Sie wäre rechtmäßig, wenn sie auf einer tauglichen Rechtsgrundlage beruht und formell sowie materiell rechtmäßig ist.

### I. Taugliche Rechtsgrundlage

Zunächst müsste eine taugliche Rechtsgrundlage vorliegen. Diese liegt in § 18 Abs. 1 S. 2 NStrG.

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Weiterhin müsste die Versagung formell rechtmäßig sein.

#### 1. Zuständigkeit

Zunächst einmal müsste die Stadt S für die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen zuständig sein. Gem. § 18 Abs. 1 S. 2 NStrG ist dafür der Träger der Straßenbaulast zuständig. Gem. § 48 S. 1 NStrG sind die Träger der Straßenbaulast für die Gemeindestraßen die Gemeinden. Zu den Gemeindestraßen gehören nach § 47 Nr. 1 NStrG die Ortsstraßen. Die Straße vor der Bäckerei des A ist als Ortsstraße ausgewiesen, sodass die Gemeinde Träger der Straßenbaulast ist. Die Stadt S ist also zuständig für die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis.

#### 2. Verfahren

Weiterhin müsste das Verfahren eingehalten worden sein, insbesondere die Anhörung gem. 28 Abs. 1

VwVfG, das gem. § 1 Abs. 1 NVwVfG<sup>1</sup> anwendbar ist. Ein erforderlicher Antrag durch A wurde bei der Stadt S gestellt.

#### a) Erforderlichkeit

Fraglich ist, ob die Anhörung gem. § 28 Abs. 1 VwVfG erforderlich ist. Grundsätzlich muss der Betroffene bei belastenden Verwaltungsakten angehört werden.

#### (1) Verwaltungsakt

Dazu müsste ein Verwaltungsakt vorliegen. Dies ist gem. § 35 S. 1 VwVfG jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Die Versagung an S stellt einen Verwaltungsakt dar.

#### (2) Belastend

Fraglich ist, ob der Verwaltungsakt für A auch belastend ist, also i.S.d. § 28 Abs. 1 VwVfG in seine Rechte eingreift. A möchte von der Stadt S eine Sondernutzungserlaubnis gewährt bekommen. Ihm wird aber nichts weggenommen, insbesondere besteht kein Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis. Der Verwaltungsakt war für A also nicht belastend.

#### b) Zwischenergebnis

Die Anhörung gem. § 28 Abs. 1 VwVfG war vorliegend nicht erforderlich.

#### 3. Form

Zudem müsste die Form gewahrt worden sein. Gem. 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG ist ein schriftlicher Verwaltungsakt

<sup>1</sup> Auf die Nennung der Verweissnorm wird in künftigen Zitierungen verzichtet.

mit einer Begründung zu versehen. E handelt es sich bei der Ablehnung um einen Verwaltungsakt, der schriftlich mitgeteilt wurde. Ein Ablehnungsgrund wurde nicht genannt.

Gem. § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG kann der Fehler jedoch bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz geheilt werden. Vorliegend hat die Stadt S auf Nachfrage des A in einem weiteren Schreiben eine Begründung nachgeliefert. Die fehlende Begründung wurde demnach nachgeholt.

#### 4. Zwischenergebnis

Die Versagung der Sondernutzungserlaubnis durch S war formell rechtmäßig.

### III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Versagung müsste darüber hinaus materiell rechtmäßig sein. Dies liegt vor, wenn nicht alle Tatbestandsvoraussetzungen für eine Erteilung der Sondernutzungserlaubnis vorlagen und dementsprechend die Versagung die richtige Rechtsfolge darstellt.

#### 1. Tatbestandsvoraussetzungen

Zu prüfen ist also, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlage erfüllt sind.

##### a) Sondernutzung

Gem. § 18 Abs. 1 S. 2 NStrG bedarf die Sondernutzung einer Erlaubnis. Diese ist gem. § 18 Abs. 1 S. 1 NStrG die Benutzung der Straße über den Gemeingebrauch hinaus. Es ist also festzustellen, ob das Aufstellen von Tischen und Stühlen auf der Straße durch A gemeingebrauch oder darüberhinausgehend Sondernutzung ist. Gem. § 14 Abs. 1 S. 1 NStrG ist Gemeingebrauch der Gebrauch der Straße im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften zum Verkehr. Benutzung der Straße vorwiegend zu anderen Zwecken ist gem. § 14 Abs. 1 S. 3 NStrG kein Gemeingebrauch. Die Straße ist dazu gedacht, dass Menschen und Fahrzeuge im Rahmen des normalen Verkehrs diese passieren oder auf ihr halten. Darüber hinaus ist auch der kommunikative Verkehr von ihr

umfasst. Das Aufstellen von Tischen und Stühlen ist jedoch nicht mehr von der Widmung der Straße umfasst und somit kein Gemeingebrauch. Es handelt sich um Sondernutzung i.S.d. § 18 Abs. 1 S. 2 NStrG.

##### b) Voraussetzung des § 3 der Sondernutzungssatzung der Stadt S

Weiterhin müsste die Voraussetzung des § 3 der Sondernutzungssatzung der Stadt S erfüllt sein. Demnach darf eine Sondernutzungserlaubnis nur erteilt werden, wenn der Antragssteller nachweist, kostenlose Gästetoiletten zur Verfügung zu stellen. Im vorliegenden Fall verfügt die Bäckerei des A nicht über eine Kundentoilette, die Gästen kostenlos zur Verfügung gestellt wird. Somit wäre die Tatbestandsvoraussetzung des § 3 der Sondernutzungssatzung der Stadt S nicht erfüllt.

Fraglich ist jedoch, ob dies überhaupt als Tatbestandsvoraussetzung angewendet werden darf. § 3 der Sondernutzungssatzung darf angewendet werden, wenn er auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage basiert, sowie formell wie materiell rechtmäßig ist.

##### (1) Ermächtigungsgrundlage

Taugliche Ermächtigungsgrundlage ist § 18 Abs. 1 S. 4 NStrG, nach dem die Gemeinden durch Satzung bestimmte Sondernutzungen in den Ortsdurchfahrten und in den Gemeindestraßen von der Erlaubnis befreien und die Ausübung regeln.

##### (2) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Sondernutzungserlaubnis müsste formell rechtmäßig sein, also innerhalb der Verbandskompetenz vom zuständigen Organ unter Einhaltung der Verfahrens- und Formvorschriften erlassen worden sein. Laut Sachverhalt war die Sondernutzungserlaubnis formell rechtmäßig.

##### (3) Materielle Rechtmäßigkeit

Weiterhin müsste § 3 der Sondernutzungssatzung der Stadt S materiell rechtmäßig sein. Eine Gemeindestraße gem. § 18 Abs. 1 S. 4 NStrG liegt vor.

Fraglich ist jedoch, ob die Stadt S die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis mit der Zurverfügungstellung öffentlicher, kostenloser Toiletten verknüpfen darf.

Zweck der Erlaubnispflichtigkeit von Sondernutzung ist es, die Sicherheit und Leichtigkeit des öffentlichen Verkehrs zu gewährleisten und etwaige Gefahren für die Benutzer der öffentlichen Straßen vorzubeugen. Die Bereitstellung kostenloser Gästetoiletten hat jedoch nichts mit der Nutzung der Straße zu tun. Zwar verfolgt die Stadt S einen legitimen Zweck, nämlich die Behebung des Mangels an öffentlichen Toiletten in der Innenstadt, jedoch kann sie dies nicht auf Ladeninhaber übertragen. Es handelt sich um eine Verknüpfung, die nicht mit dem Zweck der Erlaubnispflichtigkeit zusammenhängt und damit nicht zulässig ist (sog. Kopplungsverbot).

§ 3 der Sondernutzungssatzung der Stadt S verstößt damit gegen das bestehende Recht und ist materiell rechtswidrig.

#### **(4) Zwischenergebnis**

§ 3 der Sondernutzungssatzung der Stadt S ist materiell rechtswidrig und damit nichtig. Folglich darf er nicht als Tatbestandsvoraussetzung für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis herangezogen werden.

#### **c) Zwischenergebnis**

Die Tatbestandsvoraussetzungen für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für A durch die Stadt S sind erfüllt.

## **2. Rechtsfolge**

Darüber hinaus müsste die Stadt S die richtige Rechtsfolge gewählt haben. Dies liegt im Ermessen der Stadt S. Die Vorschrift des § 18 Abs. 1 S. 2 NStrG ist dem Wortlaut nach nicht direkt als Ermessensvorschrift erkennbar (kein „kann“, „darf“). Jedoch ist auch nicht ersichtlich, dass bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen eine gebundene Entscheidung und ein Anspruch des Bürgers auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis gegeben ist. Somit beschränkt sich die Prüfung hier auf das Vorliegen von Ermessensfehlern.

#### **a) Sachfremde Erwägungen**

Bei der Begründung der Ablehnung durch das Fehlen einer öffentlichen und kostenlosen Kundentoilette könnte es sich um sachfremde Erwägungen handeln. Gem. § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen gemäß dem Zweck der Ermächtigung auszuüben. Wie schon festgestellt ist es Zweck der Erlaubnispflichtigkeit der Sondernutzung die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs zu gewährleisten. Es ist nicht Zweck den Mangel an öffentlichen Toiletten im Innenstadtbereich zu beheben. Die Begründung der Versagung der Sondernutzungserlaubnis aufgrund von fehlenden Kundentoiletten dient also nicht dem Zweck der Ermächtigung. Es ist eine sachfremde Erwägung, wenn man darauf abstellt.

Folglich liegt bei der Versagung der Sondernutzung durch die Stadt S ein Ermessensfehler in Form der sachfremden Erwägung vor.

#### **b) Ermessensreduzierung auf Null**

Darüber hinaus könnte das Ermessen der Stadt S auf Null reduziert sein, sodass nur die Gewährung der Sondernutzung des A die richtige Rechtsfolge wäre. Dies könnte vorliegen, da A aufgrund des Gleichbehandlungsgebots des Art. 3 Abs. 1 GG wie andere Ladeninhaber auch eine Sondernutzungserlaubnis bekommen müsste. Im Sachverhalt steht, dass andere Bäckereien in der Innenstadt Außenbewirtschaftung anbieten, folglich eine Sondernutzungserlaubnis durch S bekommen. Jedoch sind die Umstände der Einzelfälle nicht bekannt und es ist nicht klar, ob alle bis auf A eine solche Erlaubnis erteilt bekommen haben. Da eine Ermessensreduktion auf Null die absolute Ausnahme ist, kann dies im vorliegenden Fall nicht angenommen werden.



**3. Zwischenergebnis**

Aufgrund eines Ermessensfehlers ist die Versagung der Sondernutzungserlaubnis durch die Stadt S materiell rechtswidrig.

**IV. Ergebnis**

Die Versagung der Sondernutzungserlaubnis war insgesamt rechtswidrig.

**16 Punkte**

**Anmerkungen**

Es wurde angemerkt, dass das Kopplungsverbot nur in Bezug auf öffentlich-rechtliche Verträge ein Begriff ist. Des Weiteren sei die Prüfung der Ermessensreduzierung auf Null abwegig. Sie wurde dennoch korrekt abgelehnt, konnte aber nicht zu einer Positivbewertung beitragen. Viel eher hätte an dieser Stelle ein Ermessensnichtgebrauch angesprochen werden sollen - die Stadt S sah sich in ihrer Entscheidung durch § 3 der Sondernutzungserlaubnis nämlich gebunden.

Gelobt wird die Benennung der Normen und der Umgang mit dem unbekannten NStrG. Im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit ist insbesondere die Ablehnung des Anhörungserfordernisses als gelungen bewertet worden. Die materielle Rechtmäßigkeit zeichne sich vor allem durch die präzise Herausarbeitung des Zwecks der Satzungsermächtigung aus.

## Janus e.V.

*Janus Consultants e.V. – Persönlichkeit entwickelt sich nicht beim Gutachten schreiben*

In der Einführungswoche erschlägt einen das Angebot an Engagements für Studenten regelrecht: Moot Courts, Rechtsberatungen, gemeinnützige und wirtschaftliche Vereine, Auslandsangebote und Zusatzqualifikationen. Dass hier vorwiegend juristisch orientierte Initiativen und Möglichkeiten vorgestellt werden, liegt wohl auf der Hand, immerhin studiert man Jura. Wieso auch auf die Idee kommen, sich in einem anderen Bereich zu engagieren? Soziales Engagement, okay. Da kann jeder mitmachen und was lernen, ungeachtet des Studiengangs. Aber alles andere scheint dann doch etwas fernliegend. Eine Juristin, die an einem teilautonomen Rennwagen<sup>1</sup> mitbaut? Ein Jurist, bei Tierärzte ohne Grenzen e.V.<sup>2</sup> – Möglich, aber auf den ersten Blick doch unwahrscheinlich.

Studentische Unternehmensberatungen sind indes eine der Engagementmöglichkeiten, die Jurastudenten zwar nicht als erste in den Blick fallen, trotzdem aber weder fachfremd noch uninteressant sein dürften. Die erste studentische Unternehmensberatung wurde 1967 in Frankreich gegründet – seitdem verbreitet sich die Idee mit Geschwindigkeit und Erfolg, nicht nur in Europa. Die Idee ist recht simpel: Studenten beraten Unternehmen zu geringeren Preisen als die nicht-studentischen Versionen von Unternehmensberatungen. Dabei lernen Studierende unternehmerisches Denken praktisch anzuwenden und bauen ihre Soft Skills aus. Das heißt, dass Lösungsansätze für Probleme gesucht werden und durch kreatives Denken umgesetzt werden. Gleichzeitig wird Berufserfahrung gesammelt, damit der Sprung in das kalte Wasser der (unternehmensberatenden) Berufswelt leichter von der Hand geht. Eine objektive Sicht wird

eingenommen und Kunden werden neue Perspektiven, Anleitung, Rat und Tat für kleines Geld geboten. Nebenbei besteht die Chance wichtige Kontakte zu Unternehmen zu knüpfen. Unter dieser Prämisse hat sich der Janus Consultants e.V., den es seit 1991 an der Leibniz Universität Hannover gibt, gegründet.

Was wirtschaftlich klingt, ist es auch: Beim Janus e.V. sind vorwiegend wirtschaftlich orientierte Studiengänge vertreten – Wirtschaftswissenschaften, Prozessoptimierer, Personalmanager und Eventplaner. Immerhin müssen Prozesse optimiert und Marketingstrategien entwickelt werden! Doch auch für Studenten aus wirtschaftsferneren Fachrichtungen kann der Janus e.V. (oder die Tätigkeit in einer studentischen Unternehmensberatung ganz allgemein) interessant sein. Einige Geistes- und Naturwissenschaftler sind Berater bei Janus, denn jeder der immatrikuliert ist, hat die Möglichkeit mitzumachen. So hat jeder Kunde schnell einen Berater an der Hand, der ihn und sein Unternehmen versteht. Viele inzwischen berufstätige Unternehmensberater haben selbst keinen wirtschaftlichen Hintergrund. Auch für die zukünftigen Berufsjuristen kann das Erlernen von Projektmanagementskills, Kundenakquise, Bilanzierung oder Präsentationstechniken von Vorteil sein. Da lohnt es sich als Student auf jeden Fall, in den Bereich mal reinzuzuschnuppern. Man lernt freilich nie aus. Außerdem gibt es beim Janus e.V. neben fünf anderen Ressorts, das Ressort „Finanzen & Recht“ (F&R). Es gibt also auch einen juristischen Aufgabenbereich, für Juristinnen und Juristen, die gern mitmachen wollen, es aber klassisch mögen.

Einer der Kollegen aus dem F&R ist Michael, der sich schon seit seinem dritten Semester bei Janus engagierte und ab März 2017 das Vorstandsamt des F&R Ressorts ein Jahr lang bekleidet hat. Nach einigen Semestern bei Janus und seinem zusätzlichen Vorstandsjahr, hat er alles an möglichen Erfahrungen gemacht.

<sup>1</sup> Vgl. <http://www.horsepower-hannover.de> (Stand: 01.06.2018).

<sup>2</sup> Wurde 1991 als studentische Freiwilligeninitiative an der Tierärztlichen Hochschule Hannover gegründet.

Seine Motivation bei Janus anzufangen: In erster Linie die Möglichkeit, über den Tellerrand zu schauen. Im doch recht aufwändigen Jurastudium ist man hauptsächlich von seinen Leidensgefährten umgeben, die dazu noch einen beachtlichen Redebedarf hinsichtlich des eigenen Studiums haben. Bei Janus bestand für Michael die Möglichkeit, auch Nicht-Jurastudenten kennenzulernen und abseits des Hörsaals weniger über Jura zu sprechen. Nebenbei bestand auch die Chance, durch die Projekte bei Janus Verantwortung für Andere zu übernehmen und – was nicht ganz unwichtig ist – Geld zu verdienen. Denn die externen Projekte bei Janus werden vergütet. Eine kleine Hilfe für Michael, dem chronisch drohenden, studentischen Pleitegeier zu entkommen.

Im ersten Moment hat sich Michael ein wenig fremd gefühlt. Von einer SWOT Matrix und einem Business Model Canvas hatte er zuvor jedenfalls noch nie gehört. Doch die betriebswirtschaftlichen Grundlagen sind schnell aufgearbeitet und durch die praktische Anwendung ist das Verständnis auch gleich besser. Ein wichtiger Vorteil: Für den BWL Nebenfachschein musste Michael kaum lernen – die meisten Inhalte kannte er bereits aus seiner Tätigkeit. Wenn es dann darum geht, die Haftungsrisiken eines GbR-Gesellschafters zu erläutern, kann Michael seinen Anteil beitragen und Dinge aus der juristischen Perspektive erklären. WiWi-Studenten lernen im Studium in erster Linie weniger das Problembewusstsein, sondern sind häufig darauf gepolt, (erfolgreich) Lösungsmuster und Modelle auf konkrete Sachverhalte anzuwenden. Da kommt jemand, der auf mögliche Risiken aufmerksam macht, ganz gelegen.

Einer der größten Vorteile für Michael waren die *Soft Skills*, die er bei Janus erlernen konnte. Was ohne Ende geübt werden kann, sind Rhetorik und Präsentationstechniken. Für jedes Projekt gibt es mindestens zwei Präsentationen, die zwingend gehalten werden müssen. Einmal die Angebotspräsentation, um das Projekt im Anschluss beginnen zu können und dann die sog.

Abschlusspräsentation.<sup>3</sup> Da merkt man früh, was seit den Referaten in der Schule alles vergessen und verlernt wurde – oder nie wirklich richtig gemacht wurde.

Kontakte knüpfen gehört natürlich auch dazu: Durch das eigene Engagement besteht die Möglichkeit, eine Vielfalt an Menschen aus dem Netzwerk vom Janus e.V. kennenzulernen. Ob es nun Kuratoren, Partner oder doch die Kunden sind, ist egal. Potential besteht in Hülle und Fülle.

Letztlich konnte Michael lernen, mit Menschen aus fachfremden Bereichen umzugehen – im Studium ist man oft von Menschen umgeben, die ähnlich ticken. Nicht alle Studenten aus einem Fachbereich sind gleich, aber bestimmte Merkmale und Denkprozesse passen sich, je länger das Studium andauert, früher oder später an. Wenn da nicht gelernt wird, auch mit anderen Menschen umzugehen, die gerade nicht so sind wie man selbst, kann das schon fast fatal sein: Der Großteil der Absolventen des zweiten Staatsexamens ergreift den Anwaltsberuf. Anwälte leben davon, ihre Mandanten zu beraten und mit ihnen umgehen zu können. Wenn sie mit diesen Mandanten nicht umgehen können und die Kommunikation schwer fällt, gibt es ein Problem – spätestens am Monatsende.

Das wichtigste ist für Michael zu guter Letzt, dass er durch Janus eine Persönlichkeitsentwicklung machen konnte, die ihm das Studium so nicht geboten hätte. Im Studium wird der Fokus auf das Klausur- und Hausarbeitbestehen gelegt. Für *Soft Skills* und Kontakte, für Diskussion und Projektarbeit außerhalb der Bibliothek gibt es leider keine Vorlesung – und wenig Gelegenheit. Umso wichtiger ist es, sich etwas neben

---

3 Projekte in einer Unternehmensberatung: Der Kunde, ein kleines Unternehmen beispielsweise, will eine Lösung für mögliche Risiken/Ideen/etc.. Dies wird als Projekt zusammengefasst, welches im Verein ausgeschrieben wird. Das Projekt stellt eine Dienstleistung dar. Diejenigen, die sich erfolgreich auf das Projekt bewerben, führen dieses dann durch. Dafür muss dem Kunden erstmal ein Angebot vorgestellt werden. Der Kunde kann das Angebot annehmen oder ablehnen. Im Anschluss wird das Projekt erst bearbeitet. Nachdem die Ergebnisse vorliegen, wird eine abschließende Präsentation gehalten.

dem Studium zu suchen, was einen persönlich weiterbringt. Ob es nun ein Moot Court, die Legal Clinic oder Janus ist – Persönlichkeit entwickelt sich nicht beim Gutachten schreiben; und nicht von allein.

*stud. iur. Alina Amin*  
Anwärterin bei Janus e.V.

## Deutschlands erste Tax Law Clinic in Hannover?

*Der VFS Hannover – der Verein zur Förderung der Steuerrechtswissenschaft an der Leibniz Universität Hannover – möchte an der Leibniz Universität die erste Tax Law Clinic Deutschlands einrichten. Das ist nicht unproblematisch. Am 25. Juni 2018 stellt der Verein seine Pläne zur Verwirklichung des Zieles vor.*

Law Clinics oder Legal Clinics sind in Deutschland mittlerweile ein fester Bestandteil an den meisten juristischen Fakultäten. Die dort stattfindende unentgeltliche Rechtsberatung durch Studierende unter Anleitung eines Rechtsanwalts bietet eine großartige Möglichkeit, bereits im Studium das theoretisch Gelernte auch praktisch anzuwenden.

### **Unentgeltliche Rechtsberatung – vom absoluten Verbot im RBerG a.F. ...**

Dass eine unentgeltliche Rechtsberatung heute überhaupt möglich ist, ist Dr. Helmut Kramer zu verdanken. Kramer war ursprünglich Richter am Oberlandesgericht Braunschweig und hat sich Zeit seines Berufslebens für eine Aufarbeitung des NS-Unrechts in der Justiz eingesetzt. Nach seiner Pensionierung wurde Kramer gemeinsam mit seiner als Rechtsanwältin zugelassenen Ehefrau u.a. als Rechtsbeistand für zwei junge Männer tätig, die als sog. Totalverweigerer sowohl die Ableistung des Wehrdienstes als auch eines Ersatzdienstes verweigert hatten, damals eine Straftat. Während des deswegen geführten Strafprozesses zeigte Kramer sich selbst wegen eines Verstoßes gegen das damals geltende, noch aus der NS-Zeit stammende Rechtsberatungsgesetz (RBerG) an. Er gab zu Protokoll, die beiden Männer ohne die erforderliche Erlaubnis und darüber hinaus auch unentgeltlich zu vertreten, wie er dies auch in zahlreichen anderen Fällen getan habe. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 des RBerG durfte aber die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die

Erlaubnis erteilt worden war. Die Zuwiderhandlung stellte nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 RBerG eine Ordnungswidrigkeit dar. Kramer wurde deshalb durch das Amtsgericht Braunschweig zu einer Geldbuße von 600 DM verurteilt, was das Oberlandesgericht Braunschweig im Beschwerdeverfahren bestätigte.

### **... zur eingeschränkten Erlaubnis durch das BVerfG und im neuen RDG, ...**

Hiergegen wandte sich Kramer mit einer Verfassungsbeschwerde und bekam Recht. Das BVerfG bemängelte in seinem Beschluss vom 29. Juli 2004 (1 BvR 737/00, NJW 2004, 2662), die Gerichte hätten im Streitfall bei der Auslegung und Anwendung der Vorschriften des RBerG nicht in Erwägung gezogen, ob der Begriff der „Geschäftsmäßigkeit“ unter Berücksichtigung der durch das RBerG geschützten Interessen und des Grundrechts des Beschwerdeführers aus Art. 2 Abs. 1 GG von Verfassungs wegen im konkreten Fall eine Auslegung erfordere, die die unentgeltliche Rechtsbesorgung durch einen berufserfahrenen Juristen nicht erfasse. Diese enge Auslegung der „Geschäftsmäßigkeit“ galt in der Folgezeit als „lex Kramer“ bei der Anwendung des RBerG.

Im Jahr 2008 wurde das RBerG durch das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) ersetzt. Dessen § 6 erlaubt nunmehr ausdrücklich unentgeltliche Rechtsdienstleistungen, allerdings – bei Erbringung außerhalb familiärer, nachbarschaftlicher oder ähnlich enger persönlicher Beziehungen – nur, wenn die Rechtsdienstleistung durch einen Volljuristen oder unter dessen Anleitung erfolgt. Aufgrund dieser neuen Regelung können seither auch Studierende (ggf. im Rahmen eines Vereins) unter Anleitung eines Volljuristen unentgeltliche Rechtsdienstleistungen erbringen. Bereits seit 2010 gibt es deshalb an der Leibniz Universität Hannover die Legal Clinic, in der Studierende anderen Studierende etwa bei miet- oder ar-



beitsrechtlichen Fragen Hilfestellung leisten, seit 2015 existiert außerdem eine sehr engagierte Refugee Law Clinic, in der Studierende ratsuchenden Geflüchteten rechtlich zur Seite stehen. An anderen Universitäten bestehen studentische Law Clinics für Start-Ups, für Menschenrechte und sogar für Strafrecht.

### **... aber nicht im Steuerberatungsgesetz!**

Eine Tax Law Clinic, also eine unentgeltliche studentische Rechtsberatung im Steuerrecht gibt es bisher aber noch nicht. Das will der VFS Hannover ändern. Die Idee hierzu entstand direkt nach der Gründung des Vereins im Jahr 2015, denn Fragen rund um das Steuerrecht gibt es unter den Studierenden viele und so besteht auch ein großer Beratungsbedarf. Etwa: Wann bin ich verpflichtet, eine Einkommensteuererklärung abzugeben? Wie funktioniert eine Steuererklärung? Kann ich Erstattung von Steuern erreichen, die von meinem Lohn als studentischer Mitarbeiter einbehalten wurden? Kann ich die Aufwendungen für mein Studium von der Steuer absetzen? etc. Die Umsetzung der Pläne war jedoch nicht ohne Weiteres möglich. Denn im Steuerrecht gibt es, wie so oft, auch berufsrechtliche Besonderheiten. Hier findet neben dem RDG das Steuerberatungsgesetz (StBerG) Anwendung, nach dessen § 2 die Hilfeleistung in Steuer-sachen geschäftsmäßig nur von Personen und Vereinigungen ausgeübt werden darf, die hierzu befugt sind. Befugt sind insbesondere Steuerberater und Rechtsanwälte und entsprechende Gesellschaften, nicht aber Studierende oder ein studentischer Verein, selbst wenn eine Anleitung durch Steuerberater oder Rechtsanwälte erfolgt. Dementsprechend haben das Niedersächsische Finanzministerium und die Steuerberaterkammer Niedersachsen die Einrichtung einer Tax Law Clinic auf Anfrage des VFS Hannover als unzulässig erachtet.

### **Bis jetzt...!**

Es fällt allerdings auf, dass die genannte Formulierung in § 2 StBerG im Wesentlichen dem Wortlaut des früheren § 1 RBerG entspricht, dessen enges Verständnis das BVerfG im Hinblick auf die unentgeltliche Rechtsberatung durch berufserfahrene Juristen als verfassungswidrig angesehen hat. Anders als das RBerG wurde das ebenfalls aus dem Jahr 1935 stammende StBerG aber nicht geändert. Der VFS Hannover ist der Auffassung, dass die Ausführungen des BVerfG zum RBerG in gleicher Weise für das StBerG gelten und möchte daher gegen das dortige Verbot einer unentgeltlichen Steuerrechtsberatung vorgehen. Zusammen mit dem „Papst des RDG“ Dr. Christian Deckenbrock von der Universität zu Köln und Georg Dietlein vom Bund Studentischer Rechtsberater hat der Verein daher einen Schriftsatz an das für ihn zuständige Finanzamt Hannover-Nord erstellt, in dem er ankündigt, ab dem Wintersemester 2018/19 an der Leibniz Universität Hannover eine Tax Law Clinic errichten zu wollen. Sollte dies – was zu erwarten ist – untersagt werden, geht es vor das Niedersächsische Finanzgericht...

### **Mehr am 25. Juni...!**

Am 25. Juni 2018 stellen wir Euch ab 18 Uhr bei einer „kick off“-Veranstaltung unsere Pläne für eine Tax Law Clinic und unsere Überlegungen für ihre Umsetzung vor. Mit dabei ist u.a. der mittlerweile 88-jährige Dr. Helmut Kramer, der darüber berichtet, wie er zum Geburtshelfer für die Law Clinics wurde. Lasst Euch das nicht entgehen! Ihr seid ganz herzlich eingeladen, dabei zu sein!

**„Kick off“-Veranstaltung:  
Die erste Tax Law Clinic Deutschlands?**

Hannover als Vorreiter für eine studentische Steuerrechtsberatung  
am 25. Juni 2018, ab 18:00 Uhr im Raum VII / 003 des Hörsaalgebäudes der Leibniz Universität  
Hannover, ContiCampus, Königsworther Platz 1

Begrüßung und Einführung  
(RiFG Dr. Thomas Keß, Hannover)

„Der lange Weg zur altruistischen Rechtsberatung“  
(RiOLG a.D. Dr. Helmut Kramer, Wolfenbüttel)

„Die Entwicklung der studentischen Law Clinics in Deutschland“  
(RRef Georg Dietlein, Vorstandsmitglied des Bundes Studentischer Rechtsberater, Köln)

„Die Legal Clinic Hannover“  
(stud. iur. Lisa Kleinekemper, Hannover)

„Die Refugee Law Clinic Hannover“  
(RRef Mirko Widdascheck, Hannover)

„Die Pläne für eine Tax Law Clinic an der Leibniz Universität Hannover“  
(RRef Charlotte Merkel, Hannover)

„Die rechtliche Durchsetzung der Tax Law Clinic in Hannover“  
(Akad. Rat. Dr. Christian Deckenbrock, Universität zu Köln)

Anschließend findet ein kleiner Empfang mit Snacks und Getränken statt.

*Dr. Thomas Keß*  
Richter am Niedersächsischen Finanzgericht  
Lehrbeauftragter der Leibniz Universität Hannover  
für Steuerrecht  
Vorsitzender des VFS Hannover

## Aus dem Leben (k)eines Taugenichts

Hat man seinen Schulabschluss, kommt die Frage aller Fragen: Was möchte ich werden? Die Frage nach dem richtigen Studium<sup>1</sup> ist schon lange nicht mehr nur die Frage nach der bloßen Berufswahl oder nach der Auswahl aus mehr als 8.000 möglichen Studiengängen.<sup>2</sup> Die Frage, die man mit der Studienwahl vorrangig versucht zu beantworten, ist die Frage danach, wer man eigentlich sein will. Sich unter eben jenen 8.000 Studiengängen jedoch wiederzufinden, scheint eine schier unmöglich zu bewältigende Aufgabe – und mit zum Teil nicht einmal zwanzig Jahren übernimmt man Verantwortung für die nächsten 45 bis 50 Jahre, indem man sich dieser Aufgabe stellt.

*„Der Frühling ist vor der Thüre, geh auch einmal hinaus in die Welt und erwirb dir selber dein Brodt.“*

– „Nun,“ sagte ich, „wenn ich ein Taugenichts bin, so ist's gut, so will ich in die Welt gehen und mein Glück machen.“<sup>3</sup>

Sein Glück zu machen – um es mit den Worten (k)eines Taugenichts zu sagen – setzt allerdings auch voraus, die richtige Studienwahl getroffen zu haben. Nicht selten passiert es jedoch, dass die erste Wahl nicht zufriedenstellend ist.

Die Entscheidung Juristin oder Jurist<sup>4</sup> zu werden, darf von Idealismus geprägt sein. Zugegeben – meist ist sie das auch, z.B. von der rechtschaffenen Vorstellung, für die Rechte anderer einzutreten. Der Weg dahin ist

allerdings ein langer, der sich für Studierende nicht selten als wenig erfolgsversprechend und erfüllend erweist. Das ist kein Phänomen der juristischen Ausbildung – auch wenn sich vor allem hier deutlich zeigt, dass nicht nur eine Menge Haargel, sondern auch Motivation und Fleiß gefragt sind, um seinem Ideal Harvey Specter mit jedem Schritt näher zu kommen. Bei einer Quote von 24 Prozent in Jura,<sup>5</sup> brechen immerhin 32 Prozent der in Deutschland Studierenden ihr Studium ab.<sup>6</sup> Und aus eigener Erfahrung ist diese Entscheidung eine Herzensentscheidung. Eine Herzensangelegenheit, die es nicht aus ideellen Gesichtspunkten zu treffen gilt, sondern um sein Glück zu machen.

Treibende Kräfte eines Abbruchs sind unter anderem mangelnde Motivation und mangelnde Identifikation mit dem Studienfach. Vor allem in den ersten Semestern haben viele Studenten mit Unzufriedenheit zu kämpfen – hinzu kommt, dass die Studienanforderungen vor allem in den Rechtswissenschaften als zu hoch empfunden werden.<sup>7</sup> Verpflichtende Studienberatungen oder ein Probestudium sollen mögliche Präventivmaßnahmen sein, um dem akademischen Misserfolg künftig vorzubeugen.<sup>8</sup> Mag sein. Fragwürdig ist diesbezüglich allerdings nicht nur die Entmündigung des fest entschlossenen, volljährigen und individuellen Studienanfängers, sondern auch die Behauptung, dass ein Studienabbruch mit einem Misserfolg gleichzusetzen sein soll.

Es ist kein Misserfolg Verantwortung zu übernehmen und sich einzugestehen, nicht glücklich mit dem zu sein, was man macht. Im Gegenteil: Die Erkenntnis

1 Der Artikel befasst sich ausschließlich mit Studienerfahrungen. Da die Autorin über keinerlei nennenswerte Ausbildungserfahrungen verfügt, wird ausschließlich aus diesem Grund auf die Darstellung eines Ausbildungsabbruchs verzichtet.

2 Eine Auflistung der ZEIT, siehe: <https://studiengaenge.zeit.de> (zuletzt abgerufen: 08.04.2018).

3 Joseph von Eichendorff, Aus dem Leben eines Taugenichts, Kapitel 1.

4 Im Folgenden werden keine geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen verwendet. Sofern möglich, werden geschlechtsneutrale Bezeichnungen bevorzugt. Andernfalls schließt die gewählte männliche Form eine adäquate weibliche gleichberechtigt ein.

5 Eine Studie der DZHW, September 2017, erschienen in: Heublein et al., Die Ursachen des Studienabbruchs in den Studiengängen des Staatsexamens Jura.

6 Eine Studie der DZHW, Forum Hochschule 1/2017, erschienen in: Heublein et al., Zwischen Studienerwartungen und Studienwirklichkeit.

7 Siehe Fn. 5.

8 Siehe Fn. 6.

und – noch viel wichtiger – das Eingeständnis sind ein erster Erfolg. Und für eine Vielzahl der Studienabbrecher reicht ein Fachwechsel bereits aus, um die eigene Unzufriedenheit wettzumachen.<sup>9</sup> Verantwortung zu übernehmen heißt eben nicht nur einmal eine Entscheidung bezüglich eines Studienfachs zu treffen. Es heißt vor allem, sich einzugestehen mit seiner ersten Wahl nicht glücklich zu sein. Das ist nicht verantwortungslos, sondern mutig und umsichtig. Gerade in Anbetracht der Tatsache, dass es sie immer noch gibt, die gesellschaftlichen Erwartungen, die nicht selten die Studienentscheidung und den Studienverlauf beeinflussen.

Du sollst frühestmöglich berufstätig sein! Dafür solltest Du was Sinnvolles studieren! Dein Studium musst Du in der Regelstudienzeit beenden, gern noch ein bisschen früher! Nebenbei engagierst Du Dich dann bitte, lernst, jobbst, gehst zu jeder Vorlesung und hilfst anderen und bleibst stets motiviert! Erbringe Bestnoten, aber bleib stets altruistisch und zeige Demut!

Der Abbruch des eigenen Studiums passt sich jenen Vorstellungen nicht an. Nicht unüblich ist es daher, dass letzterer Entschluss mit einem Gefühl des Scheiterns einhergeht.

Mit einem allgegenwärtigen schlechten Gewissen hetzt man durch die Straßen – von dem Immatrikulationsbüro<sup>10</sup> zum BAföG-Amt<sup>11</sup> und zur Krankenkasse<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Ebenda.

<sup>10</sup> Empfehlenswert ist es, schnellstmöglich einen Antrag auf Exmatrikulation beim Immatrikulationsamt zu stellen – vor allem für Empfänger von BAföG. Denn nach Beginn eines neuen Semesters zählt jenes unter Umständen als angetreten und somit als Hochschulsemester.

<sup>11</sup> Ein Studienfachwechsel bis zum dritten Semester läuft i.d.R. unproblematisch ab. Weil sich das Studium durch den Fachwechsel in die Länge zieht, muss man zum Studienende ggf. ohne Förderung auskommen. Weitere Informationen: <https://www.bafög.de/de/fachrichtungswechsel-387.php> (zuletzt abgerufen: 08.04.2018).

<sup>12</sup> Grundsätzlich sind Studenten in der gesetzlichen Krankenkasse ihrer Eltern bis zum 25. Lebensjahr kostenlos familienversichert. Ein anderes ergibt sich mit Studiumswechsel oder gar –abbruch.

um sich schließlich beim Einwohnermeldeamt seine Niederlage einzugestehen: Ich hab es nicht geschafft. Zu allem Überfluss scheinen alle an deiner Niederlage teilhaben zu wollen. *Schande* hallt es ununterbrochen. Schaulustige säumen den Weg. Alte bekannte Gesichter aus der Schulzeit und ehemalige Kommilitonen ergötzen sich an der Niederlage: Schaut wozu Idealismus und Ehrgeiz geführt haben. Zu einer Lücke im Lebenslauf. Zu einem akademischen Misserfolg. *Schande*.

Zugegeben, jeder geht anders mit einem möglichen Studienabbruch um. Wie die gefallene, gedemütigte und von der Gesellschaft ausgestoßene Königmutter in der Serie *Game of Thrones* fühlt man sich trotzdem. Finanzielle Unsicherheiten und mangelnde Planungsfähigkeit des nächsten Karriereschritts verbessern die Ausgangslage nicht.

Mein Rezept? Sich Zeit nehmen und sowohl Idealismus als auch gesellschaftliche Erwartungen hintenanstellen. Sich ausprobieren. Die Möglichkeit in Anspruch nehmen sogenannte Schnupperstudiengänge oder Hochschulinformationstage zu besuchen.<sup>13</sup> Zwecks Studierbarkeit anderer, möglicher Fächer kann es hilfreich sein, den Kontakt zu Studierenden zu suchen. Einen Termin bei einer Studienberatung vereinbaren. Die Möglichkeiten sind zahlreich. Die Kunst ist es jedoch nicht zu stagnieren – auch wenn der Abbruch vorerst zu einer psychischen Belastungsprobe werden kann. Genauso wichtig: Nicht Hals über Kopf für das nächste Studienfach immatrikulieren. Sich Zeit nehmen!

<sup>13</sup> Hilfreich für Studienwechsler ist folgende Datenbank: <https://www.hochschulkompass.de/studium/hilfe-bei-der-studienwahl/studieren-auf-probe/schnupperstudium.html> (letzter Zugriff am 11.04.2018). Zusätzlich schreiben hier nicht gelistete Universitäten auf Ihrer Homepage mögliche Informationstage und Schnupperstudiengänge aus.

Du wirst sehen: Was für den Taugenichts gilt, offenbarte sich nicht nur mir: „ – [...] es war alles, alles gut!“<sup>14</sup> Auch mit Studienwechsel.

Es ist alles gut, wenn man am Ende des Tages mit sich zufrieden ist. Zufrieden mit sich und mit dem was man macht. Bist Du zufrieden, sind es Deine Mitmenschen. Ja – früher oder später auch Deine Eltern. Dein künftiger Arbeitgeber.

Sei glücklich – ob als Student, als Auszubildender, als Angestellter, als Lebenskünstler, als Idealist. Oder eben als Taugenichts.

*\*stud. iur. Paula Kirsten*

---

<sup>14</sup> Joseph von Eichendorff, Aus dem Leben eines Taugenichts, Kapitel 10.



## ELSA Hannover e.V.

### *Recht erleben!*

ELSA – sucht man danach im Internet, wirft einem Google zuerst eine Disney-Prinzessin aus. Um Animationsfilme geht es bei der European Law Students' Association nicht: ELSA ist die weltgrößte Vereinigung von Jurastudenten, die mit knapp 12.000 Mitgliedern in 43 deutschen Fakultätsgruppen fast überall vertreten ist, wo in Europa Jura studiert wird. Auf solches Engagement über das Studium hinaus, also den bekannten Blick über den Tellerrand, legen spätere Arbeitgeber viel Wert. Nicht umsonst sind fast sämtliche bekannten Großkanzleien Förderkreispartner von ELSA Deutschland, ebenso sind zahlreiche mittelständische Kanzleien bei den lokalen Fakultätsgruppen engagiert.

### **A. Erfahrungen mit ELSA**

In der Erstsemesterwoche wurden Studentinnen und Studenten von unzähligen Informationen zu verschiedensten Angeboten und Aktivitäten überschwemmt. Weitblick, Moot Courts, ELSA, LL.B., ADVO-Z oder vielleicht gleich ein halbes Jahr mit ERASMUS ins europäische Ausland? Die Wege zu einem studentischen Engagement sind vielfältig, wie die Erfahrungen der Vorstandsmitglieder von ELSA belegen.

Das Interesse vom amtierenden Vorstand für Seminare und Konferenzen wurde mitten im Studium geweckt. Sie bewarb sich für die Teilnahme an einem Study Visit nach Vilnius, den die Fakultätsgruppe organisierte. Mit Spannung und großer Vorfreude auf eine Reise in ein für sie unbekanntes Land und einen Einblick in ein exotisches Rechtssystem machte sie sich gemeinsam mit 15 anderen Jurastudentinnen und -studenten aus Hannover früh morgens auf in Richtung Berlin. Von dort ging es mit dem Flieger direkt nach Vilnius. Auf litauischem Boden wurden die Gruppe von ungewöhnlich warmem Wetter begrüßt, sie hatte sich gleich zu Beginn mit vielen mir zuvor unbekannten Mitgliedern aus allen denkbaren Semestern angefreundet, daher war der Spaß ohne-

hin garantiert. Die Gruppe besuchte zum Beispiel einen deutschen Rechtsanwalt, der in Vilnius tätig ist: Dieser konnte uns u.a. davon berichten, dass im litauischen Jurastudium der Gutachtenstil vollkommen unbekannt ist. Außerdem erfuhren die Teilnehmer, dass gerade die baltischen Länder besonders zügig in der Umsetzung von EU-Recht sind. Ihre Kandidatur für einen Vorstandsposten beschloss Marie aufgrund ihrer durchweg positiven ersten Erfahrungen noch auf diesem Study Visit und wurde für das laufende Amtsjahr zum Vorstand gewählt. Von nun an organisiert sie Veranstaltungen der Fakultätsgruppe und steht dabei im regen Kontakt mit staatlichen Institutionen, Anwaltskanzleien und Unternehmen.

Jendriks Weg führte ihn schon früh im Studium zu ELSA: Seine Tutorinnen waren ELSA-Mitglieder, so dass er sich aus erster Hand informieren konnte. Ihn reizte vor allem die Vielfältigkeit des Angebots. Also meldete er sich für den Study Visit 2016 nach Lissabon an und besuchte Veranstaltungen wie den Böhmermann-Vortrag, welche ihn für die aktive Vereinstätigkeit begeisterten: ELSA bot aus seiner Sicht bereits früh im Studium die Möglichkeit, Einblicke in die spätere Berufspraxis und Rechtsgebiete über den Pflichtstoff hinaus zu bekommen. Für das Amtsjahr 2016/17 ernannte der Vorstand ihn zum Direktor für Public Relations. In dem Amt konnte er u.a. Artikel über ELSA-Aktivitäten im redaktionellen Teil der JuS veröffentlichen und er organisierte den Study Visit nach Vilnius 2017, eine Aufgabe, die einiges an Organisationstalent abverlangte. Als Präsident ist es nun Jendriks Aufgabe, die Vorstandsarbeit zu koordinieren und ELSA zu repräsentieren. Er vertritt ELSA zudem regelmäßig auf nationalen Treffen, auf denen er schon viele Freundschaften mit Jurastudenten aus ganz Deutschland schließen konnte. Für Jendrik ist ELSA damit ein wichtiger Bestandteil seines Studiums geworden, den er nicht mehr missen möchte.

## B. Was ELSA anbietet

ELSA bietet regelmäßig Veranstaltungen an, die potentielle Arbeitgeber und interessante juristische Arbeitsfelder erfahrbar machen, hierzu gehören nicht nur Besuche bei der Staatsanwaltschaft Hannover oder der juristischen Abteilung von Hannover 96, wo Juristen aus erster Hand aus ihrer Berufspraxis berichten, sondern auch Diskussions- und Informationsveranstaltungen mit Partnerkanzleien. Vorträge zur Causa Böhmermann oder zu „Schuld“ nach Ferdinand von Schirach, kann man bei ELSA ebenfalls erleben oder mitorganisieren. Bei dem *Institutional Visit* wurde in den letzten Jahren bspw. das Bundesarbeitsgericht in Erfurt besucht. Nach einer persönlichen Begrüßung durch BAG-Richter Professor Dr. Kiel ging es bei einer Führung durch das Gebäude darum, einen Einblick in den Arbeitsalltag eines Bundesrichters zu gewinnen – ein Besuch, der dank dies besonderen Berichts aus erster Hand bei den 15 Mitfahrenden einen nachhaltigen Eindruck hinterlassen hat.

Auch das europäische Ausland ruft bei ELSA jedes Jahr aufs Neue, ELSA Hannover lernt mit großer Begeisterung andere ELSA-Gruppen jenseits der deutschen Grenzen kennen. Natürlich wird, wenn man schon mal vor Ort ist, mit den ortskundigen Kommilitoninnen und Kommilitonen der örtlichen ELSA-Gruppe auch ausprobiert, wie sich die dortigen Studenten von der Mühsal des täglichen Studierens erholen. Wer ELSA-Mitglied ist, findet in so gut wie jeder europäischen Universitätsstadt Anschluss.

Bei einem Study Visit steht das Fachliche ebenfalls im Fokus: Der Besuch bei namenhaften Institutionen, wie etwa Verfassungsgerichten und ansässigen (Groß-)Kanzleien oder Regierungsvertretungen, ist bei den Auslandsbesuchen fester Programmbestandteil. Auch ein Einblick in das Studium der Rechtswissenschaft des besuchten Landes anhand eines Vortrags eines dort lehrenden Professors gibt immer wieder tolle neue Perspektiven im Hinblick auf andere Rechtskulturen und zeigt Parallelen und Unter-

schiede zum deutschen Rechtssystem auf. Wer tiefer in fremde Rechtskulturen Einblick gewinnen will, der kann sich für ein bezahltes Auslandspraktikum über das von ELSA organisierte Student Trainee Exchange Programme – kurz STEP – zu bewerben. STEP-Stellen werden mehrfach im Jahr ausgeschrieben, die örtliche ELSA-Gruppe hilft bei der Suche nach Unterkunft und den Formalia, man hat Ansprechpartner und Kontakte vor Ort und muss sich nicht um alles selbst kümmern – ein gutes Gefühl. Diese praktischen Erfahrungen im Ausland eröffnen einem zudem einen neuen Blick auf das deutsche Recht: So durften die Teilnehmer am Study Visit 2016 nach Lissabon beispielsweise erfahren, dass in Portugal das Sportrecht dem Öffentlichen Recht zugeordnet und dementsprechend ausgestaltet ist; in Vilnius erfuhren die Teilnehmer, dass das litauische Examen sehr schwer zu bestehen ist und lediglich ein einstelliger Prozentsatz der Prüflinge später als vollwertige Rechtsanwälte arbeiten kann. Teilnehmer an einem STEP-Praktikum erfuhren, dass in Großbritannien die Tätigkeit als Rechtsanwalt bspw. kaum mit der in Deutschland vergleichbar ist, denn die Rechtsanwaltschaft teilt sich dort in *Solicitors*, also außergerichtliche Rechtsberater, sowie *Barristers*, die in Gerichtsprozessen auftreten. Zudem spielen im englischen Rechtsraum, anders als in Deutschland, die prozessualen Fragestellungen eine viel größere Rolle und bestimmen das materielle Recht maßgeblich mit. Study Visits und Auslandspraktika bieten somit einen guten Einblick in fremde Rechtssysteme, der in Zeiten der Globalisierung und der Internationalisierung des Rechts sehr hilfreich ist.

ELSA veranstaltet zudem in jedem Jahr Moot Courts, darunter mit dem ELSA Deutschland Moot Court einen der bundesweit größten Moot Courts. Beim ELSA Deutschland Moot Court oder beim ELSA Deutschland Verwaltungsrecht Moot Court kann man in die Rolle eines Anwalts schlüpfen und erste, simulierte Praxiserfahrung sammeln. Beide Wettbewerbe sind

studienbegleitend ausgestaltet, man kann parallel zum Grundstudium oder einer Großen Übung mitmachen. Wer im Lokalentscheid siegt, hat zudem die Möglichkeit, über die Regionalrunden bis ins Finale vor den Bundesgerichtshof bzw. dem Bundesverwaltungsgericht zu kommen und dort vor echten Bundesrichtern zu brillieren.

Bei ELSA kann man einiges erleben! In den unterschiedlichsten Vorstandsämtern kann jeder die individuellen Stärken einsetzen, sie verbessern und sich dabei persönlich weiterentwickeln: Insbesondere kann man wichtige Soft Skills erlernen und vertiefen. Bekannte Juristen wie etwa der Bundesverfassungsrichter Professor Dr. Andreas Paulus aus Göttingen waren im Vorstand ihrer Fakultätsgruppen aktiv und sind auch im Berufsleben ELSA besonders verbunden. ELSA hilft dabei, ein nationales und internationales Netzwerk hinaus aufzubauen, in dem Freundschaften fürs Leben auch über das Jurastudium entstehen können. Wer Interesse an der Vorstandsarbeit hat, kann uns beide gern auf unseren Veranstaltungen oder auch einfach auf dem Campus ansprechen. Gerade das Studium der Rechtswissenschaft bietet viele Freiräume; auch für ehrenamtliches Engagement. Nutzt die Zeit, macht was!

*Marie Ekaterina Palm und Jendrik Wüstenberg*  
ELSA Hannover e.V.





# HANOVER LAW REVIEW