

# HANOVER LAW REVIEW

**Editorial**

Die Redaktion

Weihnachtsbuchempfehlung

**Entscheidungen**

Jost Behrens  
Christian Denz  
Malte Gauger  
Patricia Meinking  
Anna Ordina  
Jendrik Wüstenberg

Pferdekauf - BGH VIII ZR 32/16  
DFL - OVG Bremen 2 LC 139/17  
Sterbehilfe - LG Hamburg 619 Kls 7/16  
Schadensersatz nach Amoklauf - BGH VI ZR 237/17  
Fanbus - OLG Braunschweig 1 W 114/17  
Tätowierte Beamte - BVerwG 2 C 25.17

**Studienpraxis &  
Fallbearbeitung**

Alina Amin & Adam Hetka  
Rocky Glaser  
Paula Kirsten  
Maximilian Nussbaum

Proseminararbeit, Strafrecht: Geschwisterinzest  
Proseminararbeit, Öffentliches Recht: Richterwahl  
Klausur im BGB IV, 13 Punkte  
Hausarbeit in der Übung für Fortgeschrittene  
im Strafrecht, 15 Punkte

**Varia**

Prof. Dr. Felipe Temming  
Alicia Bruns  
Dr. Dimitrios Parashu  
Moritz Stamme &  
Jonas Vonjahr

Interview  
Einstieg ins Studium, erste Hilfe für Erstis  
Rückblick auf die III. Mittelbautagung  
WahlRECHT - Braucht man das oder kann das weg?

Seiten 319 bis 324

Kurz & Knapp  
Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!

# Probeexamens

Probeklausuren schreiben.  
Panik besiegen.  
Prädikatsexamen machen.



[gww.com/karriere](http://gww.com/karriere)

**GvW** Graf von Westphalen

[jus.de](http://jus.de)

**JuS**  
ZENTRUM FÜR STUDIEN UND REFERENDARIAT

## 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)

## Redaktion

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

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

## 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.

## 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 Entscheidungsmerkungen 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

## Druck

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

## Zitievorschlag

amerikanisch:  
Autor, 4 Han LR 2018, Anfangsseite (Fundstellenseite)

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

## Weihnachtsbuchempfehlung

In der Tradition größerer Weihnachtsbuchempfehlungen<sup>1</sup> trauen auch wir uns, zur Weihnachtszeit Literatur zu empfehlen. Getreu unserer Ausrichtung, allerdings weniger belletristische, gesellschaftskritische oder politische Werke, sondern Ausbildungsliteratur.

Den Horizont nicht nur auf die so zahlreich vorhandenen Lehrbücher, Skripten und Fallbücher zu verkleinern, ist nicht nur zur Weihnachtszeit eine Tugend. Indes ist es gerade die Vielzahl der Werke im Bereich Ausbildung, die einen manchmal ratlos erscheinen lässt, wie das eigene Weihnachtsgeld am besten angelegt ist.

Ein gefühltes Vermögen muss man für Staudingers Eckpfeiler, 6., neubearbeitete Auflage 2018, 1602 Seiten, Hardcover, Sellier - de Gruyter ISBN 978-3-8059-1267-9 inzwischen nicht mehr ausgeben. Für 49,95 Euro bekommt man eine übersichtliche, gebundene, kompakte und vollständige Darstellung über den relevanten Examensstoff im Zivilrecht. Ein Buch, das bei großen Hausarbeiten und der Examenvorbereitung im gut sortierten Regal nicht fehlen darf.

Professor Dr. Christian Heinze gibt in seinem Interview in der letzten Ausgabe den wertvollen Rat, die Vorlesung mit dem ehemaligen Kropholler statt einem Gesetzestext auf dem Tisch zu verfolgen. Der Jacoby/von Hinden, 16., neubearbeitete Auflage 2018, 990 Seiten, Softcover, C.H. BECK ISBN 978-3-406-71267-8 für 38,90 Euro ist ein studienrelevanter, empfehlenswerter täglicher Begleiter.

Für Erst- und Drittsemester besonders interessant: Schuldrecht I, 21., neu bearbeitete Auflage 2015, 431 Seiten, Softcover, C.H. BECK ISBN 978-3-406-66736-7 für ca. 25,90 Euro und Schuldrecht II, 18. Auflage 2018, 555 Seiten, Softcover, C.H. BECK ISBN 978-3-406-69406-6

für ca. 27,90 Euro. Professor Dr. Stephan Lorenz führt das Standardwerk zum Schuldrecht von Medicus fort, beide Bücher geben einen hervorragenden Überblick über die Materie, beinhalten mehr als genug Übersichtlich aufbereitete Informationen, um sie bis zum Examen zur Hand zu nehmen und vermitteln sowohl gutes Überblickswissen, als auch das nötige Tiefenwissen für die Hausarbeit und die Übung für Fortgeschrittene. Mit insgesamt ca. 1000 Seiten für ungefähr 55 Euro eine mehr als lohnende Anschaffung für Studierende.

Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7., neu bearbeitete Auflage 2018, 126 Seiten, Softcover, C.F. Müller ISBN 978-3-8114-4644-1 von Adomeit und Hähnchen ist als Teil der Reihe „Start ins Rechtsgebiet“ genau das Richtige für jüngere Studierende. Nach einer wissenschaftstheoretischen Einleitung sind in Teil I die wichtigsten Entwürfe und Konzeptionen der Normlogik dargestellt. Dazu gehört vor allem die klassische Lehre von den Normen, von Tatbeständen und Rechtsfolgen und von der Rechtsordnung als Stufenaufbau. Teil II enthält eine vereinfachte Methodenlehre: Anhand aktueller Beispiele wird erklärt, wie man das Gesetz liest, einen Sachverhalt subsumiert und mit mehrdeutigen Texten verfährt. In Teil III zur Rechtspolitologie geht es um das Nachdenken über Grundfragen des Rechts. Für ca. 17,99 Euro bestimmt keine Fehlinvestition.

Beulkes Klausurenkurse im Strafrecht sind allesamt zu empfehlen. Am Klausurenkurs im Strafrecht III, 5., neu bearbeitete Auflage 2018, 680 Seiten, Softcover C.F. Müller ISBN 978-3-8114-4641-0 für ca. 26,99 Euro führt aber kein Weg vorbei. Auf hohem Niveau (nicht unbedingt für Einsteiger geeignet) werden komplexe Strafrechtsfälle mit wertvollen Anmerkungen, ausgezeichnet gegliedert und „überkorrekt“ gelöst – wer hieraus in der Klausur eins zu eins abschreiben könnte, bekäme 19 Punkte.

<sup>1</sup> vgl. Wolf, Weihnachtsbuchempfehlungen in den November oder Dezemberausgaben der Juristischen Arbeitsblätter (JA).

Peines Klausurenkurs im Verwaltungsrecht ist zwar nicht mit Schwerpunkt auf das niedersächsische Landesrecht geschrieben und begnügt sich mit entsprechenden Fußnotenverweisungen, ist aber doch ein empfehlenswertes Buch, um sich auf die Klausur vorzubereiten. Ein Fall- und Repetitionsbuch zum Allgemeinen und Besonderen Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht 6., überarbeitete Auflage 2016, 563 Seiten, Softcover, C.F. Müller ISBN 978-3-8114-4209-2 für 26,99 Euro ist noch erschwinglich, auch wenn es naheliegt, zumindest den Ipsen für Niedersachsen zusätzlich anzuschaffen.

Was ist Recht? Warum gilt es und wie wendet man es richtig an? Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre von Rüthers, Fischer und Birk in der 10., überarbeitete Auflage 2018, 621 Seiten, Softcover, C.H.BECK ISBN 978-3-406-71279-1 für ca. 34,00 Euro ist ein vollumfänglich zu empfehlendes Werk, das in keiner Studierendenbibliothek fehlen darf. Es mag „nur“ mittelbar bei der Erstellung der nächsten Sachenrechtsklausur behilflich sein, die kurzen, aussagekräftigen und prägnanten Zusammenfassungen zu den Generalthemen Moral, Gerechtigkeit, allgemeine Rechts- und Methodenlehre, Rechtspositivismus, Gesellschaft und Rezeption von Recht und Unrecht im NS-Staat sind Pflichtlektüre für Studierende die beginnen wollen, sich mit Rechtswissenschaft zu beschäftigen, statt nur Definitionen zu pauken.

Wer ein eher allgemeines Buch zum Studium zur Hand nehmen möchte, dem sei Cal Newport, *How to Become a Straight-A Student*, 2006, Broadway Books ISBN: 978-07679-22715 empfohlen. Ob nun endlich Zeitmanagement im stressigen Studienalltag verstehen und verbessern, effizient in Vorlesungen mitarbeiten oder das Finden von Themen für und Schreiben von wissenschaftlichen Arbeiten.

Das Buch hält für alle studentischen Herausforderungen Tipps parat. Einziger Haken: Das juristische

Studium lässt sich, anders als vielleicht ein naturwissenschaftliches Studium, nicht in so einfache, vergleichbare Formen gießen. Deshalb muss hier eine Transferleistung auf die eigene Situation im Jurastudium erfolgen. Darüber hinaus motiviert aber der Schreibstil zu einem engagierteren Studienalltag.

Für ein gut angelegtes, stets vorteilhaftes Allgemeinwissen über das historische sowie aktuelle, juristische Weltgeschehen kann ein Blick in Herdegen, Völkerrecht, 17., überarbeitete und erweiterte Auflage 2018, 511 Seiten, Softcover, C.H.Beck, ISBN 978-3-406-72069-7 für ca. 29,80 Euro sehr hilfreich sein. Unter Bezugnahme zu geschichtlichen Eckdaten wie den Nürnberger Prozessen oder dem weltweiten Ausbau des Menschenrechtsschutzes sensibilisiert die Lektüre für die zentrale Rolle, die das Völkerrecht bei der Völkerverständigung einnehmen kann. In einfacher Darstellung erhalten Leserinnen und Leser einen Eindruck über prägende Institutionen und die Stellung des einzelnen Staates im Völkerrecht. Selbstverständlich fehlt auch die Einbeziehung von Art. 59 GG nicht, sodass das Lehrbuch gerade Examenskandidatinnen und -kandidaten vor dem schriftlichen oder mündlichen Teil der Prüfung examensrelevantes Grundwissen kurz und bündig vermittelt.

Die Redaktion der Hanover Law Review wünscht allen Leserinnen und Lesern, Vereinsmitgliedern, Studierenden, wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern und Professorinnen und Professoren eine frohe und besinnliche Weihnachtszeit.

Wir bedanken uns für das rege Interesse und die fleißige, gewinnbringende Zusammenarbeit: Wenn es nach uns geht, kann es so weitergehen!

## 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. Petra Buck-Heeb,**  
**Dipl. - Jur. Tyll Philipp Krömer,**  
**Prof. Dr. Veith Mehde,**  
**Prof. Dr. Felipe Temming,**  
**der Region Hannover und**  
**der Juristischen Fakultät Hannover**

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

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

## Entscheidungen

<b>Dipl. - Jur. Jost Behrens -</b>	Pferdekauf - BGH VIII ZR 32/16	Seiten 275 bis 281
<b>stud. iur. Christian Denz -</b>	DFL - OVG Bremen 2 LC 139/17	Seiten 282 bis 289
<b>stud. iur. Malte Gauger -</b>	Sterbehilfe - LG Hamburg 619 KLs 7/16	Seiten 290 bis 296
<b>stud. iur. Patricia Meinkeing -</b>	Schadensersatz nach Amoklauf - BGH VI ZR 237/17	Seiten 297 bis 304
<b>stud. iur. Anna Ordina -</b>	Fanbus - OLG Braunschweig 1 W 114/17	Seiten 305 bis 310
<b>stud. iur. Jendrik Wüstenberg -</b>	Tätowierte Beamte - BVerwG 2 C 25.17	Seiten 311 bis 318

## Kurz & Knapp

<b>RR Tim Brockmann -</b>	Entscheidungsübersicht Zivilrecht 4/2018	Seiten 319 bis 320
<b>Dipl. - Jur. Tyll Philipp Krömer -</b>	Entscheidungsübersicht Öffentliches Recht 4/2018	Seiten 321 bis 322
<b>StA in Isabell Plich -</b>	Entscheidungsübersicht Strafrecht 4/2018	Seiten 323 bis 324

## Studienpraxis & Fallbearbeitung

<b>stud. iur. Alina Amin &amp;</b>	Proseminararbeit, Strafrecht: Geschwisterinzelzest	Seiten 327 bis 334
<b>stud. iur. Adam Hetka -</b>		
<b>stud. iur. Rocky Glaser -</b>	Proseminararbeit, Öffentliches Recht: Richterwahl	Seiten 335 bis 341
<b>stud. iur. Paula Kirsten -</b>	Klausur im BGB IV, 13 Punkte	Seiten 342 bis 346
<b>stud. iur. Maximilian Nussbaum -</b>	Hausarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht, 15 Punkte	Seiten 347 bis 364

## Varia

<b>Prof. Dr. Felipe Temming -</b>	Interview	Seiten 365 bis 370
<b>stud. iur. Alicia Brins -</b>	Einstieg ins Studium, erste Hilfe für Erstis	Seiten 371 bis 372
<b>Dr. Dimitrios Parashu -</b>	Rückblick auf die III. Mittelbautagung	Seiten 373 bis 374
<b>stud. iur. Moritz Stamme &amp;</b>		
<b>stud. iur. Jonas Vonjahr -</b>	WahlRECHT - Braucht man das oder kann das weg?	Seiten 375 bis 377

## Pferdekauf

§§ 14, 90a, 434, 477 BGB; § 344 HGB  
BGH, Urt. v. 18.10.2017 – VIII ZR 32/16

Dipl.-Jur. Jost Behrens, Hannover

### Sachverhalt (leicht verändert):

K kaufte Ende des Jahres 2010 auf seine Initiative hin von V im Wege eines mündlich geschlossenen Kaufvertrages und ohne Rechnung den damals 10-jährigen Hannoveraner Wallach D zum Preis von EUR 500.000,00 Euro, um diesen als Dressurpferd bei Grand-Prix-Prüfungen einzusetzen. V, der selbstständig als Reitlehrer und Pferdetrainer tätig ist, hatte das Pferd zuvor für eigene Zwecke erworben und zum Dressurpferd ausgebildet. In der Vergangenheit hatte V noch keine Pferde verkauft oder war in irgendeiner Weise im Bereich des Pferdehandels unternehmerisch tätig geworden.

Nachdem D von einer Mitarbeiterin des K am 24. und 25.11.2010 Probe geritten wurde und eine auf Veranlassung von K in der Pferdeklinik am 30.11.2010 durchgeführte „große Ankaufsuntersuchung“ keine erheblichen Befunde ergeben hatte, erfolgte die Übergabe des Pferdes an K am 03.01.2011.

Im Rahmen einer tierärztlichen Untersuchung wurde am 15. Juni 2011 bei D am rechten Facettengelenk zwischen dem vierten und dem fünften Halswirbel (C4/C5) ein Röntgenbefund festgestellt, der sich klinisch jedoch nicht auf die Verwendungseignung des Tieres auswirkt. Allerdings handelt es sich um eine vergleichsweise selten auftretende morphologische Veränderung.

K macht geltend, dieser Röntgenbefund sei die Ursache für die schwerwiegenden Rittigkeitsprobleme, die D unmittelbar nach der Übergabe gezeigt habe; das Pferd lahme, habe offenbar Schmerzen und widersetze sich einer reiterlichen Einwirkung. Mit Anwaltsschreiben vom 27.06.2011 erklärte er – nach vergeblicher Fristsetzung zur Nacherfüllung – den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte V zur Rücknahme des Pferdes auf.

Kann K von V die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen?

### Einordnung

Fälle zum Pferdekauf gelten neben solchen über Gebrauchtwagenkäufe zu „Dauerbrennern“ in Klausuren zum kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht. Im vorliegenden Urteil setzte sich der BGH wiederholt mit dem Sachmangelbegriff des § 434 Abs. 1 BGB beim Tierkauf sowie mit der Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerge schäft auseinander.

### Leitsätze

Auch bei einem hochpreisigen Dressurpferd begründet das Vorhandensein eines „Röntgenbefundes“, sofern die Kaufvertragsparteien keine anderslautende Beschaffungsvereinbarung geschlossen haben, für sich genommen grundsätzlich noch keinen Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 BGB. Hierbei kommt es nicht entscheidend darauf an, wie häufig derartige Röntgenbefunde vorkommen.

Der Verkäufer eines solchen Dressurpferdes hat – wie auch sonst beim Verkauf eines Reitpferdes – ohne eine anderslautende Beschaffenheitsvereinbarung der Kaufvertragsparteien nur dafür einzustehen, dass das Tier bei Gefahrübergang nicht krank ist und sich auch nicht in einem (ebenfalls vertragswidrigen) Zustand befindet, aufgrund dessen bereits die Sicherheit oder zumindest hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass es alsbald erkranken wird und es deshalb oder aus sonstigen Gründen für die vertraglich vorausgesetzte beziehungsweise gewöhnliche Verwendung nicht mehr einsetzbar sein wird.

Die Veräußerung eines vom Verkäufer – hier einem nicht im Bereich des Pferdehandels tätigen selbständigen Reitlehrer und Pferdeausbilder – ausschließlich zu privaten Zwecken genutzten Pferdes ist regelmäßig nicht als Unternehmerge schäft zu qualifizieren.

## Gutachterliche Lösung

- A. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises
- I. Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages
- II. Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang
- 1. Röntgenbefund als Sachmangel
  - a) Vereinbarte Beschaffenheit
  - b) Eignung für die vertragl. Vorausgesetzte oder obj. gewöhnliche Verwendung
  - c) Häufigkeit
- 2. Rittigkeitsprobleme als Sachmangel
  - a) Beschaffensvereinbarung
  - b) Eignung für vertraglich vorausgesetzte Verwendung
- 3. Bei Gefahrübergang
  - a) Unternehmereigenschaft des V
    - aa) Eine Ansicht
    - bb) Andere Ansicht
    - cc) Stellungnahme
  - b) Vermutungsregelung des § 344 HGB analog
    - aa) Eine Ansicht
    - bb) Andere Ansicht
    - cc) Stellungnahme
  - c) Zwischenergebnis
- 4. Zwischenergebnis
- B. Ergebnis

### A. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises

Ein Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Herausgabe und Rückübereignung des Pferdes D könnte sich aus §§ 437 Nr. 2, 434 Abs. 1, 90a S. 3, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB ergeben.<sup>1</sup>

### I. Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages

Zwischen K und V müsste ein wirksamer Kaufvertrag über eine Sache zustande gekommen sein. K und V vereinbarten Ende des Jahres 2010 mündlich den Kauf von D zum Preis von EUR 500.000,00. Der mündliche Abschluss des Kaufvertrags steht dessen Wirksamkeit nicht entgegen, denn dieser kann grundsätzlich auch formfrei erfolgen.<sup>2</sup> Auch haben die Parteien einen Kaufvertrag über eine Sache abgeschlossen, denn nach § 90a S. 1 BGB sind Tiere zwar keine Sachen, gemäß § 90a S. 3 BGB sind die für Sachen geltenden Vorschriften aber entsprechend auf sie anzuwenden. K und V haben somit wirksam einen Kaufvertrag über D in Höhe von EUR 500.000,00 gemäß § 433 BGB abgeschlossen.

### II. Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang

Es müsste ein Sachmangel bei Gefahrübergang im Sinne von § 434 BGB vorliegen. Ein Sachmangel ist eine für den Käufer nachteilige Abweichung der tatsächlichen Beschaffenheit der Sache, der Ist-Beschaffenheit, von der vertragsmäßig geschuldeten Beschaffenheit, der Soll-Beschaffenheit.<sup>3</sup> Ob ein Sachmangel vorliegt, richtet sich gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 in erster Linie nach der Vereinbarung der Parteien, indem auf den Inhalt einer getroffenen Vereinbarung abgestellt wird.<sup>4</sup> Zweitrangig wird gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 auf die Eignung für

<sup>1</sup> Der BGH hat den Rücktrittsgrund auf § 323 Abs. 1 BGB gestützt. In Betracht käme auch ein Rücktritt nach § 326 Abs. 5 BGB, da ein Anspruch auf Nacherfüllung oder Ersatzlieferung nach § 275 Abs. 1 BGB wohl ausscheiden dürfte. Da § 323 Abs. 1 und § 326 Abs. 5 BGB sich einzig vom Erfordernis der Fristsetzung unterscheiden und K ohnehin erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, kommt es hierauf letztlich nicht an, vgl. Loosholders, Haftung für Sachmängel beim Verkauf eines hochpreisigen Dressurpferdes, JA 2018, 146.

<sup>2</sup> Grunewald in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 433 Rn. 5; Saenger in: Schulze/Dörner u.a., BGB, 9. Aufl. 2017, § 433 Rn. 2.

<sup>3</sup> Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 17. Auflage 2014, Rn. 74.

<sup>4</sup> Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 42. Aufl. 2018, § 4 Rn. 9.

die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung abgestellt und letztstrangig kommt es nach Abs. 1 S. 2 Nr. 2 der Vorschrift auf die Eignung für die gewöhnliche Verwendung und eine übliche und vom Käufer zu erwartende Beschaffenheit an.<sup>5</sup>

### 1. Röntgenbefund als Sachmangel

Fraglich ist, ob D mängelbehaftet ist. Als Sachmangel könnte zunächst der Röntgenbefund der tierärztlichen Untersuchung in Betracht kommen.

#### a) Vereinbarte Beschaffenheit

D weist einen Röntgenbefund am rechten Facettengelenk zwischen dem vierten und dem fünften Halswirbel auf. Dieser könnte einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen, wenn K und V dies als Beschaffenheit von D vereinbart hätten. Der Abschluss einer Beschaffensvereinbarung im Sinne der Vorschrift setzt zwei ufeinander bezogene korrespondierende Willenserklärungen der Vertragsparteien nach §§ 145ff. BGB voraus.<sup>6</sup> Die Beschaffensvereinbarung kann sowohl ausdrücklich als auch durch schlüssiges Verhalten getroffen werden.<sup>7</sup> Inhaltlich setzt sie voraus, dass der Verkäufer in vertragsgemäß bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen.<sup>8</sup> K und V müssten folglich ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben, dass D keinen Röntgenbefund am rechten Facettengelenk zwischen dem vierten und dem fünften Halswirbel aufweisen dürfe. Der BGH stellte hierzu fest, dass „aber nicht erkennbar war, dass auch nur eine der Parteien bei Abschluss des Kaufvertrages einen auf Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung gerichteten Willen gebildet haben könnte – geschweige denn, dass ein solcher Wille in

irgendeiner Weise zum Ausdruck gebracht worden wäre. Im Gegenteil haben die Parteien [...] sogar ausdrücklich und übereinstimmend erklärt, dass keine besonderen Vereinbarungen betreffend die Beschaffenheit von D getroffen wurden.“<sup>9</sup> Eine ausdrücklich vereinbarte Beschaffenheit liegt deswegen nicht vor.

#### b) Eignung für die vertraglich vorausgesetzte oder objektiv gewöhnliche Verwendung

Der Röntgenbefund könnte allerdings einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 BGB darstellen. Dies wäre nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 der Fall, wenn die Parteien eine Verwendung des D als (hochklassiges) Dressurpferd vereinbart hätten oder im Fall von Nr. 2, wenn D sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit, die bei einem Dressurpferd gleicher Art üblich ist und die K erwarten konnte, nicht aufweist.

Der BGH knüpft dabei an seine bisherige Rechtsprechung an und meint, „dass die Eignung eines klinisch unauffälligen Pferdes für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung als Reitpferd nicht schon dadurch beeinträchtigt wird, dass aufgrund von Abweichungen von der ‚physiologischen Norm‘ eine (lediglich) geringe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass das Tier künftig klinische Symptome entwickeln wird, die seiner Verwendung als Reitpferd entgegenstehen. Ebenso wenig gehört es zur üblichen Beschaffenheit eines Tieres, dass es in jeder Hinsicht einer biologischen und physiologischen ‚Idealnorm‘ entspricht. Diese Wertung trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei Tieren um Lebewesen handelt, die einer ständigen Entwicklung unterliegen und die – anders als Sachen – mit individuellen Anlagen ausgestattet und dementsprechend mit sich daraus ergebenen Risiken behaftet sind.“<sup>10</sup>

Nichts anderes gelte für hochklassige Dressurpferde. Letztlich kann allerdings offen bleiben, ob die Parteien die Verwendung des Tieres als hochklassiges Dressurpferd vorausgesetzt haben oder es sich für die gewöhnliche Verwendung eignet, die bei einem

<sup>5</sup> D. Schmidt in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 13. Aufl. 2018, § 434 Rn. 7.

<sup>6</sup> Büdenbender in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, 3. Aufl. 2016, § 434 Rn. 17; Westermann in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 434 Rn. 16.

<sup>7</sup> BGH NJW 2016, 3015 (3016); Weidenkaff in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 434 Rn. 17.

<sup>8</sup> St. Rspr., BGH NJW 2018, 150 (151); NJW 2017, 2817 (2818); NJW 1997, 2318 (2318).

<sup>9</sup> BGH NJW 2018, 150 (152).

<sup>10</sup> BGH NJW 2018, 150 (152).

derartigen Dressurpferd üblich ist und K erwarten durfte. Denn nach den medizinischen Feststellungen wirkte sich der Röntgenbefund klinisch nicht auf die Verwendungseignung des Tieres aus. Demnach hat V mangels anderslautender Beschaffenheitsvereinbarung nur dafür einzustehen, dass D bei Gefahrübergang nicht krank ist oder die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass es alsbald erkranken wird. Somit ist das Pferd auch nicht nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bzw. Nr. 2 BGB mangelhaft.

### c) Häufigkeit

Jedoch könnte der Umstand, dass derartige Röntgenbefunde sehr selten sind, etwas an dem Vorliegen eines Sachmangels ändern. Bei dem Röntgenbefund handelte es sich um eine vergleichsweise selten auftretende morphologische Veränderung. Allerdings ist „selbst nach einer selten (oder gar erstmalig) auftretenden Abweichung von der ‚Idealnorm‘ [...] allein ausschlaggebend, ob aufgrund dessen bereits die Sicherheit oder hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass das Tier alsbald erkranken wird und es deshalb oder aus sonstigen Gründen für die vertraglich vorausgesetzte bzw. gewöhnliche Verwendung nicht mehr einsetzbar sein wird.“<sup>11</sup> Die Häufigkeit derartiger Röntgenbefunde allein spricht folglich nicht für das Vorliegen eines Sachmangels.

## 2. Rittigkeitsprobleme als Sachmangel

Das Pferd könnte jedoch wegen der Rittigkeitsprobleme mängelbehaftet sein. So soll D Lahmen, offenbar Schmerzen haben und sich einer reiterlichen Einwirkung widersetzen.

### a) Beschaffenheitsvereinbarung

Da die Parteien auch hinsichtlich der Rittigkeitsprobleme von D keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen haben, scheidet ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB folglich aus.

### b) Eignung für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung

Bei den Rittigkeitsproblemen könnte es sich jedoch um einen Sachmangel im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB handeln. Dies wäre der Fall, wenn die Rittigkeitsprobleme dazu führen, dass sich D nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung als Dressurpferd eignet. K erwarb D, um diesen als Dressurpferd bei Grand-Prix-Prüfungen einzusetzen. Ein Lahmendes und sich der reiterlichen Einwirkung widersetzendes Pferd kann aber nicht als hochklassiges Dressurpferd bei Turnieren eingesetzt werden. Folglich eignet D sich nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung. Mithin liegt ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB vor.

### 3. Bei Gefahrübergang

Die Rittigkeitsprobleme müssten bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Aus § 446 S. 1 BGB folgt, dass der Gefahrübergang in der Regel die Übergabe der verkauften Sache darstellt, also die Verschaffung ihres Besitzes.<sup>12</sup> Die Übergabe von D und somit der Zeitpunkt des Gefahrübergangs war der 03.01.2011. Fraglich ist, ob die Rittigkeitsprobleme bereits zu diesem Zeitpunkt vorlagen. Gem. § 363 BGB trägt der Käufer, nachdem er die Sache entgegengenommen hat, hierfür die Darlegungs- und Beweislast.<sup>13</sup> Die Probleme haben sich erst unmittelbar nach der Übergabe des Pferdes gezeigt. Zudem wurde D am 24. und 25.11.2010 ohne Auffälligkeiten Probe geritten, was auch eher gegen das Vorliegen der Rittigkeitsprobleme bei Übergabe spricht. Folglich wäre ein Sachmangel in Form von Rittigkeitsproblemen zum Zeitpunkt der Übergabe von D zu verneinen.

Fraglich ist aber, ob K die Vorschrift des § 477 BGB<sup>14</sup> zugutekommen kann. Hiernach wird zugunsten des Käufers vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich innerhalb

<sup>12</sup> D. Schmidt in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 5), § 446 Rn. 11; Weidenkaff in: Palandt (Fn. 7), § 446 Rn. 13.

<sup>13</sup> BGH NJW 2006, 434 (435); Westermann in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 6), § 434 Rn. 53.

<sup>14</sup> Der Entscheidung des BGH aus 2017 lag noch § 476 BGB a.F. zugrunde, der seit dem 01.01.2018 wortgleich § 477 BGB n.F. entspricht.

<sup>11</sup> BGH NJW 2018, 150 (153).

von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel zeigt. Die Anwendbarkeit des § 477 BGB setzt voraus, dass V als Unternehmer im Sinne von § 14 Abs. 1 BGB und K als Verbraucher nach § 13 BGB gehandelt hätten und deshalb ein Verbrauchsgüterkauf gemäß § 474 Abs. 1 BGB vorliegt.

#### a) Unternehmereigenschaft des V

V müsste bei dem Verkauf von D als Unternehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB gehandelt haben. Nach der Legaldefinition des § 14 Abs. 1 BGB ist ein Unternehmer jede natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Der Verkauf von D könnte „in Ausübung“ der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit des V als Reitlehrer und Pferdeausbilder erfolgt und somit seinem unternehmerischen Bereich zuzuordnen sein. Ein Handeln „in Ausübung“ der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit im Sinne von § 14 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Vertragsabschluss mit der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit in einem sachlichen Zusammenhang steht.<sup>15</sup>

#### aa) Eine Ansicht

Nach einer Ansicht ergebe sich die Unternehmereigenschaft des V aus seiner selbständigen und umsatzsteuerpflichtigen Tätigkeit als Reitlehrer und Pferdetrainer. Auch wenn es nicht im gewöhnlichen Tätigkeitsfeld des V liege, welche der Verkauf eines Pferdes nicht so weitgehend von seiner Tätigkeit ab, als dass diese dem Gewerbe des V nicht zuzurechnen wäre.<sup>16</sup> Demnach hätte V den Verkauf von D in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit ausgeübt, mithin wäre er als Unternehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB tätig geworden.

#### bb) Andere Ansicht

Demgegenüber bestehe nach anderer Auffassung kein Zusammenhang zwischen einer Tätigkeit als Reitlehrer und Pferdetrainer auf der einen Seite und dem Verkauf eines Dressurpferdes auf der anderen Seite.<sup>17</sup> Gegen einen tätigkeitsspezifischen Zusammenhang spreche dabei, dass V in der Vergangenheit weder Pferde verkauft hat noch in sonstiger Weise im Bereich des Pferdehandels unternehmerisch tätig geworden ist. Zwar könnte auch der erstmalige Abschluss eines entsprechenden Rechtsgeschäfts auf ein unternehmerisches Handeln hindeuten, wie es etwa bei Existenzgründern der Fall ist<sup>18</sup>, vorliegend hat V den Verkauf von D jedoch nicht initiiert. Folgte man dieser Auffassung, so wäre V nicht als Unternehmer tätig geworden, sondern hätte als Verbraucher gemäß § 13 BGB gehandelt.

#### cc) Stellungnahme

Hier ist neben der fehlenden vorherigen Tätigkeit des V im Pferdehandel insbesondere maßgebend, dass er D für eigene Zwecke und nicht bereits in Hinblick auf einen beabsichtigten späteren Verkauf erworben hatte. Letztlich ging der Verkauf von D auch auf Initiative von K zurück. Zudem ist der Kaufvertrag weder schriftlich abgeschlossen noch ist eine Rechnung ausgestellt wurden. Diese Umstände sprechen gegen ein planmäßiges und auf eine gewisse Dauer angelegtes gewerbliches Vorgehen des V und somit gegen eine Unternehmereigenschaft.<sup>19</sup> Im Ergebnis spricht vieles dafür, eine unternehmerische Tätigkeit des V zu verneinen.

Folglich hat V den Verkauf von D nicht in der Eigenschaft als Unternehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB geführt.

#### b) Vermutungsregel des § 344 HGB analog

Indes könnte die Vermutung gelten, dass alle vorgenommenen Rechtsgeschäfte eines Unternehmers im Zweifel seinem geschäftlichen Bereich zuzuordnen sind. So gilt im Falle einer GmbH, dass der Verkauf beweglicher Sachen durch diese an einen Verbraucher

<sup>15</sup> Habermann in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2013, § 14 Rn. 50; Saenger in: Erman, BGB (Fn. 2), § 14 Rn. 14.

<sup>16</sup> OLG München BeckRS 2016, 126962; Geisler, jurisPR-BGHZivilR 1/2018, Anm. 1.

<sup>17</sup> BGH NJW 2018, 150 (154).

<sup>18</sup> BGH NJW 2008, 435 (436); NJW 2005, 1273 (1274).

<sup>19</sup> BGH NJW 2018, 150 (153).

im Zweifel zum Betrieb ihres Handelsgewerbes nach § 344 Abs. 1 HGB gehört und damit, auch wenn es sich um ein branchenfremdes Nebengeschäft handelt, unter die Bestimmungen der §§ 474ff. BGB für den Verbrauchsgüterkauf fällt, sofern die gesetzliche Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB nicht widerlegt ist.<sup>20</sup>

#### **aa) Eine Ansicht**

Teilweise wird befürwortet, diesen Rechtsgedanken auf Zweifelsfälle nach § 14 BGB zu übertragen.<sup>21</sup> Dafür spricht, dass die Interessenlage vergleichbar ist und häufig Abgrenzungsschwierigkeiten von betriebs- und unternehmenszugehörigen und privaten Geschäften bestehen.<sup>22</sup> Folglich wäre der Verkauf von D als eine Tätigkeit des V als Unternehmer zu bewerten.

#### **bb) Andere Ansicht**

Demgegenüber wird wegen des Vorrangs der negativen Formulierung des § 13 Hs. 2 BGB bei einem als natürliche Person handelnden Unternehmer eine entsprechende Anwendung des § 344 HGB überwiegend verneint.<sup>23</sup> Ferner führt die Anwendbarkeit der Vermutungsregel zu einer unzumutbaren Verschlechterung zu Lasten des Verbrauchers.<sup>24</sup> Folgte man dieser Auffassung würde es dabei bleiben, die Unternehmereigenschaft des V zu verneinen.

#### **cc) Stellungnahme**

Im Ergebnis überzeugt daher, eine Analogie abzulehnen. Gegen eine analoge Anwendung spricht, dass die §§ 13f. BGB nach ihrem Regelungszweck auf den Vertrauensschutz ausgerichtet sind sowie den Ausgleich vermuteter wirtschaftlicher Ungleichheit bezeichnen und damit im Unterschied zu den handelsrechtlichen Regelungen gerade nicht auf Publizität und

Vertrauensschutz ausgerichtet sind.<sup>25</sup>

Folglich liegt keine vergleichbare Interessenlage vor mit der Folge, dass eine entsprechende Anwendung des § 344 Abs. 1 HGB abzulehnen ist und sich ein entsprechender allgemeiner, auf alle selbständige Erwerbstätigten anzuwendender Rechtsgedanke aus § 344 Abs. 1 HGB nicht herleiten lässt.

#### **c) Zwischenergebnis**

V handelt folglich nicht als Unternehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB. Mithin liegt auch kein Verbrauchsgüterkauf nach § 474 Abs. 1 BGB vor, so dass die Vermutung des § 477 BGB zu seinen Gunsten nicht anwendbar ist.

#### **4. Zwischenergebnis**

V kann nicht darlegen, dass die Richtigkeitsprobleme bereits zum Zeitpunkt der Übergabe von D vorlagen. Nach alledem liegt kein Sachmangel bei Gefahrübergang vor.

#### **B. Ergebnis**

K hat keinen Anspruch gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. §§ 437 Nr. 2, 434 Abs. 1, 90a S. 3, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB Zug-um-Zug gegen Herausgabe und Rückübereignung des Pferdes.

## **Fazit**

Mit der Entscheidung setzt der BGH seine bisherige Rechtsprechung zum Mangelbegriff bei Tieren fort.<sup>26</sup> Demnach sind Tiere Lebewesen, die sich ständig weiterentwickeln und nicht wie Sachen in einem Produktionsendstand verharren. Ein Abweichen des Tieres von seiner „physiologischen Idealnorm“ ist daher nicht ungewöhnlich und begründet allein noch keinen Mangel. Das Vorhandensein eines klinisch unbedenklichen röntgenologischen Befundes stellt daher für sich genommen noch keinen Sachmangel

<sup>20</sup> BGH NJW 2011, 3435 (3436).

<sup>21</sup> Mansel in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 14 Rn. 2; Weyer, Handelsgeschäfte und Unternehmerge schäfte, WM 2005, 490 (500).

<sup>22</sup> Klappstein in: Heidel/Schall, HGB, 2. Aufl. 2015, § 344 Rn. 3.

<sup>23</sup> Ellenberger in: Palandt (Fn. 7), § 14 Rn. 2.

<sup>24</sup> K. Schmidt in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2018, § 344 Rn. 17; Prütting in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 5), § 14 Rn. 7.

<sup>25</sup> BGH NJW 2018, 150 (153); Kannowski in: Staudinger (Fn. 15), § 13 Rn. 46; Micklitz/Purnhagen in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 6), § 14 Rn. 34; Saenger in: Erman (Fn. 2), § 14 Rn. 17.

<sup>26</sup> Vgl. etwa BGH NJW 2007, 1351.

im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 BGB dar. Auch das OLG Frankfurt a. M. entschied bereits, dass ein solcher Befund keinen Mangel eines Pferdes darstellt.<sup>27</sup> Der BGH stellte nunmehr in Konsequenz seiner Rechtsprechung klar, dass auch bei einem hochpreisigen Dressurpferd nichts anderes gelte.

Im Zusammenhang mit der Sachmängelhaftung bestätigt der BGH auch die strengen Anforderungen an eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB, indem er ausführt, dass von einer solchen nicht auch im Zweifelsfall, sondern nur in eindeutigen Fällen auszugehen ist. Wer den Kauf eines idealtypischen Tieres anstrebt, sollte also eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung schließen. Zwar geht der BGH bei den Rittigkeitsproblemen von einem Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 BGB aus. Allerdings war unklar, ob diese schon bei Übergabe des Pferdes vorlagen. Mangels Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs konnte der Käufer sich auch nicht auf die Beweislastumkehr aus § 477 BGB berufen. Hierbei führte der BGH seine bisherige Rechtsprechung für die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerge schäft fort, wonach grundsätzlich die objektiv zu bestimmende Zweckrichtung des Rechtsgeschäfts entscheidend ist. Maßgeblich ist die Frage, ob die Parteien bei Vertragsabschluss in Ausübung einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit gehandelt haben. Schließlich überzeugt auch, eine analoge Anwendung des § 344 HGB wegen des unterschiedlichen Regelungszwecks zu § 14 BGB abzulehnen. Während die handelsrechtliche Vorschrift das Ziel verfolgt, eine Vermutung in Hinblick Publizität und Vertrauensschutz aufzustellen, schützt § 14 BGB die Rechte der Verbraucher.

## Literatur

Entscheidungsbesprechungen: Gutzeit, Schuldrecht  
BT: Röntgenbefund als Sachmangel, JuS 2018, 577;  
Looschelders, Haftung für Sachmängel beim Verkauf  
eines hochpreisigen Dressurpferdes, JA 2018, 146

Zur Vertiefung: Eichelberger/Zentner, JuS 2009,  
201; Marx, Fallstricke in Pferderechtsprozessen seit  
Abschaffung des Viehgewährleistungsrechts, NJW 2010,  
2839; Wertenbruch, Die Besonderheiten des Tierkaufs  
bei der Sachmängelgewährleistung, NJW 2012, 2065

Übungsfälle: Poelzig, Das mangelhafte Reitpferd,  
JuS 2008, 618 (Referendarexamensklausur); Hofmann,  
Der Pferdekauf, JA 2013, 16; Jarling, Ärger beim  
Pferdekauf, JA 2015, 536 (Assessorexamensklausuren)

<sup>27</sup> OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2007, 1697.

## DFL

Art. 12, 19, 104a GG, § 6 Nds. SOG

OVG Bremen, Urt. v. 05.02.2018 – 2 LC 139.17

stud. iur. Christian Denz

Sachverhalt (gekürzt und auf Niedersachsen umgeschrieben):

Am 15.04.2017 fand in der HDI - Arena das Derby zwischen Eintracht Braunschweig und Hannover 96 statt. In der Vergangenheit kam es immer wieder zu gewalttätigen Auseinandersetzungen beider Fanlager. Auf diesen misslichen Umstand wies das Land Niedersachsen (N) schon im Januar 2017 die Deutsche Fußball Liga GmbH (DFL) schriftlich hin und teilte der DFL mit, dass für den polizeilichen Mehraufwand zu erstattende Gebühren anfallen könnten. Tatsächlich entstanden Kosten i.H.v. EUR 250.000.

Im Juni 2017 erließ das Land N einen formell rechtmäßigen Gebührenbescheid an die DFL als Veranstalter der Fußballbundesligaspiele und forderte diese zur Zahlung von EUR 250.000 auf. Dabei bestehen keine Zweifel an der Angemessenheit der Kostenhöhe Den Bescheid stützt N auf den formell rechtmäßigen § 1 Abs. 4 NVwKostG.

§ 1 NVwKostG

„(4) Eine Gebühr wird von Veranstaltern oder Veranstalterinnen erhoben, die eine gewinnorientierte Veranstaltung durchführen, an der voraussichtlich mehr als 5.000 Personen zeitgleich teilnehmen werden, wenn wegen erfahrungsgemäß zu erwartender Gewalthandlungen vor, während oder nach der Veranstaltung am Veranstaltungsort, an den Zugangs- oder Abgangswegen, oder sonst im räumlichen Umfeld, der Einsatz von zusätzlichen Polizeikräften vorhersehbar erforderlich wird. Die Gebühr ist nach dem Mehraufwand zu berechnen, der aufgrund der zusätzlichen Bereitstellung von Polizeikräften entsteht. Der Veranstalter oder die Veranstalterin ist vor der Veranstaltung über die voraussichtliche Gebührenpflicht zu unterrichten. Die Gebühr kann nach den tatsächlichen Mehrkosten oder als Pauschalgebühr berechnet werden.“

Dieser Betrag sei aufgrund der hohen Polizeipräsenz angefallen. Auch sei die DFL der richtige Schuldner, da diese als Veranstalterin der Bundesliga für die Erstellung der Spielpläne zuständig sei. Die DFL dagegen meint, dass der neue § 1 Abs. 4 NVwKostG zu unbestimmt sei und sie in ihren Grundrechten verletze. Außerdem seien staatliche Basisaufgaben, wie die Polizeiarbeit, nicht aus Gebühren, sondern aus Steuern zu finanzieren. Letztlich handele es sich um ein verfassungswidriges Einzelfallgesetz. Gegen all dies verweist N darauf, dass es dem Steuerzahler nicht zugemutet werden könne, für die Sicherheit des sehr lukrativen Profifußballs bei Hochrisikospiele aufzukommen.

Ist die zulässige Klage der DFL begründet?

Vermerk: Es bestehen keine Bedenken hinsichtlich des Auswahlermessens.

**Abwandlung:**

Wie wäre die Klage zu beurteilen, wenn das Land N nicht den § 1 Abs. 4 NVwKostG ergänzt hätte, sondern sich bei der Erstattung auf das Polizeigesetz stützt? Ist dann die DFL als Störer zur Kostenerstattung heranzuziehen?

## Einordnung

Der Entscheidung des OVG Bremen lag ein Rechtsstreit zwischen dem Land Bremen und der DFL zugrunde, bzgl. eines Gebührenbescheids für den Polizeieinsatz beim Nordderby zwischen dem SV Werder Bremen und dem Hamburger SV am 19. April 2015. Die Hansestadt Bremen hatte nach der Partie dem Ligaverband eine Summe i.H.v. EUR 425.718 für Mehrkosten der Polizei in Rechnung gestellt. Das Land Bremen hatte den Gebührenbescheid auf den neu geschaffenen § 4 IV BremGebBeitrG gestützt. An diesen ist der fiktive § 1 Abs. 4 NVwKostG des hier geschilderten Falls angelegt. Der neue Gebührentatbestand soll dem Land Bremen ermöglichen Großveranstaltern die Polizei- und Sicherheitskosten aufzuerlegen. Dabei hat das Land Bremen dadurch einen Rechtsstreit ausgelöst, dessen Ende bisher nicht abzusehen ist. Der neue Gebührentatbestand ist erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt, sodass dieser als Grundlage für Gebührenbescheide höchst fragwürdig erscheint. Mit den verfassungsrechtlichen Fragestellungen soll sich in der folgenden Besprechung gutachterlich auseinander gesetzt werden, die essentiellen Argumente gegen die jeweiligen Begründungen des OVG Bremen bei der Begründung der Rechtmäßigkeit des Gebührentatbestands sollen dargestellt und bewertet werden. Darüber hinaus wirft dieser neue Rechtsstreit die generelle Frage der Polizeikostenerstattung bei Großveranstaltungen auf. Die Erstattungsfähigkeit ist nicht nur problematisch, wenn ein Land einen neuen Gebührentatbestand einführt, sondern soll auch Anlass geben, sich mit den Kostenerstattungsansprüchen aus den jeweiligen Polizeigesetzen auseinanderzusetzen. Insbesondere gibt die

Fallkonstellation Anlass zur Betrachtung der „Zweckveranlasserhaftung“ von Großveranstaltern. Solange ein Bundesland keinen eignen Gebührentatbestand für die Kostenerstattung von Großveranstaltern erlässt ist die Rechtsfigur des Zweckveranlassers sodann nämlich die einzige in Betracht kommende Möglichkeit den Großveranstalter in Haftung zu nehmen.

## Orientierungssätze

Die Erhebung von Gebühren für den Einsatz zusätzlicher Polizeikräfte wegen zu erwartender Gewalthandlungen bei gewinnorientierten Großveranstaltungen verstößt nicht gegen Art. 104ff. GG. Es liegt kein Einzelfallgesetz vor, wenn das Gesetz derzeit nur auf einen Sachverhalt anwendbar ist, die Regelung aber mehrere mögliche Konstellationen erfasst. Zudem ist insbesondere für die Sicherung kommerzieller Großveranstaltungen ein Eingriff in Art. 12 GG gerechtfertigt.

Störer kann grundsätzlich nur der unmittelbare Verursacher sein. Die Rechtsfigur des Zweckveranlassers vermag den Veranstalter von Fußballspielen nicht als Störer zu qualifizieren, da die Veranstalter weder die bewusste Störung mancher Zuschauer bezeichnen, noch im Rahmen der gebotenen Wertungsentscheidung die bloße Veranstaltung eines Fußballspiels als eine die Gefahrenschwelle überschreitendes Verhalten gewertet werden kann.

## Gutachterliche Lösung

Die zulässige Klage ist begründet, soweit der angefochtene Gebührenbescheid rechtswidrig und die DFL dadurch in ihren Rechten verletzt ist, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

**Anmerkung:** Prozessual wäre aufgrund des Verwaltungsaktcharakters des Gebührenbescheids eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 11 Alt. VwGO statthaft, die Klage ist nach Bearbeitervermerk zulässig.

- I. Ermächtigungsgrundlage
  - 1. Verstoß gegen die Finanzverfassung
  - 2. Einzelfallgesetz
  - 3. Bestimmtheitsgrundsatz
  - 4. Verstoß gegen Grundrechte
    - a) Schutzbereich
    - b) Eingriff
    - c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
  - 5. Zwischenergebnis
- II. Formelle Rechtmäßigkeit
- III. Materielle Rechtmäßigkeit
  - 1. Tatbestand
    - a) Unfriedliche gewinnorientierte Veranstaltung
    - b) Veranstalter
  - 2. Rechtsfolge
  - 3. Zwischenergebnis
- IV. Ergebnis

### I. Ermächtigungsgrundlage

Als belastender Verwaltungsakt bedarf der Bescheid nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Als solche kommt hier der § 1 Abs. 4 NVwKostG in Betracht. Dafür müsste diese Norm jedoch verfassungsgemäß sein.

#### 1. Verstoß gegen die Finanzverfassung

Zunächst könnte § 1 Abs. 4 NVwKostG gegen finanzverfassungsrechtliche Grundsätze verstossen, Art. 104aff. GG. Dabei ist zu beachten, dass der Staat seinen Finanzbedarf im Wesentlichen über Steuereinnahmen zu de-

cken hat. Zur Wahrung der Finanzverfassung bedarf daher die Erhebung von Gebühren, wie der vorliegenden, einer besonderen sachlichen Rechtfertigung. Die gebührenpflichtige Leistung muss an eine besondere Verantwortlichkeit der in Anspruch genommen Personen anknüpfen. Diese muss sodann aus der Sache selbst ableitbar sein. Insofern muss der Gebührenpflichtige deutlich näher an der Leistung stehen als die Allgemeinheit. Diese individuelle Zurechnung lässt sich aus der rechtlichen oder tatsächlichen Sachherrschaft und der damit verbundenen Möglichkeit herleiten, aus der Sache Nutzen zu ziehen.<sup>1</sup> Insofern generiert der Veranstalter durch das kommerzielle Großevent Gewinne. Ein solcher Nutzen ist darin zu sehen, dass die Attraktivität des Events durch die umfassende Gewährleistung der Sicherheit gesteigert wird.<sup>2</sup> Zwar liegt die Beherrschung dieses Gefahrenpotenzials damit auch im öffentlichen Interesse, jedoch liegt die Bereitstellung zusätzlicher Polizeikräfte im überwiegenden Interessenkreis des Veranstalters, da dadurch eine störungsfreie Durchführung der Veranstaltung ermöglicht wird. Dem kann nicht entgegenhalten werden, dass, wie aufgezeigt, der Polizeikosten-einsatz auch dem öffentlichen Wohl dient, da dies stetig bei Polizeieinsätzen zur präventiven Gefahrenabwehr anzunehmen ist und ein auch öffentliches Interesse ein privates Interesse nicht ausschließt.<sup>3</sup> Allerdings ist die Reichweite dieser Vorteilsziehung fraglich. Sollte man dabei die Sicherung der An- und Abfahrtswege den Veranstalter als einen wirtschaftlichen Vorteil zurechnen, würde man den Begriff der Vorteilszurechnung eventuell unzulässig ausdehnen.<sup>4</sup> Die An- und Abfahrtswege kann der Veranstalter nicht mehr mit dem von ihm beauftragten Sicherheitspersonal beaufsichtigen. Hierbei handelt es sich vielmehr um die dem Staat ureigene Aufgabe der Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung.<sup>5</sup> Eine Zurechnung steht insofern auch gegen die bishe-

<sup>1</sup> OVG Bremen NVwZ 2018, 913 (914f.).

<sup>2</sup> Ebenda.

<sup>3</sup> Ebenda.

<sup>4</sup> Burbach, Entscheidungsbesprechung Kostentragung bei Fußballspielen – Veranstalter, Finanzverfassung, Bestimmtheitsgrundsatz, Einzelfallgesetz, Ermessen, ZJS 2018, 369 (370).

<sup>5</sup> Nolte, Aufgaben und Befugnisse der Polizeibehörden bei Sportgroßveranstaltungen, NVwZ 2001, 147 (148).

rigie Auffassung zur Vorteilszurechnung der Rechtsprechung.<sup>6</sup> Zu beachten ist dabei jedoch, dass Veranstalter die Gewinne durch den massenhaften Besuch der Veranstaltung generieren. Ohne die Sicherung der An- und Abfahrtswege wäre dies nur begrenzt möglich. Letztlich steht der Großveranstalter zumindest deutlich näher an der Leistung als die Allgemeinheit bezüglich der Sicherung am Veranstaltungsort. Die Sicherung der An- und Abfahrtswege sind kritischer zu betrachten. Bei „risiko-reichen“ Besuchergruppen ist wohl auch die Sicherung der An- und Abfahrtswege unmittelbar den Veranstalter im Sinne einer Vorteilszurechnung entgegenzuhalten. Bei Risikoveranstaltung können nämlich schon die An- und Abfahrtswege zu einer Eskalation und damit zu einem scheitern der Veranstaltung führen. Die Gebührenregelung verstößt nicht gegen die Finanzverfassung.

## 2. Einzelfallgesetz

Weiterhin dürfte es sich nicht um ein unzulässiges Einzelfallgesetz im Sinne des Art. 19 Abs. 1 GG handeln. Ein solches liegt vor, wenn eine Vorschrift nicht abstrakt-generell, sondern lediglich auf einen konkreten Fall bezogen ist. Diese Anforderungen sind dann erfüllt, wenn sich aufgrund der Fassung des gesetzlichen Tatbestands nicht absehen lässt, auf wie viele und welche Fälle sich das Gesetz anwenden lässt.<sup>7</sup> Allein der Umstand, dass der Gesetzgeber einen konkreten Fall vor Augen hat und diesen zum Anlass seiner Regelung nimmt, verleiht dieser noch nicht dem Charakter des Einzelfallgesetzes. Entscheidend ist vielmehr, ob die Regelung dazu geeignet ist, unbestimmt viele weitere Fälle zu regeln.<sup>8</sup> Der Gebührentatbestand zielt grundsätzlich auf alle Veranstaltungen ab, die über 5.000 Teilnehmer erwarten und bei welchen es erfahrungsgemäß zu Gewalthandlungen kommen könnte. Damit werden auch andere gewinnorientierte Großveranstaltungen erfasst, die derzeit noch unabsehbar sind. Folglich stellt § 1 Abs. 4 NVwKostG kein unzulässiges Einzelfallgesetz dar.

## 3. Bestimmtheitsgrundsatz

Es könnte jedoch der allgemeine Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 20 Abs. 3 GG verletzt sein. Dieser setzt voraus, dass die Norm derart bestimmt formuliert ist, dass die Folgen der Regelung für den Normadressat so vorhersehbar und berechenbar sind, dass er sein Verhalten danach ausrichten kann.<sup>9</sup> Im Bereich von Gebührentatbeständen ist dies der Fall, wenn eine angemessene Regelungsdichte vorliegt, die eine willkürliche Handhabung der Behörden ausschließt und der Gebührentschuldner mit der Heranziehung rechnen muss.<sup>10</sup> Insofern muss der Tatbestand des § 1 Abs. 4 NVwKostG dem Gebührentschuldner hinreichend vermitteln, ob bei den geplanten Großveranstaltungen solche Gebühren anfallen.

Die Formulierung „erfahrungsgemäß“ bedeutet, dass es nachprüfbare Tatsachen in der Vergangenheit gegeben haben muss, die eine Schlussfolgerung auf die bevorstehende Veranstaltung zulassen. Durch die Formulierung „vor, während oder nach der Veranstaltung“ wird der zeitliche Aspekt begrenzt. Darüber hinaus ist der Begriff der Gewalthandlungen als solcher mit dem gängigen Verständnis als Überschreitung der Strafbarkeitsgrenze hinreichend bestimmt. Auch ist die Höhe der Gebühren durch den Verweis auf den Mehraufwand abschätzbar.<sup>11</sup> Mithin ist der Gebührentatbestand bestimmt genug.

## 4. Verstoß gegen Grundrechte

Der § 1 Abs. 4 NVwKostG könnte gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstößen. Hierzu müsste die Norm in den Schutzbereich in nicht gerechtfertigter Weise eingreifen.

### aa) Schutzbereich

Zunächst müsste der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG in sachlicher und persönlicher Hinsicht eröffnet sein. In sachlicher Hinsicht umfasst Art. 12 Abs. 1 GG als einheitliches Grundrecht nicht nur den Beruf an sich, sondern auch die Berufswahl und die Berufsausübung. Ein Beruf ist jede auf Dauer angelegte, der Schaffung bzw. Erhal-

<sup>6</sup> BVerwG NVwZ 2004, 991 (992).

<sup>7</sup> Remmert in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 84. Auflage 2018, Art 19 Rn. 14ff.

<sup>8</sup> OVG Bremen BeckRS 2227, Rn. 45.

<sup>9</sup> Grzeszick in: Maunz/Dürig, (Fn. 7), Art 20 Rn. 58.

<sup>10</sup> OVG Bremen NVwZ 2018, 913 (916).

<sup>11</sup> OVG Bremen NVwZ 2018, 913 (916f.).

tung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung.<sup>12</sup> Die Organisation und Austragung von gewinnorientierten Großveranstaltungen stellt eine solche Tätigkeit dar.<sup>13</sup> Mithin ist der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet.

### **bb) Eingriff**

Ferner müsste auch ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG vorliegen. Ein Eingriff liegt bei öffentlichen Abgaben vor, wenn sie im engen Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs stehen.<sup>14</sup> Die aus der Norm resultierende Belastung durch einen Gebührenbescheid kann unmittelbaren Einfluss auf die Durchführung eines Bundesligaspiele haben, indem zur Refinanzierung die Ticketpreise erhöht oder zur Vermeidung weiterer Kosten weniger Tickets verkauft werden.<sup>15</sup> So mit liegt ein Eingriff vor.

### **cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Der Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich ge rechtfertigt sein.

#### **(1) Schranke**

Die einheitliche Berufsfreiheit unterliegt einem Schrankenvorbehalt. Als einfaches Landesgesetz erfüllt § 1 Abs. 4 NVwKostG die Anforderungen des einfachen Gesetzesvorbehalts.

#### **(2) Schranken-Schranken**

Die Eingriffsmöglichkeit des § 1 Abs. 4 NVwKostG müsste auch verfassungsgemäß konkretisiert sein. Dabei müssen sich die einschränkenden Gesetze insbesondere am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen, der im Rahmen der Berufsfreiheit durch die vom BVerfG entwickelten sog. „Drei-Stufen-Theorie“ ausgestaltet wird.<sup>16</sup> Die Drei-Stufen-Theorie unterscheidet zwischen Berufsausübungsfreiheit, subjektiver und objektiver Be-

rufswahlfreiheit und stellt an diese Ebenen unterschiedliche Anforderungen hinsichtlich des legitimen Zwecks. So kann eine Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit nur aus vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls erfolgen.<sup>17</sup> Mit dem neuen Gebührentatbestand wird die Berufsausübung geregelt, es ist also die erste Stufe einschlägig. Bei dieser gilt, dass solche Regelungen mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sind, die vernünftige Erwägung des Gemeinwohls verfolgen und das Grundrecht dadurch nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird.<sup>18</sup>

#### **(a) Legitimer Zweck**

Durch die Gebührenregelung soll die Finanzierung der Einsatzkosten für Großveranstaltungen ohne Belastung der Allgemeinheit geregelt werden. Es geht um eine gerechte Lastenverteilung, indem die Kosten den Veranstaltern aufgebürdet werden. Diese Lastengerechtigkeit ist als eine vernünftige Gemeinwohlerwägung zu betrachten.

#### **(b) Geeignetheit**

Die Lastengerechtigkeit wird durch die zu erhebenden Gebühren gefördert und ist somit geeignet.

#### **(c) Erforderlichkeit**

Auch sind mildere, gleich effektive Mittel nicht ersichtlich. Zwar wäre vorliegend denkbar, die Kartenkontingente der Gästefans zu reduzieren oder gar keine Auswärtsfans zu den Spielen zuzulassen,<sup>19</sup> jedoch würde dies dem Grundsatz des offenen kommunikativen Charakters des Ligaverbands zuwiderlaufen. Zudem ist bei Ausschreitungen ein Regressgegen die Störer möglich. Ein Regress gegen die unmittelbaren Störer wäre jedoch nicht gleich effektiv, da dies stets eine Inanspruchnahme mehrerer Schuldner zur Folge hätte und die Polizeipräsenz in Gänze nicht decken könnte.<sup>20</sup> Zu beachten gilt es auch, dass die Identitäten der unmittelbaren Stö-

<sup>12</sup> Scholz in: Maunz/ Dürig, (Fn. 7), Art 12 Rn. 266ff.

<sup>13</sup> Schmidt, Der Anspruch auf Ersatz von polizeikosten bei Großveranstaltungen, ZPR 2007, 120 (121).

<sup>14</sup> BVerfGE 1998, 83 (105).

<sup>15</sup> Schiffbauer, Unhaltbar? Zum Bremer Vorstoß einer Kostentragungspflicht für Polizeieinsätze im Profifußball, NVwZ 2014, 1282 (1284).

<sup>16</sup> Epping, Grundrechte, 7. Auflage 2017, Rn. 409.

<sup>17</sup> Ders. (Fn. 16), Rn. 417ff.

<sup>18</sup> BVerfGE 7, 377 (405).

<sup>19</sup> Schiffbauer (Fn. 15), NVwZ 2014, 1282 (1285).

<sup>20</sup> Löwisch, Polizeikostenbeteiligung bei Risikospiele: Haftungsfälle Sportveranstaltungen, Causa Sport 2017, 110 (115).

rer vor möglichen Ausschreitungen schlicht unbekannt sind. Somit ist auch die Erforderlichkeit gegeben.

#### (d) Angemessenheit

Im Übrigen darf der Gebührentatbestand nicht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn verletzen. Dafür dürften die vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls nicht außer Verhältnis zu den Eingriffsfolgen in die Berufsfreiheit stehen. Dabei stehen sich die Interessen der Öffentlichkeit an einer möglichst geringen Belastung des Haushaltes durch die Sicherheitskosten und das Interesse des jeweiligen Veranstalters an der freien Durchführung entgegen.<sup>21</sup>

Zunächst ist zu beachten, dass die Kosten eines solchen Gebührenbescheids durch die durchgeführten Sicherheitsvorkehrungen enorm sein können. Diese Kosten entsprechen aber der erbrachten öffentlichen Leistung. Darüber hinaus werden dem Veranstalter nur die Mehrkosten auferlegt.<sup>22</sup> Dagegen lässt sich indes anführen, dass die Großveranstalter schon ein erhöhtes Steueraufkommen zu bewältigen haben. Auch käme es bei Auseinandersetzungen an Drittorten zu einer nicht unwesentlichen Belastung, da die Veranstalter auf derartige Auseinandersetzungen keinen Einfluss haben und sich das Verhalten der polizeipflichtigen Dritten auch nicht zurechnen lassen müssen.<sup>23</sup> Diese Mehrbelastung lässt sich aber dadurch rechtfertigen, dass lediglich eine Gebühr bei Großveranstaltungen (Mindestbesucherzahl von 5000) fällig wird und die wirtschaftliche Belastung durch die hohe Besucherzahl meist mehr als kompensiert wird.<sup>24</sup> Mithin ist ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG ge-rechtfertigt.

### 5. Zwischenergebnis

Der § 1 Abs. 4 NVwKostG ist materiell verfassungsgemäß und damit taugliche Ermächtigungsgrundlage für den Erlass des Gebührenbescheids.

**Anmerkung:** In Prüfungsarbeiten wäre noch an einen Verstoß gegen Art. 14 GG zu denken. In dieser Fallgestaltung wäre vorliegend der Schutzbereich nicht eröffnet. Art. 14 GG schützt das Eigentum, nicht jedoch das Vermögen (Papier/Shirvani in: Maunz/Dürrig, Art. 14, Rn. 277).

Das Eigentumsrecht schützt folglich nicht gegen die Auferlegung von Geldleistungspflichten. Auch eine Ausnahme greift nicht, da der Maßnahme keine er-drosselnde Wirkung zukommt und die Veranstaltungs-durchführung deswegen noch möglich ist.

Im Originalfall wurde zur Begründung auf § 25 Abs. 1 BremGebBeitrG zurückgegriffen. Nach § 25 Abs. 1 BremGebBeitrG kann nämlich bei einer Gebührenbelastung, welche die Veranstaltungs-durchführung faktisch unmöglich machen würde, eine Gebühren-erhebung unterbleiben oder diese gesenkt werden (OGV Bremen NVwZ 2018, 913 (918)).

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Gegen die formelle Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids bestehen keine Bedenken.

### III. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Gebührenbescheid müsste darüber hinaus auch materiell rechtmäßig sein. Dafür müsste eine unfriedliche gewinnorientierte Großveranstaltung vorliegen und die DFL als Veranstalter zu qualifizieren sein.

#### 1. Tatbestand

Der Tatbestand des § 1 Abs. 4 NVwKostG müsste erfüllt sein. Dafür muss eine unfriedliche gewinnorientierte Veranstaltung vorliegen und die DFL als Veranstalter zu qualifizieren sein.

#### a) Unfriedliche gewinnorientierte Veranstaltung

Zunächst müsste es sich um eine unfriedliche, gewinnorientierte Veranstaltung handeln. Dies bemisst sich maßgeblich an der Gewinnerzielungsabsicht.<sup>25</sup> Die Ver-

<sup>21</sup> Schiffbauer (Fn. 15), NVwZ 2014, 1282 (1285).

<sup>22</sup> OVG Bremen NVwZ 2018, 913 (918).

<sup>23</sup> Schiffbauer, <https://www.juwiss.de/98-2014/> (zuletzt abgerufen am: 26.11.2018).

<sup>24</sup> OVG Bremen NVwZ 2018, 913 (918).

<sup>25</sup> Bremer Senat, Drs. 18/1501, S. 20.

anstaltung ist nach § 1 Abs. 4 NVwKostG unfriedlich, wenn es erfahrungsgemäß zu Gewalthandlungen kommen kann. Eine solche Gewinnerzielungsabsicht wird bei einem kommerziellen Fußballspiel der ersten und zweiten Liga anzunehmen sein. Es ist in der Vergangenheit immer wieder zu Ausschreitungen gekommen und es besteht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit weiterer Eskalationen. Mithin ist die Veranstaltung als unfriedlich und gewinnorientiert zu qualifizieren.

#### **b) Veranstalter**

Zudem müsste die DFL Veranstalterin sein. Als Veranstalter ist nach allgemeinem Wortverständnis derjenige anzusehen, der bei einer Veranstaltung auf die Planung und Durchführung Einfluss nehmen kann. Insofern könnten auch die einzelnen austragenden Vereine wie Hannover 96, als Veranstalter angesehen werden. Die jeweiligen Heimvereine haben nach § 4 Nr. 1a der Satzung des Ligaverbands (DFL) unter anderem die „Austragung der Fußballspiele“ in den Lizenzligen zur Aufgabe. Zudem tragen sie durch die Polizeisicherung der Spiele auch einen finanziellen Vorteil aus den Sicherungsvorkehrungen, da die dadurch erzielten Ticketverkäufe auch Einnahmen für den Verein sind.<sup>26</sup> Im Profisport ist aber wesentliches Merkmal der Veranstaltereigenschaft die für das Zustandekommen der Veranstaltung und deren Abwicklung notwendige organisatorische Arbeit.<sup>27</sup> Diese Tätigkeiten übernimmt überwiegend die DFL. Sie legt den Spielbetrieb fest und regelt die Spielansetzungen. Darüber hinaus ist nicht zu erkennen, dass auch die DFL durch die Vermarktungsrechte finanziell profitiert. Mithin ist die DFL als Veranstalterin (zumindest als Mitveranstalterin anzusehen) anzusehen.

#### **c) Zwischenergebnis**

Folglich ist der Tatbestand des § 1 Abs. 4 NVwKostG erfüllt.

#### **2. Rechtsfolge**

Im Hinblick auf die Erhebung der Kosten sieht

§ 1 Abs. 4 NVwKostG eine gebundene Entscheidung vor. Das Auswahlermessen in Bezug auf die Kostenhöhe wurde laut Bearbeitervermerk fehlerfrei ausgeübt.

#### **3. Zwischenergebnis**

Der Gebührenbescheid war materiell rechtmäßig.

#### **IV. Ergebnis**

Die Klage der DFL ist unbegründet.

#### **Abwandlung:**

Für eine Kostenerstattung nach dem Polizeirecht müsste die DFL als Störer i.S.d. § 6ff. Nds.SOG zu qualifizieren sein. Als Störer ist derjenige verantwortlich, wer die letzte Ursache für den Eintritt einer Gefahr setzt.<sup>28</sup> Im Rahmen einer Großveranstaltung wird die Gefahr aber nicht vom Veranstalter selbst unmittelbar verursacht, sondern geht viel mehr von randalierenden oder gewalttätigen Zuschauern aus. Eine Zurechnung wäre dann nur über die Rechtsfigur des Zweckveranlassers möglich.<sup>29</sup> Zweckveranlasser ist dabei, wer durch sein Verhalten weitgehend gezielt beabsichtigt oder zumindest im Rahmen eines objektiven Ansatzes billigend in Kauf nimmt, dass andere Personen die Gefahrenschwelle überschreiten.<sup>30</sup>

Nach einer Ansicht soll dies bei Großveranstaltungen angenommen werden. Eine Heranziehung des Veranstalters als Zweckveranlasser sei geboten, da dem Veranstalter das Fanverhalten meist bekannt sei, dieses Verhalten aufgrund des gewünschten kommerziellen Erfolgs aber hingenommen werde.<sup>31</sup>

Gegen eine Heranziehung der DFL als Zweckveranlasser spricht jedoch, dass die DFL bei Fußballspielen weder nach der subjektiven Auslegung der Zweckveranlassereigenschaft noch nach den objektiven Theorien als Zweckveranlasser einzustufen wäre. Es liegt gerade im Interesse des Veranstalters, dass es nicht nur im Stadion, sondern auch auf dem Hin- und Rückweg friedlich

<sup>28</sup> Ullrich in: Möstl/Weiner, BeckOK, Polizei- und Ordnungsrecht, Niedersachsen, 11. Auflage, 2018, Rn. 15.

<sup>29</sup> OVG Lüneburg NVwZ 1988, 638 (639).

<sup>30</sup> Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, § 4 Rn. 244.

<sup>31</sup> Lege, Polizeieinsätze bei Fussballbundesligaspielen, VerwArch 1998, 71 (79).

<sup>26</sup> Weill, Die DFL als „Veranstalterin“ und Schuldnerin von Verwaltungsgebühren im deutschen Profifussball, NVwZ 2018, 846 (850f.).  
<sup>27</sup> OVG Bremen NVwZ 2018, 913 (919f.).

bleibt.<sup>32</sup> Im objektiver Hinsicht ist bei Großveranstaltungen darauf abzustellen, ob die Großveranstaltung typischerweise zu Störungen führt.<sup>33</sup> Die Austragung eines Fußballspiels überschreitet typischerweise nicht die Gefahrenschwelle. Daran können auch die Ausschreitungen von einzelnen Fangruppen nichts ändern, da die ganz überwiegende Zahl der Spiele in einem friedlichen Umfeld erfolgt.<sup>34</sup>

Alldem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Großveranstalter die Gefahr als Folge des Gewinnstrebens billigend in Kauf nehme. Diese Frage ist keine der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit. Die Großveranstalter sind eher die potentiell gestörten. Ansonsten könnte der Nutznießer polizeilicher Tätigkeiten, ohne die objektive Veranlassung eines gefahrenverursachenden Drittverhaltens, zur Kostenerstattung herangezogen werden.<sup>35</sup> Insofern ist die DFL nicht als Zweckveranlasser zur Kostentragung heranzuziehen.

## Fazit

Die Entscheidung des OVG Bremen ist auf erhebliche Kritik gestoßen. Dabei wird abzuwarten sein, wie sich das BVerwG zu den aufgeworfenen Fragen des Verfassungsrechts verhält. Im Rahmen der Vereinbarkeit mit der Finanzverfassung wird vor allem interessant sein, inwiefern die Reichweite der Vorteilszurechnung beurteilt wird. Die Einbeziehung der An- und Abfahrtswege erscheint als zu weit. Auch ist ein anderes Ergebnis bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG denkbar. Die DFL und die einzelnen Vereine unterstützen zahlreiche Programme zur Gewaltprävention. Auch investieren sie teilweise erhebliche Summen in die Zusammenarbeit mit Fangruppen, um friedliche Fußballspiele zu gewährleisten. Mithin könnte die Gebührenerhebung der Eigeninitiative der Vereine und der DFL zuwiderlaufen. Sollten die nächs-

ten Instanzen die Verfassungsmäßigkeit des Gebührentatbestands wie das OVG Bremen als gegeben ansehen, stellt sich darüber hinaus die Frage des richtigen Gebührenschuldners. Diesbezüglich ist vor allem näher auf die rechtliche Struktur der DFL und vor allem auf die rechtliche Bindung zwischen Vereinen und DFL einzugehen. Entscheidend ist vor allem, dass die DFL durch die Spielansetzung die organisatorische Veranstaltungsmacht hat. Darüber hinaus ist bei dem Aspekt des Gebührenschuldners hinreichend die Vorteilsziehungen aus den Polizeieinsätzen zu beachten. Die DFL zieht durch die Vermarktungsrechte einen ebenso großen Vorteil aus der reibungslosen Durchführung der Spiele wie die Heimatvereine durch die Ticketverkäufe. Demnach ist es wohl vertretbar die DFL als Gebührenschuldner heranzuziehen.

Letztlich bietet sich diese neue Entscheidung an, nochmals mit die Rechtsfigur des Zweckveranlassers zu wiederholen - dabei sind Großveranstalter nach allen Ansichten regelmäßig nicht als Störer zu qualifizieren.

<sup>32</sup> Böhm, Polizeikosten bei Fußballspielen, NJW 2015, 3000 (3001).

<sup>33</sup> Bremer Senat, Drs. 18/1501, S. 10.

<sup>34</sup> Böhm, (Fn. 32), NJW 2015, 3000 (3001).

<sup>35</sup> Heise, Überwälzung von Einsatzkosten der Polizei bei Spielaustragungen im Profifussball, NVwZ 2015, 262 (263).

## Sterbehilfe

§§ 216 Abs. 1, 13 StGB, § 323c StGB

LG Hamburg, Urt. v. 8.11.2017 – 619 KLS 7/16 – Sterbehilfe  
stud. iur. Malte Gauger

### Sachverhalt:

A ist Facharzt für Neurologie und Psychiatrie. Am 9. September 2017 traf sich A mit den beiden 85-jährigen Damen X und Y, die sich dazu entschlossen haben, gemeinsam in den freiverantwortlichen Tod zu gehen. A erstellte zwei Gutachten, in denen er sowohl X als auch Y jeweils aus psychiatrischer Sicht eine uneingeschränkte Einsichts- und Urteilsfähigkeit attestierte und zu dem Ergebnis kam, dass aus ärztlich-psychiatrischer Sicht keine Einwände gegen den Suizid-Beihilfewunsch der Frauen zu erkennen sei.

Am 5. November 2017 - knapp eine Woche vor ihrem Tod - unterzeichneten X und Y jeweils ein mit dem Titel „Aufklärung und Einwilligung“ überschriebenes Formblatt, welches sie von A erhalten hatten, und fügten dort den Namen von A im Freitext ein. Das Schreiben lautet auszugsweise:

„Entsprechend meinem ureigensten Willen möchte ich mein Leben in Frieden und Würde beenden. Ich beurteile die Aussichten im Falle eines Weiterlebens als nicht erstrebenswert und die mit zunehmenden Alter und zunehmender Gebrechlichkeit drohende Gefahr der Abhängigkeit so, dass ich mich dem nicht aussetzen möchte. [...] Ich berufe mich darauf, dass dem Selbstbestimmungsrecht des Menschen nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland ein Vorrang vor dem Lebensschutz eingeräumt wird. Ich weiß, dass jede eingreifende Maßnahme ohne Einwilligung der betroffenen Person in der Rechtsprechung unter Strafe steht. Unter Berufung auf diese Rechtsprechung untersage ich im Falle meiner Handlungsunfähigkeit jegliche Rettungsmaßnahmen. [...] Ich weiß, dass es in unseren staatlichen Organen Kräfte gibt, die die Beihilfe zu einem Suizid als sittenwidrig ansehen und zu verhindern versuchen. Ich bin darauf vorbereitet, meine persönliche Meinung ggf. auch gegenüber möglichen polizeilichen Ermittlungen zu vertreten. Ich habe mir meine Entscheidung gut überlegt. Ich will es so. [...]“ Am 9. November 2017, dem Tag vor ihrem Tod, unterschrieben die Frauen gemeinsam eine zuvor von X verfasste, mit „Unser ausdrücklicher Wille“ überschriebene weitere Erklärung. A hatte hierfür eine Vorlage mitgebracht, die sie (X und Y) aber noch modifizierten. In dieser Erklärung untersagten sie - auch unter Verweis auf ihre Patientenverfügungen - jeder sie etwa noch lebend antreffenden Person im Falle ihrer Handlungsunfähigkeit jegliche Rettungsmaßnahmen. Sie beauftragen den Neffen von X, gegen entsprechende Personen Regress- und Schmerzensgeldforderungen einzuklagen. Am Ende des Schreibens hielten X und Y nochmal fest: „Wir haben uns diese Entscheidung gründlich überlegt. Wir wollen es so.“

Am 10.11.2017 traf A um 11:30 Uhr in der Wohnung von X und Y ein. Er besprach mit ihnen die Einzelheiten der Medikamenteneinnahme. Seine Frage, ob sie sicher seien, die Selbsttötung jetzt durchführen zu wollen, wurde von beiden bejaht. Um 13 Uhr tranken X und Y je ein Glas mit tödlicher Flüssigkeit. Beide schliefen eine halbe Stunde später ein und starben wiederum eine Stunde danach. A stellte den Tod fest und verständigte gegen 15 Uhr die Feuerwehr. Hätte A lebensrettende Maßnahmen eingeleitet, hätten X und Y gerettet werden können.

- Hat sich A gem. §§ 216 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht?
- Hat sich A gem. § 323c StGB strafbar gemacht?

## Einordnung

In der vorliegenden Entscheidung befasst sich das LG Hamburg mit der Sterbehilfe. Die hiesige Entscheidung ist deshalb interessant, da sich das LG ausführlich mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auseinandersetzt und aufzeigt, wie sich diese gewandelt hat, welchen Stellenwert das Selbstbestimmungsrecht bei der eigenverantwortlichen Selbsttötung erhält und insbesondere, wie sich dies auf die Strafbarkeit möglicher beteiligter Personen (hier Ärzten) auswirkt. Darüber hinaus ist die besprochene Thematik examsrelevant, da § 216 als Tötungsdelikt zum Pflichtstoff gehört. Im Schwerpunkt werden auch Fragen zur Pflichtwidrigkeit thematisiert.

## Orientierungsatz

Leistet ein Arzt Beihilfe zum Suizid, ist er nach Eintritt der Bewusstlosigkeit des Suizidenten nicht verpflichtet, den Tod abzuwenden, wenn der freiverantwortlich handelnde, einsichtsfähige Suizident zuvor Rettungsbemühungen ausdrücklich untersagt hatte - entgegen BGHSt 32, 367 „Peterle“.

**Anmerkung:** Der Autor entscheidet sich für die Ansicht der Rechtsprechung, nach der es sich bei § 216 StGB um einen eigenständigen Tatbestand zu §§ 212, 211 StGB handelt. Nach Ansicht der Literatur ist § 216 StGB ein Privilegierungstatbestand zu § 212 StGB.

## Gutachterliche Lösung

### A. Strafbarkeit nach §§ 216 Abs. 1, 13 StGB

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

- a) Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs
- b) Unterlassen der Rettungshandlung
  - aa) Energieeinsatz
  - bb) Schwerpunkttheorie
  - cc) Zwischenergebnis
- c) Unterlassen einer objektiv gebotenen und dem Täter möglichen Handlung
  - aa) Objektiv gebotene Handlung
  - bb) Subjektive Möglichkeit
  - cc) Zwischenergebnis
- d) Hypothetische Kausalität
- e) Garantenstellung
  - aa) Aus der Stellung als Arzt
  - bb) Aus Ingerenz

##### (1) Eine Ansicht

##### (2) Andere Ansicht

##### (3) Stellungnahme

##### (4) Zwischenergebnis

- f) Zwischenergebnis

##### 2. Zwischenergebnis

#### II. Ergebnis

### B. Strafbarkeit nach § 323c StGB

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

- a) Unglücksfall
- b) Zwischenergebnis

##### 2. Zwischenergebnis

#### II. Ergebnis

### A. Strafbarkeit nach §§ 216 Abs. 1, 13 StGB

A könnte sich gem. §§ 216 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht haben, indem er keine lebensrettenden Maßnahmen bei X und Y einleitete und diese starben.

### I. Tatbestand

Zunächst müsste der Tatbestand erfüllt sein.

## 1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand müsste vorliegen.

### a) Eintritt des tatbeständlichen Erfolges

Der tatbestandsmäßige Erfolg von § 216 Abs. 1 StGB müsste vollendet sein. Der Erfolg von § 216 StGB ist der Tod eines anderen Menschen.<sup>1</sup> X und Y sind tot. Damit liegt der tatbestandsmäßige Erfolg von § 216 StGB vor.

### b) Unterlassen der Rettungshandlung

Gem. § 13 Abs. 1 StGB müsste A eine zur Erfolgsabwendung gebotene Rettungshandlung unterlassen haben. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter eine Handlung, trotz physisch-real er Handlungsmöglichkeit, nicht vornimmt.<sup>2</sup> Fraglich ist, ob in dem Verhalten von A ein Tun oder ein Unterlassen vorliegt. Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen werden verschiedene Theorien vertreten.

#### aa) Energieeinsatz

Nach der Theorie des Energieeinsatzes wird bei der Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen das Aufwenden von Energie in eine bestimmte Richtung als Tun und das Nichteinsetzen von Energie in Richtung des gefährdeten Rechtsguts<sup>3</sup> als Unterlassen angesehen.<sup>4</sup> Der Begriff des Energieeinsatzes sei dabei als Bestandteil der Handlungsdefinition abstrakt angelegt.<sup>5</sup> Demnach entnehme man von der klassischen Energieformel, dass ein Nichteinsatz von Energie auf ein Unterlassen deutet.<sup>6</sup> A hat keine lebensrettenden Maßnahmen an X und Y vorgenommen. Er hat insofern keine Energie in Richtung X und Y zur Rettung

aufgewendet. Nach dieser Theorie liegt somit ein Unterlassen vor.

#### bb) Schwerpunkttheorie

Die Schwerpunkttheorie stellt bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen hingegen auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit ab.<sup>7</sup> Danach sei bei normativer Betrachtung der Umstände der Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens darzulegen.<sup>8</sup> Darüber hinaus sei der soziale Sinn der Täterverhaltens maßgebend.<sup>9</sup> A überreicht X und Y die tödlich wirkenden Substanzen. Nach dem Eintritt der Bewusstlosigkeit leitet er keine lebensrettenden Maßnahmen ein. Der strafrechtliche Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt vorliegend in der Nichtvornahme der lebensrettenden Handlungen. Mithin liegt auch nach dieser Theorie ein Unterlassen vor.

#### cc) Zwischenergebnis

Die Theorien kommen zum gleichen Ergebnis. Einer Stellungnahme bedarf es insofern nicht. Folglich handelt es sich bei dem Verhalten des A um ein Unterlassen.

#### c) Unterlassen einer objektiv gebotenen und dem Täter möglichen Handlung

A müsste eine zur Erfolgsabwendung objektiv gebotene und ihm mögliche Handlung nicht vorgenommen haben.

#### aa) Objektiv gebotene Handlung

A müsste eine objektiv nötige Handlung unterlassen haben. Eine Handlung ist objektiv nötig, wenn sie geboten und dazu geeignet ist, den Erfolg abzuwenden. Das Unterlassungsdelikt fordert die Nichtvornahme einer Handlung, durch deren Ausführung der Erfolg hätte verhindert werden können.<sup>10</sup> Dies ist aus einer ex-ante Sicht zu betrachten.<sup>11</sup> Es wäre nötig gewesen, lebensrettende Maßnahmen einzuleiten, um das Leben von X und Y zu retten. Somit liegt eine objektiv gebotene Handlung vor.

<sup>1</sup> Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 20. Auflage 2018, § 16 Rn. 17ff.

<sup>2</sup> Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage 2015, § 36 Rn. 9.

<sup>3</sup> Duttge in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 3. Auflage 2017, § 15 Rn. 212.

<sup>4</sup> Ast, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010, S. 178; Engisch, Tun und Unterlassen, in: Lackner/Leferenz et al. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallus zum 70. Geburtstag, 1973, 163 (170); Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage 2017, § 18 Rn. 15.

<sup>5</sup> Ast, (Fn. 4), S. 180.

<sup>6</sup> Brammsen, Tun und Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensform, GA 2002, 193 (201).

<sup>7</sup> Schmidt, Strafrecht Allgemeiner Teil, 20. Auflage 2018, Rn. 771.

<sup>8</sup> OLG Karlsruhe GA 1999, 429 (431f.); Fischer, 65. Aufl. 2018, StGB, § 13 Rn. 4; Kühl, AT (Fn. 4), Rn. 14.

<sup>9</sup> Kindhäuser, AT (Fn. 2), § 35 Rn. 3b.

<sup>10</sup> BGH NJW 1984, 2639 (2640); Kindhäuser, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Auflage 2017, § 13 Rn. 9.

<sup>11</sup> Kindhäuser, AT (Fn. 2), § 36 Rn. 9.

### **bb) Subjektive Möglichkeit**

Diese Handlung müsste A auch subjektiv möglich gewesen sein. Die Handlungsmöglichkeit liegt dann vor, wenn der untätig Bleibende physisch-real dazu fähig gewesen wäre, eine als geeignet erscheinende Handlung vorzunehmen.<sup>12</sup> A ist Arzt und hätte lebensrettende Maßnahmen einleiten können. Ferner liegen keine Gründe vor, die darauf schließen lassen, dass es A nicht möglich war, die Handlung vorzunehmen. Somit war es A möglich die Handlung vorzunehmen.

### **cc) Zwischenergebnis**

Damit hat A eine objektiv gebotene Handlung trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit nicht vorgenommen.

### **d) Hypothetische Kausalität**

Die Nichtvornahme müsste hypothetisch kausal für den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs sein. Hypothetische Kausalität liegt vor, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Nichtvornahme einer Handlung und dem Erfolgseintritt besteht.<sup>13</sup> Dies ist dann der Fall, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass der Erfolg bei Vornahme der gebotenen Handlung ausgeblieben wäre.<sup>14</sup> Hätte A lebensrettende Maßnahmen eingeleitet, hätten X und Y mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit überlebt. Damit war die Nichtvornahme hypothetisch kausal für den Eintritt des Erfolgs.

### **e) Garantenstellung**

Weiterhin müsste das vorliegende Unterlassen auch tatbestandlich gewesen sein. Dies ist dann der Fall, wenn eine Pflicht zum Handeln bestand.<sup>15</sup> Diese Pflicht kann sich aus einer Garantenstellung ergeben.<sup>16</sup> Garantenstellung i.S.d. § 13 StGB bezeichnet eine Rechtspflicht,

dafür einzustehen, dass ein Erfolg nicht eintritt.<sup>17</sup> Eine Garantenstellung könnte sich vorliegend aus der beruflichen Stellung als Arzt des A oder aus pflichtwidrigem Vorverhalten (Ingerenz<sup>18</sup>) ergeben.

### **aa) Aus der Stellung als Arzt**

A könnte eine Garantenstellung für das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolges, vorliegend der eingetretene Tod von X und Y, aus seiner Stellung als Arzt innehaben. Aus der Übernahme eines Dienstes erwächst für Ärzte und deren Hilfspersonal die Plicht, den Aufgaben innerhalb ihres Tätigkeitsbereichs nachzukommen und die Patienten vor solchen Schäden zu bewahren, deren Vermeidung innerhalb ihres Herrschaftsbereichs möglich ist.<sup>19</sup> Dabei stellt sich nicht die Frage, ob Aufgaben zivilrechtlich wirksam übertragen wurden, sondern ob eine Aufgabe tatsächlich übernommen worden ist.<sup>20</sup> Die Garantenstellung eines Arztes wird durch den ernsthaften Todeswillen eines Sterbenden begrenzt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Sterbender Hilfe in freiverantwortlichem Zustand abgelehnt hat.<sup>21</sup> A ist bei dem Suizid von X und Y anwesend. Der bloße Umstand, dass ein Arzt bei einem Suizid anwesend ist, begründet keine Garantenpflicht, denn Ärzte treffen *per se* keine Garantenpflichten aus ihrer beruflichen Stellung für das Leben anderer Personen.<sup>22</sup> Des Weiteren trat A vorliegend als Gutachter auf. Trotz eines vorhandenen Vertrauensverhältnisses bestand keine Pflicht des A aus seiner beruflichen Stellung als Arzt, heilende Maßnahmen an X und Y vorzunehmen. Eine Garantestellung liegt an dieser Stelle daher nicht vor.

### **bb) Aus Ingerenz**

A könnte eine Garantenpflicht aus Ingerenz treffen. Ein pflichtwidriges Vorverhalten begründet dann eine Ga-

<sup>12</sup> Paeffgen in: Kindhäuser et al., Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Auflage 2017, § 13 Rn. 12; Heger in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2018, § 13 Rn. 5.

<sup>13</sup> Kühl, AT (Fn. 4), § 18 Rn. 35.

<sup>14</sup> Kindhäuser, AT (Fn. 2), § 36 Rn. 12.

<sup>15</sup> Heinegg in: v. Heintschel-Heinegg, Beck'scher Onlinekommentar zum Strafgesetzbuch, 37. Edition 2018, § 13 Rn. 33.

<sup>16</sup> Stree/Bosch in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 29. Auflage 2014, § 13 Rn. 14.

<sup>17</sup> Kudlich in: Satzger et al., Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage 2016, § 13 Rn. 13.

<sup>18</sup> LG Hamburg NStZ 2018, 281 (282); Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage 2018, § 50 Rn. 70.

<sup>19</sup> Knauer/Brose in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Auflage 2018, § 212 StGB Rn. 7

<sup>20</sup> LG Hamburg NStZ 2018, 281 (281); Knauer/Brose in: Spickhoff (Fn. 19), § 212 StGB Rn. 7.

<sup>21</sup> Knauer/Brose in: Spickhoff (Fn. 19), § 212 StGB Rn. 7.

<sup>22</sup> LG Hamburg NStZ 2018, 281 (281).

rantenstellung, wenn es die nahe Gefahr des Eintritts des konkreten untersuchten tatbestandsmäßigen Erfolgs verursacht.<sup>23</sup> Fraglich ist, ob sich der Erfolg des Todes von X und Y aus der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens von A ergibt. Pflichtwidrigkeit besteht nur dann, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht.<sup>24</sup> Diese könnte allerdings gleichwohl durch die Freiverantwortlichkeit zur Selbsttötung ausgeschlossen sein, da die Beteiligung an einer freiverantwortlichen Selbsttötung grundsätzlich straflos ist.<sup>25</sup> Ob allerdings eine solche Freiverantwortlichkeit zum Zeitpunkt der Tathandlung besteht, ist indes umstritten.

### **(1) Eine Ansicht (ältere Rspr.)**

Eine Ansicht nimmt zwar zunächst die Freiverantwortlichkeit zur Selbsttötung an, differenziert jedoch hierbei ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Bewusstlosigkeit der sich selbst tötenden Person. Ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Bewusstlosigkeit sei die Tatherrschaft endgültig verloren. Mit dem Verlust dieser habe der Suizident die Freiverantwortlichkeit verloren und die Tatherrschaft gehe auf den Arzt über.<sup>26</sup> Nachdem bei X und Y die Bewusstlosigkeit eintrat, leitete A keine lebensrettenden Maßnahmen ein. Nur A hätte in diesem Moment handeln können, während den Suizidenten X und Y dies nicht mehr möglich war. Nach dieser Ansicht handelte A pflichtwidrig.

### **(2) Andere Ansicht (neuere Rspr. und h.M.)**

Nach einer anderen Ansicht müsse die Freiverantwortlichkeit und das damit einhergehende Selbstbestimmungsrecht über die Bewusstlosigkeit hinauswirken. Ein Tatherrschaftswechsel könne indes nicht angenommen werden. Der Bewusstseinsverlust sei die Folge des eigen-

verantwortlich eingeleiteten Suizids.<sup>27</sup> Darüber hinaus sei nicht einzusehen, warum die Tatherrschaft erst ab dem Eintritt der Bewusstlosigkeit eintreten soll, da der Hilfspflichtige möglicherweise bereits vorher hätte eingreifen können.<sup>28</sup> X und Y entschlossen sich freiverantwortlich und im Beisein all ihrer Sinne dazu, den Suizid durchzuführen. Ihnen wurde aus psychiatrischer Sicht eine uneingeschränkte Einsichts- und Urteilsfähigkeit attestiert. Dabei unterzeichneten sie ein mit „Aufklärung und Einwilligung“ betiteltes Formblatt. Weiterhin untersagten sie in der Erklärung ausdrücklich, dass lebensrettende Maßnahmen an ihnen vorgenommen werden und beauftragten den Neffen der X, Schmerzensgeldforderungen gegen anders handelnde Personen geltend zu machen. Nach dieser Ansicht währt die Freiverantwortlichkeit der Selbsttötung auch nach dem Eintritt der Bewusstlosigkeit fort und A trifft keine Rechtspflicht zum Abwenden des Todes der beiden Frauen. Nach dieser Ansicht handelte A also nicht pflichtwidrig.

### **(3) Stellungnahme**

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Es bedarf daher einer Stellungnahme. Zunächst spricht gegen die erst genannte Ansicht, dass ein Tatherrschaftswechsel das Geschehen auseinanderziehen würde. Dadurch entstünde ein aufgespaltenes Geschehen, welches sich in einen strafbaren und einen straflosen Teil gliederte. Darüber hinaus ist das Selbstbestimmungsrecht eines Patienten als sehr hochrangig einzustufen. Liegt eine, bei außer Frage stehender Zuvernungsfähigkeit des Betroffenen, geäußerte Suizidabsicht vor, ist der Patientenwille zu respektieren.<sup>29</sup> Überdies entstünde durch ein Vorgehen nach ersterer Ansicht ein Wertungswiderspruch. Denn wer bei Vorbereitungshandlungen helfen darf, kann nicht deshalb bestraft werden, weil er im Anschluss nichts unternimmt.<sup>30</sup> Das Verhalten des untätig Bleibenden beruht nämlich dann auf der Unterordnung unter einem fremden Willen

<sup>23</sup> BGH NJW 2000, 2754 (2756).

<sup>24</sup> Heinegg in: BeckOK-StGB (Fn. 15), § 13 Rn. 33.

<sup>25</sup> Neumann in: Kindhäuser et al. (Fn. 12), § 211 Rn. 47.

<sup>26</sup> BGH NJW 1984, 2639 (2640); Engisch, Der nächste Schritt, in: Grünwald (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975, 1 (2); Schmidhäuser, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, in: Stratenwerth et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, 801 (821).

<sup>27</sup> BGH NJW 2016, 176 (178); LG Hamburg NStZ 2018, 281 (283); Jähnke in: Laufhütte et al., Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 11. Auflage 2012, § 216 Rn. 9.

<sup>28</sup> Bottke, Suizid und Strafrecht, 1982, Rn. 77a.

<sup>29</sup> Knauer/Brose in: Spickhoff (Fn. 19), § 216 StGB Rn. 15.

<sup>30</sup> Jähnke in: LK-StGB (Fn. 27), § 216 Rn. 9.

und damit genau auf dem Gewollten des Suizidenten.<sup>31</sup> Ferner sind die Bestimmungen der Patientenverfügung zu beleuchten. Denn die Vorschriften zur Patientenverfügung haben eine mittelbare Wirkung für das Strafrecht.<sup>32</sup> Nach § 1901a Abs. 1 BGB ist bei der Untersagung von Eingriffen und Maßnahmen der Wille des Patienten elementar.<sup>33</sup> Die darin getroffenen Festlegungen sind maßgebend, solange es keine konkreten Anhaltspunkte dafür gibt, dass sich der Wille geändert habe.<sup>34</sup> Das Entfallen einer Rettungspflicht kann auch nicht davon abhängen, ob eine schwere, unheilbare Krankheit vorliegt. Das Selbstbestimmungsrecht ist unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung zu achten, § 1901 Abs. 3 BGB.<sup>35</sup> Allgemein wird dem Selbstbestimmungsrecht mittlerweile eine höhere Bedeutung beigemessen.<sup>36</sup> Gegen eine Rettungspflicht spricht auch, dass bei der Vornahme von Rettungsmaßnahmen ein Zustand entstehen könnte, der dem Patientenwillen nicht entspricht.<sup>37</sup> Zusätzlich ist zwischen Selbstgefährdungs- und Selbsttötungsfällen zu unterscheiden. So ist eine Erfolgsabwendungs-pflicht zu bejahen, wenn das Opfer sein Leben lediglich gefährde, aber nicht sterben wolle.<sup>38</sup> Letztlich kann kein strafrechtlicher Vorwurf daraus entstehen, dass der eigenverantwortlich gebildete Wille des Suizidenten respektiert wird und beim Verlust der Handlungsherrschaft keine Rettungsmaßnahmen eingeleitet werden.<sup>39</sup> Die zweite Ansicht ist daher vorzugswürdig.

#### (4) Zwischenergebnis

Folglich hat B nicht pflichtwidrig gehandelt. Mithin trifft ihn auch keine Garantenpflicht aus Ingerenz.

**Anmerkung:** An dieser Stelle kann auch vertretbar eine Garantenstellung aus Ingerenz angenommen werden. Dann müsste die Prüfung fortgesetzt werden und wohl zu einer Strafbarkeit von A gem. §§ 216, 13 StGB führen.

#### f) Zwischenergebnis

Somit ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

#### 2. Zwischenergebnis

Mithin liegt der Tatbestand von §§ 216 Abs. 1, 13 StGB nicht vor.

### II. Ergebnis

A hat sich nicht gem. §§ 216 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht.

#### Strafbarkeit gem. § 323c StGB

Gleichwohl könnte sich A gem. § 323c StGB wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar gemacht haben, indem er keine lebensrettenden Maßnahmen an X und Y vornahm.

#### I. Tatbestand

Der Tatbestand von § 323c StGB müsste erfüllt sein.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Dazu müsste der objektive Tatbestand vorliegen.

#### a) Unglücksfall

Es könnte ein Unglücksfall vorliegen. Ein Unglücksfall ist ein plötzliches Ereignis, bei dem ein erheblicher Schaden an Menschen oder Sachen verursacht wird und weiterer Schaden zu verursachen droht.<sup>40</sup> In Fällen des freiverantwortlichen Suizids scheint das Vorliegen eines Unglücksfall zweifelhaft, wenn der Adressat des § 323c StGB über die Suizidabsichten informiert war und keine Anhaltspunkte für eine Willensänderung vorliegen.<sup>41</sup> A war über die Suizidabsichten von X und Y

<sup>31</sup> Ebd.

<sup>32</sup> BGH NJW 2010, 2963 (2965).

<sup>33</sup> LG Hamburg NStZ 2018, 281 (283); Schwab in: Säcker et al., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9, 7. Auflage 2017, § 1901a Rn. 13.

<sup>34</sup> Knauer/Brose in: Spickhoff (Fn. 19), § 216 Rn. 15; so auch: Gaede, Durchbruch ohne Dammbruch: Rechtssichere Neuvermessung der Grenzen strafloser Sterbehilfe, NJW 2010, 2925 (2928); Reus, Die neue gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und die Strafbarkeit des Arztes, JZ 2010, 180 (183).

<sup>35</sup> LG Hamburg NStZ 2018, 281 (283).

<sup>36</sup> Ebd., 281 (282).

<sup>37</sup> Ebd., 281 (283).

<sup>38</sup> BGH NJW 2016, 176 (178).

<sup>39</sup> LG Hamburg NStZ 2018, 281 (283).

<sup>40</sup> Heinegg in: BeckOK-StGB (Fn. 15), § 323c Rn. 8.

<sup>41</sup> LG Hamburg NStZ 2018, 281 (283).

informiert. Anhaltspunkte, die auf eine etwaige Willensänderung hindeuteten, lagen indes nicht vor. Damit liegt kein Unglücksfall vor.

#### b) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand liegt nicht vor.

#### 2. Zwischenergebnis

Der Tatbestand von § 323c StGB ist nicht erfüllt.

### II. Ergebnis

A hat sich mithin nicht gem. § 323c StGB strafbar gemacht.

Tendenz deutlich, die darauf schließen lässt, dass dem Selbstbestimmungsrecht höheres Gewicht zukommt.<sup>44</sup> Es wird überdies zu beobachten sein, ob die Einführung des § 217 StGB zu einer neuen Grundlage für die Unterlassungsstrafbarkeit von Sterbehelfern führt.<sup>45</sup> Die Entscheidung ist insofern eine richtungsweisende, da sie die Strafbarkeit nicht schlichtweg im Wege einer Entschuldigung,<sup>46</sup> sondern mit der Einschränkung von Garantenpflichten ausweist. Sie ist es daher besonders wert, hervorgehoben zu werden.

**Anmerkung:** Der Autor entscheidet sich an dieser Stelle für die Rechtsauffassung des LG Hamburg. Würde man weiterprüfen, so stieße man erneut auf die im Rahmen der Prüfung des § 216 StGB erörterten Probleme.

## Fazit

Das LG Hamburg hat in der Entscheidung vom 08.11.2017 sehr anschaulich dargelegt, dass die Selbstbestimmung eines Suizidenten ein hohes Gut bei der strafrechtlichen Bewertung von Tötungsdelikten darstellt. Diese strafrechtliche Bewertung kann überdies bei Fällen des Behandlungsabbruchs relevant werden, da auch in diesen Fällen ein Patientenwillen zu berücksichtigen sein kann. So kann Sterbehilfe beispielsweise bei einem Behandlungsabbruch dadurch gerechtfertigt sein, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht.<sup>42</sup>

In der „Peterle“-Entscheidung<sup>43</sup> wurde eine Strafbarkeit angenommen, da der BGH der Ansicht war, dass die Tatherrschaft im Moment der Bewusstlosigkeit verloren geht. Der BGH hat die Rechtsprechung zwar nicht verworfen, jedoch wurde in jüngeren Entscheidungen eine

<sup>42</sup> Siehe hierzu bspw.: BGH HRRS 2010, Nr. 704.

<sup>43</sup> BGH NJW 1984, 2639.

<sup>44</sup> LG Hamburg NStZ 2018, 281 (282).

<sup>45</sup> Hoven, Praxiskommentar zu LG Hamburg Urt. v. 8.11.2017 – 619 Kls 7/16, NStZ 2018, 283 (284).

<sup>46</sup> So auch Hoven (Fn. 45), NStZ 2018, 283 (284).

## Schadensersatz nach Amoklauf

§ 823 Abs. 1 BGB; § 823 Abs. 2 BGB; § 826 BGB  
BGH, Urteil vom 17.04.2018 – VI ZR 237/17 = NJW 2018, 3250

stud. iur. Patricia Meinking

### Sachverhalt (gekürzt):

Beklagter B beging am 18. Februar 2010 einen Amoklauf in einer Berufsbildenden Schule. B war ein ehemaliger Schüler und wollte seinen Lehrer L und den Schulleiter S töten. Er begab sich daher mit einem Messer, einer geladenen Schreckschusspistole und mehreren bengalischen Feuern während der Unterrichtszeit auf das Schulgelände. Sein Plan war es, den Feueralarm mittels der Feuerwerkskörper auszulösen, um für Chaos zu sorgen und dann weitere Menschen töten zu können.

Als er das Gebäude betrat, traf er auf L und tötete diesen durch fünf Messerstiche. Nachdem er den Feueralarm auslöste, begegnete er im Treppenhaus drei weiteren Lehrern und bedrohte diese mit der Schreckschusspistole. Einen Lehrer, der ihn zum Aufgeben bewegen wollte, schlug er nieder. Anschließend gab B mehrere Schüsse ab, darunter einen, der S traf.

Schließlich gelang es einem Lehrer, die Polizei zu verständigen. Zu den zum Tatort beorderten Polizeibeamten gehörte K. Zusammen mit drei weiteren Beamten stellte dieser den B unter Vorhalt der Dienstwaffe, der daraufhin widerstandslos aufgab.

Infolge des Geschehens und der damit verbundenen schweren psychischen Belastung erlitt K eine Anpassungsstörung, die einer medizinischen Behandlung bedurfte und zu seiner Dienstunfähigkeit führte.

K verlangt Schadensersatz von B. Welche deliktischen Ansprüche hat K?

Bearbeitervermerk: Gehen Sie davon aus, dass der Dienstherr des K zu einer Fortzahlung der Dienstbezüge während der Dienstunfähigkeit nicht verpflichtet ist.

## Einordnung

Der BGH beschäftigt sich in dieser Entscheidung mit der psychischen Gesundheitsverletzung eines Polizeibeamten aufgrund eines Einsatzes im Zusammenhang mit einem Amoklauf. Gegenstand der Entscheidung ist ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB. Fraglich ist dabei, ob die psychische Erkrankung des Beamten als Gesundheitsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB gilt, und ob sie in das allgemeine Berufsrisiko des Berufsträgers fällt oder dem Täter zugerechnet werden kann. Dazu werden in Literatur und Rechtsprechung unterschiedliche Auffassungen vertreten, die es für die Klausur oder Hausarbeit zu kennen lohnt.

Die vorliegende Entscheidung des BGH ist kaum als Grundsatz- oder Leitentscheidung zu einzuordnen, zu wenig verallgemeinerungsfähig, zu einzelfallbezogen erscheinen die angestellten Erwägungen. Grundsätzlich haben Polizei und Feuerwehr bei ihren Einsätzen damit zu rechnen, schwere Unfälle anzusehen und verarbeiten zu müssen, eine generelle Verursachungzurechnung bei daraus folgenden Belastungsstörungen soll es deswegen nicht geben. Lediglich in extremen Fällen – wie zum Beispiel bei vorsätzlich begangenen, schweren Gewaltverbrechen – kann eine Ausnahme gemacht werden.

## Orientierungsätze

Traumatisch bedingte psychische Störungen von Krankheitswert stellen eine Gesundheitsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB dar, welche dem Schädiger grundsätzlich zurechenbar ist.

Erleidet ein Polizeibeamter eine psychische Gesundheitsverletzung aufgrund der unmittelbaren Beteiligung an einem durch einen Amoklauf ausgelösten Einsatz, so ist diese dem Amokläufer trotz Verwirklichung des allgemeinen Berufsrisikos eines Polizeibeamten zuzurechnen.

## Gutachterliche Lösung

### A. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

#### I. Rechts- oder Rechtsgutsverletzung

1. Körperverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB
2. Gesundheitsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB
3. Zwischenergebnis

#### II. Verletzungshandlung

#### III. Haftungsbegründende Kausalität

1. Äquivalenz
2. Adäquanz

#### 3. Schutzzweck der Norm

- a) Eine Ansicht
- b) Andere Ansicht
- c) Stellungnahme

4. Zwischenergebnis

#### IV. Rechtswidrigkeit

#### V. Verschulden

1. Verschuldensfähigkeit
2. Schuldhaftes Handeln
3. Zwischenergebnis

#### VI. Rechtsfolge

1. Schaden
2. Haftungsausfüllende Kausalität
3. Zwischenergebnis

#### VII. Ergebnis

### B. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 223 StGB

#### I. Schutzgesetz

#### II. Verletzung des Schutzgesetzes

#### III. Rechtswidrigkeit

#### IV. Verschulden

#### V. Rechtsfolge

#### VI. Ergebnis

### C. Anspruch aus § 826 BGB

#### I. Schaden

#### II. Zurechenbares sittenwidriges Handeln

1. Handeln
2. Sittenwidrigkeit
3. Kausalität
4. Zwischenergebnis

#### III. Rechtswidrigkeit

#### IV. Verschulden

#### V. Ergebnis

#### D. Gesamtergebnis

**A. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB**

K könnte einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB gegen B haben. Hierzu bedarf es einer kausal, rechtswidrig und schuldhaft herbeigeführten Rechts- oder Rechtsgutsverletzung durch B.

**I. Rechts- oder Rechtsgutsverletzung**

Zunächst müsste ein von § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Recht oder Rechtsgut verletzt sein. In Betracht kommt eine Verletzung des Körpers und der Gesundheit.

**1. Körerverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB**

B könnte den Körper des K verletzt haben. Eine Körerverletzung ist jeder Eingriff in die äußere Integrität der körperlichen Befindlichkeit.<sup>1</sup> Durch die unmittelbare Beteiligung an einem Einsatz im Zusammenhang mit einem Amoklauf erlitt K eine Anpassungsstörung als Folge einer schweren psychischen Belastung. Ein Eingriff des B in die äußere, körperliche Integrität des K erfolgte jedoch nicht. Mithin liegt keine Körerverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB vor.

**2. Gesundheitsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB**

K könnte eine Gesundheitsverletzung erlitten haben. Eine Gesundheitsverletzung ist jede Beeinträchtigung der inneren Lebensvorgänge, wobei sowohl physische als auch psychische Erkrankungen erfasst werden.<sup>2</sup> Die Verursachung einer psychischen Erkrankung löst ebenfalls eine Schadensersatzpflicht aus, auch wenn diese nicht auf physischen oder organischen Veränderungen beruht.<sup>3</sup> Erforderlich ist jedoch, dass eine pathologisch fassbare Gesundheitsbeeinträchtigung eintritt.<sup>4</sup> K erlitt eine Anpassungsstörung als Folge einer schweren psychischen Belastung. Ein unmittelbarer Eingriff in seine Physis erfolgte somit zwar nicht, infolge der Anpassungsstörung war K indes dienstunfähig und musste medizinisch behandelt werden, was die Schwere seiner Erkrankung belegt und sie pathologisch fassbar macht. Mithin liegt bei K eine Beeinträchtigung der inneren Le-

bensvorgänge und damit eine Gesundheitsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB vor.

**3. Zwischenergebnis**

Eine Rechtsgutsverletzung liegt vor.

**II. Verletzungshandlung**

Weiterhin müsste eine Verletzungshandlung des B vorliegen. Eine Verletzungshandlung ist jedes menschliche Verhalten, das zur Auslösung der Haftung führt.<sup>5</sup> Sie kann sowohl in einer Handlung als auch in einer Unterrassung bestehen. Sie muss ein, der Steuerung der durch Bewusstsein und Willen unterliegendes und insofern beherrschbares menschliches, Verhalten darstellen.<sup>6</sup> B beging einen Amoklauf in einer Berufsbildenden Schule, bei dem er einen Menschen tötete, weitere verletzte und Angst verbreitete. Dies stellt ein positives und beherrschbares menschliches Verhalten des B dar. Somit liegt eine Verletzungshandlung seitens B vor.

**III. Haftungsbegründende Kausalität**

Weiterhin müsste die haftungsbegründende Kausalität, also der Ursachenzusammenhang zwischen der Verletzungshandlung des B und der Rechtsgutsverletzung, gegeben sein.

**1. Äquivalenz**

Die Handlung des B müsste äquivalent kausal für die Gesundheitsverletzung des K sein. Äquivalent kausal ist jede Ursache, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Geschehensablauf ein anderer gewesen wäre, das Ereignis nicht oder nicht zu diesem Zeitpunkt eingetreten wäre.<sup>7</sup> Wäre B in der Schule nicht Amok gelaufen und hätte dabei Menschen getötet und verletzt, hätte K in Folge des Einsatzes keine Anpassungsstörung erlitten und hätte sich nicht medizinisch behandeln lassen müssen. Folglich ist die äquivalente Kausalität gegeben.

<sup>1</sup> Wagner in: MüKBGB, 5. Bd. 7. Auflage 2017, § 823 Rn. 173.

<sup>2</sup> Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 17. Auflage 2018, § 823 Rn. 3.

<sup>3</sup> Wagner in MüKBGB (Fn. 1), § 823 Rn. 182.

<sup>4</sup> Förster in: BeckOKBGB, Stand: 01.08.2018, § 823 Rn. 113.

<sup>5</sup> Wagner in: MüKBGB (Fn. 1), § 823 Rn. 63.

<sup>6</sup> Wagner in: MüKBGB (Fn. 1), § 823 Rn. 63.

<sup>7</sup> Jauernig (Fn. 3), § 823 Rn. 22.

## 2. Adäquanz

Weiterhin müsste die Verletzungshandlung des B auch adäquat kausal für die Gesundheitsverletzung sein. Adäquat kausal ist die Verletzungshandlung dann, wenn sie im Allgemeinen und nicht nur unter ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des eingetretenen Erfolges geeignet ist.<sup>8</sup> K hat bei seinem Einsatz eine Anpassungsstörung erlitten. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass man bei unmittelbarer Beteiligung an einem Amoklauf aufgrund der Ereignisse eine schwere psychische Belastung erleidet, die medizinischer Behandlung bedarf. Mithin ist die Handlung des B auch adäquat kausal für die Gesundheitsverletzung des K.

## 3. Schutzzweck der Norm

Schließlich müsste die Rechtsgutsverletzung des K vom Schutzzweck der verletzten Norm gedeckt sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Verletzung des Interesses in den sachlichen Schutzbereich der Norm und der Anspruchsteller in den von der Norm geschützten Personenkreis fällt.<sup>9</sup> Die Norm muss Schutz gerade gegen die gegebene Verletzung bezwecken.<sup>10</sup> Hat sich jedoch eine Gefahr in der Verletzung realisiert, die dem allgemeinen Lebensrisiko und daher dem Risikobereich des Verletzten zuzurechnen ist, so unterbricht dies den Zurechnungszusammenhang und der Schädiger kann nicht haftbar gemacht werden.<sup>11</sup> Maßgeblich für eine Zurechnung ist, dass der Schädiger dem Verletzten eine unmittelbare Beteiligung am Geschehen aufzwingt, welche der Geschädigte psychisch nicht verarbeiten kann.<sup>12</sup> B hat durch den Amoklauf eine Gefahrenlage geschaffen und dadurch den zum Tatort beorderten Polizeibeamten die Beteiligung an einem Geschehen aufgezwungen. B hat sich bei seiner Stellung durch die Beamten unter Vorhalt ihrer Dienstwaffen widerstandslos ergeben. Insbesondere wurden die Beamten durch B nicht gezielt attackiert. Fraglich ist daher, ob die Verletzung des K noch

ins allgemeine Lebensrisiko des Beamten fällt und die Zurechnung daher unterbrochen ist.

### a) Eine Ansicht

Einerseits wird vertreten, dass eine Schadensersatzpflicht nur dann in Betracht käme, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Verletzungshandlung und der Gesundheitsverletzung vorliegt, oder wenn der Schädiger durch sein Tun den Geschädigten zu selbstgefährdendem Verhalten herausfordert.<sup>13</sup> K wurde von B nicht angegriffen. Dieser hat sich vielmehr widerstandslos festnehmen lassen. Die Gesundheitsverletzung des K ist Folge seiner Beteiligung am dienstlichen Einsatz und der damit verbundenen Erlebnisse. Folgte man dieser Ansicht wäre der Zurechnungszusammenhang innerhalb des Schutzzwecks der Norm unterbrochen und eine Schadensersatzverpflichtung des B läge nicht vor.

### b) Andere Ansicht

Andererseits ließe sich dies vor dem Hintergrund vorsätzlicher und schwerer Gewaltverbrechen, die sich durch hohe Aggressivität auszeichnen, nicht rechtfertigen.<sup>14</sup> Gerade das Verhalten eines Amokläufers dience nicht nur der körperlichen, sondern auch der psychischen Verletzung der Betroffenen.<sup>15</sup> B hat mit dem Amoklauf den zum Tatort beorderten Beamten eine unmittelbare Beteiligung am Geschehen aufgezwungen, die trotz der Widerstandslosigkeit des B gegenüber den Beamten in einer psychischen Erkrankung des K resultierte. Nach dieser Ansicht wäre der Zurechnungszusammenhang daher nicht unterbrochen.

### c) Stellungnahme

Beide Auffassungen gelangen zu unterschiedlichen Ergebnissen, eine Stellungnahme ist erforderlich. Für die erste Ansicht spricht, dass die Gesundheitsverletzung des K nicht unmittelbar auf einem Verhalten des Beklagten gegenüber dem Beamten oder auf dem zu selbstgefährdendem Verhalten herausfordernden Tun des B beruht. Dabei wird jedoch verkannt, dass die Handlungen

<sup>8</sup> Förster in: BeckOKBGB (Fn. 4), § 823 Rn. 257.

<sup>9</sup> Wagner in: MüKoBGB (Fn. 1), § 823 Rn. 71.

<sup>10</sup> BGH BeckRS 2018, 10428, Rn. 13.

<sup>11</sup> BGH BeckRS 2018, 10428, Rn. 13.

<sup>12</sup> BGH BeckRS 2018, 10428, Rn. 15.

<sup>13</sup> OLG Zweibrücken BeckRS 2017, 115996, Rn. 16.

<sup>14</sup> BGH BeckRS 2018, 10428, Rn. 20.

<sup>15</sup> BGH BeckRS 2018, 10428, Rn. 20.

des B sich durch hohe Gewaltbereitschaft und Aggressivität auszeichnen. Sein Ziel war es nicht nur, Menschen zu töten, sondern für Chaos und Angst bei den Beteiligten zu sorgen. Die daraufhin eingetretene psychische Erkrankung des K ging über das hinaus, was noch zum allgemeinen Lebensrisiko zählt. Das verwirklichte berufsspezifische Risiko des K steht zumindest in Fällen vorsätzlich begangener Straftaten, wie der vorliegenden, der Zurechnung nicht entgegen. Einem Amokläufer die Haftung für psychische Auswirkungen bei den Betroffenen abzunehmen, ist daher nicht gerechtfertigt.<sup>16</sup> Mithin ist der Zurechnungszusammenhang nicht unterbrochen und die Verletzung des K wird vom Schutzzweck der Norm umfasst.

#### **4. Zwischenergebnis**

Die haftungsbegründende Kausalität ist somit gegeben.

#### **IV. Rechtswidrigkeit**

Die Rechtswidrigkeit wird durch die Verwirklichung des Tatbestands indiziert. Rechtfertigungsgründe zugunsten des B sind nicht ersichtlich.

#### **V. Verschulden**

B müsste schließlich schuldhaft gehandelt haben. Dies setzt Verschuldensfähigkeit und Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus.

##### **1. Verschuldensfähigkeit**

Zweifel an der Verschuldensfähigkeit des B sind im Sachverhalt nicht ersichtlich.

##### **2. Schuldhaftes Handeln**

B müsste schuldhaft gehandelt haben. Dabei kommt gemäß § 823 Abs. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit in Betracht. Vorliegend könnte B Vorsatz gehabt haben. Vorsatz ist das Wissen und Wollen des Erfolgs im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit<sup>17</sup>, wobei sich das Verschulden lediglich auf die Rechtsgutsverletzung beziehen muss.<sup>18</sup> Der Schädiger muss im Zeitpunkt der

Verletzungshandlung Kenntnis von den tatsächlichen Umständen und den Kausalzusammenhängen gehabt haben.<sup>19</sup> Er muss den Erfolgseintritt zumindest für möglich gehalten und in billigend in Kauf genommen haben.<sup>20</sup> Dies ist der Fall, wenn der Schädiger das Risiko des Erfolgseintritts aus einer *ex-ante*-Betrachtung erkannte und trotzdem handelte.<sup>21</sup> B wollte in der berufsbildenden Schule Amok laufen, um seinen ehemaligen Lehrer, den Schulleiter und weitere Menschen zu töten oder zu verletzen, und um Angst zu verbreiten. Er wusste um die panikbereitende Wirkung seiner Handlung, die unter Umständen eine psychische Belastung der Beteiligten zur Folge haben kann. Ihm war klar, dass seine Handlung den Einsatz der Polizei nach sich ziehen würde, bei welchem die Beamten verletzt werden könnten. Indem er seinen Plan dennoch umsetzte, zeigte er, dass er eine psychische oder gar physische Verletzung der Beamten zumindest billigend in Kauf nahm. Mithin hatte er Vorsatz hinsichtlich der Rechtsgutsverletzung.

#### **3. Zwischenergebnis**

Folglich handelte B schuldhaft.

#### **VI. Rechtsfolge**

Als Rechtsfolge sieht § 823 Abs. 1 BGB den Ersatz des entstandenen Schadens nach den §§ 249ff. BGB durch den Schädiger vor. Dies setzt voraus, dass sowohl ein Schaden entstanden als auch die haftungsausfüllende Kausalität gegeben ist.

##### **1. Schaden**

Zunächst müsste ein Schaden entstanden sein. Ein Schaden ist jede Beeinträchtigung eines Interesses, wobei es sich um vermögenswerte oder rein ideelle Interessen handeln kann.<sup>22</sup> K erlitt eine Anpassungsstörung infolge einer schweren psychischen Belastung, die medizinischer Behandlung bedurfte und zu einer vorübergehenden Dienstunfähigkeit führte. Während dieser Zeit konnte K keine Dienstbezüge beziehen und musste dar-

<sup>16</sup> BGH BeckRS 2018, 10428, Rn. 20.

<sup>17</sup> Jauernig (Fn. 2), § 823 Rn. 15.

<sup>18</sup> Förster in: BeckOKBGB (Fn. 4), § 823 Rn. 37.

<sup>19</sup> Wagner in: MüKoBGB (Fn. 1), § 823 Rn. 47.

<sup>20</sup> Ebenda.

<sup>21</sup> Ebenda.

<sup>22</sup> Oetker in: MüKoBGB, Bd. 2, 7 Aufl. 2016, § 249 Rn. 16.

über hinaus für die Heilbehandlungskosten aufkommen. Folglich liegt ein Schaden in Form einer Beeinträchtigung vermögenswerter Interessen vor.

## 2. Haftungsausfüllende Kausalität

Darüber hinaus müsste die haftungsausfüllende Kausalität gegeben sein. Dies ist der Fall, wenn die Rechtsgutsverletzung kausal für den entstandenen Schaden, also die Gesundheitsverletzung ist.<sup>23</sup> Hätte K keine schwere psychische Belastung erlitten, hätte er nicht medizinisch behandelt werden müssen und wäre nicht dienstunfähig geworden. Die haftungsausfüllende Kausalität ist also gegeben.

## 3. Zwischenergebnis

Somit ist B zum Ersatz des entstandenen Schadens nach den §§ 249 ff. BGB verpflichtet. Gemäß § 249 Abs. 1 BGB hat B den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Folglich hat B sowohl die entgangenen Dienstbezüge als auch aufgrund der Verletzung der Person des K gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag zu zahlen. Darüber hinaus kann K wegen der vorliegenden Gesundheitsverletzung gemäß § 253 Abs. 2 BGB eine billige Entschädigung in Geld verlangen.

## VII. Ergebnis

K hat einen Schadensersatzanspruch gegen B aus § 823 Abs. 1 BGB.

## B. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 223 StGB

Weiterhin könnte K gegen B einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 223 StGB haben. Dafür müsste B ein Schutzgesetz rechtswidrig und schuldhaft verletzt haben.

## I. Schutzgesetz

Es müsste ein Schutzgesetz vorliegen. Als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ist jede Rechtsnorm zu verstehen, die nach Sinn und Zweck jedenfalls auch dem Schutz ein-

zelner Interessen dienen soll.<sup>24</sup> Es kommt dabei vor allem auf Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf an, ob der Gesetzgeber durch den Erlass des Gesetzes auch das in Frage stehende individuelle Interesse schützen wollte.<sup>25</sup> Bei § 223 StGB handelt es sich um eine Strafrechtsnorm, die die Bestrafung des Täters bezieht, der vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft den Körper oder die Gesundheit eines anderen Menschen verletzt. Mithin bezieht sich § 223 StGB nicht lediglich den Schutz der Allgemeinheit, sondern auch den Schutz einzelner Interessen. Somit handelt es sich um ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.

## II. Verletzung des Schutzgesetzes

Weiterhin müsste B sich der Körperverletzung gemäß § 223 StGB schuldig gemacht haben. Bei K liegt eine Gesundheitsverletzung vor, hinsichtlich welcher B vorsätzlich und mithin tatbeständliche gemäß § 223 StGB handelte. Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder Schuldausschließungsgründe zugunsten des B sind nicht ersichtlich, sodass B sich der Körperverletzung nach § 223 StGB strafbar gemacht und gegen ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB verstoßen hat.

## III. Rechtswidrigkeit

Der Verstoß gegen das Schutzgesetz indiziert die Rechtswidrigkeit der Handlung des B.

## IV. Verschulden

B ist verschuldensfähig und handelte vorsätzlich.

## V. Rechtsfolge

Als Rechtsfolge sieht § 823 Abs. 2 BGB den Ersatz des entstandenen Schadens nach den §§ 249ff. BGB vor. B hat also die entgangenen Dienstbezüge als auch gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag zu zahlen. K kann außerdem gemäß § 253 Abs. 2 BGB eine billige Entschädigung in Geld verlangen.

<sup>24</sup> BGH NJW 2018, 1671 (167ff.); 2014, 64 (64f.); 2012, 1800 (1801f.).

<sup>25</sup> Ebenda.

**VI. Ergebnis**

Folglich hat K einen Schadensersatzanspruch gegen B aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 223 StGB.

**C. Anspruch aus § 826 BGB**

Schließlich kommt ein Anspruch des K gegen B aus § 826 BGB in Betracht.

**I. Schaden**

Ein Schaden liegt in Form der Heilbehandlungskosten und der entgangenen Dienstbezüge des K vor.

**II. Zurechenbares sittenwidriges Verhalten**

Der Schaden müsste durch ein zurechenbares sittenwidriges Verhalten des B entstanden sein.

**1. Handeln**

Eine Verletzungshandlung des B liegt in Form des Amoklaufs vor.

**2. Sittenwidrigkeit**

Das Verhalten des B müsste auch sittenwidrig sein. Sittenwidrigkeit liegt vor, wenn das Verhalten nach seinem Gesamtcharakter gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.<sup>26</sup> Erforderlich ist eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens, die sich aus dem Ziel, den Mitteln, der Gesinnung oder den Folgen ergeben kann.<sup>27</sup> Dabei muss eine normative Bewertung vorgenommen werden.<sup>28</sup> B beabsichtigte durch den Amoklauf an seiner ehemaligen Schule, mehrere Menschen zu töten oder zu verletzen und für Chaos und Angst zu sorgen. Er war mit bengalischen Feuern, einem Messer und einer geladenen Schreckschusspistole bewaffnet, um seinen Plan umsetzen zu können. Dabei tötete er einen Menschen durch fünf Messerstiche und verletzte weitere. Sein Verhalten zeichnet sich durch ein hohes Maß an Aggressivität aus. Selbst bei dem Versuch eines Lehrers, B zum Aufgeben zu bewegen, reagierte dieser mit Gewalt und ließ sich nicht besänftigen. Erst bei Vorhalt der Dienstwaffen durch die Polizeibeamten

ließ B sich festnehmen. Das Verhalten des B verstößt daher bei wertender Betrachtung gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und ist als sittenwidrig i.S.d. § 826 BGB zu bewerten.

**3. Kausalität**

Die Verletzungshandlung des B ist kausal für den Schaden des K.

**4. Zwischenergebnis**

Folglich entstand der Schaden durch zurechenbares sittenwidriges Verhalten des B.

**III. Rechtswidrigkeit**

Die Handlung des B war rechtswidrig.

**IV. Verschulden**

B müsste vorsätzlich gehandelt haben. Im Rahmen von § 826 BGB ist dabei erforderlich, dass der Schädiger Kenntnis vom Erfolgseintritt, der Kausalität der eigenen Verletzungshandlung und der die Sittenwidrigkeit begründenden Tatsachen hat.<sup>29</sup> B nahm eine Verletzung der zum Tatort beorderten Polizeibeamten infolge des Amoklaufs billigend in Kauf. Mithin handelte B vorsätzlich.

**V. Ergebnis**

Folglich hat K einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB.

**D. Gesamtergebnis**

Im Ergebnis kann K seinen Schaden von B sowohl gemäß § 823 Abs. 1 BGB als auch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 223 StGB und aus § 826 BGB ersetzt verlangen.

<sup>26</sup> BGH NJW 2014, 1380 Rn. 8; Jauernig (Fn. 2), § 826 Rn. 4.

<sup>27</sup> BGH NJW 2014, 1380 Rn. 8.

<sup>28</sup> Jauernig (Fn. 2), § 826 Rn. 4.

<sup>29</sup> Wagner in: MüKoBGB (Fn. 1), § 826 Rn. 25.

## Fazit

In Literatur und Rechtsprechung gehen die Auffassungen über die Reichweite des allgemeinen Berufsrisikos von Polizeibeamten und Rettungskräften im Hinblick auf psychische Gesundheitsverletzungen auseinander.<sup>30</sup> In Fällen psychischer Gesundheitsverletzungen bedarf der Zurechnungszusammenhang einer besonderen Prüfung.<sup>31</sup> Das Urteil vom 17.4.2018 – VI ZR 237/17 dient, so der BGH, nicht dazu, die haftungsrechtliche Bewertung des Berufsrisikos allgemein und für die sehr verschiedenen Fallgestaltungen zu klären.<sup>32</sup> Zumindest aber in Fällen vorsätzlicher und schwerer Gewaltverbrechen, bei denen regelmäßig Angst verbreitet werden soll und verbreitet wird, wird der Zurechnungszusammenhang zwischen der Verletzungshandlung und den psychischen Auswirkungen bei den Beteiligten nicht unterbrochen.<sup>33</sup> Im Problembereich des examensrelevanten Deliktsrechts hat der BGH nun also festgestellt, dass die psychische Gesundheitsverletzung einer Rettungskraft in Ausnahmefällen dem Schädiger zugerechnet werden kann. Die Problematik der Zurechnung bei Fällen wie dem vorliegenden kann in Zivilrechtsklausuren gern mal eingebaut werden. Die tiefergehende Auseinandersetzung mit dem Urteil des Sechsten Senats und der Zurechnungsproblematik sollte in der Prüfungsvorbereitung nicht fehlen.

<sup>30</sup> Vgl. OLG Koblenz BeckRS 2010, 12923; LG Duisburg BeckRS 2016, 3526; Stöhr, Psychische Gesundheitsschäden und Regress, NZV 2009, 161.

<sup>31</sup> Vgl. auch BGH NJW 2014, 2190.

<sup>32</sup> BGH BeckRS 2018, 10428, Rn. 20.

<sup>33</sup> BGH BeckRS 2018, 10428, Rn. 20.

## Fanbus

§§ 11, 17, 18 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 Nds. SOG

OLG Braunschweig (1. Senat), Beschluss v. 31.08.2018 – 1 W 114/17

stud. iur. Anna Ordina

Sachverhalt (gekürzt):

Der Beschwerdeführer ist Anhänger eines Fußballvereins und sympathisiert mit der dortigen Ultra-Szene. Er besucht regelmäßig Heim- und Auswärtsspiele. Er ist bisher weder strafrechtlich in Erscheinung getreten noch sind gegen ihn Ermittlungsverfahren geführt worden. Ebenso ist er nicht in polizeiinternen Datenbanken (INPOL, POLAS, Gewalttäter Sport) eingetragen.

Am 24.02.2017 trat der Beschwerdeführer gemeinsam mit 39 weiteren Personen in Bremen die Fahrt in einem Reisebus an, um ein Auswärtsspiel seines Fußballvereins in Wolfsburg zu besuchen. Nach einem Halt um 17:00 Uhr an einer Autobahnrasstätte meldeten Dritte der Polizei unter Angabe des amtlichen Kennzeichens des Reisebusses, dass auf dem Parkplatz von Fußballfans Sachbeschädigungen (sog. Graffiti-Tags „HB02 Ultras“) begangen worden seien. Beamte der Polizeiinspektion Wolfsburg/Helmstedt stoppten den Reisebus auf einem Parkplatz in einem Industriegebiet in Weyhausen. Dabei waren auch sogenannte szenekundige Beamte anwesend. Zunächst wurden strafprozessuale Maßnahmen (Identitätsfeststellung, Durchsuchung, erkennungsdienstliche Behandlung) sukzessiv durchgeführt. Diese Maßnahmen waren bei dem Beschwerdeführer um 18:30 Uhr beendet. Ein Zusammenhang zwischen der begangenen Sachbeschädigung und dem Beschwerdeführer konnte nicht hergestellt werden. Die Personen, bei denen die strafprozessualen Maßnahmen abgeschlossen waren, wurden von der Polizeiinspektion bis zum Abschluss der Maßnahmen insgesamt zur Erstellung einer „differenzierten Gefahrenprognose“ bis ca. 19:30 Uhr in Gewahrsam genommen. Sprühdosen oder Ähnliches wurden im Bus nicht gefunden. Gleiches gilt für aktive oder passive Bewaffnung. Es wurden einzelne Bekleidungsgegenstände sichergestellt, welche von der Polizeiinspektion als Vermummungsgegenstände eingestuft wurden. Ein Bezug zu dem Beschwerdeführer konnte nicht hergestellt werden.

Hinsichtlich der Mitreisenden des Beschwerdeführers lagen danach folgende Erkenntnisse vor:

- Es handelte sich größtenteils um Angehörige der Ultra-Gruppen Ultra T. und I.
- 38 der 40 Fahrgäste waren männlich, einige Businsassen waren erheblich alkoholisiert.
- Acht Businsassen waren in der Datei „Gewalttäter Sport“ gespeichert.
- Von diesen acht Personen waren fünf Personen am 25.11.2015 an einem Vorfall im Rahmen der Anreise mit der Bahn zu einem Auswärtsspiel in Wolfsburg beteiligt. Dabei kam es zu einer massiven Bedrohung einer Zugbegleiterin und Ausschreitungen von überwiegend den Ultra-Gruppen I. und W. angehörenden Personen gegenüber der eingesetzten Polizei.
- Ein Großteil der Mitreisenden war nach den Angaben des anwesenden szenekundigen Beamten aus Bremen im November 2015 bei der Anreise mit der Bahn zu einem Auswärtsspiel in Hamburg kontrolliert worden. Dabei wurden Betäubungsmittel, Vermummungsgegenstände, Pyrotechnik und Schutzbewaffnung aufgefunden.

Sodann entschlossen sich die Beamten der Polizeiinspektion, den Reisebus mit allen Insassen unter polizeilicher Begleitung bis nach Bremen zurückzuführen, wo man gegen 22:30 Uhr eintraf. Während der Fahrt mussten Toilettengänge der Businsassen durch optische Signale bei den begleitenden Polizeibeamten angemeldet werden. Den Businsassen war es nicht möglich, den Bus eigenmächtig zu verlassen. Der Beschwerdeführer begehrte die Feststellung über die Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme durch die Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten der Polizeiinspektion.

## Einordnung

Das OLG Braunschweig beschäftigt sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Rechtmäßigkeit einer Ingewahrsamnahme von Fußballfans der Ultra-Szene und grenzt hierbei die Maßstäbe für die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Standardmaßnahmen nach § 18 Nds.SOG ab. Dabei stehen die Belange des Allgemeinwohls im Spannungsfeld mit der Freiheit des Einzelnen. Hierbei wird die Prüfung vom Vorliegen konkreter Tatsachen im Einzelfall abhängig gemacht und festgestellt, dass die Polizei konkrete Anhaltspunkte für die Störereigenschaft haben müsse und ein allgemeiner Verdacht nicht für Eingriffsmaßnahmen genüge. Somit stellt dieses Urteil ein Statut für die Rechtmäßigkeit von polizeipräventiven Maßnahmen, insbesondere der Ingewahrsamnahme, dar und weist dadurch Examensrelevanz auf.

## Orientierungsätze

Allein die Zugehörigkeit zur Ultra-Szene und die Einstufung als Fan der Kategorie „B“<sup>1</sup> durch einen szenekundigen Beamten genügt nicht, um die Gefahrenprognose zu begründen, die für eine Ingewahrsamnahme erforderlich ist.

Bevorstehende Straftaten aus der Gruppe heraus allein rechtfertigten nicht den Gewahrsam gegen jedes Gruppenmitglied; vielmehr bedarf es konkreter Anhaltspunkte für einen kollektiven Vorsatz.

## Gutachterliche Lösung

- A. Bezeichnung der Ermächtigungsgrundlage
- B. Formelle Rechtmäßigkeit
- C. Materielle Rechtmäßigkeit
- I. § 18 Abs. 1 Nr. 2 Nds. SOG
  - 1. Unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Gefahr für die Allgemeinheit (!)**
  - 2. Zwischenergebnis
- II. § 18 Abs. 1 Nr. 3 Nds. SOG
  - 1. Platzverweisung nach § 17 Nds. SOG
  - 2. Zwischenergebnis
- III. Polizeiliche Generalklausel, § 11 Nds. SOG
  - B. Gesamtergebnis

Die in der hiesigen Entscheidung in Rede stehenden Vorschriften verweisen für die allgemeinen Bestimmungen über die Rechtsmittel in die Vorschriften der FamFG und verweisen als abdrängende Sonderzuweisung nach § 40 Abs. 1 S. 2 VwGO an die ordentliche Gerichtsbarkeit. Die Vorschriften der FamFG über die Rechtsmittel stellen keinen Pflichtstoff der ersten Pflichtfachprüfung dar. Folglich wird die Zulässigkeit wie im Beschluss unterstellt.

Zur Beurteilung der Erfolgsaussichten der von dem Beschwerdeführer gem. §§ 19 Abs. 4 Nds. SOG, 58 FamFG statthaften und zulässigen Beschwerde ist zunächst die formelle und materielle Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme vom 24.02.2017 zu prüfen.

### A. Bezeichnung der Ermächtigungsgrundlage

Zunächst müsste das Handeln der Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten auf einer Ermächtigungsgrundlage erfolgt sein. Als spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage kommen § 18 Abs. 1 Nr. 2 Nds. SOG und § 18 Abs. 1 Nr. 3 Nds. SOG in Betracht.

<sup>1</sup> Als die Kategorie „B“ werden Anhänger mit einem Aggressionspotenzial bezeichnet, die jedoch nicht mit der Absicht Spiele besuchen, Gewalt auszuüben.

## B. Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme der Polizeiinspektion ist mangels entgegenstehender Angaben gegeben.

## C. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Ingewahrsamnahme müsste auch materiell rechtmäßig sein. Die materielle Rechtmäßigkeit ist zu bejahen, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sind und keine Ermessensfehler vorliegen.

### I. § 18 Abs. 1 Nr. 2 Nds. SOG

Als Ermächtigungsgrundlage für die Ingewahrsamnahme kommt § 18 Abs. 1 Nr. 2 Nds. SOG in Betracht.

#### 1. Unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Gefahr für die Allgemeinheit

Die Ingewahrsamnahme des Beschwerdeführers könnte auf § 18 Abs. 1 Nr. 2 Nds. SOG gestützt werden. Nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 Nds. SOG kann eine Person in Gewahrsam genommen werden, wenn dieses unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat (lit. a) oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Gefahr für die Allgemeinheit zu verhindern (lit. b). Der Begriff „unmittelbar bevorstehend“ ist gleichzusetzen mit „unmittelbar bevorstehende Gefahr“ oder „gegenwärtige Gefahr“ i.S.d. § 2 Nr. 1 lit. b Nds. SOG. Dementsprechend sind besondere Anforderungen an die zeitliche Nähe des Schadenseintritts zu stellen.<sup>1</sup> Es müssen nachvollziehbare, bestimmte Tatsachen vorliegen, die die Annahme begründen, dass der Schaden sofort oder in allernächster Zeit und zudem mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten wird.<sup>2</sup> Die Frage, ob in der konkreten Situation eine gegenwärtige Gefahr vorgelegen hat, unterliegt der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit. Ein Beurteilungsspielraum kommt der Polizei insoweit nicht zu. Für die Rechtmäßigkeit der Maßnahme ist erforderlich, dass sich die ex-ante-Pro-

gnose auch aus Sicht eines verständigen Dritten auf der Basis sämtlicher zum Zeitpunkt der Anordnung erkennbaren Umstände als fehlerfrei darstellt.<sup>3</sup>

Für die erforderliche Gefahrenprognose müssen (Indiz-)Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass die gruppenzugehörige Person in einem bestimmten Gebiet eine Straftat begehen wird. Die Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls kann dabei insbesondere von der fraglichen Gruppe, der zu ihr vorhandenen polizeilichen und sonstigen Erkenntnisse, der Einbindung des Betroffenen in diese Gruppe, sowie seinem gruppenbezogenen Verhalten in der Vergangenheit abhängig sein.<sup>4</sup> Das Bevorstehen von Straftaten aus einer Gruppe heraus rechtfertigt allein nicht den Gewahrsam gegen jedes Gruppenmitglied. Anders ist dies nur zu beurteilen, wenn es konkrete Anhaltspunkte für einen kollektiven Vorsatz gibt.<sup>5</sup> Anhaltspunkte für die zukünftige Begehung einer Straftat können etwa die Ankündigung oder Aufforderung zu einer Straftat sein, sowie das Mitführen von Waffen, Werkzeugen oder sonstigen Gegenständen, die ersichtlich zur Tatbegehung bestimmt sind oder erfahrungsgemäß bei derartigen Straftaten verwendet werden.<sup>6</sup> Weitere Erkenntnisse, die bei der Gefahrenprognose zu berücksichtigen sind, können sich außerdem auch aus gegen den Betroffenen gerichteten Ermittlungs- oder Strafverfahren ergeben, die im Zusammenhang mit solchen Straftaten geführt wurden, deren erneute Begehung befürchtet wird. Dabei können in die präventiv-polizeiliche Gefahrenprognose auch solche Vorfälle einbezogen werden, die zu keiner bußgeld- oder strafrechtlichen Ahndung geführt haben, sondern etwa nach §§ 153, 153 a StPO oder 170 Abs. 2 StPO eingestellt wurden.<sup>7</sup> Gleches gilt für gegen den Betroffenen gerichtete Ermittlungsverfahren, die zum Zeitpunkt der Prognoseentscheidung noch nicht abgeschlossen waren.<sup>8</sup> Die Polizei muss vielmehr konkrete

<sup>3</sup> OLG Celle BeckRS 2017, 117583.

<sup>4</sup> OVG Niedersachsen BeckRS 2018, 11334.

<sup>5</sup> OLG Celle BeckRS 2017, 117583; Waechter in: BeckOK PolR Nds., 12. Edition, Stand 01.11.2018, Nds. SOG § 18 Rn. 36.

<sup>6</sup> OVG Niedersachsen BeckRS 2018, 11334.

<sup>7</sup> OVG Niedersachsen BeckRS 2018, 11334; VGH Baden-Württemberg BeckRS 2017, 111998.

<sup>8</sup> OVG Niedersachsen BeckRS 2018, 11334.

<sup>1</sup> OLG Celle BeckRS 2017, 117583.

<sup>2</sup> BVerwG NJW 1974, 807 (809); OVG Nordrhein-Westfalen DVBl. 2012, 312.

Anhaltspunkte für die Störereigenschaft haben. Ein allgemeiner Verdacht genügt nicht, um Eingriffsmaßnahmen zu rechtfertigen.<sup>9</sup>

Die auf dem Parkplatz Röhrse begangenen Sachbeschädigungen können dem Beschwerdeführer nicht zugeordnet werden. Auch seitens der Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten wird insoweit kein Zusammenhang hergestellt. Inwieweit die vier sichergestellten Bekleidungsgegenstände zur Vermummung geeignet oder bestimmt sind, bedarf an dieser Stelle keiner Entscheidung. Eine Zuordnung dieser (nicht verbotenen) Gegenstände zu dem Beschwerdeführer ist nicht möglich. Derjenige, der ohne verbotene "passive Bewaffnung" zu einer Versammlung anreist, ist im Regelfall Nichtstörer und darf nicht wegen mit ihm zusammen reisender passiv bewaffneter Störer an der Weiterfahrt mit einem gemeinsam gemieteten Omnibus gehindert werden. Die Polizei hatte hier keine konkreten Anhaltspunkte für die Störereigenschaft des Beschwerdeführers. Konkrete Erkenntnisse zur Person des Beschwerdeführers lagen gerade nicht vor. Der Beschwerdeführer ist trotz seiner von dem szenekundigen Beamten aus Bremen berichteten längeren Zugehörigkeit zur Ultra-Szene bisher nicht auffällig gewesen. Diesbezügliche Eintragungen finden sich in keinem polizeilichen Datenverarbeitungsprogramm. Gegen den Beschwerdeführer sind insbesondere keine Ermittlungsverfahren o.ä. wegen im Zusammenhang mit Fußballspielen begangenen Straftaten geführt worden.

Allein die Zugehörigkeit des Beschwerdeführers zur Ultra-Szene und dessen Einstufung als Fan der Kategorie „B“ durch einen szenekundigen Beamten genügen folglich nicht, um eine den dargestellten Anforderungen ausreichende Gefahrenprognose zu erstellen. Es liegen weder Tatsachen vor, die auf einen kollektiven Vorsatz zur Straftatbegehung schließen lassen, noch Tatsachen, die eine Gefahrenprognose für den Beschwerdeführer begründen. Unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten Maßstäbe kann nicht mit dem erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad zu der Prognose gelangt werden, dass die Begehung von Straftaten durch den

Beschwerdeführer unmittelbar bevorstand. Auch der Sonderfall des sog. Verbringungsgewahrsams liegt nicht vor: Beim sogenannten Verbringungsgewahrsam wird eine Person in Gewahrsam genommen und an einen anderen, weit entfernen Ort „verbracht“. Sinn und Zweck ist, den Störer durch die räumliche Distanz präventiv an einer störenden Handlung zu hindern. Der Verbringungsgewahrsam ist als Aliud zur „normalen“ Ingewahrsamnahme zu sehen, dessen rechtliche Lösung äußerst strittig ist und auf unterschiedliche Weise konstruiert wird. Für den vorliegenden Beschluss ist die Abgrenzung und die rechtliche Beurteilung nicht relevant, da der Beschwerdeführer nicht an einen weit entfernen Ort gebracht wurde, um die störende Handlung für die längere Zeit der Rückkehr zu verhindern.

## 2. Zwischenergebnis

Folglich kann die Ingewahrsamnahme des Beschwerdeführers nicht auf § 18 Abs. 1 Nr. 2 Nds. SOG gestützt werden.

## II. § 18 Abs. 1 Nr. 3 Nds. SOG

Als weitere mögliche Ermächtigungsgrundlage für die Ingewahrsamnahme kommt § 18 Abs. 1 Nr. 3 Nds. SOG in Betracht.

### 1. Platzverweisung nach § 17 Nds. SOG

Die Ingewahrsamnahme des Beschwerdeführers könnte auf § 18 Abs. 1 Nr. 3 Nds. SOG gestützt werden. Hiernach kann eine Ingewahrsamnahme erfolgen, wenn sie zur Durchsetzung einer Platzverweisung nach § 17 Nds. SOG unerlässlich ist. Die Frage, ob § 18 Abs. 1 Nr. 3 Nds. SOG auch auf Aufenthaltsverbote nach § 17 Abs. 4 Nds. SOG Anwendung findet, kann dahinstehen, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen für ein Aufenthaltsverbot nicht vorliegen.

Ein Aufenthaltsverbot nach § 17 Abs. 4 Nds. SOG kann ausgesprochen werden, wenn aufgrund von Tatsachen zu erwarten ist, dass eine bestimmte Person in einem bestimmten örtlichen Bereich eine Straftat begehen

<sup>9</sup> VGH Bayern BayVBl. 1983, 434 (435).

wird.<sup>10</sup> Pauschale Verbote sind dagegen unzulässig.<sup>11</sup> Es ist eine doppelte Prognose erforderlich, einerseits für die drohenden Straftaten, andererseits für den Täter dieser Delikte.<sup>12</sup> Tatsachen sprechen für die Begehung von Straftaten, wenn auf gesicherter Tatsachengrundlage eine Prognose möglich ist, dass die Begehung einer Straftat im betroffenen örtlichen Bereich wahrscheinlich ist.<sup>13</sup> Vorliegend lagen weder Anhaltspunkte für eine bevorstehende Straftat vor, noch war die Annahme begründet, dass der Beschwerdeführer selbst in naher Zukunft eine solche begehen würde. Folglich konnte kein Aufenthaltsverbot nach § 17 Abs. 4 Nds. SOG ausgesprochen werden, weswegen § 18 Abs. 1 Nr. 3 Nds. SOG nicht einschlägig ist.

## 2. Zwischenergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 18 Abs. 1 Nr. 3 Nds. SOG liegen nicht vor.

## III. Polizeiliche Generalklausel, § 11 Nds. SOG

Als Ermächtigungsgrundlage der Behörde könnte § 11 Nds. SOG in Betracht kommen. Ein Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel ist jedoch nicht möglich, wenn der zu regelnde Sachverhalt von einer vorrangig anzuwendenden Spezialbefugnis (Standardmaßnahme) erfasst wird.<sup>14</sup> Die Ingewahrsamnahme stellt einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff dar und darf deshalb nicht auf die Generalklausel gestützt werden.<sup>15</sup> Ein vorläufiger polizeilicher Gewahrsam, der dazu dient, erst noch eine polizeiliche Gefahrenprognose treffen zu wollen, ist grundsätzlich unzulässig.<sup>16</sup>

Wie bereits geprüft lagen die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 Nds. SOG nicht vor. Die Polizeiinspektion führte aus, dass die Ingewahrsamnahme des Beschwerdeführers nach Abschluss der gegen ihn gerichteten strafprozessualen Maßnahmen um 18:30 Uhr

zunächst der Erstellung einer „differenzierten Gefahrenprognose“ gedient habe.

Die Ingewahrsamnahme des Beschwerdeführers kann somit auch nicht auf die polizeiliche Generalklausel des § 11 Nds. SOG gestützt werden.

## B. Gesamtergebnis

Die Ingewahrsamnahme durch Polizeibeamtinnen und Polizeibeamte der Polizeiinspektion ist mangels einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig. Eine Beschwerde hat mithin keine Aussicht auf Erfolg.

## Fazit

Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Aufhebung von Freiheitsrechten wird im Lichte des hohen verfassungsrechtlichen Ranges der Freiheit der Person ausgelegt und vom Vorliegen konkreter Tatsachen im Einzelfall abhängig gemacht.<sup>17</sup> Gem. § 18 Abs. 1 Nr. 2 Nds. SOG kann eine Person in Gewahrsam genommen werden, wenn dieses unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Gefahr für die Allgemeinheit zu verhindern. Die Tatsache, dass sich eine Person bei einer Ultra-Gruppe befindet und sich dieser zugehörig fühlt, reicht für sich genommen nicht aus, den hohen Voraussetzungen an eine freiheitsaufhebende Maßnahme gerecht zu werden. Dies gilt auch dann, wenn nahe liegt, dass aus der Gruppe heraus Sachbeschädigungsdelikte begangen worden sind, Vermummungsgegenstände bei Einzelnen aus der Gruppe aufgefunden werden oder Gruppenangehörige als „Gewalttäter Sport“ geführt werden. Verlangt wird der Nachweis einer individuellen konkreten Gefahr zur möglichen Begehung von Straftaten für jeden Einzelfall zu führen – jede Art von Generalverdacht ist und bleibt im Rahmen der Ingewahrsamnahme unzulässig. Die Entscheidung zeigt, dass Tatsachen vorliegen müssen, die die Annahmen eines kollektiven Vorsatzes oder spezifisch eines Einzelnen rechtfertigen, um die strengen

<sup>10</sup> Waechter in: BeckOK PolR Nds, § 17 Rn. 104f.; HessVGH BeckRS 2017, 103690.

<sup>11</sup> Hecker, Aufenthaltsverbote im Recht der Gefahrenabwehr, NVwZ 1999, 261 (261).

<sup>12</sup> Waechter in: BeckOK PolR Nds, § 17 Rn. 104.

<sup>13</sup> VG Göttingen, NVwZ-RR 1999, 169 (170).

<sup>14</sup> Waechter in: BeckOK PolR Nds, Vor. § 11.

<sup>15</sup> Waechter in: BeckOK PolR Nds, § 18 Rn. 17.

<sup>16</sup> Vgl. OLG München NVwZ-RR 2008, 247 (247).

<sup>17</sup> OLG Braunschweig BeckRS 2018, 21569, Rn. 17.

Tatbestandsvoraussetzungen der freiheitsberaubenden polizeilichen Maßnahme zu begründen. Auch mit Blick auf die aktuelle öffentliche Debatte um die Neufassung des Niedersächsischen Polizeigesetzes und der möglichen Erweiterung<sup>18</sup> der Eingriffsmöglichkeiten auf Grundlage von § 18 Nds. SOG führt dies vor Augen, dass die Gerichte eine entscheidende Rolle bei der Verwirklichung und Wahrung von individuellen Freiheitsrechten ausüben.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> NL-Drucksache 18/850, S. 6.

<sup>19</sup> OLG Braunschweig BeckRS 2018, 21569, Rn. 17.

## Verfassungsfeindliche Tätowierungen eines Beamten

Art. 33 Abs. 2 und 5 GG; §§ 60 Abs. 1 S. 3, 77 Abs. 1 S. 1 BBG

BVerwG, Urt. v. 17.11.2017 – 2 C 25.17

stud. iur. Jendrik Wüstenberg (B.A. Allgemeine Verwaltung)

Sachverhalt (abgewandelt):

Polizeikommissar B ist schon seit Jahren Beamter auf Lebenszeit bei der Bundespolizei. Im Jahr 2017 leitete die Staatsanwaltschaft ein Strafverfahren gegen B wegen des Verdachts der Volksverhetzung ein. Er soll an der Erstellung von CDs und Booklets mit volksverhetzenden Liedtexten beteiligt gewesen sein. Bei der erkennungsdienstlichen Behandlung im Rahmen dieses Strafverfahrens wird festgestellt, dass B diverse großflächige Körpertätowierungen an Bauch, Oberkörper und Unterschenkeln trägt. Dargestellt werden diverse im Nationalsozialismus verwendete Runen wie die Sigrune, die Wolfsangel oder Odalrunen, darüber hinaus eine Reihe von Totenköpfen und Eiserne Kreuze. Ebenfalls finden sich Wappen mit den Logos diverser als rechtsradikal und neonazistisch bekannter Rockbands. Weiterhin trägt er ein eintätowiertes Notenband mit den ersten Takten des Horst-Wessel-Liedes, der Parteihymne der NSDAP.

Wenig später wird B wegen Volksverhetzung freigesprochen. Das aufgrund der festgestellten Tätowierungen eingeleitete Strafverfahren wegen des Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen wird eingestellt. Tatsächlich kann auch nach einer Hausdurchsuchung bei B nicht festgestellt werden, dass er in Deutschland seine Tätowierungen öffentlich präsentiert hat. Es finden sich bei der Durchsuchung jedoch einige Fotos, auf denen B auf Treffen von Neonazis innerhalb geschlossener Räume den Hitlergruß zeigt, mit der Hakenkreuzflagge posiert oder mit freiem Oberkörper auf einem Konzert einer neonazistischen Band in Großbritannien zu sehen ist.

Zwischenzeitlich hat jedoch die Personalabteilung der Bundespolizei von den Umtrieben des B Kenntnis erlangt. Diese ist der Ansicht, dass ein Rechtsradikaler wie B nicht in den öffentlichen Dienst gehöre. Das Verhalten des B sei als besonders schweres Dienstvergehen einzustufen. B habe nicht nur mehrmals den Hitlergruß gezeigt, sondern sich Symbole seiner offensichtlich nationalsozialistischen Gesinnung in die Haut „einbrennen“ lassen. Er huldige dem Nationalsozialismus und seinen Protagonisten. B sei somit für den öffentlichen Dienst nicht länger tragbar. Der Bund als Dienstherr des B leitet gegen ihn ein Disziplinarverfahren ein und erhebt nach einem ordnungsgemäßen Disziplinarverfahren und der Anhörung des B Klage vor der Disziplinarkammer des Verwaltungsgerichts mit dem Antrag, den B aus dem Beamtenverhältnis zu entfernen.

B sieht dies nicht ein: Er habe seinen Dienst stets gewissenhaft und zur Zufriedenheit seiner Vorgesetzten erledigt. Er habe im Dienst niemals neonazistische Äußerungen getätigt. Seine Tätowierungen seien zwar seinen Kollegen und Vorgesetzten bekannt, aber stets durch seine Uniform bedeckt. Überhaupt sei die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis unverhältnismäßig. Er habe sich bislang nie eines Dienstvergehens schuldig gemacht, sodass man doch nicht „mit Kanonen auf Spatzen“ schießen könne. Allenfalls komme eine weniger schwerwiegende Disziplinarmaßnahme in Betracht.

Wie wird das Verwaltungsgericht entscheiden?

## Einordnung

Der Originalfall geht auf eine Disziplinarklage bzgl. der Entfernung eines Polizeibeamten des Landes Berlin aus dem Beamtenverhältnis zurück, wobei der Sachverhalt der Vereinfachung wegen dahingehend abgeändert wurde, dass es sich um ein Beamtenverhältnis mit dem Bund handelt. Zwar ist das Beamtenrecht selbst nicht Bestandteil des Prüfungsstoffs im Ersten Examen, gleichwohl müssen von den Studenten die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ aus Art. 33 Abs. 5 GG und deren Auswirkungen auf die Grundrechte beherrscht werden. Die Frage, welchen Inhalt die Treuepflicht des Beamten hat und welche Ausprägungen verfassungsfeindlicher Betätigung als Verstoß hiergegen zu werten sind, steht bei der Prüfung dieses Falles im Mittelpunkt. Der Schwerpunkt der gutachterlichen Prüfung findet sich damit in der materiellen Rechtmäßigkeit der Entscheidung über die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis, insbesondere der Frage, ob ein Dienstvergehen vorliegt und ob die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis ermessensgerecht ist. Nebenbei ergeben sich prozessuale Besonderheiten, die das Disziplinarverfahren mit sich bringt.

## Leitsätze

Die Regelung des zulässigen Ausmaßes von Tätowierungen bei Beamten setzt eine hinreichend bestimmte gesetzliche Ermächtigung voraus.

Folgerungen für seine Einstellung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung kann ein Beamter auch durch plakative Kundgabe in Gestalt des Tragens einer Tätowierung mit verfassungsfeindlichem Inhalt ziehen.

Ein Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht setzt weder ein öffentlich sichtbares noch ein strafbares Verhalten des Beamten voraus.

## Gutachterliche Lösung

### A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

#### B. Zulässigkeit

- I. Statthafte Klageart
- II. Ordnungsgemäßes Disziplinarverfahren
- III. Anhörung
- IV. Klagefrist/Verwirkung
- V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit
- VI. Zuständiges Gericht
- VII. Allgemeines Rechtsschutzinteresse
- VIII. Ergebnis der Zulässigkeit

Die Disziplinarklage der Bundesrepublik Deutschland hat Aussicht auf Erfolg, sofern sie zulässig und soweit sie begründet ist.

### A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein. Es könnte eine aufdrängende Sonderzuweisung vorliegen. B ist Beamter des Bundes. Nach § 1 Bundesbeamtengegesetz (BBG) findet dieses Gesetz auf Beamte des Bundes Anwendung. Nach § 126 Abs. 1 BBG ist für Klagen des Dienstherrn der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Die Norm weist damit auch Disziplinarklagen ausdrücklich der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu. Somit ist der Verwaltungsrechtsweg durch eine aufdrängende Sonderzuweisung eröffnet.

### B. Zulässigkeit

Die Klage des Bundes müsste zulässig sein.

#### I. Statthafte Klageart

Die Klage des Bundes müsste zunächst statthaft sein. Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren, § 88 VwGO. Der Bund möchte B aus dem Beamtenverhältnis entfernen lassen. Nach §§ 2 BPolBG<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> Auf die Zitierung der Verweisungsnorm § 2 Bundespolizeibeamtengegesetz wird im Folgenden verzichtet.

**Anmerkung:** Hier ergibt sich der Fall, dass statt der Eröffnung durch den allgemeinen § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg durch eine aufdrängende Sonderzuweisung eröffnet ist. Der § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO darf damit nicht mehr geprüft werden. Falsch wäre es, hier § 54 Abs. 1 Beamtenstatusgesetz (BeamStG) als Sonderzuweisung zur Anwendung kommen zu lassen – dieses Gesetz gilt ausweislich § 1 BeamStG nur für Beamte der Länder, der Kommunen, der Kommunalverbände sowie den Ländern unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen.

34 Abs. 1 BDG ist, wenn auf Entfernung aus dem Beamtenverhältnis erkannt werden soll, gegen den Beamten Disziplinarklage zu erheben. Dies ist eine Gestaltungsklage *sui generis*.<sup>2</sup> Somit ist die Disziplinarklage des Bundes statthaft.

## II. Ordnungsgemäßes Disziplinarverfahren

Der Erhebung der Disziplinarklage muss gem. § 17 Abs. 1 S. 1 BDG die Einleitung eines Disziplinarverfahrens vorhergehen. Laut Sachverhalt wurde das Disziplinarverfahren ordnungsgemäß durchgeführt.

## III. Anhörung

B ist nach Abschluss der Ermittlungen und vor Erhebung der Disziplinarklage nach § 30 S. 1 Hs. 1 BDG abschließend anzuhören. Auch dies ist laut Sachverhalt geschehen.

## IV. Klagefrist/Verwirkung

Eine Klagefrist ist für die Disziplinarklage nicht vorgesehen.<sup>3</sup> Anzeichen für eine Verwirkung des Klagerechts, insbesondere durch Verzögerung entgegen § 4 BDG, sind nicht ersichtlich.

## V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

B ist als natürliche Person gem. § 3 BDG i.V.m. §§ 61 Nr. 1 Alt. 1, 63 Nr. 2 VwGO beteiligfähig.

Der Bund ist als Gebietskörperschaft eine juristische Person des öffentlichen Rechts und somit gem. § 3 BDG i.V.m. §§ 61 Nr. 1 Alt. 2, 63 Nr. 2 VwGO beteiligfähig. Dieser ist gem. § 62 Abs. 3 Hs. 1 Alt. 2 VwGO i.V.m. §§ 34 Abs. 2 S. 1 Alt. 1, 3 Abs. 1 BDG prozessfähig und wird durch den Vertreter der obersten Dienstbehörde, hier durch den Bundesminister des Innern, vertreten.

## VI. Zuständiges Gericht

Das Verwaltungsgericht ist nach § 45 VwGO sachlich zuständig.

## VII. Allgemeines Rechtsschutzinteresse

Weiterhin müsste auch ein allgemeines Rechtsschutzinteresse des Bundes vorliegen. Das allgemeine Rechtsschutzinteresse liegt dann nicht vor, wenn die Behörde eine andere als die in § 34 Abs. 1 BDG genannte Disziplinarmaßnahme verhängen will.<sup>4</sup> Vorliegend möchte der Bund die Entfernung des B aus dem Beamtenverhältnis erreichen, sodass ein Rechtsschutzinteresse vorliegt.

## VIII. Ergebnis der Zulässigkeit

Die Klage des Bundes ist als Disziplinarklage zulässig.

- C. Begründetheit
- I. Rechtsgrundlage
- II. Vorliegen eines Dienstvergehens
- 1. Bestehen eines Beamtenverhältnisses
- 2. Dienstplichtverletzung (!)**
  - a) Dienstplicht**
  - b) Außer-/innerdienstliches Verhalten**
  - c) Zwischenergebnis**
- 3. Verschulden
- 4. Zwischenergebnis
- III. Rechtsfolge: Disziplinarmaßnahme
- 1. Ermessen bei Auswahl der Disziplinarmaßnahme
  - a) Zweck der Ermächtigung
  - b) Geeignetheit
  - c) Erforderlichkeit
  - d) Angemessenheit
  - e) Ergebnis der Ermessensprüfung
- 2. Ergebnis der Rechtsfolge
- IV. Ergebnis der Begründetheit
- D. Ergebnis

<sup>2</sup> Wittkowski in: Urban/Wittkowski, Bundesdisziplinargesetz Kommentar, 2. Auflage 2017, § 34 Rn. 1.

<sup>3</sup> BT-Drs. 14/4659, S. 48.

Die Disziplinarklage ist begründet, soweit B ein Dienstvergehen begangen hat und dieses Dienstvergehen mit einer Disziplinarmaßnahme nach § 5 BDG zu belegen ist.<sup>5</sup>

### I. Rechtsgrundlage §§ 13, 10 Abs. 1 S. 1 BDG, 77 Abs. 1 BBG

Geeignete Rechtsgrundlage für eine Entfernung aus dem Beamtenverhältnis sind §§ 13, 10 Abs. 1 S. 1 BDG, 77 Abs. 1 BBG.

### II. Vorliegen eines Dienstvergehens

Zunächst müsste ein Dienstvergehen i.S.d. § 77 Abs. 1 BBG vorliegen.

#### 1. Bestehen eines Beamtenverhältnisses

Für die Eröffnung des persönlichen Geltungsbereichs des § 77 Abs. 1 BBG müsste B Beamter sein. Laut Sachverhalt ist B Bundesbeamter auf Lebenszeit gem. § 6 Abs. 1 S. 1 BBG. Mithin besteht zwischen B und dem Bund ein Beamtenverhältnis, welches den persönlichen Geltungsbereich des § 77 Abs. 1 BBG eröffnet.

#### 2. Dienstplichtverletzung

B müsste eine Dienstplicht verletzt haben.

##### a) Dienstplicht

Als Dienstplicht in Betracht kommt hier die in Art. 33 Abs. 5 GG, § 60 Abs. 1 S. 3 BBG verankerte Verfassungstreuepflicht.<sup>6</sup> Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums gebieten es, dass hoheitliche Befugnisse von Personen ausgeübt werden, deren Rechtsstellung in besonderer Weise Verlässlichkeit und Rechtsstaatlichkeit garantiert.<sup>7</sup> Ein Beamter muss sich nicht mit der Regierungspolitik gemein machen, aber dazu bereit sein, sich mit der freiheitlich-demokratischen, sozial- und rechtsstaatlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland zu identifizieren und für sie einzutreten.<sup>8</sup> Im Gegenzug lässt diese Grundentscheidung der Ver-

fassung, welche eine wehrhafte Demokratie begründet, es nicht zu, dass Beamte im Staatsdienst tätig werden, die diese Staatsordnung ablehnen oder gar bekämpfen. Beamten, die diesen Anforderungen nicht entsprechen, fehlt die Eignung für öffentliche Ämter i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG.<sup>9</sup> Bei bereits verbeamteten Personen gilt, dass das Hegen einer Überzeugung nicht für eine Verletzung der Treuepflicht ausreicht; die oder der Beamte muss aus seinen politischen Überzeugungen auch Schlussfolgerungen für seine Haltung gegenüber der Ordnung des GG oder für die Art seiner Diensterfüllung ziehen.<sup>10</sup> Eine solche Schlussfolgerung könnte sich hier aus den Tätowierungen ergeben. Durch Tattoos wird der Körper als Medium zur Kundgabe eingesetzt, wodurch diese Aussage das *forum internum* verlässt. Eine Tätowierung ist dauerhaft und auffallend in die Haut eingestochen und stellt durch diese Verbindung mit dem Körper ein besonders intensives Bekenntnis zu einer Aussage oder Überzeugung dar.

Die erwähnten Runen sind als Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen bekannt. Die Sigrune war Symbol der SS, die Wolfsangel der 2. SS-Panzerdivision „Das Reich“ und die Odalrune wurde u.a. von der Hitlerjugend, dem Rasse- und Siedlungshauptamt sowie der verbotenen HJ-Nachfolgeorganisation Wiking-Jugend als Erkennungssymbol genutzt. Der Totenkopf war ebenfalls Symbol der SS. Jedoch sind z.B. Wolfsangel oder Odalrune in diversen Stadtwappen zu finden, die Odalrune findet zudem Verwendung bei den Dienstgradabzeichen von Hauptfeldwebeln und Oberfähnrichen der Bundeswehr. Das Eiserne Kreuz war nicht nur Hoheitszeichen der Wehrmacht, sondern ist nach wie vor das der Bundeswehr; der Totenkopf wurde als Symbol auch vom preußischen Leib-Husaren-Regimentern verwendet, sodass eine Mehrdeutigkeit zumindest dieser Tätowierungen anzunehmen ist. Der Aussagegehalt dieser Tätowierungen ist daher anhand einer Gesamtschau zu ermitteln. Nach dem Sachverhalt trägt B auch mehrere Tattoos mit Logos diverser neonazistischer Bands sowie ein eintätowiertes Notenband mit den ersten Takten des Horst-Wessel-Liedes, zudem fanden sich Fotos, auf

<sup>5</sup> Wittkowski in: Urban/Wittkowski (Fn. 2), § 34 Rn. 4.

<sup>6</sup> Battis in: Battis, Bundesbeamtengesetz Kommentar, 5. Auflage 2017, § 7 Rn. 10.

<sup>7</sup> BVerfGE 9, 268 (282).

<sup>8</sup> BVerfGE 39, 334 (347f.).

<sup>9</sup> BVerfGE 96, 171 (181).

<sup>10</sup> BVerfGE 39, 334 (350f.); BVerfGK 3, 531 (540).

denen B den Hitlergruß zeigt, mit der Hakenkreuzflagge posiert und mit freiem Oberkörper auf einem Konzert einer neonazistischen Band in Großbritannien zu sehen ist, wobei die Tätowierungen für die Anwesenden sichtbar waren. In diesem Kontext sind auch die potenziell doppeldeutigen Tätowierungen zu verstehen. Zwar mag der Auslandsbezug des öffentlichen Zeigens der Tätowierungen in Großbritannien die Strafverfolgung wegen des Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen hemmen, die Verfassungstreuepflicht jedoch endet nicht an der deutschen Staatsgrenze. B hat seine Tätowierungen u.a. auf einem Konzert anderen präsentiert, ebenso waren beim Zeigen des Hitlergrußes diverse Neonazis anwesend. Unter Berücksichtigung dieser Umstände hat B eine nationalsozialistisch geprägte Einstellung auch gegenüber einem größeren und nicht durch persönliche Beziehungen zusammenhängenden Personenkreis kundgetan. Zwar ließe sich einwenden, dass B seine Überzeugung nur Gleichgesinnten gezeigt hat und somit nicht für seine Ideologie neue Anhänger warb. Dies ändert jedoch an der anderen Personen gegenüber offengelegten Überzeugung nichts, sodass nicht erforderlich ist, dass B seine verfassungsfeindliche Betätigung einer unbeteiligten Öffentlichkeit offenbaren muss. B hat durch das Posieren mit der Hakenkreuzfahne, das Zeigen des Hitlergrußes und diverse Tätowierungen seine Identifikation mit dem Nationalsozialismus erkennen lassen. Der nationalsozialistische Unrechtsstaat steht im schärfsten Widerspruch zu dem Grundsatz, dass Beamte dem Staat und Volk als Ganzem verpflichtet sind.<sup>11</sup> Nach dieser Gesamtschau tut B mit seinen Tätowierungen seine nationalsozialistische Einstellung kund. Dies ist nicht vereinbar mit dem Grundsatz, dass Beamte sich zur Verfassungsordnung des GG bekennen müssen und dazu angehalten sind, der Wiederbelebung nationalsozialistischer Tendenzen entgegenzutreten.<sup>12</sup> B hat somit seine Verfassungstreuepflicht aus Art. 33 Abs. 5 GG, § 60 Abs. 1 S. 3 BBG verletzt. Eine Dienstpflichtverletzung liegt vor.

### b) Außer-/innerdienstliches Verhalten

Zu berücksichtigen ist weiterhin, ob sich die Dienstpflichtverletzung aus einem inner- oder außerdienstlichen Verhalten ergibt, § 77 Abs. 1 S. 2 BBG. Laut Sachverhalt waren die Tätowierungen seinen Kollegen und Vorgesetzten bekannt, allerdings durch seine Uniform bedeckt. B hat keine neonazistischen Äußerungen im Dienst getätigt, seinen Dienst erfüllte er pflichtgemäß. Die Verfassungstreuepflicht des Beamten betrifft jedoch als personenbezogenes Eignungsmerkmal das dienstliche als auch das außerdienstliche Verhalten des Beamten gleichermaßen.<sup>13</sup> Außerhalb des Dienstes hat B, wie dargelegt, seine neonazistische Haltung gegenüber Gleichgesinnten offenbart. Somit hat B seine politische Auffassung gelebt und eine aktive Identifikation hiermit vorgenommen. Darüber hinaus ist diese Dienstpflichtverletzung dem Ansehen des Berufsbeamtentums in hohem Maße abträglich. Unter Berücksichtigung dieser Umstände kommt es nicht darauf an, dass die Tätowierungen während des Dienstes nicht zu sehen waren.

### c) Zwischenergebnis

Somit liegt eine disziplinarrechtlich relevante Dienstpflichtverletzung des B vor.

### 3. Verschulden

Der Beamte muss die Pflichtverletzung schulhaft, also vorsätzlich oder fahrlässig, begangen haben. Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Pflichtverletzung.<sup>14</sup> Nach § 64 Abs. 1 BBG hat ein Bundesbeamter einen Diensteid auf das Grundgesetz abzulegen. B wusste mithin um seine Verpflichtung zur Verfassungstreue. Gleichwohl hat er wissentlich und willentlich verfassungswidrige Handlungen vorgenommen und sich verfassungsfeindliche Symbole tätowieren lassen, sodass hier der Vorsatz zu bejahen ist.

### 4. Zwischenergebnis

B hat als Beamter seine Dienstpflicht zur Verfassungstreue schulhaft verletzt und mithin ein Dienstvergehen i.S.d. § 77 Abs. 1 BBG begangen.

<sup>11</sup> BVerfGE 3, 58 (118); BVerwGE 83, 158 (161).

<sup>12</sup> BVerwG NVwZ 2001, 1410 (1412).

<sup>13</sup> Battis in: Battis (Fn. 6), § 7 Rn. 10.

<sup>14</sup> Reich in: Reich, Beamtenstatusgesetz, 3. Auflage 2018, § 47 Rn. 4.

### III. Rechtsfolge: Disziplinarmaßnahme

Die Begehung eines Dienstvergehens hat eine Verfolgung mit einer Disziplinarmaßnahme nach dem BDG zur Folge, § 77 Abs. 3 BBG.

#### 1. Ermessen bei der Auswahl der Disziplinarmaßnahme

Das Verwaltungsgericht muss bei der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis nach § 10 Abs. 1 BDG das ihm in § 13 Abs. 1 S. 1 BDG eingeräumte Ermessen pflichtgemäß ausüben.

**Anmerkung:** Die Ermessensprüfung weicht in Fällen von Disziplinarklagen von der üblichen Prüfung ab. Da das Gericht hier keine Entscheidung einer Verwaltungsbehörde auf Rechtmäßigkeit überprüft, sondern selbst über die Disziplinarmaßnahme entscheidet, beschränkt sich die Prüfung des Ermessens nicht auf Ermessensfehler. Stattdessen muss eine eigenständige Abwägung erfolgen.

##### a) Zweck der Ermächtigung

Der Zweck des § 13 Abs. 1 S. 1 BDG ist bei der Auswahl der Disziplinarmaßnahme zu beachten. Zielsetzung des Disziplinarrechts ist nicht die Bestrafung, sondern die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes und die Integrität des Berufsbeamtentums zu gewährleisten.<sup>15</sup> Das Gericht muss sich bei der Auswahl der Disziplinarmaßnahme hiervon leiten lassen, denn das Disziplinarrecht hat nicht den Zweck der Bestrafung.<sup>16</sup>

##### b) Geeignetheit

Die Disziplinarmaßnahme müsste geeignet sein, das angestrebte Ziel der Sicherung der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes und die Integrität des Berufsbeamtentums zu gewährleisten. Geeignet ist ein Mittel, wenn es den bezweckten Erfolg zumindest fördert.<sup>17</sup> B hat durch seine Tätowierungen sowie sein weiteres Verhalten zu erkennen gegeben, dass er der Ideologie des Nationalsozialismus huldigt. Dies steht im Widerspruch

zur Verfassungstreuepflicht des Berufsbeamtentums. Durch die Entfernung des B aus dem Beamtenverhältnis wird die Integrität des Berufsbeamtentums gesichert und die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes wiederhergestellt. Damit wird der Zweck der Ermächtigung des § 13 Abs. 1 S. 1 BDG gefördert. Die Entfernung des B aus dem Beamtenverhältnis ist mithin geeignet.

##### c) Erforderlichkeit

Die Disziplinarmaßnahme der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis müsste weiterhin erforderlich sein. Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn kein mildereres Mittel ersichtlich ist, das den verfolgten Zweck ebenso erfüllt.<sup>18</sup> In Betracht käme hier zunächst eine weniger einschneidende Disziplinarmaßnahme aus § 5 Abs. 1 BDG, etwa eine Zurückstufung oder eine Kürzung der Dienstbezüge. Diese Mittel wären deutlich milder. Fraglich ist jedoch, ob sie auch gleich geeignet sind. Eine Zurückstufung oder Kürzung der Dienstbezüge hätte den Verbleib einer Person in einem öffentlichen Amt zur Folge, die diesen Staat und seine freiheitlich-demokratische Grundordnung offen ablehnt, gar feindlich gegenübersteht und diese Ablehnung auch nach außen trägt. Eine mildere Disziplinarmaßnahme wäre somit nicht gleich geeignet, sodass die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis erforderlich ist.

##### d) Angemessenheit

Zuletzt müsste die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis auch angemessen sein, also dürfte die Schwere der Disziplinarmaßnahme nicht außer Verhältnis zu dem Nutzen stehen, der mit ihr verfolgt wird.<sup>19</sup> Hierbei sind die Schwere des Dienstvergehens, das Persönlichkeitsbild des Beamten und die Beeinträchtigung des Vertrauens des Dienstherrn oder der Allgemeinheit zu berücksichtigen.<sup>20</sup> Vorliegend ist festzustellen, dass das Vertrauen des Volkes in die Integrität des Berufsbeamtentums erheblich beeinträchtigt würde, wenn Personen, die nationalsozialistisches Gedankengut gut-

<sup>15</sup> BVerwG NVwZ-RR 2013, 693 (696); NVwZ 2011, 299 (301); OVG Münster BeckRS 2018, 23896; OVG Koblenz BeckRS 2016, 43671.

<sup>16</sup> BVerfG NJW 1967, 1651 (1652).

<sup>17</sup> BVerfGE 19, 330 (337); 25, 1 (17f.).

<sup>18</sup> Ebenda.

<sup>19</sup> BVerwG NVwZ 2005, 334 (335).

<sup>20</sup> BVerwG NVwZ-RR 2013, 693 (696); NVwZ 2011, 299 (301); OVG Münster BeckRS 2018, 23896.

heissen und sich gar mit ihm identifizieren, im öffentlichen Dienst verbleiben dürften. Das Vertrauen in den öffentlichen Dienst kann nur dann vollständig wiederhergestellt werden, wenn sichergestellt ist, dass verfassungsfeindlich gesinnte Personen kein öffentliches Amt ausüben dürfen. Das Dienstvergehen wiegt somit sehr schwer, zudem ist das Vertrauen des Dienstherrn wie auch der Allgemeinheit erheblich beeinträchtigt. Das Persönlichkeitsbild des B lässt auch keinen anderen Eindruck zu. Seine Identifikation mit der nationalsozialistischen Ideologie ist von einer tiefgehenden Überzeugung gezeichnet, die sich insbesondere in den Tätowierungen, aber auch dem Posieren mit der Hakenkreuzflagge sowie dem Zeigen des Hitlergrußes niederschlägt. Zwar ist B keine Schlechteistung zur Last zu legen, die Tätowierungen trägt er nicht offen, zudem hat er sich im Dienst nicht neonazistisch geäußert. Jedoch ist die Pflicht zur Verfassungstreue eine Eignungsanforderung i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG für die Ausübung eines öffentlichen Amtes,<sup>21</sup> über deren Nichtvorliegen auch eine tadellose Dienstausübung nicht hinweghelfen kann. Hinter der Erfordernis der Verfassungstreue des Beamten müssen somit auch das Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und das allgemeine Persönlichkeitsschutz des B aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zurücktreten, um die Integrität des Berufsbeamtenstums zu gewährleisten. Mildernde Umstände, die für B sprächen, sind nicht ersichtlich. Somit ist die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis auch angemessen.

#### e) Ergebnis der Ermessensprüfung

Die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis ist ermessensfehlerfrei i.S.d. § 13 Abs. 1 S. 1 BDG.

#### 2. Ergebnis der Rechtsfolge

Die Disziplinarmaßnahme des § 10 Abs. 1 BDG hat zur Folge, dass das Dienstverhältnis des B mit dem Bund endet. B verliert seinen Anspruch auf Dienstbezüge und Versorgung sowie die Befugnis, die Amtsbezeichnung „Polizeikommissar“ zu führen und die Polizeiuniform zu tragen.

#### IV. Ergebnis der Begründetheit

B hat mit dem Tragen der Tätowierungen, dem Posieren mit der Hakenkreuzfahne sowie dem Zeigen des Hitlergrußes ein Dienstvergehen begangen, welches mit der Disziplinarmaßnahme der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis nach § 10 Abs. 1 BDG zu belegen ist. Die Disziplinarklage ist folglich begründet.

#### D. Ergebnis

Die Disziplinarklage der Bundesrepublik Deutschland ist zulässig und begründet und hat somit Aussicht auf Erfolg.

### Fazit

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts bietet einen anschaulichen Einblick in das Disziplinarrecht der Beamten, welches insbesondere in seiner landesrechtlichen Ausprägung im Studium ein gewisses Schattendasein fristet, allerdings in seinen Grundzügen den Studierenden schon aus bloßem Eigeninteresse bekannt sein sollte: Denn nach § 5 Abs. 2 S. 1 NJAG finden die für Beamte auf Widerruf geltenden Vorschriften, einschließlich des Disziplinarrechts, für Referendarinnen und Referendare in Niedersachsen entsprechende Anwendung, sodass auch jede angehende Rechtsanwältin und jeder angehende Rechtsanwalt einmal Teilen des Beamtenrechts unterworfen ist.

Besondere Bedeutung kommt der Entscheidung darüber hinaus zu, weil der Verfahrensgang bemerkenswert ist: Während die Vorinstanz<sup>22</sup> keine Disziplinarmaßnahme gegen den Beamten verhängte, entschied das Bundesverwaltungsgericht auf die schärfste denkbare Rechtsfolge, die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis. Das Gericht steckt außerdem den Rahmen für die Beurteilung verfassungsfeindlicher Überzeugungen neu ab und bezieht Fälle ein, in denen der Beamte seine Gesinnung nicht der gesamten Öffentlichkeit preisgibt, wohl aber gleichgesinnten Personen. Weiterhin wird klargestellt, dass ein planmäßig werbendes Agieren im Sinne einer Teilnahme am politischen Meinungskampf, wie noch in

<sup>21</sup> Battis in: Battis (Fn. 6), § 7 Rn. 10.

<sup>22</sup> OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2017, 142186.

vorherigen Entscheidungen erwähnt, nicht erforderlich ist.<sup>23</sup> Gleichzeitig ist diese Verschärfung jedoch keine Disziplinierung einer Gesinnung und dürfte somit auch konform mit der Rechtsprechung des EGMR sein.<sup>24</sup>

An die Grundrechte knüpft die Klausurrelevanz des Falls an, denn vorliegend sind die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG betroffen und damit auch die Frage, wie diese Grundrechte durch das Beamtenrecht eingeschränkt werden können. Es empfiehlt sich daher, dem Charakter des Beamtenstatus als öffentlich-rechtlich ausgestaltetem Dienst- und Treueverhältnis sowie dem auf den ersten Blick schwammig erscheinenden Begriff der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums Aufmerksamkeit zu schenken.

Zudem weist das Gericht in einem *obiter dictum* darauf hin, dass die Regelung zulässiger Tätowierungen einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Regelung bedarf, weil bei einer ggf. erforderlichen Entfernung von Tätowierungen das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG betroffen ist. Auch wenn das Gericht im vorliegenden Fall auf den Verstoß gegen beamtenrechtliche Pflichten abstelle, dürfte die Bejahung der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung der Frage, inwieweit Tätowierungen bei Beamten zulässig sind, ebenfalls tauglichen Stoff für Klausuren bieten.

---

<sup>23</sup> BVerwGE 114, 37.

<sup>24</sup> Urban, Anmerkungen zu BVerwG, Urteil vom 17.11.2017 – 2 C 25.17, NJW 2018, 1185 (1193).

## 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 ist immer nur ein - vom Autor festgelegter - Ausschnitt.

### **BGH, Urteil vom 22.08.2018 - VIII ZR 277/16**

Im Falle einer dem Mieter unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassenen Wohnung hält die formularvertragliche Überwälzung der nach der gesetzlichen Regelung (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB) den Vermieter treffenden Verpflichtung zur Vornahme laufender Schönheitsreparaturen der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand, sofern der Vermieter dem Mieter keinen angemessenen Ausgleich gewährt, der ihn so stellt, als habe der Vermieter ihm eine renovierte Wohnung überlassen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 18. März 2015 - VIII ZR 185/14, BGHZ 204, 302 Rn. 15, 35). Eine allein zwischen dem bisherigen und dem neuen Mieter getroffene Renovierungsvereinbarung vermag - mit Rücksicht darauf, dass die Wirkungen eines Schuldverhältnisses grundsätzlich auf die daran beteiligten Parteien beschränkt sind - daran nichts zu ändern.

### **BGH, Urteil vom 23.08.2018 - III ZR 192/17**

Zur Inhaltskontrolle von Entgeltklauseln für den postalischen Versand und die Bereitstellung der Möglichkeit des Selbstausdrucks von Eintrittskarten (sog. „print@home-Option“) in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Betreiberin eines Internetportals, über das Tickets für Veranstaltungen erworben werden können.

### **BGH, Urteil vom 28.08.2018 - Az. VI ZR 509/17**

Wenn sich eine Gefahr abzeichnet, muss die Einwilligung für eine Notmaßnahme zu einem Zeitpunkt eingeholt werden, in welchem sich ein Patient noch in einem Zustand befindet, in dem diese Problematik besprochen werden kann. Dadurch, dass eine sinnvolle Besprechung ab dem Moment, wenn bereits akute Gefahr besteht, nicht mehr ohne weiteres möglich sein kann, ist Antizipation geboten.

**BGH, Urteil vom 30.08.2018 - VII ZR 243/17**

Ausschluss des Widerrufsrechts für individuell hergestellte Waren nach § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB gilt regelmäßig nicht für Werkverträge nach § 631 BGB, sondern nur für Kaufverträge und Werklieferungsverträge.

**BGH, Urteil vom 13.09.2018 - III ZR 294/16**

Bei einer schuldhaften Fehlleistung des Arztes hat der Patient einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB. Ist die fehlerhafte Leistung des Arztes für den Patienten ohne Interesse und völlig unbrauchbar, besteht der (Mindest-) Schaden des Patienten darin, dass er für eine im Ergebnis unbrauchbare ärztliche Behandlung eine Vergütung zahlen soll. In diesem Fall ist der Schadensersatzanspruch unmittelbar auf Befreiung von der Vergütungspflicht gerichtet ist, wenn weder der Patient noch seine Versicherung bereits bezahlt haben.

**BGH, Urteil vom 14.09.2018 - V ZR 213/17**

Änderungen eines Grundstückskaufvertrags nach der Auflassung sind formlos möglich, wenn die Auflassung bindend geworden ist.

**BGH, Urteil vom 17.10.2018 - VIII ZR 94/17**

Einem Mieter steht kein Widerrufsrecht für eine erklärte Zustimmung zu einem Mieterhöhungsverlangen des Vermieters zu (Urt. v. 17.10.2018, Az. VIII ZR 94/17). Die Situation ist nicht vom Anwendungsbereich des Verbraucherwiderrufs bei Fernabsatzverträgen erfasst.

**BGH, Urteil vom 24.10.2018 - VIII ZR 66/17**

Voraussetzung für den Anspruch auf Austausch eines Fahrzeugs ist, dass ein erheblicher Mangel vorliegt und das Problem in der Werkstatt nicht vollständig und sachgerecht beseitigt werden konnte. Das Wahlrecht des Käufers auf Nachbesserung oder Ersatz kann auch nicht unterlaufen werden, indem der Händler einen Mangel ohne Einverständnis des Käufers mit der Zeit aus der Welt schafft.

**BGH, Urteil vom 26.10.2018 - V ZR 143/17**

Berufsmusiker dürfen auch mehrere Stunden pro Tag musizieren, sofern im Einzelfall gewährleistet ist, dass der Nachbar durch die Geräuschkulisse nicht unverhältnismäßig stark beeinträchtigt wird.

**BGH, Urteil vom 14.11.2018 - VIII ZR 109/18**

Bei in einem Kaufvertrag enthaltenen Bestimmungen eines kommunalen Wohnungsträgers zum lebenslangen Wohnrecht von Mietern handelt es sich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter, welcher dem Mieter der betreffenden Wohnung eigene Rechte gegenüber dem Käufer als neuem Vermieter einräumt.

## Rechtsprechung: Öffentliches Recht

### BVerwG, Urteil vom 19.04.2018 – 2 C 40.17

Regelmäßige Arbeitszeit kann nicht zugleich Mehrarbeit sein; das gilt auch dann, wenn die regelmäßige Arbeitszeit rechtswidrig zu hoch festgesetzt sein sollte. Ein Nachteil i.S.d. Art. 22 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie (RL 2003/88/EG) liegt vor, wenn der Dienstherr auf die Weigerung des Beschäftigten, länger als 48 Stunden wöchentlich zu arbeiten, mit einer Retorsionsmaßnahme reagiert oder wenn die tatsächlichen und rechtlichen Folgen dieser Verweigerung sich im Rahmen einer Gesamtschau bei objektiver Betrachtung als negativ darstellen. Ungünstige Umstände, die der Dienstherr anderweitig - etwa durch Geld- oder Zeitausgleich - kompensiert, haben hierbei unberücksichtigt zu bleiben. Der Obliegenheit, Ansprüche gegen den Dienstherrn, die sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, diesem gegenüber schriftlich geltend zu machen (Grundsatz der zeitnahen Geltendmachung), wird der Beamte in jeglicher textlichen Form, also auch etwa per E-Mail, gerecht. Die Formvorschrift des § 126 Abs. 1 BGB findet keine Anwendung.

### BVerwG, Urteil vom 24.05.2018 – 3 C 25.16

Ist ein ursprünglich erlaubt geparktes Fahrzeug aus einer nachträglich eingerichteten Halteverbotszone abgeschleppt worden, muss der Verantwortliche die Kosten nur tragen, wenn das Verkehrszeichen mit einer Vorlaufzeit von mindestens drei vollen Tagen aufgestellt wurde. Eine stundenscharfe Berechnung des Vorlaufs findet nicht statt.

### BVerwG, Urteil vom 13.06.2018 – 10 C 8.17

Die Festlegung des Mindestalters für das aktive Wahlrecht auf 16 Jahre bei Kommunalwahlen steht mit dem Grundgesetz im Einklang. Der Gesetzgeber bestimmt den Umfang und die Tiefe seiner Sachaufklärung im Gesetzgebungsverfahren grundsätzlich selbst.

### BVerwG, Urteil vom 21.06.2018 – 9 C 2.17

Für den Um- und Ausbau öffentlicher Straßen dürfen Beiträge von den Grundstückseigentümern erhoben werden, denen die Inanspruchnahme der Straße Vorteile bietet. Unter Berücksichtigung möglicher Billigkeitsmaßnahmen im Einzelfall hängt die Verfassungsmäßigkeit solcher Beiträge nicht davon ab, dass der Gesetzgeber eine generelle Obergrenze der Beitragshöhe festgelegt hat.

**BVerfG, Urteil vom 24.06.2018 – 2 BvR 309/15**

Die Fixierung eines Patienten stellt einen Eingriff in dessen Grundrecht auf Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 104 GG) dar. Sowohl bei einer 5-Punkt- als auch bei einer 7-Punkt-Fixierung von nicht nur kurzfristiger Dauer handelt es sich um eine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 Abs. 2 GG, die von einer richterlichen Unterbringungsanordnung nicht gedeckt ist. Von einer kurzfristigen Maßnahme ist in der Regel auszugehen, wenn sie absehbar die Dauer von ungefähr einer halben Stunde unterschreitet. Aus Art. 104 Abs. 2 Satz 4 GG folgt ein Regelungsauftrag, der den Gesetzgeber verpflichtet, den Richtervorbehalt verfahrensrechtlich auszugestalten, um den Besonderheiten der unterschiedlichen Anwendungszusammenhänge gerecht zu werden. Um den Schutz des von einer freiheitsentziehenden Fixierung Betroffenen sicherzustellen, bedarf es eines täglichen richterlichen Bereitschaftsdienstes, der den Zeitraum von 6:00 Uhr bis 21:00 Uhr abdeckt.

**BVerwG, Urteil vom 09.08.2018 – 4 C 7.17**

Ob Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung auch darauf gerichtet sind, dem Schutz des Nachbarn zu dienen, hängt vom Willen der Gemeinde als Plangeber ab. Wollte der Plangeber die Planbetroffenen mit den Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung in ein wechselseitiges nachbarliches Austauschverhältnis einbinden, sind diese Festsetzungen nachbarschützend. Dies gilt auch, wenn der Plangeber die nachbarschützende Wirkung im Zeitpunkt der Planaufstellung nicht in seinen Willen aufgenommen hatte.

**BVerwG, Urteil vom 28.06.2018 – 2 C 14.17**

Die Entlassung eines Beamten auf Zeit bedarf – soweit sie nach Art. 33 Abs. 5 GG zulässig ist – einer gesetzlichen Grundlage, welche die Voraussetzungen der Entlassung regelt. Eine gesetzlich geregelte Voraussetzung für die Entlassung eines Beamten auf Zeit kann nicht im Wege verfassungskonformer Auslegung entfallen. Nimmt ein nicht zur Mitwirkung Berechtigter an einer (Ab-)Wahlentscheidung teil, kann § 46 VwVfG auf diesen Verfahrensfehler nicht angewendet werden.

**VG Göttingen, Beschluss vom 29.08.2018 – 1 B 462/18**

Allein das Kriterium der räumlichen Nähe ist – selbst wenn damit die unmittelbare Nachbarschaft gemeint ist – ungeeignet zur Begründung eines spezifischen örtlichen Bezugs, soweit damit Sachverhalte erfasst werden sollen, die außerhalb des Hoheitsgebiets einer Gebietskörperschaft liegen. Das Neutralitätsgebot ist verletzt, wenn kommunale Organe aktiv zur Unterstützung von Gegenveranstaltungen oder Protestaktionen gegen nicht verbotene Versammlungen politischer Parteien aufrufen.

**VG Hannover, Urteil vom 21.09.2018 – 1 A 12180/17**

Ein Friedhof ist keine Kunstausstellungsfläche. Ihm kommt nicht die Aufgabe zu, den Besuchern eine Auseinandersetzung mit den möglichen Bedeutungsgehalten eines i. S. d. offenen Kunstbegriffs interpretationsfähigen und -bedürftigen Werkes aufzudrängen bzw. sie zur geistig-intellektuellen Befassung mit der Wirkung verschiedener Kunstwerke gleichsam zu nötigen.

**OVG Lüneburg, Beschluss vom 05.10.2018 – 7 ME 75/18**

Die Ermächtigungsgrundlage für die Freigabe von bis zu vier verkaufsoffenen Sonntagen pro Jahr in § 5 Abs. 1 Satz 1 NLöffVZG kann im Hinblick auf die Vorgaben zum Sonn- und Feiertagsschutz aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV verfassungskonform ausgelegt werden (ständige Rechtsprechung des Senats); aus dem von der Landesregierung in der 17. Wahlperiode in den Landtag eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des NLöffVZG ergibt sich nichts anderes. Voraussetzung für die Öffnung von Verkaufsstellen an Sonn- und Feiertagen ist, dass die Ladenöffnung nicht im Vordergrund steht, sondern lediglich als Annex zu einer anlassgebenden Veranstaltung erfolgt.

## Rechtsprechung: Strafrecht

### BGH, Beschluss vom 24.10.2017 - 1 StR 393/17

Die Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch bestimmt sich nach dem Vorstellungsbild des Täters nach dem Abschluss der letzten von ihm vorgenommenen Ausführungshandlung, dem sogenannten Rücktrittshorizont. Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann. Der Annahme von Freiwilligkeit steht es dabei nicht von vornherein entgegen, dass der Anstoß zum Umdenken von außen kommt oder das Abstandnehmen von der Tat erst nach dem Einwirken eines Dritten erfolgt. Entscheidend für die Annahme von Freiwilligkeit ist, dass der Täter die Tatvollendung aus selbstgesetzten Motiven nicht mehr erreichen will.

### BGH, Beschluss vom 11.04.2018 - 4 StR 583/17

Der Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist auch dann erfüllt, wenn der Täter den Unfallort erst nach der letzten feststellungsberechtigten Person verlässt, sofern er zuvor seine Vorstellungspflicht verletzt hat.

### BGH, Beschluss vom 12.06.2018 - 3 StR 171/17

Bei der Bestimmung des Vermögensschadens anzuwendenden Gesamtsaldierung ist auch der subjektive Wert des Gegenstandes zu berücksichtigen. Ist nach einem objektiven Dritten eine objektiv werthaltige Gegenleistung des Täuschenden bei Betrachtung der individuellen und wirtschaftlichen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos, begründet dies einen Vermögensschaden.

### BGH, Urteil vom 26.06.2018 - 1 StR 79/18

Schutzvorrichtungen i.S.d. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB sind solche, die nach ihrer Beschaffenheit dazu geeignet und bestimmt sind, die Wegnahme einer Sache erheblich zu erschweren. Nicht ausreichend ist es, wenn die Schutzvorrichtung erst wirksam wird, wenn der Gewahrsam bereits gebrochen ist. Deshalb sind Sicherheitsetiketten an Waren in Kaufhäusern, die akustischen oder optischen Alarm erst auslösen, wenn der Täter das Kaufhaus verlässt, keine Schutzvorrichtungen. Sie sind nicht dazu geeignet und bestimmt, den Gewahrsamsbruch bei handlichen und leicht beweglichen Sachen zu verhindern, sondern sie dienen der Wiederbeschaffung des bereits an den Täter verlorenen Gewahrsams.

**BGH, Beschluss vom 26.06.2018 – 1 StR 208/18**

Derjenige kann sich nicht auf ein Notwehrrecht berufen, der zuvor einen anderen rechtswidrig angegriffen hat, so dass dieser seinerseits aus Notwehr handelt.

**BGH, Beschluss vom 05.07.2018 – 1 StR 201/18**

Die Straflosigkeit wegen Rücktritts vom Versuch nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB setzt nicht voraus, dass der Täter zur erfolgreichen Erfolgsabwendung die optimale Möglichkeit zur Erfolgsverhinderung gewählt hat. Erforderlich ist aber stets, dass der Täter eine neue, für die Nichtvollendung der Tat wenigstens mitursächliche Kausalkette in Gang setzt.

**BGH, Urteil vom 19.07.2018 – 4 StR 121/18**

Eine Verdeckungsabsicht bei einem qualifizierten gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr gem. §§ 315b 315 Abs. 3 Nr. 1b StGB – ebenso wie die Verdeckungsabsicht beim § 211 StGB – setzt nicht voraus, dass der Täter verdecken will, dass überhaupt eine Straftat begangen worden ist. Eine Verdeckungsabsicht ist auch gegeben, wenn der Täter seine Identifizierung verhindern will um die Strafverfolgung zumindest zu erschweren.

**BGH, Beschluss vom 07.08.2018 – 3 StR 47/18**

Ein besonders schwerer Fall des Totschlags setzt voraus, dass das in der Tat zum Ausdruck kommende Verschulden des Täters außergewöhnlich groß ist. Es muss ebenso schwer wiegen wie das eines Mörders. Dafür genügt nicht schon die bloße Nähe der die Tat oder den Täter kennzeichnenden Umstände zu gesetzlichen Mordmerkmalen. Es müssen vielmehr schulderhöhende Gesichtspunkte hinzukommen, die besonders wichtig sind.

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

Wer bei bekanntermaßen unberechtigten Rechnungen von einer Sexhotline zahlt, weil die Forderung so niedrig ist, dass der Aufwand gescheut wird, die falsche Forderung zu widerlegen, kann Betrugsober sein. Der Irrtum liegt täuschungsbedingt darüber vor, dass die Rechnungssteller über die Möglichkeit verfügten, ihre Forderungen durchzusetzen bzw. zumindest Schwierigkeiten zu machen.

**Kammergericht Berlin, Beschluss vom 07.06.2017, 3 Ws (B) 117/17, 118/17**

Ein verbotenes „Rennen mit Kraftfahrzeugen“ setzt nicht voraus, dass absolute Höchstgeschwindigkeiten erzielt werden. Vielmehr reicht es aus, dass das Beschleunigungspotential der Fahrzeuge verglichen wird.

Der „neue“ § 315d StGB macht diese Entscheidung relevant.

## 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 Punkten hätte ich selbst weniger geschickt geprüft und formuliert?

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

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

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

trägt nicht, sie ist Ausdruck der Suche einer einfachen Antwort auf eine komplizierte (Benotungs-)Frage.

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

Die Bewertung einer Begutachtung ist nicht prognosefähig, eine stoische (aber transparente) Unterscheidung in 'falsch' und 'richtig', 'vertretbar' oder 'unvertretbar' gibt es nicht, von einigen Extrempfällen 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, Literaturreinungen 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](mailto:redaktion@hanoverlawreview.de)

an.

- Die Redaktion

## Geschwisterinzest

Bei der vorliegenden Leistung handelt es sich um eine Proseminararbeit, die im WS 2017/2018 im Rahmen der Lehrveranstaltung zur Vorbereitung auf die Schwerpunktbereichsprüfung mit dem Titel „Gerechtigkeit, Wahrheit, Sicherheit: Überfordert die Gesellschaft das Strafrecht?“ bei Professor Dr. Christian Becker geschrieben worden ist. Bearbeiter der Proseminararbeit sind stud. iur. Alina Amin und stud. iur. Adam Hetka, die schriftliche Ausarbeitung ist insgesamt mit 15 Punkten bewertet worden.

### A. Einleitung

Spätestens seit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 16.04.2012, mit welcher die Beschwerde gegen ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 26.02.2008 zurückgewiesen wurde, steht die Thematik um das „Inzestverbot“ im Vordergrund zahlreicher Diskussionen und wirft rechtliche, ethische sowie soziale Fragen im Hinblick auf den Straftatbestand des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB auf, welcher den Geschwisterinzest unter Strafe stellt. Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lag ein Fall zugrunde, in welchem ein Mann mit seiner Schwester zusammen vier Kinder zeugte.<sup>1</sup> Dieser wurde wegen Beischlafs zwischen Verwandten verurteilt und verbüßte eine langjährige Haftstrafe. Im Jahr 2014 nahm dazu der Deutsche Ethikrat Stellung und sprach mehrheitlich die Empfehlung an die Bundesregierung aus, die Strafnorm zu überarbeiten. Obwohl eine Verurteilung wegen Beischlafs zwischen Verwandten jährlich im Durchschnitt nur etwa 10 Personen betrifft,<sup>2</sup> berichten die wenigen Betroffenen von einer sozialen Not und einer tiefgreifenden persönlichen Beeinträchtigung. Insbesondere ergibt sich für diese Personengruppe aufgrund der Strafbarkeit der inzestuösen Beziehung nicht die Möglichkeit, sich selbst für eine Aufhebung oder Änderung der Strafnorm einzusetzen. Nicht selten käme es vor, dass solche Beziehungen aufgrund des enormen Drucks letztendlich scheitern.<sup>3</sup> Dies gibt Anlass, den Tatbestand des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB in

rechtlicher Hinsicht historisch-kritisch zu untersuchen und im Rahmen der aktuellen Rechtsprechung zu beleuchten. Sodann ist der Schutzzweck des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB zu erörtern, wobei insbesondere auf das Urteil des BVerfG abgestellt werden muss. Im Anschluss ist herauszuarbeiten, auf welche ethischen Gründe das Verbot des Geschwisterinzests gestützt wird und inwiefern sich die allgemeine moralische Einstellung der Gesellschaft in dem Urteil widerspiegelt.

Ziel dieser Seminararbeit soll zusammenfassend die Beantwortung der Frage sein, ob das Strafrecht das geeignete Mittel für den Umgang mit der Inzestproblematik ist. Am Beispiel der Strafbarkeit des einvernehmlichen Geschwisterinzests soll daher im Folgenden herausgearbeitet werden, ob es einer grundsätzlichen Aufrechterhaltung von Tabus durch das Strafrecht bedarf.

### B. Tatbestand

Ohne eine fundierte Auseinandersetzung des in § 173 II 2 StGB normierten Verbots des Geschwisterinzests lässt sich im Folgenden weder ein rechtshistorischer Überblick einleiten, noch können die Strafgründe in ihren unterschiedlichen Facetten diskutiert werden. Ein genauer Blick auf den Tatbestand des § 173 II 2 StGB ist daher geboten. § 173 StGB befindet sich im zwölften Abschnitt des Strafgesetzbuchs, welcher die Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie beinhaltet. Nach § 173 II 2 StGB werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen. Es gilt daher zu untersuchen, welche Personen zum Täterkreis gehören und was unter Beischlaf zu verstehen ist. Der Täterkreis umfasst ausdrücklich leibliche Geschwister. Dies sind alle Personen, die mindestens einen gleichen Elternteil

<sup>1</sup> BVerfG NJW 2008, 1137 (1137).

<sup>2</sup> NK/Frommel, § 173 Rn. 10.

<sup>3</sup> Vgl. Stellungnahme des Ethikrats zum Inzestverbot (2014), S. 10 - 13.

haben. Strafbar machen können sich somit vollbürtige, als auch halbbürtige Geschwister.<sup>4</sup> Nicht als Geschwister i.S.d. § 173 II 2 StGB gelten hingegen Kinder, die von je einem Elternteil in die Ehe eingebracht werden.<sup>5</sup> Auch werden Adoptivgeschwister nicht vom Tatbestand erfasst.<sup>6</sup> Hinsichtlich der Tathandlung wird die Ausübung des Beischlafs erfasst. Unter Beischlaf ist die Vereinigung der Geschlechtsteile von Mann und Frau zu verstehen.<sup>7</sup> Der Beischlaf ist vollzogen, wenn das männliche Glied zumindest teilweise in die Scheide eingedrungen ist.<sup>8</sup> Überwiegend wird hierbei das Eindringen des männlichen Glieds in den Scheidenvorhof für ausreichend gehalten.<sup>9</sup> Deutlich wird, dass der Beischlaf zwei Personen verschiedenen Geschlechts voraussetzt, wodurch bei Personen gleichen Geschlechts kein Beischlaf möglich ist.<sup>10</sup> Sonstige sexuelle Handlungen, auch wenn sie beischlafähnlich sind, beispielsweise Analverkehr, werden von § 173 StGB nicht umfasst.<sup>11</sup> Ferner muss die Gefahr einer Empfängnis nicht bestehen<sup>12</sup>, so wie auch die weibliche Person des Beischlafs nicht geschlechtsreif sein muss<sup>13</sup>.

## C. Historischer Überblick

Woher kommt die Norm und wieso hat sie der Gesetzgeber heute so formuliert, wie wir sie vorfinden? § 173 StGB reagiert zweifellos nicht auf ein Phänomen der modernen Gesellschaft, sondern hat seine Wurzeln schon in den Anfängen der Menschheitsgeschichte. So erweise sich die Nichttolerierung des Inzests nicht etwa als Produkt neuzeitlicher Gesetzgebung, sondern stellt vielmehr eine Folge eines historisch gewachsenen Moralempfindens dar. Da sich die konkreten Ausprägungen

der Nichttolerierung voneinander unterscheiden, finden sich dafür jeweils auch unterschiedliche Begründungen.<sup>14</sup> Während bei Ägyptern und Persern eine Geschwisterehe als eine weit verbreitete Praxis galt und teilweise sogar erwünscht gewesen ist<sup>15</sup>, wurde bereits in biblischen Rechtstexten (vgl. Levitikus 18) zwischen Blutsverwandten die Ehe und der außereheliche Geschlechtsverkehr unter Strafe gestellt.<sup>16</sup>

Der Islam übernahm weitestgehend die biblischen Verbote und erweiterte diese auch auf die von der gleichen Amme genährten Milchgeschwister.<sup>17</sup> Eine Sanktionierung des Inzests ist in deutschen Gebieten ab dem 16. Jahrhundert nachweisbar (§ 117 der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V. „Carolina“ von 1512).<sup>18</sup> In der Folgezeit fand sich das Inzestverbot in zahlreichen Kodifikationen wieder: Eine vergleichbare Regelung existierte weiter durch den § 141 des Preußischen Strafgesetzbuchs von 1851, welcher die „Unzucht“ zwischen leiblichen Eltern und Kindern, Stiefeltern und Stieffkindern sowie Voll- und Halbgeschwistern unter Strafe stellte<sup>19</sup> und die Grundlage für die heutige Regelung darstellt.<sup>20</sup> Im Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund von 1870 wurde später auf den unpräzisen Begriff der „Unzucht“ verzichtet und dieser durch den des „Beischlafs“ ersetzt.<sup>21</sup> § 173 des RStGB von 1871 ordnete den Straftatbestand des § 173 sodann als „Blutschande“ dem 13. Abschnitt („Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“) zu und stufte es als Verbrechen ein.<sup>22</sup> Entgegen zahlreicher Reformbemühungen der Rechtswissenschaft zu dieser Zeit, das Inzestverbot aufzuheben, wurde § 173 RStGB vollständig übernommen. Als Motive galten der „schwerste Angriff auf das sittliche Wesen der Familie“ sowie die „Gefahren für die Nachkommenschaft“.<sup>23</sup> Durch das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts von 1973 erfolgte eine Neufassung der Vorschrift. Neben der

<sup>4</sup> Karst, Die Entkriminalisierung des § 173 StGB (2009), S. 76; Ritscher in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 253 Rn. 13, § 173 Rn. 20.

<sup>5</sup> Karst, (Fn. 4), S. 76; Sch/Sch/Schröder/Eser, § 11 Rn. 7.

<sup>6</sup> LK/Dippel, § 173 Rn. 19; Fischer, § 173 Rn. 8; Ritscher in: MüKoStGB (Fn. 4), § 173 Rn. 20.

<sup>7</sup> Ritscher in: MüKoStGB (Fn. 4), § 173 Rn. 9.

<sup>8</sup> Lackner/Kühl, § 173 Rn. 3.

<sup>9</sup> BGH 16, 175, 37, 154; Ritscher in: MüKoStGB (Fn. 4), § 173 Rn. 9.

<sup>10</sup> LK/Dippel, § 173 Rn. 22.

<sup>11</sup> LK/Dippel, § 173 Rn. 26; Sch/Sch/Lenckner/Bosch, § 173 Rn. 3.

<sup>12</sup> Sch/Sch/Lenckner/Bosch, § 173 Rn. 3; LK/Dippel, § 173 Rn. 27.

<sup>13</sup> RGSt 71, 129 (130); Sch/Sch/Lenckner/Bosch, § 173 Rn. 3

<sup>14</sup> Karst, (Fn. 4), S. 13.

<sup>15</sup> Sidler, Zur Universalität des Inzesttabu, S. 85; Stellungnahme Ethikrat, (Fn. 3), S. 20.

<sup>16</sup> BVerfGE 120, 224 (224).

<sup>17</sup> LK/Dippel, § 173 Rn. 1.

<sup>18</sup> Stellungnahme Ethikrat, (Fn. 3), S. 21.

<sup>19</sup> Karst, (Fn. 4), S. 29.

<sup>20</sup> Ellbogen, ZRP 2006, 190 (190ff.).

<sup>21</sup> Karst, (Fn. 4), S. 31.

<sup>22</sup> Karst, (Fn. 4) S. 31; LK/Dippel, Entstehungsgeschichte zu § 173.

<sup>23</sup> Karst, (Fn. 4), S. 36.

Änderung der Bezeichnung von „Blutschande“ in „Beischlaf zwischen Verwandten“ ist sie in den Abschnitt „Straftaten gegen Personenstand, die Ehe und die Familie“ verschoben worden.<sup>24</sup> Die neue systematische Einordnung sollte die sich aus Art. 6 I GG ergebende staatliche Schutzpflicht manifestieren und die Bedeutung der Familienintegrität als geschütztes Rechtsgut zur Geltung bringen.<sup>25</sup> Ferner erfolgte eine vollständige Aufhebung der Strafbarkeit des Verschwägerteninzests sowie eine Herabsetzung des Delikts von einem Verbrechen zu einem Vergehen.<sup>26</sup> Dem Entwurf des vierten Strafrechtsreformgesetzes ist gleichwohl auch ein Alternativentwurf der Strafrechtslehrer aus dem Jahre 1968 vorausgegangen, welcher es sich gerade zum Ziel gemacht hatte, die Diskussion um problematische Delikte des Sexualstrafrechts zu fördern. Hinsichtlich der Inzeststrafbarkeit sah der Alternativentwurf eine ersatzlose Streichung des Tatbestandes vor. Dies wurde darauf gestützt, dass sich die Strafbarkeit rechtsstaatlich nicht begründen lasse. Jedoch enthielt das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts eine solche Neugestaltung letztlich nicht.<sup>27</sup> Seinen endgültigen und heute noch gleichlautenden Wortlaut erhielt § 173 StGB schließlich durch das Adoptionsgesetz.<sup>28</sup> Trotz zahlreicher Gesetzesreformen, die das Sexualstrafrecht zum Gegenstand hatten, blieb der Tatbestand des § 173 StGB außen vor und ist somit nicht geändert worden.<sup>29</sup>

## D. Aktuelle Situation

Hinsichtlich der Reichweite des Inzesttatbestandes lässt sich zusammenfassend feststellen, dass er im Laufe der Zeit nur geringfügigen Änderungen unterworfen gewesen ist. So ist der Beischlaf zwischen Eltern und ihren Deszendenten sowie zwischen Geschwistern durchgängig unter Strafe gestellt worden. Allerdings ist der Strafraum innerhalb der Jahrhunderte nach und nach gesenkt worden.<sup>30</sup> Entgegen zahlreicher Stimmen aus der Literatur, die entweder eine Überarbeitung oder die vollständige Streichung der Vorschrift forderten, ist durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 26.02.2008 die Verfassungsmäßigkeit des § 173 II StGB schließlich bestätigt worden. So rechtfertigte sich die Strafnorm „in der Zusammenfassung nachvollziehbarer Strazfälle vor dem Hintergrund einer kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkkräftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Strafwürdigkeit des Inzests, wie sich auch im internationalen Vergleich festzustellen ist“.<sup>31</sup> Im internationalen Vergleich besteht allerdings nach der Stellungnahme des Deutschen Ethikrates kein Konsens über die Strafwürdigkeit des Inzests als solchen: In Australien, Chile, Dänemark, England, Griechenland, Italien, Kanada, Polen, Rumänien, Schweden, Ungarn, der Schweiz, Ungarn und nahezu alle Bundesstaaten der USA liegt eine Sanktionierung des Inzests vor, wohingegen der Inzest in Frankreich und in allen anderen Staaten, die sich an dem Code pénal orientieren, also Belgien, in den Niederlanden, Luxemburg, Portugal, Russland, Spanien, der Elfenbeinküste, der Türkei, China, Japan, Südkorea, Argentinien, Brasilien und anderen lateinamerikanischen Staaten straflos ist.<sup>32</sup>

<sup>24</sup> LK/Dippel, § 173 Rn. 1.

<sup>25</sup> Al-Zand/Siebenhüner, Eine kritische Betrachtung des strafrechtlichen Inzestverbots, KritV 2006, 68 (72ff.).

<sup>26</sup> Karst, (Fn. 4), S. 40.

<sup>27</sup> Karst, (Fn. 4), S. 39.

<sup>28</sup> LK/Dippel, Entstehungsgeschichte zu § 173.

<sup>29</sup> Karst, (Fn. 4), S. 40.

<sup>30</sup> Albrecht/Sieber, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zu § 173 II StGB (2007), S. 15.

<sup>31</sup> BVerfGE 120, 243 (243ff.).

<sup>32</sup> Stellungnahme Ethikrat, (Fn. 3), S. 26.

## E. Geschütztes Rechtsgut

In Bezug auf die strafrechtliche Relevanz des § 173 II S. 2 StGB stellt sich die Frage, welches Rechtsgut die Norm schützt bzw. ob es überhaupt ein solches gibt. Hierfür gilt es zunächst verkürzt die allgemeine Bedeutung des Rechtsguts im strafrechtlichen Sinne darzustellen.

### I. Abstrakte Einordnung des Rechtsguts im Sinne strafrechtlicher Normen

Für das Bestehen einer strafrechtlichen Norm wird nach allgemeiner Ansicht in der Praxis und in der Theorie ein jeweils geschütztes Rechtsgut verlangt. Dieses bildet die Grundlage der Norm und wird durch die Rechtsprechung als Pfeiler für die Normauslegung verwendet.<sup>33</sup> Das Strafrecht wird als „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.<sup>34</sup> Im Folgenden wird auf Basis der Voraussetzung eines konkreten Rechtsguts erörtert, ob der § 173 II S. 2 StGB diese erfüllt. Hierfür wird neben dem Urteil des BVerfG eine Vielzahl von Literaturquellen genutzt, ältere Urteile herangezogen und die jeweiligen Ansätze zum Rechtsgut vorgestellt sowie argumentativ erörtert. Im nächsten Schritt wird zur Überzeugungskraft der zuvor erörterten Ansätze Stellung genommen.

### II. Erörterung der geschützten Rechtsgüter

Umstritten ist, welches Rechtsgut der § 173 II S. 2 StGB schützt. Hierfür wird eine Vielzahl von Ansätzen herangezogen und begründet.

#### 1. Schutz der familiären Ordnung

Als Strafgrund für inzestuöse Beziehungen unter Geschwistern wird von dem Gesetzgeber und der Rechtsprechung in erster Linie der in Art. 6 I GG geforderte

Schutz der Familie angeführt.<sup>35</sup> Das Institut der Familie unterläge gesetzten Strukturen, einer Rollenverteilung und festen Verwandtschaftsverhältnissen die der sozialen Zuordnung dienen. Diese sollen zu dem Kindeswohl beitragen und dem Kind eine gesunde Sozialisierung in der Gesellschaft ermöglichen.<sup>36</sup> Wird das Verhältnis unter Geschwistern sexualisiert, überschneiden sich sozial zugeordnete Rollen und die Verwandtschaft in einem dem Art. 6 I GG nicht entsprechenden Gefüge.<sup>37</sup> Das Eingehen und Erhalten einer inzestuösen Beziehung unter Geschwistern soll indes eine sozial- und familien-schädliche Wirkung haben. Als mögliche Folgen werden bspw. soziale Isolation, Drogen- und Alkoholmissbrauch, Schwierigkeiten im gesellschaftlichen Miteinander und dem eigenen Selbstwertgefühl angeführt.<sup>38</sup>

Im Lichte der Argumentation des BVerfG stellt sich jedoch die Frage, welche Art der Familienordnung konkret geschützt werden soll. Kritiker des § 173 II StGB führen an, dass die Strafbarkeit erst nach der Vollendung des 18. Lebensjahres einsetzt. Zu diesem Zeitpunkt leben die Betroffenen jeweils eher selten noch mit ihrer Kernverwandtschaft in einem engen Verhältnis.<sup>39</sup> Die jungen Erwachsenen verlassen ihr Elternhaus oder distanzieren sich zumindest so von ihrer Ursprungsfamilie, dass außerfamiliäre Beziehungen und Bekanntschaften eine immer größer werdende Rolle spielen. Der vom BVerfG und dem Gesetzgeber genutzte Familienbegriff sei somit lediglich die Familie als rechtliches Institut.<sup>40</sup> Inwiefern hier eine sexuelle wie auch romantische Beziehung zwischen Geschwistern die ohnehin kurz vor der Auflösung stehende Familie zerstöre, bliebe fragwürdig.<sup>41</sup> Ferner fordert der Wortlaut des § 173 II StGB kein bestehendes Familienverhältnis, weshalb die Familie als geschütztes Rechtsgut eher fernliegend scheint. Letztlich lässt sich noch anführen, dass die Familienstruktur auch durch sexuelle Handlungen zwischen nicht-leiblichen Geschwistern geschädigt werden kann.

<sup>33</sup> BT-Drucks VI/1552, S. 14, BGHSt 3, 342 (343).

<sup>34</sup> BVerfGE 120, 243 (245ff.).

<sup>35</sup> Ebenda.

<sup>36</sup> Ebenda.

<sup>37</sup> Stellungnahme Ethikrat, (Fn. 3), S. 51.

<sup>38</sup> Stellungnahme Ethikrat, (Fn. 3), S. 51.

<sup>39</sup> LK/Dippel, § 173, Rn. 13; Zabel, Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht, JR 2008, 453 (455).

<sup>33</sup> Hassemer, Seite 12.

<sup>34</sup> BVerfGE 120, 243 (245ff.).

chen Verwandten beeinträchtigt werden kann. Aufgrund der Beschränkung auf den vaginalen Geschlechtsverkehr in einer einzigen Beziehungskonstellation, lässt sich ein wirksamer normativer Schutz der Familie nicht erreichen.<sup>42</sup> Diese stehen, obwohl Familien sich der allgemeinen Lebenserfahrung nach nicht nur auf Blutsverwandtschaft begrenzen, nicht unter Strafe. Der Ansatz, der § 173 II StGB schütze das Rechtsgut Familie, wirkt im Lichte der Tatsache, dass die Familie im realen Zusammenleben vor allen Dingen eine soziale und keine rechtlich konstruierte Ordnung ist, eher widersprüchlich.

## 2. Schutz der sexuellen Selbstbestimmung

Als weiterer Strafgrund wird der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung genannt. Hierfür, werden vom BVerfG mehrere Beispielkonstellationen angeführt, die ein Abhängigkeitsverhältnis konstituieren. Hier wird besonders auf das Verhältnis zwischen einem älteren Bruder und seiner jüngeren Schwester abgestellt, welcher analog zur Konstellation zwischen Vater und Tochter, im Anschluss an eine eventuell langjährige Missbrauchsbeziehung eine emotionale Zwangslage in der Schwester auslöst. Diese erwecke den Anschein, die Beziehung wäre von beiden Parteien einvernehmlich eingegangen. Die Schwester wäre an ihrer Psyche und sexuellen Selbstbestimmung jedoch erheblich geschädigt und eingeschränkt.<sup>43</sup> Ferner wird angeführt, dass eine sexuelle Beziehung die auf Verwandtschaft aufbaut, eine spezifische, sich gerade aus dem Verwandtschaftsverhältnis resultierende Abhängigkeit für zumindest eine der Parteien darstellt. Missbrauchten Kindern und Jugendlichen fällt es auch mit Eintritt in die Volljährigkeit erheblich schwer, sich aus verfestigten Strukturen zu befreien und die für eine autonome Sexualität erforderliche Selbstständigkeit zu erlangen. Die Strafbarkeit nach § 173 II S. 2 StGB soll damit gerade diejenigen schützen, denen es aufgrund ihrer Vergangenheit schwerfällt, eigene Entscheidungen bzgl. ihrer Sexualität zu treffen und diese auch nach außen zu vermitteln.

Der Annahme, § 173 II S. 2 StGB würde, wie die §§ 174ff.

StGB, in die Straftaten gegen sexuelle Selbstbestimmung fallen, lässt sich entgegenhalten, dass der § 173 II S. 2 StGB die Strafbarkeit beider Parteien begründet. Das für die § 173 II S. 2 StGB typische Täter-Opfer Verhältnis lässt sich daher in dem § 173 II S. 2 StGB nicht wieder finden.<sup>44</sup> In der Diskussion wird auf die §§ 174 ff. StGB als ausreichende Straftatbestände für den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung verwiesen.<sup>45</sup> In Bezug auf mögliche Abhängigkeitsverhältnisse wird angeführt, dass solche einerseits auch in nicht strafbaren sexuellen Beziehungen entstehen können und daher keine besondere Verwerflichkeit begründen. Andererseits begründet eine einzige Konstellation nicht die Strafbarkeit einvernehmlicher inzestuöser Beziehungen und vor allem die Strafbarkeit des „Opfers“ in der jeweiligen Konstellation.<sup>46</sup>

## 3. Verhinderung von erkrankten Kindern

Als geschütztes Rechtsgut kommt ferner die Gesundheit der Kinder aus inzestuösen Beziehungen in Betracht. Der Gesetzgeber geht von einer erhöhten Gefährdung erblicher Schäden aus.<sup>47</sup> Im Auftrag des Senats wurde hierzu ein Gutachten durch das Max-Planck-Institut erstellt. Im Rahmen dessen wurde festgestellt, dass Nachkommen inzestuöser Beziehungen, oder Beziehungen aus Verwandtschaftsverhältnissen, einen größeren Bestand homozygoter Gene aufweisen. Homozygote Gene weisen auf eine geringe Variabilität und damit auf einen Verlust der allgemeinen Fitness hin.<sup>48</sup>

Ungeachtet der deutlichen Ergebnisse des Gutachtens und medizinischer Studien stellt sich die Frage, inwiefern der Schutz eines zukünftigen Kindes vor Erbkrankheiten eine legitime Begründung ist. Einerseits kommt der Gedanke auf, dass die Norm nicht nur diejenigen Bestrafte, die Nachkommen zeugen, sondern auch die, die aktiv verhüten oder nicht (mehr) zeugungsfähig

<sup>42</sup> Ritscher in: MüKoStGB (Fn. 4), § 173 Rn. 5.

<sup>43</sup> BVerfGE 120, 243 (245ff.).

<sup>44</sup> Roxin, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, StV 2009, 544 (547).

<sup>45</sup> Ritscher in: MüKoStGB (Fn. 4), § 173 Rn. 4.

<sup>46</sup> Roxin, (Fn. 44), StV 2009, 544 (547).

<sup>47</sup> BT-Drucks VI/1552, S. 14; BT-Drucks VI/3521, S. 17f.

<sup>48</sup> Vgl. Albrecht/Sieber, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zu § 173 II StGB (2007), S. 15.

sind. Des Weiteren müsste hier auch bedacht werden, dass die Zielsetzung, so wenig erbgeschädigte Nachkommen wie möglich in der Gesellschaft zu haben, diskriminierend auf Menschen mit Behinderungen wirken kann.<sup>49</sup> Würde man ferner das Ziel anstreben, möglichst gesunde Nachkommen in den nächsten Generationen zu empfangen, müssten konsequenterweise auch diejenigen von sexuellen Reproduktion absehen, die evtl. Erbkrankheiten in sich tragen oder eine Behinderung aufweisen die weitervererbt werden kann. Die Anforderung an den Bürger, er dürfe nur Kinder bekommen, wenn diese möglichst gesund sind, stellt einen schwerwiegenden Einschnitt in die Freiheit jedes Betroffenen dar.<sup>50</sup>

#### 4. Schutz der Nachkommen vor Diskriminierung

Als abschließender Ansatz kommt der Schutz der Nachkommen vor Diskriminierung in Betracht. Der Straftatbestand soll inzestuös gezeugte Kinder vor sozialer Ausgrenzung schützen. Dass der § 173 StGB hierbei zum Mittel der Sozialsteuerung verdreht wird, wird nicht berücksichtigt. Auch unterstellt dieser Gedanke, dass gesellschaftlich abweichendes Verhalten kriminalisiert werden müsste.<sup>51</sup>

#### 5. Kritisches Zwischenfazit

Betrachtet man die Begründungen die das BVerfG heranzieht, wird deutlich, dass sich das BVerfG auf teils widersprüchliche Argumente stützt. So wirkt die Behauptung, der § 173 II S. 2 StGB würde dem Schutz der Familie dienen, eher schwach, wenn die Norm selbst außer einer bestimmten Art und Weise, Geschlechtsverkehr zu haben, keine anderen sexuellen Kontakte miteinbezieht. Die Norm beschränkt sich auf der „klassischen“ Vorstellung des Geschlechtsverkehrs: Vaginal, zwischen einem heterosexuellen Paar. Dass andere Arten des Geschlechtsverkehrs oder eine Beziehung zwischen homosexuellen Geschwistern genauso familienschädlich sein

könnten,<sup>52</sup> wird nicht bedacht. Besonders hier wirkt die Argumentationsweise konstruiert und überholt. Dass es nicht nur ein bestimmtes Lebensmodell gibt, ist eins der Merkmale durch die sich eine pluralistische Gesellschaft auszeichnet. Durch die Freiheit sich selbst zu entfalten und sein eigenes Leben zu gestalten folgt auch, dass es „die eine Familie“ oder „die eine Sexualpraktik“ nicht gibt. Unverständlich ist es vor diesem Hintergrund, einem Strafgesetz konsequenten Schutz der Rechtsgüter zuzusprechen, wenn diese nicht mehr als eine schädigende Handlung aufzeigt. Gleichermaßen zeigt sich auch unter den drei weiteren Ansätzen, die der Gesetzgeber begründet und das BVerfG fortgeführt hat. Die Gen-Argumentation überzeugt auch deshalb nicht, weil es im Hinblick der Handhabung von Eugenik im Nationalsozialismus mehr als unpassend ist, sich auf solche zu berufen.

Der Eindruck, dass das BVerfG aus gesellschaftlicher Moralvorstellung angetrieben den § 173 II S. 2 StGB aufrechterhält, verringert sich auch nicht zuletzt dadurch, dass es im Urteil selbst von der Aufrechterhaltung alter Traditionen spricht.<sup>53</sup>

### F. Der Schutz moralischer Standards

In seinem Urteil spricht sich die Senatsmehrheit dafür aus, dass es „offen bleiben [kann], ob die Unterscheidung zwischen Strafnormen, die allein in Moralvorstellungen gründen, und solchen, die dem Rechtsgüterschutz dienen, tragfähig ist und ob bejahendenfalls Strafnormen der ersten Art verfassungsrechtlich zu beanstanden wären“. Eine solche Lage hier nicht vor.<sup>54</sup> Es wurde bereits erörtert, dass es kein Rechtsgut gibt, dessen Schutz der § 173 II S. 2 StGB wirklich dient. Ob Moral und gesellschaftliche Konventionen die Grundlage für Straftatbestände bilden sollten, ist fragwürdig. Insbesondere dann, wenn diese Kriminalisierung einen der wohl intimsten Bereiche des menschlichen Daseins in Angriff nimmt. Inzwischen sei bekannt, dass die sexuelle Selbstbestim-

<sup>49</sup> Stellungnahme Ethikrat, (Fn. 3), S. 60.

<sup>50</sup> Stellungnahme Ethikrat, (Fn. 3), S. 59.

<sup>51</sup> Ritscher in: MüKoStGB (Fn. 4), § 173 Rn. 6.

<sup>52</sup> AnwaltKomm/Rahmlow, § 173 Rn. 2.

<sup>53</sup> BVerfGE 120, 243 (245ff.).

<sup>54</sup> BVerfGE 120, 243 (245ff.).

mung auch solche (einvernehmlichen) Praktiken miteinbezieht, die für den Durchschnittsbürger in der deutschen Gesellschaft zumindest fremd scheinen mögen oder auch auf Ekel und Unbehagen stoßen. Vor diesem Hintergrund geht Roxin den Vergleich mit der Strafbarkeit homosexueller Beziehungen erwachsener Männer ein, die 1962 darauf gestützt wurde, schändliches Verhalten, welches der Allgemeinheit nach abgelehnt wird, zu bestrafen.<sup>55</sup>

Trotzdem drängt sich die Frage auf, wo die ablehnende Haltung der Gesellschaft gegenüber inzestuösen Beziehungen unter Geschwistern ihre Wurzeln hat. So lösen einvernehmliche inzestuöse Beziehungen im Geschwisterverhältnis, ungeachtet der Zeugungsfähigkeit der Parteien, Ablehnung in jedem Außenstehenden aus, der zur Bewertung des Handelns aufgefordert wird. Das scheinbar universelle Empfinden, dass Geschwisterinzest unmoralisch sei, lässt sich mit der Westermarck Hypothese erklären. Menschen, die zusammen aufgewachsen sind, sollen demnach später eine gegenseitige, instinktive sexuelle Abneigung zueinander aufweisen.<sup>56</sup> Folgt man dieser Hypothese, ist die Ablehnung geschwisterlichen Inzests eine natürliche Veranlagung. Resultat dieser ist das fast einstimmig wirkende Gesellschaftsbild bzgl. der Verwerflichkeit solcher Beziehungen. Folge einer natürlich angelegten Entwicklung zur „Inzest-Scheu“ wäre, dass inzestuöse Beziehungen unter Geschwistern eine seltene Ausnahme wären. Im Verfahren vom 26. Februar 2008 handelte es sich beispielsweise um Geschwister die weder miteinander aufwuchsen, noch anderweitig Kontakt zueinander hatten, bevor sie sich im Erwachsenenalter kennenlernten. Ein deutlicher Einzelfall der sich vor allem dadurch kennzeichnet, dass die Geschwister aufgrund der getrennten Kindheit und Jugend keine sexuelle Abneigung für einander entwickeln konnten. Im Hinblick auf die Gefahr genetischer Defekte und der verminderten genetischen Fitness, scheint die natürliche Abscheu gegenüber dem Geschwisterinzest auch nachvollziehbar. Auf Basis

dieser evolutionsbiologischen Entwicklung haben sich letztendlich gesellschaftliche Konformen gebildet, die bis heute noch weitergeführt werden. Ungeachtet ihres Fortbestehens in unserer Gesellschaft gibt es außer der allgemeinen Moralvorstellung keine plausible Erklärung für das Aufrechterhalten der strafrechtlichen Sanktionierung.

## G. Fazit

Die Diskussion um das Inzestverbot zeigt auf, welche Probleme tabubezogene Sachverhalte für Gesetzgebung und Rechtsprechung bedeuten können. Zum Verbots des Geschwisterinzests in § 173 II 2 StGB lassen sich wie aufgeführt mehr Einwände anführen, als rationale Gründe darlegen. So seien nach dem BVerfG die geschilderten Zwecke des Verbots des Geschwisterinzests „jedenfalls in ihrer Gesamtheit“ geeignet, die Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu legitimieren.<sup>57</sup> Dies erweckt den Eindruck, dass die geschilderten Zwecke jeweils für sich betrachtet eben nicht ausreichen, eine derart schwerwiegende Einschränkung zu rechtfertigen. Diesen Einwand macht auch der Richter Hassemer in seinem abweichenden Sondervotum geltend: „Es bleibt offen, warum „in der Summe inhabiler, nicht ganz hinreichender, durch die konkrete Normfassung nicht fundierter und auch nicht repräsentierter Zwecke eine tragfähige Legitimation liegen soll.“ Nach Hassemer handele es sich vor diesem Hintergrund um den Schutz einer gesellschaftlichen Moralvorstellung.<sup>58</sup> Je konkreter die möglichen schädlichen Wirkungen benannt und belegt werden, desto eher und überzeugender kann der Vorwurf widerlegt werden, es werde eine reine „Moralwidrigkeit“ unter Strafe gestellt.<sup>59</sup> Genau das ist dem Bundesverfassungsgericht mit seinem Urteil vom 26.02.2008 nicht gelungen. Es kommen daher ernsthafte Zweifel auf, inwiefern eine gewichtige Grundrechts-

<sup>55</sup> Roxin, (Fn. 44), StV 2009, 544 (549).

<sup>56</sup> Vgl. Albrecht/Sieber, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zu § 173 II StGB (2007), S. 15.

<sup>57</sup> BVerfGE 120, 243 (245ff.)

<sup>58</sup> BVerfGE 120, 243 (245ff.)

<sup>59</sup> Kühl, Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten, JA 2009, 833 (839).

beeinträchtigung zum Schutz einer gesellschaftlichen Moralvorstellung zulässig sein kann. Schließlich findet sich auch in kriminalpolitischer Hinsicht kein Bedarf am Erhalt des Verbots des Geschwisterinzests: Durch die §§ 174, 176, 176a, 182 StGB ist der erforderliche Jugendschutz ausreichend gewährleistet, im Falle von einer zusätzlichen Gewaltanwendung seitens des Täters sind die §§ 177, 178 StGB einschlägig.<sup>60</sup> So dürfte für das Problem des Geschwisterinzests wohl nicht nach strafrechtlichen Lösungen gesucht werden; das Problem des Geschwisterinzests verbleibt vielmehr ein Problem der Gesellschaft. Dies hat zur Folge, dass nicht mehr das Strafrecht den Schutz von bestimmten Verhaltensnormen übernehmen darf. Die Grenzen des strafrechtlichen Tabus schutzes liegen genau dort, wo tiefgreifende komplexe gesellschaftliche Veränderungen auf bereits überholte, historische Denkweisen stoßen.

---

<sup>60</sup> Zabel, (Fn. 41), JR 2008, 453 (457).

## Richterwahl

Bei der vorliegenden schriftlichen Leistung handelt es sich um eine Proseminararbeit, die im WS 2017/2018 im Rahmen der Lehrveranstaltung zur Vorbereitung auf die Schwerpunktbereichsprüfung des Schwerpunktstudiums „Verwaltung“ bei Professor Dr. Veith Mehde geschrieben worden ist. Bearbeiter der Proseminararbeit ist stud. iur. Rocky Glaser, LL.B., eine punktuelle Bewertung erfolgte nicht. Die Arbeit wurde jedoch für überzeugend befunden.

### A. Einleitung

Nachstehend wird der Beschluss des BVerfG vom 20.09.2016 mit Aktenzeichen -2 BvR 2453/15- zur Berufung von Richtern an die obersten Bundesgerichte mit Ausnahme der Vorsitzenden besprochen. Rechtlicher Schwerpunkt der Entscheidung sind die Art. 19 IV, 33 II, 95 II GG sowie das RiWG. Gemäß Art. 33 II GG gilt der Grundsatz der Bestenauslese, jeder Deutsche hat grundsätzlich nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt.<sup>1</sup> Bei demokratischen Wahlämtern findet Art. 33 II GG grundsätzlich keine Anwendung.<sup>2</sup> Das Verfahren gemäß Art. 95 II GG sollte Art. 33 II GG nicht ausschließen.<sup>3</sup> Eine Entscheidung des BVerfG zur Richterberufung nach Art. 95 II GG war noch nicht ergangen.<sup>4</sup>

### B. Sachverhalt

Am 05.03.2015 waren sechs Richterinnen und Richter für den Bundesgerichtshof durch den Richterwahlauschuss zu wählen. Das Einladungsschreiben zur Wahl beinhaltete 32 Wahlvorschlagsbögen, welche wiederum alle für die Auswahl relevanten Unterlagen enthielten. Unter den sechs ausgewählten Kandidatinnen und Kandidaten befand sich ein Bewerber, welcher insgesamt 29

Stimmen erhalten hatte. Der zuständige Bundesminister veröffentlichte am selben Tag eine beglückwünschende Pressemitteilung.

Gegen die Wahl des genannten Kandidaten legte eine in das Verzeichnis der Wahlvorschläge aufgenommene, nicht gewählte Bewerberin Widerspruch ein. Sie machte geltend, dass sie anstelle des oben genannten Bewerbers gemäß Art. 33 II GG hätte berücksichtigt werden müssen. Gegen die Wahl der übrigen Kandidatinnen und Kandidaten wurden keine Einwände erhoben. Ein Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Ernennung des Bewerbers wurde in erster Instanz durch das Verwaltungsgericht abgelehnt. Eine hiergegen gerichtete Beschwerde wies das Oberverwaltungsgericht zurück. Der Bewerber wurde im fachgerichtlichen Verfahren beigeladen.

Mittels Verfassungsbeschwerde rügte die Beschwerdeführerin den Beschluss des OVG aufgrund einer Verletzung ihrer Rechte aus Art. 33 II und Art. 19 IV GG und beantragte die Aufhebung des Beschlusses sowie die Rückverweisung der Sache an das OVG. Die Auswahlerwägungen seien nicht gemäß Art. 33 II GG i.V.m. Art. 19 IV GG schriftlich niedergelegt worden. Weiterhin sei sie von der Leistungsentwicklung her besser gewesen, was das OVG entgegen Art. 33 II GG nicht beachtet hätte. Die beiden Bewerbungen standen bezüglich der Anlassbeurteilung gleich, es hätte auf ältere dienstliche Beurteilungen zu ihren Gunsten zurückgegriffen werden müssen.

<sup>1</sup>Vgl. BVerfGE 86, 244, 249; Epping/Hillgruber/Hense, Art. 33 Rn. 8.

<sup>2</sup>Vgl. Maunz/Dürig/Badura, Art. 33 Rn. 24; Sachs/Battis, Art. 33 Rn. 25.

<sup>3</sup>OVG Schleswig, NJW 2001, 3498 (3498ff.).

<sup>4</sup>Vgl. Sachs, Bestellung der Bundesrichter, JuS 2017, 89 (90).

## C. Die Entscheidung

Das BVerfG befand die Verfassungsbeschwerde für zulässig, aber unbegründet.

### I. Ausschließung eines Richters, § 18 BVerfGG

Es beschäftigte sich zunächst mit der Frage, ob der Präsident des Bundesverfassungsgerichtes gemäß § 18 BVerfGG auszuschließen sei, da der beigeladene Bewerber als wissenschaftlicher Mitarbeiter am BVerfG tätig war und zwei entsprechende dienstliche Beurteilungen mittelbar von Bedeutung waren. Der Senat stellte auf den Wortlaut des § 18 I BVerfGG ab und rekurrierte hinsichtlich der Auslegung auf bereits ergangene Rechtsprechung.<sup>5</sup> Er verneint die Ausschließung, da die Beurteilung nach der Geschäftsordnung des BVerfG dem jeweiligen Richter obliege, der Präsident hatte den Bewerber nicht persönlich bewertet, sondern nur die letzte Beurteilung mitgezeichnet; weiterhin könne die Frage dahinstehen, da die Beschwerdeführerin die dienstlichen Beurteilungen des Beigeladenen anerkannt habe, indem sie einräumte, nur ebenso gut beurteilt zu sein.<sup>6</sup>

### II. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Das BVerfG befand die Verfassungsbeschwerde für zulässig. Es stellte insbesondere auf die in ständiger Rechtsprechung entwickelten verfassungsrechtlichen Maßstäbe ab, um die Möglichkeit einer Verletzung des betreffenden Grundrechts aufzuzeigen.<sup>7</sup> Der Rechtsbehelf der Beschwerdeführerin lege dar, mit welchen verfassungsrechtlichen Anforderungen der angegriffene Beschluss kollidiere und setzt sich damit inhaltlich auseinander, die Begründung sei substantiiert gemäß §§ 23 I S. 2, 92 BVerfGG.<sup>8</sup>

### III. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Nach Auffassung des Senats war der Rechtsbehelf unbegründet.

### 1. Anwendbarkeit von Art. 33 II GG

Zunächst wird auf die generelle Anwendbarkeit von Art. 33 II GG bei der Berufung von Bundesrichtern eingegangen.

#### a) Auffassung des BVerfG

Das BVerfG greift die in ständiger Rechtsprechung erstellten Grundsätze zu Art. 33 II GG auf. Es hebt den Bewerbungsverfahrensanspruch hervor und verdeutlicht, dass die Beurteilung der Eignung eine Prognose beinhaltet, in deren Rahmen dem Dienstherrn ein weiter, nur eingeschränkt gerichtlich nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht.<sup>9</sup>

In einem zweiten Schritt stellt der Senat fest, dass die Ämter von Bundesrichtern vom Anwendungsbereich des Art. 33 II GG nicht ausgenommen sind. Es handele sich nicht um „Ämter auf staatlicher noch kommunaler Ebene, die durch demokratische Wahlen der Wahlbürger oder durch eine Wahl von diesen gewählter Wahlkörper besetzt werden“, gerade diese sind von Art. 33 II GG nach allgemeiner Meinung nicht erfasst.<sup>10</sup> Zum einen fehle „das für demokratische Wahlen wesentliche Element, stets nur auf Zeit zu erfolgen“, zum anderen gehöre das Amt eines Bundesrichters weder organisatorisch noch funktionell zum Bereich der obersten Staats- oder Kommunalverfassungsorgane und zuletzt stünden Zusammensetzung und Zusammenspiel der am Berufungsverfahren beteiligten Organe einer Freistellung entgegenstehten.<sup>11</sup> Auch die Ämter der Vorsitzenden Richter an Bundesgerichten oder die Ämter der Richter im Landesdienst unterliegen dem Anwendungsbereich von Art. 33 II GG.<sup>12</sup>

#### b) Literatur

Die Auffassung des BVerfG wird in der Literatur mit dem Argument begrüßt, dass es dem Selbstverständnis der Mitglieder des Richterwahlausschusses entspreche, eine Bestenauslese und keine politische Wahl vorzuneh-

<sup>5</sup> BVerfGE 143, 22 (24f.)

<sup>6</sup> BVerfGE 143, 22 (23f.).

<sup>7</sup> Ebenda.

<sup>8</sup> Ebenda.

men.<sup>13</sup> An der Begründung wird u.a. kritisiert, dass bezüglich der zeitlichen Begrenzung demokratischer Wahlen auf einen Beschluss verwiesen wird, der sich nur mit der Möglichkeit der Abänderung von Gesetzesbeschlüssen zu einem späteren Zeitpunkt beschäftigt.<sup>14</sup> Ferner verzichte das BVerfG auf eine verbindliche Festlegung der Bestimmung des zuständigen Bundesministers sowie die Bestimmung klarer Kriterien für die Geltung des Art. 33 II GG.<sup>15</sup> Zuletzt unterscheide das Gericht nicht zwischen den Ämtern von Bundesrichtern im Allgemeinen und denen an den obersten Gerichtshöfen des Bundes, für welche Art. 95 II GG gilt.<sup>16</sup>

### c) Bewertung

Das BVerfG bestimmt den Anwendungsbereich des Art. 33 II GG negativ, indem es den in der Fachliteratur anerkannten Ausnahmetatbestand der o.g. „demokratischen Wahlämter“ verneint. Wie in der Literatur bereits bemängelt, verpasst das BVerfG an dieser Stelle eine positive Definition des Anwendungsbereiches von Art. 33 II GG und die Herstellung von Rechtssicherheit.

Das Merkmal der Besetzung auf Zeit hinsichtlich demokratischer Wahlen wird „lapidar“ mit einem allgemeinen, thematisch unpassenden Verweis auf das Demokratieprinzip begründet. Im Umkehrschluss lägen demokratische Wahlen bei einer Besetzung auf Dauer nie vor. Das Demokratieprinzip i.S.d. Art. 20 I, II GG schließt jedoch eine Wahl von Richtern auf Lebenszeit bzw. bis zur Altersgrenze bei besonderem Legitimationstitel nicht ausdrücklich aus.<sup>17</sup> Die Beschränkung auf die Wahl oberster Organe der staatlichen und kommunalen Ebene erschließt sich nicht.

Die Argumentation hinsichtlich des Richterwahlauschusses wirkt nicht stringent. Der Richterwahlauschuss ist schon vom Wortlaut her mit einer Wahl betraut. Seine Mitglieder sind zutreffend „nicht allein, noch nicht einmal überwiegend unmittelbar aus einer

demokratischen Wahl“ hervorgegangen.<sup>18</sup> Sie sind aber auf unterschiedliche Weise mittelbar durch das Wahlvolk und nicht zuletzt durch den Verfassungsgeber in Form des besonderen Legitimationstitels zur Wahl berechtigt. Die Anwendbarkeit des Art. 33 II GG bezüglich des zuständigen Bundesministers erscheint plausibel.

Der Vergleich zu den Ämtern der Vorsitzenden Richter an den Bundesgerichten geht fehl, da eine Regelung entsprechend Art. 95 II GG bezüglich dieser Ämter nicht existiert. Die Kritik in der Literatur, dass das BVerfG mit dem Terminus Bundesrichter Begrifflichkeiten vermengt, schlägt nicht durch, da diese in der Entscheidung zuvor als Richter an den obersten Gerichtshöfen des Bundes definiert wurden.<sup>19</sup>

Das Verfahren nach Art. 95 II GG stellt eine Schimäre aus Wahl und Auswahlverfahren zur Besetzung eines öffentlichen Amtes dar. Soweit das BVerfG im Ergebnis die generelle Anwendbarkeit von Art. 33 II GG bejaht, erscheint dies aufgrund der Beteiligung des Bundesministers überzeugend.

## 2. Modifizierung durch Art. 95 II GG

Das BVerfG sieht die Notwendigkeit der Modifizierung von Art. 33 II GG.

### a) Bindung der Akteure an Art. 33 II GG

Zunächst wird die Bindung der Akteure an Art. 33 II GG erläutert.

#### aa) Auffassung des BVerfG

Der Senat zeigt die Entstehungs- und Änderungsgeschichte des Art. 95 II GG auf und versucht den Willen des Verfassungsgebers zu ergründen. Auf dieser Basis leitet der Senat ein System mit kondominialer Struktur aus zwei Akteuren sowie das Wahlelement in seiner Ausgestaltung durch das Richterwahlgesetz ab, welche eine Modifikation „der zu Art. 33 II GG bestehenden dogmatischen Aussagen sowie der materiellen und formellen Anforderungen, die mit Blick auf exekutive

<sup>13</sup> Gärditz, Anm. zu BVerfG, Beschluss vom 20.09.2016, Az.: 2 BvR 2453/15, NJW 2016, 3429 (3429).

<sup>14</sup> Sachs, (Fn. 4), JuS 2017, 89 (90).

<sup>15</sup> ebenda.

<sup>16</sup> ebenda.

<sup>17</sup> Sachs/Sachs, Art. 20 GG Rn. 34.

<sup>18</sup> BVerfGE 143, 22 (24ff.).

<sup>19</sup> BVerfGE 143, 22 (23f.).

Auswahlverfahren abgeleitet worden sind“, erforderlich mache.<sup>20</sup> Eine strikte Bindung des Richterwahlauschusses an Art. 33 II GG wird abgelehnt, da „der mit der Wahl einhergehende legitimatorische Mehrwert bei der Pflicht zur Wahl eines bestimmten (auch des besten) Kandidaten nicht erreicht werden könne“, die Mitglieder müssen sich aber von Art. 33 II GG „leiten lassen“, obwohl dies nicht isoliert gerichtlich überprüfbar sei.<sup>21</sup> Demgegenüber sieht das BVerfG den zuständigen Bundesminister bei seiner Zustimmungsentscheidung nach § 13 RiWG ohne Besonderheiten an Art. 33 II GG gebunden.<sup>22</sup>

Weitere Einschränkungen sieht das BVerfG aufgrund des „faktischen Einigungzwangs von Verfassungs wegen“, beide Seiten müssen „die Bindungen, aber auch die verfassungsrechtlichen Freiräume beachten, die für den jeweils anderen Akteur bestehen“.<sup>23</sup> Der Richterwahlausschuss müsse aufgrund des institutionellen Treueverhältnisses die Bindung des Ministers an Art. 33 II GG beachten und jemanden wählen, dem der Minister zustimmen kann.<sup>24</sup> Der Minister hat sich bei seiner Entscheidung den Ausgang der Wahl grundsätzlich zu eigen zu machen, da das Wahlelement sonst leer liefe.<sup>25</sup> Er darf seine Zustimmung nur verweigern, soweit ein Verstoß gegen formelle Ernennungsvoraussetzungen oder verfahrensrechtliche Vorgaben vorliegt oder das Wahlergebnis nach Abwägung aller Umstände vor dem Hintergrund des Art. 33 II GG nicht mehr nachvollziehbar ist.<sup>26</sup> Bezuglich letzterem Punkt hat der Minister die Stellungnahmen des Präsidialrats gemäß § 57 I S. 1 DRiG sowie die dienstlichen Beurteilungen der Kandidaten als Anhaltspunkte in seine Entscheidung zur Wahl einzubeziehen und diese erforderlichenfalls zu begründen oder verweigern, auch wenn er an diese Indizien nicht gebunden ist.<sup>27</sup>

<sup>20</sup> BVerfGE 143, 22 (24ff.).

<sup>21</sup> Ebenda.

<sup>22</sup> Ebenda.

<sup>23</sup> Ebenda.

<sup>24</sup> Ebenda.

<sup>25</sup> Ebenda.

<sup>26</sup> Ebenda.

<sup>27</sup> Ebenda.

### bb) Literatur

Die Literatur billigte dem zuständigen Minister eine gleichberechtigte Rolle und nicht gebundene Entscheidung zu.<sup>28</sup> Dabei wurde die Bindung der Akteure an Art. 33 II GG großteils vollumfänglich bejaht, ihnen stehe aber ein breiter Beurteilungsspielraum zu, dessen gerichtliche Nachprüfung sich im Wesentlichen mit den vom BVerfG formulierten Verweigerungsgründen des zuständigen Ministers deckt.<sup>29</sup> Lediglich einzelne Stimmen sprachen von einer Modifizierung des Art. 33 II GG.<sup>30</sup> In der Bewertung des Beschlusses ist die Literatur uneins. Zum einen wird die Argumentation aufgrund des Wahlelementes und der damit verbundenen „echten Wahlfreiheit“ begrüßt, die Bestenauslese sei im Rahmen des weiten Beurteilungsspielraums offener als in einem bürokratischen Auswahlverfahren, eine Entwertung der Wahlfreiheit des Richterwahlausschusses durch eine strikte Bindung an ein vorgezeichnetes Personalauswahlergebnis wird durch die Entscheidung verhindert.<sup>31</sup> Zum anderen wird kritisiert, dass die genaue Reichweite der materiellen Bindung des Richterwahlausschusses an Art. 33 II GG unklar bleibt.<sup>32</sup> Das aus der Entstehungsgeschichte abgeleitete voluntaristische Element, dass niemand gegen den Willen des Bundesjustizministers gewählt werden kann, trete nunmehr ganz zurück.<sup>33</sup> Hingegen bleibt es bei der fehlenden Bindungswirkung der Stellungnahme des Präsidialrates aufgrund Kooperationsverbot sowie der dienstlichen Beurteilungen mangels Vergleichbarkeit (entgegen ergangener Rechtsprechung<sup>34</sup>), das beizumessende Gewicht haben die Akteure jeweils selbst zu bestimmen.<sup>35</sup>

### cc) Bewertung

Das BVerfG versucht sich im Rahmen der Bindung der

<sup>28</sup> Sachs/Detterbeck, Art. 95 GG Rn. 14; Jarass/Pieroth/Pieroth, Art. 95 Rn. 4.

<sup>29</sup> Sachs/Detterbeck, Art. 95 Rn. 15; Dreier/Schulze/Fielitz, Art. 95 Rn. 29ff.; Mangoldt/Klein/Starck/Voßkuhle, Art. 95 Rn. 38.

<sup>30</sup> Lovens, Verfassungswidrige Richterwahl?, ZRP 2001, 465 (465).

<sup>31</sup> Gärditz, (Fn. 13), NJW 2016, 3429 (3429).

<sup>32</sup> Sachs, (Fn. 4), JuS 2017, 89 (90).

<sup>33</sup> ebenda.

<sup>34</sup> OVG Schleswig, NJW 2001, 3498 (3498ff.).

<sup>35</sup> Gärditz, Reformbedarf bei der Bundesrichterwahl, ZBR 2015, 326.

Akteure an Art. 33 II GG an der Durchschlagung des Gordischen Knotens. Das Problem gründet bereits in der Historie des Art. 95 II GG. Der Verfassungsgeber spricht dem Richterwahlausschuss das Wahlelement zu, führt aber gleichzeitig aus, dass niemand gegen den Willen des Bundesjustizministers ernannt werden soll. Das BVerfG „degradiert“ den zuständigen Minister nunmehr zu einer Art Kontrollinstanz und formuliert explizit, in welchen Konstellationen die Zustimmung zur Wahl verweigert werden darf bzw. muss. Die Auslegung ist durch den Wortlaut der Norm noch gedeckt, da von „gemeinsamer Berufung“ die Rede ist und der Minister weiterhin zwingend im Verfahren tätig werden muss.

Eine Beschränkung der Bindung des Richterwahlausschusses an Art. 33 II GG erscheint notwendig, da die Grundsätze des Art. 33 II GG beispielsweise in Form des Begründungserfordernis mit diesem nicht ohne Weiteres kompatibel sind. Die Kritik der Literatur, dass die Bindung des Richterwahlausschusses an Art. 33 II GG unklar bleibt, schlägt aufgrund eines möglichen Umkehrschlusses nicht durch. Die Wahl des Richterwahlausschusses ist inzident über die Anfechtung der Entscheidung des Bundesministers als mehraktiger Verwaltungsakt angreifbar.<sup>36</sup> Das BVerfG hat in materieller Hinsicht den breiten Beurteilungsspielraum des Richterwahlausschusses konkret begrenzt, indem es den zuständigen Minister zu einer Art „Hüter“ des Art. 33 II GG bestimmt und diesem die bei der Wahl zu überwachenden Kriterien „an die Hand gegeben“ hat. Dienstliche Beurteilungen und die Stellungnahme des Präsidialrates gelten als Indizien im Rahmen der Eignung. Der breite Beurteilungsspielraum des Richterwahlausschusses mag kritikwürdig sein, er ist jedoch klar umrissen.

### b) Verfahrensmodifikationen

Das BVerfG möchte das Verfahren „operationalisierbar“ machen und die Wahl „eignungs- und leistungsorientiert einhegen“<sup>37</sup>

#### aa) Auffassung des BVerfG

Der Richterwahlausschuss soll sich von Eignung, Begabung und fachlicher Leistung der Kandidaten ein Bild machen können; erforderlich sei u.a. die Einsichtnahme in Zeugnisse, dienstliche Beurteilungen und betreffende Präsidialratsstellungnahmen, die Einhaltung muss niedergelegt und nachvollziehbar sein.<sup>38</sup> Weiterhin stellt das BVerfG im Umkehrschluss und unter Verweis auf vorherige Rechtsprechung darauf ab, dass das Ergebnis der Wahl keiner Begründung bedarf, da auch der eigentliche Wahlakt keiner gerichtlichen Kontrolle unterliege.<sup>39</sup> Etwas anderes folge auch nicht aus Art. 19 IV S. 1 GG, da gerichtlicher Rechtsschutz sich in gestuften Verfahren häufig erst gegen die Endentscheidung richte, Art. 19 IV GG gewährleiste nicht das subjektive Recht, sondern setze dieses voraus, die Modifizierungen seien zu beachten.<sup>40</sup>

Den zuständigen Minister soll eine Begründungspflicht nur in Ausnahmesituationen treffen. Eine Begründungspflicht ist insbesondere aufgrund des institutionellen Treueverhältnisses anzunehmen, soweit der Minister seine Zustimmung verweigert, da andernfalls eine Eingang nur schwer möglich wäre. Weiterhin muss der Minister seine Entscheidung begründen, wenn er der Wahl eines nach der Stellungnahme des Präsidialrats oder den dienstlichen Beurteilungen nicht Geeigneten zustimmt. Diese entfalten keine Bindungswirkung, der „auch dem öffentlichen Interesse der bestmöglichen Besetzung des öffentlichen Dienstes dienende Grundsatz der Bestenauslese erfordert aber, Entscheidungen nachvollziehbar zu machen und über sie Rechenschaft abzulegen, wenn sie derart weit von grundlegenden Eignungsanforderungen entfernt zu sein scheinen“<sup>41</sup>

#### bb) Stimmen der Literatur

Das BVerfG bestätigt weitgehend die vom Schrifttum geforderten formellen Verfahrensanforderungen.<sup>42</sup> Dis-

<sup>38</sup> Ebenda.

<sup>39</sup> Ebenda.

<sup>40</sup> Ebenda.

<sup>41</sup> Ebenda.

<sup>42</sup> Sachs/Detterbeck, Art. 95 Rn. 15; Dreier/Schulze/Fielitz, Art. 95 Rn. 31.

<sup>36</sup> Vgl. Maunz/Dürig/Jachmann, Art. 95 Rn. 134; Münch/Kunig/Meyer, Art. 95 Rn. 11.

<sup>37</sup> BVerfGE 143, 22 (24ff).

krepanzen bestehen hinsichtlich der Begründungspflicht. Nach ganz vorherrschender Meinung war eine Begründung der Wahlentscheidung des Richterwahlausschusses bereits zuvor nicht erforderlich.<sup>43</sup> Teilweise wurde dies unter Verweis auf das Berufungsverfahren bei Professoren bezweifelt.<sup>44</sup> Hingegen wurde an den Minister bei seiner Entscheidung nach § 13 RiWG das volle Begründungserfordernis des § 39 I VwVfG bzw. Art. 33 II GG i.V.m. Art. 19 IV GG gestellt.<sup>45</sup>

### cc) Bewertung

Die Dokumentationspflicht der formellen Erfordernisse ist mit Ausnahme der Ausführungen zur Begründung im Sinne von Art. 33 II i.V.m. Art. 19 IV GG unstreitig begrüßenswert. Hinsichtlich der Begründung folgt der Senat der formulierten Bindung der Akteure an Art. 33 II GG und spricht den Richterwahlausschuss aufgrund der Geheimheit der Wahl generell vom Begründungserfordernis frei, anderes folge auch nicht aus Art. 19 IV GG. Aufgrund der Modifizierung des Bewerbungsverfahrensanspruchs, entgegen der Ansicht des Großteils der Literatur, kann eine Verletzung von Art. 19 IV GG durch fehlende Begründung verneint werden. Nunmehr muss lediglich Rechtsschutz für den modifizierten Anspruch, dessen Überprüfung doppelt eingeschränkt ist, bereitgestellt werden.

In der Konstellation, dass der zuständige Minister lediglich ein beschränktes Vetorecht hat, ist die Auffassung der Literatur bezüglich dessen Begründungserfordernis nicht haltbar, die Argumentation des BVerfG ist insoweit konsequent. Zwar bleibt der Minister an Art. 33 II GG gebunden, eine generelle, umfassende Begründungspflicht würde jedoch im Widerspruch zu den Ausführungen bezüglich des Richterwahlausschusses stehen.

### 3. Subsumtion

Das BVerfG sieht die Beschwerdeführerin nicht in ihren Rechten verletzt. Die Wahlvorschlagsbögen enthielten alle auswahlrelevanten Informationen, die Ernennungs-

voraussetzungen waren bei der Beschwerdeführerin ebenso wie beim Beigeladenen erfüllt, die Wahl des Beigeladenen bleibt nachvollziehbar, der Bundesminister durfte sich die Wahlentscheidung zu eigen machen, ohne seine Entscheidung begründen zu müssen.<sup>46</sup> Der Präsidialrat des BGH sah den Beigeladenen als „geeignet“ an. Etwas anderes folgt auch nicht aus Art. 3 II GG, da vorliegend mehr Frauen als Männer gewählt wurden.<sup>47</sup>

## D. Bedeutung der Entscheidung

Im Ergebnis schließt Art. 95 II GG eine gerichtliche Nachprüfung im Einklang mit Art. 19 IV GG weitgehend aus, der zuständige Minister wird grundsätzlich an die Wahl des Richterwahlausschusses gebunden.<sup>48</sup> Die Entscheidung beseitigt Rechtsunsicherheiten und trägt wesentlich zum schnelleren Abschluss von gerichtlichen Konkurrentenstreitverfahren bei.<sup>49</sup>

Gleichwohl bedeutet der Beschluss, dass Rechtsschutz im Verfahren nach Art. 95 II GG quasi aussichtlos ist. Ein fehlerhaftes Verfahren oder die Evidenz der Nichteignung eines Kandidaten werden regelmäßig nicht vorliegen. Insbesondere mit Blick auf die durchaus zweifelhafte Orientierung des Richterwahlausschusses an Art. 33 II GG, welcher häufig „nach Länder- und Parteiquoten“ als „unverrückbare Größen“ entscheide, erscheint Rechtsschutz und Transparenz unzureichend.<sup>50</sup> Reformvorschläge wurden bereits reichlich getätigt.<sup>51</sup> Änderungen beinhalten jedoch immer auch Nachteile, ohnehin kann die Parteipolitik im „Parteienstaat des Grundgesetzes“ nur abgeschwächt, nicht aber völlig ausgeschlossen werden.<sup>52</sup> Gerade in einem Reformprozess besteht die Gefahr, dass die eminent bedeutsamen Stellen von Richtern an den obersten Bundesgerichten zum Spielball von Parteiinteressen werden. Das jetzige

<sup>43</sup> BGHZ 138, 291 (291ff.).

<sup>44</sup> Groß, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Begrenzungen für eine Selbstverwaltung der Justiz, ZRP 1999, 361 (364f.).

<sup>45</sup> Hellermann/Sievers, JuS 2002, 1002.

<sup>46</sup> BVerfGE 143, 22 (23ff.).

<sup>47</sup> BVerfGE 143, 22 (23ff.).

<sup>48</sup> Vgl. Sachs, (Fn. 4), JuS 2017, 91.

<sup>49</sup> Gärditz, (Fn. 13) NJW 2016, 3429

<sup>50</sup> Vgl. Schübel, Chancengleichheit beim Zugang zu den obersten Bundesgerichten?, NJW 2014, 1356.

<sup>51</sup> Vgl. BT-Drs. 18/7548.

<sup>52</sup> Vgl. Mangoldt/Klein/Starck/Voßkuhle, Art. 95 Rn. 41.

Verfahren unterscheidet die obersten Bundesrichter in ihrer Auswahl von der übrigen Beamtenchaft, stärkt die Richter in ihrer Legitimation und schützt vor parteipolitischer Einseitigkeit.<sup>53</sup>

In der Gesamtheit dürften die Argumente gegen eine Reform überwiegen. Der Beschluss des BVerfG bietet Rechtssicherheit im zuvor streitigen Verfahren nach Art. 95 II GG. Verbesserungswürdig erscheint allein das Verfahren der Nominierung der Bewerberinnen und Bewerber, zur Erhöhung der Transparenz ist jedoch weder eine Verfassungsänderung noch zwingend eine Änderung des RiWG notwendig.

---

<sup>53</sup> Merkatz in: BT-Plenarprotokoll 1/75, S. 2727 C f.

## BGB IV - Pechtag

Die Klausur ist in der Veranstaltung BGB IV im Sommersemester 2017 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Frau Prof. Dr. Buck-Heeb und dem Lehrstuhl, die sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt haben. Verfasserin der Klausurlösung ist stud. iur. Paula Kirsten, die Klausur ist mit 13 Punkten bewertet worden.

### Fall 1

Als A, der als selbstständiger Malermeister beruflich tätig ist, abends nach der Arbeit in seine Mietwohnung in einem Mehrfamilienhaus kommt, stellt er fest, dass bereits erhebliche Mengen Wasser durch die Decke in seine Wohnung gelaufen sind. Die darüber liegende Wohnung hat die B gemietet. Sie hatte A am Vortag informiert, dass sie verreist und erst in sechs Wochen wieder zurück sein wird. B hatte am Abreisetag jedoch vergessen, einen Wasserhahn in ihrer Wohnung vollständig abzustellen. Da A, der über keinen Schlüssel zur Wohnung der B verfügt, weitere Schäden in seiner eigenen Wohnung, aber auch in der der B verhindern will, öffnet er gewaltsam die Wohnungstür der B. Dabei verletzt er sich jedoch am Arm und erleidet eine blutende Wunde. A findet den laufenden Wasserhahn im Badezimmer und dreht ihn zu. Auf dem Weg dorthin durch das Wohnzimmer stößt er jedoch leicht fahrlässig den Fernseher der B um, der dadurch vollständig zerstört wird.

Anschließend fährt A ins Krankenhaus und lässt dort seine Verletzung ärztlich behandeln, wodurch ihm private Arztkosten in Höhe von EUR 500 entstehen. Da der Wohnung der B weitere Schäden durch die Feuchtigkeit in ihrer Wohnung drohen, A die B nicht erreichen kann und jene erst in sechs Wochen wieder von ihrer Urlaubsreise zurück sein wird, beauftragt A den Installateur C damit, die Wohnung der B trockenzulegen. Als nach drei Wochen die Wohnung der B trockengelegt ist, beschließt A die Wohnung dort neu zu tapezieren und zu streichen, wo das ausgelaufene Wasser die Wände in der Wohnung der B beschädigt hat. Hierfür braucht A als Malermeister fünf Stunden Arbeitszeit sowie Farbe und Tapete.

Als B schließlich nach sechs Wochen heimgekehrt ist, verlangt A von ihr Ersatz für die privaten Arztkosten (500 EUR), den an C gezahlten Werklohn (EUR 1.000) und die übliche Vergütung für die von ihm aufgewandte Arbeitszeit (5 Stunden) sowie Ersatz für Tapete und Farbe (EUR 100). B lehnt das empört ab und macht ihrerseits Schadensersatz für ihren zerstörten Fernseher geltend.

**Frage 1:** Kann A von B die Kosten für seine Heilbehandlung, den an C gezahlten Werklohn für die Trockenlegung der Wohnung und Ersatz für die Farbe und die Tapeten sowie die aufgewandte Arbeitszeit verlangen?

**Frage 2:** Hat B einen Anspruch auf Schadensersatz für den zerstörten Fernseher?

### Fall 2

S ist mit X verheiratet. Für die gemeinsame Zukunft wollen beide ein Haus durch den Bauunternehmer U errichten lassen. Bei Baggerarbeiten beschädigt der bei U Angestellte G eine Gasleitung, die bereits auf dem Baugrundstück verlegt worden ist. Gas strömt aus und entzündet sich, sodass es zu einer Explosion kommt, bei der S, der sich zufällig gerade am Rand des Baugrundstücks aufhält, um den Fortschritt der Bauarbeiten zu beobachten, getötet wird. Als die Polizei wenig später die X aufsucht und ihr vom tragischen Tod ihres Mannes berichtet, erleidet X einen Nervenzusammenbruch und muss daraufhin für mehrere Wochen in einer psychiatrischen Klinik ärztlich behandelt werden.

Hat X deliktische Ansprüche auf Schadensersatz?

## Gutachterliche Lösung

### Fall 1 , Frage 1

#### A. Heilbehandlung

A könnte einen Anspruch auf Ersatz von Heilbehandlungskosten i.H.v. EUR 500,00 gem. §§ 677, 683, 670 BGB gegen B haben.

#### I. Geschäft

Dafür müsste ein Geschäft vorliegen. Letzteres ist jede fremdnützige Tätigkeit. Das Abstellen eines Wasserhahnes für die abwesenden Nachbarin in dessen Wohnung stellt eine fremdnützige Tätigkeit und mithin ein Geschäft dar.

#### II. Fremd

Das Geschäft müsste fremd sein. Fremd ist ein Geschäft, wenn es dem Interessen- und Rechtskreis eines anderen als dem des Geschäftsführers entspricht. Der Wohnung der B drohte während dessen Abwesenheit ein erheblicher Wasserschaden, der auch die darunter gelegene Wohnung des A in Mitleidenschaft gezogen hat. Ein fremdes Geschäft in Form des auch-fremden Geschäfts liegt vor.

#### III. Ohne Auftrag oder Berechtigung

A müsste ohne Auftrag oder Berechtigung gehandelt haben. Fraglich ist vorliegend, ob es sich im Falle des Tätigwerdens des A um eine bloße Gefälligkeit unter Nachbarn handle und der Anspruch somit scheitere.

Gefälligkeiten sind durch das Tätigwerden für einen anderen mit Rechtsbindungswillen gekennzeichnet. Für ein Gefälligkeitsverhältnis könnte sprechen, dass die A den B am Vortag darüber informiert hatte, dass diese verreisen wird. Allerdings hatte diese ihn nicht gleicherhand darum gebeten auf ihre Wohnung Acht zu geben. A verfügte auch nicht über einen Wohnungsschlüssel, so dass von einem Gefälligkeitsverhältnis während der Abwesenheit der B nicht auszugehen ist. Folglich liegt kein Gefälligkeitsverhältnis vor. A handelte ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung.

#### IV. Zwischenergebnis

A handelt ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung.

#### V. Fremdgeschäftsführungswille

Der Fremdgeschäftsführungswille wird durch auch-fremde Geschäfte indiziert.

#### VI. Interesse; Wille der B i.S.d. § 683 BGB

Letztlich müsste die Geschäftsübernahme dem Interesse sowie dem Willen der B entsprechen. Das Abstellen des Wasserhahnes ist der B objektiv nützlich. Interesse ist folglich anzunehmen. Bzgl. des ausdrücklichen Willens liegt keine Aussage der B vor, sodass auf den mutmaßlichen Willen abzustellen ist. Man kann davon ausgehen, dass die B zugestimmt hätte, dass der A den in der Wohnung befindlichen Wasserhahn abstellt, um Schäden zu vermeiden. Folglich handelte A im Interesse und Willen der B.

#### VII. Rechtsfolgen i.S.d. §§ 670ff. BGB

Gemäß §§ 683, 670 BGB kann A Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Aufwendungen sind freiwillige Vermögenseinbußen. Vorliegend hat A sich am Arm verletzt. Dies ist nicht freiwillig passiert. Fraglich ist, ob Schäden gemäß § 670 BGB analog als unfreiwillige Vermögenseinbußen ersatzfähig sind.

Nach h.M. sind diese ersatzfähig, sofern der Schaden eine Folge dessen darstellt, was mit dem Risiko des Tätigwerdens für einen anderen auch einhergeht. A hat die Tür der B aufgebrochen, um den darin befindlichen Wasserhahn abzustellen. Dass er sich dabei den Arm verletzt hat, ist Begleitrisiko der Handlung und der Schaden folglich ersatzfähig im Sinne des § 670 BGB analog.

#### VIII. Ergebnis

A hat einen Anspruch auf die Heilbehandlungskosten gemäß §§ 677, 683, 670 BGB i.H.v. EUR 500,00 gegen B.

#### B. Werklohn für die Trockenlegung

A könnte des Weiteren einen Anspruch auf den an C gezahlten Werklohn i.H.v. EUR 1.000,00 für die Trockenlegung der Wohnung gegenüber der B aus §§ 677, 683, 670 BGB geltend machen.

## **I. Fremdes Geschäft ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung**

Bei der Beauftragung des C durch den A handelt es sich um ein fremdes Geschäft, das A auch mit Fremdgeschäftsführungswillen führte. A handelte auch nicht im Auftrag oder sonstiger Berechtigung.

## **II. Interesse, Wille der B**

A müsste zudem im Interesse der B gehandelt haben und die Geschäftsübernahme müsste auch dem Willen der B entsprechen. Der Wohnung der B haben weitere Schäden durch die Feuchtigkeit gedroht; die Trockenlegung ist objektiv nützlich. Folglich war die Trockenlegung im Interesse der B. Allerdings hat letztere ihren Willen nicht äußern können – der A hat die B telefonisch nicht erreicht, sodass auf den mutmaßlichen Willen abzustellen ist, § 683 S. 1. BGB

A durfte davon ausgehen, dass B bei ihrer Heimkehr eine trockene Wohnung vorfinden möchte. Die Trockenlegung entspricht folglich dem mutmaßlichen Willen der B.

## **III. Rechtsfolge, §§ 683, 670 BGB**

Folglich kann A Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Die Beauftragung eines Installateurs ist auch eine freiwillige Vermögenseinbuße, die im Rahmen des § 670 BGB ersatzfähig ist.

## **IV. Ergebnis**

A hat einen Anspruch auf den an C gezahlten Werklohn i.H.v. EUR 1000,00 gegen B gemäß §§ 677, 683, 670 BGB.

## **C. Ersatz für Farbe, Tapeten**

A könnte einen Anspruch auf Ersatz der Farbe und Tapeten gemäß §§ 677, 683 S. 1. 684 S. 1, 818ff. BGB gegen B haben.

## **I. Fremdes Geschäft ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung**

Das Tapezieren und Streichen einer fremden Wohnung stellt ein objektiv fremdes Geschäft dar. Dieses hat A auch mit Fremdgeschäftsführungswillen und ohne Auftrag geführt.

## **II. Interesse und Wille der B**

A müsste auch im Interesse der B gehandelt haben bzw. müsste die Geschäftsübernahme ihrem Willen entsprochen haben. Grundsätzlich ist das Streichen und Tapezieren einer beschädigten Wohnung dem Geschäftsmann objektiv nützlich. Allerdings ist der Wille im Rahmen des § 683 S. 1 BGB vorrangig. B hat weder ihren ausdrücklichen Willen geäußert, noch ist gem. ihres mutmaßlichen Willen davon auszugehen, dass das Streichen diesem entspricht. Vermutlich hätte A über Tapete und Farbe ihrer Wohnung selbstständig entscheiden wollen. Folglich stellt das Streichen und Tapezieren der Wohnung eine Aufwendung dar, die den Umständen entsprechend nicht erforderlich war, § 670 BGB. Folglich liegt eine echte, unberechtigte GoA seitens des A vor.

## **III. Rechtsfolge, § 684 BGB**

Gemäß § 684 ist der Geschäftsherr im Falle der unberechtigten GoA verpflichtet, dem Geschäftsführer alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt hat, herauszugeben.

B hat Besitz und Eigentum an der Farbe und der Tapete erlangt. Für diese muss sie dem A Wertersatz gemäß § 818 II BGB leisten.

## **IV. Ergebnis**

A hat Anspruch auf Wertersatz für die Farbe und Tapete gemäß § 818 II BGB.

## **D. Ersatz aufgewandter Arbeitszeit**

A könnte Anspruch auf Ersatz für seine aufgewandte Arbeitszeit gemäß §§ 677, 683 S. 1, 684 S. 1 gegen B haben.

## **I. Unberechtigte GoA**

Die Übernahme der Tapezier- und Malerarbeiten entspricht nicht dem Willen der B. Folglich handelt es sich um eine echte, unberechtigte GoA, dessen Rechtsfolgen sich nach §§ 684 S. 1, 818ff. BGB bestimmen.

## **II. Ungerechtfertigte Bereicherung**

B hat Besitz und Eigentum an der Farbe und Tapete erlangt. Diesbezüglich war sie zum Wertersatz gemäß § 818 II BGB verpflichtet. Hinsichtlich der aufgewende-

ten Arbeitszeit ist die B jedoch nicht mehr bereichert, § 818 III BGB. Die unberechtigte GoA soll den Geschäftsherrn davor schützen, dass jemand in seinem Interessen- und Rechtskreis tätig wird. Im Falle der vorliegenden aufgedrängten Bereicherung durch die Arbeitszeit des A ist B nicht verpflichtet diese zu entlohen.

### III. Ergebnis

A hat keinen Anspruch auf Ersatz seiner aufgewendeten Arbeitszeit gegen B.

#### Frage 2

##### A. Schadensersatz Fernseher

A könnte Anspruch auf Schadensersatz für den zerstörten Fernseher gegen A aus §§ 280 I, 241 II BGB haben.

##### I. Schuldverhältnis

Es müsste ein Schuldverhältnis vorliegen. A handelte im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag, mithin einem gesetzlichen Schuldverhältnis.

##### II. Pflichtverletzung

A müsste eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. In Betracht kommt das Ausführungsverschulden, § 677 BGB.

A hätte Rücksicht auf die Rechtsgüter der B, vorliegend ihren Fernseher nehmen müssen. Folglich liegt eine Pflichtverletzung vor.

##### III. Vertretenmüssen

A müsste die Pflichtverletzung auch zu vertreten haben. Ein Vertretenmüssen bemisst sich grds. nach § 276 BGB. Vorliegend könnte A jedoch die Haftungserleichterung des § 680 BGB zugutekommen.

##### 1. Gefahrenabwehr, § 679 BGB

Die Geschäftsführung müsste der Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden Gefahr dienen. A wollte den drohenden Wasserschaden für die B durch einen nicht geschlossenen Wasserhahn vermeiden. Beachtet man, dass die B sechs Wochen im Urlaub war, hätte nicht nur ihre Wohnung, sondern auch den darunter liegenden Wohnungen ein erheblicher Schaden gedroht. A handelte folglich im Rahmen der Gefahrenabwehr.

##### 2. Haftungsmaßstab, § 680

A haftet nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Er hat den Fernseher aus leichter Fahrlässigkeit umgestoßen.

##### 3. Zwischenergebnis

A hat die Pflichtverletzung nicht zu vertreten.

### IV. Ergebnis

B hat keinen Anspruch auf Schadensersatz für den zerstörten Fernseher aus §§ 280 I, 241 II BGB

#### Fall 2

##### A. Heilbehandlungskosten

X könnte einen Anspruch auf Schadensersatz infolge einer ärztlichen Behandlung gegen den U aus § 831 S. 1 BGB haben.

##### I. Rechtsgutverletzung

X müsste in einem ihrer Rechtsgüter verletzt worden sein. In Betracht kommt eine Gesundheitsverletzung. Letztere ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands; ein Krankmachen. X hat einen Nervenzusammenbruch erlitten. Dieser war auch medizinisch konstatierbar; es bedurfte einer ärztlichen Behandlung. Folglich liegt eine Gesundheitsverletzung vor.

##### II. Verrichtungsgehilfe

U müsste einen Verrichtungsgehilfen bestellt haben. Ein Verrichtungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Wollen im Tätigkeitsbereich seines Geschäftsherrn tätig wird. Der G ist Angestellter des U und folglich dessen Verrichtungsgehilfe.

##### III. In Ausführung der Verrichtung

G müsste der X in Ausführung einer Verrichtung Schaden zugefügt haben.

##### 1. Ausführung

Während der Baggerarbeiten hat U eine Gasleitung beschädigt. Es kam zu einer Explosion. Problematisch ist, dass G in Ausführung der Verrichtung einer Dritten – hier S – zwar Schaden in Form des Todes zugefügt hat. Jedoch begehr U einen Anspruch auf Schadensersatz.

## 2. Mittelbare Verletzung

X müsste durch den Tod ihres Mannes S einen Schaden erlitten haben. X erleidet einen Nervenzusammenbruch als die Polizei vom tragischen Tod berichtete. Dieser müsste auf das Verhalten des U zurückzuführen sein.

### a) Äquivalenz und Adäquanz

Die Handlung des U müsste äquivalent und adäquat kausal für den Nervenschreck der X sein. Die Baggerarbeiten sind nicht hinwegzudenken ohne dass der Erfolg – Tod des S und Schock der X – entfielen. Es liegt auch nicht außerhalb der Lebenserfahrung, dass bei Übermittlung einer Todesnachricht die Ehegattin einen Schock erleidet. Äquivalenz und Adäquanz sind zu bejahen.

### b) Schutzzweck der Norm

Die besagte Norm müsste auch jenes Unterlassen der Verletzungshandlung bezeichnen. Grundsätzlich soll § 831 I BGB demjenigen einen Schaden zusprechen – „einem Dritten“ – der widerrechtlich verletzt worden ist. Hier hat X nur mittelbar durch das Handeln des U einen Schaden erlitten, ist allerdings auch als Dritte i.S.d. Norm anzusehen. Folglich ist der Schutzzweck zu bejahen.

## IV. Verschulden

G müsste die Beschädigung der Gasleitung auch zu vertreten haben. Letztere war bereits auf dem Baugrundstück verlegt worden, sodass G mindestens fahrlässig handelte, § 276 II BGB.

## V. Exkulpation, § 831 S. 2 BGB

Einen Entlastungsbeweis hat U nicht geführt.

## VI. Schaden

Der X ist ein Schaden in Höhe der Behandlungskosten entstanden. Diese sind gemäß § 249 BGB auch ersatzfähig.

## VII. Mitverschulden

Die X könnte ein Mitverschulden gem. § 254 BGB treffen. Grundsätzlich ist dieses anzunehmen, sofern der Geschädigte bei der Entstehung des Schadens mitge-

wirkt hat, also Tatbeiträge aus dessen Risikosphäre auf den Schaden einwirken. X war mit S verheiratet, mithin emotional derart involviert, dass die Todesnachricht sie besonders stark getroffen hat. Jene emotionale Gebundenheit entstammt ihrer Risikosphäre, sodass ein Schadensersatzanspruch um einen Mitverschuldensanteil zu kürzen ist.

## VIII. Ergebnis

X hat einen Anspruch auf Schadenersatz in Form der Heilbehandlungskosten abzüglich eines Mitverschuldensanteils gegen U aus § 831 S. 1 BGB.

## B. Schmerzensgeld

X könnte einen Anspruch auf Schmerzensgeld gemäß §§ 831 S. 1, 253 BGB gegen den U geltend machen.

### I. § 831 S. 1

U haftet für den Schaden, den sein Verrichtungsgehilfe G verursacht hat.

### II. Verletzung der Gesundheit, § 253 II BGB

X erleidete einen Schockschaden, der eine Gesundheitsverletzung darstellt.

## III. Rechtsfolge

X hat einen Anspruch auf Schmerzensgeld, § 253 II BGB.

## IV. Mitverschulden

X trifft ein Mitverschulden an diesem Schaden.

## V. Ergebnis

X hat einen Anspruch auf Schmerzensgeld, § 253 II BGB abzüglich eines angemessenen Betrags wegen Mitverschulden.

## Anmerkungen

Die Arbeit ist als überdurchschnittlich gut bewertet worden, Anstoß ist lediglich an den Ausführungen zum Mitverschulden genommen worden. Diese seien in dieser Kürze und Darbietung schwierig vertretbar.

## Hausarbeit im Strafrecht

Bei dem Sachverhalt handelt es sich um eine Originalhausarbeit, die im Sommersemester 2016 im Rahmen der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht geschrieben worden ist. Herzlicher Dank gebührt Dr. Stephan Ast, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhaltes einverstanden erklärt hat. Bearbeiter der Klausur ist stud. iur. Maximilian Nussbaum, die Arbeit ist mit insgesamt 15 Punkten bewertet worden.

### Sachverhalt:

Der 50-jährige P stellte sich beim Allgemeinmediziner Dr. R wegen zunehmender Oberbauchbeschwerden und Leistungsabfall vor. R veranlasste Laboruntersuchungen, die mittelgradige Leberwert erhöhungen anzeigen. Zur weiteren Abklärung dieses Befundes überwies Dr. R den P zum Gastroenterologen Dr. A. Dieser bestätigte die Leberwerterhöhungen durch eine erneute Laboruntersuchung und stellte mittels einer Ultraschalluntersuchung Leberstrukturveränderungen bei P fest. Da P einen nicht unerheblichen Alkoholkonsum angab, stufte A die bestehende Leberschädigung vorschnell als alkoholbedingt ein, ohne andere mögliche Ursachen (insbesondere eine mögliche chronische Leberentzündung) differentialdiagnostisch zu untersuchen. Üblich und notwendig wäre gewesen, eine ausführliche Anamnese zu erheben und den Befund histologisch, durch eine Leberpunktion und weitere Laboruntersuchungen abzuklären. Die Anamnese hätte Folgendes ergeben: P war infolge eines Unfalls vor fünf Jahren Blut übertragen worden; er lebte in häufig wechselnden Partnerschaften und war beruflich etwa fünf Jahre lang als Sanitäter tätig. Diese Umstände legten eine Infektion mit Hepatitisviren nahe. Eine Blutuntersuchung zum Ausschluss einer Hepatitis und die Gewebeuntersuchung hätten die Hepatitisinfektion aufgedeckt. Stattdessen wies Dr. A den P lediglich an, künftig keinen Alkohol mehr zu konsumieren. Nach einem halben Jahr sollte P zur Kontrolle vorbeikommen. Dr. A verfasste einen Befundbericht, den er dem P mitgab.

Mit dem Befundbericht und wegen zusätzlich auftretender starker Rückenschmerzen stellte sich P einen Monat später erneut beim Hausarzt Dr. R vor. Dieser nahm den Befundbericht von Dr. A kritiklos zur Kenntnis und vertraute darauf, dass die Diagnose zutraf, obwohl er bemerkte, dass Dr. A keine ausführliche Anamnese erhoben und histologische Untersuchungen nicht veranlasst hatte. Außerdem berichtete P auch über eine weitere Verschlechterung der oben genannten Symptomatik. Stattdessen ermahnte Dr. R den P nur, absolut keine alkoholischen Getränke mehr zu konsumieren. Wegen der Rückenschmerzen verordnete er ihm Schmerzmedikamente.

Nach weiteren vier Monaten bemerkte P eine Gelbverfärbung von Haut und Augen. Es zeigte sich eine vermehrte Blutungsneigung, und P litt unter Juckreiz sowie zunehmender Müdigkeit und Schlappheit. Dr. R wies ihn jetzt sofort ins Krankenhaus ein. Dort wurde durch entsprechende Untersuchungen ein zunehmendes Leberversagen mit nachfolgenden Blutgerinnungsstörungen und beginnendem Nierenversagen infolge einer chronischen Leberentzündung (Hepatitis) festgestellt.

Der Gesundheitszustand von P verschlechterte sich trotz medikamentöser Therapiemaßnahmen rapide, so dass der Krankenhausarzt Dr. S mit dem Patienten über die Notwendigkeit einer Lebertransplantation als einziger verbliebener Möglichkeit sprach, sein Leben noch zu retten. Dies lehnte P aber kategorisch ab, weil er kein fremdes Organ in sich haben wollte. P ließ sich auch durch keine noch so guten medizinischen Argumente von seiner Weigerung abbringen. Als einzigen alternativen Therapieversuch stellte S dem P deshalb die Leberzelltransplantation vor, eine neuartige Therapiemethode, die am Klinikum erprobt wurde. Bei dieser Methode werden im Dünndarm des Patienten zuvor entnommene und kultivierte Leberzellen implantiert, die die Leberfunktion unterstützen sollen. In den Gesprächen vor der Operation wurde P vom Arzt Dr. S zwar umfassend über die noch kaum erprobte Operationsmethode und ihre möglichen erheblichen Risiken aufgeklärt, die eine Lebertransplantation in jedem Fall vorzugswürdig erscheinen ließen. Dabei wurde er aber nicht ausreichend über den umstrittenen medizinischen Nutzen der Operation informiert. Dr. S hielt dies für überflüssig, weil er davon ausging, dass P sowieso mit der Operation einverstanden sein würde. In der Tat ist davon auszugehen, dass P auch bei Kenntnis hiervon mit der Leberzelltransplantation einverstanden gewesen wäre.

Nach der unter Leitung von Dr. S kunstgerecht durchgeführten Operation verschlechterte sich der Gesundheitszustand des P dramatisch: Infolge eines zunehmenden Leberkomas traten Bewusstseinstrübungen ein. Eine zusätzlich aufgetretene Lungenentzündung führte zu einer Ateminsuffizienz, weshalb die Beatmung von P erforderlich wurde. Ferner versagten die Nieren komplett, was eine Dialyse notwendig machte. Trotz intensiver apparativer und medikamentöser Therapiemaßnahmen war keinerlei Besserung des Zustands von P zu erreichen. Der Chefarzt der Intensivmedizin Dr. T sah nach vier Wochen intensivmedizinischer Behandlung keine Heilungschance mehr und erwartete, dass P spätestens nach weiteren zwei Wochen versterben werde. Er entschloss sich deshalb, ohne zuvor bei den Angehörigen nachzufragen, das Beatmungsgerät abzuschalten sowie die Dialyse und die Medikationen zu beenden. Daraufhin verstarb P.

Es ist davon auszugehen, dass der tödliche Verlauf der Krankheit von P mit einer Wahrscheinlichkeit von fünfzig Prozent hätte vermieden werden können, wenn entweder Dr. A oder Dr. R (bei der zweiten Konsultation) P wegen Verdachts der Hepatitis ambulant behandelt oder in ein Krankenhaus eingewiesen hätten. Jedenfalls hätte der Verlauf mit einer Wahrscheinlichkeit von nahezu einhundert Prozent so verzögert werden können, dass P noch mindestens ein halbes Jahr länger gelebt hätte.

Wie haben sich Dr. T, Dr. S, Dr. A und Dr. R nach dem StGB strafbar gemacht?

## Gutachterliche Lösung

### Strafbarkeit des Dr. T

#### A. Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 211 II Var. 5 StGB

T könnte sich gem. §§ 212 I, 211 II Var. 5 StGB<sup>1</sup> wegen Mordes zum Nachteil von P strafbar gemacht haben, indem er den Respirator abschaltete und Dialyse und Medikation beendete und P verstarb.

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Taterfolg

Der Erfolg gem. § 212 I, der Tod eines Menschen ist eingetreten.

###### b) Tathandlung

Fraglich ist, ob das Abschalten des Respirators als aktives Tun oder Unterlassen zu behandeln ist.

###### aa) Lehre vom Energieaufwand

Nach der Lehre vom Energieaufwand kommt es für die Abgrenzung von aktivem Tun und Unterlassen auf eine Differenzierung nach dem äußeren Erscheinungsbild an. Danach meint aktives Tun, das Entfalten von Kraft oder körperlicher Aktivität, die die Außenwelt in irgend-einer Weise verändert. Unterlassen ist das Nicht-Entfalten der Kraft bzw. Nicht-Aufwendung von Energie.<sup>2</sup> Hier entfaltete T physisch Kraft, indem er den Respirator abstellte und die Medikation und die Dialyse beendete. Medikation und Dialyse werden in diesem Krankheitsstadium dauerhaft vorgenommen. Sie sind wie die Beatmung zu behandeln sind. Nach dieser Ansicht wäre das Beenden der lebenserhaltenden Maßnahmen als aktives Tun zu qualifizieren.

###### bb) Schwerpunktformel

Nach der Schwerpunktformel soll nach normativer Betrachtung entscheidend sein, ob der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in einer Handlung oder Nicht-Handlung zu sehen ist.<sup>3</sup> Der Schwerpunkt des Verhaltens des Arztes liegt nach normativer Betrachtung darin, dass er es unterlässt, durch das Abschalten die lebenserhaltende Versorgung fortzusetzen.<sup>4</sup> So soll der Abbruch der lebenserhaltenden Maßnahmen durch tatsächlich aktives Tun dem Unterlassen der weiteren Behandlung nach normativer Wertung gleichstehen, wenn er durch den behandelnden Arzt vorgenommen wird.<sup>5</sup> T schaltete, als behandelnder Arzt das Beatmungsgerät ab. Nach dieser Ansicht liegt ein Fall des Unterlassens vor.

###### cc) Lehre vom Behandlungsabbruch

Nach der vom BGH entwickelten Lehre vom Behandlungsabbruch ist eine Umdeutung eines tatsächlichen aktiven Tuns in ein Unterlassen nach normativen Gesichtspunkten ein unzulässiger „Kunstgriff“ und eine Unterscheidung von „aktiver“ und „passiver Sterbehilfe“ hinfällig.<sup>6</sup> Eine Abgrenzung soll vielmehr nach den klassischen Kriterien stattfinden. Sodann werden alle aktiven und passiven Verhaltensweisen unter dem normativ-wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs zusammengefasst. Vom Begriff des Behandlungsabbruchs werden das Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung umfasst. Der Behandlungsabbruch ist dann u. U. ge-rechtfertigt.<sup>7</sup> Eine Umdeutung ist nach dieser Ansicht nicht notwendig, indem eine mögliche Rechtfertigung nicht davon abhängig ist, ob es sich um aktives Tun oder Unterlassen handelt.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Alle §§, die im Folgenden nicht anders zugeordnet werden sind solche des StGB.

<sup>2</sup> Fischer, Vor § 13 Rn. 3; Kühl, Strafrecht AT, § 18 Rn. 15; Walter, Sterbehilfe: Teleologische Reduktion des § 216 StGB statt Einwilligung! Oder: Vom Nutzen der Dogmatik, ZIS 2011, 76 (80).

<sup>3</sup> BGH NJW 1995, 204, 206; Kühl, Strafrecht AT, § 18 Rn. 14.

<sup>4</sup> Heinrich, Strafrecht AT, Rn. 872.

<sup>5</sup> Knauer/Brose in: Spickhoff, Medizinstrafrecht, § 216 Rn. 9; Roxin in: Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 75 (94f.).

<sup>6</sup> BGH NJW 2010, 2963, 2967; Fischer, Vor §§ 211-216 Rn. 34; Schreiber, NStZ 2006, 473 (474f.).

<sup>7</sup> BGH NJW 2010, 2963 (2966f.); Rengier, Strafrecht BT II, § 7 Rn. 7a; Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rn. 700; Wasserburg, Rechtsprechungsübersicht zum Arztstrafrecht - Juli 2006 bis Juli 2012 (Teil 1), NStZ 2013, 147.

<sup>8</sup> BGH NJW 2010, 2963, 2967.

#### dd) Stellungnahme

Für die normative Umdeutung i.S.d. Schwerpunktformel spricht, dass es nicht darauf ankommen kann, ob der Arzt die Beatmung durch Abschaltung unterbricht oder er die lebenserhaltenden Medikamente nicht weiter verabreicht.<sup>9</sup> Eine mögliche wenn auch absurde Konsequenz wäre der Einsatz eines Respirators, der Tag für Tag verlängernd angeschaltet werden müsste. Unter normativer Betrachtung ist ein solcher Unterschied nicht hinzunehmen, sodass eine rein naturalistische Betrachtungsweise für die Entscheidung über Zulässigkeit einer etwaigen Rechtfertigung nicht ausreichend ist.

Noch zutreffender ist es jedoch mit dem BGH anzunehmen, dass eine lebenserhaltende Versorgung auf einer Vielzahl aktiver und passiver Verhaltensweisen beruht. Der Behandlungsabbruch erschöpft sich dabei weder bei einer natürlichen, noch bei einer normativen Betrachtungsweise in einer bloßen Untätigkeit. Eine klare Abgrenzung ist nach diesen Kriterien nicht in allen Fällen möglich.<sup>10</sup> Nach der Lehre vom Behandlungsabbruch ist es möglich unter bestimmten Voraussetzungen dennoch eine Rechtfertigung des Arztes zu erzielen. So ließe sich das billige Ergebnis erreichen, dass Arzt und Patient, die nicht mehr weiter behandeln wollen und Arzt und Patient, die die Behandlung erst gar nicht aufnehmen gleichgestellt werden.<sup>11</sup>

Es ist jedoch zuzugeben, dass der BGH sich teilweise widerspricht, wenn er von einem unzulässigen Kunstgriff bei einer normativen Umkategorisierung des aktiven Tuns zum Unterlassen spricht, sich dann einer naturalistischen Betrachtungsweise bemächtigt, um letztlich herauszustellen, dass die Unterscheidung in aktives Tun und Unterlassen irrelevant ist.<sup>12</sup>

Dennoch zeichnet sich die Lehre des Behandlungsabbruchs dadurch aus, dass sie im Ergebnis eine Klärung einer höchst umstrittenen Frage erreicht hat, die dem Gedanken einer nicht klaren Abgrenzbarkeit von Tun

und Unterlassen Rechnung trägt. Mithin ist dieser Ansicht zu folgen und auf Tatbestandsebene von einem aktiven Tun auszugehen.

#### c) Kausalität

Die Handlung des T müsste auch kausal für den Erfolg sein. Nach der conditio-sine-qua-non-Formel ist jede Handlung ursächlich, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele.<sup>13</sup> Vorliegend kann das Abschalten des Respirators und die Beendigung der Medikation und der Dialyse nicht hinweggedacht werden, ohne dass T zu diesem Zeitpunkt und nicht zwei Wochen später verstorben wäre. Eine Verkürzung des Lebens reicht dabei aus.<sup>14</sup> Dass P in zwei Wochen gestorben wäre ist damit irrelevant. T handelte kausal.

#### d) Objektive Zurechnung

Auch müsste T durch sein Handeln eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen haben, die sich im tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklichte.<sup>15</sup> T hat durch den Abbruch der lebenserhaltenden Maßnahmen die rechtlich missbilligte Gefahr des Todes geschaffen, die sich sodann realisierte. Somit ist ihm der Erfolg objektiv zuzurechnen.

#### e) Mordmerkmal Heimtücke

T könnte heimtückisch gehandelt haben. P müsste zunächst arglos gewesen sein. Arglos ist, wer sich zum Tatzeitpunkt keines Angriffs durch den Täter versieht.<sup>16</sup> Es ist davon auszugehen, dass P nicht bewusstlos war und die Arglosigkeit nicht ausgeschlossen<sup>17</sup> war, indem von Bewusstseinstrübungen die Rede ist. Hier ist nicht ersichtlich, dass P das Ansinnen des T bekannt war. Somit war er arglos.

P müsste wehrlos gewesen sein. Wehrlosigkeit liegt vor, wenn das Opfer gerade aufgrund der Arglosigkeit ganz oder erheblich in seiner Verteidigung eingeschränkt

<sup>9</sup> Roxin in: Roxin/Schroth, 75, (94f.).

<sup>10</sup> BGH NJW 2010, 2963, 2967; Roxin in: Roxin/Schroth, 75, (94f.); Ulsenheimer, Rn. 700.

<sup>11</sup> BGH NJW 2010, 2963 (2967).

<sup>12</sup> Ast, Begehung und Unterlassung - Abgrenzung und Erfolgszurechnung - Am Beispiel der BGH-Urteile zum Behandlungsabbruch und zum Eissporthallenfall, ZStW 2012, 612 (627).

<sup>13</sup> Joecks, Strafgesetzbuch, Vor 13 Rn. 24.

<sup>14</sup> BGH NJW 1966, 1871 (1872).

<sup>15</sup> Lackner/Kühl, Vor § 13 Rn. 14; Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, § 11 Rn. 47, 53ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 179.

<sup>16</sup> Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, §211 Rn 24.

<sup>17</sup> BGH NStZ 2008, 93 (94).

ist.<sup>18</sup> Hier litt P an einem Multiorganversagen und lag auf der Intensivstation. Er war also zur Verteidigung nur eingeschränkt fähig. Diese sehr eingeschränkte Fähigkeit war jedoch nicht durch die Arglosigkeit als solche bedingt, sondern wurde vielmehr durch den Krankheitszustand hervorgerufen. Folglich war P nicht i.S.v. § 211 II Var. 5 aufgrund der Arglosigkeit wehrlos. Also handelte T nicht heimtückisch.

#### f) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand gem. § 212 ist also erfüllt.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

T müsste auch vorsätzlich gehandelt haben, § 15. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände zum Zeitpunkt der Tat.<sup>19</sup> T hat den Respirator willentlich abgeschaltet, um das Leben des P zu beenden. Vorsatz bzgl. der Herbeiführung des Todes liegt mithin vor.

### II. Rechtswidrigkeit

T müsste auch rechtswidrig gehandelt haben.

#### 1. Tatsächliche oder mutmaßliche Einwilligung

Grds. ist eine tatsächliche oder mutmaßliche Einwilligung in die aktive Beendigung des Lebens aufgrund der Indisponibilität des Lebens, die sich aus der Einwilligungssperre des § 216 ergibt, nicht möglich.<sup>20</sup> Diese Bewertung wird u. a. auf die Annahme gestützt, dass dem Grundrecht auf Leben ein Menschenwürdekern gem. Art. 2 II S. 1 GG inhärent ist und somit dem Grundrecht auf Leben als das höchstrangige Recht der absolute Schutz zukommt.<sup>21</sup> Ein anderes Argument ist, dass nur von einem ernstlichen Verlangen der Tötung gesprochen werden können, wenn der Moribunde selbst „Hand anlegt“ und die Tötungshandlung selbst vollzieht.<sup>22</sup> So-

mit scheidet eine Einwilligung vorerst aus. Es ist zu diskutieren, ob eine Einwilligung nicht ausnahmsweise bei einem Behandlungsabbruch nach den Kriterien des BGH möglich ist.

#### 2. Straflosigkeit wegen Behandlungsabbruch

Nach den Kriterien des BGH soll das Verhalten des Arztes dann gerechtfertigt sein, wenn der Behandlungsabbruch dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§1901a BGB) und den Zweck hat, einem ohne medizinische Versorgung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen.<sup>23</sup> Dies lässt sich mit der ständig zunehmenden Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten in den letzten Jahren begründen, die ihren Ausdruck letztlich in den §§ 1901aff. BGB findet.<sup>24</sup>

#### a) Dogmatische Einordnung

Dennoch ist die Rechtfertigungslösung des BGH auf Kritik in der Literatur gestoßen und hat alternative Ansätze zu Tage gefördert.<sup>25</sup> Die dogmatische Einordnung der Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs ist streitig.

#### aa) Tatbestandslösung

Nach der Tatbestandslösung ist der Erfolg mangels Gefahrschaffung dem Arzt nicht zuzurechnen.<sup>26</sup> Diese Lösung wird damit begründet, dass, sofern die Voraussetzungen des Behandlungsabbruchs vorliegen, aufgrund des Patientenvetos der Erfolg mangels Gefahrschaffung tatbeständliche nicht zugerechnet werden könne.<sup>27</sup>

#### bb) Rechtfertigungslösung des BGH

Der BGH sieht in einem solchen Fall u. U. eine (mutmaßliche) Einwilligung als rechtfertigend an.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> BGH NJW 2010, 2963 (2967).

<sup>24</sup> Sogar durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte betont: NJW 2002, 2851 (2854); Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 211ff. Rn. 28a.

<sup>25</sup> Gaede, Durchbruch ohne Dammbruch - Rechtssichere Neuvermessung der Grenzen strafloser Beihilfe, NJW 2010, 2925 (2927); Walter, ZIS 2011, 76 (78).

<sup>26</sup> Engländer, Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch, JZ 2010, 513 (518); Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 211ff. Rn. 28a.

<sup>27</sup> Rissing-van Saan, Strafrechtliche Aspekte der aktiven Sterbehilfe nach dem Urteil des 2. Strafsenats des BGH, Urt. v. 25.06.2010 - 2 StR 454/09, ZIS 2011, 544 (550).

<sup>28</sup> BGH NJW, 2010, 2963, (2967).

<sup>18</sup> BGH NStZ 2006, 502 (503); Kindhäuser, Strafgesetzbuch, § 211 Rn. 19.

<sup>19</sup> Fischer, § 15 Rn. 3; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 203.

<sup>20</sup> Kühl, Strafrecht AT, § 9 Rn. 28; Roxin, AT Bd. 1, § 13 Rn. 33, 37; Steiner in: Spickhoff, Art. 2 Rn. 35.

<sup>21</sup> Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, § 1 Rn. 28f.; Rengier, Strafrecht BT II, § 7 Rn. 1.

<sup>22</sup> Roxin in: Roxin/Schroth, 117.

### cc) Teleologische Reduktion des § 216

Eine Ansicht der Literatur schlägt eine andere Herangehensweise vor. Die Problematik solle vielmehr über eine teleologische Reduktion des § 216 gelöst werden. Nach dieser Meinung wird argumentiert, dass dem § 216 im Grunde drei Zwecke zukommen. Zum einen die Tabuisierung der Fremdtötung, zum anderen der Schutz, dass der Suizident bis zuletzt Herr des Geschehens bleibt und letztlich die Beweisfunktion, sodass ein Täter dem Opfer sein Verlangen nicht im Nachhinein „in den Mund legen kann“.<sup>29</sup> Mit der Einführung der §§1901a ff. BGB seien die zweite und dritte Funktion durch die strengen Anforderungen an die Bestimmung des mutmaßlichen Willens hinfällig geworden.<sup>30</sup> Nach dieser Ansicht würde zwar die Privilegierung gem. § 216 entfallen, der § 212 jedoch nicht unmittelbar berührt werden. Diese Meinung verkennt indes, dass eine Vielzahl ähnlicher Fälle, in denen eben kein ausdrückliches und ernstliches Verlangen vorliegt, noch immer gem. § 212 zu beurteilen sind. Wenn sich die teleologische Reduktion auf § 212 auswirke, dann in der Weise, dass auf Rechtfertigungsebene die Einwilligungssperre des § 216 aufzuheben wäre. In einem solchen Fall gelangt diese Ansicht zu dem gleichen Ergebnis wie der BGH.<sup>31</sup>

### dd) Stellungnahme

Die teleologische Reduktion und die Rechtfertigungslösung kommen zum selben Ergebnis, sodass zu erörtern ist, ob die Tatbestands- oder die Rechtfertigungslösung vorzugswürdig ist.

Für die Tatbestandslösung spricht, dass der Arzt die durch die Krankheit entstandene Gefahr des Todes, die sich verwirklichen kann eben nicht zu vertreten hat.<sup>32</sup> Für die Rechtfertigungslösung spricht maßgeblich, dass § 216 auf den § 212 keine Sperrwirkung für die Einwilligung entfalten soll, weil dem Leben in Übereinstimmung (wenn auch nur mutmaßlicher) mit dem Patientenwillen sein natürlicher Lauf gelassen wird. § 216 soll im typischen Fall nur den unnatürlichen Tod von fremder Hand bestrafen.<sup>33</sup>

Eine Einordnung als mutmaßliche Einwilligung i.S.e. gewöhnlichen Rechtfertigungsgrundes ist dennoch gefehlt. Vielmehr ist diese Einwilligung als „Rechtfertigungsgrund sui generis“ zu verstehen, sodass auch kein Konflikt mit § 216 entsteht.<sup>34</sup> Letztlich spricht die Wertung der §§1901aff. BGB maßgeblich für eine Straffreiheit des Arztes. Diese gewährleisten, dass der Arzt sich eines Verfahrens bemüht, um den Patientenwillen herauszufinden. Es würde eben dem Gedanken einer einheitlichen Rechtsordnung widersprechen, die Wertungen der §§ 1901aff. BGB im Strafverfahren auszuklammern. Diese wurden gerade geschaffen, um einen Arzt, der sich um die Einhaltung dieser Normen bemüht, vor der Strafverfolgung zu schützen.<sup>35</sup> Somit ist der Behandlungsabbruch nach den §§ 1901aff. BGB zu rechtfertigen.

### b) Materielle Voraussetzungen des Behandlungsabbruchs

#### aa) Behandlungsbezogenheit

##### (1) Objektive Behandlungsbezogenheit

Die objektive Behandlungsbezogenheit setzt voraus, dass der Patient lebensbedrohlich erkrankt ist und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung des Lebens geeignet ist.<sup>36</sup> Vorliegend leidet P an Multiorganversagen. Dieses hätte einen letalen Verlauf genommen. Die Verwendung eines Respirators und der Dialyse wären zur Erhaltung des Lebens geeignet. Mithin liegt eine objektive Behandlungsbezogenheit vor.

##### (2) Subjektive Behandlungsbezogenheit

Eine subjektiven Behandlungsbezogenheit liegt dann vor, wenn der Arzt sich im Klaren darüber ist, dass der Krankheitsverlauf ohnehin zum Tode geführt hätte, er also bewusst diesem den natürlichen Lauf gelassen hat.<sup>37</sup> T ging davon aus, dass P binnen zwei Wochen verstorben wäre. Mithin liegt auch subjektive Behandlungsbezogenheit vor.

<sup>29</sup> Walter, (Fn. 2), ZIS 2011, 76, 81.

<sup>30</sup> ebenda.

<sup>31</sup> Engländer, (Fn. 26), JZ 2011, 513 (518).

<sup>32</sup> Rissing-van Saan, (Fn. 27), ZIS 2011, 544 (550).

<sup>33</sup> Ast, (Fn. 12), ZStW 2012, 612 (626).

<sup>34</sup> Fateh-Moghadam/Kohake, Übungsfall: Selbstjustiz auf der Intensivstation, ZJS 2012, 98 (102).

<sup>35</sup> BGH NJW 2010, 2963 (2967); Wolfslast/Weinrich, Über die Rechtmäßigkeit der Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen, StV 2011, 284 (286).

<sup>36</sup> BGH NJW 2010, 2963 (2967); Ulsenheimer, Rn. 700.

<sup>37</sup> Fateh-Moghadam/Kohake, (Fn. 34), ZJS 2012, 98 (104).

**bb) Gerechtfertigter Personenkreis**

T ist der Chefarzt der Intensivstation und gehört somit nach den Kriterien des BGH zum potentiell gerechtfertigten Personenkreis.

**cc) Mutmaßlicher Wille des Patienten**

Letztlich ist zentrales Element der materiellen Voraussetzungen der Straffreiheit nach den Grundsätzen des BGH der Wille des Patienten gem. §§ 1901aff. BGB. Es liegt keine Patientenverfügung gem. § 1901a I Hs. 1 BGB vor. Daher ist gem. § 1901a II BGB der mutmaßliche Wille des Betroffenen aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu ermitteln. Es ist davon auszugehen, dass P selbst nicht mehr ansprechbar war und keine mündlichen oder schriftlichen Äußerungen des P vorliegen. Gem. § 1901b II BGB ist der Arzt in einem solchen Fall dazu angehalten, die Angehörigen zu konsultieren.<sup>38</sup> Dies hat T gerade nicht gemacht und damit nicht die Verfahrensvorschriften der §§ 1901aff. BGB eingehalten. Zuletzt wäre T die Möglichkeit verblieben, das Betreuungsgericht einzuschalten. Dieses hätte umfassende Amtsaufklärung betreiben können.<sup>39</sup> Insgesamt hat T also nicht im Ansatz die strengen Voraussetzungen für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens des P erfüllt.

**dd) Einseitiger Behandlungsabbruch**

Jedoch soll ein Behandlungsabbruch auch ohne Grundlegung des ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willens möglich sein. Nämlich dann, wenn jegliche medizinische Indikation fehlt.<sup>40</sup> Wann es an einer medizinisch-ärztlichen Indikation fehlt, ist umstritten. Eine Indikation ist jedoch dann abzulehnen, wenn nach der Überzeugung des Arztes der Krankheitsverlauf unumkehrbar ist, einen letalen Verlauf genommen hat und der Tod in kurzer Zeit zu erwarten ist.<sup>41</sup> Zwar litt P an einem Multiorganversagen und es ist keinerlei Besserung des Zustands zu erreichen. Jedoch hatte P nach der Vorstellung des T noch ca. zwei Wochen zu leben, sodass

nicht von einer unmittelbaren Todesnähe zu sprechen ist. Selbst würde ein weiter Begriff für die fehlende medizinische Indikation gewählt werden, also die „Nichterreichbarkeit eines sinnvollen Therapieziels“<sup>42</sup>, müsste der Patient nachhaltig in der Reaktions- und Kommunikationsfähigkeit verhindert sein (Apalliker oder Patienten, die an die Herz-Lungen-Maschine angeschlossen sind).<sup>43</sup> Hier ist P nicht unwiederbringlich kommunikationsunfähig, indem er „nur“ Bewusstseinstrübungen hat. Auch der Kreislauf erliegt nicht völlig. Schließlich ist die Atemleistung „nur“ vermindert (Ateminsuffizienz). Somit fällt die Indikation für die Beatmung und sonstige Behandlungen nicht weg. Es liegt kein einseitiger Behandlungsabbruch vor.

**ee) Zwischenergebnis**

Folglich scheidet eine Rechtfertigung des T nach der Lehre vom Behandlungsabbruch aus.

**III. Schuld**

T handelte auch schuldhaft.

**IV. Ergebnis**

T hat sich mithin gem. § 212 I strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeiten des T gem. §§ 223, 224 I Nr. 5, 227**

Die gefährliche Körperverletzung mit Todesfolge ist notwendiges Durchgangsstadium der Tötung und tritt somit subsidiär zurück.<sup>44</sup>

**C. Strafbarkeit des T gem. § 221 I Nr. 2, III**

Eine etwaige Strafbarkeit des T wegen Aussetzung gem. § 221 I Nr. 2, III tritt im Wege der Konkurrenzen hinter der Strafbarkeit gem. § 212 I zurück.<sup>45</sup>

**Strafbarkeit des Dr. S****A. Strafbarkeit des S gem. § 222**

S könnte sich der fahrlässigen Tötung zu Lasten des P

<sup>38</sup> OLG Karlsruhe NJW 2002, 685 (687).

<sup>39</sup> Ulsenheimer, Rn. 708.

<sup>40</sup> Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. §§ 211ff. Rn. 29.

<sup>41</sup> Ulsenheimer, Rn. 700.

<sup>42</sup> OLG München NJW 2007, 3506; LG Berlin NJW 2006, 3014 (3015).

<sup>43</sup> Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 211ff. Rn. 29f.

<sup>44</sup> Fischer, § 211 Rn. 107.

<sup>45</sup> Ladiges, Die Aussetzung nach § 221 StGB, JuS 2012, 687 (690).

gem. § 222 strafbar gemacht haben, indem er die Leberzelltransplantation vornahm und P verstarb. Der Eingriff des S müsste kausal<sup>46</sup> gewesen sein. Zwar verschlechtert sich nach der Operation der Gesundheitszustand des P dramatisch, jedoch eben nicht durch den Eingriff von T. Die Verschlechterung ist wohl vielmehr Folge des voranschreitenden Krankheitsprozesses. Folglich hat sich S nicht gem. § 222 strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit des S gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5**  
S könnte sich der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 zum Nachteil von P strafbar gemacht haben, indem er die Leberzelltransplantation bei ihm vornahm.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Objektiver Tatbestand gem. § 223 I

S müsste P körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands.<sup>47</sup> Eine körperliche Misshandlung ist jede üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht unerheblich beeinträchtigt.<sup>48</sup> Fraglich ist, ob ein „ärztlicher Heileingriff“ überhaupt tatbestandsmäßig i.S.v. § 223 I ist.

#### aa) Rechtfertigungslösung

Nach ständiger Rechtsprechung<sup>49</sup> und Teilen der Literatur<sup>50</sup> fällt der ärztliche Heileingriff unter den objektiven Tatbestand einer Körperverletzung gem. §§ 223, 229. Diese extensive Fassung des Tatbestands lässt sich hier mit dem Bedürfnis nach strafrechtlichem Schutz des freien Selbstbestimmungsrechts des Patienten begründen.<sup>51</sup> Nach dieser Ansicht wäre der Tatbestand gem. § 223 erfüllt.

### bb) Tatbestandslösung

Nach der Tatbestandslösung ist davon auszugehen, dass ein gelingender Heileingriff den Gesundheitszustand nicht verschlechtert und daher der Tatbestand schon nicht erfüllt ist.

#### (1) Erfolgstheorie

Nach einer Untermeinung in der Literatur kommt es gerade auf den Erfolg der Behandlungsmaßnahme an. Danach ist der Tatbestand der Körperverletzung nicht erfüllt, wenn das körperliche Wohl durch den Eingriff verbessert oder gewahrt ist. Es kommt dagegen nicht darauf an, ob der Eingriff kunstgerecht durchgeführt wurde oder medizinisch nicht indiziert war.<sup>52</sup> Vorliegend verschlechtert sich der Gesundheitszustand des P weiter. Nach der Erfolgstheorie ist der Tatbestand erfüllt.

#### (2) Lex-Artis-Theorie

Nach einer anderen Untermeinung kommt es darauf an, ob der Eingriff kunstgerecht (lege artis) durchgeführt wurde.<sup>53</sup> S hat die Operation kunstgerecht durchgeführt, sodass der Tatbestand nicht erfüllt ist.

#### cc) Stellungnahme

Für die Rechtfertigungslösung spricht, dass nur durch die Tatbestandsmäßigkeit gewährleistet werden kann, dass der Patient letzten Endes entscheidet, ob eine Behandlung unabhängig von der Indikation vorgenommen wird. Der Patient soll Subjekt und nicht Objekt der Behandlung sein.<sup>54</sup> Dagegen spricht jedoch, dass diese Ansicht zu einer Vermischung von Körperverletzungs- und Freiheitsdelikten führe. Der eigenmächtige Eingriff ist ein Angriff auf die Entscheidungsfreiheit des Betroffenen nicht seinen Körper oder seine Gesundheit.<sup>55</sup> Zudem ist bei der Anwendung der Qualifikationen der hohen Strafrahmen der §§ 224 I Nr. 2, 226 zu beachten.<sup>56</sup>

<sup>46</sup> S. o. unter Dr. T A. I. c).

<sup>47</sup> Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, Rn. 257.

<sup>48</sup> BGH NJW 1960, 1477 (1479).

<sup>49</sup> BGH NJW 1958, 267 (269); 1959, 825 (827); 2000, 885 (886).

<sup>50</sup> Rengier, BT II, § 13 Rn. 17; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, § 6 Rn. 99; Krey, BT Bd. 1, Rn. 219; Kindhäuser, BT 1, § 8 Rn. 27.

<sup>51</sup> BGH NJW 1958, 267 (269).

<sup>52</sup> Maurach/Schröder/Maiwald, BT Bd. 1 § Rn. 30.

<sup>53</sup> Engisch, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 1958, 566 (581).

<sup>54</sup> Beck, Kurzfälle aus dem Medizinstrafrecht - Teil 1, ZJS 2013, 42 (43).

<sup>55</sup> Bollacher/Stockburger, Der ärztliche Heileingriff in der strafrechtlichen Fallbearbeitung, Jura 2006, 908 (909).

<sup>56</sup> Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, § 223 Rn. 29.

Dennoch spricht maßgeblich für die Einwilligungslösung, dass eine Ausklammerung des Selbstbestimmungsrechts zu einer Schutzlosigkeit des Rechtsguts führen würde. Dies ist nicht mit der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung der Art. 2 II S. 1 i.V.m. Art. 1 I GG vereinbar. Außerdem würde das Selbstbestimmungsrecht des Patienten derart verletzt, dass die §§ 239, 240 keinen angemessenen Ausgleich bieten.<sup>57</sup> Letztendlich ist es unbillig, einen ärztlichen Heileingriff mit einem mit Verletzungsabsicht geführten Stich eines Messerstechers gleichzusetzen.<sup>58</sup> Daher ist der Einwilligungslösung zu folgen und der objektive Tatbestand gem. § 223 I erfüllt.

#### **b) Objektiver Tatbestand gem. § 224 I Nr. 2 Alt. 2**

Zudem könnten die Behandlungsinstrumente gefährliche Werkzeuge i.S.v. § 224 I Nr. 2 Alt. 2 darstellen. Ein solches gefährliches Werkzeug ist jeder körperliche Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und Art seiner Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen.<sup>59</sup> Behandlungsinstrumente dienen jedoch nicht Angriffs- oder Verteidigungszwecken, sondern nach der subjektiven Zweckrichtung der Heilung.<sup>60</sup> Danach sind Behandlungsinstrumente keine gefährlichen Werkzeuge.

#### **c) Objektiver Tatbestand gem. § 224 I Nr. 5**

Jedoch könnte S den P mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung verletzt haben. Nach h. M. reicht es aus, wenn die Art der Behandlung nach den Umständen des Einzelfalls zur Gefährdung des Lebens des Patienten geeignet ist.<sup>61</sup> Jedoch ist es auch bei § 224 I Nr. 5 angebracht, eine teleologische Reduktion dahingehend vorzunehmen, dass ärztliches Handeln, das Heilzwecken dient, nicht umfasst wird.<sup>62</sup> Eine andere Ansicht wendet § 224 I Nr. 5 dennoch an, wenn der medizinische Eingriff

nicht indiziert ist.<sup>63</sup> Hier ist aber der Eingriff medizinisch indiziert und auch kunstgerecht durchgeführt worden. Nach beiden Ansichten ist der Tatbestand nicht erfüllt, sodass eine Stellungnahme nicht erforderlich ist.

### **2. Subjektiver Tatbestand**

Zudem müsste S vorsätzlich gehandelt haben. S wollte den Eingriff bei dem P durchführen. Er handelte bzgl. des Eingriffs in seine körperliche Integrität vorsätzlich. Der Tatbestand ist mithin erfüllt.

## **II. Rechtswidrigkeit**

#### **1. Einwilligung**

P könnte durch eine wirksame Einwilligung jedoch die Rechtswidrigkeit des Eingriffs beseitigt haben.

#### **a) Einwilligung durch den Rechtsgutsträger**

Das betroffene Rechtsgut ist die körperliche Unversehrtheit des P. Dieser ist entsprechender Rechtsgutsträger.

#### **b) Verfügbarkeit des Rechtsguts**

Das betroffene Rechtsgut müsste auch disponibel sein. Grundsätzlich ist jedes Rechtsgut dispositionsfähig, wenn sich die Verletzung nicht auf die Allgemeinheit auswirkt und sich nicht gegen das Individualrechtsgut des menschlichen Lebens richtet.<sup>64</sup> Bzgl. der körperlichen Unversehrtheit gilt die Einwilligungsschranke gem. § 228. Ganz davon abgesehen, dass § 228 verfassungsrechtlich bedenklich ist<sup>65</sup>, verstößt ein Heileingriff nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Daran ändert auch nichts, dass es sich um eine sog. „Neulandmethode“<sup>66</sup> handelt.

#### **c) Einwilligungsfähigkeit**

P müsste auch einwilligungsfähig sein. Die Einwilligungsfähigkeit hängt von der konkreten Einsichts- und Urteilsfähigkeit ab.<sup>67</sup> Es sind keine Tatsachen ersichtlich,

<sup>57</sup> Krey, Strafrecht BT 1, Rn. 219.

<sup>58</sup> Maurach/Schröder/Maiwald, Strafrecht BT I, § 8 Rn. 24.

<sup>59</sup> Eschelbach in: BeckOK-StGB, § 224 Rn. 28.

<sup>60</sup> So auch BGH NJW 1978, 1206; Ulsenheimer, Rn. 595.

<sup>61</sup> Knauer/Brose in: Spickhoff, § 224 Rn. 7.

<sup>62</sup> Knauer/Brose in: Spickhoff, § 224 Rn. 7.

<sup>63</sup> BGH NJW 1988, 833 (836).

<sup>64</sup> BGH NStZ 2010, 630 (632); Roxin, AT I, §13 Rn. 33.

<sup>65</sup> Sternberg-Lieben, Einwilligungsschranken und Rechtsgutvertauschung am Beispiel des Fremddopings im Sport, ZIS 2011, 583 (601); Paeffgen in: NK-StGB, § 228 Rn. 53.

<sup>66</sup> BGH NJW 2013, 1688 (1689).

<sup>67</sup> BGH NStZ 2000, 87 (87f.).

die an einer tatsächlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit des P zweifeln lassen. Somit ist er einwilligungsfähig.

#### d) Einwilligungserklärung

Es müsste auch eine Einwilligungserklärung vorliegen. Die Einwilligung kann ausdrücklich oder konkludent in der Art kundgetan werden, dass der Arzt sie wahrnehmen kann.<sup>68</sup> Es ist davon auszugehen, dass P seine Einwilligung erklärt hat.

#### e) Freiheit von Willensmängeln

Weiterhin müsste die Einwilligungserklärung auch frei von Willensmängeln sein. Willensmängel sind insbesondere Irrtümer oder abgenötigte oder erzwungene Einwilligungserklärungen.<sup>69</sup> Des Weiteren ist die Einwilligung nur wirksam, wenn der Patient in der erforderlichen Weise über den Eingriff, seinen Verlauf, seine Erfolgsaussichten, Risiken und mögliche Behandlungsalternativen aufgeklärt wurde.<sup>70</sup> In den Gesprächen vor der Operation wurde P vom Arzt S zwar umfassend über die noch kaum erprobte Operationsmethode aufgeklärt und zur Behandlungsalternative der Lebertransplantation geraten. Jedoch wurde P nicht ausreichend über den umstrittenen medizinischen Nutzen der Operation informiert. Gerade bei neuartigen Therapiemethoden ist eine besonders umfassende Aufklärung von Nöten.<sup>71</sup> Eine mangelnde Aufklärung über den umstrittenen Nutzen reicht aus, um die Einwilligung als unwirksam zu betrachten.<sup>72</sup>

#### f) Zwischenergebnis

Es liegt keine tatsächliche wirksame Einwilligung durch den P vor.

## 2. Mutmaßliche Einwilligung

Eine mutmaßliche Einwilligung scheidet schon aufgrund der Möglichkeit einer ausdrücklichen willensmängelfreien Zustimmung des P aus.

<sup>68</sup> Kühl, Strafrecht AT, § 9 Rn. 31; Bollacher/Stockburger, Jura 2006, 908 (910).

<sup>69</sup> Bollacher/Stockburger, (Fn. 55), Jura 2006, 908 (911).

<sup>70</sup> BGH NStZ-RR 2007, 340 (341); Ehlers/Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 769.

<sup>71</sup> Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rn. 381.

<sup>72</sup> BGH NJW 2013, 1688 (1689).

## 3. Hypothetische Einwilligung

### a) Anwendbarkeit

Fraglich ist zunächst, ob die Rechtfertigungsfigur der hypothetischen Einwilligung vor allem in Fällen des ärztlichen Heileingriffs zulässig ist.

### aa) Hypothetische Einwilligung möglich

Nach einer Ansicht ist eine hypothetische Einwilligung durchaus möglich, wenn der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung dennoch eingewilligt hätte. Die dogmatische Einordnung ist wiederum umstritten. Zum einen könnte sich die hypothetische Einwilligung als eigener Rechtfertigungsgrund betrachten lassen.<sup>73</sup> Andere wollen diese Figur auf Tatbestandsebene verorten.<sup>74</sup> Wieder andere wollen die objektive Zurechnung auf die Ebene der Rechtswidrigkeit übertragen.<sup>75</sup>

### bb) Hypothetische Einwilligung insgesamt abzulehnen

Nach einer anderen Auffassung in der Literatur ist eine hypothetische Einwilligung nicht möglich. Das wird vor allem damit begründet, dass die Beurteilung einer Entscheidung eines Menschen in einer gedachten Situation nicht möglich ist und die Figur der hypothetischen Einwilligung in diesem Zusammenhang sinnlos ist. Es gibt schließlich keine verlässliche Methode zur Ermittlung eines hypothetischen Willens.<sup>76</sup>

### cc) Stellungnahme

Die Lösungen kommen vorliegend zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass eine Erörterung notwendig ist. Für die Möglichkeit einer hypothetischen Einwilligung spricht, dass im Strafrecht das „Denken in Alternativen“ durchaus anerkannt ist. Hätte der Patient der Behandlung also zugestimmt, wenn er richtig aufgeklärt worden

<sup>73</sup> BGH NStZ-RR 2004, 16 (17).

<sup>74</sup> Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, § 13 Rn. 122; Ulsenheimer, Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, NStZ 1996, 132 (133).

<sup>75</sup> Kuhlen in: FS-Roxin 2001, 331 (338ff.).

<sup>76</sup> Böcker, Die hypothetische Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, JZ 2005, 932 (932ff.); Puppe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative, GA 2003, 764 (764ff.); dies., Hypothetische Einwilligung bei medizinischen Eingriffen, Anm. zu BGH v. 20.01.2004 – 1 StR 319/03, JR 2004, 470 (470ff.).

wäre, ergäbe sich eben kein Strafgrund mehr.<sup>77</sup> Gegen die Rechtsfigur lässt sich dennoch einwenden, dass der Achtungsanspruch des Rechtsguts des Körpers nicht dadurch auszublenden ist, dass zu einem späteren Zeitpunkt ein Verzicht auf den Rechtsschutz durch den Behandelten vorliegt.<sup>78</sup> Außerdem besticht das Argument, dass durch die Figur der hypothetischen Einwilligung bewusst die strengen Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung unterlaufen werden können, da es auf die umfangreiche ex-ante-Ermittlung des mutmaßlichen Willens nicht ankommt, wenn ein Unrechtsausschluss auch ex-post eintreten kann. Es sei zu befürchten, dass sich in Konstellationen des ärztlichen Heileingriffs die Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung auf den größtmöglichen Aufklärungsfehler, die Nicht-Aufklärung, erstreckt. Dann sei das Selbstbestimmungsrecht des Patienten komplett aufgehoben.<sup>79</sup>

Dennoch sind die Ansichten, die eine hypothetische Einwilligung als zulässig ansehen, vorzugswürdig. Sie tragen dem hohen Stellenwert der Selbstbestimmung des Patienten angemessen Rechnung.<sup>80</sup>

Somit ist die hypothetische Einwilligung anwendbar. Für die Einordnung als Problem der objektiven Zurechnung auf Ebene der Rechtswidrigkeit spricht entscheidend, dass sich die hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund schwierig in Einklang mit der tatsächlichen und der mutmaßlichen Einwilligung bringen lässt, die jeweils von einem tatsächlichen Sachverhalt ausgehen.<sup>81</sup> Die Ansicht kann zutreffend damit begründet werden, dass es bei ordnungsgemäßer Aufklärung dennoch zu dem Taterfolg (dem invasiven Eingriff) gekommen wäre und aus diesem Grund der Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf Ebene der Rechtswidrigkeit entfällt.<sup>82</sup>

<sup>77</sup> Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 6 Rn 106f.

<sup>78</sup> Otto, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, Jura 2004, 679 (683); Swoboda, Die hypothetische Einwilligung - Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?, ZIS 2013, 18 (26).

<sup>79</sup> Bollacher/Stockburger, (Fn. 55), Jura 2006, 908 (913).

<sup>80</sup> Beck, (Fn. 54), ZJS 2013, 42 (47).

<sup>81</sup> Jansen, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, ZJS 2011, 482 (485).

<sup>82</sup> Kuhlen, FS Müller-Dietz, 431 (434f.); ders., Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, 227 (227ff.).

### b) Voraussetzungen der Einwilligung und Unwirksamkeit

Alle Voraussetzungen der Einwilligung bis auf die Freiheit von Willensmängeln liegen vor.

### c) Hypothetischer Wille des Patienten (ex-post-Betrachtung)

Bei ordnungsgemäßer Aufklärung hätte S dem P den medizinisch zweifelhaften Nutzen der Leberzelltransplantation aufgezeigt. P wäre tatsächlich dennoch mit der Leberzelltransplantation einverstanden gewesen.

### d) Subjektives Rechtfertigungselement

Die Notwendigkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements wird im Allgemeinen mit der Differenzierung von Handlungs- und Erfolgsunwert begründet. Bei Vorliegen der objektiven Voraussetzungen entfällt so zwar der Erfolgsunwert, jedoch nicht der subjektive Handlungsunwert.<sup>83</sup> Bei der hypothetischen Einwilligung ist das subjektive Element zweifelhaft. Wenn der Täter nämlich in Kenntnis der hypothetischen Einwilligungs-lage handelt, hätte er genauso gut ordnungsgemäß aufklären können.<sup>84</sup> Danach ist hier auf ein subjektives Rechtfertigungselement zu verzichten.

### 4. Zwischenergebnis

Folglich handelt S nicht rechtswidrig.

### III. Ergebnis

S hat sich nicht gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 strafbar gemacht. Etwaige Strafbarkeiten gem. §§ 221 I Nr. 1, II Nr. 2, 225 I Nr. 1, III Nr. 1 Alt. 2, 226 I Nr. 2 Var. 2, 229 scheiden ebenfalls mangels Rechtswidrigkeit aus.

### Strafbarkeit des Dr. A

#### A. Strafbarkeit des A gem. §§ 222, 13 I

A könnte sich gem. §§ 222, 13 I der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen zum Nachteil von P strafbar gemacht haben, indem er keine differentialdiagnostischen Untersuchungen (Anamnese und histologische Abklärung) vornahm, einen unzutreffenden Befundbericht verfasste und P letztlich verstarb.

<sup>83</sup> Kühl, Strafrecht AT, § 6 Rn. 12.

<sup>84</sup> Böcker, (Fn. 76), JZ 2005, 925 (927); Bollacher/Stockburger, (Fn. 55), Jura 2006, 908 (914).

## I. Tatbestand

### 1. Taterfolg

Der Taterfolg, der Tod eines Menschen, ist bei P eingetreten.

### 2. Tun oder Unterlassen

Fraglich ist, ob dem A ein positives Tun oder ein Unterlassen vorzuwerfen ist. In Betracht kommt ein Unterlassen, indem A, als diagnostizierender Arzt, keine ausführliche Anamnese erhob, den Befund nicht histologisch abklärte und infolge dessen keinen zutreffenden Befundbericht verfasste. Jedoch kommt auch ein positives Tun in Frage. Schließlich verfasste A einen falschen Befundbericht, den R wiederum später kritiklos zur Kenntnis nahm und auf die darin stehende Diagnose vertraute.

Zur Abgrenzung zwischen positivem Tun und Unterlassen ist, wie oben dargestellt, im klassischen Falle die Schwerpunkttheorie als vorzugswürdiges Abgrenzungskriterium heranzuziehen.

Für ein Unterlassen spricht, dass die Gefahr des Todes aufgrund der chronischen Erkrankung schon vor dem Verhalten des A bestand. Auch war der A als diagnostizierender Facharzt von einer Garentenpflicht kraft tatsächlicher Übernahme getroffen<sup>85</sup> und war so für die Erfolgsabweitung zuständig, indem er einen Überweisungsauftrag durch R erhielt. Außerdem spricht für ein Unterlassen, dass der unzutreffende Befundbericht lediglich Resultat der Nichtvornahme weiterer Untersuchungen ist.

Für ein positives Tun spricht, dass der Befundbericht dafür sorgte, dass R auf die Diagnose vertraute und er deshalb keine weiteren Bemühungen angestellt hat, den Befund weiter abzuklären. In einem solchen Fall hätte R ggf. einen anderen Spezialisten beauftragt, einen Befundbericht zu erstellen oder hätte selbst weitere Befunderhebungen im Rahmen seiner Möglichkeiten vorgenommen. So spricht für ein positives Tun, dass das Schreiben eines unzutreffenden Befundberichts die Gefahr begründet, dass sich im Rahmen einer (horizontalen) Arbeitsteilung andere Ärzte auf ihn verlassen und auf die Einschätzung eines Facharztes vertrauen.

Für ein Unterlassen spricht aber letztlich entscheidend, dass ein Befundbericht immer geschrieben werden muss, gerade wenn dieser das Ziel der Überweisung ist. Dass der Befundbericht nun unzutreffend abgegeben wurde ist also lediglich insoweit vorwerfbar, dass die Diagnose unzutreffend ist. Die Diagnose ist aufgrund der Nichterhebung der weiteren Befunde unzutreffend. Die Abgabe eines Befundberichts ist nichts anderes als Usus und somit schwerlich Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit. Vielmehr liegt dieser in dem Unterlassen der Vornahme differentialdiagnostischer Maßnahmen als Ausgangspunkt für das Voranschreiten des letalen Krankheitsprozesses. Somit ist nach einer normativen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in einem Unterlassen zu sehen.

### 3. Kausalität des Unterlassens

Das Unterlassen müsste auch kausal für den Tod geworden sein. Ein Unterlassen ist dann für den Erfolg kausal, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in konkreter Gestalt entfiele.<sup>86</sup> Hätte A vorliegend die differentialdiagnostischen Untersuchungen vorgenommen, dann hätten sich klare Anzeichen für eine Hepatitis ergeben und der letale Verlauf hätte ggf. verhindert werden können.

#### a) Unterbrechung des Kausalverlaufs durch R

Der Kausalverlauf wurde gerade nicht durch R unterbrochen, indem er ebenfalls keine differentialdiagnostischen Untersuchungen zur Abklärung des Befundes vornahm. Die Kausalität eines Behandlungsfehlers des einen Arztes wird nicht dadurch unterbrochen, dass ein anderer Arzt im Anschluss einen ähnlichen Fehler macht. Der Verlauf wäre nur dann unterbrochen, wenn der Fehler des ersten Arztes sich nicht mehr auf den Krankheitsverlauf des Patienten auswirken würde.<sup>87</sup> A veranlasst sogar das Unterlassen des R mittels Befundberichts, sodass sich sein Handeln in jedem Fall fortwirkt. Mithin liegt keine Unterbrechung des Kausalverlaufs durch R vor.

<sup>85</sup> Janda, Medizinrecht, 350; Sommer/Tsambikakis in: MAHM, § 2 Rn. 66; Ulsenheimer, Rn. 139.

<sup>86</sup> Eschelbach in: BeckOK-StGB, § 222 Rn. 6.

<sup>87</sup> BGH NJW 1986, 2367; Ulsenheimer, Rn. 48.

### b) Abbruch der Kausalreihe durch T

Indessen könnte jedoch die Kausalreihe, die A in Gang gesetzt hat, durch den Behandlungsabbruch des T abgebrochen worden sein. Ein Abbruch einer Kausalreihe liegt vor, wenn die zunächst gesetzte Bedingung nicht bis zum Erfolgseintritt fortwirkt, indem ein späteres Zweitereignis, unabhängig von der Erstbedingung, allein zum Erfolgseintritt führt.<sup>88</sup> Vorliegend ist einzuwenden, dass, hätte A die erforderlichen Untersuchungen vorgenommen, der P nicht zu dieser Zeit sterbend auf der Intensivstation des T gelegen hätte. Folglich wirkt das Unterlassen des A kausal im Tod des P nach. Es liegt kein Abbruch der Kausalreihe vor. A handelte mithin kausal.

## 4. Objektive Fahrlässigkeit

### a) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung

A müsste eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen haben. Eine solche Sorgfaltspflichtverletzung ist beim Arzt meist in einem sog. Behandlungsfehler zu sehen.<sup>89</sup> Hier kommt ein Diagnosefehler als ein Behandlungsfehler i.w.S. in Betracht. Ein Diagnosefehler liegt vor, wenn eine den Standards entsprechende Untersuchung zur Ermittlung einer Diagnose unterlassen wird oder die Bewertung eines Befundes nicht den Standards entspricht.<sup>90</sup> Vorliegend hat A, nachdem er die Leberwerterhöhung durch erneute Laboruntersuchungen bestätigte und mittels einer Ultraschalluntersuchung Leberstrukturveränderungen feststellte, vorschnell auf eine alkoholbedingte Leberschädigung geschlossen, ohne andere mögliche Ursachen differentialdiagnostisch zu untersuchen. P hatte jedoch tatsächlich Hepatitis.

Es ist A dennoch zuzugestehen, dass eine alkoholbedingte Leberschädigung aufgrund der Angaben des P im Bereich des Möglichen lag. Bei der Haftung eines Arztes aufgrund fehlerhafter Interpretation von Befunden – hier der Leberwerterhöhung und der Leberstrukturveränderungen – ist dem Arzt ein Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zu belassen und der Diagno-

sefehler von der Fehldiagnose zu trennen.<sup>91</sup> Aus diesem Grund sind Diagnoseirrtümer mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler zu werten.<sup>92</sup>

Jedoch soll es sich dann um einen Behandlungsfehler handeln, wenn Kontrollbefunde unterlassen oder vorläufige Diagnosen nicht ausreichend überprüft werden.<sup>93</sup> Es muss sich insgesamt ergeben, dass ein gewissenhafter Arzt unter den gegebenen Umständen die Diagnose als medizinisch unvertretbar beurteilen würde und den Befund weiterhin abgeklärt hätte.<sup>94</sup> Hier wäre es notwendig und vor allem üblich gewesen, den Befund differentialdiagnostisch abzuklären. Gerade aufgrund der Üblichkeit dieses Vorgehens ist eine Haftung des A wegen eines Diagnosefehlers als zulässig anzusehen. Zudem hat A bei der Zurückführung des Befundes auf den Alkoholkonsum nicht die vital bedrohlichste Ursache bei Leberschädigungen in Betracht gezogen; so sei es von einem sorgfältigen Arzt zu erwarten.<sup>95</sup> Foglich begeht A eine Sorgfaltspflichtverletzung in Form eines Behandlungsfehlers.

### b) Objektive Vorhersehbarkeit

Zudem müsste der Erfolg objektiv vorhersehbar sein. Objektiv vorhersehbar ist jeder Kausalverlauf, den ein umsichtiger Mensch aus dem Verkehrskreis des Täters unter den gegebenen Umständen und auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung mit dem Eintritt des Erfolges gerechnet hätte.<sup>96</sup> Ein Facharzt hätte wohl erkannt, dass aufgrund einer falsch gestellten Diagnose und einem somit unzutreffenden Gutachten, ein letaler Verlauf erwachsen kann. Dennoch ist anzumerken, dass es nicht objektiv vorhersehbar war, dass Wochen vor Todeseintritt ein dritter Arzt die Beatmungsgeräte abschalten würde. Der grobe Geschehensablauf<sup>97</sup> wurde also evtl. nicht umfasst.

Dieser Einwand stellt zum einen eine zu starke Res-

<sup>88</sup> Heuchemer in: BeckOK StGB, Kausalität Rn. 10; Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, § 11 Rn. 30.

<sup>89</sup> Sommer/Tsambikakis in: MAhM, § 2 Rn. 68.

<sup>90</sup> Knauer/Brose, Spickhoff, § 222 Rn. 34; Ulsenheimer, Rn. 41.

<sup>91</sup> Pauge, Arzthaftungsrecht – Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, S. 185.

<sup>92</sup> In einem vergleichbaren Fall: LG Potsdam RDG 2011, 207.

<sup>93</sup> Heinrich, Strafrecht AT, Rn. 1014.

<sup>94</sup> So fordern: Ulsenheimer, Rn. 527.

triktion der objektiven Vorhersehbarkeit dar, zum anderen greift er aufgrund der Natur des Behandlungsabbruches nicht. Die Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs wird u. a. mit dem ohnehin letal verlaufenden Krankheitsprozess begründet. Das Opfer stirbt letztlich an den Folgen der Hepatitis. Es wäre nur konsequent zu folgern, dass T den Kausalverlauf nicht im Wesentlichen verändert hat und der Tod noch immer durch die Gefahren der Hepatitis eintrat. Die Rechtfertigung aufgrund des Behandlungsabbruchs scheitert vorliegend - für diese Frage unbeachtlich - an dem mutmaßlichen Patientenwillen. Somit ist der Erfolg objektiv vorhersehbar gewesen.

## 5) Erfolgszurechnung

Sodann müsste dem A der Erfolg objektiv zurechenbar<sup>98</sup> sein. A hat durch die Nichterhebung der Befunde die Gefahr geschaffen, dass keiner, vor allem nicht der behandelnde Allgemeinmediziner R, die wahre Ursachen für die Beschwerden des P sieht, die Hepatitis unerkannt bleibt und P verstirbt.

### a) Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Zu diskutieren ist also, ob der tatbestandsmäßige Erfolg entfallen wäre, wenn der Arzt sorgfältig gehandelt hätte.<sup>99</sup>

Die differentialdiagnostische Untersuchung alternativer Ursachen hätte ergeben, dass P in häufig wechselnden Partnerschaften lebte, beruflich fünf Jahre lang als Sanitäter tätig war und ihm in Folge eines Unfalls fünf Jahre zuvor Blut übertragen wurde. Dies alles sind starke Indizien für eine Hepatitis als Ursache für die Befunde. Eine Blutuntersuchung und eine Gewebeuntersuchung hätten die Hepatitis aufgedeckt und P hätte mit einer Wahrscheinlichkeit von fünfzig Prozent bei Behandlung wegen Verdachts auf Hepatitis gerettet werden können. Wie mit einer entsprechenden Wahrscheinlichkeit eines hypothetischen Verlaufs verfahren wird, ist umstritten.

### aa) Vermeidbarkeitslehre

Nach der Vermeidbarkeitslehre ist hypothetisch zu fragen, ob der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Besteht jedoch die Möglichkeit, dass der Erfolg auch bei alternativ pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, ist der Pflichtwidrigkeitszusammenhang nach dem Grundsatz in dubio pro reo zu verneinen.<sup>100</sup> Vorliegend wäre mit einer Wahrscheinlichkeit von fünfzig Prozent der Erfolg eingetreten, wenn A sich pflichtgemäß verhalten hätte, sodass nach dem Zweifelsatz der Erfolg nicht zuzurechnen wäre.

### bb) Risikoerhöhungslehre

Nach der Risikoerhöhungslehre reicht es für die Bejahung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs aus, wenn das sorgfaltswidrige Verhalten des Täters das Risiko des Erfolgseintritts signifikant erhöht.<sup>101</sup> Die Wahrscheinlichkeit des Erfolges wurde durch die Sorgfalts-pflichtverletzung des A um fünfzig Prozent signifikant gesteigert.

### cc) Stellungnahme

Für die Vermeidbarkeitslehre spricht, dass nur wenn feststeht, dass sich das erhöhte Risiko im Erfolg niederschlägt, von einem (inneren Pflichtwidrigkeits-)Zusammenhang zu sprechen ist.<sup>102</sup> Außerdem ist aus teleologischer Sicht zu befürchten, dass Erfolgsdelikte durch die Risikoerhöhungslehre in Gefährdungsdelikte umgedeutet werden.<sup>103</sup> Dem lässt sich entgegnen, dass immerhin eine Rechtsgutsverletzung eingetreten ist, und dass die Notwendigkeit eines Zusammenhangs zwischen dieser und der Pflichtwidrigkeit nicht aus dem Wortlaut hervor geht.<sup>104</sup> Jedoch spricht abschließend für die Vermeidbarkeitslehre, dass indessen keine Strafbarkeitslücken auftreten. Diese sind dadurch ausgeschlossen, dass es gem. § 261 StPO genügt, wenn das Gericht zur Über-

<sup>98</sup> S. o. unter Dr. T.A.I. d).

<sup>99</sup> Sommer/Tsambikakis, MAhM, § 2 Rn. 85; Figgeler, 1981, 33.

<sup>100</sup> BGH NJW 2010, 1087 (1091); Schroeder in: LK-StGB, § 13 Rn. 99ff.

<sup>101</sup> Erb, 1991, 120 (120ff.); Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74, 411 (411); Stratenwerth, Gallus-FS, 227; Stratenwerth/Kuhlen, AT I 8/36, 37.

<sup>102</sup> Kudlich in: BeckOK-StGB, § 15 Rn. 42.2.

<sup>103</sup> Schröder in: LK-StGB, § 16 Rn. 190.

<sup>104</sup> Kudlich in: BeckOk-StGB, § 15 Rn. 42.1.

zeugung kommt, dass ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang besteht. Dort wo tatsächlich Zweifel am Vorliegen aufkommen, greift der Grundsatz in dubio pro reo und nicht dort, wo solche Zweifel grds. möglich sind.<sup>105</sup> Somit ist der Vermeidbarkeitstheorie zu folgen und der Tod ist grds. nicht zurechenbar.

#### **dd) Kausale Lebensverkürzung**

Jedoch soll auch dann ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang bestehen, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das Leben des Patienten um einen wesentlichen Zeitraum, wenigstens um einige Stunden, verlängert worden wäre.<sup>106</sup> Hier hätte das Leben des P um mindestens ein halbes Jahr mit einer Wahrscheinlichkeit von fast hundert Prozent verlängert werden können. Somit besteht der Pflichtwidrigkeitszusammenhang.

#### **b) Schutzzweckzusammenhang**

Der Schutzzweckzusammenhang liegt vor, wenn die Sorgfaltsnorm geeignet ist, den tatbestandsmäßigen Erfolg zu verhindern.<sup>107</sup> Vorliegend ist die Sorgfaltsnorm, erforderliche Untersuchungen vorzunehmen, geeignet, den Erfolg zu verhindern, sodass der Schutzzweckzusammenhang vorliegt.

#### **c) Durchbrechung der Zurechnung**

Jedoch könnte die Zurechnung durchbrochen sein, indem P sich eigenverantwortlich selbst gefährdet hat, als er kategorisch eine Lebertransplantation ablehnt. Von einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ist in Fällen zu sprechen, wenn sich das Opfer frei für Handlungen entscheidet, deren Gefährlichkeit es kennt. Deshalb ist derjenige, der lediglich die Bedingung für die Gefahr setzt nicht verantwortlich.<sup>108</sup> Eine Einschränkung ist jedoch dort vorzunehmen, wo der Täter durch sein sorgfaltswidriges Verhalten die Möglichkeit einer bewussten Selbstschädigung schafft, indem er ohne Mitwirkung

oder Einverständnis erhebliche Gefahren für die Rechtsgüter des Geschädigten und damit ein „einsichtiges Motiv“ für Maßnahmen des Opfers schafft.<sup>109</sup> Eine solche Gefahr wird hier von A geschaffen. Er schafft ganz unabhängig von dem Verhalten des P eine Gefahr für dessen Leben und motiviert ihn so zu einer Handlung. Jedoch ist in solchen Fällen zu fragen, ob die selbstgefährdende Handlung eine vernünftige Konsequenz ist, also das Verhalten vernünftigen Gründen folgt und insgesamt verständlich ist.<sup>110</sup> Zwar hat die Lebertransplantation im Schnitt eine Ein-Jahres-Mortalitätsrate von ca. 21%<sup>111</sup>, sodass die Ablehnung an sich nicht unvernünftig ist. Jedoch stand ihr als einzige Alternative die kaum erprobte Leberzelltransplantation mit erheblichen Risiken gegenüber. Aus diesen Gründen wäre eine Lebertransplantation in jedem Falle vorzugswürdig gewesen. Erschwerend kommt hinzu, dass S mit medizinischen Argumenten auf P eingeredet hat und P nicht aus Gründen der Mortalität sondern aufgrund des Wunsches, keine fremden Organe in sich zu tragen, kategorisch ablehnte. Die Motive des P sind mithin unvernünftig. Eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung liegt vor, sodass die objektive Zurechnung entfällt.

## **II. Ergebnis**

Folglich hat sich A nicht gem. §§ 222, 13 I strafbar gemacht.

#### **B. Strafbarkeit des A gem. §§ 229, 13 I StGB**

Jedoch könnte sich A gem. §§ 229, 13 der fahrlässigen Körperverletzung in Unterlassen zum Nachteil des P strafbar gemacht haben, indem er keine differentialdiagnostischen Untersuchungen zur Abklärung des Befundes vornahm und beim P starke Rückenschmerzen sowie eine generelle Verschlechterung der Symptomatik eintraten.

<sup>105</sup> Kudlich in: BeckOk-StGB, § 15 Rn. 42.2.

<sup>106</sup> BGH NStZ 1985, 26 (27); Sommer/Tsambikakis in: MAhM, § 2 Rn. 89.

<sup>107</sup> Heinrich, Strafrecht AT, Rn. 1046.

<sup>108</sup> Kühl, Strafrecht AT, § 4 Rn. 86.

<sup>109</sup> BGH NJW 1994, 205; OLG Celle StV 2002, 366.

<sup>110</sup> OLG Celle StV 2002, 366 (367); Frisch, Selbstgefährdung im Strafrecht - Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten, NStZ 1992, 1 (3).

<sup>111</sup> Schneider, S. 32.

## I. Tatbestand

### 1. Taterfolg

P war an der Gesundheit geschädigt und körperlich misshandelt<sup>112</sup>, indem bei P starke Rückenschmerzen und eine generelle Verschlechterung der Symptomatik auftraten. Mithin liegt der Taterfolg vor.

### 2. Tathandlung

Die entsprechende Tathandlung ist die Nichtvornahme der differentialdiagnostischen Untersuchungen, die u. U. die Hepatitis aufgedeckt hätte.

### 93 Kausalität des Unterlassens

Das Unterlassen war kausal, indem die Untersuchungen nicht hinzuzudenken sind, ohne dass sich klare Anzeichen für die Hepatitis ergeben hätten und eine weitere Verschlechterung der Symptomatik ausgeblieben wäre.

### 4. Objektive Fahrlässigkeit

Die objektive Fahrlässigkeit ist gegeben.<sup>113</sup>

### 5. Objektive Zurechnung

Die Nichtvornahme der differentialdiagnostischen Untersuchungen begründet die Gefahr einer Verschlechterung der Symptomatik, die sich in dieser niederschlägt. Der Tatbestand ist folglich erfüllt.

### 6. Garantenpflicht

A war aufgrund der tatsächlichen Übernahme der Behandlung Garant.<sup>114</sup>

## II. Rechtswidrigkeit

A handelte auch rechtswidrig.

## III. Schuld

A müsste subjektiv sorgfaltswidrig handeln und der Erfolg müsste subjektiv vorhersehbar gewesen sein. Dafür muss der Täter nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen in der Lage gewesen sein, sich sorgfältig zu verhalten und den Erfolgseintritt im Ergebnis

vorherzusehen.<sup>115</sup> Dem stehen keine Angaben bzgl. der Fähigkeiten und Kenntnisse des A entgegen. A handelt folglich schuldhaft.

## IV. Ergebnis

A hat sich gem. §§ 229, 13 I strafbar gemacht.

## Strafbarkeit des Dr. R

### A. Strafbarkeit des R gem. §§ 222, 13 I

R könnte sich gem. §§ 222, 13 I zum Nachteil des P der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen strafbar gemacht haben, indem er dem Befundbericht kritiklos vertraute und selbst keine Bemühungen zur Abklärung des Befundes vornahm und P verstarb.

### I. Tatbestand

#### 1. Erfolg

Der Erfolg, der Tod des P, ist eingetreten.

#### 2. Tathandlung

Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt in der Nichtvornahme weiterer Befunderhebungen, nicht in der Verschreibung der Schmerzmittel.

#### 3. Kausalität des Unterlassens

Das Unterlassen des R ist ebenso kumulativ kausal<sup>116</sup> wie das des A, indem die Nichtvornahme weiterer Behandlungen nicht hinzuzudenken ist, ohne dass der Tod als Folge der Hepatitis entfällt.

#### 4. Objektive Fahrlässigkeit

##### a) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung

Fraglich ist, ob es sich um einen objektiven Sorgfaltspflichtverstoß handelt, dass R den Befundbericht des A kritiklos zur Kenntnis nahm und darauf vertraute, dass die Diagnose zutraf. In Fällen, in denen ein Facharzt für Allgemeinmedizin und ein anderer Facharzt zusammenarbeiten, wird von sog. horizontaler Arbeitsteilung gesprochen.<sup>117</sup> Die horizontale Arbeitsteilung wird durch den Vertrauensgrundsatz geprägt. Danach soll jeder Arzt in der horizontalen Arbeitsteilung nur für die eige-

<sup>112</sup> S. o. unter Dr. S B. I. a).

<sup>113</sup> S. o. unter Dr. A A. 4.

<sup>114</sup> S. o. unter Dr. A A. I. 2.

<sup>115</sup> BGH NJW 1958, 1980 (1982).

<sup>116</sup> S. o. unter Dr. A A. I. 3.

<sup>117</sup> Brose in: Roxin/Schroth, 52; Ulzenheimer, Rn 237f.

nen Sorgfaltspflichtverletzungen und nicht für Erfolge, die sich realisiert haben, weil er nicht überprüft, ob sich ein Kollege sorgfaltsgemäß verhält, haften.<sup>118</sup>

#### **a) Geltung des Vertrauensgrundsatzes**

Der Vertrauensgrundsatz entfaltet nur dort Wirkung, wo die Kompetenzen klar abgegrenzt wurden. A handelt gerade im Zuge eines Überweisungsauftrages zur Abklärung eines Befundes. Der Zweck einer solchen Überweisung ist es insbesondere, einem Spezialarzt die Kompetenz aufgrund seines überlegenen Fachwissens zu übertragen. Bei einer solchen Kompetenzzuweisung soll der Vertrauensgrundsatz in der Regel gelten.<sup>119</sup>

#### **bb) Ausnahme vom Vertrauensgrundsatz**

Der Vertrauensgrundsatz könnte eine Einschränkung erfahren, indem R erkannte, dass A keine differential-diagnostischen Untersuchungen vorgenommen hat und sich zudem die Symptomatik des P enorm verschlechterte. Eine Ausnahme vom Vertrauensgrundsatz liegt vor, wenn ein Arzt das Verhalten eines Kollegen als Sorgfaltspflichtverletzung erkennt.<sup>120</sup> R erkennt die Nichtvornahme der Untersuchungen durch A. Es ist davon auszugehen, dass er darin den Sorgfaltsvorstoß erkennt, indem ihm sonst nicht aufgefallen wäre, dass A die Untersuchungen nicht vorgenommen hat. Zudem ist das Ausmaß des Risikos für die Gesundheit des Patienten bei Vertrauen in fehlerhaftes Verhalten verschärfend zu berücksichtigen.<sup>121</sup> Hier steht eine Leberschädigung im Raum, sodass eine fehlerhafte Diagnose, wie auch im vorliegenden Fall, zu letalen Schäden führen kann. R hat die Sorgfaltspflichtverletzung erkannt, sodass der Vertrauensgrundsatz einzuschränken ist. R handelt seinerseits objektiv sorgfaltswidrig.

#### **b) Objektive Vorhersehbarkeit**

Der Erfolg ist ebenso wie bei A objektiv vorhersehbar.<sup>122</sup>

#### **5. Objektive Zurechnung**

Zwar schafft R durch die Nichterkennung und Nichtbehandlung der Hepatitis die Gefahr des Todes. Dennoch ist der Zurechnungszusammenhang aufgrund der frei-verantwortlichen Selbstgefährdung des P unterbrochen.<sup>123</sup>

#### **II. Ergebnis**

R hat sich nicht gem. §§ 222, 13 I strafbar gemacht.

#### **B. Strafbarkeit des R gem. §§ 229, 13 I**

Jedoch könnte sich R der fahrlässigen Körperverletzung durch Unterlassen

strafbar gemacht haben, indem er den Befundbericht von A kritiklos zur Kenntnis nahm, darauf vertraute, dass die Diagnose zutraf und selbst keine Bemühungen zur Abklärung des Befundes vornahm und sich die Symptomatik nach der zweiten Vorstellung bei R verschlechterte.

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Erfolg**

P war an der Gesundheit geschädigt und körperlich misshandelt<sup>124</sup>, indem bei ihm nach dem zweiten Besuch bei R ein beginnendes Nierenversagen, zunehmendes Leberversagen und die entsprechenden Symptome eintraten.

##### **2. Tathandlung**

Die wesentliche Tathandlung ist die Nichtvornahme weiterer Untersuchungen bzw. Behandlungen.

##### **3. Kausalität des Unterlassens**

Das Unterlassen des R ist kumulativ mitursächlich wie das des A.<sup>125</sup>

##### **4. Objektive Fahrlässigkeit**

R verhielt sich objektiv fahrlässig.<sup>126</sup>

<sup>118</sup> BGH NJW 1980, 649 (650); 1991, 1539 (1539f.).

<sup>119</sup> Ulsenheimer, Rn. 238.

<sup>120</sup> Brose in: Roxin/Schroth, 59; Knauer/Brose in: Spickhoff, § 222 Rn. 11.

<sup>121</sup> Terbille, in: MAhM, § 3 Rn. 77.

<sup>122</sup> S. o. unter Dr. A A. I. 4. b).

<sup>123</sup> S. o. unter Dr. A A. I. 5. c).

<sup>124</sup> S. o. unter Dr. A B. I. 1.

<sup>125</sup> S. o. unter Dr. A B. I. 3.

<sup>126</sup> S. o. unter Dr. R A. I. 4.

## 5. Objektive Zurechnung

R hat durch die Nichtvornahme weiterer Untersuchungen die Gefahr geschaffen, dass niemand die Hepatitis erkennt und sich die Symptomatik weiterhin verschlechtert. Diese Gefahr hat sich zumindest bis zum Aufenthalt im Krankenhaus realisiert.

## 6. Garantenstellung

Auch R ist kraft tatsächlicher Übernahme Garant des P.

## II. Rechtswidrigkeit

R handelte auch rechtswidrig.

## III. Schuld

Indem keine Angaben ersichtlich sind, dass A individuell nicht in der Lage war, die Sorgfaltswidrigkeit und Vorhersehbarkeit des Erfolges zu erkennen, handelte er subjektiv fahrlässig<sup>127</sup>. R handelte somit schuldhaft.

## IV. Ergebnis

R hat sich gem. §§ 229, 13 I strafbar gemacht.

## Gesamtergebnis

T hat sich gem. § 212 I StGB strafbar gemacht. S hat sich nicht strafbar gemacht. A und R haben sich in Nebentäterschaft jeweils gem. §§ 229, 13 I strafbar gemacht.

---

<sup>127</sup> S. o. unter Dr. A B. III.

## Interview: Prof. Dr. Temming

Professorinnen und Professoren an unserer Fakultät sind keine unnahbaren, unpersönlichen Rechtslehrer. Jede und jeder hat einen Werdegang, Vorlieben und Erlebnisse, die vielleicht ihren Vorlesungsstil beeinflussen, ihr Lieblingsseminar begründen oder Ausdruck in den letzten Veröffentlichungen finden. Die Juristische Fakultät Hannover ist keine farblose, uniforme Juristenschule, sondern Teil einer weltoffenen Universität mit verschiedensten Personen und Persönlichkeiten. In unseren Interviews wollen wir diese Persönlichkeiten erlebbarer machen.

Professor Dr. Felipe Temming, LL.M. (LSE) ist seit 2016 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der Juristischen Fakultät in Hannover.

### Wo und wann haben Sie studiert? Welchen Schwerpunkt haben Sie gemacht?

Ich habe von 1994 bis 2000 in Trier, Köln und London studiert, von 2002 bis 2004 das Referendariat in Köln absolviert (OLG Köln) und danach an der Universität zu Köln promoviert (2005 bis 2007).

Die Reform der Studienausbildung war zu meiner Zeit noch in weiter Ferne. 100 Prozent staatliche Examensprüfung, vor der wir einen „Höllenrespekt“ hatten. An der Universität gab es nur Seminar- statt Schwerpunktarbeiten. Meine Seminararbeiten habe ich im rechtsvergleichenden Verfassungsrecht (Trier), Völkerrecht (London) und dann im Arbeitsrecht geschrieben (Köln). Grundlagenscheine hatte ich im Bereich Methodenlehre und Rechtsgeschichte abgelegt. Mein Wahlfach, das in das erste juristische Staatsexamen mit einfloss, war Völker- und Europarecht. Die Uni Trier war eine der wenigen Universitäten, die schon damals eine fachspezifische Fremdsprachenausbildung anbot. Ich habe Spanisch dafür gewählt, was mir naturgemäß viel Spaß gemacht hat.

### Sind Sie selbst mal durch eine Übung/Klausur gefallen?

In der Tat bin ich einmal in der Referendars-AG durch eine meiner ersten Klausuren gefallen. Ich hatte mein Gehirn gedanklich wohl noch nicht richtig vom Gutachten- (Uni) auf den Urteilstil (Referendariat) umgestellt und prompt war das anzufertigende Urteil unter dem Strich. Wie man Urteile richtig schreibt, weiß ich seitdem.

### Worüber haben Sie promoviert?

Meine Dissertation handelt von der „Altersdiskriminierung im Arbeitsleben“ (C.H. Beck Verlag, 2008). Die Arbeit befasst sich mit dem internationalen, europäischen und nationalen Arbeitsrecht sowie unions- und völkerrechtlichen Themen. Letztlich geht es um den Menschenrechtsschutz auf dem Gebiet des Arbeitsrechts. Arbeitnehmer werden aufgrund ihres Alters immer wieder entweder benachteiligt oder bevorzugt. Gerade das deutsche Arbeitsrecht ist (immer noch) durchzogen von altersdiskriminierenden Vorschriften, die sich kaum rechtfertigen lassen. Man denke nur an allgemeine Altersgrenzen. Aufhänger meiner Dissertation war das sog. Mangold-Urteil des EuGH vom November 2005 (C-144/04). Es postulierte das unmittelbar anwendbare Verbot der Altersdiskriminierung auf der Ebene des Primärrechts (heute niedergelegt in Artikel 21 Grundrechtecharta). Es ist eines der umstrittensten Urteile der jüngeren Zeit. Die Kritiker sind Legion. Ich bin einer der wenigen Verfechter dieses sehr vertretbaren Urteils. Jedenfalls analysiere ich unter rechtsmethodischen Gesichtspunkten den Reformbedarf im deutschen Arbeitsrecht am Maßstab des primär- und sekundärrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung und beziehe auch demographische und entwicklungspsychologische Erkenntnisse ein.

### Und worüber haben Sie habilitiert?

Meine Habilitation habe ich zu dem Thema „Der ver-

tragsbeherrschende Dritte“ (Nomos Verlag, 2015) geschrieben. Darin untersuche ich Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Situationen, in denen ein Dritter die Beziehung zwischen zwei Vertragspartnern beherrscht, weil er über eine Partei Macht ausübt. Der Grund dafür liegt in einer Einflussmöglichkeit, die auf Austausch- oder Organisationsverträge zurückzuführen ist. Meine Hauptthese ist, dass die Drittbeherrschung eines Schuldverhältnisses eine auf Macht basierende Sonderverbindung gem. § 311 III, II Nr. 3 BGB zwischen dem Dritten und dem nicht beherrschten Vertragspartner begründet, die Pflichten nach § 241 II BGB erzeugt. In Verbindung mit § 280 I BGB lässt sich damit eine weitere Haftungsfigur neben der *culpa in contrahendo* herleiten. Bezeichnet habe ich diese als *culpa in dominando*, ohne dass mit diesem Ausdruck rechtshistorische Patina aufgetragen werden soll. Auf diese Weise lässt sich vor allem ein bekanntes konzernarbeitsrechtliches Problem lösen, nämlich die Frage nach konzernweiten Weiterbeschäftigungsansprüchen im Falle einer Arbeitgeberkündigung. Die grundsätzliche Konzerndimensionalität des KSchG lässt sich entgegen der ganz herrschenden Meinung relativ zwanglos auf Grundlage dieser Sonderverbindung lösen.

#### **Wo haben Sie Ihren Master gemacht?**

Meinen LL.M. habe ich an der London School of Economics and Political Science absolviert (LSE). In Vorbereitung meines Erasmus-Jahres an der University of East London hatte ich an der LSE eine vom DAAD bezahlte Sommerschule zum englischen Recht besucht. Dort verabschiedete man uns mit dem Hinweis, dass man sich ja einmal um einen LL.M. bewerben könnte. Es hatte mir in den drei Wochen dort so gut gefallen, dass ich wieder zurückwollte. Das hat dann geklappt. Im Juli hatte ich mein erstes Staatsexamen und zwei Monate später fing der Master an der LSE an. Letztlich hatte ich dort das Wahlfach Corporate and Commercial Law. Eine sehr prägende und ereignisreiche Zeit; der Bericht darüber ist abgedruckt in der JuS 2002, Heft 2 (zu finden bei rws.beck.de).

#### **Sind Sie während des Studiums ins Ausland gegangen?**

Ja. Und, wie Sie sehen, war es immer Großbritannien, insbesondere London: Sommerschule, Erasmus und Master – alles dort. Die Stadt ist zwar extrem (zugespitzt damals „Der Englische Patient“, Stern Nr. 22/2001), aber sie hat etwas ganz besonderes, vor allem die Studenten aus aller Welt. Wenn ich jetzt noch einmal die Wahl hätte, würde ich gerne einmal nach Spanien oder Südamerika gehen.

#### **Haben Sie an einem kommerziellen Repetitorium teilgenommen?**

Das wird man im Plural formulieren müssen. Ich habe Kurse an den damaligen großen und gängigen Repetitorien belegt. Dasselbe gilt für das universitäre Repetitorium oder den universitären Examensklausurenkurs an der Universität zu Köln. Die Bandbreite resultierte einfach daraus, dass ich nach den Dozenten gegangen bin. Das gilt für die Repetitorien genauso wie für die Universität. Ich bin ein sog. Hörtyp. Das war eine sehr intensive Phase. Wir haben uns aber auch Zeiten der Entspannung gegönnt. Schließlich habe ich mich nach dem Jahreskurs noch vier Monate selbst auf das Examen vorbereitet.

#### **Hat sich diese Kombination aus universitären und kommerziellen Repetitorien als nützlich erwiesen?**

Für mich ja. Ich habe aus allen Kursen, Seminaren oder Klausuren etwas mitgenommen. Ich muss betonen, dass es eine sehr juristische Antwort ist, weil es wirklich auf den Einzelnen oder die Einzelne ankommt. Was mir liegt, kann für andere alles andere als die optimale oder perfekte Vorbereitung auf das Examen sein.

#### **Wie hat sich Ihre Examensvorbereitung abgesehen vom Repetitorium gestaltet?**

Wenn ich keine Kurse beim Repetitorium hatte, habe ich den Stoff nach- und vorbereitet. Daneben hatte ich auch mit zwei Kommilitonen eine Lern-AG, zu der wir uns regelmäßig getroffen haben. Jeder hat dort Fälle vorbereitet, die die anderen lösen mussten. Da ich von Trier nach Köln kam, musste ich auch viel Handels-, Gesellschafts-, Arbeits- und Prozessrecht lernen. Das wurde damals in Köln alles verlangt, was mir vorher gar nicht so klar ge-

wesen war. Entsprechend habe ich noch viele Vorlesungen an der Universität belegt.

#### **Wenn Sie kein Jura studiert hätten und heute kein Professor wären, was wären Sie dann?**

Wenn ich kein Professor geworden wäre, besteht eine Wahrscheinlichkeit dafür, dass ich Journalist geworden wäre. Ich war als Schüler freier Mitarbeiter bei einer Tageszeitung und habe gerne Artikel geschrieben und fotografiert. Ich habe eine Zeit lang überlegt, bevor ich Jura angefangen habe zu studieren. Zunächst hatte ich mich für Fächer eingeschrieben, die mich in der Schulzeit begeistert haben. Physik, Mathematik und Informatik waren darunter, auch Sprachwissenschaften. Am Ende habe ich dann aber meine Liebe zum Subsumtionsstil, dem Nackenstich- und Sirius-Fall, dem Abstraktionsprinzip und juristischen Humor gefunden.

#### **Würden Sie Studierenden einen Auslandsaufenthalt empfehlen?**

Ja! Unbedingt! Bei Beratungsbedarf und für Fragen stehe ich gerne zur Verfügung.

#### **Wo sollte man hingehen? Warum dorthin?**

Das hängt natürlich von Ihnen selbst ab – von ihrer Veranlagung, ihrer Biographie oder ihren Interessen. Konkret kann ich das nicht beantworten. Generell lässt sich sagen, dass man während des Studiums meistens ungebundener ist als in späteren Lebensphasen. Lange Auslandsaufenthalte sind daher besser während des Studiums unterzubekommen. Ein Jahr ist besser als sechs Monate, weil meistens die zweiten sechs Monate den gesamten Aufenthalt erst richtig rund werden lassen. Erasmus, gemeinsame Studiengänge oder ein Master bieten sich als institutionelle Rahmen an. Aber man kann sich auch etwas auf eigene Faust organisieren. Wichtig ist, dass man sich darin wiederfindet und es den eigenen Neigungen entspricht – sprachlich, inhaltlich und persönlich. Dass Englisch wichtig ist, muss ich nicht betonen. Wer aber beispielsweise Unionsrecht sehr mag und in den Institutionen, insbesondere beim EuGH, einen Fuß in die schwer zu öffnende Tür bekommen möchte, dem rate

ich dringend Französisch an. In meiner Funktion als Vertrauensdozent der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit begeistern mich aber auch immer wieder „exotischere“ Projekte von Stipendiaten, deren Skizze ich begutachten soll, wenn diese außerhalb derjenigen Länder liegen, die regelmäßig Ziel von Auslandsaufenthalten sind. Es ist irgendwo eine Abwägung zwischen den persönlichen Neigungen und den Anforderungen, die der Beruf und der Markt später stellen. Es ist doch für ihre und für meine Generation so einfach wie nie zuvor, einen Auslandsaufenthalt zu planen und erfolgreich durchzuführen. Das ist unschätzbar.

#### **Was hat sich seit Ihrer Studienzeit im Jurastudium geändert?**

Am augenfälligsten ist für mich, dass die jetzt aktuellen Auflagen der Standardlehrbücher, die schon damals Standardlehrbücher waren und mit denen ich gearbeitet habe, immer dicker werden. Das war schon damals so. Mein Vater ist auch Jurist, und ich hatte mir am Anfang des Studiums seinen Medicus in der Erstauflage mit nach Trier genommen. Da war das noch ein dünnes Büchlein – kaum zu glauben (richtig verstanden habe ich es erst während der Examensvorbereitung). Was ich damit sagen möchte, ist: Das Wissen explodiert, gerade jetzt im Zeitalter der Digitalisierung und Informatisierung. Wir hatten – Gott sei Dank – schon damals die juris-Datenbank (beck online gab es noch nicht), aber ohne Datenbanken geht es heute schlichtweg nicht mehr. Umso wichtiger ist es, Grundstrukturen zu beherrschen und methodisches Verständnis zu besitzen, weil man ansonsten in der juristischen Welt nicht mehr sicher navigieren kann, sondern Schiffbruch erleiden wird, vor allem wenn der berühmte „unbekannte Fall“ kommt (im Leben oder in der Klausur). Das heißt, dass man aus all dem Detailwissen die essentialia herausfiltern muss, um Grundverständnis zu schaffen. Das geht auch nicht, ohne den Stoff an einigen Stellen zu beschränken. Nach meinem Dafürhalten haben es heutige Studierende insoweit noch schwieriger als wir damals. Ihnen wird viel abverlangt. Es ist daher wichtig, sich einen guten Überblick zu verschaffen und Kernstruktur-

ren zu erarbeiten. Das gilt vor allem für das Unionsrecht, dass sich mittlerweile genauso ausdifferenziert hat wie unsere nationalen Teilrechtsgebiete. Ohne EU-Recht geht es kaum noch. Die EU ist ohnehin unser Schicksal.

### **Was machen Studierende heute anders als früher? Was machen sie besser?**

Ich denke, dass Lernverhalten hat sich stark gewandelt. Die Digitalisierung hat ja Einzug gehalten. Zu meiner Zeit haben wir eigene Mitschriften erstellt – handschriftlich versteht sich. Vielleicht haben wir diese dann zu Hause abgetippt und abgespeichert. Heute sitzen viele Studierende bereits im Hörsaal mit dem Laptop und tippen alles ein. Die „Folienkultur“ ist dauerpräsent.

Materialien werden heruntergeladen. Es gibt Moot Courts und Rechtskliniken. Klausuren werden teilweise schon online auf dem Computer angefertigt und digital korrigiert, so erzählte es mir ein Freund, der Professor an der juristischen Fakultät der Universität Oslo ist. Heutige Studierende nutzen die offenen Grenzen noch mehr als wir damals. Reisen und Fremdsprachen zu beherrschen, ist völlig normal. Jura hat sich noch mehr internationalisiert. Das ist gut so und wird von den Studierenden noch besser ausgelebt als von uns damals.

### **Was machen sie schlechter?**

Um hier nicht zu wiederholen, was mein geschätzter Kollege Christian Heinze gesagt hat, verweise ich auf seine Antwort (HanLR 2018, 265). Ich kann ihm in Bezug auf die Schwächen bei der Beherrschung der deutschen Sprache und der manchmal fehlenden Eigenständigkeit bei den Studierenden leider nur zustimmen. Ersteres habe ich jüngst wieder erlebt, als ich Schwerpunktarbeiten korrigiert habe. Daher: Pflegen Sie die deutsche Sprache. Das ist Ihr Handwerkzeug und noch dazu ein wunderschöner kultureller Schatz, den wir nicht zugunsten neudeutscher Anglizismen leichtfertig opfern sollten. Sonst ertappen Sie sich irgendwann dabei, dass Sie in England einen coffee to go bestellen.

### **Was würden Sie am Jurastudium in Hannover verändern?**

Wahrscheinlich würde ich im Schwerpunktbereich wieder die Anfertigung schriftlicher Aufsichtsarbeiten einführen und eine Entscheidung rückgängig machen, die vor einigen Jahren gefällt wurde. Der zu vermittelnde Stoff wird einfach besser verinnerlicht, wenn man diese Prüfungsleistung vorsieht. Außerdem geht es um den Schwerpunkt, mit dem man seine persönlichen Neigungen und speziellen juristischen Kompetenzen ausweist. Aber mit diesem Petitorum gehöre ich vielleicht zu einer Mindermeinung.

### **Welche Lehrveranstaltung fehlt in Hannover?**

Nach meiner Meinung wäre eine Vorlesung wie AGB- und Verbraucherrecht sehr sinnvoll. Am Unionsrecht kommt man, wie bereits ausgeführt, ohnehin nicht herum. Generell weiterführend sind Querschnittsvorlesungen, wie bspw. Kreditsicherungsrecht. Das hat mein Kollege Christian Wolf jüngst gelesen. Grundlagenvorlesungen fördern das juristische Verständnis und bereiten zudem gut auf Auslandseinsätze an Universitäten anderer Rechtskreise vor. In Großbritannien ist das Studium bspw. viel „sozialwissenschaftlicher“ aufgeladen als bei uns. Erst im Ausland ist mir aufgefallen, wie positivrechtlich unser Studium doch ist. Das ist übrigens auf Weichenstellungen im 19. Jahrhundert und Entscheidungen berühmter Juristen zurückzuführen. Ein historischer Umstand, an den ich mich noch aus meiner Grundlagenvorlesung zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit erinnere.

### **Was würden Sie hinsichtlich des Jurastudiums in Hannover beibehalten, was ist gut?**

Die Präsenz und Stärke mit Blick auf die Moot Courts ist ein großes Pfund. Leistungsanreize setzt die Deans' List – das finde ich gut und kenne es sonst nur noch aus einer wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät. Jedes Mal, wenn wir das Vorlesungstableau für die kommenden Semester im Professorium durchgehen, fällt mir auf, wie breit und divers das Angebot hier in Hannover ist.

## **Was würden Sie tun, wenn sie einen Tag lang Unipräsident mit unendlich vielen Mitteln wären?**

Präsident der LUH zu sein, ist eine große Herausforderung. Unser Präsident macht einen guten Job und die jüngsten Erfolge bei den Exzellenzclustern sind großartig. Vielleicht ist noch mehr drin. Zugegebenermaßen teile ich nicht sämtliche Linien und Haltungen, aber das lässt sich nun mal nicht vermeiden. Aber zurück zur Frage: Einmal Präsident zu sein, an der LUH und dann mit der traumhaften Gelddruckmaschine? Eine große wunderschöne juristische Bibliothek würde dann in Auftrag gegeben werden, mit einem einmaligen Bücherstand und inklusive aller Optimum- und Premiumlizenzen für juristische Datenbanken (natürlich mit freiem Zugang auch für Studierende). Wahrscheinlich würde auch die Contine einem vorsichtigen Lifting unterzogen werden. Gutes Essen in weitläufigen Räumen ist wichtig. Moderne Sportanlagen – vor allem mit einem 50 Meter Schwimmbecken – um die Ecke runden das Ensemble ab. Wie Sie merken, hört sich das alles nach einem traumhaften Campus an, an dem es für jeden einmal am Tag einen frisch gepressten Orangensaft gibt.

## **Was würden Sie gern den Erstsemestern in Hannover mit auf den Weg geben?**

Jeder muss sich genau überlegen, ob dieses Studium für einen sinnvoll ist. Am Beginn lacht man nicht über Witze, die später für Juristen einfach nur komisch sind. Das Studium verändert einen, man oder frau wird zum Juristen. Das ist das, was Sie von sich selbst am Ende Ihrer Tage sagen werden und das müssen Sie wirklich wollen. Ich habe während meines Studiums einen ehemaligen Kommilitonen später einmal zufällig in Rom vor der Engelsburg getroffen. Er hatte Jura nach einem Semester abgebrochen und war Priester geworden. Damit war er glücklich.

Es ist darüber hinaus auch wichtig, von Anfang an dabei zu bleiben und zu studieren bzw. zu lernen. Dann ist das letzte Jahr auch nicht ganz so anstrengend und der Berg nicht ganz so groß. Für alles andere gibt es Wochenende und Urlaub. Wichtig ist schließlich, viele Fächer zu hören. Nur so kann man seine eigenen Neigungen erspüren und später beruflich verfolgen. „Go shopping!“, riefen die

Programmkoordinatoren uns damals an der LSE zu und motivierten uns, in so viele Vorlesungen wie möglich zu gehen und dort einmal reinzuhören.

## **Welchen Ratschlag haben Sie für die Examenskandidaten?**

Horchen Sie in sich hinein und finden Sie heraus, was für ein Lerntyp sie sind. Unabhängig davon ist Verständnis das wichtigste. Also sollte man nicht nur stupide auf Wissen lernen. Eine Lern-AG ist daher sinnvoll. Nur was man verstanden hat, kann man seinem Gegenüber erklären und vermitteln.

## **Was ist für ein erfolgreiches Jurastudium wichtig?**

Liebe zur Sprache, Empfinden für Fragen der Gerechtigkeit, Interesse an politischen und grundlegenden Zusammenhängen, Hang zu logisch strukturiertem Denken und Zahlenverständnis (ungeachtet eines oft zitierten lateinischen Sprichworts). Wer in der Oberstufe oder im Abi beispielsweise in Deutsch, Fremdsprachen, Mathe, Informatik, Latein oder Altgriechisch gut abgeschnitten hat, der bzw. die wird auch das rechtswissenschaftliche Studium sicherlich meistern. Zudem wird sich wohl auch eine bestimmte Prognose aufstellen lassen, dass ihm bzw. ihr das Jura-Studium liegen wird. Allgemein ist es wohl so, dass im Falle überdurchschnittlicher Abiturnoten auch das rechtswissenschaftliche Studium gelingen wird. Gerade deshalb ist es aber so wichtig, mit sich selbst im Klaren darüber zu sein, ob dieses Studium wirklich das richtige ist.

## **Was gefällt Ihnen an der Stadt Hannover besonders gut?**

Mir liegen Städte, die einerseits groß und eben daher echte Städte sind, in denen man sich aber gleichzeitig nicht verliert und wo alles gut erreichbar ist. Hannover ist so eine Stadt. Generell mag ich Seen. Am Maschsee spazieren zu gehen, ist schön. Toll sind auch die Herrenhäuser Gärten mit den umliegenden kulinarischen Angeboten. Als halber Münsterländer freut es mich auch, dass Hannover flach ist und man deshalb in und um Hannover herum gut Fahrrad fahren kann.

**Was gefällt Ihnen gar nicht?**

Da ich noch relativ neu hier bin, möchte ich mir darüber noch kein Urteil erlauben.

**Welches Restaurant besuchen Sie gerne in Hannover?**

Das gastronomische Angebot ist echt beeindruckend. In der Tat gibt es da ein oder zwei griechische Restaurants, die ich sehr mag, würde aber ansonsten auf DSGVO verweisen wollen.

**Welches Land muss man bereist haben?**

*Boldly travel, where no one has gone before:* Reisen Sie, die Welt steht Ihnen offen. Und vergessen Sie gleichzeitig nicht, wie viel Deutschland selbst zu bieten hat.

**Wenn Sie statt 90 Minuten Vorlesung einen Film zeigen müssten – welcher wäre das?**

Es gibt einen tollen australischen Kurzfilm, den ich mal im Grundkurs Arbeitsrecht gezeigt habe: „The Interview“. Sehr tiefgründig. Arbeitsrechtliche Bezüge haben auch ein paar Folgen von „Suits“. Ansonsten sind es eher fachfremde Filme, die ich dann wohl außer der Reihe zeigen würde: „Der Vorleser“, beispielsweise. Oder „Der Staat gegen Fritz Bauer“, „Erin Brockovich“ hat auch was.

**Studenten lesen gern, brauchen also Buchempfehlungen. Bitte empfehlen Sie unseren Leserinnen und Lesern a) ein ausbildungsrelevantes Buch**

Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts (3. Aufl., 2017, Nomos) – ein tolles Buch, welches das zivilrechtliche Denken über die vergangenen Jahrzehnte hinweg auf Grundlage der Biographien berühmter Zivilisten und ihrer Werke exzellent darstellt. Absolut gewinnbringend.

**b) ein (oder zwei) Werke der Belletristik**

Die Biographie über Berthold Beitz von Joachim Käppner (erschienen im Berlin Verlag) hat mich sehr beeindruckt, ebenso Golo Manns „Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts“. Sehr gefallen haben mir auch „Die Entdeckung des Himmels“ von Harry Mulisch und „Die dunkle Seite des Mondes“ von Martin Suter.

**Wenn ich sie auf die Palme bringen wollte, dann wende ich mich an Sie und sage: „...“?**

Da muss ich erst mal überlegen. Vielleicht wären es Sätze wie dieser: „Aber das, was Sie sagen, ist ja gar nicht herrschende Meinung“.

## Einstieg ins Studium, erste Hilfe für Erstis

Und plötzlich ist es wieder wie am ersten Tag in der fünften Klasse. Man gehört wieder zu den Kleinen, den „ErSies“.

Nachdem man gerade den einen Lebensabschnitt beendet hat, kommt nunmehr eine neue Herausforderung auf einen zugerast. So stellen sich vor dem Studienbeginn viele Fragen.

Werde ich nette Leute kennenlernen? Woher weiß ich wann ich wo hin muss? Und wie finde ich, wenn ich es dann endlich weiß, überhaupt da hin? Welche Leistungen muss ich für die Zwischenprüfung erfüllen und gibt es auch noch freiwillige Projekte neben dem Studium? Diese und andere Fragen schwirren vielen durch den Kopf. Doch wie sich herausstellen wird werden sich all diese Fragen schon bald wie von selbst lösen.

Klar - im ersten Moment ist man eventuell doch etwas überfordert. Angekommen vor dem Hauptgebäude strömen über tausend „ErSies“ in den Lichthof. Doch zum Glück fängt die Fachschaft vor dem Gebäude die neuen Studierenden ab und gibt erste Orientierung. Am Königsworther Platz dann die Erkenntnis: Hieß es nicht, dass man hier in einem Schloss studiert? Wäre auch zu schön gewesen, um wahr zu sein. Der Campus am Königsworther Platz in seinem 60er-Jahre Baustil hat aber dennoch seinen Charme und: alle Wege sind nur sehr kurz. Sich zurecht zu finden kann also doch nicht so schwer sein. Zudem wird man ja gleich zu Anfang in die Tutorien eingeteilt. Dort bekommt man die Möglichkeit erste Kontakte zu anderen Kommilitonen und Kommilitonen zu knüpfen und es wird einem erleichtert in das Studium einzusteigen.

Die „ErSie-Woche“ bietet viel Abwechslung. Von der Rallye über jede Menge Partys bis hin zu gemütlichen Treffen am Abend. Die ersten juristischen Grundlagen, sowie alles über den Ablauf des Studiums wurden erklärt und man erfährt worum es beim Studium der Rechtswissenschaften im Groben eigentlich geht.

Wie sich in den Vorlesungen herausstellen sollte, war das dann doch nicht gleich der Fall.

Die Arbeitsgemeinschaften sollten Hilfe bringen, doch die Prophezeiungen der höheren Semester stellten sich als ernste Realität heraus. Kaum drückt man bei der AG-Anmeldung zu spät auf Aktualisieren, ist es auch schon passiert: Die Wunsch-AG ist weg. Naja, so schlimm ist das dann doch nicht. Okay, es sei denn es trifft den unfreien Tag der Woche.

Dennoch lernt man in allen Arbeitsgemeinschaften ebenso, wie in den Tutorien, die ein oder andere neue Person kennen und der gesamte Stoff aus der Vorlesung wird noch einmal konkret an Fällen verdeutlicht.

Ab diesem Zeitpunkt fängt das Semester dann auch schon rasend an zu laufen. Ehe man sich versieht stehen die ersten Probeklausuren an. Alle AG-Leiter sagen einem, dass man unbedingt an ihnen teilnehmen soll. Damit haben sie Recht. Zwar müssen die Probeklausuren nicht unbedingt einen Richtwert darstellen, dennoch sind sie hilfreich um grundlegende Fehler im Gutachtenstil zu verbessern und Klausurtechnik zu lernen.

Plötzlich stehen sie aber doch an. Die Abschlussklausuren. Da hat man gerade noch mit seinen Kommilitonen Glühwein vor der „HanoMacke“ getrunken und dann stehen sie an. Spätestens dann ist lernen angesagt. Und es stimmt. Nicht einmal für das Abitur - vielleicht hat man es dafür auch gar nicht getan - lernt man so viel, wie für eine zweistündige Erstsemesterklausur. Doch mit regelmäßiger Teilnahme an den Arbeitsgemeinschaften und konstanter Nacharbeit der Vorlesungen kann man dann doch alles bewältigen.

Schließlich schließt die erste Hausarbeit das erste Semester ab. Nun ist der Bücherkampf angesagt. Vom Bücherverstecken bis hin zum Ausreißen von Seiten ist alles schon da gewesen. Mein persönlicher Tipp: Macht es anders.

Nutzt die Freundschaften, die ihr geschlossen habt, um die Zeit gemeinsam zu überstehen und konzentriert euch im Übrigen auf die eigene Leistung nicht auf das Boykottieren anderer. Denn dadurch ist noch niemand besser geworden.

Neben dem Studium, den sozialen Kontakten und dem eigenen Haushalt sollte man (außer)universitäres Engagement nicht aus dem Blickwinkel verlieren. Klar, im ersten Semester gilt es erstmal einen guten Einstieg zu finden. Doch nach den ersten „Semesterferien“ findet man sich schon gut zurecht. Es wäre schade spannende und vielfältige Möglichkeiten zu verpassen. Mit dem Austausch untereinander und Informationen von der Homepage, sowie sozialen Netzwerken wächst der Überblick über die Chancen, die es zu ergreifen gilt.

Simulierte Gerichtsverhandlungen (Moot Courts), erste Schritte in der anwaltlichen Beratungspraxis durch die Refugee Law Clinic oder die Legal Clinic, Engagement in der Fachschaft oder auch eine Mitarbeit in der Redaktion der Hanover Law Review ermöglichen neue Eindrücke zu gewinnen, Ansprechpartner kennenzulernen und an den Projekten zu wachsen.

Dafür gibt es auch genügend Hilfestellungen, die einem den Studienalltag erleichtern können. So hilft im ersten Semester gerade der Kontakt zu den Tutorinnen und Tutoren.

Stellt Fragen, schlagt Veranstaltungen vor und benennt Probleme die ihr in den Vorlesungen, in den Arbeitsgemeinschaften oder beim Lernen habt. Zumindest meine Tutorin und mein Tutor waren dafür stets aufgeschlossen und hilfsbereit. Am Ende des ersten Semesters solltet ihr auf die Anmeldemöglichkeit für das weiterführende Tutorium II achten. Außerdem kann ich euch aus persönlicher Erfahrung das Mentorenprogramm „JurMent“ sehr ans Herz legen. Mit einem persönlichen Mentor oder einer Mentorin habt ihr jemanden Erfahrenen an eurer Seite, der euch im weiteren Studienverlauf individuell unterstützt. Auch lernt ihr die anderen Mentees und Mentoren kennen und trefft euch zu Workshops in den Bereichen, in denen ihr gerne Hilfestellungen haben wollen würdet.

Wie ihr seht haben sich alle Fragen vom Anfang geklärt und man lernt vor allem in den ersten Semestern leicht viele tolle, neue Leute kennen.

Habt also Spaß, denn schneller als man dachte ist es dann auch schon wieder vorbei –

das „ErSie“ sein.

## Rückblick auf die III. Mittelbautagung

Eine jüngere Tradition fortführend, fand am Mittwoch, den 10. Oktober 2018 die III. Tagung des akademischen Mittelbaus unserer Fakultät statt. Sie stand unter dem thematischen Oberbegriff „Rechtliche Betrachtungen zum Status quo einverständlichen Vorgehens auf Ebene der EU und ihrer Mitgliedstaaten“ und fand, wie gehabt, unter Beteiligung engagierter Nachwuchswissenschaftler einer Vielzahl der Lehrstühle der Juristischen Fakultät Hannover statt. Das Generalthema wurde bewusst weit gewählt, um eine breite Beteiligung zu ermöglichen: Die EU befindet sich nach wie vor in einer vielschichtigen Krise. Als Kontraprogramm zu dieser wurde der 60. Jahrestag der Römischen Verträge 2017 mit besonderen Feierlichkeiten begangen, und der europäischen Öffentlichkeit wurden seitens der EU unterschiedliche Vorschläge bzgl. des möglichen zukünftigen Handelns der Union kommuniziert. Es war dies wohl eine Art Rückbesinnung auf Ursprungsgedanken der Gründungsväter der Europäischen Gemeinschaften. Um Schwierigkeiten jeder Couleur zu überwinden, legte bereits die Präambel zum EWG-Vertrag etwa eine Notwendigkeit einverständlichen Handelns der Mitgliedstaaten nahe.

Letztgenanntes erscheint gerade angesichts der Entwicklungen der letzten zehn Jahre in der EU als problematisch. Demgegenüber suchte die Tagung positive Beispiele solchen Handelns zwischen den Mitgliedstaaten aus jüngerer Zeit aufzuzeigen, um zu dokumentieren, dass das Projekt EU durchaus Hoffnung auf seine positive Weiterentwicklung haben darf.

Dr. Dimitrios Parashu leitete (in englischer Sprache) in die zugrunde liegende Problematik ein. Ausgehend von der Frage der Notwendigkeit einverständlichen Handelns der Mitgliedstaaten, zeichnete er diesbezügliche Folgeentwicklungen in den Gemeinschaften/später der Union nach.

Den krisenbezogenen Erfahrungen der EU könnten, so Dr. Parashu, die thematisch breit aufgestellten „Verstärkten Zusammenarbeiten“ i.S.d. Art. 20 EUV bezüglich des Internationalen Privatrechts, des Patentrechts sowie einer Finanztransaktionssteuer als Paradigmen einverständlichen Handelns entgegengehalten werden.

Rita Abood setzte sich mit der EU-Staatsanwaltschaft auseinander, welche ebenfalls ein Produkt des primärrechtlichen Instruments der „Verstärkten Zusammenarbeit“ darstelle. Die EU-Staatsanwaltschaft werde nach einem langwierigen, gut zwanzig Jahre umfassenden, Vorlauf dank der VO 2017/1939 in absehbarer Zeit (2020) Rechtswirklichkeit darstellen, um Straftaten gegen die finanziellen Interessen der EU effektiver beikommen zu können. Bei ihrer Analyse arbeitete die Referentin die überschaubaren Negativa sowie die überwiegenden Positiva dieser Entwicklung heraus, welche den Willen der teilnehmenden Mitgliedstaaten an einschlägigem, einverständlichen Handeln dokumentieren kann.

Luisa Volkhausen beschäftigte sich mit dem Fortschritt der Exequatur-Abschaffung im Kontext des EU-Zivilprozessrechts. Dass Gerichtsurteile aus anderen Mitgliedstaaten zwecks Vollstreckung eine ausführliche und mithin zeitintensive Nachprüfung durch einschlägig kompetente Behörden des Vollstreckungsstaates erfahren haben, erwies sich, wie die Referentin verdeutlichte, letztlich als ein großes Hindernis für den Binnenmarkt, welches die Mitgliedstaaten in einverständlicher Manier beseitigten. Dies geschah durch zahlreiche Sekundärrechtsakte zivilprozessrechtlichen Inhalts seit insbes. den 2000er Jahren. Auch im Rahmen dieser Analyse überwogen letztlich die positiven Aspekte gemeinschaftlicher Zusammenarbeit.

Vincent Widdig brachte dem Auditorium die „Ständige Strukturierte Zusammenarbeit“ näher. Deren prakti-

sches Bestehen seit Ende 2017 stelle einen wesentlichen Fortschritt im Rahmen des Gefüges der primärrechtlich verankerten Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Union dar, so Widdig. Hierbei wurde deutlich gemacht, dass bei dieser besonderen Form institutionalisierter Zusammenarbeit die derzeit 25 beteiligten Mitgliedstaaten eine Vielzahl einschlägiger Aktionen avisiert und auch begonnen haben. Auch wenn, wie der Referent herausarbeitete, ein effektives checks and balances in diesem Kontext zu vermissen sei, so stelle die Existenz einer Zusammenarbeit auf einverständlicher Basis doch einen deutlichen Fortschritt dar.

Dr. Daniel Sliwiok-Born setzte sich (in englischer Sprache) mit der Möglichkeit einverständlichen Handelns im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens der Union auseinander. Der Referent zeichnete dies am Beispiel der Genese der VO 1371/2007 nach, welche sich den Rechten und Pflichten von Fahrgästen im Eisenbahnverkehr widmet. Der bezeichnete Sekundärrechtsakt sei ein, in seiner einschlägige Rechte schaffenden und konsolidierenden Wirkung positiv zu bewertetes Produkt legislativer Kompromissfindung, welches durch den Willen einverständlichen Handelns der Mitgliedstaaten begünstigt worden sei, so Dr. Sliwiok-Born.

Séraphin Brou Yoboué beleuchtete (in französischer Sprache) die wirtschaftliche Kooperation der Europäischen und der Afrikanischen Union (AU) kritisch, er gelangte hierbei zu überwiegend positiven Einschätzungen. Der Referent arbeitete hierbei bestehendes einverständliches Handeln auf zwei Ebenen heraus: Zum einen im Verhältnis zwischen EU und AU, was in der Vergangenheit gewiss keine Selbstverständlichkeit gewesen und erst das Produkt eines mühsamen Prozesses sei. Dieser Annäherungsprozess sei immer noch nicht zur Gänze abgeschlossen, so Yoboué. Zum anderen stellte der Referent auf das Einverständnis innerhalb der EU-Mitgliedstaaten hinsichtlich einer solchen Kooperation ab.

David Zaprosyan führte das Auditorium (in englischer Sprache) in die vielschichtigen EU-rechtlichen Rahmen-

bedingungen technologischen Fortschritts ein; Rahmenbedingungen, welche sich letztlich als begünstigend hinsichtlich eines einverständlichen Handelns der Mitgliedstaaten erwiesen hätten, etwa aufgrund der hierfür attraktiven Rahmenprogramme aus Art. 182 AEUV. Eine Bezugnahme des Referenten zu solch begünstigender Wirkung erfolgte vor dem Lichte einschlägiger Bestimmungen aus Art. 114 AEUV. Ferner wurde die Verbindung zwischen Wissenschaft und Regulierungspolitik herausgearbeitet, wobei auf dem Felde der Gesundheitspolitik, dem Vorsorgeprinzip besondere Signifikanz einzuräumen sei, so Zaprosyan.

Jonathan Stoklas beschäftigte sich mit dem aktuellen Thema der Rechtsdurchsetzung im Kontext des aktuellen EU-Datenschutzrechts. Der Referent lieferte eine Einführung in die einschlägigen Bestimmungen der VO 2016/679 und setzte sich mit Kompetenzen der sachbezogenen Aufsichtsbehörden auseinander. Die EU-DSGVO sei bereits in ihrer Genese ein deutliches Beispiel einverständlichen Handelns der Mitgliedstaaten, welche bezüglich der Notwendigkeit übereingekommen seien, bestehende Lücken im Datenschutz zu schließen. Gerade letztgenanntes sei, trotz des noch jungen Alters dieser VO und der damit verbundenen, noch überschaubaren praktischen Anwendung, als Positivum zu erachten.

Auf die beiden Blöcke von jeweils vier Vorträgen folgten Diskussionsrunden, welche den Referentinnen und Referenten die Möglichkeit gaben, auch zu kritischen Nachfragen Stellung zu beziehen, und das besondere Interesse des Auditoriums an den behandelten Sachtopoi deutlich machen. Auch entstand bereits große Vorfreude auf eine nächste, dann IV. Mittelbautagung, deren Durchführung gewiss wieder eine Vielzahl engagierter junger Wissenschaftler einbinden wird. Auf das Thema darf man gespannt sein!

## WahlRECHT - Braucht man das oder kann das weg?

*„Das Heil der Demokratien, von welchem Typus und Rand sie immer seien, hängt von einer geringfügigen technischen Einzelheit ab: vom Wahlrecht. Alles andere ist sekundär.“*

In einer Demokratie spielt das Wahlrecht eine besonders herausragende Rolle. In Berichten über die Bundes- und Landtagswahlen ist häufig von fehlender „demokratischer Legitimation der Parlamente“ zu lesen, wenn die Wahlbeteiligung wiederholt ein Rekordtief erreicht hat. Das aktive Wahlrecht wird heutzutage immer weniger genutzt. Die sogenannte Politikverdrossenheit nimmt zu: Haben beispielsweise in den 1970er Jahren noch ca. 90% der Wahlberechtigten ihre Stimme bei einer Bundestagswahl abgegeben, so waren es zum Tiefpunkt im Jahre 2009 nur noch 70,8%.

Dieses „Phänomen“ ist nicht nur bei den öffentlichkeitswirksamen Bundes-, Landtags und Europawahlen zu beobachten, auch bei Kommunal-, Vereins-, Sozial-, Gewerkschafts-, und Betriebsratswahlen sinkt oder stagniert die Wahlbeteiligung. Gleiches gilt für die Wahlbeteiligung zur Kammerversammlung der Rechtsanwälte, manchmal gerne auch das „Anwaltsparlament“ bezeichnet, was die Rechtsanwaltskammern alarmierend hervorheben.

Auf der Webseite des Fachschaftsrates Jura Hannover kann der jährlich erscheinende Bericht über die Ergebnisse der Uniwahlen nachgelesen werden. Besonders erschreckend ist hierbei die Entwicklung der Wahlbeteiligung bei der Wahl des Fachschaftsrat. Waren noch 2009 knapp ein Viertel der Jurastudierenden an der Wahlurne, sind es in 2018 nur noch 18,9% gewesen. Bei einem zwischenzeitlichen Tiefststand von 14,8% in 2016 muss man sich die Frage gefallen lassen, wie soetwas sein kann.

Wie kann es sein, dass eine Studierendengruppe, die sich in ihrem Studium mit der Staatsorganisation und den Grundrechten der Bürger beschäftigt, selbst ihr Recht zu wählen nicht ausübt? Wie kann es sein, dass eine Berufsgruppe, die im Berufsleben in den Staatsdienst geht oder Bürgerrechte verteidigt, das Recht zu Wählen - eine große Errungenschaft der Demokratie - so vernachlässtigt. Das ist nicht nur ein Phänomen an der Leibniz Universität Hannover. Im gesamten Bundesgebiet haben Studierendenvertretungen mit einer geringen Wahlbeteiligung zu kämpfen und sehen sich dem Vorwurf ausgesetzt, nicht alle Studierenden zu repräsentieren.

Die Frage nach dem Grund dafür, kann und soll hier auch gar nicht beantwortet werden. Im Zweifel ist dies auch eine Frage für Sozialwissenschaftler oder Psychologen. Dieser Beitrag soll vielmehr die geneigten Leser/innen dafür sensibilisieren, weshalb gerade auch Studierende der Rechtswissenschaft bei einer noch so unbedeutend erscheinenden Wahl wählen gehen sollten.

### Welche Wahlen gibt es überhaupt in Deutschland und wo sind diese gesetzlich verankert?

Vielen sind vor allem die öffentlichen, politischen Wahlen bekannt. Sei es durch die Eltern, durch den Politikunterricht in der Schule oder eigene Erfahrungen.

Alle vier Jahre erfolgt in der Regel die Wahl zum Bundestag, alle fünf Jahre die Wahl zum Europäischen Parlament und die Wahl zum Landesparlament des jeweiligen Landes. Ebenfalls alle fünf Jahre erfolgt die Wahl zum Stadtbzw. Gemeinderat, Kreistag, Bezirksvertretung/Bezirksparlament. Und auch eine Wahl zum Bürgermeister/Oberbürgermeister oder Landrat findet alle fünf bis acht Jahre statt.

Die demokratischen Wahlgrundsätze zur Wahl des deutschen Bundestages, der wohl wichtigsten Wahl in unserer Demokratie, sind in unserer Verfassung verankert. Der Art. 38 GG schreibt eine allgemeine, unmittelbare, freie, gleiche und geheime Wahl vor.

Für viele wahrscheinlich eher unbekannt ist die sogenannte Sozialwahl. Die Sozialwahl ist die sechsjährig stattfindende Wahl zu den Selbstverwaltungsorganen der gesetzlichen Sozialversicherungsträger in Deutschland. Dabei ist die Sozialwahl in Bezug auf die Anzahl der Stimmberchtigten die drittgrößte Wahl in Deutschland nach der Wahl zum Europäischen Parlament und der Bundestagswahl. Die Sozialwahl ist nach §§ 43ff. SGB IV vorgeschrieben und in ihren Einzelheiten geregelt. Die Wahl ist als Listenwahl frei und geheim ausgestaltet und erfolgt nach den Grundsätzen der Verhältniswahl. Durch sie soll der direkte Einfluss der Versicherten und Arbeitgebern auf die gesetzliche Rentenversicherung gesichert werden. Durch den nicht vorhandenen Wahlkampf ist das Medieninteresse gering und man bekommt außer einem Aufruf zur Wahl per Post von dieser Wahl nichts mit.

Unter Studenten noch nicht so geläufig, aber unter Ar-

beitnehmern und Beamten bekannt, sind natürlich die Wahlen zum Betriebsrat bzw. Personalrat. Auszubildende und Jugendliche eines Betriebes wählen zusätzlich eine Jugend- und Auszubildendenvertretung. In den meisten Betrieben gibt es ebenfalls eine Schwerbehindertenvertretung, die gewählt wird. Die Betriebsratswahlen finden ihre Grundlage in § 1 BetrVG, die Personalwahl auf Bundesebene in § 12 BPersVG und auf Landesebene für Niedersachsen in § 10 NPersVG. Nach §§ 60ff. BetrVG für Unternehmen, §§ 57ff. BPersVG für Behörden auf Bundesebene und nach §§ 50ff. NPersVG für Behörden in Niedersachsen wird eine Wahl zur Jugend- und Auszubildendenvertretung vorgeschrieben.

Natürlich gibt es noch diverse weitere Wahlen. Für jeden Verein gibt es gesetzliche Vorschriften über die Bestellung eines Vereinsvorstandes, Abstimmungen und Beschlussfassungen in den §§ 21ff. BGB. Wahlen in Kirchen und Gemeinden finden ihre Grundlage in der evangelischen Kirche in der jeweiligen Grundordnung der Landeskirche mit Verweisung auf das Kirchenwahlgesetz und bei der katholischen Kirche in der jeweiligen Pfarrgemeinderatswahlordnung. Auch Unternehmen, genauer gesagt ihre gesetzlichen Vertreter, wählen die Vollversammlung der regionalen Industrie- und Handelskammer (IHK) und Handwerkskammer. Ebenso wählen zugelassene Rechtsanwälte in ihrem Kammerbezirk in der Kammerversammlung den Kammervorstand.

### **Historische Bedeutung des Wahlrechts**

Die Möglichkeit zu haben, durch Wahlen selbst am politischen Prozess zu partizipieren und somit diverse politische und gesellschaftliche Geschicke mitzubestimmen, wird heutzutage als selbstverständlich wahrgenommen. Auf viele Personen wirken Wahlen beliebig und gewöhnlich. In einer Zeit, in der Wahlen allgegenwärtig sind, erschließt sich der wahre Wert dieser Institution vielen nicht mehr in der Weise, wie er sich in Zeiten erschlossen hat, als freie und allgemeine Wahlen nicht selbstverständlich waren. Der Weg, die Wichtigkeit dieser Institution nicht lediglich als allgemeingültigen Grundsatz anzubringen, sondern auch nachvollziehbar zu machen, sollte deswegen unter anderem über den historischen Kontext führen. Wahlen waren als Herzstück demokratischer Sys-

teme immer ein Spiegel der Gesellschafts- und Machtstrukturen verschiedener Systeme. Wurde überhaupt gewählt? Welcher politische Einfluss kann über Wahlen ausgeübt werden? Welche Bevölkerungsgruppen waren wahlberechtigt, beziehungsweise, im Umkehrschluss, welche Bevölkerungsgruppen sind bei Wahlen gar nicht oder zumindest unterrepräsentiert? Die Antworten auf all diese Fragen beinhalten eine signifikante Aussagekraft über den jeweiligen Zeitgeist.

Nun ist weithin bekannt, dass in den frühen Zeiten des Wählers Freiheit und Gleichheit nicht unbedingt die vorherrschenden Grundsätze der Wahlen bildeten. Gerade der Blick auf die deutsche Geschichte zeigt allerdings, dass diese beiden Begrifflichkeiten erst seit kurzer Zeit so selbstverständlich sind, wie sie heute wirken. Überhaupt wurden auf dem heutigen deutschen Bundesgebiet erst verhältnismäßig spät Wahlen einer Volksvertretung durchgeführt. Die Anfänge der sogenannten Repräsentativvertretungen sind in einigen wenigen deutschen Gliedstaaten auf die Zeit zwischen 1800 und 1815 zu datieren. Eine Zeit, zu der in vielen anderen westlichen Staaten wie Frankreich, Großbritannien und den USA bereits Wahlen auf Staatsebene abgehalten wurden. Auch wenn die Bundesakte 1815 bereits Volksvertretungen in den deutschen Gliedstaaten vorsah, war die Umsetzung eher lückenhaft. Erst 1848 wurde nach der liberaldemokratischen Märzrevolution das erste umfassende Wahlrecht institutionalisiert, wobei auch dieses mangels Zustimmung der mächtigsten deutschen Fürsten in weiten Teilen des deutschen Reichs nicht angewendet wurde. So waren die ersten umfassenderen Wahlen, die auch tatsächlich durchgeführt wurden, erst im Norddeutschen Bund durch das Norddeutsche Wahlgesetz aus dem Jahre 1869 vorgesehen.

Legt man die heutigen Wahlgrundsätze an, hatten diese Wahlen mit einer demokratischen Legitimation allerdings wenig zu tun. Die Wahlen waren nur ihrem Grundsatz nach geheim, Frauen durften gar nicht wählen, Männer erst ab 25, solange sie nicht entmündigt wurden. Darüber hinaus wurden Dreiklassen- und Pluralwahlrecht (Stimmengewichtung nach direktem Steueraufkommen) auch im Großteil des Norddeutschen Bundes angewandt.

Im deutschen Kaiserreich schritt die Demokratisierung in der Folge nur langsam voran. Gefördert wurde sie al-

lerdings durch die Gründung von Parteien und Gewerkschaften: zwei prägende Kräfte der späteren Novemberrevolution 1918. Erwehren konnte sich jedoch auch das deutsche Kaiserreich dem verhältnismäßig progressiven Zeitgeist nur teilweise. Die Frauenrechtsbewegung der Suffragetten fasste auch in Deutschland Fuß und forderte ein Frauenwahlrecht. Darüber hinaus setzten sich sozialdemokratische und liberale Parteien, sowie Gewerkschaften und andere Arbeitnehmerverbände verstärkt für die Stimmengleichheit unterschiedlich vermögender Personen ein.

Nach dem ersten Weltkrieg beinhaltete das Wahlrecht der Weimarer Republik erstmals auf deutschem Boden ein Verhältnis- und Frauenwahlrecht. Eine Errungenschaft, für die seit dem Wiener Kongress 1815 diverse Gruppen aufopfernd gekämpft hatten. Parallel zu den demokratischen Strukturen der Weimarer Republik war allerdings auch das Wahlrecht historisch vorbelastet. Die demokratische Legitimation hatte ihre Grenzen, wodurch es bei den Wahlen 1931 und 1933 zu einem zumindest teilweise demokratisch legitimierten Abbau der Demokratie kam. Weniger bekannt ist hingegen, dass auch im Nationalsozialismus in den Jahren 1933, 1936 und 1938 Wahlen stattfanden, wenn auch mit entscheidenden Einschränkungen. Das passive Wahlrecht für Frauen wurde zumindest *de facto* wieder abgeschafft, das Reichsbürgergesetz von 1935 verhinderte eine demokratische Teilhabe der jüdischen Bevölkerung und nach dem Verbot der übrigen Parteien trat lediglich die NSDAP zur Wahl an.

Nach dem zweiten Weltkrieg und der Einteilung des späteren Bundesgebiets in Besatzungszonen ist die sowjetische Zone und spätere DDR logischerweise getrennt von den anderen Besatzungszonen und der späteren BRD zu betrachten.

In der DDR existierten zwar rein theoretisch mehrere Parteien, die allerdings alle in der Nationalen Front zusammengeschlossen waren. Grundsätzlich waren die Wahlen in der DDR geheim, wobei die Nutzung der Wahlkabinen als oppositionelles Verhalten gesehen wurde. Aus Stasi-Unterlagen ging darüber hinaus nach der Wende hervor, dass zwischen 1949 und 1986 umfangreiche Wahlfälschungen durchgeführt wurden, welche der Nationalen Front stetige Zustimmungswerte zwischen 97% und 99,7% bescherten. Die ersten freien und zugleich letzten

Wahlen der DDR fanden 1989 statt.

Die Wahlen in der BRD waren dagegen seit 1949 im Grunde auf dem heutigen Stand. Die Möglichkeit der demokratischen Partizipation erstreckte sich allerdings bei weitem nicht auf alle Lebensbereiche. Insbesondere die Universitäten wehrten sich gegen eine verfasste Studierendenschaft nach amerikanischem Vorbild und damit verbundene studentische Wahlen. Flächendeckend entstanden studentische Wahlen daher erst, nachdem die 68er Bewegung gegen die konservativen Strukturen an deutschen Universitäten und die fehlende Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus aufbegehrten. Studentische Wahlen wurden daraufhin zum zentralen Faktor der studentischen Selbstbestimmung und Partizipation an universitären Einrichtungen.

Die Geschichte betrachtend fällt also auf, dass ein umfassendes Wahlrecht für möglichst viele Bevölkerungsgruppen gerade in der deutschen Geschichte nicht mehr als eine Utopie darstellte. Frauen, Ausländer, Andersgläubige, Homosexuelle (im Rahmen des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte, § 157 StGB), politisch Andersdenkende und weniger Wohlhabende Personen, sowie auf universitärer Ebene Studierende, waren alle zeitweise gar nicht oder zumindest nicht in gleichen Teilen wahlberechtigt. Ihnen war es nicht möglich am politischen Prozess zu partizipieren, was wiederum bedeutet, dass sie nicht über die Politik bestimmen konnten, die sie selbst traf und mitunter einschränkte. Eine Möglichkeit der Unge rechtigkeit oder gar Repression gegenüber der eigenen Bevölkerungsgruppe entgegenzuwirken tat sich den angesprochenen Personengruppen demnach nicht auf.

### Conclusio

Die heutigen Wahlen räumen allen deutschen Bürgerinnen und Bürgern ein gleiches Wahlrecht ein. Natürlich umfasst dieses Wahlrecht auch das Recht nicht zu wählen. Allerdings sollte immer bedacht werden, dass erst ein langer Weg dahin geführt hat, dass diese Partizipationsmöglichkeit überhaupt besteht. Ein freiwilliger Wahlverzicht, sei es aufgrund von Politikverdrossenheit, Desinteresse oder mangelnder Identifikation wird der Wichtigkeit dieser Institution nicht gerecht. Denn nicht zu wählen mag zwar ein Statement sein, aber ein Statement, durch das man sich selbst die Möglichkeit nimmt angemessen repräsentiert zu werden, egal ob in Staat, Land, Kommune, Universität oder anderen Gesellschaftsteilen.



## Tipps und Tricks direkt von Insidern:

- Abenteuer Referendariat
- Steuertipps für Studenten

MLP veranstaltet seit mehreren Jahren in Kooperation mit der juristischen Fakultät sowie verschiedenen Kanzleien kostenfreie Workshops für Studenten der Leibniz Universität Hannover.

[www.hannover-absolventen.de](http://www.hannover-absolventen.de)

**Wir bedanken uns für die Zusammenarbeit:**

Luther.

MARKET ▶ TEAM

Jur|SERVICE

AIESEC

VDSI

BDSU

mtp

elsa

The European Law Students' Association



HEIERMANN · LOSCH · RECHTSANWÄLTE

P MLP



# HANOVER LAW REVIEW