

## Lernbeitrag

Dr. Gregor Grimm

**Schnittstellen des deutschen Erbrechts mit  
Bezügen zur EuErbVO**

## Entscheidungen

Lucas Haak

Felicia Maas

Daniel Müller

Anna Ordina

Klara Stolz

**Safe-Invest - BGH 3 StR 171/17**

**Häusliches Musizieren - V ZR 143/17**

**Tornadoüberflug - BVerwG 6 C 46/16**

**Kennzeichenerfassung - BVerfG 1 BvR 142/09 (u.a.)**

**Error in persona - BGH 3 StR 651/17**

## Studienpraxis & Fallbearbeitung

Lucas Haak

Eric Scheu

Jasmin Wulf &  
Jendrik Wüstenberg

**Klausur Verwaltungsrecht AT, 15 Punkte**

**Klausur BGB II, 16 Punkte**

**Studienklausur im Öffentlichen Recht**

## Varia

Btissam Boulakhrif

Patrick Glatz

Stefanie Otte

Martin Suchrow

**Debattieren und das juristische Studium**

**Rückblick: Bundesfachschaftentagung**

**Interview**

**Prozessführung im großen Stil**

Seiten 224 bis 229

**Kurz & Knapp**

Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!



# HANOVER. LAW. GÖHMANN.

Akademischer Nachwuchs für ambitioniertes Anwaltsteam.

Zur Unterstützung unseres Teams in HANNOVER suchen wir ab sofort einen/eine

## Referendar oder stud. / wiss. Hilfskraft (m/w/d)

(gerne auch studien- oder promotionsbegleitend)

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

Für unseren Standort in Hannover sind wir stets auf der Suche nach ausgezeichneten Nachwuchsjuristen der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover. Wenn Sie Interesse haben, bei uns Ihre anwaltliche Ausbildungsstation oder/und Ihre Wahlstation während Ihres Referendariats zu verbringen, freuen wir uns sehr auf Ihre Bewerbung. Wir haben in den vergangenen beiden Jahrzehnten weit über 250 Referendarinnen und Referendare erfolgreich ausgebildet, verfügen über langjährige und aktuelle Erfahrungen als Prüfer im zweiten Staatsexamen, sodass Sie erwarten können, dass wir wissen, was Sie können müssen. Sollten Sie uns als Hilfskraft (gerne studien- oder promotionsbegleitend) oder im Rahmen wissenschaftlicher Forschungsprojekte unterstützen wollen, freuen wir uns ebenfalls auf Ihre Bewerbung.

### GÖHMANN Rechtsanwälte • Notare

Prof. Dr. Martin Notthoff  
T +49 (0)511 30 277 0  
[martin.notthoff@goehmann.de](mailto:martin.notthoff@goehmann.de)

### Starke Partner. Überall vor Ort.

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

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

**GÖHMANN**  
RECHTSANWÄLTE • NOTARE



## VERLAG

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

Registernummer  
VR 202863  
Amtsgericht Hannover

[www.hanoverlawreview.de](http://www.hanoverlawreview.de)

## INFO

Erscheinungsweise: Quartalsweise zum Quartalsende  
Erscheinungsort: Hannover

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

## DRUCK

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

## ZITIERVORSCHLAG

amerikanisch:  
Autor, 3 Han LR 2019, Anfangsseite (Fundstellenseite)

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

## INFO

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, Simon Künnen, Felix Lücke, Felicia Maas, Finja Maasjost, Patricia Meinking, Daniel Müller, Anna Ordina, Moritz Stamme, Klara Stolz, Jonas Vonjahr, Jasmin Wulf und Jendrik Wüstenberg.

## KONTAKT

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

## HANOVER LAW REVIEW

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

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

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

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

Einsendungen, Beiträge und Interessensbekundungen sind ausdrücklich erbeten.

- Die Redaktion

## UNTERSTÜTZERINNEN UND UNTERSTÜTZER

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

**Prof. Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec.,  
Dr. Nassim Eslami,  
Dr. Sven Hasenstab,  
Dipl. Jur. Tyll Philipp Krömer,  
Prof. Dr. Veith Mehde,  
Ri'in Isabell Plich,  
Eric Scheu,  
Martin Suchrow,  
Prof. Dr. Christian Wolf,  
Clifford Chance LLP,  
Kanzlei Pfeiffer – von der Heyde,  
KSB Intax v. Bismarck Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater,  
und Göhmann Rechtsanwälte, 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.



## Reformen sind Charaktersache.

Der Gedanke die eigene Ausbildung zu reformieren, ist beinahe so alt wie die Juristerei selbst. Während die letzten Versuche einer Reform im Sande verlaufen sind und es die einstufige Juristenausbildung nicht mehr gibt, sieht die Ausbildung für Volljuristinnen und Volljuristen relativ gleich aus.<sup>1</sup>

Studium, Examen, Referendariat, Examen.

Das ist erstmal nichts schlechtes, Gleichheit setzt zumindest die Grundlage für Vergleichbarkeit. Dass man inzwischen an Position zwei oder drei der obigen Aufzählung den Schwerpunkt verorten kann, wird allorts als großer Erfolg gefeiert.

Dass vor den jeweiligen Examen Repetitorien einen Haufen Geld mit Angst, mangelnder Selbstständigkeit und Unstrukturiertheit von Studierenden und Referendaren oder vermeintlichen Defiziten in der Lehre verdienen, bleibt meistens lieber unerwähnt. Die Vorstellung von der Juristenausbildung an der Universität und im Referendariat wie im Examen ist ebenfalls für die Betroffenen gleich, zumindest hinsichtlich zeitlicher Vorgaben ist aber Bewegung im System: Auf Initiative von Nordrhein-Westfalen hat der Bundesrat einen Gesetzgebungsvorschlag unterbreitet, nach dem in § 5a Abs. 1 S. 1 DRiG die Studienzeit von derzeit vier Jahren auf viereinhalb Jahre heraufgesetzt und die Gesamtdauer des Studiums in § 5d Abs. 5 S. 2 DRiG auf fünf Jahre erhöht werden soll.

Damit werden gleichzeitig die Regelstudienzeit und damit die Höchstförderdauer für das BAföG der Realität angenähert. Die Gesamtstudiendauer entspricht damit der Studiendauer von Masterstudiengängen.<sup>2</sup>

Aber sind das die Änderungen, in der die Reformbemühungen einer ganzen Zunft gipfeln können? Auch die Examensprüfungen an sich müssen sich derzeit der Anachronismus-Frage stellen. Impuls zu erneuter, richtiger und wichtiger Diskussion gibt Professorin Dr. Elisa Hoven – Strafrechtslehrerin in Leipzig.

Etwas provokant, vielleicht aber genau richtig, lässt sie sich mit:

*„Wir prüfen zu viel – und dann auch noch das falsche!“*

in der LTO zitieren.<sup>3</sup> Das Interview von Marcel Schneider wurde am 28.06.2019 auf der Webseite der LTO veröffentlicht und mag als Einstieg in das Thema Examensnovellierung dienen. Hoven ergreift Partei für eine Prüfungsreform, Prüflinge seien zu großem Druck ausgesetzt, der Prüfungsmodus belohne Auswendigler und weniger Systemverständnis, Examensoptimierung ginge vor Neigung.

Und in der Tat: Der Examenszeitraum ist körperlich und geistig anstrengend. Es wird extrem viel Wissen abgefragt, dazu können auch Nebengebiete gehören. Die Klausuren sind stundenlang handschriftlich zu fertigen, die allermeisten Prüflinge werden dabei weit über 100 Seiten Klausurpapier beschreiben – viele haben dafür etwa ein Jahr lang Zusammenhänge gebüffelt, Definitionen auswendig gelernt und Probeklausuren geschrieben, weit überwiegend in Bereichen, in denen der Prüfling niemals arbeiten wird.

Ob dieser Prüfungsmodus nun gut ist oder nicht, diese Beurteilung vermag wohl niemand mit abschließender Allgemeingültigkeit zu treffen. Prüflinge werden von ihrer Situation weniger begeistert sein, Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer sind geteilter Meinung. Der Aufwand für Prüferinnen und Prüfer ist ebenfalls nicht unwesentlich. In dem o.g. Bundesratsantrag heißt es, dass eine Reduzierung des Prüfungsstoffs nicht realistisch sei. Jedenfalls sei dies nicht wünschenswert, denn die breite fachliche Eignung für den Eintritt in den juristischen Vorbereitungsdienst wäre damit nicht gewährleistet. Die Ausbildung zum Generalisten ist argumentative Allzweckwaffe der Nichtreformer – und in der Tat, die gleiche Ausbildung aller Volljuristinnen und Volljuristen hat Vorteile: Richter, Staatsanwalt und Rechtsanwalt begegnen sich auf theoretischer Augenhöhe im Gerichtssaal. Die deutsche Juristenausbildung wird im Ausland geschätzt, genießt gewisses Ansehen.

<sup>1</sup> Selbst die schriftlichen Examensprüfungen sind weitgehend gleich, derzeit beteiligen sich fast alle Bundesländer am sog. „Ringtausch-Verfahren“ von Klausuren.

<sup>2</sup> Christian Wolf, Habe nun, ach! Juristerei durchaus studiert, mit heißem Bemühn, JA-Editorial 6/2019.

<sup>3</sup> <https://www.lto.de/recht/studium-referendariat/s/juristenausbildung-reform-staatsexamen-der-zukunft-interview-elisa-hoven/> (zuletzt abgerufen am: 12.09.2019).

Ob sich der Freshfields Senior Associate mit eigenem Mitarbeiterstab, hochmoderner Kanzleiinfrastruktur und entsprechenden Stundensätzen, der Jungstaatsanwalt mit 1,25-facher Dezernatsbelastung aus den verschiedensten Bereichen aller Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechtsgebiete, seit 3 Wochen kranker Geschäftsstelle und zahlreichen Urlaubsvertretungsakten und der 65-jährige Kammervorsitzende, der ständig etwas von „Wandlung“ erzählt, wirklich auf Augenhöhe begegnen, ist Thema für einen anderen Tag.

Eigentlich müsste sich an diese Beschreibung des Ist-Zustandes, der andernorts auch noch wesentlich detaillierter nachzulesen ist, ein konstruktiver Diskurs anschließen.

Man könnte beispielsweise darüber diskutieren, ob in der Kunst und Wissenschaft des Lehrens und Lernens nicht bereits Erkenntnisse dazu vorliegen, welche Art von Prüfung, Prüfungsintervall, Prüfungsdauer und Lernmechanismus am wahrscheinlichsten zu einer Verfestigung des Gelernten führen.

Man könnte darüber diskutieren, ob die physische und psychische Belastung der kurz hintereinanderliegenden, langen Examensklausuren Prüflingen nützt oder sie eher daran hindert, Bestleistungen zu erbringen.

Man könnte darüber nachdenken, ob es Aufgabe der Examensprüfungen sein sollte, einziger entscheidender Gradmesser für die Befähigung zum Richteramt darzustellen. Bei zeiteffizienter Studienführung, fleißigem Schemalernen und gutem Kurzzeitgedächtnis kann man nämlich das Doppelprädikat schon mit 23 Jahren in der Tasche haben.

Stattdessen neigen Reformdiskutantinnen und -diskutanten zu etwas, das aus eigenem Erleben als Zahnarztverklärung bezeichnet werden kann. (Fast) Jedes Kind hat Angst vor dem Zahnarztbesuch, häufig sogar zu Recht – das Gefühl von Sauger, Bohrer und Kiefersperre weckt wohl bei den wenigsten Kindern (und Erwachsenen) Positivassoziationen. Fragt die Sprechstundenhilfe nach dem Termin aber beim Überreichen des Lutschers danach, wie schlimm es denn nun wirklich gewesen sei und ob es Grund gegeben hätte, solche Angst zu haben, so antworten gefühlt 99% der betroffenen Jungs und Mädchen, völlig tatsachenunabhängig:

*So schlimm war es gar nicht. Hat überhaupt nicht wehgetan!*

Die Wahrheit ist allerdings: Bei den Allermeisten hat es wehgetan – sie geben es im Nachhinein nur nicht mehr zu! Es gibt viele Gründe für Zahnarztverklärung, zu allermeist kommt es zu dem Phänomen, weil man sich selbst (oder der Sprechstundenhilfe) nicht eingestehen will, dass man vor etwas Angst hatte, sich schlecht gefühlt hat oder nicht beinhart und tapfer war.

Überträgt man die Zahnarztverklärung auf das Examen und kombiniert sie mit der Tatsache, dass viele juristische Arbeitsplätze aufgrund der Examensnote vergeben werden und sich Ellenbogendenken im Studienalltag bewährt hat, kann man zuverlässig die allermeisten social-media-Kommentare zum Thema Juristenausbildungsreform prognostizieren:

*Ich habe das doch damals auch geschafft, nur weil die nachfolgende Generation lauter jammert, muss man denen doch nicht noch den Abschluss schenken – so eine Entwertung unseres guten Staatsexamens!*

Wer dieses Statement moralisch nicht genau zu verorten weiß, es aber trotzdem absondern möchte, distanziert sich bewusst oder unbewusst ein Stückchen und ersetzt das „Ich“ durch ein „Ganze Generationen von Juristen vorher“ und fühlt sich etwas besser.

Was sagt es über mich aus, wenn besser und einfacher in meinem Staatsexamenverständnis bedeutungsgleich sind? Etwa, dass auch für mich einfacher besser gewesen wäre?

Was sagt es über meine charakterliche Reife, Abstraktionsfähigkeit und Haltung aus, wenn ich der Auffassung bin, dass es nachfolgende Generationen nicht besser haben sollen als ich?

Ist die Frage nach der Notwendigkeit einer Reform der Ausbildung und des (Examens-)Prüfungsmodus eines ganzen akademischen Berufsstandes am Ende gar eine Charakterfrage?



## VARIA

<b>Dr. Gregor Grimm</b>	Schnittstellen des deutschen Erbrechts mit Bezügen zur EurbVO	Seiten <b>174 bis 182</b>
-------------------------	---	---------------------------

## ENTSCHEIDUNGEN

<b>stud. iur. Lucas Haak</b>	Safe-Invest - BGH 3 StR 171/17	Seiten <b>183 bis 189</b>
<b>stud. iur. Felicia Maas</b>	Häusliches Musizieren - V ZR 143/17	Seiten <b>190 bis 195</b>
<b>stud. iur. Daniel Müller</b>	Tornadoüberflug - BVerwG 6 C 46/16	Seiten <b>196 bis 207</b>
<b>stud. iur. Anna Ordina</b>	Kennzeichenerfassung - BVerfG 1 BvR 142/09 (u.a.)	Seiten <b>208 bis 217</b>
<b>stud. iur. Klara Stolz</b>	Error in persona - BGH 3 StR 651/17	Seiten <b>218 bis 223</b>

## KURZ &amp; KNAPP

<b>Dr. Tim Brockmann</b>	Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht - 03.2019	Seiten <b>224 bis 225</b>
<b>Ri'in Isabell Plich</b>	Rechtsprechungsübersicht Strafrecht - 03.2019	Seiten <b>226 bis 227</b>
<b>Dipl. Jur. Tyll Phillip Krömer</b>	Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht - 03.2019	Seiten <b>228 bis 229</b>

## STUDIENPRAXIS

<b>stud. iur. Lucas Haak</b>	Verwaltungsrecht AT, 15 Punkte	Seiten <b>232 bis 237</b>
<b>stud. iur. Eric Scheu</b>	Klausur im BGB II, 16 Punkte	Seiten <b>238 bis 241</b>
<b>stud. iur. Jasmin Wulf &amp; stud. iur. Jendrik Wüstenberg</b>	Studienklausur im Öffentlichen Recht	Seiten <b>242 bis 249</b>

## VARIA

<b>stud. iur. Btissam Boulakhrif</b>	Debattieren und das juristische Studium	Seiten <b>250 bis 253</b>
<b>stud. iur. Patrick Glatz</b>	Rückblick: Bundesfachschaftentagung	Seite <b>254</b>
<b>Stefanie Otte</b>	Interview	Seiten <b>255 bis 259</b>
<b>Martin Suchrow</b>	Prozessführung im großen Stil	Seiten <b>260 bis 267</b>

## Schnittstellen des deutschen Erbrechts mit Bezügen zur EuErbVO

Dr. Gregor Grimm

### A. Einleitung

Das Erbrecht bietet ideale Voraussetzungen für die Abfrage juristischen Grundlagenwissens. Gerade das Zusammenspiel mit anderen Bereichen des (Zivil-)Rechts macht das Erbrecht so spannend. Den damit verbundenen besonderen Schwierigkeiten kann nur durch ein systematisches Verständnis der speziellen erbrechtlichen Regelungen begegnet werden. Ganz erheblichen Einfluss auf das deutsche Recht hat die Europäische Erbrechtsverordnung (EuErbVO)<sup>1</sup> genommen. Vor dem Hintergrund aktueller Rechtsprechung bietet die Reichweite der durchgeführten Änderungen einen Anlass, sich mit der Thematik auseinanderzusetzen und ausgewählte Bereiche zu beleuchten.

### B. Schnittstellen mit dem allgemeinen Bürgerlichen Recht

Die erste zu behandelnde Verknüpfung des deutschen Erbrechts ist die mit dem allgemeinen Bürgerlichen Recht. Hier können die Vorschriften des ersten und des fünften Buches des BGB aufeinander treffen, wenn es um den Anfall und die Ausschlagung der Erbschaft sowie etwaige Anfechtungshandlungen des Erben<sup>2</sup> geht.

#### I. Erbschaftserwerb, §§ 1922 Abs. 1, 1942 Abs. 1 BGB

Der Erbschaftserwerb erfolgt nach dem Prinzip des sog. Vonselbsterwerbs<sup>3</sup> gem. §§ 1922 Abs. 1, 1942 Abs. 1 BGB, soweit ein Berufungsgrund (gesetzliche Erbfolge gem. §§ 1924ff. BGB oder gewillkürte Erbfolge gem. §§ 1937, 1941 BGB) vorliegt und die Erbfähigkeit des Erben gem. § 1923 BGB gegeben ist. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so vollzieht sich der Erbschaftserwerb „von selbst“, was sowohl die Übertragung der positiven Vermögenswerte als auch der Verbindlichkeiten des Erblassers auf den Erben umfasst, sog. Grundsatz der Universalsukzession (Gesamtrechtsnachfolge).<sup>4</sup> Dieser Vorgang erfordert kein aktives Mitwirken des Erben und ist für den Rechtsverkehr nur selten äußerlich erkennbar.

#### II. Möglichkeit zur Ausschlagung der Erbschaft, §§ 1942ff. BGB

Zur Wahrung seiner Privatautonomie steht dem Erben ab Anfall der Erbschaft die Möglichkeit der Ausschlagung gem. §§ 1942ff. BGB offen. Die Ausschlagungserklärung ist zugangs- und formbedürftig (vgl. § 130 Abs. 3 BGB) und muss gem. § 1945 Abs. 1 BGB zur Niederschrift des zuständigen Nachlassgerichts<sup>5</sup> oder in öffentlich beglaubigter Form abgegeben werden.

Um möglichst zeitnah Klarheit über die Erbenstellung zu schaffen, sieht § 1944 Abs. 1 BGB eine Ausschlagungsfrist von grundsätzlich sechs Wochen ab Kenntnis von dem Erbschaftsanfall und dem Berufungsgrund vor. Bei einem gewöhnlichem Aufenthalt<sup>6</sup> des Erblassers im Ausland oder einem Auslandsaufenthalt des Erben kann die Frist sechs Monate betragen. Dabei erfordert der Auslandsaufenthalt des Erben zwar nicht, dass dort ein Wohnsitz begründet wurde oder ein gewöhnlicher Aufenthalt i.S.d. EuErbVO besteht. Allerdings genügt einem aktuellen Beschluss des BGH zufolge ein Tagesausflug, etwa nach Dänemark, nicht, um die verlängerte Frist von sechs Monaten annehmen zu können.<sup>7</sup>

Eine Ausschlagung der Erbschaft bedarf keines Grundes und kann insbesondere dann sinnvoll sein, wenn der Nachlass überschuldet ist oder zu anderen Belastungen für den Erben führt. Infolge der wirksamen Ausschlagung wird die Erbenstellung des Ausschlagenden beseitigt, und es kommt zum Anfall beim Nächstberufenen, vgl. § 1953 Abs. 1, 2 BGB.

#### III. Annahme der Erbschaft, § 1943 BGB

Mit dem Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist gilt die Erbschaft gem. § 1943 BGB als angenommen. Dementsprechend handelt es sich um eine durch Fristablauf fingierte Willenserklärung des Erben, wie das Wort „gilt“ in der Norm zum Ausdruck bringt.<sup>8</sup> Möglich ist auch die Annahme

<sup>1</sup> VO (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. 2012 Nr. L 201, 107; ber. Nr. L 344, 3; 2013 Nr. L 41, 16; Nr. L 60, 140; 2014 Nr. L 363, 186.

<sup>2</sup> Zur besseren Lesbarkeit wird die männliche Form verwendet, mit der alle Geschlechter angesprochen sind.

<sup>3</sup> Weidlich in: Palandt, BGB, 78. Aufl. München 2019, § 1942 BGB Rn. 1; Leipold in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 10, 7. Aufl. München 2017, § 1942 BGB Rn. 1.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu Lieder in: Erman, BGB, Bd. 2, 15. Aufl. Köln 2017, § 1922 BGB Rn. 6.

<sup>5</sup> Schwierigkeiten ergeben sich bzgl. der EuErbVO und der internationalen Zuständigkeit, vgl. hierzu OLG Düsseldorf, RNotZ 2019, 277ff. sowie Fn. 30.

<sup>6</sup> Siehe hierzu sogleich unter D.II.1.

<sup>7</sup> BGH NJW 2019, 1071.

<sup>8</sup> Musielak, Der Irrtum des Erblassers und der Erben, ZEV 2016, 353 (354). Die Gegenauffassung stellt hingegen allein auf das Unterlassen als solches ab (auch im Rahmen einer etwaigen Anfechtung), vgl. hierzu Leipold in: MüKo, (Fn. 3), § 1956 BGB Rn. 1, 7.



der Erbschaft noch vor Ablauf der Ausschlagungsfrist, wofür keine Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht erforderlich ist, da § 1945 BGB sich nur auf die Ausschlagung bezieht. Insofern erfolgt die Annahme formlos und ohne Empfangsbedürftigkeit des Nachlassgerichts.<sup>9</sup> Da eine Annahme folglich auch konkludent möglich ist, kann dem Erben nur zu gesteigerter Vorsicht geraten werden, was den Umgang mit dem Nachlass anbelangt. In der Veräußerung von Nachlassgegenständen oder der Beantragung eines Erbscheins könnte durchaus eine konkludente Annahme der Erbschaft gesehen werden. Dagegen sind Handlungen mit verwaltendem oder sicherndem Charakter nicht als Annahme der Erbschaft anzusehen.<sup>10</sup>

Warum ist die Annahme vor Fristablauf so folgenschwer? Wie bereits erläutert bedarf es nicht der Annahme der Erbschaft, um Erbe zu werden. Wird die Erbschaft aber vor Ablauf der Ausschlagungsfrist angenommen, so ist eine Ausschlagung fortan gem. § 1943 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, weshalb sich der Erbe kaum noch von der Erbschaft lösen kann.

#### IV. Anfechtung der Annahme bzw. Ausschlagung

Hat der Erbe die Erbschaft ausgeschlagen (Willenserklärung) oder wird durch Fristablauf angenommen (fingierte Willenserklärung), so kann eine Anfechtung dieser Willenserklärungen in Betracht kommen, vgl. § 1956 BGB.<sup>11</sup>

##### 1. Kein eigenes Erbanfechtungsrecht

Das fünfte Buch des BGB hat zwar kein eigenes Erbanfechtungsrecht, sodass grundsätzlich die allgemeinen Anfechtungsregeln nach §§ 119ff., 142 Abs. 1 BGB des ersten Buchs zur Anwendung gelangen. Im Detail gibt es aber gewisse Modifikationen durch das Erbrecht. So hat die Anfechtungserklärung gem. §§ 1955, 1945 BGB gegenüber dem Nachlassgericht zu erfolgen. Die Frist beträgt gem. § 1954 Abs. 1, 2 BGB grundsätzlich sechs Wochen. Maßgeblich für den Fristbeginn ist die Kenntnis des Anfechtungsberechtigten vom Anfechtungsgrund. Hinsichtlich des Anfechtungsgrunds sind die allgemeinen Anfechtungsregeln heranzuziehen.<sup>12</sup> Oftmals wird sich der Erbe auf einen Er-

klärungsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB berufen, weil er keine Kenntnis von der Existenz einer Ausschlagungsfrist bzw. der rechtlichen Bedeutung des Nichthandelns als Annahme hatte.<sup>13</sup> Einschlägig kann auch ein Eigenschaftsirrtum gem. § 119 Abs. 2 BGB sein, wenn sich der Erbe über die Zusammensetzung des Nachlasses als dessen wertbildenden Faktor (nicht: den Wert des Nachlasses als solchen!) irrt.<sup>14</sup>

Jüngst nahm das OLG Düsseldorf<sup>15</sup> Stellung zu der Frage, wann ein Eigenschaftsirrtum anzunehmen ist und entschied in eine restriktive Richtung: Wenn die Zusammensetzung des Nachlasses nicht erforscht wird, sondern die Erbschaft übereilt ausgeschlagen wird, ohne sich diesbezügliche Gedanken zu machen, so scheidet auch ein relevanter Eigenschaftsirrtum über die Zusammensetzung des Nachlasses aus. Vielmehr soll dann ein reiner Motivirrtum vorliegen, weil falsche Umstände für möglich gehalten wurden.

Die Rechtsfolge der wirksamen Erbanfechtung ist in § 1957 Abs. 1 BGB geregelt: Die Anfechtung der Annahme gilt als Ausschlagung und die Anfechtung der Ausschlagung gilt als Annahme der Erbschaft.

##### 2. Anfechtung der Anfechtung?

Im Jahr 2015 hatte sich der BGH<sup>16</sup> mit einem Fall zu befassen, der eine doppelte Anfechtung zum Gegenstand hatte. Nach dem Erbfall ließ die Beschwerdeführerin die Anfechtungsfrist verstreichen und wurde hierdurch gem. § 1943 BGB Erbin. Da sie nichts von einer Ausschlagungsfrist gewusst habe und davon ausging, dass der Nachlass überschuldet sei, wollte sie ihre Erbenstellung beseitigen. Mit der durch Ablauf der Anfechtungsfrist fingierten Willenserklärung<sup>17</sup> gem. § 1956 BGB lag ein tauglicher Anfechtungsgegenstand vor. Hinsichtlich des Anfechtungsgrunds konnte sie sich auf einen Erklärungsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB berufen. Da auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt waren, galt die Erbschaft aufgrund der wirksamen Anfechtung der fingierten Annahme gem. § 1957 Abs. 1 BGB als ausgeschlagen i.S.d. § 1953 Abs. 1 BGB.

<sup>9</sup> Stürner in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. München 2018, § 1943 BGB Rn. 1.

<sup>10</sup> Najdecki in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 3. Aufl. München 2019, § 1943 BGB Rn. 4ff.

<sup>11</sup> Die Gegenansicht stellt auf das tatsächliche Unterlassen ab, vgl. Leipold in: MüKo, (Fn. 3), § 1956 BGB Rn. 7.

<sup>12</sup> Hoeren in: Schulze, BGB, 10. Aufl. Baden-Baden 2019, § 1954 BGB Rn. 2ff.

<sup>13</sup> Najdecki in: Burandt/Rojahn, Erbrecht (Fn. 10), § 1954 BGB Rn. 8.

<sup>14</sup> Musielak, (Fn. 8), ZEV 2016, 353 (354); Weidlich in: Palandt, (Fn. 3), § 1954 BGB Rn. 6.

<sup>15</sup> OLG Düsseldorf NJW-Spezial 2019, 135.

<sup>16</sup> BGH NJW 2015, 2729ff.

<sup>17</sup> Mit der Gegenauffassung, die auf das tatsächliche Unterlassen abstellt, würden die §§ 119ff. BGB in entsprechender Anwendung herangezogen werden, vgl. Leipold in: MüKo, (Fn. 3), § 1956 BGB Rn. 7.

Nach erfolgter Anfechtung erlangte die Beschwerdeführerin Kenntnis darüber, dass weitere, wesentlich wertvollere Bestandteile zum Nachlass gehören und wollte deshalb ihre Erbenstellung wiedererlangen. Die erste Anfechtungserklärung als solche ist eine Willenserklärung und unterliegt ebenfalls dem Anfechtungsrecht. Daher kann sie ihre erste Anfechtungserklärung, mit der die Annahme angefochten wurde, ihrerseits anfechten, und zwar nach den allgemeinen Anfechtungsregeln gem. §§ 119ff., 142 Abs. 1 BGB. Als Anfechtungsgrund greift hier der Eigenschaftsirrthum gem. § 119 Abs. 2 BGB, da ein Irrtum über die Zusammensetzung der Erbschaft als dessen wertbildenden Faktor vorliegt.<sup>18</sup>

Ein wesentlicher Unterschied lässt sich bei der Anfechtungsfrist erkennen: Während bei der ersten Anfechtung die Modifikationen des Erbrechts zu berücksichtigen sind, stellt sich die Frage, ob dies auch für die zweite Anfechtung gilt. Der BGH<sup>19</sup> sprach sich in der besagten Entscheidung im Einklang mit der herrschenden Auffassung in der Literatur<sup>20</sup> für die Anwendung der allgemeinen Anfechtungsfrist des § 121 Abs. 1 BGB aus, wonach die Anfechtung unverzüglich erfolgen müsse. Dem ist zuzustimmen. Neben gesetzessystematischen Erwägungen ist unter Wertungsgesichtspunkten tragend, dass es einem Anfechtenden, der bereits zuvor seine Annahme oder Ausschlagung angefochten hat, zuzumuten ist, die zweite Anfechtung unverzüglich durchzuführen, um schnellstmöglich Rechtssicherheit zu schaffen. Die von der Gegenauffassung<sup>21</sup> bevorzugte sechswöchige Frist des § 1954 Abs. 1, 2 BGB ist hierfür nicht erforderlich und könnte bei mehrfacher, zeitlich nacheinander erfolgender Anfechtung<sup>22</sup> die Klarheit über die Rechtsnachfolge für einen nicht unerheblichen Zeitraum hinauszögern. Daher ist die zweite Anfechtung nach überzeugender Auffassung unverzüglich i.S.d. § 121 Abs. 1 BGB zu erklären.

### C. Schnittstellen mit dem Sachenrecht

Das Zusammenspiel zwischen dem Erbrecht und dem Sachenrecht ist von herausragender Bedeutung für die Rechtspraxis und ermöglicht eine Fallgruppenbildung hin-

sichtlich des gutgläubigen Eigentumserwerbs an beweglichen Sachen. Bevor auf die in diesem Kontext wichtigsten Konstellationen eingegangen wird, soll das Rechtsinstitut des Erbscheins beleuchtet werden.

### I. Der Erbschein und seine Wirkungen

Die angesprochenen rechtstatsächlichen Probleme im Zusammenhang mit dem Anfall der Erbschaft sowie die zahlreichen Anfechtungsmöglichkeiten zeigen, wie undurchsichtig die Klärung der Rechtsnachfolge ablaufen kann. Die Konsequenz hieraus ist ein gesteigertes Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs bei den Rechtsgeschäften, die den Nachlass betreffen.<sup>23</sup>

Dem Begehren, als Vertragspartner Nachlassgegenstände nur vom Berechtigten zu erwerben und als Schuldner des Erblassers nur an den wahren Erben zu leisten, damit die schuldbefreiende Wirkung des § 362 Abs. 1 BGB eintritt, soll der Erbschein gem. §§ 2353ff. BGB als Verfügungsausweis des Erben Rechnung tragen. Die Vorschriften zum Erbschein im fünften Buch des BGB wurden mit Wirkung zum 17. August 2015 durch das Internationale Erbrechtsverfahrensgesetz (IntErbRVG)<sup>24</sup> stark ausgedünnt. Während die Verfahrensvorschriften in das FamFG übertragen wurden, regeln die im BGB verbliebenen Normen den materiell-rechtlichen Gehalt des Erbscheins.<sup>25</sup>

### 1. Ausgestaltungen des Erbscheins

Der Erbschein kann in unterschiedlichen Ausgestaltungen beantragt werden, von denen hier nur eine Auswahl angesprochen werden kann. Gemein ist allen Varianten des Erbscheins, dass sie nicht ausweisen, was geerbt wurde. Ob bestimmte Gegenstände zum Nachlass gehören, ergibt sich folglich nicht aus dem Erbschein. Dessen Inhalt erschöpft sich vielmehr in der genauen Bezeichnung des Erblassers sowie des Erben und bei Vorliegen mehrerer Erben auch ihrer Erbquote sowie des Berufungsgrundes (gewillkürte oder gesetzliche Erbfolge).

<sup>18</sup> Vgl. hierzu Musielak, (Fn. 8), ZEV 2016, 353 (354).

<sup>19</sup> BGH NJW 2015, 2729 (2730).

<sup>20</sup> Siehe etwa J. Schmidt in: Erman, (Fn. 4), § 1955 BGB Rn. 5; Weidlich in: Palandt, (Fn. 3), § 1955 BGB Rn. 1; Leipold in: MüKo, (Fn. 3), § 1955 BGB Rn. 5.

<sup>21</sup> Löhnig/Plettenberg, Anforderungen an die Kenntnis für die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist, ZEV 2015, 96 (99); Stein in: Soergel, BGB, Bd. 21, 13. Aufl. Stuttgart 2001, § 1954 BGB Rn. 12; Masloff in: Damrau/Tanck, Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl. Bonn 2014, § 1954 BGB Rn. 13.

<sup>22</sup> Vgl. bei OLG Hamm NJW-RR 2009, 1664ff.

<sup>23</sup> Keller/v. Schrenck, Prüfungsschwerpunkte im Erbscheinsverfahren, JA 2016, 51 (52); vgl. Weidlich in: Palandt, (Fn. 3), § 2353 BGB Rn. 2.

<sup>24</sup> Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften v. 29.6.2015, BGBl. 2015 I, 1042ff.

<sup>25</sup> Weidlich in: Palandt, (Fn. 3), § 2353 BGB Rn. 1; Grziwotz, Erbscheinsverfahren neu geregelt, notar 2016, 352.



Handelt es sich um nur einen Erben, so kann dieser einen Alleinerbschein gem. § 2353 Alt. 1 BGB erhalten. Bei mehreren Erben kann jeder einzelne einen Teilerbschein gem. § 2353 Alt. 2 BGB beantragen, der nur die jeweils eigene Erbquote aufführt. Den Erben kann aber auch ein gemeinschaftlicher Erbschein gem. § 352a FamFG erteilt werden. Daneben kommt das Europäische Nachlasszeugnis<sup>26</sup> nach Art. 62ff. EuErbVO bei Erbfällen mit grenzüberschreitendem Bezug in Betracht.

Sachlich zuständig für die Beantragung des Erbscheins ist gem. § 23a Abs. 2 Nr. 2 GVG grundsätzlich das Nachlassgericht als Abteilung des Amtsgericht. Die örtliche Zuständigkeit folgt aus § 343 FamFG.<sup>27</sup> Der Antrag muss die von § 352 FamFG vorgesehenen Angaben enthalten.<sup>28</sup> Nach neuesten Tendenzen kann ein Erbscheinsantrag auch in elektronischer Form gestellt und mit elektronisch beglaubigten Unterlagen verbunden werden.<sup>29</sup> Die internationale Zuständigkeit in grenzüberschreitenden Fällen ergibt sich dem EuGH30 folgend nicht aus den §§ 343, 105 FamFG, sondern aus Art. 4 EuErbVO.<sup>31</sup>

## 2. Vermutung der Richtigkeit gem. § 2365 BGB

Nach § 2365 BGB bezeugt der Erbschein positiv, dass der als Erben bezeichneten Person das Erbrecht zusteht (ggf. mit Angabe der Größe des Erbteils) und zugleich negativ, dass keine anderen als die angegebenen Verfügungsbeschränkungen bestehen.<sup>32</sup> Da es sich allerdings um eine Vermutung handelt, kann sie im Zivilprozess jederzeit durch Tatsachen analog § 292 ZPO widerlegt werden.<sup>33</sup>

## 3. Öffentlicher Glaube gem. § 2366 BGB

Soweit die Wirkung des § 2365 BGB reicht, gilt der Erbschein beim Erwerb von Nachlassgegenständen vom Nicht-Erben mit Erbschein, dem sog. Erbscheinserben, als

richtig, wenn der Erwerber keine positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Erbscheins bzw. des Rückgabeverlangens seitens des Nachlassgerichts hat.<sup>34</sup> Daraus folgt, dass die Vermutung des § 2366 BGB (ohne Hinzutreten weiterer Normen) nur bei der Veräußerung von Gegenständen greift, die tatsächlich zum Nachlass gehören, mithin im Eigentum des Erblassers standen.<sup>35</sup> Nach h.M. ist für die Wirkung nach § 2366 BGB nicht erforderlich, dass der Erbschein vorgelegt wird oder der Erwerber überhaupt von der Existenz des Erbscheins weiß, da der Erbschein das sog. abstrakte Vertrauen schützt.<sup>36</sup>

## 4. Liberationswirkung gem. § 2367 BGB

Nach § 2367 BGB kann ein Schuldner des Erblassers mit befreiender Wirkung (Liberation) an den Erbscheinserben leisten. Relevant wird diese Vorschrift, wenn es einem Nicht-Erben gelingt, einen Erbschein zu erwirken und dieser dazu genutzt wird, sich z.B. Gelder vom Konto des Erblassers auszahlen zu lassen.<sup>37</sup> In solchen Fällen wird sich die Bank darauf berufen können, dass sie gem. § 2367 BGB durch Leistung an den Erbscheinserben frei geworden ist.<sup>38</sup>

## II. Grundkonstellationen des gutgläubigen Erwerbs

Mit dem Erbfall geht der Besitz auf den tatsächlichen Erben über, vgl. § 857 BGB. Gäbe es den Erbschein nicht, so könnte eine andere Person aufgrund des § 935 BGB nicht wirksam über die Nachlassgegenstände verfügen.<sup>39</sup> Wegen des bereits beschriebenen Bedürfnisses des Rechtsverkehrs, auch bei unklaren Erbfolgen wirksame Verfügungen zu ermöglichen, kann der Erbschein zum gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten führen. Für den gutgläubigen Erwerb spielen im Kontext des Erb- und Sachenrechts zwei Gutglaubensnormen eine wichtige Rolle: der gute Glaube nach §§ 932ff. BGB hinsichtlich der Eigentümerstellung des Erblassers (denn nur dann ist eine Nachlass-

<sup>26</sup> Siehe hierzu sogleich unter D.III.

<sup>27</sup> Keller/v. Schrenck, (Fn. 23), JA 2016, 51 (52); Grziwotz, (Fn. 25), notar 2016, 352 (353).

<sup>28</sup> Die Verwandtschaftsverhältnisse sind im Erbscheinsverfahren durch öffentliche Urkunden glaubhaft zu machen; vgl. OLG Saarbrücken NJW-RR 2019, 454ff.

<sup>29</sup> Vgl. OLG Oldenburg NJW-Spezial 2019, 392.

<sup>30</sup> EuGH NJW 2018, 2309ff.; dem EuGH folgend OLG Köln ZEV 2019, 352.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu Leitzen, Oberle und die Folgen: Erbscheinsverfahren in grenzüberschreitenden Fällen in der Rechtspraxis, ZEV 2018, 630; Wagner, Internationale und örtliche Zuständigkeit für die Erteilung deutscher Erbscheine, NJW 2018, 3284 (3286).

<sup>32</sup> Keller/v. Schrenck, (Fn. 23), JA 2016, 51 (52); Hoeren in: Schulze, (Fn. 12), § 2365 BGB Rn. 7.

<sup>33</sup> Grziwotz in: MüKo, (Fn. 3), § 2365 BGB Rn. 6ff.; Gierl in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, (Fn. 10), § 2365 BGB Rn. 12.

<sup>34</sup> Schlöcker/Zickgraf, Gutgläubiger Erwerb im Erbrecht, JuS 2013, 876; Lorenz/Eichhorn, Grundwissen – Zivilrecht: Der gutgläubige Erwerb, JuS 2017, 822 (824).

<sup>35</sup> Zu den Besonderheiten siehe sogleich unter C.II.4.

<sup>36</sup> Lorenz/Eichhorn, (Fn. 34), JuS 2017, 822 (824); Volmer, Erbschein und ENZ nach der EuErbVO, notar 2016, 323 (328), mit dem Hinweis auf Einschränkungen.

<sup>37</sup> Vgl. zu diesen Konstellationen Bredemeyer, Erbrechtliche Legitimation durch Erbschein,

Europäisches Nachlasszeugnis, Testament oder Vollmacht, ZEV 2016, 65ff.

<sup>38</sup> Die tatsächlichen Erben können aber gegen den vermeintlichen Erben vorgehen. Denkbar sind Ansprüche gem. § 2018 BGB sowie gem. §§ 816 Abs. 1 S. 1, 823ff. BGB.

<sup>39</sup> Gierl in: Erbrecht, (Fn. 10), § 2366 BGB Rn. 14ff.; Keller/v. Schrenck, (Fn. 23), JA 2016, 51 (52).

zugehörigkeit des Gegenstandes gegeben) sowie der gute Glaube nach § 2366 BGB hinsichtlich der Erbenstellung des Erbscheininhabers.<sup>40</sup> Stets muss es sich um ein Verkehrsgeschäft handeln.<sup>41</sup>

### 1. Erste Konstellation

Verfügt der tatsächliche Erbe über einen Nachlassgegenstand, so ist keine Gutglaubensvorschrift gem. §§ 932ff., 2366 BGB erforderlich, da der Erwerber vom berechtigten Rechtsnachfolger erwirbt.

### 2. Zweite Konstellation

Verfügt der tatsächliche Erbe über einen Gegenstand, der nicht zum Nachlass gehört, so ist der gute Glaube des Erwerbers an die Eigentümerstellung des Erblassers erforderlich, weil nur dann eine Nachlasszugehörigkeit des Gegenstands gegeben wäre. Der gutgläubige Erwerb richtet sich daher nach den sachenrechtlichen Vorschriften gem. §§ 929 S. 1, 932ff. BGB.<sup>42</sup> Ein solcher gutgläubiger Erwerb wäre ausgeschlossen, wenn es sich um eine abhandlungskommene Sache i.S.d. § 935 BGB handelt. Zu beachten ist, dass gem. § 932 Abs. 2 BGB bereits grobe Fahrlässigkeit des Erwerbenden schädlich ist.

### 3. Dritte Konstellation

Handelt es sich beim Verfügenden um einen Erbscheins-erben (d.h. um einen Nicht-Erben, dem es gelungen ist, einen Erbschein zu erwirken), der über einen Nachlassgegenstand verfügt, so ist ein guter Glaube des Erwerbers an die Erbenstellung des Verfügenden nötig.<sup>43</sup> Der gutgläubige Erwerb richtet sich deshalb nach §§ 929 S. 1, 2366 BGB.

### 4. Vierte Konstellation

Die vierte Konstellation ist die komplexeste. Verfügt ein Erbscheinserbe über einen Nicht-Nachlassgegenstand, so ist sowohl Gutgläubigkeit des Erwerbenden an die Eigentümerstellung des Erblassers (Nachlasszugehörigkeit) als auch an die Erbenstellung des Verfügenden nötig. Diese

Kombination wird als sog. doppelt gutgläubiger Erwerb bezeichnet, da die sachen- und erbrechtlichen Gutglaubensvorschriften kombiniert zur Anwendung gelangen, §§ 929 S. 1, 932ff., 2366 BGB.<sup>44</sup> Auch hier wird ein gutgläubiger Erwerb gem. § 935 BGB ausgeschlossen, wenn es sich um einen abhandlungskommenen Gegenstand handelt.

### III. Zur Erforderlichkeit des Erbscheins im Rechtsverkehr

Das Erfordernis, einen Erbschein im Rechtsverkehr vorlegen zu müssen, hat sich in den vergangenen Jahren deutlich reduziert. Schon das Reichsgericht<sup>45</sup> betonte, dass ein Erbschein im BGB nicht als generelles Erfordernis vorgesehen ist. Dieser Feststellung schloss sich der BGH<sup>46</sup> im Jahr 2005 explizit an. Dagegen gibt es spezialgesetzliche Normen, die einen Erbschein sowie entsprechende Ausnahmevorschriften vorsehen, so z.B. in § 35 Abs. 1 S. 1 GBO für Grundeigentum<sup>47</sup> oder § 12 HGB für das Handelsregister.<sup>48</sup>

Ausgangspunkt der aktuellen Tendenz weg vom Erbschein ist insbesondere ein Urteil des BGH<sup>49</sup> aus dem Jahr 2013, in dem die AGB-Klausel einer Sparkasse, die dem Muster von Nr. 5 Abs. 1 der AGB-Sparkassen a.F. nachgebildet ist, für unwirksam erklärt wurde, weil darin eine generelle Pflicht zur Legitimation des Erben durch Vorlage eines Erbscheins vorgeschrieben wurde.<sup>50</sup> Inzwischen spricht die Klausel lediglich davon, dass die erbrechtliche Berechtigung nachzuweisen ist.<sup>51</sup>

Unterstrichen wird diese Entwicklung von einem weiteren Urteil, in dem der BGH<sup>52</sup> klarstellt, dass die Bank bei Vorlage eines eröffneten privatschriftlichen Testaments nur in begründeten Zweifelsfällen einen Erbschein als Erbnachweis verlangen darf. Ein Kostenprüfungsverfahren nach § 127 GNotKG vor dem LG Münster<sup>53</sup> zeigt zudem, dass auch Notare gehalten sind, die Erforderlichkeit eines Erbscheins genau zu prüfen, da es durch unnötige Erbscheinsanträge

<sup>40</sup> Schlunker/Zickgraf, (Fn. 34), JuS 2013, 876 (877); Lorenz/Eichhorn, (Fn. 34), JuS 2017, 822 (824f).

<sup>41</sup> BGH NJW 2015, 1881ff.; Lorenz/Eichhorn, (Fn. 34), JuS 2017, 822.

<sup>42</sup> Gierl in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, (Fn. 10), § 2366 BGB Rn. 15.

<sup>43</sup> Vgl. Weidlich in: Palandt, (Fn. 3), § 2366 BGB Rn. 6.

<sup>44</sup> Hoeren in: Schulze, (Fn. 12), § 2365 BGB Rn. 4; Schlunker/Zickgraf, (Fn. 34), JuS 2013, 876 (877f.); Lorenz/Eichhorn, (Fn. 34), JuS 2017, 822 (825); Gierl in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, (Fn. 10), § 2366 BGB Rn. 16.

<sup>45</sup> RG, Urt. v. 15.1903 – III 4/03 (abrufbar bei juris).

<sup>46</sup> Vgl. BGH NJW 2005, 2779 (2780).

<sup>47</sup> Ein aktuelles Beispiel im Kontext eines Testaments mit Scheidungsklausel bei OLG Naumburg NJW-RR 2019, 783ff.

<sup>48</sup> Vgl. KG Berlin RNotZ 2018, 715ff.

<sup>49</sup> BGH NJW 2013, 3716ff.

<sup>50</sup> Anstelle eines Erbscheins sind z.B. denkbar: öffentliches Testament, Erbvertrag mit Eröffnungsprotokoll, privatschriftliches Testament mit Eröffnungsprotokoll, post- oder transmortale Vollmacht.

<sup>51</sup> Vgl. AGB Sparkassen in der Fassung v. 26.11.2018, Nr. 5 Legitimationsurkunden.

<sup>52</sup> BGH NJW 2016, 2409 (2411).

<sup>53</sup> LG Münster NJW-Spezial 2017, 424.



ge zu einer Haftung des Notars im Zusammenhang mit § 17 BeurkG kommen kann.

#### IV. Folgen bei Unrichtigkeit des Erbscheins

Stellt sich ein erteilter Erbschein als unrichtig heraus, so muss ihn das erteilende Nachlassgericht von Amts wegen gem. § 2361 S. 1 BGB einziehen. Verweigert der Erbscheins-erbe die Herausgabe des Erbscheins oder ist dieser nicht auffindbar, so hat das Nachlassgericht den Erbschein durch Beschluss für kraftlos zu erklären, § 353 Abs. 1 FamFG.<sup>54</sup> Die Kraftlosigkeit tritt erst nach einem Monat nach der Veröffentlichung des Beschlusses i.S.d. § 435 FamFG ein. Bis dahin behält der unrichtige Erbschein seine Wirkungen.

#### D. Bezüge zur EuErbVO

Das Europäische Recht bildet die dritte zu behandelnde Verknüpfung zum deutschen Erbrecht. Die Relevanz dieses Bereichs ist bei jährlich rund 450.000 Erbfällen mit internationalem Bezug und einem Gesamtvolumen vererbten Vermögens von ungefähr 123 Milliarden Euro bei ausgelösten Kosten von fast vier Milliarden Euro nachvollziehbar.<sup>55</sup> Diese beträchtliche Größenordnung war u.a. der Grund für die Initiative der Europäischen Union, die erbrechtlichen Verfahren anzugehen.

#### I. Die EuErbVO

Das Ergebnis dieser Initiative ist die EuErbVO, deren finalisierte Fassung bereits am 16. August 2012 in Kraft trat.<sup>56</sup> Die Mitgliedstaaten sind gem. Art. 84 EuErbVO für Erbfälle ab dem 17. August 2015 zur Anwendung der EuErbVO verpflichtet.<sup>57</sup> Sie ist in sieben Kapitel gegliedert und listet beachtenswerte 83 Erwägungsgründe auf, woraus abgeleitet werden kann, wie schwierig das Unterfangen war, gemeinsame Standards zu schaffen. Insofern handelt es sich um einen bedeutsamen Schritt zur Anpassungen der nationalen Rechtsordnungen.<sup>58</sup> Die Umsetzung in Deutschland

erfolgte schließlich durch das IntErbRVG. Ausweislich der Erwägungsgründe 82 und 83 gilt die EuErbVO nicht in Irland, dem Vereinigten Königreich und Dänemark.<sup>59</sup>

Zwei der wichtigsten Änderungen werden im nächsten Abschnitt beleuchtet und betreffen das Erbkollisionsrecht nach Art. 21ff. EuErbVO sowie die Einführung des Europäischen Nachlasszeugnisses nach Art. 62ff. EuErbVO.

#### II. Erbkollisionsrecht, Art. 21ff. EuErbVO

Bislang galt in Deutschland die Kollisionsnorm des Art. 25 Abs. 1 EGBGB<sup>60</sup> a.F., wonach sich das Erbrecht grundsätzlich nach der Staatsangehörigkeit des Erblassers richtet.<sup>61</sup> Bezweckt wurden eine gewisse Kontinuität des Erbrechts und eine zuverlässige Nachlassplanung auch bei Erblassern mit einem „mobilen Lebensstil“. Einen gänzlich anderen Weg wählt die neue allgemeine Kollisionsnorm des Art. 21 Abs. 1 EuErbVO, die das anzuwendende Erbrecht nach dem sog. gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers bestimmt. Dies soll dem Gedanken Rechnung tragen, dass sich am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers üblicherweise auch der Großteil seiner Gläubiger, Schuldner und Erben sowie seines Vermögens befinden.<sup>62</sup>

##### 1. Zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts

Damit führt die EuErbVO den Wechsel vom Staatsangehörigkeitsprinzip zum Aufenthaltsprinzip durch.<sup>63</sup> Erhebliche Probleme entstehen dann, wenn sich der Statutenwechsel vollzieht, ohne dass dem späteren Erblasser diese Änderung bewusst ist. Verschärft wird dieses Risiko dadurch, dass die EuErbVO keine verbindlichen Bestimmungen dafür bereithält, was unter dem gewöhnlichen Aufenthalt zu verstehen ist. Immerhin sind in den Erwägungsgründen 23 und 24 Kriterien aufgelistet, die zur Bestimmung herangezogen werden können, so z.B. Anlass, Umstände, Dauer und Regelmäßigkeit des Aufenthalts, familiäre und soziale

<sup>54</sup> Grziwotz, (Fn. 25), notar 2016, 352 (357); vgl. Bredemeyer, (Fn. 37), ZEV 2016, 65 (66).

<sup>55</sup> Zwirlein, Neues Internationales Erbrecht für Europa – Ein Überblick über die Europäische Erbrechtsverordnung (EU) Nr. 650/12, JuS 2015, 981, (982) Fn. 2 (Arbeitsunterlagen d. Kommissionsdienststellen, KOM(2009) 154 endg., 4).

<sup>56</sup> Den langjährigen Entstehungsprozess betonend Staudinger/Friesen, Leben und sterben lassen in der EU – Europäisches Internationales Privatrecht in Erbsachen nach der Verordnung (EU) Nr. 650/2012, JA 2014, 641 (642).

<sup>57</sup> Staudinger/Friesen, (Fn. 56), JA 2014, 641 (643); Zwirlein, (Fn. 55), JuS 2015, 981 (982).

<sup>58</sup> Begrüßend Wagner, Erste Rechtsprechung (des EuGH) zur EuErbVO, NJW 2017, 3755 (3758); Buschbaum, EuErbVO: Das Europäische Nachlasszeugnis, ZEV 2012, 525; vgl. ferner Roth/Maulbetsch, Pflichtteilsreduzierung durch Wahloptionen in EuErbVO-Mitgliedstaaten, NJW-Spezial 2018, 615; zum nicht unproblematischen Verhältnis der EuErbVO zu der seit dem 29.1.2019 geltenden Europäischen Ehegüterstandsverordnung, VO (EU) 2016/1103 des Rates v. 24.6.2016 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands, ABL 2016 Nr. L 183, 1; ber. 2017 Nr. L 113, 62; 2018 Nr. L 167, 36, siehe bei Dörner, EuGüVO und EuErbVO – Abgrenzung und Qualifikationsprobleme, ZEV 2019, 309ff.

<sup>59</sup> Vgl. Keller/v. Schrenck, (Fn. 23), JA 2016, 51 (59); Staudinger/Friesen, (Fn. 56), JA 2014, 641 (642).

<sup>60</sup> Einführungsgesetz zum BGB in der Fassung v. 21.9.1994, BGBl. 1994 I, 2494; ber. 1997 I, S. 1061.

<sup>61</sup> Roth/Maulbetsch, (Fn. 58), NJW-Spezial 2018, 615; Staudinger/Friesen, (Fn. 56), JA 2014, 641 (641f.); Buschbaum, (Fn. 58), ZEV 2012, 525.

<sup>62</sup> Vgl. Burandt/Schmuck, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, (Fn. 10), Art. 21 EuErbVO Rn. 5.

<sup>63</sup> Frank/Leithold, Die Ermittlung des anwendbaren Erbrechts im deutsch/US-amerikanischen Erbfall nach der EuErbVO, ZEV 2014, 462 (465); Zwirlein, (Fn. 55), JuS 2015, 981 (982).

Bindung, Lebensmittelpunkt, Verteilung des Vermögens.<sup>64</sup>

Problematisch werden – wie nicht selten in Rechtsfragen – die Grenzfälle. So können die sog. „Mallorca-Deutschen“ als ein solcher Problemfall betrachtet werden.<sup>65</sup> Es handelt sich dabei um deutsche Staatsangehörige, die ihren Lebensmittelpunkt nach Spanien verlagern haben. Damit könnte durchaus auch ihr gewöhnlicher Aufenthalt mit der Folge des Statutenwechsels zum spanischen Erbrecht übergegangen sein. Dies wird den Betroffenen nur in den seltensten Fällen bewusst sein und birgt ein enormes Risiko ungewollter Rechtsfolgen. Die mangelnde Bestimmtheit hat insofern bereits zu nationalgerichtlicher Behandlung dieses Aspekts geführt.<sup>66</sup>

## 2. Rechtswahl gem. § 22 Abs. 1 S. 1 EuErbVO

Um diesen Risiken zu begegnen ist in Art. 22 Abs. 1 S. 1 EuErbVO die Möglichkeit einer Rechtswahl vorgesehen. Der Erblasser kann allerdings nur zugunsten des Rechts seiner Staatsangehörigkeit vom Recht seines gewöhnlichen Aufenthalts abweichen, damit kein missbräuchlicher Einsatz der Rechtswahl erfolgt.<sup>67</sup>

## III. Europäisches Nachlasszeugnis, Art. 62ff. EuErbVO

Erben in international gelagerten Erbfällen haben oftmals erhebliche Schwierigkeiten, ihre Erbenstellung gegenüber den jeweiligen Nachlassgerichten im europäischen Ausland nachzuweisen. Letztere fordern häufig den eigenen nationalen Erbnachweis, sodass die Erben bisher ggf. mehrere Erbnachweise in unterschiedlichen Ländern beantragen müssen, was zu hohen Kosten<sup>68</sup> und Verzögerungen für sie führt. Noch komplizierter kann es werden, wenn der Nachweis in einem Land gelingt und in dem anderen nicht.<sup>69</sup>

Solche Fälle, in denen ein grenzüberschreitender Erbnachweis dienlich ist, soll das Europäische Nachlasszeugnis auffangen. Dabei ist es als Ergänzung zu den nationalen Erbnachweisen zu sehen, nicht als deren Ersatz.<sup>70</sup> Dies kommt auch in Art. 62 Abs. 3 EuErbVO zum Ausdruck, in dem klargestellt wird, dass das Europäische Nachlasszeugnis bei reinen Binnensachverhalten nicht anwendbar ist, bei grenzüberschreitenden Sachverhalten indessen auch im Ausstellungsstaat seine Wirkung entfaltet.<sup>71</sup>

## 1. Inhalt des Europäischen Nachlasszeugnisses

Das Europäische Nachlasszeugnis ist bei der nach Art. 64 EuErbVO zuständigen Stelle<sup>72</sup> zu beantragen. Für den Inhalt des Europäischen Nachlasszeugnisses kann auf Art. 68 EuErbVO verwiesen werden, der die zulässigen Angaben auflistet. Gleichwohl liegen bereits gerichtliche Entscheidungen vor, die Stellung zur Frage einer Benennung konkreter Nachlassgegenstände genommen haben. So entschied das OLG Nürnberg,<sup>73</sup> dass die explizite Nennung eines Nachlassgrundstücks „zu informativen Zwecken“ nach deutschem Recht unzulässig sei, da nicht einzelne Gegenstände vererbt werden, sondern entsprechend dem Grundsatz der Universalsukzession das Vermögen des Erblassers als Ganzes.

Ein dinglich wirkendes Vermächtnis, sog. Vindikationslegat,<sup>74</sup> kann dem EuGH<sup>75</sup> folgend Bestandteil des Europäischen Nachlasszeugnisses sein, vgl. Art. 63 Abs. 1 EuErbVO, während dies bei einem nur schuldrechtlich wirkenden Vermächtnis, wie dem Damnationslegat nach deutschem Recht,<sup>76</sup> nicht möglich ist. Ferner hat der EuGH<sup>77</sup> bereits dahingehend entschieden, dass der erhöhte Erbteil des überlebenden Ehegatten i.S.d. § 1371 Abs. 1 BGB in das Europäische Nachlasszeugnis aufzunehmen ist.

<sup>64</sup> Wagner, (Fn. 58), NJW 2017, 3755 (3757); Roth/Maulbetsch, (Fn. 58), NJW-Spezial 2018, 615.

<sup>65</sup> Zu ähnlich gelagerten Fällen siehe OLG Hamm NJW 2018, 2061; OLG Köln ZEV 2019, 352, auch zur internationalen Zuständigkeit.

<sup>66</sup> Vgl. KG NJW-RR 2016, 1100ff.

<sup>67</sup> Staudinger/Friesen, (Fn. 56), JA 2014, 641 (644f.); Zwirlein, (Fn. 55), JuS 2015, 981 (983); ein Motiv kann etwa die Pflichtteilsreduzierung sein, vgl. Roth/Maulbetsch, (Fn. 58), NJW-Spezial 2018, 615.

<sup>68</sup> Lange, Das geplante Europäische Nachlasszeugnis, DNotZ 2012, 168 (169). Zu den Kosten im Erbscheinsverfahren siehe Langel, Kosten bei eigenhändigem und notariellem Testament und bei transmortaler/postmortaler Vollmacht, NJW 2017, 3617ff.; Sikora, Notar- und Gerichtskosten im Erbrecht, NJW 2018, 1572ff.; Horn/Krätzschel, Kosten im Erbscheinsverfahren, NJW 2016, 3350.

<sup>69</sup> Vgl. hierzu Volmer, (Fn. 36), notar 2016, 323.

<sup>70</sup> Lechner, Die Europäische Erbrechtsverordnung, DNotZ-Sonderheft 2016, 102 (104); Lange, (Fn. 68), DNotZ 2012, 168 (174).

<sup>71</sup> Buschbaum, (Fn. 58), ZEV 2012, 525 (528); J. Schmidt, Der Erbnachweis in Deutschland ab 2015: Erbschein vs. Europäisches Nachlasszeugnis, ZEV 2014, 389, 390.

<sup>72</sup> Zur internationalen Zuständigkeit in grenzüberschreitenden Fällen siehe bereits oben unter C.I.1.

<sup>73</sup> OLG Nürnberg NJW-Spezial 2017, 552.

<sup>74</sup> Buschbaum, (Fn. 58), ZEV 2012, 525 (528); Wagner, (Fn. 58), NJW 2017, 3755 (3758); J. Schmidt, (Fn. 71), ZEV 2014, 389 (391f.).

<sup>75</sup> EuGH NJW 2017, 3767ff.

<sup>76</sup> Bredemeyer, (Fn. 37), ZEV 2016, 65 (66); Döbereiner, Das Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein, NJW 2015, 2449 (2452); Wagner, (Fn. 58), NJW 2017, 3755 (3757f.).

<sup>77</sup> EuGH NJW 2018, 1377f.

## 2. Unterschiede zum deutschen Erbschein

Das Europäische Nachlasszeugnis basiert auf einem vergleichbaren Wirkungskonzept wie beim deutschen Erbschein.<sup>78</sup> Insofern kann grundsätzlich auf die dargelegten Konstellationen zum gutgläubigen Erwerb Bezug genommen werden.<sup>79</sup>

Nach Art. 69 Abs. 2 EuErbVO wird, vergleichbar dem § 2365 BGB für den Erbschein, die Richtigkeit der Angaben im Europäischen Nachlasszeugnis sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht vermutet.<sup>80</sup> Ein wesentlicher Unterschied ist aber darin zu sehen, dass die Wirkung des deutschen Erbscheins grundsätzlich unbefristet gilt, während die Abschrift des Europäischen Nachlasszeugnisses entsprechend Art. 70 EuErbVO seine Wirkung nach sechs Monaten verliert.<sup>81</sup>

Der öffentliche Glaube an das Europäische Nachlasszeugnis wird in Art. 69 Abs. 4 EuErbVO geregelt und entspricht im Wesentlichen den Bestimmungen in § 2366 BGB für den Erbschein. Im Gegensatz zum Schutz des abstrakten Vertrauens beim Erbschein, wird in Art. 69 Abs. 4 EuErbVO ausdrücklich ein Handeln des Dritten auf Grundlage des Europäischen Nachlasszeugnisses vorausgesetzt, sodass hier nur das konkrete Vertrauen geschützt wird.<sup>82</sup> Zudem entfällt die Wirkung nach Art. 69 Abs. 4 EuErbVO bereits bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Dritten von der Unrichtigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses, während beim Erbschein nur positive Kenntnis von der Unrichtigkeit bzw. vom Rückgabeverlangen des Gerichts schädlich ist, vgl. § 2366 BGB.

Die Liberationswirkung für Leistungen an den Inhaber des Europäischen Nachlasszeugnisses ist in Art. 69 Abs. 3 EuErbVO normiert und entspricht inhaltlich weitestgehend der Regelung für den deutschen Erbschein in § 2367 BGB,

wobei auch hier nur das konkrete Vertrauen geschützt wird und bereits grobe Fahrlässigkeit schadet.

Ein weiterer Unterschied lässt sich in der Rechtsfolge bei Unrichtigkeit finden. Im Gegensatz zum deutschen Erbschein sind hinsichtlich des Europäischen Nachlasszeugnisses im Fall der Unrichtigkeit nur eine Änderung bzw. ein Widerruf sowie eine entsprechende Unterrichtung des Inhabers vorgesehen, vgl. Art. 71 Abs. 2, 3 EuErbVO. Eine Einziehungspflicht des unrichtigen Europäischen Nachlasszeugnisses wird hingegen nicht ausdrücklich verlangt, sodass der Inhaber bis zum Verfallsdatum weiter Gebrauch von diesem Dokument machen könnte.<sup>83</sup>

## 3. Der „Formblatt-Streit“

Das Europäische Nachlasszeugnis ist zunächst zurückhaltend aufgenommen worden.<sup>84</sup> Aus der Rechtspraxis wurde von erheblichen Problemen im Rahmen des Antragsverfahrens berichtet.<sup>85</sup> Für Aufsehen hat auch ein aktuelles Verfahren vor dem OLG Köln<sup>86</sup> gesorgt, welches zwischenzeitlich zur Vorabentscheidung beim EuGH<sup>87</sup> anhängig gewesen ist. Es ging tatsächlich darum, welche Form für die Beantragung des Europäischen Nachlasszeugnisses zu beachten ist. Ausgangspunkt ist ein umfassendes Antragsformular, welches z.B. den Zweck der Beantragung abfragt, vgl. Art. 65 EuErbVO. Insofern wird das Verfahren zur Erlangung eines Europäischen Nachlasszeugnisses als kompliziert und umfangreich bezeichnet.<sup>88</sup> Im gegenständlichen Fall wurde das Europäische Nachlasszeugnis aber mittels einer notariellen Urkunde beantragt, was das Nachlassgericht unter Hinweis auf das Formblatt zurückgewiesen hat.

Rechtlich denkbar waren beide Möglichkeiten. In Art. 65 Abs. 2 EuErbVO ist lediglich davon die Rede, dass für die Vorlage eines Antrags das Formblatt verwendet werden kann. Demgegenüber spricht die Durchführungs-

<sup>78</sup> Vgl. J. Schmidt, (Fn. 71), ZEV 2014, 389 (392); Probleme ergeben sich insb. in solchen Rechtsordnungen, die ein vergleichbares Instrument bisher nicht kannten, vgl. hierzu Volmer, (Fn. 36), notar 2016, 323 (324).

<sup>79</sup> Siehe hierzu oben unter C.II.

<sup>80</sup> Siehe oben unter C.I.; vgl. zudem Buschbaum, (Fn. 58), ZEV 2012, 525 (527).

<sup>81</sup> Keller/v. Schrenck, (Fn. 23), JA 2016, 51 (59); Volmer, (Fn. 36), notar 2016, 323 (325).

<sup>82</sup> Bredemeyer, (Fn. 37), ZEV 2016, 65, (66f.); Zwirlein, (Fn. 55), JuS 2015, 981 (985); Volmer, (Fn. 36), notar 2016, 323 (329); fraglich ist, ob das Europäische Nachlasszeugnis bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts vorzulegen ist, vgl. hierzu J. Schmidt, ZEV 2014, (Fn. 71), 389 (393); Steiner, Einstweiliger Rechtsschutz gegen das Europäische Nachlasszeugnis?, ZEV 2016, 487.

<sup>83</sup> Burandt/Schmuck, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht (Fn. 10), EuErbVO Art. 71 Rn. 2; Buschbaum, (Fn. 58), ZEV 2012, 525 (526ff.); zweifelnd Dutta in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 11, 7. Aufl. München 2018, Art. 69 EuErbVO Rn. 2.

<sup>84</sup> Wagner, (Fn. 58), NJW 2017, 3755 (3758); vgl. auch Volmer, (Fn. 36), notar 2016, 323 (331).

<sup>85</sup> Schmitz, Das Europäische Nachlasszeugnis, RNotZ 2017, 269 (270); besonders anschaulich sind die Erfahrungsberichte von Röhl und Schmitz-Vornmoor, Zu Volmer: Erbschein und ENZ nach der EuErbVO, notar 2017, 37.

<sup>86</sup> OLG Köln NJW-Spezial 2018, 327.

<sup>87</sup> EuGH ZEV 2019, 350 (352).

<sup>88</sup> Besonders kritisch Volmer, (Fn. 36), notar 2016, 323; siehe ferner Lechner, (Fn. 70), DNotZ-Sonderheft 2016, 102 (107).



verordnung<sup>89</sup> zur EuErbVO in Art. 1 Abs. 4 DVO davon, dass das Formblatt zu verwenden ist. Soll der EuErbVO als höherrangiges Recht Vorrang zukommen oder ist der Spezialitätsgedanke der Durchführungsverordnung durchschlagend? Unabhängig davon, wie schwerwiegend diese Streitigkeit, die das Verfahren für fast ein Jahr unterbrochen hat, nun einzuordnen sein mag, sollte bedacht werden, dass der Antrag mittels notarieller Urkunde gestellt wurde und damit höchste Formanforderungen berücksichtigt worden sind. Gleichwohl war die Vorlage des OLG Köln an den EuGH vollkommen richtig, bot dies doch die Gelegenheit, die Sache klarzustellen – dem EuGH kann man hierfür jedenfalls nur danken: Die Verwendung des Formblattes ist fakultativ, mithin nicht zwingend.<sup>90</sup>

### E. Schluss

Das Erbrecht bietet zahlreiche wichtige Schnittstellen mit Rechtsgebieten, die von wechselseitigen Bezugnahmen geprägt sein können. Die hier aufgezeigten drei Bereiche sind nur als Ausgangspunkt vieler weiterer Konstellationen zu verstehen. Gleichwohl wird bereits durch diesen Überblick vor Augen geführt, wie einflussreich und spannend die Materie sein kann, wenn die Systematik hinter diesem Rechtsgebiet einmal erfasst wurde. Die weitere Entwicklung des deutschen Erbrechts, insbesondere unter dem beachtlichen Einfluss der EuErbVO, verspricht mehr als nur interessant zu werden. Auch wenn sich bei Einzelnen die Begeisterung noch in Grenzen hält, so ist ein weiterer guter Grund für eine Befassung in den zahlreichen Möglichkeiten zu sehen, einen erbrechtlichen Einstieg in die Klausur zu finden. Examensklausuren oder Aufgabenstellungen in Fortgeschrittenenübungen verknüpfen oft Sachen- und Erbrecht. Sie nehmen den Erbfall häufig als Ausgangssituation und nutzen Erbscheinsprobleme oder Mehrpersonenkonstellationen, auch vor dem Hintergrund europäischer Entwicklungen, um den Schwierigkeitsgrad der jeweiligen Aufgabe nach oben anzupassen.

<sup>89</sup> VO (EU) Nr. 1329/2014 der Kommission v. 9.12.2014 zur Festlegung der Formblätter nach Maßgabe der VO (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. 2014 Nr. L 359, 30; ber. 2015 Nr. L 195, 49; 2016 Nr. L 9, 14.

<sup>90</sup> EuGH ZEV 2019, 350 (352).

## Safe-Invest: Der subjektive Schadenseinschlag im Betrugstatbestand

stud. iur. Lucas Haak

BGH 3 StR 171/17

§ 263 StGB

**Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht):** A, B und C sind Geschäftsführer der Firma S. GmbH & Co. KG, welche im Rahmen des Projekts „Safe-Invest“ Teile von Photovoltaik-Freiflächenanlagen (sog. Solarmodule) sowie Zubehörteile vertreibt. Das konkrete Geschäftsmodell sieht dabei wie folgt aus: Mittels Solarmodulen, die auf Grundstücken Dritter installiert werden, wird ein Teil der Solarenergie in elektrische Energie umgewandelt, welche anschließend gegen Entgelt in den Stromkreislauf eingespeist werden kann. In der Regel werden dabei sog. Spiegelsysteme aufgestellt, welche den Lichteinfall auf die Module erhöhen und so zu einer Effizienzsteigerung beitragen. Im Rahmen des Projekts „Safe-Invest“ veräußert die S. GmbH & Co. KG die Solarmodule an Privatanleger und pachtet diese anschließend gegen einen garantierten Pachtzins von den Anlegern zurück. Der vertraglich vorausgesetzte Zweck dieser Geschäfte besteht darin, die Module alsdann an Dritte weiterzuverpachten und die privaten Anleger an den daraus entstehenden Gewinnen hälftig zu beteiligen. Bei Vertragsschluss verpflichtet sich die S. GmbH & Co. KG ferner, die dafür erforderlichen Spiegelsysteme zu errichten und zu unterhalten, wobei sie die notwendigen Zusatzmodule vereinbarungsgemäß aus den (zutreffend überhöhten) Kaufpreisforderungen gegen die Anleger beschaffen soll. Den privaten Anlegern wird dabei suggeriert, in eine besonders sichere Anlage („Safe-Invest“) zu investieren, da sie durch den Kauf von Solaranlagenmodulen (Mit-)Eigentümer dieser Anlagen würden und ein Insolvenzrisiko nicht bestehe. Mit diesem Geschäftsmodell gelingt es A, B und C entsprechende Kauf- und Rückpachtverträge mit mehreren hundert Anlegern abzuschließen.

In Wirklichkeit haben A, B und C jedoch niemals vor, die so verkauften und zurückgepachteten Solarmodule tatsächlich weiterzuverpachten, sondern behalten die durch die Privatanleger gezahlten Kaufpreise in voller Höhe für sich ein. Auch hatten die drei Geschäftsführer nie die Absicht, die erforderlichen Spiegelsysteme tatsächlich zu erwerben und aufzustellen. Ohne dessen Installation sind die Solarmodule der Photovoltaikanlage jedoch faktisch nicht verwendbar, insbesondere ist eine Weiterverpachtung so überhaupt nicht möglich. Nach nur kurzer Zeit meldet die S. GmbH & Co. KG Insolvenz an. Mangels vertraglicher Beziehungen zu den Grundstückseigentümern können die Privatanleger die Module anschließend nicht mehr weiterverwenden. In der Folge sind die Anleger gezwungen, die Solarmodule abzubauen und auf dem freien Markt mit hohen Verlusten zu veräußern.

**Prüfen Sie die Strafbarkeit der Beteiligten nach § 263 StGB.**

### EINORDNUNG

Jüngst hat sich der 3. Strafsenat des BGH mit diesem Fall zum subjektiven Schadenseinschlag im Betrugstatbestand befasst. Die Rechtsfigur gilt als echter „Examensklassiker“ und findet als Spezialproblem des Vermögensschadens in regelmäßigen Abständen Eingang in zahlreiche Prüfungen. Der subjektive Schadenseinschlag ist bis heute in Literatur und Rechtsprechung hochumstrittenes Rechtsinstitut, dessen sachgerechte Lösung mit vielen Fallstricken einhergeht und auch auf verfassungsrechtlicher Ebene für Diskussionsstoff sorgt. Insbesondere die Frage, wann der subjektive Schadenseinschlag Erwähnung in die Klausurlösung

finden sollte und in welchen Fällen es ratsamer erscheint, die Ausführungen auf die objektiven Gegebenheiten zu beschränken, ist eine schwierige Aufgabe, die Studierenden eine mitunter präzise Argumentation abverlangt. Eine solche kann sich durchaus über mehrere Rechtsgebiete erstrecken und für einiges Kopfzerbrechen sorgen. Gerade im Hinblick auf die vielschichtigen Problemstellungen, welche das Betrugsdelikt insbesondere im Tatbestandmerkmal des Vermögensschadens birgt, und auf die damit verbundene hohe Relevanz für das erste Examen, lohnt es sich, im Folgenden einen Blick auf die aktuelle Rechtsprechung des BGH zu werfen.

## ORIENTIERUNGSSÄTZE

Ist nach dem Urteil eines objektiven Dritten eine (möglicherweise objektiv werthaltige) Gegenleistung des Täuschenden bei normativer Betrachtung unter Berücksichtigung der individuellen und wirtschaftlichen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos, begründet dies einen Vermögensschaden in voller Höhe des zur Erlangung der Gegenleistung Aufgewandten (sog. persönlicher Schadenseinschlag).

Insofern kann als Schaden die gesamte Leistung des Geschädigten anzusehen sein, wenn die Gegenleistung nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck brauchbar ist und er sie auch nicht in anderer zumutbarer Weise verwenden, namentlich ohne besondere Schwierigkeiten wieder veräußern kann.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Strafbarkeit der A, B und C gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 25 Abs. 2 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung über Tatsachen

b) Irrtum

c) Vermögensverfügung

**d) Vermögensschaden**

e) Ggf. Qualifikationsmerkmale

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz bzgl. aller objektiven

Tatbestandsmerkmale

b) Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Ggf. Strafzumessung

B. Ergebnis

**A. Strafbarkeit der A, B und C gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 25 Abs. 2 StGB**

A, B und C könnten sich wegen schweren Betrugs in Mittäterschaft gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 25 Abs. 2 StGB gegenüber und zu Lasten der Privatanleger strafbar gemacht haben, indem sie weder die Solarmodule weiterverpachteten noch wie vertraglich vereinbart die Spiegelsysteme aufstellten.

### I. Tatbestand

Dafür müsste der Tatbestand sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht erfüllt sein.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand gegeben sein.

##### a) Täuschung über Tatsachen

A, B und C müssten die Anleger über Tatsachen getäuscht haben. Eine Täuschung ist jedes intellektuelle, ausdrückliche oder konkludente Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen mit dem Ziel der Irreführung über Tatsachen.<sup>1</sup> Tatsachen sind konkrete Zustände oder Vorgänge aus der Vergangenheit oder Gegenwart, die wahrnehmbar in die Wirklichkeit getreten und daher dem Beweis zugänglich sind.<sup>2</sup> In Betracht kommt zunächst ein Vorspiegeln falscher innerer Tatsachen, indem A, B und C den Anlegern versicherten, die Solarmodule gewinnbringend weiterzuverpachten, in Wirklichkeit den Kaufpreis jedoch in voller Höhe einbehielten. Ein Vorspiegeln von Tatsachen ist gegeben, wenn ein in Wirklichkeit nicht vorliegender Umstand tatsächlicher Art einem anderen als gegeben oder vorhanden hingestellt wird.<sup>3</sup> Die Tatsachenbehauptung ist falsch, wenn behaupteter Inhalt und objektive Sachlage auseinanderfallen. Unter innere Tatsachen sind solche des Innenlebens zu verstehen, mithin sind damit Überzeugungen, Kenntnisse und Absichten des Täters erfasst.<sup>4</sup> Dass A, B und C tatsächlich nie vorhatten, die Module an Dritte weiterzuverpachten, ist ein konkreter innerer Zustand der Vergangenheit, der auch dem Beweis zugänglich war. Damit liegt eine innere Tatsache vor.<sup>5</sup> Die entgegenstehende Versicherung der Täter, dass eine Weiterverpachtung stattfinden und so ein garantierter Pachtzins als „Safe-Invest“ entstehen würde, stellte eine Tatsachenbehauptung

<sup>1</sup> Kindhäuser in: LPKStGB, 7. Aufl. 2017, § 263 Rn. 63ff.

<sup>2</sup> Kindhäuser in: LPKStGB (Fn. 1), § 263 Rn. 53.

<sup>3</sup> Fischer, StGB Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 263 Rn. 18.

<sup>4</sup> Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 8.

<sup>5</sup> Laut Sachverhaltsangaben war der garantiert versprochene Pachtzins über die zu erzielende Einspeisevergütung ohne die Aufstellung entsprechender Spiegelsysteme ohnehin nicht zu erwirtschaften, sodass es auch vertretbar erscheint, auf die objektiv fehlende Möglichkeit der Gewinnausschüttung als äußere Tatsache abzustellen.



dar, die mit der objektiven Sachlage nicht übereinstimmte. Insofern stellten A, B und C ein in Wirklichkeit nicht gegebenes Umstand tatsächlicher Art den Privatanlegern als gegeben hin und spiegelten somit falsche Tatsachen vor. Ferner könnte eine Täuschung über innere Tatsachen in der Verpflichtung liegen, in Zukunft noch die erforderlichen Spiegelsysteme aufzustellen. In casu versicherten A, B und C den Anlegern, die Zusatzmodule vereinbarungsgemäß zu beschaffen und zu installieren. Dass dies in Wirklichkeit nie geschehen sollte, war ein konkreter innerer Zustand der Gegenwart, der dem Beweis zugänglich war. Damit stellten die Täter den Anlegern einen Umstand tatsächlicher Art als gegeben hin, der in Wirklichkeit nicht vorlag. Im Ergebnis haben A, B und C die privaten Anleger insofern über die Möglichkeit einer erfolgreichen Verpachtung, die Anschaffung weiterer Zubehörteile und damit über die tatsächlich nicht bestehende Möglichkeit eines garantierten Zinsgewinns getäuscht.

Vorliegend ist jedoch nicht ersichtlich, welcher Täter welchen Tatbeitrag geleistet hat. Fraglich ist daher, ob sich A, B und C die Tatbeiträge der jeweilig anderen Täter anrechnen lassen müssen und den Betrug insofern in mittäterschaftlicher Begehung gem. § 25 Abs. 2 StGB begangen haben. Eine dafür erforderliche Zurechnung der Tatbeiträge ist dann möglich, wenn die Täter entsprechend eines gemeinsamen Tatplans die Tat gemeinschaftlich ausführen.<sup>6</sup> Ein gemeinsamer Tatplan ist das auf gemeinsamen Willen beruhende Einverständnis, eine bestimmte Straftat gemeinschaftlich und arbeitsteilig vorzunehmen.<sup>7</sup> Die Tat wird nach der restriktivsten Ansicht, der sog. *engen Tat herrschaftslehre*, gemeinschaftlich ausgeführt, wenn jeder Teilnehmer objektiv und arbeitsteilig einen gewissen Tatbeitrag leistet.<sup>8</sup> Vorliegend waren A, B und C Geschäftsführer der S. GmbH & Co. KG und im selben Maße für die Geschäfte der Gesellschaft verantwortlich. Darüber hinaus haben alle Täter mangels entgegenstehender Anhaltspunkte objektiv einen gleichwertigen Tatbeitrag geleistet, sodass bereits nach der engsten Auffassung eine mittäterschaftliche Begehung i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB anzunehmen ist.

## b) Irrtum

Durch die Täuschung müsste bei den Anlegern ein Irrtum

entstanden sein. Ein Irrtum ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen, die Gegenstand der Täuschung waren.<sup>9</sup> Indem die Täter die Privatanleger über die Möglichkeit einer gewinnbringenden Verpachtung und Anschaffung weiterer Zubehörteile täuschten, entstand bei den jeweiligen Anlegern einerseits die Fehlvorstellung, es handle sich bei dem Projekt um eine vielversprechende und gewinnorientierte Investition, die überdies ein sog. „Safe-Invest“ darstelle. Andererseits entstand die Fehlvorstellung, dass A, B und C die vertraglich vereinbarte Installation der Spiegelsysteme tatsächlich noch durchführen würden, obwohl dies nicht in der Absicht der Täter lag. Im Ergebnis waren die Anleger daher gleich in zweifacher Hinsicht einem Irrtum unterlegen.

## c) Vermögensverfügung

Nach herrschender Ansicht bedarf es im Rahmen des Betrugstatbestandes zur Abgrenzung von Fremd- und Selbstschädigungsdelikten regelmäßig einer irrtumsbedingten Vermögensverfügung des Opfers als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal.<sup>10</sup> Eine Vermögensverfügung ist jedes freiwillige und von einem gewissen Verfügungsbewusstsein getragene Handeln, Dulden oder Unterlassen, welches sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.<sup>11</sup> Mit der Zahlung der erhöhten Kaufpreise an die S. GmbH & Co. KG für die existenten Solarmodule und die nicht existenten Spiegelsysteme haben die Anleger aufgrund ihres Irrtums freiwillig und bewusst über ihr Vermögen verfügt. Dies wirkte sich auch unmittelbar vermögensmindernd aus, sodass eine Vermögensverfügung vorliegt.

## d) Vermögensschaden

Ferner müssten die Anleger durch die Vermögensverfügung einen Vermögensschaden erlitten haben. Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach der Verfügung ergibt, dass eine nachteilige Vermögensdifferenz eingetreten ist, wobei nach der sog. *Theorie der Gesamtsaldierung* alle Aktiva und Passiva vor und nach der Verfügung zu berücksichtigen und gegenüber zu stellen sind.<sup>12</sup> Bezüglich der Spiegelsysteme ist festzustellen, dass es für die hier gezahlten Kaufpreise objektiv an einer äquivalenten Gegenleistung fehlt, sodass zweifelsfrei ein Vermögensschaden anzunehmen

<sup>6</sup> Kindhäuser in: LPKStGB (Fn. 1), § 25 Rn. 47.

<sup>7</sup> Rengier, Strafrecht BT II, 8. Aufl. 2016, § 44 Rn. 11.

<sup>8</sup> Rengier, BT II (Fn. 7), § 44 Rn. 40.

<sup>9</sup> Perron in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 33f.

<sup>10</sup> Jäger in: Joecks/Jäger, Studienkommentar StGB, 12. Aufl. 2018, § 263 Rn. 82.

<sup>11</sup> Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 70.

<sup>12</sup> Jäger, Anm. z. BGH: Betrugsschaden: Kein objektiver Wert bei subjektiver Wertlosigkeit in: JA 2018, 949 (950); Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 110.

ist. Problematischer erscheint hingegen die rechtliche Würdigung bezüglich der wirklich existenten Solarmodule, an denen die Anleger im Gegenzug zur objektiv überhöhten Kaufpreiszahlung tatsächlich Eigentum *brevi manu* erlangt haben. Umstritten ist, ob ein dahingehender Schaden in Höhe der vollen Kaufpreissumme oder lediglich in den tatsächlich gezahlten Kaufpreisen abzüglich der Beträge, welche die Privatanleger durch eine anschließende Weiterveräußerung auf dem freien Markt erzielen konnten, gesehen werden kann.

#### aa) Lehre vom subjektiven Schadenseinschlag

Nach der Rechtsprechung des BGH kann eine solche Gesamtsaldierung unter Zurhilfenahme des Rechtsinstituts des subjektiven Schadenseinschlags abgelehnt werden.<sup>13</sup> Der subjektive Schadenseinschlag definiert sich zunächst wie folgt: Ist nach dem Urteil eines objektiven Dritten eine (möglicherweise objektiv werthaltige) Gegenleistung des Täuschenden bei normativer Betrachtung unter Berücksichtigung der individuellen und wirtschaftlichen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos, begründet dies einen Vermögensschaden in voller Höhe des zur Erlangung der Gegenleistung Aufgewandten.<sup>14</sup> In ständiger Rechtsprechung entwickelten sich insgesamt drei anerkannte Fallgruppen, die sich auf den subjektiven Schadenseinschlag stützen: Zunächst kann ein Vermögensschaden anzunehmen sein, wenn das Opfer aufgrund der Täuschung zu vermögensschädigenden Folgemaßnahmen veranlasst wird.<sup>15</sup> Entsprechendes gilt, wenn das Opfer durch die täuschungsbedingt eingegangene Verpflichtung in einen finanziellen Engpass gerät, sodass ihm die Mittel zur Befriedigung der minimalen Lebensbedürfnisse fehlen.<sup>16</sup> Ferner wird die Rechtsfigur des subjektiven Schadenseinschlags herangezogen, wenn die Leistung des Täters vom Opfer nicht oder nicht im vollen Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwendet werden kann.<sup>17</sup> Letzteres scheint dieser Auffassung nach im vorliegenden Fall einschlägig. Vertraglich vorgesehener Zweck des Eigentumserwerbs an den Solarmodulen war es, diese im Rahmen eines Pachtvertrages weiterzuverpachten. Dazu kam es nicht, weil A, B

und C die dafür erforderlichen Bedingungen – namentlich die notwendige Errichtung der Spiegelsysteme – nicht geschaffen hatten. Eine anderweitig zumutbare Verwendung der Module kam nicht in Betracht. Die Anleger konnten schon mangels vertraglicher Beziehungen zu den Eigentümern der Grundstücke die hierauf installierten Module nach der Insolvenz der S. GmbH & Co. KG nicht weiterbetreiben. Ferner waren diese nur noch mit erheblichen Verlusten zu veräußern.

Man könnte nun argumentieren, dass die Anleger durch eine Rückverpachtung der Solarmodule an die S. GmbH & Co. KG zumindest zum Teil eine Kompensation erfahren. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es sich bei dem entrichteten Pachtzins regelmäßig um nachträgliche Zahlungen handelt. Im Wege der Gesamtsaldierung sind jedoch nur diejenigen Vorteile zu berücksichtigen, die unmittelbar auf der Vermögensverfügung beruhen, während nachträgliche Kompensationen außer Betracht bleiben.<sup>18</sup> Auch ist festzuhalten, dass die Ansprüche aus dem (Rück-) Pachtvertrag aufgrund der eingetretenen Insolvenz der S. GmbH & Co. KG praktisch wertlos waren. Damit liegt nach der Rechtsprechung des BGH ein subjektiver Schadenseinschlag und somit ein geeigneter Vermögensschaden i.H.d. vollen Summe des geleisteten Kaufpreises für die Photovoltaikanlagen vor.

#### bb) Theorie der vorrangig objektiven Saldierung

Der oben gezeigten Argumentation des BGH könnte man nunmehr entgegenhalten, dass die Privatanleger offensichtlich später noch in der Lage waren, die Solarmodule – sei es auch mit erheblichen Verlusten – weiterzuveräußern. Insofern sei zweifelsfrei festzustellen, dass bereits ein objektiv feststellbarer Schaden aus der fehlenden Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung vorliege. Daher biete sich in casu einerseits kein Raum, andererseits kein Bedarf für die Rechtsfigur des subjektiven Schadenseinschlages.<sup>19</sup> Nicht zuletzt aufgrund ihrer ohnehin umstrittenen rechtsfortbildenden Herleitung erscheine es geboten, zunächst auf den unstreitig gegebenen und im Gesetz ausdrücklich verankerten objektiven Schadenseinschlag abzustellen.<sup>20</sup> Ein solcher sei unter Heranziehung der tatsächlich erzielten (Wieder-)Verkaufspreise unzweifelhaft feststell- oder

<sup>13</sup> BGH NSTZ-RR 2018, 283.

<sup>14</sup> BGH NJW 1962, 29 (30); BGH NSTZ-RR 2018, 283.

<sup>15</sup> BGHSt 16, 321 (328 f.); NJW 1962, 309; Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 147a; Eisele, Anm. z. BGH: Strafrecht BT: Persönlicher Schadenseinschlag beim Betrug, JuS 2018, 1109.

<sup>16</sup> Eisele (Fn. 15), JuS 2018, 1109.

<sup>17</sup> BGHSt 16, 321 (328 f.); NJW 1962, 309; Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 147a; Eisele (Fn. 15), JuS 2018, 1109.

<sup>18</sup> Eisele (Fn. 15), JuS 2018, 1109 (1110); ders., Strafrecht BT II, 4. Aufl. 2017, Rn. 574; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT II, 40. Aufl. 2017, Rn. 548.

<sup>19</sup> Jäger (Fn. 12), JA 2018, 949 (951).

<sup>20</sup> ebenda.

zumindest im Rahmen eines Sachverständigengutachtens bestimmbar. Insofern läge dieser Ansicht nach lediglich ein objektiver Schaden i.H.d. ursprünglich gezahlten Kaufpreises vor, von dem im Zuge der Gesamtsaldierung der auf dem freien Markt tatsächlich erzielte oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erzielbare Wiederverkaufspreis abgezogen werden müsse.

### cc) Stellungnahme

Bezüglich der grundsätzlichen Bejahung eines Vermögensschadens kommen die Ansichten zwar zu demselben Ergebnis, aufgrund ihrer differenzierten dogmatischen Rechtfertigung unterscheiden sie sich jedoch in der Höhe des entstandenen Schadens, sodass eine Stellungnahme notwendig ist. Als Ausgangspunkt bietet es sich an, zunächst die (verfassungs-)rechtliche Legitimation des subjektiven Schadenseinschlages in den Blick zu nehmen. Eine Billigung des Rechtsinstituts scheint nach Auffassung des BVerfG vorzugsweise unter Zuhilfenahme bilanzrechtlicher Vorschriften geboten: Besteht keinerlei Verwendungsmöglichkeit und kommen ferner keine Weiterveräußerungsmöglichkeiten in Betracht, ist der Geschädigte regelmäßig dazu gezwungen, die Kaufsache (auf null) abzuschreiben.<sup>21</sup> Dies mindert zwar nicht den objektiven Wert der Kaufsache selbst, gerade im Hinblick auf die marktorientierten bilanzrechtlichen Bewertungsmaßstäbe wird der bilanzierende Haushalt trotzdem einen de facto-Schaden i.H.d. Kaufpreises erleiden.<sup>22</sup> Überdies handelt es sich – teleologisch betrachtet – bei dem subjektiven Schadenseinschlag um eine normativ-wertende Einschränkung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs, welcher auf Gesichtspunkten der sozialen Adäquanz bzw. der Wertung eines sozialen und wirtschaftlichen Machtgefälles beruht.<sup>23</sup> Die Ratio einer solchen Relativierung des Vermögens- und Schadensbegriffs liegt darin, dass die rein wirtschaftliche Betrachtungsweise aus sozialpolitischen Gründen ohnehin vielfach durchbrochen wird, so dass es geboten erscheint, den Schadensbegriff im Rahmen einer teleologischen Korrektur wieder einer „normativ-juristischen“ Betrachtungsweise anzunähern.<sup>24</sup>

Eine solche grundsätzlich überzeugende Ausweitung des Tatbestandes findet ihre verfassungsrechtlichen Grenzen in dem Schutzzweck der Norm, welcher im Rahmen des

Betrugstatbestands regelmäßig in dem Schutz des Vermögens zu finden sein wird.<sup>25</sup> Folgt man dem, ist trotz der Respektierung des autonomen Willens des Betroffenen die ökonomische Vernunft nicht außer Acht zu lassen, da § 263 StGB ansonsten zumindest partiell zu einem Delikt zum Schutze der Dispositionsfreiheit umgestaltet würde.<sup>26</sup> Dies ginge indes mit erheblichen Bedenken gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG einher. Insofern kann festgestellt werden, dass normative Gesichtspunkte bei der Bewertung eines Schadens zwar eine Rolle spielen, die wirtschaftliche Betrachtung jedoch nicht überlagern oder verdrängen dürfen.<sup>27</sup> Gerade wenn sich dem Geschädigten eine weitere Verwendungsmöglichkeit ergibt und sei dies auch nur die Weiterveräußerung unter Inkaufnahme erheblicher Verluste, scheint es insbesondere im Hinblick auf die ohnehin gebotene restriktive Auslegung der Lehre des subjektiven Schadenseinschlages wenig überzeugend, auf die für die jeweiligen Betroffenen fehlende Weiterverwendung abzustellen. Dies lässt sich auch durch folgende Kontrollüberlegung in Einbeziehung bilanzrechtlicher Vorschriften bestätigen: Auch ohne diese Rechtsfigur führt eine Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva aufgrund einer möglichen – wenn auch verlustreichen – Weiterveräußerung zu einem negativen Saldo. Hier besteht insofern tatsächlich kein Bedarf für das in Frage stehende Rechtsinstitut, da der Marktwert ohnehin hinter der erbrachten Leistung zurückbleibt und ansonsten die objektiven Anforderungen an den Schadensbegriff bei bestehender subjektiver Wertlosigkeit ausgehöhlt würden.<sup>28</sup> Die besseren Argumente sprechen insofern gegen die Rechtsprechung des BGH und für die Auffassung der Literatur. Im Ergebnis liegt bezüglich der Solarmodule daher ein Schaden i.H.d. tatsächlich gezahlten Kaufpreise abzüglich der geminderten Wiederverkaufspreise vor.

### dd) Zwischenergebnis

Folglich ist den Privatanlegern ein Vermögensschaden bezüglich der Spiegelsysteme in voller Höhe, bezüglich der Solarmodule in um die Wiederverkaufspreise verminderter Höhe entstanden.

<sup>21</sup> Hefendehl in: Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 797.

<sup>22</sup> Hefendehl in: MüKoStGB (Fn. 21), § 263 Rn. 797.

<sup>23</sup> Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 147.

<sup>24</sup> ebenda.

<sup>25</sup> Kindhäuser in: LPK-StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 39.

<sup>26</sup> Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 263 Rn. 121.

<sup>27</sup> BVerfGE 126, 170 (212); BGH NSTZ 2014, 517, 519; Jäger (Fn. 12), JA 2018, 949 (951).

<sup>28</sup> Hefendehl in: MüKoStGB (Fn. 21), § 263 Rn. 796; Jäger (Fn. 12), JA 2018, 949 (951).



### e) Qualifikationsmerkmal: Gewerbsmäßige Begehung als Mitglied einer Bande

A, B und C könnten den Betrug gewerbsmäßig als Mitglieder einer Bande gem. § 263 Abs. 5 StGB begangen haben. Gewerbsmäßigkeit liegt vor, wenn sich der Täter durch Begehung der Straftat eine Einnahmequelle von gewisser Erheblichkeit und Dauer schafft.<sup>29</sup> Eine Bande besteht aus mindestens drei Personen, die sich mit dem Willen zusammengeschlossen haben, künftig mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstypus zu verwirklichen.<sup>30</sup> Vorliegend haben A, B und C mit Gewinnerzielungsabsicht mehrere hundert Privatanleger getäuscht. Eine gewisse Dauer und Erheblichkeit sind damit anzunehmen. Auch haben sich die Täter gerade mit dem Willen zusammengeschlossen, künftig mehrere selbstständige und im Einzelnen noch ungewisse Betrugsdelikte zu begehen. Damit handelten A, B und C in gewerbsmäßiger Begehung als Bandenmitglieder gem. § 263 Abs. 5 StGB.

### f) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist hinsichtlich §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 25 Abs. 2 StGB erfüllt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand müsste erfüllt sein.

### a) Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale

Zunächst müssten die Täter vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist die bewusste und gewollte Straftatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller objektiven Umstände zum Zeitpunkt der Tat.<sup>31</sup> A, B und C kam es gerade darauf an, die Privatanleger zu täuschen und somit einen Irrtum hervorzurufen, damit diese vermögensverfügend tätig werden. Dabei nahmen die Täter zumindest billigend in Kauf, dass den Privatanlegern dadurch ein Vermögensschaden entstehen würde. Ferner kam es A, B und C gerade darauf an, die Tat gemeinschaftlich i. S. v. § 25 Abs. 2 StGB und als Mitglieder einer Bande zu begehen. Es war auch gerade die Absicht der Täter, durch die mehrfache Begehung eine erhebliche Einnahmequelle von gewisser Dauer zu schaffen. Damit ist der Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale zu bejahen.

### b) Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

Ferner müssten die Täter in der Absicht einer rechtswidrigen und stoffgleichen Bereicherung gehandelt haben. Bereicherungsabsicht ist gegeben, wenn es dem Täter um eine günstigere Gestaltung der Vermögenslage geht.<sup>32</sup> Rechtswidrig ist diese, wenn der Täter einen Zustand herstellt, der der materiellen Eigentumsordnung widerspricht, was seinerseits von einem gewissen Vorsatz des Täters umfasst sein muss.<sup>33</sup> Stoffgleichheit liegt vor, wenn der Vorteil des Täters und der entstandene Schaden auf derselben Vermögensverfügung beruhen – der Vorteil muss insofern die Kehrseite des Schadens, jedoch nicht dessen exaktes Gegenteil darstellen.<sup>34</sup> Vorliegend kam es A, B und C gerade darauf an, durch die Straftatbestandsverwirklichung eine günstigere Vermögenslage zugunsten der S. GmbH & Co. KG zu schaffen. Insofern handelten die Täter mit Drittbereicherungsabsicht. Der durch die Täter erlangte Vermögensvorteil ist ferner auf die Kaufpreiszahlungen, mithin auf die schädigende Vermögensverfügung der Privatanleger zurückzuführen. Dabei waren sich A, B und C bewusst, dass sie bei Nichterfüllung ihrer Verpflichtungen keinen einredefreien und durchsetzbaren Anspruch auf die Kaufpreiszahlungen hatten. Folglich handelten A, B und C in der Absicht einer rechtswidrigen und stoffgleichen Bereicherung.

### c) Zwischenergebnis

Der subjektive Tatbestand der §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 25 Abs. 2 StGB ist ebenfalls erfüllt.

## 3. Zwischenergebnis

Der Tatbestand der §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 25 Abs. 2 StGB liegt somit vor.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A, B und C handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Strafzumessung

Wegen der Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 263 Abs. 5 StGB sind die strafzumessungsrelevanten Regelbeispiele des § 263 Abs. 3 StGB nicht mehr zu prüfen.

<sup>29</sup> Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 210.

<sup>30</sup> Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 263 Rn. 188a.

<sup>31</sup> Fischer, StGB (Fn. 3), § 263 Rn. 180.

<sup>32</sup> Kindhäuser in: LPKStGB (Fn. 1), § 263 Rn. 224.

<sup>33</sup> Kindhäuser in: LPKStGB (Fn. 1), § 263 Rn. 234, 236.

<sup>34</sup> Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 263 Rn. 166ff.

**B. Ergebnis**

A, B und C haben sich wegen schweren Betrugs in Mittäterschaft gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 25 Abs. 2 StGB gegenüber und zu Lasten der Privatanleger strafbar gemacht.

**FAZIT**

Die Entscheidung behandelt schwerpunktmäßig den subjektiven Schadenseinschlag als normatives Korrekturwerkzeug des ansonsten rein objektiv zu bestimmenden Vermögensschadens. Gleichwohl gelingt es dem BGH nicht, zu einem in jeder Hinsicht befriedigenden Ergebnis zu gelangen. Der subjektive Schadenseinschlag bleibt auch nach dieser Entscheidung eine umstrittene Rechtsfigur, dessen (Nicht-)Anwendung auch in Zukunft für einen strittigen Diskurs sorgen wird. Für Studierende bieten sich hier ungeahnte Möglichkeiten, sodass solche Fallkonstellationen in Klausursituationen stets zu begrüßen sind: Eine auf verfassungs- und bilanzrechtliche Vorschriften und auf den Telos der Norm gestützte, überzeugende Argumentation ist in jede Richtung vertretbar. Ferner wird eine sachgerechte Problembehandlung den Eindruck bekräftigen, dass die Bearbeitung in verschiedene Rechtsgebieten sicher und kompetent erfolgt. Die vorliegende Entscheidung trägt insofern dazu bei, den normativen Einschlag des Vermögensschadens weiter zu konkretisieren. Es bleibt abzuwarten, inwieweit dessen neuerliche Ausgestaltung durch den 3. Strafsenat nunmehr aus verfassungsrechtlicher Perspektive zu bewerten ist. Abschließend ist daher festzuhalten, dass es ratsam ist, die Rechtsfigur des subjektiven Schadenseinschlags in Klausurbearbeitungen unabhängig der vertretenen Meinung kritisch zu hinterfragen und restriktiv zu beurteilen.

## Häusliches Musizieren

stud. iur. Felicia Maas

BGH V ZR 143/17

§§ 906, 1004 BGB

**Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht):** Die Nießbraucher K bewohnen ein Reihenhaus in einem Wohngebiet. Eigentümer und Bewohner des benachbarten Reihenhauses sind A und B. A ist Berufsmusiker (Trompeter) und übt im Erdgeschoss und in einem Probenraum im Dachgeschoss Trompete, nach eigenen Angaben maximal 180 Minuten am Tag und regelmäßig nicht an mehr als zwei Tagen pro Woche unter Berücksichtigung der Mittags- und Nachtruhe. Zudem unterrichtet er zwei Stunden wöchentlich externe Schüler. B spielt nicht Trompete. Ein Augenscheintermin am 02.03.2017 ergab, dass wenn A im Dachgeschoss des Hauses, welches erkennbar auch als Probenraum eingerichtet war, Trompete spielt, das Trompetenspiel im Wohnzimmer von K (im Dachgeschoss) leise wahrnehmbar war. Spielte der A in seinem Wohnzimmer, so war dies im Wohnzimmer von K als schwache Zimmerlautstärke zu hören. Die K verlangen von A und B das Ergreifen geeigneter Maßnahmen, um das Spielen von Musikinstrumenten auf dem Anwesen der K auf eine nicht wahrnehmbare Lautstärke zu reduzieren.

### Zu Recht?

#### EINORDNUNG

Unterlassungsansprüche werden während des Studiums vergleichsweise selten abgeprüft. Im Hinblick auf die Diskussionen rund um das Mietrecht erscheinen Fälle, die meist durch Nachbarkonflikte geprägt sind und auf die Unterlassung einer Handlung abzielen, zumindest für Examenskandidaten interessant. Probleme ergeben sich vor allem bei der Einordnung, ob eine Störung wesentlich oder nicht wesentlich i.S.d. § 906 Abs. 1 S. 1 BGB ist.

Das OLG Düsseldorf bejahte jüngst einen Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB, da ein Nachbar seine Terrasse aufgrund von Blendwirkungen einer Photovoltaikanlage nur eingeschränkt nutzen konnte.<sup>1</sup> Öfter handeln Nachbarstreitigkeiten auch von Tierlärm in der Wohnnachbarschaft. Bezüglich Katzen hat die Rechtsprechung ein Abwehrrecht nach § 1004 Abs. 1 BGB über die Grundsätze des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses (Rücksichtnahmegebot) grundsätzlich weitgehend ausgeschlossen.<sup>2</sup> Für andere Musikinstrumente wurden ebenfalls zahlreiche Fälle entschieden, wobei Leitbildfunktion für die Bestimmung der Ruhezeiten die Entscheidung des OLG Karlsruhe<sup>3</sup> hatte.

#### LEITSÄTZE

Da das häusliche Musizieren einschließlich des dazugehörigen Übens zu den sozialadäquaten und üblichen Formen der Freizeitbeschäftigung gehört, sind daraus herrührende Geräuscheinwirkungen jedenfalls in gewissen Grenzen zumutbar und in diesem Rahmen als unwesentliche Beeinträchtigung des benachbarten Grundstücks im Sinne von § 906 Abs. 1 BGB anzusehen; insoweit hat ein Berufsmusiker, der sein Instrument (hier: Trompete) im häuslichen Bereich spielt, nicht mehr, aber auch nicht weniger Rechte als ein Hobbymusiker und umgekehrt.

Dass sich Geräuscheinwirkungen durch die Nutzung von Nebenräumen wie einem Dachgeschoss- oder Kellerraum verhindern oder verringern lassen, rechtfertigt es nicht, dem Nachbarn das Musizieren in den Haupträumen seines Hauses gänzlich zu untersagen.

Bei der Bestimmung der einzuhaltenden Ruhezeiten kommt es grundsätzlich nicht auf die individuellen Lebensumstände des die Unterlassung beanspruchenden Nachbarn an (hier: Nachtdienst als Gleisbauer); vielmehr sind beim häuslichen Musizieren die üblichen Ruhestunden in der Mittags- und Nachtzeit einzuhalten.

<sup>1</sup> OLG Düsseldorf NJOZ 2018, 652.

<sup>2</sup> OLG Celle NJW-RR 1986, 821.

<sup>3</sup> OLG Karlsruhe NJW-RR 1989, 1179.



Wann und wie lange musiziert werden darf, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere dem Ausmaß der Geräuscheinwirkung, der Art des Musizierens und den örtlichen Gegebenheiten; eine Beschränkung auf zwei bis drei Stunden an Werktagen und ein bis zwei Stunden an Sonn- und Feiertagen, jeweils unter Einhaltung üblicher Ruhezeiten, kann als grober Richtwert dienen.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

### I. Anwendbarkeit der §§ 903ff. BGB

#### II. Unterlassungsanspruch nach

#### § 1004 i.V.m. § 906 BGB

1. Beeinträchtigung des Rechts der Nießbraucher
2. Besorgung weiterer Beeinträchtigungen
3. Störer

a) Bezogen auf B

b) Bezogen auf A

#### 4. Ausschluss des Unterlassungsanspruchs nach § 1004 Abs. 2 BGB

a) Trompetenspiel des A

b) Erteilung von Musikunterricht an Dritte

c) Zwischenergebnis

#### 5. Ergebnis

K verlangen von A und B das zeitlich nicht beschränkte Unterlassen jedweder Geräuschbeeinträchtigung durch das Spielen einer Trompete. Als Anspruchsgrundlage kommt §§ 1065, 1004 i.V.m. § 906 BGB in Betracht.

### I. Anwendbarkeit der §§ 903ff. BGB

Die für die Ansprüche aus Eigentum geltenden Vorschriften finden bei Beeinträchtigungen der Rechte des Nießbrauchers gem. § 1065 BGB entsprechende Anwendung.

### II. Unterlassungsanspruch nach § 1004 i.V.m. § 906 BGB

Der Tatbestand des § 1004 i.V.m. § 906 BGB müsste erfüllt sein. Dies setzt voraus, dass das Recht der Nießbraucher in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt ist, gem. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, die B als

Störer anzusehen ist und K als Nießbraucher nicht gem. § 1004 Abs. 2 BGB zur Duldung verpflichtet sind.

### 1. Beeinträchtigung des Rechts der Nießbraucher

Das Recht der K müsste gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB beeinträchtigt sein. Grundsätzlich ist der Nießbraucher nach §§ 1065, 903 S. 1 BGB dazu berechtigt, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren. Aus § 906 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt sich jedoch, dass eine Geräuschemission den Nießbraucher daran hindern kann. Durch das Trompetenspiel von A sind K in der Nutzbarkeit ihrer Wohnung betroffen, wodurch ein beliebiges Verfahren mit ihrer Wohnung nicht möglich ist. Folglich liegt eine Beeinträchtigung der Rechte der K i.S.v. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

### 2. Besorgung weiterer Beeinträchtigungen

K könnten Unterlassung verlangen, wenn gem. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Dies ist der Fall, wenn eine Wiederholungsgefahr besteht. Eine solche liegt vor, wenn bereits eine Störung stattgefunden hat und objektiv eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass eine Wiederholung der Eigentumsbeeinträchtigung erfolgen wird.<sup>4</sup> Ausreichend ist es nicht, wenn der Anspruchsteller nur subjektiv besorgt ist, dass die Beeinträchtigung eintreten könnte.<sup>5</sup> K wurden bereits durch das Trompetenspiel des A gestört. Aufgrund seiner Tätigkeit als Berufsmusiker wird A auch erneut mit seiner Trompete musizieren. Des Weiteren ist aufgrund seiner Tätigkeit als Musiklehrer davon auszugehen, dass er weiterhin seine Schüler unterrichten wird und mit ihnen gemeinsam Trompete spielt. Demnach besteht objektiv eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass die K erneut in ihren Rechten beeinträchtigt werden. Folglich liegen die Voraussetzungen des § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB vor.

### 3. Störer

A und B müssten als Störer anzusehen sein. Unterschieden wird zwischen dem Begriff des Handlungs- und des Zustandsstörers. Handlungsstörer ist, wer die Beeinträchtigung durch seine Handlung herbeigeführt hat.<sup>6</sup> Zustandsstörer ist, wer durch seine Willensbetätigung mittelbar adäquat einen das Eigentum beeinträchtigenden Zustand herbeigeführt hat, sofern er den Zustand beseitigen oder verhindern kann.<sup>7</sup> Der störende Zustand

<sup>4</sup> Baldus in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 292.

<sup>5</sup> ebenda.

<sup>6</sup> Baldus in: MüKoBGB (Fn. 4), § 1004 Rn. 149.

<sup>7</sup> BGH NJW-RR 2003, 953 (955).

muss zumindest mittelbar auf sein Verhalten zurückgehen.<sup>8</sup>

#### a) Bezogen auf B

B könnte als Zustandsstörerin anzusehen sein. Allerdings geht die von den K bekämpfte Störung nicht von dem Zustand des gemeinsamen Hauses, sondern von dem Verhalten des A aus. Demnach ist B nicht Zustandsstörerin. Sie könnte jedoch als mittelbare Handlungsstörerin zur Unterlassung verpflichtet sein. Als mittelbarer Handlungsstörer wird angesehen, wer die Beeinträchtigung durch einen Dritten adäquat kausal veranlasst und in der Lage ist, sie abzustellen bzw. zu verhindern.<sup>9</sup> Danach ist beispielsweise der Vermieter als mittelbarer Handlungsstörer anzusehen, wenn es durch seinen Mieter als unmittelbaren Störer zu Beeinträchtigungen kommt.<sup>10</sup> B spielt weder selbst Trompete noch erteilt sie Unterricht. Der Schwerpunkt des Verhaltens der B liegt in einem Unterlassen. Sie wäre somit nur als mittelbare Handlungsstörerin anzusehen, wenn sie verpflichtet wäre, gegen das Musizieren des A einzuschreiten. A ist Miteigentümer des Hauses und B ist nicht Vermieterin. Es besteht somit kein Vermieter-Mieter-Verhältnis, sodass eine derartige Verpflichtung nicht ersichtlich ist und A das gemeinsame Haus lediglich aus eigenem Recht nutzt. Auch aus der ehelichen Lebensgemeinschaft i.S.d. § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt sich keine Verpflichtung, den Ehepartner davon abzuhalten, zu musizieren oder Musikunterricht zu erteilen. Folglich ist B auch nicht mittelbare Handlungsstörerin.

#### b) Bezogen auf A

A hingegen könnte als unmittelbarer Handlungsstörer anzusehen sein. Er spielt selbst mehrfach aus Übungszwecken Trompete. Damit führt er selbst, sofern er musiziert, die Geräuschbeeinträchtigung herbei. Folglich ist A unmittelbarer Handlungsstörer.

Weiterhin könnte er bezüglich des Musikunterrichts mittelbarer Handlungsstörer sein. Wenn er seine Schüler unterrichtet, geht die Lärmbelästigung nicht von ihm selbst, sondern von seinen Musikschülern aus. Es wäre ihm möglich, die Unterrichtsstunden zu beenden. Somit ist A diesbezüglich mittelbarer Handlungsstörer. Mithin ist er sowohl unmittelbarer als auch mittelbarer Handlungsstörer.

#### 4. Ausschluss des Unterlassungsanspruchs nach § 1004 Abs. 2 BGB

Der Anspruch der K auf Unterlassung könnte allerdings ausgeschlossen sein, sofern sie gem. § 1004 Abs. 2 BGB zur Duldung der Belästigung verpflichtet sind. Eine Duldungspflicht i.S.v. § 1004 Abs. 2 BGB kann sich sowohl aus gesetzlichen Regelungen des Privatrechts, aus öffentlichem Recht, als auch aus privatrechtlichen Vereinbarungen zwischen Eigentümer und Begünstigtem ergeben.<sup>11</sup>

Im vorliegenden Fall kommt eine Duldungspflicht gem. § 906 Abs. 1 BGB in Betracht. Gem. § 906 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Eigentümer eines Grundstücks die Zuführung von Immissionen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt. Ob Geräuschimmissionen wesentlich sind oder nicht, beurteilt sich nach dem Empfinden eines verständigen Durchschnittsmenschen und danach, was ihm unter Würdigung öffentlicher und privater Belange zuzumuten ist.<sup>12</sup> Die Grenze zumutbarer Lärmbelästigung kann im Einzelfall nicht mathematisch exakt, sondern nur auf Grund wertender Beurteilung festgesetzt werden. Dabei sind wesentliche Immissionen identisch mit erheblichen Belästigungen i.S.d. § 3 Abs. 1 BImSchG.<sup>13</sup>

Bei der Beurteilung, ob die durch das Musizieren hervorgerufenen Lärmimmissionen unwesentlich und somit von K zu dulden sind, oder ob es sich um eine wesentliche Beeinträchtigung handelt, ist zwischen dem Musizieren des A und dem Trompetenspiel seiner Schüler zu differenzieren.

#### a) Trompetenspiel des A

Das Trompetenspiel des A im Dachgeschoss könnte als wesentlich eingestuft werden.

Von einem Durchschnittsmenschen mit gutem Gehör ist das Trompetenspiel des A nur im angrenzenden Schlafzimmer der Kläger leise zu hören, nicht aber in deren Wohnzimmer. Spielt der Beklagte in seinem Wohnzimmer, so ist im Wohnzimmer der Kläger das Trompetenspiel lediglich in schwacher Zimmerlautstärke zu hören. Eine Unterhaltung wird durch das Trompetenspiel nicht gestört. Für die Einschätzung als wesentliche Beeinträchtigung

<sup>8</sup> Baldus in: MüKoBGB (Fn. 4), § 1004 Rn. 159.

<sup>9</sup> Baldus in: MüKoBGB (Fn. 4), § 1004 Rn. 158.

<sup>10</sup> BGH NJW 2000, 2901 (2902).

<sup>11</sup> Spohnheimer in: Beck-Online Großkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Stand: 01.05.2019, § 1004 Rn. 204.

<sup>12</sup> BGH NJW 2003, 3699 (3700).

<sup>13</sup> ebenda.

kommt es allerdings auf das Empfinden eines „verständigen“ Durchschnittsmenschen an und das, was ihm unter Würdigung anderer öffentlicher und privater Belange zuzumuten ist.<sup>14</sup> Daher wird die von dem Musizieren ausgehende Geräuscheinwirkung nicht allein dadurch zu einer wesentlichen Beeinträchtigung i.S.v. § 906 Abs. 1 BGB, dass sie auf dem Nachbargrundstück „als schwache Zimmerlautstärke“ zu hören ist.<sup>15</sup>

§ 906 BGB bezieht sich auf das Grundstück in seiner konkreten Beschaffenheit.<sup>16</sup> Daher wird eine Einwirkung ebenso wenig dadurch wesentlich, dass sie sich durch nachträgliche Schallschutzmaßnahmen an dem Haus, von dem die Störung ausgeht, verringern ließe.<sup>17</sup> Die Vernehmlichkeit von Geräuschen auf dem Nachbargrundstück, welche auf übliche Beschäftigungen im häuslichen Rahmen zurückzuführen sind, ist besonders bei geschlossener Bauweise und unzureichendem Schallschutz unvermeidlich, sodass eine völlige Stille nicht beansprucht werden kann.<sup>18</sup> Gerade Blasinstrumente sind unter solchen Wohnbedingungen für die direkten Nachbarn in aller Regel zu hören.<sup>19</sup>

Das häusliche Musizieren gehört einschließlich des dazugehörigen Übens zu den sozialadäquaten und üblichen Formen der Freizeitbeschäftigung.<sup>20</sup> Dabei hat ein Berufsmusiker, der sein Instrument im häuslichen Bereich spielt, insoweit nicht mehr, aber auch nicht weniger Rechte als ein Hobbymusiker. Daraus herrührende Geräuscheinwirkungen sind jedenfalls in gewissen Grenzen zumutbar und in diesem Rahmen als unwesentliche Beeinträchtigung des benachbarten Grundstücks i.S.v. § 906 Abs. 1 BGB anzusehen.<sup>21</sup> Somit ist das Musizieren auch nicht allein deshalb einzuschränken, weil es von einem Berufsmusiker ausgeht.<sup>22</sup>

Schließlich kann das nebenan hörbare Musizieren einen wesentlichen Lebensinhalt bilden und von erheblicher Bedeutung für die Lebensfreude und das Gefühlsleben sein. Es ist daher nicht aufgrund von damit verbundenen persönlichen Vergnügungen einzuschränken. Vielmehr

gehört es zu der grundrechtlich geschützten freien Entfaltung der Persönlichkeit und ist gerade deshalb in gewissen Grenzen hinzunehmen.<sup>23</sup>

Allerdings muss es einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen geben. Auch dem Nachbarn soll die eigene Wohnung Möglichkeit zur Entspannung und Erholung und zu häuslicher Arbeit eröffnen und auch die dazu jeweils notwendige, von Umweltgeräuschen möglichst ungestörte, Ruhe bieten. Mithin bedarf es einer auf den Einzelfall bezogenen Abwägung aller Umstände des konkreten Einzelfalls, wobei insbesondere das Ausmaß der Geräuscheinwirkung, die Art des Musizierens und die örtlichen Gegebenheiten maßgeblich sind.

Das häusliche Musizieren ist als Bestandteil des täglichen Lebens anzusehen, so dass es nicht gerechtfertigt ist, dem Nachbarn das Musizieren in den Haupträumen gänzlich zu untersagen, auch wenn die Möglichkeit besteht, Geräuscheinwirkungen durch die Nutzung von Nebenräumen wie ein Dachgeschoss- oder Kellerraum zu verhindern.<sup>24</sup> Folglich ändert auch die Tatsache, dass der A auch ausschließlich im Dachgeschoss spielen könnte, an der Einschätzung nichts. Es könnten dadurch lediglich engere zeitliche Grenzen der Musikausübung in den Haupträumen gerechtfertigt sein.<sup>25</sup>

Es bedarf im Ergebnis einer zeitlichen und ggf. räumlichen Begrenzung des Trompetenspiels, um sowohl die Interessen der K als auch die der A und B zu wahren. Dabei kommt es grundsätzlich nicht auf die individuellen Lebensumstände des die Unterlassung beanspruchten Nachbarn an, sondern darauf, die üblichen Ruhestunden in der Mittags- und Nachtzeit einzuhalten.<sup>26</sup> Der Berufsmusiker kann keine Rechte aus seiner Tätigkeit als Berufsmusiker herleiten und ist daher in der Hinsicht in einem gewissen Maße schutzwürdig. Allerdings kann die nachbarliche Rücksichtnahme Einschränkungen gebieten, soweit diese dem musizierenden Nachbarn zumutbar sind.<sup>27</sup>

<sup>14</sup> BGH NJW 2019, 773 (Rn. 13).

<sup>15</sup> ebenda.

<sup>16</sup> ebenda.

<sup>17</sup> ebenda.

<sup>18</sup> Vgl. LG Kleve DWW 1992, 26 (27).

<sup>19</sup> Vgl. LG Kleve DWW 1992, 26 (27).

<sup>20</sup> BGH NJW 2019, 773 (Rn. 14); anders Roth in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3, Neubearbeitung 2016, § 906 Rn. 159.

<sup>21</sup> BGH NJW 2019, 773 (Rn. 14).

<sup>22</sup> ebenda.

<sup>23</sup> ebenda.

<sup>24</sup> ebenda.

<sup>25</sup> ebenda.

<sup>26</sup> BGH NJW 2019, 773 (Rn. 26).

<sup>27</sup> BGH NJW 2019, 773 (Rn. 27).

Das Musizieren in den Haupträumen kann zeitlich einzuschränken sein, wenn die Geräuscheinwirkungen erheblich verringert werden, indem in geeigneten Nebenräumen musiziert wird.<sup>28</sup> Eine Beschränkung auf zwei bis drei Stunden an Werktagen und ein bis zwei Stunden an Sonn- und Feiertagen kann, jeweils unter Einhaltung üblicher Ruhezeiten, als grober Richtwert dienen.<sup>29</sup>

Es könnte darüber hinaus ein vollständiger Ausschluss für die Abendstunden und das Wochenende in Betracht kommen. Allerdings würde dies außer Acht lassen, dass Berufstätige, aber auch Schüler, häufig gerade abends und am Wochenende Zeit für das Musizieren finden. Folglich ist für eine derartige Einschränkung kein Raum.

Daher erscheint es im Ergebnis angemessen, das Musizieren im Dachgeschoss von A und B lediglich in den Mittags- und Nachtzeiten als wesentlich anzusehen. Das Trompetenspiel zu anderen Zeiten ist als unwesentlich einzustufen, sofern dies auf einige Stunden an Werk-, Sonn- und Feiertagen beschränkt ist. Dem Ruhebedürfnis in Schlafräumen kann in der Weise Rechnung getragen werden, dass die Mittagszeit großzügig bemessen wird und die Nachtzeit bereits gegen 21 Uhr beginnt und werktags erst gegen 8 Uhr oder 9 Uhr und am Wochenende entsprechend später endet.

A spielte die Trompete in der Vergangenheit nicht in der Mittags- oder Nachtzeit oder über die zulässige Höchstdauer im Dachgeschoss, sodass ein auf das Dachgeschoss bezogener Unterlassungsanspruch nicht besteht. Dem besonderen Ruhebedürfnis der K wird durch eine beschränkte Höchstdauer des Musizierens in den Haupträumen Rechnung getragen.

Bezüglich des Trompetenspiels des A ist mithin keine wesentliche Beeinträchtigung i.S.d. § 906 Abs. 1 S. 1 BGB gegeben und eine Duldungspflicht seitens K anzunehmen.

#### b) Erteilung von Musikunterricht an Dritte

Auch bezüglich der Erteilung von Musikunterricht an Dritte könnte eine Duldungspflicht nach § 906 Abs. 1 BGB bestehen.

Diesbezüglich ist zu beachten, dass sich der auf dem Nachbargrundstück vernehmliche Trompetenunterricht in einem Wohngebiet in stärkerem Maße als das individuelle Musizieren wesentlich auswirken kann, wenn er eine

höhere Geräuschintensität mit sich bringt, etwa weil mehrere Schüler gleichzeitig unterrichtet werden oder weil die Geräusche als lästiger wahrgenommen werden.<sup>30</sup> Je nach Ausmaß der Störung kann auch die zeitlich begrenzte Erteilung von Musikunterricht noch als sozialadäquat anzusehen sein.<sup>31</sup>

Hier ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon auszugehen, dass sich die durch den Musikunterricht erzeugten Geräusche nicht nennenswert von eigener Hausmusik unterscheiden und es somit keine Grundlage für ein vollständiges Verbot gibt. Mithin besteht eine Duldungspflicht nach § 906 Abs. 1 BGB.

#### c) Zwischenergebnis

Mithin sind die K sowohl bezüglich der Erteilung von Musikunterricht an Dritte als auch hinsichtlich des Trompetenspiels zu einer anderen Zeit als der Mittags- und Nachtzeit, sofern dies auf einige Stunden beschränkt ist, gem. § 1004 Abs. 2 i.V.m. § 906 Abs. 1 BGB zur Duldung der Belästigung verpflichtet.

#### 5. Ergebnis

Der Unterlassungsanspruch der K aus §§ 1065, 1004 i.V.m. § 906 BGB richtet sich ausschließlich gegen A und nicht gegen B. Die K können nicht das Unterlassen jedweder Geräuschimmission durch das Trompetenspiel des A verlangen, allerdings führt der Anspruch zu einer zeitlichen und räumlichen Beschränkung.

#### FAZIT

Der BGH hat in diesem Urteil sehr anschaulich dargestellt, dass das häusliche Musizieren einschließlich des dazugehörigen Übens zu den sozialadäquaten und üblichen Formen der Freizeitbeschäftigung gehört. Aus dem häuslichen Musizieren herrührende Geräuscheinwirkungen sind jedenfalls in gewissen Grenzen zumutbar und als unwesentliche Beeinträchtigung im Sinne von § 906 Abs. 1 BGB anzusehen.<sup>32</sup> Insoweit hat ein Berufsmusiker, der sein Instrument im häuslichen Bereich spielt, nicht mehr, aber auch nicht weniger Rechte als ein Hobbymusiker und umgekehrt.<sup>33</sup> Es ist ebenfalls

<sup>28</sup> BGH NJW 2019, 773 (Rn. 32).

<sup>29</sup> BGH NJW 2019, 773 (Rn. 32).

<sup>30</sup> BGH NJW 2019, 773 (Rn. 17).

<sup>31</sup> ebenda.

<sup>32</sup> BGH NJW 2019, 773 (Rn. 14).

<sup>33</sup> ebenda.



nicht gerechtfertigt, dem Nachbarn das Musizieren in den Haupträumen seines Hauses gänzlich zu untersagen, wenn sich Geräuscheinwirkungen durch die Nutzung von Nebenräumen wie einem Dachgeschoss- oder Kellerraum verhindern oder verringern lassen.

Die Sache war an das Landgericht zurückzuweisen, damit Feststellungen dazu getroffen werden, welche Störungen durch den Musikunterricht entstehen, und damit es die Zeiten, zu denen musiziert werden darf, abschließend festlegen kann.

## Tornadoüberflug

stud. iur. Daniel Müller

BVerwG 6 C 46/16

Art. 8 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, Art. 35 Abs. 1 GG

**Sachverhalt (gekürzt und abgewandelt):** Vom 06. bis 08.06.2007 fand in Heiligendamm das jährliche Gipfeltreffen der acht großen Industriestaaten (G8) statt. Im Vorfeld beantragte das Innenministerium des Landes Mecklenburg-Vorpommern beim Bundesministerium der Verteidigung im Wege der Amtshilfe Überflüge in der Umgebung des Austragungsorts durchzuführen. Es sollten unter Einsatz von Infrarot- und optischen Kameras Luftbildaufnahmen angefertigt werden, um mögliche Erddepots zu erkennen sowie etwaige Manipulationen an wichtigen Straßenzügen zu erfassen. Aufgrund weiterer in diesem Zeitraum stattfindender Einsätze sowie umfassender Wartungsarbeiten standen der zuständigen Polizeibehörde keinerlei eigene Einsatzgeräte zur Verfügung. In Abstimmung mit dem Innenministerium des Landes Mecklenburg-Vorpommern führte die Bundeswehr im Mai 2007 mehrere Aufklärungsflüge durch. Ein weiterer Überflug wurde nach erneuter Lagebeurteilung vereinbart, nachdem es am 02.06.2007 in Rostock zu gewaltsamen Ausschreitungen gekommen war.

Ab dem 29.05.2007 errichteten Gegner des Gipfeltreffens in der Gemeinde Reddelich (R) ein Camp für die Unterkunft von bis zu 5.000 Personen, die an diversen Protestaktionen teilnehmen wollten. Eine Teilnahme an diesen Veranstaltungen war für die weit überwiegende Zahl der Teilnahmewilligen nur im Fall einer frühzeitigen Anreise und ortsnahen Unterkunft während der gesamten Dauer der Veranstaltung möglich. Vom 01. bis 06.06.2007 hielt sich auch die Demonstrantin D in dem Camp auf und nahm von dort aus an Veranstaltungen und Versammlungen im Zusammenhang mit dem G8-Gipfel in Heiligendamm teil.

Am 05.06.2007 überflog ein Kampfflugzeug der Bundeswehr des Typs „Tornado“ gegen 10:30 Uhr das Camp in R witterungsbedingt in einer Höhe von ca. 114 Metern. Während des Überflugs wurden Aufnahmen durch Kameras angefertigt, die an dem Kampfflugzeug befestigt waren. 19 Luftbilder wurden anschließend durch Mitarbeiter der Bundeswehr als für polizeiliche Zwecke relevant ausgewählt und an die Polizeidirektion Rostock zur Auswertung übermittelt. Bei einem Teil dieser Aufnahmen handelte es sich um Übersichtsaufnahmen und Ausschnittvergrößerungen, auf denen das Camp in R sowie Personengruppen abgebildet waren, die sich dort aufhielten.

Nachdem D von diesen Vorgängen erfährt, erhebt sie Klage und beantragt die Feststellung, dass sie durch den Überflug des Camps in R am 05.06.2007 durch ein Kampfflugzeug der Bundeswehr sowie die Fertigung und anschließende Weitergabe von Bildaufnahmen in ihren Rechten verletzt wurde.

### Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

### VORSCHRIFTEN

Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern, (Sicherheits- und Ordnungsgesetz - SOG M-V) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2011

#### § 13 - Allgemeine Befugnisse

Die Ordnungsbehörden und die Polizei haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtgemäßem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren,

durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.

#### § 98 - Einschränkung von Grundrechten

Für Maßnahmen, die nach den Vorschriften der Unterabschnitte 1 bis 3 getroffen werden können, werden das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes), das Recht der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes) und das Recht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 des Grundgesetzes) eingeschränkt.

## EINORDNUNG

Die Rechtmäßigkeit von Eingriffen im Vorfeld geschützter Versammlungen ist häufig Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Eine besondere Bedeutung entwickelt diese Frage bei Versammlungen anlässlich größerer Gipfeltreffen, die aufgrund ihres Wirkungsgrades und ihrer politischen Bedeutung eine Vielzahl von Demonstranten anziehen. Nicht selten kommt es dabei auch zu gewaltsamen Ausschreitungen, die zu nicht unerheblichen Verletzungen der Rechte und Rechtsgüter Dritter führen können. In der öffentlichen Diskussion führt dies wiederum gleichermaßen zu Fragen nach einem restriktiveren Handeln der Sicherheitsbehörden<sup>1</sup> wie auch zu Kritik an der Eingriffsintensität polizeilicher Maßnahmen.<sup>2</sup> Entsprechend besteht ein Interesse an der rechtzeitigen Aufklärung möglicher Gefahren im Vorfeld solcher Veranstaltungen.

So hatte das Bundesverfassungsgericht in jüngerer Zeit in mehreren Eilverfahren<sup>3</sup> über den Schutz eines Protestcamps zu entscheiden, das während des G20-Gipfeltreffens im Juni 2017 in Hamburg errichtet wurde. Bei diesem sollten neben der Durchführung von Kundgebungen und Diskussionen den Teilnehmern umfassende Versorgung und Unterkunft zur Verfügung gestellt werden. Entscheidend war dabei die Frage, ob bei einer derart umfassenden Bereitstellung zusätzlicher – nicht versammlungsspezifischer – Infrastruktur die Vorschriften des einfachen Versammlungsrechts anwendbar sind oder etwa ein Verbot auch nach allgemeineren ordnungsrechtlichen Befugnisnormen erlassen werden kann.

Im Unterschied hierzu bestand in der zu besprechenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts die beeinträchtigende Maßnahme nicht in einem Versammlungsverbot oder sonstigen finalen Eingriffen, sondern in dem Überflug des Camps mit einem Militärflugzeug. Unter welchen Voraussetzungen dieser bereits im Vorfeld der eigentlichen Versammlungen einen faktischen Eingriff in die Versammlungsfreiheit potenzieller Versammlungsteilnehmer bewirken konnte, hatte das Bundesverwaltungsgericht in diesem Verfahren zu klären. Es gelangte dabei in dem Revisionsverfahren zu einem anderen Ergebnis als zuvor noch das OVG Greifswald,<sup>4</sup> das einen faktischen Eingriff vereint hatte. Ob dieser Eingriff im konkreten Fall tatsächlich gerechtfertigt war, ließ das Bundesverwaltungsgericht

indes offen und verwies die Entscheidung zurück an das OVG. Dieses wird sich im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung insbesondere mit der Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen vertieft auseinandersetzen.

## ORIENTIERUNGSSÄTZE

Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG schützt nicht nur die Teilnahme an einer Versammlung als solcher, sondern entfaltet bereits Schutzwirkungen im Vorfeld der Versammlung. Ist eine Teilnahme an der Versammlung aufgrund besonderer Umstände ohne vorherige Anreise und Unterkunft in einem nahegelegenen Zeltlager nicht möglich, so ist auch der dortige Aufenthalt von der Schutzwirkung der Versammlungsfreiheit erfasst.

Die Möglichkeit eines Eingriffs durch mittelbar-faktische Maßnahmen besteht auch im Rahmen der Vorfeldwirkung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit. Der unangekündigte Tiefflug eines militärischen Kampfflugzeugs über ein Zeltlager im Vorfeld einer Demonstration stellt aufgrund seiner abschreckenden und einschüchternden Wirkung einen solchen faktischen Eingriff in die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG dar.

Wird ein Tiefflug eines Kampfflugzeugs über ein Zeltlager durch die Bundeswehr im Wege der Amtshilfe durchgeführt, so ist diese Maßnahme weiterhin der ersuchenden Behörde als eigene zuzurechnen. Soll dabei eine Rechtsverletzung durch die konkrete Art der Ausübung der Amtshilfe überprüft werden, muss der Betroffene weder gegen die Amtshilfe leistende Bundeswehr klagen, noch muss er seine Klage gegen das Amtshilfeersuchen richten.

<sup>1</sup> Vgl. Georgi, War es Staatsversagen?, FAZ-Online, <https://www.faz.net/aktuell/g-20-gipfel/krawalle-in-hamburg-war-es-staatsversagen-15101098.html> (zuletzt abgerufen am: 12.09.2019)..

<sup>2</sup> Vgl. Peters, Kritik an Polizeieinsatz in Heiligendamm verschärft, WELT, <https://www.welt.de/politik/article979878/Kritik-an-Polizeieinsatz-in-Heiligendamm-verschaerft.html> (zuletzt abgerufen am: 12.09.2019).

<sup>3</sup> BVerfG BeckRS 2017, 114648; BeckRS 2017, 114948.

<sup>4</sup> OVG Greifswald BeckRS 2016, 42879.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

## A. Zulässigkeit

- I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
- II. Statthafte Klageart
- III. Klagebefugnis
- IV. Feststellungsinteresse
- V. Richtiger Klagegegner
- VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

## B. Begründetheit

## I. Bestehen des Rechtsverhältnisses

- 1. Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG
  - a) Persönlicher Schutzbereich
  - b) Sachlicher Schutzbereich
- 2. Eingriff
  - a) Klassischer Eingriff
  - b) Faktischer Eingriff
    - aa) Vorfeldwirkungen der Versammlungsfreiheit (!)**
    - bb) Wirkung der Maßnahmen (!)**
- 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
  - a) Schranken (!)**
  - b) Schranken-Schranken
    - aa) Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsermächtigung
    - bb) Verfassungsmäßigkeit der Einzelfallentscheidung
      - (1) Legitimer Zweck
      - (2) Geeignetheit
      - (3) Erforderlichkeit
      - (4) Angemessenheit

Die Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

**A. Zulässigkeit**

Die Klage müsste zunächst zulässig sein.

**I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Mangels aufdrängender Sonderzuweisungen richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs hier nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg grundsätzlich für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind; nach der mo-

difizierten Subjektstheorie ist dies der Fall, wenn sie ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt als solchen zum Handeln berechtigen, verpflichten oder organisieren.<sup>5</sup> Vorliegend streiten die Beteiligten über die Rechtmäßigkeit des Tiefflugs eines Kampfflugzeugs und der Anfertigung und Weitergabe von Bildaufnahmen des Demonstrantencamps durch die Bundeswehr. Voraussichtlich streitentscheidende Normen sind solche des Grundgesetzes, insbesondere Art. 8 GG, sowie Normen des SOG M-V. Erstere verpflichtet als Grundrecht einerseits alle Träger hoheitlicher Gewalt einseitig zur Unterlassung von Grundrechtseingriffen und berechtigt andererseits den Gesetzgeber zur Beschränkung des Grundrechts und ist daher dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Letztere berechtigten die Polizeibehörden einseitig zur Vornahme von Maßnahmen zur Gefahrenabwehr und sind daher ebenfalls Teil des öffentlichen Rechts. Gleichzeitig streiten hier nicht Verfassungsorgane über ihre Rechte aus der Verfassung, sodass es sich mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit auch nicht um eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art handelt. Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich. Mithin ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

**II. Statthafte Klageart**

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Sachbegehren des Klägers, vgl. § 88 VwGO. Vorliegend begehrt D die Feststellung, dass sie durch den Tiefflug des Kampfflugzeugs sowie die Anfertigung und Weitergabe der Bildaufnahmen in ihren Rechten verletzt worden ist. Bei diesen Maßnahmen handelt es sich jeweils mangels Regelungsgehaltes nicht um Verwaltungsakte i.S.d. VwGO, so wie der Begriff einheitlich in den VwVfG des Bundes und der Länder Niederschlag gefunden hat, vgl. § 35 S. 1 VwVfG M-V, sondern um Realakte, die die Bundeswehr im Wege der Amtshilfe für das Innenministerium des Landes Mecklenburg-Vorpommern getroffen hat. Insofern kommen weder eine Anfechtungsklage noch eine Verpflichtungsklage in Betracht. Statthafte Klageart könnte die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO sein, sofern D die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt.

**1. Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis**

Als Rechtsverhältnis ist jede sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund mindestens einer öffentlich-rechtlichen Norm ergebende rechtliche Beziehung zwischen

<sup>5</sup> Vgl. Reimer in: BeckOK VwGO, Stand: Januar 2018, § 40 Rn. 39.1, 45ff.



zwei Personen oder Personen und Sachen zu verstehen.<sup>6</sup> Die von D behauptete Verletzung ihrer Rechte durch die Maßnahmen der Bundeswehr ist als eine solche rechtliche Beziehung zwischen ihr und dem Innenministerium des Landes Mecklenburg-Vorpommern zu qualifizieren. Als möglicherweise verletzte Rechte sind die Grundrechte der Versammlungsfreiheit und der allgemeinen Handlungsfreiheit der D auch dem öffentlichen Recht zugehörig.

## 2. Subsidiarität der Feststellungsklage

Die Feststellungsklage wäre nur statthaft, soweit D ihre Rechte nicht durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen könnte, vgl. § 43 Abs. 2 VwGO (Subsidiarität der Feststellungsklage). Die Grundrechte der D können hier nur so lange durch die Maßnahmen der Bundeswehr verletzt worden sein, wie das grundrechtlich geschützte Verhalten überhaupt stattgefunden hat. Mit dem Ende ihres Aufenthalts in dem Camp, spätestens aber mit der Abreise von den weiteren Veranstaltungen vor und während des Gipfeltreffens endete auch die Schutzwirkung der Versammlungsfreiheit. Folglich trat in diesem Zeitpunkt Erledigung des Überflugs und der Anfertigung und Weitergabe der Bildaufnahmen ein, sodass D nicht mehr im Wege einer Leistungsklage gerichtet auf Unterlassung gegen die Maßnahmen vorgehen kann. Auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage gerichtet auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Amtshilfeersuchens des Innenministeriums muss sich D im Übrigen nicht verweisen lassen. So sind hier nicht die Voraussetzungen des Amtshilfeersuchens, sondern vielmehr die konkrete Durchführung der Amtshilfe streitig. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Amtshilfeersuchens würde dem eigentlichen Sachbegehren der D nicht hinreichend gerecht werden, welchem nur durch die Feststellungsklage nachhaltig abgeholfen werden kann. Sie kann ihre Rechte folglich nicht durch eine etwaige Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen. Statthafte Klageart ist die auf die Feststellung der Rechtsverletzung gerichtete allgemeine Feststellungsklage.

## III. Klagebefugnis

Die Frage, ob der Kläger im Rahmen einer allgemeinen Feststellungsklage auch analog § 42 Abs. 2 VwGO klage-

befugt sein muss<sup>7</sup>, oder bereits das Vorliegen des besonderen Feststellungsinteresses genügt<sup>8</sup>, kann dahinstehen, wenn D jedenfalls klagebefugt wäre. Dies ist der Fall, wenn sie geltend macht, durch den Überflug des Camps und die Anfertigung und Weitergabe der Bildaufnahmen in ihren Rechten verletzt worden zu sein und diese Verletzung zumindest möglich erscheint.<sup>9</sup> Es besteht zumindest die Möglichkeit, dass D durch den Überflug und die Anfertigung und Weitergabe der Bildaufnahmen in ihrem Grundrecht der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG oder zumindest der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist. Sie ist somit klagebefugt.

## IV. Feststellungsinteresse

D müsste weiterhin ein berechtigtes Interesse an der Feststellung des Bestehens des Rechtsverhältnisses haben, vgl. § 43 Abs. 1 VwGO. Ein solches ist jedes nach Lage des Falles anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Natur.<sup>10</sup> Dabei sind an das Interesse an der Feststellung bereits vergangener Rechtsverhältnisse grundsätzlich ähnliche Anforderungen zu stellen, wie an das Fortsetzungsfeststellungsinteresse im Rahmen des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO.<sup>11</sup> In diesem Kontext sind von der Rechtsprechung Fallgruppen entwickelt worden, in denen ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu bejahen ist, namentlich bei einer Wiederholungsfahr, einem Rehabilitationsinteresse des Klägers, einem Präjudizinteresse sowie in Fällen besonders schwerwiegender Grundrechtseingriffe.<sup>12</sup> Entscheidend ist in diesem Fall zum einen, dass die Maßnahmen der Bundeswehr nicht bloß Verletzungen einfachen Rechts, sondern einen Eingriff in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit darstellen könnten. Zum anderen war es D offenkundig nicht möglich, rechtzeitig vor Erledigung des Überflugs und der Anfertigung der Bildaufnahmen Rechtsschutz zu beantragen. Vielmehr handelte es sich um solche Maßnahmen der Gefaherforschung, die sich ihrer Natur nach schnell erledigen und dem Betroffenen die rechtzeitige Inanspruchnahme eines Rechtsbehelfs nicht ermöglichen. Aufgrund dieser kurzen Dauer und gleichzeitig hohen Eingriffsintensität darf damit von einem besonders schwerwiegenden möglichen Grundrechtseingriff auszugehen sein. Da mit Blick

<sup>6</sup> BVerwGE 157, 8; 129, 199; vgl. Pietzcker in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar Bd.1, 36. EL 2019, Stand: Februar 2019, § 43 Rn. 5.

<sup>7</sup> BVerwGE 99, 64; 100, 262 (271); 111, 276 (279); BayVG DVBl. 1995, 162; Ehlers, Verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, Jura 2007, 179 (188).

<sup>8</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 18 Rn. 17; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, § 10 Rn. 433; Laubinger, Feststellungsklage und Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO), VerwArch 82 (1991), 459 (491ff.).

<sup>9</sup> Pietzcker in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 6), § 42 Rn. 31.

<sup>10</sup> BVerwGE 36, 218 (226).

<sup>11</sup> Möstl in: BeckOK VwGO (Fn. 5), § 43 Rn. 25.

<sup>12</sup> Schenke, Rechtsprechungsübersicht zum Verwaltungsprozeß – Teil 3, JZ 1996, 1103 (1109f.).

auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG effektiver Rechtsschutz gegen sämtliche grundrechtsbelastende staatliche Maßnahmen zu gewähren ist und D ein anderer Rechtsbehelf in der Hauptsache nicht zur Verfügung steht, ist von einem berechtigten Feststellungsinteresse auszugehen.

## V. Richtiger Klagegegner

Richtiger Beklagter ist im Rahmen der Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO nach dem Rechtsträgerprinzip stets der Rechtsträger, dem gegenüber das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden soll.<sup>13</sup> Der Überflug und die Anfertigung der Bildaufnahmen wurden hier im Wege der Amtshilfe von der Bundeswehr für das Innenministerium des Landes Mecklenburg-Vorpommern nach Art. 35 Abs. 1 GG i.V.m. §§ 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG durchgeführt. Somit bedarf der Klärung, ob diese Maßnahmen dem Bund als Rechtsträger der Bundeswehr oder dem Land Mecklenburg-Vorpommern zuzurechnen sind. Im Fall eines Amtshilfeersuchens bleibt die ersuchende Behörde grundsätzlich „Herrin des Verfahrens“ und überträgt die Gesamtverantwortung für die Rechtmäßigkeit der konkreten Maßnahme nicht auf die ersuchte Behörde. Ob die Klage ausnahmsweise gegen den Rechtsträger einer Behörde zu richten ist, die bei Leistung der Amtshilfe unmittelbar-final in Rechte des Klägers eingreift<sup>14</sup>, kann mangels eines solchen finalen Handelns der Bundeswehr vorliegend offen bleiben. Die Maßnahmen sind jedenfalls dem Innenministerium des Landes Mecklenburg-Vorpommern als ersuchender Behörde zuzurechnen. Als Rechtsträger dieser Behörde ist das Land Mecklenburg-Vorpommern richtiger Klagegegner.

## VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Beteiligtenfähigkeit der D als natürliche Person folgt aus §§ 61 Nr. 1 Alt. 1, 63 Nr. 1 VwGO, ihre Prozessfähigkeit wiederum aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

Das Land Mecklenburg-Vorpommern ist gemäß §§ 61 Nr. 1 Alt. 2, 63 Nr. 2 VwGO beteiligtenfähig. Als juristische Person ist es selbst nicht prozessfähig, sondern wird im Prozess gemäß § 62 Abs. 3 VwGO durch den zuständigen Landesminister vertreten.<sup>15</sup> Dies ist der Innenminister des Landes Mecklenburg-Vorpommern.

## VIII. Zwischenergebnis

Die Klage der D auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Überflugs sowie der Fertigung und Weitergabe der Bildaufnahmen ist zulässig.

## B. Begründetheit

Die Klage der D ist begründet, wenn das von ihr behauptete Rechtsverhältnis, aufgrund dessen der Überflug und sowie die Fertigung und Weitergabe von Bildaufnahmen erfolgen durften, tatsächlich bestand.

### I. Bestehen des Rechtsverhältnisses

Das bestrittene Rechtsverhältnis besteht, wenn der Überflug und die Anfertigung und Weitergabe der Bildaufnahmen einen Eingriff in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit der D aus Art. 8 Abs. 1 GG darstellen und dieser verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

#### 1. Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG

##### a) Persönlicher Schutzbereich

Zunächst müsste der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG in persönlicher Hinsicht eröffnet sein. Träger des Grundrechts der Versammlungsfreiheit sind gemäß Art. 8 Abs. 1 GG alle Deutschen, sodass D sich als deutsche Staatsangehörige i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG auf dieses Grundrecht berufen kann. Der persönliche Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG ist damit eröffnet.

##### b) Sachlicher Schutzbereich

Weiterhin müsste der sachliche Schutzbereich eröffnet sein. Art. 8 Abs. 1 GG schützt ausdrücklich das Recht, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Eine Versammlung i.S.d. Art. 8 Abs. 1 GG ist eine Zusammenkunft von mehreren Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks, der sie innerlich verbindet.<sup>16</sup> Hierbei kommt es nach der Rechtsprechung des BVerfG entscheidend darauf an, dass dieser gemeinsame Zweck der Zusammenkunft in der gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgabe besteht.<sup>17</sup> Bloße Ansammlungen, die lediglich private oder rein wirtschaftliche Zwecke verfolgen, sind nicht vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG umfasst.<sup>18</sup> Davon abweichend wird teilweise ein weiterer Versammlungsbegriff

<sup>13</sup> Meissner/Schenk in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 6), § 78 Rn. 53.

<sup>14</sup> Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 7 Rn. 9; Erbguth in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 35 Rn. 33.

<sup>15</sup> Steinbeiß/Winkelmann in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 6), § 62 Rn. 17.

<sup>16</sup> Schulze-Fielitz in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 8 Rn. 24.

<sup>17</sup> BVerfGE 104, 92 (104); 111, 147 (154f.).

<sup>18</sup> Depenheuer in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 86. EL, Stand: Januar 2019, Art. 8 Rn. 46ff.

vertreten, der als gemeinsamen Zweck jeden beliebigen Zweck genügen lässt.<sup>19</sup>

#### aa) Das Camp als solches

Bei dem Camp in R als solchem handelte es sich um eine Zusammenkunft mehrerer Personen, die beabsichtigten, an diversen Protestaktionen im Zusammenhang mit dem Gipfeltreffen in Heiligendamm teilzunehmen. Jedoch dienten ihnen das Camp lediglich als Unterkunft, um sich dort vorübergehend aufzuhalten. Ein darüberhinausgehender, die öffentliche Meinungsbildung berührender Zweck wurde durch diesen Zusammenschluss nicht schon verfolgt.

#### bb) Politische Veranstaltungen in dem Camp

Einzelne öffentliche politische Veranstaltungen, die während des Aufenthalts der D in dem Camp durchgeführt wurden, sind grundsätzlich geeignet, als Zusammenkünfte auf die öffentliche Meinungsbildung einzuwirken. Insofern ist die Teilnahme an diesen jedenfalls durch die Versammlungsfreiheit geschützt. Indes kommt es für die Feststellung eines Eingriffs auf den genauen Zeitpunkt des Überflugs und der Fertigung der Bildaufnahmen an. Ob D in diesem relevanten Zeitpunkt an einer der Veranstaltungen teilnahm oder eine solche überhaupt stattfand, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Diese Frage kann dahinstehen, wenn der Schutzbereich aufgrund eines anderen grundrechtlich geschützten Gegenstands eröffnet ist.

#### cc) Vorwirkungen späterer Demonstrationen

Der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG könnte unter dem Gesichtspunkt der Vorwirkungen der Versammlungsfreiheit eröffnet sein. So ist das Grundrecht der Versammlungsfreiheit zeitlich nicht auf die reine Durchführung einer Versammlung begrenzt, sondern entfaltet seine Wirkung bereits in deren Vorfeld.<sup>20</sup> Geschützt sind daher auch die Vorbereitung und Organisation sowie die Anreise zu einer Versammlung.<sup>21</sup>

Hier hielt sich D sechs Tage lang in dem Camp in R auf, um von dort aus an weiteren Demonstrationen teilzunehmen, die vor und während des Gipfeltreffens in Heiligendamm durchgeführt werden sollten. Zwar handelt es sich bei die-

sen Zusammenkünften aufgrund der dort beabsichtigten Meinungskundgabe unabhängig von der Art des geforderten gemeinsamen Zwecks<sup>22</sup> in jedem Fall um Versammlungen i.S.d. Art. 8 Abs. 1 GG. Der Aufenthalt in dem Camp stellt indes noch keine Anreise zur den Protestveranstaltungen im eigentlichen Sinne dar. Das Gipfeltreffen selbst begann aber bereits am darauffolgenden Tag und wies aufgrund seiner politischen Bedeutung einen deutlichen überörtlichen Bezug auf. Die Teilnahme an den Demonstrationen war D überdies aufgrund des hohen Andrangs potenzieller Veranstaltungsteilnehmer und der begrenzten Unterkünfte praktisch nur bei einer frühzeitigen Anreise zu dem Camp möglich. Der Aufenthalt der D stand insofern bereits in einem engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit den späteren Versammlungen. Folglich ist der Aufenthalt aufgrund des überörtlichen Bezugs des Gipfeltreffens mit der Anreise zu den Protestveranstaltungen vergleichbar, sodass die Versammlungsfreiheit bereits eine schützende Vorfeldwirkung entfaltet.

#### dd. Friedlichkeit der Versammlung

Weiterhin müssten sich die Teilnehmer gemäß Art. 8 Abs. 1 GG friedlich und ohne Waffen versammelt haben. Das Kriterium der Friedlichkeit bildet dabei keine Schranke, sondern vielmehr eine Begrenzung des Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit.<sup>23</sup> Es fehlt an der Friedlichkeit, wenn die Versammlung als Ganzes einen gewalttätigen und aufrührerischen Verlauf nimmt oder ein solcher Verlauf aufgrund gesicherter Tatsachen erwartbar ist.<sup>24</sup> Zwar ist es bei einer vergangenen Protestveranstaltung in Rostock am 29.05. zu gewaltsamen Ausschreitungen gekommen. Weder ist jedoch ein gewaltsamer Verlauf der übrigen Veranstaltungen noch im Besonderen ein unfriedliches Verhalten der D ersichtlich, sodass der Schutz der Versammlungsfreiheit in ihrem Fall nicht begrenzt ist.

#### ee. Zwischenergebnis

Der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit ist in sachlicher Hinsicht eröffnet.

<sup>19</sup> Gusy in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 17; Müller-Franken in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz Kommentar, 14. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 11; Schulze-Fielitz in: Dreier (Fn. 16), Art. 8 Rn. 27f.; Höfling/Augsberg, Versammlungsfreiheit, Versammlungsrechtsprechung und Versammlungsgesetzgebung, ZG 2006, 151 (155).

<sup>20</sup> BVerfGE 84, 203 (209).

<sup>21</sup> BVerfGE 69, 315 (343); 104, 92 (108); 128, 226 (250f.); Schneider in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 8 Rn. 21; Schulze-Fielitz in: Dreier (Fn. 16), Art. 8 Rn. 34.

<sup>22</sup> Siehe hierzu oben unter 1.b.

<sup>23</sup> Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 6. Aufl. 2017, § 30 Rn. 13; Müller-Franken in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 19), Art. 8 Rn. 23.

<sup>24</sup> BVerfGE 73, 206 (249).

## 2. Eingriff

### a) Klassischer Eingriff

Ferner müsste ein Eingriff in die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG vorliegen. Ein Eingriff im klassischen Sinne ist ein rechtsförmiger Vorgang, der unmittelbar und gezielt durch ein vom Staat verfügbares Ge- oder Verbot zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt.<sup>25</sup> Der Überflug des Camps und die Anfertigung und Weitergabe der Bildaufnahmen stellen jedoch gerade keine Rechtsakte in diesem Sinne dar, sondern vielmehr ein tatsächliches Handeln. Dieses war im Übrigen auch nicht darauf gerichtet, die Besucher des Camps an der Teilnahme an etwaigen Versammlungen zu hindern. Insoweit liegt zumindest kein Eingriff im klassischen Sinne in das Grundrecht des Art. 8 Abs. 1 GG vor.

### b) Faktischer Eingriff

Allerdings könnten die beanstandeten Maßnahmen der Bundeswehr unter Zugrundelegung eines weiteren Eingriffsbegriffs einen Eingriff in die Versammlungsfreiheit bilden. Da der klassische Eingriffsbegriff nur typische Beeinträchtigungen in herkömmlichem Sinne, aber nicht jede denkbare Beeinträchtigung grundrechtlich geschützten Verhaltens zu erfassen vermag, ist die Möglichkeit rein mittelbar-faktischer Eingriffe anerkannt. Ein solcher liegt bereits in jedem staatlichen Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht, oder erschwert.<sup>26</sup>

Konkrete mittelbar-faktische Eingriffe in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit können durch staatliche Maßnahmen erfolgen, die einschüchternd oder abschreckend wirken bzw. die geeignet sind, die freie Willensbildung und die Entschließungsfreiheit derjenigen Personen zu beeinflussen, die sich versammlungsspezifisch betätigen.<sup>27</sup> Fraglich ist daher, ob der Überflug des Camps sowie die Anfertigung und Weitergabe der Bildaufnahmen bereits eine derartige einschüchternde und abschreckende Wirkung auf die potenziellen Versammlungsteilnehmer hatten.

#### aa) Faktischer Eingriff bei Vorfeldwirkung der Versammlungsfreiheit

Zu berücksichtigen ist hier, dass die Maßnahmen der Bundeswehr nicht etwa während der Versammlungen selbst,

sondern – im Falle des Überflugs und der Erstellung der Bildaufnahmen – bereits im Vorfeld, sowie – im Falle der Weitergabe der Bildaufnahmen an die Polizeibehörden – nach den eigentlichen Versammlungen erfolgten. Ob die Grundsätze zu mittelbar-faktischen Eingriffen auf solche Maßnahmen im Vorfeld einer Versammlung übertragbar oder in diesem Zeitraum nur unmittelbar-finale Eingriffe möglich sind<sup>28</sup>, bedarf der Klärung. Für eine Begrenzung auf finale Eingriffe lässt sich zwar anführen, dass eine Abstufung der Schutzintensität jedenfalls in Anlehnung an andere Grundrechte, bei denen etwa zwischen Kern- und Randbereich unterschieden wird, zumindest grundsätzlich denkbar ist. Allerdings birgt diese Begrenzung auf finale Eingriffe im Vorfeld das Risiko einer Aushöhlung der Versammlungsfreiheit durch staatliche – faktische – Maßnahmen. Es wäre Trägern hoheitlicher Gewalt sonst möglich, die Ausübung des Versammlungsrechts regelmäßig bereits im Vorfeld durch faktische Maßnahmen in erheblichem Maß zu erschweren, zu beschränken oder sogar zu verhindern. Die grundrechtliche Schutzwirkung im Vorfeld der Versammlung würde damit in einer Vielzahl von Fällen nicht greifen.

Weshalb eine derart weitgehende Beschränkung möglicher Grundrechtseingriffe im Bereich der Vorfeldmaßnahmen begründet wäre, ist somit nicht ersichtlich. Vielmehr sind die Grundsätze betreffend faktische Eingriffe ebenso auf Maßnahmen im Vorfeld der Versammlungen anwendbar, sodass auf eine mögliche Einschüchterung und abschreckende Wirkung abzustellen ist. Um hier gleichwohl eine Differenzierung der Schutzwirkung des Grundrechts zu erreichen, erscheint eine Betrachtung der Umstände des Einzelfalles sachgerechter. Dabei sind an die Wirkung der Maßnahmen umso höhere Anforderungen zu stellen, je größer die räumliche und zeitliche Distanz zu der eigentlichen Versammlung ist und je weniger für die potenziellen Versammlungsteilnehmer ein Bezug der Maßnahmen zur späteren Versammlung erkennbar ist.

#### bb) Einschüchternde und abschreckende Wirkung der Maßnahmen

##### (1) Anfertigung und Weitergabe der Bildaufnahmen

Bei isolierter Betrachtung der getroffenen Maßnahmen ist offen, ob D während des Überflugs durch das Kampfflugzeug tatsächlich bewusst war, dass hierbei Bildaufnahmen

<sup>25</sup> Sachs, Verfassungsrecht II: Grundrechte, 3. Aufl. 2017, Kap. 8 Rn. 6.

<sup>26</sup> Epping, Grundrechte, 8. Aufl. 2019, Kap. 2 Rn. 39; Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 34. Aufl. 2018, § 6 Rn. 294.

<sup>27</sup> Kunig in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 8 Rn. 19; Müller-Franken in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 19), Art. 8 Rn. 36; vgl. Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II (Fn. 26), § 17 Rn. 825.

<sup>28</sup> Deger, Polizei 2016, 163 (165).



von dem Camp angefertigt wurden. Doch selbst bei unterstellter Kenntnis erzeugt das bloße Erstellen von Bildaufnahmen für sich noch kein Gefühl der Bedrohung, das der späteren Teilnahme an den Versammlungen entgegensteht. Von der späteren Weitergabe der Aufnahmen an die Polizeibehörden konnte D zudem in diesem Zeitpunkt keinesfalls Kenntnis haben und insoweit auch nicht eingeschüchtert oder abgeschreckt werden. Mithin liegt kein faktischer Eingriff durch das Anfertigen und die Weitergabe der Bildaufnahmen vor.

## (2) Überflug des Camps

Allerdings könnte eine hinreichende einschüchternde und abschreckende Wirkung von dem Überflug des Camps mit einem Kampfflugzeug in einer Höhe von nur 114 Metern ausgehen, die einen faktischen Eingriff begründen könnte. Für eine solche Wirkung spricht zunächst die hohe Lärm-entfaltung, die durch ein Militärflugzeug in einer derart geringen Höhe verursacht wird. Solche Flugzeuge weisen im Vergleich zu gewöhnlichen Passagierflugzeugen einen hohen Spitzenpegel und höhere Pegelanstiegsgeschwindigkeiten auf, sodass die Lärmbelastung für außenstehende Personen deutlich intensiver wahrgenommen wird.

Des Weiteren ist das äußere Erscheinungsbild des Militärflugzeugs zu berücksichtigen, das hier witterungsbedingt in einer geringen Höhe und gleichzeitig mit einer hohen Geschwindigkeit über das Camp flog. Für einen durchschnittlichen Betrachter kann sich dieser Anblick eines plötzlich auftauchenden Flugzeugs als bedrohlich darstellen. Insbesondere war der Überflug den anwesenden Veranstaltungsteilnehmern nicht angekündigt worden und hatte so einen zusätzlichen Überraschungseffekt.

Zwar erfolgte der Überflug nur während eines kurzen Zeitraums, was auf eine eher geringere Belastung und Einschüchterung der Betroffenen hinweist. Allerdings kann nicht schon jeder staatlichen Maßnahme, die nur von kurzer Dauer wirkt, eine belastende Wirkung abgesprochen werden. Vielmehr sind gerade solche überraschend erfolgenden Ereignisse wegen ihres plötzlichen Auftretens geeignet, für den Adressaten bedrohlich und abschreckend zu wirken.

Darüber hinaus kann der Überflug des Camps nicht für sich allein betrachtet werden, sondern steht in zeitlichem und räumlichem Zusammenhang mit den anstehenden Protestaktionen. Dieser konnte den Einsatz des Kampf-

flugzeugs für die Anwesenden in dem Camp als eine staatliche Aufforderung erscheinen lassen, nicht an den späteren Protestaktionen teilzunehmen.

Letztlich lässt auch die Wahl dieser spezifischen Art eines Militärflugzeugs auf einen Einschüchterungseffekt schließen. Der Einsatz eines Kampfflugzeugs des Typs Tornado ist gerade kein typisches Mittel der polizeilichen Gefahrenabwehr im Zusammenhang mit Versammlungen, sondern wird eher im Zusammenhang mit militärischen Einsätzen zu erwarten sein. Für einen durchschnittlichen Versammlungsteilnehmer war der Überflug eines Kampfflugzeugs daher auch nicht objektiv vorhersehbar, was einer abschreckenden Wirkung entgegengehalten werden könnte. Zwar ließe sich ein besonderes Sicherheitsinteresse damit begründen, dass die Versammlungen vor und während des Gipfeltreffens stattfinden sollten. Die potenziellen Teilnehmer hätten vor diesem Hintergrund aber allenfalls mit dem Einsatz milderer polizeilicher Mittel wie etwa Wasserwerfern oder gepanzerten Fahrzeugen rechnen können. Folglich liegt ein faktischer Eingriff vor.

## 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

### a) Schranken

Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit unterliegt je nach Art der eingeschränkten Versammlung unterschiedlichen Schranken. Soweit Versammlungen unter freiem Himmel betroffen sind, kann die Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 Abs. 2 GG ausdrücklich durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden. Es handelt sich hierbei um einen einfachen Gesetzesvorbehalt<sup>29</sup>, während für Versammlungen in geschlossenen Räumen lediglich die ungeschriebenen Schranken durch die Grundrechte Dritter und sonstige Güter von Verfassungsrang gelten.<sup>30</sup> Eine Versammlung findet i.S.d. Art. 8 Abs. 2 GG unter freiem Himmel statt, wenn der Versammlungsort keine seitliche Begrenzung hat, also frei zugänglich ist.<sup>31</sup> Derartige Begrenzungen der diversen künftigen Protestveranstaltungen vor und während des Gipfeltreffens bestehen hier nicht. Vielmehr sind diese für die Teilnehmer jederzeit frei begehbar, sodass es sich um Versammlungen unter freiem Himmel handelt. Damit unterliegen sie dem ausdrücklichen Vorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG und können durch ein

<sup>29</sup> Depenheuer in: Maunz/Dürig (Fn. 18), Art. 8 Rn.133; Höfling in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 60.; Müller-Franken in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 19), Art. 8 Rn. 40.

<sup>30</sup> Depenheuer in: Maunz/Dürig (Fn. 18), Art. 8 Rn. 132.

<sup>31</sup> V. Coelln in: Gröpl/Windthorst/v. Coelln, Grundgesetz Studienkommentar, 3. Aufl. 2017, Art. 8 Rn. 29.

Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden. Als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage kommt vorliegend § 13 SOG M-V in Betracht. Dieser ermächtigt die Ordnungsbehörden und die Polizei dazu, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird (sog. polizeiliche Generalklausel).

Problematisch ist jedoch, ob die hier getroffenen Maßnahmen des Überflugs mit einem Kampfflugzeug überhaupt auf diese allgemeine Befugnisnorm des Polizeirechts gestützt werden kann. So führt die Anwendbarkeit der spezielleren Befugnisnormen des Versammlungsrechts grundsätzlich dazu, dass der Rückgriff auf die allgemeinen polizeirechtlichen Befugnisse für Maßnahmen gegen die Versammlung gesperrt ist<sup>32</sup> (sog. Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts).

Erstere stellen höhere Anforderungen an Eingriffsmaßnahmen und dienen der Absicherung der Versammlungsfreiheit; die Sperrwirkung des Versammlungsrechts gilt indes nicht uneingeschränkt für sämtliche Maßnahmen, die im Zusammenhang mit einer Versammlung ergehen.<sup>33</sup> So sind allgemeine ordnungsrechtliche Eingriffsbefugnisse zur Abwehr nicht versammlungsspezifischer Gefahren weiterhin anwendbar. Der Überflug des Camps mit einem Militärflugzeug diente hier der Beobachtung der anwesenden potenziellen Versammlungsteilnehmer. Also wurde die Maßnahme zwar zur Erforschung von Gefahren getroffen, die künftig von diesen potenziellen Teilnehmern ausgehen könnten und war daher versamlungsbezogen. Sie erging jedoch bereits im Vorfeld der eigentlichen Versammlungen. Insofern ist fraglich, ob der Rückgriff auf die Generalklausel des § 13 SOG M-V bereits aufgrund der Vorwirkung der späteren Versammlungen gesperrt ist.

### (1) Eine Auffassung

Legt man ein restriktives Verständnis des Polizeirechts zugrunde, so wäre die Anwendbarkeit der allgemeinen polizeirechtlichen Befugnisnormen auch bei Maßnahmen im Vorfeld einer Versammlung ausgeschlossen.<sup>34</sup> § 13 SOG M-V würde hiernach als Ermächtigungsgrundlage für den Überflug des Camps ausscheiden.

### (2) Andere Auffassung

Dagegen ließe sich vertreten, dass mangels Schutzwirkung des einfachen Versammlungsrechts im Vorfeldbereich einer Versammlung die allgemeinen Vorschriften des Polizeirechts grundsätzlich Anwendung finden und nur ausnahmsweise im Falle eines Eingriffs in den Kernbereich gesperrt sind.<sup>35</sup> Der Kernbereich der Versammlungsfreiheit der potenziellen Versammlungsteilnehmer ist durch den Überflug nicht berührt, sodass § 13 SOG M-V bei diesem Verständnis eine taugliche Eingriffsgrundlage darstellt.

### (3) Stellungnahme

Da die Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, ist eine Stellungnahme erforderlich.

Gegen den Ausschluss der polizeirechtlichen Normen spricht zunächst die bereits fehlende Anwendbarkeit speziellerer Vorschriften. Während die Vorschriften des Polizeirechts auf versammlungsspezifische Maßnahmen gegen die Versammlung selbst aufgrund des Versammlungsrechts gesperrt sind, ist letzteres auf das Vorfeld der eigentlichen Versammlung – anders als der Versammlungsbegriff in Art. 8 Abs. 1 GG – nicht anwendbar. Es kann das allgemeine Polizeirecht im Vorfeld folglich nicht verdrängen.

Zwar könnte der Ausschluss des Polizeirechts stattdessen mit einer Verletzung des Zitiergebots gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG begründet werden. Dieser fordert für Grundrechtsbeschränkungen durch Gesetz die ausdrückliche Nennung des eingeschränkten Grundrechts, woran es bezüglich der Versammlungsfreiheit in § 98 SOG M-V gerade fehlt. Allerdings erscheint es sachgerecht, hier eine Differenzierung nach der Schutzintensität des eingeschränkten Grundrechts vornehmen, nach der nicht bereits jede fehlende Nennung eine Verletzung des Zitiergebots darstellt. Vielmehr soll das Zitiergebot nach seinem Sinn und Zweck gerade solche Einschränkungen kenntlich machen, die für den Grundrechtsträger erheblich ausfallen. Das ist besonders bei einer Berührung des Kernbereichs eines Grundrechts anzunehmen, wohingegen bei Einschränkungen im Vorfeld der geschützten Tätigkeit die Schutzintensität geringer ist. Mithin liegt in der fehlenden Nennung des Art. 8 GG in § 98 SOG M-V keine Verletzung des Zitiergebots, die der Anwendung des SOG M-V in diesem Fall entgegenstünde.

Für dieses Ergebnis lässt sich ferner der Charakter des

<sup>32</sup> Depenheuer in: Maunz/Dürig (Fn. 18), Art. 8 Rn. 136 m.w.N.; Mehde in: Hartmann/Mann/Mehde, Landesrecht Niedersachsen, 2. Aufl. 2018, § 4 Rn. 149; Gröpl/Leinenbach, Examensschwerpunkte des Versammlungsrechts, JA 2018, 8 (12).

<sup>33</sup> Gröpl/Leinenbach (Fn. 32), JA 2018, 8 (12).

<sup>34</sup> Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, § 20 Rn. 1103, i.E. auch Trurnit, Vorfeldmaßnahmen bei Versammlungen, NVwZ 2012, 1079 (1081).

<sup>35</sup> BVerwGE 129, 142 (147); VGH BW NVwZ-RR 1990, 602 (603); Dürig-Friedl in: Enders/Dürig-Friedl, Versammlungsrecht, 2016, § 20 Rn. 2.

Versammlungsrechts anführen, welches nicht abschließend ist und insbesondere nicht alle denkbaren Gefahren durch eine Versammlung erfassen kann. Daher ist die Anwendung der allgemeinen polizeirechtlichen Befugnisnormen im vorliegenden Fall zu bejahen.

#### **(4) Zwischenergebnis**

Die polizeiliche Generalklausel des § 13 SOG M-V ist taugliche Ermächtigungsgrundlage für den Eingriff in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit.

#### **b) Schranken-Schranken**

Diese Schranke unterliegt ihrerseits selbst Beschränkungen. Sowohl die gesetzliche Grundlage für den Grundrechtseingriff als auch die konkrete Einzelfallentscheidung müssen verfassungskonform sein. Maßstab ist insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß Art. 20 Abs. 3 GG.<sup>36</sup>

#### **aa) Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsermächtigung**

§ 13 SOG-MV ist formell und materiell verfassungsmäßig.

#### **bb) Verfassungsmäßigkeit der Einzelfallentscheidung**

Ebenso müsste die konkrete Entscheidung – hier also der Überflug des Camps mit einem Militärflugzeug – im Einzelfall verfassungsmäßig sein und insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Entscheidend ist dafür, ob die Maßnahme einem legitimen Zweck dient und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.<sup>37</sup>

#### **(1) Legitimer Zweck**

Der Überflug des Camps müsste zunächst einen legitimen Zweck verfolgen. Legitim ist jeder Zweck, der mit der Verfassung im Einklang steht.<sup>38</sup> Hintergrund des Amtshilfeersuchens des Innenministeriums des Landes Mecklenburg-Vorpommern waren vergangene gewaltsame Ausschreitungen bei Demonstrationen, die bei den zukünftigen Versammlungen vor und während des Gipfeltreffens verhindert werden sollten. Zu diesem Zweck sollten auch das Camp in R überflogen und dabei Luftbildaufnahmen angefertigt werden, um etwaige sicherheitsrelevante Informationen zu erlangen. Der Überflug diene der Gefahrerforschung zur künftigen Abwehr möglicher Gefahren

für Leib und Leben Dritter, d.h. dem Schutz individueller Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Dieser ist als Teil der öffentlichen Sicherheit ein legitimer Zweck.

#### **(2) Geeignetheit**

Ferner müsste der Überflug geeignet sein, den verfolgten Zweck zu erreichen. Geeignet ist ein Mittel, wenn es die Erreichung des jeweiligen Zwecks in irgendeiner Weise fördert, d.h. wenn die bloße Möglichkeit der Zweckerreichung besteht.<sup>39</sup> Hier erscheint es nicht schlechthin ausgeschlossen, dass der Überflug mit dem Militärflugzeug zur Anfertigung von Bildaufnahmen geeignet ist, mögliche künftige Gefahren zu ermitteln. Auch wenn der Überflug selbst noch nicht zum Schutz der Rechtsgüter Dritter führt, können die Polizeibehörden möglicherweise mit den gesammelten Informationen über die potenziellen Versammlungsteilnehmer weitere erforderliche Maßnahmen treffen. Insbesondere kann ihnen so die Sicherstellung von Waffen und Ingewahrsamnahme potenziell gewaltbereiter Teilnehmer ermöglicht werden. Der Überflug ist daher zur Zielerreichung geeignet.

#### **(3) Erforderlichkeit**

Weiter müsste der Überflug erforderlich sein. Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn kein weiteres, in gleicher Weise geeignetes und der Intensität nach milderer Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks zur Verfügung steht.<sup>40</sup> Als mildestes Mittel käme zunächst das Unterlassen des Überflugs zur Anfertigung der Bildaufnahmen in Betracht. Eine Ermittlung möglicher Gefahren für die Rechtsgüter Dritter durch gewaltbereite Versammlungsteilnehmer wäre in diesem Fall aber nicht möglich gewesen, sodass es insoweit an der Eignung fehlt. Des Weiteren hätte der Überflug über das Camp grundsätzlich nicht in dieser niedrigen Höhe durchgeführt werden müssen, sondern in einer für Militärflugzeuge üblichen Höhe. Der Eignung stünden aber die schlechten Witterungsverhältnisse entgegen, die bei einem Überflug in größerer Höhe zu einer geringeren Qualität der Aufnahmen geführt hätten. Mögliche Gefahrenquellen wären auf diese Weise nicht mehr erkennbar gewesen. Ein milderer Mittel hätte schließlich in dem Einsatz von Polizeieinsatzgeräten (z.B. Hubschrauber, Drohnen) statt eines Militärflugzeugs des Typs Tornado bestanden. Solche standen der Polizeibe-

<sup>36</sup> Sachs, VerfR II (Fn. 25), Kap. 10 Rn. 36.

<sup>37</sup> BVerfGE 128, 226 (259f.).

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 80, 137 (159).

<sup>39</sup> Vgl. BVerfGE 96, 10 (23); 100, 313 (373); 119, 59 (84); 138, 136 (189).

<sup>40</sup> Vgl. BVerfGE 30, 292 (316); 53, 136 (145); 67, 157 (176).

hörde aber wegen weiterer Einsätze und Wartungsarbeiten nicht zur Verfügung. Der Überflug des Camps mit dem Kampfflugzeug war erforderlich.

#### (4) Angemessenheit

Schließlich müsste der Überflug auch angemessen sein. Der verfolgte Zweck dürfte nicht außer Verhältnis zur Schwere des Eingriffs gestanden haben.<sup>41</sup> Erforderlich ist eine umfassende Abwägung zwischen den Auswirkungen für den Betroffenen einerseits und den entgegenstehenden öffentlichen Interessen andererseits.<sup>42</sup>

Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit der potenziellen Versammlungsteilnehmer steht hier in seiner Vorfeldwirkung auf den Aufenthalt in dem Camp dem Schutz der Rechtsgüter Dritter vor gewaltbereiten Versammlungsteilnehmern gegenüber. Zu berücksichtigen ist hierbei die besondere Bedeutung, die der Versammlungsfreiheit im Zusammenhang mit der Kundgabe und Erörterung von Meinungen und damit mit dem Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG zukommt. Gleichzeitig folgen aus der Bindung staatlicher Hoheitsträger an die Grundrechte Dritter auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG aktive Schutzpflichten. Diese verpflichten Hoheitsträger zur Vornahme aktiver Maßnahmen zur Abwehr von Verletzungen dieser Rechte durch sonstige Personen.

Betrachtet man die konkrete Maßnahme des Überflugs mit einem Militärflugzeug, so ist festzustellen, dass der während der Vorfeldwirkung der Versammlungsfreiheit erfolgte Eingriff von geringerer Intensität ist als etwa ein Überflug der geschützten Versammlungen selbst. Zwar ist dadurch für potenzielle Versammlungsteilnehmer der Eindruck entstanden, sie sollten späteren Versammlungen fernbleiben. Auch wurde eine nicht unerhebliche Abschreckungswirkung durch den Einsatz eines Militärflugzeugs erzeugt, die bei einem Einsatz von polizeilichen Fluggeräten geringer ausgefallen wäre. Die tatsächliche spätere Ausübung der Versammlungsfreiheit wurde durch den Überflug aber weder rechtlich noch faktisch verhindert. Überdies erfolgte der Überflug innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums, sodass die Beeinträchtigung nur von kurzer Dauer war, und diente lediglich der Erstellung von Übersichtsaufnahmen. Diese ermöglichen den Mitarbeitern der Bundeswehr zwar Ausschnittvergrößerungen anzufertigen, die Personengruppen zeigen und erkennen lassen,

ob sich dort Waffen und gewaltbereite Personengruppen befinden. Eine Identifikation der Personen im Einzelnen war jedoch durch die Aufnahmen nicht möglich, sodass nicht etwa in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG eingegriffen wurde. Für ein Überwiegen des Eingriffsinteresses des Innenministeriums dürfte ferner auch der Umstand sprechen, dass es sich bei dem Überflug nur um eine Gefahrerforschungsmaßnahme handelt und nicht schon um eine unmittelbare Maßnahme der Gefahrenabwehr. Eine solche stellt in der Regel einen intensiveren Eingriff dar und ist daher an höhere Anforderungen geknüpft. In einem Fall nicht feststehender Gefahren wie hier ist es indes sinnvoll, zunächst Gefahrerforschungsmaßnahmen zu ergreifen, um stärker belastende Maßnahmen erst bei sichererer Tatsachengrundlage zu treffen. Ein noch milderer, in gleicher Weise zur Gefahrerforschung geeignetes Mittel stand dem Innenministerium hier aber erkennbar nicht zur Verfügung. In der Gesamtschau lassen sich zugunsten des Interesses an dem Eingriff in die Versammlungsfreiheit die gewichtigen Schutzpflichten des Staates für die Grundrechte Dritter, die relativ geringere Intensität dieses Eingriffs, das mögliche Vorliegen drohender Gefahren sowie die Erforderlichkeit des konkreten Überflugs anführen. Diese erscheinen geeignet, das Interesse an dem Schutz der Versammlungsfreiheit, der hier in der Vorfeldwirkung seine Ausprägung findet, zu überwiegen. Mithin ist die getroffene Einzelfallentscheidung auch angemessen.

#### c) Zwischenergebnis

Der Eingriff durch den Überflug des Camps ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

## II. Ergebnis

Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit der D aus Art. 8 Abs. 1 GG ist durch den Überflug des Camps nicht verletzt. Das behauptete Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 VwGO bestand tatsächlich nicht.

## C. Ergebnis

Die Klage der D ist zulässig, aber unbegründet und hat daher keinen Erfolg.

<sup>41</sup> Vgl. Kingreen/Poscher, StR II (Fn. 26), Rn. 340; Voßkuhle, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, 429 (430).

<sup>42</sup> Voßkuhle (Fn. 42), JuS 2007, 429 (430).



## FAZIT

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts konkretisiert die Voraussetzungen faktischer Eingriffe in die Versammlungsfreiheit und steht in einer Linie mit der Ausweitung des Eingriffsbegriffs durch die bisherige Rechtsprechung. Der sechste Senat begründet sein Ergebnis mit der konkreten abschreckenden und einschüchternden Wirkung, die durch den Überflug eines Militärflugzeugs auf die Betroffenen ausgehen muss, was wiederum auch für andere mittelbar-faktische Beeinträchtigungen künftig als maßstabsbildendes Kriterium dienen kann. Von Bedeutung ist ferner insbesondere die Abgrenzung zwischen dem speziellen Versammlungsrecht und den allgemeinen polizeirechtlichen Befugnissen, die der Senat mit Blick auf den Vorfeldschutz des Art. 8 Abs. 1 GG vorzunehmen hatte. Auch wenn das Versammlungsrecht gegenüber den allgemeineren Vorschriften grundsätzlich vorrangig ist, kann dieses nicht bereits auf nicht versammlungsspezifische Tätigkeiten im Vorfeld der eigentlichen Versammlung Anwendung finden.

Die Besonderheit dieser Entscheidung, im Vergleich zu häufig auftretenden Konstellationen des Versammlungsrechts, ist der prozessuale Rahmen einer allgemeinen Feststellungsklage. Entscheidend ist hierbei die sorgfältige Bestimmung des streitigen Rechtsverhältnisses, welches nicht in einer behaupteten Rechtswidrigkeit einer tatsächlichen Maßnahme, sondern in einer originären Grundrechtsverletzung besteht. Inhaltlich ergeben sich dadurch jedoch keine wesentlichen Unterschiede, denn auch bei einer klassischen Prüfung der Rechtmäßigkeit der hoheitlichen Maßnahmen wäre im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit auf eine mögliche Grundrechtsverletzung und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einzugehen. In dieser Konstellation würde sich lediglich eine in gewisser Weise umgekehrte Prüfungsfolge ergeben.

Darüber hinaus ist bei der Eingriffsbestimmung darauf zu achten, genau zwischen den verschiedenen Maßnahmen – dem Überflug des Camps, der Anfertigung der Bildaufnahmen und deren Weitergabe an die Polizeidirektion – zu differenzieren. Eine direkte Verfassungsbeschwerde wäre wegen der fehlenden Rechtswegerschöpfung dagegen unzulässig.

## Digitale Kennzeichenerfassung

stud. iur. Anna Ordina

BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 2795/09, 1 BvR 3187/10

BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15

Art. 1, Art. 2 GG; §§ 90, 93 BVerfGG

**Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht):** Im Bundesland W werden die Polizeibehörden gem. § 22a Abs. 1 PolG, der wiederum auf § 26 PolG verweist, dazu ermächtigt, automatisierte Kraftfahrzeugkennzeichenkontrollen durchzuführen. Hierbei wird das Kennzeichen eines vorbeifahrenden Kraftfahrzeugs verdeckt von einem stationär oder mobil betriebenen Kamerasystem automatisiert erfasst und kurzzeitig gemeinsam mit Angaben zu Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung gespeichert. Das Kennzeichen wird dann mit dem Fahndungsbestand der hinterlegten Datenbanken, die alle zur Fahndung ausgeschriebenen Kfz-Kennzeichen enthalten, abgeglichen. Ergibt der Abgleich des Kennzeichens keinen Treffer (Nichttreffer), wird der Datensatz mitsamt dem erfassten Kennzeichen unverzüglich und automatisch vom Computer gelöscht. Wird ein Treffer gemeldet, gleicht ein Polizeibeamter an einem Computerbildschirm manuell das aufgenommene Bild des Kennzeichens mit dem Kennzeichen aus dem Fahndungsbestand ab. Stellt der Polizeibeamte dabei eine Diskrepanz aufgrund einer fehlerhaften Ablesung des Kennzeichens (unechter Treffer) fest, wird der gesamte Vorgang durch diesen manuell vollständig gelöscht. Bei einer Übereinstimmung (echter Treffer) werden die Daten gespeichert und gegebenenfalls weitere polizeiliche Maßnahmen eingeleitet.

B pendelt zwischen seinen Wohnsitzen und ist auf Bundesautobahnen im Bundesland W unterwegs. Er befürchtet, in die durch das Gesetz ermöglichten Kennzeichenkontrollen zu geraten. Hiergegen beantragte er deshalb beim zuständigen Verwaltungsgericht sechs Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes, das Bundesland W zur Unterlassung zu verurteilen, Kennzeichen von seinen Kraftfahrzeugen mit dem Kennzeichenlesesystem zu erfassen und mit den polizeilichen Daten abzugleichen. Mittelbar wendete er sich gegen die Normen zur Kennzeichenkontrolle selbst. Das Verwaltungsgericht hielt die Unterlassungsklage für zulässig, aber unbegründet. Die gegen das Urteil zugelassene Berufung wurde zurückgewiesen und damit begründet, dass Kennzeichenerfassung und –abgleich zwar in den Schutzbereich des Grundrechts des B auf informationelle Selbstbestimmung eingriffen. Dieser Eingriff beruhe jedoch auf einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Revision des B ebenfalls mangels Begründetheit zurück. Sowohl der Nichttreffer als auch der unechte Treffer seien nicht als Grundrechtseingriff zu beurteilen. Bei einem unechten Treffer nehme der Polizeibeamte das Kennzeichen nur wahr, um den unvollkommenen Lesemodus des Systems zu korrigieren, indem er vom Kennzeichenlesesystem fehlerhaft als Treffer gemeldete Kennzeichen unverzüglich lösche. Zu einem echten Treffer könne es im Fall des B nicht kommen, da sein Kraftfahrzeugkennzeichen in keinem Fahndungsbestand gespeichert sei. Das Bundesverwaltungsgericht schloss damit einen Eingriff in die Grundrechte des B aus und musste in der Sache nicht prüfen, da es auf die Verfassungsmäßigkeit der mittelbar angegriffenen Vorschriften nicht ankam.

Innerhalb von drei Wochen macht B formgerecht mit einer Verfassungsbeschwerde vier Jahre nach Inkrafttreten der Normen geltend, durch das Gesetz in seinem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt zu sein. Die diesbezüglichen Rechtsgrundlagen seien formell verfassungswidrig, da es sich nicht um Regelungen der Gefahrenabwehr, sondern der Strafverfolgung handle, für die der Bund zuständig sei. Ferner verstießen die Rechtsgrundlagen zur Kennzeichenkontrolle gegen die verfassungsrechtlichen Gebote der Bestimmtheit und der Verhältnismäßigkeit.

**Hat die Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg?**

## VORSCHRIFTEN

Polizeigesetz des Bundeslandes (PolG)

### § 22a Einsatz automatischer Kennzeichenlesesysteme

(1) <sup>1</sup>Der Polizeivollzugsdienst kann zur Abwehr einer Gefahr oder zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten bei Kontrollen nach § 26 Abs. 1 durch den verdeckten Einsatz technischer Mittel automatisch Bilder von Fahrzeugen aufzeichnen und deren Kennzeichen erfassen. <sup>2</sup>Die Bildaufzeichnung nach S. 1 darf auch erfolgen, wenn die Insassen der Fahrzeuge unvermeidbar betroffen werden.

<sup>3</sup>Datenerhebungen nach S. 1 und 2 dürfen

1. nicht flächendeckend,
  2. in den Fällen des § 26 Abs. 1 Nr. 2 und 3 nicht dauerhaft,
  3. in den Fällen des § 26 Abs. 1 Nr. 4 und 5, wenn polizeiliche Erkenntnisse vorliegen, dass an der Kontrollstelle Straftaten oder im Kontrollbereich Straftaten nach § 100a StPO stattfinden oder verhütet werden können, und
  4. in den Fällen des § 26 Abs. 1 Nr. 6 nicht längerfristig durchgeführt werden.
- <sup>4</sup>Der Einsatz technischer Mittel nach S. 1 ist in geeigneter Weise für Kontrollzwecke zu dokumentieren.

(2) [...]

(3) [...]

(4) [...]

### § 26 Personenfeststellung

- (1) Die Polizei kann die Identität einer Person feststellen,
1. um im einzelnen Falle eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren oder eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu beseitigen,
  2. wenn sie an einem Ort angetroffen wird, an dem erfahrungsgemäß Straftäter sich verbergen, Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben, sich ohne erforderlichen Aufenthaltstitel oder ausländerrechtliche Duldung treffen oder der Prostitution nachgehen,
  3. wenn sie in einer Verkehrs- oder Versorgungsanlage oder -einrichtung, einem öffentlichen Verkehrsmittel, Amtsgebäude oder einem anderen besonders gefährdeten Objekt oder in unmittelbarer Nähe hiervon angetroffen wird und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass in oder an Objekten dieser Art Straftaten begangen werden sollen,

4. wenn sie an einer Kontrollstelle angetroffen wird, die von der Polizei zum Zwecke der Fahndung nach Straftätern eingerichtet worden ist,

5. wenn sie innerhalb eines Kontrollbereichs angetroffen wird, der von der Polizei eingerichtet worden ist zum Zwecke der Fahndung nach Personen, die als Täter oder Teilnehmer eine der in § 100a StPO genannten Straftaten begangen oder in Fällen, in denen der Versuch strafbar ist, zu begehen versucht oder durch eine Straftat vorbereitet haben. Der Kontrollbereich kann, außer bei Gefahr im Verzug, nur vom Innenministerium oder von einem regionalen Polizeipräsidium eingerichtet werden, oder

6. zum Zwecke der Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität in öffentlichen Einrichtungen des internationalen Verkehrs sowie auf Durchgangsstraßen (Bundesautobahnen, Europastraßen und andere Straßen von erheblicher Bedeutung für die grenzüberschreitende Kriminalität).

## EINORDNUNG

Seit 2014 ist die automatisierte Kfz-Kennzeichenerfassung bekannt und wird als Instrument für die Datenerhebung und -nutzung im Rahmen der Polizeiarbeit eingesetzt.<sup>1</sup> Dabei ist der Einsatz seit der Einführung hinsichtlich seiner Verfassungsmäßigkeit umstritten. Das BVerfG beschäftigte sich bereits im Jahr 2008 mit der Frage, ob Kennzeichen automatisch aufgezeichnet und abgeglichen werden dürfen. In der ersten Entscheidung kam das BVerfG zu dem Schluss, dass die Aufzeichnung von Kennzeichen von Kraftfahrzeugen zur Gefahrabwehr und Verbrechensbekämpfung erst dann einen Grundrechtseingriff darstellt, wenn das Kennzeichen nicht unverzüglich mit dem Fahndungsbestand der polizeilich erfassten Datenbanken abgeglichen und ohne weitere Auswertung sofort wieder gelöscht wird.<sup>2</sup> Hiervon rückt das BVerfG nun ab und sieht bereits in der Erfassung von Nummernschildern und erst recht im Abgleich mit Fahndungsdateien zur Verarbeitung personenbezogener Daten einen Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung, welche jeweils einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfen.<sup>3</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat daher die Landesgesetze zur automatischen Kennzeichenerfassung in Bayern, Hessen und Baden-Württemberg für teilweise

<sup>1</sup> Muckel, Automatisierte Erfassung von Kfz-Kennzeichen zum Datenabgleich, JA 2009, 311 (312); Robrecht, Automatische Kennzeichenerkennung – eine zulässige Kompensation weggefallener Grenzkontrollen?, NJ 2008, 9 (9).

<sup>2</sup> BVerfGE 120, 378.

<sup>3</sup> BVerfG NJW 2019, 827.

verfassungswidrig erklärt.<sup>4</sup> Dabei wurde auch herausgestellt, dass den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für die Strafverfolgung fehle. Wird die Polizeibehörde jedoch zur Gefahrenabwehr tätig, so wird das vom BVerfG zugelassen. Auch in Niedersachsen wird die automatisierte Kfz-Kennzeichenerfassung auf Grundlage des NPOG angewendet, eine Entscheidung zu dieser Regelung ist noch nicht ergangen.

## ORIENTIERUNGSSÄTZE

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

Für die Abgrenzung zwischen der dem Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zur Gesetzgebung zugewiesenen Materie der Strafverfolgung und der den Ländern grundsätzlich belassenen Materie der Gefahrenabwehr ist maßgeblich auf den Zweck der Regelungen abzustellen, wie er sich in objektivierter Sicht aus ihrer Ausgestaltung ergibt. Der Landesgesetzgeber ist nicht dadurch an einer der Gefahrenabwehr dienenden Regelung gehindert, dass deren tatsächliche Wirkungen auch die Strafverfolgung befördern. Die Regelung muss jedoch strikt von der Zwecksetzung her bestimmt sein, für die die Kompetenz des Landes besteht.

Polizeiliche Kontrollen zur gezielten Suche nach Personen oder Sachen setzen als Grundrechtseingriffe nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich einen objektiv bestimmten und begrenzten Anlass voraus. Sie unterscheiden sich damit von Kontrollen, die an ein risikobehaftetes Tun oder die Beherrschung besonderer Gefahrenquellen anknüpfen und deshalb auch anlasslos gerechtfertigt sein können.

Automatisierte Kraftfahrzeugkennzeichenkontrollen müssen angesichts ihres Eingriffsgewichts dem Schutz von Rechtsgütern von zumindest erheblichem Gewicht oder einem vergleichbar gewichtigen öffentlichen Interesse dienen. Die Reichweite der für den Datenabgleich herangezogenen Fahndungsbestände ist anlassbezogen zu begrenzen.

Als Unterstützung von polizeilichen Kontrollstellen zur Verhinderung von schweren oder versammlungsrechtlichen

Straftaten stehen Kennzeichenkontrollen mit Verfassungsrecht in Einklang, wenn die Einrichtung solcher Kontrollstellen selbst an einen hinreichend gewichtigen Anlass gebunden ist. Das ist der Fall, wenn dies eine konkrete Gefahr voraussetzt.

Als Mittel der Schleierfahndung bedürfen Kennzeichenkontrollen einer besonderen Rechtfertigung. Diese ergibt sich aus dem Wegfall der innereuropäischen Grenzkontrollen und dem Ziel, einer hierdurch erleichterten Begehung von Straftaten entgegenzutreten. Voraussetzung ist, dass die Kontrollen sachlich und örtlich einen konsequenten Grenzbezug aufweisen.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

### A. Zulässigkeit

- I. Beteiligtenfähigkeit
- II. Beschwerdegegenstand
- III. Beschwerdebefugnis
  1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung
  2. Eigene, gegenwärtige, unmittelbare Betroffenheit
- IV. Erschöpfung des Rechtswegs
- V. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

### B. Begründetheit

- I. Eröffnung des Schutzbereiches
  1. Sachlicher Schutzbereich
  2. Persönlicher Schutzbereich
- II. Eingriff
- III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
  1. Schrankenbereich
  2. Schranken-Schrankenbereich
    - a) Formelle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage
    - b) Materielle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage
      - aa) Legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit
      - bb) Angemessenheit
- IV. Zwischenergebnis

### C. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des B zum BVerfG hat gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 23, 90ff. BVerfGG Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

<sup>4</sup> Vgl. BVerfG NJW 2019, 827 (842).



**A. Zulässigkeit**

Die Verfassungsbeschwerde des B müsste zulässig sein.

**I. Beteiligtenfähigkeit**

B müsste beteiligtenfähig sein. Beteiligtenfähigkeit ist jedermann, der Träger der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG bezeichneten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte sein kann. B ist als natürliche Person deutscher Staatsangehörigkeit Träger aller Grundrechte. Mit hin ist B beteiligtenfähig.

**II. Beschwerdegegenstand**

Es müsste ein tauglicher Beschwerdegegenstand vorliegen. Gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 Abs. 1 BVerfGG kann jeder Akt der öffentlichen Gewalt tauglicher Beschwerdegegenstand sein. Wie sich aus Art. 1 Abs. 3 GG ergibt, sind darunter Akte der Legislative, Exekutive und Judikative zu verstehen. B wendet sich mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen § 22a i.V.m. § 26 PolG. Diese landesgesetzliche Regelung stellt einen Legislativakt dar und ist somit ein tauglicher Beschwerdegegenstand.

**III. Beschwerdebefugnis**

B müsste beschwerdebefugt sein, § 90 Abs. 1 BVerfGG. Gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 Abs. 1 BVerfGG muss der Beschwerdeführer behaupten, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsähnlichen Rechte verletzt zu sein. Dafür ist die Möglichkeit der Verletzung erforderlich und ausreichend; d.h. sie darf nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen sein.<sup>5</sup>

**1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung**

Aufgrund der mit der automatisierten Kennzeichenerfassung einhergehenden Datenverarbeitung ist eine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht von vornherein ausgeschlossen. B ist mit seinem Kraftfahrzeug in Bereichen unterwegs, in denen die Kennzeichenerfassung stattfindet, sodass er möglicherweise in seinen Grundrechten verletzt ist.

**2. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit**

B müsste durch das Gesetz selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.

**a) Unmittelbare Betroffenheit**

Fraglich ist, ob B unmittelbar betroffen ist. Die unmittelbare Betroffenheit liegt vor, wenn die angegriffene Rechtsnorm zur Aktualisierung und Konkretisierung gegenüber dem Beschwerdeführer keines Vollzugsaktes mehr bedarf, also „self-executing“ ist.<sup>6</sup> Von einer unmittelbaren Betroffenheit durch ein vollziehungsbedürftiges Gesetz ist dann auszugehen, wenn der Beschwerdeführer den Rechtsweg nicht beschreiten kann, weil er keine Kenntnis von der Maßnahme erlangt oder wenn eine nachträgliche Bekanntgabe zwar vorgesehen ist, von ihr aber aufgrund weitreichender Ausnahmetatbestände auch langfristig abgesehen werden kann.<sup>7</sup> Die Möglichkeit eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz zu erheben, das zu heimlichen Maßnahmen berechtigt, entfällt unter dem Gesichtspunkt der Unmittelbarkeit jedenfalls in der Regel nur, wenn die spätere Kenntniserlangung des Betroffenen durch eine Informationspflicht der Staates gesichert ist.<sup>8</sup> Vorliegend ermächtigt § 22a PolG zur Vornahme der Kennzeichenkontrolle und ist keine „self-executing Norm“. Jedoch wird eine gerichtliche Überprüfung unmöglich, wenn die Betroffenen keine Kenntnisnahme von der Maßnahme erhalten. § 22a Abs. 1 S. 1 PolG sieht eine verdeckte Kennzeichenerfassung ohne anschließende Benachrichtigung vor. Eine etwaige Informationspflicht ist weder rechtlich gesichert, noch mit dem Zweck der Kennzeichenerfassung vereinbar. B könnte keinen späteren Rechtsschutz mehr erlangen und ist folglich durch das Gesetz unmittelbar betroffen.

**b) Eigene und gegenwärtige Betroffenheit**

B müsste selbst und gegenwärtig betroffen sein. Ergibt sich die konkrete Beeinträchtigung erst durch die Vollziehung des angegriffenen Gesetzes und erlangen die Betroffenen in der Regel keine Kenntnis von den Vollzugsakten, besteht jedenfalls die Möglichkeit der eigenen und gegenwärtigen Betroffenheit, wenn der Beschwerdeführer darlegt, dass er mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die auf den angegriffenen Rechtsnormen beruhenden Maßnahmen in seinen Grundrechten berührt wird.<sup>9</sup> B ist Halter

<sup>5</sup> BVerfGE 6, 132 (134); Epping, Grundrechte, 8. Aufl. 2019, Rn. 179.

<sup>6</sup> BVerfGE 52, 303 (327); Epping, Grundrechte (Fn. 5), Rn. 186.

<sup>7</sup> Vgl. BVerfGE 109, 279 (306f.).

<sup>8</sup> Vgl. BVerfGE 133, 277 (312); Epping, Grundrechte (Fn. 5), Rn. 183f.

<sup>9</sup> Vgl. BVerfGE 120, 378 (396f.).

eines Kfz und als Pendler unterwegs. Es besteht damit eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass er von den Kennzeichenerfassungen betroffen sein wird. B ist selbst und gegenwärtig betroffen.

### c) Zwischenergebnis

B ist selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen und mithin beschwerdebefugt.

## V. Erschöpfung des Rechtswegs

B müsste den Rechtsweg erschöpft haben, § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG. Unter Rechtsweg sind die Rechtsschutzmöglichkeiten direkt gegen die angegriffene Norm zu verstehen, d.h. sämtliche Rechtsbehelfe, bei denen die betreffende Norm unmittelbar den Angriffsgegenstand bildet (prinzipale Normenkontrolle).<sup>10</sup> Dies ist bei Parlamentsgesetzen wie vorliegend indes nicht eröffnet. Fraglich ist, ob zum Rechtsweg auch die inzidente Normenkontrolle gehört, bei der die Fachgerichte über die Gültigkeit der Norm vorfrageweise „inzident“ entscheiden, ohne dass die Norm unmittelbarer Angriffsgegenstand ist. Vorzugswürdig erscheint, § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG in direkter Anwendung eng zu interpretieren und die Möglichkeiten des Inzidentrechtsschutzes unter dem weiteren Gesichtspunkt des Grundsatzes der Subsidiarität zu prüfen, so dass das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung die Erschöpfung von inzidenten Normenkontrollmöglichkeiten nicht gebietet. Dem Gebot der Rechtswegerschöpfung ist mangels direkter Rechtsschutzmöglichkeiten vor den Fachgerichten entsprochen.

## VI. Grundsatz der Subsidiarität

Der Grundsatz der Subsidiarität müsste beachtet worden sein. Erforderlich ist grundsätzlich, vor Einlegung einer Verfassungsbeschwerde alle zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten zu ergreifen, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern.<sup>11</sup> Das gilt auch, wenn zweifelhaft ist, ob ein entsprechender Rechtsbehelf statthaft ist und im konkreten Fall in zulässiger Weise eingelegt werden kann.<sup>12</sup> Vom vorherigen fachgerichtlichen Rechtsschutz soll insbesondere Gebrauch gemacht werden, um auslegungsbedürftige und -fähige Rechtsbegriffe durch die Fachgerichtsbarkeit auf-

arbeiten zu lassen oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern.<sup>13</sup>

B hat vor der Erhebung der Verfassungsbeschwerde auf dem Verwaltungsrechtsweg Feststellungsklage erhoben und damit fachgerichtlichen Rechtsschutz gesucht. Auch das Berufungs- wie das Revisionsverfahren hat er erfolglos durchlaufen, um eine Inzidentkontrolle durch die Fachgerichtsbarkeit und eine Aufbereitung des Streitstoffes zu erreichen. Die Verfassungsbeschwerde genügt dem Erfordernis der Subsidiarität.

## VII. Frist

Die Verfassungsbeschwerde könnte verfristet sein. Gem. § 93 Abs. 3 BVerfGG gilt eine Jahresfrist. Bei der Beurteilung des Fristerfordernisses spricht sich das BVerfG für eine rechtsschutzfreundliche Auslegung der gesetzlichen Fristen aus, um den grundrechtlichen Schutz durch die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde weitgehend zur Geltung zu verhelfen, wenn mit Rücksicht auf die Subsidiaritätsanforderungen gegenüber den unmittelbaren Wirkungen eines Gesetzes zunächst fachgerichtlicher Rechtsschutz gesucht, dieses Begehren aber von den Fachgerichten letztlich abgewiesen wird.<sup>14</sup> Einer Verfassungsbeschwerde derselben Person, die diese anschließend unmittelbar gegen das Gesetz erhebt, kann die Frist nicht entgegengehalten werden, sofern die Person den fachgerichtlichen Rechtsschutz gegen das Gesetz innerhalb eines Jahres nach dessen Inkrafttreten anhängig gemacht hat, vielmehr gilt bezogen auf die abschließende fachgerichtliche Entscheidung die Monatsfrist des § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG für die Einlegung der Rechtssatzverfassungsbeschwerde entsprechend.<sup>15</sup>

B hat die Verfassungsbeschwerde vier Jahre nach dem Inkrafttreten des § 22a PolG erhoben. Zu berücksichtigen ist, dass es zum Fristversäumnis nur durch die Anrufung der Fachgerichtsbarkeit gekommen ist, zu der B wegen des Grundsatzes der Subsidiarität verpflichtet war. Das Verwaltungsgericht hat B sechs Monate nach dem Inkrafttreten der Norm angerufen. Die Verfassungsbeschwerde hat B drei Wochen nach der Zustellung der Revisionsentscheidung erhoben. Somit sind die Fristen durch die rechtsschutzfreundliche Auslegung gewahrt.

<sup>10</sup> Vgl. BVerfG NJW 1988, 47.

<sup>11</sup> Epping, Grundrechte (Fn. 5), Rn. 191.

<sup>12</sup> Vgl. BVerfGE 16, 1 (2f.).

<sup>13</sup> Vgl. BVerfGE 79, 1 (20).

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2019, 842.

<sup>15</sup> BVerfG NJW 2019, 842.

**VIII. Ordnungsgemäßer Antrag**

Die Ordnungsvorschriften (§§ 23, 92 BVerfGG) wurden eingehalten.

**IX. Zwischenergebnis**

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

**B. Begründetheit**

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn B durch § 22a i.V.m. § 26 PolG in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt ist, vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 95 Abs. 1 BVerfGG.

**I. Eröffnung des Schutzbereichs, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG****1. Sachlicher Schutzbereich**

Der sachliche Schutzbereich müsste eröffnet sein. Der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als Ausgestaltung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umfasst die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Reichweite, den Zeitpunkt und den Rahmen seiner eigenen Lebenssachverhalte zu verfügen.<sup>16</sup> Dabei trägt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung Gefährdungen und Verletzungen der Persönlichkeit Rechnung, die sich für den einzelnen, insbesondere unter den Bedingungen moderner Datenverarbeitung, aus informationsbezogenen Maßnahmen ergeben.<sup>17</sup> Hierdurch können weitergehende Informationen generiert und damit die sowohl grundrechtlich geschützten Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen beeinträchtigen als auch anschließende Eingriffe in seine Verhaltensfreiheit ermöglichen.<sup>18</sup> Der Grundrechtsschutz resultiert aus dem besonderen Maß an Eingriffsmöglichkeiten, die mit den technischen Möglichkeiten die Spannweite der verarbeitungsfähigen Daten erhöhen und eine gesteigerte Gefährdungslage begründen.<sup>19</sup>

Im Betrieb erfassen die eingesetzten Systeme einzelne Kfz-Kennzeichen, die einem Fahrzeug und darüber dem jeweiligen Halter zugeordnet sind. Über die Kennzeichen lassen sich eine Vielzahl von personenbezogenen Daten wie z.B. Name, Anschrift sowie weitere Informationen ermitteln. Der Schutzbereich ist somit grundsätzlich betroffen. Indes ist einzuwenden, dass das Kfz-Kennzeichen kei-

ne sensiblen Daten enthält und für jedermann sichtbar am Fahrzeug angebracht ist. Der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist jedoch nicht auf Informationen beschränkt, die bereits ihrer Art nach sensibel sind und schon deshalb grundrechtlich geschützt werden. Auch der Umgang mit personenbezogenen Daten, die für sich genommen nur geringen Informationsgehalt haben, kann, je nach seinem Ziel und den bestehenden Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten, grundrechtserhebliche Auswirkungen auf die Privatsphäre und die Verhaltensfreiheit des Betroffenen haben. Insofern gibt es unter den Bedingungen der elektronischen Datenverarbeitung kein schlechthin, also ungeachtet des Verwendungskontextes, belangloses personenbezogenes Datum mehr.<sup>20</sup> Auch wenn der Einzelne sich in die Öffentlichkeit begibt, schützt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dessen Interesse, dass die damit verbundenen personenbezogenen Informationen nicht im Zuge automatisierter Informationserhebung zur Speicherung mit der Möglichkeit der Weiterverwertung erfasst werden. Somit ist der sachliche Schutzbereich eröffnet.

**2. Persönlicher Schutzbereich**

Der persönliche Schutzbereich ist eröffnet, da sich B als natürliche Person auf das Jedermann-Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG berufen kann.

**II. Eingriff**

Aus § 22a PolG müsste sich ein Eingriff in den Schutzbereich ergeben. Nach dem weiten Eingriffsbegriff liegt ein solcher bei jeder Beeinträchtigung des Schutzbereichs durch ein dem Staat zurechenbares Handeln vor.<sup>21</sup> Bezogen auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung begründen Vorschriften, die zum Umgang mit personenbezogenen Daten durch staatliche Behörden ermächtigen, meist verschiedene, aufeinander aufbauende Eingriffe. Hierbei ist insoweit zwischen der Erhebung, Speicherung und Verwendung von Daten zu differenzieren.<sup>22</sup> Soweit zu einem Datenabgleich ermächtigt wird, bilden die Erfassung und der Abgleich der Daten grundsätzlich je eigene Grundrechtseingriffe. An der Eingriffsqualität fehlt es lediglich, sofern Daten ungezielt und allein technisch bedingt zunächst miterfasst, aber unmittelbar nach der Er-

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 115, 166 (187); Jarass in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 15. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 37.

<sup>17</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, Rn. 37.

<sup>18</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, Rn. 37.

<sup>19</sup> BVerfGE 120, 378 (397f.).

<sup>20</sup> BVerfGE 120, 378 (398).

<sup>21</sup> Epping, Grundrechte (Fn. 5), Rn. 393f.; Windhorst in: Gröpl/Windhorst/von Coelln, Studienkommentar: GG, 3. Aufl. 2017, Art. 2 Rn. 102.

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 130, 151 (184).

fassung technisch wieder anonym, spurenlos und ohne Erkenntnisinteresse für die Behörden ausgesondert werden.<sup>23</sup> Demgegenüber kann auch dann, wenn die Erfassung eines größeren Datenbestands letztlich nur Mittel zum Zweck für eine weitere Verkleinerung der Treffermenge bildet, in der Datenerhebung als solcher bereits ein Eingriff liegen. Maßgeblich ist, ob sich bei einer Gesamtbeurteilung mit Blick auf den durch den Überwachungs- und Verwendungszweck bestimmten Zusammenhang das behördliche Interesse an den betroffenen Daten bereits derart verdichtet hat, dass ein Betroffensein in einer einen Grundrechtseingriff auslösenden Qualität zu bejahen ist.<sup>24</sup> In der ex-ante-Perspektive der Behörde, die für die Einrichtung einer Kennzeichenkontrolle maßgeblich ist, besteht ein spezifisch verdichtetes Interesse daran, die Kennzeichen aller an der Kennzeichenerfassungsanlage vorbeifahrenden oder sonst in die Kontrolle einbezogenen Fahrzeuge zu erfassen, weil es gerade um deren Kontrolle selbst geht. Zu diesem Zweck werden die Daten gezielt erhoben und es kommt auch auf deren Zuordenbarkeit zu den jeweiligen Personen an. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass im Nichttrefferfall nach § 22a Abs. 3 PolG eine automatisierte Löschung der erhobenen Daten stattfindet. Das ändert nichts daran, dass die Betroffenen durch die Kennzeichenkontrolle einer staatlichen Maßnahme unterzogen werden, mit der sich ihnen gegenüber ein spezifisches Fahndungsinteresse zur Geltung bringt. Mit ihr werden die Betroffenen daraufhin überprüft, ob sie oder die von ihnen mitgeführten Sachen behördlich gesucht werden. Zugleich wird ihre ungehinderte Weiterfahrt unter den Vorbehalt gestellt, dass Erkenntnisse gegen sie nicht vorliegen. Eine solche Maßnahme ist nicht erst hinsichtlich der Folgen, sondern als solche freiheitsbeeinträchtigend. Zur Freiheitlichkeit des Gemeinwesens gehört es, dass sich die Bürgerinnen und Bürger grundsätzlich fortbewegen können, ohne dabei beliebig staatlich registriert zu werden, hinsichtlich ihrer Rechtschaffenheit Rechenschaft ablegen zu müssen und dem Gefühl eines ständigen Überwachtwerdens ausgesetzt zu sein. Jederzeit an jeder Stelle unbemerkt registriert und darauf überprüft werden zu können, ob man auf einer Fahndungsliste steht oder sonst in einem Datenbestand erfasst ist, wäre damit unvereinbar. Folglich liegt ein Eingriff in den Schutzbereich vor.

### III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dies ist anzunehmen, sofern das Grundrecht einschränkbar ist und sich der konkrete Eingriff als verfassungsgemäße Konkretisierung der Einschränkungsmöglichkeit darstellt.

#### 1. Schrankenbereich

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung kann – jenseits des Kernbereichs privater Lebensgestaltung – im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung beschränkt werden (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG). Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes bedarf es eines Parlamentsgesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG.

#### 2. Schranken-Schrankenbereich

Die Einschränkungsmöglichkeit wird durch § 22a PolG verfassungsgemäß konkretisiert, sofern die Vorschriften formell und materiell verfassungsgemäß ist.

#### a) Formelle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage

In formeller Hinsicht ist die Gesetzgebungskompetenz des Landes W fraglich. Dieses besitzt die Kompetenz, soweit das GG nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht, Art. 30, 70 ff. GG.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 72 Abs. 1, 2, 74 Abs. 1 Nr. 22 GG dient dem Zweck, die spezifischen Gefahren, Behinderungen und Belästigungen des Straßenverkehrs auszuschalten oder zu mindern, die mit der Straßennutzung verbunden sind.<sup>25</sup> Darum geht es bei der Kennzeichenkontrolle nicht.

Indes könnte § 22a PolG die Kompetenz des Bundes in Bezug auf das gerichtliche Verfahren nach Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG entgegenstehen. Die Kompetenzmaterie „gerichtliches Verfahren“ ist weit zu verstehen.<sup>26</sup> Dabei reicht sie von der Einleitung des Verfahrens bis zur Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidung. Umfasst ist das eigentliche gerichtliche und das vorgelagerte behördliche Verfahren, sofern es – wie vom Grundsatz her das in der StPO geregelte polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren – mit dem gerichtlichen Verfahren in einem untrennbaren funktionalen Zusammenhang steht.<sup>27</sup> Gegenstand der Regelungen ist die repressive Polizeitätigkeit,

<sup>23</sup> Vgl. BVerfGE 100, 313 (366); 115, 320 (343).

<sup>24</sup> Vgl. BVerfGE 115, 320 (343); 120, 378 (398).

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 40, 371 (380).

<sup>26</sup> BVerfG NJW 2019, 827 (831).

<sup>27</sup> BVerfGE 30, 1 (29).



also diejenige, welche in Reaktion auf den Verdacht der Beteiligung einer Person an einer geschehenen oder unmittelbar bevorstehenden strafbaren Handlung vorgenommen wird.<sup>28</sup> Demgegenüber richtet sich die Gefahrenabwehr auf die Beseitigung und Verhinderung von Gefahren und Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sie ist nicht repressiv-personenbezogen auf die Verfolgung von Straftaten ausgerichtet, sondern präventiv-objektiv unmittelbar auf den Schutz der Integrität der Rechtsordnung und der durch sie geschützten Rechtsgüter.<sup>29</sup> Hierzu gehört auch die Verhinderung von Straftaten.<sup>30</sup>

Ob § 26 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 PolG die Strafverfolgung oder die Gefahrenabwehr regelt, richtet sich nach der Zielsetzung der Vorschrift, wie sie sich in objektiver Sicht aus ihrer Ausgestaltung ergibt. Schon ihrem Wortlaut nach gestattet sie die Kontrollstellen nur zur Fahndung nach Straftätern. Eine Ermächtigung zur Fahndung nach Straftätern kann jedoch nicht als Regelung verstanden werden, die ihren Schwerpunkt nach präventiven Zwecken dient. Wenn eine Norm ihrer objektiven Fassung nach allein auf das Strafrecht bezogen ist, kann sie kompetenzrechtlich nicht bereits deshalb der Gefahrenabwehr zugeordnet werden, weil das Strafrecht immer auch präventiv der Sicherheit dient. Die Fahndung nach Straftätern gehört vielmehr unzweifelhaft zur Strafverfolgung. Folglich sind § 26 Abs. 1 Nr. 4 und 5 PolG nicht von der Gesetzgebungskompetenz des Landes gedeckt und deshalb formell verfassungswidrig.

Die formelle Verfassungswidrigkeit des § 26 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 PolG erfasst auch die Ermächtigung zur Kennzeichenkontrolle nach § 22a Abs. 1 S. 1 PolG, soweit sie auf § 26 Abs. 1 PolG verweist. Der Verweis dient dazu, die Kennzeichenkontrolle zu begrenzen, indem er sie an die dort festgelegten Zwecke und Voraussetzungen bindet. Wenn dieser Anknüpfungspunkt hier wegen der fehlenden Gesetzgebungskompetenz für die Regelung leer läuft, dann fehlt es insoweit an einer hinreichend bestimmten und begrenzten Anknüpfung für die Kennzeichenerfassung und ist auch die Ermächtigung zu einer hierauf gestützten Kennzeichenkontrolle verfassungsrechtlich nicht tragfähig.

Folglich ist § 22a Abs. 1 S. 1 PolG formell verfassungswidrig, soweit er die Kennzeichenerfassung an den genannten Kontrollstellen betrifft.

§ 22a Abs. 1 S. 1 PolG könnte aber im Übrigen kompetenz-

gemäß erlassen und damit formell verfassungsgemäß sein. Die Vorschriften erlauben die Kennzeichenerfassung als Grundlage für eine Kennzeichenkontrolle nur für Zwecke, für die auch eine Identitätsfeststellung zulässig ist. Diese haben bis auf § 26 Abs. 1 Nr. 4 und 5 PolG ihrem Schwerpunkt nach eine präventive Zielrichtung, nämlich die Unterstützung der Polizei bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben der Gefahrenabwehr nach dem Polizeigesetz. Genauer sind dies die Abwehr von einzelnen Gefahren, die Gefahrenabwehr in Bezug auf gefährliche Orte, der Schutz von gefährdeten Orten sowie der Schutz vor grenzüberschreitender Kriminalität. Dass einige dieser Zwecke bei objektiver Betrachtung im Ergebnis zugleich der Strafverfolgung dienen, stellt die präventive Ausrichtung der Normen nicht in Frage.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Landesgesetzgeber Vorschriften erlässt, die sowohl präventive als auch repressive Wirkungen haben und damit doppelunktional sind. Für die Abgrenzung ist der Schwerpunkt des verfolgten Zweckes maßgeblich. Dieser liegt hier im präventiven Bereich, sodass sich § 22a PolG insoweit als formell verfassungsgemäß erweist, als Kennzeichenkontrollen in den Fällen des § 26 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 PolG durchgeführt werden.

## **b) Materielle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage**

§ 22a PolG ist materiell verfassungsgemäß, wenn der Gesetzgeber alle Einschränkungen beachtet hat, denen er bei der Ausgestaltung der Einschränkungsmöglichkeit unterliegt. Hierunter fällt insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gem. Art. 20 Abs. 3 GG.

### **aa) Legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit**

Sie müssen danach einen legitimen Zweck verfolgen, zur Erreichung des Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.<sup>31</sup>

Die Kennzeichenerfassung dient ausweislich des Wortlauts von § 22a Abs. 1 S. 1 PolG der Gefahrenabwehr und damit einem legitimen Zweck. Sie fördert diesen Zweck jedenfalls mittelbar, indem sie die Wahrscheinlichkeit erhöht, gesuchte Personen oder Sachen zu erfinden, sodass sie geeignet und mangels eines mildereren, gleich geeigneten Mittels auch erforderlich ist.

<sup>28</sup> LVerfG MV DVBl. 2000, 262.

<sup>29</sup> BVerfG NJW 2019, 827 (831).

<sup>30</sup> Vgl. BVerfGE 100, 313 (394).

<sup>31</sup> Vgl. BVerfGE 67, 157 (173).

**bb) Angemessenheit**

Die Kennzeichenerfassung müsste angemessen sein. Sie ist angemessen, wenn die bewirkten Nachteile nicht außer Verhältnis zu den bezweckten Vorteilen liegen. Das Verhältnis ist nur ausgeglichen, wenn die Kennzeichenerfassung durch einen im Verhältnis zum Grundrechtseingriff hinreichend gewichtigen Rechtsgüterschutz gerechtfertigt ist.

Maßgeblich ist die Intensität des Grundrechtseingriffs durch die Kennzeichenerfassung. Einerseits lässt sich anführen, dass die Kontrollen zwar im öffentlichen Verkehrsraum stattfinden und nur Daten erfassen, die ohne Weiteres für alle erkennbar sind. Ebenso lässt der Personenbezug sich nur mittelbar über einen Datenabgleich herstellen. Andererseits spricht für ein geringes Eingriffsgewicht, dass quantitativ die überwiegende Zahl der Betroffenen keinen unmittelbar beeinträchtigenden Folgen ausgesetzt ist und im Nichttrefferfall alle Daten sofort gelöscht werden. Dagegen spricht jedoch, dass die Kontrollen sich prinzipiell nicht auf Personen beschränken, die objektiv in einer Gefahrenlage verfangen sind, sondern sich auf eine unbestimmte Vielzahl von Personen erstrecken, die von vornherein hierzu keinen Anlass gegeben haben. Die unbestimmte Vielzahl an betroffenen Personen und eine so weitreichende Informationserhebung hat grundsätzlich eine hohe Eingriffsintensität inne. Weiter fällt belastend ins Gewicht, dass bei Ermittlungsmaßnahmen mit großer Streubreite, wie vorliegend die im öffentlichen Raum stattfindenden seriellen Kontrolle von Personen in großer Zahl zu Fahndungszwecken, ein Gefühl des Überwachtwerdens entstehen kann. Dass die Kennzeichenkontrolle verdeckt erfolgt und die erfassten Personen dies außerhalb des Trefferfalls nicht mitbekommen, hebt das hierin liegende Eingriffsgewicht nicht auf. Hierdurch entfällt zwar die Lästigkeit solcher Maßnahmen, nicht jedoch der Kontrollcharakter und die darin liegende Beeinträchtigung der individuellen Freiheit, die zugleich die Freiheitlichkeit der Gesellschaft insgesamt betrifft.

Dem erheblichen Eingriffsgewicht automatisierter Kraftfahrzeugkennzeichenkontrollen entspricht es, dass sie zu ihrer Rechtfertigung jeweils auf Gründe gestützt werden müssen, die dem Schutz von Rechtsgütern von zumindest erheblichem Gewicht oder sonst einem vergleichbar gewichtigen öffentlichen Interesse dienen. Zu diesen Rechtsgütern zählen zunächst die besonders schutzwürdigen Rechtsgüter wie Leib, Leben und Freiheit

der Person und der Bestand und die Sicherheit des Bundes und der Länder.<sup>32</sup> Hinzu kommen auch Rechtsgüter in Betracht, die unterhalb dieser für besonders eingriffsintensive Überwachungsmaßnahmen geltenden Schwelle angesiedelt sind, wie etwa der Schutz von nicht unerheblichen Sachwerten.

§§ 22a Abs. 1 S. 1 i.V.m. 26 Abs. 1 Nr. 1 PolG erlaubt die Kennzeichenerfassung generell zur Gefahrenabwehr, ohne dass die bedrohten Rechtsgüter näher eingegrenzt wären. Insofern erweist sich die Vorschrift als unangemessen. Soweit eine Kennzeichenerfassung an gefährlichen oder gefährdeten Orten (§ 26 Abs. 1 Nr. 2 und 3 PolG) erfolgt, sind die geschützten Rechtsgüter eingegrenzt, sodass die Vorschriften insoweit angemessen sind.

Darüberhinaus verlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung gewisse übergreifende Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle. Selbst wenn die Maßnahmen verdeckt erfolgen und den Betroffenen nicht mitgeteilt werden, ist ein ausreichender individueller Rechtsschutz dadurch sichergestellt, dass Betroffene die Kennzeichenüberprüfung mittelbar zur Überprüfung stellen können, wenn sie fachgerichtlich gegen Folgemaßnahmen vorgehen, die durch die Kennzeichenerfassung ausgelöst wurden. Um dem Grundsatz der Transparenz gerecht zu werden, ergibt sich das Erfordernis, die Entscheidungsgrundlagen für die jeweilige Kontrollstelle zu dokumentieren. Die Entscheidung über die Einrichtung einer Kontrollstelle vollzieht sich allein im Inneren der Behörde und wird den Betroffenen weder mitgeteilt noch begründet. Die Dokumentationspflicht ist deshalb in dreifacher Hinsicht von Bedeutung: Erstens rationalisiert und mäßigt es die Entscheidung der Behörde selbst, wenn diese sich über ihre Entscheidungsgrundlagen Rechenschaft ablegen muss. Zweitens ermöglicht die Dokumentation erst eine aufsichtliche Kontrolle durch den Datenschutzbeauftragten, der in Fällen eingeschränkter individualrechtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten wie hier gesteigerte Bedeutung zukommt. Schließlich wird damit die verwaltungsgerichtliche Kontrolle erleichtert, wenn solche Maßnahmen bekannt werden. Eine solche Dokumentationspflicht ist in § 22a Abs. 1 S. 4 PolG vorgesehen, sodass die Regelung insoweit den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügt.

**IV. Zwischenergebnis**

§ 22a PolG ist soweit er auf § 26 Abs. 1 Nr. 4 u. 5 PolG ver-

<sup>32</sup> Vgl. BVerfGE 120, 274 (328).

weist formell verfassungswidrig, soweit er auf § 26 Abs. 1 Nr. 1 PolG verweist materiell verfassungswidrig und im Übrigen soweit er auf § 26 Abs. 1 Nr. 2 u. 3 PolG verweist verfassungsgemäß. Die Verfassungsbeschwerde ist teilweise begründet.

### C. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und teilweise begründet und hat im dargestellten Umfang Aussicht auf Erfolg.

### FAZIT

Die Entscheidung spiegelt den momentanen Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts wider. Der Senat hat bereits zur Herausgabe von Telekommunikationsdaten<sup>33</sup>, zur Rasterfahndung<sup>34</sup> und zur Vorratsdatenspeicherung das „Gefühl des Beobachtetseins“<sup>35</sup> in Rechnung gestellt und auch die Anforderungen an eine verfassungsgemäße Datenverarbeitung in den letzten Jahrzehnten immer mehr ausdifferenziert.<sup>36</sup> Dabei zielt gerade die Sensibilisierung in Bezug auf das „Gefühl des Beobachtetseins“ darauf, die Freiheitsgrundrechte weiterhin in den Fokus zu rücken und deren Ausübung weiterhin nur unter sehr engen Voraussetzungen einzugrenzen, um dem Gefühl eines nachhaltigen Einschüchterungseffekts entgegenzuwirken.<sup>37</sup> Diese Entscheidung bedeutet für die Ausbildung und Praxis, dass nun bereits bei flüchtigen und kurzweiligen Kontrollvorgängen ein Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung vorliegt und es insoweit einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung hierfür bedarf.<sup>38</sup> Die Ermächtigungsgrundlage ist auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen.

<sup>33</sup> BVerfG NJW 2003, 1787 (1793).

<sup>34</sup> BVerfG NJW 2006, 1939 (1944).

<sup>35</sup> BVerfG NJW 2010, 833 (839).

<sup>36</sup> Muckel (Fn. 1), JA 2009, 311 (312).

<sup>37</sup> BVerfGE 125, 260 (332).

<sup>38</sup> Sachs, Grundrechte und Staatsorganisationsrecht: Automatisierte Kennzeichenkontrolle, JuS 2019, 504 (506).

## Error in persona

stud. iur. Klara Stolz

BGH 3 StR 651/17

§§ 25 Abs. 2, 253, 255 StGB

**Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht):** C feierte eine mehrtägige Geburtstagsparty. Dabei schlug er seinem jüngeren Bruder M vor, bei einem vermeintlichen Kauf von Drogen von Drogendealer D Ecstasy-Pillen – notfalls mit Gewalt – zu erbeuten. Diese wollte er überwiegend verkaufen und den Erlös für sich behalten, einige allerdings auch einnehmen. M stimmte zu, C bei dem Vorhaben tatkräftig zu unterstützen.

Daraufhin rief C den D an und gab vor, Ecstasy kaufen zu wollen. Zur Abwicklung des Drogengeschäfts solle D so gleich zur Wohnung des C kommen. C gab M einen Baseballschläger. M platzierte sich im Eingangsbereich der Wohnung hinter einer Ecke und wartete auf das Auftauchen des Drogendealers D.

Zunächst erschien jedoch U, mit dem alle Anwesenden bekannt und befreundet waren. C begrüßte U und sagte ihm, er könne zu den anderen in die Wohnung gehen. Dabei war es für C vorhersehbar, dass M den U mit dem D verwechseln könnte. Er ging jedoch davon aus, er würden ihn rechtzeitig erkennen und warnte deshalb keinen der Beteiligten.

M hielt U in der Dunkelheit des Wohnungsflures tatsächlich für D. In vermeintlicher Befolgung der Abrede mit C schlug M mit dem Baseballschläger den U, der mit keinem Angriff rechnete, woraufhin dessen Nase brach. U konnte sich anschließend in die obere Wohnung einer unbeteiligten Dritten flüchten.

**Hat C sich wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung in Mittäterschaft strafbar gemacht?**

### EINORDNUNG

Der zugrundeliegende Fall beschäftigt sich mit der Frage, ob ein *error in persona* eines Mittäters anderen Mittätern zugerechnet werden kann. Diese Entscheidung greift einen Klassiker des allgemeinen Teils des Strafrechts auf. Zum einen ist sie von besonderer Relevanz, da hier ein *error in persona* in Bezug auf ein Vermögensdelikt vorliegt und zum anderen, da die Problemkonstellation eines unbeachtlichen Irrtums beim Mittäter aufgegriffen wird.

### ORIENTIERUNGSSATZ

Der sog. *error in persona* ist auch für den Mittäter gem. § 25 Abs. 2 StGB unbeachtlich. Insbesondere gilt dies, wenn das Risiko einer Personenverwechslung im Tatplan angelegt ist und die Identifizierung des Tatopfers einen notwendigen Bestandteil des Tatplans darstellt.

Das Kriterium der Vorhersehbarkeit ist – anders als bei Fällen des Irrtums eines Angestifteten – nicht heranzuziehen, da der Tatplan die Grundlage der Zurechnung ist.

### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

#### 0. Vorprüfung

1. Nichtvollendung der Tat
2. Strafbarkeit des Versuchs

#### I. Tatbestand

##### 1. Tatentschluss

- a) Vorsatz bzgl. der räuberischen Erpressung
  - aa) Nötigungshandlung
  - bb) Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB
    - (1) Mittäter in Abgrenzung zur Teilnahme
    - (2) Gemeinsamer Tatplan
    - (3) Mittäterexzess
  - cc) Nötigungserfolg
  - dd) Vermögensschaden
  - ee) Qualifikation gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB
- b) Bereicherungsabsicht

##### 2. Unmittelbares Ansetzen

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

#### IV. Ergebnis



C könnte sich gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung in Mittäterschaft strafbar gemacht haben, indem er sich mit M absprach, von Drogendealer D die Ecstasy Pillen, notfalls gewalttätig, zu erlangen.

**Strafbarkeit des C gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB**

**0. Vorprüfung**

**1. Nichtvollendung der Tat**

Die Tat des C dürfte nicht vollendet sein. Vorliegend führte U keine Drogen mit sich, sodass ihm keine abgenommen werden konnten. Die Tat ist mithin nicht vollendet.

**2. Strafbarkeit des Versuchs**

Der Versuch der schweren räuberischen Erpressung ist wegen ihres Verbrechenscharakters, vgl. §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB, stets strafbar.

**I. Tatbestand**

**1. Tatentschluss**

C müsste Tatentschluss gehabt haben. Tatentschluss liegt vor, wenn der Täter Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale hat und die sonstigen subjektiven Merkmale erfüllt sind.<sup>1</sup>

**a) Vorsatz bzgl. der räuberischen Erpressung**

Dazu müsste C Vorsatz bzgl. der räuberischen Erpressung gehabt haben. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung des Tatbestands in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale.<sup>2</sup>

**aa) Nötigungshandlung**

Zunächst müsste Vorsatz hinsichtlich der Vornahme einer Nötigungshandlung bestehen. Die Nötigungshandlung erfolgt bei § 255 StGB grundsätzlich durch die Nötigungsmittel der Gewalt gegen eine Person oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. In Betracht kommt hier zunächst das Nötigungsmittel der Gewalt. Gewalt ist jeder körperlich wirkende Zwang beim Opfer durch – wenn auch nur geringfügige – körperliche Kraftentfal-

tung zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands.<sup>3</sup> Die Gewalt muss gegen eine Person begangen werden und unmittelbar oder mittelbar gegen den Körper gerichtet sein.<sup>4</sup> Vorliegend gab C dem M den Baseballschläger, um sicherzugehen, dass dieser vom Drogendealer D die Ecstasy-Pillen erlangen kann. Er wollte somit, dass ein unmittelbar wirkender, körperlicher Zwang durch erhebliche physische Kraftentfaltung eingesetzt wird, um sicherzustellen, dass die Drogen in seinen Besitz gelangen. Folglich hatte C Vorsatz, eine Nötigungshandlung nach § 255 StGB durchzuführen. Problematisch könnte indes sein, dass nicht C, sondern M die Nötigungshandlung ausgeführt hat.

Allerdings könnte die geplante Handlung des M gem. § 25 Abs. 2 StGB C zugerechnet werden, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen.

**bb) Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB**

C und M könnten Mittäter nach § 25 Abs. 2 StGB sein. Mittäterschaft setzt die Leistung eines durch den gemeinsamen Tatplan festgelegten Beitrags zur Tatbestandsverwirklichung voraus.<sup>5</sup>

**(1) Stellung als Mittäter in Abgrenzung zur Teilnahme**

Täter ist nach der *Tatherrschaftslehre*, wer als Zentralgestalt des Geschehens die planvoll-lenkende oder mitgestaltende Tatherrschaft besitzt. Tatherrschaft bedeutet, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann.<sup>6</sup> Teilnehmer hingegen ist, wer ohne eigene Tatherrschaft als Randfigur des tatsächlichen Geschehens die Begehung der Tat veranlasst oder sonst fördert.<sup>7</sup> Die *subjektive Theorie* der Rechtsprechung lässt Tatherrschaft als ein Kriterium ebenfalls genügen.<sup>8</sup> C schlug vor, den Drogenhändler D zu überfallen und rief bei ihm an. Er sollte den eintreffenden Dealer in Empfang nehmen und in das Wohnhaus schicken. Er hätte damit jederzeit die Tat aufgeben oder anders gestalten können, sodass ihm Tatherrschaft zukam. C war nach beiden Auffassungen Täter.

<sup>1</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 43. Auflage 2013, Rn. 598.

<sup>2</sup> Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 1), Rn. 203.

<sup>3</sup> Kindhäuser et al., Kommentar zum StGB, 5. Auflage 2017, § 240 Rn. 35.

<sup>4</sup> Bosch in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 30. Auflage 2019, § 255 Rn. 2.

<sup>5</sup> Heine/Weißler in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 25 Rn. 62.

<sup>6</sup> Rengier, Strafrecht AT, 11. Auflage 2019, § 41 Rn. 11.

<sup>7</sup> Rengier, AT (Fn. 6), § 41 Rn. 11.

<sup>8</sup> BGHSt 37, 289 (291).

## (2) Gemeinsamer Tatplan und Tatausführung

C und M müssten einen gemeinsamen Tatplan gefasst und diesen ausgeführt haben. Der gemeinsame Tatplan setzt voraus, dass zwei oder mehr Personen ernsthaft verabredet haben, im gegenseitigen Einvernehmen gemeinsam bestimmte objektive Tatbeiträge zu verwirklichen und eine bestimmte Vorsatztat zu begehen.<sup>9</sup> C und M einigten sich darauf, einem Drogendealer Betäubungsmittel notfalls mit Gewalt abzunehmen, um diese zu verbrauchen und zu veräußern. Dafür rief C den Dealer an, um ihn zu seinem Haus zu locken. Dort wollte er ihn ins Haus schicken, in dem M warten sollte, um die Drogen zu erlangen. M könnte jedoch vorsatzrelevant von diesem Plan abgewichen sein.

## (3) Mittäterexzess

Vorliegend führte U gar keine Drogen bei sich und war kein Drogendealer, sondern ein gemeinsamer Freund. M könnte damit einem *error in persona* unterlegen gewesen sein. Ein *error in persona* liegt vor, wenn der Täter die Tat am anvisierten Opfer begeht, es sich aber um eine andere als die vorgestellte Person handelt.<sup>10</sup> Dabei fehlt es an einem beachtlichen Irrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, wenn die Tatobjekte gleichwertig sind, so dass letztlich Vorsatz hinsichtlich der getroffenen Person gegeben ist; der Vorsatz muss sich nicht auf eine bestimmte Person konkretisieren.<sup>11</sup> M dachte, dass U einer der Drogendealer ist und erkannte in der Dunkelheit nicht seinen Freund. Er irrte somit über die Person, die er angriff, verfehlte aber nicht das anvisierte Opfer. M unterlag mithin einem *error in persona*. U ist so wie der Drogendealer auch ein Mensch und damit tatbestandlich gleichwertig. Der Irrtum ist daher nicht gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vorsatzbeachtlich. Fraglich ist, ob dies auch für den Mittäter C gelten kann.

## (a) Gleichwertigkeitstheorie

Nach der *Gleichwertigkeitstheorie* ist ein *error in persona* eines Mittäters für den anderen Mittäter unbeachtlich. Begründet wird dies damit, dass der gemeinschaftliche Tatentschluss auf den Tatplan gerichtet war und der irrende Täter sich noch an den Tatplan hält.<sup>12</sup> Die Fehlleistung beruht auf dem mit dem Tatplan verbundenen Risiko der Planverwirklichung, sofern diese nicht völlig atypisch ist.<sup>13</sup> Nach dieser Theorie müsste sich C somit den Irrtum des M

zurechnen lassen. Ein Mittäterexzess des M läge nicht vor, sodass der Vorsatz des C nicht nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ausgeschlossen wäre.

## (b) Konkretisierungstheorie

Die *Konkretisierungstheorie* lehnt eine Zurechnung ab. Danach sei es zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen sowie aus Gerechtigkeitsgründen nicht hinreichend begründbar, auch Objekte in den Zurechnungszusammenhang einzubeziehen, die von Vorstellung und Willen des Täters nicht gedeckt sind.<sup>14</sup> Im vorliegenden Fall war der Tatplan nicht darauf gerichtet, allgemein Drogen zu erlangen, sondern konkret vom Drogendealer D. Durch das Fehlgehen der Tat läge hiernach ein *error in persona* für M, jedoch für C eine *aberratio ictus* vor, da für C die Tat fehlging. Ein Mittäterexzess liegt bei einem wesentlich vom Tatplan abweichenden Ablauf vor. Da der herbeigeführte Erfolg von M außerhalb der ihm zufallenden Funktion im Tatplan lag, käme hier nur ein fahrlässiger Mittäterexzess in Betracht.<sup>15</sup>

## (c) Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme erforderlich ist. Für die *Gleichwertigkeitstheorie* spricht, dass die Täter bei der Mittäterschaft grundsätzlich in gleichem Ausmaß beteiligt sind und somit derjenige, der zwar die Tat nicht konkret ausführt jedoch geplant hat, nicht bessergestellt wird. Kritisiert wird bei dieser Ansicht jedoch, dass es für die Überschreitung des Tatplans keinen Unterschied machen darf, ob diese fahrlässig oder vorsätzlich geschieht.<sup>16</sup> Für die Konkretisierungstheorie spricht, dass das Angriffsobjekt nicht das Verletzungsobjekt ist und der Vorsatz des Mittäters sich nur auf das Angriffsobjekt bezieht. Jedoch kann bei dieser Theorie kritisiert werden, dass der unterlaufene Fehler Bestandteil des Tatplans sei, denn die Konkretisierung des Tatopfers werde dem Irrenden, hier M überlassen.<sup>17</sup> Eine diesbezügliche Fehlleistung gehöre zum Risiko der Planverwirklichung, mithin kommt erst bei vorsätzlichem Exzess ein *aberratio ictus* in Betracht. § 16 Abs. 1 StGB hingegen fordert keine Konkretisierung, vielmehr ist in jedem konkretisierten Vorsatz auch ein genereller Vorsatz enthalten.

<sup>9</sup> Joecks in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Auflage 2017, § 25 Rn. 236.

<sup>10</sup> Kudlich/Koch, Tatbestandsirrtum – *error in persona* – *aberratio ictus*, JA 2017, 827 (827f.).

<sup>11</sup> BGHSt 11, 268 (270); NJW 1958, 836.

<sup>12</sup> Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage 2017, § 20 Rn. 121.

<sup>13</sup> Kühl, AT (Fn. 12), § 20 Rn. 121.

<sup>14</sup> Lackner/Kühl, Kommentar zum StGB, 29. Auflage 2018, § 15 Rn. 12.

<sup>15</sup> Eidam, Mittäterexzess, NSTZ 2017, 272 (274).

<sup>16</sup> Duttge in: MüKoStGB (Fn. 9), § 15 Rn. 161.

<sup>17</sup> Vgl. Herzberg, Vollendeter Mord bei Tötung des falschen Opfers?, NSTZ 1999, 217 (219).

Immerhin liegt es im Wesen der Mittäterschaft, dass Identitätsirrtümer nicht nur auf die Person des unmittelbar handelnden Täters keine Auswirkungen auf den Tatvorsatz haben.<sup>18</sup> Auch, wenn die Identifizierung des Opfers dem Vordermann überlassen wurde, sollte eine Fehlidentifizierung, sofern diese vorhersehbar ist, vom gemeinsamen Tatplan gedeckt sein.<sup>19</sup> Obgleich das Objekt nicht der Vorstellung und den Willen des Mittäters deckt, ist es fester Bestandteil des von ihm mit angelegten Tatplans. Es ist ausreichend, dass der Handelnde den Tatplan umsetzen wollte, mehr als eine situationsangemessene Wahrnehmung könne der andere Mittäter, der die Ausführung eines Teils der Tat dem Handelnden überlässt, nicht verlangen. Der Mittäter kann weiterhin nicht einwenden, dass er die Tat so nicht gewollt habe, dies stellt eine widersprüchliche *protestatio facto contraria*, also ein widersprüchliches Handeln zu seiner Aussage dar.<sup>20</sup> Der Drogendealer, den C zu seinem Haus lotste, war ihm und auch M unbekannt. Das Risiko einer Personenverwechslung war somit schon im Tatplan angelegt. C stand nur einige Meter entfernt vom Haus, begrüßte U, als dieser erschien und sagte ihm, dass er ins Haus gehen könne. Dabei wäre es C unter Berücksichtigung seiner Teilhabe und Tatherrschaft sowie seinem Standort möglich gewesen, U zu warnen. Weiterhin hätte C den M auffordern können, die eingetroffene Person entgegen der Abrede nicht anzugreifen. Der Tatplan bestand ebenso wie der Vorsatz des C fort, sodass ein „normativer Grund“ für die Zurechnung besteht. Die *Gleichwertigkeitstheorie* ist mithin vorzugswürdiger. Der unbeachtliche Motivirrtum des M ist C insoweit zuzurechnen, als dass dieser Motivirrtum für ihn keinen Vorsatzausschluss nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB bedeutet.

#### (4) Zwischenergebnis

C und M sind Mittäter nach § 25 Abs. 2 StGB.

#### cc) Nötigungserfolg

Die Nötigungshandlung müsste nach der Vorstellung des C auf Opferseite zu einem Nötigungserfolg führen. Ein Nötigungserfolg liegt nach dem Wortlaut des § 253 Abs. 1 StGB in jedem Handeln, Dulden oder Unterlassen.<sup>21</sup> Die konkreten Anforderungen an die Opferreaktion sind dennoch umstritten.

#### (1) Eine Ansicht

Nach einer Ansicht bedarf es einer Vermögensverfügung bei einer räuberischen Erpressung. Das Delikt sei wesentlich mit dem Betrug und stelle ein Selbstschädigungsdelikt dar.<sup>22</sup> Bei der Bestimmung, ob eine Vermögensverfügung vorliegt, wird auf die innere Willensrichtung des Opfers abgestellt. Für die Verfügung genügt es, wenn der Genötigte an der Vermögensverschiebung in einer Weise mitwirkt, die nach seiner Vorstellung für die Herbeiführung des Schadens unerlässlich ist, er mithin eine „Schlüsselstellung“ übernimmt.<sup>23</sup> Aufgrund der Maßnahmen, die C zuvor plante, um sicher an die Drogen zu gelangen, zeigt sich, dass C davon ausging, dass der Dealer sich selbst in einer Schlüsselstellung sieht, in welcher er mitwirken muss und die für die Herbeiführung des Schadens unerlässlich ist. Eine Vermögensverfügung läge daher vor. Die Anforderungen an die Opferreaktion wären demnach nach dieser Auffassung erfüllt.

#### (2) Andere Ansicht

Eine andere Ansicht fordert bei der räuberischen Erpressung keine Vermögensverfügung, es soll jedes abgenötigte Tun, Dulden oder Unterlassen ausreichen. In Abgrenzung zum Raub wird auf das äußere Erscheinungsbild der Tat abgestellt. Demnach liegt ein Raub vor, wenn sich der Täter die Sache nimmt und eine räuberische Erpressung, wenn ihm die Sache gegeben wird. Jeder Raub erfülle auch den Tatbestand der räuberischen Erpressung und sei daher *lex specialis*.<sup>24</sup> C könnte davon ausgegangen sein, dass D die Drogen an M herausgeben werde. Denn M platzierte sich im Eingangsbereich der Wohnung, um dem eintreffenden D aufzulauern und ihn mit vorgehaltenem Baseballschläger zur Herausgabe der Drogen zu bewegen. C ging daher nach dem äußeren Erscheinungsbild von einer Weggabe aus. Auch nach dieser Auffassung wären daher die Anforderungen an die Opferreaktion bei §§ 253, 255 StGB erfüllt.

#### (3) Stellungnahme

Klärungsbedürftig erscheint zuerst, ob eine Vermögensverfügung überhaupt erforderlich ist. Gegen die erste Ansicht und das Erfordernis einer Vermögensverfügung im Tatbestand der räuberischen Erpressung spricht der Gesetzeswortlaut, der eine solche nicht verlangt. Jedoch kann dem entgegengesetzt werden, dass die Vermögens-

<sup>18</sup> Jäger, Irrtum ist ein gefährlicher Gemeinschaftskitt, JA 2019, 467 (468).

<sup>19</sup> Jäger, (Fn. 18), JA 2019, 467 (468).

<sup>20</sup> Jäger, (Fn. 18), JA 2019, 467 (468).

<sup>21</sup> Eisele in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 240 Rn. 12.

<sup>22</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 253 Rn. 8.

<sup>23</sup> Lackner/Kühl, StGB (Fn. 14), § 253 Rn. 3.

<sup>24</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 253 Rn. 8a.

verfügung bei dem Betrug gem. § 263 StGB auch nicht ausdrücklich Voraussetzung ist und die Vorschriften parallele Strukturen aufweisen. Hingegen spricht die Gesetzessystematik gegen eine Vermögensverfügung, da eine mit Raubmitteln erzwungene Wegnahme zugleich die Nötigung zu ihrer Duldung enthält. Demnach erschiene der Raubtatbestand überflüssig, denn der Tatbestand des § 255 StGB würde stets ebenfalls erfüllt werden. Die Entscheidung welcher Ansicht der Vorzug zu gewähren ist, könnte dahinstehen, wenn jedenfalls ein taugliches Opferverhalten vorläge.

Die Auffassungen gelangen hinsichtlich des Vorliegens einer Vermögensverfügung zum gleichen Ergebnis, sowohl nach der inneren Willensrichtung als auch nach dem vorgestellten äußeren Erscheinungsbild der Tat, liegt eine Verfügung über Vermögen vor, in der jedenfalls auch ein nach anderer Ansicht taugliches abgenötigtes Verhalten liegt. Folglich stellt sich C ein geeignetes Opferverhalten bei Drogendealer D vor.

#### dd) Vermögensschaden

C müsste den Vorsatz gehabt haben, einen Vermögensschaden herbeizuführen. Der Vermögensschaden muss durch die Nötigung verursacht sein, mithin muss ein finaler Zusammenhang zwischen dem Einsatz des Nötigungsmittels und dem erlangten Vorteil bestehen.<sup>25</sup> Die Bedrohung des D mit dem Baseballschläger durch M sollte gerade der Erlangung der Drogen dienen. Folglich hatte C den Vorsatz, den Drogendealern einen ersatzlosen Vermögensverlust zuzufügen. Jedoch kann dies erst einen Vermögensschaden darstellen, wenn die Drogen Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens sind. Nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff sind alle Gegenstände erfasst, denen nach objektiven Maßstäben ein wirtschaftlicher Wert beigemessen werden kann, auf rechtliche oder sittliche Bewertung kommt es dabei nicht an. Die Drogen würden nach dieser Ansicht ein geschütztes Vermögen darstellen. Nach dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff werden bei grundsätzlich wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Sinne der Einheit der Rechtsordnung solche Positionen aus dem Schutzbereich genommen, die einer Person nicht in rechtlich schutzwürdiger Weise zugeordnet oder nicht ohne Missbilligung der Rechtsordnung realisiert werden können. Hiernach würden die Drogen kein geschütztes Vermögen darstellen.

Für den juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff

spricht der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung. Wenn der Besitz eines Gegenstandes strafbar ist, erscheint es widersinnig den Entzug unter Strafe zu stellen.

Für den wirtschaftlichen Vermögensbegriff hingegen spricht, dass das Strafrecht eine generalpräventive Funktion hat und Dritte von der Begehung einer Straftat abhalten soll. Es erscheint widersprüchlich ein Verhalten nur deshalb nicht als strafbar einzuordnen, weil es sich gegen nicht geschützte Rechtspositionen richtet. Hinzu kommt kann der Gefahr von Wertungswidersprüchen gegenüber Eigentumsdelikten entgegengewirkt werden. Somit ist dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff zu folgen. Die Drogen stellen mithin ein geschütztes Rechtsgut dar. Mithin liegt ein Vermögensschaden vor.

#### ee) Qualifikation gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

C könnte Vorsatz zum Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB und damit zur Verwirklichung einer Qualifikation gehabt haben. Ein Werkzeug ist gefährlich, wenn der verwendete Gegenstand objektiv gefährlich ist und bei der Tat eingesetzt wird.<sup>26</sup> Ein Baseballschläger stellt durch seine Beschaffenheit einen objektiv gefährlichen Gegenstand dar, der zu erheblichen Verletzungen führen kann. C wollte, dass M den Baseballschläger jedenfalls als Drohmittel einsetzte. Durch die Mittäterschaft ist dies dem C gem. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen. C hatte daher auch Vorsatz zur Verwirklichung der Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB.

#### b) Bereicherungsabsicht

C müsste in der Absicht gehandelt haben, sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern.

#### (1) Bereicherung

Hierzu müsste zunächst eine Bereicherung vorliegen. Eine Bereicherung bezeichnet jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage.<sup>27</sup> C erstrebte eine Vermögensmehrung für sich, indem er die Ecstasy-Pillen konsumieren und veräußern wollte. Damit liegt eine erstrebte Bereicherung vor.

#### (2) Stoffgleichheit

Weiterhin müsste Stoffgleichheit zwischen Schaden und Nutzen bestehen.<sup>28</sup> C wusste, dass sein Vermögensvorteil auf Kosten des D entstehen würde und der Verlust der Drogen für diese einen Vermögensschaden darstellt.

<sup>25</sup> Lackner/Kühl, StGB (Fn. 14), § 253 Rn. 5.

<sup>26</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 250 Rn. 28.

<sup>27</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 253, Rn. 17f.

<sup>28</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 253, Rn. 20.



**(3) Rechtswidrigkeit**

Es ist davon auszugehen, dass C wusste, dass er keinen Anspruch auf die Drogen hatte.

**(4) Zwischenergebnis**

C handelte mit Bereicherungsabsicht.

**c) Zwischenergebnis**

C hatte Tatentschluss bezüglich der Verwirklichung einer schweren räuberischen Erpressung.

**2. Unmittelbares Ansetzen**

C müsste zur Tat unmittelbar angesetzt haben. Der Versuch beginnt nach ganz überwiegender Auffassung für jeden Mittäter, sobald einer der Täter gem. § 22 StGB zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar ansetzt.<sup>29</sup> Ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung liegt vor, wenn das Verhalten des Täters nach dem Gesamtplan zeitlich und räumlich so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass es bei ungestörtem Fortgang ohne längere Unterbrechung im Geschehensablauf unmittelbar zur Verwirklichung des gesamten Tatbestands führen soll.<sup>30</sup> M schlug U, als dieser das Haus betrat und erfüllte damit bereits das Tatbestandsmerkmal der Gewalt. Damit hat M zur Tatbestandsverwirklichung, angesetzt. Diese Handlung kann C als Mittäter gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden. Mithin hat er zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt.

**II. Rechtswidrigkeit**

C handelte rechtswidrig.

**III. Schuld**

C handelte schuldhaft.

**IV. Ergebnis**

C hat sich gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung in Mittäterschaft strafbar gemacht.

**FAZIT**

Die vorliegende Entscheidung ist in doppelter Hinsicht interessant. Zunächst einmal behandelt sie die grundsätzlichen Probleme und Auswirkungen eines *error in persona* beim Mittäter. Dieser Irrtum wird i.Ü. meist bei der Anstiftung und mittelbaren Täterschaft diskutiert. Außerdem ist hier die Besonderheit gegeben, dass der Identitätsirrtum des Mittäters auch ein Vermögensdelikt betreffen kann. Die Beurteilung, ob ein *error in persona* für den Mittäter unbeachtlich ist, erfolgt auf Grundlage des Tatplans. Somit handelt es sich primär um eine Frage der Zurechnung bereits innerhalb der Tatbestandsvoraussetzungen des § 25 Abs. 2 StGB. Das Vorhersehbarkeitskriterium der Anstiftung soll bei der Mittäterschaft nicht berücksichtigt werden, da das Risiko einer Abweichung schon im Tatplan angelegt ist.

Zur Vertiefung der Frage eines *error in persona* beim Mittäter ist der Verfolger-Fall aus dem Jahre 1958<sup>31</sup> zu empfehlen, bei dem ein Mittäter auf den anderen Mittäter schoss, da er dachte, dieser wäre ein Verfolger. Der *error in persona* war dort auch für den verletzten Mittäter unbeachtlich und dieser machte sich wegen versuchten mittäterschaftlichen Mordes an sich selbst strafbar.

<sup>29</sup> Rengier, AT (Fn. 1), § 36 Rn. 20.

<sup>30</sup> Schmidt, Strafrecht Allgemeiner Teil, 20. Auflage 2018, Rn. 669.

<sup>31</sup> BGHSt 11, 268.

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT, ZIVILRECHT

**BGH IX ZR 203/18**

Ein Anwaltsvertrag setzt übereinstimmende, auf den Abschluss eines entsprechenden Vertrages gerichtete Willenserklärungen der Vertragsparteien voraus. Die Erklärungen können auch in schlüssigem Verhalten der Vertragsparteien enthalten sein, wenn das Verhalten des anderen Teils von dem Rechtsanwalt bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach Treu und Glauben als eine auf den Abschluss eines Anwaltsvertrags gerichtete Willenserklärung aufzufassen war und sein nachfolgendes Verhalten als Annahme des Auftrags gedeutet werden durfte.

**BGH III ZR 6/18**

In einem Strafverfahren beschlagnahmte Gegenstände sind auch gegenüber nicht beschuldigten (unbeteiligten) Dritten in entsprechender Anwendung von § 697 BGB an dem Ort zurückzugeben, an welchem sie aufzubewahren waren. Die verwahrende Justizbehörde ist nicht verpflichtet, die Sachen an den Beschlagnahmeort oder den Wohnsitz des Berechtigten zurückzubringen.

**BAG 2 AZR 746/14**

Ein der römisch-katholischen Kirche verbundenes Krankenhaus darf seine Beschäftigten in leitender Stellung bei der Anforderung, sich loyal und aufrichtig im Sinne des katholischen Selbstverständnisses zu verhalten, nur dann nach ihrer Religionszugehörigkeit unterschiedlich behandeln, wenn dies im Hinblick auf die Art der betreffenden beruflichen Tätigkeiten oder die Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

**BGH VIII ZR 194/16**

Schließt ein Verbraucher mit einem Online-Händler einen Kaufvertrag über eine neue Matratze, die ihm mit einer Schutzfolie versiegelt geliefert wird, handelt es sich hierbei nicht um einen Vertrag zur Lieferung versiegelter Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wird (§ 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB). Dem Verbraucher steht daher auch dann das Recht zu, seine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung gemäß § 312g Abs. 1 BGB zu widerrufen, wenn er die Schutzfolie entfernt hat. EG installiert ist, die gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO715/2007/EG unzulässig ist.

**BGH VI ZR 299/17**

Die zum „Schockschaden“ entwickelten Grundsätze sind auch in dem Fall anzuwenden, in dem das haftungsbegründende Ereignis kein Unfallereignis im eigentlichen Sinne, sondern eine fehlerhafte ärztliche Behandlung ist. Eine Rechtfertigung dafür, die Ersatzfähigkeit von „Schockschäden“ im Falle ärztlicher Behandlungsfehler weiter einzuschränken als im Falle von Unfallereignissen, besteht grundsätzlich nicht.

**BGH IV ZB 30/18**

Wenn der (mögliche) Wille des Erblassers in dem Testament auch nicht andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck gekommen ist, ist der unterstellte, aber nicht formgerecht erklärte Wille des Erblassers daher unbeachtlich.

---

**BGH VIII ZR 182/17**

Bei der Beurteilung, ob das Verhalten eines Bieters auf der Internet-Plattform eBay, der an einer Vielzahl von Auktionen teilgenommen hat, als rechtsmissbräuchlich einzustufen ist, können abstrakte, verallgemeinerungsfähige Kriterien, die den zwingenden Schluss auf ein Vorgehen als „Abbruchjäger“ zulassen, nicht aufgestellt werden. Es hängt vielmehr von einer dem Tatrichter obliegenden Gesamtwürdigung der konkreten Einzelfallumstände ab, ob die jeweils vorliegenden Indizien einen solchen Schluss tragen.

---

**BGH XII ZB 33/18**

Das international anwendbare Recht für den im deutschen Recht in § 1598a BGB geregelten Anspruch auf statusneutrale Klärung der biologischen Abstammung ist in entsprechender Anwendung des Abstammungsstatuts nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB zu ermitteln. Eine nach ausländischem Recht (hier: Ungarn) erfolgte statusrechtliche Abstammungsfeststellung entfaltet hinsichtlich des Anspruchs auf statusneutrale Klärung der biologischen Abstammung keine Sperrwirkung für die Anwendbarkeit deutschen Rechts. Dass in einem vorhergehenden statusrechtlichen Abstammungsverfahren das Ergebnis eines Abstammungsgutachtens ohne Rechtsverteidigung hingenommen worden ist, kann ohne Hinzutreten von weiteren Umständen nicht dazu führen, dass das Bedürfnis für eine statusneutrale Klärung der biologischen Abstammung entfällt.

---

**BGH VI ZR 80/18**

Die Wiederholungsgefahr im Sinne von § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB und damit ein Anspruch des Betroffenen auf Unterlassung einer ihn identifizierenden Wort- und Bildberichterstattung über ein Ermittlungsverfahren können entfallen, wenn der Betroffene wegen der Straftat rechtskräftig verurteilt ist, die Unschuldsvermutung also nicht mehr gilt.

---

**OLG München 20 U 4346/18**

Bei einer Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Mangels handelt arglistig i.S.d. § 444 BGB, wer einen Sachmangel mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Sachmangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte. Es ist folglich nicht erforderlich, dass der Verkäufer den Mangel und dessen Ursache positiv kennt.

---

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT, STRAFRECHT

**BGH 1 StR 585/18**

Nicht „ohne eigene Schuld“ handelt der Täter, der das Opfer zu seinem Verhalten herausfordert. Das ist nicht schon bei jeder Handlung des Täters der Fall, die ursächlich für die ihm zugefügte Misshandlung gewesen ist. Vielmehr muss er dem Opfer genügende Veranlassung gegeben haben; dessen Verhalten muss eine verständliche Reaktion auf vorangegangenes Tun des Täters gewesen sein. Dabei ist die Verständlichkeit auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu prüfen.

**BGH 1 StR 150/19**

Die Tötung des Intimpartners, der sich abwenden will oder abgewendet hat, muss nicht zwangsläufig als durch niedrige Beweggründe motiviert bewertet werden. Die Trennungsentscheidung des Partners ist ohnehin stets hinzunehmen, allein der Umstand, dass ein Täter die Trennungsentscheidung seiner Partnerin hinzunehmen habe, insbesondere unter Berücksichtigung seines Vorverhaltens und des Zustands der Beziehung, ist hingegen nicht geeignet, die Tötung des Partners als völlig unbegreiflich erscheinen zu lassen.

**BGH 1 StR 37/19**

Eine Zueignungsabsicht liegt nicht vor, wenn der Täter die fremde bewegliche Sache nur wegnimmt, um sodann gestellt zu werden und die Sache sogleich wieder an den Eigentümer zurückgelangen zu lassen. Dass die Aneignung vom Täter nur als mögliche Folge seines Verhaltens in Kauf genommen wird, reicht nicht aus.

**BGH 4 StR 442/18**

Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit unterscheiden sich darin, dass der bewusst fahrlässig Handelnde mit der als möglich erkannten Folge nicht einverstanden ist und auf deren Ausbleiben vertraut, während der bedingt vorsätzlich handelnde Täter den Eintritt des schädlichen Erfolges um des erstrebten Zieles willen billigend in Kauf nimmt oder sich wenigstens mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet. Dabei kann schon eine Gleichgültigkeit gegenüber dem zwar nicht angestrebten, wohl aber hingenommenen Tod des Opfers die Annahme bedingten Tötungsvorsatzes rechtfertigen. Dazu ist eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände erforderlich.

**BGH 1 StR 194/18**

Kommunale Entscheidungsträger müssen im Rahmen ihrer Sorgfaltspflicht bei Abschluss von Finanzgeschäften insbesondere dem für Gemeinden geltenden Spekulationsverbot, das sich als Teilaspekt des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit darstellt, Rechnung tragen. Ein Finanzgeschäft einer Kommune muss einen sachlichen und zeitlichen Bezug zu einem konkret vorhandenen oder aktuell neu abgeschlossenen Kreditvertrag dergestalt aufweisen, dass das mit dem Grundgeschäft verbundene Risiko durch das Finanzgeschäft in einer angemessenen Weise abgesichert wird.



**BGH 4 StR 153/16**

Der Tatbestand des Computerbetruges (§ 263a StGB) orientiert sich konzeptionell am Tatbestand des Betruges, wobei an die Stelle der Täuschung die Tathandlungen des § 263a Abs. 1 StGB treten und mit der Irrtumserregung und dem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung die Beeinflussung des Ergebnisses eines – vermögenserheblichen – Datenverarbeitungsvorgangs korrespondiert.

---

**BGH 2 StR 288/18**

Eine Wegnahme i.S.d. § 249 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass fremder Gewahrsam gebrochen und neuer Gewahrsam begründet wird. Ob und wer Gewahrsam an einer Sache hat, beurteilt sich nach den Umständen des einzelnen Falles und den Anschauungen des täglichen Lebens und ist nicht verallgemeinerungsfähig.

---

**OLG Zweibrücken 1 OLG 2 Ss 42/18**

Wird bereits durch den gezielten Anstoß mit einem Kraftfahrzeug selbst eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens und/oder eine Gesundheitsschädigung bewirkt, kann darin eine gefährliche Körperverletzung i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB liegen. Für die Erfüllung dieses Tatbestandes reicht es dagegen nicht aus, wenn die Körperverletzung erst infolge des Sturzes und durch den Aufprall auf den Boden eintritt. Bei Eigentums- und Vermögensdelikten ist ein gegenwärtiger Angriff i.S.v. § 32 StGB noch gegeben, solange die Beute nicht endgültig gesichert ist; auf die Vollendung der Tat kommt es nicht an. Nichts anderes gilt für den Angriff auf das Besitzrecht.

---

**OLG Hamm 1 RVs 67/16**

Eine Tatsachenbehauptung oder eine gegenüber einer anderen Person verwendete Bezeichnung, die zutreffend oder nach allgemeinem Verständnis wertneutral ist, kann in der Regel nicht als Beleidigung angesehen werden, es sei denn, der Bezeichnung kommt eine über die bloße Kennzeichnung hinaus gehende abwertende Konnotation zu. In der Bezeichnung „alter Mann“ liegt für sich betrachtet noch keine Herabwürdigung, mit welcher dem so Bezeichneten sein persönlicher oder sozialer Geltungswert abgesprochen und seine Minderwertigkeit zum Ausdruck gebracht wird.

---

**OLG Köln 2 Ws 122/19**

Die vom Teilnehmer eines Boxkampfes zumindest konkludent erteilte Einwilligung erstreckt sich ausschließlich auf solche Verletzungen, die bei regelkonformem Verhalten des Gegners üblich und zu erwarten sind. Doping als schwere Missachtung der anerkannten Sport- und Wettkampffregeln, die der Gegner nicht zu erwarten braucht, kann der wirksamen Einwilligung entgegenstehen. Bei den eingesetzten Boxhandschuhen handelt es sich allerdings um bestimmungsgemäß eingesetzte Sportgeräte, nicht um gefährliche Werkzeuge im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

---



## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT, ÖFFENTLICHES RECHT

**EuGH C-591/17**

Die Infrastrukturabgabe in Verbindung mit der Steuerentlastung bei der Kraftfahrzeugsteuer, die den Haltern von in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen zugutekommt, stellt eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar und verstößt gegen die Grundsätze des freien Warenverkehrs und des freien Dienstleistungsverkehrs. Hinsichtlich des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit stellt der Gerichtshof fest, dass die Steuerentlastung bei der Kraftfahrzeugsteuer zugunsten der Halter von in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen bewirkt, dass die von diesen entrichtete Infrastrukturabgabe vollständig kompensiert wird, sodass die wirtschaftliche Last dieser Abgabe tatsächlich allein auf den Haltern und Fahrern von in anderen Mitgliedstaaten zugelassenen Fahrzeugen liegt.

**BVerfG 1 BvR 2433/17**

Grundsätzlich ist über die Frage, ob eine Äußerung als Beleidigung zu bestrafen ist oder von der Meinungsfreiheit geschützt ist, im Wege einer Abwägung zu entscheiden. Bei Einordnung einer Äußerung als Schmähkritik tritt demgegenüber die Meinungsfreiheit von vornherein zurück; es bedarf hier ausnahmsweise keiner Abwägung im Einzelfall. Deshalb sind hinsichtlich des Vorliegens von Schmähkritik strenge Maßstäbe anzuwenden. Maßgeblich ist hierfür nicht einfach eine wertende Gesamtbetrachtung, sondern die Frage, ob die Äußerung einen Sachbezug hat. Nur wenn eine Äußerung der Sache nach allein auf die Diffamierung einer Person als solche, etwa im Rahmen einer Privatfehde zielt, kommt eine Beurteilung als Schmähung in Betracht; insoweit sind Anlass und Kontext der Äußerung zu ermitteln.

**BVerwG 3 C 7.17**

Die Regelung des § 12 Abs. 3 Nr. 3 Halbs. 2 StVO, wonach das Parken auf schmalen Fahrbahnen auch gegenüber von Grundstücksein- und -ausfahrten verboten ist, genügt den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots. Nach dem Sinn und Zweck von § 12 Abs. 3 Nr. 3 Halbs. 2 StVO ist eine Fahrbahn dann „schmal“ im Sinne dieser Regelung, wenn der Berechtigte bei einem Parken von Fahrzeugen auf der seiner Grundstückszufahrt gegenüber liegenden Straßenseite daran gehindert oder unzumutbar dabei behindert wird, in das Grundstück ein- oder von dort auszufahren. Orientierungswert für die Einordnung einer Fahrbahn als „schmal“ im Sinne von § 12 Abs. 3 Nr. 3 Halbs. 2 StVO ist die Unterschreitung einer Fahrbahnbreite von 5,50 m.

**BVerwG 6 B 149.18**

Fehlt es an speziellen Regelungen zur Vollstreckung der auf versammlungsrechtlicher Grundlage erlassenen Verfügungen, steht die von Art. 8 Abs. 1 GG geschützte Versammlungsfreiheit dem Rückgriff auf die allgemeinen landesrechtlichen Regelungen nicht entgegen.

**BVerwG 1 WB 28.17**

Die Vorgaben für die Haartracht von Soldaten in Nr. 202 der Zentralen Dienstvorschrift (ZDv) A-2630/1 haben in § 4 Abs. 3 Satz 2 SG keine den Vorgaben des Gesetzesvorbehaltes genügende, hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage. Sie dürfen aber für eine Übergangszeit weiter angewandt werden.

### Hessischer Verwaltungsgerichtshof 2 B 261/19

Hat es der Halter eines Kraftfahrzeugs unterlassen, zur Entfernung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Fahrzeugen mit Dieselmotoren ein Software-Update vornehmen zu lassen, ist eine Betriebsuntersagung gemäß § 5 Abs. 1 FZV gerechtfertigt, unabhängig davon, ob das betroffene Fahrzeug tatsächlich erhöhte Abgaswerte erreicht und wo das Fahrzeug betrieben wird bzw. ob dort erhöhte Schadstoffbelastungen der Luft bestehen. Aufgrund des gefahrenabwehrrechtlichen Charakters der Maßnahme kommt es im Ergebnis nur auf die Summe der durch die Fahrzeuge mit erhöhten Abgaswerten verursachten Luftverunreinigungen an.

### OVG Lüneburg 12 MC 93/19

§ 32 Abs. 7 NPOG stellt eine taugliche Rechtsgrundlage für die Geschwindigkeitsüberwachung durch Abschnittskontrolle dar.

### OVG Lüneburg 1 LA 144/18

Festsetzungen eines Bebauungsplans zur Geschosshöhe sind nicht kraft Bundesrechts nachbarschützend (im Anschluss an BVerwG, Beschl. v. 23.6.1995 – 4 B 52/95). Zwei für sich genommen jeweils klar im Bereich des Sozialadäquaten, hinzunehmenden liegende Wirkungen eines Vorhabens begründen nicht in der Summe einen Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme.

### OVG Lüneburg 11 ME 189/19

Eine unterbliebene Anhörung führt im Eilverfahren nicht zur formellen Rechtswidrigkeit einer ordnungsbehördlichen Anordnung, wenn die Anhörung noch bis zum Abschluss eines anhängigen Hauptsacheverfahrens mit heilender Wirkung nachgeholt werden kann (§ 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG). Die vom Bundesverfassungsgericht in Bezug auf die Zurückweisung von Wahlwerbung im Fernsehen und im Hörfunk entwickelte Rechtsprechung – wonach Rundfunkanstalten Wahlwerbung politischer Parteien im Fernsehen und im Rundfunk nur dann zurückweisen dürfen, wenn der Verstoß gegen die allgemeinen Strafgesetze evident ist und nicht leicht wiegt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.2.1978 – 2 BvR 523/75 –, BVerfGE 47, 198) –, ist auf eine ordnungsbehördliche Anordnung, ein bestimmtes Wahlplakat zu entfernen, nicht übertragbar.

### OVG Lüneburg 10 ME 154/19

Die Grenze der Zumutbarkeit der Entfernung zwischen dem Wohnort des Kindes und der Kindertagesstätte lässt sich nicht abstrakt-generell festlegen. Ohne Besonderheiten des Einzelfalls kann eine Entfernung von 30 Minuten pro Weg noch als zumutbar angesehen werden. Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit ist auch die Entfernung zur Arbeitsstätte der Eltern bzw. des Elternteils zu berücksichtigen, wobei allerdings eine besonders lange Fahrzeit zur Arbeitsstätte nicht dazu führen kann, eine – für sich gesehen – wohnortnahe Einrichtung wegen der insgesamt hohen Fahrzeit als unzumutbar anzusehen.

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

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

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

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

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

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

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

Damit besteht die erste Chance zur Erkenntnis: Gute Leistungen sind nicht unerreichbar. Folglich besteht die Chance, in einer der nächsten Ausgaben die eigene Leistung zu veröffentlichen. Bei gewissenhafter Vorbereitung, gutem Judiz und ordentlichem Time-Management steht einer guten Note nichts im Wege.

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

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

– Ist dieser Teil der Bearbeitung repräsentativ für die Gesamtnote?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

*redaktion@hanoverlawreview.de*

an.

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

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

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

## Studienklausur im Verwaltungsrecht AT

stud. iur. Lucas Haak, 15 Punkte

Die Klausur ist in der Veranstaltung Allgemeines Verwaltungsrecht im Wintersemester 2018/2019 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Veith Mehde, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Albert (A) betreibt in Niedersachsen eine Werkstatt für PKWs. A ist darüber hinaus Liebhaber von Oldtimern und betreibt nebenbei einen kleinen Handel mit Sammlerstücke. Des Weiteren bietet A im Interesse der Käufer auch Probefahrten an. Für die Überführungs- und Probefahrten wurden dem A von der zuständigen Zulassungsbehörde (Z) ein rotes Kennzeichen rechtmäßig zugeteilt.

Mit der Zuteilung eines roten Kennzeichens wird der Begünstigte berechtigt, für all seine Verkaufswagen ein Kennzeichen nutzen zu können. Dementsprechend entfällt die Pflicht, jedes einzelne Fahrzeug aufwendig zuzulassen, um ein normales Kennzeichen zu erhalten. Damit die Nutzung des roten Kennzeichens für die Behörde nachvollziehbar ist, besteht gem. § 16 Abs. 2 S. 5 FZV die Pflicht, ein Fahrtenheft zu führen.

Im August 2015 erlangt die Z Kenntnis, dass A sein rotes Kennzeichen einem Freund geliehen hat. Die Z entschließt sich, den A lediglich darauf hinzuweisen, dass A nicht befugt ist, sein rotes Kennzeichen Dritten für private Zwecke zu überlassen.

Im Dezember 2018 erfährt die Z von weiterem Fehlverhalten des A. So hat A in der Vorweihnachtszeit erneut einem Freund das rote Kennzeichen geliehen. Darüber hinaus wurde bei einer Kontrolle festgestellt, dass A das Fahrtenheft nicht ordentlich geführt hat. So wurden nachweislich teils Fahrten nicht erfasst, in anderen Fällen wurden falsche Angaben gemacht.

Unter dem Eindruck des Fehlverhaltens von A entschließt sich die Z nach Anhörung des A, die Zuteilung des roten Kennzeichens mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben.

Zur Begründung der Aufhebung führt die Z aus, dass der A unzuverlässig sei. In Deutschland herrsche eine strenge Kennzeichenpflicht für Kraftfahrzeuge. Diese Pflicht bestehe nicht nur, um den Halter eines Fahrzeuges ermitteln zu können, sondern auch zum Schutze der anderen Verkehrsteilnehmer. Denn insbesondere die Prüfplaketten, die sich auf einem amtlichen Kennzeichen befinden, garantieren, dass das konkrete Fahrzeug verkehrssicher sei. Das rote Kennzeichen sei dem A zwecks Verwaltungsvereinfachung zugeteilt worden. Im Gegenzug habe die Z darauf vertraut, dass dieser gewissenhaft mit dem Kennzeichen umgehe. Denn immerhin könne A mit dem roten Kennzeichen selbst entscheiden, welches Auto im öffentlichen Straßenverkehr bewegt werde. Diese Erwartungen seien enttäuscht worden. So seien beide Fälle, in denen A das Kennzeichen verliehen habe, als auch die Tatsache, dass A sein Fahrtenheft nicht ordentlich geführt habe, Ausdruck der fehlenden Zuverlässigkeit von A.

A ist besorgt und sucht einen Anwalt auf. Dieser erhebt Klage. Er bringt dabei vor, dass A sehr wohl zuverlässig sei. So habe dieser nämlich seit 30 Jahren das rote Kennzeichen und in dieser Zeit sei A noch nie negativ aufgefallen. Außerdem schieße die Behörde hier mit „Kanonen auf Spatzen“. Nur weil A mal einem Freund einen Dienst erwiesen habe und etwas unachtsam bei dem „Papierkram“ gewesen sei, könne ihm doch nicht die Lebensgrundlage genommen werden. Ohne das rote Kennzeichen könne er seinen Kunden ja keine Probefahrten mehr anbieten. Das raube seinem Autohandel die Geschäftsgrundlage.

Die Z erwidert, dass nur sie in der Lage sei zu bestimmen, welche Bedeutung „unzuverlässig“ habe. Da lasse sie sich von niemandem reinreden. Nicht einmal von der Justiz. Denn immerhin sei sie der Materie wesentlich näher und habe einen Erfahrungsvorsprung. Darüber hinaus verweist die Z auf ihre Begründung für die Aufhebung.

Die Richterin bittet Sie, bezüglich der Rechtmäßigkeit der Aufhebungsentscheidung ein Rechtsgutachten anzufertigen.

**Bearbeitervermerk:** Sämtlich im Sachverhalt aufgeworfene Rechtsfragen sind – gegebenenfalls im Rahmen eines Hilfsgutachtens – zu prüfen. Finden sich im Sachverhalt keine Hinweise zu einzelnen Verfahrensschritten, so ist zu unterstellen, dass die Vorschriften insofern beachtet wurden. Es wird auf die abgedruckte Norm hingewiesen. Weitere Vorschriften der Verordnung über die Zulassung von Fahrzeugen im Straßenverkehr sind nicht einschlägig.

Auszug aus der Verordnung über die Zulassung von Fahrzeugen zum Straßenverkehr (FZV)

**§ 16 – Prüfungsfahrten, Probefahrten und Überführungsfahrten mit rotem Kennzeichen**

[...]

(2) <sup>1</sup>Rote Kennzeichen [...] können durch die örtlich zuständige Zulassungsbehörde zuverlässigen Kraftfahrzeugherstellern, Kraftfahrzeugteileherstellern, Kraftfahrzeugwerkstätten und Kraftfahrzeughändlern [...] zur wiederkehrenden betrieblichen Verwendung, auch an unterschiedlichen Fahrzeugen, zugeteilt werden. [...] <sup>5</sup>Über jede Prüfungs-, Probe- oder Überführungsfahrt sind fortlaufende Aufzeichnungen zu führen, aus denen das verwendete Kennzeichen, das Datum der Fahrt, deren Beginn und Ende, der Fahrzeugführer mit dessen Anschrift, die Fahrzeugklasse und der Hersteller des Fahrzeugs, die Fahrzeug-Identifizierungsnummer und die Fahrtstrecke ersichtlich sind. <sup>6</sup>Die Aufzeichnungen sind ein Jahr lang aufzubewahren; sie sind zuständigen Personen auf Verlangen jederzeit zur Prüfung auszuhändigen. [...]

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Die Aufhebung ist rechtmäßig, wenn sie auf einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage beruht, bei der die formellen und materiellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eingehalten wurden.

### I. Ermächtigungsgrundlage (EGL)

Es müsste eine geeignete EGL vorliegen. Erforderlich ist diese aufgrund des sich aus dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 III GG ableitende Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes, an das die Behörde durch die Selbstbindung der Verwaltung gebunden ist. Als EGL kommt hier § 49 II Nr. 3 VwVfG i.V.m. § 1 I NVwVfG [in Betracht]. Die EGL ist auch ausreichend, wirksam und verfassungsgemäß.

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit müsste eingehalten worden sein.

#### 1. Zuständigkeit

Z müsste zuständig gewesen sein. § 49 V regelt nur die unproblematisch vorliegende örtliche Zuständigkeit gem. § 3 I Nr. 2. Bezüglich der sachlich-instanziellen Zuständigkeit greift im Rahmen des actus contrarius die Annexzuständigkeit. So ist die Behörde zuständig, die auch für den Erlass des Erst-Verwaltungsaktes (Erst-VA) zuständig war. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass dies Z war. Insofern ist die Zuständigkeit gewahrt.

### 2. Verfahren

Das Verfahren müsste gem. §§ 9ff. ordnungsgemäß durchgeführt worden sein. Vorliegend ergeben sich hier keine Probleme, insbesondere hat Z den A gem. § 28 I angehört.

### 3. Form

Die Formvorschriften müssten eingehalten worden sein. Aus dem Sachverhalt geht die Wahl der Form nicht eindeutig hervor, jedoch ist gem. § 37 II die Behörde auch nicht an eine bestimmte Form gebunden. Für den Fall der Schriftform läge jedenfalls eine Begründung gem. § 39 I 1 vor. Die Form ist gewahrt.

### 4. Zwischenergebnis

Die Aufhebungsentscheidung ist formell rechtmäßig.

### III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Entscheidung müsste materiell rechtmäßig sein.

#### 1. Rechtmäßiger VA

Es müsste gem. § 49 II ein rechtmäßiger Erst-VA vorliegen.

##### a) EGL

Der Erst-VA müsste, da auch hier der Vorbehalt des Gesetzes greift, auf einer gesetzlichen EGL beruhen. In Betracht kommt hier § 16 II 1 FZV. Die Norm ist ausreichend, wirksam und verfassungsgemäß.

**b) Formelle und materielle Rechtmäßigkeit**

Der Erst-VA müsste rechtmäßig gewesen sein. Dies ist nach Sachverhaltsangaben zu bejahen. Problematisch könnte sein, dass der Erst-VA u. U. rechtswidrig geworden sein könnte. Insofern ist fraglich, auf welchen Zeitpunkt für die Rechtmäßigkeitsbeurteilung abzustellen ist. In Betracht kommt der Zeitpunkt zum Erlass des Erst-VA und der Aufhebungsentscheidung. Gegen die zweite und für die erste Ansicht spricht ein systematisches Argument aus der Wertung des Gesetzes. Denn § 49 II Nr. 3 würde seinen Sinn und Zweck verlieren, wenn man auf den Zeitpunkt der Aufhebungsentscheidung abstellen würde und wäre überflüssig. Insofern lässt der gesetzgeberische Wille nur eine Beurteilung zum Zeitpunkt des Erlasses des Erst-VA zu. Da war dieser jedenfalls noch rechtmäßig.

**c) Zwischenergebnis**

Ein rechtmäßiger VA liegt vor.

**2. Begünstigender Natur**

Dieser müsste begünstigend sein. Dies ist der VA, wenn er gem. § 48 I 2 (analog) ein Recht oder rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt. Laut Sachverhalt ist derjenige, der ein rotes Kennzeichen erhält, begünstigt. Darüber hinaus bekommt A das Recht, mit einem Kennzeichen mit mehreren Autos zu fahren. A ist demnach begünstigt.

**3. § 49 II Nr. 3**

Es müssten auch die Voraussetzungen des § 49 II Nr. 3 gegeben sein.

**a) Nachträglich eingetretene Tatsachen**

Es müssten Tatsachen nachträglich eingetreten sein. Tatsachen sind Vorgänge oder Zustände in der Vergangenheit oder Gegenwart, die nachweisbar in die Wirklichkeit getreten und daher dem Beweis zugänglich sind. Vorliegend führt A das Fahrtenbuch nicht richtig und leiht seinem Freund zweimal das Kennzeichen. Dies ist auch beweisbar und erst nach Erlass des Erst-VA eingetreten, mithin nachträglich. Die Voraussetzung ist erfüllt.

**b) Berechtigt, den VA nicht zu erlassen**

Fraglich ist, ob die Behörde berechtigt gewesen wäre, den VA nicht zu erlassen, wenn die Tatsachen bereits bei Erlass des VAs vorgelegen hätten. Insofern ist ein hypothetischer Erst-VA zu prüfen.

**aa) EGL des hyp. Erst-VA**

Hier ergeben sich keine Änderungen, sodass der Erst-VA, wie bereits erwähnt, auch auf § 16 II 1 FZV gestützt werden würde.

**bb) Formelle Rechtmäßigkeit****(1) Zuständigkeit**

Eine Zuständigkeit wäre vorliegend lt. Sachverhalt zu bejahen.

**(2) Verfahren**

Fraglich ist, ob A hätte angehört werden müssen. Dafür müsste der hyp. VA in seine subjektiv-öffentliche Rechtsposition eingegriffen haben, mithin belastender Natur sein. Eine Ablehnung hätte an seiner Rechtsposition nichts geändert. Insofern wäre keine Anhörung gem. § 28 I erforderlich. Weitere Anhaltspunkte im Verfahren ergeben sich nicht.

**(3) Form**

Anhaltspunkte, die hypothetisch die Formerfordernisse beeinträchtigen könnten, ergeben sich ebenfalls nicht.

**(4) Zwischenergebnis**

In formeller Hinsicht wäre der Nichterlass rechtmäßig.

**cc) Materielle Rechtmäßigkeit**

Fraglich ist, ob die hypothetische Ablehnung materiell rechtmäßig wäre.

**(1) Tatbestand**

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 16 II 1 müssten vorliegen.

**(a) Örtlich zuständige Behörde**

Wie geprüft, ist die Z örtlich zuständig gem. § 3 I Nr. 2, insbesondere handelt es sich hier um eine Angelegenheit, die sich durch das Anbieten von Probefahrten an potenziellen Käufern unmittelbar auf die Ausführung eines Berufes, mithin einer selbstständigen und dauerhaften Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht des A, bezieht.

**(b) Kraftfahrzeugwerkstätte und Kraftfahrzeughändler**

Wie im Sachverhalt angegeben, handelt A im Rahmen seiner Werkstatttätigkeit mit Autos, sodass dieses Merkmal vorliegt.



**(c) Zuverlässig**

Fraglich ist, ob A zuverlässig ist. Dies könnte sich im Rahmen einer Prüfbarkeit insofern als problematisch herausstellen, als dass es sich bei dem Begriff der „Zuverlässigkeit“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. Einerseits könnte man argumentieren, dass eine Behörde einem konkreten verwaltungsrechtlichen Problem in der Regel näher steht und eine größere Sachkenntnis aufweist. Andererseits gebietet die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV GG eine Überprüfung, wenn keine besondere Ausnahmesituation vorliegt. Eine solche ist in der Regel dann gegeben, wenn die Rechtsprechung an ihre Funktionsgrenze stößt, was der Fall ist bei Prüfungsentscheidungen, Prognosen und Risikobewertungen sowie bei Entscheidungen von Weisungsausschüssen mit Sachverständigen oder Interessenvertretern. Eine solche atypische Ausnahmesituation ist hier nicht ersichtlich. Der Begriff der Zuverlässigkeit ist somit voll gerichtlich überprüfbar. Z kommt hier entgegen ihrer Argumentation kein besonderer Beurteilungsspielraum zu.

Zuverlässig ist jemand, wenn er die Eignung aufweist, mit Rücksicht auf die natürlichen Gegebenheiten und Umstände verantwortungsvoll und integer zu handeln. Dies wird in § 16 II 5 FZG konkretisiert: So ist fortlaufend ein Fahrtenbuch bzw. Aufzeichnungen zu führen und dies ist ein Jahr lang aufzubewahren.

Vorliegend vergisst A, das Fahrtenbuch regelmäßig zu pflegen. Darüber hinaus leiht er seinem Freund zweimal das Kennzeichen, obwohl dies nicht erlaubt ist. Besonders zweiteres ist für die Prüfung der Unzuverlässigkeit heranzuziehen: So ist ein einmaliges „Vergehen“ noch unter Fahrlässigkeitgesichtspunkten vertretbar, jedoch lässt ein erneuter Verstoß darauf schließen, dass A gerade nicht verantwortungsbewusst mit dem Kennzeichen umgeht. Wie von der Z zutreffend ausgeführt, kann das mit Gefahren für andere Verkehrsteilnehmer einhergehen, besonders wenn die PKW's des Freundes nicht ordentlich zugelassen sind. Auch der lasche Umgang mit dem Fahrtenbuch lässt darauf schließen, dass sich der A seiner Verantwortung nicht ganz bewusst und gerade nicht integer ist. Auch die Uneinsichtigkeit, dies vor Gericht als „Papierkram“ zu bezeichnen, spricht dafür. Zwar könnte man dem entgegenhalten, dass dies in einer Zeitspanne von 30 Jahren passiert sei, dies ändert jedoch nichts an der konkreten Gefahr und dem Verantwortungsbewusstsein. Darüber hinaus ist fraglich, ob dies in der Vergangenheit

nicht schon öfter passiert ist und nur nicht aufgefallen sei. A ist insofern nicht zuverlässig. Insofern liegt der Tatbestand der materiellen Rechtmäßigkeit nicht vor, eine Ablehnung wäre demnach zulässig.

**dd) Zwischenergebnis**

Unter Beachtung der nachträglich eingetretenen Umstände wäre Z berechtigt, den VA nicht zu erlassen.

**c) Gefährdung des öffentlichen Interesses**

Das öffentliche Interesse müsste ohne Widerruf gefährdet sein. Folglich müssten erhebliche Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter vorliegen. Wenn PKW's ohne Prüfplaketten an dem Straßenverkehr teilnehmen, und das ist bei missbräuchlicher Verwendung des Kennzeichens zumindest möglich, dann kann das die Sicherheit und den Schutz der übrigen Verkehrsteilnehmer erheblich beeinträchtigen. Dies stellt eine Gefahr für Leib und Leben dar. Eine Gefährdung des öffentlichen Interesses ist somit anzunehmen.

**d) Zwischenergebnis**

Die Voraussetzungen des § 48 II Nr. 3 sind erfüllt.

**4. Frist**

Fraglich ist, ob die Widerrufsfrist eingehalten wurde. Diese bestimmt sich gem. § 49 II 2 nach § 48 IV. Es müssten also Tatsachenkenntnisse vorliegen, welche den Widerruf des Verwaltungsaktes rechtfertigen.

Problematisch könnte hier sein, dass Z bereits im August 2015 Kenntnis davon hatte, dass A das Kennzeichen verliehen hat, den VA allerdings erst im Dezember 2018, mithin über drei Jahre später, widerruft. So könnte die Frist, je nach dem auf welchen Zeitpunkt man abstellt, von einem Jahr verstrichen sein.

Für den August 2015 spricht, dass der Behörde eine so genannte Bearbeitungsfrist von einem Jahr zustehen könnte, sobald sie von der Rechtswidrigkeit erfährt. Dies gebiete der Vertrauensschutz des Bürgers, der Sinn und Zweck der Norm ist. Auf der anderen Seite könnte Z aber auch eine Entscheidungsfrist haben. Diese beginnt erst dann zu laufen, wenn die Behörde alle Argumente für eine wohlüberlegte Ermessensentscheidung ausermittelt hat. Dagegen spricht, dass die Behörde so theoretisch die Frist fast beliebig weit nach hinten schieben kann. Jedoch muss berücksichtigt werden, dass es sich bei der Frist sowieso schon um eine bürgerbegünstigende Norm handelt. Es gibt keinen Grund diese weiter übermäßig bürgerbegünstigend

auszulegen. Gegen die erste Frist von 2015 spricht außerdem, dass das Leihen des Kennzeichens allein noch nicht als ausreichend für die Unzuverlässigkeit und somit für die Rechtswidrigkeit“ des Erst-VA nach Angaben der Behörde war.

Es ist letztlich der Auffassung der Entscheidungsfrist zu folgen. Erst 2018 wurde erkannt, dass das Fahrtenbuch nicht ordnungsgemäß geführt wurde, insofern liegt erst hier umfassende Kenntnis aller Umstände für das Ermessen vor. Die Frist ist demnach noch nicht verstrichen gem. § 49 II 2 i.V.m. § 49 IV.

### 5. Rechtsfolge: Ermessen

Gem. § 49 II ist der Behörde Z ein Ermessensspielraum eingeräumt. Die Behörde müsste ihr Ermessen gem. § 40 i.V.m. § 114 S. 1 VwGO ermessensfehlerfrei ausgeübt haben.

#### a) Ermessensüberschreitung

Aus den gesetzlichen Vorgaben des VwVfG ergibt sich zunächst, keine Überschreitung im engeren Sinne. Jedoch müsste die Entscheidung auch einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gem. Art. 20 III GG standhalten. Dies gilt es zu prüfen.

#### aa) Legitimer Zweck

Es müsste ein legitimer Zweck vorliegen. In Betracht kommt hier der Schutz anderer Verkehrsteilnehmer.

#### bb) Geeignetheit

Die Maßnahme müsste geeignet sein, den Zweck zumindest zu fördern. Hier ist der Entzug des Kennzeichens dazu geeignet, dass dieses nicht mehr unzulässig weitergegeben werden kann.

#### cc) Erforderlichkeit

Die Entzug müsste erforderlich sein, d. h. es dürfte kein gleich geeignetes, milderer Mittel existieren. Milder wäre es hier, den Entzug erst einmal auf Zeit zu veranschlagen. Jedoch ist damit nicht gesichert, dass A dann das Schild nicht mehr verleiht und Fahrtenbuch führt. Es ist insofern nicht geeignet. Die Maßnahme ist erforderlich.

#### dd) Angemessenheit

Die Maßnahme müsste angemessen sein. Auf der einen Seite steht das Geschäft des A, welches darunter leiden könnte, wenn er das Kennzeichen wieder verliert. Die Berufstätigkeit des A ist außerdem explizit durch Art. 12

GG geschützt. Jedoch läuft das Argument des Entzugs der Lebensgrundlage ins Leere, denn A kann auch ohne rotes Kennzeichen weiterhin seinen Beruf ausüben, er muss nur jedes Auto einzeln anmelden. Die Geschäftsgrundlage wird insofern erschwert, aber nicht „geraubt“. Auf der anderen Seite steht die Sicherheit der übrigen Verkehrsteilnehmer, welche bei etwaigen nicht verkehrssicheren Fahrzeugen in der Tat gefährdet ist. Auch das Führen eines Fahrtenbuchs ist im öffentlichen Interesse, wenn man bedenkt, dass man so nachvollziehen kann, wer wo das Auto gefahren und bei etwaigen Verstößen gegen die StVO den richtigen Verursacher identifizieren kann. Insofern ist die Maßnahme verhältnismäßig.

#### b) Ermessensfehlgebrauch

Ein solcher ist hier nicht ersichtlich, insbesondere darf die Zulassungsbehörde Erwägungen bzgl. der Sicherheit und der Zulässigkeit eines PKW im Straßenverkehr anstellen.

#### c) Ermessensnichtgebrauch

Dies ist hier nicht einschlägig.

### 6. Zwischenergebnis

Die Aufhebung ist materiell rechtmäßig

### IV. Ergebnis

Der Widerruf ist rechtmäßig.

### B. Gesamtergebnis

Die Rechtmäßigkeit der Aufhebungsentscheidung ist gegeben.

### ANMERKUNGEN

Die Arbeit ist insgesamt als ordentlich, strukturiert und ganz überwiegend vollständig zusammenzufassen. Im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage wird fälschlicherweise auf die Selbstbindung der Verwaltung abgestellt. Das Problem der gerichtlichen Überprüfbarkeit der behördlichen Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe wird ordentlich, die Fristenproblematik mithilfe der beiden Ansichten zur Entscheidungs- bzw. Bearbeitungsfrist gelöst. Naheliegender wäre es gewesen, den Vorfall aus dem Jahre 2015 auszugrenzen und lediglich als Indiz im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu verarbeiten, denn der Vorfall war abgeschlossen und damit Z alle relevanten Tatsachen bekannt, sodass sie auch im Rahmen einer Entscheidungsfrist

nicht rechtzeitig gehandelt hätte. In der Angemessenheitsprüfung hätte auf der Interessenseiten der Z der staatliche Schutzauftrag aus Art. 2 II GG sowie Art. 14 I GG explizit genannt und zum Argument für einen wenig intensiven Eingriff zusätzlich anführt werden können, dass die Geschäftsgrundlage des A in Form seiner Werkstatt nach wie vor intakt ist.

## Klausur im BGB II

stud. iur. Eric Scheu, 16 Punkte

Die Klausur ist in der Veranstaltung BGB II im Wintersemester 2018/2019 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Jan Eichelberger, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

**Sachverhalt:** A möchte sich eine Ledertasche für seine neue Arbeitsstelle kaufen, da seine alte Ledertasche in die Jahre gekommen ist. Dafür begibt er sich Anfang Februar 2019 in das Geschäft seines Freundes B, wo er auch gleich ein ihm gefallendes Modell findet. B verkauft dem A diese Tasche zum Preis von 100 Euro. Als es „ans Bezahlen“ geht, wird dem A beim Blick ins Portemonnaie bewusst, dass er temporär in finanziellen Schwierigkeiten steckt und deshalb den Kaufpreis nicht sofort bar bezahlen kann. Aus diesem Grunde werden sich B und A darüber einig, dass A (statt den geschuldeten Kaufpreis bar zu zahlen) dem B seinen ab dem 01.03.2019 fälligen (und ansonsten einrede-freien) Anspruch gegen C auf Rückzahlung eines privaten zinslosen Darlehens i.H.v. 100 Euro abtritt. Beide sind sich darüber einig, dass sie damit „quitt“ sind. Daraufhin verlässt der A mit der neuen Ledertasche glücklich das Geschäft des B.

B wendet sich gleich am nächsten Tag an den C und verlangt Rückzahlung des Darlehens. C weigert sich jedoch, die 100 Euro an den B zu zahlen und erklärt, dass er diese nur dem A schulde. Außerdem sei die Rückzahlung noch gar nicht fällig.

**Frage 1: Kann B von A Zahlung des Kaufpreises für die Ledertasche i.H.v. 100 Euro verlangen?**

**Frage 2: Kann B von C Rückzahlung des Darlehens i.H.v. 100 Euro verlangen?**

**Abwandlung:** Unterstellen Sie nunmehr, dass sich der B erst im April 2019 an den C wendet und die Rückzahlung des Darlehens verlangt. Unterstellen Sie weiter, dass der A dem C zur Zahlung von 230 Euro aus einem zwischen ihnen geschlossenen Kaufvertrag verpflichtet ist, und dass diese Forderung des C gegen A bereits seit Januar 2019 fällig und einredefrei, jedoch noch immer nicht erfüllt ist. C erklärt nunmehr gegenüber dem die Rückzahlung des Darlehens verlangenden B die Aufrechnung mit dieser Kaufpreisforderung.

**Frage 3: Hat B einen Anspruch gegen C auf Rückzahlung des Darlehens i.H.v. 100 Euro?**

**Bearbeitervermerk:** Beantworten Sie die Fragen in rechtsgutachterlicher Form. Es sind ausschließlich Normen des BGB zu prüfen. Der Anspruch des A auf Rückzahlung des Darlehens gegen C ergibt sich aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB. Das Entstehen dieses Anspruchs ist nicht zu prüfen. Bitte beschreiben Sie die Seiten fortlaufend und stellen Sie der Bearbeitung ein Deckblatt mit Ihrem Namen, Ihrer Matrikelnummer und der Bezeichnung der Veranstaltung voran. Viel Erfolg!

### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

#### Frage 1

B könnte von A Zahlung des Kaufpreises für die Tasche verlangen. Dafür müsste B einen Anspruch gegenüber A haben, der nicht untergegangen, aber durchsetzbar ist.

#### A. Anspruch entstanden

Ein Anspruch könnte hier aus einem Kaufvertrag gem. § 433 BGB entstanden sein. Als Verkäufer könnte er Anspruch auf Zahlung der 100 € gem. § 433 Abs. 2 BGB haben.

Ein Kaufvertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande, Angebot und Annahme, §§ 145ff. BGB.

#### I. Angebot

Ein Angebot (Antrag) ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, welche alle wesentlichen Vertragsbestandteile (essentialia negotii) beinhaltet und dem Vertragspartner so angetragen wird, dass dieser den Antrag mit einem einfachen „ja“ annehmen kann. Vorliegend begibt sich A in das Geschäft des B und sucht eine Tasche, findet diese,



möchte diese letztlich auch kaufen. Spätestens beim Bezahlen an der Kasse entsteht ein Antrag seitens des A, als er die Tasche von B für 100 € kaufen möchte. Ob die Tasche vorher durch einen Preis ausgewiesen war und zunächst lediglich eine invitatio ad offerendum vorlag, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Folglich hat A dem B einen Antrag mit allen wesentlichen Bestandteilen gemacht. Ein Angebot liegt vor.

## **II. Annahme**

Ferner müsste B das Angebot angenommen haben. Eine Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem Angebot unbedingt zustimmt. Vorliegend stimmt der B dem Kauf zu. Es liegt eine Annahme vor.

## **III. Zwischenergebnis**

Sowohl ein Angebot als auch die Annahme liegen vor. Insofern gibt es zwei übereinstimmende Willenserklärungen. Der Kaufvertrag ist zustande gekommen. Folglich ist der Anspruch auf Kaufpreiszahlung gem. § 433 Abs. 2 BGB entstanden.

## **B. Anspruch untergegangen**

Der Anspruch dürfte auch nicht untergegangen sein.

### **I. Erfüllung, § 362 Abs. 1 BGB**

Zunächst könnte der Anspruch durch Erfüllung gem. § 362 Abs. 1 BGB untergegangen sein. Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn der richtige Schuldner (vgl. § 241 Abs. 1 BGB) dem richtigen Gläubiger die richtige Leistung am richtigen Ort zur richtigen Zeit bewirkt (§§ 269, 271 BGB). Vorliegend konnte A nicht die geschuldete Geldschuld i.H.v. 100 € leisten. Eine Erfüllung gem. § 362 Abs. 1 BGB scheidet aus.

### **II. Aufrechnung gem. § 387 BGB**

Eine Aufrechnung gem. § 387 BGB kommt ebenfalls in Betracht. Jedoch scheitert diese daran, dass A und B keine gegenseitigen Forderungen haben. B hat eine Forderung gegen A, A lediglich gegen C. Auch nach einer etwaigen Abtretung hätte B lediglich eine Forderung gegen C. Die Gegenseitigkeit kann nicht bejaht werden. Eine Aufrechnung scheidet aus.

### **III. Annahme an Erfüllungs statt, § 364 Abs. 1 BGB**

Letztlich kommt noch eine Annahme an Erfüllungs statt gem. § 364 Abs. 1 BGB in Frage. Gem. § 364 Abs. 1 BGB erlischt das Schuldverhältnis, wenn der Gläubiger eine

andere als die geschuldete Leistung an Erfüllung statt annimmt. Vorliegend hat A dem B eine Forderung von ihm gegenüber C i.H.v. 100 € als „Erfüllungs statt“ angeboten. Da aus dieser Forderung der B nicht direkt befriedigt wird, gilt die angebotene Forderung nicht als „Erfüllungs statt“, sondern „erfüllungshalber“, § 364 Abs. 2 BGB. Zunächst ist die Wirksamkeit der Abtretung zu prüfen.

## **1. Abtretung**

Die Abtretung der Forderung aus dem Darlehensvertrag müsste wirksam sein, § 398 BGB. Eine Abtretung ist die Übertragung einer Forderung des Gläubigers durch Vertrag auf einen anderen Teil.

### **a) Forderungsbestand**

Es müsste zunächst festgestellt werden, dass die abzutretende Forderung überhaupt bestand. Gem. Bearbeitervermerk ist der Anspruch des A auf Rückzahlung des Darlehens gegenüber C gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB entstanden. Die Forderung ist somit entstanden. Es liegen keine Gründe vor, die einen Untergang begründen würden. Die Forderung müsste auch durchsetzbar sein. Vorliegend ist die Forderung nicht fällig. Jedoch haben A und B sich vertraglich explizit darauf geeinigt, dass der zum 1.3.2019 fällige Anspruch abgetreten werden soll. Dass C auf die „Nicht-Fälligkeit“ der Forderung eingeht, liegt in der Risikosphäre des B. Dieser wusste, wann die Fälligkeit eintritt. Infolgedessen ist der Anspruch ab dem 1.3. auch durchsetzbar und hindert nicht die Abtretung der selbigen.

### **b) Einigsein**

A und B müssten auch darüber einig gewesen sein, dass die Forderung abgetreten werden soll. Hier ist insbesondere auf den Bestimmtheitsgrundsatz einzugehen. A und B waren darüber einig, dass die Darlehensforderung von A gegenüber C an B abgetreten werden soll. Die Forderung ist auch bestimmt. Die Parteien haben sich geeinigt.

### **c) Abtretbarkeit**

Die Forderung müsste auch abtretbar gewesen sein. Sowohl vertragliche als auch gesetzliche Abtretbarkeitshindernisse sind nicht ersichtlich. Die Forderung ist abtretbar.

### **d) Berechtigung**

A müsste auch zur Abtretung berechtigt gewesen sein. Als Inhaber der Forderung ist er berechtigt. Mithin ist A berechtigt.

**e) Zwischenergebnis**

Die Abtretung ist wirksam.

**2. Annahme „Erfüllungshalber“**

Die Abtretung wurde erfüllungshalber angenommen. Sobald die Fälligkeit eintritt, kann sich der B aus der Forderung gegenüber C befriedigen. Dass die Forderung nicht fällig ist, wusste B bei der Abtretung. Gem. § 242 BGB wäre es treuwidrig, sich darauf zu stützen und trotzdem den Kaufpreis zu verlangen.

**III. Zwischenergebnis**

Die Forderung ist untergegangen gem. § 364 Abs. 1 BGB, sobald sich der B bei Fälligkeit aus der abgetretenen Forderung befriedigt hat.

**C. Ergebnis**

B kann derzeit nicht den Kaufpreis i.H.v. 100 € von A verlangen.

**Frage 2**

B könnte von C die Rückzahlung des Darlehens i.H.v. 100 € gem. §§ 488 Abs. 1 S. 2, 398 BGB verlangen.

**A. Anspruch entstanden**

Dafür müsste zunächst ein Anspruch entstanden sein. Dass eine wirksame Abtretung der Forderung des A gegenüber C an den B vorliegt, wurde bereits oben geprüft und bejaht. Der Anspruch ist entstanden gem. §§ 488 Abs. 1 S. 2, 398 BGB.

**B. Anspruch untergegangen**

Der Anspruch dürfte nicht untergegangen sein. Als Gründe für einen Untergang der Forderung kommen weder die Erfüllung, noch die Aufrechnung oder etwaige andere Normen in Betracht. Der Anspruch ist nicht untergegangen.

**C. Durchsetzbarkeit der Forderung**

Die Forderung müsste durchsetzbar sein. Die Forderung ist erst am 01.03. fällig und kann auch erst diesem Tag gefordert werden. Die Entgegenhaltung des C, dass er nur an A leisten müsse, hat keinen Bestand. Gem. § 398 Abs. 2 BGB tritt der Gläubiger an die Stelle des alten Gläubigers. Ein Ausschluss der Abtretung gem. § 399 BGB ist nicht ersichtlich. Nach Eintritt der Fälligkeit muss C an B leisten. Der Anspruch ist (noch) nicht durchsetzbar.

**D. Ergebnis**

B kann die Forderung mangels Durchsetzbarkeit erst ab 01.03. von C verlangen.

**Abwandlung, Frage 3**

B könnte einen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens i.H.v. 100 € haben. Dafür müsste der Anspruch entstanden sein, dürfte nicht untergegangen sein und müsste durchsetzbar sein.

**A. Anspruch entstanden**

Zunächst müsste der Anspruch entstanden sein. Hier könnte der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens i.H.v. 100 € aus einer Abtretung zugunsten des B gem. §§ 488 Abs. 1 S. 2, 398 BGB entstanden sein. Wie bereits angeführt, ist der Anspruch entstanden, siehe oben (Frage 1).

**B. Anspruch untergegangen**

Der Anspruch dürfte auch nicht untergegangen sein.

**I. Erfüllung, § 362 Abs. 1 BGB**

Eine Erfüllung scheidet mangels Leistung aus.

**II. Aufrechnung § 387 BGB**

Jedoch könnte der Anspruch durch Aufrechnung, §§ 387, 389 BGB untergegangen sein.

**1. Aufrechnungslage**

Dafür müsste eine Aufrechnungslage gegeben sein.

**a) Gegenseitigkeit der Forderungen**

Die Forderungen müssten gegeneinander bestehen. Vorliegend hat B zwar einen Anspruch gegenüber C, der entstanden, nicht untergegangen und durchsetzbar ist, jedoch hat C lediglich einen Anspruch gegenüber A. Abhilfe schafft hier § 406 BGB. Der Schuldner kann auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, wenn der dies gegenüber dem alten Gläubiger hätte ebenfalls tun können. Der Schuldner soll durch die Abtretungsvereinbarung keine weiteren Nachteile erleiden. C hatte einen Anspruch i.H.v. 230 € gegenüber A. Diesen kann er nun gem. § 406 BGB auch gegenüber B zur Aufrechnung nutzen. Die Gegenseitigkeit kann insofern bejaht werden, als dass B die Aufrechnung gegen sich gelten lassen muss.

**b) Gleichartigkeit der Forderung**

Die Forderungen müssten gleichartig sein. Im Raum stehen jeweils Geldforderungen. Die Forderungen sind somit gleichartig.

**c) Erfüllbarkeit der Hauptforderung**

Die Hauptforderung müsste erfüllbar sein. Die Forderung ist seit dem 1.3. fällig und somit auch erfüllbar.

**d) Durchsetzbare und fällige Gegenforderung**

Die Gegenforderung müsste fällig und durchsetzbar sein. Vorliegend ist die Gegenforderung seit Januar fällig. Folglich ist auch die Gegenforderung durchsetzbar und fällig.

**e) Zwischenergebnis**

Die Aufrechnungslage besteht.

**2. Aufrechnungserklärung, § 388 BGB**

Die Aufrechnung müsste weiterhin gem. § 388 BGB erklärt worden sein. Hier erklärt der C dem B gegenüber die Aufrechnung. Eine Aufrechnungserklärung gem. § 388 BGB liegt vor.

**3. Kein Ausschluss**

Die Aufrechnung dürfte auch nicht ausgeschlossen sein. Insbesondere dürfte gem. § 393 BGB nicht gegen eine Forderung aus einer unerlaubten Handlung aufgerechnet worden sein. Vorliegend handelt es sich jedoch um zwei Forderungen aus Schuldverhältnissen, dem Kaufvertrag und Darlehensvertrag. Ein Ausschlussgrund ist nicht ersichtlich. Die Aufrechnung ist auch nicht ausgeschlossen.

**4. Rechtsfolge, § 389 BGB**

Die Aufrechnung des C gegenüber B ist wirksam. Die Ansprüche heben sich gegeneinander auf und erlöschen beide in der Höhe, zu welcher sie sich decken. Der Anspruch des B erlischt in Gänze; der Anspruch des C gegen A erlischt lediglich teilweise von dem Betrag i.H.v. 100 €. Eine Restforderung gegen A i.H.v. 130 € bleibt bestehen.

**III. Zwischenergebnis**

Der Anspruch ist durch Aufrechnung untergegangen, §§ 387, 389 BGB.

**C. Ergebnis**

B hat keinen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens i.H.v. 100 € gegenüber C, da dieser wirksam aufgerechnet hat. B, der die Abtretung der Forderung Erfüllungshalber angenommen hatte, kann nunmehr die 100 € von A verlangen, gem. § 433 Abs. 2 BGB, da die Befriedigung aus der Forderung scheiterte.

## Studienklausur im Öffentlichen Recht

stud. iur. Jasmin Wulf & stud. iur. Jendrik Wüstenberg (B.A.)

Die Studienklausur ist eine neue Art von Studienpraxisbeitrag. Der Hanover Law Review liegt viel daran, authentische Klausur- und Hausarbeitsleistungen zu veröffentlichen. Dennoch mangelt es manchmal an veröffentlichungsfähigen Sachverhalten oder Leistungen aus gewissen Rechtsbereichen, um die Kategorie "Studienpraxis" divers und interessant aufzustellen. Dem begegnet die Studienklausur: Sie ist von Studierenden der Redaktion entworfen, gelöst und veröffentlicht.

**Sachverhalt:** Der im niedersächsischen Harz wohnende K hat eine neue Geschäftsidee entwickelt. Mit sogenannten Segways will er für Touristengruppen von bis zu fünf Personen Naturerlebnistouren durch die Wälder anbieten und den Menschen damit die Schönheit des Waldes näherbringen. Bei Segways handelt es sich um elektrisch angetriebene Einpersonen-Transportmittel mit nur zwei auf derselben Achse liegenden Rädern, zwischen denen die beförderte Person steht und welches sich durch eine elektronische Antriebsregelung selbst in Balance hält. Hiermit können Geschwindigkeiten bis zu 20 km/h erreicht werden. Die drei Mal wöchentlich von K angebotenen Segway-Touren durch den Wald werden ein voller Erfolg, bei denen K Tagesumsätze von EUR 500,00 erzielen kann. Jedoch erhält durch den Erfolg auch der Landkreis als zuständige Waldbehörde Kenntnis, der diese Touren ein Dorn im Auge sind: Schließlich sei das Befahren des Waldes mit Kraftfahrzeugen nach § 16 Niedersächsisches Waldgesetz (NWaldG) untersagt. Nach ordnungsgemäßer Anhörung erlässt die Waldbehörde daher am 09.02.2018 einen Bescheid, in dem sie dem K „gem. § 16 Abs. 1 NWaldG jegliches Befahren des Waldes mit Segways“ untersagt. Segways seien als Kraftfahrzeuge zu qualifizieren, deren Gebrauch im Wald verboten sei. Die von ihm angebotenen Touren entfalteten eine negative Vorbildwirkung und würden Personen zum widerrechtlichen Befahren des Waldes animieren. Sie ordnet weiterhin die sofortige Vollziehung an und droht K zudem im Falle der Nichtbefolgung ein Zwangsgeld in Höhe von EUR 1.000 an. Angesichts der Tagesumsätze von EUR 500,00 sei ein Zwangsgeld in dieser Höhe notwendig, aber auch ausreichend, um K zur Einhaltung des NWaldG anzuhalten. Die sofortige Vollziehung begründet die Waldbehörde damit, dass angesichts der Störungen, die vom Befahren des Waldes mit Segways für die Flora und Fauna des Waldes ausgingen, die Einräumung einer aufschiebenden Wirkung irreparable Schäden verursache. Der Bescheid geht K am 10.02.2018 auf dem Postwege zu.

K sieht sein Geschäftsmodell in Gefahr und will sich gegen diese aus seiner Sicht schikanöse Maßnahme der Waldbehörde wehren. Der Tenor des Bescheides sei missverständlich, da unklar bleibe, ob ihm damit auch das Befahren von durch den Wald führenden – dem Straßenverkehr gewidmeten – öffentlichen Straßen verboten werde. Auch sei die Unterlassungsverfügung unverhältnismäßig, denn die negative Vorbildwirkung entstünde nicht. Gefahren, die von Segways ausgingen, seien im Vergleich zu anderen Kraftfahrzeugen harmlos. Segways würden mit einem fast geräuschfreien Elektromotor betrieben und damit nahezu keine schädlichen Emissionen verursachen. Sie seien auch relativ leicht und würden durch ihn ohnehin nur auf für Kraftfahrzeuge ausnahmsweise zu befahrenden, auf solche Belastungen eingestellten Wegen genutzt werden. Eine Gleichbehandlung mit gewöhnlichen Kraftfahrzeugen verbiete sich daher. In Österreich seien Segways vielmehr Fahrrädern gleichgestellt. Auch in der Bundesrepublik sei dies – was zutrifft – mit einer geplanten „Verordnung über die Teilnahme von Elektrokleinstfahrzeugen am öffentlichen Straßenverkehr“ bald möglich. Insofern würde dann nach § 16 Abs. 4 NWaldG ohnehin in Kürze auch das Befahren von Waldwegen durch Segways erlaubt sein. Dann könne auch von einer negativen Vorbildwirkung nicht mehr die Rede sein. K rügt, dass dies durch die Waldbehörde gar nicht in den Abwägungsvorgang eingestellt worden sei. Auch das androhte Zwangsgeld von EUR 1.000,00 sei viel zu hoch angesetzt. Statt der Tagesumsätze hätte sich die Behörde doch vielmehr an den von ihm erzielten Gewinnen orientieren müssen, die deutlich darunter lägen. Da die Waldbehörde jedoch trotz Ks Vortrag eine Aufhebung des Bescheids ablehnt, erhebt K am 10.03.2019 Klage gegen den Bescheid vom 09.02.2019 und begehrt gleichzeitig einstweiligen Rechtsschutz.

**Hat der Antrag des K Erfolg?**

## VORSCHRIFTEN

**§ 15 Allgemeines Betretungs- und Aneignungsrecht**

(1) <sup>1</sup>Zum Zwecke der Erholung ist das Betreten des Waldes jedermann gestattet, soweit dem nicht Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen. <sup>2</sup>Das Betretungsrecht im Rahmen der Ausübung behördlicher Aufgaben bleibt hiervon unberührt.

(2) Wer sich im Wald befindet, hat sich so zu verhalten, dass die Lebensgemeinschaft Wald so wenig wie möglich beeinträchtigt, seine wirtschaftliche Nutzung nicht behindert, der Wald nicht gefährdet, geschädigt oder verschmutzt und die Erholung anderer nicht gestört werden.

(3) Nicht betreten werden dürfen ohne besondere Befugnis

1. gesperrte Flächen und gesperrte Waldwege,
2. Flächen und Wege, auf denen Holz gefällt, aufgearbeitet, gerückt oder gelagert wird,
3. umzäunte Flächen,
4. forstbetriebliche Einrichtungen.

(4) <sup>1</sup>Auf Wegen sind das Radfahren und das Fahren mit Krankenfahrstühlen gestattet. <sup>2</sup>Das Reiten und Gespannfahren ist nur auf Waldwegen und Waldbrandschutzstreifen zulässig. <sup>3</sup>Waldwege sind Wirtschaftswege, die von zwei- oder mehrspurigen Fahrzeugen befahren werden können. <sup>4</sup>Waldbrandwundstreifen sind von Vegetation und brennbarem Material freizuhalten Streifen, insbesondere entlang von Bahnlinien und Straßen zum Schutz der nachgelagerten Waldbestände vor Waldbrand.

[...]

**§ 16 Befahren des Waldes mit Kraftfahrzeugen**

(1) <sup>1</sup>Das Fahren mit sowie das Abstellen von Kraftfahrzeugen im Wald ist nur in dem für die Bewirtschaftung des Waldes und die Ausübung der Jagd erforderlichen Umfang sowie im Rahmen hoheitlicher Tätigkeiten erlaubt. <sup>2</sup>Straßenrechtliche Regelungen bleiben unberührt.

(2) <sup>1</sup>Waldbesitzer dürfen über den in Absatz 1 genannten Umfang hinaus das Fahren mit Kraftfahrzeugen in ihrem Wald gestatten, soweit dies aus wichtigen Gründen erforderlich ist und den Wald nicht gefährdet oder seine

Funktionen beeinträchtigt. <sup>2</sup>Die Gestattungen sind der unteren Forstbehörde auf Verlangen vorzulegen.

[...]

(4) Das für Forsten zuständige Mitglied der Landesregierung regelt die Einzelheiten über das Verfahren sowie den Umfang und die Grenzen der Gestattungsbefugnis nach Absatz 2 durch Rechtsverordnung.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

K wendet sich gegen den Bescheid vom 09.02.2019 und begehrt gleichzeitig einstweiligen Rechtsschutz. Sein Antrag hat Aussicht auf Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

**A. Zulässigkeit**

Der Antrag des K müsste zulässig sein.

**I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Zunächst muss der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein.<sup>1</sup> Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich dies nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Dafür müsste es sich zunächst um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handeln, was sich nach der wahren Natur des behaupteten Anspruchs richtet.<sup>2</sup> K wendet sich gegen die Untersagung des Befahrens des Waldes mit Segways. Streitentscheidende Normen sind vorliegend §§ 15 und 16 NWaldG sowie § 11 NPOG. Diese berechtigen und verpflichten einseitig einen Hoheitsträger als solchen und stellen damit nach der modifizierten Subjektstheorie öffentliches Sonderrecht des Staates dar.<sup>3</sup> Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt demnach vor. Diese muss sodann nichtverfassungsrechtlicher Art sein, was eine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit verlangt. Das heißt, die Streitigkeit muss sowohl unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte betreffen als auch sich kumulativ auf Rechte und Pflichten beziehen, die unmittelbar in der Verfassung geregelt sind.<sup>4</sup> Da diese Voraussetzungen hier nicht erfüllt sind, ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

<sup>1</sup> Puttler in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsprozessordnung, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 111.

<sup>2</sup> BGH NVwZ 2004, 253; Schmidt, Verwaltungsprozessrecht, 19. Aufl. 2019, Rn. 33.

<sup>3</sup> Schmidt, Verwaltungsprozessrecht (Fn. 2), Rn. 39; Ruthig in: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 25. Aufl. 2019, § 40 Rn. 11.

<sup>4</sup> Ruthig in Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung (Fn. 3), § 40 Rn. 32.



## II. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich gem. §§ 88, 122 Abs. 1, 123 Abs. 4, 5 VwGO nach dem Begehren des Antragstellers. Vorliegend könnte ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO statthaft sein. Während bei der Anfechtungsklage in der Hauptsache das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO statthaft ist, bemisst sich bei allen übrigen Klagen der einstweilige Rechtsschutz nach § 123 VwGO.<sup>5</sup> Es muss also geklärt werden, welche Klageart in der konkreten Hauptsache statthaft ist. K wendet sich gegen zwei Maßnahmen: Einmal gegen die Untersagung jeglichen Befahrens des Waldes mit Segways und zudem gegen die Androhung des Zwangsgeldes. Bei beiden müsste es sich um belastende Verwaltungsakte handeln.

### 1. Untersagungsverfügung

Vorliegend wendet sich K zum einen gegen den Bescheid vom 09.02.2019, in dem die Behörde ihm jegliches Befahren des Waldes mit Segways untersagt. Dabei handelt es sich um die Regelung eines Einzelfalls mit Außenwirkung, mithin um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 NVwVfG<sup>6</sup>. Die statthafte Klageart in der Hauptsache ist somit die Anfechtungsklage.

Die Statthaftigkeit des Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO setzt zudem dessen sofortige Vollziehbarkeit nach § 80 Abs. 2 S. 1 VwGO voraus. Vorliegend hat die Waldbehörde die sofortige Vollziehung der Unterlassungsverfügung i.S.d. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO angeordnet. Auch wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung – wie im vorliegenden Fall – mit dem Verwaltungsakt verbunden wird, ist die statthafte Verfahrensart die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO, obwohl es sich streng genommen um die erstmalige Herbeiführung der aufschiebenden Wirkung handelt.<sup>7</sup> Folglich ist der Antrag gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO die statthafte Antragsform.

### 2. Androhung des Zwangsgeldes

Zudem müsste die Androhung des Zwangsgeldes ein Verwaltungsakt sein. Die Androhung von Zwangsmitteln, die der Durchsetzung von Verwaltungsakten dienen, der nicht

auf eine Geldleistung, sondern auf ein sonstiges Handeln, Dulden oder Unterlassen gerichtet ist, ist als Verwaltungsakt anzusehen.<sup>8</sup> Das ergibt sich daraus, dass die Androhung eines Zwangsmittels grundsätzlich eine rechtliche Voraussetzung für die Anwendung des Zwangsmittels darstellt und damit eine für die Fortsetzung der Verwaltungsvollstreckung unerlässliche Regelung trifft. Ein Verwaltungsakt ist danach auch die Festsetzung eines Zwangsgeldes.<sup>9</sup> Der Regelungsinhalt besteht demnach in der konkreten Auswahl des Zwangsmittels, des Zwangsgeldes i.H.v. EUR 1000. Auch hier ist also die statthafte Klageart in der Hauptsache die Anfechtungsklage.

Die aufschiebende Wirkung entfällt wegen § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 64 Abs. 4 S. 1 NPOG. Zwangsgelder sind hingegen keine Abgaben oder Kosten i.S.d. § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, sondern Mittel der Verwaltungsvollstreckung. Mithin ist der Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gerichtet.

## III. Antragsbefugnis

Da der Rechtsschutz im Eilverfahren nicht weiter gehen soll als im Hauptsacheverfahren, ist im Verfahren nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO nur antragsbefugt, wer auch im Hauptsacheverfahren klagebefugt wäre. § 42 Abs. 2 VwGO ist analog anzuwenden.<sup>10</sup> Dafür ist es erforderlich, dass K geltend macht, durch die Verwaltungsakte in seinen Rechten verletzt zu sein. Die Möglichkeit der Verletzung reicht dabei aus. Vorliegend handelt es sich um belastende Verwaltungsakte, sodass K nach dem Adressatengedanken zumindest möglicherweise in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist.<sup>11</sup> Die Antragsbefugnis liegt vor.

## IV. Antrag

Für eine gerichtliche Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO gelten für die Form in entsprechender Anwendung der §§ 81, 82 VwGO die allgemeinen Regeln.<sup>12</sup>

## V. Antragsgegner

Der Antragsgegner ist analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der Rechtsträger, dessen Behörde den Verwaltungsakt erlas-

<sup>5</sup> Gersdorf in: BeckOK VwGO, 50. Edition, Stand 01.07.2018, § 80 Rn. 146.

<sup>6</sup> Auf die Zitierung von § 1 Abs. 1 NVwVfG wird im Folgenden verzichtet.

<sup>7</sup> Gersdorf in: BeckOK VwGO (Fn. 5), § 80 Rn. 149; Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 36. EL, Stand: Februar 2019, § 80 Rn. 337.

<sup>8</sup> BVerwG NVwZ-RR 1989, 337; NVwZ 1998, 393; Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 165.

<sup>9</sup> Schenke in Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung (Fn. 3), § 42 Rn. 32.

<sup>10</sup> BVerwG NVwZ 1994, 1000 (1001); Schmidt, Verwaltungsprozessrecht (Fn. 3), Rn. 941; Schoch in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 7), § 80 Rn. 316.

<sup>11</sup> Schmidt, Verwaltungsprozessrecht (Fn. 2), Rn. 136.

<sup>12</sup> Puttler in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsprozessordnung (Fn. 1), § 80 Rn. 123; Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung (Fn. 7), § 80 Rn. 478.

sen hat. Handelnde Behörde war die Waldbehörde. Rechtsträger und somit Antragsgegner ist der Landkreis.

## VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit richtet sich nach dem Hauptsacheverfahren.<sup>13</sup> K ist gem. §§ 63 Nr. 1, 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig.

Der Landkreis ist gem. §§ 63 Nr. 2, 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO i.V.m. § 3 Abs. 1 NKGVG beteiligten- und gem. § 62 Abs. 3 VwGO, vertreten durch den Landrat gem. § 86 Abs. 1 S. 2, 7 Abs. 2 Nr. 4 NKGVG prozessfähig.

## VII. Frist

Eine Frist für den Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO besteht grundsätzlich nicht.<sup>14</sup>

## VIII. Rechtsschutzbedürfnis

K müsste ein Rechtsschutzbedürfnis aufweisen. Das Rechtsschutzbedürfnis setzt voraus, dass der Rechtsbehelf in der Hauptsache nicht offensichtlich unzulässig, insbesondere nicht verfristet ist.<sup>15</sup> Für die Klagefrist der Anfechtungsklage gilt § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO. Die Fristberechnung erfolgt gem. § 57 Abs. 2 VwGO, §§ 222 Abs. 1, 224 Abs. 2, 3, 225 ZPO, §§ 187ff. BGB. Es gilt die 3-Tages-Fiktion des § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG, demnach gilt ein Verwaltungsakt, der per Post zugestellt wird, am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekanntgegeben.<sup>16</sup> Da die Drei-Tage-Fiktion eine gesetzliche Fiktion ist, gilt sie auch, wenn der Zugang nachweislich früher erfolgt ist.<sup>17</sup> Die Klage ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu erheben, da ein Vorverfahren gem. § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 1 NJG entbehrlich ist. Fristende ist gem. § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 188 Abs. 2 Var. 1 BGB vorliegend der 13.03.2019. Dass K den Bescheid schon am 10.02.2019 erhalten hat, ist irrelevant. K hat die Klage am 10.03.2019 erhoben, Verfristung liegt nicht vor. Andere Anhaltspunkte für eine offensichtliche Unzulässigkeit sind nicht ersichtlich.

Umstritten ist, ob der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO voraussetzt, dass Widerspruch oder Anfechtungsklage bereits

eingelegt bzw. erhoben sind. Es spricht viel dafür, mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG und der geltenden Rechtsbehelfsfrist und ihrem Zweck dies zu verneinen. Hierfür streitet auch der Wortlaut des § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO, dass dort, wo ein Widerspruchsverfahren nicht vorgesehen ist, der Antrag nach ebenfalls schon vor Einlegung eines förmlichen Rechtsbehelfs zulässig ist. Es ist nicht einzusehen, weshalb etwas anderes gelten sollte, wenn der Anfechtungsklage noch ein förmlicher Rechtsbehelf vorgeschaltet ist.<sup>18</sup> Da K hier zumindest zeitgleich Anfechtungsklage erhoben hat, kann der Streit letztendlich dahinstehen, da auch die Gegenmeinung dann einen Antrag nach § 80 Abs. 5 als zulässig erachtet.<sup>19</sup>

Fraglich ist zudem, ob ein vorheriger Antrag an die Behörde auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung erforderlich ist. § 64 Abs. 4 S. 2 NPOG verweist auf die entsprechende Anwendung der § 80 Abs. 4 bis 8 VwGO. Jedoch ist es anerkannt, dass aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 GG sogleich das Gericht angerufen werden kann und nicht erst bei der Behörde die Aussetzung der sofortigen Vollziehung beantragt werden muss.<sup>20</sup> Ein Rechtsschutzbedürfnis besteht.

## IX. Zwischenergebnis

Der Antrag des K ist zulässig.

## B. Objektive Antragshäufung

Die beiden Begehren des K könnten gem. § 44 VwGO analog in einem Antrag zusammen verfolgt werden, wenn sie sich gegen denselben Antragsgegner richten, im Zusammenhang stehen und dasselbe Gericht zuständig ist. Vorliegend richten sich beide Anträge des K gegen den Landkreis als Antragsgegner. Die Androhung des Zwangsgeldes ist mit der Grundverfügung verknüpft, sie stehen daher im Zusammenhang. Da ebenfalls dasselbe Gericht zuständig ist, ist vorliegend eine objektive Antragshäufung gem. § 44 VwGO analog gegeben.

## C. Begründetheit

Der Antrag des K müsste begründet sein.

<sup>13</sup> Puttler in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsprozessordnung (Fn. 1), § 80 Rn. 126.

<sup>14</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 32 Rn. 35.

<sup>15</sup> Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl. 2016, § 80 Rn. 44.

<sup>16</sup> Tiedemann in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 44. Edition, Stand 01.07.2019, § 41 Rn. 64.

<sup>17</sup> BVerwG NJW 1965, 2363.

<sup>18</sup> Gersdorf in: BeckOK VwGO (Fn. 5), § 80 Rn. 164; Puttler in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsprozessordnung (Fn. 1), § 80 Rn. 129; Schenke in: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung (Fn. 3), § 80 Rn. 139.

<sup>19</sup> Hoppe in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl. 2019, § 80 Rn. 81.

<sup>20</sup> Schmidt in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung (Fn. 19), § 80 Rn. 48; Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung (Fn. 7), § 80 Rn. 275.

## I. Antrag gegen die Untersagungsverfügung

Der Antrag des K hat Erfolg, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtmäßig ist und/oder eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache ergibt, dass das Aussetzungsinteresse des K das öffentliche Interesse an einer sofortigen Vollziehung überwiegt, vgl. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO.<sup>21</sup>

### 1. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Die sofortige Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO müsste formell rechtmäßig angeordnet worden sein.

#### a) Zuständigkeit

Die den Verwaltungsakt erlassende Behörde ist gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO auch für die Anordnung der sofortigen Vollziehung zuständig.

#### b) Verfahren

Die Waldbehörde müsste die einschlägigen Verfahrensvorschriften eingehalten haben. Hier käme eine Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG in Betracht. Während eine Auffassung eine solche als erforderlich sieht, da sie in der Anordnung der sofortigen Vollziehung einen Verwaltungsakt erkennt,<sup>22</sup> lehnt eine andere Auffassung dies mit dem Verweis darauf ab, dass gegen die Anordnung gerade kein Widerspruch nach §§ 68ff. VwGO möglich sei und der Antrag nach § 80 Abs. 4 S. 1 VwGO jederzeit gestellt werden könne, wodurch die Anordnung keine (für einen Verwaltungsakt typische) Bestandskraft erlangen könne.<sup>23</sup> Die Waldbehörde hat K angehört, sodass eine Entscheidung dieser Frage entbehrlich ist.

#### c) Form

Zuletzt stellt sich die Frage nach der Einhaltung der Begründungspflicht, die sich aus § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO ergibt. Diese muss das besondere öffentliche Interesse im Einzelfall darlegen und darf sich nicht lediglich aus formelhaften und pauschalen Formulierungen beschränken.<sup>24</sup> Indem sie auf die besonderen Gefahren für die Flora und Fauna einging, die bei einer aufschiebenden Wirkung der Klage durch das weitere Befahren des Waldes entstünden, hat die Waldbehörde das besondere öffentliche Interesse

an der sofortigen Vollziehung einzelfallbezogen schriftlich begründet und damit den Anforderungen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO entsprochen.

#### d) Zwischenergebnis

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung wurde formell ordnungsgemäß getroffen.

### 2. Interessenabwägung

Die Interessenabwägung müsste zugunsten des K ausfallen.

#### a) Ermächtigungsgrundlage

Die Untersagungsverfügung der Waldbehörde müsste auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage fußen.<sup>25</sup> Eine solche ist für belastende Verwaltungsakte gemäß dem Vorbehalt des Gesetzes, der aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet wird, erforderlich. Die Behörde hat ihre Verfügung auf § 16 Abs. 1 NWaldG gestützt. Bei dieser Norm handelt es sich lediglich um eine Verbotsnorm. Ihr fehlt eine Rechtsfolge in dem Sinne, dass die Behörde dazu ermächtigt wird, entsprechende „Anordnungen“ oder „Maßnahmen“ zu treffen. Als alleinige Ermächtigungsgrundlage reicht § 16 Abs. 1 NWaldG nicht aus. Jedoch ermächtigt § 11 NPOG Verwaltungsbehörden dazu, Maßnahmen zur Gefahrenabwehr zu treffen, sodass § 11 NPOG i.V.m. § 16 Abs. 1 NWaldG als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommt.

#### b) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Verfügung müsste formell rechtmäßig ergangen sein.

##### aa) Zuständigkeit

Die Waldbehörde ist zuständig.

##### bb) Verfahren

Die nach § 28 Abs. 1 VwVfG erforderliche Anhörung ist erfolgt.

##### cc) Form

Der Verwaltungsakt wurde gem. § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG schriftlich erlassen. Er enthält eine ordnungsgemäße Begründung gem. § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG.

<sup>21</sup> Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung (Fn. 7), § 80 Rn. 371ff.

<sup>22</sup> OVG Bremen DÖV 1980, 180 (181); OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1993, 585 (585ff.); Müller, Die Anhörungspflicht bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 II Nr. 4 VwGO, NVwZ 1988, 702.

<sup>23</sup> OVG Berlin, NVwZ 1993, 198 (198); OVG Lüneburg, DVBl 1989, 887 (888); OVG Schleswig, NVwZ-RR 1993, 587 (587); VGH Mannheim, NVwZ 1995, 1220 (1221); Gersdorf in: BeckOK VwGO (Fn. 5), § 80 Rn. 80ff.; Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung (Fn. 7), § 80 Rn. 258f.; Weides, Die Anhörung der Beteiligten im Verwaltungsverfahren, JA 1984, 648 (655).

<sup>24</sup> VGH Mannheim NVwZ-RR 1990, 561 (561), NVwZ-RR 1995, 17 (19); Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung (Fn. 7), § 80 Rn. 247.

<sup>25</sup> Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 8), § 44 Rn. 46.

**c) Materielle Rechtmäßigkeit**

Die Untersagungsverfügung der Waldbehörde ist materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsmerkmale der Ermächtigungsgrundlage vorliegen, der K als richtiger Störer ausgewählt und die korrekte Rechtsfolge gewählt wurde.

**aa) Tatbestandsmerkmale des § 11 NPOG**

Der Begriff der Gefahr ist in § 2 Nr. 1 NPOG legal definiert, wonach eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung erforderlich ist. Unter dem Begriff der öffentlichen Sicherheit sind drei Rechtsgüter gefasst: Die Unversehrtheit der objektiven Rechtsordnung, subjektive Rechte Dritter sowie der Bestand und die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen und Veranstaltungen.<sup>26</sup> Die objektive Rechtsordnung ist betroffen, wenn gegen Rechtsnormen verstoßen wird, also müsste K § 16 Abs. 1 NWaldG verletzt haben. Unter Kraftfahrzeuge müssten auch Segways zu subsumieren sein. Was unter Kraftfahrzeugen zu verstehen ist, ist im NWaldG nicht näher erläutert, jedoch enthält § 2 Abs. 2 StVG eine Legaldefinition, wonach als Kraftfahrzeuge Landfahrzeuge gelten, die durch Maschinenkraft bewegt werden, ohne an Bahngleise gebunden zu sein. Zwar stammt diese Definition aus dem Straßenverkehrsrecht, Gründe, die für eine andere Behandlung im Rahmen des Naturschutzrechts sprechen, sind allerdings nicht ersichtlich. Segways sind als elektrisch angetriebene Landfahrzeuge nicht an Gleise gebunden und mithin Kraftfahrzeuge.

Es könnte sich jedoch etwas anderes ergeben, wenn Segways unter die Erlaubnis von § 15 Abs. 4 NWaldG fielen, wie K vorträgt. Jedoch ist ein Segway als Fahrzeug mit Eigenantrieb nicht mit einem Fahrrad vergleichbar, welches durch Menschenkraft angetrieben wird. § 16 Abs. 1 NWaldG beabsichtigt, den Wald grundsätzlich vom Befahren mit Kraftfahrzeugen freizuhalten. Der Vortrag von K, dass eine Verordnung über die Teilnahme von Elektrokleinstfahrzeugen am öffentlichen Straßenverkehr Segways bald mit Fahrrädern gleichstellen würde, beeinflusst die aktuelle Einstufung des Gesetzgebers von Segways als Kraftfahrzeuge nicht. Indem K den Wald mit Segways befährt, verletzt er somit § 16 Abs. 1 NWaldG. Damit liegt ein Verstoß gegen die objektive Rechtsordnung vor. K will auch weiterhin den Wald befahren, sodass ein Schaden für die öffentliche Sicherheit auch in absehbarer Zeit wahrscheinlich ist. Damit liegt der Tatbestand des § 11 NPOG vor.

**bb) Störerauswahl**

Die Waldbehörde müsste K als den richtigen Störer ausgewählt haben. Zwar verstoßen auch die jeweiligen Teilnehmer der von K angebotenen Touren gegen § 16 Abs. 1 NWaldG, sodass sie ebenso wie er als Verhaltensstörer i.S.d. § 6 Abs. 1 NPOG in Betracht kommen. Jedoch werden die Touren von K veranstaltet und durchgeführt, sodass er eine Organisationshoheit über sie hat und seine Auswahl als Verhaltensstörer nach § 6 Abs. 1 NPOG damit sachgerecht ist.

**cc) Rechtsfolge**

Die Rechtsfolge des § 11 NPOG sieht hinsichtlich der zu ergreifenden Maßnahmen ein Ermessen der Behörde vor. Gem. § 5 Abs. 1 NPOG, § 114 S. 1 VwGO erfolgt lediglich eine eingeschränkte Prüfung auf Ermessensfehler. Das Ermessen müsste hinsichtlich der Untersagungsverfügung ermessenfehlerfrei ausgeübt worden sein, wobei insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach § 4 NPOG zu beachten ist.

**(1) Legitimer Zweck**

Die Waldbehörde verfolgt mit der Untersagung das Ziel, das Verbot des § 16 Abs. 1 NWaldG zum Schutz der Flora und Fauna des Waldes durchzusetzen. Dies steht im Einklang mit der Rechtsordnung und dient folglich einem legitimen Zweck.<sup>27</sup>

**(2) Geeignetheit**

Die Untersagungsverfügung ist geeignet, wenn sie den mit ihr verfolgten legitimen Zweck zumindest fördert.<sup>28</sup> Hier fördert die Untersagungsverfügung die Umsetzung des Verbots des § 16 Abs. 1 NWaldG als legitimen Zweck, sodass sie geeignet ist.

**(3) Erforderlichkeit**

Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn kein gleich geeignetes Mittel vorhanden ist, welches milder für den von ihr Betroffenen ist.<sup>29</sup> Ein gleich geeignetes, milderer Mittel als die Untersagung ist nicht ersichtlich, folglich ist sie erforderlich.

**(4) Angemessenheit**

Die mit der Untersagung verbundenen Vorteile dürften nicht in einem Missverhältnis zu den Nachteilen stehen,

<sup>26</sup> Ullrich in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Niedersachsen, 14. Edition 2019, Stand: 01.05.2019, § 2 Rn. 9.

<sup>27</sup> Ullrich in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Niedersachsen (Fn. 26), § 4 Rn. 13.

<sup>28</sup> Ullrich in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Niedersachsen (Fn. 26), § 4 Rn. 25.

<sup>29</sup> BVerfGE 90, 145 (172).



um verhältnismäßig i.e.S., also angemessen<sup>30</sup> zu sein. Einerseits ist zu bedenken, dass die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und die Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG des B eingeschränkt wird. Auch ist ihm zugute zu halten, dass das Befahren des Waldes mit Segways nicht derart belastend für diesen ist, wie das Befahren mit Autos oder Motorrädern. Gleichwohl werden durch die Untersagungsverfügung die Erholung und der Schutz der Natur sichergestellt. Der Schutz der Natur ist gem. Art. 1 Abs. 2 NV, Art. 20a GG im Rahmen einer Staatszielbestimmung ebenfalls ein Gut von Verfassungsrang,<sup>31</sup> hinter das hier das Interesse des K an der Umsetzung seiner Waldtouren zurücktreten muss.

#### dd) Besonderes Vollzugsinteresse

Weiterhin könnte ein besonderes Vollzugsinteresse erforderlich sein. Während einige verlangen, dass sich die Erwägungen für die Vollziehbarkeitsanordnung von den den Verwaltungsakt tragenden Gesichtspunkten zu unterscheiden hätten,<sup>32</sup> erachten andere Stimmen auch eine Übereinstimmung mit den den Verwaltungsakt tragenden Gründen als ausreichend, solange diese gewichtig genug sind.<sup>33</sup>

Hier lässt sich das besondere Vollzugsinteresse daraus herleiten, dass durch das beständige Befahren des Waldes durch die Touren des K die Flora und Fauna erheblich gestört wird. Dies ist ein öffentliches Interesse, welches über den bloßen Vollzug der Verbotsnorm hinausgeht, sodass auch nach der engeren ersteren Ansicht ein besonderes Vollzugsinteresse gegeben ist.

#### d) Zwischenergebnis

Die Untersagungsverfügung der Waldbehörde ist sowohl formell als auch materiell rechtmäßig und verletzt mithin K nicht in seinen Rechten, sodass die Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache ergibt, dass das Aussetzungsinteresse des K das öffentliche Vollziehungsinteresse angesichts des erforderlichen Schutzes der Flora und Fauna nicht überwiegen kann.

### II. Antrag gegen die Zwangsgeldandrohung

Der Antrag des K hat Aussicht auf Erfolg, wenn eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache ergibt, dass das Aussetzungsinteresse des K das öffentliche

Interesse an einer sofortigen Vollziehung i.S.d. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO überwiegt.

#### 1. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Androhung von Zwangsmitteln ist § 70 Abs. 1 S. 1 NPOG.

#### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Zunächst müsste die Androhung formell rechtmäßig sein.

##### a) Zuständigkeit

Für die Anwendung von Zwangsmitteln und damit auch deren Androhung ist die Verwaltungsbehörde gem. § 64 Abs. 3 S. 1 NPOG zuständig, die für den Erlass des zu vollstreckenden Verwaltungsakts zuständig ist, hier also die Waldbehörde.

##### b) Verfahren

Eine Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG ist vor der Androhung von Zwangsmitteln entbehrlich, da diese als Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung von § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG gelten. Gleichwohl hindert der Wortlaut der Norm „kann abgesehen werden“ nicht daran, dennoch eine Anhörung auch hinsichtlich der Androhung durchzuführen, wie hier geschehen.

##### c) Form

Die von § 70 Abs. 1 S. 1 NPOG verlangte obligatorische Schriftform wurde eingehalten.

#### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Androhung müsste materiell rechtmäßig sein.

##### a) Vollstreckbare Grundverfügung

Die Verfügung ist wirksam und die Pflicht zum Unterlassen gem. § 64 Abs. 1 Hs. 1 NPOG vollzugsfähig. Nach § 64 Abs. 1 Hs. 2 NPOG muss für eine wirksame Androhung der zu vollstreckende (wirksame) Verwaltungsakt, also die Untersagungsverfügung, unanfechtbar sein oder ein Rechtsbehelf darf gegen sie keine aufschiebende Wirkung haben.<sup>34</sup> Die Untersagungsverfügung wurde mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung versehen, sodass ein Rechtsbehelf gegen sie gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO keine aufschiebende Wirkung hat. Die Rechtmäßigkeit des zu vollstre-

<sup>30</sup> BVerfGE 118, 168 (195).

<sup>31</sup> Scholz in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 86. EL 2019, Stand: Januar 2019, Art. 20a Rn. 5.

<sup>32</sup> OVG Schleswig, NVwZ 1992, 688 (690).

<sup>33</sup> VGH Kassel, NVwZ 1991, 88 (88); Schoch in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 7), § 80 Rn. 209.

<sup>34</sup> Deusch/Burr in: BeckOK VwVfG (Fn. 16), § 6 VwVfG Rn. 20.



ckenden Grund-Verwaltungsakts ist nicht erforderlich,<sup>35</sup> liegt hier aber ohnehin vor.

#### **b) Ordnungsgemäße Wahl des Zwangsmittels**

Die zulässigen Zwangsmittel sind in § 65 Abs. 1 NPOG aufgeführt, worunter nach Nr. 2 auch das Zwangsgeld fällt, welches sich nach § 67 NPOG richtet. Als nicht vertretbare Handlung kann das Unterlassen hier mit einem Zwangsgeld durchgesetzt werden. Damit wurde ein zulässiges Zwangsmittel gewählt. Weitere Anhaltspunkte können u.a. die Wichtigkeit des verfolgten Zwecks und das vorherige Verhalten des Adressaten sein.<sup>36</sup>

#### **c) Ordnungsgemäße Androhung**

Das Zwangsgeld müsste K in ordnungsgemäßer Form angedroht worden sein. Das Zwangsgeld wurde dem K in bestimmter Höhe angedroht (s.o.). Eine Fristsetzung für die Erfüllung der Unterlassungspflicht des K ist nach § 70 Abs. 1 S. 2 a.E. NPOG entbehrlich.

#### **d) Verhältnismäßigkeit des Zwangsmittels**

Die Androhung des Zwangsmittels müsste i.S.d. § 4 NPOG dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

##### **aa) Legitimer Zweck**

Die Durchsetzung des Verbots, den Wald mit Kraftfahrzeugen zu befahren, ist ein legitimes Ziel der Waldbehörde.

##### **bb) Geeignetheit**

Ein angedrohtes Zwangsgeld in Höhe von EUR 1.000 fördert den Zweck der wirksamen Durchsetzung der Unterlassungsverfügung und ist mithin geeignet.

##### **cc) Erforderlichkeit**

Es dürfte kein milderes, gleich geeignetes Mittel statt einer Zwangsgeldandrohung vorhanden sein. Ein solches ist nicht ersichtlich, noch muss K nichts bezahlen, sodass die Erforderlichkeit gegeben ist.

##### **dd) Angemessenheit**

Die mit dem Zwangsgeld verbundenen Vorteile dürften nicht in einem Missverhältnis zu den Nachteilen stehen, um angemessen zu sein. Die Androhung des Zwangsgeldes stellt angesichts des Interesses des K am Befahren des Waldes sicher, dass ein weiterer Verstoß unterbleibt. Nach § 67 Abs. 1, 70 Abs. 5 NPOG ist das Zwangsgeld in bestimm-

ter Höhe zwischen EUR 5 und EUR 50.000 anzudrohen, was bei einer Androhung von EUR 1.000 der Fall ist. Dabei müsste bei der Höhe entsprechend der Anforderung des § 67 Abs. 1 S. 1 NPOG das wirtschaftliche Interesse des K an der Nichtbefolgung ordnungsgemäß berücksichtigt worden sein, was K hier bemängelt. Stellte man allein auf das wirtschaftliche Interesse ab, so könnte man hier zu dem Schluss kommen, dass dieses lediglich in dem angestrebten Gewinn zu sehen ist und damit die Androhung eines Zwangsgeldes in doppelter Höhe des einzelnen Tagesumsatzes weit über das hinausgeht, was der Gesetzgeber verlangt. Gleichwohl schließt die Formulierung „auch“ in § 67 Abs. 1 S. 1 NPOG weitere sachliche Gründe für ein höheres Zwangsgeld nicht aus. Die Zwangsgeldhöhe erscheint auch im Hinblick auf die betroffenen Rechtsgüter bei einem Verstoß in einem ausgeglichenen Verhältnis. Die Angemessenheit ist daher gegeben.

#### **e) Zwischenergebnis**

Die Androhung des Zwangsgeldes ist ebenfalls rechtmäßig und verletzt K damit nicht in seinen Rechten. Auch hier fällt die Interessenabwägung angesichts der mangelnden Erfolgsaussichten in der Hauptsache zuungunsten von K aus.

### **III. Ergebnis der Begründetheit**

Die Anträge des K sind unbegründet.

#### **D. Gesamtergebnis**

Mangels Begründetheit werden die zulässigen Anträge des K gem. § 80 Abs. 5 VwGO auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung keinen Erfolg haben.

<sup>35</sup> BVerfG NVwZ 1999, 290 (291); BVerwG NJW 1984, 2591 (2592); Deusch/Burr in: BeckOK VwVfG (Fn. 16), § 6 VwVG Rn. 20.

<sup>36</sup> Deusch/Burr in: BeckOK VwVfG (Fn. 16), § 11 VwVG Rn. 13.

## Das Debattieren und das juristische Studium

Die Wenigsten fragen sich wohl in einer Diskussion „Was wäre hier das beste Argument?“, sondern eher: „Wie überzeuge ich die Gegenseite von meinem Standpunkt?“. Auch wenn Ersteres klar mit Zweiterem zusammenhängt, so scheint intuitiv zur Überzeugungskraft mehr zu gehören, als ein gutes Argument.

Im Endeffekt ist uns Menschen nicht nur wichtig, dass etwas richtig ist, sondern auch, wie relevant es ist und wie es vorgetragen wird. Anhand von Talkshows kann man immer sehr gut sehen, wie eine Diskussion nicht aussehen sollte: es wird durcheinandergeredet, einander unterbrochen, sich gegenseitig Aussagen in den Mund gelegt und so weiter. Es geht weniger um einen konstruktiven Austausch, als um das Bloßstellen der Gegenseite. Eine Debatte dagegen zeigt und lehrt, wie es im Idealfall ablaufen sollte.

### Das „beste“ Argument

Grundsätzlich wird in der Schule gelehrt, ein Argument bestehe aus: These, Begründung, Beispiel und einem Ergebnis. Aber wenn wir uns dies einmal bei der These „Die Einsetzung eines (dann ehemaligen) Bundestagsabgeordneten als Richter im Bundesverfassungsgericht ist abzulehnen“ vorstellen, dann merken wir, dass es nicht ganz so simpel sein kann. Wenn jetzt anhand dieses Schemas eine Argumentation aufgestellt werden würde, dann würde dies nicht allzu überzeugend sein. Folgendermaßen könnte dies aussehen: „Eine Einsetzung eines Bundestagsabgeordneten als Richter im Bundesverfassungsgericht ist abzulehnen, weil eine zu große Nähe zu den politischen Positionen der eigenen Partei in Form einer aktiven Mitgestaltung besteht. Dies kann am Beispiel von Herrn X festgemacht werden, der mehrere Jahre und auch erst kürzlich die Inhalte seiner Partei mitgetragen hat und dann möglicherweise genau über diese zu entscheiden hat. Folglich ist eine solche Einsetzung abzulehnen.“ In dieser Argumentation verstecken sich mehrere Ungenauigkeiten und Fallen, die durch das Schema nicht abgedeckt beziehungsweise behoben werden können. So müsste zum Beispiel erklärt werden, wie diese sogenannte Nähe zu den politischen Inhalten aussieht und entsteht? Warum eine große Nähe zu den politischen Inhalten der eigenen Partei bei einem Bundesverfassungsrichter abzulehnen sei? Warum es schlecht sei, wenn Herr X über diese Inhalte entscheidet? Wäre es überhaupt möglich, dass X über

diese Inhalte entscheidet? Welcher Schaden entsteht dadurch, dass ein Bundesverfassungsrichter wenn auch nur unbewusst, befangen sein könnte? Wie wahrscheinlich ist der Eintritt des Schadens? Wer und in welchem Ausmaß ist von diesem Schaden betroffen?

Ähnlich simpel klingt auch zunächst der juristische Gutachtenstil: Obersatz, Definition, Subsumtion, Ergebnis. Aber gerade da wo es interessant, weil problematisch, wird, ist der Aufbau nicht mehr unbedingt so klar und so wie sich jedes juristische Problem auf die Struktur der Klausur auswirkt, so verändert jede brennende Frage innerhalb einer Diskussion die Dynamik und Struktur dessen.

### Komplexität der Argumentation

Wenn es um Argumentation geht, stellt sich zunächst einmal die Frage, ob das Argument sachlich richtig ist und das meint nicht zwangsläufig, dass beispielsweise inexistente Statistiken genannt werden, sondern auch, dass der Redner oder die Rednerin nicht in Argumentationsfallen tappt. Neben dem allseits bekannten Whataboutism „Russlands Eingreifen in Syrien ist gar nicht so schlimm, die USA haben schließlich auch den Irak-Krieg gestartet“, kann es sich dabei auch um einen sogenannten „Naturalistischen Fehlschluss“ handeln, so wie im folgenden Beispiel: „In der Natur herrscht das Recht des Stärkeren, somit ist dies die beste Ordnung“. Denn nur weil die „Natur“ etwas vorgibt, muss es noch lange nicht richtig oder erstrebenswert sein. Außerhalb dieses Extrembeispiels lässt sich diese Argumentationsfalle aber auch auf andere Thesen anwenden, in denen ebenfalls Dinge als naturgemäß gegeben und damit für „unantastbar“ gehalten werden, auch wenn sie durchaus hinterfragt werden könnten und sollten. Neben den beiden Genannten gibt es zudem noch eine Vielzahl weiterer Argumentationsfallen.

Des Weiteren muss das Argument auch im konkreten Fall funktionieren, es muss also einen sogenannten Mechanismus geben. Damit ein Argument also wirklich unangreifbar bleibt, muss es richtig erklärt werden und auch das ist nicht selbstverständlich. Während wir im juristischen Studium viele Dinge für gegeben halten, wie beispielsweise die Wichtigkeit von grundrechtlichen Freiheiten wie der Meinungsfreiheit, so steht im öffentlichen Diskurs vieles, wenn auch nicht alles, zur Disposition. Dementsprechend muss man sich auch bei der Vorbereitung einer Debatte die Frage „Warum ist das so?“ am laufenden Band stellen

und das nicht, weil frühkindliche Erinnerungen wachgerufen werden sollen, sondern vielmehr, weil ein Argument von der Gegenseite immer angegriffen wird. Als Beispiel kann hier die These, dass private Krankenversicherungen abgeschafft werden sollten, erhalten. So reicht die Begründung, dass sich gesetzlich Krankenversicherte wie Versicherte „zweiter Klasse“ fühlen würden und folglich die gesamtgesellschaftliche Zufriedenheit erhöht werden würde, wenn wir die private Krankenversicherung abschafften, nicht aus. Stattdessen muss belegt werden, warum sich gesetzlich Krankenversicherte so fühlen könnten. Auf dieser Grundlage kann dann die weitere Argumentationsstruktur sicher aufgebaut werden. Ansonsten könnte die Gegenseite, zu Recht, behaupten, dass es keinen Beleg für dieses „Gefühl“ der gesetzlich Versicherten gebe und die gesamtgesellschaftliche Zufriedenheit (aufgrund der hohen Zahl der gesetzlich Versicherten) nicht gefährdet sei.

Neben der Tatsache, dass man der Gegenseite möglichst wenig Angriffsfläche geben möchte, so ist es in der Realität ebenfalls wichtig, die eigenen Positionen, die sich schlussendlich in Wahlentscheidungen und Sozialverhalten niederschlagen, immer wieder zu hinterfragen. Ein Zoogegner oder eine Zoogegnerin kann sich in einem solchen Rahmen besonders intensiv mit den Argumenten der Befürworter auseinandersetzen, indem sie in deren Rolle schlüpft und dann selbst herleiten muss, welche Gründe es dafür geben könnte, Zoos zu befürworten. Dies ist noch wertvoller, als diese Argumente von außen vorgegeben zu bekommen, weil sie von der betreffenden Person selbst entwickelt wurden und damit auch eher Akzeptanz bei dieser finden können. Aber auch im juristischen Studium ist die Frage „Warum ist das so?“ als wissenschaftliche Kernkompetenz von überragender Wichtigkeit. Bei der Menge an Stoff die für das Staatsexamen gelehrt wird, ist es umso wichtiger Zusammenhänge zu verstehen und sich selbst Problematiken herleiten zu können, damit der Stoff auch realistischer zu bewältigen ist. Eine Parallele zur juristischen Klausurbearbeitung ist ebenfalls zu erkennen, denn auch bei der Stellungnahme innerhalb einer Klausur ist das Entkräften der Gegenposition mindestens genauso wichtig wie das Finden von guten Argumenten für die zu befolgende Ansicht.

Allein wenn ein richtiges und funktionierendes Argument steht, so verspricht dies noch lange nicht die Diskussion oder Debatte zu gewinnen. Denn wenn sich zwei richtige und funktionierende Argumente gegenüberstehen, dann wird es zumeist kein „Unentschieden“ geben, sondern das

Argument, welches den größten Schaden auf der Gegenseite und den größten Nutzen auf der eigenen aufzeigen kann, wird die Debatte gewinnen, weil es eher davon überzeugt, dass im Sinne dieser Seite entschieden werden sollte. Dies wird auch Relevanz genannt. Relevanz meint, dass im Anschluss an eine Argumentationskette gezeigt wird, wie viel wichtiger die eigenen richtigen Punkte im Vergleich zu den richtigen Punkten der Gegenseite sind. Als Beispiel: „Der Ausschluss des Wahlrechts von Menschen die in allen Angelegenheiten unter Betreuung stehen, wehrt einen großen gesamtgesellschaftlichen Schaden ab, dadurch dass das Missbrauchsrisiko abgewendet wird. Durch das Abwenden des Missbrauchsrisikos stellt die gewählte Parteienlandschaft eher den Willen des Volkes dar und trifft auch eher Entscheidungen die von der Bevölkerung geteilt werden, was zu einer größeren Zufriedenheit in der Gesellschaft führt.“ (Zuvor müsste natürlich Argumentationsarbeit geleistet werden, um eine Basis für diese Schlussfolgerung zu bieten, aber das führt hier zu weit). Des Weiteren gibt es natürlich auf beiden Seiten weitere Argumente an denen man noch Relevanz festmachen müsste.

### Struktur

Wer kennt es nicht: Man beginnt eine Diskussion über den Konflikt in Syrien, nur um dann (im besten Falle) auf einmal vollkommen zusammenhangslos über US-amerikanische Innenpolitik zu sprechen. Um jedoch zu Lösungen zu kommen, muss man auch beim Thema bleiben und dabei hilft eine Struktur. Nicht nur, dass man somit nicht vom Diskussionspfad abkommt, sondern das Gegenüber kann dann auch wesentlich besser folgen und die genannten Punkte nachvollziehen, und sich im Gegenzug wesentlich besser mit diesen auseinandersetzen. Dies sollte zumindest das Ziel sein, wenn eine andere Person überzeugt werden soll.

Die Struktur muss aber nicht nur vorhanden, sondern auch sinnvoll sein. Wenn also beispielsweise anhand verschiedener Betroffenengruppen dargelegt werden soll, warum religiöse Symbole nicht aus dem öffentlichen Raum verbannt werden sollten, kann dies erst einmal in einer Über- und jeweils einer Unterstruktur aufgeteilt werden. In der Überstruktur kann man zunächst über religiöse Menschen im Allgemeinen, dann über die religiöse Mehrheit und anschließend über eine religiöse Minderheit in Deutschland sprechen. Innerhalb der Unterstruktur wird man, bei drei Betroffenengruppen in einer Debatte über alle Teamreder\*innen verteilt, im Schnitt ein bis zwei

Argumente pro Betroffenenengruppe einbauen können. Diese können im Bezug aufeinander oder getrennt aufgebaut werden, dann allerdings entweder vom allgemeinen zum speziellen Fall oder nach Priorität sortiert, wobei dies auch stark vom Zeitmanagement des Redners oder der Rednerin abhängt. Ähnlich wie bei einer Klausur hängt die Qualität der Struktur in einer Debatte stark davon ab, wie gut die Sachverhaltsanalyse in der Vorbereitungszeit läuft. Je schneller und gleichzeitig tiefergehend diese stattfindet, desto eher wird auch die Rede sinnvoll strukturiert sein, da die dahinter liegenden Probleme und Mechanismen verstanden wurden.

### Wirkung überzeugt

Neben der Komplexität an Argumentation ist auch die Art und Weise wie ein Argument vorgetragen wird wichtig, denn nur wenn verbale und nonverbale Kommunikation die gleichen Signale aussenden, beispielsweise, dass etwas besorgniserregend oder dringend ist, kommt die Rednerin oder der Redner vertrauenswürdig, glaubhaft und schlussendlich überzeugend herüber. Im Debattieren benennen wir die rhetorischen Bestandteile des Redens als Auftreten, Sprachkraft und Kontaktfähigkeit. Was meint das aber und warum ist das wichtig?

Dies kann am Beispiel der Sprachkraft verdeutlicht werden. Sprachkraft meint zunächst die Art der Nutzung der eigenen Stimme in der Debatte. Wenn wir einer Person zuhören, die sehr leise und zu schnell oder zu langsam oder sehr monoton spricht oder gar beim Reden Wörter verschluckt, werden wir dieser weniger gerne zuhören als einer Person, die laut und deutlich spricht, ein angenehmes Sprechtempo hat, dies auch dem Gesagten anpasst, also beizeiten etwas schneller oder langsamer spricht und wichtige Dinge betont. Das ist zum einen so, weil es einfacher ist, diese Person zu verstehen, das Zuhören also mit weniger Anstrengung und Konzentration verbunden ist und zum anderen, weil diese Person durch das Nutzen der Stimme auf besonders dringende und wichtige Punkte aufmerksam macht und gerade für diese Aufmerksamkeit generiert, was dazu führt, dass die wichtigen Punkte besser im Gedächtnis bleiben. Dadurch wird die Wirkung erzielt, dass sich die Rednerinnen und Redner, sehr gut auskennt und wissen, wo die Schwerpunkte zu setzen sind. Dies ist auch bei der Teilnahme an Moot Courts nicht zu vernachlässigen, da auch dort bei der Vielfalt an Argumenten besonders viel Nachdruck und damit Aufmerksamkeit auf die wichtigsten Punkte der eigenen Seite gelegt werden sollte. Aber selbst dies ist nur ein kleiner Ausschnitt

dessen, wie man durch Sprachkraft die eigene Rede überzeugender gestaltet.

### Nice to know

Es gibt noch weitere wichtige Dinge, die durch das Debattieren noch geschult werden.

- Man lernt komplizierte Sachverhalte präzise zu formulieren, denn in sieben Minuten muss man im Schnitt drei Argumente formulieren, und wie wir oben gesehen haben, sind diese umfangreicher als man meint. Dies führt nicht nur dazu, dass erfahrene Debattierer gerne noch die Redezeit bis zur letzten Sekunde vor dem horrenden Punkteabzug ausreizen, sondern auch dazu, dass gelernt wird, statt Kompliziertes zu simplifizieren, dieses einfach besonders präzise zu formulieren, Unwichtiges von Wichtigem zu trennen und Schwerpunkte in der Debatte zu setzen, sich also nicht bei Punkten aufzuhalten, an welchen die Debatte nicht entschieden wird. Fähigkeiten die Studierenden der Rechtswissenschaften nur allzu bekannt sein dürfte, so ist Schwerpunktsetzung und Zeitmanagement auch in jeder juristischen Klausur und Hausarbeit gefragt.

- Durch das Debattieren wird nicht nur das Reden, sondern auch das Zuhören gelehrt, denn nur durch den respektvollen und konstruktiven Umgang mit der Gegenseite, welcher in einer Debatte gefordert ist, kann man die Unentschlossenen und die Gegenseite selbst von den eigenen Ansichten überzeugen.

- Auch die analytischen Fähigkeiten werden in der Debatte geschult, so wird das Debattenthema erst fünfzehn Minuten vor Beginn der Debatte verkündet, über welches dann gut eineinhalb Stunden debattiert wird. In diesen fünfzehn Minuten werden die oben beschriebenen Argumentationsstrukturen, sowie die Rollenverteilung der Redner festgelegt. Das erfordert, was Jurastudierende eine sehr gründliche Sachverhaltsanalyse nennen würden.

- Da die Position für die man debattiert gelost wird, lehrt das Debattieren nicht nur das Zuhören, sondern auch stark das Hinterfragen der eigenen Position.

- Des Weiteren setzt man sich mit einer Vielzahl von Themen auseinander und erweitert so den eigenen Horizont, wenn man regelmäßig debattiert. Wöchentlich werden neue Fragen aus der Politik, Wirtschaft, Gesellschaft,

Philosophie oder auch Historie und Fiktion zur Debatte gestellt.

- Man lernt innerhalb des eigenen Clubs Leute aus den verschiedensten Fachbereichen und des außeruniversitären Kontexts kennen, sowie auf Turnieren Debatanten aus ganz Deutschland.

Das Vorangegangene ist nur ein kleiner und sehr komprimierter Ausschnitt dessen, was das Debattieren ist. Wie Cicero so schön sagte „Reden lernt man nur durch Reden“ und dafür gibt es mehr als genug Möglichkeiten. Die Debattierszene ist international wie in Deutschland sehr groß und lebendig. So gibt es auch in Hannover einen universitären Debattierclub, der aus Studierenden der verschiedensten Fachbereiche, aber auch Berufstätigen, Auszubildenden usw. besteht. Treffen des Clubs sind wöchentlich montags ab 19 Uhr, sowie für eine englischsprachige Debatte jeden 1. und 3. Mittwoch des Monats um 19 Uhr, jeweils im Raum 1502/109.

[Die oben genannten Beispiele spiegeln nicht zwangsläufig die Ansichten der Autorin wider]

*Btissam Boulakhrif*



## Rückblick: Die Bundesfachschaftentagung in Hannover

Vom 23. bis zum 26. Mai 2019 fand im 14. Stock im Hochhaus am Conti-Campus der Juristischen Fakultät Hannover die Bundesfachschaftentagung des Bundesverbandes rechtswissenschaftlicher Fachschaften e.V. (BRF) statt. Die Bundesfachschaftentagung findet einmal jährlich an einer deutschen juristischen Fakultät statt und fungiert als Mitgliederversammlung des Vereins, die gleichzeitig die inhaltliche Ausrichtung des Vereins beschließt.

Zu Gast waren 180 Delegierte von 31 Fachschaften aus ganz Deutschland. Dabei findet am ersten Tag der Tagung die deutschlandweite Vernetzung der einzelnen Fachschaften unter einem Rahmenprogramm statt. Dies ist besonders im Hinblick auf den Zusammenhalt des Vereins, aber auch im Hinblick auf die mögliche Zusammenarbeit einzelner Fachschaften, insbesondere im Rahmen von Landesfachschaften, von außerordentlicher Wichtigkeit. Begonnen wurde am Donnerstag mit einer Stadtrallye durch Hannover, bei der den Teilnehmenden unsere schöne Landeshauptstadt nähergebracht wurde. Am Freitag konnten die Teilnehmenden dann noch bei einer Führung durch den Landtag Einblicke in die Arbeit eines Abgeordneten und das Wirken des Landtages gewinnen, bevor die eigentliche Tagung begann. Da die Bundesfachschaftentagung gleichzeitig auch als Mitgliederversammlung fungiert, wurden zunächst vereinsinterne Fragen diskutiert und anschließend der neue Vorstand des Vereins, der für die Ausführung von Beschlüssen und die Vertretung der Studierendeninteressen auf Bundesebene zuständig ist, gewählt, bevor es an die inhaltliche Arbeit der Tagung ging.

Der Vorstand sowie die Ausschüsse des Vereins bestehen aus Jurastudierenden verschiedener juristischer Fakultäten aus ganz Deutschland. Der neugewählte Vorstand für das laufende Geschäftsjahr besteht aus Marc Castendiek (Vorsitzender; Universität zu Köln), Broder Ernst (stellvertretender Vorsitzender und Öffentlichkeitsarbeit; Universität München), Lea Schröder (Finanzen I; Hochschule Mainz), Eric Skopke (Finanzen II; Universität Düsseldorf), Simon Pohlmann (EDV; Universität Münster), Aaron Steinacker (Koordination für besondere Aufgaben; Universität München) und Karsten Gerlach (Bundesfachschaftentagung; Universität Bielefeld).

Unter dem Thema „Jura – Grenzenlos“ erarbeiteten die Teilnehmenden in den folgenden Tagen in fünf Workshops neue Beschlüsse zu Themen wie alternativen juristischen Berufen, internationalen Fragen, Digitalisierung im Rechtsberuf, dem Referendariat und der Religion in der juristischen Ausbildung, um auf die gestellten Fragen Antworten zu finden.

Der Fachschaftsrat Hannover bedankt sich beim BRF, insbesondere unserem ehemaligen Vorstandsmitglied des BRF Lennart Rühling für die Organisation, der Juristischen Fakultät Hannover für die tolle Unterstützung, der Hannover Law Review für Ihre Kuchenspenden und allen teilnehmenden Delegationen für die fantastische Tagung, und freut sich schon auf ein Wiedersehen im nächsten Jahr in Bielefeld.

Patrick Glatz

## Interview: Stefanie Otte

### 1. Was hat Sie dazu bewogen, mit dem Jurastudium zu beginnen?

Ich habe direkt nach dem Abitur an der damaligen niedersächsischen Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege in Hildesheim mit dem Rechtspflegestudium begonnen. Nach dem Abschluss 1990 habe ich zunächst ein Jahr lang als Rechtspflegerin gearbeitet und mich dann für das Jurastudium eingeschrieben. Ich war damals Anfang 20 und hatte somit noch eine recht lange Berufszeit vor mir. Außerdem hatte ich Lust, das juristische Wissen weiter zu vertiefen, auch um mir in der Justiz weitere Berufschancen zu eröffnen.

### 2. Warum haben Sie nicht direkt angefangen Jura zu studieren?

Einerseits aus finanziellen Gründen, denn das Studium der Rechtspflege war schon seinerzeit und ist auch heute noch so ausgestaltet, dass man bereits Geld verdient, und ich wollte – auch finanziell – unabhängig sein. Andererseits hatte ich unmittelbar nach dem Abitur sehr großen Respekt vor den Herausforderungen des Jurastudiums und dem Berufsbild der Richterin. Das Studium der Rechtspflege war insofern ein guter Kompromiss, denn ich konnte einen juristischen Beruf ergreifen ohne mich sofort für das ganz Große entscheiden zu müssen.

### 3. Wo und wann haben Sie anschließend Jura studiert?

Meine Wahl des Studienorts fiel auf Osnabrück, weil der juristische Fachbereich dort seinerzeit zwar erst etwa 10 Jahre bestand, sich mit der Fokussierung auf wirtschaftsrechtliche und wirtschaftswissenschaftliche Inhalte aber schnell einen guten Ruf erarbeitet hatte. Dort habe ich 1991 mit dem Studium angefangen. Die Uni war – anders als andere Universitäten Anfang der Neunziger Jahre – nicht überlaufen und Osnabrück als Stadt bot ein ideales Umfeld für ein schönes Studentenleben. Nach vier Jahren habe ich mich für den Freischuss angemeldet und war 1995 mit dem Studium fertig.

### 4. Welchen Schwerpunkt haben Sie gewählt?

Das Studium war damals anders aufgebaut, es gab noch keinen Schwerpunkt wie die Studierenden ihn heute kennen. Man entschied sich für ein sog. Wahlfach. Ich habe mir damals aus dem öffentlichen Recht das Themengebiet kommunale Wirtschaftstätigkeit ausgesucht und dazu eine

Seminararbeit geschrieben. Außerdem war das Wahlfach Gegenstand der mündlichen Prüfung im 1. Staatsexamen. Die wirtschaftsrechtliche Ausrichtung zog sich an der Universität Osnabrück aber begleitend durch das gesamte Jurastudium.

### 5. Wie stehen Sie zu der derzeitigen Ausgestaltung des Schwerpunktes?

Dazu habe ich zwar keinen eigenen unmittelbaren Eindruck, aber ich habe das Gefühl, dass die Studierenden mit dem Schwerpunkt sehr zufrieden sind. Er bietet die Möglichkeit, über den eng begrenzten Lernstoff hinaus, sich je nach Neigung einer besonderen Thematik zu widmen und etwas Neues kennenzulernen, das im Grund- und Hauptstudium ansonsten eher untergeht.

### 6. Sind Sie selbst mal durch eine Übung/Klausur gefallen?

Soweit ich mich erinnere bin ich in keiner Klausur durchgefallen, die für das Vorankommen im Studium relevant gewesen wäre. Aber im Vorbereitungskurs für das Examen kam das sicherlich mal vor. Es gehört dazu, mal bessere und mal schlechtere Noten zu schreiben. Ich glaube auch, dass die Erfahrung, einmal nicht den eigenen Ansprüchen entsprechend abzuschließen, hilfreich sein kann. Aus Fehlern lernt man am besten und auch das Gefühl, eine ungerechte Bewertung erhalten oder nicht die volle Leistung erbracht zu haben, bringt einen persönlich weiter.

### 7. Wie viel Freizeit hatten Sie während Ihres Studiums?

Ich habe mir das Studium selbst finanziert und dafür teils als Rechtspflegerin, teils als wissenschaftliche Hilfskraft bei verschiedenen Professoren an der Universität gearbeitet. Ansonsten habe ich aber natürlich auch das Studentenleben genossen.

### 8. Sind Sie während des Studiums zu Studienzwecken ins Ausland gegangen und wo sollte man heute hingehen?

Ich bin während des Studiums nicht im Ausland gewesen. Das ist etwas, was ich sehr bedaure. Die Entscheidung hatte überwiegend finanzielle Gründe. Mein Fokus lag darauf, das Studium konzentriert und zügig zu beenden. Meine Empfehlung an die Studierenden geht dahin, auf jeden Fall ins Ausland zu gehen, sofern man es irgendwie einrichten kann. Es gibt dabei so vielfältige Möglichkeiten, die alle auf ihre eigene Art und Weise für das Studium

gewinnbringend sein können. Sei es die Sprache, ein besonderer rechtlicher Schwerpunkt, ein anderes Rechtssystem oder besonders hervorragende Professoren. Wo man hingeht, ist damit eine ganz individuelle Entscheidung. Wichtig ist aber, dass man sie trifft.

**9. Haben Sie an einem kommerziellen Repetitorium teilgenommen?**

Nein, ich habe am Uni-Repetitorium in Osnabrück teilgenommen. Das hatte schon seinerzeit einen hervorragenden Ruf und ich bin sehr froh, dass die Universität mir ermöglicht hat, mich angemessen auf mein Examen vorzubereiten. Dass die Examensvorbereitung an der Universität mit gutem Erfolg möglich ist, sollte meines Erachtens selbstverständlich sein.

**10. Wie hat sich Ihre Examensvorbereitung abgesehen vom Repetitorium gestaltet?**

Ich denke, das war so wie bei den Allermeisten. Wichtig ist ein sehr strukturiertes Vorgehen. Ein gut organisierter Tagesablauf, die Strukturierung des Lernstoffs, eine gute Mischung aus individuellem Lernen und Lernen in der Gruppe, der gegenseitige Austausch mit anderen Studierenden und natürlich auch die Teilnahme an Klausurenkursen mit dem häufigen Schreiben einer Klausur unter realen Bedingungen.

**11. Wie lange haben Sie sich auf das Examen vorbereitet?**

Damals war eine Vorbereitungszeit von etwa einem Jahr üblich, das habe ich so auch gemacht.

**12. Welchen Ratschlag haben Sie für die Examenskandidatinnen und -kandidaten?**

Die Strukturierung ist extrem wichtig, einerseits in Bezug auf den Tagesablauf andererseits auf den Lernstoff. Auch das individuelle wie das gemeinsame Lernen und der Ausgleich neben dem Studium will gut organisiert sein. Man schadet sich selbst, wenn man keine Balance zum Lernen schafft. Das kann eine bestimmte Sportart oder ein Instrument sein, sich mit Freunden zu treffen, vor allem mit möglichst verschiedenen Menschen, die in unterschiedlichen Lebenssituationen sind. Es geht darum, dass man ein vernünftiges Gefühl dafür bekommt, dass das Examen einerseits natürlich sehr wichtig ist, es aber andererseits auch andere Prioritäten gibt. Die Examensvorbereitung sollte nicht zum Maß aller Dinge werden.

**13. Haben Sie einen Ansatzpunkt wie der Druck, den Studierende in der Examensvorbereitung spüren weniger werden könnte?**

Ich würde mich über eine Diskussion freuen, ob es richtig und notwendig ist, dass im Jurastudium verhältnismäßig schlechte Noten verteilt werden. Das übt einen zusätzlichen Druck auf die jungen Leute aus, der aus meiner Sicht nicht zur Aufrechterhaltung oder Verbesserung der Qualität der Lehre erforderlich ist. Zumindest sollte man darüber nachdenken und diskutieren.

**14. Was würden Sie gern unseren Leserinnen und Lesern aus den unteren Semestern mit auf den Weg geben?**

Meine Empfehlung ist, sich grundlegend und umfassend für das Recht zu interessieren, also auch vermeintlich abseitige Fächer zu belegen. Mir ist bewusst, dass das im strengen zeitlichen Korsett des Studiums leichter gesagt ist als getan. Aber die Fähigkeit aus abstrakten Gesetzen zu konkreten Lösungen zu kommen, ist nicht zu unterschätzen. Nur anhand von Fällen zu lernen, birgt die Gefahr, dass man hinterher mit unbekannten Materien größere Schwierigkeiten bekommt. Das juristische Studium ist schon immer darauf ausgelegt gewesen, vom Abstrakten auf das Konkrete zu kommen. Dafür braucht man zwingend rechtswissenschaftliche Grundlagen, die sich beispielsweise auch im geschichtlichen oder philosophischen Kontext finden. Eine sachgerechte Auseinandersetzung mit dem Recht kann meines Erachtens ohne einen rechtshistorischen oder -philosophischen Hintergrund nicht gut funktionieren.

**15. Was machen Studierende heute anders als früher, was machen sie besser und schlechter?**

Studierende sind es heute gewohnt, anders Informationen aufzunehmen und zu verarbeiten. Ich finde es sehr bewundernswert wie schnell sie in der Lage sind, sich die jeweils erforderlichen Informationen zu verschaffen. Da sind sie viel besser als die Studierenden früherer Generationen es je gewesen sind oder je sein werden. Das umfasst auch die Komplexität von Zusammenhängen wahrzunehmen, zu bearbeiten und zu begreifen. Die Studierenden leben heute in komplexeren Welten und das ist für die Verarbeitung von Informationen auf jeden Fall ein großer Vorteil. Sie sind ebenfalls in der Lage sehr selbstständig zu arbeiten und gleichzeitig sehr wach. Das sind beste Voraussetzungen für die Juristerei.

Diese Fähigkeit muss allerdings verknüpft werden – nämlich mit der Fähigkeit und Bereitschaft das Grundsätzliche

aus den Fallkonstellationen zu ziehen, also die Fähigkeit zu abstrahieren, eigene Schlussfolgerungen zu ziehen, zu argumentieren. Es gilt nicht nur, sich daran zu orientieren, was im Netz zu finden ist. Früher musste man mehr selbst argumentieren und beispielsweise über Auslegungsmethoden zu einem Ergebnis kommen. Das nimmt heute ab, unter anderem weil im Internet schnellere Lösungen zu finden sind. Auch sprachliche Fähigkeiten – der Ausdruck, die Grammatik, die Rechtschreibung – sind Felder, die für die Rechtswissenschaften notwendig und nicht zu vernachlässigen sind. Da sehe ich Schwierigkeiten. Sprache und Rechtschreibung wird heute schon in der Schule anders gelehrt, das wirkt natürlich auch im Studium fort. Eine gewisse Leidenschaft für Sprache und Literatur ist aus meiner Sicht schon ein Erfolgsfaktor im juristischen Studium und Berufsleben.

**16. Welche Herausforderungen/Probleme sehen Sie auf die zukünftige Generation von Juristinnen und Juristen zukommen?**

Ich glaube, dass sich die Studierenden, wenn sie sich den Arbeitsmarkt ansehen, schon entspannen können. Die Berufswelt wird ihnen – viel umfassender als das noch vor einigen Jahren der Fall gewesen ist – offenstehen. Das heißt natürlich nicht, dass man sich zurücklehnen kann. Die Anforderungen, die Arbeitgeber an Berufsanfänger weiterhin stellen werden, sind sehr hoch. Deshalb ist auch bei einem sich verändernden Arbeitsmarkt eine hohe Eigenmotivation gefordert, um die Qualität des Studienabschlusses zu gewährleisten und sich auf dem Arbeitsmarkt zu bewähren. Für den Bereich der Justiz ist der hohe juristische Anspruch eine Voraussetzung.

Aber es gibt auch technische Veränderungen, die eine Herausforderung darstellen werden. Was macht das Fortschreiten der Technik mit der Rechtsfindung? Wird künstliche Intelligenz unsere Urteilsfindung beeinflussen oder unterstützen? Wie arbeiten wir mit technischen Mitteln? Ich glaube, dass insbesondere die jüngeren Generationen in ihrer Berufswelt einem ständigen Wandel unterzogen sein werden. Ich mache mir da aber keine Sorgen, da die Generation der jetzt Studierenden mit diesem Wandel schon aufgewachsen ist. Die sogenannten *digital natives* haben gelernt, dass Veränderung zum Leben dazugehört, zumindest stärker als es noch vor 20 Jahren der Fall gewesen ist. Das erleichtert den Umgang mit diesen Veränderungen.

**18. Welche Rolle spielen (Hobbys und) Engagements während des Studiums?**

Für uns als Arbeitgeber spielen Engagements eine große Rolle. Unabhängig davon, dass Engagements gleich welcher Art für die Studierenden einen Ausgleich zum Studium bieten und zugleich einen weiten Blick auf die Welt ermöglichen, lernt man dadurch auch die Vielfalt des Lebens kennen. Man kann z. B. bei einem sozialen Engagement mit Menschen aus anderen Gesellschaftsgruppen in Kontakt treten und daraus häufig wertvolle Erkenntnisse für das eigene Leben ziehen. Wir suchen Richterpersönlichkeiten. Dazu gehört auch, dass man nicht nur eine hohe juristische Qualität bietet, sondern Rückgrat, einen guten, wachen Blick für die Probleme in der Gesellschaft und eine hohe Empathiefähigkeit hat. Dies kann in einem ehrenamtlichen Engagement zum Ausdruck kommen.

**19. Erhöht das nicht aber gerade den Leistungsdruck, wenn man neben dem Studium noch zusätzliches Engagement zeigen soll?**

Es ist für uns keine zwingende Voraussetzung, sondern ein Indiz. Ich will den Studierenden viel eher Mut machen, dass es sich lohnt, sich für Themen neben dem Studium zu begeistern und einzusetzen. Niemand sollte Angst haben, dass es unnütz wäre, sich Zeit für Engagements neben dem Studium zu nehmen. Es besteht keine Pflicht – aber wenn man sich im universitären oder ehrenamtlichen Bereich engagiert, lässt das bestimmte Charakterzüge vermuten, die wir uns von künftigen Kolleginnen und Kollegen wünschen.

**20. Wie ist es mit Praktika?**

Praktika befürworte ich sehr. Für die Studierenden ist das eine gute Möglichkeit einen Einblick zu bekommen und sich beruflich zu orientieren. Ich meine sogar, dass viel früher angesetzt werden sollte, und würde es deshalb begrüßen, wenn in der Schule wieder Rechtskunde-Unterricht flächendeckend angeboten würde. Das Oberlandesgericht Celle hat mit mehreren Schulen Kooperationen geschlossen und beteiligt sich an verschiedenen Projekten.

**21. Wieso?**

Einerseits sind wir auf juristischen Nachwuchs angewiesen. Wenn man in der Schule schon etwas mehr über unser Rechtssystem lernt, hat man einen anderen Zugang zum Recht und vielleicht entwickeln Schülerinnen und Schüler dann schon früher ein Interesse daran, Jura zu studieren. Ich begrüße den Rechtskunde-Unterricht aber auch aus



anderen Erwägungen. Ich bin der Ansicht, dass der Rechtsstaat viele Jahre als selbstverständlich hingenommen worden und in der Wissensvermittlung vernachlässigt worden ist. Da würde ich mir eine größere Allgemeinbildung wünschen. Für das Funktionieren einer Demokratie ist ein funktionierender Rechtsstaat unerlässlich. Und dieser Rechtsstaat wiederum funktioniert nur, wenn seine Akzeptanz die Grundhaltung ist. Diese Akzeptanz setzt aber ein gewisses Wissen voraus.

**22. Zu welchem Zeitpunkt wussten Sie, dass Sie gern Richterin werden möchten?**

Ich wusste das bereits zu Beginn des Studiums, was aber gewiss auch an meinem Studium der Rechtspflege lag. Als Rechtspflegerin hat man ja einen direkten Einblick in den Richterberuf, sodass ich bessere Vorstellungen hatte, was auf mich zukommen könnte.

**23. ...und eine Karriere bis zu Positionen wie der einer Staatssekretärin oder OLG-Präsidentin anstreben?**

Mein beruflicher Werdegang ist sicher nicht vorhersehbar gewesen. Ich habe schon zu Beginn der Richterzeit festgestellt, dass es sehr vielfältige Berufsbilder in der Justiz gibt. Also eben nicht nur die Tätigkeit als Richterin oder Richter, sondern auch die Tätigkeiten, die damit einhergehen, dass die Justiz sich selbst verwaltet. Wir haben in der Justiz auch einen vielfältigen Einsatzbereich für Richterinnen und Richter an Bundesgerichten oder Ministerien. Mein Erfolgsrezept ist gewesen, dass ich für neue Tätigkeiten dieser Art immer offen war und dadurch in verschiedene Felder hineinschauen konnte. Diese Bereitschaft, sich zu verändern und auch Unbekanntes zu wagen, gepaart mit einem großen Anteil Gelassenheit, ist gewissermaßen Voraussetzung für meinen Berufsweg gewesen. Es gab natürlich immer schwierige Situationen, aber die müssen nicht notwendigerweise gefährlich oder hinderlich für die weitere berufliche Entwicklung sein.

**21. Hätten Sie sich auch eine andere juristische Tätigkeit vorstellen können? Wenn ja, welche?**

**Wenn Sie nicht Jura studiert hätten, was wären Sie dann heute?**

Wenn meine Entscheidung nicht auf die Rechtspflege bzw. Rechtswissenschaften gefallen wäre, hätte ich Ökophologie studiert und wäre Ernährungswissenschaftlerin geworden. Mich hat aber das Rechtliche schon sehr gereizt und es war damals auch nicht ganz einfach, einen Platz als Rechtspflegerin zu bekommen.

**22. Was ist das Besondere an dem Amt einer OLG Präsidentin? Inwiefern unterscheidet sich die Tätigkeit zu der Richtertätigkeit am OLG?**

Ich bin zu einem kleinen Anteil meiner Tätigkeit weiterhin Richterin und sitze einem Senat vor. Darüber bin ich sehr froh. Letztendlich bin ich als OLG Präsidentin aber hauptsächlich Verwaltungschefin. Der Bezirk des OLG Celle umfasst die Hälfte Niedersachsens mit fast 5.000 Beschäftigten. Davon sind knapp 900 Richterinnen oder Richter. Der Großteil meiner Tätigkeit besteht darin, den Gerichtsbezirk und die Gerichte so auszustatten, dass die Rechtsprechung gut funktioniert. Die Tätigkeit umfasst insofern die Bereiche Personalverwaltung, Haushalt, Organisation.

**23. Fehlt Ihnen die „einfache“ Richtertätigkeit?**

Nein, die Mischung aus Rechtsprechung und Gerichtsverwaltung ist toll.

**23. Abseits vom Notenerfordernis, welche Qualifikationen muss man in der heutigen Zeit mitbringen, wenn man nach dem zweiten Staatsexamen im Richterberuf erfolgreich sein will? Welche Qualifikationen müssen Bewerberinnen und Bewerber zum Einstellungsgespräch besonders mitbringen?**

Eine ganz hohe juristische Kompetenz und auch eine starke Persönlichkeit, die der Verantwortung, die man als Richter hat, gerecht wird. Man muss natürlich auch Empathie mitbringen, schließlich richtet man ja nicht im luftleeren Raum. Auch ein hohes Maß an Eigenmotivation und Reflektionsfähigkeit sind unerlässlich. Bedingt durch die richterliche Unabhängigkeit gibt es niemanden, der einen kontrolliert. Da der Beruf aber gleichzeitig eine so hohe Verantwortung mit sich bringt, brauchen wir stabile Persönlichkeiten.

Die Bewerbung erfolgt initiativ, also ohne Ausschreibung. Man kann sich jederzeit nach dem zweiten Staatsexamen beim OLG Celle bewerben. Im Moment ist unser Richtwert für eine gute juristische Kompetenz ein Ergebnis von mindestens 8 Punkten im zweiten Staatsexamen. Dies sollte aber nicht abschrecken, jede und jeder darf sich bewerben oder zumindest nachfragen.

**24. Wie läuft das Einstellungsgespräch ab, handelt es sich um ein Interview oder wird auch eine Gerichtsverhandlung „durchgespielt“?**

Im Einstellungsgespräch führen wir ein Interview und simulieren z. B. eine Gerichtsverhandlung oder eine andere



typische Lebenssituation aus dem Richteralltag. Die Einstellungskommission besteht aus einer Vertreterin oder einem Vertreter des Justizministeriums, der Generalstaatsanwaltschaft und des OLG. Das Besondere an unserem Auswahlverfahren ist, dass wir am gleichen Tag noch eine Zusage geben. Das Einstellungsverfahren schließt deshalb auch mit einer guten Planbarkeit für die Bewerberinnen und Bewerber ab.

Bei dem Rollenspiel versuchen wir herauszufinden, wie die Bewerberinnen und Bewerber an eine bestimmte Situation herangehen und nicht wie die Rechtslage ist. Ziel des Verfahrens ist, eine realitätsnahe Berufssituation zu simulieren und so mitzuteilen, was von den Bewerberinnen und Bewerbern erwartet wird. Mit diesem Verfahren haben wir sehr gute Erfahrungen gemacht. Wir haben, wenn wir uns die jungen Richter in der Probezeit anschauen – und das machen wir sehr genau und in sehr kurzen Abständen – eine hohe Trefferquote. Sollte es während der Probezeit nicht passen, trennen wir uns innerhalb der ersten drei Jahre auch wieder. Dafür führen wir verantwortungsvolle Gespräche mit den Betroffenen und kommen häufig gemeinsam überein, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Schließlich wird niemand in einem Beruf glücklich, der sie oder ihn überfordert. Wir sind aber insgesamt sehr froh mit unserem juristischen Nachwuchs.

**25. Welche Verbesserungen können Sie sich für diese/ statt dieser Vorgehensweise vorstellen?**

Wir sind im ständigen Austausch mit den Gerichtspräsidentinnen und -präsidenten, den Gerichtsdirektorinnen und -direktoren, mit dem Kollegium und auch mit den jungen Leuten, um zu reflektieren und evaluieren, ob unser bestehendes Bewerbungsverfahren gut und zeitgemäß ist. Das würde ich grundsätzlich bejahen, aber an einigen Stellschrauben drehen wir natürlich auch immer mal wieder.

**26. Wie kann man sich auf dieses Einstellungsverfahren vorbereiten?**

Man simuliert diese Interviewsituation am besten mit einer anderen Person und macht sich gute Gedanken darüber, warum man gerade Richterin oder Richter werden möchte. Es geht vor allem darum, wie authentisch die Bewerberinnen und Bewerber wirken, welche Motivation sie haben, wie sie mit kritischen Situationen umgehen und wie zugewandt sie reagieren können. Also alles in allem allgemeine Regeln des Miteinanders, die Leistungsfähigkeit und -bereitschaft, die Entschlussfähigkeit. Bewerberinnen

und Bewerber sollten sich darauf einstellen, uns genau diese Fähigkeiten zu zeigen.

**27. Noch etwas anderes: Was sollte man unbedingt in Celle gesehen/erlebt haben?**

An erster Stelle das 300 Jahre alte OLG, dann beispielsweise noch das Kunstmuseum, das Schloss und die Haesler Bauten im Bauhaus Stil.

**28. Welche Bücher können Sie unseren Leserinnen und Lesern für die Freizeitlektüre empfehlen?**

„Justizpalast“ von Petra Morsbach. Das Buch gibt einen guten, ungeschönten Einblick in den Alltag der Justiz und das Arbeitsleben von Richterinnen und Richtern. Dann vielleicht noch „Der nasse Fisch“ von Volker Kutscher. Das ist der erste Teil einer Krimireihe, die das Leben im Berlin der 20er Jahre beleuchtet, inklusive gesellschaftlicher und politischer Aspekte. Die Geschichte um die Hauptperson des Buches, Kommissar Rath, war Grundlage für die Fernsehserie Babylon Berlin.

**29. Welches Restaurant besuchen Sie gerne in Celle?**

Das „Ricetime“ ist ein tolles Restaurant. Es hat eine ausgezeichnete vietnamesische Küche und ein schönes Ambiente.

**30. Wenn Sie mich auf die Palme bringen wollen, dann wenden Sie sich an mich und sagen: „...“?**

Das haben wir schon immer so gemacht.

## Strategische Prozessführung – zwischen Recht, Politik und gesellschaftlicher Debatte

In Deutschland werden Gerichtsverfahren geführt, die eine Gratwanderung zwischen Recht und Politik versuchen. Gerichte entscheiden über Fragen wie: Ist KiK für Verletzungen von Menschenrechten durch Zulieferer in Pakistan verantwortlich? Muss RWE 0,47% der Klimafolgeschäden tragen, weil es 0,47% der relevanten Treibhausgase ausgestoßen hat? Würden Gerichte die Klagen als begründet erachten, würden sich ganze Industrien und Wirtschaftszweige verändern. Das Schaffen von Präzedenzfallen zur Einflussnahme auf ganze Branchen und deren Regulierung scheint ein Mittel – neben Gesetzesänderungen und Musterverfahren – zu sein, um politische Ziele zu erreichen. Dabei kommt es nicht immer darauf an zu gewinnen.

### A. Was ist Strategische Prozessführung?

Als strategische Prozessführung (*strategic litigation*) bezeichnet man Prozesse, die geführt werden, um die rechtliche Situation eines einzelnen Betroffenen zu klären und einen Präzedenzfall zu schaffen auf den sich eine soziale oder gesellschaftliche Gruppe beziehen kann, die in der gleichen Situation ist wie der Kläger oder die Klägerin. Die gesellschaftlichen und sozialen Veränderungen können dabei nicht nur durch den Prozessausgang herbeigeführt werden, wesentlich ist auch die einhergehende öffentliche Debatte um den Prozess.

Weil das Ziel, gesellschaftliche und politische Veränderungen herbeizuführen, auch ohne einen Klageerfolg im engeren Sinne erreicht werden kann, wurde die Formel *success without victory* (Erfolg ohne Sieg) geprägt. Die Hinnahme von Verlusten vor Gericht, für einen (Aufmerksamkeits-) Gewinn in der gesellschaftlichen Debatte zeichnet strategische Prozessführung aus.

Als die ersten Prozesse im Rahmen von strategischer Prozessführung bezeichnet man die Anti-Sklaverei Prozesse aus dem 18. Jahrhundert in den USA<sup>1</sup>. Alle Prozesse scheiterten, bis 1865 auch in den Südstaaten die Sklaverei durch den 13. Verfassungszusatz abgeschafft wurde.<sup>2</sup> Später

wandten sich Anwälte vor Gerichten auch gegen die sog. *Jim Crow Laws*, die noch bis 1964 die Rassentrennung in den USA forcierten. Auch diese Prozesse scheiterten. Bis 1954 der Supreme Court in *Brown v. Board of Education* entschied, dass die bisherige Doktrin *separate but equal* (getrennt aber gleich), also die Trennung von Menschen nach ihrer Hautfarbe z.B. in Öffentlichen Verkehrsmitteln, zumindest in öffentlichen Schulen gegen die Verfassung verstößt.<sup>3</sup> Weitere 10 Jahre später wurde mit dem Civil Rights Act die Rassentrennung in allen Lebensbereichen in den USA verboten. Die Gerichtsverfahren – bis *Brown v. Board of Education* – gingen zwar verloren, waren aber vielbeachtete und vieldiskutierte Elemente einer gesellschaftlichen Debatte. Sie waren ein Teil des gesellschaftlichen Wandels der letztendlich zur Abschaffung der Sklaverei und später zum Ende der Rassentrennung führte.

### B. Wichtige Verfahren in Deutschland

In letzter Zeit gab es mindestens vier Verfahren in Deutschland, die man unter dem Gesichtspunkt von strategischer Prozessführung betrachten kann.<sup>4</sup> Erstens, die Verfahren vor den Verwaltungsgerichten zu den Dieselfahrverboten durch die Deutsche Umwelthilfe.

Zweitens, das Verfahren gegen die Ärztin Kristina Hänel, die deutschlandweit Bekanntheit erlangte, weil sie wegen eines Verstoßes gegen § 219a StGB verurteilt wurde.<sup>5</sup> Zwar war sie zunächst „Opfer“ strategischer Prozessführung<sup>6</sup>, allerdings hat sie den Prozess selbst genutzt, um Aufmerksamkeit für ihr Anliegen zu erzeugen und eine breite Debatte anzustoßen. Die Debatte führte dazu, dass im Februar 2019 eine Neufassung des § 219a StGB verabschiedet wurde.

Drittens, ein Verfahren gegen den Textildiscounter KiK, auf das noch näher eingegangen wird. Viertens wurde RWE von einem peruanischen Bergführer verklagt, weil RWE sich – nach Meinung des Klägers – an den notwendigen Maßnahmen zum Schutz vor Klimafolgeschäden für das Heimatdorf des Mannes beteiligen soll, was im zweiten Teil des Beitrags behandelt wird.

<sup>1</sup> Zu den einzelnen Prozessen und zu deren Auswirkung: Lobel, *Success without Victory*, 2003 New York.

<sup>2</sup> Volltext und Erklärung des National Constitution Center zum 13. Verfassungszusatz: <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-xiii> (zuletzt abgerufen am: 14.09.19).

<sup>3</sup> *Oliver Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.* – 347 U.S. 483 (1954).

<sup>4</sup> Daneben zur Diskussion unterschiedlicher „Klimaklagen“: Graser, *Vermeintliche Fesseln der Demokratie: Warum die Klimaklagen ein vielversprechender Weg sind*, ZUR 2019, 271.

<sup>5</sup> LG Gießen, Urt. v. 12.10.2018 – 3 Ns – 406 Js 15031/15.

<sup>6</sup> Zu den Klagen sogenannter „Lebensschützer“ gegen Frauenärzte: Mayr, [https://www.deutschlandfunkkultur.de/streit-um-paragraph-219a-selbsternannte-lebensschuetzer.976.de.html?dram:article\\_id=415119](https://www.deutschlandfunkkultur.de/streit-um-paragraph-219a-selbsternannte-lebensschuetzer.976.de.html?dram:article_id=415119) – (zuletzt abgerufen am: 14.09.19).

## I. Das „KiK-Verfahren“

Im KiK-Verfahren<sup>7</sup> geht es um die Frage, ob ein Auftraggeber (KiK) als Hauptkunde eines Zulieferers (Ali Enterprises), für Schäden die Arbeiterinnen und Arbeiter bei einem Brand im Jahre 2012 in Pakistan, aufgrund angeblicher Versäumnisse des Zulieferers erlitten haben, (mit-)verantwortlich gemacht werden kann. Wäre das Gericht der Argumentation der Klage gefolgt, könnten sich Opfer von Menschenrechtsverletzungen entlang der globalen Lieferketten, an die deutschen (und europäischen) Auftraggeber mit Schadensersatzforderungen richten. Vor allem in der Modeindustrie haben die wenigsten Marken eigene Produktionsstätten, sondern überlassen jeden Verarbeitungsschritt selbstständigen Lieferanten in Niedriglohnländern, deren arbeitsrechtliche Schutzniveaus bei Weitem nicht an Europäische heranreichen. Würden die Unternehmen aus dem globalen Norden selbst die Produktion übernehmen, wären sie für die Zustände selbst verantwortlich. Es stellt sich die Frage, ob Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen auch für Rechtsverletzungen des Auftragnehmers verantwortlich sind.

Am Anfang zunächst das Ende: Die Klage wurde am 10. Januar 2019 vom LG Dortmund abgewiesen. Die Richter entschieden, dass die Ansprüche verjährt seien.

### 1. Sachverhalt

Bei einem Fabrikbrand in der Firma Ali Enterprises in Baldia einem Vorort von Karachi in Pakistan sind am 11. September 2012 259 Menschen ums Leben gekommen, 30 weitere Menschen wurden teils schwer verletzt. Es ist nicht abschließend geklärt, aber wahrscheinlich, dass das Feuer Folge eines Brandanschlages pakistanischer Schutzgeld-erpresser war.

Auf Klägerseite treten drei Hinterbliebene und ein Verletzter auf. Der Brand hatte nach ihren Angaben u.a. so schwerwiegende Folgen, weil die Alarmanlage nicht funktioniert habe, keine ausreichenden Feuerlöscher vorhanden und Notausgänge verriegelt gewesen seien.<sup>8</sup> Diese Verfehlungen seien – unabhängig von der Ursache für das Feuer – der Grund für die hohe Zahl an Toten und Verletzten.

KiK hatte zum Zeitpunkt des Brandes und in den Jahren zuvor nach eigenen Angaben 75 % der Waren der Firma Ali Enterprises abgenommen. KiK ist der Auffassung, gegen gezielte Brandanschläge hätten die gesetzlich vorgeschriebenen Brandschutzvorrichtungen gar nicht ausreichen können. Wäre es ein normales Feuer gewesen, hätten die vorhandenen Vorrichtungen ausgereicht. Die Kläger\_innen fordern jeweils EUR 30.000,00 Schmerzensgeld. Für die Einkommensverluste sind die Familien von KiK bereits auf freiwilliger Basis im Rahmen einer einmaligen Zahlung unmittelbar nach dem Brand und einer Zahlung nach der Bewilligung des Prozesskostenhilfeantrags im Jahr 2016 im Laufe der außergerichtlichen Verhandlungen entschädigt worden<sup>9</sup>. Die Zahlungen von KiK belaufen sich insgesamt auf rund 6 Millionen US Dollar.

## 2. Rechtliche Würdigung

Der Fall wurde wegen Art. 4 Abs. 1 der Rom-II-Verordnung nach pakistanischem Recht entschieden, da bei Schadensersatzklagen aus unerlaubter Handlung das Recht Anwendung findet, was am Ort der Verletzung (Erfolgsort) gilt. Das LG Dortmund ist zuständig für Klagen gegen KiK, da der Geschäftssitz des Unternehmens in Bönen im Gerichtsbezirk des LG liegt. Das pakistanische Recht ist aus dem englischen Common Law hervorgegangen und orientiert sich noch heute stark daran. Neben den originär pakistanischen Gesetzen, werden noch heute Entscheidungen von englischen Obergerichten von pakistanischen Gerichten beachtet.

### a) Verjährung

Das LG Dortmund ist der Argumentation der Beklagten gefolgt und hat entschieden, dass Verjährung eingetreten ist. Das Pakistanische Recht sieht im Limitation Act 1908 vor, dass die Verjährung für Ansprüche wegen des Todes einer Person innerhalb von einem Jahr und Ansprüche wegen der Verletzung einer Person innerhalb von zwei Jahren eintritt. Die Frage der Verjährung ist eine materielle Frage, die von Amts wegen zu berücksichtigen ist und nicht – wie in Deutschland – von der Erhebung der Verjährung abhängig. Auch Verhandlungen hemmen die Verjährung nicht. Die Klage wurde im März 2015, also zweieinhalb Jahre nach dem Unglück eingereicht. Trotzdem war der Fall nicht ein-

<sup>7</sup> LG Dortmund Urt. v. 10.01.2019 – 7 O 95/15.

<sup>8</sup> Analyse des Brandes des Forensic Architecture Insitut an der Goldsmith Universität Lodnon: <https://forensic-architecture.org/investigation/the-ali-enterprises-factory-fire> (zuletzt abgerufen am: 14.09.19).

<sup>9</sup> International Labour Organisation, [http://www.ilo.org/berlin/presseinformationen/WCMS\\_522310/lang--de/index.htm](http://www.ilo.org/berlin/presseinformationen/WCMS_522310/lang--de/index.htm) (zuletzt abgerufen am: 14.09.19).

deutig. Es gab drei Argumente der Kläger\_innen, dass Verjährung doch nicht eingetreten sei.

Erstens, KiK hat während der außergerichtlichen Verhandlungen eine Erklärung mit folgendem Wortlaut abgegeben: „Schließlich verzichtet meine Mandantin, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht oder einer Haftung dem Grunde nach, aber mit rechtlicher Verbindlichkeit, Ihnen gegenüber auf die Einrede der Verjährung zunächst bis Ende September 2016. (...)“<sup>10</sup>. Zwar sind sich die Parteien einig, dass eine solche Vereinbarung nach pakistanischem Recht nicht möglich ist. Jedoch könnten sie eine Rechtswahl getroffen haben, womit nach Art. 14 Abs. 1 a der Rom-II-VO, auf diese Frage deutsches Recht anwendbar wäre.<sup>11</sup> Die Klägerseite argumentiert, dass die Beteiligten konkludent deutsches Recht gewählt hätten, weil nur dann eine entsprechende Vereinbarung wirksam sein könnte. Es sei deshalb logisch, dass die Beteiligten deutsches Recht anwenden wollten. Das Gericht hielt das Vorbringen der Kläger\_innen nicht für überzeugend. Es entschied, dass die Vertreter von KiK diese Erklärung ohne das Erklärungsbewusstsein abgegeben hätten, dass sie damit eine Rechtswahl für die Frage der Verjährung treffen würden. Somit sei keine Teilrechtswahl erfolgt. Es könnte auch gemäß Art. 4 Abs. 3 Rom-II-VO ausnahmsweise deutsches Recht anwendbar sein, weil diese Frage eine deutlich engere Beziehung zum deutschen Recht hätte. Dafür sah das Gericht keine ausreichenden Anhaltspunkte.

Zweitens könnte in der Zahlung der Soforthilfen im Jahr 2012 ein schriftliches Anerkenntnis von KiK liegen, was nach pakistanischem Recht eine Verjährung ausschließen würde. KiK hatte jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass diese Zahlungen auf freiwilliger Basis erfolgten. Dieser Lesart folgte das Gericht.

Drittens könnte wegen der außergewöhnlich kurzen Fristen von einem bzw. zwei Jahren ein Verstoß gegen den *ordre public* Grundsatz vorliegen, der in Art. 26 Rom-II-VO normiert ist. Das wäre der Fall, wenn die Anwendung dieser Regelung den wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung widersprechen würde. Die Klägerinnen und Kläger argumentierten, dass es ihnen wegen der

unübersichtlichen Situation nach dem Unglück und dem aufwendigen Verfahren und den langen Verhandlungen vor Erhebung der Klage nicht möglich gewesen sei die Klage früher anzustrengen. Eine ablehnende Entscheidung würde sie in ihrem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG verletzen. Darin läge der Verstoß gegen den *ordre public* Grundsatz. Das Gericht sah aber erstens, keine außergewöhnlich kurze Frist und zweitens, die Möglichkeit, die Klage früher zu erheben.

## b) Ansprüche

Unabhängig von der Entscheidung, dass Verjährung eingetreten ist, zeigen die Argumente der Klägerinnen und Kläger, spannende rechtliche Fragen auf. Ein Anspruch hätte aus drei Anspruchsgrundlagen hergeleitet werden können. Erstens, eine Haftung für Ali Enterprises als Verrichtungsgehilfen (*Vicarious liability*). Zweitens, lässt KiK alle Auftragnehmer einen Code of Conduct (CoC) unterschreiben, der zur Einhaltung von hohen Arbeitssicherheitsstandards aufruft.<sup>12</sup> Daraus könnte sich eine Pflicht zur Kontrolle dieser Standards ergeben. Drittens, könnte man in dem CoC einen Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter (i.S.d. pakistanischen Rechts) sehen.

### aa) Vicarious liability

Die sogenannte *Vicarious liability* (in etwa: Haftung für Verrichtungsgehilfen) setzt voraus, dass, erstens, der Verrichtungsgehilfe eine unerlaubte Handlung begangen hat, zweitens, das Verhältnis von Auftraggeber und Verrichtungsgehilfe einem Arbeitsverhältnis gleicht und dass, drittens, die Verletzung innerhalb des Anwendungsbereichs des Quasi-Arbeitsverhältnisses passiert. Hierbei wäre vor allem die Frage, ob das Verhältnis von KiK zu Ali Enterprises tatsächlich einem Arbeitsverhältnis glich, entscheidend gewesen. Dafür hätte gesprochen, dass KiK mindestens 75% der hergestellten Kleidung abgenommen hat. In *Fauji v Sindh Labour* wurde eine Haftung für das Verhalten eines Dritten angenommen, da eine völlige Abhängigkeit zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber vorlag. Dabei ist die rechtliche Ausgestaltung der Beziehung für den High Court of Pakistan ohne Belang gewesen, es kam nur auf die tatsächlichen Verhältnisse an.<sup>13</sup> Vergleichbar

<sup>10</sup> LG Dortmund Urt. V. 10.01.2019 – 7 O 95/15 Rn. 5.

<sup>11</sup> Zur Frage der Rechtswahl in Bezug auf die Verjährung unter der Rom-II-VO: Streibelt, <https://www.luther-lawfirm.com/blog/complex-disputes/landgericht-dortmund-erster-verhandlungstag-im-prozess-um-schmerzensgeld-gegen-kik-wegen-des-brandes-im-pakistanischen-karatschi.html> (zuletzt abgerufen am: 14.09.19).

<sup>12</sup> Version von 2015: [http://www.kik-textilien.com/unternehmen/fileadmin/user\\_upload\\_de/Tschechien/COC-Englisch.pdf](http://www.kik-textilien.com/unternehmen/fileadmin/user_upload_de/Tschechien/COC-Englisch.pdf) (zuletzt abgerufen am: 14.09.19).

<sup>13</sup> *Fauji v Sindh Labour* [Supreme Court of Pakistan CA: 83-84/06], ähnlich in *Cassidy vs. Ministry of Health* [1951] 2 KB 343. Hier entschied der englische Court of Appeals, dass es keine Voraussetzung für eine Haftung für einen Verrichtungsgehilfen ist, das unmittelbare Kontrolle über die Arbeitsweise des Verrichtenden ausgeübt wird. Allerdings war in diesem Fall ein quasi-Arbeitsverhältnis etabliert.



mit dem vorliegenden Sachverhalt ist dieser Fall allerdings nicht unmittelbar. Nach deutschem Recht kommt nach § 831 BGB eine Haftung für einen selbstständigen Auftragnehmer nur ausnahmsweise in Betracht, wenn dieser vollumfänglich abhängig und weisungsgebunden ist, was regelmäßig nicht der Fall ist.<sup>14</sup> Tendenziell wäre eine solche Haftung nach pakistanischem Recht wahrscheinlicher als nach Deutschem.

### bb) Haftung für eigenes Verschulden

Außerdem argumentierten die Klägerinnen und Kläger, dass KiK durch den CoC, den es alle Subunternehmer unterschreiben lässt, zugleich Schutzpflichten für die Einhaltung des CoC übernommen hätte. Diese Schutzpflichten hätte KiK nicht ausreichend wahrgenommen. Für die Kläger\_innen hätte das Urteil *Watson v. British Boxing Board of Control*<sup>15</sup> (BBBC) sprechen können. In dem Fall hatte das BBBC Sicherheitsregeln für Boxkämpfe aufgestellt. Bei einem Kampf, der von einem Veranstalter unter den Regeln des BBBC veranstaltet wurde, wurde Watson nicht angemessen medizinisch versorgt, weil Regeln des BBBC nicht eingehalten wurden. Der *Court of Appeals* entschied, dass das BBBC die Einhaltung dieser Regeln hätte überprüfen müssen. Ob KiK – als Auftraggeber – vergleichbare Pflichten treffen, da der CoC zur Einhaltung bestimmter Regeln aufruft, hätte das Gericht entscheiden müssen.

### cc) Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter

Die Kläger\_innen argumentierten in der Klageschrift alternativ, dass in dem Code of Conduct ein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter (VSD) liege. Ein Anspruch ist nach britischem Recht in der Konstellation des VSD dann gegeben, wenn ein Dritter von einem Vertrag zwischen zwei Parteien profitieren soll, die dritte Partei in dem Vertrag benannt ist und wenn die Parteien den Vertrag nicht so geschlossen haben, dass eindeutig erkennbar ist, dass der Dritte die aus der Vereinbarung zustehenden Rechte nicht geltend machen können soll. Hier sah die Klägerseite in dem verbindlich formulierten Code of Conduct, der Bestandteil der Verabredung zwischen KiK und Ali Enterprises war, eben genau das: Einen Vertrag, der ge-

schlossen wurde, um die Näherinnen in den Fabriken der Zuliefererbetriebe zu schützen. Aus der Formulierung desselben lässt sich nicht erkennen, dass darin lediglich eine rechtlich unverbindliche Absichtserklärung liegen soll. Allerdings gibt es keinen Fall aus Pakistan – lediglich aus Großbritannien<sup>16</sup> – der dies unterstützt. Insgesamt ist in der rechtswissenschaftlichen Diskussion noch nicht geklärt, welche Verpflichtungen aus einem solchen Code of Conduct erwachsen und welche Rechte sich daraus für die Betroffenen ergeben können.<sup>17</sup>

### c) Ergebnis

Das Gericht musste sich aufgrund der eingetretenen Verjährung nicht mit diesen Fragen auseinandersetzen. Es stellte einzig fest, dass ein Anspruch nach deutschem Recht nicht gegeben sei.<sup>18</sup>

### 3. Was der Fall bedeutet hätte

Ein positives Urteil zu Gunsten der Kläger\_innen hätte weitreichende Konsequenzen für die Modebranche gehabt. Damit wäre *de facto* eine Pflicht zur effektiven Kontrolle von Brandschutzvorrichtungen für europäische Unternehmen etabliert – zumindest wenn in den Produktionsländern ein dem englischen Recht ähnliches Common Law wie in Pakistan angewandt wird (Beispiele hierfür wären wichtige Produktionsländer wie Bangladesch und Indien). Wegen der Anwendung der Rom-II-Verordnung könnten Kläger in ganz Europa in Zukunft auf diesen Fall verweisen. Die Unternehmenspraxis, ein rechtlich selbstständiges Unternehmen zu beauftragen, ohne die Einhaltung bestimmter Standards zu überprüfen, wäre damit hinfällig. Neben der Modebranche wären alle Konsumgüter-Branchen, die in Ländern produzieren lassen, die das Common Law praktizieren von dieser Entscheidung betroffen. Auch wenn das Verfahren nicht erfolgreich war, hat es eine beachtliche gesellschaftliche Debatte angestoßen.<sup>19</sup>

Das Verfahren kommt zu einem Zeitpunkt, zu dem in Deutschland und Europa über ein verpflichtendes Gesetz zum Schutz der Arbeitnehmer in den Lieferketten der

<sup>14</sup> Förster in: BeckOK BGB, 50. Edition, Stand: 01.05.2019, § 831 Rn. 15.

<sup>15</sup> *Watson v British Boxing Board of Control* [2001] QB 1134.

<sup>16</sup> *Nisshin Shipping Co Ltd v. Cleaves & Co Ltd.* [2003] EWHC 2602 – dieser Fall beruht jedoch auf dem Rights of Third Parties Act 1999, der in Pakistan nicht unmittelbar Anwendung findet.

<sup>17</sup> Überblick verschaffend: *Heinlein*, Zivilrechtliche Verantwortung transnationaler Unternehmen für sichere und gesunde Arbeitsbedingungen in den Betrieben ihrer Lieferanten, NZA 2018, 276 – 282.

<sup>18</sup> LG Dortmund Urt. V. 10.01.2019 – 7 O 95/15, Rn. 32f.

<sup>19</sup> Siehe nur: *Dittrich*, <https://www.tagesschau.de/ausland/kik-109.html> (zuletzt abgerufen am: 14.09.19), *Garling und Engelberg*, <https://www.bild.de/regional/ruhrgebiet/koeln-aktuell/kik-wegen-fabrikbrand-verklagt-ich-vermisse-meinen-sohn-jeden-tag-58710480.bild.html> (zuletzt abgerufen am: 14.09.19).



deutschen Unternehmen diskutiert wird.<sup>20</sup> Grundlage für die Diskussion in Deutschland ist der Nationale Aktionsplan für Wirtschaft und Menschenrechte (NAP) von 2016.<sup>21</sup> Dieser enthält eine freiwillige Selbstverpflichtung der Unternehmen zur Veröffentlichung von Berichten über Menschenrechtsrisiken in den Lieferketten. Im Jahr 2020 soll evaluiert werden, ob sich mehr als 50% der Unternehmen an die freiwillige Verpflichtung gehalten haben. Halten weniger als 50% der Unternehmen diese Selbstverpflichtung ein, soll ein verpflichtendes Gesetz geschaffen werden. Die vom NAP formulierten Ziele werden aller Voraussicht nach nicht erreicht. Zuletzt ist bekannt geworden, dass die Bundesregierung die Kriterien im Nachhinein ändern will, so dass es für die Unternehmen leichter ist den Berichtsanforderungen nachzukommen.<sup>22</sup>

Außerdem berät eine Gruppe innerhalb der UN seit 2014 über den sogenannten *Binding Treaty* (den Bindenden Vertrag über die Verpflichtung von Transnationalen Unternehmen zum Schutz der Menschenrechte).<sup>23</sup> Dieser soll eine Verpflichtung für Staaten schaffen, Unternehmen zur Überwachung der Einhaltung von Menschenrechten in den Lieferketten zu verpflichten. Das KiK Verfahren kann auch in der Diskussion um den *Binding Treaty* auf politischer Ebene als Argument genutzt werden, weshalb eine verpflichtende Gesetzgebung notwendig ist.

## II. Lliuya vs. RWE<sup>24</sup>

Bei dem Verfahren des peruanischen Bergführers und Bauern Saúl Luciano Lliuya gegen RWE geht es um die Frage, ob RWE – als einer der größten Emittenten des Treibhausgases CO<sub>2</sub> – anteilig für Schäden haftet, die in anderen Teilen der Welt durch den Klimawandel entstehen. Sollte der Klage stattgegeben werden, könnten sich Menschen weltweit an RWE wenden, wenn sie einen Schaden aufgrund des Klimawandels erlitten haben. Auch kann man davon ausgehen, dass viele andere Großemittenten sich ähnlichen Klagen gegenüber sehen würden, sollte dieses Verfahren für den Kläger erfolgreich sein.

2016 hat das LG Essen die Klage in erster Instanz abgewiesen. Es stellte dabei im Wesentlichen darauf ab, dass die Kausalität zwischen den Emissionen von RWE und den

Klimafolgeschäden nicht ausreichend begründet sei. Das Verfahren wird zur Zeit in zweiter Instanz vor dem OLG Hamm verhandelt.

### 1. Sachverhalt

Der Kläger lebt in der peruanischen Kleinstadt Huaraz. In der Stadt und den umliegenden Gebieten leben rund 130.000 Menschen. Die Stadt ist in den Anden gelegen, auf einer Höhe von 3100 Metern. Über der Stadt liegt in den Bergen der Gletschersee Palcacocha. Durch die abschmelzenden Gletscher in den Anden sei das Volumen des Wassers im Palcacocha-Bergsee um das 30fache gegenüber 1972 angestiegen, heißt es in der Klageschrift. Die nationale peruanische Katastrophenschutzbehörde warnt seit 2015, dass durch abbrechende Gletscher jederzeit eine Flutwelle verursacht werden könnte, die das ganze Gebiet um Huaraz verwüsten würde.

Abhilfe könnten nur neu angelegte Staudämme und künstliche Seen schaffen, meint der Kläger. Er ist der Überzeugung, dass die Gletscher aufgrund des Klimawandels abschmelzen. Für den Klimawandel sind nach der Argumentation der Klageschrift vor allem die CO<sub>2</sub> Emissionen verantwortlich. RWE soll für 0,47% des seit 1850 von Menschen emittierten CO<sub>2</sub> verantwortlich sein.<sup>25</sup> Die Kosten für die notwendigen Schutzvorrichtungen belaufen sich auf rund 4 Millionen Euro. Der Kläger fordert nun 0,47% dieser Kosten – rund EUR 17.000 – von RWE.

Dabei ist jede dieser Fragen in tatsächlicher Hinsicht strittig. Es gibt z.B. kein allgemein anerkanntes Modell, dass den Anteil des menschengemachten Klimawandels zweifelsfrei berechnen kann. RWE zweifelt deshalb daran, ob es überhaupt möglich ist eine ausreichende Sicherheit zu erreichen.

Die Entscheidung in diesem Prozess wird maßgeblich von vier Gutachten abhängen. Dabei ist eine wissenschaftlich endgültige Beweisführung wohl nicht möglich. Der BGH hat in Bezug auf dieses Problem schon 1970 entschieden: „Der Richter darf und muß sich aber in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewißheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.“<sup>26</sup>

<sup>20</sup> Zu dem weitergehenden Gesetz in Frankreich: Altschuller und Lehr, <https://www.csrandthelaw.com/2017/08/03/the-french-duty-of-vigilance-law-what-you-need-to-know/> (Abruf v. 18.08.19).

<sup>21</sup> <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/297434/8d6ab29982767d5a31d2e85464461565/nap-wirtschaft-menschenrechte-data.pdf> (Abruf v. 18.08.19).

<sup>22</sup> Koch, <http://www.taz.de/!5584600/> (zuletzt abgerufen am: 14.09.19).

<sup>23</sup> Zur Übersicht: <https://bindingtreaty.org/> (zuletzt abgerufen am: 14.09.19).

<sup>24</sup> Erstinstanzliches Urteil: LG Essen, Urt. v. 15.12.2016 – 2 O 285/15, AZ des OLG Hamm: I-5 U 15/17.

<sup>25</sup> Der Kläger beruft sich dabei auf: Heede, Carbon Majors: Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010 – Methods & Results Report, S. 27, Table 12. Abrufbar unter: <http://www.climateaccountability.org/pdf/MRR%209.1%20Apr14R.pdf> (zuletzt abgerufen am: 14.09.19).

<sup>26</sup> BGHZ 53, 245 (255f.).

## 2. Rechtliche Würdigung

Die Klage wird vor dem OLG Hamm als zuständiges Gericht in zweiter Instanz nach deutschem Recht verhandelt. Gemäß Art. 7 RomIIVO kann der Geschädigte bei Auseinanderfallen von Verursachungs- und Erfolgsort wählen, ob er das Recht des Ortes des Schadenseintritts oder das Recht des schadensbegründenden Ereignisses anwenden möchte.

Im Wesentlichen streiten sich die Parteien darüber, ob zwischen den Emissionen von RWE und den Auswirkungen des Klimawandels in den peruanischen Anden eine ausreichende Kausalität besteht, die RWE zugerechnet werden kann.

### a) Anspruch

Der Kläger begründet seinen Anspruch auf § 1004 BGB und beantragte das RWE verurteilt wird, 0,47 % der Kosten für geeignete Schutzmaßnahmen für das Eigentum des Klägers zu zahlen. Einzelne Maßnahmen hat der Kläger bereits ergriffen. Da die vermeintliche Beeinträchtigung weiter andauert und eine genaue Bezifferung der bisher und in Zukunft notwendigen Maßnahmen nicht möglich ist, hat der Kläger eine Feststellungsklage gem. § 256 ZPO erhoben. Für von ihm vorgenommene Maßnahmen verlangt der Kläger nach §§ 683, 670 BGB oder nach § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB Ersatz der Kosten, die der Kläger für RWE als Störer gem. § 1004 BGB aufwenden müsste. Das OLG Hamm hat in einem Hinweis- und Beweisbeschluss die Klägerseits vorgebrachte Begründung als schlüssig bezeichnet.<sup>27</sup>

### b) Kausalität

In der ersten Instanz entschied das LG Krefeld, dass nicht ausreichend sicher festgestellt werden könne, dass die Emissionen, die von RWE ausgestoßen wurden, tatsächlich im Speziellen einen Einfluss auf die schmelzenden Gletscher in den Anden am Palcacocha Gletschersee hätten. Dabei wendete es die *conditio sine qua non* Formel mit folgender Schlussfolgerung an: Auch wenn man die Emissionen von RWE wegdenken würde, gäbe es den Klimawandel als Phänomen und damit die abschmelzenden Gletscher. Das OLG Hamm hat hingegen im Beschluss vom 07.02.2018 angedeutet, dass es grundsätzlich der Meinung ist, dass bei einem Phänomen mit mehreren Verursachern (hier dem

Klimawandel) jeder anteilig Mitverursacher des gesamten Phänomens ist.<sup>28</sup>

### c) Verantwortlichkeit

Das LG Krefeld war bei der Frage der Verantwortlichkeit von mehreren Verursachern für ein Ereignis der Argumentation der Beklagten gefolgt. Diese hatten sich vor allem auf das sogenannte Waldschaden-Urteil des BGH<sup>29</sup> gestützt.<sup>30</sup> Der BGH befasste sich 1987 in dem Verfahren mit der Frage, ob ein Forstwirt einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Bund hat, weil dieser aufgrund von Umweltverschmutzung durch Industrieanlagen zurückgehende Forsterträge hatte. Dabei stellte der Senat fest, dass es für den Geschädigten wohl nicht möglich sei zu beweisen, welche im Einzelnen zu benennenden Emissionen ihn schädigten und wer für welche Schädigung verantwortlich sei.

Dabei muss man beachten: Im Waldschadens-Urteil ging es um *lokale* Emissionen, die (ohne zuvor in die Atmosphäre aufzusteigen) Schäden an den Bäumen in den umliegenden Wäldern verursacht haben sollen. Somit müsste man theoretisch im Waldschadensfall diejenigen benennen, die die konkreten schädigenden Immissionen verursacht haben, die den konkreten Wald (oder sogar konkreten Baum) betreffen. Demgegenüber ist der Klimawandel ein *globales* Phänomen. Die klimarelevanten Emissionen steigen in die Erdatmosphäre auf und verhindern so, dass Wärme durch die Atmosphäre entweichen kann. Der Klimawandel – als globales Phänomen – wird von allen Emittenten gleichermaßen (entsprechend ihrem Anteil) verursacht und hat auf der ganzen Welt Auswirkungen.

Unter anderem deswegen meint der Kläger in der Berufung, dass die Anwendung des Waldschadens-Urteils fehlerhaft erfolgt sei.

Das OLG Hamm hat in seinem Beschluss vom 07.02.2018 erkennen lassen, dass es die Argumentation des Klägers grundsätzlich für schlüssig erachtet, wenn die vom Kläger behauptete Kausalkette im Rahmen der Beweisaufnahme nachgewiesen werden kann.<sup>31</sup>

Die Vertreter von RWE haben außerdem vorgebracht, dass eine Entscheidung zu Lasten der Beklagten im Widerspruch zur öffentlich-rechtlichen Genehmigung des Betriebes der Anlagen stehen würde. Allerdings hat das OLG

<sup>27</sup> OLG Hamm Hinweis und Beweisbeschluss vom 30.11.2017 – I-5 U 15/17, abrufbar unter: <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/static/20732.pdf> (zuletzt abgerufen am: 14.09.19).

<sup>28</sup> OLG Beschluss vom 07.02.2018, I-5 U 15/17, S. 4, unter 4. abrufbar unter: <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/static/21158.pdf> (zuletzt abgerufen am: 14.09.19).

<sup>29</sup> BGH NJW 1988, 478.

<sup>30</sup> LG Essen, Urt. v. 15.12.2016 – 2 O 285/15.

<sup>31</sup> OLG Hamm Beschluss vom 07.02.2018, I-5 U 15/17, S. 4 unter 4. Fn. 27.

Hamm im Hinweis- und Beweisbeschluss vom 30.11.2017 bereits festgestellt, dass auch ein rechtmäßig Handelnder für verursachte Eigentumsbeeinträchtigungen Schadensersatz leisten muss, wie sich auch unter anderem aus § 906 Abs. 2 S 2 BGB erkennen lässt. Auch ließ der Senat des OLG Hamm das Argument nicht zu, dass ein Urteil zu Gunsten des Klägers zu unkalkulierbaren wirtschaftlichen Folgen für deutsche Unternehmen und Gerichte führen könnte.<sup>32</sup>

### 3. Stand des Verfahrens

Das OLG Hamm hat im August 2018 einen Beweisbeschluss veröffentlicht, in dem es den ersten von insgesamt vier Gutachtern beauftragt hat.<sup>33</sup> Dieser soll klären, ob für das Grundstück des Klägers eine ernsthaft drohende Beeinträchtigung durch den Anstieg des Volumens des Wassers der Palcacocha Lagune vorliegt. Das Gutachten wird noch 2019 erwartet. Stimmt der Gutachter dem Vortrag des Klägers zu, werden Gutachter zu den weiteren Fragen beauftragt. Diese sollen dann u.a. feststellen, inwiefern die CO<sub>2</sub>-Emissionen von RWE den Klimawandel beschleunigen und ob dies der Grund für das Abschmelzen der über der Palcacocha Lagune liegenden Gletscher ist. Das Gericht hat im April 2019 außerdem ein Ersuchen an den Staat Peru gestellt, um die Lage vor Ort besichtigen zu können. Dies wird das Verfahren voraussichtlich weiter verzögern. Angesichts der schwierigen Beweislage für jede der im Prozess entscheidenden Fragen, ist das Ende noch nicht absehbar und nicht davon auszugehen, dass der Fall zu Lasten von RWE entschieden werden wird.

### 4. Was der Fall bedeuten würde

Bereits jetzt ist die Berichterstattung um die Klage außergewöhnlich.<sup>34</sup> Das Verfahren ist dabei im Zusammenhang mit der Diskussion um das Stichwort „Klimagerechtigkeit“ zu lesen. Während die westliche Welt in den letzten 150 Jahren ihren Energiebedarf mit fossilen Brennstoffen gedeckt hat, sind es jetzt vor allem Staaten des globalen Südens, die die Folgen des Klimawandels besonders stark zu spüren bekommen. Noch heute ist der Durchschnittliche CO<sub>2</sub> Ausstoß pro Kopf in Deutschland fast doppelt so hoch, wie in Chile. Eine Möglichkeit dieses Missverhältnisses aufzulösen, ist es die Unternehmen des globalen Nordens

zu verpflichten – entsprechend ihrem Anteil am CO<sub>2</sub> Ausstoß – die Klimafolgeschäden zu tragen. Dies käme einem Paradigmenwechsel gleich. Bisher gibt es den Europäischen Emissionshandel, der langfristig für einen höheren Preis für den CO<sub>2</sub> Ausstoß in bestimmten Branchen sorgen soll. Und es gibt Zahlungen von Industrieländern an Entwicklungs- und Schwellenländer, die besonders unter dem Klimawandel leiden, jedoch ohne rechtlichen Anspruch. Es gibt also bisher keine Möglichkeit für einen einzelnen Betroffenen bei einem CO<sub>2</sub>-Emittenten Ausgleich zu verlangen. Man könnte sich jedoch vorstellen, dass – sollte das Verfahren zu Gunsten des Klägers entschieden werden – ein deutscher Klimafolgefonds für betroffene Individuen eingeführt wird, in den CO<sub>2</sub> intensive Unternehmen anteilig einzahlen, dafür aber eine Haftung eines einzelnen Unternehmens gesetzlich ausgeschlossen wird.

### C. Fazit

Wissenswert ist, die Klägerinnen und Kläger in beiden Verfahren werden von deutschen NGOs unterstützt. Sowohl dem ECCHR (das die pakistanischen Kläger im KiK Verfahren rechtlich unterstützt), als auch dem Verein Germanwatch e.V. (der den peruanischen Kläger finanziell unterstützt) ist es wichtig zu betonen, dass sie Unterstützung angeboten haben, nachdem die Kläger selbst erwogen haben rechtlich tätig zu werden. Die Organisationen sind darauf bedacht ihre eigene Rolle nicht überzubetonen, um die Klägerinnen und Kläger nicht zu marginalisieren. Zugleich können westliche Organisationen Klägern und Klägerinnen aus dem globalen Süden helfen effektiv ihre Rechte an Gerichten im globalen Norden geltend zu machen und eine Debatte anzustoßen.

Es ist in diesem Zusammenhang auch beachtenswert, dass die Deutsche Umwelthilfe (DUH) durch die erfolgreichen Diesel-Verfahren Ende 2018 politisch enorm unter Druck geraten ist. Obwohl sich ihr Verhalten nach eigener Aussage darauf beschränke, bestehende Rechte vor Verwaltungsgerichten geltend zu machen. Hier deutet sich an, dass es für das politische Ziel auch kontraproduktiv sein kann zu erfolgreich zu sein; hier besteht die Gefahr eines Rückschlags für die Sache in der gesellschaftlichen Debatte.

<sup>32</sup> OLG Hamm Beschluss vom 07.02.2018, I-5 U 15/17, S. 5, unter 6., Fn. 27.

<sup>33</sup> OLG Hamm Beschluss vom 28.08.2018, I-5 U 15/17 abrufbar unter: <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/2018-08-23%20OLG%20Hamm%20Beschluss%20zu%20teilweiser%20Ab%20C3%A4nderung%20des%20Beweisbeschlusses.pdf> (zuletzt abgerufen am: 14.09.19).

<sup>34</sup> Siehe nur: Coen „Hält dieser Mann den Klimawandel auf?“ in DIE ZEIT Nr. 24/2017, 8. Juni 2017, Bauchmüller, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/klimawandel-der-bauer-der-gegen-rwe-klagt-1.3264883> (zuletzt abgerufen am: 14.09.19), Naaf und Sack <https://www.bild.de/regional/ruhrgebiet/rwe/ein-bauer-verklagt-rwe-43535024> (zuletzt abgerufen am: 14.09.19).

Bei der Betrachtung von Verfahren im Rahmen von strategischer Prozessführung sollte man nicht vergessen, dass viele Gerichtsverfahren neben der rein rechtlichen Situation eine rechtspolitische Dimension haben. Wenn der BGH – wie zuletzt im April 2019 – über die Frage entscheidet, ob das Leben an sich ein Schadensersatzbegründender Zustand sein kann, muss sich das Gericht genau bewusst machen, welche Entscheidungsspielräume der Gesetzgeber offen gelassen hat und diese ausfüllen. Verfahren im Rahmen von strategischer Prozessführung unterscheiden sich insofern nicht von „normalen“ Verfahren. Sie lenken die Aufmerksamkeit verstärkt auf die Entscheidungsspielräume, deren Ausfüllung weitreichende Konsequenzen für die betroffenen Personen und Gruppen haben kann.

Strategische Prozessführung kann ein Weg sein, um ein exemplarisches Verfahren vor einem Gericht zu verhandeln, das eine gesellschaftliche Debatte anstößt, die das Potenzial hat, politische Veränderung herbeizuführen.

*Martin Suchrow*





# CLIFFORD CHANCE

Careers

Wir suchen

## **PRAKTIKANTEN, WISSENSCHAFTLICHE MITARBEITER UND REFERENDARE (M/W/D)**

Für unsere Büros in Frankfurt, Düsseldorf und München sind wir ganzjährig auf der Suche nach hochqualifizierten Nachwuchskräften. Wir bieten Ihnen die Möglichkeit, schon frühzeitig einen Eindruck vom Arbeitsalltag einer internationalen Großkanzlei zu erhalten sowie Ihre Interessensgebiete zu entdecken und somit den Grundstein für Ihre zukünftige Karriere zu legen.

### **Was uns auszeichnet**

Besondere Talente verdienen besondere Förderung. Für diesen Anspruch stehen unsere herausragenden Weiterbildungsprogramme, wie beispielsweise unser Praktikantenprogramm BACKSTAGE und die ReferendarAcademy, von denen Sie bei Clifford Chance profitieren können.

### **Schon gewusst?**

Vorausgesetzt werden überdurchschnittliche Studienleistungen/Examina und gute Englischkenntnisse.

### **Interessiert?**

Dann freuen wir uns über Ihre vollständigen Bewerbungsunterlagen (Anschreiben, Lebenslauf, Zeugnisse und eine aktuelle Notenübersicht) sowie die Angabe des Zeitraums und eines präferierten Rechtsgebiets an [karriere@cliffordchance.com](mailto:karriere@cliffordchance.com).

[www.YourCareerStartsWithC.com](http://www.YourCareerStartsWithC.com)



# HANOVER LAW REVIEW