ZJS

Zeitschrift für das Juristische Studium
www.zjs-online.com

Ausgabe 5/2021
S. 557–690
14. Jahrgang

Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Martin Böse, Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, Akad. Rat a.Z. Dr. Matthias Fervers, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Julian Krüper, RiBVerfG a.D. Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn

Geschäftsführende Herausgeber: Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Schriftleitung: Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner

Redaktion Zivilrecht: Prof. Dr. Markus Artz, Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Akad. Rat a.Z. Dr. Matthias Fervers, Prof. Dr. Beate Gsell

Redaktion Öffentliches Recht: Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Redaktion Strafrecht: Prof. Dr. Martin Böse, Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner

Webmaster: Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Irina Isabel Pommerenke

Internetauftritt: René Grellert

ISSN: 1865-6331

Inhalt

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Drei Fälle zum „alltäglichen" Urheberrecht
Von Prof. Dr. Dagmar Gesmann-Nuissl, Wiss. Mitarbeiterin Stefanie Meyer, Wiss. Mitarbeiter Julian Kanert, Chemnitz 557

Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte und Arbeitskampfrecht am Beispiel der Streikmobilisierung auf dem Firmenparkplatz
Fallbearbeitung im Arbeitsrecht – Teil 1
Von Akad. Rat Dr. Thomas Klein, Wiss. Mitarbeiter Dominik Leist, Trier 572

Öffentliches Recht

Eine klausurpraktische Systematisierung der Gefahrbegriffe im Polizeirecht
Von Dr. Daniel E. Holler, Nürnberg 578

Das Versammlungsgesetz des Bundes
Materiell-rechtliche Grundlagen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung
Von Rechtsanwalt Dr. Jan-Philipp Redder, Hamburg 585

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Examensübungsklausur: Eine Erbschaft mit Investitionsaussichten
Von Wiss. Mitarbeiter Damiano Mascia, Wiss. Mitarbeiter Benedikt Fink, Heidelberg 599

ÜBUNGSFÄLLE

Öffentliches Recht

Examensübungsklausur: Geburtstagsfeier unter dem „Sternenhimmel"
Von Jun.-Prof. Dr. Julian Scheu, Stud. iur. Jana Jochem, Köln 609

Übungsklausur: Ein eisiger Weg zur Universität
Von Wiss. Mitarbeiter Christian Benz, Köln 618

Anfängerklausur: Caroline
Zugleich ein Beitrag zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte in der Fallbearbeitung
Von Ass. jur. Max Noll, Göttingen 624

Referendarexamensklausur: Die ungebetene Werbetafel
Von Wiss. Mitarbeiter Vincent Weber, Wiss. Mitarbeiter Rudi Lang, Dipl.-Verwaltungswirt (FH), Bayreuth 632

Strafrecht

Zwischenprüfungsklausur: „Graffiti-Arts" oder: „FUCK"
Von Prof. Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Madison), Stud. iur. Daniel Goll 644

Examensklausur: Ein guter Tropfen
Von Dr. Marcus Bergmann, Christian Francke, Wiss. Mitarbeiter Moritz Schwarz 655

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Zivilrecht

BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20
(Kein Widerrufsrecht des Leasingnehmers bei Kilometer-leasingverträgen)
(Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas David Brinkmann, Bielefeld) 663

BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19
(Widerrufsrecht beim Bürgschaftsvertrag?)
(Stud. iur. Lennart Deutschmann, Bochum/Hagen) 669

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

LG Köln, Beschl. v. 9.11.2020 – 101 Qs 72/20
(Kriminelle Vereinigung, Abgrenzung zur Bande)
(Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Osnabrück) 673

BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20
(Bereicherungsabsicht hinsichtlich der Zahlung von Wechselgeld aus einem Betäubungsmittelgeschäft)
(Assessorin Dr. Theresa Regina Disselkamp, Münster) 679

BUCHREZENSIONEN

Zivilrecht

Looschelders, Dirk, Schuldrecht, Besonderer Teil, 16. Aufl. 2021
(Ref. iur. Tino Haupt, München) 684

VARIA

Allgemeines

Vorüberlegungen zu einer Teilnahme an einem Moot Court im Jurastudium
Von Stud. iur. Lukas Eitel, Bayreuth 686

Drei Fälle zum „alltäglichen“ Urheberrecht

Von Prof. Dr. **Dagmar Gesmann-Nuissl**, Wiss. Mitarbeiterin **Stefanie Meyer**, Wiss. Mitarbeiter **Julian Kanert**, Chemnitz*

Ein Video geteilt, ein Bild nachgemalt, eine Figur nachgestaltet oder eben mal kurz die Zugangsdaten für einen Streamingdienst weitergegeben – urheberrechtlich relevante Handlungen geschehen im Alltag schnell und vor allem häufig, ohne dass sich die Handelnden dieser urheberrechtlichen Bedeutung bewusst sind. Aus diesem Grund beschäftigt sich dieser Beitrag exemplarisch mit drei solcher Alltagshandlungen und führt diese einer strukturierten Falllösung zu.

Die strukturierte Lösung eines urheberrechtlichen Falles ist für Studierende nicht immer leicht nachzuvollziehen, wenngleich das Lösungsschema eigentlich einem gleichmäßigen Aufbau folgt (siehe Schema unten). Insofern liegt die Herausforderung für die Studierenden eher darin, die erlernten Inhalte an den richtigen Stellen in diesem formalen Aufbau zu platzieren. Deshalb soll nachfolgend neben der rechtlichen Untersuchung der Verhaltensweisen auch gezeigt werden, wie eine urheberrechtliche Falllösung in der Klausur aufgebaut und die Auseinandersetzung mit den urheberrechtlichen Rechtsfragen präsentiert werden kann.

Neben dem formalen Aufbau ist auf ein weiteres zu achten: Sind in einem urheberrechtlichen Sachverhalt mehrere Handlungsstränge angesprochen, die zeitlich nicht zusammenfallen, ist es von Vorteil, wenn man die jeweiligen (Handlungs-)Vorgänge voneinander trennt und gesondert begutachtet. Hierdurch erhält nicht nur Ihre Falllösung eine nachvollziehbare Struktur, sondern es kann sichergestellt werden, dass alle im Sachverhalt verorteten Probleme auch angesprochen werden. Ferner muss man sich stets die Fallfrage genau ansehen. Sie kann durchaus unterschiedlich lauten. Einmal kann nach den Erfolgsaussichten einer Unterlassungs- oder Schadensersatzklage gefragt sein, weshalb Ausgangspunkt die Anspruchsgrundlage ist, welche die möglichen Rechtsfolgen eröffnet und Aussagen zur Aktiv- und Passivlegitimation erforderlich macht. Bei anderen Sachverhalten ist lediglich nach der Urheberrechtsverletzung gefragt, welche das Replizieren auf vorgenannte Bereiche entbehrlich werden lässt und lediglich die urheberrechtliche Einordnung der Handlungen verlangt. Im Rahmen des Beitrags haben wir diese beiden Fragevarianten bewusst eingesetzt.

Schema

A. Handlung 1

I. Werk bzw. verwandtes Schutzrecht
II. Berechtigung nach UrhG
  1. Urheber
     oder
  2. Lizenznehmer
III. Eingriff
  Prüfung: in welche Urheberpersönlichkeits- und/oder Verwertungsrechte greift das Verhalten ein?
IV. Widerrechtlichkeit des Eingriffs
  1. Nutzungsrecht des Handelnden
  2. Schranken

  Anmerkung: Um gerade eine umfangreiche Falllösung übersichtlich zu gestalten, bietet es sich an, die Schranken im Rahmen der Widerrechtlichkeit des Eingriffs zu prüfen. Dogmatisch korrekt – darauf sei hingewiesen – sind die Schranken allerdings bereits im Eingriff bei der Prüfung des jeweiligen Rechts zu prüfen. Denn Schranken rechtfertigen nicht einen grundsätzlich rechtswidrigen Eingriff. Der Umfang des Urheberrechts wird von Anfang an durch die Schranken eingegrenzt. Was also die Schranke erlaubt, gehört genau genommen nicht zum Schutzumfang des jeweiligen Rechts. Das zeigt bereits der Wortlaut der Schrankenvorschriften, der nicht etwa lautet „ist nicht widerrechtlich“ (wie beispielsweise in § 227 Abs. 1 BGB), sondern etwas für „zulässig“ erklärt (vgl. etwa § 53 UrhG).

  3. Rechtfertigungsgründe
V. Passivlegitimation
  1. Täterschaft
  2. Teilnahme
  3. Zurechnung gem. § 1 Abs. 1 UrhDaG
  4. Störerhaftung
VI. Rechtsfolgen
VII. Ergebnis zu A

B. Handlung 2

Fall 1: Ein Tribut an „Bernd das Brot“[1]

Sachverhalt

Künstler A entwirft die Figur „Bernd das Brot“ (B-Figur), die in Form einer Handpuppe als Charakter in verschiedenen Fernsehsendungen mitspielt.

Die B-Figur ist ein menschenähnliches Kastenbrot. Das Brot selbst bildet zugleich Gesicht und Rumpf. Am Brotkörper trägt die Figur Hände, aber keine Arme. Es schließen sich sehr kurze Beine an. Die Proportionen der Füße sind denen der Hände und des Rumpfes angepasst.

Nach der Konzeption des A ist die B-Figur stets missmutig/verstimmt, desinteressiert und antriebslos. Dies spiegelt sich auch im Gesichtsausdruck und dem Auftreten der B-Figur in den Sendungen wider.

* Prof. *Dr. Dagmar Gesmann-Nuissl* ist Inhaberin der Professur Jura II – Privatrecht und Recht des geistigen Eigentums an der Technischen Universität Chemnitz. *Stefanie Meyer* und *Julian Kanert* sind Wiss. Mitarbeiter an eben dieser Professur.

[1] Dieser Fall ist fiktional; er knüpft an keinen den *Verf.* bekannten Rechtsstreit um die Figur „Bernd das Brot“ an.

Holzkünstler H ist großer Fan der B-Figur und fertigt deshalb eines Tages einen originalgetreuen, menschengroßen Holznachbau an. Diese Figur platziert er anschließend als Attraktion an einem regionalen Wanderweg.

Kann A von H Beseitigung und Unterlassung dieser Handlungen verlangen?

Anmerkung: Es ist zu unterstellen, dass die Holzfigur des H die Anforderungen gem. § 2 Abs. 2 UrhG erfüllt, falls es auf diese Frage in Ihrer Lösung ankommt.

Lösungsvorschlag zu Fall 1

Vorüberlegung: Dieser Fall ist in zwei Handlungsabschnitte (oder auch: „Tatkomplexe") unterteilbar. Das Anfertigen der Holzfigur einerseits und das Aufstellen derselben am Wanderweg können ganz verschiedene Rechte des A, aber auch des H betreffen und sind somit einzeln zu begutachten.

A könnte gem. § 97 Abs. 1 UrhG gegen H einen Anspruch auf Beseitigung/Unterlassung der Anfertigung bzw. des Aufstellens der B-Figur am Wanderweg haben.

Das setzt voraus, dass H durch diese Handlungen in Urheberrechte des A widerrechtlich eingegriffen hat.

A. Anfertigung der Holzfigur

Durch das Anfertigen der B-Figur aus Holz könnte H widerrechtlich in Urheberrechte des A eingegriffen haben.

I. Werk

Dafür müsste die B-Figur als Werk gem. § 2 UrhG urheberrechtlich schutzfähig sein.

1. Figurenschutz

Fraglich ist, ob Figuren aus Fernsehsendungen geschützte Werke i.S.d. § 2 Abs. 1 UrhG sein können.

Hier geht es nicht um den urheberrechtlichen Schutz der Fernsehsendungen, in denen die B-Figur auftritt (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG), sondern um einen eigenständigen Schutz der Figur als solcher.

Bezüglich Zeichentrick- und Comicfiguren ist anerkannt, dass diese nicht nur im Rahmen der konkreten Einzeldarstellungen in Film und Comic geschützt sein können, sondern auch davon losgelöst ein isolierter Figurenschutz möglich ist.[2] Das erfordert, dass „durch eine unverwechselbare Kombination äußerer Merkmale sowie von Eigenschaften, Fähigkeiten und typischen Verhaltensweisen"[3] eigenständige Fantasie-Persönlichkeiten geschaffen wurden.[4] Der urheberrechtliche Schutz bezieht sich dann auf die allgemeine Gestaltung der Figur, die allen konkreten Einzeldarstellungen zugrunde liegt.[5]

Es bestehen keine Bedenken, diesen Schutz auf Figuren zu erstrecken, die nicht über das Medium der Zeichnung, sondern etwa über die Sprache[6] oder wie hier als Handpuppe dargestellt werden.[7]

Die B-Figur verbindet die äußeren Merkmale eines menschenähnlichen Brotes mit der charakterlichen Prägung als stets missgelaunte und teilnahmslose Persönlichkeit. Dementsprechend weist die B-Figur eine ihr eigene Charakteristik auf, die auch außerhalb der Sendungen, in denen sie auftritt, den urheberrechtlichen Schutz als fiktive Figur rechtfertigt. Ob schützenswerte Figuren der entsprechenden Werkgattung ihres Ursprungsmediums zuzuordnen sind (etwa eine Figur aus einem Roman als Literaturwerk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) oder als eigentümliche Werkart eingestuft werden sollten, ist im Ergebnis unerheblich, denn § 2 Abs. 1 UrhG zählt nur exemplarisch Werkarten auf („insbesondere").[8]

2. Persönliche geistige Schöpfung, § 2 Abs. 2 UrhG

Außerdem müsste die B-Figur gem. § 2 Abs. 2 UrhG eine persönliche geistige Schöpfung sein.

B wurde von einem Menschen gestaltet, weist geistigen Gehalt auf und ist durch Entwurf und Anfertigung der Handpuppe sinnlich wahrnehmbar geworden.[9] Daneben ist die Gestaltung der B-Figur hinreichend individuell. Bei der Gestaltung eines menschenähnlichen Brotes bestehen Spielräume hinsichtlich Form, Proportionen, Anordnung etc. Diese hat A etwa durch die Aufteilung des Brotes in Gesicht und Rumpf, die am Brotkörper geradezu klebenden Hände und die Charakterisierung des B als stets missgelaunte Persönlichkeit ausgefüllt. So ist eine einzigartig-bizarre Figur entstanden, die sich von alltäglich Hervorgebrachtem abhebt.[10]

Demnach ist die B-Figur gem. § 2 UrhG urheberrechtlich schutzfähig.

II. Berechtigung nach UrhG

Als Schöpfer der B-Figur ist A gem. § 7 UrhG deren Urheber und somit Inhaber aller Ausschließlichkeitsrechte an der B-Figur.

[2] Zum Ganzen *Gomille*, Jura 2019, 740 (745 ff.).
[3] BGH GRUR 1994, 206 (207) – Alcolix.
[4] BGH GRUR 1994, 206 (207) – Alcolix; BGH NJW-RR 1995, 307 (309) – Rosaroter Elefant.
[5] BGH GRUR 1994, 206 (207) – Alcolix; BGH GRUR 2004, 855 (856) – Hundefigur.
[6] BGH GRUR 2014, 258 (260 Rn. 27 ff.) – Pippi-Langstrumpf-Kostüm, wobei hier klargestellt wird, dass einzelne äußere Merkmale einer Romanfigur (Haare, Sommersprossen, Kleidungsstil) allein noch nicht am Urheberrechtsschutz teilnehmen, sondern eben nur die Gesamtheit aus äußerlichen und charakterlichen Eigenheiten, vgl. BGH GRUR 2014, 258 (262 Rn. 44 f.).
[7] *Stieper*, GRUR 2017, 649 (653 f.); *Graef*, ZUM 2012, 108 (114).
[8] *Graef*, ZUM 2012, 108 (110); einer Einordnung als eigentümliche Werkart zugeneigt *Ruijsenaars*, Character Merchandising, 1997, S. 107 f.; *Stieper*, GRUR 2017, 649 (654).
[9] Zu diesen Merkmalen *Kanert/Meyer*, ZJS 2020, 419 (419 f.).
[10] Zum Ganzen *Kanert/Meyer*, ZJS 2020, 419 (420).

III. Eingriff

1. Vervielfältigung, § 16 UrhG oder Bearbeitung, § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG

Es ist zu prüfen, ob die Anfertigung der B-Figur durch H eine bloße Vervielfältigung (§ 16 UrhG) oder eine Bearbeitung (§ 23 Abs. 1 S. 1 UrhG) darstellt.

a) Vervielfältigung

Vervielfältigung gem. § 16 UrhG meint die ausschließlich dem Urheber (A) zustehende körperliche Fixierung des Werkes, sodass es sinnlich wahrnehmbar wird.[11]

b) Bearbeitung

Bei einer Bearbeitung gem. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG wird ein Werk zwar verändert, dessen eigenschöpferische Merkmale bleiben aber erhalten.[12]

Kommt es bei der Bearbeitung eines Werkes zur körperlichen Fixierung, wird das Ursprungswerk wegen der Übernahme eigenschöpferischer Züge also auch i.S.d. § 16 UrhG vervielfältigt.[13] Solche Bearbeitungen stellen insofern einen Spezialfall der Vervielfältigung dar.[14]

Der rechtliche Unterschied zwischen beiden Arten der Vervielfältigung ist, dass dem Urheber gem. § 16 UrhG bereits für die Herstellung des Werkexemplars ein ausschließliches Recht gewährt wird. Demgegenüber ist nach der ausdrücklichen Formulierung des § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG und im Umkehrschluss aus § 23 Abs. 2 UrhG die Herstellung der Bearbeitung erlaubnisfrei möglich.[15]

Wäre die Anfertigung der B-Figur aus Holz also eine Bearbeitung, würde allein dadurch nicht in die Urheberrechte des A eingegriffen.

c) Abgrenzung im Einzelfall

Zur Abgrenzung zwischen § 16 und § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG ist im Einzelfall festzustellen, was die eigenschöpferischen Merkmale des Ursprungswerkes sind.[16] Sollten diese festgestellten eigenschöpferischen Merkmale im neuen Werkexemplar übernommen worden sein, liegt eine Vervielfältigung vor.[17] Eine Vervielfältigung in Form der Bearbeitung gem. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG liegt vor, wenn trotzdem im Vergleich zum Ursprungswerk wesentliche Veränderungen vorgenommen wurden.[18] Es kommt vor allem auf einen veränderten Gesamteindruck an.[19]

Solche wesentlichen Veränderungen bei Beibehaltung der eigenschöpferischen Züge liegen etwa bei der Übertragung des Werkes in eine andere Ausdrucksform, ein anderes Material oder bei dimensionalen Anpassungen vor.[20]

Die charakteristischen Züge der B-Figur – ein missgelauntes menschenähnliches Brot mit oben benannten körperlichen Eigenheiten – hat H in seiner originalgetreuen Nachbildung vollständig übernommen. Dementsprechend liegt eine Vervielfältigung vor, zu klären ist, ob in Form der Bearbeitung gem. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG.

Die B-Figur wird den meisten Rezipienten nur aus der zweidimensionalen Darstellung im TV bekannt sein. Die Figur des H setzt die B-Figur in einem plastischen Holzkörper um und ändert dadurch Perspektive und Ausdrucksform zugleich. Dadurch und durch die hinzutretende Größenanpassung[21] von kleiner Handpuppe/bildschirmgroßer Darstellung auf Menschengröße ist anzunehmen, dass sich der Gesamteindruck zwischen Ursprungswerk und Vervielfältigung wesentlich verändert hat.

Dementsprechend ist das Anfertigen der Holzfigur erlaubnisfreie Bearbeitung gem. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG.

> *Hinweis*: Andere Ansicht vertretbar. Dann wäre unter IV. zu prüfen, ob die Herstellung der Holzfigur aufgrund der Schranke der Privatkopie gem. § 53 Abs. 1 UrhG vom Schutzumfang des Vervielfältigungsrechts gem. § 16 UrhG nicht umfasst ist.
> Ein hinreichender Abstand gem. § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG war demgegenüber nach den Sachverhaltsangaben fernliegend.

2. Zwischenergebnis

Demnach stellt das bloße Anfertigen der Holzfigur gem. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG keine widerrechtliche Urheberrechtsverletzung dar.

IV. Ergebnis zu A

Durch das Anfertigen der Holzfigur hat B nicht widerrechtlich in fremde Urheberrechte eingegriffen.

Diesbezüglich hat A gegen H keine Ansprüche gem. § 97 Abs. 1 UrhG.

---

[11] BT-Drs. IV/270, S. 47.
[12] *Loschelder*, GRUR 2011, 1078 (1083); *Leistner*, ZUM 2011, 468 (473).
[13] Umstritten, in diesem Sinne etwa BGH GRUR 2014, 65 (70 Rn. 36) – Beuys-Aktion; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, Kommentar zum Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 16 Rn. 8; Meinungsüberblick bei *Loschelder*, GRUR 2011, 1078 (1081 f.).
[14] *Loewenheim* (Fn. 13), § 16 Rn. 8.
[15] Hieran hat sich durch die Umstrukturierung des § 23 UrhG im Rahmen der aktuellen Urheberrechtsreform nichts geändert, vgl. https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_Anpassung_Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (3.9.2021), S. 88.
[16] BGH GRUR 2014, 65 (70 Rn. 38) – Beuys-Aktion.
[17] BGH GRUR 2014, 65 (70 Rn. 38) – Beuys-Aktion.
[18] BGH GRUR 2014, 65 (70 Rn. 38) – Beuys-Aktion.
[19] *Schulze*, in: Dreier/Schulze, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 Rn. 8.
[20] BT-Drs. IV/270, S. 51; *Schulze* (Fn. 19), § 23 Rn. 6.
[21] Zu beachten ist, dass die Größenanpassung allein keine Bearbeitung darstellt, BGH GRUR 2010, 628 (630 Rn. 22) – Vorschaubilder.

B. Aufstellen der Holzfigur am Waldweg

Durch das Aufstellen der Holzfigur am Waldweg könnte B widerrechtlich in Urheberrechte des A eingegriffen haben.

I. Werk

Wie A. I.

II. Berechtigung nach UrhG

Wie A. II.

III. Eingriff

1. Veröffentlichungsrecht, § 12 Abs. 1 UrhG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG

Durch das Aufstellen der Holzfigur am Waldweg könnte H in das Veröffentlichungsrecht des A gem. § 12 Abs. 1 UrhG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG eingegriffen haben.

a) Veröffentlichungsrecht im Sonderfall der Bearbeitung

Veröffentlichen ist das erstmalige Öffentlich-Zugänglich-Machen des Werkes mit Zustimmung des Berechtigten, § 6 Abs. 1 UrhG. Das Veröffentlichungsrecht erlischt allerdings mit der rechtmäßigen Erstveröffentlichung.[22] Da die B-Figur vor dem Aufstellen der Holzfigur bereits veröffentlicht war, ließe sich der Eingriff in § 12 UrhG bezweifeln.

Allerdings stellt § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG nicht nur die Verwertung, sondern auch die Veröffentlichung der Bearbeitung unter Erlaubnisvorbehalt. Es ist anerkannt, dass hinsichtlich einer Bearbeitung das Veröffentlichungsrecht wiederauflebt.[23] Neben der deutlichen Formulierung in § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG lässt sich dies aus dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 UrhG ableiten, der dem Urheber nicht nur die Entscheidung überlässt, sein Werk überhaupt zu veröffentlichen („ob"), sondern auch die Art und Weise der Veröffentlichung („wie"). Eine veränderte Gestaltung betrifft dabei die Frage des „Wie" der Veröffentlichung, also die Entscheidung, das Werk auch in dieser veränderten Form der Öffentlichkeit preiszugeben.[24]

Grundsätzlich wäre es demnach möglich, dass H das Veröffentlichungsrecht verletzt hat.

b) Veröffentlichung, § 12 UrhG

Ein Werk i.S.d. §§ 12 Abs. 1, 6 Abs. 1 UrhG veröffentlicht, wer es der Allgemeinheit ermöglicht, dieses sinnlich wahrzunehmen, ungeachtet des technischen Verfahrens.[25]

Welcher Öffentlichkeitsbegriff i.R.d. § 6 Abs. 1 UrhG gilt – derjenige des § 15 Abs. 3 UrhG oder ein eigens auf die Bedürfnisse des § 6 Abs. 1 UrhG zugeschnittener, enger Begriff[26] – muss hier nicht entschieden werden. Mit der Platzierung an einem frei zugänglichen Wanderweg können quantitativ unbeschränkt viele und qualitativ unbestimmte Personen das Werk optisch wahrnehmen.

Durch das Aufstellen der Holzfigur am Waldweg hat H in das Veröffentlichungsrecht des A gem. § 12 Abs. 1 UrhG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG eingegriffen.

2. Verbreitungsrecht, § 17 Abs. 1 UrhG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG

Durch das Aufstellen der Holzfigur am Wanderweg könnte H in das Verbreitungsrecht des A gem. § 17 Abs. 1 UrhG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG eingegriffen haben.

Auch wenn der genaue Umfang der Verbreitungshandlung gem. § 17 Abs. 1 UrhG umstritten ist[27], ist fernliegend, dass das Zeigen eines Werkexemplars ohne Besitz- oder Eigentumsüberlassung umfasst ist.[28] Der Wortlaut „in Verkehr zu bringen", aber auch die Existenz des klar umrissenen Ausstellungsrechts in § 18 UrhG[29] sprechen dagegen.

H gibt der Öffentlichkeit nur die Möglichkeit, die B-Figur zu betrachten.

Ein Eingriff in das Verbreitungsrecht gem. § 17 Abs. 1 UrhG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG scheidet aus.

3. Ausstellungsrecht, § 18 UrhG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG

Durch das Aufstellen der Holzfigur am Wanderweg könnte H in das Ausstellungsrecht des A gem. § 18 UrhG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG eingegriffen haben.

a) Werkgattung

Das Ausstellungsrecht gilt nur für die beiden explizit genannten Werkarten, nämlich Werke der bildenden Kunst und Lichtbildwerke. Als Werk der zweckfreien Bildhauerei ist die neue B-Figur ein Werk der bildenden Kunst.[30]

> *Anmerkung*: Hier ist die Werkgattung der ursprünglichen B-Figur irrelevant. Das konkret zur Schau gestellte Werkexemplar muss der Werkgattung zugerechnet werden, denn nur hinsichtlich diesem kann ein Ausstellungsrecht bestehen. Veranschaulichend: die Dramenfigur Faust ist als Figur entweder Sprachwerk oder eigentümliche Werkgattung. Die aufgrund dessen geschaffene Faustskulptur vor einem Leipziger Restaurant ist Werk der bildenden Kunst, damit kommt nur für sie ein Ausstellungsrecht gem. § 18 UrhG in Betracht.[31]

[22] *Götting*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Urheberrecht, Ed. 31, Stand: 1.5.2021, § 12 Rn. 4.
[23] Etwa *Schulze* (Fn. 19), § 23 Rn. 17; *Loewenhein* (Fn. 13), § 23 Rn. 17; *Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Urheberrecht, Ed. 31, Stand: 1.5.2021, § 23 Rn. 14; a.A. *Dreyer*, in: ders. u.a., Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 23 Rn. 15.
[24] Siehe nur *Schulze* (Fn. 19), § 23 Rn. 17.
[25] BT-Drs. IV/270, S. 40.
[26] Siehe nur *Schulze* (Fn. 19), § 6 Rn. 7.
[27] EuGH GRUR 2008, 604 (605 Rn. 41) – Le-Corbusier-Möbel beschränkt das Verbreiten auf Handlungen im Zusammenhang mit Eigentumsübertragungen; a.A. etwa *Schulze* (Fn. 19), § 17 Rn. 15.
[28] BGH GRUR 2007, 50 (52 Rn. 20) – Le-Corbusier-Möbel.
[29] LG Köln ZUM 2008, 707 (709).
[30] *Loewenheim/Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, Kommentar zum Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 2 Rn. 156.
[31] Allgemein *Loewenheim* (Fn. 13), § 23 Rn. 16.

b) Unveröffentlicht

Außerdem müsste das Werk unveröffentlicht sein.

Die B-Figur selbst war zwar bereits veröffentlicht, aber noch nicht in Gestalt der Holzfigur.

Obwohl das Ausstellungsrecht systematisch den Verwertungsrechten zugeordnet ist, orientiert sich seine Ausgestaltung mehr am Veröffentlichungsrecht gem. § 12 Abs. 1 UrhG.[32] Denn § 18 UrhG ist ein Verwertungsrecht nur für unveröffentlichte Werke. Deshalb wird § 18 UrhG auch als „Unterfall der Veröffentlichung“[33] interpretiert.

Wegen dieser Nähe der beiden Rechte erscheint es vertretbar, dass mit dem Wiederaufleben des Erstveröffentlichungsrechts gem. § 12 Abs. 1 UrhG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG auch ein Ausstellungsrecht hinsichtlich der Bearbeitung entsteht. Die praktische Bedeutung dessen ist freilich gering. Das Ausstellungsrecht schützt eben nicht mehr als eine bestimmte Situation der Erstveröffentlichung.[34]

c) Öffentliches Zurschaustellen

Die B-Figur als Werkexemplar müsste öffentlich zur Schau gestellt worden sein.

Das ist der Fall, wenn das Werkexemplar der Öffentlichkeit zur Betrachtung überlassen wird.[35] Die Öffentlichkeit richtet sich nach § 15 Abs. 3 UrhG analog.[36] Es kommt darauf an, dass eine Mehrzahl von Personen, die nicht durch persönliche Beziehungen verbunden sind, das Werk nacheinander oder gleichzeitig[37] betrachten können.

Durch das Aufstellen an einem öffentlichen Wanderweg können alle erdenklichen Personen, die dort vorbeikommen, die B-Figur als Werkexemplar betrachten. Beschränkungen sind nicht ersichtlich.

Die B-Figur wurde öffentlich zur Schau gestellt.

Durch das Aufstellen der Holzfigur am Wanderweg hat H in das Ausstellungsrecht des A gem. § 18 UrhG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG eingegriffen.

4. Öffentliche Wiedergabe

Rechte der unkörperlichen Öffentlichen Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 UrhG kommen nicht in Betracht. Diese Rechte betreffen Handlungen, bei denen ein Werkexemplar höchstens eine mittelbare Rolle (§ 21 UrhG) spielt. Da hier ein Werkexemplar verwertet wird, scheiden Eingriffe in das Recht der Öffentlichen Wiedergabe aus.

IV. Widerrechtlichkeit des Eingriffs

1. Nutzungsrechte oder Rechtfertigungsgründe

Solche sind nicht ersichtlich.

2. Schranke des § 51a UrhG

Das Aufstellen der Holzfigur könnte aber gem. § 51a UrhG zulässig sein.

a) Veröffentlichtes Werk

Die Schranke des § 51a UrhG setzt ein veröffentlichtes Werk voraus, was auf die ursprüngliche B-Figur zutrifft.

b) Karikatur, Parodie oder Pastiche

Die Holzfigur müsste eine Karikatur, Parodie oder ein Pastiche der B-Figur sein.

§ 51a UrhG privilegiert diese aufgezählten und zunächst der Bearbeitung gem. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG unterfallenden Gestaltungen[38], sodass nicht nur deren Herstellung, sondern auch deren Verbreitung und Öffentliche Wiedergabe erlaubt sind.

Karikatur und Parodie setzen eine spöttisch-humoristische Auseinandersetzung mit dem ursprünglichen Werk voraus[39], was in der Holzfigur des H nicht erblickt werden kann.

Pastiches sind im künstlerischen Sinne Stilnachahmungen. Im urheberrechtlichen Sinne kann der Begriff aber nicht derart verstanden werden; wie bereits der Regierungsentwurf zu § 51a UrhG klarstellt, ist der Stil eines Künstlers kein schutzfähiges Werk i.S.d. § 2 UrhG.[40] Pastiches im Sinne des Urheberrechts sind Auseinandersetzungen mit einem anderen Werk, die beispielsweise „einen Ausdruck der Wertschätzung oder Ehrerbietung für das Original enthalten.“[41] Es geht um „zitierende, imitierende und anlehnende Kulturtechniken“, als Beispiele nennt der Regierungsentwurf etwa Fan Ficiton oder Fan Art.[42]

---

[32] *Vogel*, in: Schricker/Loewenheim, Kommentar zum Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 18 Rn. 4.

[33] *Götting* (Fn. 22), § 18 Rn. 1, mit Verweis auf *Schulze* (Fn. 19), § 18 Rn. 1.

[34] *Wandtke*, Urheberrecht, 7. Aufl. 2019, S. 105 Rn. 38.

[35] *Vogel* (Fn. 32), § 18 Rn. 24.

[36] *Götting* (Fn. 22), § 18 Rn. 8.

[37] Hierzu *v. Ungern-Sternberg*, in: Schricker/Loewenheim, Kommentar zum Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 15 Rn. 384.

[38] https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_Anpassung_Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf;jsessionid=EA04099A6D176EE6B5FEE74BD2EF0D3C.1_cid324?__blob=publicationFile&v=5 (3.9.2021), S. 89.

[39] https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_Anpassung_Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf;jsessionid=EA04099A6D176EE6B5FEE74BD2EF0D3C.1_cid324?__blob=publicationFile&v=5 (3.9.2021), S. 104.

[40] https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_Anpassung_Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf;jsessionid=EA04099A6D176EE6B5FEE74BD2EF0D3C.1_cid324?__blob=publicationFile&v=5 (3.9.2021), S. 105; ebenso *Walter*, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht, 2001, S. 1080 Rn. 132.

[41] https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_Anpassung_Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf;jsessionid=EA04099A6D176EE6B5FEE74BD2EF0D3C.1_cid324?__blob=publicationFile&v=5 (3.9.2021), S. 105; ergänzend zum Begriff des Pastiches auch *Stieper*, GRUR 2020, 699 (702 f.); *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2020, 733 (738 f.).

[42] https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_Anpassung_Urheberrecht_digital

Die Holzfigur ist eine Bearbeitung der B-Figur, durch die H sein eigenes künstlerisches Schaffen und Können einsetzt, um der von ihm geschätzten B-Figur seine Achtung zu erweisen.

Bei dem weiten Begriffsverständnis, das der Regierungsentwurf mit Pastiches i.S.d. § 51a UrhG verbindet, kann die Holzfigur als Pastiche gesehen werden.

Anmerkung: Andere Ansicht vertretbar, hier sind die weiteren Entwicklungen des im deutschen Urheberrecht neuen Pastichebegriffs zu beobachten.

c) Nutzungshandlung

§ 51a UrhG erlaubt die Vervielfältigung, Verbreitung und Öffentliche Wiedergabe zum Zwecke des Pastiches.

H hat allerdings durch Aufstellen der Holzfigur in das Veröffentlichungs- und Ausstellungsrecht des A eingegriffen.

§ 51a UrhG kann wohl noch so ausgelegt werden, dass durch die ausdrücklich erlaubten Verwertungshandlungen eine damit verbundene Erstveröffentlichung des Pastiches (nicht des ursprünglichen Werkes) erlaubt ist. Dennoch ist nach dem Wortlaut des § 51a UrhG eine Veröffentlichung in Form der Ausstellung nicht erfasst.

Anmerkung: Das Fehlen der Ausstellung in § 51a UrhG ist womöglich darauf zurückzuführen, dass § 51a UrhG den Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSocRL[43] sowie Art. 17 Abs. 7 lit. b DSM-RL[44] umsetzt. Das europäische Urheberrecht kennt das Ausstellungsrecht nicht[45], weshalb es auch in den Richtlinientexten nicht als zu beschränkendes Recht erwähnt wird.

Hier erscheint einerseits überlegenswert, § 51a UrhG analog auch auf Ausstellungen anzuwenden. Allerdings ist eine Analogie zu Schrankenvorschriften nicht ohne Weiteres möglich[46]; zudem erscheint die Planwidrigkeit der Regelungslücke diskutabel, soweit der Gesetzgeber nur die Verpflichtungen aus Europäischem Recht umsetzen wollte.

Ausführungen zur komplizierten und umstrittenen Thematik der weiten/engen Auslegung und Analogiefähigkeit von Schranken werden von Ihnen in der Klausur sicherlich nur begrenzt erwartet. Die Erstreckung des § 51a UrhG auf das Ausstellungsrecht wäre eher Thema einer Seminararbeit.

In der Klausur können Sie mit einem Verweis auf die eindeutige Aufzählung in § 51a UrhG eine Erstreckung auf das Ausstellungsrecht ablehnen. Dies wird auch im Rahmen dieser Falllösung vertreten.

Das Aufstellen der Holzfigur am Wanderweg ist nicht nach § 51a UrhG zulässig.

V. Passivlegitimation

H ist ohne Zweifel Täter der Urheberrechtsverletzung gem. § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB und als solcher Anspruchsgegner.

Anmerkung: Hier sind zwar zivilrechtliche Ansprüche zu prüfen; Täterschaft und Teilnahme werden im Urheberrecht aber nach §§ 25 ff. StGB beurteilt.[47]

VI. Rechtsfolge

Gem. § 97 Abs. 1 UrhG hat H die Holzfigur vom Wanderweg abzubauen und darf sie in dieser Weise auch später nicht wieder aufstellen. Die für einen Unterlassungsanspruch nach § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG erforderliche Wiederholungsgefahr wird üblicherweise nach der Erstbegehung vermutet.

VII. Ergebnis zu B

Durch das Aufstellen der Holzfigur am Wanderweg hat H in das Veröffentlichungsrecht des A gem. § 12 Abs. 1 UrhG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG sowie in das Ausstellungrecht des A gem. § 18 UrhG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG widerrechtlich eingegriffen.

Gesamtergebnis

Durch das Anfertigen der Holzfigur hat H keine Urheberrechte des A verletzt. Durch das Aufstellen der Holzfigur am Waldweg hat H in das Erstveröffentlichungsrecht gem. § 12 Abs. 1 UrhG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG sowie das Ausstellungsrecht gem. § 18 UrhG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG des A widerrechtlich eingegriffen und somit dessen Urheberrecht verletzt. Diesbezüglich kann A von H Beseitigung und Unterlassung gem. § 97 Abs. 1 UrhG verlangen.

Fall 2: Ein unvergessliches Konzert

Sachverhalt

T besucht ein Konzert seines Lieblingsmusikers U, der auf der Bühne den selbst komponierten Song „Sunshine" performt. Diese Darbietung filmt T mit seinem Smartphone, um eine persönliche Erinnerung an das Konzert zu besitzen. Die Audio-Video-Datei wird dabei direkt auf der Festplatte seines Smartphones gespeichert.

T ist zudem Mitglied in einer Chatgruppe beim Messengerdienst W. In dieser Chatgruppe tauscht sich der erweiterte Freundes- und Bekanntenkreis über „Dies und Das" aus. Da mehrere Mitglieder Administrationsrechte haben und damit die Befugnis, neue befreundete Personen hinzuzufügen, wächst die Gruppe stetig an. Momentan sind es bereits 45 Personen, die T nicht alle persönlich kennt, die aber in den vergangenen Monaten als „Freunde von seinen Freunden" der Gruppe hinzugefügt wurden.

er_Binnenmarkt.pdf;jsessionid=EA04099A6D176EE6B5FEE74BD2EF0D3C.1_cid324?__blob=publicationFile&v=5 (3.9.2021), S. 105.

[43] RL 2001/29/EG.

[44] RL (EU) 2019/790.

[45] *Schulze* (Fn. 19), § 18 Rn. 1.

[46] *Stieper*, in: Schricker/Loewenheim, Kommentar zum Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, Vorb. §§ 44a ff. Rn. 36 ff.

[47] BGH GRUR 2015, 987 (988 Rn. 15) – Trassenfieber.

Nach dem Konzert ist T immer noch so begeistert von dem soeben Erlebten, dass er sein erstelltes Video des Songs „Sunshine“ freudig in die Chatgruppe postet.

Durch das Teilen in der Gruppe wird die Datei zum einen auf den Festplatten der Endgeräte aller Gruppenmitglieder gespeichert. Zum anderen wird die Datei auch dauerhaft in der Chatgruppe bereitgehalten, wodurch die Gruppenmitglieder das Video jederzeit betrachten und erneut herunterladen können, auch wenn sie es von ihrer Festplatte gelöscht haben sollten.

Liegen Urheberrechtsverletzungen seitens des T vor?

Lösungsvorschlag zu Fall 2

Vorüberlegung: In der Fallfrage geht es um die Handlungen des T. Wie in der Einleitung angesprochen und bereits in Fall 1 erprobt, sind dabei die urheberrechtsrelevanten Handlungsstränge, namentlich das Aufnehmen des Songs „Sunshine“ während des Konzertes (A.) und das spätere Teilen des Konzertmitschnitts in die Freunde-Gruppe (B.), voneinander getrennt und gesondert zu begutachten.

A. Aufnahme des Songs

Durch das Aufnehmen des auf dem Konzert dargebotenen Songs „Sunshine“ könnte der T widerrechtlich in Urheberrechte des U eingegriffen haben.

I. Werk

Das setzt zunächst voraus, dass es sich bei dem dargebotenen Musikstück „Sunshine“ um ein urheberrechtlich geschütztes Werk i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG handelt. Davon ist ohne Zweifel auszugehen, zumal bei Werken der Musik, also Werken, die sich des Ausdrucksmittels von Tönen bedienen, keine besonders hohen Anforderungen im Hinblick auf die Eigenpersönlichkeit der Schöpfung nach § 2 Abs. 2 UrhG gestellt werden.[48] Musikstücke, wie der Song „Sunshine“, sind daher regelmäßig als Musikwerk urheberrechtlich geschützt.

Dass der Song „Sunshine“ nur einen Ausschnitt aus dem gesamten Konzert darstellt, macht ihn auch nicht lediglich zu einem „Teil eines Musikwerkes“, welches keinen urheberrechtlichen Schutz genießen würde. Vielmehr sind darunter nur einzelne Gestaltungsmittel, wie Akkorde, Tonarten oder Intervalle zu verstehen, die im Interesse aller Künstler frei bleiben sollen.[49] Der Song „Sunshine“ verkörpert jedoch deutlich mehr als die Wiedergabe eines einzelnen Gestaltungsmittels – er ist eine individuelle Text-Ton-Komposition und damit ein Musikwerk.

II. Berechtigung nach dem UrhG

Laut Sachverhalt ist U auch Schöpfer des Werkes (§ 7 UrhG). Er hat das Musikstück komponiert und folglich durch diesen Kompositionsakt das Musikwerk geschaffen und selbiges auch persönlich dargebracht. Anhaltspunkte für eine Miturheberschaft Dritter gem. § 8 UrhG liegen nicht vor, wenngleich sie gerade bei Konzertveranstaltungen durchaus häufiger vorliegen kann, wenn die Textautoren und Komponisten der Musikstücke mit den ausübenden Künstlern (also den Interpreten) nicht personenidentisch sind oder wenn Choreografien, Lichtinstallationen oder ähnliche Darbietungen hinzutreten, die nicht vom Musiker selbst stammen. Vorliegend gibt der Sachverhalt allerdings keine entsprechenden Hinweise, sodass von der alleinigen Urheberschaft des U auszugehen ist, weshalb ihm die Rechte aus §§ 15 ff. UrhG zustehen.

III. Eingriff

Durch das Aufnehmen und Abspeichern der Darbietung auf dem Smartphone könnte der T in das Vervielfältigungsrecht des U gem. § 16 Abs. 1 UrhG eingegriffen haben.

Eine Vervielfältigung ist dabei jede körperliche Fixierung, sodass das Werk sinnlich wahrnehmbar wird.[50] Der Begriff der körperlichen Fixierung ist dabei denkbar weit und vor allem technologieneutral zu verstehen, sodass eine körperliche Fixierung auch im Wege einer digitalen Verkörperung erfolgen kann, sofern das Werk nur über weitere, auch technische Zwischenschritte wieder wahrnehmbar gemacht werden kann.[51] Ferner setzt die Vervielfältigung nicht voraus, dass bereits ein körperliches Werkexemplar besteht. Vielmehr kann auch die erstmalige körperliche Fixierung eines zunächst unkörperlichen Werkes eine Vervielfältigungshandlung darstellen,[52] was § 16 Abs. 2 UrhG, aber auch § 77 Abs. 1 UrhG klarstellt. Dieses vorweggeschickt, ist das Aufnehmen und Abspeichern der Musikdarbietung auf einem Trägermedium, hier auf der Festplatte des Smartphones, eine körperliche Fixierung desselben, sodass T eine Vervielfältigungshandlung vornimmt, die nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 UrhG allein dem Urheber U zusteht. Ohne Einwilligung des U ist der Konzertmitschnitt daher als Eingriff in die Rechte des U zu qualifizieren.

Etwas anderes könnte allerdings gelten, wenn durch die Aufnahme der Darbietung ein selbständiges Werk in freier Benutzung gem. § 24 Abs. 1 UrhG a.F. (jetzt: § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG[53]) entstanden wäre, z.B. weil T hier nur einen Teil des Konzerts aufgenommen hat und dabei auch seine ganz persönliche Perspektive auf das Konzertgeschehen und dessen Atmosphäre mit eingebracht hat. Hierdurch könnte ein neues Werk entstanden sein, das einer Zustimmung des U entbehren würde (§ 24 Abs. 1 UrhG a.F.; jetzt: § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG). Allerdings kommt es für die Grenzziehung zwischen den

[48] BGH GRUR 1988, 812 (814) – Ein bisschen Frieden; BGH GRUR 2015, 1189 (1992 Rn. 44) – Goldrapper.

[49] *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, Kommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 2 Rn. 71; OLG München ZUM 2000, 408 (409) – Green Grass Grows; LG München I ZUM 2003, 245 (247) – Get over you. Die Frage kann z.B. im Rahmen von Sound-Samplings oder Jingles anders zu entscheiden sein.

[50] BT-Drs. IV/270, S. 47.

[51] *Heerma*, in: Wandtker/Bullinger, Kommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 16 Rn. 4.

[52] *Schulze* (Fn. 19), § 16 Rn. 8; BGH GRUR 2006, 319 (321 Rn. 25) – Alpensinfonie.

[53] § 24 wurde mit Wirkung vom 7.6.2021 durch Gesetz v. 31.5.2021 (BGBl. 2021 Teil I Nr. 27, S. 1204) aufgehoben.

urheberrechtlich relevanten Handlungen der Vervielfältigung und Bearbeitung (§ 23 Abs. 1 S. 1 UrhG) und der freien Benutzung (§ 24 Abs. 1 UrhG a.F.; jetzt: § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG) maßgeblich auf das Maß der Übereinstimmungen im Bereich der objektiven Merkmale der Werkgestaltungen an.[54] Maßgeblich ist also, inwieweit der Mitschnitt noch durch die schöpferische Eigentümlichkeit des Originals bestimmt wird, also die Identität des Originalwerkes erkennen lässt – dann handelt es sich um eine Vervielfältigung bzw. eine Bearbeitung – oder einen hinreichenden Abstand zum ursprünglichen Werk wahrt – dann liegt eine freie Benutzung vor (vgl. auch § 24 Abs. 2 UrhG a.F.; jetzt: § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG).[55] Vorliegend steht die Musikdarbietung des Songs „Sunshine“ im Vordergrund, zu dessen unveränderter Übernahme es in dem Mitschnitt kommt. Insofern ist die Einschätzung, dass es sich bei der audiovisuellen Aufzeichnung des (unveränderten) Werkes um eine Vervielfältigung nach § 16 Abs. 1 UrhG handelt, nicht zu revidieren.

IV. Widerrechtlichkeit des Eingriffs

1. Nutzungsrechte und Rechtfertigungsgründe

Solche sind nicht ersichtlich
Insbesondere wurde T kein einfaches Nutzungsrecht (§ 31 Abs. 2 UrhG), dergestalt eingeräumt, dass das Aufnehmen des Konzerts im Rahmen der Zutrittsbedingungen explizit freigegeben ist.[56]

2. Schranke des § 53 UrhG

Die Vervielfältigungshandlung des T könnte jedoch gem. § 53 Abs. 1 UrhG zulässig sein.

a) Privatkopie

Diese Vorschrift legitimiert die Herstellung einzelner Kopien eines Werkes auf beliebigen Trägern zum privaten Gebrauch, sofern die Vervielfältigungshandlungen durch natürliche Personen erfolgen, keinen beruflichen oder erwerbswirtschaftlichen Zwecken dienen und soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird. Von Privatgebrauch ist auszugehen, wenn eine beabsichtigte Nutzung im privaten Bereich und „zur Befriedigung rein persönlicher Bedürfnisse“ durch die eigene Person oder die mit ihr durch ein persönliches Band verbundenen Personen (z.B. Familienmitglieder) erfolgt.[57] Sobald die Vervielfältigung dagegen unmittelbar oder auch nur mittelbar anderen Zwecken, wie z.B. Erwerbszwecken, dienen soll,[58] liegt dagegen kein privater Gebrauch mehr vor. Laut Sachverhalt möchte T die Aufnahme allein als persönliche Erinnerung an das Konzert abspeichern; ein wirtschaftliches Interesse ist nicht erkennbar, sodass von einem Privatgebrauch des T i.S.d. § 53 Abs. 1 UrhG auszugehen ist.

b) Schranken-Schranke

Dennoch könnte die Vervielfältigung gem. § 53 Abs. 7 UrhG unzulässig sein.

§ 53 Abs. 7 UrhG benennt als Rückausnahme (sog. Schranken-Schranke) einen festen Katalog von Werken, die von der in § 53 Abs. 1 UrhG eingeräumten Vervielfältigungsfreiheit wieder ausgenommen sind. In diesen Fällen greift die Schranke der Privatkopie nicht. Stattdessen wird angeordnet, dass die Aufnahme öffentlicher Vorträge, Aufführungen oder Vorführungen eines Werkes auf Bild- oder Tonträger stets der Zustimmung seitens des Urhebers bedarf.

aa) Öffentliche Aufführung

Das Konzert stellt eine Aufführung i.S.d. § 19 Abs. 2 UrhG dar, da ein Werk der Musik durch eine persönliche Darbietung zu Gehör gebracht wird.

Die Aufführung ist trotz der über den Ticketverkauf begrenzten Zugangsmöglichkeit auch als öffentlich anzusehen, da für die Definition des Öffentlichkeitsbegriffes auf § 15 Abs. 3 S. 2 UrhG zurückzugreifen ist. [59]

Gem. § 15 Abs. 3 S. 2 UrhG gehört zur Öffentlichkeit jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.

Da die Verbundenheit des T mit den anderen Konzertbesuchern nicht bereits dadurch hergestellt wird, dass der Zugang zu dem Konzert an den Kauf einer Eintrittskarte gebunden ist und ein Konzert obendrein nach dem Verständnis des EuGH[60] für „recht viele Personen“ bestimmt ist (siehe auch unter B.), ist die erforderliche Öffentlichkeit gegeben[61] und die Vervielfältigung liegt gerade jenseits der privaten bzw. internen Sphäre, für welche einzelne Vervielfältigungen ausnahmsweise auch ohne die Zustimmung des ausschließlich Berechtigten möglich sein sollen.[62]

bb) Aufnahme

T tätigt auch eine Aufnahme durch Bild- und Tonträger. Als solche gelten nach § 16 Abs. 2 UrhG Vorrichtungen zur wiederholbaren Wiedergabe von Bild- oder Tonfolgen, wozu Aufnahmen durch Tonbandgeräte, Foto-, Film- und Video-

[54] BGH GRUR 2015, 1189 (1195 Rn. 72) – Goldrapper; BGH GRUR 1981, 267 (269) – Dirlada.
[55] BGH GRUR 1981, 267 (269) – Dirlada; BGH GRUR 2015, 1189 (1195 Rn. 72) – Goldrapper.
[56] In der Regel ist es gerade umgekehrt. Die Geschäftsbedingungen des Konzertveranstalters schließen das Mitschneiden der Konzerte in Ton- und Bild aus.
[57] BGH GRUR 1978, 474 (475) – Vervielfältigungsstücke.
[58] BGH GRUR 1993, 899 (900) – Diaduplikate.
[59] *Loewenheim/Stieper*, in: Schricker/Loewenheim, Kommentar zum Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 53 Rn. 62.
[60] EuGH GRUR 2012, 593 (596 Rn. 84, 86) – SCF/Marco Del Corso. Zwar geht die öffentliche Aufführung gem. § 19 Abs. 2 UrhG nicht auf Europarecht zurück; es wird allerdings angenommen, dass der Begriff der „Öffentlichkeit im Rahmen des § 15 Abs. 3 UrhG nach dem allgemeinen Verständnis des EuGH auszulegen ist, vgl. *Heerma* (Fn. 51), § 15 Rn. 19.
[61] *Heerma* (Fn. 51), § 15 Rn. 2.
[62] *Loewenheim/Stieper* (Fn. 59), § 53 Rn. 62.

kameras ebenso gehören, wie Aufnahmen in digitaler Form mittels Smartphones oder Tablets.[63]

V. Ergebnis zu A

Durch das Aufnehmen des auf dem Konzert dargebotenen Songs „Sunshine“ hat T in das Vervielfältigungsrecht des U gem. § 16 UrhG widerrechtlich eingegriffen.

B. Senden des Songs in die Chat-Gruppe

Durch das Teilen des Konzertmitschnitts in der Chat-Gruppe könnte T widerrechtlich in Urheberrechte des U eingegriffen haben.

I. Werk

Wie A. I.

II. Berechtigung nach UrhG

Wie A. II.

III. Eingriff[64]

1. Vervielfältigungsrecht, § 16 UrhG

Durch das Versenden des Konzertmitschnitts vom Smartphone an die Gruppenmitglieder (Upload) findet seitens des T erneut eine urheberrechtsverletzende Vervielfältigungshandlung nach § 16 Abs. 1 UrhG statt, da das Werk nunmehr eine körperliche Fixierung auf den Festplatten der Devices der Gruppenmitglieder erfährt. Nach allgemeiner Auffassung stellt nicht nur die erstmalige Digitalisierung, sondern auch jedwede Übertragung digitaler Daten auf ein anderes Speichermedium eine Vervielfältigung i.S.d. § 16 Abs. 1 UrhG dar. Das Überspielen einer digitalen Information – gleich welchen Inhaltes – auf ein anderes Speichermedium (z.B. Festplatte, DVD, USB-Stick, Cloud-Speicher) ist immer als Vervielfältigung i.S.d. § 16 Abs. 1 UrhG anzusehen,[65] selbst wenn die zu übertragenden Daten in ein anderes Format umgewandelt oder zuvor komprimiert werden.[66]

2. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, § 19a UrhG

Ferner könnte der T durch das Hochladen in den Gruppenchat in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung des U gem. § 19a UrhG eingegriffen haben.

a) Zugänglich machen

§ 19a UrhG ist die Befugnis des Urhebers, ein Werk der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es deren Mitgliedern von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist.

Da den Gruppenmitgliedern der Zugriff auf das sich in der Zugriffssphäre des T befindende geschützte Werk eröffnet wird,[67] begründet das „Teilen“ der Konzertmitschnitte über die Chatgruppe ein Zugänglichmachen.

b) Öffentlichkeit

T müsste den Song auch einer Öffentlichkeit zugänglich gemacht haben.

Der Begriff der Öffentlichkeit richtet sich nach § 15 Abs. 3 UrhG, da das ausschließliche Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG ein Unterfall der öffentlichen Wiedergabe ist. Hiernach ist die Wiedergabe und damit auch die Zugänglichmachung öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist (§ 15 Abs. 3 S. 1 UrhG). Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist (§ 15 Abs. 3 S. 2 UrhG).

Vorliegend teilte T den Konzertmitschnitt in seiner privaten Chatgruppe, sodass fraglich ist, ob T hier überhaupt eine Öffentlichkeit i.S.d. § 15 Abs. 3 UrhG erreicht – schließlich befinden sich derzeit nur 45 Personen in der Chatgruppe und außerdem umfasst sie einen privaten Freundeskreis.

Um die Frage, ob T eine Öffentlichkeit erreicht, beantworten zu können, muss daher der Öffentlichkeitsbegriff einer näheren Betrachtung zugeführt werden. Der Begriff „öffentlich“ ist im Anwendungsbereich des Art. 3 InfoSoc-RL voll harmonisiert[68] und daher im Lichte des Unionsrechts auszulegen. Während die ältere Rechtsprechung zunächst in enger Anlehnung an den Wortlaut des § 15 Abs. 3 S. 1 UrhG auch eine verhältnismäßig kleine Gruppe als Öffentlichkeit genügen ließ, haben der EuGH[69] und auch der BGH[70] die Anforderungen dahingehend konkretisiert, dass über den Wortlaut hinaus eine Erheblichkeitsschwelle vorauszusetzen sei. Von einer „Mehrzahl von Personen“ i.S.d. § 15 Abs. 3 S. 1 UrhG dürfe nur ausgegangen werden, wenn das Werk an „recht viele Personen“ bzw. einem „unbestimmten Personenkreis“ adressiert wird, weshalb die Wiedergabe gegenüber

[63] *Loewenheim/Stieper* (Fn. 59), § 53 Rn. 62; *Loewenheim* (Fn. 13), § 16 Rn. 27.

[64] Ein Eingriff in das Verbreitungsrecht nach § 17 Abs. 1 UrhG kommt hier nicht in Betracht. Zwar gesteht § 17 Abs. 1 UrhG dem Urheber das ausschließliche Recht zu, das Original oder Vervielfältigungsstücke der Öffentlichkeit anzubieten oder es in den Verkehr zu bringen, so dass man auf den ersten Blick der Meinung sein könnte, dass in dieses Recht des U von T eingegriffen wurde. Allerdings hat der EuGH auf Vorlage des BGH entschieden, dass der Begriff des „Verbreitens“ entsprechend des Art. 4 Abs. 1 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG auszulegen ist und deshalb eine Übertragung des Eigentums am Werk oder der Vervielfältigungsstück voraussetze (EuGH GRUR 2008, 604 f. – Le Corbusier-Möbel). Insofern geht es i.R.d. § 17 UrhG um Angebote zum Verkauf und nicht – wie vorliegend – um das reine Zugänglichmachen von Inhalten.

[65] BGH GRUR 1991, 449 (453) – Betriebssystem.

[66] *Heerma* (Fn. 51), § 16 Rn. 16.

[67] *Götting* (Fn. 22), § 19a Rn. 3.

[68] *v. Ungern-Sternberg* (Fn. 37), § 15 Rn. 143, 354; siehe zum Ganzen *Kanert/Meyer*, ZJS 2020, 419 (425 f.).

[69] EuGH GRUR 2012, 593 (597 Rn. 96) – SCF/Del Corso.

[70] BGH GRUR 2013, 818 (819 f. Rn. 17) – Die Realität I.

Kleingruppen (z.B. in einer Zahnarztpraxis[71] oder Mitgliedern eines kleineren Clubs von bis zu 20 Personen[72]) nicht von § 15 Abs. 3 S. 1 UrhG erfasst ist. Es muss sich bei der Öffentlichkeit ferner um „Personen allgemein" handeln.[73] Davon ist auszugehen, wenn die Wiedergabe für eine unbestimmte Zahl potenzieller Adressaten bestimmt ist, „also nicht auf besondere Personen beschränkt ist, die einer privaten Gruppe angehören."[74]

Durch diese seitens des EuGH getroffene Festlegung, dass von einer Öffentlichkeit nur auszugehen ist, wenn „recht viele Personen" zum Empfängerkreis gehören und es sich um „Personen allgemein" handeln muss, wird zugleich das Homogenitätserfordernis des § 15 Abs. 3 S. 2 UrhG überlagert. Eine persönliche Verbundenheit kann daher nurmehr angenommen werden, wenn es sich bei dem möglichen Empfängerkreis nicht mehr um „Personen allgemein" handelt. Insofern setzt die öffentliche Wiedergabe bei richtlinienkonformer Interpretation des § 15 Abs. 3 UrhG eine Wiedergabe an einen vergleichsweise großen Personenkreis voraus („recht viele"), der sich aus Sicht des Handelnden nicht aus von ihm in besonderer Weise adressierten Personen, sondern eher aus einem allgemeinen Publikum zusammensetzt. Bezieht man diese Feststellung auf den vorliegenden Sachverhalt, so scheint es sich bei der Chatgruppe zunächst um einen geschlossenen Personenkreis zu handeln. Der Zugang zur Chatgruppe ist von einer persönlichen Einladung bzw. Registrierung abhängig. Auf der anderen Seite ist durch das Aufspalten der Administrationsrechte und der Möglichkeit, weitere „Freunde" einzuladen, die ursprünglich bestehende Übersicht über den verbundenen Personenkreis vollkommen verloren gegangen. T kennt laut Sachverhalt die hinzugetretenen Mitglieder nicht mehr, der Kreis besteht mittlerweile aus 45 Personen – also „recht vielen" - und wird stetig größer. Würdigt man diese Sachverhaltsangaben, so wird man die Personen für die das Werk nunmehr wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, wohl als Öffentlichkeit i.S.d. § 15 Abs. 3 S. 1 UrhG bezeichnen können.

Anmerkung: Hier ist mit entsprechender Argumentation auch die Gegenmeinung vertretbar.[75]

IV. Widerrechtlichkeit des Eingriffs

1. Erschöpfung, § 17 Abs. 2 UrhG

Gedanken zur Erschöpfung sind im vorliegenden Sachverhalt nicht anzustellen, da nach Art. 3 Abs. 3 InfoSoc-RL durch Handlungen der öffentlichen Wiedergabe und der öffentlichen Zugänglichmachung eine Erschöpfung nicht eintreten kann.

2. Schranken

Gründe, die T die vorgenannten Nutzungen gestatten würden, sind nicht ersichtlich. Die Nutzungshandlungen des T hinsichtlich der Vervielfältigung auf den Endgeräten der Gruppenmitglieder können nicht über die Schranke des Privatgebrauchs gem. § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG gerechtfertigt werden. Einerseits stellt die Chatgruppe kein technisch gesichertes Archiv oder ähnliches dar und andererseits erfordert der „eigene Gebrauch" stets eine eigene Verwendung, die bei der Weitergabe des Werkes an außenstehende Dritte nicht mehr anzunehmen ist. Selbst, wenn sich die Chatgruppe hier als „Freundegruppe" bezeichnet und die Mitschnitte zwecks Diskussion und Austausch von T in den Freundeskreis weitergeleitet wurden, ist die erforderliche Privatbezogenheit ob der ungeregelten Zunahme des zugehörigen Personenkreises nicht mehr gegeben. Ferner – und insofern muss die Privatbezogenheit auch nicht abschließend entschieden werden – hat T – wie unter A. festgestellt – eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage verbreitet, was die Anwendung der Schranke des Privatgebrauchs ohnehin ausschließt (§ 53 Abs. 1 S. 1 UrhG). Schon gar nicht – auch darauf ist hinzuweisen – kann T die Nutzung der urheberrechtlichen Verwertungsrechte deshalb nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG gestattet sein, weil die Gruppenmitglieder ihrerseits lediglich Privatkopien erstellen. Dieser Aspekt könnte allenfalls bei der urheberrechtlichen Inanspruchnahme der Gruppenmitglieder wegen deren Vervielfältigungshandlungen (u.a. Downloads) relevant werden, wonach vorliegend aber nicht gefragt ist.

V. Ergebnis zu B

Durch das Teilen des Konzertmitschnitts in der Chatgruppe ohne Einwilligung des U verletzt T das Recht des U zur Verbreitung nach § 16 Abs. 1 UrhG und öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a Abs. 1 UrhG.

Gesamtergebnis

T hat sowohl durch die Aufnahme des Songs „Sunshine" als auch durch das Teilen desselben in der Chatgruppe widerrechtlich in Urheberrechte des U eingegriffen.

Exkurs: Aufgrund der festgestellten Verletzungshandlungen könnte der Rechteinhaber U den T auf Unterlassung und Vernichtung der Vervielfältigungsstücke in Anspruch nehmen, §§ 97 Abs. 1 und 98 UrhG. In Betracht kommt auch Schadensersatz gem. § 97 Abs. 2 UrhG. Darüber hinaus erfüllt T auch den Straftatbestand des § 106 UrhG.

Fall 3: Video-on-Demand für Alle!

Sachverhalt

A ist Inhaberin eines Accounts bei der Streaming-Plattform Netzon+.

Netzon+ ist eine deutsche Streaming-Plattform, die Filme und Serien verschiedener Genres anbietet. Dafür hält Netzon+ entsprechende Quelldateien auf ihren Servern bereit, damit

[71] EuGH GRUR 2012, 593 (597 Rn. 100) – SCF/Del Corso.
[72] OLG Frankfurt a.M. ZUM-RD 2015, 296 (297 f.).
[73] EuGH GRUR 2012, 597 (598 Rn. 34, 599 Rn. 41) – Phonographic Performance (Ireland); BGH GRUR 2013, 818 (819 Rn. 17) – Die Realität I.
[74] BGH GRUR 2013, 818 (819 Rn. 17) – Die Realität I.
[75] Zur Öffentlichkeit in Nutzergruppen LG München I GRUR-RR 2018, 406 (407 f. Rn. 28) – Mythos H. Zu den verschiedenen von § 19a UrhG erfassten Anwendungsbereichen siehe *Bullinger* (Fn. 49), § 19a Rn. 22 ff.

der Nutzer diese dort jederzeit über ein Endgerät abrufen kann. Die Streaming-Plattform hat dafür entsprechende Lizenzen erworben.

A als Nutzerin zahlt monatlich einen Betrag von 10,99 € an Netzon+ und kann nach Eingabe ihrer E-Mail-Adresse und des von ihr festgelegten Passwortes rund um die Uhr auf die dort angebotenen Filme und Serien zugreifen und diese auf ihren Geräten streamen (Video-on-Demand).

Nach den Bedingungen der Streaming-Plattform darf A nur auf einem Endgerät gleichzeitig streamen.

Ihr Freund B wohnt in einem eigenen Hausstand. Aber auch B ist von dieser Art des Filmesehens begeistert. Da er den Betrag für einen Account nicht aufbringen kann, gibt A ihm ihre Zugangsdaten (E-Mail-Adresse und Passwort), damit er die gleichen Streaming-Möglichkeiten hat. Dies führt dazu, dass A den oscarprämierten Film „Titanic“ und B gleichzeitig die international bekannte Zeichentrickserie „The Simpsons“ streamt.

Untersuchen Sie die urheberrechtliche Relevanz der Handlungen von Netzon+ und B.[76]

Lösungsvorschlag zu Fall 3

Vorüberlegung: In diesem Sachverhalt ist nicht nur nach verschiedenen Handlungen, sondern auch verschiedenen Personen zu unterteilen.
Über Video-on-Demand: Das sogenannte Video-on-Demand (VoD) „bezeichnet ein Verfahren, bei dem der Nutzer gezielt auf einzelne Angebote aus der Datenbank eines Anbieters zugreifen kann.“[77] Die Besonderheit bei Video-on-Demand Streaming-Angeboten liegt darin, dass die Audio- und Videodateien beliebig oft und zeitversetzt aufgerufen werden dürfen[78], wohingegen reine VoD-Angebote häufig nur einmal oder innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens abgerufen werden dürfen (vergleichbar dem Leihen eines Films).

A. Urheberrechtliche relevantes Verhalten des Netzon+

Indem die Streaming-Plattform Netzon+ die Quelldateien von Filmen und Serien auf ihre Server hochlädt und bereithält und sie den Nutzern zum Abruf zur Verfügung stellt, könnte sie widerrechtlich in ein fremdes Urheberrecht eingegriffen haben.

I. Werk

Bei den dargebotenen Serien und Filmen müsste es sich um Werke i.S.d. § 2 UrhG handeln. In Betracht kommt die Einordnung als Filmwerk nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG.

Geschützt ist allerdings nicht jeder Film, sondern nur derjenige, der die Werkeigenschaft i.S.d. § 2 Abs. 2 UrhG besitzt, das heißt eine persönliche geistige Schöpfung[79] ist. Im UrhG selbst fehlt es an einer rechtlichen Definition des Filmwerks, jedoch hat sich ein Begriff herausgebildet. In tatsächlicher Hinsicht werden bei einem Filmwerk fotographische oder fotographieähnliche Einzelbilder aneinandergereiht.[80] Vom Filmbegriff umfasst, und dafür charakteristisch[81], ist allerdings auch der Ton, sei es das gesprochene Wort, die Musik oder sonstige Geräusche.[82] Werkeigenschaft kommt dem Film nur dann zu, wenn filmische Gestaltungsmittel eingesetzt werden.[83]

Über das Filmwerk hinaus erwähnt § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG außerdem die Werke, die ähnlich wie Filmwerke geschaffen werden. Diese Werke sind primär zur sprachlichen Vervollständigung genannt[84], da die Herstellungsart der Werke nicht entscheidend ist. Unter die „ähnlichen Werke“ i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG fallen beispielsweise Zeichentrickfilme, Computerspiele[85] oder Tonbildshows.

Im Ergebnis handelt es sich also bei den Filmen und Serien, die auf der Streaming-Plattform dargeboten werden, um Filmwerke bzw. Werke, die ähnlich wie Filmwerke geschaffen werden i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG, sofern sie die Gestaltungshöhe des § 2 Abs. 2 UrhG erreichen. Der Film „Titanic“ im konkreten Fall wäre aufgrund der Aneinanderreihung fotographischer Einzelbilder nebst Untermauerung mit Ton als Filmwerk einzustufen, die Serie „The Simpsons“ aufgrund der anderen Herstellungsart (Zeichentrick) als Werk, das ähnlich wie ein Film hergestellt wird.

II. Berechtigung nach UrhG

Urheber beim Filmwerk sind diejenigen natürlichen Personen, die bei seiner Herstellung die schöpferischen Beteiligungen leisten, die nicht selbstständig verwertbar sind.[86] Sofern mehrere Personen an der Herstellung des Filmwerkes beteiligt sind, sind diese Miturheber i.S.d. § 8 UrhG. § 89 Abs. 3 UrhG

[76] Das urheberrechtlich relevante Verhalten der A wird an dieser Stelle ausgespart. Zu denken wäre insbesondere an eine mögliche Mithaftung aus § 830 BGB.
[77] *Holznagel*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, RStV § 2 Rn. 30.
[78] *Dustmann/Engels*, in: Fromm/Nordemann, Kommentar zum Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 19a Rn. 20; OLG Köln GRUR-RR 2006, 5 (Personal Video Recorder); OLG Hamburg ZUM 2009, 414 (staytuned III); OLG Hamburg MMR 2006, 173 (174) – staytuned.
[79] Vgl. *Kanert/Meyer*, ZJS 2020, 419 (419 f.); Bildfolgen ohne Werkqualität sind Laufbilder i.S.d. § 95 UrhG.
[80] *Ahlberg*, in: Beck`scher Online-Kommentar zum Urheberrecht, Ed. 31, Stand: 1.5.2021, § 2 Rn. 37.
[81] *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. 2019, § 9 Rn. 241.
[82] *Ahlberg* (Fn. 80), § 2 Rn. 37; *Schulze* (Fn. 19), § 2 Rn. 204.
[83] *Ahlberg* (Fn. 80), § 2 Rn. 38; BGHZ 26, 52 (55) – Sherlock Holmes.
[84] *A. Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, Kommentar zum Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 204.
[85] Die jedoch, sofern sie die nötige Gestaltungshöhe erreichen, direkt unter „Filmwerke“ zu fassen sind.
[86] *Loewenheim/Leistner* (Fn. 30), § 2 Rn. 223; *Manegold/Czernik*, in: Wandtke/Bullinger, Kommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 89 Rn. 11.

normiert einen Unterschied zwischen denjenigen Urhebern, die die Werke schaffen, die im Filmwerk verwertet werden (wie Drehbuchautoren, Romanautoren oder Musiker) und den tatsächlichen Filmurhebern.

An erster Stelle ist als Urheber eines Films der Hauptregisseur zu nennen, vgl. Art. 2 Abs. 1 der Schutzdauer-RL[87] oder Art. 2 Abs. 2 der Vermiet- und Verleih-RL[88]. Aufgrund seiner Stellung und Weisungsaufgabe bei der Filmproduktion kann er den entscheidenden Einfluss auf die schöpferische Gestaltung des filmischen Ablaufs nehmen.[89] Es lässt sich hieraus jedoch nicht die Vermutung ableiten, der Hauptregisseur sei Alleinurheber[90], da darüber hinaus noch weitere Urheber ihre schöpferische Leistung zum Gesamtwerk erbringen, wie etwa der „Kameramann, Cutter, Darsteller, Filmarchitekten, Szenen- und Kostümbildner sowie Tonmeister."[91] Dies gilt allerdings nur so weit, als dass sie keine Leistung erbringen, die über das konkrete Filmwerk hinaus eigenständig verwertbar sind.[92]

III. Eingriff

Durch das Hochladen auf die Server und das dauerhafte zur Verfügung stellen der Film- und Serienangebote zum jederzeitigen Abruf könnte Netzon+ widerrechtlich in Urheberrechte der Filmurheber eingegriffen haben.

1. Vervielfältigung, § 16 UrhG

Durch das Hochladen der Film- und Seriendateien auf den Server könnte Netzon+ in das Vervielfältigungsrecht der Filmurheber gem. § 16 UrhG eingegriffen haben.

Vervielfältigung gem. § 16 UrhG meint die ausschließlich dem Urheber zustehende körperliche Fixierung des Werkes, sodass es sinnlich wahrnehmbar wird.[93] Auch elektronische Daten können i.S.d. § 16 UrhG vervielfältigt werden (digitale Vervielfältigungshandlung). Vervielfältigung in diesem Sinne ist daher auch die Speicherung der digitalisierten Fassung eines Werkes, ebenso die Einspeicherung urheberrechtlich geschützter Dokumente in elektronische Datenbanken.[94] Anknüpfungspunkt – da hier keine direkte körperliche Fixierung des Werkes gegeben ist – ist § 16 Abs. 2 UrhG. Es kommt maßgeblich darauf an, ob das digitalisierte Werk den menschlichen Sinnen unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar gemacht werden kann.[95]

Die Betreiber einer Streaming-Plattform müssen die entsprechenden Quellcodes der Filme und Serien auf ihren Servern bereithalten und diese dementsprechend uploaden. Damit ist der Begriff der Vervielfältigung erfüllt, sodass eine zustimmungspflichtige Verwertungshandlung vorliegt.

2. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, § 19a UrhG

Durch das Bereithalten der Film- und Seriendateien auf den Servern zum Abruf durch die Nutzer könnte Netzon+ in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung der Filmurheber gem. § 19a UrhG eingegriffen haben.

§ 19a UrhG ist die Befugnis des Urhebers, ein Werk der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es deren Mitgliedern von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist, etwa über Internet oder sonstige Netzwerke.

Die Besonderheit dieser Vorschrift liegt gerade in der Tatsache, dass den Mitgliedern der Öffentlichkeit der Zugriff auf das Werk zu jeder Zeit an beliebigen Orten gewährt wird.[96] Damit wird die sog. sukzessive Öffentlichkeit erfasst. Das Zugänglichmachen setzt voraus, „dass Dritten der Zugriff auf das sich in der Zugriffsphäre des Vorhaltenden befindende geschützte Werk eröffnet wird."[97]

Das Bereithalten zum Abruf auf der Streaming-Plattform fällt unter § 19a UrhG.[98] Die dort angebotenen Videodateien „können beliebig oft und auch zeitversetzt aufgerufen und abgespielt werden, sind allerdings nicht zum Download bestimmt."[99] Ob die entsprechenden Werke tatsächlich abgerufen werden ist für die Erfüllung des Tatbestandes unerheblich.[100] Die öffentliche Zugänglichmachung i.S.d. § 19a UrhG des Filmes „Titanic" und der Serie „The Simpsons" steht nur den Urhebern zu, sodass dies eine zustimmungsbedürftige Verwertungshandlung seitens Netzon+ darstellt.

IV. Widerrechtlichkeit des Eingriffs

1. Schranken und Rechtfertigungsgründe

Solche sind nicht ersichtlich.

2. Nutzungsrechte

Der Eingriff könnte jedoch erlaubt sein, wenn der Netzon+ ein Nutzungsrecht seitens der Urheber eingeräumt wurde. Gem. § 31 Abs. 1 S. 1 UrhG kann der Urheber einem anderen das Recht einräumen, das Werk auf einzelne oder alle Nutzungsarten zu nutzen (Nutzungsrecht). Es bestimmt sich nach dem von beiden Parteien zugrunde gelegten Vertragszweck, auf welche Nutzungsarten es sich erstreckt (§ 31 Abs. 5

[87] RL 93/98/EWG.
[88] RL2006/115/EG.
[89] OLG Köln GRUR-RR 2009, 208 (211) – Frosch mit der Maske; BGH GRUR 1991, 133 (135) – Videozweitauswertung I.
[90] Vgl. OLG Köln GRUR-RR 2009, 208 (211) – Frosch mit der Maske.
[91] *Loewenheim/Leistner* (Fn. 30), § 2 Rn. 224.
[92] *Schwarz/U. Reber*, in: Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 80 Rn. 124.
[93] BT-Drs. IV/270, S. 47.
[94] *Loewenheim* (Fn. 13), § 16 Rn. 17 f.
[95] *Götting*, in: Beck´scher Online-Kommentar zum Urheberrecht, Ed. 31, Stand: 1.5.2021, § 16 Rn. 4.
[96] *Dreier*, in: Dreier/Schulze, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 19a Rn. 1.
[97] BGH GRUR 2010, 628 (629 Rn. 19) m.w.N. – Vorschaubilder.
[98] *Heerma* (Fn. 51), § 16 Rn. 22.
[99] *Dustmann/Engels* (Fn. 78), § 19a Rn. 20.
[100] Vgl. EuGH GRUR 2014, 360 (361 Rn. 19) – Nils Svensson u.a./Retriever Sverige; EuGH GRUR 2014, 468 (470 Rn. 39) – UPC Telekabel/Constantin Film m. Anm. *Marly*.

UrhG).[101] Das heißt, dass die konkrete Nutzungsart mit einem Verwertungsrecht aus §§ 15 ff. UrhG korrespondieren kann, aber nicht muss.[102] Eine Nutzungsart ist jede durch die Verkehrsauffassung als hinreichend klar abgrenzbar angesehene, wirtschaftlich-technische Form der Verwertung eines Werkes.[103]

Etabliert haben sich im Rahmen der Lizenzverträge für Filme die sog. Video- bzw. VoD-Lizenzverträge, durch die das Recht zur Nutzung der Filmwerke im Rahmen von VoD-Diensten eingeräumt wird. Solche Verträge können zwischen dem Rechteinhaber und dem VoD-Anbieter geschlossen werden.[104] Im Falle des Streamings gibt es die Unterscheidung zwischen werbefinanziertem VoD oder der Leistung regelmäßiger Abonnementgebühren (Subscription VoD). Im Falle von Netzon+ ist letztere Konstellation gegeben. Durch den Lizenzvertrag erhält die VoD-Plattform für einen begrenzten Zeitraum die ausschließlichen Rechte zur öffentlichen Zugänglichmachung über eine bestimmte Plattform durch Verkauf oder durch die zeitweise Überlassung des Films als Download oder Stream.[105]

Allerdings wird durch das Bereithalten des Quellcodes zum Stream-Abruf nicht nur das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung aus § 19a UrhG berührt, sondern auch das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG. Ob das Vervielfältigungsrecht auch im Rahmen der VoD-Lizenzverträge gesondert aufgenommen werden muss, ist zwar umstritten[106], spielt jedoch vorliegend keine Rolle. Nach dem Sachverhalt hat sich die Plattform Netzon+ entsprechende Lizenzen gesichert. Daher ist die Nutzung der Werke erlaubt.

V. Ergebnis zu A

Durch das Hochladen auf die Server und das dauerhafte zur Verfügung stellen der Film- und Serienangebote zum jederzeitigen Abruf hat Netzon+ nicht in die Urheberrechte der Filmurheber eingegriffen.

Es handelt sich um Verwertungen, die aufgrund entsprechender VoD-Lizenzverträge erlaubt sind.

B. Urheberrechtlich relevantes Verhalten des B

Durch das Anschauen der Serie „The Simpsons“ mithilfe der Zugangsdaten der A könnte B widerrechtlich in Urheberrechte der Filmhersteller eingegriffen haben.

I. Werk

Wie A. I.

II. Berechtigung nach UrhG

Urheber i.S.d. § 7 UrhG bzw. Miturheber eines Werkes nach § 8 UrhG sind diejenigen, die bei seiner Herstellung die schöpferischen Beteiligungen leisten, die nicht selbstständig verwertbar sind.[107] In der Regel ist der Phasenzeichner derjenige, der im Rahmen von Zeichentrickfilmen oder -serien als dessen Filmurheber gilt, da er ähnlich einem Regisseur agiert.[108]

III. Eingriff

Durch das Streamen der Serie könnte B das Werk i.S.d. § 16 UrhG vervielfältigt haben. Wie bereits beschrieben, können auch elektronische Dateien vervielfältigt werden. Beim Streaming „werden automatisch Datenpakete zum Zwecke der besseren Abspielbarkeit beim Empfänger im Puffer zwischengespeichert.“[109] Bereits aus diesem Grunde hat B daher einen Eingriff vorgenommen, der nach § 16 UrhG den Urhebern vorbehalten wäre.

IV. Widerrechtlichkeit des Eingriffs

1. Nutzungsrechte

Im Gegensatz zur Streaming-Plattform Netzon+ hat B kein Nutzungsrecht i.S.d. § 31 UrhG erworben, das die kurzzeitige Vervielfältigung erlauben würde.

2. Schranken

Als Rechtfertigung für den Eingriff in das Vervielfältigungsrecht des Urhebers kommt daher entweder die Schranke der Privatkopie nach § 53 UrhG oder die vorübergehende Vervielfältigungshandlung nach § 44a UrhG in Betracht.

a) Privatkopie, § 53 UrhG

Die Vervielfältigung der Seriendatei könnte gem. § 53 UrhG zulässig sein.

§ 53 UrhG erklärt Vervielfältigungen zum privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch in gewissen Grenzen für zustimmungsfrei, jedoch gekoppelt an eine Vergütung.[110] B vervielfältigt das Werk „The Simpsons“ hier, um sein eigenes Bedürfnis nach Unterhaltung zu befriedigen. Dennoch ist § 53 UrhG hier nicht anwendbar.

Die Schranke des § 53 UrhG scheitert im vorliegenden Fall zwar nicht wegen § 53 Abs. 1 S. 1 letzter Hs. UrhG. Dieser Ausschluss ist nur dann gegeben, wenn es sich um eine Vervielfältigung offensichtlich rechtswidrig hergestellter oder öffentlich zugänglich gemachter Vorlagen handelt. Die Vorlage selbst – der Zugang zum Quellcode auf der Strea-

[101] *Hoeren*, Archiv für Urheber- und Medienrecht 2014, 683 (684).
[102] *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. 2019, § 16 Rn. 599.
[103] BGH GRUR 2005, 937 (939) – Zauberberg.
[104] Vertiefend zu Inhalten des VoD-Lizenzvertrages *Schwarz/U.Reber* (Fn. 92), § 80 Rn. 287 bis 304.
[105] *Schwarz/U.Reber* (Fn. 92), § 80 Rn. 285.
[106] E.A. Nutzungsvertrag eigener Art – siehe LG München I ZUM 2009, 788 (793), bestätigt vom OLG München ZUM 2010, 709 (712) – MyVideo (Verfahren durch Vergleich beendet); zustimmend *Schaefer*, ZUM 2010, 150 (154); a.A. getrennt einräumbare Rechte – siehe *Jani*, ZUM 2009, 722 (725).
[107] *Loewenheim/Leistner* (Fn. 30), § 2 Rn. 223; *Manegold/Czernik* (Fn. 86), § 89 Rn. 11.
[108] *Schulze* (Fn. 19), § 89 Rn. 20; *Schulze*, ZUM 1997, 77 (84).
[109] *Reinbacher*, in: Wandtke/Bullinger, Kommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 106 Rn. 14.
[110] *Dreier* (Fn. 96), § 53 Rn. 1.

ming-Plattform Netzon+ – ist jedoch, wie eben beschrieben, mit der Zustimmung der Urheber im Rahmen eines Nutzungsrechtes erfolgt und daher nicht rechtswidrig.

Von Relevanz ist aber das Verhältnis zu § 44a UrhG: Der Gesetzgeber hat das Rangverhältnis von § 53 UrhG und § 44a UrhG nicht ausdrücklich geregelt. Dennoch wird bei einer näheren Betrachtung klar, dass § 44a UrhG die speziellere Norm ist, da sie gerade die ephemeren Vervielfältigungen umfasst, sodass § 53 UrhG zurücktreten muss. Für den Ausschluss des § 53 UrhG bei Anwendbarkeit des § 44a UrhG spricht außerdem, dass die Vervielfältigung nach § 44a UrhG erlaubnis- und vergütungsfrei zulässig ist, wohingegen § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG i.V.m. § 54 UrhG eine Vergütungspflicht vorsieht.[111]

b) Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, § 44a UrhG

Im vorliegenden Fall wird also § 44a UrhG relevant. Auch die Vervielfältigungen, die bei Übertragungen und Nutzungen urheberrechtlich geschützter Werke entstehen – wie hier das nur vorübergehende Puffern im Arbeitsspeicher – sind grundsätzlich genehmigungspflichtig. Die Schrankenbestimmung des § 44a UrhG wurde aufgrund eben dieses weiten Begriffsverständnisses der Vervielfältigung i.S.d. § 16 UrhG notwendig.[112] Europarechtlich fußt § 44a UrhG auf Art. 5 Abs. 1 der InfoSocRL. Danach sind vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die flüchtig oder begleitend sind und einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen, zulässig, wenn sie keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben und ihr alleiniger Zweck darin besteht, (1.) eine Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder (2.) eine rechtmäßige Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstands zu ermöglichen.

aa) Anwendbarkeit des § 44a UrhG

Strittig ist, ob die jeweils gepufferten Teile eine eigenständige persönlich geistige Schöpfung nach § 2 UrhG sein müssen.[113] Letztlich erscheint eine solche Vorgehensweise kaum praktikabel und wird auch der Handlung nicht gerecht, da das Werk im Ergebnis insgesamt genutzt wird und die Schutzfähigkeit von Dateifragmenten nicht sinnvoll betrachtet werden kann.[114]

„Vorübergehend" im Sinne der Vorschrift bedeutet, dass die Vervielfältigung nicht länger dauern darf, als es für das technische Verfahren zur rechtmäßigen Nutzung erforderlich ist[115], sie muss also flüchtig oder begleitend sein. Flüchtig sind Vervielfältigungen, wenn ihre Dauer auf das für das einwandfreie Funktionieren des betreffenden technischen Verfahrens notwendige Maß beschränkt ist und sie automatisch oder manuell gelöscht werden.[116] Begleitend sind Vervielfältigungen, wenn sie gegenüber dem technischen Verfahren, dessen Teil sie sind, keinem eigenständigen Zweck dienen.[117]

Beim Aufruf eines Streams werden viele Datenpakete auf das Endgerät übertragen, die decodiert und im Cache auf der Festplatte oder im RAM zwischengespeichert werden.[118] Dadurch werden Schwankungen in der Übertragungsrate ausgeglichen. Die Vervielfältigung beim Streaming von Filmen über Netzon+ ist daher nur vorübergehend und technisch begleitend.

bb) Rechtmäßige Nutzung, § 44a Nr. 2 UrhG

In Betracht kommt hier nur § 44a Nr. 2 UrhG, da Nr. 1 nur Zwischenspeicherungen des Access-Providers legitimiert. Durch Nr. 2 wird die rechtmäßige Nutzung eines Werkes privilegiert. Rechtmäßig ist eine Nutzung nur dann, wenn sie vom jeweiligen Rechteinhaber erlaubt ist oder wenn sie im Rahmen gesetzlicher Schrankenbestimmungen zulässig und auch sonst nicht durch Gesetze beschränkt ist, vgl. Erwägungsgrund 33 InfoSocRL. Derjenige also, der ein fremdes urheberrechtliches Werk nutzt, „ohne hierzu vertraglich oder im Rahmen der Schrankenbestimmung berechtigt zu sein", kann sich nicht auf § 44a Nr. 2 UrhG berufen.[119]

(1) Keine gesetzliche Beschränkung

Die zweite Variante des § 44a Nr. 2 UrhG greift zum einen, wenn die Privilegierung bereits aus einer anderen Schrankenregelung – wie beispielsweise § 53 UrhG – folgt. Dies ist hier nicht ersichtlich.

Allerdings hat der EuGH[120] festgestellt, dass kurzzeitige Vervielfältigungshandlungen, die den Betrieb des Streamens erst ermöglichen, auch von § 44a Nr. 2 UrhG erfasst sind, ohne dass anderweitige Privilegierungen vorliegen müssen. Mit seinem Stichting Brein-Urteil[121] hat der EuGH nunmehr eine Unterscheidung danach vorgenommen, inwieweit die Quelle rechtswidrig oder rechtmäßig ist. Die vorübergehende Vervielfältigung eines Werks beim Streaming von der Website eines Dritten stellt danach keine rechtmäßige Nutzung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL dar, wenn die Streaming-Vorlage ohne die Erlaubnis des Rechtsinhabers eingestellt wurde und der Nutzer hiervon Kenntnis hatte.[122]

Da Netzon+ entsprechende Lizenzen erworben hatte, ist die Vorlage jedoch nicht rechtswidrig erstellt. Daher ist die

[111] *Müller*, ZUM 2014, 11 (16).
[112] *Dustmann*, in: Fromm/Nordemann, Kommentar zum Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 44a Rn. 1.
[113] *Wiebe*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronische Medien, 4. Aufl. 2019, § 44a Rn. 7; EuGH ZUM 2009, 945 (947 Rn. 45 ff.) – Infopaq; *Stieper*, MMR 2012, 12; *Wandtke/v. Gerlach*, GRUR 2013, 676 (677 f.).
[114] *Wiebe* (Fn. 113), § 44a Rn. 7.
[115] EuGH ZUM 2009, 947 (948 Rn. 61 ff.) – Infopaq.
[116] EuGH GRUR 2014, 654 (656 Rn. 40 f.) – PRCA/NLA; EuGH ZUM 2009, 947 (948 Rn. 64) – Infopaq/DDF; *Dustmann* (Fn. 112), § 44a Rn. 11.
[117] EuGH GRUR 2014, 654 (656 Rn. 43) – PRCA/NLA.
[118] *Wiebe* (Fn. 113), § 44a Rn. 8.
[119] *Dreier* (Fn. 96), § 44a Rn. 8.
[120] EuGH MMR 2011, 817 (823 Rn. 171) – Football Association Premier League.
[121] EuGH GRUR 2017, 610 (615 Rn. 69) – Stichting Brein.
[122] EuGH, GRUR 2017, 610 – Stichting Brein.

Anwendbarkeit des § 44a Nr. 2 UrhG unter diesem Gesichtspunkt prinzipiell denkbar.

(2) Zustimmung durch den Urheber

Im Falle legaler Streaming-Anbieter, wie Netzon+, ist insbesondere die Zustimmung durch den Urheber von Bedeutung. Die Zustimmung der Urheber orientiert sich an den Vertragsbedingungen der VoD-Anbieter. Es könnte vorliegend ein tatbestandausschließendes Einverständnis von Netzon+ vorliegen, da sie die Filme und Serien im Internet mit Zustimmung der Urheber bereitstellt. Durch die Bereitstellung der Quellcodes im Rahmen der VoD-Lizenzvertrages (s.o.) signalisiert Netzon+, dass der Nutzer die Seite aufrufen und die Inhalte im Browser ansehen darf. Technisch notwendig werden dadurch Seiteninhalte von Proxy-Servern gespeichert.[123] Damit liegt eine konkludente Willenserklärung vor, die als tatbestandausschließendes Einverständnis zu werten ist.[124] Nach § 31 Abs. 5 UrhG kann das Einverständnis jedoch nur so weit gehen, wie es sich um technisch notwendige Vervielfältigungen handelt.

Allerdings kann die Privilegierung des § 44a Nr. 2 UrhG nicht beliebig weit greifen. Die Urheber sollen die Nutzung ihrer Werke immer nur insoweit erlauben, wie sie den Streaming-Anbietern ein entsprechendes Nutzungsrecht einräumen; das Einräumen dieses Nutzungsrechts ist eng daran gekoppelt, welche Nutzungsbedingungen an die Nutzer des Portals gestellt werden. Sofern der Nutzer also die Bedingungen missachtet, die der Anbieter gestellt hat – beispielsweise die Zahlung eines Entgelts – scheidet die Anwendung des § 44a Nr. 2 UrhG aus.[125] Filme und Serien auf Netzon+ dürfen nur dann betrachtet werden, wenn ein entsprechendes Abonnement abgeschlossen wird, für das ein monatliches Entgelt von 10,99 € entrichtet wird. Durch das Beschaffen fremder Zugangsdaten hat B somit die Schutzmechanismen, die Netzon+ vorsieht, umgangen. Damit kann § 44a Nr. 2 UrhG keine Anwendung finden und B hat die Rechte der Urheber verletzt.

V. Ergebnis zu B

Der Eingriff des B in das Vervielfältigungsrecht der Zeichentrickfilmurheber nach § 16 UrhG kann nicht nach § 44a Nr. 2 UrhG gerechtfertigt werden.

Gesamtergebnis

Durch das Anschauen der Serie „The Simpsons“ mithilfe der Zugangsdaten der A hat B widerrechtlich in die Urheberrechte der Filmurheber eingegriffen.

In der Folge stehen den Urhebern die Rechte aus § 97 UrhG – Unterlassung und Schadensersatz – zu.

[123] *v. Welser*, in: Wandtke/Bullinger, Kommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 44a Rn. 17.
[124] *v. Welser* (Fn. 123), § 44a Rn. 17.
[125] *v. Welser* (Fn. 123), § 44a Rn. 19; *Walter* (Fn. 40), S. 1071 Rn. 110.

Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte und Arbeitskampfrecht am Beispiel der Streikmobilisierung auf dem Firmenparkplatz

Fallbearbeitung im Arbeitsrecht – Teil 1

Von Akad. Rat Dr. **Thomas Klein**, Wiss. Mitarbeiter **Dominik Leist**, Trier*

Bei der Bearbeitung arbeitsrechtlicher Klausuren, insbesondere im Schwerpunktbereich, bereitet oftmals der Aufbau des Gutachtens Schwierigkeiten. Neben der gerade im kollektiven Arbeitsrecht zu beherrschenden Vielzahl unterschiedlicher Rechtsquellen müssen auch die Einflüsse des Unionsrechts und des Grundgesetzes berücksichtigt und an der richtigen Stelle geprüft werden. Zu einer guten Vorbereitung auf die Klausur gehört deshalb auch eine spezifische Auseinandersetzung mit der arbeitsrechtlichen Fallbearbeitung. Die Beitragsreihe „Fallbearbeitung im Arbeitsrecht" soll hierbei unterstützen. Anhand didaktisch aufbereiteter Fälle aus der aktuellen Rechtsprechung sollen Problembewusstsein und Strukturdenken trainiert und die Anwendung des abstrakten Wissens auf einen konkreten Sachverhalt eingeübt werden. Der Fokus der Beiträge liegt also weniger auf der Vermittlung der rechtlichen Grundlagen als vielmehr auf der Erläuterung der Vorgehensweise bei der Lösung des Falls. Die in der Beitragsreihe vorgestellten Fälle werden zusätzlich in einem Podcast besprochen, der unter iaaeu.de/podcast kostenlos verfügbar ist.

Der erste Lernbeitrag in der Reihe befasst sich mit dem Urteil des BAG zur Streikmobilisierung auf dem Firmenparkplatz. Das Urteil vereint gewissermaßen drei „Angstgegner" vieler Studierender – das Arbeitskampfrecht, das Sachenrecht und die Grundrechte – und gibt Anlass, die Einwirkung der Grundrechte und des Arbeitskampfrechts auf das Privatrecht und die damit verbundenen Aufbaufragen näher zu betrachten.

I. Sachverhalt

Das Urteil betrifft den seit Jahren schwelenden Tarifkonflikt zwischen der Dienstleistungsgewerkschaft ver.di und Amazon. Die Gewerkschaft wollte die Beschäftigten eines Logistikzentrums zum Streik aufrufen. Da eine Kommunikation mit den Beschäftigten abseits des Firmengeländes nicht möglich war, stellten sich Vertreter der Gewerkschaft mit Plakaten und Sonnenschirmen auf den von Amazon gemieteten Firmenparkplatz, um dort die Beschäftigten auf dem Weg ins Logistikzentrum anzusprechen und zu einer Streikteilnahme zu bewegen. Amazon untersagte ver.di diese Nutzung des Firmenparkplatzes und klagte auf Unterlassung.

II. Ausgangspunkt: Anspruchsgrundlage für das Unterlassungsbegehren

Der Ausgangspunkt des Falls ist das Unterlassungsbegehren von Amazon, welches nur Erfolg haben kann, wenn Amazon ein Unterlassungsanspruch zusteht. Ein spezieller Unterlassungsanspruch gegen rechtswidrige Arbeitskampfmaßnahmen besteht im deutschen Recht nicht.

> *Hinweis*: Wenn der Arbeitgeber die Unterlassung rechtswidriger Streiks verlangt, ist daher regelmäßig der Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB einschlägig, weil der Streik einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt.

Da es um die Unterlassung der Nutzung eines Grundstücks geht, führt die weitere Suche nach einer möglichen Anspruchsgrundlage ins Sachenrecht. Dort kommen grundsätzlich zwei Anspruchsgrundlagen in Frage, aus denen sich ein Anspruch auf Unterlassung der Nutzung eines Grundstücks ergeben könnte: Einerseits der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB und andererseits der Anspruch aus § 862 Abs. 1 S. 2 BGB. Da Amazon den Parkplatz gemietet hat, scheidet § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB im konkreten Fall aus, da dieser Anspruch nur dem Eigentümer zusteht.[1]

Der Einstieg in die Falllösung beginnt folglich mit der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des Unterlassungsanspruchs wegen Besitzstörung aus § 862 Abs. 1 S. 2 BGB. Diese sind erfüllt, wenn der Besitzer durch verbotene Eigenmacht in seinem Besitz gestört wurde (S. 1) und weitere Störungen zu besorgen sind (S. 2).

> 1. Besitzer i.S.d. § 862 Abs. 1 BGB ist der unmittelbare Besitzer.[2] Amazon ist daher als unmittelbarer Besitzer des Firmenparkplatzes anspruchsberechtigt.
> 2. Eine Störung des Besitzes liegt vor, wenn der Besitzer an der Ausübung der Herrschaft über die Sache gehindert wird, ohne dass er die tatsächliche Gewalt über die Sache vollständig und nicht nur vorübergehend verliert.[3] Durch die Nutzung des Parkplatzes zur Streikmobilisierung wurde Amazon daran gehindert, die tatsächliche Sachherrschaft über die von ver.di genutzten Flächen des Parkplatzes auszuüben. Eine Besitzstörung liegt somit vor.
> 3. Verbotene Eigenmacht liegt nach § 858 Abs. 1 BGB vor, wenn der Besitz ohne den Willen des Besitzers und ohne eine gesetzliche Gestattung gestört wird. Da Ama-

* Der Autor *Klein* ist Akad. Rat am Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU) in Trier. Der Autor *Leist* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Internationales und Europäisches Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht (Prof. *Dr. Dr. h.c. Monika Schlachter*) der Universität Trier.

[1] § 1004 BGB wird zwar auf andere absolute Rechte analog angewandt (siehe dazu bspw. *Spohnheimer*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.5.2021, § 1004 Rn. 13 ff.), eine analoge Anwendung auf Besitzstörungen muss aber schon deshalb ausscheiden, weil es wegen § 862 BGB an einer Regelungslücke fehlt.

[2] Dem mittelbaren Besitzer steht der Anspruch aus § 862 BGB unter den Voraussetzungen des § 869 S. 1 BGB zu.

[3] BGH, Urt. v. 23.11.2007 – LwZR 5/07 = NJW 2008, 580 (581 Rn. 12). Zur Besitzentziehung siehe § 861 BGB.

zon ver.di die Nutzung untersagt hatte, könnte der verbotenen Eigenmacht allenfalls eine gesetzliche Gestattung der Nutzung entgegenstehen. Eine solche existiert jedoch – jedenfalls auf den ersten Blick – nicht.

4. Für die Besorgnis weiterer Störungen spricht eine tatsächliche Vermutung, wenn bereits eine Störung begangen wurde.[4] Eine Widerlegung dieser Vermutung wird ver.di nicht gelingen. Vielmehr legt der andauernde Tarifkonflikt die Besorgnis weiterer Störungen nahe.

Die Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 862 Abs. 1 S. 2 BGB führt also – auf den ersten Blick – zu dem Ergebnis, dass der Unterlassungsanspruch besteht. Wäre die Falllösung damit beendet, wäre der Fall aber wohl nicht zum BAG gelangt und in der Ausbildung allenfalls für die Anfängervorlesung im Sachenrecht interessant. An dieser Stelle ist Problembewusstsein gefragt. Die Nutzung des Parkplatzes durch die Gewerkschaft erfolgte schließlich nicht aus irgendeinem Grund, sondern war erforderlich, um die Beschäftigten anzusprechen und zur Teilnahme am Streik zu bewegen. Die Besitzstörung stand damit in Zusammenhang mit der Ausübung des nach Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützten Streikrechts, also der Ausübung eines Grundrechts. Mit diesem Zusammenhang muss sich die Falllösung auseinandersetzen, wenn sie alle rechtlichen Gesichtspunkte des Sachverhalts berücksichtigen soll.

III. Vorüberlegung: Grundrechtlicher Schutz (auch) der Streikmobilisierung?

Eine Besonderheit des Falls besteht darin, dass ver.di nicht der Aufruf zum Streik verboten werden soll, wie man es aus anderen arbeitskampfrechtlichen Auseinandersetzungen kennt. Der Gewerkschaft soll lediglich die Nutzung des Firmengeländes zur Ansprache der Beschäftigten untersagt werden. Das Unterlassungsbegehren stellt also nicht das Streikrecht als solches infrage. Bevor über die Berücksichtigung grundrechtlicher Wertungen in der Falllösung nachgedacht werden kann, muss daher zunächst überlegt werden, inwiefern der grundrechtliche Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG hier überhaupt einschlägig ist. Konkret muss die Frage beantwortet werden, ob neben dem Streikrecht selbst auch die Mobilisierung der Beschäftigten zur Streikteilnahme grundrechtlichen Schutz genießt.

Zur Beantwortung dieser Frage bietet sich die gleiche Vorgehensweise an, die auch das BAG gewählt hat. Dieses rezipiert zunächst die in der Rechtsprechung anerkannten Grundsätze zum Gewährleistungsgehalt der Koalitionsfreiheit:[5]

Art. 9 Abs. 3 GG ist in erster Linie ein Freiheitsrecht auf spezifisch koalitionsgemäße Betätigung. Er schützt nicht nur die Freiheit des Einzelnen, Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bilden (individuelle Koalitionsfreiheit), sondern auch das Recht der Koalition, diesen Zweck zu verfolgen (kollektive Koalitionsfreiheit).

Art 9 Abs. 3 GG überlässt den Koalitionen die Wahl der Mittel, die sie zur Verfolgung des Koalitionszwecks, also der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, einsetzen. Zu den geschützten Mitteln zählen auch Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind. Diese unterfallen jedenfalls insoweit dem Schutzbereich, als sie erforderlich sind, um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sicherzustellen.

Ausgehend von diesen Grundsätzen stellt das BAG sodann fest, dass Gewerkschaften eine wirkungsvolle Interessendurchsetzung nur möglich ist, wenn sie ihren Forderungen durch Streiks Nachdruck verleihen können.[6] Eben dieser Umstand bildet den Grund dafür, dass der Streik als Arbeitskampfmittel für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie unerlässlich und demzufolge durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt ist.[7] Allerdings liefe dieser Schutz leer, wenn die Gewerkschaft die Beschäftigten nicht auch zur Teilnahme am Streik mobilisieren könnte, denn ein Streik ohne Streikende ist als Druckmittel in einem Tarifkonflikt untauglich. Der Schutz des Streikrechts muss daher zwangsläufig auch das Recht umfassen, die Arbeitnehmer eines bestreikten Betriebs zur Teilnahme am Streik zu bewegen, sofern dies mit Mitteln des gütlichen Zuredens und des Appells an die Solidarität erfolgt.[8] Solche Maßnahmen der Streikmobilisierung dienen unmittelbar dem Streiksinn und sind Bestandteil des Streiks als Kampfmittel.[9]

Ein kurzer Blick auf andere Grundrechte zeigt übrigens, dass eine solche Vorverlagerung des grundrechtlichen Schutzes keineswegs eine Besonderheit der Koalitionsfreiheit ist. So schützt z.B. Art. 8 GG nicht nur die Durchführung der Versammlung, sondern auch alle vorbereitenden Maßnahmen, da anderenfalls die Gefahr einer Aushöhlung des Grundrechtsschutzes durch Vorfeldmaßnahmen bestünde.[10] Ebenso schützt Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG den der Äußerung und Verbreitung von Meinungen vorgelagerten Prozess der Meinungsbildung.[11]

Für die Lösung des Falls ergibt sich nach diesen grundrechtlichen Vorüberlegungen also Folgendes: Die Streikmobilisierung auf dem Firmenparkplatz durch die Gewerkschaft unterfällt dem Schutz der kollektiven Koalitionsfreiheit. Es besteht daher ein Spannungsverhältnis zwischen der Koalitionsfreiheit auf der einen Seite und dem Besitzrecht am gemieteten Firmenparkplatz, das verfassungsrechtlich wiede-

[4] BGH, Urt. v. 21.9.2012 – ZR V 230/11 = NJW 2012, 3781 (3782 Rn. 12).

[5] BAG, Urt. v. 20.11.2018 – 1 AZR 189/17 = NZA 2019, 402 (405 Rn. 28).

[6] BAG, Urt. v. 20.11.2018 – 1 AZR 189/17 = NZA 2019, 402 (405 Rn. 29).

[7] Siehe dazu instruktiv BVerfG, Kammerbeschl. v. 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, 1 BvR 720/19 = NJW 2020, 3098 (3099 Rn. 14); *Klein*, NJW 2020, 3069 (3071 Rn. 18 ff.).

[8] BAG, Urt. v. 20.11.2018 – 1 AZR 189/17 = NZA 2019, 402 (405 Rn. 29).

[9] BAG, Urt. v. 20.11.2018 – 1 AZR 189/17 = NZA 2019, 402 (405 Rn. 29).

[10] *Schneider*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum GG, Ed. 57, Stand: 15.5.2021, Art. 8 Rn. 21 m.w.N.

[11] *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig/Grabenwarter, Kommentar zum GG, 94. Aufl. 2021, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 75 m.w.N.

rum durch Art. 14 GG geschützt ist, auf der anderen Seite. Diese Kollisionslage muss die Rechtsordnung auflösen.

IV. Mittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrecht

Die zentrale Herausforderung des Falls liegt nun darin, das skizzierte Spannungsverhältnis zwischen Koalitionsfreiheit und Eigentumsfreiheit im Privatrechtsverhältnis zwischen Amazon und ver.di aufzulösen. Diese Aufgabe kommt eigentlich dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber zu. Allerdings verpflichtet Art. 1 Abs. 3 GG nicht nur den Gesetzgeber zur Beachtung der Grundrechte, sondern auch die Judikative. Die Gerichte haben daher auch in Zivilrechtsstreitigkeiten die objektiven Wertentscheidungen der Grundrechte zu berücksichtigen.[12] Diese mittelbare Drittwirkung der Grundrechte auf Privatrechtsverhältnisse ist aus der Grundrechtsvorlesung bekannt. Bei der Lösung des Falls kann daher an vorhandenes Wissen angeknüpft werden.

Um die grundrechtlichen Wertungen im privaten Rechtsstreit zwischen Amazon und ver.di zur Geltung zu bringen, bedarf es eines „Einfallstors" ins Privatrecht. Ein solches ergibt sich typischerweise insbesondere aus den zivilrechtlichen Generalklauseln sowie aus unbestimmten Rechtsbegriffen. Stünde beispielsweise ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB in Frage, könnte an das konkretisierungsbedürftige Merkmal der Widerrechtlichkeit angeknüpft werden. Auch bei der Prüfung des Unterlassungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB bestünde mit der den Anspruch nach Abs. 2 ausschließenden Duldungspflicht ein Anknüpfungspunkt. Der Wortlaut des § 862 Abs. 1 BGB fällt demgegenüber enger aus. Der Begriff der „verbotenen Eigenmacht" scheint auf den ersten Blick zwar ebenfalls konkretisierungsbedürftig. Diese vermeintliche Offenheit des Wortlauts wird aber durch die Legaldefinition in § 858 Abs. 1 BGB begrenzt. Danach kommt es für das Merkmal entscheidend darauf an, dass die Besitzstörung ohne den Willen des Besitzers erfolgte und nicht durch das Gesetz gestattet war.

Einen Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung der Grundrechte könnte somit allenfalls das Merkmal der gesetzlichen Gestattung in § 858 Abs. 1 BGB bieten. Gesetze im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches sind – wie sich aus Art. 2 EGBGB ergibt – nicht nur Parlamentsgesetze, sondern alle Rechtsnormen. Ein möglicher Ansatz wäre es daher, darauf abzustellen, dass Art. 9 Abs. 3 GG als Rechtsnorm die Nutzung des Grundstücks gestattet, wenn die Abwägung der kollidierenden Grundrechte ergibt, dass das Spanungsverhältnis zugunsten der Koalitionsfreiheit aufzulösen ist.[13] Das BAG hat aber einen anderen Weg gewählt, der zum dritten der eingangs genannten „Angstgegner" führt, zum Arbeitskampfrecht.

V. Richterrecht als gesetzliche Gestattung i.S.v. § 858 Abs. 1 BGB

Um die vom BAG gewählte Lösung zu verstehen, muss zunächst ein Blick auf die Eigenart des Arbeitskampfrechts in Deutschland geworfen werden. Das Arbeitskampfecht ist für Studierende vor allem deshalb so unzugänglich, weil es bislang keine gesetzliche Regelung erfahren hat. Der oft gehörte Satz „Ein Blick ins Gesetz erleichtert die Rechtsfindung" führt im Arbeitskampfrecht also nicht weiter. Stattdessen muss sich der Rechtsanwender an Arbeitskampfregeln entlanghangeln, die im Wege der Rechtsfortbildung von den Gerichten, insbesondere vom BAG, entwickelt wurden. Aus diesem Grund wird das BAG auch sinnbildlich als „Ersatzgesetzgeber" bezeichnet.

Die vom BAG gewählte Lösung knüpft letztlich an diese Rolle der Gerichte auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts an: Wenn die von der Rechtsprechung entwickelten Arbeitskampfregeln eine gesetzliche Regelung ersetzen, ist es konsequent, dass diese Regeln auch eine gesetzliche Gestattung i.S.d. § 858 Abs. 1 BGB darstellen können. Das BAG geht im zugrundeliegenden Urteil also davon aus, dass seine richterrechtliche Ausgestaltung dem einfachen Gesetzesrecht entspricht[14] und sich deshalb aus dieser auch eine gesetzliche Gestattung i.S.v. § 858 Abs. 1 BGB ergeben kann.[15] Das Merkmal der „gesetzlichen Gestattung" in § 858 Abs. 1 BGB bildet also das „Einfallstor" für das Arbeitskampfrecht und ermöglicht damit – wie im nächsten Abschnitt noch näher zu erläutern ist – die Berücksichtigung der grundrechtlichen Wertungen.

VI. Die Nutzung des Firmengeländes nach den richterlichen Arbeitskampfregeln

Mit der Feststellung, dass die Streikmobilisierung grundrechtlichen Schutz genießt und § 858 Abs. 1 BGB als „Einfallstor" für das Arbeitskampfrecht dient, ist der Fall aber noch nicht gelöst. Es stellt sich nun vielmehr die konkrete Frage, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen das Arbeitskampfrecht der Gewerkschaft die Nutzung des Firmengeländes zur Streikmobilisierung gestattet. Da speziell zu dieser Frage bisher noch keine richterrechtlichen Regeln existierten, musste zunächst das Richterrecht weiterentwickelt werden.

Der Fall illustriert damit zugleich die Funktionsweise des richterrechtlich geprägten Arbeitskampfrechts. Da die Gerichte Arbeitskampfregeln anders als der Gesetzgeber nicht als abstrakte Rechtssätze aufstellen, sondern ausschließlich anhand konkreter Fälle entwickeln, ist das Arbeitskampfrecht zwangsläufig lückenhaft, denn ohne Fall kein Richterrecht. Die Gerichte sehen sich daher immer wieder mit Fragen konfrontiert, die eine Weiterentwicklung des Arbeitskampfrechts er-

[12] BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09 = NJW 2018, 1667 (1668 Rn. 32).
[13] Für diesen Lösungsweg *Klein*, AuR 2018, 216.
[14] So auch bereits BVerfG, Beschl. v. 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03 = NZA 2004, 1338 (1339).
[15] BAG, Urt. v. 20.11.2018 – 1 AZR 189/17 = NZA 2019, 402 (404 Rn. 20).

fordern.[16] In der Einzelfallbezogenheit liegt aber auch ein Vorteil: Das Gericht muss immer nur den konkreten Fall lösen. Es muss daher – im Gegensatz zum Gesetzgeber – keine allgemeingültigen Regeln aufstellen und muss die betreffende Frage auch nicht abschließend beantworten. Vielmehr kann sich das Gericht auf die Lösung des konkreten Falls unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände beschränken. Bei der Weiterentwicklung der Arbeitskampfregeln dürfen sich die Gerichte, anders als der Gesetzgeber, aber ausschließlich von rechtlichen Erwägungen leiten lassen. Die Rolle des „Ersatzgesetzgebers" geht also nicht so weit, dass den Gerichten ein politischer Entscheidungsspielraum zukäme. Zentraler Maßstab für die richterliche Rechtsfortbildung sind vielmehr die kollidierenden Grundrechtspositionen, die nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz so in Ausgleich zu bringen sind, dass sie möglichst weitgehend wirksam werden.[17]

Um die Frage zu beantworten, ob ver.di das Firmengelände im konkreten Fall nutzen durfte, müssen folglich die kollidierenden Grundrechtspositionen von Amazon und ver.di unter Berücksichtigung aller Umstände gegeneinander abgewogen werden. Diese Abwägung erfolgt in zwei Schritten:[18] Im ersten sind die Grundrechtspositionen herauszuarbeiten, die auf beiden Seiten in die Abwägung einzustellen sind. Im zweiten Schritt ist das Spannungsverhältnis zwischen diesen Positionen so aufzulösen, dass sie möglichst weitgehend zur Geltung kommen und insbesondere kein Recht ein anderes vollständig verdrängt.[19]

Die betroffenen Grundrechtspositionen ergeben sich im Wesentlichen bereits aus den Überlegungen unter III.: Auf der Seite der Gewerkschaft ist das Recht zur Streikmobilisierung als Bestandteil des durch die Koalitionsfreiheit geschützten Streikrechts in die Abwägung einzustellen. Amazon ist demgegenüber in seinem aus dem Besitzrecht folgenden Hausrecht beeinträchtigt. Verfassungsrechtlich kann dieses der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG zugeordnet werden, denn der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff reicht weiter als der des Bürgerlichen Gesetzbuches und umfasst unter anderem auch das Besitzrecht des Mieters.[20] Weil die Streikmaßnahmen auf eine Störung des Betriebsablaufs und damit der Berufsausübung des Unternehmens gerichtet sind, ist auf Seiten von Amazon ergänzend auch Art. 12 Abs. 1 GG in die Abwägung einzustellen.[21]

Bei der unter Berücksichtigung dieser Grundrechtspositionen vorzunehmenden Abwägung gilt in der Klausur der Grundsatz, der für alle Abwägungsentscheidungen gilt: Mit nachvollziehbarer Begründung ist nahezu jede Entscheidung vertretbar.[22] An diesem Punkt kommt es also nicht auf detaillierte Kenntnis der Rechtsprechung an, sondern auf eine stringente und strukturierte Argumentation.

Das BAG ist bei der einzelfallbezogenen Abwägung in seinem Urteil zu dem Ergebnis gelangt, dass Amazon die Beeinträchtigung des Besitzes hinnehmen musste. Maßgeblich abgestellt wurde hierbei auf zwei Aspekte: Erstens betonte das BAG die Bedeutung der Streikmobilisierung auf dem Firmengelände für die Gewerkschaft. Wegen des besonderen Zuschnitts des Firmengeländes und der Verkehrssituation an der Einfahrt zum Firmengelände wäre ohne eine Nutzung des Betriebsgeländes ein kommunikatives Einwirken auf die arbeitswilligen Beschäftigten zur Streikmobilisierung nicht möglich gewesen. Amazon hatte diesbezüglich zwar auf Alternativen verwiesen, unter anderem auf eine Information der Beschäftigten über die Medien oder durch Plakate an der Einfahrt. Diese ermöglichten aber lediglich eine Information der Beschäftigten. Weil man zur Streikmobilisierung üblicherweise mit den Beschäftigten interagieren muss, schützt Art. 9 Abs. 3 GG aber gerade auch die Kommunikation mit den arbeitswilligen Arbeitnehmern. Die Gewerkschaft war daher auf die Nutzung des Firmengeländes angewiesen, um ihren Forderungen in der Tarifauseinandersetzung Nachdruck zu verleihen. Der zweite entscheidende Aspekt war die geringe Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung auf Seiten von Amazon: Die Streikmaßnahmen waren zeitlich eng begrenzt. Es wurde nur der Parkplatz und damit eine ohnehin öffentlich zugängliche Fläche genutzt. Das Gelände wurde nicht großräumig in Besitz genommen, sondern konnte weiter als Parkplatz genutzt werden. Und der Zugang zum Gebäude wurde nicht blockiert, so dass die Arbeitswilligen, die sich gegen eine Streikteilnahme entschieden, weiter ihrer Arbeit nachgehen konnten.

Ausgehend von dieser Abwägung war ver.di die Nutzung des Firmenparkplatzes unter den konkreten Umständen des Einzelfalls gestattet. Aus dieser arbeitskampfrechtlichen Wertung ergibt sich nun – um zurück zum Klausuraufbau zu kommen – nach den unter V. dargestellten Grundsätzen eine gesetzliche Gestattung für die Besitzstörung, weshalb die Besitzstörung nicht durch verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 Abs. 1 BGB erfolgte. Damit fehlte eine Voraussetzung des § 862 Abs. 1 BGB und es bestand – entgegen dem ersten Anschein (siehe unter II.) – kein Unterlassungsanspruch gegen die Gewerkschaft.

[16] Besonders anschaulich zeigt das die Rechtsprechung zur Rechtmäßigkeit streikbegleitender „Flashmobs": BAG, Urt. v. 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 = NZA 2009, 1347 bestätigt durch BVerfG, Kammerbeschl. v. 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09 = NZA 2014, 493.

[17] BAG, Urt. v. 20.11.2018 – 1 AZR 189/17 = NZA 2019, 402 (404 Rn. 20); BVerfG, Kammerbeschl. v. 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, 1 BvR 720/19 = NJW 2020, 3098 (3098 Rn. 9).

[18] Siehe dazu *Klein*, NJW 2020, 3069 (3071 Rn. 16 f.).

[19] Vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, 1 BvR 720/19 = NJW 2020, 3098 (3099 Rn. 18).

[20] BAG, Urt. v. 20.11.2018 – 1 AZR 189/17 = NZA 2019, 402 (404 Rn. 23); vgl. zum Schutz des Mietbesitzes auch BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08 = NVwZ 2014, 211 (225 Rn. 271).

[21] BAG, Urt. v. 20.11.2018 – 1 AZR 189/17 = NZA 2019, 402 (404 Rn. 24).

[22] Auch die Fachgerichte haben bei dieser Abwägung einen weiten Spielraum: BVerfG, Kammerbeschl. v. 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, 1 BvR 720/19 = NJW 2020, 3098 (3099 Rn. 15).

Verallgemeinert werden darf dieses Ergebnis allerdings nicht. Das BAG hat das Arbeitskampfrecht zwar fallbezogen weiterentwickelt, es hat aber keinen allgemeinen Rechtssatz aufgestellt, wonach Gewerkschaften die Nutzung von Firmengeländen zur Streikmobilisierung generell gestattet ist. Entscheidend ist vielmehr stets die Güterabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls. Ableiten lassen sich aus dem Urteil jedoch zwei für die vorzunehmende Abwägung wesentliche Kriterien: Erstens die Bedeutung der Streikmobilisierung auf dem Firmengelände für die Ausübung des Streikrechts und zweitens die Intensität der Beeinträchtigungen des Besitzrechts.

VII. Folgerungen für den Klausuraufbau

Bei der Gliederung des Gutachtens müssen die dargestellten Überlegungen nun in einer Anspruchsprüfung zusammengeführt werden. Ausgangspunkt ist der Unterlassungsanspruch aus § 862 Abs. 1 S. 2 BGB, dessen Tatbestandsvoraussetzungen die Struktur der Prüfung vorgeben. Die grund- und arbeitskampfrechtlichen Fragen müssen inzident im Rahmen des Merkmals „Verbotene Eigenmacht“ und dort unter dem Punkt „Fehlen einer gesetzlichen Gestattung“ geprüft werden. Daraus ergibt sich für die Klausurlösung folgender Aufbau:

Bestehen eines Unterlassungsanspruchs aus § 862 Abs. 1 S. 2 BGB?

1. Anspruchsberechtigung (+)
   Amazon ist unmittelbarer Besitzer
2. Besitzstörung (+)
   durch die Nutzung des Grundstücks zur Streikmobilisierung
3. Verbotene Eigenmacht (§ 858 Abs. 1 BGB)
   a) Besitzstörung ohne den Willen des Besitzers (+)
      Amazon hatte die Nutzung untersagt
   b) Fehlen einer gesetzlichen Gestattung
      aa) Richterrechtliche Arbeitskampfregeln als gesetzliche Gestattung
          siehe dazu die unter V. erläuterten Überlegungen
      bb) Zulässigkeit der Nutzung nach den richterrechtlichen Arbeitskampfregeln
          siehe dazu die unter VI. erläuterten Überlegungen
4. Ergebnis
   Unterlassungsanspruch (-)

VIII. Exkurs: Einkleidung des Falls in eine Verfassungsbeschwerde

Da Amazon sich durch das Urteil des BAG in seinen Grundrechten verletzt sah und Verfassungsbeschwerde erhob, beschäftigte der Fall auch das BVerfG. Die Verfassungsbeschwerde blieb im Ergebnis zwar erfolglos[23]. Sie veranschaulicht aber, wie sich der Fall auch in eine verfassungsgerichtliche Prüfung einkleiden lässt. Zwar dürfte die Prüfungsrelevanz des Falls im öffentlichen Recht eher gering sein, da die Koalitionsfreiheit selten Gegenstand öffentlich-rechtlicher Klausuren ist. Dennoch bietet sich ein kurzer Blick auf die erhobene Verfassungsbeschwerde an, um die wesentlichen Unterschiede zwischen der arbeitsgerichtlichen und der verfassungsgerichtlichen Fallkonstellation zu verdeutlichen.

Zulässiger Beschwerdegegenstand einer Verfassungsbeschwerde kann nur ein Akt öffentlicher Gewalt sein (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde richtete sich daher – anders als der Rechtsstreit vor dem BAG – nicht gegen ver.di, sondern gegen das letztinstanzliche Urteil des BAG als Akt der Judikative. Es handelt sich also nicht mehr um einen Rechtsstreit zwischen zwei Privaten, sondern um ein Verfahren eines Privaten (Amazon) gegen die öffentliche Gewalt.

Der zweite wesentliche Unterschied ist der Prüfungsmaßstab: Während das BAG in seinem Urteil einfaches Recht, insbesondere § 862 BGB sowie die richterrechtlichen Grundsätze des Arbeitskampfrechts, anwendet, prüft das BVerfG ausschließlich die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.

Bei Einkleidung des Falles in Form einer Verfassungsbeschwerde wäre daher zu prüfen, ob das Urteil des BAG die Grundrechte von Amazon verletzt. Dabei richtet sich die Beurteilung der Grundrechtsverletzung nach den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte. Die Schwelle zu einer Grundrechtsverletzung ist nach der Rechtsprechung des BVerfG in diesen Fällen erst dann erreicht, „wenn die Auslegung der Gerichte Fehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der betroffenen Grundrechte beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind, insbesondere, weil darunter die Abwägung der beiderseitigen Rechtspositionen leidet“.[24]

IX. Fazit

Das besprochene Urteil zur Streikmobilisierung auf dem Firmenparkplatz zeigt typische Probleme, die sich in arbeitskampfrechtlichen Fällen stellen. Mangels spezialgesetzlicher Regelung bildet den Ausgangspunkt der Prüfung eine Anspruchsgrundlage aus dem allgemeinen Zivilrecht. Wegen des Schutzes des Arbeitskampfes durch Art. 9 Abs. 3 GG sind im Rahmen dieser Anspruchsgrundlage die grundrechtlichen Wertungen nach den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis zur Geltung zu bringen.

Eine Konkretisierung der grundrechtlichen Wertungen erfolgt durch die richterrechtliche Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts. An dieser Stelle ist für die Klausurvorbereitung zu differenzieren: Präsentes Wissen wird in der Klausur nur hinsichtlich der verallgemeinerungsfähigen Aussagen erwartet. Hervorzuheben sind insofern vor allem die vom BAG entwi-

[23] BVerfG, Kammerbeschl. v. 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, 1 BvR 720/19 = NJW 2020, 3098; dazu *Klein*, NJW 2020, 3069.

[24] BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09 = NJW 2018, 1667 (1668 Rn. 34); BVerfG, Kammerbeschl. v. 9.7. 2020 – 1 BvR 719/19, 1 BvR 720/19 = NJW 2020, 3098 (3098 Rn. 9).

ckelten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines Streiks, die es in ständiger Rechtsprechung anwendet.[25] Aus dem hier besprochenen Urteil lässt sich die Feststellung verallgemeinern, dass durch Art. 9 Abs. 3 GG auch die Mobilisierung zu einem Streik und die Kommunikation mit den arbeitswilligen Beschäftigten geschützt sind.

Nicht verallgemeinert werden kann hingegen die Antwort auf die konkrete Frage, ob die Gewerkschaft das Firmengelände zur Streikmobilisierung nutzen durfte. Entscheidend hierfür war eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen dem durch die Koalitionsfreiheit geschützten Recht der Gewerkschaft und den kollidierenden Grundrechten des Arbeitgebers. Daraus lassen sich allenfalls einzelne für die Abwägungsentscheidung maßgebliche Kriterien ableiten. Erheblich wichtiger als Detailwissen wären an dieser Stelle daher eine saubere Struktur der Prüfung und eine stringente Argumentation.

Von zentraler Bedeutung für eine erfolgreiche Klausur ist die korrekte Verortung der arbeitskampfrechtlichen Ausführungen in der Falllösung. Diese stehen nicht separat, sondern müssen in die Prüfung der einschlägigen zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage einfließen. Hierzu bedarf es eines „Einfallstors". Das Arbeitskampfrecht wird also inzident im Rahmen eines Tatbestandsmerkmals der Anspruchsgrundlage geprüft. Hat man diese Grundstruktur verstanden, lässt sich nahezu jeder arbeitskampfrechtliche Fall lösen. Zur Übung eignet sich beispielsweise das vielbeachtete „Flashmob-Urteil" des BAG[26].

[25] Siehe dazu etwa *Linsenmaier*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, GG Art. 9 Rn. 112 ff.
[26] BAG, Urt. v. 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 = NZA 2009, 1347.

Eine klausurpraktische Systematisierung der Gefahrbegriffe im Polizeirecht

Von Dr. **Daniel E. Holler**, Nürnberg*

In der Bearbeitung von Polizeirechtsklausuren spielt traditionell, neben der Frage nach der Rechtsnatur der polizeilichen Maßnahme und den Voraussetzungen der sog. Fortsetzungsfeststellungsklage, der Gefahrbegriff eine wesentliche Rolle. Das überrascht nicht, denn der jeweilige Gefahrbegriff ist nicht nur für die Auswahl der Ermächtigungsnorm und damit für die konkrete polizeiliche Maßnahme tragend, sondern markiert zugleich Grenze und Umfang des präventiv polizeilichen Tätigwerdens.

Trotz der Wichtigkeit dieses Themas finden sich nur wenige systematische Übersichten zum Gefahrbegriff.[1]

Die Ausführungen beschränken sich weitestgehend auf die Normen des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (BayPAG). Die Gefahrbegriffe sind in den Bundesländern jedoch weitestgehend gleichlaufend, sodass sich die Ausführungen auf die anderen Landespolizeigesetze und das Sicherheitsrecht leicht übertragen lassen.[2]

I. Systematisierung nach Gefahrabstufung

Die Gefahrbegriffe lassen sich für die Fallbearbeitung sehr gut nach ihrer „Gefahrintensität" abgrenzen. Diese *gedankliche Stufenprüfung*, die der Beitrag im Folgenden nachvollzieht, erleichtert eine Anwendung in der Klausur, da sich zumeist auf den jeweiligen Gefahrbegriffen aufbauen lässt.

Dabei sind alle nachfolgenden Gefahrbegriffe mit der Grunddefinition der Gefahr verbunden: Der Begriff der Gefahr beschreibt eine Sachlage, bei der nach verständiger, auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhender Beurteilung in näherer Zeit (bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens) die Schädigung eines polizeilich geschützten Rechtsguts wahrscheinlich ist.[3] Aus rein ästhetischen oder sozialpolitischen Gründen kann die Polizei nicht eingreifen, sodass z.B. das sog. stille Betteln keine Gefahr im polizeilichen Sinn darstellt.[4]

1. Latente Gefahr

Auf der untersten Stufe ist zu beginnen mit einem Gefahrbegriff, der eigentlich keiner ist und sich im Gesetz auch nicht wiederfindet.[5] Eine latente Gefahr liegt vor, wenn eine Schädigung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung *erst in der Zukunft möglicherweise* entstehen wird, indem weitere Handlungen oder Umstände hinzutreten.[6] Hier fehlt es an der hinreichenden Wahrscheinlichkeit, dass es zu einem Schaden in nächster Zeit kommen wird. Für ein polizeiliches Einschreiten fehlt es deshalb an einem sachlichen Grund.[7]

2. Allgemeine Gefahr/Gefahrenabwehr

Der Begriff der allgemeinen Gefahr, bzw. in mehreren Bundesländern der der Gefahrenabwehr, ist neben der konkreten Gefahr einer der Schlüsselbegriffe innerhalb des Polizeirechts, da er den Aufgabenkreis und damit das polizeiliche Handeln als solches eröffnet. Art. 2 Abs. 1 BayPAG betrifft insoweit die sachliche Zuständigkeit, sodass dieser Gefahrbegriff im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit zu prüfen ist.[8]

Bei der allgemeinen Gefahr handelt es sich um eine Sachlage, aus der nach allgemeiner Lebenserfahrung (konkrete) Gefahren entstehen können.[9]

a) Allgemeine Grundlage für polizeiliches Tätigwerden

Die allgemeine Gefahr ist aber nicht nur im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit zu prüfen, sondern bildet zugleich die „Befugnis" für polizeiliches Handeln, das ohne Eingriff in Rechte des Bürgers erfolgt.[10] Damit ist die Polizei über Art. 2 Abs. 1 BayPAG befugt, Streifentätigkeit durchzuführen oder Präventionsbroschüren zu verteilen. Sie ist aber auch Rechtsgrundlage für die Erteilung von Hinweisen, Auskünften, Ratschlägen, Belehrungen oder Verwarnungen.[11] Diesen polizeilichen Tätigkeiten ist gemein, dass es ihnen am klassischen

---

* Der *Verf.* ist Rechtsanwalt in München.

[1] Weitere Systematisierungen finden sich bei *Trurnit*, Jura 2019, 258 ff.; *Schenke*, JuS 2018, 505 ff.; *Krüger*, JuS 2013, 985 ff.

[2] Das Problem einer Definition der einzelnen Gefahrbegriffe stellt sich weniger für die Klausurbearbeiter in Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen und Sachsen-Anhalt, da hier das Gesetz selbst den Bedeutungsgehalt der jeweiligen Gefahrenbegriffe liefert, § 2 Nr. 3 BremPolG, § 3 Abs. 3 SOG M-V, § 2 NPOG, § 4 Nr. 3 SächsPVDG und § 3 Abs. 1 Nr. 3 SOG LSA.

[3] BVerwG NJW 1974, 807 (809); BayVerfGH NVWZ 1996, 166 (167); *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht 11. Aufl. 2020, § 8 Rn. 2.

[4] VGH Mannheim NVwZ 1999, 560; *Rachor/Graulich*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, E. Rn. 418.

[5] Deshalb ist der Begriff der latenten „Gefahr" irreführend, *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner (Hrsg.), Polizeiaufgabengesetz, Polizeiorganisationsgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2020, PAG Art. 11 Rn. 91.

[6] VG München, Urt. v. 6.2.2019 – M 7 K 17.2116, Rn. 25; *Schmidbauer* (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 91.

[7] *Denninger*, in: Lisken/Denninger (Fn. 4), D. Rn. 67. Anders für § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; BVerwG, Urt. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16, Rn. 34 ff.; BVerwG, Urt. v. 27.7.2017 – 1 C 28/16, Rn. 21.

[8] In anderen Bundesländern, wie z.B. § 1 Abs. 1 S. 1 HSOG, § 1 Abs. 1 S. 1 PolG NRW oder § 1 Abs. 2 SPolG, wird der Begriff der Gefahrenabwehr genutzt.

[9] *Schmidbauer* (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 69.

[10] *Becker/Heckmann/Kempen/Manssen*, Öffentliches Recht in Bayern, 7. Aufl. 2017, 3. Teil Rn. 65.

[11] *Denninger* (Fn. 7), D. Rn. 68. Gerade bei der Belehrung oder Verwahrung wird regelmäßig bereits eine abstrakte Gefahr gegeben sein. Die materielle Rechtsgrundlage für diese Maßnahmen bleibt mit Art. 2 Abs. 1 BayPAG indes dieselbe.

Eingriffscharakter fehlt und diese nicht weiter durch Gesetz legitimiert werden müssen (Gesetzesvorbehalt). Gleiches gilt für beschränkende polizeiliche Maßnahmen, in die der Betroffene von vornhinein ausdrücklich einwilligt.[12] Art. 2 Abs. 1 BayPAG kann damit neben der formellen Rechtmäßigkeit zugleich als materielle Rechtsgrundlage im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahme zu prüfen sein.

> *Beispiel*: Die bayerischen Polizeibeamten POM Schmidt und PM Schneider fahren ihre tägliche Runde mit dem Polizeiauto auf dem inneren Stadtring, um Präsenz zu zeigen und damit das allgemeine Sicherheitsgefühl in der Bevölkerung zu erhöhen. Auch ohne hinreichende Wahrscheinlichkeit eines konkreten Schadeneintritts ist der Aufgabenbereich eröffnet und die materielle Rechtsgrundlage für das polizeiliche Handeln gegeben.

b) Speziell in Bayern: Unterschied zwischen allgemeiner und abstrakter Gefahr

Nach einem breiten Teil der bayerischen Literatur und der bayerischen Rechtsprechung, soll für die Annahme einer allgemeinen Gefahr die abstrakte Möglichkeit des Eintritts einer konkreten Gefahr nicht ausreichend sein. Zusätzlich soll für die Annahme einer allgemeinen Gefahr auch eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines konkreten Schadenseintritts nötig sein. Damit wird die allgemeine Gefahr im Ergebnis mit der sog. abstrakten Gefahr gleichgesetzt.[13]

Überzeugend ist das nicht. Das Gesetz selbst beschreibt in Bayern die polizeiliche Aufgabeneröffnung mit dem Begriff der allgemeinen Gefahr. Das Gleichsetzen von allgemeiner und abstrakter Gefahr würde diese polizeilichen Maßnahmen der allgemeinen Gefahrenprävention unmöglich machen, wenn die Wahrscheinlichkeit eines konkreten Schadenseintritts gefordert wird. Das zeigt auch der Blick in Polizeigesetze der anderen Bundesländer, die eine polizeiliche Aufgabeneröffnung über den Begriff der sog. Gefahrenabwehr sicherstellen und zwischen dieser und der abstrakten Gefahr differenzieren.[14]

Auf der anderen Seite wird durch die differenzierte Begriffsbestimmung das Problem um Art. 32 BayPAG (Datenerhebung) deutlich: Es handelt sich bei der Regelung um eine polizeiliche Vorfeldmaßnahme, die an den Begriff der allgemeinen Gefahr nach Art. 2 Abs. 1 BayPAG anknüpft. Hier liegt durch die Datenerhebung – anders als bei bloßem Streifendienst oder Informationsdiensten – ein direkter Eingriff in die Rechte Dritter vor. Insoweit ist hier das Vorliegen einer abstrakten Gefahr für ein polizeiliches Tätigwerden zu fordern.[15]

3. Abstrakte Gefahr

Eine abstrakte Gefahr liegt vor, wenn aufgrund der Betrachtung der Sachlage nach allgemeiner Lebenserfahrung Gefahren entstehen können (= allgemeine Gefahr) und aus dieser generell-abstrakten Betrachtungsweise (typischerweise) die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Schädigung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung resultiert.[16] Die abstrakte Gefahr ist unter Zugrundelegung der allgemeinen Lebenserfahrung des Beamten die gedachte Möglichkeit einer konkreten Gefahr. Sie ist damit richtigerweise ein rechtliches Plus zur allgemeinen Gefahr bzw. zum Begriff der Gefahrenabwehr.

Der Unterschied zwischen konkreter und abstrakter Gefahr liegt in der Betrachtungsweise: Während bei der abstrakten Gefahr eine Beurteilung nach typischen und generellen Fällen und Erfahrungswerten erfolgt, wird bei einer konkreten Gefahr über den konkret vorliegenden Einzelfall entschieden.[17]

Das Vorliegen einer abstrakten Gefahr ist Voraussetzung für die Verordnungsermächtigung nach Art. 42 BayLStVG[18] und richtigerweise für Datenerhebungen nach Art. 32 BayPAG.[19] Grundsätzlich reicht die abstrakte Gefahr aber nicht für konkrete polizeiliche Einzelmaßnahmen aus, bei denen eine „Gefahr" tatbestandsmäßig ist.[20] Nur ausnahmsweise kommt ein Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel (Art. 11 BayPAG) im Rahmen des sog. Gefahrenerforschungseingriffs in Betracht.[21]

> *Beispiel*: POM Schmidt und PM Schneider sehen während ihrer Streifenfahrt eine Menschenansammlung am Straßenrand. Sie halten an und sondieren die Lage, warum es zu dieser Menschenansammlung kommt, denn nach allgemeiner Erfahrung kann eine solche infolge einer konkreten Gefahrenlage, z.B. einem Unglücksfall, resultieren.

---

[12] *Becker/Heckmann/Kempen/Manssen* (Fn. 10), 3. Teil Rn. 64.
[13] BayVerfGH NVWZ 1996, 166 (167); *Holzner*, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 16. Lfg., Stand: März 2021, PAG Art. 11 Rn. 37; *Kingreen/Poscher* (Fn. 3), § 8 Rn. 18; *Becker/Heckmann/Kempen/Manssen* (Fn. 10), 3. Teil Rn. 47; Unklar *Schmidbauer* (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 72, 75.
[14] *Mühl/Fischer*, in: Möstl/Bäuerle (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Polizei- und Ordnungsrecht Hessen, 21. Lfg., Stand: April 2021, § 1 Rn. 8; *Gusy/Worms*, in: Möstl/Kugelmann (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 17. Lfg., Stand: März 2021, PolG NRW § 1 Rn. 37, 147. Auch § 1 Abs. 2 SPolG.
[15] BayVerfGH NVWZ 1996, 166 (167).
[16] *Holzner* (Fn. 13), PAG Art. 11 Rn. 34; *Trurnit*, in: Möstl/Trurnit (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Polizeirecht Baden-Württemberg, 21. Lfg., Stand: Januar 2021, § 1 Rn. 21; *Gusy/Worms* (Fn. 14), PolG NRW § 1 Rn. 148; Legaldefinition in § 2 Nr. 6 NPOG, § 3 Nr. 3 lit. f SOG LSA und § 4 Nr. 3 lit. h SächsPVDG.
[17] BVerwG DÖV 1970, 713 (715); BVerwG NVwZ 2003, 95 (96); *Schmidbauer* (Fn. 4), PAG Art. 11 Rn. 74.
[18] *Knemeyer*, Polizeirecht, 11. Aufl. 2007, Rn. 65; *Becker/Heckmann/Kempen/Manssen* (Fn. 10), 3. Teil Rn. 512. Ebenso für die Verordnungsermächtigungen nach § 17 Abs. 1 BWPolG, *Reinhardt*, in: Möstl/Trurnit (Fn. 16), § 10 Rn. 9 f.
[19] BayVerfGH NVWZ 1996, 166 (167).
[20] Ausnahme bei sog. Gefahrerforschungseingriffen möglich, siehe dazu unter II. 4.
[21] Dazu noch ausführlicher unter II. 4.

Ein weiteres Beispiel ist der Einsatz von Fan-Beobachtern der Polizei bei Sportveranstaltungen, die aufgrund einer abstrakten Gefahr tätig werden.

4. Speziell in Bayern: Die erhöhte abstrakte Gefahr

Dem gleichen Gedanken folgt der etwas unbekanntere, und wohl allein in Bayern praktizierte Begriff der sog. erhöhten abstrakten Gefahr. Eine solche Gefahr liegt dann vor, wenn nach tatsächlichen Anhaltspunkten oder Indizien eine erhöhte Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung gegeben ist. Die erhöhte abstrakte Gefahr wird in den Fällen gefordert, in denen Personendurchsuchungen gem. Art. 21 Abs. 1 Nr. 4 BayPAG oder Sachdurchsuchungen gem. Art. 22 Abs. 1 Nr. 4 BayPAG im Rahmen einer sog. Schleierfahndung gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 BayPAG vorgenommen werden.[22] Gleiches gilt für Personen- und Sachdurchsuchungen an sog. gefährlichen Orten i.S.d. Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 BayPAG. Durch das Erfordernis einer erhöhten abstrakten Gefährdung wird der tiefergehenden Eingriffsqualität dieser polizeilichen Maßnahmen, der häufig eine stigmatisierende Auswirkung zukommt, Rechnung getragen.[23]

5. Drohende Gefahr

Ein umstrittener Gefahrbegriff ist die sog. drohende Gefahr. Ursprünglich als Synonym zur konkreten Gefahr verwendet, wurde der Begriff unter eigenständigem Bedeutungsgehalt nach dem Urteil des BVerfG zum Bundeskriminalamtgesetz (BKAG) als eigenständiger Gefahrbegriff gerichtlich anerkannt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG handelt es sich bei der drohenden Gefahr *nicht* um eine *konkrete aber hinreichend konkretisierte* Gefahr in dem Sinne, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen. Als Schutzgüter kommen nach dem BVerfG nur überragend wichtige Rechtsgüter in Betracht.[24]

Diese Grundsätze hat der bayerische Gesetzgeber übernommen und die drohende Gefahr für das Polizeirecht legaldefiniert und als Tatbestandsmerkmal sowohl für allgemeine Vorfeldmaßnahmen (Art. 11 Abs. 3 BayPAG) als auch für eine Reihe von Spezialmaßnahmen ausgestaltet.[25] Danach liegt eine drohende Gefahr bei einem Sachverhalt vor, bei dem im Einzelfall das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung für ein bedeutendes Rechtsgut zu erwarten sind.[26] Auch in anderen Bundesländern findet sich der Begriff der drohenden Gefahr, wenn auch ohne nähere eigene Definition.[27]

Trotz seiner gesetzlichen Definition in Art. 11 Abs. 3 BayPAG bleibt der Begriff der drohenden Gefahr in seiner konkreten Anwendung weiterhin umstritten und aufgrund seiner Vorfeldwirkung gegenüber einer konkreten Gefahr nur schwer greifbar.[28] Für die Klausur wird der Begriff daher wohl weniger relevant sein.

6. Die konkrete Gefahr

a) Begriffsbestimmung

Zweiter Schlüsselbegriff im Polizeirecht – neben der allgemeinen Gefahr – ist die konkrete Gefahr. Das Gesetz bezeichnet in Art. 11 Abs. 1 BayPAG[29] die konkrete Gefahr mit dem Begriff der „Gefahr". Daraus folgt, dass für die polizeilichen Standardmaßnahmen immer dann von einer konkreten Gefahr ausgegangen werden muss, soweit der Begriff der „Gefahr" als solcher im Tatbestand verwendet wird.

Bei der konkreten Gefahr handelt sich um eine Sachlage, die bei weiterem ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall und mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung der Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung führt.[30]

Beispiel: POM und PM erkennen, dass sich die Menschenansammlung um einen bewusstlosen Passanten schart, der auf dem Boden liegt. Nachdem PM einen Rettungswagen angefordert hat, weist POM die umherstehenden Passanten an, den Weg freizumachen und weiterzugehen, um einen ungehinderten Zugang der Rettungskräfte zu dem Bewusstlosen sicher zu stellen. Die Anordnung gegenüber den Passanten erfolgt dabei auf Grundlage von Art. 11 Abs. 1 BayPAG.

b) Beurteilungszeitpunkt

Wann eine Gefahr im einzelnen Fall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorliegt, liegt in der Entscheidungsprognose des jeweiligen Beamten. Abzustellen ist dabei auf die Sicht eines verständig handelnden, gewissenhaften, besonnenen und

[22] BayVerfGH NVwZ 2006, 1284. Ähnlich auch bei § 36 HSOG, siehe *Leggereit*, in: Möstl/Bäuerle (Fn. 14), § 36 Rn. 13 a.E. Nach *Thiel*, in: Möstl/Kugelmann (Fn. 14), PolG NRW § 39 Rn. 40 und *Nachbaur*, in: Möstl/Trurnit (Fn. 16), § 30 Rn. 5a ist es eine Frage der Verhältnismäßigkeit.

[23] BayVerfGH NVwZ 2006, 1284 ff.

[24] BVerfG NJW 2016, 1781 (1785).

[25] *Holzner* (Fn. 13), PAG Art. 11 Rn. 38.

[26] *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 f.

[27] Z.B. in §§ 15 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b, 33 Abs. 1 Nr. 2 BW-PolG, § 15 Abs. 1 Nr. 1 BremPolG.

[28] *Enders*, DÖV 2019, 205 (209 ff.); *Shirvani*, DVBl. 2018, 1393 (1396 f.). Zur aktuellen Gesetzgebungsentwicklung *Sehl*, Anhörung im Landtag: Ist das bayerische Polizeigesetz noch zu retten?, LTO v. 19.5.2021, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/45008/ (27.7.2021).

[29] Ähnlich auch in anderen Bundesländern: § 17 Abs. 1 ASOG, § 10 Abs. 1 BbgPolG, § 11 HSOG, § 8 Abs. 1 SPoG oder § 8 Abs. 1 POG NRW; Gesetzliche Definitionen finden sich in § 2 Nr. 3 lit. a BremPolG, § 3 Abs. 3 Nr. 1 SOG M-V, § 2 Nr. 1 NPOG oder § 4 Nr. 3 lit. a SächsPVDG.

[30] *Schmidbauer* (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 27. Legaldefinition der konkreten Gefahr in § 2 Nr. 1 NPOG.

sachkundigen Durchschnittsbeamten.[31] Diese ex-ante-Betrachtung ist durch das Gericht im Nachgang voll überprüfbar.[32] Damit kann es aber zu einem Auseinanderfallen der Beurteilung des konkreten Sachverhalts ex ante (Beamter in konkreter Situation) und ex post (Gericht im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung) kommen. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass es für die Beurteilung maßgeblich auf die ex-ante-Beurteilung der Tatsachen und Indizien bezogen auf den Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens ankommt. Eine reine ex-post-Betrachtung verbiete sich, da andernfalls eine effektive Gefahrenabwehr nicht mehr möglich wäre.[33] Gleichwohl sollte man in einer Klausursituation nicht schlicht die polizeiliche Bewertung ex-ante unter eine konkrete Gefahr subsumieren, sondern das Auseinanderfallen der ex-ante-Sicht und ex-post-Betrachtung feststellen und sodann die Grundsätze der sog. Anscheinsgefahr heranziehen.[34]

7. Gegenwärtige Gefahr

Eine gegenwärtige Gefahr ist immer dann anzunehmen, wenn die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder in absehbarer Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht.[35]

Bei der gegenwärtigen Gefahr handelt es sich daher um eine *Qualifikation* der konkreten Gefahr in *zeitlicher Hinsicht*.

8. Erhebliche Gefahr

Die Gefahr ist dann erheblich, wenn es sich um eine konkrete Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut handelt.[36] Was ein bedeutendes Rechtsgut ist, ist jedenfalls für das BayPAG in Art. 11 Abs. 3 S. 2 BayPAG legaldefiniert.[37]

Bei der erheblichen Gefahr handelt es sich um eine *Qualifikation* der konkreten Gefahr in *qualitativer Hinsicht*.[38]

9. Dringende Gefahr

Die Gefahr ist dann als dringend zu bewerten, wenn es sich zum einen um eine konkrete Gefahr für ein wichtiges Rechtsgut handelt und zum anderen eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für den Schadenseintritt besteht, ohne dass die Gefahr gegenwärtig ist.[39] Gegenüber der erheblichen Gefahr wird der Kreis der geschützten Rechtsgüter durch den Begriff des „wichtigen Rechtsguts“ erweitert.[40] Auf der anderen Seite wird die dringende Gefahr gegenüber der erheblichen Gefahr um das Element der erhöhten Wahrscheinlichkeit ergänzt.

Es handelt sich bei der dringenden Gefahr um eine Qualifikation der konkreten Gefahr sowohl in *zeitlicher* als auch in *qualitativer* Hinsicht.

10. Gegenwärtige erhebliche Gefahr

Einige Sicherheits- und Polizeigesetze der Länder kennen darüber hinaus noch den Begriff der sog. gegenwärtigen erheblichen Gefahr.[41] Die abzuwehrende Gefahr muss also sowohl gegenwärtig als auch erheblich sein. Damit ist diese Gefahr gegenüber der dringenden Gefahr sowohl in *zeitlicher* als auch in *qualitativer Hinsicht enger umgrenzt*.

11. Gemeine Gefahr

Als gemeine Gefahr wird eine konkrete Gefahr bezeichnet, die für eine Vielzahl von Personen oder erhebliche Sachwerte vorliegt.[42] Es handelt sich damit um eine *Qualifikation* der konkreten Gefahr in *quantitativer Hinsicht*.

II. Weitere „Gefahrbegriffe“

Bei den nachfolgenden „Gefahrbegriffen“ handelt es sich nicht um Gefahrbegriffe im eigentlichen Sinne. Sie beschreiben vielmehr Umstände, in die die bereits genannten Gefahrbegriffe eingebettet sind.

1. Anscheinsgefahr

Die Anscheinsgefahr ist ein ungeschriebenes Rechtskonstrukt, das eine effektive Gefahrabwehr absichern soll. Der jeweils handelnde Polizeibeamte darf nicht abwarten, bis aus einer Gefahr ein konkreter Schaden resultiert, sondern eine Gefahrabwehr hat vorher – präventiv – zu erfolgen. Insoweit kann es bei der jeweiligen Gefahrprognose des Beamten oder beim Kausalverlauf zu einer unterschiedlichen Gefahreinschätzung aus ex-ante Sicht und nachträglicher ex-post-Sicht kommen: Eine Situation, die sich im Handlungszeitpunkt als Gefahrsituation dargestellt hat, kann sich bei einer nachträglichen Betrachtung als falsch herausstellen.

> *Beispiel*: Bankräuber B hantiert mit einer Spielzeugpistole, die von einer echten Pistole optisch nicht zu unterscheiden ist. Ein polizeilicher Schusswaffengebrauch gegen den Bankräuber wäre im Zweifel aus Sicht ex ante rechtmäßig.

Nach den Grundsätzen der Rechtsmäßigkeit der Verwaltung wäre eine solche Handlung als rechtswidrig einzustufen, da ex post keine Gefahr in der konkreten Situation vorlag. Um

[31] *Holzner* (Fn. 13), PAG Art. 11 Rn. 25.
[32] *Schmidbauer* (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 28.
[33] *Holzner* (Fn. 13), PAG Art. 11 Rn. 32.
[34] Dazu noch unten. Zu dem Thema ausführlich *Meyer*, Jura 2017, 1259. Anders nur die Vertreter eines rein subjektiven Gefahrbegriffs.
[35] OLG München, Urt. v. 14.11.2018 – 34 Wx 42/18, Rn. 30; Legaldefinition in § 3 Abs. 3 Nr. 2 SOG M-V, § 2 Nr. 2 NPOG und § 4 Nr. 3 lit. b SächsPVDG.
[36] *Schmidbauer* (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 79.
[37] Vergleiche die Definitionen zur erheblichen Gefahr in § 3 Abs. 3 Nr. 3 SOG M-V, § 2 Nr. 3 NPOG und § 4 Nr. 3 lit. c SächsPVDG.
[38] Ebenda.
[39] Legaldefinition der dringenden Gefahr in § 2 Nr. 4 NPOG und § 4 Nr. 3 lit. d SächsPVDG.
[40] *Schmidbauer* (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 81. A.A. *Holzner* (Fn. 13), PAG Art. 11 Rn. 57.
[41] Vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 1 NPOG, § 7 Abs. 1 Nr. 1 BremPolG oder § 9 Abs. 1 Nr. 1 HSOG.
[42] *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 13 Rn. 83; *Schmidbauer* (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 90.

eine effektive Gefahrabwehr zu garantieren, hat sich daher der Grundsatz der Anscheinsgefahr herauskristallisiert, der eine Gefahrenlage nicht aus der ex-post-Betrachtung, sondern aus der ex-ante-Sicht vornimmt.[43] Eine mit der konkreten Gefahr vergleichbare Gefahrenlage liegt demnach vor, wenn bei verständiger Würdigung im Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens das Vorliegen einer Gefahr anzunehmen war, obgleich sich nachträglich herausstellt, dass keine wirkliche Gefahr vorlag, sondern nur der Anschein einer Gefahr erweckt wurde.[44] Eine Bewertung der konkreten Sachlage erfolgt dabei aus Sicht eines sorgfältigen und verständigen Polizeibeamten.[45]

2. Putativgefahr/Scheingefahr

Im Gegensatz zur sog. Anscheinsgefahr liegt eine Putativgefahr (auch Scheingefahr genannt) dann vor, wenn bei verständiger Würdigung im Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens eine Gefahrensituation nicht anzunehmen war. Der konkrete Polizeibeamte bildet sich eine Gefahr also nur ein, während ein sorgfältiger und verständiger Polizeibeamter bereits im Zeitpunkt des Einschreitens hätte erkennen können, dass keine Gefahr vorliegt.[46]

> *Beispiel*: Die Polizeibeamten werden zu einem vermeintlichen Bankraub gerufen. Obwohl aufgrund des umherstehenden Filmteams und Kameraleuten erkennbar ist, dass es sich um eine Filmszene handelt, nehmen die Polizeibeamten die zwei als Bankräuber verkleideten Schauspieler fest.

3. Anscheins- oder Putativgefahr in der Klausur

Für die Klausurbearbeitung ergibt sich hier folgender Aufbau: Zunächst ist zu prüfen, ob tatsächlich eine konkrete Gefahr aus ex-post-Sicht gegeben ist. Soweit das der Fall ist, kann mit der Prüfung der weiteren Voraussetzungen fortgesetzt werden. Soweit das nicht der Fall ist, ist zu prüfen, ob eine konkrete Gefahr nach den Grundsätzen der Anscheinsgefahr vorliegt, oder ob eine konkrete Gefahr aus ex-ante-Sicht nicht vorliegt und damit nur eine Putativgefahr anzunehmen ist. Soweit eine Anscheinsgefahr vorliegt, sind die weiteren Voraussetzungen für das polizeiliche Einschreiten zu prüfen.[47] Im Fall der Putativgefahr ist wiederum die Rechtmäßigkeit eines polizeilichen Einschreitens zu verneinen und sind ggf. die haftungsrechtlichen Fragen zu klären.

4. Gefahrverdacht

Neben aller Diskussion um die sog. drohende Gefahr, kommt der sog. Gefahrverdacht etwas verdeckt daher. Er ist aber bei näherer Betrachtung nicht minder umstritten.[48] In der Klausur muss hier genau gearbeitet werden, um die Problematik des Gefahrverdachts und einen vertretbaren Lösungsweg aufzuzeigen. Wie so oft in der Klausurbearbeitung gilt auch hier: Der Weg ist das Ziel und viele Lösungswege sind gut vertretbar.

a) Begriffsdeutung

Ein Gefahrverdacht liegt vor, wenn bei verständiger Würdigung im Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens noch nicht genügend Erkenntnisse über die Einzelheiten der zu regelnden Sachverhalte und/oder über die maßgeblichen Kausalverläufe zu der erforderlichen Gefahrenprognose vorliegen.[49]

Für den verständigen Beamten ist es aufgrund der aktuellen Sachverhaltsinformationen nicht möglich, eine objektiv konkrete Gefahr anzunehmen, aber auch nicht möglich, das Vorliegen einer objektiv konkreten Gefahr gänzlich ausschließen zu können.[50]

Dabei sind die Grenzen zwischen dem bloßen Gefahrverdacht und der Annahme einer konkreten Gefahr bzw. Anscheinsgefahr fließend. Das darf aber – insbesondere in der Klausur – nicht dazu führen, dass die Begriffe miteinander vermengt oder gleichgesetzt werden.[51]

b) Einordnung in das „Gefahrensystem"

aa) Keine weite Vorfeldmaßnahme

Nach einer Ansicht ist ein Gefahrverdacht auch dann gegeben, wenn die bereits eingetretenen Umstände zur Begründung einer konkreten Gefahr noch nicht ausreichen und es noch eines Hinzutretens weiterer Umstände bedarf.[52] Diese Einordnung des Gefahrverdachts lässt sich jedoch kaum von der sog. latenten Gefahr abgrenzen, die im Gegensatz zum Gefahrverdacht nicht zum polizeilichen Einschreiten ermächtigt.

bb) Gefahrverdacht als konkrete Gefahr?

Umstritten ist allerdings, ob allein der objektive Gefahrverdacht eine konkrete Gefahr begründet. Eine prominente Ansicht innerhalb Bayerns will hier eine konkrete Gefahr annehmen und damit die polizeilichen Maßnahmen umfassend zulassen, bis festgestellt werden kann, dass tatsächlich keine Gefahr vorliegt.[53] Die Einordnung des Gefahrverdachts in die konkrete Gefahr gibt den Beamten die Möglichkeit, auf die meisten Standardmaßnahmen und die Generalklausel des Art. 11 Abs.1 BayPAG zurückzugreifen. Damit wird die weitere strittige Frage nach der Rechtsgrundlage für Maßnahmen im Rahmen den Gefahrverdachts elegant umgangen.

---

[43] *Schenke*, JuS 2018, 505 (507).
[44] Sog. subjektiver Gefahrbegriff: BayVGH, Urt. v. 2.12.1991 – 21 B 90.1066, Rn. 54; *Schmidbauer* (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 65. Dazu auch *Meyer*, Jura 2017, 1259.
[45] Dazu bereits oben (Verweis).
[46] *Schmidbauer* (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 66.
[47] Zu den Problemkreisen bei der Anscheinsgefahr *Meyer*, Jura 2017, 1259 ff.
[48] Dazu auch *Meyer*, Jura 2017, 1259 (1265 ff.).
[49] OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2015 – 4 ME 229/15, Rn. 6; BayVGH, Urt. v. 29.10.2018 – Vf. 21-VII-17, Rn. 41.
[50] *Trurnit* (Fn. 16), § 1 Rn. 26: Gefahr möglich, aber nicht sicher.
[51] Nachweise bei *Schenke*, JuS 2018, 505 (508 Rn. 16, 17).
[52] *Schenke*, JuS 2018, 505 (508).
[53] *Schmidbauer* (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 63.

Bessere Gründe sprechen jedoch für eine Differenzierung zwischen dem objektiven Gefahrverdacht und der konkreten Gefahr, denn anders als bei der konkreten Gefahr oder der Anscheinsgefahr, kann sowohl aus objektiver Sicht als auch aus ex-ante-Sicht eines vernünftigen Polizeibeamten beim bloßen Gefahrverdacht eine Gefahr nicht angenommen werden. Insoweit ist ein Gleichsetzen zwischen objektivem Gefahrverdacht und konkreter Gefahr nicht möglich.[54]

cc) Gefahrverdacht als drohende Gefahr?

Auch ein Gleichsetzen zwischen drohender Gefahr und Gefahrverdacht kommt nicht in Betracht.[55] Im Gegensatz zur drohenden Gefahr fehlt es beim Gefahrverdacht am bewussten Wissensdefizit des Beamten in Bezug auf Sachverhalt oder Kausalverlauf.

dd) Gefahrverdacht als Teil der abstrakten Gefahr

Der Gefahrverdacht ist daher nach der hier vertretenen Auffassung dem Bereich der sog. abstrakten Gefahr zuzuordnen, die als „Vorstufe" zur konkreten Gefahr gesehen werden kann.[56] Es ist dem Polizeibeamten damit nicht möglich, umfassend auf die polizeilichen Standardmaßnahmen zurückzugreifen, sondern er ist auf Maßnahmen der sog. Gefahrerforschung begrenzt.[57]

c) Eingriffsbefugnis für sog. Gefahrerforschungseingriffe

Hinsichtlich der polizeilichen Maßnahmen sind daher zwei verschiedene Maßnahmen möglich: Soweit die Klärung der Gefahrsituation nicht mit einem Grundrechtseingriff verbunden ist, ist als hinreichende Grundlage die Aufgabeneröffnung nach Art. 2 Abs. 1 BayPAG zu sehen.

Soweit mit der Maßnahme ein Grundrechtseingriff verbunden ist, sind zunächst die speziellen Ermächtigungsgrundlagen zur Gefahrerforschung einschlägig.[58]

Problematisch ist es jedoch, wenn eine Maßnahme der Gefahrerforschung nicht von einer bestehenden Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist. Ein Teil in der Literatur will mangels fehlender Grundlage solche Grundrechtseingriffe aufgrund des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts ausschließen.[59] Die wohl herrschende Auffassung will hingegen einen Rückgriff auf die Generalklausel zulassen, wobei sich hier die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit auf die Ausräumung des Gefahrverdachts beschränken muss.[60]

> *Beispiel*: Der Menschenauflauf lässt für die Beamten POM Schmidt und PM Schneider noch keine konkrete Gefahr erkennen. Aus allgemeiner Lebenserfahrung ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Menschenansammlung infolge eines Unglücks entstanden ist. Die Polizeibeamten weisen daher die umherstehenden Passanten an, Platz zu machen. Es handelt sich um eine Maßnahme der Gefahrerforschung. Die Anordnung der Beamten stützt sich als Eingriffsmaßnahme damit auf Art. 11 Abs. 1 S. 1 BayPAG. Die konkrete Anordnung ist geeignet, da die Beamten so freie Sicht auf das Geschehen erlangen. Zudem ist sie erforderlich, da in der konkreten Situation kein anderes milderes Mittel erkennbar ist. Ebenso ist die Maßnahme verhältnismäßig im engeren Sinne, da es sich bei der Anordnung um einen geringen Grundrechtseingriff handelt, der hinter das öffentliche Interesse an einer Gefahrerforschung zur möglichen Gefahrabwehr zurücktritt.

Häufig wird in den Fällen, in denen sich die Frage nach der Ermächtigungsgrundlage für eine Gefahrerforschung stellt, bereits der Tatbestand einer konkreten Gefahr oder zumindest einer Anscheinsgefahr vorliegen, sodass der Streit um die Reichweite der Gefahrerforschungseingriffe nicht entschieden werden muss.[61] Insoweit wird gar gefordert, den Begriff des Gefahrverdachts gänzlich aufzugeben.

Dagegen kommt ein Verordnungserlass aufgrund eines Gefahrverdachts nicht in Betracht. Der Verordnungserlass ist auf die Verhütung künftiger Gefahren gerichtet und dient gerade nicht der Erforschung einer möglicherweise bereits bestehenden Gefahr.[62] Ein Verordnungserlass ist nur aufgrund einer speziellen Grundlage möglich, wie sie für Bayern

---

[54] So auch *Mühl/Fischer* (Fn. 14) § 1 Rn. 71; *Ullrich*, in: Möstl/Weiner (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Polizei- und Ordnungsrecht Niedersachsen, 19 Lfg., Stand: Mai 2021, NPOG § 2 Rn. 102.

[55] In die Richtung *Holzner*, DÖV 2018, 946 (950) aber auch hier Differenzierung (948); ähnlich *Shirvani*, DVBl. 2018, 1393 (1344): Überscheidungen.

[56] Vgl. auch *Meyer*, Jura 2017, 1259 (1268 f.); a.A. wohl BVerwG NVwZ 2003, 95 (96 f.).

[57] *Knemeyer*, Polizeirecht, Rn. 70.

[58] *Trurnit* (Fn. 16), § 1 Rn. 27 f.; Im bayerischen Bauordnungsrecht z.B. Art. 54 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BayBO, BayVGH, Urt. v. 25.3.2019 – 15 C 18.2324, Rn. 29.

[59] *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2009, Rn. 88 ff.; *Papier*, DVBl. 1985, 873 ff.; Kritik auch bei *Wapler*, DVBl. 2012, 86.

[60] *Meyer*, JA 2013, 780 (783 f.); Zum bayerischen Bauordnungsrecht VG Augsburg, Urt. v. 18.3.2020 – Au 4 S 20.398, Rn. 29. Umfassende Nachweise bei *Meyer*, Jura 2017, 1259 (1269) auch zur Gegenansicht.

[61] Das Beispiel bei *Schmidbauer* (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 62 zeigt das deutlich: Eine Hausbewohnerin hört im Flur verdächtige Geräusche. Die Polizei trifft dort einen Mann an, der in seiner Reisetasche wühlt. Er gibt an, dass er kein Diebesgut verstecke, sondern seinen Wohnungsschlüssel suche, da er in dem Haus wohne. Die Polizei stellt seine Identität nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BayPAG fest und beseitigt den Verdacht der konkreten Gefahr. Entgegen der Ansicht *Schmidbauers* ist die Identitätskontrolle der Beamten nicht verhältnismäßig, soweit der Mann seinen Wohnungsschlüssel nach kurzem Warten der Beamten finden kann. Eine Identitätskontrolle wäre nur dann erforderlich und damit verhältnismäßig, soweit der Mann seinen Wohnungsschlüssel in seiner Reisetasche nicht finden kann. In diesem Fall wird dann eine konkrete Gefahr – zumindest in seiner Form als Anscheinsgefahr – gegeben sein.

[62] Aktuell dazu OVG Bautzen, Urt. v. 24.3.2021 – 6 C 22/19.

mit Art. 30 Abs. 1 S. 1 BayLStVG für die kommunalen Sicherheitsbehörden besteht.[63]

5. Gefahr in Verzug

Der Begriff „Gefahr in Verzug" ist kein Tatbestandsmerkmal für die Bestimmung der polizeilichen Handlungsgrundlage, sondern ein Tatbestandsmerkmal der Zuständigkeitsbestimmung. Er ist damit nicht im Rahmen der materiellen, sondern im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit zu prüfen.[64]

So wird die bayerische Polizei gem. Art. 3 BayPAG immer dann tätig, wenn die Gefahrenabwehr durch eine andere Sicherheitsbehörde nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint. Gem. Art. 24 Abs. 1 BayPAG (Wohnungsdurchsuchung) und Art. 34 Abs. 3 BayPAG (elektronische Aufenthaltsüberwachung) ist ein polizeiliches Einschreiten bei Gefahr in Verzug auch ohne vorherige richterliche Anordnung zulässig.[65]

Gefahr in Verzug liegt somit immer dann vor, wenn die grundsätzlich vorgeschriebene Einschaltung einer Behörde oder eines Richters nicht mehr rechtzeitig möglich ist. Das ist bei einer Sachlage der Fall, in der die Anrufung des Richters oder die Einschaltung einer sonstigen Sicherheitsbehörde wegen der damit verbundenen zeitlichen Verzögerung den Erfolg der polizeilichen Maßnahme verzögern oder ganz zerstören würde.[66]

[63] Eine vergleichbare Verordnungsermächtigung findet sich in Baden-Württemberg in § 18 PolG.
[64] Legaldefinition in § 2 Nr. 8 NPOG.
[65] Daneben noch weitere Regelungen in Art. 13 Abs. 2 GG und § 81a Abs. 2 StPO, § 81c Abs. 5 StPO; § 98 Abs. 1 StPO, § 100 Abs. 1 StPO, § 100b Abs. 1 StPO, § 104 Abs. 1 StPO, § 105 Abs. 1 StPO und § 111 Abs. 2 StPO.
[66] BVerwG NVwZ 1984, 577 (577).

Das Versammlungsgesetz des Bundes

Materiell-rechtliche Grundlagen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung

Von Rechtsanwalt Dr. **Jan-Philipp Redder**, Hamburg*

Als Teil des besonderen Verwaltungsrechts gehört das Versammlungsrecht in beiden Examina zu den klausurrelevantesten Rechtsgebieten im öffentlichen Recht. Angesichts der Ausstrahlungswirkung des Art. 8 GG und den bei vielen Normen notwendigen Rechtsprechungskenntnissen ist das Versammlungsgesetz nicht leicht zu durchdringen. Den Lesern[1] wird empfohlen, sich zunächst selbst mit der Struktur und den Normen des Versammlungsgesetzes durch einen Blick ins Gesetz zu beschäftigen; im Anschluss hieran soll dieser Beitrag dabei unterstützen, die rechtlichen Feinheiten des Versammlungsgesetzes zu erschließen.

I. Grundlagen des Versammlungsgesetzes

1. Frage: Wer hat die Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht?

Seit der Föderalismusreform 2006 ist das Versammlungsrecht nicht mehr Teil der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 Var. 2 GG a.F.), sondern der Gesetzgebungskompetenz der Länder gem. Art. 70 Abs. 1 GG. Gleichwohl gilt das Versammlungsgesetz (des Bundes) gem. Art. 125a Abs. 1 GG fort, soweit die Bundesländer nicht bereits eigene Versammlungsgesetze erlassen haben.

> *Hinweis*: Wird ein Eingriff in die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) auf eine Norm des Versammlungsgesetzes gestützt (vor allem § 15 Abs. 1 bzw. Abs. 3 VersG), so ist die Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsnorm regelmäßig zu prüfen. Soweit das jeweilige Bundesland kein eigenes Versammlungsgesetz erlassen hat, kann bei der Prüfung der formellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zur Gesetzgebungszuständigkeit festgehalten werden: „Auch wenn das Versammlungsrecht seit der Föderalismusreform 2006 gem. Art. 70 Abs. 1 GG zur Gesetzgebungskompetenz der Länder gehört, gilt das Versammlungsgesetz nach Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG als Bundesrecht fort."

2. Frage: Welche Unterschiede und Gemeinsamkeiten bestehen zwischen dem sachlichen Schutzbereich des Art. 8 GG und dem Anwendungsbereich des Versammlungsgesetzes?

Gem. § 1 Abs. 1 VersG hat jedermann das Recht, öffentliche Versammlungen und Aufzüge, d.h. sich fortbewegende Versammlungen, zu veranstalten und an solchen Veranstaltungen teilzunehmen. Demgegenüber haben gem. Art. 8 Abs. 1 GG alle Deutschen das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln.

Weder im Grundgesetz noch im Versammlungsgesetz wird der Begriff „Versammlung" näher definiert. Soweit das Bundesverfassungsgericht den Versammlungsbegriff in Art. 8 GG dahingehend definiert, dass es sich um „örtliche Zusammenkünfte mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung" handelt,[2] wird hierauf in der Rechtsprechung auch bei § 1 Abs. 1 VersG Bezug genommen.[3] Diese Gleichsetzung der Versammlungsbegriffe wird für verfassungsgemäß erachtet.[4] Im Gegensatz zur Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG werden vom Versammlungsgesetz auch unfriedliche und mit Waffen stattfindende Versammlungen umfasst; dies ergibt sich aus §§ 2 Abs. 3, 5 Nr. 2, Nr. 3, 13 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3, 15 Abs. 1, Abs. 3 VersG.[5] Auf der anderen Seite umfasst das Grundrecht aus Art. 8 GG sowohl öffentliche als auch nicht öffentliche Versammlungen, während vom Versammlungsgesetz nach h.M. grundsätzlich nur öffentliche Versammlungen umfasst werden (hierzu näher Frage 6).

3. Frage: Wie lässt sich der Begriff „Versammlung" definieren?

Eine Versammlung im Sinne des Versammlungsgesetzes und des Art. 8 GG „wird dadurch charakterisiert, dass eine Personenmehrheit durch einen gemeinsamen Zweck inhaltlich verbunden ist."[6] Umstritten ist, wie viele Menschen zusammenkommen müssen (Frage 4) und welcher Zweck konstitutiv ist (Frage 5).

4. Frage: Wie viele Personen sind für eine Versammlung konstitutiv?

Die Frage ist sowohl hinsichtlich des sachlichen Schutzbereiches des Art. 8 GG als auch hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Versammlungsgesetzes bedeutsam und umstritten. Das BVerfG spricht jedenfalls von „mehreren Personen".[7]

Nach einem Teil der Rechtsprechung[8] sind zwei Personen ausreichend. Hierfür lässt sich anführen, dass ein schutzbedürftiger Mehrwert an gegenseitigem kommunikativem Austausch sowie an gemeinschaftlichem Erleben, der durch die höheren Eingriffsvoraussetzungen des Versammlungsgesetzes besonders schützenswert erscheint, bereits bei zwei Personen zu bejahen ist.[9]

---

* Der *Autor* ist Rechtsanwalt in Hamburg mit Tätigkeitsschwerpunkt im öffentlichen Recht.

[1] Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in diesem Beitrag ausschließlich die männliche Form genutzt.

[2] BVerfGE 104, 92 (104).

[3] OLG Hamm, Urt. v. 7.3.2019 – 1 RVs 84/18, Rn. 19 (juris); Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 22.9.2009 – 1 Ss 74/09, Rn. 7 (juris).

[4] VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 12.7.2010 – 1 S 349/10, Rn. 38 (juris).

[5] VG Hamburg NVwZ 1987, 829 (831).

[6] BVerwG, Urt. v. 22.8.2007 – 6 C 22/06, Rn. 14 (juris).

[7] BVerfGE 104, 92 (104).

[8] VG Neustadt (Weinstraße), Beschl. v. 2.4.2020 – 5 L 333/20.NW, Rn. 20 (juris).

[9] Vgl. *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, Rn. 268.

Der überwiegende Teil der Rechtsprechung[10] fordert hingegen mindestens drei Personen.

Hierzu hat das Saarländische OLG ausgeführt: „Schon der Wortsinn spricht gegen die Annahme, bereits 2 Menschen könnten eine Versammlung bilden. ‚Sich-Versammeln' setzt begrifflich eine Zusammenkunft mehrerer voraus. Auch die historische Entwicklung der Versammlungsfreiheit, die das Zusammentreffen mehrerer Personen sichern wollte, legt dies nahe und schließlich sprechen sachliche Gründe dafür, eine Mindestteilnehmerzahl von drei Personen zur Erfüllung des Merkmals Versammlung zu verlangen. Die Vorschriften des Versammlungsgesetzes schränken das Grundrecht des Art. 8 GG ein mit dem Ziel, sowohl die Interessen anderer als auch die Versammlung selbst zu schützen. Vor allem soll es den zuständigen Behörden ermöglicht werden, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass öffentliche Sicherheit und Ordnung gewahrt bleiben. Solche behördlichen Maßnahmen kommen aber nur in Betracht bei Zusammenkünften einer ‚größeren' oder ‚nicht allzu kleinen' Anzahl von Personen [...]."[11]

Hinweis: Zumindest zur Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG wird heute allgemein[12] abgelehnt, in Anlehnung an §§ 56, 73 BGB mindestens sieben Personen zu fordern. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Differenzierung zwischen dem Grundrecht aus Art. 8 GG und der Vereinsfreiheit sei diese Anknüpfung unsystematisch.[13] Ferner sei die Anknüpfung an zivilrechtliche Voraussetzungen für eine Vereinsgründung aus normhierarchischen Gründen fernliegend.[14]

5. Frage: Welcher Zweck ist für eine Versammlung konstitutiv?

Diese Frage ist sowohl hinsichtlich der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG als auch hinsichtlich des Versammlungsbegriffs in § 1 Abs. 1 VersG umstritten. Soweit das Bundesverfassungsgericht den Versammlungsbegriff in Art. 8 GG dahingehend definiert, dass es sich um „örtliche Zusammenkünfte mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung" handelt,[15] wird hierauf in der Rechtsprechung auch bei § 1 Abs. 1 VersG Bezug genommen.[16] Für diesen engen Versammlungsbegriff spricht, dass gerade solche Versammlungen der Gefahr ausgesetzt sind, durch politische Instanzen unterdrückt zu werden.[17] Dementsprechend genießen diese Versammlungen auch den Schutz durch das Versammlungsgesetz, mit dem strengere Anforderungen an Eingriffe in die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG als im allgemeinen Polizei- bzw. Gefahrenabwehrrecht aufgestellt werden.

In der Praxis kommt es durchaus vor, dass eine Versammlung nicht ausschließlich auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet ist, sondern auch andere Elemente aufweist. So können z.B. bei Musik- und Tanzereignissen Handzettel verteilt werden, die sich gegen die Verdrängung einer bestimmten Musikrichtung wenden.[18] Insofern ist das Gesamtgepräge der Veranstaltung unter Berücksichtigung aller relevanten tatsächlichen Umstände entscheidend und im Zweifel das Stattfinden einer Versammlung zu bejahen.[19] Hierbei nimmt das Bundesverwaltungsgericht eine dreistufige Prüfung vor: In einem ersten Schritt „sind alle diejenigen Modalitäten der geplanten Versammlung zu erfassen, die auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung zielen."[20] Maßgeblich ist die Sicht eines durchschnittlichen Betrachters, „in erster Linie eines Außenstehenden, der sich zum Zeitpunkt der Veranstaltung an ihrem Ort befindet".[21] Andere Umstände können aber ebenfalls berücksichtigt werden.[22] In einem zweiten Schritt werden „die nicht auf die Meinungsbildung zielenden Modalitäten der Veranstaltung, wie etwa Tanz, Musik und Unterhaltung" gewürdigt und gewichtet.[23] Schließlich werden in einem dritten Schritt „die auf den ersten beiden Stufen festgestellten Gewichte der die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung betreffenden Elemente einerseits und der von diesen zu unterscheidenden Elemente andererseits zueinander in Beziehung" gesetzt und aus der Sicht eines durchschnittlichen Betrachters verglichen.[24] Insofern handelt es sich um eine Versammlung, wenn die Elemente der ersten Stufe überwiegen, nicht hingegen im umgekehrten Fall.[25] Wenn nicht zweifelsfrei festzustellen ist, welcher Bereich überwiegt, muss die Veranstaltung wie eine Versammlung behandelt werden.[26]

Hinweis: Zumindest zum Grundrecht aus Art. 8 GG wird auch vertreten, dass der Zweck der Versammlung in der

[10] OLG Hamm, Urt. v. 7.3.2019 – 1 RVs 84/18, Rn. 19 (juris); Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 22.9.2009 – 1 Ss 74/09, Rn. 7 (juris); BayObLG, Urt. v. 13.2.1979 – RReg 4 St 170/78, Rn. 7 (juris); OLG Hamburg MDR 1965, 319 (319 f.); siehe auch OLG Köln MDR 1980, 1040 f.

[11] Saarländisches OLG, Beschl. v. 15.9.1998 – Ss (Z) 225/98 (106/98), Rn. 10 (juris).

[12] Siehe nur *Michael/Morlok* (Fn. 9), Rn. 268; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 13.

[13] *Michael/Morlok* (Fn. 9), Rn. 268.

[14] *v. Münch/Mager*, Staatsrecht II, 7. Aufl. 2018, Rn. 529.

[15] BVerfGE 104, 92 (104).

[16] OLG Hamm, Urt. v. 7.3.2019 – 1 RVs 84/18, Rn. 19 (juris); Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 22.9.2009 – 1 Ss 74/09, Rn. 7 (juris).

[17] Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: Denninger u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2001, Art. 8 Rn. 16.

[18] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.7.2001 – 1 BvQ 28/01.

[19] BVerwGE 129, 42 (47 Rn. 16 f.).

[20] BVerwGE 129, 42 (47 Rn. 17).

[21] BVerwGE 129, 42 (48 Rn. 17).

[22] BVerwGE 129, 42 (48 Rn. 17).

[23] BVerwGE 129, 42 (48 Rn. 18).

[24] BVerwGE 129, 42 (48 Rn. 18).

[25] BVerwGE 129, 42 (48 f. Rn. 18).

[26] BVerwGE 129, 42 (49 Rn. 18).

gemeinsamen Meinungsbildung und -äußerung liegen müsse (sog. erweiterter Versammlungsbegriff).[27] Die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG stehe in einem inneren Zusammenhang zur Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG; das Telos liege vor allem im Schutz kollektiver und demonstrativer Meinungsäußerungen, die durch die Verkörperung in der Versammlung besonders wirksam würden.[28] Die Bezugnahme auf öffentliche Angelegenheiten sei für eine Begrenzung des Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG zu unbestimmt und finde auch keine Stütze im Wortlaut.[29] Auch überwiegend als privat angesehene und behandelte Angelegenheiten könnten durch die Versammlung geplant öffentlich werden und damit einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung leisten.[30] Nach a.A.[31] ist der Zweck der Versammlung nicht relevant (sog. weiter Versammlungsbegriff). Über die Gründe und Zwecke ihres Zusammenfindens entschieden die Bürger autonom und souverän.[32]

6. Frage: Was sind öffentliche Versammlungen und findet das Versammlungsgesetz auch auf nicht öffentliche Versammlungen Anwendung?

Öffentliche Versammlungen sind solche, die einen individuell nicht abgegrenzten Personenkreis umfassen,[33] d.h. jeder, der von der Versammlung Kenntnis erhält, muss die Möglichkeit haben, an ihr teilzunehmen.[34] Insofern unterscheidet sich die Regelung in § 1 Abs. 1 VersG von der Versammlungsfreiheit in Art. 8 GG, die auch nicht öffentliche Versammlungen umfasst. Nur in wenigen Vorschriften des Versammlungsgesetzes wird auf Versammlungen allgemein Bezug genommen (siehe §§ 3, 23, 28 VersG).

Insofern stellt sich die Frage, ob die Vorschriften des Versammlungsgesetzes bei nicht öffentlichen Versammlungen analog angewendet werden können. Dies wird überwiegend abgelehnt,[35] da die Voraussetzungen für eine Analogie nicht vorliegen: Es mangelt an einer planwidrigen Regelungslücke, da einzelne Vorschriften des Versammlungsgesetzes gerade auch für nicht öffentliche Versammlungen gelten; zudem fehlt es an der erforderlichen Vergleichbarkeit, da der Kreis der Versammlungsteilnehmer bei öffentlichen Versammlungen (auch) zufällig zusammengesetzt ist.[36]

Dementsprechend findet das allgemeine Polizeirecht Anwendung, das aber im Lichte der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG ausgelegt und angewendet werden muss.

7. Frage: Wie wird zwischen Versammlungen in geschlossenen Räumen und unter freiem Himmel differenziert?

Im Versammlungsgesetz wird zwischen zwei Arten von Versammlungen differenziert: Versammlungen in geschlossenen Räumen (2. Abschnitt) und Versammlungen unter freiem Himmel (3. Abschnitt). Um zu ermitteln, welche Normen anwendbar sind, muss geklärt werden, wie sich zwischen beiden Arten von Versammlungen differenzieren lässt. Hierzu kann auf die verfassungsrechtliche Differenzierung zwischen Versammlungen unter freiem Himmel und sonstigen Veranstaltungen in Art. 8 GG zurückgegriffen werden.

Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht („Fraport", 2011) ausgeführt: „Der Begriff der ‚Versammlung unter freiem Himmel' des Art. 8 Abs. 2 GG darf nicht in einem engen Sinne als Verweis auf einen nicht überdachten Veranstaltungsort verstanden werden. Sein Sinn erschließt sich vielmehr zutreffend erst in der Gegenüberstellung der ihm unterliegenden versammlungsrechtlichen Leitbilder: Während ‚Versammlungen unter freiem Himmel' idealtypisch solche auf öffentlichen Straßen und Plätzen sind, steht dem als Gegenbild die Versammlung in von der Öffentlichkeit abgeschiedenen Räumen wie etwa in Hinterzimmern von Gaststätten gegenüber. Dort bleiben die Versammlungsteilnehmer unter sich und sind von der Allgemeinheit abgeschirmt, so dass Konflikte, die eine Regelung erforderten, weniger vorgezeichnet sind. Demgegenüber finden Versammlungen ‚unter freiem Himmel' in der unmittelbaren Auseinandersetzung mit einer unbeteiligten Öffentlichkeit statt [...]. Hier besteht im Aufeinandertreffen der Versammlungsteilnehmer mit Dritten ein höheres, weniger beherrschbares Gefahrenpotential: Emotionalisierungen der durch eine Versammlung herausgeforderten Auseinandersetzung können sich im Gegenüber zu einem allgemeinen Publikum schneller zuspitzen und eventuell Gegenreaktionen provozieren. Die Versammlung kann hier leichter Zulauf finden, sie bewegt sich als Kollektiv im öffentlichen Raum. Art. 8 Abs. 2 GG ermöglicht es dem Gesetzgeber, solche Konflikte abzufangen und auszugleichen. Er trägt dem Umstand Rechnung, dass in solcher Berührung mit der Außenwelt ein besonderer, namentlich organisations- und verfahrensrechtlicher Regelungsbedarf besteht, um einerseits die realen Voraussetzungen für die Ausübung des Versammlungsrechts zu schaffen, anderseits kollidierende Interessen anderer hinreichend zu wahren [...]."[37]

[27] *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, 2010, § 63 Rn. 8 ff.; *Badura*, Staatsrecht, 7. Aufl. 2018, Kap. C Rn. 64; *Schwäble*, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), 1975, S. 97 ff.; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 8 Rn. 14, 17.
[28] *Badura* (Fn. 27), Kap. C Rn. 64.
[29] *Kloepfer* (Fn. 27), § 63 Rn. 11.
[30] *Kunig* (Fn. 27), Art. 8 Rn. 17.
[31] *Höfling* (Fn. 12), Art. 8 Rn. 15 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 8 Rn. 24 ff.
[32] *Wiefelspütz*, NJW 2002, 274 (275).
[33] BVerwG NVwZ 1999, 991 (992).
[34] VGH Mannheim, Urt. v. 12.7.2010 – 1 S 349/10, Rn. 39 (juris).
[35] OVG Lüneburg NVwZ 1988, 638; *v. Coelln*, NVwZ 2001, 1234 (1235 f.); *Kniesel*, NJW 2000, 2857 (2865); *Gusy*, JuS 1993, 555 (556 f.); *Höllein*, NVwZ 1994, 635 (636).
[36] *v. Coelln*, NVwZ 2001, 1234 (1236).
[37] BVerfGE 128, 226 (255 f.).

8. Frage: Was bedeutet der Grundsatz der „Polizeifestigkeit der Versammlung“?

Polizeiliches Handeln in Form von Grundrechtseingriffen bedarf gem. Art. 20 Abs. 3 GG einer gesetzlichen Ermächtigung (Vorbehalt des Gesetzes). Derartige Ermächtigungsgrundlagen finden sich in den Polizeigesetzen der Länder typischerweise in Form einer allgemeinen Generalklausel sowie in Form von verschiedenen speziellen Ermächtigungen (Standardmaßnahmen wie Ingewahrsamnahme, Platzverweis etc.). Darüber hinaus finden sich aber auch im Versammlungsgesetz Ermächtigungsgrundlagen, die zu Einschränkungen von Versammlungen bzw. der Teilnahme hieran ermächtigen. So hat der Gesetzgeber in § 15 VersG zu einem Verbot (Abs. 1) bzw. einer Auflösung (Abs. 3) von Versammlungen unter freiem Himmel ermächtigt; auf § 15 Abs. 3 VersG können sogar Minusmaßnahmen gestützt werden (Frage 20). Im Versammlungsgesetz werden besondere Voraussetzungen für beschränkende Maßnahmen aufgestellt, die letztlich Ausprägungen der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG sind.[38] Mit einem Rückgriff auf die allgemeinen Normen des Polizeirechts würden die besonderen Voraussetzungen des Versammlungsgesetzes umgangen werden. Insofern ist anerkannt, dass das Versammlungsgesetz als Spezialgesetz (lex specialis derogat legi generali) in seinem Anwendungsbereich eine Sperrwirkung gegenüber dem allgemeinen Polizeirecht entfaltet, ein Rückgriff auf eine Ermächtigungsgrundlage des allgemeinen Polizeirechts also nicht zulässig ist.[39] Diese Sperrwirkung setzt eine versammlungsspezifische Gefahr voraus, d.h. einen spezifischen Bezug zur Versammlung.[40]

Hierzu hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt: „Soweit das Versammlungsgesetz abschließende Regelungen hinsichtlich der polizeilichen Eingriffsbefugnisse enthält, geht es daher als Spezialgesetz dem allgemeinen Polizeirecht vor [...]. Diese sogenannte Polizeifestigkeit der Versammlungsfreiheit bedeutet freilich nicht, dass in die Versammlungsfreiheit nur auf der Grundlage des Versammlungsgesetzes eingegriffen werden könnte; denn das Versammlungsgesetz enthält keine abschließende Regelung für die Abwehr aller Gefahren, die im Zusammenhang mit Versammlungen auftreten können. Vielmehr ist das Versammlungswesen im Versammlungsgesetz nicht umfassend und vollständig, sondern nur teilweise und lückenhaft geregelt, so dass in Ermangelung einer speziellen Regelung auf das der allgemeinen Gefahrenabwehr dienende Polizeirecht der Länder zurückgegriffen werden muss [...].“[41]

Fall: Aufgrund von Ausschreitungen von Versammlungsteilnehmern wird eine öffentliche Versammlung von der zuständigen Behörde aufgelöst. Kann eine solche Maßnahme auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden?

Lösung: Eine Versammlungsauflösung ist ein Eingriff in die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG, das Handeln der Behörde bedarf also gem. Art. 20 Abs. 3 GG einer Ermächtigungsgrundlage (Vorbehalt des Gesetzes); soweit es sich um eine Versammlung unter freiem Handeln handelt, ist dieses Erfordernis auch in Art. 8 Abs. 2 GG normiert. Die Ermächtigungsgrundlage könnte sich aus § ... [polizeiliche Generalklausel] ergeben. Allerdings entfaltet das Versammlungsgesetz in seinem Anwendungsbereich bei versammlungsspezifischen Gefahren wie Ausschreitungen eine Sperrwirkung gegenüber dem allgemeinen Polizeirecht, da höhere Anforderungen an staatliche Eingriffe in Versammlungen normiert wurden. Die Ermächtigungsgrundlage ergibt sich also aus § 15 Abs. 3 VersG.

Fall: A möchte eine öffentliche Versammlung in einem einsturzgefährdeten Haus durchführen. Die zuständige Bauordnungsbehörde untersagt die Nutzung des Hauses – gestützt auf die entsprechende Norm aus der Landesbauordnung.

Lösung: Die Ermächtigungsgrundlage aus § 15 Abs. 3 VersG ist nicht vorrangig, da die Gefahr keinen spezifischen Bezug zur Versammlung aufweist.

9. Frage: Zu welchem Zeitpunkt greift der Grundsatz der Polizeifestigkeit der Versammlung?

Die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG schützt nicht nur die versammlungsspezifischen Tätigkeiten während der Versammlung, sondern kann ihre Schutzwirkung auch in den Phasen der An- und Abreise entfalten.[42] Nach h.M. deckt sich dieser Schutz in zeitlicher Hinsicht aber nicht mit der Sperrwirkung des Grundsatzes der Polizeifestigkeit der Versammlung.

Bei Vorfeldmaßnahmen (z.B. Personenkontrollen bei der Anreise zur Versammlung) greift die Sperrwirkung des Versammlungsgesetzes noch nicht, weil dessen zeitlicher Anwendungsbereich (mangels vorhandener öffentlicher Versammlung, vgl. § 1 Abs. 1 VersG) noch nicht eröffnet ist.[43] Damit kann auf die einschlägige Ermächtigungsgrundlage des allgemeinen Polizeirechts zurückgegriffen werden, die aber im Lichte der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG ausgelegt und angewendet werden muss.

Während die Versammlung stattfindet, greift die Sperrwirkung.

Nach Auflösung bzw. Beendigung der Versammlung ist ein Rückgriff auf das allgemeine Polizeirecht zulässig; dies gilt auch bei Polizeimaßnahmen gegen einen Versammlungsteilnehmer, der von der Versammlung (rechtmäßig) ausgeschlossen wurde (vgl. §§ 17a Abs. 4 S. 2, 18 Abs. 3, 19 Abs. 4 VersG).[44]

[38] BVerwG, Beschl. v. 3.5.2019 – 6 B 149/18, Rn. 8 (juris).
[39] Siehe BVerfGK 11, 102 (115); VG Stuttgart, Urt. v. 12.6. 2014 – 5 K 808/11, Rn. 23 (juris).
[40] VG Karlsruhe, Urt. v. 10.12.2018 – 1 K 6428/16, Rn. 32 (juris); vgl. *Frenz*, JA 2007, 334 (335).
[41] BVerwG, Beschl. v. 3.5.2019 – 6 B 149/18, Rn. 8 (juris).
[42] Vgl. *Höfling* (Fn. 12), Art. 8 Rn. 26; VG Berlin NVwZ 1990, 188 (190).
[43] *Gröpl/Leinenbach*, JA 2018, 8 (12).
[44] Vgl. zum Platzverweis BVerfGK 4, 154 (160).

10. Frage: Entfaltet der Grundsatz der Polizeifestigkeit der Versammlung auch eine Sperrwirkung bei Strafverfolgungsmaßnahmen?

Aus den obigen Ausführungen ergab sich bereits, dass der Grundsatz der Polizeifestigkeit der Versammlung zumindest bei Maßnahmen der Gefahrenabwehr greift. Nach h.M.[45] greift die Sperrwirkung des Versammlungsgesetzes aber nicht bei (polizeilichen) Strafverfolgungsmaßnahmen. Das Grundrecht aus Art. 8 GG schütze nicht vor Strafverfolgung.[46] Das Versammlungsgesetz finde nur bei präventiven Maßnahmen Anwendung, weshalb eine Sperrwirkung nicht in Betracht komme.[47] Nach a.A.[48] soll danach differenziert werden, ob es sich um Handlungen handele, die von der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG geschützt seien; so würde bei Körperverletzungen der Grundsatz der Polizeifestigkeit der Versammlung nicht greifen, bei schlichten Sitzblockaden hingegen schon.

> *Beispiel*: Eine Versammlung wird eingekesselt, um die Identitätsfeststellung eines Beschuldigten zu ermöglichen. Einschlägig ist die Ermächtigungsgrundlage aus § 163b StPO, die Regelung des § 15 Abs. 3 VersG entfaltet keine Sperrwirkung.

> *Hinweis*: In diesem Zusammenhang ist auch an die Rechtswegproblematik bei „doppelfunktionalen Maßnahmen" zu denken.[49]

II. Eingriffe in öffentliche Versammlungen in geschlossenen Räumen

11. Frage: In welchen Normen des Versammlungsgesetzes werden das Verbot und die Auflösung einer öffentlichen Versammlung in geschlossenen Räumen geregelt?

Die Ermächtigungsgrundlage aus § 5 VersG betrifft das Verbot einer geplanten Versammlung. Andere Maßnahmen sind in § 5 VersG nicht ausdrücklich vorgesehen, allerdings können im Wege eines Erst-Recht-Schlusses auch sog. Minusmaßnahmen, d.h. Maßnahmen unterhalb eines Verbots, auf die Norm gestützt werden, soweit deren jeweilige Voraussetzungen vorliegen,[50] z.B. die Auflage, dass keine Waffen mitgeführt werden dürfen (vgl. § 5 Nr. 2 VersG).

> *Hinweis*: Sonderwissen zu den einzelnen Tatbeständen des § 5 VersG ist für eine Klausur nicht erforderlich.

Die Ermächtigungsgrundlage aus § 13 Abs. 1 S. 1 VersG betrifft die Auflösung einer stattfindenden Versammlung. Es ist jedoch anerkannt, dass auf die Norm auch mildere, d.h. Minusmaßnahmen gestützt werden können; hierfür spricht auch die Regelung des § 13 Abs. 1 S. 2 VersG, in der ausdrücklich auf mildere Maßnahmen („insbesondere eine Unterbrechung") Bezug genommen wird.[51]

12. Frage: Kann die Anwesenheit von Polizisten in einer öffentlichen Versammlung in geschlossenen Räumen auf eine Ermächtigungsgrundlage des Versammlungsgesetzes gestützt werden?

Im Versammlungsgesetz ist kein ausdrückliches Anwesenheitsrecht von Polizisten in einer öffentlichen Versammlung in geschlossenen Räumen vorgesehen. Dabei lässt sich zunächst überlegen, ob die bloße Anwesenheit von Polizisten überhaupt als Eingriff in die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG angesehen werden kann, der einer Ermächtigungsgrundlage bedarf (Vorbehalt des Gesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG). Es liegt ein faktischer Eingriff vor: Die polizeiliche Anwesenheit kann Personen von der Versammlungsteilnahme abschrecken bzw. sie veranlassen, „ihre Meinungsfreiheit in der Versammlung nicht oder nicht in vollem Umfang auszuüben."[52] Insofern ist nicht der polizeilich beabsichtigte Zweck des Einsatzes maßgeblich, sondern die Wirkung der polizeilichen Observation auf die Versammlungsteilnehmer, ansonsten „wäre der Schutz des Grundrechts von einer nach außen nicht ohne weiteres erkennbaren Willensrichtung der Polizei abhängig".[53] Dass zu öffentlichen Versammlungen jedermann Zutritt hat, ist nicht entscheidend, da die Polizei hoheitlich und nicht als Versammlungsteilnehmer handelt, der sein Freiheitsrecht aus Art. 8 GG ausübt.[54]

Damit bedarf der Grundrechtseingriff einer Ermächtigungsgrundlage; eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für die polizeiliche Anwesenheit bzw. Observierung der Versammlung ist im Versammlungsgesetz nicht vorgesehen. Auch die Regelungen in §§ 12 S. 1, 29 Abs. 1 Nr. 8 VersG können nach der Rechtsprechung hierfür nicht herangezogen werden: In § 12 VersG werden „lediglich die Modalitäten der polizeilichen Anwesenheit, nicht aber die Voraussetzungen

[45] BVerfG, Beschl. v. 2.11.2016 – 1 BvR 289/15, Rn. 12 ff.; OLG München, Urt. v. 20.6.1996 – 1 U 3098/94, Rn. 75 (juris); VG Stuttgart, Urt. v. 12.6.2014 – 5 K 808/11, Rn. 38 (juris).

[46] VG Stuttgart, Urt. v. 12.6.2014 – 5 K 808/11, Rn. 37 (juris).

[47] *Gröpl/Leinenbach*, JA 2018, 8 (13).

[48] VG Stuttgart, Urt. v. 12.6.2014 – 5 K 808/11, Rn. 38 (juris).

[49] Vgl. hierzu Bayerischer VGH, Beschl. v. 5.11.2009 – 10 C 09.2122, Rn. 9 ff. (juris).

[50] Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 12.7.2010 – 1 S 349/10, Rn. 42 (juris); *Enders*, in: Dürig-Friedl/Enders, Versammlungsrecht, Kommentar, 2016, § 5 Rn. 26 f.; *Eickenjäger/Haerkötter/Vetter*, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, Versammlungsrecht des Bundes und der Länder, 2. Aufl. 2020, § 5 Rn. 57.

[51] *Riedel*, BayVBl. 2009, 391 (393); siehe auch Bayerischer VGH, Urt. v. 15.7.2008 – 10 BV 07.2143, Rn. 22 (juris): „Hätten konkrete Anhaltspunkte für eine Auflösungsverfügung nach § 13 VersG vorgelegen, so würde sich ohne weiteres aus dieser Bestimmung selbst das Zutrittsrecht der Polizei ergeben."

[52] Bayerischer VGH, Urt. v. 15.7.2008 – 10 BV 07.2143, Rn. 23 (juris).

[53] Bayerischer VGH, Urt. v. 15.7.2008 – 10 BV 07.2143, Rn. 23 (juris).

[54] Bayerischer VGH, Urt. v. 15.7.2008 – 10 BV 07.2143, Rn. 25 (juris).

des Eingriffs“ geregelt.[55] Ein Anwesenheitsrecht aus § 29 Abs. 1 Nr. 8 VersG herzuleiten, scheitere schon daran, dass die Norm eine rechtmäßige Anwesenheit der Polizei voraussetze.[56]

Ein Rückgriff auf eine Ermächtigungsgrundlage des allgemeinen Polizeirechts kommt angesichts des Grundsatzes der Polizeifestigkeit der Versammlung nicht in Betracht: Für öffentliche Versammlungen in geschlossenen Räumen sind mit den Regelungen der §§ 12a, 13 VersG versammlungsrechtlich spezielle und abschließende Regelungen für ein polizeiliches Einschreiten zur Gefahrenabwehr normiert worden.[57]

Damit lässt sich erwägen, die polizeiliche Anwesenheit auf § 12a Abs. 1 S. 1 VersG zu stützen. Die Polizei wird – nach dem Wortlaut der Norm – zwar nur zur Anfertigung von Bild- und Tonaufnahmen ermächtigt, aber im Wege eines Erst-Recht-Schlusses lässt sich wiederum überlegen, hierauf ein Anwesenheitsrecht (als Minusmaßnahme) zu stützen: Wenn schon Bild- und Tonaufnahmen zulässig sind, dann sind es erst recht Wahrnehmungen mit Auge und Ohr.[58] Allerdings müssen die sonstigen in § 12a Abs. 1 S. 1 VersG statuierten Voraussetzungen vorliegen.

Ebenfalls lässt sich erwägen, die polizeiliche Anwesenheit auf § 13 Abs. 1 VersG zu stützen.[59] Zwar ermächtigt der Gesetzgeber in § 13 Abs. 1 S. 1 VersG nach dem Wortlaut der Norm nur zu einer Versammlungsauflösung. Es ist jedoch anerkannt, dass auf die Norm auch mildere, d.h. Minusmaßnahmen gestützt werden können; hierfür spricht auch die Regelung des § 13 Abs. 1 S. 2 VersG, in der ausdrücklich auf mildere Maßnahmen („insbesondere eine Unterbrechung“) Bezug genommen wird.[60] Insofern stellt sich jedoch das Problem, dass in § 13 Abs. 1 VersG hohe Anforderungen an die Anwesenheit normiert sind, die in vielen Fällen nicht vorliegen dürften.

[55] Bayerischer VGH, Urt. v. 15.7.2008 – 10 BV 07.2143, Rn. 26 (juris).
[56] Bayerischer VGH, Urt. v. 15.7.2008 – 10 BV 07.2143, Rn. 26 (juris).
[57] Bayerischer VGH, Urt. v. 15.7.2008 – 10 BV 07.2143, Rn. 27 (juris).
[58] *Riedel*, BayVBl. 2009, 391 (393).
[59] Vgl. *Kniesel*, in: Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetze, 18. Aufl. 2019, § 12 Rn. 9 (zu § 13 Abs. 1 Nr. 2 VersG).
[60] *Riedel*, BayVBl. 2009, 391 (393); siehe auch Bayerischer VGH, Urt. v. 15.7.2008 – 10 BV 07.2143, Rn. 22 (juris): „Hätten konkrete Anhaltspunkte für eine Auflösungsverfügung nach § 13 VersG vorgelegen, so würde sich ohne weiteres aus dieser Bestimmung selbst das Zutrittsrecht der Polizei ergeben.“

III. Eingriffe in öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel

13. Frage: In welchen Normen des Versammlungsgesetzes werden das Verbot und die Auflösung einer Versammlung sowie der Ausschluss eines Versammlungsteilnehmers geregelt?

Die zuständige Behörde kann eine Versammlung oder einen Aufzug gem. § 15 Abs. 1 VersG verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist. Bedenken hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 20 Abs. 3 GG) bestehen nicht, da die Begriffe „Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung“ einen hinreichend klaren Inhalt durch das Polizeirecht erlangt haben.[61]

Findet die Versammlung bereits statt, kann sie nach § 15 Abs. 3 VersG unter den dort genannten Voraussetzungen aufgelöst werden. Auf diese Norm können auch Minusmaßnahmen gestützt werden, also Maßnahmen, die – verglichen mit einer Versammlungsauflösung – weniger eingriffsintensiv sind (siehe Frage 20).

Schließlich ist in §§ 17a Abs. 4, 18 Abs. 3, 19 Abs. 4 VersG die Möglichkeit vorgesehen, Teilnehmer einer Versammlung oder eines Aufzuges auszuschließen.

14. Frage: Wieso sind Beschränkungen der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG zugunsten der „öffentliche Ordnung“ i.S.d. § 15 Abs. 1 VersG bedenklich?

Besonders problematisch sind Versammlungseinschränkungen zugunsten der „öffentlichen Ordnung“, d.h. die ungeschriebenen Regeln, „deren Befolgung nach den jeweils herrschenden und mit dem Wertgehalt des Grundgesetzes zu vereinbarenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird“.[62] Hier kollidiert der Grundgedanke der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG, gerade Minderheiten zu schützen, mit den herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen deutlich. Daher sind an das Vorliegen einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung hohe Anforderungen zu stellen.

Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt: „Beschränkende Verfügungen zum Schutz der öffentlichen Ordnung sind insoweit verfassungsrechtlich unbedenklich, als sich die in § 15 Abs. 1 VersG vorausgesetzte Gefahr nicht aus dem Inhalt der Äußerung, sondern aus der Art und Weise der Durchführung der Versammlung ergibt [...].

Eine Gefahr für die öffentliche Ordnung infolge der Art und Weise der Durchführung einer Versammlung kann beispielsweise bei einem aggressiven und provokativen, die Bürger einschüchternden Verhalten der Versammlungsteilnehmer bestehen, durch das ein Klima der Gewaltdemonstration und potentieller Gewaltbereitschaft erzeugt wird. Ein Anlass für Beschränkungen der Versammlungsfreiheit unter Beru-

[61] BVerfGE 69, 315 (352).
[62] Vgl. BVerfGK 13, 82 (91).

fung auf das Schutzgut der öffentlichen Ordnung kann ferner gegeben sein, wenn Rechtsextremisten einen Aufzug an einem speziell der Erinnerung an das Unrecht des Nationalsozialismus und den Holocaust dienenden Feiertag so durchführen, dass von seiner Art und Weise Provokationen ausgehen, die das sittliche Empfinden der Bürgerinnen und Bürger erheblich beeinträchtigen [...]. Gleiches gilt, wenn ein Aufzug sich durch sein Gesamtgepräge mit den Riten und Symbolen der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft identifiziert und durch Wachrufen der Schrecken des vergangenen totalitären und unmenschlichen Regimes andere Bürger einschüchtert [...]. Art. 8 GG schützt zwar Aufzüge, nicht aber Aufmärsche mit paramilitärischen oder in vergleichbarer Weise aggressiven und einschüchternden Begleitumständen [...].“[63]

15. Frage: Wann liegt eine unmittelbare Gefährdung i.S.d. § 15 Abs. 1 VersG vor?

Ob eine „unmittelbare Gefährdung“ vorliegt, muss mit Blick auf die Bedeutung der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG ermittelt werden; vorausgesetzt wird eine Sachlage, „die bei ungehindertem Geschehensablauf mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die der Versammlungsfreiheit entgegenstehenden Interessen führt“.[64]

Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht („Brokdorf“, 1985) ausgeführt: „Durch das Erfordernis der Unmittelbarkeit werden die Eingriffsvoraussetzungen stärker als im allgemeinen Polizeirecht eingeengt. Erforderlich ist im konkreten Fall jeweils eine Gefahrenprognose. Diese enthält zwar stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil; dessen Grundlagen können und müssen aber ausgewiesen werden. Demgemäß bestimmt das Gesetz, daß es auf ‚erkennbaren Umständen‘ beruhen muß, also auf Tatsachen, Sachverhalten und sonstigen Einzelheiten; bloßer Verdacht oder Vermutungen können nicht ausreichen. Unter Berücksichtigung der grundlegenden Bedeutung der Versammlungsfreiheit darf die Behörde insbesondere bei Erlaß eines vorbeugenden Verbotes keine zu geringen Anforderungen an die Gefahrenprognose stellen, zumal ihr bei irriger Einschätzung noch die Möglichkeit einer späteren Auflösung verbleibt. Welche Anforderungen im einzelnen geboten sind, haben im übrigen zunächst die Fachgerichte zu beurteilen [...]. Sie lassen sich schwerlich losgelöst von den konkreten Umständen von Verfassungs wegen vorschreiben, sondern können davon abhängen, wie weit etwa bei Großdemonstrationen eine Bereitschaft der Veranstalter zu kooperativen Vorbereitungen besteht und ob Störungen nur von dritter Seite oder durch eine kleine Minderheit befürchtet werden [...]. Insgesamt ist § 15 VersG jedenfalls dann mit Art. 8 GG vereinbar, wenn bei seiner Auslegung und Anwendung sichergestellt bleibt, daß Verbote und Auflösungen nur zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und nur bei einer unmittelbaren, aus erkennbaren Umständen herleitbaren Gefährdung dieser Rechtsgüter erfolgen.“[65]

16. Frage: Finden die gesetzlichen Regelungen über die Adressaten polizeilicher Maßnahmen auf Versammlungsteilnehmer Anwendung?

Da im Versammlungsgesetz keine Regelungen zu den Adressaten polizeilicher Maßnahmen normiert sind, entfaltet es insofern keine Sperrwirkung. Damit können auch die polizeirechtlichen Normen bzgl. Handlungs-, Zustands- und Nichtstörer herangezogen werden.[66]

17. Frage: Findet im Versammlungsrecht die Rechtsfigur des Zweckveranlassers Anwendung?

Handlungsstörer ist nach den jeweiligen Polizeigesetzen der Länder, wer durch sein Verhalten eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit (oder Ordnung) verursacht. Hierbei wird nicht jeder Kausalbeitrag berücksichtigt. Die Rechtsprechung knüpft vielmehr an die unmittelbare Herbeiführung der Gefahr an, d.h. den letzten Kausalbeitrag, bezieht aber über eine wertende Betrachtungsweise auch sog. Zweckveranlasser mit ein. Diese verhalten sich zwar selbst rechtmäßig, schaffen aber durch ihr Verhalten eine Lage, in der sich andere Personen zu einer Störung bzw. Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung entschließen; das Verhalten des Zweckveranlassers fordert also den Eintritt dieser Gefahrenlage heraus.[67]

Hierzu hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt: „Verursacher ist nach allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht derjenige, dessen Verhalten die Gefahr ‚unmittelbar‘ herbeigeführt, also bei einer wertenden Zurechnung die polizeirechtliche Gefahrenschwelle überschritten hat. Personen, die entferntere, nur mittelbare Ursachen für den eingetretenen Erfolg gesetzt, also nur den Anlass für die unmittelbare Verursachung durch andere gegeben haben, sind in diesem Sinn keine Verursacher. Nach der gebotenen wertenden Betrachtungsweise kann allerdings auch ein als ‚Veranlasser‘ auftretender Hintermann (mit)verantwortlich sein, wenn dessen Handlung zwar nicht die polizeirechtliche Gefahrenschwelle überschritten hat, aber mit der durch den Verursacher unmittelbar herbeigeführten Gefahr oder Störung eine natürliche Einheit bildet, die die Einbeziehung des Hintermanns in die Polizeipflicht rechtfertigt. Eine derartige natürliche Einheit besteht typischerweise beim ‚Zweckveranlasser‘ als demjenigen, der die durch den Verursacher bewirkte Polizeiwidrigkeit gezielt ausgelöst hat [...].“[68]

Die Rechtsfigur des Zweckveranlassers ist jedenfalls im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht von der Rechtsprechung anerkannt. Ob sie auch im Versammlungsrecht Anwendung findet, ist umstritten. Eine mögliche Ausgangskonstellation ist, dass eine Versammlung angemeldet wird, die mit hoher Wahrscheinlichkeit eine gewaltsame Gegenreaktion hervorruft. Da sich die Polizei mangels personaler Kapazitäten, räumlich schwieriger Umstände am Versammlungsort etc. nicht in der Lage sieht, der bevorstehenden gewaltsamen Konfrontation effektiv entgegenzutreten, wird die Versamm-

[63] BVerfGK 13, 82 (92 f.).
[64] BVerfGK 13, 82 (89).
[65] BVerfGE 69, 315 (353 f.).
[66] Vgl. *Krüper/Kühr*, ZJS 2012, 785 (791).
[67] VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 30.7.2002 – 10 S 2153/01, Rn. 113 (juris).
[68] BVerwG, Beschl. v. 12.4.2006 – 7 B 30.06, Rn. 4 (juris).

lung verboten, anstatt sie zuzulassen und zu schützen. Damit geht die Behörde gegen die von der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG geschützte und rechtmäßige Versammlung vor und nicht gegen die eigentlichen Verursacher der Gefahr, also die Gewalttäter. Dies ist angesichts der besonderen Bedeutung der Versammlungsfreiheit äußerst problematisch.

Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt: „Selbst wenn die Figur des Zweckveranlassers versammlungsrechtlich herangezogen werden könnte, setzte ihre Anwendung doch konkrete Anhaltspunkte dafür voraus, dass der vom Veranstalter angegebene Zweck nur Vorwand und die Provokation von Gegengewalt das eigentliche vom Veranstalter ‚objektiv' oder gar ‚subjektiv' bezweckte Vorhaben ist. Soweit die in der Versammlung geäußerten Inhalte in einer Demokratie trotz ihrer Missbilligung etwa durch die Mehrheit der Bevölkerung oder auch nur durch die Gegendemonstranten verfassungsrechtlich zu tolerieren sind, könnte die Zweckveranlassung als Begründung für die Störereigenschaft des Antragstellers nicht auf diese Inhalte gestützt werden. Vorauszusetzen wären vielmehr besondere, über den Inhalt hinausgehende provokative Begleitumstände, [...]. Scheitert ein Versammlungsverbot auf der Grundlage polizeilichen Notstands wie hier am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, weil es andere, den Veranstalter und die Teilnehmer der Versammlung weniger belastende Möglichkeiten zur Gefahrenabwehr gibt, dann kann es ohne solche provokativen Begleitumstände keinesfalls stattdessen auf die Rechtsfigur des Zweckveranlassers gestützt werden."[69]

Angesichts dieser hohen Anforderungen wird sich oftmals nicht begründen lassen, dass Versammlungsveranstalter bzw. Veranstaltungsteilnehmer als Zweckveranlasser anzusehen sind. In diesem Fall ist weiter zu prüfen, ob sie als Nichtstörer in Anspruch genommen werden können. Die Anwendung der Rechtsfigur des Nichtstörers ist auch im Versammlungsrecht verfassungsrechtlich nicht per se zu beanstanden,[70] setzt aber – nach dem jeweiligen Landesrecht – unter anderem voraus, dass ein Vorgehen gegen den Handlungsstörer nicht möglich ist oder keinen Erfolg verspricht und die Polizei die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig abwehren kann (z.B. § 6 Abs. 1 PolG NRW). Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, inwiefern der Behörde Kräfte zur Verfügung stehen (auch unter Berücksichtigung der Amts- und Vollzugshilfe), um gegen die Störer vorgehen zu können.[71]

18. Frage: Wieso ist die Anmeldepflicht gem. § 14 VersG verfassungsrechtlich problematisch?

Die fehlende Anmeldung gem. § 14 VersG kann Grund für eine Versammlungsauflösung sein, § 15 Abs. 3 VersG, kollidiert aber mit der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG, nach der eine Anmeldung gerade nicht erforderlich ist.

Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt: „Die Anmeldepflicht gilt nur für Versammlungen unter freiem Himmel, weil diese wegen ihrer Außenwirkungen vielfach besondere Vorkehrungen erfordern. Die mit der Anmeldung verbundenen Angaben sollen den Behörden die notwendigen Informationen vermitteln, damit sie sich ein Bild darüber machen können, was einerseits zum möglichst störungsfreien Verlauf der Veranstaltung an Verkehrsregelungen und sonstigen Maßnahmen veranlaßt werden muß und was andererseits im Interesse Dritter sowie im Gemeinschaftsinteresse erforderlich ist und wie beides aufeinander abgestimmt werden kann […]."[72]

Nach der Rechtsprechung des BVerfG[73] ist die Regelung in § 14 VersG verfassungsgemäß, bedürfe aber bei Spontan- und Eilversammlungen einer verfassungskonformen Auslegung. Spontanversammlungen seien Versammlungen, „die sich aus einem momentanen Anlaß ungeplant und ohne Veranstalter entwickeln".[74] Eine Anmeldung sei bei Spontanversammlungen „aus tatsächlichen Gründen unmöglich".[75] Eilversammlungen seien Versammlungen, „die im Unterschied zu Spontanversammlungen zwar geplant sind und einen Veranstalter haben, aber ohne Gefährdung des Demonstrationszwecks nicht unter Einhaltung der Frist des § 14 VersG angemeldet werden können".[76] Diese müssten angemeldet werden, „sobald die Möglichkeit dazu besteht. Regelmäßig wird das etwa zeitgleich mit dem Entschluß, eine Versammlung zu veranstalten, spätestens mit dessen Bekanntgabe der Fall sein".[77]

19. Frage: Welche Rechtsqualität haben Auflagen i.S.d. § 15 Abs. 3 VersG?

Auflagen i.S.d. § 15 Abs. 3 VersG sind keine Nebenbestimmungen in Form von Auflagen gem. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG (Bund), da es aufgrund der Erlaubnisfreiheit von Versammlungen (Art. 8 Abs. 1 GG) an einem begünstigenden Verwaltungsakt fehlt;[78] vielmehr handelt es sich um eigenständige Verwaltungsakte.

20. Frage: Können auf § 15 Abs. 3 VersG auch sog. Minusmaßnahmen gestützt werden?

In § 15 Abs. 3 VersG ist ausdrücklich lediglich die Auflösung einer Versammlung vorgesehen. Wenn die zuständige Behörde in § 15 Abs. 3 VersG aber schon zur Auflösung einer Versammlung ermächtigt wird, so muss dies erst recht für mildere Eingriffe in eine Versammlung, sog. Minusmaßnahmen, gelten (argumentum a maiore ad minus). Dies ist i.E. anerkannt und lässt sich – neben dem Erst-Recht-Schluss – wie folgt herleiten: Die Behörde darf ein Versammlungsverbot nur als ultima ratio einsetzen, mildere Mittel sind vorzuziehen. Insofern ist zu beachten, dass die Behörde gem. § 15 Abs. 1 VersG eine Versammlung von „bestimmten Auflagen" abhängig machen kann. Dies ist ein Verweis „auf den

[69] BVerfG, Beschl. v. 1.9.2000 – 1 BvQ 24/00, Rn. 18.
[70] BVerfG, Beschl. v. 26.3.2001 – 1 BvQ 15/01, Rn. 19.
[71] BVerfG, Beschl. v. 26.3.2001 – 1 BvQ 15/01, Rn. 19.
[72] BVerfGE 69, 315 (350).
[73] BVerfGE 85, 69 (74 ff.).
[74] BVerfGE 85, 69 (75).
[75] BVerfGE 85, 69 (75).
[76] BVerfGE 85, 69 (75).
[77] BVerfGE 85, 69 (75).
[78] BVerfG, Beschl. v. 21.3.2007 – 1 BvR 232/04, Rn. 22 (juris).

Katalog der dieser Behörde zur Abwehr unmittelbarer Gefahren zustehenden – auch landesrechtlichen – Befugnisse und läßt deren Anwendung als Mittel zur Abwehr unmittelbarer Gefahren i. S. von § 15 VersammlG zu".[79] Über den Verweis auf § 15 Abs. 1 VersG wird diese Verweisung mit in § 15 Abs. 3 VersG aufgenommen.[80] § 15 Abs. 1, Abs. 3 VersG werden daher die Eingriffsvoraussetzungen entnommen und für die Rechtsfolgen wird auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht zurückgegriffen.[81]

Hinweis: Die dogmatische Verankerung von Minusmaßnahmen ist im Einzelnen umstritten.[82]

Fall: A versammelt sich mit 20 anderen Personen, um gegen die Außenpolitik der Bundesregierung zu demonstrieren, und hält dabei ein Plakat mit beleidigendem Inhalt (§ 185 StGB) in die Höhe. Daraufhin stellt die Polizei das Plakat sicher. Auf welche Ermächtigungsgrundlage kann die Sicherstellung gestützt werden?

Lösung: Aufgrund der Sperrwirkung des Versammlungsgesetzes (Polizeifestigkeit der Versammlung) kommt ein Rückgriff auf eine Ermächtigungsgrundlage des allgemeinen Polizeirechts nicht in Betracht. Auf die Ermächtigungsgrundlage aus § 15 Abs. 3, Abs. 1 VersG i.V.m. der Norm des allgemeinen Polizeirechts zur Sicherstellung kann auch eine Minusmaßnahme gestützt werden, die weniger eingriffsintensiv als eine Versammlungsauflösung ist, z.B. die Sicherstellung eines Plakats. In § 15 Abs. 3, Abs. 1 VersG werden die Eingriffsvoraussetzungen geregelt, in der Norm des allgemeinen Polizeirechts die Rechtsfolgen.

21. Frage: Was ist bei einem Versammlungsausschluss zu beachten?

Soweit eine (Minus-)Maßnahme – gestützt auf die Ermächtigungsgrundlage aus § 15 Abs. 3, Abs. 1 VersG (i.V.m. der jeweiligen Norm des allgemeinen Polizeirechts) – zur Folge hat, dass ein Versammlungsteilnehmer von der Versammlung ausgeschlossen bzw. seine Teilnahme beendet wird (z.B. durch einen Platzverweis, eine Ingewahrsamnahme [auch in Form einer Einkesselung, siehe Frage 22]), dann muss die Versammlung vorher beendet werden (Auflösung gem. § 15 Abs. 3 VersG) oder der betroffene Versammlungsteilnehmer muss auf versammlungsrechtlicher Grundlage von der Versammlung ausgeschlossen worden sein (z.B. gem. § 17a Abs. 4 S. 2 VersG).[83]

Fall: A versammelt sich mit 20 anderen Personen, um gegen die Außenpolitik der Bundesregierung zu demonstrieren, und beleidigt dabei Gegendemonstranten. Daraufhin spricht die Polizei gegenüber A einen Platzverweis aus. Ist der Platzverweis rechtmäßig?

Lösung: Aufgrund der Sperrwirkung des Versammlungsgesetzes (Polizeifestigkeit der Versammlung) kommt ein Rückgriff auf eine Ermächtigungsgrundlage des allgemeinen Polizeirechts nicht in Betracht. Um eine Versammlungsauflösung gem. § 15 Abs. 3 VersG handelt es sich nicht, allerdings kann auf die Ermächtigungsgrundlage aus § 15 Abs. 3, Abs. 1 VersG (i.V.m. der einschlägigen Norm des allgemeinen Polizeirechts) auch eine Minusmaßnahme gestützt werden. Es ist aber materiellrechtlich zu beachten, dass A durch die polizeiliche Maßnahme von der Versammlung ausgeschlossen wurde. Die Möglichkeit eines Versammlungsausschlusses ist im Versammlungsgesetz in §§ 17a Abs. 4 S. 2, 18 Abs. 3, 19 Abs. 4 VersG vorgesehen, zudem gilt nach §§ 18 Abs. 1, 13 Abs. 2 VersG eine Entfernungspflicht im Falle einer Versammlungsauflösung (gem. § 15 Abs. 3 VersG). Diese strengen Vorgaben müssen auch im Rahmen einer Minusmaßnahme gem. § 15 Abs. 3, Abs. 1 VersG i.V.m. der jeweiligen Norm des allgemeinen Polizeirechts berücksichtigt und dürfen nicht umgangen werden. Daher ist ein (zumindest faktischer) Versammlungsausschluss eines Versammlungsteilnehmers nur zulässig, wenn er vorher auf versammlungsrechtlicher Grundlage von der Versammlung ausgeschlossen wurde oder die Versammlung gem. § 15 Abs. 3 VersG vorher aufgelöst wurde. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, insbesondere wurde A auch nicht mit dem Platzverweis zugleich konkludent von der Versammlung ausgeschlossen: Ein Platzverweis nach allgemeinem Polizeirecht und ein Versammlungsausschluss nach dem Versammlungsgesetz haben unterschiedliche Voraussetzungen; auch eine Umdeutung der Rechtsgrundlage kommt hier nicht in Betracht, weil es sich um Ermessensvorschriften handelt.[84] Zudem ist zu bedenken, dass einem Versammlungsteilnehmer durch einen Ausschluss der durch die Regelungen des Versammlungsgesetzes konkretisierte Schutz aus Art. 8 GG genommen und damit gleichzeitig die Möglichkeit eröffnet wird, mit polizeilichen Maßnahmen gegen den ausgeschlossenen Versammlungsteilnehmer vorzugehen; dem kann eine konkludente Erklärung nicht gerecht werden.[85]

22. Frage: Wieso ist die Einkesselung von Versammlungsteilnehmern rechtlich problematisch?

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Einkesselung bzw. Einschließung von Versammlungen: Dabei bilden Polizeibeamte eine Kette, schließen die Versammlungsteilnehmer dadurch ein und hindern sie daran, sich fortzubewegen. Es sind zwei Konstellationen zu unterscheiden:

[79] BVerwG, Urt. v. 8.9.1981 – I C 88.77, Rn. 37 (juris).
[80] BVerwG, Urt. v. 8.9.1981 – I C 88.77, Rn. 37 (juris).
[81] Hessischer VGH, Urt. v. 17.3.2011 – 8 A 1188/10, Rn. 58 (juris); vgl. auch *Meßmann*, JuS 2007, 524 (526).
[82] Hierzu etwa *Krüper/Kühr*, ZJS 2012, 785 (788).
[83] Vgl. BVerfGK 11, 102 (115 f.); zum Platzverweis BVerfGK 4, 154 (158 f.).
[84] Vgl. VG Braunschweig, Urt. v. 7.11.2012 – 5 A 11/12.
[85] Vgl. VG Stuttgart, Urt. v. 12.6.2014 – 5 K 808/11, Rn. 32 (juris).

Fall 1: Die Polizei kesselt eine Versammlung *für einen kurzen Zeitraum* ein, um einen Zusammenstoß mit einer anderen Versammlung zu verhindern. Als sich kurze Zeit später die andere Versammlung auflöst, lässt die Polizei die Versammlung weiterziehen.

Lösung: Einschlägig ist die Ermächtigungsgrundlage aus § 15 Abs. 3, Abs. 1 VersG i.V.m. der jeweiligen Norm des Polizeirechts (Minusmaßnahme). Das Versammlungsgesetz entfaltet insofern eine Sperrwirkung gegenüber den Ermächtigungsgrundlagen des allgemeinen Polizeirechts. Eine Versammlungsbeendigung durch Einkesselung und damit eine Freiheitsentziehung ist angesichts der kurzen Dauer der Maßnahme zu verneinen.

Fall 2: Die Polizei kesselt eine Versammlung *über einen längeren Zeitraum* ein, um einen Zusammenstoß mit einer anderen Versammlung zu verhindern. Als sich später die andere Versammlung auflöst, lässt die Polizei die Versammlung weiterziehen.

Lösung: Zunächst ist zu überlegen, ob die Einkesselung auf eine Ermächtigungsgrundlage aus dem allgemeinen Polizeirecht gestützt werden kann. Da die Versammlungsteilnehmer an einem bestimmten Ort festgehalten werden, stellt sich die Einkesselung als Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (Recht auf Freiheit) in Form einer Ingewahrsamnahme dar, für die im allgemeinen Polizeirecht eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage statuiert ist. Es gilt allerdings der Grundsatz der Polizeifestigkeit der Versammlung, der einen Rückgriff auf das allgemeine~~n~~ Polizeirecht~~s~~ insofern verbietet. Eingriffe in eine öffentliche Versammlung (§ 1 Abs. 1 VersG) dürfen nur auf versammlungsgesetzlicher Grundlage erfolgen, um die besonderen Voraussetzungen des Versammlungsgesetzes nicht zu umgehen.
Etwas anderes würde allerdings dann gelten, wenn die Versammlung aufgelöst worden wäre; in dem Fall könnte wieder auf die Ermächtigungsgrundlagen des allgemeinen Polizeirechts zurückgegriffen werden. Eine ausdrückliche Auflösung der Versammlung gem. § 15 Abs. 3 VersG ist aber nicht erfolgt; gegen eine konkludente Auflösung spricht die Regelung des § 18 Abs. 1 VersG i.V.m. § 13 Abs. 2 VersG, wonach sich alle Teilnehmer sofort zu entfernen haben, sobald die Versammlung aufgelöst ist – dies wird aber gerade durch die Polizeikette verhindert. Zudem muss die Auflösungsverfügung zum Schutz der Versammlungsfreiheit eindeutig und unmissverständlich formuliert sein.[86]
Möglicherweise kann die Einkesselung auf § 15 Abs. 3 VersG gestützt werden. In der Norm ist aber als Rechtsfolge lediglich eine Versammlungsauflösung vorgesehen, die nicht erfolgt ist (s.o.).
Die Maßnahme könnte als sog. Minusmaßnahme auf § 15 Abs. 3, Abs. 1 VersG i.V.m. der jeweiligen Norm des allgemeinen Polizeirechts zur Ingewahrsamnahme gestützt werden. Dabei ist bereits unklar, ob die Einkesselung überhaupt als Minusmaßnahme angesehen werden kann, da die Versammlung durch die Einkesselung (faktisch) beendet wird. Ferner wird aus Sicht der Versammlungsteilnehmer die Einschließung regelmäßig genauso schwer wiegen wie eine Versammlungsauflösung, da sie ihre Versammlung in beiden Fällen nicht fortsetzen können. Zudem ist generell zu bedenken, dass sich die lang andauernde Einschließung als Freiheitsentziehung (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) in Form einer Ingewahrsamnahme darstellt und § 15 Abs. 3 VersG nicht den in Art. 104 Abs. 2 GG statuierten Anforderungen gerecht wird.[87] Aber auch dann, wenn man mit einem Teil der Rechtsprechung[88] von einer Minusmaßnahme ausgeht, ist (auf materiell-rechtlicher Ebene) zu beachten, dass eine öffentliche Versammlung „nur durch eine Auflösung nach § 15 [Abs. 3] VersammlG, nicht aber auf der Grundlage der polizeilichen Generalklausel oder über polizeiliche Standardmaßnahmen, insbesondere die Ingewahrsamnahme durch Einkesselung, beendet werden“ kann.[89] Eine solche ist aber nicht erfolgt (s.o.).

23. Frage: Besteht die Entfernungspflicht nach Auflösung (§§ 18 Abs. 1, 13 Abs. 2 VersG) nur bei rechtmäßigen Auflösungsverfügungen?

Nach einer Versammlungsauflösung haben sich die Versammlungsteilnehmer gem. §§ 18 Abs. 1, 13 Abs. 2 VersG sofort zu entfernen. Nach der Rechtsprechung besteht diese Verpflichtung unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Auflösungsverfügung.

Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt: „Die Pflicht, sich von einer aufgelösten Versammlung zu entfernen, kann nicht von der Rechtmäßigkeit der Auflösungsverfügung abhängig gemacht werden. Da sich diese immer erst im nachhinein verbindlich feststellen läßt, könnten Versammlungsauflösungen nicht durchgesetzt werden, sobald ein Teilnehmer die Rechtswidrigkeit der Auflösung geltend macht. Widersetzen sich Versammlungsteilnehmer der polizeilichen Anordnung, ist der Einsatz staatlicher Zwangsmittel grundsätzlich zulässig (§ 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO). Den Versammlungsteilnehmern bleibt lediglich die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit und gegebenenfalls die Verfassungswidrigkeit des polizeilichen Vorgehens nachträglich gerichtlich feststellen zu lassen. Der Grundrechtsverstoß, der in der rechtswidrigen Auflösung einer Versammlung liegt, läßt sich auf diese Weise freilich nicht mehr heilen. Die daraus folgende Beeinträchtigung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit ist jedoch unvermeidlich, wenn die vom Staat zu gewährleistende Sicherheit anderer Rechtsgüter, denen die Beschränkung der Versammlungsfreiheit zu dienen bestimmt ist, nicht hintangestellt werden soll [...]. Der Grund

[86] Vgl. BVerfGK 4, 154 (159).

[87] *Kniesel/Braun/Keller*, Besonderes Polizei- und Ordnungsrecht, 2018, Rn. 384; *Trurnit*, NVwZ 2016, 873 (879).

[88] VG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.6.2014 – 5 K 2334/13.F, Rn. 54 ff. (juris).

[89] OVG NRW, Beschl. v. 2.3.2001 – 5 B 273/01, Rn. 18 (juris).

dafür, daß es bei der Durchsetzung der Auflösungsverfügung nicht auf deren Rechtmäßigkeit ankommt, liegt in der Situationsgebundenheit der Entscheidung, deren Vollzug nicht bis zur verbindlichen oder auch nur vorläufigen Klärung der Rechtsfrage aufgeschoben werden kann [...].“[90]

24. Frage: Auf welcher rechtlichen Grundlage können Versammlungsteilnehmer von einer Versammlung ausgeschlossen werden?

Ein Ausschluss von Versammlungsteilnehmern ist aufgrund des Grundsatzes der Polizeifestigkeit der Versammlung nur auf Grundlage des Versammlungsgesetzes (§§ 17a Abs. 4 S. 2, 18 Abs. 3, 19 Abs. 4 VersG) möglich. Nach §§ 18 Abs. 3, 19 Abs. 4 VersG ist es für einen Versammlungsausschluss erforderlich, dass ein Teilnehmer die öffentliche Ordnung gröblich stört. Eine entsprechende Ausschlussverfügung muss hinreichend bestimmt sein, dem betroffenen Versammlungsteilnehmer muss also unmissverständlich kommuniziert werden, dass er gemeint ist.[91]

Hierzu hat das VG Düsseldorf ausgeführt: „Der Begriff der Ordnung i.S. der §§ 18 Abs. 3, 19 Abs. 4 VersG stellt auf die innere und äußere Ordnung der Versammlung ab. Versammlungen sollen geordnet ablaufen, damit sich alle Teilnehmer entfalten und das Grundrecht der Versammlungsfreiheit verwirklichen können. Vor dem Hintergrund der Bedeutung des Versammlungsrechtes ist eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Ordnung erforderlich. Nur erhebliche Beeinträchtigungen der Schutzgüter erlauben einen so schwer wiegenden Eingriff in die Versammlungsfreiheit wie den Ausschluss. Entgegen der Ansicht der Kläger sind dabei sowohl Aktionen innerhalb der Versammlung als auch das Verhalten der Teilnehmer nach außen, z.B. gegen Nichtteilnehmer oder Sachen gerichtete Handlungen, in den Blick zu nehmen. Nach außen hin können z.B. Meinungskundgaben in beleidigender Form oder mit verfassungsfeindlichem Inhalt, Sachbeschädigungen oder gar Landfriedensbruch unmittelbare Gefährdungen der öffentlichen Ordnung sein. Adressat des Ausschlusses ist stets der konkrete Teilnehmer, der durch sein Verhalten die Ordnung gröblich stört.“[92]

25. Frage: Was sind Waffen i.S.d. Versammlungsgesetzes?

In § 2 Abs. 3 VersG wird ein allgemeines Waffenverbot für alle Versammlungen normiert; umfasst sind Waffen (Waffen im technischen Sinne i.S.d. Waffengesetzes bzw. Kriegswaffenkontrollgesetzes) oder sonstige Gegenstände, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen oder zur Beschädigung von Sachen geeignet und bestimmt sind.[93]

Für Versammlungen in geschlossenen Räumen wird in § 5 Nr. 3 VersG als Grund für das Verbot einer Versammlung der Umstand genannt, dass der Veranstalter oder Leiter der Versammlung Teilnehmern Zutritt gewährt, die Waffen oder sonstige Gegenstände i.S.d. § 2 Abs. 3 VersG mit sich führen. Nach § 13 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 VersG kann eine Versammlung aufgelöst werden, wenn der Leiter Personen, die Waffen oder sonstige Gegenstände i.S.d. § 2 Abs. 3 VersG mit sich führen, nicht sofort ausschließt und für die Durchführung des Ausschlusses sorgt.

Für Versammlungen unter freiem Himmel kann ein Verstoß gegen die Regelung des § 2 Abs. 3 VersG über § 15 Abs. 1, Abs. 3 VersG (Gefahr für die öffentliche Sicherheit) relevant werden. Ergänzend ist in § 17a Abs. 1 VersG das Verbot normiert, Schutzwaffen oder Gegenstände, die als Schutzwaffen geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind, Vollstreckungsmaßnahmen eines Trägers von Hoheitsbefugnissen abzuwehren, mit sich zu führen.

Hierzu hat das OLG Frankfurt a.M. ausgeführt: „Schutzwaffen im technischen Sinn sind nach ihrer Zweckbestimmung, ihren Konstruktionsmerkmalen oder ihren besonderen Eigenschaften von vornherein dazu bestimmt, dem Schutz des Körpers gegen Angriffsmittel bei kämpferischen Auseinandersetzungen zu dienen. Dazu gehören vornehmlich Schutzschilde, Panzerungen sowie Schutzwaffen aus dem polizeilichen oder militärischen Bereich oder aus dem Bereich von Kampfsportarten. In der Mitführung solcher Schutzwaffen sieht der Gesetzgeber ein sicheres und ausreichendes Indiz für offenkundige Gewaltbereitschaft [...]. Diese Gewaltbereitschaft muss nicht sichtbar nach außen in Erscheinung treten, so dass auch unsichtbare Schutzwaffen – z.B. eine unter der Kleidung getragene Schutzweste – [sic] von dem Verbot umfasst sind [...].

Beim Mitführen von Schutzwaffen im technischen Sinn wird Gewaltbereitschaft und damit die Gefahr unfriedlichen Verhaltens unwiderleglich vermutet. Ob der Gewahrsamsinhaber die Schutzwaffe tatsächlich bestimmungsgemäß verwenden will, ist unerheblich. Die subjektive Bestimmung zu dem Zweck, unmittelbaren Zwang ‚eines Trägers von Hoheitsbefugnissen‘ abzuwehren, ist nur für Schutzwaffen im nichttechnischen Sinn gefordert [...].“[94]

Problematisch ist das Mitführen von sog. Anscheinswaffen. Zwar ist in § 42a Abs. 1 Nr. 1 WaffG das Verbot, Anscheinswaffen zu führen, statuiert, allerdings gilt dies gem. § 42a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WaffG nicht bei Theateraufführungen; dieser Begriff muss im Lichte der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) ausgelegt werden.

> *Fall*:[95] A veranstaltet mit weiteren Personen in Bundeswehr-Kampfanzügen vor dem Eingang der C-Bank eine bankenkritische Versammlung. Die Versammlungsteilnehmer tragen dabei Gefechtshelme und echt aussehende Sturmgewehrattrappen und treten als „Wachposten“ auf. Gestützt auf § 15 Abs. 3 VersG wird die Versammlung aufgelöst. Ist das Vorgehen materiell rechtmäßig?
>
> *Lösung*: Es könnte ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit vorliegen (§ 15 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 VersG). Die

[90] BVerfG, Beschl. v. 7.12.1998 – 1 BvR 831/90, Rn. 32.
[91] BVerfGK 4, 154 (159).
[92] VG Düsseldorf, Urt. v. 21.4.2010 – 18 K 3033/09, Rn. 58 (juris).
[93] *Kniesel* (Fn. 59), § 2 Rn. 39.
[94] OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 11.4.2011 – 2 Ss 36/11, Rn. 7 f. (juris).
[95] Vgl. Hessischer VGH, Urt. v. 17.3.2011 – 8 A 1188/10.

öffentliche Sicherheit umfasst unter anderem die Unversehrtheit der objektiven Rechtsordnung und damit auch das in § 42a Abs. 1 Nr. 1 WaffG statuierte Verbot, Anscheinswaffen zu führen. Möglicherweise ist die in § 42a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 4 WaffG vorgesehene Ausnahme einschlägig. Dann müsste es sich um eine Theateraufführung handeln. Der Begriff wird im Waffengesetz nicht legaldefiniert. Nach dem Wortlaut der Norm könnte für eine „Theateraufführung" die Umsetzung oder Inszenierung einer literarischen Vorgabe auf einer Bühne zu verlangen sein. Auch das Telos der Norm, das Drohpotential von Anscheinswaffen und gefährliche Polizeieinsätze mit Waffen zu verhindern, spricht gegen das Vorliegen der Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes, da die Sturmgewehrattrappen echt aussehen. Allerdings muss die Norm auch im Lichte der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG interpretiert werden. Hierzu hat der Hessische VGH festgehalten: „Die Anscheinswaffen sind nach den Gesamtumständen ersichtlich zweckentfremdet als Darstellungsmittel bei einer politischen Kunstaktion verwendet worden, die bei verfassungskonformer weiter Auslegung unter Berücksichtigung der in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierten Kunstfreiheit als ‚Theateraufführung' im Sinne der Ausnahmevorschrift des § 42 a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 WaffG anzusehen war.
Die Einbeziehung der vorliegenden Aktion in den Schutzbereich der Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG hängt [...] nicht davon ab, ob der Gebrauch künstlerischer Elemente neben der Propagierung einer bestimmten politischen Meinung völlig in den Hintergrund tritt oder nicht, denn die Annahme einer Veranstaltung gemäß § 1 VersG schließt es nicht aus, diese daneben auch dem Kunstbegriff unterzuordnen. Es kommt deshalb nicht darauf an, welches Element nach objektiver Beurteilung durch in Kunstdingen kompetente Personen überwiegt und als Hauptzweck der Veranstaltung im Vordergrund steht [...]. Eine Veranstaltung kann inhaltlich und rechtlich sowohl Versammlung als auch Kunstausübung sein. Kunst konnte immer schon auch politische Inhalte haben. Demgemäß besteht zwischen Art. 8 GG und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG keine Grundrechtskollision, diese beiden Grundrechte stehen vielmehr in einer Art grundrechtlicher ‚Idealkonkurrenz' zweier sich teilweise überschneidender Regelungsbereiche. Dabei wird die unter Gesetzesvorbehalt gewährte und mehr den äußeren Ablauf der Veranstaltung betreffende Versammlungsfreiheit durch die vorbehaltlos garantierte und mehr die inhaltliche Gestaltung und damit die künstlerische Aussage betreffende Kunstfreiheit ergänzend verstärkt, so dass die Ausübung des Gesetzesvorbehalts des Art. 8 Abs. 2 GG tendenziell zurückhaltend zu erfolgen hat und § 15 Abs. 1 VersG im Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG grundrechtsbezogen und damit verfassungskonform anzuwenden ist [...]."[96]

Auch in anderen Zusammenhängen, bei denen die Anscheinswaffen in einer Versammlung ersichtlich zweckentfremdet als Darstellungsmittel verwendet werden, um auf ein bestimmtes Thema aufmerksam zu machen, wird zu diskutieren sein, ob Anscheinswaffen nicht zuzulassen sind, um der Bedeutung der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG gerecht zu werden. Dies wird allerdings nur in Ausnahmesituationen möglich sein, da es gerade Sinn und Zweck der Regelung des § 42a Abs. 1 Nr. 1 WaffG ist, die Sicherheitsbehörden durch das Tragen von Anscheinswaffen nicht zu einem schnellen Eingreifen mit der eigenen Schusswaffe zu veranlassen, wodurch Leib oder Leben anderer Menschen gefährdet wird (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).[97]

26. Frage: Welche Bekleidung ist vom Uniformverbot (§ 3 Abs. 1 VersG) umfasst?

Gem. § 3 Abs. 1 VersG ist es verboten, öffentlich oder in einer Versammlung Uniformen, Uniformteile oder gleichartige Kleidungsstücke als Ausdruck einer gemeinsamen politischen Gesinnung zu tragen.

Nach der Rechtsprechung ist eine Uniform „eine nach Form, Farbe, Schnitt oder Ausstattung gleichartige Bekleidung, die von der allgemein üblichen (zivilen) Kleidung abweicht. Erfasst werden nicht nur staatliche Uniformen, z.B. diejenigen der Bundeswehr oder der Polizei, sondern auch private, z.B. diejenigen von politischen Verbänden oder Jugendorganisationen [...]."[98] Hieran knüpft der Begriff „Uniformteil" an: „Uniformteile sind Kleidungsstücke, die von jedem objektiven Betrachter ohne Schwierigkeiten wegen ihrer Gleichartigkeit als Bestandteil einer Uniform erkannt werden können, wie z.B. Waffenröcke, Mützen, Schulterstücke oder Stiefel [...]."[99]

Aufgrund seiner weitgehenden Formulierung bereitet insbesondere der Begriff „gleichartige Kleidungsstücke" Probleme.

Hierzu hat der Bundesgerichtshof ausgeführt: „Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist ihrem Wortlaut nach weit gefasst; denn dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend erstreckt er sich auf alle Kleidungsstücke, die sich untereinander gleichen und der gemeinsamen politischen Gesinnung ihrer Träger Ausdruck verleihen. Eine allein am Wortsinn orientierte Auslegung hätte danach zur Folge, dass sie auch Fallgestaltungen erfassen würde, die zum einen dem Schutzzweck der Norm – Wahrung der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Friedens durch Schutz der Meinungs- und Versammlungsfreiheit – nicht zuwiderlaufen, und deren strafrechtliche Ahndung zum anderen eine mit Art. 5 und Art. 8 Abs. 1 GG nicht zu vereinbarende Beschränkung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit der Träger der Kleidungsstücke darstellen würde. So wäre etwa auch das öffentliche Auftreten in Plastikstreikwesten einer Gewerkschaft [...] oder das Tragen einheitlich gestalteter Anoraks auf einem Parteitag [...] strafbar.

[96] Hessischer VGH, Urt. v. 17.3.2011 – 8 A 1188/10, Rn. 65 f. (juris).

[97] Vgl. BT-Drs. 16/7717, S. 22.
[98] BGHSt 63, 66 (69 Rn. 10).
[99] BGHSt 63, 66 (69 Rn. 11).

Aus diesem Grund ist eine einschränkende Auslegung der Vorschrift geboten, die sich an deren Sinn und Zweck, der Entstehungsgeschichte und der freiheitssichernden Garantie der genannten Grundrechte orientiert. Das Uniformverbot geht – ebenso wie das Verbot des Waffentragens (§ 2 Abs. 3 VersammlG) – auf die Erfahrungen mit den Aufmärschen militanter Parteiorganisationen in der Spätphase der Weimarer Republik zurück und soll die durch solche Aufmärsche symbolisierte Gewaltbereitschaft mit der damit verbundenen einschüchternden Wirkung verhindern [...].

Demgemäß liegt ein Tragen gleichartiger Kleidungsstücke als Ausdruck gemeinsamer politischer Gesinnung nur vor, wenn das Auftreten in derartigen Kleidungsstücken nach den Gesamtumständen geeignet ist, eine suggestivmilitante, einschüchternde Wirkung gegenüber anderen zu erzielen [...]. Das ist der Fall, wenn durch das Tragen der einheitlichen Kleidungsstücke der Eindruck entstehen kann, dass die Kommunikation im Sinne eines freien Meinungsaustausches abgebrochen und die eigene Ansicht notfalls gewaltsam durchgesetzt werden soll [...]. Richtet sich das Auftreten in einheitlichen Kleidungsstücken dabei auf eine bestimmte Zielgruppe, die beeinflusst werden soll, so kommt es darauf an, ob gerade diese nach den Gesamtumständen den Auftritt in dem letztgenannten Sinne verstehen kann."[100]

27. Frage: Sind sog. Blockadetrainings zur Verhinderung anderer Versammlungen strafbar?

Wer in der Absicht, nichtverbotene Versammlungen oder Aufzüge zu verhindern oder zu sprengen oder sonst ihre Durchführung zu vereiteln, Gewalttätigkeiten vornimmt oder androht oder grobe Störungen verursacht, wird gem. § 21 VersG mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Auch die Aufforderung hierzu ist u.U. strafbar (§§ 111 Abs. 1, 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB).

Diese Normen müssen wiederum im Lichte der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG (und der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) ausgelegt werden, denn die Versammlungsfreiheit umfasst das Recht des Grundrechtsträgers, „selbst über Art und Umstände der Ausübung ihres Grundrechts zu bestimmen, also zu entscheiden, welche Maßnahmen sie zur Erregung der öffentlichen Aufmerksamkeit für ihr Anliegen einsetzen wollen".[101]

Hierzu hat das OVG NRW ausgeführt: „Die Freiheit kollektiver Meinungskundgabe ist verfassungsrechtlich bis zur Grenze der Unfriedlichkeit geschützt. Unfriedlich ist eine Versammlung erst, wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden. Es genügt hingegen nicht, dass es zu Behinderungen Dritter kommt, seien diese auch gewollt und nicht nur in Kauf genommen. Deshalb ist es insbesondere gestattet, die Blockade als Mittel einzusetzen, um das kommunikative Anliegen, öffentliche Aufmerksamkeit für einen politischen Standpunkt zu erzielen, auf spektakuläre Weise zu verfolgen und dadurch am Prozess öffentlicher Meinungsbildung teilzuhaben. Den Grundrechtsträgern steht die Entscheidung darüber frei, welche Maßnahmen sie hierzu einsetzen wollen, solange sie Rechte anderer nicht beeinträchtigen. Nicht grundrechtlich geschützt ist dagegen die Entscheidung, welche Beeinträchtigungen die Träger kollidierender Rechtsgüter hinzunehmen haben. Dasselbe gilt für die zwangsweise oder sonstige selbsthilfeähnliche Durchsetzung eigener Forderungen."[102]

28. Frage: Stellt eine Versammlung auf einer öffentlichen Straße eine erlaubnispflichtige Sondernutzung dar?

Soweit eine Versammlung auf einer öffentlichen Straße stattfindet, kann eine kurze Erörterung des jeweiligen Straßen- und Wegegesetzes angebracht sein. Da diese Gesetzesmaterie in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder gem. Art. 70 Abs. 1 GG fällt, können sich die Regelungen im Einzelnen unterscheiden. Ausgangspunkt ist aber, dass der Gebrauch einer öffentlichen Straße jedermann im Rahmen der Widmung und der verkehrsrechtlichen Vorschriften gestattet ist (Gemeingebrauch, z.B. § 14 Abs. 1 StrWG NRW). Eine Benutzung der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus ist Sondernutzung und bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde (z.B. § 18 Abs. 1 S. 1 und 2 StrWG NRW). Wenn eine Straße mehr als verkehrsüblich in Anspruch genommen wird, ist gem. § 29 Abs. 2 S. 1, S. 2 StVO die Erteilung einer Erlaubnis erforderlich. Insofern stellen die §§ 14, 15 VersG aber eine abschließende Sonderregelung dar.

Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt: „Der Gesetzgeber hat die zulässigen Beschränkungen der Versammlungsfreiheit im Versammlungsgesetz, vor allem dessen §§ 14 und 15, in enger Weise gefasst. Dies wird in Rechtsprechung und Literatur dahingehend verstanden, dass das Anmeldeerfordernis (§ 14 VersG) im Zusammenspiel mit der Auflagemöglichkeit (§ 15 VersG) sonstige Genehmigungs- und Erlaubnisakte der allgemeinen Rechtsordnung, die der Gefahrenabwehr dienen, ersetzt […]. Dies ist Ausdruck der Bevorzugung von Versammlungen gegenüber sonstigen Zusammenkünften. Darüber hinaus sind die verwaltungsrechtlichen Normen inhaltlich unter Berücksichtigung des Art. 8 GG auszulegen, und die Versammlungsbehörde ist zu einer versammlungsfreundlichen Kooperation mit dem Veranstalter einer Versammlung verpflichtet […]."[103]

Hierzu hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt: „Der weithin vertretenen Auffassung, daß § 29 Abs. 2 StVO für öffentliche Versammlungen wegen des Vorrangs der §§ 14, 15 VersammlG nicht anzuwenden ist [...], schließt sich der erkennende Senat aus den folgenden Erwägungen an.

Die §§ 14, 15 VersammlG bilden ein in sich geschlossenes und abschließendes Regelungswerk, mit dem sichergestellt wird, daß die zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzugs notwendigen Maßnahmen getroffen werden können. Die Regelungen sehen nur eine Anmeldepflicht und keine Genehmigungspflicht vor. Nach § 15 VersammlG sind Auflagen oder eine Verbotsverfügung nur zulässig, wenn nach

[100] BGHSt 63, 66 (70 f. Rn. 15–17).
[101] Vgl. BVerfGE 104, 92 (111).
[102] OVG NRW, Urt. v. 18.9.2012 – 5 A 1701/11, Rn. 55 (juris).
[103] BVerfG, Beschl. v. 12.7.2001 – 1 BvQ 28/01, Rn. 17.

den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung unmittelbar gefährdet ist; für die Auflösung einer Versammlung gelten – neben weiteren hier nicht interessierenden Tatbeständen – die gleichen Voraussetzungen. Diese Voraussetzungen sind enger als diejenigen für Maßnahmen nach der polizeilichen Generalklausel, dies vor allem wegen der Beschränkung der Eingriffsbefugnis auf eine ‚unmittelbare Gefährdung' [...]. Der Regelungsgegenstand des § 29 Abs. 2 StVO und der §§ 14, 15 VersammlG ist, soweit es hier von Bedeutung ist, identisch. Die in § 15 VersammlG verwendeten Begriffe der ‚öffentlichen Sicherheit oder Ordnung' entsprechen dem allgemeinen polizeirechtlichen Verständnis dieser Begriffe [...]. Der Schutz der ‚öffentlichen Sicherheit' im Sinne von § 15 VersammlG umfaßt die gesamte Rechtsordnung [...] und damit auch straßenverkehrsrechtliche Vorschriften, die die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs regeln. Die Anforderungen des Straßenverkehrsrechts bilden einen geradezu typischen Konfliktsbereich im Spannungsfeld Versammlungsfreiheit – öffentliche Sicherheit. Der Ausgleich zwischen der verfassungsrechtlich gewährleisteten Versammlungsfreiheit und der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht im Rahmen eines vorgeschalteten Erlaubnisverfahrens, sondern allein nach Maßgabe des § 15 VersammlG erfolgen. Eine straßenverkehrsrechtliche Erlaubnispflicht würde sich demgegenüber als ein unzulässiger gezielter Eingriff in das Versammlungsrecht darstellen und wird deshalb von der Ausschlußwirkung der Vorschriften des Versammlungsgesetzes erfaßt [...]."[104]

[104] BVerwG, Urt. v. 21.4.1989 – 7 C 50/88, Rn. 14 f. (juris).

Examensübungsklausur: Eine Erbschaft mit Investitionsaussichten

Von Wiss. Mitarbeiter **Damiano Mascia**, Wiss. Mitarbeiter **Benedikt Fink**, Heidelberg*

Sachverhalt

Nach langer schwerer Krankheit ist der alleinstehende V im Januar 2020 verstorben. Zum Todeszeitpunkt war V nicht verheiratet, er hinterlässt jedoch seinen wirksam adoptierten Sohn S. Als S adoptiert wurde war dieser 13 Jahre alt und entpuppte sich als sehr schwer erziehbares Kind.

V hinterlässt zwei Eigentumswohnungen in München, ein hochwertiges Fahrzeug (Ferrari SF90) und ein Gemälde von Gustav Klimt.

In einem der beiden Wohnungen besteht seit dem Jahr 2010 ein Mietverhältnis zwischen V und seinem Patenkind P. In der anderen Wohnung, in deren Privatbibliothek sich das Klimt-Gemälde befindet, lebte V bis zu seinem Ableben.

Zu Beginn seiner Krankheit im Jahr 2012 ersuchte V einen Münchener Notar und erstellte dort ein Testament, das sich seither in der Verwahrung des Notars befand. In diesem Testament gab V an, dass sein gesamtes Vermögen nach seinem Tod P zufallen solle.

Nach dem Tod des V wird auf Antrag des P ein Erbschein erteilt, in dem P als Alleinerbe des V ausgewiesen wird.

P tritt die Erbschaft an. Von nun an nutzt er den Ferrari für Ausflugsfahrten in seiner Freizeit. Er lässt eine Politur der Ledersitze des Ferraris vornehmen. In diesem Zuge stellt sich heraus, dass an dem Auto die Ölwanne beschädigt ist, die P daraufhin reparieren lässt.

Da P sich als „Kunstkenner" bezeichnet und das wirtschaftliche Potential moderner Kunst zu erkennen glaubt, tauscht er das Gemälde von Gustav Klimt mit einem Gemälde von Gerhard Richter bei der K OHG, die einen professionellen Kunsthandel betreibt.

Beim Vertragsschluss zwischen P und einem der beiden Gesellschafter der K OHG verdeutlicht P, dass er das Gemälde geerbt habe.

Den Erbschein legt P dem Gesellschafter der K OHG jedoch nicht vor.

Im September 2020 wird P durch seine Verbindungen in die „Kunstszene" von dem Kunsthändler L kontaktiert, der P 25 Mio. € für das Gemälde von Gerhard Richter anbietet. P will sich eine solche Chance nicht entgehen lassen.

Weil L das Gemälde unmittelbar an einen eigenen Interessenten veräußern möchte und daher sofort benötigt, er aber erst wieder im Januar 2021 liquide sein wird, einigen sich P und L darauf, dass das Gemälde unmittelbar zu übereignen ist, L an P das Geld im Januar 2021 bezahlen muss und zur Sicherheit L dem P eine Grundschuld an einem seiner Galeriegrundstücke bestellt.

Nachdem die Grundschuld wirksam ins Grundbuch eingetragen wurde, übereignete P dem L wirksam das Gemälde von Gerhard Richter.

Im Oktober 2020 findet sich ein von V eigenhändig handschriftlich verfasstes Testament, das wie folgt lautet:

> „Da mein Leben zu Ende geht, muss ich heute diese Zeilen schreiben. Ich glaube an die Familie und möchte, dass all mein Besitz nach meinem Tod an meinen Sohn S übergeht.
> Januar 2019, V (Unterschrift)"

Nachdem S davon erfahren hat, wendet er sich unverzüglich an die K OHG und verlangt Herausgabe des Klimt-Gemäldes. Diese beruft sich auf die Übereignung durch P.

Außerdem wendet sich S an P und verlangt Herausgabe der beiden Eigentumswohnungen und des Fahrzeugs. S möchte zudem das Gemälde von Gerhard Richter, zumindest aber die Forderung i.H.v. 25 Mio. € gegen L.

P entgegnet, dass S das notarielle Testament des V respektieren müsse. Ein vor dem Notar gemachtes Testament sei „mehr Wert" als so ein kleiner handschriftlicher Zettel.

Falls das Testament von 2019 gültig sein sollte, meint P, dass V aber nur „seinen Besitz" an S vererben wollte, woraus P schließt, dass sich die von ihm selbst bewohnte Wohnung schließlich in seinem Besitz als Mieter befindet und deshalb diese P zustehen müsse.

Im Übrigen meint P, müsse S zumindest die Kosten für die Politur der Ledersitze und für die Reparatur der Ölwanne am Ferrari bezahlen.

Aufgabe 1

Stehen S diese Ansprüche zu?

Abwandlung

Genau fünf Jahre vor seinem Tod schenkte V seinem Patenkind P das Gemälde von Gustav Klimt, welches P auch in Besitz hielt. Zum Zeitpunkt des Erbfalles hat das Gemälde einen Wert von 20 Mio. €. Im Übrigen hinterlässt V ein hohes Geldvermögen, sodass sich der Nachlass des V auf insgesamt 40 Mio. € beläuft.

Zum Zeitpunkt der Erstellung des Testaments im Jahr 2019 war V aufgrund krankhafter Störung selbst nicht mehr testierfähig. Seit 2018 wurde eine gesetzliche Betreuung für V angeordnet. V bat deshalb seinen Betreuer B ihm ein Testament mit deckungsgleichem Inhalt des Testaments vom Jahr 2019 aus Aufgabe 1 zu verfassen, was B auch tat.

S macht wie in Aufgabe 1 die Ansprüche gegenüber P in Bezug auf die Herausgabe der beiden Wohnungen und des Fahrzeugs geltend. P entgegnet, dass das Testament aus 2019 ungültig sei und S das Testament aus dem Jahr 2012 respektieren müsse.

* Die *Verf.* sind Doktoranden am Institut für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht bzw. am Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

Der Sachverhalt wurde im Examensklausurenkurs im WS 2020/2021 zur Bearbeitung ausgegeben. Insgesamt haben 241 Bearbeiter den Fall abgegeben und einen Notendurchschnitt von 6,11 Punkten erzielt. Davon haben 25,7 % nicht bestanden und 14,9 % ein Prädikat erzielt.

Aufgabe 2

Ergeben sich Änderungen zu den Ansprüchen auf Herausgabe der beiden Wohnungen und des Fahrzeugs gegenüber P aus Aufgabe 1?

Gibt es anderweitige Ansprüche, die S gegen P zustehen?

Bearbeitungsvermerk

Ansprüche aus §§ 812, 816 BGB, aus § 823 BGB sowie aus § 861 BGB und § 1007 BGB sind nicht zu prüfen. Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen ist ggf. hilfsgutachtlich einzugehen.

Gutachten

Aufgabe 1

I. Ansprüche des S gegen die K OHG auf Herausgabe des Klimt-Gemäldes

1. Anspruch des S gegen die K OHG gem. § 2018 BGB

S könnte gegen die K OHG einen Anspruch auf Herausgabe des Klimt-Gemäldes haben. Dazu müsste S Erbe und die K OHG Erbschaftsbesitzerin sein und diese das Klimt-Gemälde aus der Erbschaft erlangt haben, vgl. § 2018 BGB.

> *Hinweis*: Neben den Ansprüchen aus §§ 2018 ff. BGB, stehen dem Erben auch die Singularansprüche aus §§ 985, 861, 1007, 823, 812 ff. BGB (Letztere nicht gefragt) zu. Da sich jedoch die Haftung des Erbschaftsbesitzers gem. § 2029 BGB hinsichtlich der Singularansprüche an die §§ 2018 ff. BGB richtet, ist stets mit der Prüfung aus § 2018 BGB zu beginnen.

a) S als Erbe

S ist Adoptivsohn des V. Im Erbrecht wird nicht zwischen rechtlicher und biologischer Verwandtschaft differenziert, sondern insofern gleichbehandelt, als dass ausschließlich die rechtliche Verwandtschaft maßgeblich ist.[1]

Durch die Annahme des minderjährigen S als Adoptivsohn hat S gem. § 1754 Abs. 2 BGB die rechtliche Stellung als Kind des V erlangt.

Daher ist S als einziger Sohn des V Alleinerbe des V als gesetzlicher Erbe erster Ordnung gem. § 1924 Abs. 1 BGB.

aa) Enterbung durch Testament vom Jahr 2012

S könnte durch das Testament vom Jahr 2012 von der Erbfolge ausgeschlossen worden sein.

Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung gem. § 1937 BGB einen Erben einsetzen. § 1937 BGB drückt gemeinsam mit § 1938 BGB und § 1941 BGB aus, dass der gesetzlichen Erbfolge die gewillkürte Erbfolge vorgeht. Die gesetzliche Erbfolge tritt daher nur in dem Fall ein, in dem die Erbfolge nicht durch eine wirksame letztwillige Verfügung bestimmt ist.[2]

V könnte im Jahr 2012 ein wirksames Testament errichtet haben.

(1) Testierwille und Testierfähigkeit

Dazu müsste V mit Testierwillen gehandelt haben und bei Errichtung des Testaments testierfähig gewesen sein. Testierwille ist der Wille, eine Verfügung von Todes wegen errichten zu wollen. Testierfähigkeit gem. § 2229 BGB ist die Fähigkeit, ein Testament rechtswirksam errichten zu können.

V hat in seiner letztwilligen Verfügung im Jahr 2012 ausschließlich P als Erben eingesetzt und S von der Erbfolge ausgeschlossen. Zum Zeitpunkt der Errichtung war V in keiner krankhaften Störung der Geistesfähigkeit. Er war daher in der Lage, ein Testament zu errichten. Am Testierwillen und der Testierfähigkeit des V bestehen keine Zweifel.

(2) Form

Das Testament müsste auch formgerecht errichtet worden sein.

Neben der Möglichkeit zur Errichtung eines eigenhändigen Testaments gem. § 2247 BGB kennt das Gesetz auch die Option zur Errichtung eines öffentlichen Testaments durch Niederschrift eines Notars gem. § 2232 BGB.

Von dieser Möglichkeit hat V wirksam Gebrauch gemacht.

(3) Zwischenergebnis

V hat im Jahr 2012 ein wirksames Testament errichtet.

bb) Widerruf durch Testament im Jahr 2019

V könnte das Testament vom Jahr 2012 durch das Testament vom Jahr 2019 gem. § 2253 BGB wirksam widerrufen haben.

Nach § 2254 BGB erfolgt der Widerruf durch Testament. Durch die Errichtung eines Testaments wird ein früheres Testament gem. § 2258 Abs. 1 BGB insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht.

Dazu müsste V ein wirksames Testament im Jahr 2019 BGB errichtet haben.

(1) Testierwille und Testierfähigkeit

V hat im Jahr 2019 zum Ausdruck gebracht, dass all sein Besitz an seinen Sohn S übergehen soll.

Der Inhalt des Testaments im Jahr 2019 ist durch Auslegung zu ermitteln. Da Testamente nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen sind, gilt § 133 BGB als Maßstab, um den ausschließlichen Willen des Erblassers zu ermitteln.[3]

V schreibt im Testament, dass der „Besitz" von ihm auf V übergehen soll.

Fraglich ist, ob damit die von P bewohnte Wohnung ausgenommen ist, da sich diese seit 2010 im Besitz des P als Mieter befindet.

Es gilt, den Willen des V in Augenschein zu nehmen. Hierbei bildet nicht die juristische Terminologie bei der Begutachtung des Wortlauts den Maßstab eines Testaments, sondern ausschließlich das, was V seinem Sohn S tatsächlich zukommen lassen wollte, vgl. § 133 BGB.

[1] *Brox/Walker*, Erbrecht, 29. Aufl. 2021, § 4 Rn. 2.

[2] *Leipold*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 1937 Rn. 2.

[3] *Leipold*, Erbrecht, 22. Aufl. 2020, Rn. 362.

V drückt im Testament aus, dass er „an die Familie" glaube und möchte, dass all sein Besitz an seinen Sohn S übergehe. Er lässt damit erkennen, dass die von P bewohnte Eigentumswohnung nicht ausgenommen sein soll, sondern die Erbeinsetzung des S den gesamten Nachlass umfasst.

Der Testierwille des V ist damit gegeben. Zudem war er zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments auch testierfähig.

Hinweis: Gut vertretbar ist es auch, diese Problematik erst bei der Prüfung des Anspruchs auf Herausgabe der von P bewohnten Eigentumswohnung zu verorten.

(2) Form

Das Testament müsste formgerecht errichtet worden sein.

Problematisch könnte sein, dass das Testament im Januar 2019 – im Gegensatz zu dem Testament aus dem Jahr 2012 – nicht vor einem Notar errichtet wurde. Das Widerrufstestament ist damit nicht in derselben Form errichtet wie das ursprüngliche Testament.

Das Widerrufstestament ist jedoch nicht an die Form des ursprünglichen Testaments gebunden.[4] Dies dient der größtmöglichen Verwirklichung der Testierfreiheit.[5] Es ist ausreichend, wenn der Erblasser den Widerruf in einem formwirksamen Testament errichtet, was unabhängig von der Form des ursprünglichen Testaments gilt.

Daher ist ausschließlich zu verlangen, dass auch im Widerrufstestament die Formvorschriften gem. § 2247 BGB eingehalten worden sind.

Gem. § 2247 Abs. 1 BGB muss die letztwillige Verfügung vom Erblasser eigenhändig geschrieben und die Erklärung von ihm unterschrieben sein. Gem. § 2247 Abs. 2 BGB soll der Erblasser die Zeit (Tag, Monat und Jahr) und den Ort angeben.

V hat die Erklärung selbst geschrieben und die Erklärung auch unterschrieben. Zwar hat V lediglich den Monat und das Jahr als Zeit angegeben und auf eine Ortsangabe verzichtet, da sich jedoch daraus keine Zweifel über die Gültigkeit ergeben, ist die Form gewahrt, vgl. § 2247 Abs. 5 BGB.

Insbesondere ist durch die Zeitangabe ersichtlich, dass es sich um ein späteres Testament als das im Jahr 2012 handelt.

Das Testament entspricht der erforderlichen Form gem. § 2247 BGB.

(3) Zwischenergebnis

V hat das Testament aus dem Jahr 2012 durch Errichtung eines wirksamen Testaments im Jahr 2019 BGB gem. §§ 2253, 2258 Abs. 1 BGB wirksam widerrufen.

cc) Zwischenergebnis

S ist gesetzlicher Erbe erster Ordnung gem. § 1924 Abs. 1 BGB.

b) K OHG als Erbschaftsbesitzerin

Die K OHG müsste Erbschaftsbesitzerin des Klimt-Gemäldes sein.

Gem. § 2018 müsste die K OHG wegen eines ihr nicht zustehenden Erbrechts das Klimt-Gemälde aus der Erbschaft erlangt haben. Bei einem Erbschaftsbesitzer handelt es sich um jemanden, der Erbschaftsgegenstände unter Berufung auf eines ihm vermeintlich zustehenden Erbrechts dem tatsächlichen Erben vorenthält.[6]

Bei dem Gemälde von Gustav Klimt handelt es sich um einen Gegenstand, der zum Nachlass des V gehört und damit S als Erben zusteht. Die K OHG erwarb das Klimt-Gemälde durch Übereignung von P. Die K OHG hat sich damit zu keinem Zeitpunkt ein Erbrecht an dem Gemälde angemaßt, womit sie keine Erbschaftsbesitzerin gem. § 2018 BGB ist.

Ein Herausgabeanspruch aus § 2018 BGB scheidet daher aus.

Hinweis: Die Prüfung der Erbenstellung des S ist durch das offensichtliche Fehlen einer Stellung der K OHG als Erbschaftsbesitzerin auch i.R.v. § 985 BGB vertretbar zu verorten.

2. Anspruch des S gegen die K OHG gem. § 985 BGB

S könnte gegen die K OHG ein Anspruch aus § 985 BGB auf Übereignung des Gemäldes von Gustav Klimt zustehen.

Dazu müsste S Eigentümer sein, die K OHG Besitzerin und diese kein Recht zum Besitz haben.

a) Eigentümerstellung des S

Ursprünglich war V Eigentümer des Klimt-Gemäldes. Durch den Tod von V wurde S im Rahmen der Universalsukzession gem. § 1922 BGB Alleinerbe des V und somit Eigentümer des Klimt-Gemäldes.

Durch den Erwerb der K OHG von P hat S das Eigentum an dem Klimt-Gemälde nicht nach § 929 S. 1 BGB verloren. Zwar erfolgten eine wirksame Einigung und Übergabe, P handelte jedoch als Nichtberechtigter.

aa) §§ 929 S. 1, 932 BGB

Möglicherweise könnte die K OHG das Klimt-Gemälde durch gutgläubigen Erwerb gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB erworben haben.

Der gutgläubige Erwerb könnte jedoch gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen sein.

Eine Sache kommt abhanden, wenn der Besitzer seinen unmittelbaren Besitz unfreiwillig verliert.[7] Gem. § 857 BGB ist der Besitz vererblich. V war im unmittelbaren Besitz des Klimt-Gemäldes, denn dieses befand sich in seiner Privatbibliothek. Der unmittelbare Besitz ging mit dem Erbfall gem. § 857 BGB auf S als Erben über.

[4] OLG Köln OLGZ 1968, 325; so auch *Stürner*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 2254 Rn. 1.
[5] *Leipold* (Fn. 3), Rn. 329.
[6] *Helms*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 2018 Rn. 14.
[7] *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 1957, § 69 I. 1.

Indem P das Klimt-Gemälde in Besitz gem. §§ 856 Abs. 1, 854 BGB nahm, hat S diesen unmittelbaren Besitz ohne seinen Willen verloren.

Ein gutgläubiger Erwerb gem. § 932 BGB ist damit gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen.

bb) §§ 929 S. 1, 2366 BGB

Möglicherweise könnte die K OHG das Klimt-Gemälde durch §§ 929 S. 1, 2366 BGB erworben haben.

Dazu müsste ein wirksamer Rechtsscheintatbestand in objektiver und subjektiver Hinsicht gem. § 2366 BGB bestehen.

Gem. § 2366 BGB i.V.m. § 2365 BGB muss ein in Kraft befindlicher Erbschein vorliegen[8] und in diesem Erbschein muss der Veräußerer als Erbe bezeichnet sein. Es liegt ausweislich des Sachverhalts ein in Kraft befindlicher Erbschein vor, in dem P als Erbe ausgewiesen wird. Der objektive Rechtsscheintatbestand des § 2366 BGB ist damit erfüllt.

In subjektiver Hinsicht müsste die K OHG gutgläubig gewesen sein.

Diese wird durch ihre Gesellschafter gem. § 125 Abs. 1 HGB wirksam vertreten, womit die Gutgläubigkeit an diesen festzumachen ist.[9] P hat einem der beiden Gesellschafter der K OHG verdeutlicht, dass er das Gemälde geerbt habe, zeigte diesem jedoch nicht den Erbschein.

Fraglich ist daher, ob der Gesellschafter der K OHG gutgläubig gewesen ist.

Nach ganz h.M. kommt es jedoch aufgrund der Publizität des Erbscheins als öffentliches Zeugnis nicht darauf an, ob der Erbschein tatsächlich vorgelegt wird. Vielmehr besteht ein abstrakter Rechtsschein, der ausreichend ist.[10]

Der Rechtsscheintatbestand des § 2366 BGB ist damit auch in subjektiver Hinsicht erfüllt.

Die K OHG hat das Gemälde von Gustav Klimt durch §§ 929 S. 1, 2366 BGB erworben. S hat damit sein Eigentum am Gemälde von Gustav Klimt an die K OHG verloren.

> *Hinweis*: Auf die Streitfrage, ob in subjektiver Hinsicht erforderlich ist, dass der Erwerber davon ausgehen muss, einen Erbschaftsgegenstand zu erwerben, ist hier nicht einzugehen, denn P verdeutlicht bei Vertragsschluss, dass er das Gemälde geerbt habe.[11]

b) Ergebnis

S hat gegen die K OHG keinen Anspruch aus § 985 BGB auf Übereignung des Klimt-Gemäldes.

II. Anspruch des S gegen P auf Herausgabe der beiden Wohnungen

1. Anspruch des S gegen P gem. § 2018 BGB

a) Tatbestandliche Voraussetzungen gem. § 2018 BGB

S könnte einen Anspruch gegen P auf Herausgabe der beiden Wohnungen aus § 2018 BGB haben. Dazu müsste S Erbe sein, P Erbschaftsbesitzer und dieser müsste die Wohnungen aus der Erbschaft erlangt haben, vgl. § 2018 BGB.

S ist alleiniger Erbe des V geworden. P ist ferner Erbschaftsbesitzer der beiden Eigentumswohnungen, da er sich aufgrund des Erbscheins auf ein vermeintliches Erbrecht beruft. Er hat die beiden Wohnungen aus der Erbschaft erlangt.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 2018 BGB liegen vor.

b) Recht zum Besitz in Bezug auf die von P bewohnte Wohnung

Möglicherweise könnte P in Bezug auf die von ihm selbst bewohnte Wohnung ein Recht zum Besitz haben.

aa) Dogmatische Begründung eines Rechts zum Besitz des Erbschaftsbesitzers

Fraglich ist, woraus sich ein Recht des Erbschaftsbesitzers zum Besitz ergibt. Aus den §§ 2018 ff. BGB lässt sich kein solches Recht unmittelbar entnehmen.

Möglicherweise könnte sich ein Recht des Erbschaftsbesitzers zum Besitz analog § 986 BGB ergeben. Dazu müsste eine planwidrige Regelungslücke und vergleichbare Interessenlage vorliegen.

Die vergleichbare Interessenlage ergibt sich schon aus der Rechtsnatur der §§ 2018 ff. BGB. Das Verhältnis des Erben zum Erbschaftsbesitzer ist eine spezielle Ausprägung aus den Regelungen zum Eigentümer-Besitzer Verhältnis.[12]

Problematisch ist hingegen, ob von einer Planwidrigkeit auszugehen ist.

(1) 1. Ansicht

Es liegt eine planwidrige Regelungslücke für eine analoge Anwendung des § 986 BGB vor. Schließlich ist von einer Planwidrigkeit auszugehen, wenn der Erbe etwas herausverlangt, was er aus anderen Gründen unmittelbar zurückgeben muss.[13]

(2) 2. Ansicht

§ 986 BGB ist eine Vorschrift, die ausschließlich für den Einzelanspruch und nicht für die Erbschaft konzipiert ist.

Vielmehr ist § 242 BGB analog heranzuziehen. Eine analoge Anwendung des § 242 BGB ist geboten, da § 242 BGB im zweiten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches steht und in direkter Anwendung nur schuldrechtlicher Natur ist.[14]

[8] *Grziwotz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 2366 Rn. 5.

[9] *Siegmann/Höger*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 2366 Rn. 10.

[10] *Gierl*, in: Burandt/Rojahn, Kommentar zum Erbrecht, 3. Aufl. 2019, BGB § 2366 Rn. 8.

[11] Dazu vgl. den Meinungsstand zur Erforderlichkeit eines subjektiven Nachlassbezugs *Grziwotz* (Fn. 8), § 2366 Rn. 24 m.w.N.

[12] In etwa *Brox/Walker* (Fn. 1), § 33 Rn. 3.

[13] *Raff*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 2018 Rn. 102; *Lindner*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.6.2019, § 2018 Rn. 37.

[14] *Raff* (Fn. 13), § 2018 Rn. 102.

Nach dieser Meinung ist § 986 BGB nicht analog anwendbar, da keine planwidrige Regelungslücke vorliegt.

(3) Streitentscheid

Da die Meinungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, ist eine Entscheidung des Streits erforderlich.

Dem Erbschaftsbesitzer stehen alle einzelnen Einwendungen aus dem Verhältnis gegenüber dem Erblasser oder Erben zu, denn der Erbschaftsbesitzer muss geltend machen können, dass er aufgrund eines begründeten Rechtsverhältnisses zu Erblasser oder Erben, ein Recht zum Besitz grundsätzlich haben kann.[15] In den §§ 2018 ff. BGB findet sich kein Recht zum Besitz für den Erbschaftsbesitzer, das mit § 986 BGB im Gleichlauf steht.

Es ist der Meinung zu folgen, die eine planwidrige Regelungslücke als gegeben ansieht, denn gerade die Teleologie und Zielsetzung des § 986 BGB lassen sich auf die §§ 2018 ff. BGB in ihrer Notwendigkeit übertragen und es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber es übersehen haben muss, eine entsprechende Norm oder einen Verweis in den §§ 2018 ff. BGB zu implementieren.

> *Hinweis*: Die genaue Auseinandersetzung mit dieser Streitfrage ist nicht erforderlich. Vielmehr ist deutlich zu machen, dass § 986 BGB nicht direkt anwendbar ist, ein Recht zum Besitz des Erbschaftsbesitzers aber in Betracht kommen muss.

bb) Mietverhältnis als Recht zum Besitz

Möglicherweise könnte P ein Recht zum Besitz aus dem Mietverhältnis in Bezug auf die von ihm bewohnte Wohnung zustehen. Ein wirksam bestehender Mietvertrag ist geeignet, ein Recht zum Besitz aus § 986 Abs. 1 S. 1 BGB zu begründen.[16]

(1) Mietvertrag zwischen P und V gem. § 535 Abs. 1 BGB

P könnte sich auf den zwischen ihm und V geschlossenen Mietvertrag berufen. Da V jedoch verstorben ist, besteht kein wirksamer Mietvertrag zwischen P und V.

(2) Mietvertrag zwischen P und S gem. § 535 Abs. 1 BGB

Möglicherweise könnte P sich auf einen Mietvertrag zwischen P und S gem. § 535 Abs. 1 BGB berufen.

Problematisch erscheint, dass S zu keinem Zeitpunkt mit P kontrahiert hat. Mit dem Erbfall des V ging P zudem davon aus, sich in gar keinem Mietverhältnis zu befinden, da er durch Ausstellung des Erbscheins glaubte, in einer Wohnung zu leben, die zu einer ihm zustehenden Erbschaft gehört und dadurch in sein Eigentum fällt.[17]

Verstirbt der Vermieter tritt im Wege der Universalsukzession gem. § 1922 BGB der Erbe oder die Erbengemeinschaft unter den bestehenden Vereinbarungen aus dem Mietvertrag in die Stellung des Vermieters.[18] Im Gegensatz zum Tod des Mieters steht weder dem Vermieter noch dem Erben ein Sonderkündigungsrecht zu.[19]

S ist damit in die Stellung des V aus dem Mietvertrag gem. § 1922 BGB eingetreten.

Es besteht damit ein wirksames Mietverhältnis zwischen P und S gem. § 535 Abs. 1 BGB, auf das sich P berufen kann.

Dieses Ergebnis ist auch nicht anders zu beurteilen, weil P zwischenzeitlich davon ausging, sich in keinem Mietverhältnis zu befinden, sondern Erbe des V und damit Eigentümer der Wohnung geworden zu sein.

Die Regeln über den Erbschaftsbesitz gem. §§ 2018 ff. BGB dienen dem Schutz des gutgläubigen, unverklagten Erbschaftsbesitzers, sollen diesen aber auch nicht über das Notwendige hinaus privilegieren.[20]

cc) Zwischenergebnis

P hat in Bezug auf die von ihm selbst bewohnte Wohnung ein Recht zum Besitz, analog § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Die von ihm nicht bewohnte Wohnung muss er herausgeben.

c) Ergebnis

S kann die Herausgabe der von P nicht bewohnten Wohnung gem. § 2018 BGB verlangen.

2. Anspruch des S gegen P gem. § 985 BGB

S hat gegen P zudem einen Anspruch aus § 985 BGB auf Herausgabe der von P nicht bewohnten Wohnung, da S Eigentümer ist, P Besitzer und P in Bezug auf diese Wohnung kein Recht zum Besitz hat.

Hinsichtlich der von P selbst bewohnten Wohnung hat P gem. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ein Recht zum Besitz aufgrund eines wirksam bestehenden Mietverhältnisses zwischen P und S gem. § 535 Abs. 1 BGB.

> *Hinweis*: Keine zusätzlichen Punkte werden dadurch erzielt, indem auf einen etwaigen ersatzfähigen Mietrückstand eingegangen wird. Diese Frage ist von der Aufgabenstellung nicht umfasst.

III. Anspruch des S gegen P auf Herausgabe des Fahrzeugs

1. Anspruch des S gegen P gem. § 2018 BGB

S könnte einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs gegen P aus § 2018 BGB haben. Dazu müsste S Erbe sein, P Erbschaftsbesitzer und dieser das Fahrzeug aus der Erbschaft erlangt haben, vgl. § 2018 BGB.

---

[15] Vgl. *Helms* (Fn. 6), § 2018 Rn. 26 f.

[16] OLG Rostock NZM 2005, 966 (967).

[17] Schon die Universalsukzession bewirkt den Wechsel des Eigentums und nicht erst die Berichtigung im Grundbuch, siehe dazu *Müller-Christmann*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 58, Stand: 1.2.2021, § 1922 Rn. 18.

[18] *Zehelein*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 535 Rn. 329.

[19] *Schneider*, in: Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 5. Aufl. 2019, § 49 Rn. 106.

[20] So in etwa *Lindner* (Fn. 13), § 2018 Rn. 2.

a) Entstehung des Anspruchs

S ist alleiniger Erbe des V geworden. P ist ferner Erbschaftsbesitzer des Fahrzeugs, da er sich aufgrund des Erbscheins auf ein vermeintliches Erbrecht beruft. Er hat das Fahrzeug aus der Erbschaft erlangt.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 2018 BGB liegen vor.

b) Kein Wegfall des Anspruchs

Der Anspruch ist nicht weggefallen.

c) Durchsetzbarkeit des Anspruchs

Der Anspruch müsste auch durchsetzbar sein.

P könnte ein Zurückbehaltungsrecht gem. §§ 2022 Abs. 1 S. 2, 1000 BGB aufgrund der Politur der Ledersitze und der Reparatur der Ölwanne des Fahrzeugs zustehen.

Gem. § 2022 BGB ist der Erbschaftsbesitzer nur zur Herausgabe der zur Erbschaft gehörenden Sachen gegen Ersatz aller Verwendungen verpflichtet, soweit nicht die Verwendungen durch Anrechnung auf die nach § 2021 BGB herauszugebende Bereicherung gedeckt werden.

aa) Verwendungen

Der Wortlaut des § 2022 BGB umfasst „alle" Verwendungen, womit Verwendungsansprüche des Erbschaftsbesitzers über die im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nach den §§ 994 ff. BGB hinausgehen.[21] Bei Verwendungen gem. § 2022 BGB werden vermögenswerte Maßnahmen und Ausgaben umfasst, die einer Sache zugutekommen sollen.[22]

Es handelt sich daher bei den Kosten für die Politur der Ledersitze und der Reparatur der Ölwanne des Fahrzeugs um Verwendungen i.S.d. § 2022 BGB.

bb) Kein Ausschluss gem. §§ 2023 Abs. 1, Abs. 2, 2024 BGB

Der Anspruch auf Verwendungsersatz gem. § 2022 Abs. 1 BGB könnte gem. §§ 2023 Abs. 1, Abs. 2, 2024 BGB (teilweise) ausgeschlossen sein.

Gem. §§ 2023 Abs. 1, Abs. 2, 2024 BGB richtet sich der Anspruch des Erbschaftsbesitzers auf Ersatz von Verwendungen nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten, also nach den §§ 994 ff. BGB, sobald Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs oder Bösgläubigkeit des Erbschaftsbesitzers besteht.

In diesem Fall ist eine Differenzierung notwendig, um was für eine Art von Verwendungen es sich bei der Politur der Ledersitze sowie der Reparatur der Ölwanne des Fahrzeugs handelt. Dies kann jedoch dahinstehen, wenn kein Ausschluss gem. §§ 2023 Abs. 1, Abs. 2, 2024 BGB vorliegt. P ging zum Zeitpunkt der Politur der Ledersitze und der Reparatur der Ölwanne von einem ihm vermeintlich zustehenden Erbrecht aus.

Er war zu diesem Zeitpunkt unverklagt und durfte auf die Richtigkeit des auf ihn lautenden Erbscheins vertrauen, weshalb er gutgläubig war.

Der Anspruch auf Verwendungsersatz gem. § 2022 Abs. 1 BGB ist damit nicht gem. §§ 2023 Abs. 1, Abs. 2, 2024 BGB ausgeschlossen.

cc) Keine Anrechnung auf eine nach § 2021 BGB herauszugebende Bereicherung

Es könnte eine nach § 2021 BGB herauszugebende Bereicherung auf die Verwendungen anzurechnen sein.

In Betracht kommen die Gebrauchsvorteile aus der Benutzung des Fahrzeugs als Bereicherung des P, die möglicherweise auf die Verwendungen angerechnet werden müssen.

Gem. § 2021 BGB bestimmt sich die Verpflichtung des Erbschaftsbesitzers nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, soweit der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe außerstande ist.

Damit muss es dem Erbschaftbesitzer unmöglich sein, das nach den §§ 2018–2020 BGB geschuldete Erlangte in Natur herauszugeben.[23]

Ist der Erbschaftsbesitzer nicht mehr bereichert, entfällt die Verpflichtung zum Wertersatz gem. § 818 Abs. 3 BGB.[24] Mit Eintritt der Rechtshängigkeit des Anspruchs aus § 2021 BGB tritt eine verschärfte Haftung des Erbschaftsbesitzers nach den §§ 818 Abs. 4, 291 BGB ein. Als lex specialis wird § 819 Abs. 1 BGB durch § 2024 BGB verdrängt, da letzterer eine abschließende Regelung in Bezug auf die Ansprüche des Erben gegenüber dem bösgläubigen Erbschaftsbesitzer darstellt.[25]

Ob P durch die Gebrauchsvorteile tatsächlich bereichert ist, kann hier nicht angenommen werden, denn es ist nicht ersichtlich, dass P sich durch die Benutzung des Fahrzeugs eigene Aufwendungen erspart hat.

> *Hinweis*: Eine andere Ansicht ist bei entsprechender Begründung vertretbar. Dann ist allerdings davon auszugehen, dass P jedenfalls gem. § 818 Abs. 3 BGB entreichert ist.

dd) Zwischenergebnis

P steht ein Zurückbehaltungsrecht gem. §§ 2022 Abs. 1 S. 2, 1000 BGB aufgrund der Politur der Ledersitze und der Reparatur der Ölwanne des Fahrzeugs zu.

d) Ergebnis

S hat gegen P einen Anspruch aus § 2018 BGB auf Herausgabe des Fahrzeugs Zug um Zug gegen Erstattung der Kosten für die Politur der Ledersitze und der Reparatur der Ölwanne.

[21] *Lindner* (Fn. 13), § 2022 Rn. 3.
[22] BGHZ 10, 171 (177); *Müller-Christmann* (Fn. 17), § 2022 Rn. 3.
[23] *Müller-Christmann* (Fn. 17), § 2021 Rn. 2.
[24] *Müller-Christmann* (Fn. 17), § 2021 Rn. 3.
[25] *Lindner* (Fn. 13), § 2024 Rn. 2; *Horn*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 2024 Rn. 7; *Müller-Christmann* (Fn. 17), § 2021 Rn. 7.

2. Anspruch des S gegen P gem. § 985 BGB

S könnte einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs gegen P aus § 985 BGB haben. Dazu müsste S Eigentümer sein, P Besitzer und dieser kein Recht zum Besitz haben.

a) §§ 985, 986 BGB

S ist alleiniger Erbe des V geworden und damit im Wege der Universalsukzession gem. § 1922 BGB Eigentümer des Fahrzeugs. P ist Besitzer des Fahrzeugs. Ein Recht zum Besitz steht P nicht zu.[26]

b) Zurückbehaltungsrecht gem. § 1000 BGB

P könnte ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 1000 BGB aufgrund der Kosten für die Politur der Ledersitze und der Reparatur der Ölwanne des Fahrzeugs zustehen.

Es müsste sich um Verwendungen gem. §§ 994 ff. BGB handeln, die P verlangen kann, und zum Zeitpunkt der Verwendungen eine Vindikationslage bestanden haben.[27]

Als P die Ledersitze polieren und die Ölwanne des Fahrzeugs reparieren ließ, lag eine Vindikationslage vor. Zu diesem Zeitpunkt war P auch gutgläubig und es bestand keine Rechtshängigkeit. Bei der Politur der Ledersitze und der Reparatur der Ölwanne handelt es sich um Verwendungen.

Fraglich ist jedoch, ob es sich dabei auch um ersatzfähige Verwendungen gem. §§ 994 ff. BGB handelt.

aa) Reparatur der Ölwanne

Bei der Reparatur der Ölwanne könnte es sich um notwendige Verwendungen gem. § 994 Abs. 1 BGB handeln, welche ersatzfähig sind.

Notwendige Verwendungen sind nur solche, die der Sache objektiv zukommen.[28] Dies ist bei einer erforderlichen Reparatur an einem Kraftfahrzeug der Fall.

Die Ölwanne war undicht und musste daher notwendigerweise repariert werden. Es handelt sich damit bei den Kosten für die Reparatur der Ölwanne um ersatzfähige notwendige Verwendungen gem. § 994 Abs. 1 BGB.

bb) Politur der Ledersitze

Fraglich ist, ob es sich bei der Politur der Ledersitze um ersatzfähige Verwendungen handelt. Von notwendigen Verwendungen ist dabei nicht auszugehen. Möglicherweise könnte es sich jedoch um nützliche Verwendungen gem. § 996 BGB handeln, die unter gewissen Umständen ebenfalls ersatzfähig sind.

Gem. § 996 BGB sind andere als notwendige Verwendungen ersatzfähig, wenn sie vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit und vor dem Beginn der in § 990 BGB bestimmten Haftung gemacht werden und der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt.

Problematisch erscheint allein letztere Voraussetzung. § 996 BGB stellt hierbei auf die Erhöhung des Sachwertes ab. Dies kann der Nutzungs- oder der Verkaufswert sein.[29] Die Erhöhung des Sachwertes wird durch einen Vergleich des Wertes der Sache im Zeitpunkt der Wiedererlangung mit dem hypothetischen Wert der Sache, den diese hätte, wenn keinerlei Verwendungen auf sie gemacht worden wären, ermittelt.[30] Maßgeblich ist lediglich die Wertsteigerung, die auf den Verwendungen beruht.[31] Nach h.M. bestimmt sich der Maßstab der Werterhöhung nach dem subjektiven Nutzen für den Eigentümer.[32]

Die Politur der Ledersitze ist zwar als Verwendung anzusehen, dennoch ist davon auszugehen, dass diese wohl keine Wirkung mehr zu dem Zeitpunkt entfaltet, zu dem S das Auto wiedererlangt.

Es handelt sich damit bei der Politur der Ledersitze um keine ersatzfähigen Verwendungen.

> *Hinweis*: Eine andere Ansicht ist hier mit entsprechender Argumentation vertretbar.

cc) Zwischenergebnis

Es handelt sich bei der Reparatur der Ölwanne um ersatzfähige Verwendungen gem. § 994 Abs. 1 BGB. Hingegen sind die Kosten für die Politur der Ledersitze nicht ersatzfähig, weshalb grundsätzlich kein Zurückbehaltungsrecht gem. § 1000 BGB besteht.

Durch dieses Ergebnis würde jedoch die Privilegierung des gutgläubigen unverklagten Erbschaftsbesitzers aus § 2022 Abs. 1 BGB unterlaufen werden, der „alle“ Verwendungen als Ersatz gegen die Herausgabe der Erbschaftsgegenstände verlangen kann.

Aus diesem Grund regelt § 2029 BGB, dass die Haftung des Erbschaftsbesitzers auch gegenüber den Ansprüchen, die dem Erben in Ansehung der einzelnen Erbschaftsgegenstände zustehen, nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch bestimmt werden.

Daher kann sich P auch in Bezug auf die Verwendungen für die Politur der Ledersitze gegen § 985 BGB auf sein Zurückbehaltungsrecht aus §§ 2022 Abs. 1, 1000 BGB stützen.

---

[26] Nach ganz h.M. ergibt sich aus einem Zurückbehaltungsrecht nach §§ 1000, 994 ff. BGB kein Recht zum Besitz, vgl.: OLG Dresden DtZ 1994, 252; OLG Nürnberg VRR 2013, 265 (266); *Baldus*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 986 Rn. 54; *Spohnheimer*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.5.2021, § 1000 Rn. 29; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 11 Rn. 4; *Medicus*, JZ 1996, 153 (154); a.A. BGHZ 149, 326; BGH NJW 1995, 2627 (2628); BGH NJW 2016, 3235.

[27] *Fritzsche*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 1000 Rn. 3.

[28] BGHZ 64, 333 (339).

[29] *Raff* (Fn. 13), § 996 Rn. 6.

[30] *Spohnheimer* (Fn. 26), § 996 Rn. 13.

[31] Andere Wertsteigerungen (z.B. steigende Kaufpreisentwicklungen) sind unerheblich, so *Spohnheimer* (Fn. 26), § 996 Rn. 13.

[32] *Ebbing*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 996 Rn. 6; *Eckert*, in: Handkommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 996 Rn. 4; *Herrler*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 996 Rn. 2; *Wieling*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 12 Rn. 62; *Haas*, AcP 176 (1976), 1 (24 ff.).

c) Ergebnis

S hat gegen P einen Anspruch aus § 985 BGB auf Herausgabe des Fahrzeugs Zug um Zug gegen Erstattung der Kosten für die Politur der Ledersitze und der Reparatur der Ölwanne.

IV. Ansprüche des S gegen P auf Herausgabe des Gemäldes von Gerhard Richter oder der Forderung i.H.v. 25 Mio. €

1. Anspruch des S gegen P auf Herausgabe des Gemäldes von Gerhard Richter gem. §§ 2018, 2019 Abs. 1 BGB

Möglicherweise könnte S gegen P einen Anspruch auf Herausgabe des Gemäldes von Gerhard Richter aus §§ 2018, 2019 Abs. 1 BGB zustehen.

Gem. § 2019 Abs. 1 BGB gilt als aus der Erbschaft auch erlangt, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt. Zwar ist P nach Übereignung durch die K OHG im Besitz des Gemäldes von Gerhard Richter gewesen, durch die Übergabe des Gemäldes von Gerhard Richter an L, hat P jedoch seinen Besitz wieder verloren, womit er kein Erbschaftsbesitzer ist.

S hat gegen P keinen Anspruch auf Herausgabe des Gemäldes von Gerhard Richter gem. §§ 2018, 2019 Abs. 1 BGB.

2. Anspruch des S gegen P auf Herausgabe der gesicherten Forderung i.H.v. 25 Mio. € gegen L gem. §§ 2018, 2019 Abs. 1 BGB

S könnte gegen P ein Anspruch aus § 2018 BGB auf Herausgabe der gesicherten Forderung i.H.v. 25 Mio. € gegen L zustehen.

Dazu müsste S Erbe und P Erbschaftsbesitzer sein und dieser die Forderung gegen L aus der Erbschaft erlangt haben, vgl. § 2018 BGB.

a) Erbenstellung des S

S ist alleiniger Erbe des V geworden.

b) P als Erbschaftsbesitzer

aa) Die Forderung als unmittelbarer Bestandteil des Erbschaftsbesitzes

P müsste Erbschaftsbesitzer der Forderung sein. P ist Inhaber der Forderung i.H.v. 25 Mio. € gegen L. Diese Forderung befand sich jedoch nicht im Nachlass des V.

Allerdings resultiert diese Forderung aus dem Verkauf des Gemäldes von Gerhard Richter, welches sich ebenfalls nicht im Nachlass des V befunden hatte.

Die Forderung gegen L war damit nicht unmittelbarer Bestandteil des Erbschaftsbesitzes.

bb) Die Forderung im Erbschaftsbesitz durch Kettensurrogation

Die Forderung gegen L könnte dennoch zum Nachlass hinzuzurechnen sein.

In Betracht kommt eine sog. Kettensurrogation. Bei einer Kettensurrogation handelt es sich um eine Surrogation von Gegenständen, die ebenfalls aus einer zuvor erfolgten Surrogation stammen.[33]

(1) Das Gemälde von Gerhard Richter als (erste) dingliche Surrogation

Das Gemälde von Gerhard Richter könnte selbst aus einer dinglichen Surrogation stammen und damit dem aus der Erbschaft Erlangten hinzuzurechnen sein, vgl. §§ 2018, 2019 BGB. Das Gemälde von Gerhard Richter könnte also anstelle des Gemäldes von Gustav Klimt Nachlassgegenstand geworden sein.

P erwarb das Eigentum am Gemälde von Gerhard Richter durch Übereignung der K OHG gem. § 929 S. 1 BGB, resultierend aus der Verpflichtung eines Tauschgeschäfts (§ 480 BGB), bei dem sich P verpflichtete, das Gemälde von Gustav Klimt gegen ein Gemälde von Gerhard Richter zu tauschen.

Bei dem Gemälde von Gustav Klimt handelte es sich ursprünglich um einen Nachlassgegenstand des V. Durch das Tauschgeschäft und der damit einhergehenden Übereignung erwarb P rechtsgeschäftlich aus Mitteln der Erbschaft das Gemälde von Gerhard Richter.

Das Gemälde von Gerhard Richter wurde also durch den dinglichen Erwerb des P Nachlassgegenstand und zugleich Eigentum des S als Erben.

(2) Die Forderung als (zweite) dingliche Surrogation

Auch die Forderung könnte aus einer dinglichen Surrogation stammen und damit dem aus der Erbschaft Erlangten hinzuzurechnen sein, vgl. §§ 2018, 2019 BGB.

Die Forderung könnte also anstelle des Gemäldes von Gerhard Richter Nachlassgegenstand geworden sein.

Es müsste sich bei einer Forderung um einen für die unmittelbare Ersetzung tauglichen Erwerbsgegenstand gem. § 2019 Abs. 1 BGB handeln. Unter Erwerbsgegenständen gem. § 2019 BGB werden Rechte wie das Eigentum an einer Sache oder auch die Inhaberschaft einer Forderung erfasst.[34] Auch § 2019 Abs. 2 BGB verdeutlicht, dass Forderungen Erwerbsgegenstände i.S.v. § 2019 BGB darstellen können.

P erwarb durch die Veräußerung des Gemäldes von Gerhard Richter eine gestundete Kaufpreisforderung gem. § 433 Abs. 2 BGB, die gem. § 1191 BGB durch eine Grundschuld gesichert ist.

Da es sich bei dem Gemälde von Gerhard Richter aufgrund der zuvor erfolgten dinglichen Surrogation um einen Nachlassgegenstand handelte, erwarb P die gesicherte Forderung mit Mitteln der Erbschaft.

Die Forderung stammt daher aus einer dinglichen Surrogation und ist somit dem aus der Erbschaft Erlangten hinzuzurechnen, vgl. §§ 2018, 2019 BGB.

(3) Zwischenergebnis

Die Forderung gegen L ist dem Nachlass hinzuzurechnen.

[33] *Hoeren*, in: Handkommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 2019 Rn. 5.
[34] *Lindner* (Fn. 13), § 2019 Rn. 3.

cc) Zwischenergebnis

P ist Erbschaftsbesitzer der Forderung.

c) Ergebnis

S hat gegen P einen Anspruch auf Herausgabe der gesicherten Forderung i.H.v. 25 Mio. € gegen L aus §§ 2018, 2019 BGB.

> *Hinweis*: Die Herausgabe der Forderung erfolgt nicht im Wege einer Abtretung, da die dingliche Surrogation aus § 2019 BGB eine unmittelbare Zuordnung zum Nachlass der Forderung bewirkt.[35]

Aufgabe 2

I. Anspruch des S gegen P auf Herausgabe der beiden Wohnungen und des Fahrzeugs

1. Anspruch des S gegen P auf Herausgabe der beiden Wohnungen und des Fahrzeugs gem. § 2018 BGB

a) Tatbestandliche Voraussetzungen gem. § 2018 BGB

S könnte einen Anspruch gegen P auf Herausgabe der beiden Wohnungen und des Fahrzeugs aus § 2018 BGB haben. Dazu müsste S Erbe und P Erbschaftsbesitzer sein. Zudem müsste P die Wohnungen und das Fahrzeug aus der Erbschaft erlangt haben, vgl. § 2018 BGB.

aa) S als Erbe

S müsste Erbe des V geworden sein.

(1) Enterbung des S durch Testament vom Jahr 2012

V hat im Jahr 2012 ein wirksames Testament zugunsten des P errichtet. Nach diesem Testament wurde P Alleinerbe des V.

(2) Widerruf durch Testament im Jahr 2019

V könnte das Testament gem. § 2253 BGB widerrufen haben.

Dazu müsste V ein wirksames Testament im Jahr 2019 errichtet haben.

V hat im Jahr 2019 zum Ausdruck gebracht, dass er das Testament vom Jahr 2012 widerrufen möchte und S Alleinerbe sein soll. Dieses Testament könnte jedoch nicht der erforderlichen Form gem. § 2247 Abs. 1 BGB entsprechen und damit nichtig sein, da V das Testament nicht eigenhändig geschrieben hat.

Zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments war V in einer krankhaften Störung und ließ das Testament durch seinen Betreuer B anfertigen.

Gem. § 2064 BGB kann der Erblasser ein Testament jedoch nur selbst errichten. Aus dieser Vorschrift folgt, dass jede Art der Vertretung bei Errichtung eines Testaments ausgeschlossen ist.[36] Das bedeutet, dass jede rechtsgeschäftliche Vertretung, aber auch gesetzliche Vertretung oder Vertretung kraft eines Amtes ausgeschlossen ist.[37]

B konnte V also bei Errichtung des Testaments nicht wirksam vertreten. Das Testament aus dem Jahr 2019 entspricht somit nicht der erforderlichen Form gem. § 2247 Abs. 1 BGB und ist daher nichtig.

Es besteht damit kein Widerruf des Testaments vom Jahr 2012.

(3) Zwischenergebnis

S ist kein Erbe des V geworden.

bb) Zwischenergebnis

Die tatbestandlichen Voraussetzungen aus § 2018 BGB sind nicht erfüllt.

b) Ergebnis

S hat keinen Anspruch gegen P auf Herausgabe der beiden Wohnungen und des Fahrzeugs aus § 2018 BGB.

2. Anspruch des S gegen P aus § 985 BGB

Da S kein Eigentümer ist, besteht kein Anspruch des S gegen P auf Herausgabe der beiden Wohnungen und des Fahrzeugs aus § 985 BGB.

II. Weitere Ansprüche von S gegen P

1. Anspruch des S gegen P auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses gem. § 2314 Abs. 1 S. 1 BGB

S könnte gegen P ein Anspruch auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses gem. § 2314 Abs. 1 S. 1 BGB zustehen. § 2314 BGB gewährt dem Pflichtteilsberechtigten einen Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch gegen die Erben, damit dieser in die Lage versetzt wird, seine Pflichtteilsansprüche sinnvoll geltend machen zu können.[38]

Für einen Überblick muss der Pflichtteilsberechtigte Kenntnis über den Wert und Bestand des Nachlasses erlangen können.[39] Der Hilfs- und der Wertermittlungsanspruch sind zwei unselbstständige Hilfsansprüche, die hinsichtlich ihrer Verfügungsfähigkeit dem Hauptanspruch folgen können.[40]

Dazu müsste S Pflichtteilsberechtigter ohne Erbenstellung sein. Zudem müsste P Erbe geworden sein.

a) S als Pflichtteilsberechtigter ohne Erbenstellung

Durch die gewillkürte Erbfolge gem. §§ 1937, 2087 ff. BGB wurde S von der Erbfolge ausgeschlossen.

S könnte jedoch als Sohn des V pflichtteilsberechtigt sein, vgl. § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB.

Nach dieser Vorschrift ist ein Abkömmling des Erblassers, der durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist, berechtigt, den Pflichtteil zu verlangen. Durch die Annahme des minderjährigen S als Adoptivsohn hat S

[35] *Helms* (Fn. 6), § 2019 Rn. 14.
[36] BGH NJW 1955, 100.
[37] *Litzenburger*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 2064 Rn. 2.
[38] *Müller-Engels*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 2314 Rn. 1.
[39] *Lange*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 2314 Rn. 1.
[40] *Müller-Engels* (Fn. 38), § 2314 Rn. 1.

gem. § 1754 Abs. 2 BGB die rechtliche Stellung als Kind des V erlangt.

Daher ist S als einziger Sohn des V nach der gesetzlichen Erbfolge Alleinerbe des V als Erbe erster Ordnung gem. § 1924 Abs. 1 BGB.

Durch die Verfügung von Todes wegen im Jahr 2012 wurde S von der Erbfolge ausgeschlossen.

S ist damit Pflichtteilsberechtigter ohne Erbenstellung.

b) Erbenstellung des P

P wurde durch das wirksam errichtete Testament im Jahr 2012 durch gewillkürte Erbfolge zum Alleinerben des V.

c) Ergebnis

S steht gegen P ein Anspruch auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses gem. § 2314 Abs. 1 S. 1 BGB zu.

2. Anspruch des S gegen P i.H.v. 20 Mio. € aus § 2303 Abs. 1 BGB

S könnte ein Anspruch gegen P i.H.v. 20 Mio. € aus § 2303 Abs. 1 BGB zustehen.

Dazu müsste S gesetzlich erbberechtigt und durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen sein.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch besteht im Gegensatz zu vielen anderen Rechtsordnungen kein Noterbrecht, sondern ein geldwerter Anspruch des Pflichtteilsberechtigten gegen den oder die Erben.[41]

a) Pflichtteilsberechtigung des S

S ist als einziger Sohn des V nach der gesetzlichen Erbfolge Alleinerbe des V als Erbe erster Ordnung gem. § 1924 Abs. 1 BGB. Durch die Verfügung von Todes wegen im Jahr 2012 wurde S von der Erbfolge ausgeschlossen.

S ist damit Pflichtteilsberechtigter gem. § 2301 Abs. 1 S. 1 BGB.

b) Höhe des Pflichtteilsanspruchs

Die Höhe des Pflichtteilsanspruchs besteht gem. § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Da S als einziger Sohn des V nach der gesetzlichen Erbfolge Alleinerbe des V, als Erbe erster Ordnung gem. § 1924 Abs. 1 BGB ist, beträgt die Höhe des Pflichtteils die Hälfte des Nachlasswertes (Pflichtteilsquote: ½) und damit 20 Mio. €.

c) Ergebnis

S hat gegen P einen Anspruch i.H.v. 20 Mio. € aus § 2303 Abs. 1 BGB.

3. Anspruch des S gegen P i.H.v. 10 Mio. € aus § 2325 Abs. 1 BGB

S könnte gegen P ein Anspruch i.H.v. 10 Mio. € aus § 2325 Abs. 1 BGB zustehen. Der Pflichtteilsberechtigte kann einen Pflichtteilsergänzungsanspruch gem. § 2325 Abs. 1 BGB geltend machen, wenn ein verschenkter Gegenstand dem Nachlass hinzuzurechnen ist.[42]

Durch den Pflichtteilsergänzungsanspruch wird dem Pflichtteilsberechtigten die Möglichkeit gegeben, ergänzungspflichtige Zuwendungen an Dritte bei der Berechnung des Nachlasses für den Pflichtteilsanspruch zu berücksichtigen.[43]

Voraussetzung ist, dass S Pflichtteilsberechtigter ist und eine Schenkung gegenüber einem Drittem erfolgte.

a) Pflichtteilsberechtigung des S

S ist Pflichtteilsberechtigter (siehe oben).

b) Beschenkter Dritter

Die Schenkung müsste gegenüber einem Dritten erfolgt sein.

Ein beschenkter Dritter i.S.v. § 2325 BGB kann jede natürliche oder juristische Person oder Personenvereinigung sein. Insbesondere fällt darunter auch der Erbe oder ein anderer Pflichtteilsberechtigter.[44] Sofern der beschenkte Dritte dem Erben entspricht, ist trotz dadurch entstehender Personenidentität der Anspruchsgegner aus § 2325 BGB und § 2329 BGB, zwischen diesen beiden Ansprüchen zu differenzieren.[45]

Das Gemälde von Gustav Klimt hat V seinem Patenkind P fünf Jahre vor dem Erbfall i.S.v. § 516 BGB geschenkt.

Die Schenkung erfolgte gegenüber P als Dritten i.S.v. § 2325 BGB.

c) Höhe des Pflichtteilsergänzungsanspruchs

Bei dem Gemälde von Gustav Klimt handelt es sich um eine nicht verbrauchbare Sache i.S.d. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB, die mit dem Wert in Ansatz kommt, der zur Zeit des Erbfalls bestand.[46] Zum Zeitpunkt des Erbfalles belief sich der Wert des Gemäldes auf 20 Mio. €.

Gem. § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB wird die Schenkung innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall in vollem Umfang, innerhalb jedes weiteren Jahres vor dem Erbfall um jeweils ein Zehntel weniger berücksichtigt.

Da die Schenkung des Gemäldes von Gustav Klimt fünf Jahre zurückliegt, ist der Wert auf 12 Mio. € anzusetzen und besteht aufgrund der Pflichtteilsquote von ½ i.H.v. 6 Mio. €.

4. Ergebnis

S hat gegen P einen Anspruch i.H.v. 6 Mio. € aus § 2325 Abs. 1 BGB.

III. Anspruch des S gegen P i.H.v. 6 Mio. € aus § 2329 Abs. 1 BGB

Da P als Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils verpflichtet ist, kommt ein Anspruch des S gegen P aus § 2329 Abs. 1 BGB nicht in Betracht.

[41] *Frank*, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, Länderbericht Luxemburg Rn. 104.

[42] *Müller-Engels* (Fn. 38), § 2325 Rn. 1.

[43] Vgl. *Müller-Engels* (Fn. 38), § 2325 Rn. 60.

[44] *Lange* (Fn. 39), § 2325 Rn. 15.

[45] BGH, Urt. v. 10.11.1982 – IVa ZR 29/81= NJW 1983, 1485 (1486); BGH ZEV 2015, 163 (167); *Lange* (Fn. 39), § 2325 Rn. 15.

[46] *Müller-Engels* (Fn. 38), § 2325 Rn. 33.

Examensübungsklausur: Geburtstagsfeier unter dem „Sternenhimmel“

Von Jun.-Prof. Dr. **Julian Scheu**, Stud. iur. **Jana Jochem**, Köln*

Die Klausur wurde in vereinfachter Form im Sommersemester 2020 als Semesterabschlussklausur im Fach Verwaltungsrecht Besonderer Teil gestellt. Es werden sowohl Problematiken aus dem Polizei- und Ordnungsrecht sowie aus dem Bereich des Kommunalrechts behandelt. Prozessual bewegt sich die Klausur im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes. Der hier vorliegende Fall richtet sich an Examenskandidaten und soll den Umgang mit dem Zusammenspiel von Gesetz, Verordnung und Verwaltungsakt schulen.

Sachverhalt

A ist Inhaberin eines Veranstaltungsbetriebs in der kreisfreien nordrhein-westfälischen Stadt S. In einer unmittelbar am Stadtrand gelegenen Scheune werden Veranstaltungen wie Hochzeiten oder Firmenfeiern ausgerichtet. Auch die wohlhabende B möchte ihren 50. Geburtstag am 24.7.2020 auf dem Gelände der A mit etwa 20 Personen feiern. Bei einem vorab vereinbarten Beratungstermin bietet A der B zusätzlich zur Anmietung der Scheune noch weitere optional buchbare Aktivitäten im Rahmen der Feier an. Dazu gehört die Bereitstellung einer besonderen Attraktion namens „Sternenhimmel“.

Die „Sternenhimmel“-Attraktion soll wie folgt aussehen: A überlässt der B Flugballons aus Papier, die nach dem Prinzip eines Heißluftballons funktionieren. Eine kleine Feuerquelle erwärmt die im Papierball befindliche Luft und sorgt dafür, dass der etwa handballgroße Flugballon wie ein Stern leuchtend zum Himmel schwebt. Durch eine besondere Startvorrichtung können bis zu 50 Flugballons auf Knopfdruck in die Luft befördert werden. Die Flugballons können allerdings nur wenige Kilometer (ca. 5 km) weit fliegen, bevor die Feuerquellen erlöschen und die Ballons zu Boden sinken. B ist begeistert und beauftragt A, alles für diese Aktion zu besorgen. Die Ingangsetzung der „Sternenhimmel“-Attraktion möchte B nach einer feierlichen Ansprache vor ihren Gästen selbst vornehmen.

C ist Angestellte der A und ebenfalls beim Beratungstermin anwesend. Sie hat Bedenken und meint, schon einmal etwas über die Gefährlichkeit solcher Feuerspektakel gelesen zu haben. Da ihre Bedenken bei A und B kein Gehör finden, wendet sie sich mit ihren Zweifeln an die zuständige Ordnungsbehörde der Stadt S. Diese kontaktiert daraufhin B telefonisch und befragt sie zur geplanten „Sternenhimmel“-Attraktion. B kann die Bedenken der Behörde hinsichtlich einer Brandgefahr nicht nachvollziehen. Sie wendet ein, dass die Flugballons ohnehin nicht weit fliegen und deren Feuerquellen schon nach kurzer Zeit erlöschen würden.

Trotz ihres Vorbringens erhält B zwei Tage nach dem Telefonat einen förmlich zugestellten Brief der Ordnungsbehörde mit Datum vom 13.7.2020. Darin untersagt die Behörde der B unter Anordnung der sofortigen Vollziehung das Starten der Flugballons anlässlich ihrer Geburtstagsfeier. Hierbei verweist die Behörde auf die von den Flugballons ausgehende Brandgefahr und die Flugballonverordnung der Stadt S (FBalV, siehe Anhang).

Die FBalV wurde vom Rat der Stadt S erlassen. Dabei war den beteiligten Ratsmitgliedern bekannt, dass eine wortgleiche Regelung für das Landesgebiet in Form der Flug-laternenverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 13.7.2009 (NRWFLatV, siehe Anhang) bereits existiert. Mit einer eigenen Verordnung für das Stadtgebiet sollte jedoch bewusst ein politisches Zeichen für den Schutz der Bürger von S gesetzt werden.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung begründet die Ordnungsbehörde damit, dass der Geburtstag der B kurz bevorsteht. Zugleich wird für den Fall, dass B die Flugballons dennoch steigen lässt, ein Zwangsgeld in Höhe von 1.000 € angedroht.

Daraufhin erhebt die empörte B umgehend Anfechtungsklage und reicht einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz beim zuständigen Verwaltungsgericht ein.

Zur Begründung führt sie an, dass bereits die Rechtsgrundlage des Verbots zu pauschal ausgestaltet und daher unverhältnismäßig sei. Von den Flugballons würde keine generelle Gefahr ausgehen. B argumentiert sachlich zutreffend, dass von den Flugballons eine Brandgefahr insbesondere dann ausgehe, wenn es länger als zwei Wochen nicht geregnet habe. Bei regnerischem Wetter sei die Brandgefahr hingegen gering. Die Wettervorhersage vom 13.7.2020 sagt für die Zeit bis zum 24.7.2020 starke Regenfälle voraus.

B ergänzt, dass es bei der Abstimmung im Rat der Stadt S zur Flugballonverordnung zu Unregelmäßigkeiten gekommen sei. Zutreffend führt sie aus, dass lediglich 35 Ratsmitglieder bei der Abstimmung anwesend waren. Der Stadtrat sei aber erst bei Anwesenheit der Hälfte der gesetzlichen Mitglieder beschlussfähig.

Aufgrund der Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügung habe sie auch im Fall der Zuwiderhandlung das angesetzte Zwangsgeld nicht zu zahlen.

Schließlich meint B, dass sich das Verbot ohnehin nicht an sie hätte richten dürfen. Schließlich sei die „Sternenhimmel“-Attraktion eine Idee der A, die letztendlich auch dafür verantwortlich sei.

Ordnungsbehördliche Verordnung der Stadt S zur Verhütung von Gefahren durch unbemannte Flugballons (Flugballonverordnung – FBalV) vom 18. Mai 2020

Aufgrund des § 27 Absatz 1 des Ordnungsbehördengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Mai 2020 wird verordnet:

§ 1 – Im Gebiet der Stadt S ist die Verwendung von unbemannten Flugobjekten, bei denen der Auftrieb durch die von einer eigenen Feuerquelle erwärmte Luft erzeugt wird (Flugballons), verboten.

§ 2 – Die örtliche Ordnungsbehörde kann auf Antrag örtlich und zeitlich begrenzte Ausnahmen von dem Verbot zu-

* Der Autor *Scheu* ist Jun.-Prof. für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Internationales Investitionsrecht an der Universität zu Köln; die Autorin *Jochem* ist Stud. Hilfskraft ebenda.

lassen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls keine Bedenken wegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer Brandgefahr begründen.

§ 3 – [1]Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 1 dieser Verordnung Flugballons verwendet. [2]Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu eintausend Euro geahndet werden. [3]Auf § 31 NRWOBG wird hingewiesen.

§ 4 – [1]Diese Verordnung tritt am Tag nach ihrer Verkündung in Kraft. [2]Sie tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2024 außer Kraft.

Ordnungsbehördliche Verordnung zur Verhütung von Gefahren durch unbemannte Fluglaternen (Fluglaternenverordnung NRW – NRWFLatV) vom 13. Juli 2009

Aufgrund des § 26 Absatz 1 des Ordnungsbehördengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Mai 1980 (GV. NRW. S. 528), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. April 2005 (GV. NRW. S. 274), wird verordnet:

§ 1 – Es ist in Nordrhein-Westfalen verboten, unbemannte Flugobjekte aufsteigen zu lassen, bei denen der Auftrieb durch die von einer eigenen Feuerquelle erwärmte Luft erzeugt wird und die insbesondere unter den Bezeichnungen „Himmelslaterne“ oder „Kong-Ming-Laterne“ bekannt sind (Fluglaternen).

§ 2 – Die örtlichen Ordnungsbehörden können auf Antrag örtlich und zeitlich begrenzte Ausnahmen von dem Verbot zulassen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls keine Bedenken wegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer Brandgefahr begründen.

§ 3 – [1]Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 1 dieser Verordnung Fluglaternen steigen lässt. [2]Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu eintausend Euro geahndet werden.

§ 4 – [1]Diese Verordnung tritt am Tag nach ihrer Verkündung in Kraft. [2]Sie tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2024 außer Kraft.

Fallfrage

Hat der formgerechte Antrag der B auf vorläufigen Rechtsschutz Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungsvermerk

Es ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachterlich – einzugehen.

Dabei ist zu beachten, dass die Stadt S eine Bevölkerungszahl von 535.000 hat. Nach § 3 Abs. 2 lit. a NRWKommunalWahlG sind für die Stadt S somit 74 Ratsmitglieder zu wählen. Die Flugballonverordnung der Stadt S (siehe Anhang) wurde ordnungsgemäß verkündet. Alle nicht im Sachverhalt explizit erwähnten Verfahrensschritte wurden ordnungsgemäß durchgeführt. Die Beschlussunfähigkeit des Rates der Stadt S wurde nicht positiv festgestellt. Vorschriften des Luft- und Infektionsschutzrechts sind nicht zu prüfen. B hat fristgerecht Anfechtungsklage erhoben.

Lösungsvorschlag

Der Antrag der B hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit des Antrags

Der von B erhobene Antrag müsste zulässig sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht angehört. Dies ist entsprechend der modifizierten Subjektstheorie der Fall, wenn die Norm ausschließlich Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet.[1] Die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung richtet sich nach § 14 Abs. 1 NRWOBG[2], die der Androhung des Zwangsgeldes nach §§ 55 Abs. 1, 57 Abs. 1 Nr. 2, 60, 63 NRWVwVG[3]. Die ordnungsbehördliche Generalklausel sowie die Ermächtigungsgrundlage zur Androhung von Zwangsmitteln berechtigen ausschließlich Hoheitsträger zum Handeln und sind somit öffentlich-rechtlicher Natur.[4] Die Streitigkeit ist ferner auch nichtverfassungsrechtlicher Art im Sinne der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit.[5] Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren der Antragstellerin entsprechend §§ 122 Abs. 1, Abs. 2 S. 2, 88 VwGO. Vorliegend hat B fristgerecht Anfechtungsklage erhoben und begehrt zusätzlich einstweiligen Rechtsschutz. Dieser richtet sich nach den §§ 123, 80 VwGO, wobei ein Antrag nach § 123 VwGO subsidiär ist (§ 123 Abs. 5 VwGO). In Betracht kommt ein Antrag auf Anordnung bzw. Wieder-

[1] *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 17.

[2] Generalklauseln in den verschiedenen Landesgesetzen: Art. 11 Abs. 1 BayPAG; Art. 7 Abs. 2, Abs. 3 BayLStVG; § 10 Abs. 1 BbgPolG; § 13 Abs. 1 BbgOBG; § 17 Abs. 1 BerlASOG; § 10 Abs. 1 BremPolG; § 3 BWPolG; § 3 HambSOG; § 11 HessSOG; § 13 MVSOG; § 11 NPOG; § 9 Abs. 1 RPPOG; § 8 Abs. 1 SaarlPolG; § 12 Abs. 1 SächsPVDG; § 13 Abs. 1 SächsPBG; § 13 SaSOG; § 174 SHLVwG; § 12 Abs. 1 ThürPAG; § 5 Abs. 1 ThürOBG.

[3] Regelungen zur Zwangsvollstreckung in den verschiedenen Landesgesetzen: Art. 70 ff. BayPAG; §§ 53 ff. BbgPolG; §§ 15 ff. BbgVwVG; §§ 40 ff. BremPolG; §§ 49 ff. BWPolG; §§ 47 ff. HessSOG; §§ 79 ff. MVSOG; §§ 64 ff. NPOG; §§ 57 ff. RPPOG; §§ 44 ff. SaarlPolG; §§ 39 ff. SächsPVDG; §§ 53 ff. SaSOG; §§ 51 ff. ThürPAG; §§ 43 ff. ThürVwZVG; §§ 228 ff. SHLVwG; §§ 8 Abs. 1 BerlVwVfG i.V.m. §§ 6 ff. BVwVG; §§ 14 ff. HambVwVG.

[4] *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2021, § 30 Rn. 1324.

[5] *Hufen* (Fn. 1), § 11 Rn 49.

herstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 VwGO.

B wendet sich gegen das mit Schreiben vom 13.7.2020 ausgesprochene Verbot unter Anordnung der sofortigen Vollziehung, die Flugballons für den am 24.7.2020 geplanten Geburtstag aufsteigen zu lassen, sowie gegen die Androhung des Zwangsgelds i.H.v. 1.000 €. Hinsichtlich der beiden Begehren kommen Anträge auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in Betracht, welche sich nach § 80 Abs. 5 VwGO richten. Erforderlich ist, dass sich B gegen Verwaltungsakte wendet, bezüglich derer die Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung entfaltet.

1. Untersagungsverfügung

Bei der Untersagungsverfügung könnte es sich um einen belastenden Verwaltungsakt gem. § 35 S. 1 VwVfG handeln, dessen Aufhebung in der Hauptsache im Wege der Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO erreicht werden kann. Die Untersagungsverfügung wird von der Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalls erlassen und hat Außenwirkung.[6] Ein Verwaltungsakt liegt mithin vor.

Die von B erhobene Anfechtungsklage entfaltet gem. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Vorliegend hat die Behörde jedoch die sofortige Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO besonders angeordnet, sodass die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage ausnahmsweise entfällt. Im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Untersagungsverfügung ist damit der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO statthaft.

2. Androhung des Zwangsgelds

Die Androhung des Zwangsgeldes stellt einen eigenständigen Verwaltungsakt entsprechend § 35 S. 1 VwVfG dar,[7] sodass die Anfechtungsklage der B grundsätzlich aufschiebende Wirkung gem. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO entfalten müsste.

Vorliegend hat die Behörde jedoch eine Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung gem. § 57 Abs. 1 Nr. 2 NRW-VwVG getroffen. Nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 112 NRWJustG entfaltet die Anfechtungsklage gegen die Zwangsmittelandrohung somit keine aufschiebende Wirkung. Im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Zwangsmittelandrohung ist damit der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO statthaft.

III. Antragsbefugnis

B müsste analog § 42 Abs. 2 VwGO antragsbefugt sein. Es muss also zumindest möglich erscheinen, dass der angegriffene Verwaltungsakt die Klägerin in ihren Rechten verletzt.[8] Das Untersagen der Verwendung der Flugballons sowie die Androhung von Zwangsgeld haben belastenden Charakter und stellen im Sinne der Adressatentheorie[9] zumindest einen möglichen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der B gem. Art. 2 Abs. 1 GG dar. B ist antragsbefugt.

IV. Antragsgegner

Der Antragsgegner entspricht dem Klagegegner im Hauptsacheverfahren und ist mangels landesrechtlicher Sonderregelungen anhand des Rechtsträgerprinzips analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zu bestimmen.[10] Rechtsträger der handelnden Ordnungsbehörde ist die Stadt S. Der Antrag richtet sich somit gegen die Stadt S.

V. Form

Der Antrag wurde formgerecht erhoben.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit der B als natürliche Person ergibt sich aus §§ 61 Nr. 1 Var. 1, 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Die Beteiligtenfähigkeit der kreisfreien Stadt S als juristische Person des öffentlichen Rechts ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO. Wegen § 62 Abs. 3 VwGO muss sich die kreisfreie Stadt S im Prozess durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten lassen, das ist nach §§ 63 Abs. 1 S. 1, 40 Abs. 2 S. 3 NRWGO[11] der Oberbürgermeister.

VII. Rechtsschutzbedürfnis

Der Rechtsbehelf in der Hauptsache wurde von B zeitgleich mit dem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz erhoben.[12] Die Erhebung der Anfechtungsklage erfolgte auch fristgemäß, der Rechtsbehelf in der Hauptsache ist somit nicht offensichtlich unzulässig.[13]

Mangels einer einfacheren, kostengünstigeren und schnelleren Möglichkeit zum Erlangen von Rechtsschutz ist das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis der B hinsichtlich Untersa-

---

[6] Zu den Voraussetzungen des Verwaltungsakts *v. Alemann/Scheffczyk*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar zur VwVfG, 51. Ed., Stand: 1.4.2021, § 35 Rn. 111 ff.

[7] *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2020, § 24 Rn. 23 f.

[8] *Hufen* (Fn. 1), § 32 Rn. 34.

[9] Näheres zu dem Begriff der Adressatentheorie in der Klagebefugnis in *Ramsauer*, JuS 2012, 769 (774).

[10] *Detterbeck* (Fn. 4), § 33 Rn. 1500.

[11] Regelungen zur Vertretungsbefugnis von Bürgermeistern in den verschiedenen Landesgesetzen: §§ 23, 42 ff. GO BW; Art. 34 ff. BayGO; §§ 51 ff. BbgKVerf; §§ 39 ff. HessGO; §§ 21, 37 ff. KV MV; §§ 80 ff. NdsKomVG; §§ 28, 47 ff. GO Rh.-Pf.; §§ 29, 54 ff. KSVG; §§ 48 ff. SächsGO; §§ 60 ff. KVG LSA; §§ 55 ff. GO SH; §§ 22, 28 ff. ThürKO.

[12] Zum Teil wird vertreten, dass die vorherige Erhebung der Klage in der Hauptsache für das Bestehen des Rechtsschutzbedürfnisses zwingend wäre. Dies widerspricht aber dem eindeutigen Wortlaut aus § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO, wonach der Antrag schon vor Erhebung der Klage zulässig ist. Dazu *Puttler*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 129.

[13] Siehe zu den Umständen der offensichtlichen Unzulässigkeit *Puttler* (Fn. 12), § 80 Rn. 129.

gungsverfügung und Zwangsgeldandrohung gegeben. Insbesondere muss sich B nicht auf eine Antragsstellung gem. § 2 FBalV verweisen lassen. Durch den Erlass der Verbotsverfügung hat die Behörde unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass ein Antrag auf Erhalt einer Ausnahmegenehmigung aussichtslos wäre.

VIII. Zwischenergebnis

Der von B erhobene Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bezüglich der Untersagungsverfügung ist zulässig. Gleiches gilt für den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung bezüglich der Zwangsmittelandrohung.

B. Objektive Antragshäufung

Die Anträge bezüglich Untersagungsverfügung und Zwangsgeldandrohung richten sich gegen die Stadt S und somit gegen denselben Antragsgegner, stehen in sachlichem Zusammenhang und fallen in den Zuständigkeitsbereich desselben Gerichts. Somit liegen die Voraussetzungen der objektiven Antragshäufung gem. § 44 VwGO vor.[14]

C. Begründetheit bezüglich der Untersagungsverfügung

Der Antrag der B auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO ist hinsichtlich der Untersagungsverfügung begründet, soweit die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist und/oder das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt.[15]

I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist formell rechtmäßig, wenn Zuständigkeit, Verfahren und Form eingehalten wurden.

Zuständig für die Anordnung ist die Erlassbehörde der Ausgangsverfügung und somit die für die Untersagungsverfügung zuständige Behörde. Vorliegend war die Ordnungsbehörde der Stadt S Erlass- und Anordnungsbehörde, sodass die Zuständigkeit gewahrt wurde. Es bedarf nach ganz überwiegender Ansicht keiner Anhörung gem. § 28 NRWVwVfG[16] innerhalb des Verfahrens zur Anordnung der sofortigen Vollziehung.[17]

Zuletzt müsste die Anordnung gem. § 80 Abs. 3 VwGO hinreichend begründet sein. Das besondere Interesse an dem sofortigen Vollzug liegt in der zeitlichen Nähe zur Geburtstagsfeier der B. Die Feier soll am 24.7.2020 stattfinden, der Verwaltungsakt ergeht am 13.7.2020. Eine schriftliche Begründung liegt vor.[18]

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist formell rechtmäßig.

II. Interessenabwägung

Es ist anzunehmen, dass das Aussetzungsinteresse das Vollzugsinteresse überwiegt, wenn die von der Ordnungsbehörde erlassene Untersagungsverfügung nach summarischer Prüfung[19] rechtswidrig ist und B in ihren Rechten verletzt.[20]

Die Untersagungsverfügung ist rechtmäßig, wenn sie im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung auf eine wirksame Ermächtigungsgrundlage gestützt werden konnte und wenn sie in formell und materiell rechtmäßiger Weise erlassen wurde.

1. Ermächtigungsgrundlage

Die FBalV enthält selbst keine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Untersagungsverfügung.[21] Mangels anderer Spezialbefugnisse kommt als Ermächtigungsgrundlage lediglich die Generalklausel des § 14 Abs. 1 NRWOBG[22] in Betracht.

---

[14] *Wysk*, in: Wysk (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl. 2020, § 44 Rn. 5 ff.

[15] Im Rahmen der Prüfung von § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO ist zunächst die Anordnung der sofortigen Vollziehung auf ihre formelle Rechtmäßigkeit hin zu untersuchen. Es ist allerdings streitig, was die Rechtsfolge ist, wenn ohne stattgefundene Interessenabwägung bereits die Anordnung formell rechtswidrig ist. Zu dem (hier nicht relevanten) Streit *Niedzwicki*, JuS 2009, 226.

[16] Die Landesgesetze des VwVfG sind in der Regel identisch zum Bundes-VwVfG.

[17] Nach ganz überwiegender Ansicht stellt die Anordnung der sofortigen Vollziehung keinen eigenständigen Verwaltungsakt dar und bedarf somit zur formellen Rechtmäßigkeit auch keiner vorherigen Anhörung. Dazu *Hufen* (Fn. 1), § 32 Rn. 16.

[18] Es kommt nicht auf die inhaltliche Richtigkeit der Begründung an; es handelt sich lediglich um ein formales Kriterium. Dennoch darf die Begründung nicht formelhaft sein und muss auf die Umstände im Einzelfall abstellen. Wesentliche Mängel der Begründung können zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts führen. Siehe zum Begründungserfordernis *Tiedemann*, in: Bader/Ronellenfitsch (Fn. 6), § 39 Rn. 94 f.

[19] In der Praxis findet eine bloß summarische Prüfung statt. Das bedeutet, dass es vielmehr auf eine offensichtliche (Un-)Zulässigkeit oder (Un-)Begründetheit ankommt und im Zweifel eine Abwägungsentscheidung im Wege der „Doppelfiktion" getroffen wird (Was wäre, wenn die Entscheidung sofort vollzogen würde, die Klage letztlich aber erfolgreich wäre? – Was wäre, wenn die aufschiebende Wirkung wiederhergestellt werden würde, die Klage sich aber als erfolglos erwiese?). Eine summarische Prüfung stellt eine Absenkung des Prüfungsmaßstabes in tatsächlicher Hinsicht dar. In der Regel kann somit auf Beweiserhebungen verzichtet werden. Siehe dazu *Hufen* (Fn. 1), § 32 Rn. 39.

[20] *Hufen* (Fn. 1), § 32 Rn. 39.

[21] § 1 FBalV enthält nur ein Verbot und keine eigenständige Ermächtigungsgrundlage zum Erlass eines Verwaltungsakts.

[22] Gefahrenabwehrrechtliche Generalklauseln in den verschiedenen Landesgesetzen: Art. 11 Abs. 1 BayPAG; Art. 7 Abs. 2, Abs. 3 BayLStVG; § 10 Abs. 1 BbgPolG; § 13 Abs. 1 BbgOBG; § 17 Abs. 1 BerlASOG; § 10 Abs. 1 BremPolG; § 3 BWPolG; § 3 HambSOG; § 11 HessSOG; § 13 MVSOG; § 11 NPOG; § 9 Abs. 1 RPPOG; § 8 Abs. 1 SaarlPolG; § 12

2. Formelle Rechtsmäßigkeit

Der Verwaltungsakt müsste formell rechtmäßig ergangen sein. Dazu müsste die Zuständigkeit gewahrt worden sein. Es handelte die zuständige Ordnungsbehörde. Hinsichtlich des Verfahrens bedarf es gem. § 28 Abs. 1 NRWVwVfG einer Anhörung. Diese ist in dem Anruf der Behörde bei B zu sehen.[23] Da B von der Ordnungsbehörde einen Brief erhielt, wurde die gem. § 20 Abs. 1 NRWOBG[24] erforderliche Schriftform gewahrt.[25] Die Verfügung ist formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Gem. § 14 Abs. 1 NRWOBG kann die Ordnungsbehörde die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im Einzelfall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren. Es müsste eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bestehen.

a) Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung

Das Aufsteigen der Flugballons müsste eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellen. Unter einer Gefahr i.S.v. § 14 Abs. 1 NRWOBG ist die im Einzelfall bestehende konkrete Gefahr zu verstehen.[26] Erforderlich ist eine Sachlage, die bei ungehindertem Geschehensablauf in absehbarer Zeit einen Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ernstlich befürchten lässt.[27] Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, den Bestand des Staates, seiner Einrichtungen und Veranstaltungen sowie den Schutz von Individualrechtsgütern.[28]

aa) Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung

Das beabsichtigte Handeln der B könnte gegen die Verbotsvorschrift des § 1 FBalV und damit gegen die geschriebene Rechtsordnung verstoßen. § 1 FBalV zufolge ist es im Gebiet der Stadt S verboten, Flugballons in Form unbemannter Flugobjekte zu verwenden. B möchte an ihrem Geburtstag die „Sternenhimmel“-Attraktion in Anspruch nehmen und Flugballons in den Himmel aufsteigen lassen. Dies verstößt gegen das Verwendungsverbot aus § 1 FBalV.

Allerdings setzt dies voraus, dass § 1 FBalV überhaupt wirksam ist. Die Flugballonverordnung ist nur dann Teil der objektiven Rechtsordnung, wenn sie selbst rechtmäßig ist.

(1) Ermächtigungsgrundlage

Die FBalV wurde von der Stadt S erlassen. Die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der FBalV als kommunale Gefahrenabwehrverordnung ergibt sich aus § 27 Abs. 1 NRWOBG[29].[30]

(2) Formelle Rechtmäßigkeit

Die FBalV müsste formell rechtmäßig sein.

(a) Zuständigkeit

Die Stadt S müsste für den Erlass der FBalV zuständig gewesen sein. Aus §§ 26, 27 NRWOBG ergibt sich die Verbandszuständigkeit der Gemeinden.[31] Ferner ergibt sich die Organzuständigkeit des Rates als Vertretung der Stadt S i.S.d. § 27 Abs. 4 NRWOBG aus §§ 40 Abs. 2 S. 1, 41 Abs. 1 S. 1 NRWGO[32]. Der Rat der Stadt S ist zuständig.

(b) Verfahren

Das Verfahren müsste ordnungsgemäß erfolgt sein. Der Rat handelt als Vertretung der Gemeinde durch Ratsbeschluss. Für die Rechtmäßigkeit des Ratsbeschlusses sind die §§ 47 ff. NRWGO maßgeblich. Die FBalV wurde am 18.5.2020 ordnungsgemäß verkündet. Dabei wurden alle im Sachverhalt nicht explizit erwähnten Verfahrensschritte ordnungsgemäß durchgeführt. Mangels anderweitiger Angaben ist hinsichtlich des Erlasses der FBalV lediglich die Beschlussfähigkeit des Rates fraglich.

Gem. § 49 Abs. 1 S. 1 NRWGO ist der Rat beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der gesetzlichen Mitgliederzahl des Rates anwesend sind. Die gesetzliche Mitgliederzahl ergibt sich aus §§ 3 Abs. 2 lit. a, 4 S. 1 NRWKommunalWahlG i.V.m. § 40 Abs. 2 S. 2 NRWGO.

Abs. 1 SächsPVDG; § 13 Abs. 1 SächsPBG; § 13 SaSOG; § 174 SHLVwG; § 12 Abs. 1 ThürPAG; § 5 Abs. 1 ThürOBG.

[23] Vgl. dazu *Herrmann*, in: Bader/Ronellenfitsch (Fn. 6), § 28 Rn. 17.

[24] Zudem in § 19 Abs. 1 S. 1 BbgOBG.

[25] Über § 12 Abs. 2 NRWOBG finden die im NRWOBG geregelten Vorschriften auch bei Sonderordnungsbehörden Anwendung. Das gilt beispielsweise auch für die Schriftform aus § 20 Abs. 1 NRWOBG.

[26] Näheres zum Gefahrenbegriff in *Korte/Dittrich*, JA 2017, 332.

[27] *Worms/Gusy*, in: Möstl/Kugelmann (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar zum Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 17. Ed., Stand: 1.3.2021, PolG § 8 Rn. 110.

[28] *Worms/Gusy* (Fn. 27), PolG § 8 Rn. 75.

[29] Regelungen zur kommunalen Gefahrenabwehrverordnung in den verschiedenen Landesgesetzen: §§ 25 ff. BbgOBG; §§ 55 ff. BerlASOG; §§ 48 ff. BremPolG; §§ 10 ff. BWPolG; §§ 1 ff. HambSOG; §§ 71 ff. HessSOG; §§ 17 ff. MVSOG; §§ 54 ff. NPOG; §§ 43 ff. RPPOG; §§ 59 ff. SaarlPolG; §§ 32 ff. SächsPBG; §§ 93 ff. SaSOG; § 175 SHLVwG; § 27 ff. ThürOBG.

[30] Die Rechtmäßigkeit der Verordnung setzt nach Art. 70 NRWLVerf voraus, dass die Verordnung selbst wiederum auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage in Gestalt eines formellen Gesetzes beruht und formell und materiell rechtmäßig ist (dazu *Schroeder*, in: Möstl/Kugelmann [Fn. 27], OBG NRW § 27 Rn. 9, 10).

[31] Die Länder sind über § 26 NRWOBG nur ausnahmsweise zum Erlass befugt. Dies ist gem. § 26 Abs. 2 NRWOBG der Fall, wenn eine landeseinheitliche Regelung notwendig ist. Ob diese Voraussetzung vorliegt, muss nach pflichtgemäßem Ermessen vom Verordnungsgeber ermittelt werden.

[32] Der Rat und die Ratssitzungen nach den Regelungen der verschiedenen Landesgesetze: §§ 24 ff. GO BW; Art. 30 ff. BayGO; §§ 27 ff. BbgKVerf; §§ 49 ff. HessGO; §§ 22 ff. KV MV; §§ 45 ff. NdsKomVG; §§ 29 ff. GO Rh.-Pf.; §§ 32 ff. KSVG; §§ 27 ff. SächsGO; §§ 36 ff. KVG LSA; §§ 27 ff. GO SH; §§ 23 ff. ThürKO.

Gem. § 3 Abs. 2 lit. a NRWKommunalWahlG sind für Gemeinden mit einer Bevölkerungszahl von über 400.000, aber nicht über 550.000 insgesamt 74 Vertreter zu wählen. Die Stadt S hat mit ihrer Bevölkerungszahl von 535.000 Menschen 74 gewählte Vertreter im Rat. Diese Anzahl erhöht sich um den Oberbürgermeister, der gem. § 40 Abs. 2 S. 2 NRWGO ebenfalls als gesetzliches Mitglied dem Rat angehört. Die gesetzliche Mitgliederzahl des Rates i.S.d. § 49 Abs. 1 S. 1 NRWGO beträgt 75. Die Beschlussfähigkeit erfordert demnach die Anwesenheit von 38 Ratsmitgliedern. Bei Beschluss der FBalV waren nur 35 Ratsmitglieder anwesend und somit nicht die geforderte Hälfte der gesetzlichen Mitgliederzahl.

Allerdings wird gem. § 49 Abs. 1 S. 2 NRWGO die Beschlussfähigkeit fingiert. Dies gilt so lange, wie die Beschlussunfähigkeit des Rates nicht positiv festgestellt wurde.[33] Eine solche Feststellung hat nicht stattgefunden. Es ist von der Beschlussfähigkeit des Rates auszugehen. Der Ratsbeschluss erfolgte damit ordnungsgemäß.[34]

(c) Zwischenergebnis

Die Gefahrenabwehrverordnung ist formell rechtmäßig.

(3) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Verordnung müsste zudem materiell rechtmäßig sein.

(a) Abstrakte Gefahr

Es müsste ausweislich des § 27 Abs. 1 NRWOBG eine abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bestehen.[35] Eine abstrakte Gefahr ist immer dann anzunehmen, wenn mit bestimmten Lebenssachverhalten nach allgemeiner Erfahrung und typisierender Betrachtung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung verbunden sind. Es müssen bei abstrakt-genereller Betrachtung hinreichende Anhaltspunkte vorhanden sein, die den Schluss auf den drohenden Eintritt von Schäden rechtfertigen.[36]

Die Verwendung der Flugballons begründet eine abstrakte Gefahr, wenn bei generell-abstrakter Betrachtung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall eintritt. In Betracht kommt die Gefährdung von Rechtsgütern wie Leib, Leben, Eigentum bzw. Kollektivgüter, die bei einem eventuellen Brand von Feuer betroffen sind.

Gegen die Annahme einer abstrakten Brandgefahr spricht, dass die Ballons nur ca. fünf Kilometer weit fliegen. Es ist absehbar, dass sie im Umkreis von fünf Kilometer vom Startpunkt aus erlöschen und zu Boden sinken. Zudem handelt es sich lediglich um eine kleine Feuerquelle. Wie B richtigerweise anführt, besteht eine erhöhte Brandgefahr nur in den Sommermonaten, die sich durch besondere Trockenheit auszeichnen.

Ungeachtet dessen ist die in dem Flugballon vorhandene Feuerquelle offen und lediglich von dem aus Papier bestehenden Ballon umschlossen. Die Hülle des Ballons ist somit leicht entflammbar. Es besteht keine Sicherheit dahingehend, dass der Flugballon nicht auf andere brennbare Gegenstände treffen kann und diese entzündet, denn die Flugbahnen der Ballons sind nicht kontrollierbar. Die Brandgefahr mag bei vorherigem Regen gering sein. Trotzdem lässt sich die Brandgefahr nicht vollkommen ausschließen.[37] Zudem können nicht nur trockene Bäume in Brand geraten. Die Flugballons können auch Brandschäden an Häusern hervorrufen.

Im Ergebnis ist eine von den Flugballons ausgehende abstrakte Gefahr zu bejahen.

(b) Pflichtigkeit

Mangels einer über §§ 17–19 NRWOBG[38] hinausgehenden Pflichtigkeit entspricht die Verantwortlichkeit den allgemeinen Voraussetzungen zur ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit.[39]

(c) Verhältnismäßigkeit und Ermessen

Als ungeschriebener Teil des aus Art. 20 Abs. 3 GG resultierenden Rechtsstaatsprinzips müsste die Verordnung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren.[40] Der Schutz vor Brandgefahr stellt ein legitimes Ziel zum Erlass der Verordnung dar. Sie ist aber nur dann erforderlich, wenn es kein milderes Mittel mit zumindest gleicher Erfolgstauglichkeit gibt. In Betracht kommt ein Verbot, welches lediglich auf die Sommermonate oder auf die Trockenheit zum Zeitpunkt der Verwendung abstellt. Allerdings wäre ein Verbot in dieser Form nicht gleich wirksam, um der Brandgefahr insgesamt vorzubeugen. Trockenperioden kann es zu jeder Jahreszeit geben und das Abstellen auf vorangegangene Regenperioden ist nicht pauschalisiert möglich. Zudem sieht § 2 FBalV vor, dass im Einzelfall ein Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung gestellt werden kann. Damit ist das Starten von Flugballons nicht pauschal verboten und konkrete Umstände

[33] *Rohde*, in: Dietlein/Heusch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Kommunalrecht NRW, 15. Ed., Stand: 1.3.2021, § 49 Rn. 7 ff.

[34] Für die Nichtanwendung des § 49 Abs. 1 S. 2 NRWGO liegen keine Anhaltspunkte vor. Die Nichtanwendung wird bei evidenter Unterschreitung der zur Beschlussfähigkeit erforderlichen Anzahl an Ratsmitgliedern sowie bei positiver Kenntnis der Anwesenden vertreten. Dazu OVG NRW, Urt. v. 8.3.1973 – III B 44/73 = DVBl. 1973, 646 (648).

[35] *Kingreen/Poscher* (Fn. 7), § 23 Rn. 15.

[36] *Schroeder* (Fn. 30), OBG NRW § 26 Rn. 8 ff.

[37] Zu dem Bestehen der abstrakten Gefahr durch Fluglaternen BVerwG NJW 2018, 325 (327).

[38] Zu den Regelungen über die Pflichtigkeit in den verschiedenen Landesgesetzen: Art. 7, 8 BayPAG; Art. 9 Abs. 1, Abs. 2 BayLStVG; §§ 5, 6 BbgPolG; §§ 16, 17 BbgOBG; §§ 13, 14 BerlASOG; §§ 5, 6 BremPolG; §§ 6, 7 BWPolG; §§ 8, 9 HambSOG; §§ 6, 7 HessSOG; §§ 68–70 MVSOG; §§ 6, 7 NPOG; §§ 4, 5 NRWPolG; §§ 4, 5 RPPOG; §§ 4, 5 SaarlPolG; §§ 6, 7 SächsPVDG; §§ 14, 15 SächsPBG; §§ 7, 8 SaSOG; §§ 217–219 SHLVwG; §§ 7, 8 ThürPAG; §§ 10, 11 ThürOBG.

[39] *Kingreen/Poscher* (Fn. 7), § 23 Rn. 18.

[40] *Schroeder* (Fn. 30), OBG NRW § 28 Rn. 1 ff.

können im Einzelfall zu einem abweichenden Ergebnis führen. Dies macht deutlich, dass die Regelung auf eine hinreichende Einzelfallgerechtigkeit abzielt. Die Verordnung ist somit verhältnismäßig. Mangels ersichtlicher Ermessensfehler ist sie zudem ermessensfehlerfrei.

(d) Kein Verstoß gegen höherrangigere Rechtsvorschriften

Schließlich müsste die FBalV der Stadt S auch den Anforderungen des § 28 NRWOBG genügen. Ein Verstoß gegen höherrangiges Bundes- oder Verfassungsrecht kommt nicht in Betracht. Allerdings könnte ein Verstoß im Hinblick auf die vom Innenministerium NRW erlassene Fluglaternenverordnung vom 13.7.2009 (NRWFLatV[41]) vorliegen.

Gem. § 28 Abs. 1 NRWOBG dürfen ordnungsbehördliche Verordnungen keine Bestimmungen enthalten, die mit den Verordnungen einer höheren Behörde in Widerspruch stehen. Laut Sachverhalt sind beide Verordnungen inhaltsgleich, sodass die FBalV nicht im Widerspruch zu der auf § 26 Abs. 1 NRWOBG gestützten NRWFLatV steht. Ein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 NRWOBG liegt nicht vor.

Gem. § 28 Abs. 2 NRWOBG darf die Verordnung einer nachgeordneten Ordnungsbehörde nur dann ergänzende Regelungen enthalten, sofern die Verordnung der höheren Behörde dies ausdrücklich zulässt. Hieraus ergibt sich, dass die Verordnung der höheren Behörde als abschließende Regelung anzusehen ist, sofern nichts anderes geregelt ist. Dementsprechend steht die Ausübung des Verordnungsrechts der §§ 25 ff. NRWOBG unter der durch § 28 Abs. 2 NRWOBG gesetzten Bedingung, dass die Angelegenheit nicht bereits durch höherrangiges Recht geregelt ist.[42]

Die NRWFLatV sieht keine Befugnis für ergänzende Regelungen durch nachgeordnete Ordnungsbehörden vor und stellt damit eine abschließende Regelung für den Umgang mit Himmelslaternen dar. Die inhaltsgleiche FBalV verstößt damit gegen § 28 Abs. 2 NRWOBG.

(e) Zwischenergebnis hinsichtlich der FBalV

Die FBalV der Stadt S ist materiell rechtswidrig. Eine Verletzung der geschriebenen Rechtsordnung als Element der öffentlichen Sicherheit kann nicht auf einen drohenden Verstoß gegen die FBalV gestützt werden.

(4) Verstoß gegen § 1 Fluglaternenverordnung NRW

Das beabsichtigte Handeln der B könnte jedoch gegen die inhaltsgleiche NRWFLatV und damit gegen die objektive Rechtsordnung verstoßen. Die Untersagungsverfügung kann ebenso auf einen Verstoß gegen die NRWFLatV i.V.m. § 14 Abs. 1 NRWOBG gestützt werden, weil der Rechtsgrund bereits zum Erlasszeitpunkt vorlag und damit keine Wesensänderung des Verwaltungsakts einher geht.[43]

§ 1 NRWFLatV zufolge ist es im gesamten Landesgebiet verboten, Fluglaternen in Form unbemannter Flugobjekte zu verwenden. B möchte an ihrem Geburtstag die „Sternenhimmel“-Attraktion in Anspruch nehmen und Flugballons in den Himmel steigen lassen. Dies verstößt gegen das Verwendungsverbot der NRWFLatV.

Die Verordnung beruht auf § 26 Abs. 1 NRWOBG. Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der NRWFLatV bestehen mangels anders lautender Angaben keine Bedenken.

Ob eine einheitliche Regelung für das ganze Land gem. § 26 Abs. 2 NRWOBG geboten ist, hat der Verordnungsgeber im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens zu ermitteln. Trotz der vergleichsweisen geringen Reichweite von Fluglaternen ist es nicht ausgeschlossen, dass diese über die Grenzen eines Regierungsbezirks hinwegfliegen. Folglich durfte das Innenministerium eine landeseinheitliche Regelung für geboten erachten.

Hinsichtlich der materiellen Rechtsmäßigkeit kann auf die obigen Ausführungen zur inhaltsgleichen FBalV (unter 3. a)–c) verwiesen werden. Die NRWFLatV ist rechtmäßig und damit Teil der objektiven Rechtsordnung.

(5) Zwischenergebnis

Ein Verstoß der B gegen § 1 NRWFLatV würde die geschriebene Rechtsordnung als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit verletzen.[44]

bb) Konkrete Gefahr

Es müsste entsprechend § 14 Abs. 1 NRWOBG eine konkrete Gefahr im Einzelfall vorliegen. Dazu bedarf es zum Zeitpunkt des Einschreitens objektiver Anhaltspunkte, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft auf eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit schließen lassen.[45] B will die „Sternenhimmel“-Attraktion an ihrem Geburtstag vorführen. Bei der telefonischen Anhörung hat B deutlich gemacht, dass sie die Bedenken der Behörde nicht nachvollziehen kann. Mithin liegen objektive Anhaltspunkte dafür vor, dass B in naher Zukunft gegen § 1 NRWFLatV verstoßen wird. Eine konkrete Gefahr ist gegeben.[46]

cc) Verantwortlichkeit

B müsste zudem Verantwortliche nach den §§ 17–19 NRWOBG sein. Sie ist gem. § 17 Abs. 1 NRWOBG verhaltensverantwortlich, wenn sie die Gefahr unmittelbar verursacht.[47] B plant, die Flugballons eigenhändig steigen zu lassen und führt somit die Gefahrenlage kausal und unmittelbar herbei.[48]

---

[41] Eine solche Verordnung wurde auch in anderen Bundesländern erlassen: BbgFlugLatV; SaFlugLatV.

[42] Dazu *Schroeder* (Fn. 30), OBG NRW § 28 Rn. 6.

[43] Vgl. zum Aspekt des Nachschiebens von Gründen *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2018, § 45 Rn. 45 ff.

[44] In Betracht kommt zudem die Betroffenheit von Individualrechtsgütern, etwa aufgrund einer Brandgefahr für umstehende Häuser.

[45] *Kingreen/Poscher* (Fn. 7), § 8 Rn. 2.

[46] Hinsichtlich der Betroffenheit von Individualrechtsgütern müsste aufgrund der geringen Brandgefahr bei regnerischer Wetterlage das Vorliegen einer konkreten Gefahr abgelehnt werden.

[47] OVG NRW NVwZ 1997, 507 (508).

[48] Zur Unmittelbarkeit *Kingreen/Poscher* (Fn. 7), § 9 Rn. 11.

B ist damit als Verhaltensverantwortliche zu qualifizieren. Neben B kommt auch A als Verhaltensverantwortliche oder Zweckveranlasserin in Betracht, da diese das erforderliche Material auf ihrem Grundstück bereitstellt.

b) Rechtsfolge: Ermessen und Verhältnismäßigkeit

Die Ordnungsbehörde müsste bezüglich des Verbots ermessensfehlerfrei gehandelt haben. Bei der Beurteilung der Ermessensausübung ist zwischen Entschließungsermessen und Auswahlermessen zu unterscheiden.

aa) Entschließungsermessen

Das Entschließungsermessen bezieht sich auf die Entscheidung der Behörde, ob sie überhaupt tätig werden soll.[49] Gegen die Notwendigkeit des Tätigwerdens könnten die tatsächlichen Umstände zum Zeitpunkt des Verbots am 13.7.2020 sprechen. Zum Zeitpunkt des Erlasses der Untersagungsverfügung war ersichtlich, dass es in den zwei Wochen vor Stattfinden des Geburtstages zu vermehrten Regenfällen kommt. Die Brandgefahr am 24.7.2020 war damit als gering einzustufen.

Ungeachtet der vergleichsweise geringen Brandgefahr bestand die konkrete Gefahr, dass B gegen das Verbot des § 1 NRWFLatV verstoßen würde. Einen Antrag auf Ausnahmegenehmigung gem. § 2 NRWFLatV hat B nicht gestellt. Die Behörde war somit an das Verbot aus § 1 NRWFLatV gebunden und musste von einer konkreten Gefahr für die objektive Rechtsordnung ausgehen. Die Behörde hat ihr Entschließungsermessen fehlerfrei ausgeübt.[50]

bb) Auswahlermessen

Zudem müsste die Behörde hinsichtlich des Auswahlermessens fehlerfrei gehandelt haben. Dieses bezieht sich auf die Auswahl sowie auf die Ausübung der gewählten Maßnahme.[51] Dass A ebenfalls zum Kreis der Verantwortlichen gehört, ist unschädlich. Nach dem Grundsatz der effektiven Gefahrenabwehr konnte sich die Behörde an die unmittelbar handelnde B wenden.[52] Die Untersagungsverfügung stellt ein angemessenes Mittel zur Gefahrenabwehr dar. Die Behörde handelte auch bezüglich des Auswahlermessens fehlerfrei.

cc) Zwischenergebnis

Die Behörde handelte ermessensfehlerfrei und verhältnismäßig.

c) Zwischenergebnis

Die Untersagungsverfügung ist materiell rechtmäßig.

d) Rechtsverletzung

Die Untersagungsverfügung schränkt die Rechte der B in rechtmäßiger Weise ein. Es liegt im Ergebnis keine Rechtsverletzung vor.

4. Zwischenergebnis

Die Untersagungsverfügung ist rechtmäßig. Mithin überwiegt das Vollzugsinteresse das Aussetzungsinteresse.

III. Zwischenergebnis

Der Antrag ist hinsichtlich der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in Bezug auf die Untersagungsverfügung unbegründet.

D. Begründetheit bezüglich der Androhung des Zwangsgeldes

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO ist begründet, soweit das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das Vollzugsinteresse der Behörde überwiegt. Dies ist der Fall, soweit die Androhung des Zwangsgeldes nach summarischer Prüfung rechtswidrig ist und die B in ihren Rechten verletzt.

Die Androhung ist wiederum rechtmäßig, wenn sie auf einer Ermächtigungsgrundlage beruht, von der in formell und materiell rechtmäßiger Weise Gebrauch gemacht wurde.

I. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Zwangsgeldandrohung sind die §§ 55 Abs. 1, 57 Abs. 1 Nr. 2, 60, 63 NRWVwVG[53].

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Zwangsgeldandrohung ist formell rechtmäßig. Die Androhung erfolgte schriftlich und ist durch Nennung der Höhe des Zwangsgeldes auch hinreichend konkret (§ 63 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 NRWVwVG). Zudem wurde die Verfügung der B gem. § 63 Abs. 6 NRWVwVG i.V.m. § 1 Abs. 2 NRWLandeszustellungsgesetz förmlich zugestellt.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Androhung des Zwangsgeldes müsste auch materiell rechtmäßig sein.

1. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Für eine rechtmäßige Androhung müssen zunächst die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen in Form einer vollstreckbaren Grundverfügung i.S.d. § 55 Abs. 1 NRWVwVG vorliegen. Ein Verwaltungsakt ist gem. § 55 Abs. 1 NRW-

[49] Zum Ermessensbegriff siehe in *Beaucamp*, JA 2006, 74 (75).
[50] Es erscheint bei entsprechender Argumentation vertretbar, dass die Behörde den Widerspruch der B im Rahmen der Anhörung als einen begründeten Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung hätte ansehen müssen und daher ermessensfehlerhaft handelte.
[51] *Beaucamp*, JA 2006, 74 (75).
[52] *Kingreen/Poscher* (Fn. 7), § 9 Rn. 89.
[53] Regelungen zur Zwangsvollstreckung in den verschiedenen Landesgesetzen: Art. 70 ff. BayPAG; §§ 53 ff. BbgPolG; §§ 15 ff. BbgVwVG; §§ 40 ff. BremPolG; §§ 49 ff. BWPolG; §§ 47 ff. HessSOG; §§ 79 ff. MVSOG; §§ 64 ff. NPOG; §§ 57 ff. RPPOG; §§ 44 ff. SaarlPolG; §§ 39 ff. SächsPVDG; §§ 53 ff. SaSOG; §§ 51 ff. ThürPAG; §§ 43 ff. ThürVwZVG; §§ 228 ff. SHLVwG; §§ 8 Abs. 1 BerlVwVfG, 6 ff. BVwVG; §§ 14 ff. HambVwVG.

VwVG vollstreckbar, wenn er auf eine Unterlassung gerichtet ist. Dies ist hinsichtlich der vorliegenden Untersagungsverfügung zu bejahen. Zudem muss der Verwaltungsakt entweder unanfechtbar oder gem. § 80 Abs. 2 VwGO sofort vollziehbar sein. Hinsichtlich der an B gerichteten Untersagungsverfügung wurde gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung durch die Behörde angeordnet.

2. Richtiges Zwangsmittel

Das Zwangsgeld ist ein gem. §§ 57 Abs. 1 Nr. 2, 60 NRW-VwVG zulässiges Zwangsmittel.

3. Höhe des Zwangsgeldes

Schließlich müsste die Höhe des angedrohten Zwangsgeldes angemessen sein. Das Zwangsgeld soll psychischen Druck auf die Verfügungsadressatin ausüben, um eine Befolgung des Verwaltungsakts zu erreichen.[54] Die Höhe des Zwangsgeldes ist gem. § 60 Abs. 1 NRWVwVG auf hunderttausend Euro begrenzt, wobei das wirtschaftliche Interesse der Betroffenen an der Nichtbefolgung des Verwaltungsaktes zu berücksichtigen ist. Der wohlhabenden B wurde ein Zwangsgeld i.H.v. 1.000 € angedroht. B hat als Gastgeberin der Geburtstagsfeier kein wirtschaftliches Interesse an der Missachtung des Verbots. Angesichts ihrer Vermögensverhältnisse erscheint das Zwangsgeld jedoch angemessen, um eine ausreichende Beugewirkung zu erzeugen.[55]

IV. Zwischenergebnis

Die Androhung des Zwangsgeldes ist sowohl formell als auch materiell rechtmäßig. Es überwiegt das Vollzugsinteresse der Behörde. Die aufschiebende Wirkung wird nicht angeordnet.

E. Gesamtergebnis

Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz ist insgesamt unbegründet und hat keinen Erfolg.

[54] Zum Begriff des Beugemittels *Kingreen/Poscher* (Fn. 7), § 24 Rn. 11.

[55] Es wäre verfehlt, für die Bemessung des Zwangsgeldes auf den Bußgeldrahmen der Verordnung (§ 2 S. 2 NRWFLatV) abzustellen. Dem Bußgeld kommt Strafcharakter zu, sodass es funktional vom Zwangsgeld als Beugemittel zu unterscheiden ist.

Übungsklausur: Ein eisiger Weg zur Universität

Von Wiss. Mitarbeiter **Christian Benz**, Köln*

Der Fall wurde als Abschlussklausur zur Vorlesung im allgemeinen Verwaltungsrecht an der Universität zu Köln im Wintersemester 2019/2020 gestellt. Er ist angelehnt an BGH NJW 2014, 3580. Thematisiert wurde eine Reihe klassischer, amtshaftungsrechtlicher Problemstellungen. Die Studierenden sollten sich zum einen mit der Frage∗ beschäftigen, inwiefern eine Privatperson ein Beamter im haftungsrechtlichen Sinne sein könne. Zum anderen sollte sich mit der Anwendbarkeit der Subsidiaritätsklausel gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB auseinandergesetzt werden. Die Schreibzeit betrug 120 Minuten.

Sachverhalt

Am 31.1.2020 schneit es entgegen dem Trend zu wärmeren Wintermonaten bereits seit einigen Tagen. Dennoch nimmt das tägliche Arbeits- und Studentenleben in der kreisfreien Stadt G, die in NRW liegt, weiterhin seinen Lauf. Auch Jurastudent A lässt sich von dem vielen Schnee nicht beirren, zieht seine Winterschuhe mit Profilsohle an und macht sich gegen 9:30 Uhr auf den Weg zur Universität. Dort möchte er die letzte Vorlesung seines Lieblingsfaches „Allgemeiner Teil des Verwaltungsrechts“ hören.

Nach kurzem Fußweg betritt er die Straßenbahnhaltestelle am Z-Platz, die auch an diesem Tag vollständig mit Schnee bedeckt ist. Er geht in Richtung des vorderen Teils der Haltestelle, als er auf der schneebedeckten Glatteisfläche ausrutscht, stürzt und sich den Unterarm bricht. A entstehen dadurch Heilbehandlungskosten in Höhe von 500 €.

Grund für den Sturz ist, dass bei der Straßenbahnhaltestelle am Z-Platz keine Winterwartung verrichtet worden ist. Verantwortlich für die Winterwartung an der besagten Straßenbahnhaltestelle ist auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung mit der Stadt G die U-GmbH, deren Gesellschafter allesamt natürliche Personen sind. Der Mitarbeiter M der U-GmbH hatte während der Verrichtung des Winterdienstes aus Unachtsamkeit nicht an der Bahnhaltestelle gestreut. Hätte M ordnungsgemäß gestreut, wäre A mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht ausgerutscht und gefallen.

A ist zwar zutreffend der Ansicht, dass er sich die Heilbehandlungskosten von seiner Unfallversicherung erstatten lassen kann. Er befürchtet allerdings, dass dadurch seine Beiträge steigen könnten. Deshalb würde er gerne die Stadt G in Anspruch nehmen.

Auszug aus dem Straßenreinigungsgesetz NRW (StrReinG NRW)

§ 1

(1) Die öffentlichen Straßen innerhalb der geschlossenen Ortslagen sind von den Gemeinden zu reinigen, Bundesstraßen, Landesstraßen, Radschnellverbindungen des Landes und Kreisstraßen jedoch nur, soweit es sich um Ortsdurchfahrten handelt. Die Gemeinden können diese Aufgabe einer nach § 114a der Gemeindeordnung durch sie errichteten Anstalt des öffentlichen Rechts übertragen.

(2) Die Reinigung umfasst als Winterwartung insbesondere:

1. das Schneeräumen auf den Fahrbahnen und Gehwegen,
2. das Bestreuen der Gehwege, Fußgängerüberwege und gefährlichen Stellen auf den Fahrbahnen bei Schnee- und Eisglätte.

(3) […]

Fallfrage

Hat A gegen G einen Anspruch auf Schadensersatz?

Bearbeitungsvermerk

Auf die abgedruckten Normen wird hingewiesen. Gehen Sie davon aus, dass eine Bahnhaltestelle ein Gehweg im Sinne des StrReinG NRW ist. Gehen Sie auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen – ggf. hilfsgutachterlich – ein. Normen des StrWG NRW sind nicht zu prüfen. Der Aufopferungsanspruch ist nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

A könnte einen Anspruch auf Schadenersatz i.H.v. 500 € gegen die kreisfreie Stadt G aus dem Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG haben.

I. Haftungsbegründung

Die Haftung müsste begründet sein. Dazu ist es erforderlich, dass jemand schuldhaft und in Ausübung eines öffentlichen Amtes eine drittgerichtete Amtspflicht verletzt hat.

1. Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes

Es müsste jemand in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt haben. Als maßgebliches Verhalten kommt die Winterwartung durch den Mitarbeiter M der U-GmbH an der Straßenbahnhaltestelle am Z-Platz in Betracht.

a) Öffentliches Amt

Dieses Verhalten müsste ein „öffentliches Amt“ darstellen, also hoheitlich sein.[1] Entscheidend ist hierfür, dass öffentlich-rechtlich gehandelt wurde.[2] Ob eine Tätigkeit dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, bestimmt sich maßgeblich nach den zu Grunde liegenden Rechtsnormen. Sind diese öffentlich-rechtlich, so ist auch die Tätigkeit als öffentlich-rechtlich

* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht an der Universität zu Köln.

[1] *Papier/Shirvani*, in: Säcker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 839 Rn. 195; BGH NJW 2014, 3580.

[2] *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2021, Rn. 1056; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 86 Rn. 4.

zu qualifizieren.[3] Eine Norm ist nach der (modifizierten) Subjektstheorie dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet.[4]

Jedem, der eine Gefahrenquelle eröffnet, obliegen Verkehrssicherungspflichten. Dieser dem Deliktsrecht inhärente Grundsatz gilt auch für Hoheitsträger. Indem der Hoheitsträger den Bürgern öffentliche Straßen zur Nutzung zur Verfügung stellt, eröffnet er eine Gefahrenquelle. Das bedeutet, dass den Hoheitsträger diesbezüglich Verkehrssicherungspflichten treffen. Die Verkehrssicherungspflicht stellt allerdings grundsätzlich kein öffentliches Amt dar, sondern ist eine im Ursprung privatrechtliche Pflicht[5] und Teil des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB.[6] Die taugliche Anspruchsgrundlage stellt im Allgemeinen deshalb diese Norm dar. Jedoch verpflichtet § 1 Abs. 1 S. 1 StrReinG NRW[7] die Gemeinden ausdrücklich, die öffentlichen Straßen zu reinigen. Darunter fällt gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW auch die Winterwartung, insbesondere das Bestreuen der Gehwege. Normadressat und gleichzeitig Verpflichteter ist die Gemeinde, ein Hoheitsträger. Dies macht die Norm öffentlich-rechtlich. Ihre Befolgung, also das Streuen der Straßenbahnhaltestelle am Z-Platz, der Gehweg i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW ist, wird dadurch zu einer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit. Ein öffentliches Amt liegt demnach vor.[8]

b) Jemand

Es müsste „jemand" im Sinne des Amtshaftungsrechts gehandelt haben. Dieser muss kein Beamter im statusrechtlichen Sinne sein.[9] Jemand kann auch ein Angestellter oder Beauftragter des Staates sein (sog. Beamter im haftungsrechtlichen Sinn).[10] Hier handelte der Mitarbeiter M der U-GmbH, einem privatrechtlichen Unternehmen. Die U-GmbH übernahm den Winterdienst aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung zwischen ihr und der Gemeinde G. Insofern ist fraglich, ob M als Beamter im haftungsrechtlichen Sinne zu qualifizieren ist.

Dies bestimmt sich danach, ob die eigentliche Zielsetzung der Tätigkeit als hoheitlich anzusehen ist.[11] Amtsträger im haftungsrechtlichen Sinne können auch Mitarbeiter eines privaten Unternehmens sein. Dies kommt neben den Fällen der Beleihung eines Privatunternehmens mit hoheitlichen Aufgaben dann in Betracht, wenn Private als Verwaltungshelfer bei der Erledigung hoheitlicher Aufgaben tätig werden.[12] Für die Qualifizierung als Beamter im haftungsrechtlichen Sinne bestehen zwei verschiedene Ansätze[13]:

Nach der sog. gelockerten Werkzeugtheorie ist der Private dann als Beamter im haftungsrechtlichen Sinn zu qualifizieren, je stärker der hoheitliche Charakter der Aufgabe in den Vordergrund tritt, je enger die Verbindung zwischen der übertragenen Tätigkeit und der von der öffentlichen Hand zu erfüllenden hoheitlichen Aufgabe und je begrenzter der Entscheidungsspielraum des Privaten ist.[14] Anknüpfungspunkt ist danach vor allem die Natur der verrichteten Aufgabe. Wer eine öffentlich-rechtliche Aufgabe wahrnimmt, der sei Beamter im haftungsrechtlichen Sinn und damit „jemand" im Sinne der Amtshaftungsanspruchs. Nach diesen Grundsätzen ist M als Beamter im haftungsrechtlichen Sinn zu qualifizieren. Die Verrichtung des Winterdienstes ist Aufgabe der Gemeinde. Weiterhin besteht eine enge Verbindung, ja geradezu eine Identität zwischen der hoheitlichen Aufgabe des Winterdienst und der aufgetragenen Tätigkeit der U, verrichtet durch M. Ferner stehen M keine Entscheidungsspielräume zu, er ist genauso an die gesetzlichen Vorgaben des § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW gebunden wie die Gemeinde G, wenn sie ihrer Pflicht selbst nachkommen würde.

Nach der strengen Werkzeugtheorie, die vom Bundesgerichtshof früher vertreten worden ist[15], ist ein Privater als

---

[3] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 3 Rn. 16.

[4] *Maurer* (Fn. 3), § 3 Rn. 13; zu den anderen Abgrenzungstheorien *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 13 ff.; die jeweiligen Ansätze stehen sich nicht konkurrierend gegenüber, was von Kand. – sofern überhaupt angesprochen – erkannt werden sollte, zu diesem Punkt *Sodan*, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 40 Rn. 288.

[5] *Rinne*, NVwZ 2003, 9 (9).

[6] BGH NJW 1968, 443 (443); *Förster*, JA 2017, 721 (721).

[7] Auch die anderen Bundesländer haben vergleichbare Normen erlassen, vgl. § 41 BWStrG, Art. 51 BayStrWG, §§ 1, 3 BerStrReinG, § 49a BbgStrG, § 39 BremLStrG, § 28 HmbWgG, § 50 MVStrG, § 45 SchlHStrWG, § 52 NiedStrG, § 10 HessStrG, § 17 RhPfStrG, § 53 SaarStrG, § 51 SächsStrG, § 47 SAStrG, § 49 ThürStrG.
Zu beachten ist aber, dass die meisten Normen die jeweils verpflichteten Gemeinden dazu ermächtigen, durch Satzung einen Teil der Reinigungspflicht per Satzung auf die Anlieger zu übertragen, vgl. etwa § 4 StrReinG NRW. Andere Länder verpflichten die Anlieger bereits gesetzlich, den Winterdienst durchzuführen, siehe etwa § 4 Abs. 3 BerStrReinG oder § 41 BremLStrG.

[8] Die Frage, ob Verkehrssicherungspflichten überhaupt öffentliche Amtspflichten darstellen oder rein privatrechtlich über § 823 BGB zu lösen sind, wie dies etwa bei BGH NJW 1968, 443 der Fall war, braucht hier nicht beantwortet zu werden. Zum einen hat der nordrhein-westfälische Landesgesetzgeber die allgemeine Verkehrssicherungspflicht für Straßen hoheitlich ausgestaltet, § 9a Abs. 1 StrWG NRW. Zum anderen geht es hier vorrangig um die konkrete Pflicht zur Winterwartung, die in § 1 StrReinG NRW ebenfalls öffentlich-rechtlich geregelt ist, vgl. auch BGH NJW 1991, 33. Abgesehen davon haben außer Hessen alle Länder die Verkehrssicherungspflicht für Straßen gesetzlich als hoheitliche Aufgabe geregelt und damit als öffentliches Amt ausgestaltet, hierzu *Dörr*, in: Gsell u.a. (Hrsg.), Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand. 1.5.2021, § 839 Rn. 120 f.

[9] *Reinert*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 58. Ed.; Stand: 1.5.2021, § 839 Rn. 3 f.

[10] *Detterbeck* (Fn. 2) Rn. 1055.

[11] BGH NJW 2014, 3580 (3581).

[12] BGH NJW 2014, 3580 (3581) mit zahlreichen Nachweisen.

[13] Zur Entwicklung in der Rechtsprechung *Müller*, VersR 2006, S. 326 ff.

[14] BGH NJW 2014, 3580 (3581) mit zahlreichen Nachweisen.

[15] BGH NJW 1967, 1857 (1858).

Beamter im haftungsrechtlichen Sinn zu qualifizieren, wenn die öffentliche Hand in so weitgehendem Maße auf die Durchführung der Arbeiten Einfluss nimmt, dass der Private gleichsam als bloßes „Werkzeug“ oder „Erfüllungsgehilfe“ des Hoheitsträgers handelt und dieser die Tätigkeit des Privaten deshalb wie eine eigene gegen sich gelten lassen muss.[16] Der Anknüpfungspunkt ist demnach nicht die Natur der Aufgabe, sondern der Grad der Bindung zwischen dem Staat und dem Privaten. Mangels eigenem relevanten Entscheidungsspielraum hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ des Winterdienstes, ist M auch als Werkzeug im Sinne dieser strengen Werkzeugtheorie anzusehen.

Ein Streitentscheid zwischen den beiden Theorien ist demnach nicht erforderlich. M ist als Beamter im haftungsrechtlichen Sinn zu qualifizieren.

c) In Ausübung des öffentlichen Amts

Das schädigende Verhalten müsste in Ausübung des öffentlichen Amts erfolgt sein. Dafür ist erforderlich, dass es in einem engen äußeren und inneren Zusammenhang zu dem öffentlichen Amt steht[17], wobei der Begriff der Ausübung nicht zu eng ausgelegt werden darf.[18]

Ein äußerer Zusammenhang besteht dann, wenn das schädigende Verhalten räumlich-zeitlich in den hoheitlichen Tätigkeitsbereich eingebettet ist.[19] Als M es unterließ, die Bahnhaltestelle am Z-Platz zu streuen, befand er sich im Dienst und kam der Aufgabe nach, den Winterdienst zu verrichten. Ein räumlich-zeitlicher, und damit äußerer Zusammenhang ist folglich anzunehmen.

Ein innerer Zusammenhang ist dann gegeben, wenn die Schädigung und die hoheitliche Aufgabenerfüllung als einheitlicher Lebenssachverhalt erscheinen.[20] Die unterbliebene Streuung an der Straßenbahnhaltestelle stellte gerade den Inhalt der übernommenen Verpflichtung dar. Dadurch kann auch ein innerer Zusammenhang angenommen werden. Damit erfolgte das schädigende Verhalten in Ausübung des öffentlichen Amtes.

> *Anmerkung*: Die Feststellung, ob das schädigende Verhalten im inneren Zusammenhang zu der hoheitlichen Tätigkeit erfolgte, ist in Anbetracht der Unterlassung nicht ganz einfach. Deshalb sollten nicht zu hohe Maßstäbe an die Bewertung angelegt werden.

d) Zwischenergebnis

Die Winterwartung durch M stellt damit die Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes dar.

2. Verletzung einer drittgerichteten Amtspflicht

M müsste eine drittgerichtete Amtspflicht verletzt haben.

a) Amtspflicht

Zunächst müsste eine Amtspflicht vorliegen. Gem. Art. 20 Abs. 3 GG ist u.a. die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden. Daraus folgt der Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung[21], der sie bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben verpflichtet, rechtmäßig zu handeln. Konkret trifft M als haftungsrechtlicher Beamter die Amtspflicht, gem. § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW die Winterwartung auf Gehwegen durchzuführen.[22] Zu den Gehwegen im Sinne der Norm zählen ausweislich des Bearbeitervermerks auch die Straßenbahnhaltestellen.

b) Drittgerichtetheit

Die Amtspflicht müsste drittgerichtet sein. Erforderlich ist, dass die Amtspflicht generell Drittrichtung hat (aa), der Geschädigte zum geschützten Personenkreis gehört (bb) und dass das beeinträchtigte Interesse oder Rechtsgut des Geschädigten von der Drittrichtung der verletzten Amtspflicht erfasst wird (cc).[23]

aa) Generelle Drittrichtung

Zunächst müsste die Amtspflicht generell Drittrichtung aufweisen. Dies ist der Fall, wenn die Amtspflicht jedenfalls auch den Schutz des Individuums bezweckt.[24] § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW bezweckt (zumindest auch) den Schutz der körperlichen Unversehrtheit der Bürger, die sich auch im Winter im öffentlichen Straßenraum bewegen. Deshalb bezweckt die Norm zumindest auch den Schutz der Individuen. Sie ist daher generell drittgerichtet.[25]

bb) Persönlicher Schutz

A als Geschädigter müsste zum geschützten Personenkreis gehören. § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW schützt all jene Personen, die sich im öffentlichen Straßenraum bewegen. A hat sich im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses

[16] BGH NJW 1971, 2220 (2221); BGH NJW 2014, 3580 (3581).
[17] *Dörr* (Fn. 8), § 839 Rn. 133.
[18] BGH NJW 2002, 3172 (3173).
[19] *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 1059.
[20] *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 1060.
[21] Siehe nur *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 94. Aufl. 2021, Art. 20 VI Rn. 73.
[22] Diese Pflicht stellt nicht bloß einen Unterfall der privatrechtlichen allgemeinen Verkehrssicherungspflicht, sondern wegen der positiven Normierung durch die Landesgesetzgeber eine Amtspflicht dar, siehe Fn. 7 und 8.
[23] *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 1068, *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 60.
[24] Es besteht insofern eine große Nähe zu der Frage, ob eine Norm ein subjektives öffentliches Recht begründet. Lässt sich ein solches aus der die Amtspflicht begründenden Norm herleiten, besteht grundsätzlich auch eine drittgerichtete Amtspflicht, vgl. *Maurer* (Fn. 3), § 26 Rn. 19; *Sodan/Ziekow* (Fn. 2), § 86 Rn.13.
[25] BGH NJW 1991, 33 (34); BGH NZV 1989, 17. Auch die untergerichtlichen Entscheidungen weisen darauf hin, dass die Drittrichtung der Norm angenommen werden kann, wird sie in der Regel doch gar nicht problematisiert. Exemplarisch LG Düsseldorf (2b. Zivilkammer), Urt. v. 8.5.2015 – 2b O 283/13 = BeckRS 2015, 123509, Rn. 19.

im Straßenverkehr bewegt. Damit gehört er zum geschützten Personenkreis.

cc) Sachlicher Schutz

Das beeinträchtigte Interesse oder Rechtsgut des Geschädigten müsste von der Drittrichtung der verletzten Amtspflicht erfasst sein. Bei der Verletzung von Straßenverkehrssicherungspflichten sind nur die Rechtsgüter Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder ein sonstiges absolutes Recht geschützt. Reine Vermögensschäden und bloße Vermögenseinbußen durch Vertragsverletzungen gehören nicht dazu.[26] A hat sich den Arm gebrochen, sodass das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit beeinträchtigt ist. § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW soll gerade vor solchen und schlimmeren Beeinträchtigungen schützen. Das beeinträchtigte Rechtsgut ist daher von der Drittrichtung der verletzten Amtspflicht erfasst.

dd) Zwischenergebnis

Eine Amtspflicht mit Drittrichtung liegt vor.

c) Verletzung

M müsste die Amtspflicht verletzt haben. Eine Amtspflicht kann sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen verletzt werden, soweit eine Pflicht zum Handeln bestand. In Betracht kommt eine Verletzung durch Unterlassen trotz bestehender Handlungspflicht. M hatte gem. § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW die Pflicht, sämtliche Gehwege zu streuen. Zu den Gehwegen zählen auch die Straßenbahnhaltestellen. Indem es M unterließ, die Straßenbahnhaltestelle am Z-Platz zu streuen, hat er gegen diese Handlungspflicht verstoßen. Damit liegt eine Amtspflichtverletzung vor.

d) Zwischenergebnis

M hat somit eine drittgerichtete Amtspflicht verletzt**.**

3. Verschulden

M müsste die Amtspflichtverletzung schuldhaft verletzt haben. Dies wäre gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB der Fall, wenn er die Amtspflichtverletzung vorsätzlich oder fahrlässig begangen hätte.[27] Vorsätzliches Handeln kann M nicht vorgeworfen werden. In Betracht kommt allerdings der Vorwurf der Fahrlässigkeit. Gem. § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Es gilt dabei ein objektivierter Sorgfaltsmaßstab. Es kommt deshalb nicht auf den konkret tätig werdenden Amtswalter, sondern auf einen „pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten“[28] an. M hat die Straßenbahnhaltestelle am Z-Platz aus Unachtsamkeit nicht gestreut. Ein „pflichtgetreuer Durchschnittsbeamte“ hätte sich indes nicht unachtsam verhalten, sondern an der Straßenbahnhaltestelle ordnungsgemäß gestreut. M hat damit die gebotene Sorgfalt eines „pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten“ außer Acht gelassen und handelte somit fahrlässig.

II. Haftungsumfang

Fraglich ist, in welcher Höhe ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist.

1. Schaden

A ist ein Schaden i.H.v. 500 € entstanden.

2. Kausalität

Die Amtspflichtverletzung müsste kausal für den Schaden sein. Im Falle des Unterlassens ist eine Amtspflichtverletzung äquivalent kausal für den Schaden, wenn die unterlassene Amtshandlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Schaden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfällt. Daneben muss die Amtspflichtverletzung auch adäquat kausal für den Schaden sein.

Hätte M ordnungsgemäß gestreut, wäre A laut Sachverhalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht gefallen. Außerdem liegt ein schneebedingter Sturz auf einem nicht gestreuten Gehweg nicht außerhalb aller Lebenswahrscheinlichkeit, sodass die Amtspflichtverletzung auch adäquat kausal für den Schaden war.

Kausalität liegt demnach vor.

3. Kein Ausschluss

Die Haftung dürfte nicht ausgeschlossen sein.

a) Subsidiaritätsklausel gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB

Die Haftung dürfte nicht gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen sein. Dies wäre der Fall, wenn dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last fällt und es der Verletzte vermag, auf andere Weise Ersatz zu erlangen.

aa) Anwendbarkeit

M kann hier tatsächlich nur Fahrlässigkeit vorgeworfen werden. Darüber hinaus hat A einen Ersatzanspruch gegen seine Unfallversicherung. Für den Haftungsausschluss ist es indes erforderlich, dass die Subsidiaritätsklausel gem. § 839 Abs. 1

[26] BGH NJW 1973, 463 (464).

[27] Häufig wird an dieser Stelle von Studierenden der Fehler gemacht, dass sich angeblich das Verschulden oder der Verschuldensmaßstab nach § 276 Abs. 1 BGB richte. Dies ist aber nicht der Fall. Erstens regelt § 276 BGB die Verantwortlichkeit des Schuldners, was ein bestehendes Schuldverhältnis voraussetzt. Dieses entsteht im Falle der deliktischen Schadensersatzanspruchs allerdings erst im Zeitpunkt der Vornahme der schädigenden Handlung. Zu dieser Zeit ist der Schädiger allerdings noch kein Schuldner. Zweitens richtet sich das Verschulden direkt nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB. Schadensersatzpflichtig ist ausweislich des Wortlauts der Norm nur, wer vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt. Die Fahrlässigkeit freilich wird durch § 276 Abs. 2 BGB legaldefiniert und ist auch in der Bearbeitung heranzuziehen.

[28] *Maurer* (Fn. 3), § 26 Rn. 24.

S. 2 BGB auch in der vorliegenden Fallkonstellation anwendbar ist. Dies ist hier fraglich.

Ursprünglich hatte die nur subsidiäre Haftung des Beamten den Sinn, den Beamten zu schützen und dessen Entscheidungsfreude zu fördern.[29] Seit die Möglichkeit der Haftungsübernahme durch den Staat besteht, der ebenfalls von der Haftungsprivilegierung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB profitiert, ist die ursprüngliche Rechtfertigung der Norm entfallen und wurde schon früh vom Bundesgerichtshof als „antiquiert“[30] bezeichnet. Gleichwohl wird die Norm bis heute angewandt, allerdings zunehmend restriktiv.[31] So ist das Verweisungsprivileg u.a.[32] immer dann nicht anwendbar, wenn ein Amtsträger bei der dienstlichen Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr schuldhaft einen Verkehrsunfall verursacht, soweit er nicht Sonderrechte nach § 35 StVO in Anspruch nimmt.[33] Dies wird aus dem Grundsatz der haftungsrechtlichen Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer gefolgert[34], der Vorrang gegenüber dem Verweisungsprivileg genießen müsse.[35] Auf die vorliegende Konstellation, bei der es um die Erfüllung öffentlicher Straßenverkehrssicherungspflichten geht, sind die o.g. Grundsätze nicht ohne weiteres übertragbar. Allerdings stehe nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Pflicht zur Sorge für die Sicherheit einer öffentlichen Straße in einem engen Zusammenhang mit den Pflichten, die einem Amtsträger als Teilnehmer am allgemeinen Straßenverkehr obliegen.[36] Darüber hinaus sei die Straßenverkehrssicherungspflicht nur ein Unterfall der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht, die für jedermann gelte, sofern er eine Gefahrenquelle eröffne.[37] Deshalb sei es auch in diesen Fällen gerechtfertigt, das Verweisungsprivileg gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB nicht anzuwenden.[38]

Die Straßenreinigung gem. § 1 Abs. 1 StrReinG NRW, auch in ihrer Ausprägung des Winterdienstes, der gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW das Streuen von Gehwegen umfasst, stellt eine dem Staat obliegende (Straßen-)Verkehrssicherungspflicht dar.[39] Diese Pflicht hat M verletzt, indem er es unterließ, an der Bahnhaltestelle des Z-Platzes den Winterdienst zu verrichten. Damit hat ein Amtsträger durch eine Verletzung der ihm als hoheitliche Aufgabe obliegenden Straßenverkehrssicherungspflicht einen Schaden verursacht. Das Verweisungsprivileg gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ist demnach nicht anwendbar.

> *Anmerkung*: Ein anderes Ergebnis hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ist vertretbar, soweit es ihrerseits gut begründet ist. Dann müssten die Kandidaten allerdings erkennen, dass das Verweisungsprivileg in Fällen, in denen der Geschädigte nur einen Anspruch gegen seine Versicherung hat, ebenfalls nicht anwendbar ist, vgl. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 84 ff.

bb) Zwischenergebnis

Die Haftung ist mangels Anwendbarkeit nicht gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen.

b) Richterspruchprivileg gem. § 839 Abs. 2 BGB

Das Richterspruchprivileg gem. § 839 Abs. 2 BGB ist nicht einschlägig.

c) Nichtergreifen von Rechtsmitteln gem. § 839 Abs. 3 BGB

Die Ersatzpflicht ist gem. § 839 Abs. 3 BGB ferner ausgeschlossen, wenn es der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Als vorrangiges Rechtsmittel hätte die allgemeine Leistungsklage vor dem Verwaltungsgericht in Betracht kommen können, um die Gemeinde G zur Streuung zu zwingen. Allerdings hatte A keine Kenntnis davon, dass an der Straßenbahnhaltestelle nicht gestreut wurde. Schuldhafte Unkenntnis kann ihm ebenfalls nicht vorgeworfen werden. Die Nichteinlegung eines Rechtsmittels kann ihm deshalb nicht vorgeworfen werden.

d) Mitverschulden gem. § 254 BGB

Hinweise auf ein mögliches Mitverschulden finden sich nicht. Insbesondere trug A – wettergerecht – Winterschuhe mit Profilsohle.

e) Zwischenergebnis

Die Haftung ist nach alldem nicht ausgeschlossen.

4. Art und Umfang des Schadensersatzes

Nach § 249 Abs. 1 BGB ist Schadensersatz grundsätzlich im Wege der Naturalrestitution zu leisten. Allerdings ist der Amtshaftungsanspruch auf die Zahlung von Geld begrenzt, soweit sich die Naturalrestitution auf hoheitliche Akte be-

[29] *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 23), S. 81.
[30] BGHZ 42, 176 = BGH NJW 1964, 1895 (1897).
[31] Vgl. *Maurer* (Fn. 3), § 26 Rn. 31 mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 23), S. 82.
[32] Zu den übrigen Fällen *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 1087; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 23), S. 83 ff.
[33] BGH NJW 1977, 1238.
[34] BGH NJW 1977, 1238.
[35] BGH NJW 1977, 1238 (1239).
[36] BGH NJW 1979, 2043 (2045); BGH NJW 1981, 682; BGH NJW 1992, 2476; BGH NJW 1993, 2612 (2613).
[37] BGH NJW 1993, 2612 (2613); BGH NJW 1979, 2043 (2045); BGH NJW 1981, 682 und BGH NJW 1992, 2476 sprechen von einer inhaltlichen Übereinstimmung.
[38] Vgl. BGH NJW 1977, 1238 f. zur straßenrechtlichen Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer; darauffolgend BGH NJW 1979, 2043 ff. zu Straßenverkehrssicherungspflichten und BGH NJW 1981, 682 zu Streupflichten als konkrete Verkehrssicherungspflicht. Die Begründung des BGH ist in der Literatur vielfach kritisiert worden. Im Ergebnis jedoch erfährt die Rechtsprechung des BGH Zustimmung, vgl. *Nüßgens*, in: Faller (Hrsg.), Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag, 1989, S. 456 (465 ff.); *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 23), S. 84.
[39] BGH NJW 1981, 682; BGH NJW 1992, 2476 (2477).

zieht.[40] Grund hierfür ist, dass der privatrechtlich haftende Amtswalter nicht öffentlich-rechtlich handeln kann. Er könnte also etwa nicht im Wege der Naturalrestitution einen Verwaltungsakt erlassen oder sonst hoheitlich handeln. Im vorliegenden Fall geht es gleichwohl nicht um eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit, sondern um die Heilung eines gebrochenen Arms. Eine Naturalrestitution ist in solchen Fällen nicht ausgeschlossen, da auch der privat haftende Amtswalter die Heilbehandlung grundsätzlich selbst vollziehen (lassen) könnte.[41] Nichts anderes gilt für den Staat, auf den die Haftung des Amtswalters gem. Art. 34 S. 1 GG übergeht. A kann folglich zwischen der Naturalrestitution und einer Entschädigung in Geld i.H.v. 500 € gem. § 249 Abs. 2 BGB wählen.

Anmerkung: Auf diese Differenzierung muss nicht zwangsläufig eingegangen werden.

5. Passivlegitimation

Schließlich muss der richtige Hoheitsträger in Anspruch genommen werden. Dies ist gem. Art. 34 S. 1 GG die Körperschaft, in deren Dienst der haftungsrechtliche Beamte steht. Fraglich ist, wie dies zu bestimmen ist.

Nach der früher vertretenen Anstellungstheorie haftet die Körperschaft, die den Amtswalter angestellt hat. Die U-GmbH steht zur Stadt G in keinem Anstellungsverhältnis, sondern wurde auf Basis eines privatrechtlichen Vertrages für die Gemeinde G tätig. Nach dieser Ansicht würde die Gemeinde G demnach nicht als haftende Körperschaft in Betracht kommen.

Nach der ebenfalls früher vertretenen Funktionstheorie haftet immer die Körperschaft, deren Aufgaben der Amtswalter wahrgenommen hat. M hat die Aufgaben der G wahrgenommen, vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 StrReinG NRW, sodass auch nach dieser Ansicht G die haftende Körperschaft darstellt.[42] Nach der Anvertrauenstheorie haftet derjenige Hoheitsträger, der dem Amtswalter das Amt anvertraut hat.[43] Auch dies ist die Stadt G.

Damit kommt die erste Ansicht zu einem anderen Ergebnis. Gegen die Anstellungstheorie spricht, dass sie sehr eng gefasst ist und zu dem Ergebnis führt, dass sich der Staat einer Haftung entziehen könnte, wenn er Private mit der Aufgabenerfüllung betraute. Entscheidend muss aber sein, wessen Aufgaben der Amtsträger im Einzelnen wahrgenommen hat.[44] Die U-GmbH, für die M arbeitet, wurde von der Stadt G beauftragt und nahm mit der Durchführung des Winterdienstes deren Aufgaben war. G ist gem. § 1 Abs. 2 GO NRW[45] eine Gebietskörperschaft, sodass sie passiv legitimiert ist.

Anmerkung: Die Kenntnis von § 1 Abs. 2 GO NRW wird nicht erwartet.

III. Ergebnis

A hat gegen die Gemeinde G einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 500 € gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG.

[40] *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 23), S. 111; OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 30.11.2011 – 1 W 54/11, Rn. 12 (juris), das davon spricht, dass Naturalrestitution ausgeschlossen ist, wenn die Naturalrestitution nur durch hoheitliches Handeln bewirkt werden kann. Dies ist hier aber gerade nicht der Fall. Siehe auch OLG Hamm, Urt. v. 3.9.2014 – I-11 U 123/13, Rn. 35 (juris).

[41] Vgl. *Flume*, in: Hau/Poseck (Fn. 9), § 249 Rn. 56.

[42] Zu den beiden genannten Theorien *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 1096.

[43] BGH NJW 1987, 2737 f.

[44] BGH NJW 1970, 750.

[45] Entsprechendes gilt für die Gemeinden in anderen Bundesländern. Siehe etwa § 1 Abs. 1 HessGO; § 1 Abs. 2 GO SH; Art. 1 S. 1 BayGO; § 1 Abs. 3 SächsGO; § 1 Abs. 4 GO BW. Die Bundesländer Hamburg und Berlin haben indes keine Gemeindeordnung erlassen. In diesen Ländern wäre das Land selbst der Vertragspartner der U-GmbH. Die Länder ihrerseits sind als Staaten ebenfalls Gebietskörperschaften und folglich die haftende Körperschaft.

Anfängerklausur: Caroline

Zugleich ein Beitrag zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte in der Fallbearbeitung

Von Ass. jur. **Max Noll**, Göttingen*

Diese anspruchsvolle Anfängerklausur richtet sich an Absolventen der Vorlesung Staatsrecht III. Sie kombiniert das im Klausuraufbau schwierige Problem der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte mit einem klassischen Problem aus der Vorlesung Staatsrecht III: die Wirkungen von Entscheidungen des EGMR in der deutschen Rechtsordnung.

Sachverhalt

C ist Mitglied eines europäischen Königshauses in einer parlamentarischen Monarchie. Bis zur Geburt ihres Bruders im Jahr 1958 stand sie auf Platz eins der Thronfolge. Seitdem gehen ihr Bruder und dessen Abkömmlinge ihr in der Thronfolge vor. Sie nimmt weiterhin Repräsentationsaufgaben des Könighauses bei bestimmten kulturellen Ereignissen oder Wohltätigkeitsveranstaltungen wahr.

Der Y-Verlag ist eine Gesellschaft spanischen Rechts mit beschränkter Haftung und Sitz in Spanien. Sowohl die Verwaltungstätigkeit als auch der ganz überwiegende Teil der redaktionellen Arbeit wird in Spanien erbracht. Im Jahr 1993 veröffentlichte der Y-Verlag in einem nur in Deutschland erscheinenden Boulevardblatt heimlich angefertigte Fotos der C. Sie zeigen C allein beim Einkaufen, beim Radfahren und in Begleitung einer Leibwächterin auf einem Markt.

Daraufhin erhob C Klage vor den deutschen Zivilgerichten gegen den Y-Verlag auf Unterlassung der Veröffentlichung dieser Fotos. Ein Anspruch ergebe sich aus §§ 1004 Abs. 1 S. 2; 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. §§ 22, 23 KunstUrhG. Die Instanzgerichte und schließlich der BGH wiesen die Klage ab. C sei eine absolute Person der Zeitgeschichte. Das seien solche Personen, deren Bildwerke allein wegen der abgebildeten Person für die öffentliche Meinung bedeutsam sind. Der Allgemeinheit sei demgemäß ein durch ein echtes Informationsbedürfnis gerechtfertigtes Interesse an einer bildlichen Darstellung zuzubilligen. Dazu gehörten vor allem Monarchen, Staatsoberhäupter und herausragende Politiker. Zwar hätten auch absolute Personen der Zeitgeschichte ein Recht auf Privatsphäre. Gegen die Pressefreiheit setze sich dieses Recht aber nur durch, wenn die Person sich in einem von der breiten Öffentlichkeit abgeschiedenen Ort aufhalte. Überdies müsse die Person sich typisch privaten Regungen hingeben, wie sie es nicht in der Öffentlichkeit täte. Bei den streitgegenständlichen Fotos sei beides nicht der Fall, sodass die Pressefreiheit sich in der Abwägung durchsetze und die Veröffentlichung der Fotos folglich zulässig sei.[1]

Eine Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidungen der Zivilgerichte nahm das Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung an. Der BGH habe die relevanten Grundrechte korrekt abgewogen. Insbesondere stehe das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Veröffentlichung nicht entgegen. Personen von zeitgeschichtlicher Bedeutung müssten es hinnehmen, dass sie einem öffentlichen Interesse ausgesetzt seien, dass sich nicht nur auf Tätigkeiten bezieht, die unmittelbar ihre zeitgeschichtliche Bedeutung begründeten. Deshalb verletze die Veröffentlichung von Abbildungen von Personen der Zeitgeschichte im öffentlichen Raum nicht deren Persönlichkeitsrecht.[2]

Auf eine Individualbeschwerde der C stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) fest, diese Urteile verletzten Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und sprach C eine Geldentschädigung zu. Jedermann, auch der breiten Öffentlichkeit bekannte Personen, hätten eine berechtigte Hoffnung auf Schutz und Achtung der Privatsphäre. Überdies habe C keine offiziellen Funktionen; insofern sei das öffentliche Interesse an ihr weniger legitim als beispielweise an Politikern. Nach den Kriterien der deutschen Gerichte müsse C akzeptieren, jederzeit und systematisch fotografiert zu werden. Das Kriterium der deutschen Gerichte der „Abgeschiedenheit" sei zu vage, als dass eine betroffene Person im Vorfeld einschätzen könne, ob sie mit Fotografien rechnen müsse oder nicht.[3]

Im Jahr 2002 veröffentlicht der Y-Verlag erneut heimlich aufgenommene Fotografien der C. Diese zeigen C während eines privaten Urlaubs beim Skifahren. Auf einem Bild ist C auf der öffentlichen Straße eines Skiortes zu sehen, auf einem anderen Bild beim Sesselliftfahren.

C klagt erneut vor den Zivilgerichten gegen den Y-Verlag auf Unterlassung der Veröffentlichung dieser neuen Bilder. Die Instanzgerichte und schließlich der BGH weisen die Klage erneut ab. Dabei hält der BGH an seiner oben dargestellten Rechtsprechung fest. Die Veröffentlichung von Fotografien von Personen der Zeitgeschichte sei vom Schutzbereich der Pressefreiheit umfasst. C sei in einer öffentlichen Situation aufgenommen worden, in der sie auch nichts spezifisch Privates getan habe. Das Bundesverfassungsgericht habe diese Rechtsprechung bereits bestätigt. Aus dem Urteil des EGMR könne sich nichts anderes ergeben. Zum einen seien Urteile des EGMR für die deutschen Gerichte nicht verbindlich. Zum anderen stehe die EMRK in Deutschland normhierarchisch unter dem Grundgesetz. Das Recht der Veröffentlichung von Bildern im Rahmen der Presseberichterstattung sei aber von der im Grundgesetz garantierten Pressefreiheit besonders geschützt.

C wendet ein, mit dieser Argumentation nehme der BGH eine Völkerrechtsverletzung Deutschlands in Kauf. Sie erhebt eine Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BGH, in der sie die Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie die Verletzung ihres Rechts aus Art. 8 EMRK rügt.

* Der *Autor* ist Doktorand bei Prof. *Dr. Andreas Paulus* an der Georg-August-Universität Göttingen und hat dort vorlesungsbegleitende Tutorien im Staatsrecht III unterrichtet.

[1] Vgl. BGH NJW 1996, 1128 ff.

[2] Vgl. BVerfGE 101, 361 ff.

[3] Vgl. EGMR NJW 2004, 2647 (2650).

Fallfrage

Hat die Verfassungsbeschwerde der C gegen die Entscheidung des BGH wegen der 2002 aufgenommenen Fotografien Aussicht auf Erfolg?

Abwandlung

Die Klage der C wegen der 2002 veröffentlichten Fotos vor dem BGH hat Erfolg. Der BGH untersagt die erneute Veröffentlichung der Fotos. Er gibt seine bisherige Rechtsprechung mit Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR auf. Er stellt keine eigenen Kriterien mehr auf. Die Rechtsprechung des EGMR sei verbindlich. Aus ihr ergebe sich unmittelbar, dass die Veröffentlichung der Fotos der C während eines privaten Urlaubs zu untersagen sei. Der Geschäftsführer des Y-Verlages ist empört. Die Entscheidung sei ein eklatanter Verstoß gegen die Pressefreiheit des Grundgesetzes. Diese könne nicht einfach durch ein internationales Gericht aufgehoben werden.

Fallfrage

Ist eine Verfassungsbeschwerde des Y-Verlages gegen die Entscheidung des BGH begründet?

Bearbeitungsvermerk

Die Verfassungsmäßigkeit der relevanten Vorschriften des BGB und KunstUrhG ist zu unterstellen.

Gutachterliche Vorüberlegungen

Diese anspruchsvolle Anfängerklausur wirft zwei Probleme auf: Zum einen handelt es sich hier um einen klassischen Fall der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte. Außerdem muss hier adäquat mit der im Sachverhalt angesprochenen Entscheidung des EGMR umgegangen werden. In der Abwandlung ist die Fallfrage sorgfältig zu lesen: Hier ist nur nach der Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde gefragt. In der Abwandlung ist außerdem zu diskutieren, ob und warum sich der ausländische Verlag auf die Pressefreiheit des Grundgesetzes berufen kann.

I. Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte in der Fallbearbeitung

Die gutachterliche Lösung von Fällen der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte wirft hinsichtlich des – in der Klausurlösung nicht zu diskutierenden – Aufbaus besondere Schwierigkeiten auf[4], denn die dogmatische Konstruktion der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ist bis heute in der Literatur heftig umstritten.[5] In der Literatur finden sich sowohl Konstruktionen aus einer abwehrrechtlichen als auch aus einer schutzrechtlichen Dogmatik.[6] Dementsprechend dürften viele Aufbauvarianten in der Klausur vertretbar sein.

Ein Großteil der Ausbildungsliteratur unterscheidet zwei Konstellationen. Sofern das Zivilgericht den Beklagten zu einem Tun oder Unterlassen verurteilt hat und dieser Verfassungsbeschwerde gegen dieses Urteil erhebt, wird in der Ausbildungsliteratur regelmäßig in dem klassischen abwehrrechtlichen Aufbau nach Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung[7] geprüft.[8]

Falls das Zivilgericht die Klage abgewiesen hat und der Kläger eine Verletzung seiner Grundrechte durch das klageabweisende Zivilurteil geltend machen möchte, ist die Ausbildungsliteratur durchwachsen. Es findet sich sowohl ein abwehr- als auch ein schutzrechtlicher Aufbau.[9]

In Anlehnung an die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts empfiehlt sich in allen Fällen der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ein eigener, zweistufiger Klausuraufbau.[10]

Bereits im Lüth-Urteil – in der angegriffenen Zivilentscheidung ist *Erich Lüth* als Grundrechtsträger zu einem Unterlassen verurteilt worden – hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass eine unrichtige Abwägung der Grundrechte und Rechtsgüter durch die Zivilgerichte einen Grundrechtsträger in seinen Rechten verletze, ohne aber einen Eingriff festzustellen.[11] Hinsichtlich des zivilgerichtlichen Urteils spricht es dort von einer „Beschränkung des Beschwerdeführers in der freien Äußerung seiner Meinung“.[12]

Auch in der folgenden Senatsrechtsprechung – mit wohl nur einer Ausnahme[13] – stellt das Bundesverfassungsgericht keinen Eingriff fest, wenn es zivilgerichtliche Verurteilungen aufhebt. Es erwähnt diesen Punkt gar nicht[14] oder spricht von Beschränkungen[15]. Falls bei einer Verurteilung die Abwägung des Zivilgerichts den Anforderungen genügt, stellt das Bundesverfassungsgericht weder einen Eingriff noch eine Beeinträchtigung durch das Urteil fest.[16] Nach der klassischen abwehrrechtlichen Dogmatik der einpoligen Grundrechtsverhältnisse wäre hier ein Eingriff festzustellen, der sich als gerechtfertigt erweisen müsste.

Falls das Bundesverfassungsgericht ein klageabweisendes Zivilurteil wegen einer Verletzung der Grundrechte des Klä-

[4] Umfassend *Augsberg/Viellechner*, JuS 2008, 406 (408).

[5] *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2013, Vor. Art. 1 Rn. 99 f.; vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 35. Aufl. 2019, Rn. 128 ff., 136 ff.

[6] Vgl. Darstellung bei *Dreier* (Fn. 5), Vor. Art. 1 Rn. 100; vgl. *Kingreen/Poscher* (Fn. 5), Rn. 128 ff., 136 ff.

[7] Vgl. zu diesem Aufbau statt aller *Kingreen/Poscher* (Fn. 5), Rn. 280 ff., 304 ff.

[8] Vgl. z.B. *Merhof/Giogios*, JA 2015, 519 (522); *Bäcker*, JuS 2013, 522 (527); *Frenzel*, JuS 2013, 37 (40); *Betzinger*, JA 2009, 125 (128).

[9] Vgl. z.B. *Böttcher/Stein*, JuS 2020, 324 (326); *Thomas*, JA 2015, 366 (368); *Stinner*, JuS 2015, 616 (619); *Dittrich*, JuS 2014, 333 (338); vgl. zu einer umfassenden Diskussion der möglichen Aufbauvarianten in dieser Konstellation *Augsberg/Viellechner*, JuS 2008, 406 (406).

[10] Anders *Kingreen/Poscher* (Fn. 5), Rn. 140.

[11] Vgl. BVerfGE 7, 198 (212 ff.).

[12] BVerfGE 7, 198 (203).

[13] Vgl. BVerfGE 120, 180 (196) – Caroline III.

[14] Vgl. z.B. BVerfGE 112, 332 (358 ff.); 103, 89 (99 ff.); 89, 214 (229 ff.).

[15] Vgl. BVerfGE 81, 242 (253).

[16] Vgl. z.B. BVerfGE 73, 261 (268 ff.); 42, 143 (147 ff.).

gers aufhebt, spricht es nicht von einem Eingriff[17]; vereinzelt hat es auch hier von Beeinträchtigungen gesprochen.[18] Ebenso verhält es sich in Fällen, in denen ein klageabweisendes Zivilurteil den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.[19]

In seiner jüngsten Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht den Aufbau der Prüfung vereinheitlicht. Es verwendet jetzt einen zweistufigen Aufbau, der sich wesentlich von dem klassischen abwehrrechtlichen Aufbau (Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung) unterscheidet. So prüft das Verfassungsgericht zunächst – was der Prüfung des Schutzbereichs ähnelt – welche Partei des Zivilrechtsstreits sich auf welche Grundrechte berufen kann.[20] Sodann wird geprüft, ob das Zivilgericht in seiner Entscheidung die Wirkungen dieser Grundrechte im Privatrecht hinreichend berücksichtigt hat.[21] Dieser Aufbau vermeidet eine Positionierung in dem oben erwähnten dogmatischen Streit über die Konstruktion der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte.

In der Klausur dürfte es deshalb in beiden Konstellationen – also sowohl im Fall der Verurteilung durch das Zivilgericht als auch im Fall der Klageabweisung – ratsam sein, sich an diesem Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts zu orientieren.[22]

II. Die Wirkungen von Urteilen des EGMR in der deutschen Rechtsordnung

Hier ist es wichtig, die Wirkungen der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR in der deutschen Rechtsordnung zu kennen. In der Klausur ist zunächst die Stellung der EMRK als völkerrechtlicher Vertrag, dem der Bundestag nach Art. 59 Abs. 2 GG zugestimmt hat, zu erläutern. Anschließend ist auf die Besonderheiten der EMRK einzugehen. Im Ergebnis ist die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes zu berücksichtigen. Da aber völkerrechtliche Verträge nach Art. 59 Abs. 2 GG in der deutschen Rechtsordnung im Rang eines einfachen Bundesgesetzes stehen, bedarf dieses Ergebnis besonderer Begründung, denn grundsätzlich kann eine normenhierarchisch niedrigere Norm nicht die Auslegung einer normenhierarchisch höheren Norm beeinflussen.[23]

Lösungsvorschlag zum Ausgangsfall

Die Verfassungsbeschwerde der C hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

I. Zulässigkeit

Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a; 90 ff. BVerfGG.

1. Beschwerdefähigkeit

C ist als natürliche Person beschwerdefähig; auch Ausländer können sich jedenfalls auf die Jedermann-Grundrechte berufen (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. § 90 Abs. 1 BVerfGG).[24]

2. Beschwerdegegenstand

Das Urteil des BGH ist ein Akt der deutschen öffentlichen Gewalt und damit ein tauglicher Beschwerdegegenstand (vgl. § 90 Abs. 1 S. 1 BVerfGG).[25]

3. Beschwerdebefugnis

C müsste beschwerdebefugt sein. Das wäre der Fall, wenn sie geltend machen kann, durch einen Akt staatlicher Gewalt oder staatlichen Unterlassens möglicherweise selbst, unmittelbar und gegenwärtig in einem ihrer Grundrechte aus dem Grundgesetz oder – im Fall von vollvereinheitlichtem Unionsrecht – der Europäischen Grundrechtecharta verletzt zu sein.[26]

a) Grundrechte aus dem Grundgesetz

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet bestimmte Einflussmöglichkeiten hinsichtlich Anfertigung und Verwendung von Bildern der eigenen Person.[27] Insofern ist nicht ausgeschlossen, dass die Veröffentlichung der Fotos durch den Y-Verlag C in diesem Grundrecht beeinträchtigt.

Hier ist aber problematisch, ob sich C in dieser Konstellation überhaupt auf die Grundrechte berufen kann. Grundrechte sind nach klassischem Verständnis in erster Linie Abwehrrechte gegen den Staat und verpflichten deshalb nach diesem Verständnis auch nur den Staat (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG).[28] Hier ist C aber in einem Zivilrechtsstreit unterlegen. Nach diesem klassischen Verständnis wäre ihr Prozessgegner, der Y-Verlag, nicht grundrechtsverpflichtet. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass die Grundrechte auch in Zivilrechtverhältnisse hineinwirken und der BGH diese Wirkung verkannt hat. Insofern besteht die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung durch das Urteil des BGH.

[17] Vgl. z.B. BVerfGE 152, 152 (168; 184 ff.); 25, 256 (263).
[18] Vgl. BVerfGE 120, 180 (197).
[19] Vgl. z.B. BVerfGE 148, 267 (279 ff.).
[20] Vgl. BVerfGE, 152, 152 (184 ff.); 148, 267 (281); 103, 89 (100 ff.); 89, 214 (231 ff.); 73, 261 (270 ff.).
[21] Vgl. BVerfGE, 152, 152 (184 ff.); 148, 267 (281); 103, 89 (100 ff.); 89, 214 (231 ff.); 73, 261 (270 ff.).
[22] Zu diesem Aufbau des Gutachtens *Augsberg/Viellechner*, JuS 2008, 406 (412 f.); zur konkreten Formulierung in der Klausur siehe unten; schwieriger stellt sich ein Fall dar, wenn nicht eine Gerichtsentscheidung zu prüfen ist, sondern nach einem Gutachten über die materielle Rechtslage gefragt ist, vgl. dazu *Horst/Kommer*, JA 2013, 445 (446).
[23] Zum Ganzen siehe unten II. 4. in der Lösung m. Nachw.
[24] Vgl. *Lechner/Zuck*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 90 Rn. 35.
[25] Vgl. *Lechner/Zuck* (Fn. 22), § 90 Rn. 119 ff., 142.
[26] *Lechner/Zuck* (Fn. 24), § 90 Rn. 64; zu der Verletzung von Rechten aus der Grundrechtecharta vgl. BVerfGE 152, 216 (236 ff.).
[27] BVerfGE 101, 361 (381).
[28] Vgl. *Stark*, in: v. Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 183.

Wegen der Rechtskraftwirkungen des Urteils (§ 322 Abs. 1 ZPO)[29] ist C durch dieses Urteil auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen.[30]

b) Rechte aus der EMRK

Fraglich ist, ob C auch hinsichtlich ihrer Rüge aus Art. 8 EMRK beschwerdebefugt ist.

Grundsätzlich kann sich ein Beschwerdeführer in der Verfassungsbeschwerde nur auf die Grundrechte des Grundgesetzes berufen (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; § 90 Abs. 1 BVerfGG). Im – hier nicht einschlägigen – Bereich des vollvereinheitlichten Unionsrechts prüft das Bundesverfassungsgericht die Rechtsanwendung der deutschen Gerichte am Maßstab der Grundrechte der Europäischen Grundrechtecharta.[31] Diese Prüfungskompetenz ergibt sich im Wesentlichen aus der Integrationsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 23 GG.[32]

Diese Erwägungen sind auf die EMRK nicht übertragbar; hinsichtlich ihr gibt es keine zu Art. 23 Abs. 1 GG vergleichbare Regelung. Das Bundesverfassungsgericht prüft in der Verfassungsbeschwerde nicht unmittelbar eine Verletzung der Rechte aus der EMRK.[33] Somit ist C ist hinsichtlich ihrer Rüge aus Art. 8 EMRK nicht beschwerdebefugt.

4. Rechtswegerschöpfung

Gegen Urteile des BGH steht – mit Ausnahme des für die Begehr der C nicht einschlägigen § 321a ZPO – kein Rechtsbehelf offen. C hat den Rechtsweg erschöpft (vgl. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG).[34]

5. Form und Frist

Die Verfassungsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils zu erheben (§ 93 BVerfGG). Sie ist schriftlich, per Telefax oder per Computerfax zu erheben (§ 23 Abs. 1 BVerfGG)[35] und muss den Begründungsanforderungen des § 92 BVerfGG entsprechen.

6. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

II. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit das Urteil des BGH C tatsächlich in einem ihrer Grundrechte aus dem Grundgesetz verletzt.

1. Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Hier ist zunächst problematisch, dass C gegen ein Zivilurteil vorgeht. Es ist fraglich, ob C sich gegenüber dem Y-Verlag überhaupt auf die Grundrechte berufen kann. Nach klassischem Verständnis sind die Grundrechte Abwehrrechte gegen den Staat und verpflichten deshalb unmittelbar nur den Staat (Art. 1 Abs. 3 GG, siehe oben I. 3.).

Private sind nicht unmittelbar durch die Grundrechte verpflichtet. Die Grundrechte sind aber eine verfassungsrechtliche Wertentscheidung. Deshalb wirken sie in einem Rechtstreit zwischen Privaten im Wege der mittelbaren Drittwirkung. Diese Ausstrahlungswirkung ist von den Fachgerichten bei der Entscheidung privatrechtlicher Streitigkeiten zu beachten. Bei der Auslegung des Fachrechts und insbesondere seiner Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe ist diese Wirkung zu berücksichtigen. Die Freiheit des einen ist dabei im Wege der praktischen Konkordanz mit der Freiheit des anderen so in Einklang zu bringen, dass die Grundrechte für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.[36]

2. Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts

Die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts obliegt den Fachgerichten. Das Bundesverfassungsgericht ist keine Superrevisionsinstanz und prüft deshalb nicht die korrekte Auslegung und Anwendung einfachen Rechts durch die Fachgerichtsbarkeit. In den Fällen der mittelbaren Drittwirkung müssen die Fachgerichte die Grundrechte bei der Auslegung der zivilrechtlichen Vorschriften jedoch interpretationsleitend berücksichtigen (siehe oben II. 1.). Falls dies unterbleibt, begründet die Auslegung des Fachgerichts einen Verstoß gegen spezifisches Verfassungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht prüft, ob ein solcher Verstoß vorliegt.[37]

3. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Hier könnte zu Gunsten der C ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in der Auslegung des Privatrechts zu berücksichtigen sein. Dieses gewährleistet jedermann Einfluss und Entscheidungsmöglich-
keiten hinsichtlich der Anfertigung und Verwendungen von Fotografien seiner Person.[38] Der Y-Verlag hat Bilder der C gegen deren Willen veröffentlicht. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht der C ist somit bei der Auslegung des Privatrechts zu berücksichtigen.

4. Der Einfluss der EMRK auf die deutsche Rechtsordnung

Bei der Auslegung dieses Grundrechts könnte die EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR zu berücksichtigen sein. Die EMRK ist ein völkerrechtlicher Vertrag. In der deutschen Rechtsordnung steht die EMRK also nach der Zustimmung des Bundestages gem. Art. 59 Abs. 2 GG im Range eines einfachen Bundesgesetzes. Danach könnte sie grundsätzlich

[29] Vgl. *Vollkommer*, in: Zöller (Begr.), Zivilprozessordnung, Kommentar, 33. Aufl. 2020, Vor. § 322 Rn. 20.
[30] Vgl. *Grünewald*, in: Walter/Grünewald (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BVerfGG, 11. Ed., Stand: 1.7.2021, § 90 Rn. 94 ff., 99 ff., 103; 104 ff.
[31] BVerfGE 152, 216 (236 ff.).
[32] Vgl. BVerfGE 152, 216 (238 ff.).
[33] Vgl. BVerfGE 128, 326 (367).
[34] Vgl. *Lechner/Zuck* (Fn. 24), § 90 Rn. 151.
[35] *Lechner/Zuck* (Fn. 24), § 23 Rn. 3.
[36] Zum Ganzen BVerfGE 152, 152 (185) m.w.N.
[37] Zum Ganzen BVerfGE 152, 152 (185 f.) m.w.N.
[38] BVerfGE 101, 361 (380 f.).

nicht die Auslegung des normenhierarchisch höherstehenden Grundgesetzes beeinflussen.

Allerdings verlangt die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes – die sich aus einer Zusammenschau einer Reihe seiner Vorschriften (vgl. Art. 23 Abs. 1, Art. 24, Art. 25, Art. 26, Art. 59 Abs. 2 GG) ergibt[39] – die völkerrechtskonforme Auslegung des deutschen Rechts.[40]

Überdies ist die EMRK ein völkerrechtlicher Vertrag auf dem Gebiet der Grund- und Menschenrechte. In dem Bekenntnis des deutschen Volkes zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten in Art. 1 Abs. 2 GG kommt die inhaltliche Ausrichtung des Grundgesetzes auf die Menschenrechte zum Ausdruck. In dieser Vorschrift weist das Grundgesetz dem Kernbestand der Menschenrechte einen besonderen Schutz zu. Somit ergibt sich aus Art. 1 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 59 Abs. 2 GG sowie der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes die verfassungsrechtliche Pflicht, die EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR bei der Auslegung der deutschen Grundrechte als Auslegungshilfe heranzuziehen. Dies dient auch dazu, den Garantien der EMRK in Deutschland möglichst umfassend Geltung zu verschaffen, um Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland vor dem EGMR zu vermeiden.[41]

5. Subsumtion

Fraglich ist, ob die Entscheidung des BGH diesen Anforderungen genügt. Nach den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte hätte der BGH bei seiner Entscheidung das allgemeine Persönlichkeitsrecht der C berücksichtigen müssen (siehe oben II. 1., 3.). Bei der Auslegung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht der C und eventuellen Rechten des Y-Verlages hätte der BGH die Auslegung von Art. 8 EMRK durch den EGMR berücksichtigen müssen. Zumindest hätte er sich danach in seinem Urteil mit der Rechtsprechung des EGMR auseinandersetzen müssen. Ausweislich der Urteilsbegründung hat er sich nicht mit der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 Abs. 1 EMRK hinsichtlich der Veröffentlichung von Fotos von Prominenten auseinandergesetzt, die heimlich in privatem Rahmen aufgenommen worden sind. Stattdessen hat der BGH die Relevanz der Rechtsprechung des EGMR für seine Entscheidung pauschal abgelehnt. So hat der BGH aber die Wirkung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR auf die Auslegung der deutschen Grundrechte verkannt.

> *Exkurs – Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und die EMRK*: Aus einer Zusammenschau der Art. 23 Abs. 1, Art. 24, Art. 25, Art. 26 und Art. 59 Abs. 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes entnommen.[42]
> Daraus sind die deutschen Staatsorgane verpflichtet, „die die Bundesrepublik Deutschland bindenden Völkerrechtsnormen zu befolgen und Verletzungen nach Möglichkeit zu unterlassen.“[43] Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen diese Pflicht hängen von der betroffenen Völkerrechtsnorm ab.[44] Weiterhin verpflichtet die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes den deutschen Gesetzgeber, zu gewährleisten, dass Völkerrechtsverstöße durch deutsche Organe korrigiert werden können.[45] Zuletzt müssen deutsche Staatsorgane unter bestimmten Voraussetzungen das Völkerrecht in ihrem Verantwortungsbereich auch dann zur Geltung zu bringen, wenn andere Staaten es verletzen.[46]
> Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit gebietet darüber hinaus, das deutsche Recht – inklusive des Grundgesetzes – nach Möglichkeit so auszulegen, dass sich kein Konflikt mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland ergibt.[47] Häufig lässt die deutsche Rechtsmethodik mehrere vertretbare Auslegungen eines Gesetzes zu. Wenn eine oder mehrere dieser Auslegungen in Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland stehen, andere aber nicht, ist danach eine Auslegung zu wählen, welche den Konflikt mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen vermeidet.[48] Diese völkerrechtsfreundliche Auslegung ist nur möglich, wenn sich nach der deutschen Rechtsmethodik eine vertretbare Auslegung ergibt, die einen Völkerrechtsverstoß vermeidet.[49] Grundsätzlich ist aber anzunehmen, dass der Gesetzgeber die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik einhalten möchte.[50] Regelmäßig wird diese Annahme nur widerlegt sein, wenn der Gesetzgeber seinen Willen, von den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abzuweichen, „klar bekundet“.[51] Wenn es an einer solchen klaren Bekundung fehlt, wird die völkerrechtskonforme Auslegung einfachen Rechts, wenn überhaupt, nur in extremen Ausnahmekonstellationen scheitern.[52]
> Welches Recht sich durchsetzt, wenn ein Konflikt zwischen deutschem Recht und Völkerrecht auf diese Art nicht vermeidbar ist, hängt von verfassungsrechtlichen Rangzuweisung der Völkerrechtspflicht und der betroffenen innerstaatlichen Norm ab. Denn der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes beinhaltet keine verfassungsrechtliche Pflicht zur unbedingten Be-

[39] Vgl. BVerfGE 112, 1 (25 f.).
[40] BVerfGE 148, 296 (350 ff.); 141, 1 (28 f.).
[41] Zum Ganzen BVerfGE 148, 296 (352 ff.); 128, 326 (367 ff.) m.w.N.; zu mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen vgl. BVerfGE 111, 307 (315 ff.).
[42] Vgl. BVerfGE 112, 1 (25 f.).
[43] BVerfGE 112, 1 (26).
[44] BVerfGE 112, 1 (26).
[45] BVerfGE 112, 1 (26)
[46] BVerfGE 112, 1 (26).
[47] BVerfGE 141, 1 (29).
[48] BVerfGE 141, 1 (29 f.).
[49] BVerfGE 141, 1 (30).
[50] Vgl. BVerfGE 141, 1 (30).
[51] BVerfGE 141, 1 (30).
[52] Vgl. BVerfGE 141, 1 (30).

folgung aller völkerrechtlichen Normen.[53] Das Grundgesetz versieht ausdrücklich unterschiedliche Rechtsquellen des Völkerrechts mit einem verschiedenen Rang in der deutschen Rechtsordnung (vgl. Art. 25, 59 Abs. 2 GG).[54] Ein ungeschriebener Verfassungsgrundsatz wie die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes kann diese konkreten Regelungen nicht konterkarieren.[55]

So setzen sich beispielsweise Völkergewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts gegenüber dem einfachen Bundesrecht im Wege des Anwendungsvorrangs durch (Art. 25 GG).[56] Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt grundsätzlich in einem Konflikt zwischen Völkervertragsrecht und einem einfachen Bundesgesetz (der – wie oben dargelegt – überhaupt nur vorliegt, wenn die völkerrechtskonforme Auslegung gescheitert ist!) der Lex-posterior-Grundsatz und das spätere Gesetz setzt sich durch.[57] Danach ist ein einfaches Bundesgesetz nicht verfassungswidrig, das selbst oder jedenfalls dessen Umsetzung gegen für die Bundesrepublik Deutschland bindendes Völkervertragsrecht verstößt (Treaty Override).[58]

Hinsichtlich der EMRK ist dies indes nicht der Fall. Zwar ist die EMRK ein völkerrechtlicher Vertrag und steht als solcher nach der Zustimmung des Bundestages nach Art. 59 Abs. 2 GG im Range eines einfachen Bundesgesetzes.[59] Hinsichtlich der Menschenrechtsverträge, zu denen die EMRK jedenfalls gehört, gebietet aber Art. 1 Abs. 2 GG die Berücksichtigung bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes.[60] Das einfache deutsche Recht ist anschließend an den entsprechend ausgelegten deutschen Grundrechten zu messen. Das hat die praktische Konsequenz, dass der „Treaty Override" hinsichtlich der Menschenrechtsverträge, auf die Art. 1 Abs. 2 GG Bezug nimmt, nicht möglich ist.[61]

Dies bedeutet andererseits nicht, dass sich die EMRK in einem Konfliktfall stets gegen das deutsche Recht durchsetzt (zu den Details dazu siehe die Abwandlung).[62]

6. Zwischenergebnis

Somit verletzt die Entscheidung des BGH C in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

[53] BVerfGE 141, 1 (28 ff.).
[54] BVerfGE 141, 1 (31 f.).
[55] BVerfGE 141, 1 (31 f.).
[56] *Wollenschläger*, in: Dreier (Fn. 5), Art. 25 Rn. 29.
[57] BVerfGE 141, 1 (15 ff.); dies ist umstritten, vgl. die abweichende Meinung der Richterin *König* BVerfGE 141, 1 (44 ff.).
[58] BVerfGE 141, 1 (15).
[59] BVerfGE 148, 296 (350 f.).
[60] BVerfGE 148, 296 (352 f.).
[61] Vgl. BVerfGE 141, 1 (32).
[62] Vgl. BVerfGE 148, 296 (355 ff.).

III. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der C ist zulässig und begründet und hat somit Aussicht auf Erfolg.

Lösungsvorschlag zur Abwandlung

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit das Urteil des BGH den Y-Verlag in einem seiner Grundrechte aus dem Grundgesetz verletzt.

I. Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte und der Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts

Auch in Zivilrechtsstreitigkeiten zwischen Privaten sind die Grundrechte im Wege der mittelbaren Drittwirkung zu berücksichtigen (siehe oben im Ausgangsfall unter II. 1.). Die einfache Rechtsanwendung durch die Fachgerichte wird vom Bundesverfassungsgericht nicht geprüft; wenn indes diese gebotene Berücksichtigung unterbleibt, begründet dies einen Verstoß gegen spezifisches Verfassungsrecht, der von dem Bundesverfassungsgericht geprüft wird (siehe oben im Ausgangsfall unter II. 2.).

II. Die Pressefreiheit des Y-Verlages

Hier könnte zugunsten des Y-Verlages die Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1, Abs. 2 GG zu berücksichtigen sein.

1. Grundrechtsberechtigung des Y-Verlages

Dazu müsste der Y-Verlag grundrechtsberechtigt hinsichtlich der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1, Abs. 2 GG sein.

a) Art. 19 Abs. 3 GG

Nach Art. 19 Abs. 3 GG können sich nur inländische juristische Personen auf Grundrechte berufen, soweit diese ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind. Es ist fraglich, ob der Y-Verlang inländisch im Sinne dieser Vorschrift ist. Dies bestimmt sich nach dem Sitz der juristischen Person.[63] Eine juristische Person hat ihren Sitz an dem Ort, an dem sich das selbstgewählte Aktionszentrum ihrer Tätigkeit befindet.[64] Eine juristische Person ist danach inländisch, wenn ihr Aktionszentrum auf deutschem Staatsgebiet liegt.[65] Der Hauptteil der tatsächlichen Tätigkeit des Y-Verlages, nämlich sowohl die Verwaltung als auch ein Großteil der redaktionellen Tätigkeit, findet auf spanischem Staatsgebiet statt. Somit kann sich der Y-Verlag nach Art. 19 Abs. 3 GG nicht auf die Grundrechte des Grundgesetzes berufen.

b) Art. 18 AEUV

Hier könnte aber das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV vorrangig anzuwenden sein. Dies könnte die Folge haben, dass auch ausländische juristische Personen mit Sitz in der EU sich auf die von Art. 19 Abs. 3 GG vermittelte Grundrechtsberechtigung berufen können.

[63] BVerfG NVwZ 2008, 670 (671).
[64] *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Stark (Fn. 28), Art. 19 Rn. 296.
[65] Ebd.

Art. 18 AEUV verbietet Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit. Dieser Schutz erstreckt sich auch auf juristische Personen. Er verlangt, juristische Personen mit Sitz im EU-Ausland den inländischen juristischen Personen gleichzustellen. Soweit dies mit den deutschen Vorschriften unvereinbar ist, setzt sich die Regelung des AEUV im Wege des Anwendungsvorranges durch.[66]

Der Y-Verlag hat seinen Sitz in Spanien, einem EU-Mitgliedsstaat.

Demnach ist der Y-Verlag unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG grundrechtsberechtigt.

c) Wesensübertragbarkeit

Der Y-Verlag kann sich aber nur dann auf die Pressefreiheit berufen, wenn diese ihrem Wesen nach auch auf juristische Personen anwendbar ist (vgl. Art. 19 Abs. 3 GG).

Das ist ausgeschlossen, wenn der Grundrechtsschutz an Eigenschaften, Äußerungsformen oder Beziehungen anknüpft, die nur natürlichen Personen im Wesen liegen. Ein Grundrechtsschutz für juristische Personen ergibt sich, wenn die geschützten Tätigkeiten auch korporativ betätigt werden können.[67]

Hier geht es um eine Zeitung, die durch einen Verlag herausgegeben wird, der als juristische Person konstituiert ist. Dies zeigt, dass sich die Tätigkeiten korporativ betätigen lassen. Die Pressefreiheit ist ihrem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar.[68]

d) Zwischenergebnis

Der Y-Verlag ist grundrechtsberechtigt hinsichtlich der Pressefreiheit.

2. Schutzumfang der Pressefreiheit

Die Pressefreiheit schützt sämtliche Tätigkeiten, die mit der Eigenart der Pressearbeit zusammenhängen.[69] Auch geschützt ist damit das Abdrucken von Fotos in einer Zeitung und die Verbreitung dieser Zeitung. Das Urteil des BGH untersagt dem Y-Verlag die erneute Verbreitung der Fotos.

3. Zwischenergebnis

Somit ist die Ausstrahlungswirkung der Pressefreiheit bei der zivilrechtlichen Entscheidung zu berücksichtigen.

III. Anwendung durch den BGH

Fraglich ist, ob der BGH dies in seiner Entscheidung hinreichend getan hat. Zwar ist die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes als Auslegungshilfe heranzuziehen (siehe oben im Ausgangsfall unter II. 4.).

1. Grenzen und Vorgehen bei der völkerrechtsfreundlichen Auslegung

Bei der konventionsfreundlichen Auslegung muss die Rechtsprechung des EGMR dogmatisch in das deutsche ausdifferenzierte Rechtssystem eingepasst werden.[70] Die Grenzen dieser völkerrechtskonformen Auslegung ergeben sich auch aus dem Grundgesetz. Sie darf nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz eingeschränkt wird, was Art. 53 EMRK selbst ausschließt. Die konventionsfreundliche Auslegung der deutschen Grundrechte kann überdies nur so weit gehen, wie dies nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation möglich ist.

2. Subsumtion

Hier hat sich der BGH einer eigenen Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes enthalten. Er hat ungeprüft die Kriterien des EGMR übernommen. Er hätte selbst die Grundrechte des Grundgesetzes – mit der ERMK und der zu ihr ergangenen Rechtsprechung des EGMR als Auslegungshilfe – auslegen müssen und das Ergebnis dieser Auslegung im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung bei der Auslegung des Privatrechts berücksichtigen müssen (siehe oben im Ausgangsfall unter II. 4.). Der BGH hat die deutschen Grundrechte aber nicht selbst ausgelegt, sondern unreflektiert die Auffassung des EGMR zur EMRK in das deutsche Recht übernommen. Somit hat er die Ausstrahlungswirkung der Pressefreiheit des Grundgesetzes nach Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GG bei seiner Auslegung des Zivilrechts nicht ausreichend berücksichtigt.

> *Exkurs – Die Rezeptionshemmnisse der EMRK im deutschen Recht*: Es besteht die verfassungsrechtliche Pflicht, bei der Anwendung der deutschen Grundrechte die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR als Auslegungshilfe heranzuziehen (siehe oben im Ausgangsfall unter II. 4.).[71]
> Aus dem Grundgesetz ergeben sich aber auch die Grenzen dieser völkerrechtskonformen Auslegung.[72] Erstens, wie sonst bei der völkerrechtskonformen Auslegung auch, kann die konventionsfreundliche Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes nicht über das methodisch Vertretbare hinausgehen.[73]
> Zweitens darf eine völkerrechtskonforme Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz des Grundgesetzes eingeschränkt wird, was die EMRK (Art. 53) auch selbst ausschließt.[74]
> In einpoligen Grundrechtsverhältnissen – also im reinen Bürger-Staat-Verhältnis – wirft dies keine Probleme auf:

[66] Zum Ganzen vgl. BVerfGE 129, 78 (94 ff.); grundlegend zum Anwendungsvorrang EuGH, Slg. 1964, 1259 (1269 ff.).
[67] Zum Ganzen vgl. BVerfGE 106, 28 (42 f.).
[68] BVerfGE 95, 28 (34 f.).
[69] *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 5), Art. 5 Rn. 95 m.w.N.
[70] Zum Ganzen BVerfGE 148, 296 (355 ff.); 128, 326 (371).
[71] BVerfGE 148, 296 (352).
[72] BVerfGE 148, 296 (355).
[73] BVerfGE 148, 296 (355).
[74] BVerfGE 148, 296 (355 f.); gegen eine Anwendung von Art. 53 EMRK in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen *Thienel*, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 53 Rn. 5.

Sofern das Grundgesetz einen weitergehenden Schutz bietet als die EMRK, kommt dieser weitergehende Standard zur Anwendung, ohne dass wiederum das Risiko einer Konventionsverletzung bestünde.[75] In mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen wie hier, in denen der Staat die Grundrechte mehrerer Grundrechtsträger zum Ausgleich bringen muss, ist dies aber problematisch: In dieser Situation bedeutet das „Mehr" an Freiheit für den einen ein „Weniger" an Freiheit für den anderen.[76]

Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach betont, dass sich daraus in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen ein Rezeptionshemmnis ergeben könnte,[77] also ein Konflikt zwischen den Grundrechten des Grundgesetzes und der EMRK, der dann zugunsten des Grundgesetzes aufzulösen wäre.

Wegen der Wirkweise der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte scheint ein solcher Konflikt aber unwahrscheinlich: Auslegung und Anwendung bürgerlichen Rechts obliegt zunächst den Fachgerichten.[78] Regelmäßig geben die Grundrechte des Grundgesetzes den Fachgerichten nicht vor, wie sie im Ergebnis zu entscheiden haben, sondern verlangen nur eine hinreichende Berücksichtigung der ihnen zugrundeliegenden Wertentscheidung.[79] Das Bundesverfassungsgericht prüft dementsprechend grundsätzlich nur, ob die Fachgerichte in ihrer Entscheidungsbegründung die einschlägigen Grundrechte des Grundgesetzes hinreichend berücksichtigt haben.[80]

Die Linie des Bundesverfassungsgerichts in den Caroline-Entscheidungen, die diesen Übungsfall inspiriert haben, illustriert dies: Der BGH als zuständiges Fachgericht hatte zunächst die Auffassung vertreten, nach einer Abwägung der relevanten Grundrechte müssten absolute Personen der Zeitgeschichte es außerhalb von Situationen örtlicher Abgeschiedenheit hinnehmen, dass die Presse ohne ihre Einwilligung Fotografien von ihnen angefertigt und veröffentlicht.[81] Das Bundesverfassungsgericht hat diese Rechtsprechung für verfassungskonform gehalten, war also der Auffassung, dass der BGH die Grundrechte von allen Beteiligten hinreichend berücksichtigt hat.[82] Der EGMR hat sodann festgestellt, dass diese Rechtsprechung die EMRK verletze, insbesondere deshalb, weil das Kriterium der örtlichen Abgeschiedenheit zu unbestimmt sei.[83] Anders als im Sachverhalt dieses Übungsfalls hat der BGH aufgrund der Entscheidung des EGMR die ihm obliegende Abwägung der Grundrechte der Beteiligten neu vorgenommen. Er ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass auch Personen der Zeitgeschichte es nur im Rahmen von Ereignissen zeitgeschichtlicher Bedeutung hinnehmen müssten, dass die Presse ohne ihre Einwilligung Fotos von ihnen anfertigt und veröffentlicht.[84] Auch diese neue Rechtsprechung des BGH hat das Bundesverfassungsgericht als mögliche Abwägung im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte akzeptiert und es dem BGH explizit zugestanden, seine Rechtsprechung zu ändern.[85] Zumindest in den Caroline-Verfahren hat das Bundesverfassungsgericht den Einfluss der EMRK und die Rechtsprechung des EGMR in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen auf die Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes akzeptiert.

IV. Ergebnis

Das Urteil des BGH verletzt den Y-Verlag in seiner Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1, Abs. 2 GG. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

[75] *Thienel* (Fn. 76), Art. 53 Rn. 5.
[76] BVerfGE 148, 296 (355).
[77] BVerfGE 148, 296 (355); 128, 326 (371).
[78] BVerfGE 152, 152 (185).
[79] Vgl. BVerfGE 152, 152 (185 f.).
[80] Vgl. BVerfGE 152, 152 (186).
[81] BGH NJW 1996, 1128 (1129 f.).
[82] BVerfGE 101, 361 (388, 391 ff.).
[83] EGMR NJW 2004, 2647 (2650 f.).
[84] BGH NJW 2007, 1977 (1978 f.).
[85] BVerfGE 120, 180 (209 ff.).

Referendarexamensklausur: Die ungebetene Werbetafel*

Von Wiss. Mitarbeiter **Vincent Weber**, Wiss. Mitarbeiter **Rudi Lang**, Dipl.-Verwaltungswirt (FH), Bayreuth**

Die Klausur von gehobenem Schwierigkeitsgrad behandelt in Teil 1 die Einwirkung des EU-Rechts auf eine auf das nationale Baurecht gestützte Baubeseitigungsanordnung im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes. Dabei beinhaltet sie auch eine Rechtmäßigkeitsprüfung einer EU-Verordnung. In Teil 2 werden die staatshaftungsrechtlichen Folgen einer rechtswidrigen EU-Verordnung mit Blick auf das unionale und nationale Staatshaftungsrecht thematisiert.

Sachverhalt (Fiktiv)

Teil 1

Die All Delicious Whiskey Limited (A) mit Sitz in Irland möchte ihre Präsenz in Bayern verstärken und hat sich überlegt, in der kreisangehörigen oberbayerischen Gemeinde Markt Garmisch-Partenkirchen (G) eine Niederlassung zu errichten. Deren Zweck besteht darin, durch ein Whiskey-Museum die lokale Bevölkerung und die zahlreichen Touristen von ihrem Whiskey zu überzeugen, damit dieser anstatt des lokalen Bieres beim abendlichen Zusammenkommen getrunken wird. Angrenzend an das Museum befindet sich auch ein Shop, in dem verschiedene Whiskeys der A – welche stilecht in Irland destilliert werden – zum Verkauf angeboten werden. Die Niederlassung liegt an der Bundesstraße 2 in einem vom rechtswirksamen Bebauungsplan als Gewerbegebiet ausgewiesenen Grundstück, umgeben von vielen anderen, vergleichbaren Läden. Damit mehr Gäste – insbesondere die anreisenden Touristen – das Museum und den Shop finden, plant die A, eine 9 m² große Werbetafel aufzustellen. Auf der Tafel soll für den bekanntesten Whiskey der A geworben werden. Zwar soll die Tafel von der Bundesstraße 2 zu sehen sein, doch ist sie nicht geeignet, die vorbeifahrenden Autofahrer abzulenken. Wie geplant stellen Mitarbeiter der A die Tafel zu Beginn der Wintersaison im November 2019 auf und freuen sich unmittelbar über mehr Besucher und steigende Umsätze in ihrem Shop.

Doch die Freude währt nur kurz. Schon am 15.1.2020 erhält die A nach vorheriger Anhörung – bei welcher ausdrücklich auf die Dringlichkeit der Anordnung hingewiesen wurde – einen Brief der Gemeinde G. In diesem wird ihr aufgegeben, die Werbetafel umgehend zu beseitigen. Die Behörde ordnete dabei die Zustellung mittels Postzustellungsurkunde an und gab den – mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehenen – Bescheid am 10.1. zur Post. Der Postbote legte den Bescheid in den Briefkasten des Shops der A, nachdem er niemanden persönlich vor Ort angetroffen hatte.

Der Bescheid ist damit begründet, dass die A schon keine gültige Baugenehmigung für die Tafel hätte. Dies sei umso beachtlicher, da ein dahingehender Antrag der A schon im Oktober abgelehnt worden sei. Durch die Ablehnung stehe die Baurechtswidrigkeit der Werbetafel schon fest. Zudem könnte eine solche auch jetzt nicht erteilt werden, da die Tafel gegen die (fiktive) „Verordnung zum Verbot von Werbung für alkoholische Getränke (Verordnung (EU) 2018/1234)“ (VO 2018/1234) verstoße. Die VO 2018/1234 wurde formell ordnungsgemäß vom Rat nach der ersten Lesung gebilligt und erlassen und ist zum 1.1.2019 in Kraft getreten.

Art. 2 der VO 2018/1234 (fiktiv) lautet:

Art. 2 Verbot von Werbung für alkoholische Getränke im öffentlichen Raum

(1) Es ist verboten, durch Werbeanlagen im öffentlichen Raum für alkoholische Getränke mit einem Volumenprozent von über 12 % zu werben.

(2) Ausgenommen von diesem Verbot ist die Werbung für Produkte, die lokal hergestellt und vertrieben werden.

(3) Die Mitgliedstaaten dürfen von dieser Regelung nicht abweichen.

Begründet wurde die Verordnung im Normsetzungsverfahren vor allem damit, dass den europaweiten Trends des „Komasaufens“ von Jugendlichen entgegengewirkt werden soll, aber auch generell die Bevölkerung vor übermäßigen Alkoholkonsum geschützt werden müsse. Die Ausnahme des Absatzes 2 dient dazu, die lokalen Gewohnheiten und Delikatessen, wie z.B. den Weinkonsum in Deutschland, Frankreich oder Italien weiterhin zu ermöglichen, da durch die Werbung ein ausreichender Gewinn für die dortigen – häufig kleinen – Produzenten sichergestellt werden soll. Des Weiteren sei die Verordnung aber auch notwendig, um den Binnenmarkt weiter zu harmonisieren. Die verschiedenen Regelungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Werbung für alkoholische Getränke hindern den grenzüberschreitenden Handel und müssten daher aneinander angepasst werden. Konkrete Belege für eine Beeinträchtigung des innerunionalen Handels werden nicht angeführt.

Die A ist empört, kann aber aufgrund des großen Kundenandrangs im Januar erst am 17.2.2020 – einem Montag – Klage beim Verwaltungsgericht München gegen den Bescheid erheben. Im Rahmen des Bekanntwerdens der Klage fällt dem zuständigen Sachbearbeiter der G auf, dass vergessen wurde, die sofortige Vollziehung der Beseitigungsanordnung für die Werbetafel anzuordnen. Dies holt er sofort nach, vergisst aber, die A anzuhören. In dem Brief, in dem die sofortige Vollziehung des Bescheids angeordnet wird, weist die G nur darauf hin, dass die Anordnung notwendig sei, um den Pflichten aus der Verordnung nachzukommen und so der

* Die Klausur wurde im Examensklausurenkurs der Universität Bayreuth im WS 2020/2021 zur Bearbeitung ausgegeben. Dabei wurde ein Durchschnitt von 6,15 Punkten erzielt.

** Der Autor *Weber* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht VII (Prof. *Dr. Heinrich Amadeus Wolff*) an der Universität Bayreuth und Rechtsreferendar im OLG-Bezirk Bamberg. Der Autor *Lang* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht II (Prof. *Dr. Markus Möstl*) an der Universität Bayreuth.

effektiven Durchsetzung des Europarechts Rechnung zu tragen. Nachdem die A den Brief erhalten hat, strengt sie ein Verfahren im Eilrechtsschutz gegen den Bescheid an. In der Begründung für den Eilrechtsschutz trägt sie vor, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung schon aus formellen Gründen rechtswidrig sei, da sie nicht angehört wurde, und auch die Begründung doch viel zu pauschal sei.

In Bezug auf die Beseitigungsanordnung sei die Gemeinde schon gar nicht zuständig gewesen, da man bei einer schnellen Internetrecherche zum deutschen Recht herausgefunden habe, dass die Bauaufsicht eine Staatsaufgabe sei und vom Landratsamt als Staatsbehörde durchzuführen sei. Materiell spricht gegen die Beseitigungsanordnung, dass die Werbetafel überhaupt keiner Baugenehmigung bedürfe, sodass auch die ablehnende Entscheidung keine Aussage über die Rechtmäßigkeit des Vorhabens enthalte. Weiter sei es fraglich, ob sich die Anlage überhaupt an der BayBO messen lassen muss.

Ganz besonders aufgebracht ist die A aber hinsichtlich der Begründung, die Anlage verstoße gegen Art. 2 der VO 2018/1234. Zwar ist die Werbetafel tatbestandlich von Art. 2 der VO 2018/1234 erfasst, doch sei diese offensichtlich rechtswidrig und damit unwirksam. So sei es schon fraglich, aus welcher Norm sich eine Kompetenz der EU zur Regelung ergeben soll. Zwar enthalte Art. 168 AEUV Kompetenzen im Bereich des Gesundheitsschutzes, doch zeige Art. 168 Abs. 5 AEUV, dass eine Regelung wie Art. 2 der VO 2018/1234 hiervon nicht mehr getragen sei. Aber auch Art. 114 AEUV sei keine hinreichende Kompetenznorm, da es doch vorrangig um Gesundheitsschutz und nicht die Harmonisierung der Wirtschaft ginge. Die vorgebrachten angeblichen Wettbewerbsunterschiede stützten sich auf bloße Vermutungen. Zudem stehe das Subsidiaritätsgebot, das im EUV geregelt sei, auch der Auffangkompetenz aus Art. 352 AEUV entgegen. Selbst wenn man eine Kompetenz der EU annehme, verstieße die Verordnung jedenfalls eindeutig gegen die Warenverkehrsfreiheit. So sei die Prozentgrenze willkürlich und verfolge keinerlei Konzept. So gebe es z.B. Wein mit 11 % und solchen mit 14 %, doch nur für einen der beiden dürfte geworben werden. Zudem werde der innerunionale Handel gerade dadurch erheblich beeinträchtigt, dass für lokale Getränke, wie z.B. Qualitätskorn in Ostfriesland (ca. 32 %) oder Whiskey (in der Regel ab 40 %) in Irland geworben werden dürfe, aber jeweils der Eintritt in andere Märkte durch das Werbeverbot verhindert werde.

Die zuständige Kammer am Verwaltungsgericht teilt die Bedenken der A bezüglich der Rechtmäßigkeit der VO 2018/1234 und legt daher dem EuGH die Frage der Vereinbarkeit der Verordnung mit höherrangigen EU-Recht nach Art. 267 AEUV vor. Jedoch sieht sie sich, solange der EuGH nicht entschieden habe, an die Verordnung gebunden.

Die A dagegen ist der Ansicht, dass der Richter die Verordnung im Eilrechtsschutz nicht beachten müsse. Zwar sei ein vorrübergehender Abbau der Werbetafel mit mittelstarken, aber keineswegs existenzbedrohenden oder nicht wiedergutzumachenden Einnahmerückgängen verbunden, doch kenne auch das EU-Recht die Möglichkeit vorläufigen Rechtsschutzes, sodass das Gericht die Verordnung bereits jetzt nicht anwenden müsse. Die G wiederum zweifelt schon an der Zulässigkeit des Antrags, da dieser verfristet sei.

Teil 2

Nachdem das Gericht im einstweiligen Rechtsschutz den Antrag der A abgelehnt hat, baute die A ihr Werbeschild am 3.2.2020 gezwungenermaßen wieder ab. In der Folgezeit entschied der EuGH das Vorabentscheidungsverfahren bezüglich der Rechtmäßigkeit der Verordnung dahingehend, dass diese tatsächlich gegen höherrangiges EU-Recht verstößt und damit unwirksam ist. Daraufhin gab das Verwaltungsgericht der Klage der A gegen die Beseitigungsanordnung in der Hauptsache am 3.8.2020 statt. Über diesen gerichtlichen Erfolg und den Sieg der Gerechtigkeit erfreut, evaluiert die A, die ihr durch den erfolgten Abbau und dem damit einhergehenden Umsatzeinbruch entstandenen Schaden. Dabei stellt sie zutreffend fest, dass durch den Abbau des Schildes die Besucherzahlen um 20 % zurückgegangen sind und dies zu einem Schaden von 20.000 € geführt hat. Diesen Schaden möchte sie nun ersetzt bekommen und kommt daher in Ihre Anwaltskanzlei mit der Frage, ob sie die den Schaden von der EU und/oder von der Gemeinde G zurückerhalten könne.

Aufgabenstellung zu Teil 1

Hat der Antrag der A im einstweiligen Rechtsschutz gegen die Beseitigungsanordnung Aussicht auf Erfolg?

Aufgabenstellung zu Teil 2

Hat die A Ansprüche auf Ersatz des entstandenen Schadens gegen die EU oder die Gemeinde G? Dabei ist davon auszugehen, dass die Behörde das Einschreiten *nur* auf einen Verstoß gegen die Verordnung (EU) 2018/1234 gestützt hat.

Bearbeitungsvermerk

Bearbeiten Sie die aufgeworfenen Fragen in der angegebenen Reihenfolge. Dabei ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen erforderlichenfalls im Hilfsgutachen einzugehen. Auf Art. 49, 56 AEUV, Grundrechte des Grundgesetzes, Grundrechte der europäischen Grundrechtecharta und Vorschriften der StVO ist nicht einzugehen. Es ist davon auszugehen, dass die A eine rechtsfähige juristische Person des Privatrechts ist und ordnungsgemäß vertreten wird.

Lösungsvorschlag

Teil 1

Der Antrag der A wird Erfolg haben, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und er begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen müssten vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

In der Hauptsache müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein, vgl. §§ 80 Abs. 5, 123 Abs. 2 S. 1 VwGO. Dies richtet sich mangels aufdrängender Sonderzuweisung nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Demnach müsste eine

öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind, was nach der modifizierten Subjektstheorie der Fall ist, wenn diese einen Träger hoheitlicher Gewalt als solchen berechtigen oder verpflichten.[1] Die streitentscheidenden Normen sind insbesondere solche der BayBO (Art. 76 S. 1 BayBO[2]), mithin Normen, die Träger hoheitlicher Gewalt als solche berechtigen und verpflichten. Somit liegt nach der modifizierten Subjektstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vor.

Weder A noch die Gemeinde G sind Verfassungsorgane und es wird auch nicht über Rechte und Pflichten aus der Verfassung gestritten, sodass keine verfassungsrechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegt.[3]

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Antragsstellers, vgl. §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO.

A hat einen Antrag im einstweiligen Rechtsschutz gegen den Beseitigungsbescheid der G eingelegt. Die Verwaltungsgerichtsordnung kennt mit §§ 47 Abs. 6, 123 Abs. 1, 80 Abs. 5/80a VwGO drei verschiedene Arten des Eilrechtsschutzes. § 47 Abs. 6 VwGO scheidet mangels Vorliegens einer Norm i.S.d. § 47 Abs. 1 VwGO von vorherein aus.

Die Abgrenzung zwischen einem Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO und den §§ 80 Abs. 5/80a VwGO richtet sich nach § 123 Abs. 5 VwGO. Nach diesem gehen die Anträge der §§ 80 Abs. 5/80 a VwGO denen des § 123 Abs. 1 VwGO vor.

Ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ist statthaft, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage i.S.d. § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO statthaft ist und deren grundsätzlich bestehende aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 1 S. 1 VwGO) nach § 80 Abs. 2 S. 1 VwGO ausnahmsweise entfallen ist.

A wendet sich gegen eine Beseitigungsanordnung i.S.d. Art. 76 S. 1 BayBO. Diese stellt einen belastenden Verwaltungsakt i.S.d. Art. 35 S. 1 BayVwVfG[4] dar, deren aufschiebende Wirkung aufgrund der Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die G gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO entfallen ist.

Auch hat sich die Beseitigungsanordnung noch nicht erledigt, sodass in der Hauptsache eine Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO und damit im einstweiligen Rechtsschutz ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO statthaft ist.

III. Antragsbefugnis

Da der Eilrechtsschutz nicht weiter gehen darf als die Hauptsache, bedarf es auch beim Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO einer Antragsbefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog.[5] Diese ist gegeben, wenn der Antragssteller die Möglichkeit einer Rechtsverletzung durch den belastenden Verwaltungsakt geltend machen kann, was der Fall ist, wenn eine solche nicht von vorherein ausgeschlossen werden kann.[6]

A ist Adressatin eines belastenden Verwaltungsaktes in Form der Beseitigungsanordnung, womit grundsätzlich eine Beeinträchtigung zumindest in Art. 2 Abs. 1 GG möglich erscheint.[7] Als juristische Person des Privatrechts kann sich A aber nur nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG auf Grundrechte berufen. Problematisch ist, dass sich nach dieser Norm grundsätzlich nur inländische juristische Personen auf Grundrechte berufen können, was sich nach dem Sitz der Gesellschaft bestimmt,[8] und A ihren Sitz in Irland hat. Allerdings ist der Begriff „inländisch“ wegen des Diskriminierungsverbotes des Art. 18 AEUV weit auszulegen, sodass auch juristische Personen erfasst sind, die ihren Sitz in einem EU-Mitgliedstaat haben (sog. Anwendungserweiterung).[9] Demnach erscheint es hier nach der Adressatentheorie nicht von vornherein ausgeschlossen, dass A in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG verletzt ist, sodass die Antragsbefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO analog gegeben ist.

IV. Zuständiges Gericht

Das zuständige Gericht richtet sich gem. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO nach dem Gericht der Hauptsache. Dies ist gem. § 45 VwGO sachlich das Verwaltungsgericht und gem. § 52 Nr. 1 VwGO[10] örtlich das Verwaltungsgericht München.

V. Partei- und Prozessfähigkeit

A ist als juristische Person des Privatrechts nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig. Sie ist als juristische Person zwar nicht prozessfähig, doch ist sie laut Bearbeitungsvermerk ordnungsgemäß nach § 62 Abs. 3 VwGO vertreten.

---

[1] *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 226.

[2] Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: § 82 Abs. 1 S. 1 BauO NRW 2018, § 65 Abs. 1 S. 1 LBO BW, § 82 Abs. 1 S. 1 HBO, § 80 S. 1 SächsBO, § 79 Abs. 1 NBauO, § 80 Abs. 1 S. 1 BBgBO.

[3] Zu dieser Abgrenzung und den Gegenansichten *E. Reimer*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, 58. Ed., Stand: 1.4.2021, § 40 Rn. 90 ff.

[4] Nach a.A. ist stattdessen auf § 35 S. 1 VwVfG abzustellen. Zum Streit *Rusteberg*, ZJS 2012, 449 ff.

[5] Zur Antragsbefugnis *Decker*, in: Wolff/Decker (Hrsg.), VwGO/VwVfG, Studienkommentar, 4. Aufl. 2020, VwGO § 80 Rn. 53.

[6] *Wolff*, in: Wolff/Decker (Fn. 5), VwGO § 42 Rn. 78a ff.

[7] Zur dieser sog. Adressatentheorie *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 14 Rn. 60.

[8] H.M. (Sitztheorie), vgl. nur *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 19 III Rn. 79; *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 54.

[9] *Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 47. Ed., Stand: 15.5.2021, Art. 19 Rn. 37; *Sachs* (Fn. 8), Art. 19 Rn. 55.

[10] I.V.m. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 AGVwGO (für Bayern).

Die G ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO i.V.m. Art. 1 BayGO parteifähig. Sie wird gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 38 Abs. 1 S. 1 BayGO[11] von ihrem Bürgermeister vertreten.

Hinweis: Vertretbar ist es, bereits an dieser Stelle – und nicht erst in der Begründetheit (siehe unten B. I.) unter einem eigenen Prüfungspunkt „Prozessführungsbefugnis" zu prüfen, ob G hier auch richtige Beklagte analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist.[12] Dies entspricht dem üblichen Prüfungsaufbau in den meisten Bundesländern. Da § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO in Bayern jedoch als Regelung der Passivlegitimation angesehen und dementsprechend erst in der Begründetheit geprüft wird, folgt dem auch die hiesige Lösungsskizze, der ein bayerischer Sachverhalt zugrunde liegt.

VI. Ordnungsgemäßer Antrag

Von einer ordnungsgemäßen Antragsstellung (§§ 81 ff. VwGO analog) ist auszugehen.

VII. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis ist grundsätzlich nur nicht gegeben, wenn ein einfacherer, schnellerer, effektiverer oder günstigerer Weg zur Erlangung von Rechtsschutz zur Verfügung steht.[13] Jedoch sind beim Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO Besonderheiten zu beachten.

1. Vorheriger Antrag bei der Behörde

Zwar bedarf es – wie der Umkehrschluss zu § 80 Abs. 6 VwGO zeigt – keines vorherigen Antrages bei der Behörde und auch die Erhebung der Hauptsacheklage ist nicht zwingend notwendig, vgl. § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO.[14]

2. Keine offensichtliche Erfolglosigkeit der Hauptsache

Jedoch darf die Hauptsache nicht offensichtlich erfolglos sein, was insbesondere der Fall ist, wenn diese verfristet ist und der Verwaltungsakt damit bestandskräftig geworden ist.[15]

Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO dagegen ist entgegen der Ansicht der G nicht fristengebunden.[16] Es kommt nur darauf an, ob die Hauptsachklage am 17.2.2020 fristgemäß erhoben wurde.

Die Klagefrist beträgt – das Vorverfahren in Bayern ist gem. § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 AGVwGO entbehrlich – gem. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO einen Monat nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes. Die Bekanntgabe richtet sich – da die Zustellung behördlich angeordnet wurde – nach Art. 41 Abs. 5 BayVwVfG i.V.m. Art. 1 Abs. 5 Alt. 2 VwZVG.

Der Bescheid wurde am 15.1.2020 in den Briefkasten der A eingelegt. Dies ist nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 VwZVG i.V.m. § 180 S. 1 ZPO nur zulässig, wenn eine Zustellung nach § 178 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 ZPO nicht durchführbar ist. Es wäre nur § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO denkbar, jedoch traf der Postbote niemanden an, sodass die Zustellung mit Einlegen in den Briefkasten am 15.1.2020 ordnungsgemäß erfolgte, § 180 S. 2 ZPO.

Demnach begann die Frist gem. § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO, § 187 Abs. 1 BGB am 16.1.2020 um 0.00 Uhr und endete grundsätzlich gem.§ 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB am 15.2.2020 um 24.00 Uhr, sodass die Klage nicht fristgemäß erhoben worden wäre. Der 15.2.2020 war aber ein Samstag, sodass sich der Fristablauf gem. § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 2 ZPO auf Montag, den 17.2.2020 um 24.00 Uhr verschiebt und die Klageerhebung somit fristgemäß erfolgte.

Dass der Antrag im Eilrechtsschutz danach erfolgte, ist unerheblich. Das Rechtsschutzbedürfnis ist gegeben.

VIII. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen des Antrages der A sind gegeben.

B. Begründetheit

Der Antrag der A ist begründet, wenn er sich gegen den richtigen Antragsgegner richtet (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog) und die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist und/oder das private Suspensivinteresse der A das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt.[17]

I. Passivlegitimation

Richtiger Antragsgegner ist nach dem Rechtsträgerprinzip des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog der Rechtsträger der Behörde, die den angegriffenen Verwaltungsakt erlassen hat. Dies war hier die Gemeinde G, die ihr eigener Rechtsträger und damit analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO passivlegitimiert ist.

Hinweis: § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog kann bereits auf Ebene der Sachentscheidungsvoraussetzungen unter dem Prüfungspunkt „Prozessführungsbefugnis" angesprochen werden (siehe dazu bereits den Hinweis oben).

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO müsste formell rechtmäßig sein.

[11] Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: § 63 Abs. 1 S. 1 GO NRW, § 42 Abs. 1 S. 2 GemO BW, § 51 Abs. 1 S. 2 SächsGemO.
[12] Zum Streit *Rozek*, JuS 2007, 601 ff.
[13] *Hufen* (Fn. 7), § 23 Rn. 10 f.
[14] So die wohl h.M. Dazu und zur Gegenansicht *Gersdorf*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, 58. Ed., Stand: 1.7.2021, § 80 Rn. 164.
[15] *Hufen* (Fn. 7), § 32 Rn. 35.
[16] *Hufen* (Fn. 7), § 32 Rn. 35.
[17] Vgl. etwa *Erbguth/Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2020, § 21 Rn. 15; *Decker* (Fn. 5), VwGO § 80 Rn. 69 ff.

1. Zuständigkeit

Zuständig ist gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO die Behörde, die den angegriffenen Verwaltungsakt erlassen hat, also die Gemeinde G, welche auch die sofortige Vollziehung anordnete.

2. Anhörung

A wurde vor Erlass der Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht angehört. Fraglich ist, ob dies bei der Anordnung gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO erforderlich gewesen wäre. Dies wird jedenfalls überwiegend abgelehnt, wenn die Anordnung zusammen mit dem Verwaltungsakt ergeht.[18] Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei kein Verwaltungsakt i.S.d. Art. 35 BayVwVfG und so Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG nicht direkt anwendbar. Als bloßer verfahrensrechtlicher Annex fehle es ihr an einer eigenen Regelungswirkung.[19] Eine analoge Anwendung scheitert nach h.M. daran, dass das Verfahren für die Anordnung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO in § 80 Abs. 3 VwGO abschließend geregelt ist und es so an einer Regelungslücke fehlt.[20]

Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn die Anordnung i.S.d. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO erst nach dem Erlass des Verwaltungsaktes erfolgt.

Für eine Anhörungspflicht in einer derartigen Konstellation spricht, dass das Rechtstaatsprinzip es verbietet, überraschende Entscheidungen zulasten des Betroffenen zu treffen und die nachträgliche Anordnung gerade eine solche sein könnte.[21] Doch übersieht dieser Einwand, dass A schon bei der Anhörung zur Beseitigungsanordnung auf deren Dringlichkeit hingewiesen wurde, sodass es sich um keine überraschende Entscheidung handelte, sondern A vielmehr damit rechnen musste, dass die Behörde die Anordnung der sofortigen Vollziehung vergessen hatte. Zudem könnte die Behörde ansonsten selbst steuern, wann eine Anhörung erforderlich ist und wann nicht, obwohl eine einheitliche Handhabung angezeigt ist.[22] Weiter ist der Regelungsinhalt der Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht davon abhängig, ob sie isoliert steht oder nicht.

Im Ergebnis ist also ein Anhörungserfordernis der A abzulehnen. Das Verfahren war ordnungsgemäß.

3. Begründung

Die Anordnung des sofortigen Vollzuges müsste den Anforderungen des § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO genügen, wonach die Anordnung schriftlich erfolgen muss und das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung zu begründen ist. Die Begründung darf dabei nicht bloß formelhaft und/oder schematisch sein oder sich auf die Wiederholung des Gesetzestextes beschränken.[23]

Die Schriftform ist laut Sachverhalt gewahrt. Fraglich ist jedoch, ob auch das besondere Interesse hinreichend begründet wurde.

G verwies lediglich auf die Anforderungen des Europarechts, was grundsätzlich zu pauschal sein dürfte. Doch sind hier tatsächlich die Vorgaben des Europarechts und insbesondere des effet utile zu berücksichtigen. Dieser fordert, dass das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht die Durchsetzung des EU-Rechts nicht behindern darf[24], was jedoch geschehen würde, wenn die Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung hätte.[25] Denn in diesem Fall würde die VO 2018/1234 nicht vollzogen werden. Somit ist mit Blick auf die europarechtlichen Anforderungen den Vorgaben des § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO durch die G genügt worden.

4. Zwischenergebnis

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO ist formell ordnungsgemäß ergangen.

III. Interessenabwägung

Das private Aussetzungsinteresse müsste das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegen. Dies bestimmt das Gericht anhand einer originären Interessenabwägung.[26] Bei dieser ist die summarische Prüfung der Hauptsache das maßgebliche Indiz. Ist die Hauptsache offensichtlich erfolgreich, überwiegt das private Aussetzungsinteresse, da an dem Vollzug eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsaktes kein öffentliches Interesse besteht (vgl. § 80 Abs. 4 S. 3 VwGO).[27]

1. Sachentscheidungsvoraussetzungen der Anfechtungsklage

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen der Anfechtungsklage decken sich weitgehend mit den bereits geprüften Voraussetzungen der Zulässigkeit des § 80 Abs. 5 VwGO. Insbesondere wurde die Klagefrist des § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO beachtet.

2. Begründetheit der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage in der Hauptsache ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Klagegegner richtet (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) und soweit der angegriffene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Betroffenen in seinen subjektiven Rechten verletzt, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.[28]

[18] Zum Meinungsstand *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 17), § 21 Rn. 6.
[19] BVerwGE 24, 92 (94); *Gersdorf* (Fn. 14), § 80 Rn. 71; *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 164.
[20] OVG Koblenz NVwZ 1988, 748 (749); *Gersdorf* (Fn. 14), § 80 Rn. 81; *Schmaltz*, DVBl. 1992, 230 (232); *Schoch*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 22. Lfg., Stand: September 2011, § 80 Rn. 258.
[21] *Schoch* (Fn. 20), § 80 Rn. 218.
[22] *Lang*, ZJS 2020, 234 (238).
[23] Zum Problem der fehlerhaften Begründung *Schoch* (Fn. 20), § 80 Rn. 442.
[24] Zum Effektivitäts- und Äquivalenzgebot *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 8. Aufl. 2018, § 12 Rn. 35 ff.
[25] *Schoch* (Fn. 20), § 80 Rn. 22, 218 ff.; 231 ff. m.w.N.
[26] *Schenke*, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 26. Aufl. 2020, § 80 Rn. 146.
[27] *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 17), § 21 Rn. 15.
[28] *Engelbrecht*, JA 2006, 789 (790).

a) Passivlegitimation

Entsprechend der obigen Ausführungen ist auch in der Hauptsache die Gemeinde G nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO passivlegitimiert.

b) Eingriffsgrundlage

Aufgrund des aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 BV) abgeleiteten Vorbehalt des Gesetzes bedarf die Beseitigungsanordnung als ein den Adressaten belastender Verwaltungsakt einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage.[29]

In Betracht kommt Art. 76 S. 1 BayBO[30]. Dieser ist einschlägig, wenn es sich bei dem Werbeschild um eine Anlage i.S.d. der BayBO handelt.

Vorliegend geht es um den Abriss einer Werbetafel, die für den Whiskey der A wirbt. Diese ist eine ortsfeste Anlage der Wirtschaftswerbung und so eine bauliche Anlage i.S.d. Art. 2 Abs. 1 S. 2 BayBO und demnach auch eine Anlage i.S.d. Art. 2 Abs. 1 S. 4 BayBO. Dementsprechend ist der Anwendungsbereich des Art. 76 S. 1 BayBO eröffnet.

Hieran ändert sich wegen Art. 55 Abs. 2 BayBO auch nichts, wenn die Werbetafel entsprechend dem Vorbringen der A tatsächlich verfahrensfrei ist.

c) Formelle Rechtmäßigkeit

aa) Zuständigkeit

Nach Art. 76 S. 1 BayBO ist die Bauaufsichtsbehörde (verbands-)zuständig. Die Bauaufsichtsbehörde ist nach Art. 53 Abs. 1 Hs. 1 BayBO grundsätzlich das Landratsamt als untere Staatsbehörde. Allerdings ergibt sich aus Art. 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BayBO, dass durch Verordnung alle Aufgaben der unteren Bauaufsichtsbehörde auf kreisangehörige Gemeinden übertragen werden können. Nach § 5 Abs. 1 ZustVBau wurden die Aufgaben der unteren Bauaufsichtsbehörde unter anderem auch auf den Markt Garmisch-Partenkirchen (G) übertragen, sodass die G verbandszuständig ist. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 BayVwVfG.

bb) Verfahren

Das Verfahren wurde ordnungsgemäß durchgeführt, insbesondere wurde A durch die G vor Erlass der Beseitigungsanordnung ordnungsgemäß i.S.d. Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG angehört.

cc) Form

Ein Verwaltungsakt kann nach Art. 37 Abs. 2 S. 1 BayVwVfG formfrei erlassen werden, jedoch muss er nach Art. 39 Abs. 1 S. 1 BayVwVfG begründet werden, wenn er schriftlich erlassen wurde. Diesen Anforderungen wurde hier genügt.

d) Materielle Rechtmäßigkeit

Aufgrund des aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 BV) abgeleiteten Vorrang des Gesetzes müsste die Beseitigungsanordnung auch materiell rechtmäßig sein. Dies erfordert, dass sie vom Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist und eine zulässige Rechtsfolge gesetzt hat.

aa) Tatbestand

Der Tatbestand des Art. 76 S. 1 BayBO verlangt, dass eine Anlage in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet wurde.

Bei der Werbetafel handelt es sich um eine Anlage i.S.d. BayBO (vgl. oben).

(1) Baurechtswidrigkeit bestandskräftig festgestellt

Fraglich ist, ob der Wiederspruch zum materiellen Baurecht deshalb feststeht, weil die G den Antrag der A auf Erlass der Baugenehmigung bestandskräftig abgelehnt hat.

Dies wäre nur der Fall, wenn mit der Entscheidung der G festgestellt wurde, dass die Anlage tatsächlich baurechtswidrig ist. Dies ist eine Frage der Regelungswirkung (in Form der sog. Feststellungswirkung) der ablehnenden Entscheidung.[31] Man kann die Ablehnung so verstehen, dass damit nur der Antrag abgelehnt wird, aber keine Aussage zu der Frage getroffen wird, ob das Vorhaben mit materiellem Baurecht vereinbar war oder nicht.[32] Oder man versteht die Entscheidung so, dass darin auch die verbindliche Feststellung getroffen wird, dass das Vorhaben nicht mit materiellem Baurecht, das im bauaufsichtlichen Verfahren zu prüfen ist (vgl. Art. 68 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BayBO), übereinstimmt.[33]

Die Rechtsprechung und wohl h.L. vertritt eine differenzierende Ansicht, je nachdem, ob die Verwaltungsgerichte die ablehnende Entscheidung überprüft haben. Liegt nur eine behördliche Entscheidung vor, wird dieser keine Regelungswirkung für die Frage der Vereinbarkeit mit materiellem Baurecht entnommen. Haben die Verwaltungsgerichte die Ablehnung in Form der Abweisung der Genehmigungsklage bestätigt, soll die Baurechtswidrigkeit mit Rechtskraft entschieden sein.[34] Begründet wird dies damit, dass der Inhalt der ablehnenden Entscheidung anders sei als beim gerichtlichen Verfahren. So sei die Funktion des verwaltungsgerichtlichen Ver-

[29] *Huber/Wollenschläger/Wollenschläger*, Landesrecht Bayern, 2019, § 4 Rn. 32.

[30] Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: § 82 Abs. 1 S. 1 BauO NRW 2018, § 65 Abs. 1 S. 1 LBO BW, § 82 Abs. 1 S. 1 HBO, § 80 S. 1 SächsBO, § 79 Abs. 1 NBauO, § 80 Abs. 1 S. 1 BBgBO.

[31] Ausführlich dazu *Struzina/Lindner*, VerwArch 2017, 266 (269 ff.).

[32] So etwa *Ortloff*, NJW 1987, 1665 (1670).

[33] So etwa BayVGH BeckRS 2015, 56362 Rn. 6. Zu weiteren Auslegungsmöglichkeiten *Struzina/Lindner*, VerwArch 2017, 266 (275 f.).

[34] BVerwGE 48, 271 = NJW 1976, 340; *Greim-Diroll*, in: Spannowsky/Manssen (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Bauordnungsrecht Bayern, 18. Ed., Stand: 1.4.2021, Art. 68 Rn. 21; *Lechner*, in: Busse/Kraus (Hrsg.), Bayerische Bauordnung, Kommentar, 99. Lfg., Stand: Dezember 2009, Art. 68 Rn. 125 ff.

fahrens mit der der Entscheidung zukommenden materiellen Rechtskraft über Streitigkeiten endgültig zu entscheiden und so für Rechtssicherheit zu sorgen. Verwaltungsverfahren dagegen „werden typischerweise durch Elemente der ‚Gestaltung', der Zweckmäßigkeitserwägung, der nicht eigentlich streitentscheidenden Gewährung oder Vorenthaltung geprägt."[35]

Demzufolge führt die ablehnende Behördenentscheidung nicht dazu, dass die Werbeanlage als baurechtswidrig i.S.d. Art. 76 S. 1 BayBO anzusehen ist.

(2) Verstoß gegen Art. 55 Abs. 1 BayBO[36]/Formelle Baurechtswidrigkeit

Die Errichtung der Werbetafel könnte jedoch gegen Art. 55 Abs. 1 BayBO verstoßen. Nach Art. 55 Abs. 1 BayBO bedarf die Errichtung von Anlagen einer Baugenehmigung, soweit in Art. 56–58, 72 und 73 nichts anderes bestimmt ist.

Die Anlage könnte gem. Art. 57 Abs. 1 Nr. 12 lit. g BayBO verfahrensfrei sein. Nach dieser Vorschrift ist die Errichtung von Werbeanlagen in durch Bebauungsplan festgesetzten Gewebegebieten an der Stätte der Leistung, soweit sie nicht in die freie Landschaft wirken, mit einer freien Höhe bis zu 10 m, verfahrensfrei.

Die Tafel, bei der es sich um eine Werbeanlage i.S.d. Art. 2 Abs. 1 S. 2 BayBO handelt, liegt in einem vom Bebauungsplan als Gewerbegebiet ausgezeichneten Gebiet (§ 8 BauNVO). Sie steht direkt an dem Shop der A und hat lediglich eine Fläche von 9 m², sodass bei lebensnaher Betrachtung nicht von einer Höhe über 10 m auszugehen ist. Auch ist nicht ersichtlich, dass sie in die freie Landschaft hineinwirkt, sodass im Ergebnis von der Verfahrensfreiheit nach Art. 57 Abs. 1 Nr. 12 lit. g BayBO auszugehen ist und eine formelle Baurechtswidrigkeit gem. Art. 55 Abs. 1 BayBO ausscheidet.

(3) Verstoß gegen Artikel 2 der VO 2018/123/Materielle Baurechtswidrigkeit

Jedoch könnte die Tafel gegen Art. 2 der VO 2018/1234 als öffentlich-rechtliche Vorschrift i.S.d. Art. 76 S. 1 BayBO verstoßen.

Nach Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234, welcher gem. Art. 288 UAbs. 2 AEUV unmittelbar in Deutschland gilt, ist es im öffentlichen Raum verboten, für alkoholische Produkte mit mehr als zwölf Volumenprozent zu werben. A wirbt aber für ihren bekanntesten Whiskey, der 40 Volumenprozent hat. Dementsprechend liegt ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 vor. Insbesondere ist dieser Whiskey auch kein lokal hergestelltes und vertriebenes Produkt, sodass auch die Ausnahme des Art. 2 Abs. 2 der VO 2018/1234 nicht greift. Es liegt ein Verstoß gegen eine öffentlich-rechtliche Vorschrift i.S.d. Art 76 S. 1 BayBO vor.

Jedoch müsste Art. 2 der VO 2018/1234 überhaupt wirksam sein, damit er als öffentlich-rechtliche Vorschrift i.S.d. Art. 76 S. 1 BayBO angesehen werden kann.

(a) Kompetenz der EU

Die EU müsste die Kompetenz zum Erlass des Art. 2 der VO 2018/1234 gehabt haben.

Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 EUV darf die EU nur innerhalb ihrer Zuständigkeiten tätig werden. Dementsprechend bedarf es für die Begründung der Kompetenz der Union einer Grundlage in den Verträgen.[37]

(aa) Art. 168 Abs. 5 AEUV

Nach Art. 168 Abs. 5 AEUV kann die EU Fördermaßnahmen zum Schutz der menschlichen Gesundheit erlassen, wobei Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit vor Alkoholmissbrauch ausdrücklich genannt werden. Gerade diesem Schutz soll Art. 2 der VO 2018/1234 dienen. Doch übersieht dies, dass die Maßnahmen gem. Art. 168 Abs. 5 AEUV nur unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung erlassen werden dürfen. Die Verordnung ist vollharmonisierend, wie sich aus Art. 2 Abs. 3 der VO 2018/1234 ergibt, somit scheidet Art. 168 Abs. 5 AEUV als Kompetenznorm aus.

(bb) Art. 114 AEUV

Jedoch könnte die Verordnung auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt werden. Art. 114 Abs. 1 AEUV wird aber nicht als allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes verstanden, da sonst der Unionsgesetzgeber – entgegen dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung – immer tätig werden könnte, sobald die Mitgliedstaaten unterschiedliche Rechtssätze hätten.[38]

Eine auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützte Regelung muss tatsächlich den Zweck haben, den Binnenmarkt zu verbessern, da ansonsten nur über die abstrakten Unterschiede der mitgliedstaatlichen Regelungen die Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage durch den EuGH unterlaufen würde.[39]

Es erscheint schon fraglich, wie durch ein komplettes Werbeverbot im öffentlichen Raum der Handel im Binnenmarkt verbessert werden soll. Vielmehr verhindert die Verordnung gerade, dass für überregionale Produkte geworben werden kann, sodass es für diese nur schwerer wird, sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen.

Jedoch beschränkt sich die Befugnis des Art. 114 Abs. 1 AEUV nicht bloß auf eine Verbesserung des Freihandels, sondern ermöglicht auch den Eingriff zur Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen.[40]

Man könnte argumentieren, dass die in den Mitgliedstaaten unterschiedlich zulässige Werbung für alkoholische Produkte dazu führt, dass es Alkoholproduzenten aus liberaleren Ländern – aufgrund des stärkeren Heimatmarktes – leichter

[35] BVerwG NJW 1976, 340 (341).

[36] Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: § 60 Abs. 1 BauO NRW 2018, § 49 LBO BW, § 62 Abs. 1 HBO, § 59 SächsBO, § 59 Abs. 1 NBauO, § 59 Abs. 1 BbgBO.

[37] *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 24), § 11 Rn. 3; *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, EUV Art. 5 Rn. 8.

[38] EuGH, Urt. v. 5.10.2000 – C-376/98, ECLI:EU:C:2000: 544, Rn. 83 (Tabakwerbung) zu Art. 100a EGV a.F.

[39] EuGH, Urt. v. 5.10.2000 – C-376/98, ECLI:EU:C:2000: 544, Rn. 84 (Tabakwerbung).

[40] *M. Schröder*, in: Streinz (Fn. 37), AEUV Art. 114 Rn. 27.

fällt, EU-weit zu expandieren, als solchen Produzenten, die schon auf Ihrem Heimatmarkt starken Werberegulierungen unterworfen sind, sodass die sich hieraus ergebenden Wettbewerbsverfälschungen ausgeglichen werden müssen, was auch durch eine restriktive Regelung wie die des Art. 2 VO 2018/1234 geschehen könnte.

Allerdings bedürfte es dafür einer „Spürbarkeit" dieser Wettbewerbsverzerrungen.[41]

Vorliegend wird nur pauschal auf die unterschiedlichen Regelungen verwiesen, ohne spezifisch aufgetretene Verzerrungen anhand konkreter Belege aufzuzeigen. Dieser Grund erscheint nur vorgeschoben, um die Verordnung auf ein zweites Standbein zu stellen, wenn der Gesundheitsschutz nicht ausreicht, wie es im Ergebnis der Fall ist. Ein solcher pauschaler Hinweis kann jedoch nicht genügen, da ansonsten das Prinzip der Einzelermächtigung Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 EUV und das ausgefeilte System der Kompetenznormen durch den Rückgriff auf Art. 114 Abs. 1 S. 1 AEUV unterlaufen werden könnte.

Somit stellt auch Art. 114 Abs. 1 S. 1 AEUV keine hinreichende Kompetenznorm dar.

(cc) Art. 352 AEUV

Unter Umständen könnte Art. 2 der VO 2018/1234 jedoch auf Art. 352 Abs. 1 S. 1 AEUV gestützt werden. Dies ist der Fall, wenn mit der Regelung Ziele der Verträge erreicht werden sollen und eine erforderliche Befugnis fehlt.

Der Gesundheitsschutz ist ein Ziel der Verträge, wie sich aus Art. 6 lit. a AEUV und auch aus Art. 168 Abs. 1 AEUV ergibt, sodass diese Voraussetzung gegeben wäre. Jedoch ist Art. 352 Abs. 3 AEUV zu beachten, wonach auf Art. 352 AEUV beruhende Maßnahmen zu keiner Harmonisierung führen dürfen, wenn die Verträge eine solche ausschließen. Dies ist jedoch im Bereich des Gesundheitsschutzes der Fall, wie Art. 168 Abs. 5 AEUV zeigt.[42] Somit ist auch Art. 352 AEUV keine taugliche Ermächtigungsgrundlage.

(dd) Zwischenergebnis

Mangels Kompetenzgrundlage ist Art. 2 der VO 2018/1234 rechtswidrig.

> *Hinweis*: Ausführungen in dieser Tiefe – die didaktisch als „Musterlösung" konzipiert sind – können in einer Klausurlösung nicht erwartet werden. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Rechtsprechung zu Art. 114 Abs. 1 AEUV.

(b) Formelle Voraussetzungen

Die Verordnung wurde laut Sachverhalt formell ordnungsgemäß erlassen.[43]

(c) Materielle Voraussetzungen

Die Verordnung könnte überdies materiell rechtswidrig sein. In Betracht kommt ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit des Art. 34 AEUV.

Dafür müssten die EU-Organe überhaupt an die Grundfreiheiten gebunden sein.

Teilweise wird behauptet, eine Bindung an die Grundfreiheiten bestehe nicht, da die Grundfreiheiten als transnationale Integrationsnormen dienen und primär als Schutz vor Gefährdungen der geschützten Bereiche durch mitgliedstaatliche Regelungen dienen. Die EU baue Zugangshindernisse zu Märkten aber eher ab und diskriminiert Ausländer nicht gegenüber Inländern.[44]

Dies widerspricht aber Art. 5 Abs. 2 EUV und Art. 13 Abs. 2 S. 2 EUV sowie Art. 2 Abs. 6 AEUV, aus denen sich ergibt, dass auch die EU an die Verträge und so auch an die Grundfreiheiten gebunden ist.[45] Der EuGH erkennt diese Bindung daher seit jeher zu Recht an.[46]

Die Verordnung ist an den Grundfreiheiten zu messen.

(aa) Art. 34 AEUV

Art. 2 der VO 2018/1234 könnte zunächst gegen Art. 34 AEUV verstoßen.

(α) Anwendungsbereich

Zunächst müsste der Anwendungsbereich eröffnet sein.

Dies setzt die abstrakte Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Sachverhalts voraus.[47] Ein solcher ist gegeben, wenn die Ware über verschiedene Landesgrenzen gehandelt wird.[48] Hier geht es gerade darum, dass für alkoholische Produkte nach Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 nur geworben werden darf, die entweder unter 12 Volumenprozent aufweisen oder lokal hergestellt und vermarktet werden. Letzteres führt dazu, dass die Werbung für alkoholische Produkte mit über zwölf Volumenprozent für inländisch produzierte und vertriebene Produkte zulässig ist, nicht aber für solche die aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführt und vertrieben werden sollen. Art. 2 Abs. 1 der VO/1234 erfasst damit auch grenzüberschreitende Sachverhalte.

---

[41] *M. Schröder*, in: Streinz (Fn. 37), AEUV Art. 114 Rn. 28.

[42] Vgl. *M. Schröder*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 352 Rn. 45.

[43] Zum Rechtssetzungsverfahren der EU allgemein *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 6. Aufl. 2019, § 7.

[44] *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 36 Rn. 110. Gegen die Bindung der Union an die Grundfreiheiten auch *Cremer*, Jura 2015, 39 (40).

[45] *W. Schroeder*, in: Streinz (Fn. 37), AEUV Art. 34 Rn. 29; ausführlich und eine Bindung im Ergebnis bejahend auch *Rosenfeldt/Würdemann*, EuR 2016, 453 ff.

[46] Siehe nur EuGH, Urt. v. 17.5.1984 – 15/83, ECLI:EU:C:1984:183, Rn. 15, 17 (Denkavit Nederland); EuGH, Urt. v. 9.8.1994 – C-51/93, ECLI:EU:C:1994:312, Rn. 11 ff. (Meyhui); EuGH, Urt. v. 25.6.1997 – C-114/96, ECLI:EU:C:1997:316, Rn. 29 ff. (Kieffer und Thill).

[47] Da hier ein abstrakt-genereller Rechtssatz (Art. 2 VO 2018/1234) geprüft wird, muss ein grenzüberschreitender Sachverhalt nicht im Einzelfall nachgewiesen sein.

[48] *Schroeder* (Fn. 43), § 14 Rn. 8.

Alkoholische Produkte besitzen auch einen Geldwert und können Gegenstand von Handelsbeziehungen sein, womit es sich um Waren i.S.d. Art. 34 AEUV handeln.[49]

Auch müsste das Werben für alkoholische Produkte mit über zwölf Volumenprozent ein von Art. 34 AEUV geschütztes Verhalten sein. Von Art. 34 AEUV ist das Recht geschützt, Waren „zu erwerben, anzubieten, auszustellen oder feilzuhalten, zu besitzen, herzustellen, zu befördern, zu verkaufen, entgeltlich oder unentgeltlich abzugeben, einzuführen oder zu verwenden."[50] Das Werben fällt unter das Verhalten des Anbietens und ist somit ein geschütztes Verhalten i.S.d. Art. 34 AEUV.

Persönlich werden von der Verordnung gerade auch EU-Bürger betroffen, sodass der persönliche Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV eröffnet ist.

(β) Beschränkung

Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 müsste die Warenverkehrsfreiheit i.S.d. Art. 34 AEUV beschränken. Nach Art. 34 AEUV liegt eine Beschränkung vor, wenn entweder die mengenmäßige Einfuhr beschränkt wird oder eine Maßnahme gleicher Wirkung vorliegt. Letzteres ist nach der *Dassonville*-Formel der Fall, bei jeder Maßnahme, die geeignet ist, den innerunionalen Handel zu beschränken unabhängig davon, ob dies unmittelbar oder mittelbar und tatsächlich oder potenziell der Fall ist.[51]

Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 erschwert es Unternehmen, ihren Absatz in einem anderen Mitgliedstaat zu vergrößern, indem es ihnen verboten wird, für ihre Produkte zu werben. Entsprechend ist Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 geeignet, den innerunionalen Handel zu beeinträchtigen.

Jedoch sind Bestimmungen für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten, „die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, […] nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils *Dassonville* unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Wirtschaftstätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren".[52] Dies gilt jedoch wiederum nicht für solche Regelungen, die produktbezogen sind, d.h. die an das Produkt bestimmte „ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihren Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung" bezogene Vorgaben machen.[53]

Vorliegend handelt es sich schon nicht um eine nationale Regelung, doch kann es dahinstehen, ob die *Keck*-Rechtsprechung auf Regelungen der EU anzuwenden ist, wenn auch nach deren Kriterien Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 eine Beschränkung i.S.d. Art. 34 AEUV darstellt.

Hier berührt das Werbeverbot des Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 bereits in- und ausländische Erzeugnisse unterschiedlich und ist damit diskriminierend. Somit kann die *Keck*-Rechtsprechung schon mangels unterschiedsloser Geltung nicht angewendet werden. Damit kann dahinstehen, ob es sich bei dem Werbeverbot um eine bloße Verkaufsmodalität oder eine Marktzutrittsbeschränkung handelt.[54]

Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 ist in jedem Fall als Beschränkung i.S.d. Art. 34 AEUV anzusehen und es kann dahinstehen, ob die *Keck*-Rechtsprechung auf Regelungen der EU überhaupt anzuwenden ist.

(γ) Rechtfertigung

Diese Beschränkung könnte jedoch gerechtfertigt sein. In Betracht kommen die geschriebenen Rechtfertigungsgründe des Art. 36 AEUV und gegebenenfalls ungeschriebene Rechtfertigungsgründe.[55]

Nach Art. 36 S. 1 AEUV sind Maßnahmen zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen zulässig. Zudem sind Beschränkungen nach der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung des EuGH zulässig, wenn sie den zwingenden Erfordernissen des Gemeinwohls dienen.[56]

Ungeachtet der konkreten Einordnung muss jede Maßnahme geeignet und erforderlich sein, wobei sie nach Art. 36 S. 2 AEUV weder willkürlich diskriminierend noch eine verschleierte Beschränkung darstellen darf.

Geeignet ist eine Maßnahme, wenn sie den angestrebten Zweck in irgendeiner Weise fördert.

Das Werbeverbot schützt zwar davor, dass für alkoholische Produkte mit mehr als zwölf Volumenprozent nicht mehr geworben werden darf. Dies dürfte dazu führen, dass diese Produkte seltener gekauft und somit die gesundheitlichen Schäden durch diese Produkte und den damit verbundenen Alkoholkonsum verhindert werden.

Jedoch kann an der Eignung schon deswegen gezweifelt werden, da weiterhin für regionale Produkte geworben werden darf und diese den weitaus größeren Marktanteil haben dürften. Zudem darf auch für Produkte mit weniger als zwölf Volumenprozent weiterhin geworben werden. Jedoch ist Alkoholkonsum in jeder Menge gesundheitsschädlich und das gesetzgeberische Ziel des Gesundheitsschutzes wird entsprechend konterkariert, wenn die Konsumenten nun nur noch

[49] EuGH, Urt. v. 10.12.1968 – 7/68, ECLI:EU:C:1968:51 (Kommission/Italien).

[50] EuGH, Urt. v. 27.6.1996 – C-293/94, ECLI:EU:C:1996:254, Rn. 6 (Brandsma).

[51] EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – 8/74, ECLI:EU:C:1974:82, Rn. 5 (Dassonville).

[52] EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91, C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905, Rn. 14 ff. (Keck und Mithouard).

[53] EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91, C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905, Rn. 14 ff. (Keck und Mithouard); *W. Schroeder*, in: Streinz (Fn. 37), AEUV Art. 34 Rn. 42.

[54] Hier dürfte wohl Letzteres der Fall sein, da gerade für den Markteintritt weitreichende Werbung erforderlich ist, um Kunden auf das neue Produkt aufmerksam zu machen, vgl. *Herdegen*, Europarecht, 22. Aufl. 2020, § 15 Rn. 10 f.; *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. Lfg., Stand: August 2020, AEUV Art. 34 Rn. 76 ff.

[55] Zu Letzteren *Schroeder* (Fn. 43), § 14 Rn. 48 ff.

[56] EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – 120/78, ECLI:EU:C:1979:42, Rn. 8 (Cassis de Dijon).

Alkohol mit weniger als zwölf Volumenprozent konsumieren. Das Werbeverbot ist damit schon ungeeignet.

Überdies verlangt der EuGH an verschiedenen Stellen (insbesondere im Glücksspielrecht), dass die Regelungen in sich kohärent sein müssen, was insbesondere innere Stimmigkeit verlangt.[57] Der EuGH stellt dabei zwar auf mitgliedstaatliche Regelungen ab, doch dürfte dieses Gebot, dass dem EU-Recht allgemein bekannt ist (vgl. Art. 7 AEUV), auch für Regelungen durch die EU gelten.[58]

Entsprechend ist der dem Kohärenzgebot zugrundeliegende Gedanke zu verallgemeinern, sodass auch Regelungen der EU stringent, insbesondere nicht in sich widersprüchlich sein dürfen. Die Verordnung macht jedoch eine Ausnahme vom Werbeverbot für lokale Produkte und zwar unabhängig davon, wie viel Volumenproduzent die lokalen Produkte haben. Dies widerspricht der Intention, einen hohen Gesundheitsschutz zu erzielen, wobei dieses Ziel umso mehr dadurch unterlaufen wird, dass lokale Getränke ohnehin den größten Anteil des Konsums in der Gesellschaft ausmachen dürften. Auch, dass das Verbot nur für Produkte mit mehr als zwölf Volumenprozent gilt, erscheint als eine nicht näher begründete und zu rechtfertigende willkürliche Grenze.

Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 verstößt daher auch gegen das Kohärenzgebot, sofern man ein solches auf das Handeln der Union selbst erstreckt.

Im Übrigen bestehen auch Zweifel an der Erforderlichkeit. Denn die Prävention vor den Gefahren des Alkoholkonsums könnte etwa durch eine stärkere Aufklärung sogar besser erreicht werden.

Überdies müsste das Werbeverbot in Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 angemessen sein. Ausländischen Alkoholproduzenten, die Produkte mit mehr als zwölf Volumenprozent produzieren, wird durch Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 verboten, Werbung zu machen. Damit wird deren Markteintritt wesentlich erschwert, unter Umständen sogar verunmöglicht, was eine schwere Belastung der betroffenen Produzenten bedeutet, der keine legitimen Ziele von besonderem Gewicht gegenüberstehen.

Die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit kann nicht gerechtfertigt werden, sodass das Verhältnis zwischen Art. 36 AEUV und den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen nicht geklärt werden muss und Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 materiell rechtswidrig ist.

> *Hinweis*: Ausführungen in dieser Tiefe sind auch nicht von einer herausragenden Klausurbearbeitung zu erwarten und sollten nur im Sinne einer „idealen" Lösung verstanden werden.

(bb) Zwischenergebnis

Die Verordnung ist wegen des Verstoßes gegen Art. 34 AEUV materiell rechtswidrig.

(d) Folgen der Rechtswidrigkeit des Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234

Fraglich ist, was die festgestellte Rechtswidrigkeit des Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 für die Entscheidung des Gerichts bedeutet. Grundsätzlich müsste das Gericht das Verfahren aussetzen und die Verordnung dem EuGH nach Art. 267 AEUV im Vorabentscheidungsverfahren vorlegen.[59] Denn für Rechtsakte der Union gilt grundsätzlich die Vermutung der Gültigkeit, solange sie nicht aufgehoben oder zurückgenommen wurden.[60] Sie bleiben grundsätzlich wirksam. Ein Vorabentscheidungsverfahren nimmt jedoch einige Zeit in Anspruch, was mit dem Gedanken des Eilrechtsschutzes konfligiert. Der EuGH erkennt dieses Dilemma und gestattet es den mitgliedschaftlichen Gerichten unter engen Voraussetzungen, eine EU-rechtliche Norm, die es für unwirksam erachtet, im Eilrechtsschutz nicht anzuwenden. Voraussetzungen hierfür sind: (I.) Die Vorlage der Norm zum EuGH gem. Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV in der Hauptsache, (II.) Ernstliche Zweifel an der Wirksamkeit der Norm, (III.) Das Gericht muss das Interesse der Union hinreichend berücksichtigen, (IV.) Die Anwendung der Norm hat für den Betroffenen schwerwiegende, nicht wiedergutzumachende Nachteile.[61]

Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 wurde dem EuGH nach Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV vorgelegt. Auch hat das Gericht ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Norm und die Bedeutung des EU-Rechts hinreichend berücksichtigt. Jedoch trägt A selbst vor, dass der Vollzug der Norm im Rahmen der Abrissverfügung der Werbetafel zwar zu schweren, aber nicht zu nicht wiedergutzumachenden Schäden führen würde. Es fehlt mithin an einer Voraussetzung der Nichtanwendung des Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234, sodass die Norm vom Gericht i.R.d. Art. 76 S. 1 BayBO zu berücksichtigen ist und die Tafel insgesamt im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften i.S.d. Art. 76 S. 1 BayBO errichtet wurde.

(4) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des Art. 76 S. 1 BayBO ist erfüllt.

[57] Vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07, C-410/07, ECLI:EU:C:2010:504, Rn. 88 f. (Stoß); EuGH, Urt. v. 6.11.2003 – C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597, Rn. 67 f. (Gambelli).

[58] Nach *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 54), AEUV Art. 7 Rn. 11 beruht die Kohärenzprüfung jeweils auf „demselben integrationstheoretischen Hintergrund".

[59] *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 44), AEUV Art. 267 Rn. 29.

[60] *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 44), AEUV Art. 288 Rn. 14; *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 42), AEUV Art. 288 Rn. 31. Ein ausnahmsweise zur Nichtigkeit führender schwerer Fehler, der mit dem rechtsstaatlichen Anspruch der Union unvereinbar wäre, liegt hier nicht vor, vgl. dazu *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 54), AEUV Art. 288 Rn. 220.

[61] EuGH, Urt. v. 21.2.1991 – C-143/88, C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65, Rn. 33 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen); *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 17), § 21 Rn. 16.

bb) Rechtsfolge

Als Rechtfolge sieht Art. 76 S. 1 BayBO ein gerichtlich nur auf Ermessensfehler und nicht auf Zweckmäßigkeitserwägungen überprüfbares (§ 114 S. 1 VwGO, Art. 40 BayVwVfG) Entschließungs- und Auswahlermessen vor. Solche Ermessenfehler sind nicht ersichtlich, sodass die Behörde eine zulässige Rechtsfolge gewählt hat.

e) Zwischenergebnis

Nach einer summarischen Prüfung ist die Beseitigungsanordnung wegen des Verstoßes von Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 gegen Art. 34 AEUV zwar rechtswidrig. Es fehlt jedoch an den unionsrechtlichen Voraussetzungen der Nichtanwendung der Verordnung im einstweiligen Rechtsschutz, sodass Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 prozessual als geltendes Recht zu unterstellen ist. Mithin ist Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 als rechtmäßig anzusehen, sodass die Hauptsache nicht offensichtlich erfolgreich ist und das private Aussetzungsinteresse das öffentliche Vollzugsinteresse nicht überwiegt.

IV. Zwischenergebnis

Der Antrag der A ist unbegründet.

C. Ergebnis

Der Antrag ist zulässig, aber unbegründet und wird erfolglos bleiben.

Teil 2

A. Ansprüche gegen die EU

I. Art. 340 Abs. 2 AEUV

A könnte einen Anspruch auf Ersatz der 20.000 € gegen die EU aus Art. 340 Abs. 2 AEUV haben.

1. Handeln eines Organs/Bediensteten der EU

Zunächst müsste ein Organ oder ein Bediensteter der EU gehandelt haben. Hier hat der Rat als Organ i.S.d. Art. 13 Abs. 1 EUV eine rechtswidrige Verordnung erlassen. Dies genügt als Handeln i.S.d. Art. 340 Abs. 2 AEUV, welcher auch die normsetzende Tätigkeit der EU erfasst.[62]

2. Verstoß gegen eine Rechtsnorm

Zudem müsste der Rat gegen eine Rechtsnorm verstoßen haben, die gerade A schützen sollte und dieser Verstoß müsste hinreichend qualifiziert gewesen sein.[63]

Eine Rechtsnorm, die auch die A schützt, liegt nach dem Gedanken der Schutznormtheorie vor, wenn sie nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit, sondern zumindest auch dem Schutz eines individuellen Interesses dient.[64]

Die Verordnung verstieß unter anderem gegen Art. 34 AEUV. Dieser dient nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit, sondern gerade auch dem Schutz von Produzenten wie der A, sodass ein Verstoß gegen eine Rechtsnorm vorliegt, die gerade auch A schützen sollte.

Ein hinreichend qualifizierter Verstoß ist gegeben, wenn das Unionsorgan die Ermessensgrenzen offenkundig und erheblich überschritten hat, was bei einem Verstoß gegen höherrangige Normen anzunehmen ist, wenn ein schwerwiegender Verstoß gegen eine Norm besonderer Bedeutung vorliegt.[65] Hier verstieß die Verordnung insbesondere gegen die Grundfreiheit des Art. 34 AEUV, welcher als primärrechtliche Regelung von besonderer Bedeutung ist.[66] Die Verordnung verstieß dabei gegen das Kohärenzgebot und diskriminierte nicht lokal produzierende und vertreibende Produzenten, sodass auch ein schwerwiegender Verstoß vorlag.

Im Ergebnis ist also ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen eine individualschützende Norm anzunehmen, wobei es auf ein Verschulden des Organs nicht ankommt.[67]

3. Adäquater Schaden

A müsste ein adäquater Schaden entstanden sein. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Vermögenseinbuße. Vorliegend hatte A einen Vermögensausfall i.H.v. 20.000 €, da nach dem Abbau der Tafel weniger Kundschaft in ihren Laden gekommen ist. Ein Schaden ist ihr daher in dieser Höhe entstanden.

Dieser müsste adäquat kausal auf das rechtswidrige Handeln der EU zurückzuführen sein, wobei entscheidend ist, dass die schadensverursachende rechtswidrige Handlung durch ein Organ der EU erfolgt ist, was auch der Fall ist, wenn den Mitgliedstaaten kein eigener Handlungsspielraum mehr bleibt.[68]

Der Schaden ist hier zwar unmittelbar auf die Beseitigungsanordnung durch die G i.S.d. Art. 76 S. 1 BayBO zurückzuführen, sodass es an der Adäquanz fehlen könnte. Doch war die G zur Anwendung der Verordnung verpflichtet, somit ist der Schaden auf die rechtswidrige Verordnung zurückzuführen und der Rat als Unionsorgan hat die schadensverursachende Handlung gesetzt. Ein adäquater Schaden ist damit zu bejahen.

4. Ergebnis

A hat einen Anspruch auf Ersatz der 20.000 € gegen die EU aus Art. 340 Abs. 2 AEUV.

II. Sonstige Anspruchsgrundlagen

Sonstige Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich.

B. Ansprüche gegen die Gemeinde G

I. § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG

A könnte zudem ein Anspruch auf Ersatz der 20.000 € gegen die Gemeinde G aus § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG zustehen.

[62] *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 17), § 38 Rn. 5.
[63] EuGH, Urt. v. 4.7.2000 – C-352/98 P, ECLI:EU:C:2000:361, Rn. 42 (Bergaderm).
[64] *Gellermann*, in: Streinz (Fn. 37), AEUV Art. 340 Rn. 20.
[65] *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 17), § 38 Rn. 6.
[66] *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 17), § 38 Rn. 6.
[67] *Gellermann* (Fn. 64), AEUV Art. 340 Rn. 29.
[68] *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 17), § 38 Rn. 7.

1. Handlung in Ausübung eines öffentlichen Amtes

Der zuständige Sachbearbeiter müsste in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt haben.[69] Die Anordnung einer Beseitigungsanordnung gem. Art. 76 S. 1 BayBO ist eine Handlung, die nur im Rahmen der Ausübung eines öffentlichen Amtes getätigt werden kann, sodass der Sachbearbeiter in Ausübung eines solchen i.S.d. § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG gehandelt hat, als er sie gegenüber A erließ.

2. Verletzung einer drittgerichteten Amtspflicht

Des Weiteren müsste der Sachbearbeiter einer drittgerichtete Amtspflicht i.S.d. § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG verletzt haben.[70]

Unter Amtspflichten versteht man alle Pflichten des Amtswalters im Verhältnis zu seinem Dienstherrn, wobei die wichtigste Pflicht die Pflicht zum rechtmäßigen Verhalten ist.[71]

Der Sachbearbeiter hat zwar tatsächlich diese Pflicht zum rechtmäßigen Verhalten verletzt, indem er eine nicht wirksame Norm – den Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 – angewendet hat. Jedoch ist fraglich, ob dies mit Blick darauf, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung der EuGH die Unwirksamkeit noch nicht festgestellt hatte, etwas anderes ergibt. Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein rechtswidriges Verhalten des Amtswalters nicht als Amtspflichtverletzung einzustufen, wenn sich die Rechtswidrigkeit aus dem Vollzug eines rechtswidrigen Rechtsaktes ergibt – was auch für den Vollzug von EU-Recht gilt.[72] Dies wird zutreffend damit begründet, dass die Fehlerhaftigkeit einer Verordnung allein den EU-Organen zugerechnet wird und nicht auf den hieran grundsätzlich gebundenen Amtswalter zurückzuführen ist.[73]

Nach diesem Grundsatz scheidet also eine Verletzung einer drittgerichteten Amtspflicht i.S.d. § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG aus.

3. Ergebnis

A hat keinen Anspruch auf Ersatz der 20.000 € gegen die Gemeinde G aus § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG.

II. Enteignungsgleicher Eingriff[74]

Um keinen Wertungswiderspruch zu § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG zu erzielen, muss beim enteignungsgleichen Anspruch Entsprechendes gelten, sodass die Fehlerhaftigkeit der Verordnung nur dem EU-Gesetzgeber zuzurechnen ist. Daher dürfen die mitgliedstaatlichen Behörden, die diese vollziehen, nicht zusätzlich haften, sodass in wertender Betrachtung die Behörde nicht rechtswidrig gehandelt hat.

III. Enteignender Eingriff[75]

Ungeachtet der Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen müsste ein etwaiger Eingriff in das Eigentum der A rechtmäßig gewesen sein. Es stellt sich das Problem, dass die G grundsätzlich rechtswidrig gehandelt hat, was ihr aber aus wertungsmäßigen Gesichtspunkten nicht zugerechnet werden kann, da der Fehler nicht ihr, sondern der Europäischen Union zuzurechnen ist. Jedoch wird daraus, dass ihr ein rechtswidriges Verhalten nicht zugerechnet werden kann, kein rechtmäßiges i.S.d. enteignenden Eingriffs, sodass auch dieser Anspruch ausscheidet.[76]

[69] *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 26 Rn. 12 ff.
[70] *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 17), § 37 Rn. 8.
[71] *Maurer/Waldhoff* (Fn. 69), § 26 Rn. 16 ff.
[72] BGH NJW 2013, 168 (172); BGH NJW 1994, 858.
[73] BGH NJW 2013, 168 (172); BGH NJW 1994, 858.
[74] Dazu ausführlich *Maurer/Waldhoff* (Fn. 69), § 27 Rn. 88 ff.
[75] Dazu ausführlich *Maurer/Waldhoff* (Fn. 69), § 27 Rn. 107 ff.
[76] Enteignungsgleicher und enteignender Eingriff werden in diesem Kontext soweit ersichtlich nicht diskutiert, sodass entsprechend andere Ansichten gut vertretbar sind.

Zwischenprüfungsklausur: „Graffiti-Arts“ oder: „FUCK“*

Von Prof. Dr. **Liane Wörner**, LL.M. (UW-Madison), Stud. iur. **Daniel Goll****

Die Klausur behandelt die Abgrenzung von Diebstahl, räuberischem Diebstahl und Raub bei möglicher Gewahrsamsenklave mit von den Täterinnen nicht vorhergesehenem Verlauf und Eintritt einer Todesfolge (Problematik der Erfolgszurechnung). Daneben wird die Frage des Vorliegens von § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1–3 StGB diskutiert, wenn die Täterinnen das Erfüllen der Merkmale geschickt umgehen. Mit „Graffiti-Arts“ werden sonst selten auftauchende Fragen der Sachbeschädigung, der befugten Bemalung und des Übermalens von Graffiti-Kunst behandelt. Schließlich thematisiert die Klausur die Abgrenzung von Raub und strafloser Sachentziehung beim Racheakt.

Behandelte Delikte

§§ 212 Abs. 1, 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1; 240; 246; 249; 251; 252; 303 Abs. 1 und 2; 323c Abs. 1 StGB.

Sachverhalt

Anna A und Berta B haben die Nase voll vom Jura-Studium. Sie wollen endlich wieder malen und haben die Graffiti-Kunst ganz neu für sich entdeckt. Die Bild- und Formensprache sowie die Expressivität von Buchstaben und Figuren fasziniert A und B sehr. Doch ohne Studienabschluss haben sie keine Jobs und damit auch kein Geld. Eine Ausbildung oder auch nur die Teilnahme an den berühmten Graffiti-Workshops in ihrer Studienstadt K können sich A und B nicht leisten. Da kommt A auf die Idee, nachts in das „Graffiti-Arts“ in K einzusteigen, den „Laden“ auszukundschaften und eine entsprechende Menge an Spraydosen mitgehen zu lassen, um das Ganze selbst und in Eigenregie unter der „Schänzle“-Brücke auszuprobieren. B ist freudig einverstanden und ergänzt: „Und wenn uns jemand stört, schieben wir ihn weg.“ „Das ist der Plan“, stimmt A ein.

Gesagt getan, steigen A und B in der Nacht vom 4. August 2020 ins „Graffiti-Arts“ in der Oberlohnstraße ein. A hat einen einfachen (aus einem Nagel hergestellten) Dietrich mitgebracht, mit dem die geschickte B den Fenstergriff von außen abschraubt, so dass sie die Klinke von außen abnehmen, das Fenster einfach aufdrücken und die Klinke wieder anschrauben kann. A, die ein bisschen im Studium aufgepasst hat, greift durch das offene Fenster mit dem Arm in das Studio und zieht von der neben dem Fenster befindlichen Tür die Verriegelung von innen auf. Anschließend lässt sich die Türe ganz normal von außen öffnen. A und B füllen ihre Rucksäcke mit Spraydosen in allen Farben und setzen diese gleich auf den Rücken. In dem Moment tritt plötzlich der 90-jährige Großvater V durch die Hintertüre in das Studio, er hat eine kleine Wohnung im Haus und hatte Geräusche gehört. A, B und V sind alle völlig überrascht und überfordert von der Situation. Da nimmt B den verdutzten V und schiebt ihn einfach zur Hintertüre wieder hinaus. Die Türschwelle am Boden sehen alle nicht. V stürzt und bleibt reglos liegen. A und B rennen sofort davon.

Ihrer Panik über den Zwischenfall Luft machend, fahren sie gleich zur „Schänzle“-Brücke, um einen Pfeiler zu bemalen. Sie sind bis weit in den Morgen beschäftigt und schlafen bald in der Nähe, ihr erstes Kunstwerk bewundernd, ein. Das Anbringen von Graffiti-Kunstwerken an den Brückenpfeilern war von der Stadt K ausdrücklich erlaubt worden, um nachhaltig illegalen Graffiti entgegenzuwirken. Als A und B um die Mittagszeit und noch völlig erschöpft vom Erlebten erwachen, ist gerade der in der Szene sehr bekannte Graffiti-Sprayer Consti C damit beschäftigt, ihr erst frisch angebrachtes Nachtkunstwerk mit einem eigenen Graffiti-Kunstwerk zu übermalen. A und B sind stinksauer. Doch C erklärt sich als berühmter Künstler und meint, er erschaffe ein neues Prestige-Werk für die Stadt K.

Ca. sechs Stunden später ist C auf dem Heimweg. Es ist inzwischen dunkel geworden. Unter einem der Brückenpfeiler wird er überraschend von A und B mit ihren Fahrrädern gestellt. A stellt fest: „Jetzt sind wir allein. Her mit deinen Farben, sonst ‚kracht es‘!“ C will seine Farben auf keinen Fall herausgeben. Bevor er weiß, was geschieht, wirft B ihn nieder und entreißt ihm die Farben. A und B fahren mit den Farben davon. C bleibt unverletzt. Die Farben stellen sie, wie von vornherein geplant, nur knapp 10 m weiter auf die nächste Mülltonne. Bei C hatten sie sich nur rächen wollen.

Der am Morgen aufgefundene V musste sofort in ein Krankenhaus verbracht werden, konnte aber nicht gerettet werden und verstarb. Man stellte fest, dass er eine Hirnblutung erlitten hatte. Die genauere Untersuchung ergab allerdings, dass es bereits vor dem Vorfall in der Nacht zu einer Hirnblutung bei V gekommen sein musste. Nicht festgestellt werden konnte, ob der Sturz zu einer weiteren Blutung geführt hatte.

Bearbeitungsvermerk

Prüfen Sie die Strafbarkeit von A, B und C nach dem StGB.

---

* Der Titel des Beitrags spielt darauf an, dass eine Sitzbank an der Bushaltestelle der Universität Konstanz mit dem Wort „FUCK“ besprüht worden war, was den Aufhänger zu Besprechung der Sachbeschädigung in der Vorlesung bildete. Inzwischen wurde die Bushaltestelle renoviert.

** Die Autorin *Liane Wörner* ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht und Rechtstheorie an der Universität Konstanz. Der Autor *Daniel Goll* ist heute studentischer Mitarbeiter an ihrem Lehrstuhl in Konstanz. Die nachfolgende Klausur wurde im digitalen Sommersemester 2020 als Abschlussklausur im Kurs Strafrecht Besonderer Teil 1 (Vermögensdelikte) gestellt. An der ausführlichen Lösung und Veröffentlichung durfte Herr stud. iur. *Daniel Goll* als Auszeichnung für seine hervorragenden Studienleistungen im Fach Strafrecht im Sommersemester 2019 mitwirken. An der digitalen Klausur haben insgesamt 190 Student*innen teilgenommen, der Durchschnitt lag bei 5,87 Punkten. Die Bearbeitungszeit lag digital bei 3 Zeitstunden.

Fallübersicht

1. Tatkomplex: Der Einbruch in das „Graffiti-Arts“ (Strafbarkeit von A und B)

I. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, lit. b, 25 Abs. 2 StGB
  1. Tatbestandsmäßigkeit
    a) Grunddelikt: § 242 Abs. 1 StGB
    b) Qualifikation: § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, lit. b StGB
    c) Subjektiver Tatbestand
  2. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit
  3. Besonders schwerer Fall, §§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB
    a) Einbrechen, § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB
    b) Einsteigen, § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB
    c) Eindringen (Werkzeug), § 243 Abs. 1 S. 2 Var. 3 StGB
    d) Unbenannter besonders schwerer Fall, § 243 Abs. 1 StGB
  4. Ergebnis

II. §§ 252, 25 Abs. 2 StGB
  1. Tatbestandsmäßigkeit
    a) Objektiver Tatbestand
      aa) Vollendeter, noch nicht beendeter Diebstahl als Vortat
      bb) Auf frischer Tat betroffen
      cc) Qualifiziertes Nötigungsmittel: Gewalt gegen eine Person
      dd) Gegenseitige Zurechnung der Tatbeiträge gemäß § 25 Abs. 2 StGB
    b) Subjektiver Tatbestand
  2. Rechtswidrigkeit, Schuldhaftigkeit und Ergebnis

III. §§ 252, 251, 25 Abs. 2 StGB

IV. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2, 13 Abs. 1; 222; 223 Abs. 1, 25 Abs. 2, 13 Abs. 1; 229 StGB

V. § 323c Abs. 1 StGB

2. Tatkomplex: Das Besprühen der Schänzle-Brücke

I. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 303 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB

II. Strafbarkeit des C gem. § 303 Abs. 2 StGB

3. Tatkomplex: Die Rache an C (Strafbarkeit von A und B)

I. §§ 249 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

II. §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

III. §§ 240 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Gesamtergebnis

Falllösung

1. Tatkomplex: Der Einbruch in das „Graffiti-Arts“ (Strafbarkeit von A und B)

Anmerkung: Ausnahmsweise ist es dann angezeigt, die Prüfung nicht mit dem Totschlag als schwerstem in Betracht kommenden Delikt zu beginnen, wenn die Tat im Kontext von Vermögensdelikten insbesondere des § 251 StGB steht und Zurechnungsprobleme erkennbar sind, die in dessen Rahmen zu diskutieren sind.

I. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, lit. b, 25 Abs. 2 StGB

A und B könnten sich wegen eines Diebstahls in Mittäterschaft gem. §§ 242 Abs. 1 [243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1], 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, lit. b, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie in das „Graffiti-Arts“ gelangten und die Graffiti-Farben an sich nahmen.

Anmerkung: Die Vorabprüfung des mittäterschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, lit. b [243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1–3], 25 Abs. 2 StGB ohne Berücksichtigung des Hinzutretens des V empfiehlt sich deshalb, weil der Zeitpunkt der Gewahrsamsneubegründung für die Bewertung des Verhaltens von A und B gegenüber V relevant wird und weil mit dem Verwenden des Dietrichs als Werkzeug Fragen der §§ 244, 243 StGB im Schwerpunkt auftreten. § 243 StGB erscheint im Obersatz nicht, weil die Vorschrift auf § 244 StGB nicht unmittelbar anwendbar ist (nur bei dessen Ablehnung relevant wird) und als Regelbeispiel nicht tenoriert wird.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Dazu müssten sie mittäterschaftlich eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

a) Objektiver Tatbestand des Grunddelikts

aa) Fremde bewegliche Sache

Die Graffiti-Dosen sind als körperliche Gegenstände i.S.d. § 90 BGB Sachen, die tatsächlich fortbewegt werden können, mithin beweglich sind[1]. Im Eigentum des „Graffiti-Arts“-Studios stehend, waren sie zum Zeitpunkt der Ansichnahme durch A und B weder herrenlos noch im Alleineigentum der Täter[2]. Die Graffiti-Dosen sind fremde bewegliche Sachen.

bb) Wegnahme

Eine Wegnahme der Graffiti-Dosen durch A und B erfordert den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams.

[1] Vgl. allgemein zur Definition der Beweglichkeit *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 24.
[2] Vgl. allgemein zur Definition der Fremdheit *Schmitz* (Fn. 1), § 242 Rn. 31 f.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 2 Rn. 9.

(1) Ursprünglicher Gewahrsamsinhaber

Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen.[3] Für die Reichweite der Gewahrsamsverhältnisse ist die Verkehrsauffassung[4] nach Maß-gabe der natürlichen Auffassung des täglichen Lebens (sozial-normativ) entscheidend.[5] Entscheidend ist, ob sich die Gegenstände so im Herrschaftsbereich einer Person befinden, dass diese darauf zugreifen kann (genereller und potentieller Gewahrsamswille).[6] Danach könnte der Inhaber des „Graffiti-Arts" Gewahrsamsinhaber gewesen sein. Er war im Tatzeitpunkt nicht anwesend. Allerdings befanden sich die Graffiti-Dosen in seinem räumlich abgegrenzten Herrschaftsbereich und er konnte auf sie zugreifen. Als Inhaber des „Graffiti-Arts" hatte er über sämtliche Gegenstände, die sich willentlich in seiner Gewahrsamssphäre befinden, so die Graffiti-Farbdosen, einen allgemeinen Herrschaftswillen.[7] Nach der Verkehrsauffassung sind die Graffiti-Dosen somit seiner Gewahrsamssphäre zuzurechnen. Der Inhaber war ursprünglicher Gewahrsamsinhaber.

V scheidet dagegen als ursprünglicher Gewahrsamsinhaber aus. Er bewohnte lediglich eine Wohnung im gleichen Gebäude und hatte weder die tatsächliche Sachherrschaft noch einen natürlichen Herrschaftswillen über die Graffiti-Dosen.

(2) Begründung neuen Gewahrsams

A und B könnten Gewahrsam an den Dosen begründet haben. Dies ist der Fall, sofern die Täter die tatsächliche Sachherrschaft an den Sachen erlangen und der bisherige Gewahrsamsinhaber seine Sachherrschaft nicht mehr ausüben kann, ohne die Verfügungsgewalt der Täter zu beseitigen.[8] A und B füllten im „Graffiti-Arts" unmittelbar ihre Rucksäcke mit Graffiti-Dosen in allen Farben und setzen diese sogleich auf ihre Rücken. Obwohl sich A und B zu diesem Zeitpunkt noch im Machtbereich des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers (Inhaber des „Graffiti-Arts") aufhielten, verbrachten sie die Graffiti-Farbdosen durch das Einpacken in und Aufsetzen der Rucksäcke so in ihre höchstpersönliche Sphäre, dass sie nur durch Eingriff in ihre höchstpersönliche Verfügungsgewalt wieder entfernt werden könnten (Gewahrsamsenklave[9]). Nach der Verkehrsanschauung bildet dieser persönliche Tabubereich auch in einer fremden Gewahrsamssphäre eine Gewahrsamsenklave.[10] Der Inhaber des „Graffiti-Arts" wurde dadurch von seinem Zugriff ausgeschlossen. A und B begründeten mit dem Einpacken in die Rucksäcke vollständig neuen Gewahrsam.

> *Anmerkung*: Wer eine Gewahrsamsenklave ablehnt, muss prüfen, ob der Gewahrsam des Inhabers des „Graffiti-Arts" durch das Einpacken gelockert und mit dem Verlassen des Studios gebrochen wird. Das Erkennen und Bejahen bzw. Verneinen der Gewahrsamsenklave ist entscheidend für die Folgefrage zur Einordnung des Verhaltens gegenüber V als Nötigungsverhalten bei §§ 249, 251 StGB oder allein zur Beutesicherung bei § 252 StGB.

(3) Bruch

Der Gewahrsam des Inhabers des „Graffiti-Arts" schließlich wurde gebrochen, wenn der Gewahrsamswechsel ohne oder gegen den Willen des Berechtigten erfolgte.[11] Ein Einverständnis des „Graffiti-Arts"-Inhabers liegt ersichtlich nicht vor, eine Willensentäußerung fehlt. A und B haben den Gewahrsam mittels Wegnahme gebrochen und neuen, eigenen begründet.

cc) Mittäterschaftliches Handeln von A und B gem. § 25 Abs. 2 StGB

Außerdem müssten A und B mittäterschaftlich gehandelt haben. Dies erfordert gem. § 25 Abs. 2 StGB das Handeln auf Basis eines gemeinsamen Tatplanes sowie eine gemeinsame Tatausführung.[12] A war auf die Idee gekommen, nachts in das „Graffiti-Arts" in K einzusteigen, den „Laden" auszukundschaften und eine entsprechende Menge an Spraydosen mitgehen zu lassen, um anschließend in Eigenregie unter der „Schänzle"-Brücke die Farben selbst auszuprobieren. B hatte sich mit diesem Plan der A freudig einverstanden gezeigt. „Gesagt, getan", hatten A und B gemeinsam den Plan unter arbeitsteiligem Zusammenwirken umgesetzt. A und B handelten mittäterschaftlich unter wechselseitiger Zurechnung der Tatbeiträge gem. § 25 Abs. 2 StGB.

b) Qualifikation nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, lit. b StGB

Die Verwendung des Dietrichs zur Manipulation am Fenster führt nicht zum Vorliegen eines qualifizierten Diebstahls mittels eines gefährlichen Werkzeugs (Nr. 1 lit. a Var. 2) oder mittels eines zum Brechen von Widerstand mitgeführten Werkzeugs (Nr. 1 lit. b). Gefährlich ist ein Werkzeug, das nach der Art seiner Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen.[13] Jedoch ist problematisch, dass § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB eine Gebrauchsbestimmung nicht

[3] BGHSt 20, 194 (195 f.); *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 28.
[4] BGHSt 16, 271 (272 ff.); *Schmitz* (Fn. 1), § 242 Rn. 83 f.
[5] BGH 16, 271 (273); BGH NStZ-RR 2009, 23; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 23.
[6] *Vogel*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 64; *Rengier* (Fn. 2), § 2 Rn. 27.
[7] Vgl. *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 11; *Vogel* (Fn. 6), § 242 Rn. 71.
[8] *Kühl* (Fn. 7), § 242 Rn. 15; *Bosch* (Fn. 5), § 242 Rn. 71.
[9] Vgl. *Vogel* (Fn. 6), § 242 Rn. 104; *Schmitz* (Fn. 1), § 242 Rn. 72.
[10] *Kühl* (Fn. 7), § 242 Rn. 16; *Schmitz* (Fn. 1), § 242 Rn. 72.
[11] *Bosch* (Fn. 5), § 242 Rn. 35 m.w.N.; *Schmitz* (Fn. 1), § 242 Rn. 87.
[12] *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 25 Rn. 62; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 44 Rn. 1 ff.
[13] BGHSt 44, 103 (105); *Vogel* (Fn. 6), § 244 Rn. 10.

erfordert, sondern ein schlichtes Beisichführen genügen lässt. Was gefährlich ist, ist deshalb höchst umstritten.[14] Eine zwar denkbare rein objektive Bestimmung der Gefährlichkeit ließe hier zwar den Dietrich als gefährliches Werkzeug erscheinen.[15] Gegen diese Auffassung spricht aber schon, dass sich letztlich objektiv mit nahezu jedem Gegenstand in der Art seiner Anwendung erhebliche Verletzungen herbeiführen lassen.[16] Die verschiedenen subjektiven Auffassungen erfordern in unterschiedlicher Intensität jedenfalls eine Art der Verletzungsbestimmung des Gegenstandes.[17] Der Dietrich sollte allein zur Manipulation am Fenster verwendet, nicht aber mit auch nur allgemeiner Verletzungsbestimmung beim Diebstahl geführt werden. Nr. 1 lit. a scheidet von vornherein aus. Es fehlt aber gerade entscheidend auch am Führen, um den Widerstand einer anderen Person zu überwinden, so dass der Dietrich auch nicht einem Werkzeug nach Nr. 1 lit. b entspricht.

c) Subjektiver Tatbestand

A und B nahmen die für beide fremden, beweglichen Graffiti-Farbdosen wissentlich und willentlich[18] gegen den Willen des Inhabers des „Graffiti-Arts“ (insoweit nicht subsumtionsrelevant: weil sie sich die Anschaffung nicht leisten konnten) an sich und handelten somit hinsichtlich des objektiven Tatbestandes vorsätzlich. A hatte die Idee zur Durchführung, B war mit dieser freudig einverstanden. Beide wollten daher aufgrund eines so gemeinsamen Tatplans handeln.

Der Inhaber des „Graffiti-Arts“ sollte hierdurch nach ihrer Vorstellung dauerhaft aus seiner eigentümerähnlichen Stellung verdrängt (Vorsatz der Enteignung) und die Farbdosen in das Vermögen von A und B einverleibt werden (Absicht der Aneignung).[19] A und B wussten, dass sie keinen durchsetzbaren Anspruch auf die Farbdosen hatten, deren Zueignung war, wie A und B somit beide wussten, rechtswidrig.

2. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. Die Tatbestandsverwirklichung durch A und B erfolgte rechtswidrig, beide handelten schuldhaft.

3. Besonders schwerer Fall, §§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB

A und B könnten einen Diebstahl in einem besonders schweren Fall gem. §§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB verwirklicht haben, indem sie mit einem von A mitgebrachten Dietrich den Fenstergriff entfernten, das Fenster eindrückten, durch das offene Fenster in das Studio griffen und die neben dem Fenster befindliche Tür von innen entriegelten, um so schließlich durch die Tür in das Studio zu gelangen. Fraglich ist, ob dieser Öffnungsvorgang einem Einbrechen, Einsteigen, Öffnen mit einem dafür nicht vorgesehenen Werkzeug oder einem Verborgenhalten nach Nr. 1 entspricht.

a) Einbrechen in ein Gebäude gem. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB

Einbrechen gem. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB meint das gewaltsame Öffnen von Umschließungen, die ein tatsächliches Hindernis bilden.[20] Gewaltsames Öffnen erfordert jedenfalls eine nicht unerhebliche Kraftentfaltung, nicht zwingend eine Substanzverletzung, um gerade hierdurch das Hindernis zu überwinden.[21] A und B wendeten weder an dem Fenster noch an der Eingangstür eine nicht unerhebliche Kraft an noch führten die Eingriffe gar zu einer Substanzverletzung. Das Fenster öffnete B vielmehr mittels List, indem sie den Fenstergriff mithilfe des Dietrichs demontierte, ohne erheblichen Kraftaufwand aufdrückte und anschließend den Griff wieder anbrachte. Das darin liegende bloße Aufdrücken kann für eine dem Einbrechen entsprechende, hierzu erforderliche Kraftentfaltung nicht genügen.[22] Etwas anderes ließe sich nur daraus folgern, dass B mit Einsetzen des Dietrichs ein Werkzeug benützte.[23] Doch darf auch der Werkzeugeinsatz nicht pauschal zur Annahme des Einbrechens führen, solange sich die Krafteinwirkung lediglich in einer bestimmungsgemäßen, d.h. äußerlich der eines Befugten gleichenden, Einwirkung auf das Hindernis erschöpft.[24] Das Fenster sieht hier vorher aus wie nachher und wurde lediglich listreich geöffnet.

Ebenso wenig lag im Eintreten durch die geöffnete Tür eine gewaltsame, nicht unerhebliche Kraftentfaltung.

> *Anmerkung*: Mit BGH NJW 1956, 389 ließe sich – insoweit vertretbar – sowohl mit dem Aufdrücken des Fensters selbst oder aber mit dem Einsatz eines Werkzeugs unter Betonung hierdurch bewirkter gerade nicht bestimmungsgemäßer Öffnung eine entsprechende Kraftentfaltung auch des lediglich listreichen Vorgehens der B ebenso bejahen.

[14] Eingehend *Rengier* (Fn. 2), § 4 Rn. 19 ff. m.w.N.
[15] BGHSt 52, 257 (268); BGH NStZ 2012 (571).
[16] Vgl. BGHSt 52, 257 (269); *Rengier* (Fn. 2), § 4 Rn. 27 m.w.N.
[17] Im Einzelnen differenzierend hierzu *Rengier* (Fn. 2), § 4 Rn. 20 ff.
[18] Zur Vorsatzdefinition *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 5 Rn. 6.
[19] Vgl. *Vogel* (Fn. 6), § 242 Rn. 132 ff.; *Schmitz* (Fn. 1), § 242 Rn. 118.
[20] BGH NJW 1956, 389; *Bosch* (Fn. 5), § 243 Rn. 11.
[21] BGH StV 2014, 481 m. Anm. *Bosch* JK 9/14, StGB § 243/7; BGH NStZ 2000, 143; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2005, 140; *Bosch* (Fn. 5), § 243 Rn. 11; *Schmitz* (Fn. 1), § 243 Rn. 20.
[22] Wenn BGH NJW 1956, 389 das Aufdrücken eines Lüftungsfensters am Pkw genügen lässt, so führt dies zu weit, ebenso: OLG Karlsruhe NJW-RR 2007, 95; *Bosch* (Fn. 5), § 243 Rn. 11; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 243 Rn. 16.
[23] So wohl *Ruß*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 243 Rn. 11.
[24] *Hoyer* (Fn. 22), § 243 Rn. 16.

b) Einsteigen gem. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB

Ein Einsteigen gem. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB liegt vor, wenn der Täter unter Überwindung von Umschließungen auf einem nicht zum ordnungsgemäßen Eintritt bestimmten Weg in den geschützten Raum gelangt.[25] Fraglich ist, ob es dafür genügt, dass A und B ein Fenster mit einem einfachen Dietrich öffneten, um mit einem Griff durch das geöffnete Fenster die Verriegelung der Eingangstür von innen zu lösen und durch die Türe einzutreten. Ein Fenster ist nicht für den ordnungsgemäßen Eintritt bestimmt.[26] A und B wirkten auch in nicht ordnungsgemäßer Weise auf den Schließmechanismus des Fensters ein. Allerdings gelangten sie nicht durch das Fenster, sondern durch die vorab mit einem Griff von innen entriegelte Tür in den Raum. Damit betraten A und B das „Graffiti-Arts" selbst durch die bereits geöffnete, für den ordnungsgemäßen Zutritt bestimmte Eingangstür.

Das RG sah allerdings den Grund für die erhöhte Bestrafung mit § 243 StGB in der „besondere[n] Geflissentlichkeit und Hartnäckigkeit des Diebes".[27] Auch der BGH nannte als Ursache für die mit § 243 StGB verbundene höhere Bestrafung die besondere Stärke und Zähigkeit des verbrecherischen Täterwillens.[28] Danach könnte ein „Einsteigen" bereits darin liegen, dass ein Dieb unter Überwindung der zum Schutz gegen unbefugtes Eindringen geschaffenen Hindernisse irgendwie in den Raum gelangt, selbst wenn der eigentliche Eintritt auf dem dazu bestimmten Weg erfolgt.[29] A und B mussten zunächst den Schließmechanismus am verschlossenen Fenster überwinden, um das Fenster zu öffnen und anschließend die Türverriegelung von innen lösen zu können. Darin zeigt sich ihre besondere Hartnäckigkeit, an das Diebesgut zu gelangen. In das „Graffiti-Arts" gelangten A und B damit erst mittelbar auf dem dafür vorgesehen Weg.

Jedoch überdehnt das Erfassen des Zutritts durch die dafür vorgesehene Tür den möglichen Wortlaut des „Einsteigens" und widerspricht der Systematik der Regelbeispiele der Nr. 1. Ein*steigen* erfordert denknotwendig den Zutritt durch eine dafür gerade nicht vorgesehene Öffnung („steigen") mit dem überwiegenden Teil seines Körpers („ein").[30] Auch systematisch will § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB in seinen vier Tatvarianten Fälle, in denen der Täter nicht unmittelbar unter Überwindung von Hindernissen und ohne Hilfsmittel in den Raum gelangt, als Tatvariante des Einbrechens – durch gewaltsames Öffnen – erfassen.[31] Erfasste man auch den einfachen Zutritt durch die dafür vorgesehene Öffnung nach listiger Umgehung etwa eines Hineingreifens durch das Fenster als Fall des Einsteigens, würde jene Mindestanforderung an § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB unterschritten. Die Erinnerung der A aus dem Studium, dass das nur listige Betreten durch ordnungsgemäße Öffnungen § 243 StGB nicht erfüllt, bleibt zutreffend. Ihr Hineingreifen durch das offene Fenster mit anschließendem Zutritt durch A und B durch die so geöffnete Tür ist kein Einsteigen nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB.

c) Eindringen mit einem nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug gem. § 243 Abs. 1 S. 2 Var. 3 StGB

Das Öffnen des Fensters mithilfe des einfachen (aus einem Nagel hergestellten) Dietrichs mit anschließendem Eintreten durch die Tür entspricht schließlich auch nicht dem Eindringen mit einem nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Schlüssel oder Werkzeug (Var. 3). Werkzeuge im Sinne der Vorschrift sind solche, durch die der Mechanismus des Verschlusses ordnungswidrig in Bewegung gesetzt wird.[32] Die B wirkte mit Hilfe des Dietrichs so auf den Fenstergriff ein, dass sie diesen entfernen und das Fenster aufdrücken konnte. Sie benutzte ihn so zur Entfernung des Mechanismus, mit dem gewöhnlich ein Fenster geöffnet wird. Ob dies einem ordnungswidrigen Ingangsetzen des Mechanismus entspricht, kann schon deshalb dahingestellt bleiben, weil A und B anschließend gerade nicht durch das Fenster, sondern durch die dann frei zugängliche Tür eintraten. An der Türe selbst wurde nicht regelwidrig mit einem dazu nicht bestimmten Werkzeug manipuliert.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass das Merkmal des Eindringens in einen Raum (Var. 3) im Verhältnis zum Einsteigen (Var. 2) weiter auszulegen ist. Ein Eindringen liegt bereits dann vor, wenn der Täter einen Teil seines Körpers ohne Einverständnis des Berechtigten in den Raum verbringt.[33] Systematisch erhält die Var. 3 dadurch ihre entsprechend eigenständige Bedeutung gegenüber der Var. 2. Mit der begrifflichen Weite des Eindringens mittels eines dafür nicht bestimmten Werkzeugs sollen aber gegenüber dem Einsteigen vor allem auch alle ordnungsgemäß zum Zutritt bestimmten Öffnungen erfasst werden (Türen) und es soll das Eindringen mit Körperteilen zum Entwenden nach dem manipulierten Öffnen erfasst sein. Eine Ausdehnung auch auf den mittelbaren Zugriff unterliefe wiederum die Mindestanforderungen an Var. 1 (Einbrechen). A und B gelangten gerade nicht nach der Manipulation am Fenster an die Farbdosen, sondern betraten das „Graffiti-Arts" durch die geöffnete Tür. Ein Eindringen mit einem nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug liegt nicht vor.

d) Unbenannter besonders schwerer Fall gem. § 243 Abs. 1 StGB

Das besonders listige Vorgehen von A und B, mit dem beide letztlich unter Umgehung der Fallvarianten in das Gebäude gelangten, ließe sich allenfalls als ein unbenannter besonders schwerer Fall einordnen. Dazu müsste das Vorgehen der beiden in Art und Weise den Varianten von § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1–3 StGB entsprechen.[34] A und B sind zwar durch

[25] *Schmitz* (Fn. 1), § 243 Rn. 22 ff.; *Rengier* (Fn. 2), § 3 Rn. 15.
[26] BGHSt 33, 370; BGH NJW 1986, 840.
[27] RGSt 53, 262 (263).
[28] BGH NJW 1957, 636, unter Berufung auf RGSt 53, 262 (263).
[29] So etwa OLG Oldenburg, NStZ 2016, 98 (99).
[30] *Bosch* (Fn. 5), § 243 Rn. 12; *Schmitz* (Fn. 1), § 243 Rn. 24 m.w.N.
[31] Vgl. dazu BGH NStZ 2017, 166 (167).
[32] *Bosch* (Fn. 5), § 243 Rn. 13; *Schmitz* (Fn. 1), § 243 Rn. 30.
[33] *Kindhäuser* (Fn. 3), § 243 Rn. 15; *Vogel* (Fn. 6), § 243 Rn. 24.
[34] *Schmitz* (Fn. 1), § 243 Rn. 60 f.; *Vogel* (Fn. 6), § 243 Rn. 67.

List, jedoch ohne eines der benannten Regelbeispiele zu verwirklichen, durch die geöffnete Tür eingetreten. Mangelnde Sicherung der Schließmechanismen kann Tätern nicht straferschwerend entgegengehalten werden.[35] Die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falls unterliefe damit auch insoweit die Mindestanforderungen an die Straferschwerung nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB. Ein besonders schwerer Fall scheidet damit insgesamt aus.

> *Anmerkung*: Die Meinungen darüber, ob unbenannte besonders schwere Fälle in Klausuren überhaupt angesprochen werden sollen, gehen weit auseinander. Jedenfalls wird hier nur dann ein Problem liegen, wenn der Sachverhalt ausdrücklich darauf hinführt. In der Regel werden die Angaben im Sachverhalt schon keine hinreichenden Angaben für eine Gesamtwürdigung als unbenannten besonders schweren Fall enthalten.

4. Ergebnis

A und B sind des mittäterschaftlich begangenen Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB schuldig.

II. §§ 252, 25 Abs. 2 StGB

A und B könnten sich zudem wegen mittäterschaftlich begangenen, räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie den überraschend hinzutretenden V nach dem Einstecken der Graffiti-Farbdosen in ihre Rucksäcke aus dem Raum schoben.

> *Anmerkung*: Die Prüfung eines Raubes statt eines räuberischen Diebstahls überzeugt an dieser Stelle nur mit der Begründung, dass zum Zeitpunkt des Hinzutretens des V in der Gewahrsamssphäre des „Graffit-Arts“ noch kein neuer Gewahrsam an den Farbdosen bei A und B begründet war.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Dazu müssten sie aufgrund eines gemeinsamen Tatplans beim vollendeten, noch nicht beendeten Diebstahl auf frischer Tat betroffen, ihre Beute gegen den V mit Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben des V gesichert haben.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Vollendeter, noch nicht beendeter Diebstahl als Vortat

Der von A und B gemeinschaftlich begangene Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB war mit dem Einstecken der Graffiti-Farbdosen in die Rucksäcke, verbunden mit der dadurch begründeten Gewahrsamsenklave (siehe 1. TK I. 1. a) bb) (2), vollendet, jedoch mit Hinzutreten des V noch nicht beendet. A und B hielten sich noch in der Gewahrsamssphäre des Inhabers des „Graffiti-Arts“ auf, das Diebesgut war nicht gesichert.[36] Der Diebstahl von A und B ist taugliche Vortat.

bb) Auf frischer Tat betroffen

Bei Begehung dieses Diebstahls auf frischer Tat betroffen sind A und B, sofern ein enger zeitlicher und örtlicher Zusammenhang mit der Tat besteht und die Täter dabei von einer anderen Person angetroffen werden.[37] Im Detail umstritten ist, ob das Antreffen auch in einem Überraschungsübergriff bestehen kann oder ob ein wahrnehmendes Betroffensein erforderlich ist.[38] Dem Regelungszweck des § 252 StGB – Verteidigung ungesicherten Gewahrsams mit Raubmitteln – entspricht eine Auslegung aus Sicht der Täter. Es genügt mit der Rspr. ein „Zusammentreffen, Begegnen“ am Tatort.[39] V traf A und B am Tatort an. Er hatte Geräusche gehört und nach dem Rechten sehen wollen. Es kommt nicht darauf an, dass V unmittelbar auf das mögliche Vorliegen einer Straftat zu schließen in der Lage war. Ausreichend ist vielmehr, wenn sich die Täter selbst am Tatort betroffen vorfinden und zur Sicherung ihrer Beute tätig werden.[40] B schob den V entsprechend der Absprache vor der Tat aus dem Raum zurück. A und B waren demgemäß beim vollendeten, nicht beendeten Diebstahl auf frischer Tat betroffen.

cc) Qualifiziertes Nötigungsmittel: Gewalt gegen eine Person

Fraglich ist allerdings, ob das zuvor vereinbarte und in die Tat umgesetzte Hinausschieben des verdutzten V durch die Hintertüre, wobei alle die Türschwelle am Boden übersahen, V stürzte und reglos liegenblieb, einer Gewaltanwendung i.S.v. § 252 StGB entspricht. Eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben liegt darin ersichtlich nicht. Gewalt ist nach der heute ganz überwiegenden Ansicht der zumindest körperlich wirkende Zwang durch die Entfaltung von Kraft oder durch eine physische Einwirkung sonstiger Art, durch die körperlich wirkender Zwang ausgeübt wird, um geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden.[41] B nahm den verdutzten V und schob ihn einfach zur Hintertüre wieder hinaus. Dadurch wurde mit physischem Krafteinsatz (Schieben) grundsätzlich Zwang auf den Willen des 90-jährigen V ausgeübt. Zu fragen ist, ob dies den Anforderungen der §§ 249, 252 StGB genügt.

So wird teils i.V.m. §§ 249, 252 StGB ein restriktiver Gewaltbegriff gefordert, wonach hier Gewalt einen körper-

[35] BGH NJW 2016, 1897, 1898.

[36] Vgl. *Vogel* (Fn. 6), § 252 Rn. 36; *Rengier* (Fn. 2), § 2 Rn. 195.

[37] Vgl. BGH NJW 1956, 1487; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 252 Rn. 14 ff.

[38] Ausführend *Rengier* (Fn. 2), § 10 Rn. 8 f.

[39] BGHSt 26, 95; OLG Köln NStZ 2005, 448 (449); *Sinn*, in: Wolter (Fn. 22), § 252 Rn. 10 f.; weitgehend einschränkend fordert die Gegenauffassung sogar eine subjektive Verdachtsbildung, siehe nur *Haas*, Der Tatbestand des räuberischen Diebstahls als Beispiel für die fragmentarische Natur des Strafrechts, in: Momsen (Hrsg.), Fragmentarisches Strafrecht. Festgabe für Maiwald, 2003, S. 145 (167 f.).

[40] *Kindhäuser* (Fn. 3), § 252 Rn. 8 ff.; *Vogel* (Fn. 6), § 252 Rn. 38.

[41] *Heger*, in: Lackner/Kühl (Fn. 7), § 240 Rn. 8; *Kindhäuser* (Fn. 3), Vor § 249 Rn. 10 f.

bezogenen Eingriff von einigem Gewicht voraussetze.[42] Das wird insbesondere mit der hohen Strafandrohung der Vorschriften begründet.[43] Auch sei eine restriktive Handhabe des Gewaltmerkmals zur Wahrung der normativen Äquivalenz der beiden Tatvarianten der §§ 249, 252 StGB angezeigt. Körperliche Eingriffe von nur geringer Intensität könnten danach einer „Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben“ nicht entsprechen.[44] Nach dieser Auffassung entspräche das einfache Hinausschieben des V durch B nicht dem Gewalterfordernis der §§ 249, 252 StGB.

Stellt man hingegen darauf ab, dass zur Gewaltanwendung auch bei §§ 249, 252 StGB eine Kraftentfaltung jedenfalls dann erheblich genug ist, wenn sie nach der Vorstellung des Täters dazu geeignet ist, den geleisteten oder erwarteten Widerstand zu brechen und als Zwang empfunden zu werden,[45] so genügte das Hinausschieben des verdutzten V aus der Hintertüre diesen Anforderungen gerade. Es war nach der Vorstellung von A und B geeignet, den potentiellen Widerstand des V gegen die Wegnahme der Farbdosen zu verhindern.

Gegen die erste, restriktive Auffassung spricht nun, dass das darüberhinausgehende Erfordernis eines körperbezogenen Eingriffs von einigem Gewicht letztlich ein sehr unbestimmtes Kriterium bleibt. Für den vom Genötigten wahrgenommenen Zwang ist es auch nicht ausschlaggebend, welchen Grad die Kraftanwendung in objektiver Hinsicht aufweist. Das Differenzierungskriterium ist damit schon ungeeignet. Einer unbilligen Härte durch die hohe Strafandrohung der §§ 249, 252 StGB kann zuletzt im Einzelfall mit der Annahme eines minder schweren Falls begegnet werden;[46] der allgemeinen Eingrenzung von Tatmerkmalen, noch dazu ohne greifbare Differenzierungseignung, bedarf es nicht. Dass B den verdutzen V zur Hintertür hinausschiebt, ist mithin Gewalt i.S.d. § 252 StGB (a.A. vertretbar).

dd) Gegenseitige Zurechnung der Tatbeiträge gem. § 25 Abs. 2 StGB

Auch hinsichtlich der Gewaltanwendung handelten A und B auf Basis eines gemeinsamen Tatplans und verwirklichten arbeitsteilig den Tatbestand des § 252 StGB. B hatte nach A zum Plan ergänzt, „wenn uns jemand stört, schieben wir ihn weg.“ Dem hatte A anschließend ausdrücklich zugestimmt. So hatte auch B den verdutzten V zur Hintertür hinausgeschoben. Das ist A über § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen. A und B sind auch hinsichtlich des § 252 StGB Mittäterinnen.

b) Subjektiver Tatbestand

A und B müssten schließlich vorsätzlich und mit Beutesicherungsabsicht gehandelt haben. Mit dieser Absicht handelt, wer die Beuteentziehung zugunsten des Geschädigten, die tatsächlich oder nach seiner Vorstellung gegenwärtig ist oder unmittelbar bevorsteht, zu verhindern sucht.[47] Das ist deshalb fraglich, weil zum Zeitpunkt des Hinzutretens des verdutzten V alle anwesenden Personen im „Graffiti-Arts“, A, B und V, völlig überrascht und mit der Situation überfordert waren. Ob A und B mit einer unmittelbaren Besitzentziehung durch V rechneten oder ob eine solche unmittelbar bevorstand, geht aus dem Sachverhalt nicht eindeutig hervor. Allerdings hatten sich A und B zuvor per Tatplan darauf verständigt, potentielle Störer einfach „wegzuschieben“. Nach ihrer Vorstellung war V ein potentieller Störer, den B deshalb tatplangemäß wegschob. A billigte das. Auch musste die Absicht der Beutesicherung nicht die einzige Motivation der Handlung sein,[48] Überraschung und Überforderung können durchaus hinzutreten.[49] A und B handelten vorsätzlich und mit der Absicht der Beutesicherung.

2. Rechtswidrigkeit, Schuldhaftigkeit und Ergebnis

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. Die Tatbestandsverwirklichung durch A und B erfolgte auch hinsichtlich der §§ 252, 25 Abs. 2 StGB rechtswidrig, beide handelten schuldhaft. A und B haben sich wegen gemeinschaftlich begangenen räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 252, 251, 25 Abs. 2 StGB

A und B könnten sich schließlich wegen eines mittäterschaftlich begangenen Raubes mit Todesfolge gem. §§ 252, 251, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem V durch das Wegschieben der B über die Türschwelle stolperte, reglos liegenblieb und anschließend im Krankenhaus an einer Hirnblutung verstarb.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Dazu müsste B, der A insoweit zurechenbar, V durch die Hintertür hinausgeschoben haben, so dass dieser über die Türschwelle stolperte, dies eine Hirnblutung verursachte und V an dieser verstarb.

a) Grunddelikt gem. § 252 StGB

Der gemeinschaftlich verwirklichte räuberische Diebstahl gem. §§ 252, 25 Abs. 2 StGB (siehe 1. TK II.) ist taugliches Grunddelikt des Raubs mit Todesfolge gem. § 251 StGB. Der räuberische Dieb wird gem. § 252 StGB a.E. wie der Räuber bestraft, das gilt einschließlich der Anwendbarkeit von § 251 StGB.

[42] LG Gera NJW 2000, 159, (160); in diese Richtung auch *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 249 Rn. 4; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 249 Rn. 4; offen bei *Vogel* (Fn. 6), § 252 Rn. 43.
[43] LG Gera NJW 2000, 159 (160).
[44] LG Gera NJW 2000, 159 (160).
[45] OLG Brandenburg NStZ-RR 2008, 201 (202); vgl. auch *Bosch* (Fn. 5), § 249 Rn. 4a.
[46] Vgl. *Vogel* (Fn. 6), § 252 Rn. 43.
[47] BGHSt 9, 162 (164); 13, 64 (65); vgl. auch *Vogel* (Fn. 6), § 252 Rn. 65 f.
[48] Vgl. BGHSt 13, 64 (65); *Sander*, in: Erb/Schäfer (Fn. 1), § 252 Rn. 15.
[49] A.A. mit Verweis auf das Koinzidenzprinzip und entsprechender Begründung vertretbar.

b) Eintritt des Todeserfolges

V stürzte beim Hinausschieben und verstarb anschließend im Krankenhaus. Die schwere Folge des § 251 StGB ist eingetreten.

c) Kausalität und unmittelbarer Gefahrverwirklichungszusammenhang

Fraglich ist jedoch, ob sich der Eintritt des Todes auch kausal als Folge des Hinausschiebens durch B zeigt und ob sich darin die Gefahr verwirklicht hat, welche B durch das Hinausschieben gesetzt hat. Kausal ist dabei grundsätzlich jede Handlung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele.[50] Ursache für den Tod des V war eine Hirnblutung. Nicht festgestellt werden konnte, ob der Sturz des V *die* Hirnblutung auslöste, die letztlich zu seinem Tod führte. Vielmehr hatte die genauere Untersuchung ergeben, dass V bereits vor dem Vorfall in der Nacht eine Hirnblutung erlitten hatte, während nicht festgestellt werden konnte, ob der Sturz zu einer weiteren Blutung geführt hatte.

Es besteht mithin eine Sachverhaltsunsicherheit, die nur zugunsten der Täterinnen bewertet werden darf (in dubio pro reo).[51] Danach kann der Eintritt des Erfolges A und B nicht kausal zugerechnet werden.

2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit von A und B wegen gemeinschaftlich begangenen räuberischen Diebstahls mit Todesfolge gem. §§ 251, 25 Abs. 2 StGB scheidet aus.

IV. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2, 13 Abs. 1; 222; 223 Abs. 1, 25 Abs. 2, 13 Abs. 1; 229 StGB

Eine Strafbarkeit von A und B wegen eines gemeinschaftlichen Totschlags gem. §§ 212, 25 Abs. 2, 13 Abs. 1 StGB, indem sie den V nach seinem Sturz liegenließen, scheitert ebenfalls jedenfalls an der fehlenden Zurechnung der Todesfolge. Das gilt in gleicher Weise, wenn man den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit durchgehend in dem aktiven Handeln von A und B erblickt und nach einer fahrlässigen Zurechnung der Todesfolge wegen Übersehens der Türschwelle mit anschließendem Sturz des V fragt.[52] Auch insoweit greift die Sachverhaltsunsicherheit. Aus den gleichen Gründen scheitern eine mittäterschaftliche Körperverletzung und eine fahrlässige Körperverletzung. Das Hinausschieben durch die Hintertüre selbst überschritt die Bagatellschwelle für einen mehr als nur unerheblichen Eingriff in das körperliche Wohlbefinden nicht.[53]

V. § 323c Abs. 1 StGB

A und B könnten sich jedoch wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie V nach seinem Sturz liegenließen.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Dazu müssten sie in einem Unglücksfall mögliche und zumutbare Hilfeleistung unterlassen haben.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Unglücksfall

Ein Unglücksfall ist jedes mit einer gewissen Plötzlichkeit auftretende Ereignis, das eine erhebliche Gefahr für ein Individualrechtsgut mit sich bringt oder mit sich zu bringen droht.[54] Der Sturz des V infolge der von allen Beteiligten übersehenen Türschwelle beim Hinausschieben war ein plötzliches Ereignis. Indem A und B den V reglos liegenließen, drohte für diesen eine erhebliche Gefahr für die Gesundheit als Individualrechtsgut. Ein Unglücksfall liegt vor.

bb) Unterlassen einer Hilfeleistung, die erforderlich, möglich und zumutbar war

Die Hilfeleistung für den reglos liegengebliebenen V war erforderlich und für A und B grundsätzlich auch möglich. Nach dem Urteil eines verständigen Beobachters wäre das sofortige Ergreifen von Hilfsmaßnahmen geeignet und notwendig gewesen, um drohende Schäden von V abzuwenden.[55] Ein Hilfeleisten war erforderlich. Fraglich ist allein, ob die Hilfeleistung für A und B wegen der damit verbundenen Gefahr der eigenen Strafverfolgung überhaupt zumutbar war. Allgemein ist in diesen Fällen allerdings anerkannt, dass eine Hilfeleistung jedenfalls dann zumutbar ist, wenn eine Täterin den Unglücksfall selbst verursacht hat und sich die drohende Verfolgungsgefahr auf eine Straftat bezieht, die mit dem Unfall gerade in einem Zusammenhang steht.[56] Das war hier gerade der Fall. Der Unglücksfall ist Folge des Antreffens von A und B durch den V bei deren Diebstahl von Farbdosen. Das Eingreifen war zumutbar, der objektive Tatbestand ist erfüllt.

cc) Täterschaftliche Begehung

Einschließlich des Hinausschiebens des V aus dem „Graffiti-Arts“ handelten A und B auf Basis eines gemeinsamen zuvor vereinbarten Tatplans. Indem sie nunmehr mit Eintreten des Unglücksfalls ebenfalls sofort beide davonrannten und, ihrer Panik über den Zwischenfall Luft machend, sogleich einen Pfeiler der „Schänzle“-Brücke bemalten, verwirklichten sie schließlich auch den Tatbestand des § 323c Abs. 1 StGB noch gemeinschaftlich. Einer Zurechnung im engeren Sinne

[50] *Kühl* (Fn. 17), § 4 Rn. 9; *Rengier* (Fn. 12), § 13 Rn. 3.
[51] *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), Vor §§ 13 Rn. 82; *Rengier* (Fn. 12), § 49 Rn. 26 ff.
[52] Vgl. BGHSt 6, 46 (59); *Gaede*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 17.
[53] Vgl. *Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 223 Rn. 9; *Joecks*, in: Erb/Schäfer (Fn. 1), § 223 Rn. 22 ff.
[54] BGH NJW 1983, 350 (351); *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 323c Rn. 5.
[55] BGHSt 17, 166; *Kühl* (Fn. 7), § 323c Rn. 5.
[56] *Hecker* (Fn. 54), § 323c Rn. 20; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 42 Rn. 14 ff.

gem. § 25 Abs. 2 StGB bedarf es dabei konkret deshalb nicht, weil beide, A und B, jeweils das Hilfeleisten unterließen.

b) Subjektiver Tatbestand

A und B unterließen die insoweit zumutbare Hilfeleistung auch wissentlich und willentlich, handelten mithin vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB.

2. Rechtswidrigkeit, Schuldhaftigkeit und Ergebnis

Die Verwirklichung des Tatbestandes war rechtswidrig, A und B handelten schuldhaft und haben sich mithin wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

2. Tatkomplex: Das Besprühen der Schänzle-Brücke

I. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 303 Abs. 1, Abs. 2; 25 Abs. 2 StGB

A und B könnten sich wegen mittäterschaftlich begangener Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, Abs. 2; 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie die „Schänzle"-Brücke mit Graffiti besprühten.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Dazu müssten sie wissentlich und willentlich eine fremde Sache beschädigt oder zerstört (Abs. 1) oder das Erscheinungsbild einer fremden Sache nicht nur unerheblich und nicht nur vorübergehend unbefugt verändert haben (Abs. 2).

a) Beschädigen oder Zerstören (Abs. 1)

Ein Beschädigen erfordert dabei zumindest eine körperliche Einwirkung auf die Sache dergestalt, dass dadurch ihre Substanz nicht unerheblich verändert oder ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.[57] Das Besprühen des fremden Brückenpfeilers mit Graffiti-Farben griff weder in die Sachsubstanz des Pfeilers ein, noch schränkte es dessen bestimmungsgemäße Brauchbarkeit ein. So ist die Fassadengestaltung mittels farblichen Besprühens mit Schriftzeichen, Bildern und Symbolen in aller Regel gerade noch keine Beschädigung der Sache. Diese ließe sich nur mittels der Begründung einer Aufhebung der Gebrauchsmöglichkeit und unter Ausreichenlassen einer Funktionsbeeinträchtigung für die Sachbeschädigung begründen.[58] Doch fehlt es sogar daran; die Gebrauchsfunktionen des Brückenpfeilers sind durch die Bemalungen nicht betroffen. Auch eine Substanzverletzung aufgrund des erheblichen Reinigungs-, Renovierungs- und Wiederherstellungsaufwandes[59] scheidet eher von vornherein aus. In dem Besprühen durch A und B liegt mithin keine Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB.

b) Nicht nur unerhebliche Veränderung des Erscheinungsbildes (Abs. 2)

In Betracht kommt dagegen eine unbefugte, nicht nur unerhebliche und nicht nur vorübergehende Veränderung des Erscheinungsbildes des Brückenpfeilers gem. §§ 303 Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB.

aa) Veränderung des Erscheinungsbildes einer fremden Sache

Das Besprühen des nicht im Alleineigentum von A und B stehenden Brückenpfeilers mit Graffiti-Farben veränderte dessen Erscheinungsbild sowohl mehr als nur unerheblich als auch mehr als nur vorübergehend. Der Pfeiler wies, durch A und B bemalt, ein gänzlich anderes Erscheinungsbild auf als zuvor.

bb) Unbefugte Veränderung

Fraglich ist, ob A und B den Brückenpfeiler auch unbefugt bemalten. Die Stadt K hatte als Berechtigte das Besprühen von Graffiti an den Pfeilern ausdrücklich erlaubt, um dadurch nachhaltig illegalen Graffiti-Malereien an anderen Orten entgegenzuwirken. Die Erlaubnis war nicht auf mit einem Handwerk angemeldete oder ausgebildete Künstler beschränkt. Sie galt für alle. Das Besprühen der Pfeiler durch A und B erfolgte befugt. Das schließt bereits die Erfüllung des Tatbestandes des § 303 Abs. 2 StGB aus.[60]

> *Anmerkung*: Mit der Formulierung „unbefugt" in Abs. 2 wollte hierbei der Gesetzgeber gerade im Unterschied zu Abs. 1 („rechtswidrig") zum Ausdruck bringen, dass ein zum Tatbestand gehörender Umstand gemeint ist. Willigt der Eigentümer ein oder wird mittels Befugnisnormen dem Eigentümer eine Duldungspflicht hinsichtlich Veränderungen der Sache auferlegt, gilt das als Einverständnis. Teilweise wird aber dann, wenn Befugnisnormen für ihr Eingreifen ihrerseits eine Erfüllung des Tatbestandes voraussetzen, wie insbesondere die Notstandsvorschriften der §§ 228, 904 BGB, § 34 StGB, eine nur rechtfertigende Wirkung von § 303 Abs. 2 StGB betont (sog. Doppelfunktion des Merkmals).[61]

[57] *Hecker* (Fn. 54), § 303 Rn. 8; *Wieck-Noodt*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 3. Aufl. 2017, § 303 Rn. 24.

[58] *Joecks/Jäger*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 303 Rn. 7 ff.; ausführlich dazu unter Berücksichtigung der Einführung von § 303 Abs. 2 StGB *Schuhr*, JA 2009, 169 ff. Eine Zustandsveränderungstheorie (*Schnurr*, Graffiti als Sachbeschädigung – Strafbarkeit, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit eines gesellschaftlichen Phänomens, 2006, S. 43 ff.) durch das 39. StÄG überholt. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte die enge Auslegung des Abs. 1, nach der bloße Zustandsveränderungen nicht dem Beschädigungstatbestand unterfallen (so BGHSt 29, 129), fortgeschrieben und der strafrechtliche Schutz nur in Form des Abs. 2 erweitert werden (BT-Drs. 15/5313, S. 3; *Rengier* (Fn. 2), § 24 Rn. 24; *Hecker* (Fn. 54), § 303 Rn. 13; *Satzger*, Jura 2006, 429.

[59] Dazu *Schuhr*, JA 2009, 169 (170); *Hecker* (Fn. 54), § 303 Rn. 10.

[60] *Wieck-Noodt* (Fn. 57), § 303 Rn. 60; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 303 Rn. 26.

[61] *Zaczyk* (Fn. 60), § 303 Rn. 26.

2. Ergebnis

A und B haben sich nicht gem. §§ 303 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des C gem. § 303 Abs. 2 StGB

Schließlich könnte sich C wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 2 StGB dadurch strafbar gemacht haben, dass er die Graffiti-Malereien von A und B übersprühte und dadurch das Erscheinungsbild des Brückenpfeilers erneut mehr als nur unerheblich und mehr als nur vorübergehend veränderte. Allerdings griff die Erlaubnis der Stadt K sowohl für A und B als auch für C. Die erteilte Erlaubnis beschränkte sich auch gerade nicht auf das nur erstmalige Bemalen des Pfeilers. Von der Stadt K wurde mit anderen Worten nicht untersagt, andere Graffitis zu übersprühen. Graffiti-Kunst ist auch nicht anderweitig durch Recht oder Gesetz geschützt. Das erneute Übersprühen des Pfeilers durch C erfolgte damit ebenfalls befugt. Dass sich C als berühmter Künstler erklärte und meinte, er erschaffe ein neues Prestige-Werk für die Stadt K, darauf kommt es nicht an. C hat sich nicht gem. § 303 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

> *Anmerkung*: Mit dem Ansprühen der Brückenpfeiler ließe sich jeweils auch an eine Strafbarkeit wegen einer gemeinschädlichen Sachbeschädigung gem. § 304 Abs. 2 StGB denken. Dazu müssten die tragenden Brückenpfeiler zu Gegenständen zählen, die zum öffentlichen Nutzen oder zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze oder Anlagen dienen.[62] Das Graffiti greift allerdings von vornherein nicht die Tragkraft der Brückenpfeiler an und beeinträchtigt daher nicht den öffentlichen Nutzen.

3. Tatkomplex: Die Rache an C (Strafbarkeit von A und B)

I. §§ 249 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

A und B könnten sich wegen eines mittäterschaftlich begangenen Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB gegenüber und zu Lasten des C strafbar gemacht haben, indem sie ihn niederwarfen und die Farben an sich nahmen.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Dazu müssten A und B in der Absicht rechtswidriger Zueignung gemeinschaftlich unter Anwendung von Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben dem C seine Farben weggenommen haben.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Fremde, bewegliche Sache

Die Farben standen als körperliche, fortschaffbare Gegenstände im Eigentum des C und waren für A und B fremd.

bb) Wegnahme

Wegnahme als Bruch fremden und Begründung neuen, hier eigenen Gewahrsams liegt darin, dass B, bevor C wusste, was geschieht, den C niederwarf und ihm die Farben entriss. Mit Ansichnahme begründete B neuen, eigenen Gewahrsam und schloss C vom Gewahrsam aus. Der Gewahrsamswechsel gegen den erkennbaren Willen des C war spätestens mit dem Zeitpunkt vollständig vollzogen, in dem A und B mit den Farben davonfuhren. A und B haben C die Farben weggenommen.

cc) Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels

Indem B den C niederriss, wendete sie körperlichen Zwang gegenüber C an, um erwarteten Widerstand zu überwinden. Gewalt gegen eine Person liegt vor. Drohung meint das Inaussichtstellen eines Übels – qualifiziert mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben –, auf das der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt.[63] A und B stellten C sechs Stunden nach dem ersten Zusammentreffen auf dem Heimweg mit ihren Fahrrädern unter einem Brückenpfeiler. A bemerkte: „Jetzt sind wir allein. Her mit Deinen Farben, sonst ‚kracht es‘!“ Hiermit stellten A und B dem C mittels physisch vermittelter Barriere (in den Weg stellen), aktiv mit Worten (Androhung von ‚Krach‘) und schließlich konkludent in Aussicht, dass ihm für den Fall der Weigerung eine nicht unerhebliche Körperverletzung drohen würde. Eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für den Leib des C liegt eindeutig vor. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass C die beiden, A und B, nicht ernstnahm, denn hierüber trifft der Sachverhalt in der Brückensituation keine Aussage.

dd) Zusammenhang zwischen qualifiziertem Nötigungsmittel und Wegnahme

A und B wurden ausschließlich tätig, um C die Farben zu entwenden. Drohung und Gewalt stehen zur Wegnahme in einem zeitlichen und örtlichen Zusammenhang und wurden allein aus diesem Grund zielgerichtet eingesetzt (subjektiver Finalzusammenhang).[64] Schließlich haben A und B die Wegnahme mit Einsatz der qualifizierten Nötigungsmittel – hier Drohung und Gewalt – erleichtert.[65] Konnexität zwischen qualifiziertem Nötigungsmittel und Wegnahme liegt somit vor.

(ee) Mittäterschaftliches Handeln von A und B gem. § 25 Abs. 2 StGB

Das Vorgehen von A und B basierte auch insoweit auf einem gemeinsamen Tatplan. Sie lauerten dem C zusammen auf, A griff C verbal und B mit Gewalt an. Mittäterschaftliches Handeln ist zu bejahen und die Tatbeiträge sind gem. § 25 Abs. 2 StGB wechselseitig zuzurechnen.

[62] Brücken selbst sind hier bereits als solche angesehen worden; vgl. *Wieck-Noodt* (Fn. 57), § 304 Rn. 23.

[63] *Sinn* (Fn. 39), § 240 Rn. 69 f.; *Vogel* (Fn. 6), § 249 Rn. 13.

[64] *Kindhäuser* (Fn. 3), § 249 Rn. 20 ff.; *Kühl* (Fn. 7), § 249 Rn. 4.

[65] Das ist nach der neueren Rechtsprechung ausreichend BGH NStZ 2016, 472 m. Anm. *Kudlich*, JA 2016, 632; dazu mit Hinweisen zur Prüfung und zu Irrtumsregeln *Eisele*, JuS 2016, 754 (756).

b) Subjektiver Tatbestand

A und B handelten wissentlich und willentlich hinsichtlich der Erfüllung der Tatbestandsmäßigkeit sowie hinsichtlich der geplanten gemeinsamen Tatbegehung (§ 25 Abs. 2 StGB). Allerdings ist fraglich, ob sie auch entsprechend Zueignungsabsicht, meint eine Absicht der Aneignung sowie zumindest einen bedingten Vorsatz der Enteignung, hatten.

Aneignungsabsicht erfordert, dass die Täterinnen die Sache zumindest vorübergehend für sich behalten und zumindest vorübergehend in ihr eigenes Vermögen (oder das eines Dritten) einverleiben wollen.[66] Erforderlich ist ein Vorgehen im Sinne zielgerichteten Handelns (dolus directus 1. Grades). Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass A und B von vornherein geplant hatten, die Farben nur knapp 10 m entfernt auf die nächste Mülltonne zu stellen. Darin und in dem Umstand, dass sie sich bei C nur rächen wollten und an den Farben selbst aber keinerlei Interesse hatten, zeigt sich, dass bereits die Absicht einer Aneignung der Farben fehlt.

> *Anmerkung*: Vertretbar ist es, in der Ansichnahme gegen den Willen, der Mitnahme und dem anschließenden Wegstellen eine – wenn auch kurzfristige – zugleich dennoch machtvolle Ausübung von Herrschaftsgewalt über die Farben zu sehen und trotz von vornherein beabsichtigter Entsorgung Aneignungsabsicht zu bejahen. Dazu bedarf es aber der Begründung, dass die Sache – und sei es kurzfristig – als Mittel zum Zweck dient. Die Aneignungsabsicht fehlt, wenn an den mitgenommenen Gegenständen keinerlei Interesse besteht. Wer die Aneignungsabsicht bejaht, muss jedenfalls wegen der klar erkennbaren Wiedererlangungsmöglichkeit[67] bei nur knapp 10m entferntem klar platzierten Aufstellen zur Verneinung des Enteignungsvorsatzes gelangen.

2. Ergebnis

A und B sind nicht des gemeinschaftlichen Raubs gem. §§ 249 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB gegenüber und zu Lasten des C schuldig.

> *Anmerkung*: Einer bei Fehlen der Zueignungsabsicht zumeist relevanten Abgrenzung zur räuberischen Erpressung bedarf es bereits deshalb nicht, weil auch im Rahmen der denkbar möglichen räuberischen Erpressung jede Absicht der Bereicherung durch die Täterinnen fehlt.

II. §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Die Farbdosen wurden durch das Ansichreißen durch B, das Wegrennen und das anschließende Zurücklassen auf der 10 m entfernt stehenden Mülltonne nicht in ihrer Substanz verletzt oder in ihrer Brauchbarkeit eingeschränkt. In der Wegnahme der Farbdosen liegt vielmehr eine bloße straffreie Sachentziehung. Eine Strafbarkeit von A und B gem. §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB scheidet aus.

III. §§ 240 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

In der verbalen Androhung durch A und dem Niederreißen durch B könnte eine strafbare Nötigung gem. §§ 240 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB liegen. Indem B den C niederriss, verübte sie gegenüber ihm körperlichen Zwang, um dessen erwarteten Widerstand von vornherein zu unterbinden (Gewalt). Mit dem Zuruf der A „Jetzt sind wir allein. Her mit Deinen Farben, sonst ‚kracht es'!", drohte A dem C bei nicht freiwilliger Herausgabe der Farbdosen ein Gewaltverhalten gegen den Körper unmittelbar an. A und B verwirklichten dadurch gemeinschaftlich unter Zurechnung ihrer Tatbeiträge wissentlich und willentlich den Tatbestand der Nötigung gem. §§ 240 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB. Die verbale Androhung durch A und das Niederreißen durch B waren rechtswidrig und als Mittel, um sich an C wegen des Übermalens ihres Bildes zu rächen, auch außerhalb der zulässigen Relation, verwerflich. A und B handelten auch schuldhaft und sind wegen Nötigung gem. §§ 240 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar.

Gesamtergebnis

A und B sind in jeweils mittäterschaftlicher Begehungsweise des räuberischen Diebstahls an den Graffiti-Farbdosen, tateinheitlich mit begangener unterlassener Hilfeleistung gegenüber V sowie in Tatmehrheit dazu einer Nötigung gegenüber C gem. §§ 252, 323c Abs. 1, 52; 240; 53 StGB schuldig. Der Diebstahl tritt hinter dem räuberischen Diebstahl zurück.

[66] BGHSt 1, 262; *Kühl* (Fn. 7), § 242 Rn. 21.
[67] *Bosch* (Fn. 5), § 242 Rn. 64; *Rengier* (Fn. 2), § 2 Rn. 97.

Examensklausur: Ein guter Tropfen

Von Dr. **Marcus Bergmann**, **Christian Francke**, Wiss. Mitarbeiter **Moritz Schwarz***

Die Klausur behandelt schwerpunktmäßig Betrugs-, Urkunden- und Anschlussdelikte. Es stehen dabei unbekannte Fallkonstellationen im Mittelpunkt der Bearbeitung. Besondere Schwierigkeiten bereitet der ungewöhnliche Fall eines Computerbetrugs am Pfandautomaten mit Wechsel der Personen während des Bedienvorgangs. Der Fall weist daher einen erhöhten Schwierigkeitsgrad auf. Er wurde im Wintersemester 2020/2021 im Examensklausurenkurs der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg gestellt. Während die Durchschnittspunktzahl 5,48 Punkte betrug, lag die Durchfallquote bei 35,6 %.

Sachverhalt

Student S will im Supermarkt der E-AG einkaufen gehen. Vor dem Eingang des Supermarkts befindet sich in einer allgemein zugänglichen Einkaufspassage ein dem Supermarkt zugehöriger Pfandautomat. Dort steht die Kundin K, welche gerade ihr Leergut zurückgibt. In Gedanken zerstreut vergisst sie, den Pfandbon anzufordern, und verlässt den Automaten. Dies bekommt S mit. Kurzerhand drückt er auf das Display des Automaten, löst den Pfandbon im Wert von 10 € und steckt diesen ein, um sich das Pfand an der Kasse auszahlen zu lassen.

Im Supermarkt möchte S sich eine Flasche guten Scotch kaufen. Der ausgezeichnete Preis von 60 € auf dem Preisschild am Regal übersteigt jedoch sein Budget. Sein Blick fällt auf eine weiter unter im Regal stehende Flasche Bourbon. Auf den Flaschen dieser Sorte klebt jeweils ein Etikett, auf dem steht: „50 % reduziert – Rabatt wird an der Kasse abgezogen". S nimmt eine Flasche Bourbon, löst vorsichtig das Rabattetikett und klebt es auf die teurere Flasche Scotch.

Anschließend geht S zur Kasse. Er legt die Flasche auf das Band. Der Kassierer X scannt das Flaschenetikett und tippt sodann 50% Rabatt in die Kasse ein, sodass nur noch ein Preis von 30 €, wie von S vorgesehen, verbleibt. Danach löst S noch den Pfandbon in Höhe von 10 € ein und bezahlt den Restbetrag von 20 €.

Am Abend lädt S seine gute Freundin F zu sich ein. Er offenbart ihr, dass er die Flasche Scotch aus dem Supermarkt „ergaunert" habe. F begrüßt die kriminelle Energie des S. Daraufhin stoßen beide mit einem Glas Scotch an und leeren die Flasche im Laufe des Abends genüsslich.

Bearbeitungsvermerk

Wie haben sich S und F nach dem StGB strafbar gemacht? Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt. §§ 123, 261, 265a und 303 StGB sind nicht zu prüfen.

In den wirksamen AGB der E-AG, die gut sichtbar am Eingang der Filiale hängen, steht zum Flaschenpfand folgender Absatz:

„Die in den Filialen der E-AG angebotenen standardisierten Pfandflaschen werden zur Erfüllung des Kaufvertrags übereignet. Die Rückübereignung erfolgt an den dafür vorgesehenen Automaten in den Räumlichkeiten der jeweiligen Filiale. Einen Anspruch auf Auszahlung des Pfands hat nur derjenige, der einen gültigen Pfandbon der Filiale vorweisen kann."

Strafprozessuale Zusatzfrage

S hat gegen den ergangenen Strafbefehl erfolgreich Einspruch eingelegt. Daher kommt es zur Hauptverhandlung am Amtsgericht Halle. Da S aufgrund seines politischen Engagements stadtbekannt ist, weckt das Verfahren großes Interesse in der Öffentlichkeit. Richterin R verlegt ihre Verhandlung in das Audimax der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (ca. 500 Plätze, coronabedingt gegenwärtig ca. 80 Plätze). Dennoch mussten 100 Zuschauer abgewiesen werden.

War die Abweisung der 100 Zuschauer zulässig? War die Verlegung in das Audimax zulässig?

Lösungsvorschlag

Strafbarkeit des S

1. Tatkomplex „Pfandautomat"

I. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB (Drücken auf das Display)

S könnte sich wegen eines Computerbetrugs gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf das Display drückte.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Verwenden von Daten

Die im Display angezeigte Auswertung der zustehenden Pfandsumme ist eine codierte Information, die in einer im Wege automatisierbarer Verarbeitung nutzbaren Darstellungsform durch den Pfandautomaten generiert wurde, also sind dies Daten.[1]

Ein Verwenden setzt voraus, dass die Daten in den Datenverarbeitungsvorgang eingebracht werden und das Gerät gemäß dem Willen des Täters gerade diese und keine anderen Daten verwendet.[2] Durch das Drücken auf das Display und den damit verbundenem Willen des S werden die ermittelten Daten in den Datenverarbeitungsvorgang, das Erstellen eines Pfandbons, eingebracht. Damit liegt auch ein Verwenden vor.

* Der Autor *Bergmann* ist Lehrkraft für besondere Aufgaben an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg; der Autor *Francke* Doktorand am dortigen Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht (Prof. *Dr. Christian Schröder*); der Autor *Schwarz* ist an diesem Lehrstuhl Wiss. Mitarbeiter und Doktorand.

[1] Zur Definition *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 14 Rn. 4; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 68. Aufl. 2021, § 263a Rn. 3.

[2] *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263a Rn. 8.

Hinweis: Bei der Bedienung des Pfandautomaten finden zwei Datenverarbeitungsvorgänge statt, ein erster bei dem Hineinschieben der Flaschen und ein zweiter beim Drücken des Displays. Diese Differenzierung ist für die Gesamtprüfung des Computerbetrugs von Relevanz (siehe folgend).

bb) Unbefugte Verwendung

Die Verwendung müsste unbefugt gewesen sein. Die Auslegung dieses Merkmals ist umstritten.

Nach einer subjektivierenden Ansicht soll auf den (mutmaßlichen) Willen des Berechtigten abgestellt werden (der Systembetreiber oder die Person, auf die sich die Daten beziehen).[3] Systembetreiber ist der Betreiber des Supermarktes, also die E-AG. Für die E-AG ist es jedoch nicht von Bedeutung, wer den Bon erhält. Aber K steht der Auszahlungsanspruch gegen die E-AG zu. Daher ist K die Person, auf die sich die Daten beziehen. Sie ist ebenfalls die Berechtigte. Sie hatte lediglich vergessen, den Bon auswerten zu lassen, daher entspricht es nicht ihrem Willen, dass S den Bon an sich nimmt. Die Verwendung ist unbefugt.

Die Anhänger einer computerspezifischen Auslegung verlangen eine irreguläre Einwirkung auf den Datenverarbeitungsprozess. Dazu muss der Täter entweder die Daten manipulieren oder den Automaten mechanisch unzulässig bedienen.[4] S hat den Pfandautomat ordnungsgemäß bedient. Mithin handelte S befugt.

Nach einer weiteren Ansicht muss § 263a StGB betrugsspezifisch interpretiert werden. Demnach zeichnet sich das unbefugte Verwenden von Daten dadurch aus, dass es einen Täuschungswert hat. Insoweit muss es täuschungsäquivalent sein, aber auch eine Irrtumsäquivalenz muss bestehen. Deshalb muss hypothetisch gefragt werden, ob das Verhalten des Täters als Vortäuschung einer Verwendungsbefugnis zu bewerten und auch ein diesbezüglicher Irrtum anzunehmen wäre, wenn der Täter einem Menschen gegenübergestanden hätte.[5] S hätte gegenüber einem Menschen erklärt, dass er Pfandflaschen abgegeben hat und deswegen befugt ist, den Pfandbon entgegenzunehmen. Damit hätte er jemanden über seine Verwendungsbefugnis getäuscht. Folglich entspricht die Handlung einer Täuschungssituation wie beim Betrug (Täuschungsäquivalenz). Dieser Gesichtspunkt ist für den Erklärungsadressaten auch nicht irrelevant, sodass ein Irrtum anzunehmen wäre (Irrtumsäquivalenz). Somit ist die Verwendung unbefugt.

Nach einer einschränkenden Sichtweise der betrugsspezifischen Ansicht sollen für die hypothetische Prüfung im Rahmen der betrugsspezifischen Auslegung auch nur diejenigen Informationen herangezogen werden, die der Automat tatsächlich untersucht.[6] Da es lediglich auf die Bestätigung durch das Drücken auf das Display ankommt, würde auch nur dieser Umstand gegenüber dem Erklärungsadressaten erklärt werden. Dieser ist aber für sich genommen richtig. Somit würde es sich nicht um das Äquivalent einer Täuschung handeln, womit S nach dieser Sichtweise befugt handelte.

Ein Streitentscheid ist erforderlich. Die computerspezifische Auslegung ist zu eng und erfasst nicht die Fälle der alltäglichen Kriminalität, bspw. unberechtigte Nutzung einer EC-Karte beim Bankautomat. Sie verlangt letztlich die Eingabe unrichtiger Daten, das ebnet aber die Unterscheidung zu Var. 2 ein. Die einschränkende Sichtweise der betrugsspezifischen Ansicht stellt auf einen Erklärungsadressaten als Maßfigur ab und ermöglicht dadurch eine Orientierung am Betrug. Indem allerdings diesem Erklärungsadressaten lediglich die Informationen zur Verfügung stehen, über die auch der Computer verfügt, wird letztlich in dieser Maßfigur der Computer und damit die computerspezifische Ansicht abgebildet. Es kommt somit gerade nicht auf eine Täuschungs- und Irrtumsäquivalenz an. Damit gibt diese einschränkende Sichtweise die Orientierung am Betrug letztlich wieder auf, weshalb sie ebenfalls abzulehnen ist. Hingegen ist § 263a StGB aufgrund seiner Stellung im Gesetz als Auffangtatbestand für die Fälle zu verstehen, in denen durch die Anforderungen des modernen Wirtschaftslebens Automaten menschliches Handeln ersetzen.[7] Die Handlung muss daher einer Täuschungssituation beim Betrug (Täuschungs- und Irrtumsäquivalenz) entsprechen. Damit ist der betrugsspezifischen Ansicht zu folgen.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Argumentation gut vertretbar.

cc) Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs

Das Ingangsetzen eines Datenverarbeitungsvorgangs ist mit der h.M. die stärkste Form der Beeinflussung.[8] Indem S das Display drückt, setzt er den Datenverarbeitungsvorgang in Gang und beeinflusst diesen folglich. Parallel zum Betrug muss die Manipulation des Vorgangs unmittelbar eine vermögensrelevante Disposition des Computers (entsprechend einer „Computerverfügung“ als Äquivalent zur Vermögensverfügung beim Betrug) verursachen.[9] Indem S auf das Display drückt, gibt der Pfandautomat einen Pfandbon über 10 € aus und trifft somit eine unmittelbare vermögensrelevante Disposition. Fraglich ist, über welches Vermögen der Pfandautomat verfügt hat. Mittels des Automaten übereignet K die Flaschen an die E-AG zurück und wandelt die Forderung auf

[3] BayObLG JR 1994, 289 (291); vgl. auch *Mitsch*, JZ 1994, 877 (883); *Hilgendorf*, JuS 1997, 130 (132 f.).
[4] OLG Celle NStZ 1989, 367 (368); *Achenbach*, Jura 1991, 225 (227 f.); *Achenbach*, JR 1994, 293 (295); *Neumann*, JuS 1990, 535 (537).
[5] BGHSt 38, 120 (121 f.) = NJW 1992, 445; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 137; *Perron* (Fn. 2), § 263a Rn. 2; *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 263a Rn. 13; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 43. Aufl. 2020, Rn. 613; *Rengier* (Fn. 1), § 14 Rn. 19.
[6] BGHSt 47, 160 (163) = NJW 2002, 905 (906); *Altenhain*, JZ 1997, 752 (758).
[7] *Rengier* (Fn. 1), § 14 Rn. 19.
[8] BGHSt 38, 120 (121) = NJW 1992, 445.
[9] *Fischer* (Fn. 1), § 263a Rn. 20.

Rückzahlung des Pfands in eine verbriefte Forderung (gegenüber der E-AG) in Form einer Inhabermarke (§ 807 BGB) um (Pfandbon). Funktion der Inhabermarke ist es, dass durch deren Vorlage an jeden Besitzer befreiend geleistet werden kann, vgl. AGB. Durch den Ausdruck wird es K nicht mehr möglich sein, die Auszahlung zu verlangen, stattdessen erhält S über den Besitz am Bon einen entsprechenden Anspruch auf Auszahlung. Somit wird über das Vermögen der K verfügt, weshalb eine Dreieckskonstellation vorliegt. Es stellt sich die Frage, ob die entwickelten Grundsätze über den Dreiecksbetrug[10] auf § 263a StGB übertragbar sind. Da § 263a StGB richtigerweise betrugsspezifisch ausgelegt werden muss (siehe oben), müssen auch die Grundsätze zum Dreiecksbetrug übertragbar sein.[11] Indem K die Flaschen in den Automaten eingibt, bedient sie sich des Automaten für die Umwandlung der Forderung wie, weshalb er in Übereinstimmung mit den AGB insoweit auch „berechtigt" ist, die Forderung umzuwandeln und den Pfandbon auszugeben. Damit ist die engste Ansicht erfüllt und ein Streitentscheid nicht notwendig.[12] Mithin liegt eine „Computerverfügung" vor.

> *Hinweis*: Wenn man den Pfandbon nur als formlosen Beleg ansieht, was mit entsprechender Begründung auch vertretbar sein dürfte, dann fehlt es an einer Inhabermarke. Insofern wird dann noch nicht über Vermögen der K verfügt.

dd) Schaden

Ein Schaden entsteht, wenn nach dieser „Computerverfügung" ein negativer Saldo vorliegt.[13] Der Bon wird tatsächlich an S ausgeben. K erhält kein Äquivalent für die Eingabe der Flaschen und die Umwandlung der Forderung. Damit ist K ein Schaden von 10 € entstanden.

b) Subjektiver Tatbestand

S handelte vorsätzlich und mit Absicht rechtswidriger Bereicherung.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantrag

Nach dem niedrigsten vertretenen Schwellenwert liegt die Geringwertigkeitsgrenze bei 25 €, sodass bei vorliegendem Wert (10 €) ein Strafantrag gem. §§ 263a Abs. 2, 263 Abs. 4, 248a StGB nach allen hier zu vertretenen Ansichten erforderlich ist.[14]

4. Ergebnis

S hat sich wegen Computerbetrugs nach § 263a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

> *Hinweis*: S enthält K den Bon vor, insoweit könnte man an eine Urkundenunterdrückung (§ 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB) denken. Allerdings wurde der Bon durch den Automaten auf Anforderung des S angefertigt und an S ausgegeben, sodass K dessen Herausgabe nicht verlangen kann und zu keinem Zeitpunkt ein Beweisführungsrecht seitens K an diesem Papier bestand, ihr dieses somit nie gehörte.[15]

II. § 242 Abs. 1 StGB (Einstecken des Pfandbons)

S könnte sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den Pfandbon einsteckte. Der Pfandbon, eine bewegliche Sache, müsste für S fremd sein. Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum eines anderen steht.[16] Der Pfandbon steht zum Zeitpunkt des Erstellens im Eigentum der E-AG. Diese übereignet den Pfandbon (der im Sinne der AGB als Inhabermarke fungieren soll) im Sinne eines nicht stockenden Geschäftsverkehrs – anders als etwa an einem Geldautomaten – an denjenigen, der das Gerät ordnungsgemäß bedient,[17] also S. Damit hat S Alleineigentum an dem Pfandbon erworben, sodass dieser nicht fremd ist. S hat sich nicht wegen Diebstahls strafbar gemacht.

> *Hinweis*: Wenn (vertretbar) angenommen wird, dass der Pfandbon zum Zeitpunkt der Tathandlung für S noch fremd war, scheidet Diebstahl durch Einstecken des Pfandbons gleichwohl aufgrund fehlender Wegnahme aus. Denn der Gewahrsamswechsel an dem Pfandbon bei ordnungsgemäßer Bedienung des Automaten erfolgte mit dem Willen des Gewahrsamsinhabers, um einen Geschäftsverkehr aufrecht zu erhalten.[18] Ein anderes Ergebnis ist nicht vertretbar. Stattdessen wäre eine Unterschlagung zu bejahen, insbesondere hat sich mit Einstecken des Pfandbons der Zueignungswille des S objektiv eindeutig manifestiert.[19]

III. Ergebnis

S hat sich wegen Computerbetrugs gem. § 263a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

---

[10] Vgl. zum Dreiecksbetrug *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 93 ff.
[11] So im Ergebnis die h.M., siehe hierzu statt vieler *Fischer* (Fn. 1), § 263a Rn. 21 m.w.N.
[12] Ohne genauere Auseinandersetzung lehnt *Haft*, NStZ 1987, 6 (9), die Übertragung der Grundsätze ab.
[13] *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 263 Rn. 206.
[14] Für 25 € BGH BeckRS 2004, 07428; KG StraFo 2010, 212. Für 30 € wohl *Fischer* (Fn. 1), § 248a Rn. 3a. Für 50 € OLG Zweibrücken NStZ 2000, 536; OLG Hamm NJW 2003, 3145.
[15] Zur Definition OLG Düsseldorf NJW 1982, 1231 (1232); *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 50. Ed., Stand: 1.5.2021, § 274 Rn. 4; *Heger* (Fn. 5), § 274 Rn. 2.
[16] *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 13), § 242 Rn. 11.
[17] Vgl. zur dort abweichenden Interessenlage BGH NStZ 2019, 726 (Rn. 8 f.).
[18] BGH NStZ 2018, 604 (605).
[19] Vgl. *Fischer* (Fn. 1), § 246 Rn. 6a.

2. Tatkomplex „Am Regal“

I. § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB (Aufkleben des Etiketts)

Durch das Aufkleben des Rabattetiketts auf die Flasche Scotch könnte S eine echte Urkunde verfälscht haben hinsichtlich des Preisschilds am Regal und der Flasche Scotch. Eine Urkunde ist jede menschliche Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und ihren Aussteller erkennen lässt.[20] Zwar bezieht sich das Preisschild auf die Flasche Scotch. Beide können insoweit als Einheit verstanden werden, die eine menschliche Gedankenerklärung über den Preis des Scotchs enthält. Allerdings zeichnet sich das Preisschild am Regal dadurch aus, dass der Name und der Kaufpreis auf dem Schild stehen. Ein Austausch der Bezugsobjekte ist aber ohne weitere Probleme möglich. Es fehlt also an einer hinreichend festen Verbindung[21] für eine Verkörperung der Gedankenerklärung „Diese Flasche soll 60 € kosten“, sodass keine zusammengesetzte Urkunde vorliegt. Aus diesem Grund fehlt es auch an der Beweiseignung. Das Preisschild ist lediglich ein Kennzeichen, welches den Preis der im Regal stehenden Flasche auszeichnet. Daran scheitert die Strafbarkeit nach § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB.

II. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB (Aufkleben des Etiketts)

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Dazu müsste S eine unechte Urkunde hergestellt haben.

aa) Urkunde

Durch das Aufkleben des Rabattaufklebers müsste eine Urkunde entstanden sein. Das Rabattetikett erklärt, das auf dem mit ihm verbundene Gegenstand ein Rabatt von 50 % gewährt werden soll. Somit liegt eine Gedankenerklärung vor. Die Erklärung ist auf das Etikett gedruckt und dieses wiederum fest mit dem Bezugsobjekt, auf das sich der Erklärungsinhalt bezieht, durch Aufkleben verbunden. Somit liegt diese Erklärungsgesamtheit in verkörperter Form vor, die Gedankenerklärung ist mithin verkörpert. Sie benennt zwar ihren Aussteller nicht ausdrücklich, doch da sich die Flasche in den Verkaufsräumen der E-AG befindet, sind die dort angebotenen Waren und die auf ihnen befindlichen Etiketten der E-AG zuzuordnen. Insoweit ist der Aussteller der Gedankenerklärung hinreichend erkennbar. Durch die Flasche samt Etikett kann man den Verantwortlichen der E-AG nachweisen, dass sie erklärt haben, auf diese Flasche solle ein Rabatt in Höhe von 50 % gewährt werden (zusammengesetzte Urkunde). Dies bezweckt die Gedankenerklärung auch, somit ist sie zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt. Also ist eine Urkunde entstanden.

bb) unecht

Unecht ist eine Urkunde dann, wenn Sie nicht von demjenigen herrührt, der aus ihr als Aussteller (also als der Erklärende) hervorgeht.[22] Die Urkunde lässt die E-AG als Erklärenden erkennen (siehe oben). Unterdessen hat S durch das Aufkleben die verkörperte Erklärung geschaffen, dass auf die Flasche Scotch ein Rabatt in Höhe von 50 % gewährt werden soll, sodass diese Erklärung geistig von ihm herrührt. Somit ist die Urkunde unecht.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

S handelte vorsätzlich.

bb) Täuschungsabsicht

Ferner müsste S Täuschungsabsicht gehabt haben. Zur Täuschung im Rechtsverkehr handelt nach engster Ansicht, wer als Ziel seines Handelns (dolus directus 1. Grades) erreichen will, dass ein anderer die Urkunde für echt hält und durch diese irrige Annahme zu einem rechtlich erheblichen Verhalten (Tun oder Unterlassen) bestimmt wird.[23] S will erreichen, dass der Kassierer X die Urkunde für echt hält und infolgedessen, ihm den entsprechenden Rabatt gewährt. Damit ist es gerade sein Ziel, X zu einem Handeln, der Rabattgewährung, zu bestimmen. Mithin hatte S Täuschungsabsicht.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

S handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

S hat sich gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB wegen Urkundenfälschung strafbar gemacht.

III. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB (Ablösen des Etiketts)

S könnte sich gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB wegen Urkundenunterdrückung strafbar gemacht haben, indem er das Etikett von der Flasche Bourbon ablöste.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Urkunde

Durch das Aufkleben des Rabattaufklebers auf die Flasche Bourbon wurde eine menschliche Gedankenerklärung geschaffen, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und mit der E-AG ihren tatsächlichen Aussteller erkennen lässt (siehe oben). Mithin liegt eine Urkunde vor.

bb) Nicht oder nicht ausschließlich gehören

Die Urkunde müsste S zumindest teilweise nicht gehören. Eine Urkunde gehört, wem das alleinige Beweisführungsrecht zusteht und wer deshalb die Herausgabe oder Vorlage verlangen kann.[24] Das Beweisführungsrecht steht der E-AG zu.

[20] BGHSt 3, 84 f. = NJW 1952, 1104; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 267 Rn. 2.
[21] Dazu ausführlich *Heger* (Fn. 5), § 267 Rn. 8 f.
[22] *Weidemann* (Fn. 15), § 267 Rn. 21.
[23] Hierzu ausführlich *Vormbaum*, GA 2011, 167 ff.
[24] OLG Düsseldorf NJW 1982, 1231 (1232); *Weidemann* (Fn. 15), § 274 Rn. 4; *Heger* (Fn. 5), § 274 Rn. 2.

S hat keinerlei Beweisführungsrecht an der Urkunde. Ihm gehört die Urkunde nicht.

cc) Vernichtung

S könnte die Urkunde vernichtet haben. Dazu müsste er deren Brauchbarkeit zu Beweiszwecken gänzlich aufgehoben haben.[25] Durch das Ablösen des Etiketts von der Flasche Bourbon ist das Bezugsobjekt der Gedankenerklärung nicht mehr ersichtlich. Die vormalige Gedankenerklärung „Auf diese Flasche soll ein Rabatt von 50 % gewährt werden" liegt nicht mehr in nachvollziehbarer und durch das Aufkleben verkörperter Weise vor. Deshalb kann nun auch nicht mehr bewiesen werden, dass diese Flasche für die Hälfte des ausgezeichneten Preises gekauft werden kann. Erklärungsgehalt, Verkörperung und Beweisfunktion werden gänzlich aufgehoben, insoweit liegt keine Urkunde mehr vor. Folglich hat S die Urkunde vernichtet.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

S handelte vorsätzlich.

bb) Nachteilszufügungsabsicht

Ferner müsste S Nachteilszufügungsabsicht gehabt haben. Unter einem Nachteil ist dabei jede Beeinträchtigung fremder Beweisführungsrechte zu verstehen, ohne dass dieser Nachteil vermögensrechtlicher Natur sein müsste.[26] Durch die Vernichtung der Urkunde wird die Beweisführung damit unmöglich. Ein Nachteil liegt vor.

> *Hinweis*: Wird der Nachteilsbegriff hier enger betrachtet im Sinne eines wirtschaftlichen Nachteils, so wird man einen Nachteil ablehnen können, weil sich argumentieren lässt, dass die E-AG kein wirtschaftliches Interesse daran hat, den Bourbon ermäßigt zu verkaufen.

Nachteilszufügungsabsicht beinhaltet darüber hinaus das Bewusstsein des Täters, dass der Nachteil die notwendige Konsequenz seines Handelns darstellt.[27] Dabei genügt Wissentlichkeit (dolus directus 2. Grades).[28] Für das Rechtsgut von § 274 StGB, Sicherung der Beweiserbringung im Rechtsverkehr,[29] ist es gerade nicht erforderlich, dass der Täter absichtlich handelt. S war sich bewusst, dass durch sein Handeln die Beweisführung mit der Urkunde unmöglich wird und somit notwendige Konsequenz seines Handelns darstellt. Er handelte mit Nachteilszufügungsabsicht.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Zwischenergebnis

S hat sich gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB wegen Urkundenunterdrückung strafbar gemacht.

IV. Ergebnis

S hat sich gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB wegen Urkundenunterdrückung und wegen Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 Var. 1 StGB) strafbar gemacht. § 274 Abs. 1 StGB ist gegenüber § 267 Abs. 1 StGB subsidiär.[30]

3. Tatkomplex „An der Kasse"

I. § 263 Abs. 1 StGB (Vorlage der Flasche)

S könnte sich wegen eines Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB durch Vorlegen der Flasche gegenüber X und zu Lasten der E-AG strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Täuschung

Durch das Vorlegen der Flasche mit Preisreduzierung erklärte S schlüssig, dass der Whisky reduziert sei. Damit wirkte er auf das Vorstellungsbild des X ein und täuschte ihn folglich. Dies war ihm auch bewusst, sodass es auf den Streit, ob schon objektiv für eine Täuschung ein Täuschungsbewusstsein erforderlich ist,[31] hier nicht ankommt.

bb) Irrtum

Indem X davon ausging, dass der Whisky reduziert war, wich seine Vorstellung von der Wirklichkeit ab. Somit lag ein Irrtum vor.

cc) Vermögensverfügung

Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. X gewährt einen Preisnachlass von insgesamt 30 €, womit er nur 50 % des Verkaufspreises von S verlangte. X verfügte über das Vermögen der E-AG, wozu er aber auch nach engster Ansicht berechtigt war, vgl. § 56 HGB (Problem des Dreiecksbetrugs).[32] Somit wird das Vermögen der E-AG unmittelbar durch den Preisnachlass von 50% gemindert. Mithin liegt eine Vermögensverfügung durch X zu Lasten der E-AG vor.

dd) Schaden

S schuldet der E-AG nun nur noch 30 €, obwohl die Flasche 60 € wert war. Damit hat die E-AG einen Schaden i.H.v. 30 € erlitten.

[25] *Heine/Schuster* (Fn. 20), § 274 Rn. 7.
[26] *Weidemann* (Fn. 15), § 274 Rn. 11; vgl. auch BGHSt 29, 192 (196).
[27] *Weidemann* (Fn. 15), § 274 Rn. 11.
[28] Zur ganz h.M. siehe *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 36 Rn. 12.
[29] *Heine/Schuster* (Fn. 20), § 274 Rn. 1.
[30] *Wittig*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 13), § 274 Rn. 24.
[31] Vgl. hierzu *Satzger* (Fn. 13), § 263 Rn. 32 m.w.N.
[32] *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 358 ff.; vgl. OLG Stuttgart NStZ-RR 2013, 174 f.

b) Subjektiver Tatbestand

S handelte mit Vorsatz und der Absicht rechtswidriger Bereicherung.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

S handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantrag

Nach zutreffender Sichtweise liegt die Geringwertigkeitsgrenze bei 25 €, sodass bei 30 € ein Strafantrag gem. §§ 263 Abs. 4, 248a StGB nicht erforderlich ist.[33]

4. Ergebnis

S hat sich wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB (Vorlage der Flasche)

S hat sich auch wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht, indem er die vorher hergestellte zusammengesetzte Urkunde (Scotch mit Rabattetikett) dem Kassierer zugänglich machte und somit gebrauchte.

III. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber X und zu Lasten der K (Einlösen des Pfandbons)

Für einen Betrug müsste S den X getäuscht haben. Ein Pfandbon ist Beleg dafür, dass ein Anspruch auf Auszahlung eines Pfands tatsächlich besteht.[34] Ein Anspruch gegen die E-AG kam bereits durch das Einschieben der Flaschen durch K zustande, die den Pfandbon nicht anforderte. Der Anspruch ist damit tatsächlich entstanden. Darüber hinaus enthält der Pfandbon keine Erklärung, ob der Besitzer rechtmäßig in den Besitz des Pfandbons gekommen ist. Der Pfandbon ist lediglich eine Inhabermarke, sodass gegen Vorlage an jeden Besitzer befreiend geleistet werden kann. Dies sehen auch die AGB der E-AG so vor. Trotz der rechtswidrigen Erlangung täuscht S nicht darüber, dass ein Auszahlungsanspruch tatsächlich besteht. Mithin liegt keine Täuschung vor.

Hinweis: Im Übrigen entsteht für K durch das Einlösen kein Schaden, da sie die Forderung bereits durch Umwandeln beim Drucken und Ausgeben des Bons an S verloren hat. Das ist die Konsequenz der Inhabermarke. Sofern der Pfandbon als formloser Beleg eingeordnet wurde (siehe oben beim Drücken auf das Display [1. TK I. 1. a) cc)]), würde es an einem tatsächlichen Auszahlungsanspruch fehlen. Dieser stünde K zu. Insoweit läge eine Täuschung vor, die auch zu einem Irrtum führen würde. X würde mangels Näheverhältnis nach allen Ansichten nicht zurechenbar über Vermögen der K verfügen, sodass ein Betrugstatbestand gegenüber der X und zu Lasten der K scheitern würde.

Hinweis: Wurde in dem Einstecken des Pfandbons eine Unterschlagung gesehen, kommt es durch das Einlösen des Pfandbons strenggenommen zu einer wiederholten Zueignung. Nach zutreffender h.M. ist eine solche tatbestandlich ausgeschlossen.[35] Deshalb ist das Einlösen keine Unterschlagung und muss deshalb auch gar nicht angesprochen werden.

IV. Ergebnis

S plante die von ihm im 2. TK hergestellte unechte Urkunde später zu gebrauchen, sodass § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB (im 2. TK) und § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB (im 3. TK) als eine Tat zu werten sind (in diesem Fall ein zweiaktiges Delikt).[36] Der Schwerpunkt würde unzulässig auf die Verwertungshandlung verschoben, würde man das Herstellen lediglich als mitbestrafte Vorbereitungstat ansehen.[37] § 263 Abs. 1 StGB steht dazu in Tateinheit (§ 52 StGB).

Strafbarkeit der F

I. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB (Leertrinken der Flasche)

F könnte sich gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie Scotch trank.

Hinweis: Für S ist die Hehlerei tatbestandlos („ein anderer“).

1. Tatbestand

Dazu müsste sie sich oder einem Dritten eine Sache verschafft haben.

a) Taugliches Tatobjekt und taugliche Vortat

Die Flasche, eine Sache, hat S durch die Verwirklichung der §§ 267 Abs. 1, 263 Abs. 1 StGB erlangt, also ein anderer durch eine rechtswidrige Tat. § 263 Abs. 1 StGB ist zudem eine Tat, die sich gegen fremdes Vermögen richtet, also nach der engsten Ansicht eine taugliche Vortat.[38]

b) Sichverschaffen

Der Täter verschafft sich die Sache, wenn er die tatsächliche Verfügungsgewalt durch deren Übertragung erlangt.[39] Dies setzt ein einvernehmliches Zusammenwirken mit dem Vortäter voraus.[40]

S und F haben beim Genuss der Flasche einvernehmlich zusammengewirkt. S hatte F auf die Flasche Scotch eingeladen. Fraglich ist, ob F durch den Konsum der Flasche Scotch

[33] Vgl. *Fischer* (Fn. 1), § 248a Rn. 3a.
[34] So auch *Hellmann*, JuS 2001, 353 (356).
[35] Siehe statt vieler *Dittrich/Pintaske*, ZJS 2011, 157 (162).
[36] Siehe statt vieler *Fischer* (Fn. 1), § 267 Rn. 58.
[37] So aber *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 267 Rn. 114.
[38] *Sippel*, NStZ 1985, 348 (349); vgl. *Ruhmannseder*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 15), § 259 Rn. 9.
[39] *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 259 Rn. 17.
[40] *Ruhmannseder* (Fn. 38), § 259 Rn. 17; a.A. *Wagner*, ZJS 2010, 17 ff. m.w.N.

gemeinsam mit S bereits die tatsächliche Verfügungsmacht über die Sache erlangt hat.

Eine Ansicht bejaht beim Mitverzehr die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsmacht.[41] Demnach hätte S sich die Sache verschafft. Die Gegenansicht sieht in einem Mitverzehr noch nicht das das Erlangen der tatsächlichen Verfügungsgewalt.[42]

Für die erste Ansicht spricht, dass derjenige, der die Sache gemeinsam mit dem Vortäter verzehrt, für einen – wenn auch kurzen – Zeitraum vor dem Verzehr die Verfügungsmacht über die Sache erlangt.[43] Es kann daher in der strafrechtlichen Bewertung keinen Unterscheid machen, ob der Mitverzehrer die Sachen sofort verzehrt oder sie erst mit nach Hause nimmt.[44] Für § 259 StGB kann insofern nichts anderes gelten als für die Zueignungsdelikte §§ 242, 246 StGB, bei denen eine kurzzeitige Begründung der Verfügungsgewalt ebenfalls ausreichend ist.[45]

Dagegen spricht jedoch, dass der Vortäter beim bloßen Mitverzehr seine Verfügungsgewalt noch nicht vollständig aufgibt.[46] Er kann noch jederzeit in den Ablauf eingreifen und den Mitverzehr wieder untersagen. Der Scotch kann auch nicht unabhängig vom Willen des Vortäters weiterveräußert werden, sodass gerade kein vom Vortäter unabhängiges Verhalten möglich ist und der Mitverzehrer nicht wie ein Eigentümer mit der Sache verfahren kann,[47] sodass ein Vergleich mit §§ 242, 246 StGB nicht zielführend ist.

Folglich hat sich F die Sache nicht verschafft.

2. Ergebnis

F hat sich nicht gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

> *Hinweis*: Eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche war hier zwar nicht zu prüfen, doch seit der Rechtsänderung mit Inkrafttreten zum 18.3.2021 in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1673[48] erfasst dieser Tatbestand jegliche aus rechtswidrigen Taten herrührende Vermögensgegenstände, sodass auch die Flasche Scotch darunterfällt. Als Tathandlung kommt hier ein Verwenden gem. § 261 Abs. 1 Nr. 4 StGB in Betracht, zumal die F um die Herkunft weiß. Ein Sich-Verschaffen kann man mit der ganz h.M., die dieses Merkmal ebenso wie in § 259 StGB auslegt,[49] aus den gleichen Gründen wie oben ablehnen.

II. § 257 Abs. 1 StGB (Leertrinken der Flasche)

F könnte sich durch dieselbe Handlung wegen Begünstigung gem. § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

> *Hinweis*: Eine Selbstbegünstigung für S ist tatbestandslos („ein anderer“).

1. Tatbestand

Dazu müsste F S Hilfe geleistet haben, S die Vorteile aus einer Tat zu sichern. Eine rechtswidrige Tat liegt vor (siehe oben). Ein Vorteil ist jede Verbesserung der rechtlichen, wirtschaftlichen oder tatsächlichen Lage des Vortäters, die im Widerspruch zu den Rechten des Vortatopfers steht.[50] Durch das Erlangen der Flasche Scotch hat S einen rechtlichen wie auch wirtschaftlichen Vorteil erlangt. Diese Erlangung steht im Widerspruch zu den Rechten des Vortatopfers, der E-AG.

Hilfeleistung ist eine Handlung, die objektiv geeignet ist, den Vortäter im Hinblick auf die Vorteilssicherung besser zu stellen und subjektiv mit dieser Tendenz vorgenommen wird.[51] Ob der Mitverzehr eine objektiv geeignete Hilfeleistungshandlung ist, ist fraglich. Durch den Konsum wird der dem S entstandene Vorteil gehen jegliche Entziehung durch die E-AG verhindert. Die E-AG kann die Sache anschließend nicht wieder zurückerlangen. Dennoch wird durch den Konsum und die damit verbundene Entziehung keine Handlung vorgenommen, die die Vorteile dem Vortäter erhält. Damit wird der Vorteil der Tat nicht gesichert.[52] Folglich liegt keine taugliche Hilfeleistung vor.

2. Ergebnis

F hat sich nicht gem. § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. § 246 Abs. 1 StGB (Leertrinken der Flasche)

Eine Strafbarkeit der F gem. § 246 Abs. 1 StGB wegen Leertrinkens der Flasche kann mit Hinweis darauf abgelehnt werden, dass S einverstanden war. Dies kann man entweder als konkludente Übereignung werten, sodass das konsumierte Getränk dann nicht fremd war, oder aber jedenfalls die durch das Trinken erfolgte Zueignung als nicht rechtswidrig ansehen.

> *Hinweis*: Die Flasche Scotch hatte S im Supermarkt durch den Kassierer übereignet bekommen. Dieses Verfügungs-

[41] *Hecker* (Fn. 39), § 259 Rn. 22; *Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Bd. 3, 5. Auf. 2017, § 259 Rn. 33; *Roth*, JA 1988, 203.

[42] BGH NStZ 1992, 36; BGH BeckRS 1998, 04578; *Maier*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 259 Rn. 90 ff.; *Fischer* (Fn. 1), § 259 Rn. 12.

[43] *Hecker* (Fn. 39), § 259 Rn. 22; *Altenhain* (Fn. 41), § 259 Rn. 33.

[44] *Hecker* (Fn. 39), § 259 Rn. 22.

[45] *Hecker* (Fn. 39), § 259 Rn. 22; *Altenhain* (Fn. 41), § 259 Rn. 33.

[46] *Maier* (Fn. 42), § 259 Rn. 91.

[47] *Maier* (Fn. 42), § 259 Rn. 91.

[48] Dazu ausführlich *Bergmann/Pfaff*, in: Schröder/Bergmann/Pfaff (Hrsg.), Lösungsvorschläge für das Geldwäschestrafrecht, 2020, 9 (16 ff.).

[49] BGHSt 50, 347 (352); BT-Drs. 12/989, 27; *Hecker* (Fn. 39), § 261 Rn. 18; *Werner*, in: Bergmann (Hrsg.), Geldwäsche, 2019, 111 (116).

[50] BGHSt 57, 56 (60) = NJW 2012, 1463 (1464); *Ruhmannseder* (Fn. 38), § 257 Rn. 12.

[51] BGHSt 4, 221 (224 f.) = NJW 1953, 1194 f.; *Fischer* (Fn. 1), § 257 Rn. 7; *Hecker* (Fn. 39), § 257 Rn. 11.

[52] Vgl. zu Meinungsstand und Argumentation *Altenhain* (Fn. 41), § 257 Rn. 24 m.w.N.

geschäft ist möglicherweise wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB anfechtbar. Bezüglich der Fremdheit kommt es jedoch nur auf den Zeitpunkt der Tat an, sodass eine mögliche spätere Anfechtung trotz Nichtigkeit ex tunc (§ 142 Abs. 1 BGB) für deren Beurteilung irrelevant ist.[53] Daran scheitert bereits eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung seitens S.

IV. Ergebnis

F ist straflos.

Gesamtergebnis und Gesamtkonkurrenzen

S hat sich wegen Computerbetrugs (§ 263a Abs. 1 StGB) strafbar gemacht. In Tatmehrheit (§ 53 StGB) dazu steht die Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 Var. 3 StGB) in Tateinheit mit der Strafbarkeit wegen Betrugs (§ 263 Abs. 1 StGB).

F hat sich nicht strafbar gemacht.

Strafprozessuale Zusatzfrage

Indem 100 Zuhörer abgewiesen wurden, könnte ein Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz vorliegen, vgl. § 169 Abs. 1 S. 1 GVG. Der Grundsatz soll die Kontrolle der Judikative ermöglichen. Er verlangt, dass jeder die Möglichkeit haben muss, an Verhandlungen der Gerichte als Zuhörer teilzunehmen. Nichtsdestotrotz muss die Durchführung der Verhandlung noch möglich sein, was bei der Überschreitung der Raumkapazitäten verneint werden muss.[54] Damit durften die überzähligen Zuschauer abgewiesen werden.

Fraglich ist, ob die Verhandlung überhaupt in das Audimax verlegt werden durfte. Grundsätzlich ist eine Verlegung im Sinne des Öffentlichkeitsgrundsatzes legitim und auch förderlich. Jedoch findet sich dort eine Grenze, wo der Angeklagte zum reinen Schauobjekt degradiert wird. Denn dies läuft seiner Menschenwürde und auch dem Telos des § 169 Abs. 1 S. 2 GVG zuwider.[55] Zwar ist S stadtbekannt, was eine gerechtfertigte Verlegung nahelegt. Jedoch ist dies der falsche Ansatzpunkt. Für das öffentliche Interesse kommt es nicht auf die Person, sondern auf die Tat selbst an. Dies zeigen die Einstellung nach § 153 Abs. 1 S. 1 StPO sowie das Strafantragserfordernis nach § 248a StGB. S hat eine schlichte Urkundenfälschung samt Betrug begangen. Dies sind alltägliche Delikte, nicht vergleichbar mit einem etwaigen Terroranschlag. Daher ist von keinem erhöhten Interesse an der Tat selbst auszugehen. Vielmehr soll S lediglich vorgeführt und zum Schauobjekt degradiert werden. Dieser Standpunkt wird durch den ursprünglichen Strafbefehl erhärtet. Hätte S keinen Einspruch eingelegt, wäre es auch nicht zur öffentlichen Verhandlung gekommen. Einer solchen bedurfte es also gerade nicht. Auch die Staatsanwaltschaft kam zu dieser Einschätzung, vgl. § 407 Abs. 1 S. 2 StPO. Mithin ist die Verlegung nicht rechtmäßig.

[53] *Hohmann*, in: Erb/Schäfer (Fn. 42), § 246 Rn. 9; *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 15), § 242 Rn. 6.
[54] BGHSt 28, 341 (343) = NJW 1979, 2622; BGHSt 21, 72 (73) = NJW 1966, 1570 (1571).
[55] Vgl. zum Ganzen *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 64. Aufl. 2021, GVG § 169 Rn. 5.

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Kein Widerrufsrecht des Leasingnehmers bei Kilometerleasingverträgen

1. Ein Leasingvertrag mit Kilometerabrechnung erfüllt nicht die von § 506 II BGB [in der auch heute noch geltenden Fassung 29.7.2009] erforderlichen Voraussetzungen an eine sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe bei Nutzungsverträgen.
2. Die Vorschrift des § 506 II BGB trifft eine abschließende Regelung dazu, bei welchen Fallgestaltungen sonstige entgeltliche Finanzierungshilfen im Sinne des § 506 I BGB (hier in der Fassung vom 20.9.2013) im Bereich von Nutzungsverträgen anzunehmen sind. Eine ergänzende Heranziehung des § 506 I BGB (hier in der Fassung vom 20.9. 2013) auf von § 506 II BGB nicht erfasste Leasingverträge (insbesondere Leasingverträge mit Kilometerabrechnung) verbietet sich.
3. § 506 II 1 Nr. 3 BGB [in der auch heute noch geltenden Fassung 29.7.2009] ist nicht analog auf Leasingverträge mit Kilometerabrechnung anzuwenden.
4. Ein Widerrufsrecht des Leasingnehmers nach § 495, § 355 BGB besteht demnach bei solchen Leasingverträgen nicht.
(Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 355, 495, 506

BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20[1]

I. Einleitung

In seiner Entscheidung vom 24.2.2021 hatte der BGH sich mit der seit einiger Zeit umstrittenen Frage auseinanderzusetzen, ob sog. Kilometerleasingverträge nach der seit dem 11.6. 2010 geltenden Rechtslage gem. §§ 506, 495 BGB widerruflich sind.

Unter Kilometerleasingverträgen versteht man Fälle, in denen der Leasingnehmer gegen Zahlung der Leasingrate zur Nutzung des Leasingfahrzeugs für eine bestimmte Zeit und bis zu einer kilometermäßig bestimmten Laufleistung berechtigt ist.[2] Legt der Leasingnehmer in der vereinbarten Zeit mehr Kilometer zurück als vereinbart, muss er grundsätzlich pro Kilometer einen bestimmten Ausgleich zahlen – ebenso, wenn das Fahrzeug sich in einem schlechteren Zustand befindet, als dies vertraglich vereinbart wurde. Hält er sich allerdings im Rahmen der vereinbarten Laufleistung und gibt das Fahrzeug zum vereinbarten Zeitpunkt in einem der Vereinbarung entsprechenden Zustand ab, bestehen keine über die Leasingzahlungen hinausgehenden Kosten.

II. Problemaufriss

Bis zur Umsetzung der Verbraucherkredit-RL[3] fielen die Kilometerleasingverträge nach ständiger Rechtsprechung des BGH unter den Begriff „sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe" i.S.d. § 1 Abs. 2 VerbrKG[4] bzw. § 499 Abs. 1 BGB a.F.[5] Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkredit-RL[6] wurde die Regelung zum Widerrufsrecht bei Zahlungsaufschüben und sonstigen Finanzierungshilfen aus dem vormaligen § 499 BGB neu gefasst und in § 506 BGB geregelt. In diesem Zusammenhang wurde die Regelung in § 499 Abs. 2 BGB a.F., die explizit das Finanzierungsleasing erwähnte, gestrichen und stattdessen der § 506 Abs. 2 BGB in seiner heutigen Fassung eingeführt.

Während § 506 Abs. 1 BGB dem Verbraucher bei entgeltlichen Zahlungsaufschüben und sonstigen entgeltlichen Finanzierungshilfen weiterhin grundsätzlich ein Widerrufsrecht nach § 495 BGB zugesteht, lautet § 506 Abs. 2 S. 1 BGB wie folgt:

> „Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher über die entgeltliche Nutzung eines Gegenstandes gelten als entgeltliche Finanzierungshilfe, wenn vereinbart ist, dass
> 1. der Verbraucher zum Erwerb des Gegenstandes verpflichtet ist,
> 2. der Unternehmer vom Verbraucher den Erwerb des Gegenstandes verlangen kann oder
> 3. der Verbraucher bei Beendigung des Vertrags für einen bestimmten Wert des Gegenstandes einzustehen hat."

Die Fälle der Erwerbspflicht nach Nr. 1 und Nr. 2 entsprechen den Bestimmungen in der Verbraucherkredit-RL.[7] Die Nr. 3 hat der deutsche Gesetzgeber hinzugefügt, weil man der Auffassung war, dass die Verpflichtung des Verbrauchers für einen bestimmten Wert einzustehen wertungsmäßig den Fällen einer Erwerbspflicht gleichsteht.[8]

Relativ unstreitig erfüllt das Kilometerleasing nicht die Voraussetzungen der in § 506 Abs. 2 S. 1 BGB genannten

[1] Die Entscheidung ist abrufbar unter http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=115612&pos=0&anz=1 (24.8.2021).
[2] *Ball*, in: Festschrift für Klaus Tolksdorf zum 65. Geburtstag, 2014, S. 3.
[3] RL 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der RL 87/102/EWG des Rates.
[4] BGH NJW 1996, 2033.
[5] *Schürnbrand*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 499 Rn. 1 f.
[6] Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht, BGBl. I 2009, S. 2355.
[7] Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. d, wonach die Richtlinie nicht für Miet- oder Leasingverträge gelten soll, bei denen weder in dem Vertrag selbst noch in einem gesonderten Vertrag eine Verpflichtung zum Erwerb des Miet- bzw. Leasinggegenstands vorgesehen ist, wobei von einer solchen Verpflichtung auch auszugehen ist, wenn der Kreditgeber darüber einseitig entscheidet.
[8] BT-Drs. 6/11643, S. 92.

Fälle.[9] Weder besteht eine Erwerbspflicht noch hat der Verbraucher bei Beendigung des Vertrags für einen bestimmten Wert einzustehen. Vielmehr schuldet er nur eine Rückgabe in bestimmtem Zustand.

Gleichwohl wurde in der Literatur und unterinstanzlichen Rechtsprechung teilweise für eine Widerruflichlichkeit von Kilometerleasingverträgen nach §§ 506, 495 BGB plädiert.[10] Ausgangspunkt war dabei die Überlegung, dass sich der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zur Umsetzung der Verbraucherkredit-RL nicht zum Kilometerleasing geäußert hat und man davon ausging, dass die Abschaffung des Widerrufsrechts für diese praktisch besonders relevanten Fälle des Leasings wohl nicht ohne nähere Ausführungen gewollt gewesen sein können.[11] Zur dogmatischen Begründung eines Widerrufsrechts bei Kilometerleasingverträgen wurden dabei zwei Wege aufgezeigt.

Einerseits wurde argumentiert, dass § 506 Abs. 2 S. 1 BGB nur eine Ergänzung des Begriffs „sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe" in § 506 Abs. 1 BGB enthalte, die wegen der Vorgaben der Verbraucherkredit-RL erforderlich gewesen sei.[12] Demnach soll der Begriff „sonstige entgeltlich Finanzierungshilfe" weiterhin durch Substanzverzehr und Vollamortisation gekennzeichnet sein.[13] Da aber, so die Vertreter dieser Auffassung, in den von der Richtlinie genannten Fällen der Erwerbspflicht Substanzverzehr und Vollamortisation nicht zwingend gegeben sein müssen, habe der Gesetzgeber sich wegen der Umsetzungspflicht entschieden, diese Fälle immer der „sonstigen entgeltlichen Finanzierungshilfe" i.S.d. Abs. 1 gleichzustellen. Demnach handelt es sich bei § 506 Abs. 2 S. 1 BGB letztlich um eine gesetzliche Fiktion.[14] Damit käme eine „sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe" auch in Fällen in Betracht, in denen zwar nicht die Voraussetzungen von § 506 Abs. 2 S. 1 BGB, aber die Voraussetzungen des Substanzverzehrs und der Vollamortisation erfüllt sind. Dies, so die teilweise vertretene Ansicht, sei bei Kilometerleasingverträgen der Fall.[15] Einerseits zeichne sich das Kilometerleasing durch Substanzverzehr aus, zum anderen sei auch die Vollamortisation gewährleistet, weil der Verbraucher wegen der Vertragsbedingungen in der Regel für die von ihm zurückgelegten Kilometer eine Amortisation in Form der Leasingraten bewirke und der Leasinggeber den Rest der Kosten über die Veräußerung des Leasinggegenstands nach Vertragsbeendigung realisieren kann.

Nach einer anderen Auffassung, die in diesem Zusammenhang vertreten wird, handele es sich bei § 506 Abs. 2 S. 1 BGB zwar um eine abschließende Bestimmung des Begriffs der „sonstigen entgeltlichen Finanzierungshilfe" i.S.d. § 506 Abs. 1, der Gesetzgeber sei aber fälschlicher Weise davon ausgegangen, dass für das Kilometerleasing gleichwohl auch weiterhin ein Widerrufsrecht nach §§ 506, 495 BGB bestünde.[16] Da dies jedoch tatsächlich nicht der Fall sei, läge eine planwidrige Regelungslücke vor, die in Form einer entsprechenden Analogie zu beheben wäre.[17] Da die Gefährdungslage des Verbrauchers auch beim Kilometerleasing mit den Fällen der Erwerbspflicht vergleichbar sei, wäre dem Leasingnehmer auch bei Kilometerleasingverträgen ein Widerrufsrecht zuzusprechen. Diese Auffassung wäre wohl – wenn sich die Dinge anders entwickelt hätten – in die höchstrichterliche Rechtsprechung eingegangen. Einer der prominentesten Vertreter dieser Auffassung ist *Wolfgang Ball*, der in der Zeit vom August 2006 bis Ende Januar 2014 Vorsitzender Richter des *VIII. Zivilsenats* am BGH war. Dass der BGH nicht bereits zu dieser Zeit über die Frage entscheiden konnte, war letztlich nur dem Zufall geschuldet – im Jahr 2012 sind sogar zwei Verfahren mit entsprechender Thematik bis zum BGH gelangt.[18] Nur eine Rücknahme und ein Anerkenntnis verhinderten, dass der BGH zu dieser Zeit in der Sache entschied.[19]

III. Die Entscheidung des BGH

Die nunmehr ergangene Entscheidung des *VIII. Zivilsenats* – freilich in anderer Besetzung – erteilt den beiden soeben dargestellten Auffassungen eine Absage und schließt sich der wohl überwiegend im Schrifttum und der Rechtsprechung vertretenen Auffassung an, wonach § 506 Abs. 2 S. 1 BGB nicht nur eine abschließende Regelung der „sonstigen entgeltlichen Finanzierungshilfe" enthält, sondern auch eine analoge Anwendung der Vorschrift auf Kilometerleasingverträge nicht in Betracht kommt, sodass ein Widerrufsrecht des Verbrauchers in diesen Fällen nicht besteht.

Dem Urteil lag folgender Fall zugrunde: Im Jahr 2015 schloss der Kläger als Verbraucher einen Leasingvertrag mit der Beklagten über ein Neufahrzeug im Wert von 44.000 €. Nach dem Leasingvertrag sollte der Kläger neben einer Leasingsonderzahlung i.H.v. 9.961 € weitere 48 monatliche Leasingraten à 200 € zahlen, dafür durfte er das Fahrzeug über vier Jahre nutzen, wobei eine maximale Laufleistung von 60.000 km vereinbart wurde. Zudem enthielt der Vertrag eine Klausel bezüglich eines Ausgleichs für Mehr- und Minderkilometer sowie eine Klausel über einen Minderwertausgleich. Eine Erwerbsverpflichtung des Klägers enthielt der Vertrag ebenso wenig wie eine Restwertgarantie. Es lag also ein klassischer Kilometerleasingvertrag vor, sodass – nachdem der Kläger im Jahr 2018 den Widerruf erklärte und die Leasingraten sowie die Leasingsonderzahlung zurückverlangte – die Frage nach dem Widerrufsrecht bei Kilometerleasingverträgen virulent wurde. Da der Leasinggeber im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss auch Widerrufsinformationen erteilt hat, stellte sich zudem die Frage, ob – wenn kein gesetzliches Widerrufsrecht nach §§ 506, 495 BGB bestand – wegen der

[9] Vgl. BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 24.
[10] So etwa *Ball* (Fn. 2), S. 3; OLG Düsseldorf DAR 2012, 700; LG Bielefeld DAR 2012, 468.
[11] OLG Düsseldorf DAR 2012, 700.
[12] *Bülow*, in: Bülow/Artz, Kommentar zum Verbraucherkreditrecht, 10 Aufl. 2019, BGB § 506 Rn. 81.
[13] *Bülow* (Fn. 12), § 506 Rn. 81.
[14] *Bülow* (Fn. 12), § 506 Rn. 81.
[15] *Ball* (Fn. 2), S. 3.
[16] *Ball* (Fn. 2), S. 3 (8); OLG Düsseldorf DAR 2012, 700; LG Bielefeld DAR 2012, 468.
[17] *Ball* (Fn. 2), S. 3 (8); OLG Düsseldorf DAR 2012, 700; LG Bielefeld DAR 2012, 468.
[18] BGH, VIII ZR 332/12 und BGH, VIII ZR 333/12.
[19] *Ball* (Fn. 2), S. 5.

Belehrung ggf. ein vertragliches Widerrufsrecht begründet war.

Der BGH verneinte beides und stimmte damit der Entscheidung der Vorinstanz zu. Ein gesetzliches Widerrufsrecht lasse sich nach Auffassung des BGH mit Blick auf das Kilometerleasing zunächst nicht dadurch herleiten, dass man annimmt, beim Kilometerleasing handele es sich um eine „außerhalb des § 506 Abs. 2 S. 1 BGB anzusiedelnde Finanzierungshilfe". Denn ein Rückgriff auf § 506 Abs. 1 BGB für die Bestimmung der Finanzierungshilfe verbiete sich wegen des Wortlauts des § 506 Abs. 2 BGB, der Gesetzessystematik, die an der Systematik der Verbraucherkredit-RL anknüpfe, sowie wegen der Gesetzesbegründung.[20]

Der BGH argumentiert, dass der deutsche Gesetzgeber sich bei der Neufassung der Vorschriften zu den sonstigen Finanzierungshilfen nicht an der alten deutschen Gesetzeslage orientiert habe, sondern an der Verbraucherkredit-RL.[21] Die Regelung in § 506 Abs. 2 S. 1 BGB soll die in der Richtlinie vorgesehene Unterscheidung zwischen Finanzierungshilfen und bloßen entgeltlichen Gebrauchsüberlassungsverträgen übernehmen. Einfache entgeltliche Gebrauchsüberlassungsverträge werden nicht von der Richtlinie erfasst und sollen es auch im Rahmen der deutschen Regelung nicht sein. Da in der Verbraucherkredit-RL lediglich Leasingverträge mit Erwerbspflichten als sonstige ähnliche Finanzierungshilfen genannt sind, habe der deutsche Gesetzgeber die sonstige Finanzierungshilfe i.S.d. § 506 Abs. 1 BGB ebenfalls auf diese Fälle beschränken wollen.[22] Dies ergibt sich nach Auffassung des BGH auch daraus, dass der Gesetzgeber den Begriff „Finanzierungsleasing", der zuvor in § 499 Abs. 2 BGB a.F. enthalten war, im Rahmen der Umsetzung der Verbraucherkredit-RL bewusst aus dem Gesetz gestrichen hat, woraus sich schließen lasse, dass der Gesetzgeber nicht mehr für alle Fälle des Finanzierungsleasings einen Schutz des Verbrauchers gewähren wollte, sondern nur für die in der Richtlinie erwähnten Konstellationen.[23] Lediglich mit Blick auf die in § 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB genannten Fälle der Restwertgarantie habe der Gesetzgeber eine – europarechtlich zulässige – Erweiterung des Begriffs vorgesehen, da diese Fälle seiner Auffassung nach interessenmäßig mit denjenigen der Erwerbspflicht vergleichbar seien. Schon der Ergänzung der Richtlinienvorgabe um die Fälle der Restwertgarantie lasse sich nach Ansicht des BGH entnehmen, dass es sich bei § 506 Abs. 2 S. 1 BGB um eine enumerative Aufzählung der Fälle der sonstigen Finanzierungshilfe handele.[24] Denn andernfalls wäre eine weitere Ergänzung der Regelung in § 506 Abs. 2 S. 1 BGB nicht notwendig gewesen. Dass es sich bei § 506 Abs. 2 S. 1 BGB um eine abschließende Regelung handelt, wird nach Auffassung des BGH auch durch die Gesamtschau der Gesetzesmaterialien zur Umsetzung der Verbraucherkredit-RL deutlich.[25] Es ergebe sich schließlich auch aus der Formulierung des § 506 Abs. 2 S. 1 BGB. Denn hätte der Gesetzgeber die Regelung nicht als abschließende Regelung verstanden wissen wollen, hätte er die sonst übliche Formulierung „insbesondere" oder eine Ähnliche genutzt, um dies darzustellen.[26]

Soweit mitunter die Auffassung vertreten werde, dass § 506 Abs. 2 S. 1 BGB Fälle erfasse, die nicht zwingend Kreditqualität hätten, aber so behandelt werden sollen, basiere diese auf der nach Ansicht des BGH falschen Annahme, dass die sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe i.S.d. § 506 Abs. 1 BGB nicht alle Fälle der „sonstigen ähnlichen Finanzierungshilfe" i.S.d. Verbraucherkredit-RL erfasse und deshalb eine ergänzende Regelung notwendig war – dabei seien, so der BGH, kaum Fälle vorstellbar, in denen zwar § 506 Abs. 1 erfüllt ist, nicht jedoch auch § 506 Abs. 2 S. 1 BGB.[27]

Auch der Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 506 Abs. 2 S. 1 BGB in Fällen des Kilometerleasings erteilt der *VIII. Zivilsenat* eine klare Absage. Weder liege die erforderliche planwidrige Regelungslücke vor, noch sei die Interessenlage beim Kilometerleasing mit derjenigen in den Fällen des § 506 Abs. 2 S. 1 BGB vergleichbar.[28]

Aus der Gesetzeshistorie und den Materialen lasse sich nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber bestrebt war, den Verbraucherschutz für alle Kilometerleasingverträge zu erhalten, und dies nur aus Versehen nicht getan habe. Unter Verweis auf die bereits zuvor genannten Argumente meint der BGH, es sei stattdessen davon auszugehen, dass der Gesetzgeber absichtlich eine enumerative Aufzählung der Fälle der sonstigen Finanzierungshilfe vorgenommen habe.[29] Damit, dass der Gesetzgeber die alte deutsche Systematik im Hinblick auf die Abgrenzung von Finanzierungshilfen und entgeltlichen Gebrauchsüberlassungsverträgen aufgegeben habe und sich allein an der entsprechenden Systematik der Verbraucherkredit-RL orientiert haben, lasse sich auch erklären, dass die Abschaffung des Widerrufsrechts bei Kilometerleasingverträgen keine Erwähnung in den Gesetzesmaterialien gefunden habe.[30] Aus der fehlenden Erwähnung des Kilometerleasings lasse sich also nicht schließen, dass der Gesetzgeber alles beim Alten habe lassen wollen. Wegen der engen Orientierung der neuen deutschen Regelung an der Verbraucherkredit-RL wäre vielmehr – hätte der Gesetzgeber das Kilometerleasing weiterhin als sonstige Finanzierungshilfe erfasst wissen wollen – eine entsprechende Erwähnung nahegelegen.[31] Auch aus dem missverständlichen Passus in der Gesetzesbegründung, in dem ausgeführt wird, dass „Finanzierungsleasingverträge in aller Regel unter § 506 Abs. 2 BGB fallen würden", lasse sich nicht schließen, dass der Gesetzgeber Kilometerleasingverträge als praktisch wichtigen Fall des Finanzierungsleasings weiterhin als sonstige Finanzierungshilfe habe verstanden wissen wollen.[32] Denn, so der BGH, sei ein diesbezügliches Versehen

[20] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 25.
[21] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 26, 44.
[22] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 28.
[23] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 33.
[24] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 32.
[25] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 27.
[26] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 26.
[27] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 30.
[28] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 37.
[29] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 44.
[30] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 59.
[31] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 61.
[32] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 63.

des Gesetzgebers unwahrscheinlich, da Kilometerleasingverträge ganz offensichtlich nicht die Voraussetzungen des § 506 Abs. 2 S. 1 BGB erfüllen, auf die die Gesetzesbegründung an dieser Stelle explizit Bezug nimmt.[33]

Schließlich sei die Interessenlage nicht vergleichbar. Sofern die Befürworter einer Analogie argumentieren, dass beim Kilometerleasing eine mit den Fällen des § 506 Abs. 2 S. 1 BGB vergleichbare Interessenlage bestünde, weil der Leasinggeber bei planmäßigem Verlauf durch die Veräußerung des Leasinggegenstands nach Beendigung des Leasingvertrags Vollamortisation erreiche, verkennen Sie, dass dies nicht der entscheidende Punkt für die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers sei.[34] Denn dem Gesetzgeber sei es primär darum gegangen, Fälle zu erfassen, in denen eine Erwerbspflicht bzw. Restwertgarantie besteht, mithin um Konstellationen, in denen der Verbraucher vertraglich für die Vollamortisation haftet.[35] Das Risiko, dass der Leasinggeber die angestrebte Vollamortisation nicht erreicht, liegt beim Kilometerleasing jedoch letztlich beim Leasinggeber, während sie in den Fällen des § 506 Abs. 2 S. 1 BGB gerade beim Leasingnehmer liegt.[36]

Auch ein vertragliches Widerrufsrecht verneint der BGH im konkreten Fall. Ob sich aus der Widerrufsbelehrung ein Angebot auf ein vorbehaltloses vertragliches Widerrufsrecht ergebe, sei anhand einer umfassenden Bewertung nach dem für die Willenserklärung geltenden Maßstab zu beurteilen.[37] Hier handele es sich zwar um eine vorformulierte Erklärung, sodass grundsätzlich das AGB-Recht Maß gebe.[38] Allerdings sei § 305c Abs. 2 BGB hier nicht anwendbar, da die Erklärung bereits nicht die Voraussetzungen einer AGB erfülle.[39] Eine AGB setzte eine Vertragsbedingung voraus. Ob eine Klausel eine Vertragsbedingung enthalte, sei anhand des objektiven Empfängerhorizonts zu beurteilen. Hier sei aber ausweislich der Überschrift – die „Widerrufsinformation" lautete – und der Belehrung für den durchschnittlichen Leasingnehmer erkennbar gewesen, dass die Widerrufsbelehrung nur die gesetzlichen Vorgaben zur Information über ein vermeintliches gesetzliches Widerrufsrecht erfüllen solle und keine eigenständige rechtserhebliche Erklärung enthalte.[40] Selbst wenn man jedoch anderer Auffassung sei und die Widerrufsbelehrung als AGB qualifiziere, würde die Anwendung des § 305c Abs. 2 BGB zu keinem anderen Ergebnis führen. Denn Voraussetzung für die Vorschrift sei, dass zwei rechtlich vertretbare Auslegungsergebnisse der fraglichen Klausel im Raum stehen – in diesem Fall sei zugunsten der für den Verbraucher vorteilhafteren Auslegungsvariante zu entscheiden. Im vorliegenden Fall, so der BGH, sei jedoch die Auslegung, dass die Klausel ein eigenständiges (voraussetzungsloses) vertragliches Widerrufsrecht begründen wolle, fernliegend.[41] Insofern unterscheide sich die hier zugrundeliegende Konstellation von derjenigen des *III. Zivilsenats* in der Rechtssache III ZR 628/16[42].

Schließlich sei, selbst wenn man ein vertragliches Widerrufsrecht annehmen wollte, die Widerrufsfrist zum Zeitpunkt des Widerrufs abgelaufen. Denn es sei nicht ersichtlich, warum die Frist bei einem vertraglichen Widerrufsrecht erst mit der Erfüllung der Vorschriften zur ordnungsgemäßen Belehrung bezüglich eines gesetzlichen Widerrufsrechts zu laufen beginnen solle.[43]

IV. Stellungnahme

Im Ergebnis ist dem BGH zuzustimmen, in der Begründung überzeugt das Urteil jedoch nicht vollständig. Zuzustimmen ist dem BGH insoweit, als es sich beim Kilometerleasing nicht um einen Fall der sonstigen entgeltlichen Finanzierungshilfe handelt. Die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers in den Kreditfällen liegt in den besonderen Verlockungsgefahren und der regelmäßigen Komplexität entsprechender Verträge.[44] Die Verlockungsgefahren ergeben sich aus dem Umstand, dass der Verbraucher den Erhalt des von ihm gewünschte Guts im „Jetzt" vor Augen hat und dies regelmäßig höher gewichtet als seine oft umfangreichen, aber in der Zukunft liegenden Zahlungsverpflichtungen. Diese Gefahren sind mit Blick auf die entgeltliche Überlassung von Waren besonders groß, wenn sich der Vertrag durch Substanzverzehr und Vollamortisation auszeichnet.[45] Bei Kilometerleasing zeichnet sich der Vertrag, wie der *VIII. Zivilsenat* zutreffend festgestellt hat, grundsätzlich allerdings gerade nicht durch Vollamortisation aus, da das Risiko für die Vollamortisation letztlich beim Leasinggeber verbleibt. Damit handelt es sich beim Kilometerleasing in der Regel um einen einfachen Gebrauchsüberlassungsvertrag, bei denen ein Widerrufsrecht des Verbrauchers nicht im gleichen Maße gerechtfertigt ist.

Davon unabhängig überzeugt die Argumentation des BGH, dass es sich bei § 506 Abs. 2 S. 1 BGB um eine abschließende Aufzählung der Fälle der sonstigen Finanzierungshilfen handelt, jedoch nicht. Sofern der BGH dies aus der Gesetzesbegründung schließt, ist festzustellen, dass diese insoweit nicht so eindeutig ist, wie in dem Urteil behauptet. Vielmehr lassen die Widersprüchlichkeiten der Gesetzesbegründung darauf schließen, dass man sich bei der Umsetzung der Verbraucherkredit-RL unter Umständen nicht sicher war, wie sich die Richtlinienvorgaben in das bisherige System einfügen und welche Konsequenzen sich daraus ergeben. Vor diesen Hintergrund ist die Annahme, dass es sich bei der Regelung in § 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 um eine „Vorsichtsmaßnahme" handelte, durch die sichergestellt werden sollte, dass die Vorgaben der Richtlinie in jedem Fall umgesetzt werden, keinesfalls abwegig. Daran ändert auch nichts, dass mit der Restwertgarantie in § 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB ein weite-

[33] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 63.
[34] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 65.
[35] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 50.
[36] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 66.
[37] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 69.
[38] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 69.
[39] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 69.
[40] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 71.
[41] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 74.
[42] BGH NJW 2019, 356.
[43] BGH, Urt. v. 24.2.2021 – VIII ZR 36/20, Rn. 75.
[44] Ausführlich *Brinkmann*, Rücktritt und verbraucherschützender Widerruf, 2018, S. 264 ff.
[45] *Brinkmann* (Fn. 44), S. 273.

rer, den Fällen der Erwerbspflicht vergleichbarer Fall mit aufgenommen wurde. Denn unter der Prämisse, dass der Gesetzgeber sich nicht sicher war, ob die nach der Richtlinie zwingend zu erfassenden Fälle bereits von § 506 Abs. 1 BGB abgedeckt sind, ergibt es durchaus Sinn, einen weiteren interessenmäßig vergleichbaren Fall ebenfalls aufzunehmen, um insofern Wertungswidersprüche zu vermeiden.

Auch der vom BGH erwähnte Umstand, dass Fälle, die nicht unter § 506 Abs. 1 BGB fallen, aber die Voraussetzungen des § 506 Abs. 2 S. 1 BGB erfüllen, kaum vorstellbar sind, spricht nicht gegen diese Ansicht. Der Umstand, dass solche Fälle schwer vorstellbar sind, spricht nicht dagegen, dass der Gesetzgeber diesbezüglich auf „Nummer sicher" gehen wollte.

Der Hinweis, dass der Gesetzgeber, hätte er nicht gewollt, dass die Regelung in § 506 Abs. 2 S. 1 BGB nicht als abschließend verstanden wird, den Begriff „insbesondere" gewählt hätte, ist vor diesem Hintergrund ebenfalls nicht überzeugend. Nach dem „Handbuch der Rechtsförmlichkeit" des BMJ soll die Formulierung „insbesondere" oder ähnliche Formulierungen benutzt werden, wenn es sich um beispielhafte Aufzählungen handelt.[46] Geht man davon aus, dass der Gesetzgeber angenommen hat, dass es Fälle geben kann, in denen zwar der § 506 Abs. 1 BGB nicht erfüllt ist, die Richtlinie aber gleichwohl wegen einer Erwerbspflicht ein Widerrufsrecht des Verbrauchers vorsieht, würde es sich bei den in § 506 Abs. 2 S. 1 BGB genannten Fällen gerade nicht um Beispiele einer sonstigen Finanzierungshilfe handeln. Die Regelung würde vielmehr eine gesetzliche Fiktion enthalten, bei der die Formulierung „insbesondere" unangebracht gewesen wäre. Der Wortlaut des § 506 Abs. 2 S. 1 BGB spricht vielmehr dahingehend, dass es sich um eine solche gesetzliche Fiktion handelt, da dort steht, dass die genannten Fälle als „sonstige Finanzierungshilfen" *gelten*.

Mit Blick auf den Ausschluss einer analogen Anwendung des § 506 Abs. 2 S. 1 BGB auf die Fälle der Kilometerleasingverträge dürfte dem BGH im Ergebnis zuzustimmen sein. Unter der Prämisse, dass es sich bei § 506 Abs. 2 S. 1 BGB um eine abschließende Regelung handelt, lässt sich die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke unter Berücksichtigung der widersprüchlichen Gesetzesbegründung – entgegen der Auffassung des BGH – zwar wohl durchaus gut begründen. Allerdings wird man mit Blick auf die Unterschiede zwischen den in § 506 Abs. 2 S. 1 BGB genannten Fällen und dem Kilometerleasing die Vergleichbarkeit der Interessenlage ablehnen müssen.

Die Ausführungen zum vertraglichen Widerrufsrecht auf Grundlage der Widerrufsbelehrung überzeugen.

[46] Handbuch der Rechtsförmlichkeit des BMJV, Teil B Rn. 88, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/RechtsdurchsetzungUndBuerokratieabbau/HandbuchDerRechtsfoermlichkeit_deu.pdf;jsessionid=097FC58CF06D61F53789FC8727B3E2AA.2_cid289?__blob=publicationFile&v=2 (20.8.2021).

V. Auswirkungen der Entscheidung auf die Praxis

Mit Blick auf die Praxis hat die Entscheidung zunächst zur Folge, dass ein verbraucherkreditrechtliches Widerrufsrecht bei Kilometerverträgen nicht angenommen werden kann.

Dies kann aber für bestehende Verträge unter Umständen eine aus Unternehmersicht dramatische Folge haben. Denn mit Wegfall der Widerruflichkeit des Kilometerleasingvertrags entfällt auch die Sperrwirkung des § 312g Abs. 3 BGB. Demnach ist ein Fernabsatz-Widerrufsrecht in Fällen ausgeschlossen, in denen ein Verbraucherkredit-Widerrufsrecht besteht. Wurde also etwa ein Kilometerleasingvertrag im Fernabsatz geschlossen, steht dem Verbraucher zwar kein Widerrufsrecht nach §§ 506, 495 BGB zu, es kann jedoch ein Widerrufsrecht nach § 312g BGB i.V.m. § 312c BGB bestehen.[47] Sofern hier mitunter eingewandt wird, dass ein Fernabsatz-Widerrufsrecht beim Kilometerleasing bereits nach § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB ausgeschlossen sei, weil es sich beim Kilometerleasing um Fälle der Fahrzeugvermietung im Sinne der Vorschrift handelt, ist dem zu widersprechen.[48] Die genannte Ausnahme vom Widerrufsrecht bezieht sich nur auf kurzfristige Kfz-Mietverträge.[49] Denn ausweislich des Erwägungsgrund 49 der Verbraucherrechte-RL dient der Ausschluss des Widerrufsrechts dazu, den Unternehmer im Fall von Dienstleistungen, bei denen der Vertragsabschluss die Bereitstellung von Kapazitäten mit sich bringt, zu schützen. Er soll nicht Kapazitäten freihalten müssen, die er dann im Fall der Ausübung eines Widerrufsrechts möglicherweise nicht mehr anderweitig nutzen könnte. Bei Kilometerleasingverträgen greift die Ausnahme somit vom Sinn und Zweck her nicht.[50]

Sofern man ein Fernabsatz-Widerrufsrecht annimmt, stellt sich für den Unternehmer das Problem, dass er oftmals nicht ordnungsgemäß über dieses Widerrufsrecht belehrt hat. Die Belehrung über ein Verbraucherkredit-Widerrufsrecht erfüllt nicht die Voraussetzungen des § 356 Abs. 3 BGB.[51] Die 14-tägige Widerrufsfrist hat also mit der Belehrung über das Verbraucherkredit-Widerrufsrecht nicht zu laufen begonnen. Zudem handelt es sich bei Kilometerleasing um eine Art des Finanzierungsleasing und nicht um ein bloßes Operating-Leasing.[52] Im Gegensatz zum Operating-Leasing gelten Finanzierungsleasingverträge allerdings als Verträge über Finanzdienstleistungen,[53] sodass nach § 356 Abs. 3 S. 3 BGB eine Anwendbarkeit der Maximalfrist von zwölf Monaten und 14 Tagen nicht greift.[54] Wieso hier, wie von *Herresthal* behauptet, eine europarechtskonforme Auslegung des § 356 Abs. 3 S. 3 BGB erforderlich sein sollte,[55] ist nicht ersichtlich. Fernabsatz-

[47] OLG München NJW-RR 2020, 1248.
[48] So etwa *Herresthal*, LMK 2021 Nr. 808531.
[49] *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 312g Rn. 44.
[50] So auch *Wendehorst* (Fn. 49), § 312g Rn. 44 m.w.N.
[51] OLG München NJW-RR 2020, 1248.
[52] BGH NJW 1998, 1637.
[53] *Bülow* (Fn. 12), § 506 Rn. 35; *Wendehorst* (Fn. 49), § 312 Rn. 102; *Martens*, in: Beck'scher Online-Kommentar zu BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 312 Rn. 63.
[54] OLG München NJW-RR 2020, 1248.
[55] *Herresthal*, LMK 2021 Nr. 808531.

verträge über Finanzdienstleistungen sind nach Art. 3 Abs. 3 lit. d der Verbraucherrechte-RL nicht von ihrem Anwendungsbereich erfasst. Der Begriff der Finanzdienstleistung ist nach Art. 2 Nr. 12 Verbraucherrechte-RL jede Bankdienstleistung sowie jede Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersvorsorge von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung. Der Begriff ist weiter als derjenige des Kreditvertrags nach Art. 3 lit. c Verbraucherkredit-RL, sodass Kilometerleasingverträge als besondere Form der Finanzierungsleasingverträge Finanzdienstleistung im europäischen Sinne sind, ohne unter den Anwendungsbereich der Verbraucherkredit-RL zu fallen.

Im Ergebnis steht dem Verbraucher in diesen Fällen also ein ewiges Widerrufsrecht zu. Zudem schuldet er im Falle des Widerrufs mangels ordnungsgemäßer Belehrung keinen Wertersatz nach § 357a Abs. 2 oder § 357 Abs. 7 BGB. In anderen Worten, bei im Rahmen von besonderen Vertriebsformen geschlossenen Kilometerleasingverträgen gibt das Urteil des BGH den Unternehmern Steine statt Brot – an Stelle eines unterdessen womöglich verfristeten Verbraucherkredit-Widerrufsrecht hat der Verbraucher nun ein ggf. ewiges Fernabsatz-Widerrufsrecht und muss nach dessen Ausübung lediglich das Leasingfahrzeug in seinem gegenwärtigen Zustand zurückgeben, ohne für dessen bisherige Nutzung etwas zahlen zu müssen.[56]

Mit Blick auf die Frage nach der Begründung eines vertraglichen Widerrufsrechts mag die Entscheidung zwar überzeugen, sie trägt jedoch nicht zur Rechtssicherheit bei. Vielmehr wird jetzt für jede Widerrufsbelehrung individuell zu prüfen sein, ob sie aus objektiver Perspektive vernünftiger Weise dahingehend verstanden werden kann, dass sie ein vertragliches Widerrufsrecht begründen soll oder nicht. Diese Frage, die zudem erheblichen Wertungsspielraum zulässt, birgt ein erhebliches Potential divergierender Entscheidungen.

Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas David Brinkmann, Bielefeld

[56] Vgl. *Graf*, DAR 2020, 518 (518, 519).

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Widerrufsrecht beim Bürgschaftsvertrag?

Ein Bürge hat kein Widerrufsrecht gemäß § 312g BGB (Abgrenzung zu Senat, Urteil vom 9. März 1993 – XI ZR 179/92, WM 1993, 683).
(Amtlicher Leitsatz)

BGB §§ 312, 312g

BGH, Urt. v. 22.9.2020 – XI ZR 219/19[1]

I. Einleitung

Mit dem hier besprochenen Urteil hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass ein Bürge, der Verbraucher ist, kein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB hat. Hiermit hat der für Rechtsstreitigkeiten über Bürgschaften zuständige *XI. Zivilsenat* eine schon lange Zeit kontrovers diskutierte Problematik entschieden.[2] Es ist nicht das erste Mal, dass der BGH sich mit der Frage beschäftigt, ob ein Widerrufsrecht bei einem Bürgschaftsvertrag besteht. Schon im Jahre 1991 erging zu dieser Problematik ein Urteil, in dem der BGH das Bestehen eines Widerrufsrechtes bei einem Bürgschaftsvertrag ablehnte, da ein Bürgschaftsvertrag keine entgeltliche Leistung zum Gegenstand habe und daher die Voraussetzungen für ein Widerrufsrecht nach dem damals maßgeblichen § 1 HWiG[3] nicht gegeben seien.[4] Nur wenige Jahre später kam es zu einer Kehrtwende: Vor dem Hintergrund der Haustürgeschäfte-RL[5] legte der *IX. Zivilsenat* dem EuGH die Frage vor, ob ein Bürgschaftsvertrag ein Vertrag i.S.d. Art. 1 der Haustürgeschäfte-RL darstellen könne.[6] Der EuGH bejahte dies mit der Einschränkung, dass – wegen des akzessorischen Charakters der Bürgschaft – eine Bürgschaft nur dann unter die Haustürgeschäfte-RL falle, wenn sie für eine Hauptverbindlichkeit bestellt worden sei, die ein Verbraucher im Rahmen eines Haustürgeschäfts gegenüber einem Gewerbetreibenden als Gegenleistung für Waren oder Dienstleistungen eingegangen sei.[7] Nach Maßgabe des EuGH sollte folglich das Erfordernis einer „doppelten Verbrauchereigenschaft" als auch einer „doppelten Haustürsituation" bestehen[8], damit dem Bürgen ein Widerrufsrecht nach dem damals maßgeblichen § 1 Abs. 1 HWiG zur Seite steht. Diesem schloss sich der seinerzeit vorlegende *IX. Zivilsenat* auch in seinem Urteil an.[9] Der für das Bürgschaftsrecht zuständige *XI. Zivilsenat* konnte diesem Erfordernis hingegen (zu Recht) nichts abgewinnen. Auf die Verbrauchereigenschaft des Hauptschuldners und auch auf das Zustandekommen der Hauptverbindlichkeit könne es nicht ankommen, denn ein Verbraucher, der in einer Haustürsituation einen gewerblichen Zwecken dienenden Kredit verbürge, dürfe nicht schlechter stehen als derjenige, der in einer solchen Situation den Kreditvertrag als Mithaftender unterzeichne.[10]

Mit der Umsetzung der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU[11] (vgl. §§ 312–312k BGB n.F.), welche die Haustürwiderrufs-RL ablöste, stellt sich die Frage, ob einem als Verbraucher handelnden Bürgen ein Widerrufsrecht zu stehen kann, vor einem neuen europarechtlichen Hintergrund. Insofern war es zu begrüßen, dass der BGH mit dem hier besprochenen Urteil die Möglichkeit hatte, im Interesse der Rechtssicherheit eine höchstrichterliche Entscheidung zu fällen.

II. Der Sachverhalt

Geklagt hatte eine Bank gegen den Geschäftsführer einer GmbH. Diese Bank hatte der GmbH einen Kredit gewährt, der durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft des beklagten Geschäftsführers der GmbH gesichert wurde. Hierzu wurde am 22.12.2015 von dem Beklagten eine Bürgschaftserklärung unterzeichnet, wobei eine Widerrufsbelehrung nicht stattfand. Als es zum Bürgschaftsfall kam, widerrief der Beklagte mit Schreiben vom 21.9.2016 seine auf den Abschluss des streitgegenständlichen Bürgschaftsvertrages gerichtete Willenserklärung. Die Bank macht nun klageweise den Rückzahlungsanspruch aus dem mit der Hauptschuldnerin geschlossenen Kreditvertrag gegen den Bürgen geltend (§ 765 Abs. 1 BGB).

III. Die Entscheidung

Im Kern geht es in dem Urteil um die Frage, ob zwischen der Bank und dem Geschäftsführer der GmbH, also dem Bürgen, ein Bürgschaftsvertrag besteht, der für den Bürgen die Einstandspflicht des § 765 Abs. 1 BGB begründet. Das wegen der Akzessorietät der Bürgschaft (vgl. § 767 Abs. 1 S. 1 BGB)

[1] Das Urteil ist abgedruckt in BGHZ 227, 72 ff. und online frei zugänglich unter http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=111345&pos=0&anz=1 (15.6.2021).

[2] Einen guten Überblick zum (bisherigen) Streitstand liefert *Brennecke*, ZJS 2014, 236 ff.

[3] Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften vom 16.1.1986 (BGBl. I 1986, S. 122), welches zum 1.1.2002 außer Kraft trat.

[4] BGH, Urt. v. 28.5.1991 – IX ZR 260/90 = NJW 1991, 2905 (2905).

[5] RL 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen.

[6] BGH, Vorlagebeschl. v. 11.1.1996 – IX ZR 56/95 = NJW 1996, 930 ff.

[7] EuGH, Urt. v. 17.3.1998 – C-45/96 = NJW 1998, 1295 (1296); vgl. auch BGH, Urt. v. 14.5.1998 – IX ZR 56/95 = NJW 1998, 2356 ff.

[8] OLG Stuttgart, Urt. v. 14.5.2001 – 6 U 17/01, Rn. 35 = MDR 2001, 1368.

[9] BGH, Urt. v. 14.5.1998 – IX ZR 56/95 = NJW 1998, 2356 ff.

[10] BGHZ 165, 363 (367).

[11] Die Umsetzung erfolgte durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.9.2013 (BGBl. I 2013, S. 3642) mit Wirkung zum 13.6.2014; siehe hierzu auch *Hilbig-Lugani*, ZJS 2013, 441 ff., 545 ff.

notwendige Bestehen einer Hauptverbindlichkeit war im zu entscheidenden Fall ebenso unstreitig, wie die Tatsache, dass die Bank und der Geschäftsführer der GmbH einst einen wirksamen Bürgschaftsvertrag schlossen. Lediglich die Rechtsfrage, ob der vonseiten des Beklagten mit Schreiben vom 21.9.2016 erklärte Widerruf zum Erlöschen des Bürgschaftsvertrages vom 22.12.2015 (§§ 355 Abs. 1 S. 1, 357 Abs. 1 BGB) führte, bedurfte einer Klärung. Wäre dies der Fall, so stünde der Bank gegen den beklagten Geschäftsführer kein Anspruch auf Rückzahlung des an die GmbH ausgereichten Kredites nach § 765 Abs. 1 BGB zu.

1. Widerrufsrecht nach § 312g BGB

Das Widerrufsrecht nach § 355 BGB i.V.m. §§ 312b Abs. 1, 312g Abs. 1 BGB setzt gem. § 312 Abs. 1 BGB einen Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB) voraus, der eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand hat. Erforderlich ist, dass der Unternehmer aufgrund eines Verbrauchervertrages die vertragscharakteristische Leistung zu erbringen hat.[12]

a) Bürgschaftsvertrag als Verbrauchervertrag (§§ 312 Abs. 1, 310 Abs. 3 BGB)

Nicht weiter vom BGH erörtert wurde die Frage, ob der Beklagte den Bürgschaftsvertrag überhaupt als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB abgeschlossen hatte. Die Berufungsinstanz hatte die Verbrauchereigenschaft des Bürgen (richtigerweise) bejaht.[13] Dass der Beklagte zugleich Gesellschafter der GmbH ist, welche die Hauptschuldnerin ist, sei unerheblich, da der geschäftsführende Gesellschafter auch dann, wenn mit der Übernahme der persönlichen Haftung für die Rückzahlung des Darlehens der Fortbestand des Unternehmens und die eigene wirtschaftliche Existenzgrundlage gesichert werden soll, nicht als Geschäftsführungsorgan der GmbH, sondern als Privatmann handele. Der Geschäftsführer einer GmbH sei weder Kaufmann i.S.d. §§ 1 ff. HGB noch Unternehmer gem. § 14 BGB.[14]

b) „Entgeltliche Leistung" als Gegenstand des Verbrauchervertrages (§ 312 Abs. 1 BGB)

Ob der Abschluss des Bürgschaftsvertrages zwischen dem Beklagten als Verbraucher und der klagenden Bank ein Verbrauchervertrag ist, der „eine entgeltliche Leistung" i.S.d. § 312 Abs. 1 BGB zum Gegenstand hat, verneinte der BGH. Entgegen der früheren Rechtsprechung zu § 1 HWiG bzw. § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB in der bis zum 12.6.2014 geltenden Fassung genüge es für die Anwendbarkeit der §§ 312b, 312g BGB nicht, dass der Bürge sein Leistungsversprechen in der dem Gegner erkennbaren Erwartung abgibt, ihm selbst oder einem bestimmten Dritten werde daraus irgendein Vorteil erwachsen.[15] Während § 1 HWiG bzw. § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB a.F. nur eine entgeltliche Leistung voraussetzten, ohne dass es darauf ankäme, ob diese vom Unternehmer oder vom Verbraucher erbracht werde, fordere – nach Ansicht des BGH – § 312 Abs. 1 BGB n.F. hingegen, dass der Unternehmer gegen ein vereinbartes Entgelt des Verbrauchers die vertragscharakteristische Leistung erbringt. Eine entgeltliche Leistung des Verbrauchers unterfalle der Vorschrift ihrem eindeutigen Wortlaut nach nicht.[16] Insoweit könne auch nicht auf die teilweise vertretene Ansicht[17] zurückgegriffen werden, dass ein Bürgschaftsvertrag als gegenseitiger Verbrauchervertrag ausgestaltet werden könne, indem die Übernahme der Bürgschaft durch den Bürgen die Gegenleistung, also das „Entgelt", für eine vom Gläubiger (= die Bank) zu erbringende Leistung bilden soll.[18]

aa) Analoge Anwendung von § 312 Abs. 1 BGB

Eine analoge Anwendung der §§ 312 ff., 355 ff. BGB auf zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossene Bürgschaftsverträge hat der BGH mangels planwidriger Regelungslücke ebenso abgelehnt.[19] Der Gesetzgeber wolle mit der Neuregelung der §§ 312 ff. BGB ausschließlich Verbraucherverträge erfassen, die als Austauschvertrag mit einer Gegenleistungspflicht (im Sinne eines „Entgeltes") des Verbrauchers ausgestaltet seien.[20] Der BGH verweist insoweit auf die einschlägige Gesetzesbegründung[21]. Verträge, in denen der Verbraucher die für den Vertragstypus charakteristische Leistung schulde, sollten – nach dem Willen des Gesetzgebers – von den §§ 312 ff. BGB ebenso wenig erfasst sein wie unentgeltliche Verbraucherverträge.[22] Der BGH führt zudem aus, dass es ausgeschlossen sei, dass der Gesetzgeber es schlicht vergessen habe, den Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB auch auf Kreditsicherheiten zu erstrecken, denn die Diskussion über die Widerruflichkeit von Bürgschaften sei aufgrund der Entscheidung des EuGH vom 17.3. 1998[23] in der Rechtssache „Dietzinger", die einen jahrelangen Meinungsstreit in Rechtsprechung und Literatur nach sich gezogen habe, allgemein bekannt gewesen.[24] Eine analoge Anwendung von § 312 Abs. 1 BGB auf Verbraucherbürgschaftsverträge müsse daher ausscheiden.

bb) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung

Voraussetzung für eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ist, dass das nationale Recht von den Zielvorgaben einer

[12] BGHZ 227, 72 (74).
[13] OLG Hamburg, Urt. v. 26.4.2019 – 13 U 51/18 = BKR 2020, 412 (413).
[14] OLG Hamburg, Urt. v. 26.4.2019 – 13 U 51/18 = BKR 2020, 412 (413); m. Verw. auf BGHZ 165, 43 (47).
[15] BGHZ 227, 72 (75).
[16] BGHZ 227, 72 (75).
[17] Vgl. etwa *Koch*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 312 Rn. 19 m.w.N.
[18] BGHZ 227, 72 (76).
[19] BGHZ 227, 72 (76).
[20] BGHZ 227, 72 (77).
[21] BT-Drs. 17/13951, S. 72.
[22] BT-Drs. 17/12637, S. 45; BT-Drs. 17/13951, S. 71 f.
[23] EuGH, Urt. v. 17.3.1998 – C-45/96 = NJW 1998, 1295 (1296).
[24] BGHZ 227, 72 (78).

Richtlinie abzuweichen droht.[25] Die hier relevante Verbraucherrechte-RL (RL 2011/83/EU) wurde vom deutschen Gesetzgeber in den §§ 312 ff. BGB umgesetzt. Der BGH sieht eine solche fehlerhafte Umsetzung der Verbraucherrechte-RL durch den deutschen Gesetzgeber nicht vorliegen. § 312 Abs. 1 BGB entspreche, soweit er eine Leistung eines Unternehmers als Gegenstand des Verbrauchervertrages voraussetze, der Verbraucherrechte-RL.[26] Einseitig den Verbraucher verpflichtende Verträge würden nach Art. 3 Abs. 1, 9 Abs. 2 der Verbraucherrechte-RL grundsätzlich kein Widerrufsrecht vermitteln, denn sie unterfielen nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie, da sie keine Leistung des Unternehmers zum Vertragsgegenstand haben.[27] Die Verbraucherrechte-RL ziele nicht darauf ab, sämtliche Verträge, in denen sich als Vertragspartner ein Verbraucher und ein Unternehmer gegenüberstünden, einzubeziehen, sondern der Verbraucherrechte-RL liege vielmehr der Schutzgedanke zugrunde, dass ein Verbraucher sich regelmäßig bei dem Abschluss von Verträgen zu kommerziellen Zwecken in bestimmten Situationen gegenüber dem Unternehmer in einer geschwächten Verhandlungsposition befinde.[28] Mit dem Widerrufsrecht zum Außergeschäftsraumvertrag solle der Nachteil ausgeglichen werden, dass die Initiative zu den Vertragsverhandlungen in der Regel vom Gewerbetreibenden ausgehe und der Verbraucher auf die Verhandlungen außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden nicht vorbereitet sei oder psychisch unter Druck stehe.[29] Dies berge die Gefahr, dass der Verbraucher Waren kaufe oder Dienstleistungen in Anspruch nehme, die er ansonsten nicht kaufen oder in Anspruch nehmen würde, bzw. Verträge über Waren und Dienstleistungen zu überhöhten Preisen schlösse, weil er keine Möglichkeit habe, Qualität und Preis des Angebots mit anderen Angeboten zu vergleichen.[30] Mit dem Widerrufsrecht zum Fernabsatzgeschäft werde dem Verbraucher eine angemessene Bedenkzeit eingeräumt, damit er die gekaufte Ware prüfen und ausprobieren bzw. die Eigenschaften der Dienstleistung zur Kenntnis nehmen könne.[31] Alle Überlegungen würden danach auf eine Leistung des Unternehmers abstellen.[32] Ebenso würden die Informationspflichten des Unternehmers nach Art. 6 der Verbraucherrechte-RL und die Pflichten des Verbrauchers nach Art. 14 der Verbraucherrechte-RL an eine Leistung des Unternehmers anknüpfen; die Regelungen gingen ebenfalls von einer Verpflichtung des Unternehmers zur Lieferung von Waren, Erbringung von Dienstleistungen oder Lieferung von Versorgungsleistungen aus.[33] Im Ergebnis geht der BGH also davon aus, dass die Verbraucherrechte-RL keine Erweiterung des Anwendungsbereiches der §§ 312 ff. BGB im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung bzw. Rechtsfortbildung auf Verbraucherbürgschaftsverträge erforderlich macht.

2. Ergebnis des BGH

Der BGH kam nach alledem zu dem Ergebnis, dass Bürgschaftsverträge nicht (auch nicht im Wege einer Analogie oder einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung) in den sachlichen Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB fallen. Deshalb steht dem beklagten Bürgen kein gesetzliches Widerrufsrecht nach § 312g BGB zur Seite und er konnte auch nicht mit seinem Schreiben vom 21.9.2016 den Bürgschaftsvertrag vom 22.12.2015 wirksam widerrufen (§§ 355 Abs. 1 S. 1, 357 Abs. 1 BGB). Der Bürgschaftsvertrag zwischen der klagenden Bank und dem beklagten Bürgen bestand nach wie vor fort. Der Beklagte ist demnach gegenüber der Klägerin nach Maßgabe des § 765 Abs. 1 BGB für die Verbindlichkeiten der Hauptschuldnerin, also der GmbH, einstandspflichtig.

IV. Anmerkung und kritische Würdigung

Das Urteil des BGH überzeugt. Der zuständige *Senat* arbeitet methodisch präzise die unterschiedlichen Richtlinienwirkungen[34] der Verbraucherrechte-RL heraus, indem er zunächst – streng am Wortlaut orientiert – prüft, ob der deutsche Gesetzgeber mit den §§ 312 ff. BGB seiner Umsetzungspflicht hinreichend nachgekommen ist. Dies hat der *Senat* zutreffend bejaht, denn die Verbraucherrechte-RL bezieht sich nicht auf Verbraucherbürgschaftsverträge, die der Sache nach als „umgekehrte Verbraucherverträge" zu qualifizieren sind. Ob es richtig war, dass der *Senat* verzichtet hat, die Rechtsfrage, ob Verbraucherbürgschaftsverträge in den Regelungsbereich der Verbraucherrechte-RL fallen, dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen (Art. 267 AEUV), kann man freilich – schon wegen der zahlreichen Gegenstimmen zur maßgeblichen Rechtsfrage – in Zweifel ziehen.[35] Im Ergebnis hat der *Senat* jedoch zu Recht einen sog. acte clair angenommen, sodass eine Vorlagepflicht nicht bestand. Der Wortlaut, die Regelungssystematik und der Regelungszweck der Verbraucherrechte-RL gehen ganz klar davon aus, dass ihr sachlicher Anwendungsbereich nur Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher umfasst, bei denen der Verbraucher den „Preis zahlt" oder „die Zahlung des Preises zusagt" (vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 1 Verbraucherrechte-RL). Von der „Zahlung eines Preises" oder dessen Zusage kann bei der Einstandspflicht im Rahmen einer Bürgschaft (§ 765 Abs. 1 BGB) als Kreditsicherungsmittel nicht die Rede sein. Schließlich bleibt zu beachten, dass dem europäischen Gesetzgeber die Problematik der Schutzbedürftigkeit des Bürgen bei Verbraucherbürgschaftsverträgen schon aus dem Kontext mit der Haustürgeschäftewiderrufs-Richtlinie und der einschlägigen EuGH-Entscheidung[36] hierzu bekannt war. Hätten auch Verbraucherbürgschaftsverträge unter die Verbraucherrechte-RL fallen sollen, hätte der europäische Gesetzgeber Art. 3 Abs. 1 der Verbraucherrechte-RL anders formulieren müssen.

[25] Vgl. *Hainthaler*, ZJS 2013, 13 (14).
[26] BGHZ 227, 72 (80).
[27] BGHZ 227, 72 (81).
[28] BGHZ 227, 72 (81).
[29] BGHZ 227, 72 (81 f.).
[30] BGHZ 227, 72 (82).
[31] BGHZ 227, 72 (82).
[32] BGHZ 227, 72 (82).
[33] BGHZ 227, 72 (82).
[34] Siehe hierzu auch *Hainthaler*, ZJS 2013, 13 ff.
[35] So wohl *Schinkel*, LMK 2020, 434762.
[36] EuGH, Urt. v. 17.3.1998 – C-45/96 = NJW 1998, 1295 (1296).

V. Zusammenfassung

Treffender als der amtliche Leitsatz kann man das Urteil nicht zusammenfassen: Ein Bürge hat kein Widerrufsrecht gem. § 312g BGB. Der sachliche Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-RL umfasst keine umgekehrten Verbraucherverträge, bei denen ein Verbraucher gegen Entgelt eine Leistung an einen Unternehmer erbringt. Und selbst wenn man das anders sehen sollte, wird es in naher Zukunft nicht mehr Aufgabe der Rechtsprechung sein, der Verbraucherrechte-RL im Hinblick auf Verbraucherbürgschaftsverträge im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung Geltung zu verschaffen, denn ab dem 1.1.2022 wird § 312 Abs. 1 BGB sowieso nur noch Verbraucherverträge erfassen, bei denen sich der Verbraucher zu der Zahlung „eines Preises" verpflichtet.[37] Der Wortlaut, der bekanntlich die Grenze jeder Auslegung ist, des dann geltenden § 312 Abs. 1 BGB n.F. („Verbraucherverträge [..], bei denen sich der Verbraucher zu der Zahlung eines Preises verpflichtet.") wird dann mit der Formulierung des Art. 3 Abs. 1 S. 1 Verbraucherrechte-RL („Verträge […] zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher […], bei denen der Verbraucher den Preis zahlt oder die Zahlung des Preises zusagt.") weitestgehend identisch sein. Und wer kann dann noch die Richtlinienkonformität des § 312 Abs. 1 BGB n.F. in Zweifel ziehen?

Stud. iur. Lennart Deutschmann, Bochum/Hagen

[37] Vgl. Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 25.6.2021 (BGBl. I 2021, S. 2123).

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Kriminelle Vereinigung, Abgrenzung zur Bande

1. Zur Abgrenzung der kriminellen Vereinigung von der Bande nach der Neuregelung des § 129 Abs. 2 StGB mit Gesetz zur Änderung des Strafrechts vom 21.07.2017.
2. Der Anwendungsbereich des § 129 StGB ist weiterhin subjektiv zu begrenzen (Fortgeltung der in BGHSt 54, 216 entwickelten Auslegungsgrundsätze).
3. Eine darauf verzichtende, allein am Zweck des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates der Europäischen Union vom 24.10.2008 orientierte Auslegung würde demgegenüber zu einer Verwischung der Grenzen von Bande und krimineller Vereinigung und damit zu einem unauflösbaren Bruch im System der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen führen, auf dem das deutsche materielle Strafrecht beruht.
4. Ein „übergeordnetes gemeinsames Interesse" im Sinne von § 129 Abs. 2 StGB scheidet daher weiterhin aus, wenn bloß ein persönliches Gewinnstreben der Täter im Vordergrund steht.
(Leitsätze aus BeckRS 2020, 41405)

StGB § 129 Abs. 2
StPO § 114 Abs. 2

LG Köln, Beschl. v. 9.11.2020 – 101 Qs 72/20[1]

I. Einleitung

Es muss sich um eine besondere Entscheidung handeln, wenn ein Beschluss eines Landgerichts in einem Beschwerdeverfahren gegen einen Haftbefehl in der NStZ-RR veröffentlicht wird. Die Besonderheit dieser Entscheidung wird bereits angesichts des Umfangs der Begründung und der Zitiertiefe deutlich. Man gewinnt fast den Eindruck, dass die Entscheidung mit dem Ziel einer Publikation verfasst wurde. Eine weitere Besonderheit liegt in den Gründen, mit welchen das Landgericht den Haftbefehl des Amtsgerichts aufgehoben hat. Die amtlichen Leitsätze[2] stellen nämlich alles zur kriminellen Vereinigung (§ 129 Abs. 2 StGB) in Frage, was nach der Gesetzesreform[3] vom Sommer 2017 als geklärt gelten sollte. Um es vorwegzunehmen: Das Landgericht hat sich viel Mühe gegeben, die angestaubte „Kameradschaft Sturm 34"-Entscheidung des *3. Strafsenats*[4] aus dem Jahr 2009 reanimierend am Leben zu erhalten. Die Instrumente, die für diese Behandlung aufgefahren werden, sind mächtig, aber nicht neu. Mit den klassischen Auslegungsmethoden kann die überkommene Auslegung zum Vereinigungsbegriff jedoch bedenkenlos zu Grabe getragen werden. Das Landgericht hat diesen Gang noch nicht gewagt.

II. Sachverhalt und Verfahrensgang[5]

Am 8.8.2020[6] hatte das AG Köln einen Haftbefehl gegen die Beschuldigte erlassen und diesen darauf gestützt, dass die Beschuldigte wegen der Bildung einer kriminellen Vereinigung gem. § 129 Abs. 1 StGB beziehungsweise der Mitgliedschaft in einer solchen sowie Menschenhandels (§ 232 StGB) dringend tatverdächtig sei. Der Beschuldigten wurde vorgeworfen, dass sie gemeinschaftlich mit den gesondert Verfolgten K1, K2 sowie K3 und K4 die noch nicht 21 Jahre alte Lebensgefährtin (T) ihres Sohnes unter Ausnutzung ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Zwangslage beherbergt habe, wobei diese bei der Begehung von mit Strafe bedrohten Handlungen ausgebeutet werden sollte. In dem Beschluss des AG Köln wird ausgeführt, dass T im Alter von 16 Jahren an die Familie der Beschuldigten zu einem mutmaßlich fünfstelligen Betrag verkauft worden sei. T sei dann mit dem Sohn der Beschuldigten (K2) nach Roma-Art verheiratet worden. Seit dem 31.10.2016 lebe sie unter der Anschrift des gleichaltrigen K2 mit ihm zusammen. Innerhalb der Familie sei sie für niedere Tätigkeiten bestimmt und im Fall der Zuwiderhandlung Drohungen ausgesetzt (Abrasieren der Haare, Wegnahme ihrer beiden minderjährigen Kinder, Hausverweis) gewesen. Sie dürfe sich nicht ohne Begleitung außerhalb des Hauses bewegen, eine Schul- oder Berufsausbildung werde ihr nicht ermöglicht. Aus den bestehenden Verhältnissen könne sie sich auch wegen Verwerfung mit ihrer Ursprungsfamilie nicht lösen. Sie werde zur Begehung von Eigentumsdelikten eingesetzt, wobei sie nicht persönlich von den Taterträgen profitiere, sondern ihren Beuteanteil abgeben müsse. Ihren Wünschen und Bedürfnissen werde bei der Tatplanung nicht Rechnung getragen, wie z.B. einer längeren Pause nach der Geburt ihres zweiten Kindes.

Die gegen den Haftbefehl gerichtete Beschwerde (§ 304 StPO) war erfolgreich. Ob die Staatsanwaltschaft gegen diese Entscheidung die weitere Beschwerde (§ 310 StPO) eingelegt hatte, ist nicht bekannt.

III. Die Entscheidung

Das Landgericht stellt zunächst fest, dass der Haftbefehl des AG Köln an durchgreifenden Mängeln leide, denn er genüge nicht den in § 114 Abs. 2 StPO aufgestellten Mindestanforderungen. So fehle es hinsichtlich des Verdachts des gemeinschaftlichen Menschenhandels zum Nachteil der T bereits an der Beschreibung des konkreten Tatbeitrags der Beschuldigten. Die Ausführungen der untergeordneten Stellung durch Unterdrückung der T seien zu pauschal und berücksichtigten nicht hinreichend andere Gründe für deren Unterordnung „wie z.B. ihr Alter oder ihre erst durch Heirat begründete Familienzugehörigkeit". Außerdem seien als Beweismittel lediglich die „bisherigen polizeilichen Ermittlungen, insbesondere die Er-

[1] Die Entscheidung ist veröffentlicht in NStZ-RR 2021, 74 ff. und ausführlicher in BeckRS 2020, 41405.
[2] BeckRS 2020, 41405.
[3] Vgl. Vierundfünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates v. 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität v. 17.7.2017, BGBl. I 2017 Nr. 48, S. 2440.
[4] BGHSt 54, 216 ff.
[5] Gekürzt, vereinfacht und teilweise wörtlich nach LG Köln BeckRS 2020, 41405 (insoweit nicht in NStZ-RR 2021, 74 ff. abgedruckt).
[6] Az. 503 Gs 801/20.

kenntnisse der gerichtlich angeordneten Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen“ genannt, ohne dies zu konkretisieren. An einer im Beschwerdeverfahren möglichen Heilung[7] dieser formalen Mängel durch eine Neufassung des Haftbefehls sieht sich das LG Köln jedoch nicht veranlasst, da auch die materiellen Voraussetzungen für eine Untersuchungshaft nicht vorlägen. Die Beschuldigte sei weder der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung noch des Menschenhandels dringend tatverdächtig.

IV. Würdigung

Mit dieser Entscheidungsbesprechung soll allein auf den ersten Tatvorwurf der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung eingegangen werden, weil es dem LG Köln ausweislich der Leitsätze vorrangig darum ging, an der tradierten Auslegung des voluntativen Elements des Vereinigungsbegriffs und damit an der Rechtsprechung des *3. Strafsenats* zur „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung festzuhalten.

Die drei Kernthesen der Entscheidung lauten:

1. Bei der Auslegung des Vereinigungsbegriffs i.S.v. § 129 Abs. 2 StGB ist am Merkmal des übergeordneten Interesses, wie es in der „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung interpretiert wurde, festzuhalten.
2. Eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 129 Abs. 2 StGB kann wegen der dann fehlenden Abgrenzung zur Bande nicht erfolgen.
3. Immer dann, wenn die Mitglieder einer Gruppierung bloß nach persönlichem Gewinn streben, ist die Verfolgung eines „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ i.S.v. § 129 Abs. 2 StGB ausgeschlossen.

Das Landgericht ist der Ansicht, dass keine kriminelle Vereinigung gebildet worden sei, weil es an einem übergeordneten Interesse aller Beschuldigten fehlen würde. Vielmehr sei an der Auslegung des BGH festzuhalten, wonach das voluntative Element des Vereinigungsbegriffs im Sinne einer Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit, kriminelle Ziele zu verfolgen, zu interpretieren sei.[8] Das ergebe sich aus der Auslegung des Wortlauts in § 129 Abs. 2 StGB zur Wortgruppe „übergeordnetes Interesse“, dem historischen Hintergrund[9] des neuen § 129 Abs. 2 StGB und systematischen[10] sowie teleologischen[11] Erwägungen bei der Abgrenzung zur Bande.

Immerhin ist dem Landgericht noch zuzugeben, dass der Wortlaut „übergeordnetes Interesse“ eine Auslegung nicht ausschließt, bei der der Einzelne in einer Vereinigung sich dem Gesamtwillen unterordnen muss. Mehr Zustimmung verdienen die Auslegungsversuche des Landgerichts Köln aber auch nicht.

Bei der historischen Auslegung beginnt das Landgericht im Jahr 2008 und blendet damit mehr als 200 Jahre Geschichte zum Vereinigungsbegriff aus. Dabei ist die Historie zum voluntativen Merkmal als „Unterordnung unter den Gesamtwillen“ in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bis zur „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung durchaus erhellend. Die historische Entwicklung des Vereinigungsbegriffs[12] zeigt nämlich, dass die bis zur „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung in der Rechtsprechung vertretene (enge) Auslegung der Vereinigungsdefinition auf den (ursprünglichen) rein politischen Hintergrund der Vorläufernormen des heute im Strafgesetzbuch geregelten Tatbestandes der Bildung krimineller Vereinigungen zurückzuführen war. § 129 RStGB ist unmittelbar aus § 99 PreußStGB von 1851 hervorgegangen und war mit diesem wortlautidentisch: „Die Teilnahme an einer Verbindung, zu deren Zwecken oder Beschäftigungen es gehörte, Maßregeln der Verwaltung oder Vollziehung von Gesetzen durch ungesetzliche Mittel zu verhindern oder zu entkräften, ist […] zu bestrafen.“ Der politische Charakter ist unverkennbar. Bis zum Sommer 2017 existierten weder im Reichsstrafgesetzbuch noch im Strafgesetzbuch Legaldefinitionen zur „Verbindung“ oder „Vereinigung“. Deshalb war es der Rechtsprechung überlassen, diese Begriffe mit Merkmalen auszufüllen. Die Wurzeln der Auslegung des Vereinigungsbegriffs bis zum Sommer 2017 stecken in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Verbindung“, dem Vorläuferbegriff der heutigen „Vereinigung“ in den §§ 128, 129 RStGB. Das Reichsgericht hatte im Jahr 1885 die Verbindung definiert als „ein Zusammenwirken mehrerer zu einem gemeinsamen Zwecke und ebendeshalb die Unterordnung des einzelnen unter den Gesamtwillen [...], ohne welche ein derartiges Zusammenwirken nach der Natur der Sache nicht thunlich ist.“[13] Später wurde die Definition weiter geschärft und die Verbindung definiert als „[…] auf eine gewisse Dauer berechnete, organisatorische Vereinigung einer Anzahl von Personen, die bei Unterordnung des einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, daß sie sich untereinander als ein einheitlicher Verband fühlen.“[14]

Es ist nicht zu übersehen, dass diese Definition in weiten Teilen mit der Definition der „Vereinigung“, wie sie vom BGH verwendet wurde, übereinstimmt, denn unter einer Vereinigung wurde in ständiger Rechtsprechung Folgendes verstanden: „Der auf eine gewisse Dauer angelegte, freiwillige organisatorische Zusammenschluss von mindestens drei Personen [...], die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen.“[15] Es ist aber auch nicht zu übersehen, dass das Merkmal der Unterordnung unter den Willen der Gesamtheit dem politischen Charakter der Strafbarkeit von Verbindungen geschuldet war. Dieses Verständnis hätte sich schon im Jahre 1951 mit dem 1. Strafrechtsänderungsgesetz[16] ändern müssen. Durch die Neufassung

[7] Vgl. LG Köln BeckRS 2020, 41405 Rn. 5.
[8] LG Köln BeckRS 2020, 41405 Rn. 11 ff.
[9] LG Köln BeckRS 2020, 41405 Rn. 19 ff.
[10] LG Köln BeckRS 2020, 41405 Rn. 26 ff.
[11] LG Köln BeckRS 2020, 41405 Rn. 31.
[12] Vgl. dazu ausf. *Sinn/Iden/Pörtner* ZIS 2021, 435 ff.
[13] RGSt 13, 273 (274).
[14] RG JW 1931, 3667 m.w.N.; vgl. auch RGSt 24, 328 ff.
[15] Vgl. BGHSt 54, 216 (221) m.w.N.
[16] BGBl. I 1951, S. 744.

des § 129 StGB fand eine Entpolitisierung und damit ein Sinnwandel des Gesetzgebers statt, wie auch das BVerfG feststellte.[17] Fortan sollten also Personenzusammenschlüsse erfasst werden, deren Zweck oder deren Tätigkeit darauf gerichtet ist, strafbare Handlungen zu begehen. Das hätte auch bei der Auslegung des voluntativen Elements eine Rolle spielen müssen. In der Rechtsprechung änderte sich aber nichts, obwohl es durchaus auch Gegenstimmen gab.[18]

Aber selbst wenn man nur die jüngsten Treiber für die Einfügung des neuen § 129 Abs. 2 StGB berücksichtigen wollte, so lassen sich daraus nicht die vom Landgericht Köln gezogenen Schlüsse herleiten. Zum einen ist auch die jüngere historische Aufarbeitung durch das Landgericht lückenhaft. Kein Wort verliert die Kammer zur United Nations Convention on Transnational Organized Crime (UNTOC oder Palermo-Übereinkommen).[19] Dass es dabei nicht nur um akademisches Interesse geht, ist dem Umstand geschuldet, dass Deutschland dieses Übereinkommen nicht nur im Jahr 2000 unterschieben, sondern 2005 auch ratifiziert[20] hat und deshalb *auch* durch die völkerrechtskonforme Auslegung an die Definition zur „organized criminal group" in Art. 2 lit. a UNTOC gebunden ist. Die damals noch Europäische Gemeinschaft war der UNTOC im Jahr 2004 beigetreten[21] und der dann im Jahr 2008 folgende Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union 2008/841/JI[22] ist die Folge einer Synchronisation der unionsrechtlichen Vorgaben für die Erfassung der organisierten Kriminalität im Organisationsdelikt der kriminellen Vereinigung mit der UNTOC. Für Deutschland ergab sich daraus eine *dreifache* Verpflichtung zur Anpassung des nationalen Rechts: als Vertragsstaat der UNTOC, als Mitgliedstaat der EU sowie aus Art. 216 Abs. 2 AEUV.

Zum anderen bleibt das Landgericht den Nachweis dafür schuldig, was dafür spricht, „dass der Gesetzgeber auf eine vollständige Angleichung der Legaldefinition in § 129 Abs. 2 StGB an die Vorgaben des Rahmenbeschlusses bewusst verzichtet hat, um eine zu extensive, geradezu uferlose Ausweitung der kriminellen Vereinigung zu vermeiden (vgl. auch BT-Drucks. 18/11275, S. 11, wonach der Begriff der Vereinigung von dem der Bande abzugrenzen sei)."[23] Der Gesetzgeber hat selbst eine Begründung dafür gegeben, warum er nicht die im Rahmenbeschluss für das voluntative Element engere Formulierung „um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen" (vgl. Art. 1 Nr. 1 RB) in den neuen § 129 Abs. 2 StGB aufgenommen hat: „Die Beschränkung auf die Verfolgung eines finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteils hätte nämlich eine gewisse Einschränkung der Möglichkeiten der Wohnraumüberwachung nach § 100c Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe b der Strafprozessordnung (StPO) in Verbindung mit § 129 Absatz 5 Satz 3 StGB-E zur Folge gehabt. Einige der in § 129 Absatz 5 Satz 3 StGB-E genannten Straftaten wären dann nicht § 129 Absatz 1 StGB-E unterfallen, da sie nicht regelmäßig in der Absicht begangen werden, einen materiellen Vorteil zu erlangen. Eine solche Einschränkung der bisherigen Möglichkeiten der Wohnraumüberwachung soll vermieden werden."[24] Wieso das Landgericht diese eindeutige Aussage bei der historischen Auslegung unberücksichtigt lassen kann, bleibt offen. Hinzu kommt, dass man mit der Legaldefinition in § 129 Abs. 2 StGB *einen* Vereinigungsbegriff schaffen wollte, der auch auf terroristische Vereinigungen (§ 129a StGB) angewendet werden kann. Diese Vereinigungen agieren aber in der Regel nicht profitorientiert. Es kann also gar nicht davon die Rede sein, dass der Gesetzgeber mit dem „übergeordneten gemeinsamen Interesse" in Abs. 2 an dem „übergeordneten Gesamtwillen" als Merkmal der Vereinigung festgehalten hat.[25] Vielmehr geht er über die internationalen Vorgaben noch hinaus. Das Landgericht verkennt geradezu den systematischen Zusammenhang zwischen § 129 Abs. 1 und Abs. 2 StGB.[26] In § 129 Abs. 2 wird die Vereinigung (unrechtsneutral) definiert. Danach können sich Personen zu einer Vereinigung bspw. aus Gründen der Profitabilität zusammenschließen. Eine solche Vereinigung verfolgt das Interesse der *gemeinsamen* Gewinnerzielung, das in Gestalt dieser *Gemeinsamkeit* über die persönlichen Einzelinteressen der Mitglieder hinausgeht, also übergeordnet ist. In der *gemeinsamen Zweckerreichung* liegt die Überordnung des Interesses, das sich durch Eingliederung des Einzelnen in Netzwerke oder durch Unterordnung in Hierarchien manifestiert. Zur kriminellen Vereinigung wird diese erst dann, wenn dieses übergeordnete gemeinsame Interesse (Profitorientierung) derart umgesetzt wird, dass Straftaten begangen werden (Abs. 1). Genau darin liegt der Paradigmenwechsel beim

[17] BVerfG NJW 1964, 539 (540).

[18] *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 129 Rn. 4. In einer späten Entscheidung aus dem Jahr 2005 weist der *3. Strafsenat* ausdrücklich auf den entpolitisierten Charakter des § 129 StGB hin, vgl. BGH NJW 2005, 1668 (1670).

[19] Der *3. Strafsenat* sah sich in der „Kameradschaft Sturm 34"-Entscheidung ebenfalls nicht veranlasst, die UNTOC zu nennen bzw. eine völkerrechtskonforme Auslegung anzusprechen. Auch in der Kommentarliteratur bleibt die UNTOC teilweise unerwähnt, vgl. bspw. bei *Stein/Greco*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 129 Rn. 1 ff. Auch der Gesetzgeber ging anlässlich der Reform im Jahr 2017 nicht auf die UNTOC ein.

[20] Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen v. 15.11.2000 gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität sowie zu den Zusatzprotokollen gegen den Menschenhandel und gegen die Schleusung von Migranten, BGBl. II 2000?, S. 954.

[21] Vgl. den Beschluss des Rates v. 29.4.2004 über den Abschluss – im Namen der Europäischen Gemeinschaft – des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (2004/579/EG), ABl. L 261 v. 6.8.2004, S. 69 ff.

[22] Rahmenbeschluss des Rates v. 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (2008/841/JI), ABl. L 300 v. 11.11.2008, S. 42 ff., Umsetzungsfrist: 10.5.2010.

[23] LG Köln BeckRS 2020, 41405 Rn. 25.

[24] BT-Drs. 18/11275, S. 10; BR-Drs. 795/16, S. 7.

[25] So aber *Stein/Greco* (Fn. 19), § 129 Rn. 15–21.

[26] Vgl. dazu ausf. *Sinn/Iden/Pörtner* ZIS 2021, 435 (443 f.).

Vereinigungsbegriff.[27] Durch den Einfluss der internationalen Vorgaben, der dadurch bewirkten Bindungswirkung für den deutschen Gesetzgeber und die systematischen Zusammenhänge zwischen § 129 StGB und der Wohnraumüberwachung sowie zwischen § 129 Abs. 1 und Abs. 2 StGB gilt heute ein neues Verständnis über kriminelle Vereinigungen, das in seiner Zweckbestimmung auf die organisierte Kriminalität zielt und Wirtschaftskriminalität einschließt.

Bleiben also noch die systematischen und teleologischen Einwände, die schon der *3. Strafsenat* in seiner „Kameradschaft Sturm 34"-Entscheidung vorgebracht hat, die auch von Teilen der Literatur immer wieder bemüht werden und die auch das Landgericht in seiner Entscheidung vorträgt. Sie lauten, dass nur ein Festhalten am „übergeordneten Gesamtwillen" eine Abgrenzung der Bande von der kriminellen Vereinigung ermöglichen würde.[28] Dieser immer wieder behaupteten These steht die fehlende Suche nach weiteren Abgrenzungsmerkmalen sowohl in der Wissenschaft als auch in der Justiz gegenüber. Dabei bietet gerade das organisatorische Element hinreichend Potential, die Bande von der kriminellen Vereinigung abzugrenzen.[29]

Unstreitig wird bei der Bande keine besondere Organisationsstruktur gefordert.[30] Unstreitig dürfte weiter sein, dass bei der kriminellen Vereinigung ein Mindestmaß an Organisation erforderlich ist, wobei es – ausweislich des Wortlauts des § 129 Abs. 2 StGB – nicht auf die *Ausprägung* der Struktur ankommen soll. Der Verzicht auf eine besondere Strukturausprägung stammt aus den internationalen Vorgaben, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass organisierte Kriminalität sowohl hierarchisch aufgebaut als auch netzwerkartig strukturiert sein kann. Es kommt nicht auf ein Maximum von Strukturmerkmalen an,[31] aber eine Struktur muss vorhanden sein. Damit sinken die Anforderungen an das organisatorische Element im Vergleich zu dem in der Rechtsprechung bisher vertretenen Merkmal in einem ersten Schritt, weil es gerade nicht mehr auf die förmliche Festlegung von Rollen für die Mitglieder oder auf eine Kontinuität der Mitgliedschaft ankommen soll. Es bedarf also keiner ausgeprägten „Gruppenidentität"[32] mehr, wie das von der Rechtsprechung im Ergebnis[33] früher verlangt wurde. Damit das organisatorische Merkmal aber nicht seine Bedeutung als Grenzelement bei der Abgrenzung zur Bande verliert, bedarf es einer Präzisierung dessen, was jenseits der in § 129 Abs. 2 StGB genannten negativen Merkmale unter „organisatorisch" zu verstehen ist. Von einer Organisation oder einem organisierten Zusammenschluss ist immer dann auszugehen, wenn Personen die ihnen zur Verfügung stehenden Ressourcen in eine *Struktur* eingliedern und dadurch ein neues Ganzes gebildet wird. Die in diesem organisierten Zusammenschluss wirkenden sozialen Kräfte binden die kriminellen Akteure durch Interdependenz, Macht und Ordnung.[34] Diese drei Merkmale werden bei Banden gerade nicht gefordert. Ermittlungspraktisch und justiziabel anwendbar wird dieses Konzept, wenn man die von der Praxis ausgearbeiteten Indikatoren für die Erkennung OK-relevanter Sachverhalte beim Organisationselement heranzieht.[35] Es ist hier nicht der Platz, dieses Konzept weiter auszuführen. Insoweit soll auf die umfangreiche Studie in ZIS 2021, 435 ff. verwiesen werden. Jedenfalls ist es möglich, völkerrechts- sowie unionsrechtskonform und strafrechtsdogmatisch widerspruchslos die kriminelle Vereinigung von der Bande über das organisatorische Element abzugrenzen.

Dem Landgericht ist auch nicht darin zuzustimmen, dass die Strafbarkeit krimineller Vereinigungen auf einer besonderen Eigendynamik beruht, die sich daraus speisen soll, dass sich die Beteiligten „einem gemeinsamen Ziel verbunden haben, das über die Begehung konkreter Straftaten hinausreicht".[36] Man mag das im Anschluss an die alte Rechtsprechung mit ihrer politischen Prägung und vielleicht heute noch für politisch motivierte kriminelle Vereinigungen annehmen wollen. Für profitorientierte organisierte Kriminalität und deren Organisation in kriminellen Vereinigungen ist eine Eigendynamik nicht prägend. Dort wird nicht illegal Geld verdient, weil dies aus einer Eigendynamik folgt, also von selbst geschieht, sondern weil man organisiert vorgeht. Es geht also um die Organisation mehrerer Personen zur Straftatbegehung, um die Bündelung von Ressourcen aller Art in einem personalen Zusammenschluss zur Effektivitäts- und Effizienzsteigerung der kriminellen Verhaltensweisen. Das Verhältnis von Aufwand und Nutzen für die Mitglieder soll dadurch optimiert werden, dass mehrere Personen ihre Ressourcen in den Dienst des gemeinsamen übergeordneten Interesses der Gewinnerzielung durch Straftatbegehung stellen. Die Gefährlichkeit einer kriminellen Vereinigung und damit der Anknüpfungspunkt für die Pönalisierung der Mitgliedschaft in einer solchen liegt also nicht in deren Eigendynamik, sondern in der Erwartbarkeit, dass Straftaten aus diesem organisierten Zusammenschluss heraus begangen werden. Die geschaffene Organisationsstruktur lässt das Ereignis „Straftatbegehung" erwartbar werden. Demgegenüber ist die bandenmäßige Begehung von Straftaten ein noch unsicheres Ereignis, weil es an einem hinreichenden Organisationsgrad, der Interdependenz und der Machtverteilung gerade fehlt. Des-

[27] Vgl. dazu ausf. *Sinn/Iden/Pörtner* ZIS 2021, 435 (443).
[28] BeckRS 2020, 41405 Rn. 27 ff.
[29] Vgl. dazu ausf. *Sinn/Iden/Pörtner* ZIS 2021, 435 (444 f.).
[30] Vgl. bspw. BGHSt 31, 202 (205) = BGH NJW 1983, 1334; BGH NStZ 1982, 68; *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 40; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 129 Rn. 24.
[31] So zu Recht *Stein/Greco* (Fn. 19), § 129 Rn. 26.
[32] Vgl. BT-Drs 18/11275, S. 11.
[33] Vgl. bspw. BGH NJW 2005, 1668 (1670); BGH NJW 1999, 1876 (1878); BGH NJW 1983, 1686; BGHSt 31, 202 (204 f.); BGH NJW 1979, 172 ohne dass dort „Gruppenidentität" ausdrücklich benannt würde.
[34] Vgl. auch *Latour*, Berliner Journal für Soziologie 11 (2001), 237 ff.; *Picot u.a.*, Organisation, Theorie und Praxis aus ökonomischer Sicht, 8. Aufl. 2020, S. 6 ff.; *Nadel*, The Theory of Social Structure, 1957, S. 11 f.
[35] Abgedruckt als Anlage E Nr. 2.4 zu den RiStBV bei *Meyer-Goßner/Schmitt*, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 64. Aufl. 2021.
[36] LG Köln BeckRS 2020, 41405 Rn. 31.

halb ist die bandenmäßige Begehung auch „nur“ ein strafschärfendes, nicht aber ein strafbegründendes Merkmal.

Inzwischen wurde das LG Köln auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung des *3. Strafsenats* eingeholt. Zum Zeitpunkt der Entscheidung durch das Landgericht lagen nur wenige höchstrichterliche Stellungnahmen vor, die sich mit dem neuen Vereinigungsbegriff auseinandergesetzt hatten. In einer frühen Entscheidung in einem Beschwerdeverfahren aus dem Jahr 2018 hatte der *3. Strafsenat* des BGH zunächst nur festgestellt, dass es erklärtes Ziel des neuen § 129 Abs. 2 StGB sei, „den Vereinigungsbegriff auszuweiten, indem die Anforderungen an die Organisationsstruktur und die Willensbildung abgesenkt werden.“[37] Der *3. Strafsenat* hatte sich dann einige Monate später in einem Revisionsverfahren mit der Bildung bewaffneter Gruppen zu beschäftigen. In Abgrenzung zur kriminellen Vereinigung hatte der *Senat* nur angedeutet, dass das „übergeordnete gemeinsame Interesse“ in § 129 Abs. 2 StGB den in der Rechtsprechung entwickelten „übergeordneten Gemeinschaftswillen“ einschließe.[38] Ob an der Rechtsprechung, die vor der Gesetzesreform ergangen ist, festzuhalten sein soll, wird nicht diskutiert. In mehreren Haftprüfungsverfahren hatte der *3. Strafsenat* dann 2019 erneut die Gelegenheit, zur Auslegung des neuen Vereinigungsbegriffs Stellung zu nehmen. Er führt nun klarer als noch ein Jahr zuvor aus, dass der Vereinigungsbegriff im Vergleich zu dem früheren Begriff der kriminellen oder terroristischen Vereinigung, wie er in der Rechtsprechung verstanden worden ist, ausgeweitet werden sollte. „Es sollen nunmehr nicht nur Personenzusammenschlüsse erfasst werden, deren Mitglieder sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen, sondern auch hierarchisch organisierte Gruppierungen mit bloßer Durchsetzung eines autoritären Anführerwillens ohne ‚Gruppenidentität‘“.[39] Die Mitgliedschaft in einer Vereinigung auf der Grundlage der Legaldefinition erfordere nicht, „dass sich der Täter in das ‚Verbandsleben‘ der Organisation integriert und sich deren Willen unterordnet“. Es genüge „eine gewisse, einvernehmliche Eingliederung des Täters in die Organisation“.[40] Diese Auslegung hat der *3. Strafsenat* im Jahr 2021 in weiteren Haftprüfungsverfahren zur Auslegung des § 129 Abs. 2 StGB bestätigt und festgestellt, dass „nach der Neufassung des Vereinigungsbegriffs durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität vom 17.7.2017 (BGBl. I S. 2440) [...] Strukturmerkmale wie Führungspersonal, fest abgestimmte Regularien und eine Unterordnung unter den gemeinsamen Verbandswillen jedoch nicht mehr erforderlich“[41] sind. In einer Leitsatzentscheidung vom 2.6.2021 hat der *3. Strafsenat* dann unmissverständlich klar gemacht, dass § 129 StGB Tätergruppierungen aus dem Bereich der organisierten Kriminalität ebenso wie sonstige Zusammenschlüsse aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität erfasst.[42] Eine Möglichkeit der Abgrenzung zur *Bande* will der *Senat* im voluntativen Element („übergeordnetes gemeinsames Interesse“) erblicken.[43] Während bei Bandenmitgliedern der übereinstimmende Wille künftiger Straftatbegehung genüge,[44] müsse bei den Mitgliedern krimineller Vereinigungen ausweislich § 129 Abs. 2 StGB ein übergeordnetes gemeinsames Interesse nachgewiesen werden. Das ist deshalb interessant, weil derselbe *Senat* eine solche Interpretation in der „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung gerade nicht versucht und eine unionsrechtskonforme Auslegung gerade wegen der fehlenden Abgrenzbarkeit zur Bande verneint hat.[45] Interessant ist weiter, dass der *Senat* die Kriterien zur Feststellung des übergeordneten gemeinsamen Interesses aus objektiven Umständen des Einzelfalles bestimmt: „Hierzu zählen insbesondere der Umfang und das Ausmaß genutzter – gegebenenfalls auch grenzüberschreitender – organisatorischer Strukturen sowie sachlicher Mittel, eine festgelegte einheitliche Willensbildung, eine interne Sanktionierung von Verstößen gegen gemeinschaftliche Regeln, die Anzahl der Mitglieder, ein von den konkreten Personen losgelöster Bestand, eine etwaige Gemeinschaftskasse, die Beanspruchung quasistaatlicher Autorität und die Einflussnahme auf grundlegende gesellschaftliche oder hoheitliche Akteure.“[46] Genau genommen hat das aber alles gar nichts mit dem Inhalt des voluntativen Elements zu tun, sondern betrifft das organisatorische Element, dass hinsichtlich des Bandesbegriffs als *Grenzelement* fungiert.[47] Diese Fehlstellung der Kriterien wirkt sich auch im Zusammenhang mit Wirtschaftskriminalität aus, wenn der *Senat* annimmt, dass „allein ein hoher betrieblicher Organisationsgrad den Rückschluss auf ein übergeordnetes Interesse nicht zu begründen“[48] vermag. Im Ergebnis ist das zwar richtig, aber es geht bei der kriminellen Vereinigung nicht um

[37] BGH, Beschl. v. 22.3.2018 – StB 32/17 = NStZ-RR 2018, 206 (207).

[38] Vgl. BGH, Urt. v. 14.6.2018 – 3 StR 585/17 = NJW 2018, 2970 (2973) = BGHSt 63, 138 (146 Rn. 22).

[39] BGH, Beschl. v. 7.5.2019 – AK 13/19, AK 14/19, AK 16/19, AK 17/19, AK 18/19, AK 19/19 = BeckRS 2019, 10865 Rn. 14; ebenso BGH, Beschl. v. 5.9.2019 – AK 49/19 = BeckRS 2019, 23746 Rn. 11; wortlautidentisch vgl. BGH, Beschl. v. 17.10.2019 – AK 56/19 = BeckRS 2019, 28702 Rn. 28; ähnlich auch Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 27.3.2020 – 1 Ws 3-5/20, UA S. 5 (unveröffentlicht). *(?)*

[40] BGH, Beschl. v. 7.5.2019 – AK 13/19, AK 14/19, AK 16/19, AK 17/19, AK 18/19, AK 19/19 = BeckRS 2019, 10865 Rn. 14; ebenso BGH, Beschl. v. 5.9.2019 – AK 49/19 = BeckRS 2019, 23746 Rn. 11.

[41] BGH, Beschl. v. 9.2.2021 – AK 3/21, AK 4/21 = NStZ-RR 2021, 136 (137).

[42] Vgl. BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21 = BeckRS 2021, 21720 Rn. 21.

[43] Vgl. BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21 = BeckRS 2021, 21720 Rn. 24 ff.

[44] Vgl. BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21 = BeckRS 2021, 21720 Rn. 26.

[45] Vgl. BGHSt 54, 216, (223 f.).

[46] BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21 = BeckRS 2021, 21720 Rn. 33.

[47] Vgl. dazu ausf. *Sinn/Iden/Pörtner* ZIS 2021, 435 (444 ff.). Zum Zeitpunkt der Publikation dieses Beitrags war das Urteil des *3. Strafsenats* (Fn. 42) noch nicht veröffentlicht.

[48] BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21 = BeckRS 2021, 21720 Rn. 33.

die Erfassung des Organisationsgrades „eines (auch) legal am Markt operierenden Unternehmens, dessen Geschäftszweck nicht primär in der Begehung von Straftaten liegt“[49], sondern um die Erfassung von Personenzusammenschlüssen, die organisiert Straftaten begehen. Der Fokus liegt also gerade nicht auf dem Grad der Organisation der legalen Unternehmensaktivitäten, sondern auf dem Grad der Organisation der aus diesem Unternehmen heraus begangenen Straftaten. In diesem Zusammenhang kann eine Rolle spielen, ob die legalen Geschäftsstrukturen und Organisationszusammenhänge für die Begehung und/oder Verschleierung von Straftaten missbraucht werden.

Nicht gefolgt werden kann dem *Senat* darin, dass § 129 Abs. 2 StGB Tatbestandsmerkmale enthält und eine Verschleifung des „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ in § 129 Abs. 2 StGB mit der Zweckbestimmung, dass die Vereinigung darauf ausgerichtet ist, Straftaten zu begehen in Abs. 1 befürchtet wird.[50] Bei § 129 Abs. 2 StGB handelt es sich um eine Legaldefinition und nicht um einen (Straf-)Tatbestand.[51] Das *Tatbestandsmerkmal*, das durch diese Legaldefinition beschrieben und ausgefüllt werden soll, ist das Merkmal „Vereinigung“ in Abs. 1 StGB. Selbstverständlich sind die Merkmale der Legaldefinition bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale heranzuziehen, vom Schutzkonzept des Verschleifungsverbots in Art. 103 Abs. 2 GG wird die Legaldefinition aber nicht erfasst.

V. Fazit

Allen drei Thesen des Landgerichts ist mit drei Antithesen zu widersprechen.

1. Mit der Reform des § 129 Abs. 2 StGB im Jahr 2017 ging ein Paradigmenwechsel beim Vereinigungsbegriff einher, der eine Neuinterpretation des „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ erzwingt.
2. Eine Abgrenzung zwischen der Bande und der kriminellen Vereinigung ist durch das organisatorische Element im Vereinigungsbegriff möglich und beseitigt die Bedenken eines unauflösbaren Bruchs im System der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen.
3. Das bloße Streben nach persönlichem Gewinn und die Verfolgung eines „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ schließen sich nicht gegenseitig aus.

Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Osnabrück

[49] BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21 = BeckRS 2021, 21720 Rn. 33.
[50] Vgl. BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21 = BeckRS 2021, 21720 Rn. 28, 34.
[51] Vgl. dazu auch *Sinn/Iden/Pörtner* ZIS 2021, 445 (448 ff.).

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Bereicherungsabsicht hinsichtlich der Zahlung von Wechselgeld aus einem Betäubungsmittelgeschäft

1. Zur Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung in Fällen, in denen der Käufer von Betäubungsmitteln gegen den Verkäufer die Zahlung von Wechselgeld mit Nötigungsmitteln durchzusetzen versucht.
2. Übergibt bei einem Betäubungsmittelgeschäft der Käufer dem Verkäufer einen Geldschein, dessen Wertzeichen den für die Betäubungsmittel vereinbarten Kaufpreis übersteigt, hat er gegen den Verkäufer – zumindest für den Fall, dass dieser ihn vorher nicht vorsätzlich getäuscht hat – keinen Anspruch auf Zahlung von Wechselgeld.
3. Die Übergabe eines Geldscheines lässt sich nicht in einen gesetzlich verbotenen Teil, der auf den Betäubungsmittelerwerb gerichtet ist, und einen erlaubten Teil aufspalten, der einen Anspruch auf Zahlung von Wechselgeld begründet.
(Leitsatz 1 amtlich, Leitsätze 2 und 3 der *Verf.*)

StGB §§ 253, 255

BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20 (LG Berlin)[1]

I. Einführung

Die Rechtsprechung hat sich in der Vergangenheit wiederholt mit Eigentums- und Vermögensdelikten im Drogenmilieu beschäftigt. Der Entscheidung des *Senats* liegt erstmals ein Sachverhalt zugrunde, in dem der Käufer von Betäubungsmitteln seinen ihm vermeintlich zustehenden Anspruch auf Zahlung von Wechselgeld gegen den Verkäufer mit Nötigungsmitteln durchzusetzen versucht. Neben weiteren Aspekten befasst sich der *Senat* dabei mit der Bereicherungsabsicht bei der Erpressung, wobei es schwerpunktmäßig um die Fragen geht, ob der Angeklagte Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der angestrebten Bereicherung hatte (III. 1.) und – insoweit sind die Ausführungen des *Senats* nicht tragend – ob er in objektiver Hinsicht zu Recht die Rückzahlung des noch ausstehenden Wechselgeldes verlangte (III. 2.). Am Rande thematisiert der *Senat* außerdem die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch (III. 3.). In der Entscheidung kommen damit auch zivilrechtliche Vorschriften zum Tragen, deren Auslegung und Anwendung Konsequenzen für die Strafbarkeit über den konkreten Fall hinaus haben.

II. Der Sachverhalt (vereinfacht)

Der Angeklagte wollte gemeinsam mit seinem Bekannten B spätabends in einem Park vom Geschädigten G Marihuana kaufen. Dieser bot ihnen 1 g zum Preis von 10 € an, womit sie einverstanden waren und ihm einen 20 €-Schein übergaben. G händigte B daraufhin in der geschlossenen Hand ein Tütchen mit Drogen sowie einen Geldschein aus. Weil B beides ungeprüft in seine Hosentasche steckte und die Beteiligten ihrer Wege gingen, bemerkten der Angeklagte und B erst später, dass G dem B lediglich einen 5 €-Schein anstatt eines 10 €-Scheines zurückgegeben hatte.[2]

Einige Zeit später trafen der inzwischen alkoholisierte Angeklagte und B in dem Park erneut auf G und forderten ihn lautstark zur Herausgabe von 5 € auf. Weil G jegliche Zahlungsansprüche zurückwies, packte der Angeklagte den G im Einvernehmen mit B am Kragen, schubste ihn und schlug ihn mit der Faust mehrfach ins Gesicht. G umklammerte daraufhin den Angeklagten und beide gingen zu Boden. Nachdem sich der Angeklagte mit Hilfe des B aus der Umklammerung befreit hatte, baute er sich vor G auf und forderte wiederum in aggressivem Tonfall die Zahlung von 5 €. G, der sich inzwischen mit dem abgebrochenen Hals einer Bierflasche bewaffnet hatte, ging auf den Angeklagten zu und fügte ihm eine Schnittwunde am linken Arm zu. Anschließend zogen die Begleiter des G diesen vom Geschehen weg und gingen mit ihm in Richtung einer S-Bahn-Unterführung (erster Tatkomplex).[3]

Der Angeklagte und B folgten ihnen und holten sie an der Unterführung ein. Der Angeklagte, der seinen Plan, G mit Gewalt 5 € abzunötigen, nunmehr für gescheitert hielt, warf G vor, ihn mit dem abgebrochenen Flaschenhals verletzt zu haben. Unvermittelt schlug er G daraufhin erneut mit der Faust kraftvoll ins Gesicht. Diesen Schlag sahen mehrere Polizeibeamte, die durch Passanten alarmiert worden waren, und nahmen den Angeklagten vorläufig fest (zweiter Tatkomplex).[4]

Die Strafkammer hatte den Angeklagten wegen versuchter Nötigung und weiterer Delikte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und fünf Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Eine Strafbarkeit wegen versuchter räuberischer Erpressung nahm sie hingegen nicht an. Da der Angeklagte und B nur die Herausgabe des noch fehlenden Wechselgeldes angestrebt hätten, sei die zur Durchsetzung einer Forderung aus einem Betäubungsmittelgeschäft ergangene Rechtsprechung nicht einschlägig; da der Anspruch zivilrechtlich bestanden habe, fehle es an der Absicht rechtswidriger Bereicherung.[5]

III. Die Entscheidung des *Senats*

Gegen die Entscheidung hatte die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt, die auf die Sachrüge hin zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückweisung an eine andere Strafkammer des LG Berlin führte.[6] Hinsichtlich der Verurteilung wegen versuchter Nötigung stellte der *Senat* Rechtsfehler sowohl zugunsten als auch zulasten des Angeklagten fest. Diese lagen vornehmlich – soweit es die Ausführungen der Strafkammer zur inneren Tatseite und zur Frage des Rücktritts anbetrifft – in einer unzureichenden Sachverhaltsdarstellung begründet. Darüber

[1] Veröffentlicht in NJW 2021, 1966 m. Anm. *Brand*; ferner abrufbar unter https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=e3a2630207cfbc930a49288e35edc806&nr=118243&pos=0&anz=1 (24.8.2021).

[2] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 3.
[3] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 3 f.
[4] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 5.
[5] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 8.
[6] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 1.

hinaus widersprach der *Senat* der Strafkammer zudem in der Anwendung des materiellen (Zivil-)Rechts.

1. Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der angestrebten Bereicherung

Im Gegensatz zur Nötigung i.S.d. § 240 StGB, bei der der Täter das Opfer mit Gewalt oder durch Drohung zu irgendeiner Handlung, Duldung oder Unterlassung veranlasst, ist das Verhalten des Täters im Falle einer Erpressung gem. § 253 StGB auf die Erlangung eines Vermögensvorteils gerichtet: Der Täter fügt seinem Opfer durch den Einsatz von Nötigungsmitteln einen Vermögensnachteil zu, „um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern". Beim vollendeten Delikt setzt diese Bereicherungsabsicht neben dem Willen (dolus directus 1. Grades), einen Vermögensvorteil, hier die Zahlung von 5 €, zu erlangen, und der vom Vorsatz getragenen Stoffgleichheit zwischen erstrebtem Vermögensvorteil und dem dem Opfer zugefügten Schaden ferner voraus, dass die erstrebte Bereicherung rechtswidrig ist und der Täter diesbezüglich zumindest mit bedingtem Vorsatz handelt.[7] Für den Prüfungsaufbau ergibt sich daraus die Besonderheit, dass die Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung trotz Verortung des Merkmals im subjektiven Tatbestand zunächst in objektiver Hinsicht festzustellen ist („zu Unrecht"), ehe man in einem zweiten Schritt auf das Vorstellungsbild des Täters eingeht. Kommt wie im vorliegenden Fall indes mangels Eintritts des Nötigungserfolges – G hatte jegliche Zahlung verweigert – lediglich eine versuchte (räuberische) Erpressung in Betracht, muss dem Täter allein der *Vorsatz*, d.h. der *Tatentschluss* bezüglich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung nachgewiesen werden (§ 22 StGB). Darauf, ob die angestrebte Bereicherung *objektiv* rechtswidrig ist, der Täter auf sie also einen fälligen und einredefreien Anspruch hat[8], kommt es hingegen nicht an. In der Konsequenz kann sich wegen versuchter (räuberischer) Erpressung auch derjenige strafbar machen, dem die Bereicherung nach zivilrechtlichen Vorschriften tatsächlich zusteht. Er muss es dazu nur irrtümlich für möglich halten und billigend in Kauf nehmen, dass die von ihm geltend gemachte Forderung nicht besteht oder von der Rechtsordnung nicht gedeckt ist.[9]

An dieser Stelle setzt die erste Kritik des *Senats* an. Denn die Strafkammer hatte schlicht nicht festgestellt, was sich der Angeklagte vorstellte, als er G im ersten Tatkomplex mehrfach mit der Faust ins Gesicht schlug. Vielmehr hatte sie sich auf die Erörterung der – für den Tatentschluss nicht relevanten – Frage beschränkt, ob der Angeklagte von G in objektiver Hinsicht die Zahlung von 5 € verlangen konnte, diese bejaht und davon ausgehend nonchalant auf das Fehlen der Bereicherungsabsicht geschlossen. Nun wird man angesichts der Sachverhaltsschilderung, der Angeklagte habe von G lautstark die Herausgabe von 5 € gefordert,[10] bei lebensnaher Betrachtung wohl auch kaum in Abrede stellen können, dass er sich als berechtigter Inhaber des von der Strafkammer zuerkannten Anspruchs auf Zahlung von Wechselgeld fühlte[11]. Nach der Rechtsprechung des BGH reicht dies zur Verneinung des Tatentschlusses jedoch nicht aus. Zusätzlich muss der Täter nämlich annehmen, diesen Anspruch mit gerichtlicher Hilfe in einem Zivilprozess durchsetzen zu können.[12]

Ausführungen, die eine solche Vorstellung des Angeklagten belegten, enthält das landgerichtliche Urteil in der Tat nicht. Der *Senat* hielt es insoweit nicht für ausgeschlossen, dass die Strafkammer den Angeklagten richtigerweise wegen versuchter (räuberischer) Erpressung und nicht lediglich wegen versuchter Nötigung hätte verurteilen müssen.[13] Das Urteil unterlag bereits deshalb der Aufhebung. In der nun anstehenden neuen Hauptverhandlung wird sich ein gut beratener Angeklagter natürlich dahingehend einlassen, er sei von einem gerichtlich durchsetzbaren Anspruch ausgegangen. Realistisch gesehen wird man ihm dies auch schwerlich widerlegen können.[14] Denn wie *Brand* treffend formuliert, stellt das Wechselgeld eben „kein Äquivalent für die gekauften Betäubungsmittel"[15] dar. Es erscheint daher durchaus plausibel, dass ein Laie zwischen dem bekanntermaßen verbotenen Austausch von Betäubungsmitteln gegen den vereinbarten Kaufpreis einerseits und dem überschießenden Betrag, der einen Anspruch auf Zahlung von Wechselgeld auslöst, andererseits differenziert und Letzteren insofern als für sich gesehen von der Rechtsordnung gedeckt betrachtet – zumal etwaige Hemmnisse wie die Notwendigkeit, in einem hypothetischen Gerichtsverfahren eigenes strafbares Verhalten, hier den nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG strafbewehrten Betäubungsmittelerwerb, offenbaren zu müssen, bei den Überlegungen außer Betracht zu bleiben haben.[16] Letztlich könnte der Angeklagte sogar auf die juristisch ausgebildeten Mitglieder der Strafkammer verweisen, die der gleichen Ansicht waren. Auch in einem neuen Verfahren wird der Angeklagte somit voraus-

[7] Zu den Bestandteilen der Bereicherungsabsicht i.S.d. §§ 253, 263 StGB ausf. z.B. *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 880 ff.; *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, 2009, Rn. 1271 ff.; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 166 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 13 Rn. 237 ff.

[8] Vgl. *Hefendehl* (Fn. 7), § 263 Rn. 922; *Heghmanns* (Fn. 7), Rn. 1274; *Rengier* (Fn. 7), § 11 Rn. 61.

[9] Vgl. BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 14; BGH NStZ 2017, 465 (466 f.); BGHSt 48, 322 (328); begrifflich handelt es sich nach BGHSt 42, 268 (272 f.) dann um einen untauglichen Versuch, differenzierend *Hefendehl* (Fn. 7), § 263 Rn. 936; *Heghmanns* (Fn. 7), Rn. 1276.

[10] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 14.

[11] Vgl. BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 14; BGH NStZ 2017, 465 (467); BGHSt 48, 322 (329).

[12] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 15; BGH NStZ 2017, 465, 467; BGHSt 48, 322 (329).

[13] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 15.

[14] In die gleiche Richtung *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2021, 439567.

[15] *Brand*, NJW 2021, 1968 (1969); ähnlich *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2021, 439567, der von einem „völlig neutralen Inhal[t]" der Wechselgeldabrede spricht.

[16] So BGHSt 48, 322 (329); ähnlich *Hefendehl* (Fn. 7), § 263 Rn. 925.

sichtlich nicht wegen (räuberischer) Erpressung verurteilt werden.

2. Objektive Rechtswidrigkeit der Bereicherung

Im Stile eines obiter dictum nimmt der *Senat* das Urteil als nächstes zum Anlass, die zivilrechtliche Lage rund um das Betäubungsmittelgeschäft in objektiver Hinsicht einer eingehenden Prüfung zu unterziehen. Ausgangspunkt ist § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG. Nach dieser Vorschrift bedarf einer Erlaubnis des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte u.a., wer Betäubungsmittel veräußern oder erwerben will. Als Betäubungsmittel im Sinne der Norm zählt nach Anlage I zum BtMG auch Marihuana, das aus den getrockneten Blüten und Blättern der Cannabispflanze gewonnen wird[17]. Der Angeklagte, B und G verfügten über keine derartige Erlaubnis, sodass der von ihnen geschlossene Kaufvertrag mitsamt der auf dessen Verwirklichung gerichteten Verfügungsgeschäfte wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB unwirksam war.[18] Folglich hatte weder der Angeklagte einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Drogen, noch konnte G die Zahlung des vereinbarten Kaufpreises i.H.v. 10 € verlangen. Der *Senat* geht noch einen Schritt weiter und neigt anders als die Strafkammer ferner der Auffassung zu, der Käufer könne vom Verkäufer ebenso wenig die Zahlung eines nach Austausch der Leistungen etwaig noch fehlenden Wechselgeldes, hier i.H.v. 5 €, fordern.[19] Dabei konzentrieren sich die Ausführungen des *Senats* primär auf vertragliche und bereicherungsrechtliche Anspruchsgrundlagen. Ansprüche aus § 985 BGB oder aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB scheiden dagegen von vornherein aus. Der Angeklagte war nie i.S.v. § 985 BGB Eigentümer eines möglicherweise noch im Besitz des G befindlichen weiteren Geldscheins im Wert von 5 €, den dieser als Wechselgeld hätte herausgeben können, und G hatte den Angeklagten auch nicht über den Wert des übergebenen Geldscheines oder überhaupt seine Rückzahlungsbereitschaft – wie für § 263 StGB aber erforderlich – getäuscht.[20] In letzterem Aspekt unterscheidet sich der Sachverhalt von einer Konstellation, die dem Urteil des BGH vom 12.3.2002 zugrunde lag. Ein Käufer von Betäubungsmitteln hatte dort an den Verkäufer den Kaufpreis gezahlt, im Gegenzug jedoch nicht – wie vom Verkäufer von Anfang an geplant – die entsprechenden Drogen erhalten. Der Käufer hatte sich „sein" Geld deshalb am Ende mit Gewalt zurückgeholt. Der BGH bejahte einen gerichtlich durchsetzbaren Kaufpreisrückzahlungsanspruch des betrogenen Käufers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, den dieser sich auch als solchen vorgestellt hatte, und lehnte eine Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung mangels Bereicherungsabsicht ab.[21] Hätte die Strafkammer im vorliegenden Fall eine entsprechende auf das Wechselgeld bezogene Täuschung durch G festgestellt, hätte der *Senat* wohl ebenfalls einen Anspruch des Angeklagten nach dem Deliktsrecht angenommen. Von einer Widersprüchlichkeit in der höchstrichterlichen Entscheidungspraxis ist insofern nicht auszugehen.[22]

Auf vertraglicher Ebene erwägt der *Senat* sodann einen Anspruch aus einem zum Kauf hinzutretenden Tauschvertrag oder einer gesonderten Wechselgeldabrede – je nachdem, worauf man den Anspruch auf Zahlung von Wechselgeld dogmatisch stützt[23]. Im Ergebnis scheide ein vertraglicher Anspruch, so der *Senat*, allerdings aus. Denn da etwaige Vereinbarungen über die Zahlung von Wechselgeld mit dem verbotenen Betäubungsmittelgeschäft untrennbar verbunden seien, schlage dessen Nichtigkeit nach Sinn und Zweck des § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG auf den Wechselgeldanspruch durch.[24]

Betrachtet man den Zweck des § 3 BtMG, der nach Ansicht des *Senats* darin liegt, die Erfüllung des verbotenen Betäubungsmittelgeschäfts zu unterbinden,[25] ist diese Schlussfolgerung indes nicht zwingend. Die Zahlung von Wechselgeld als solche dient nämlich nicht der Erfüllung des Betäubungsmittelgeschäfts im eigentlichen Sinne. In dem Zeitpunkt, in dem das Wechselgeld normalerweise ausgezahlt wird, hat der auf die Erfüllung der kaufvertraglichen Verpflichtungen gerichtete Leistungsaustausch schließlich bereits stattgefunden. Zahlt der Verkäufer an den Käufer nachträglich etwas zurück, wird dem Käufer dadurch lediglich das ausgekehrt, was dem Verkäufer selbst nach der nichtigen Kaufpreisvereinbarung nicht zusteht. Zum gegenteiligen Ergebnis gelangte man nur, wenn man sich im Sinne des *Senats* auf den Standpunkt stellte, der Käufer, der den Kaufpreis nicht passend bei sich hat, würde an den Verkäufer ohne Aussicht auf Rückerhalt des Wechselgeldes *gar nichts* zahlen. Denn unter diesem Umstand gäbe ebenso wenig der Verkäufer an den Käufer die Drogen heraus und die Erfüllung des Betäubungsmittelgeschäfts schei-

[17] *Weber*, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 244.

[18] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 17; vgl. allgemein zur zivilrechtlichen Bewertung von Betäubungsmittelgeschäften *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, § 134 Rn. 10; *Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 80. Aufl. 2021, § 134 Rn. 13; *Sack/Seibl*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2017, § 134 Rn. 222.

[19] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 16 ff.

[20] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 19, 21.

[21] BGH NJW 2002, 2117; kritisch hierzu *Kindhäuser/Wallau*, NStZ 2003, 152 ff.; *Mitsch*, JuS 2003, 122 ff.; zustimmend *Engländer*, JR 2003, 164 f.

[22] So aber *Brand*, NJW 2021, 1968 (1969); ob die Entscheidungen des BGH im Ergebnis überzeugen, steht auf einem anderen Blatt.

[23] Vgl. BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn.18; die i.Ü. noch vertretene Auffassung, die Übereignung der Geldscheine stehe bei einer nicht unerheblichen Zuvielzahlung unter der aufschiebenden Bedingung der Rückzahlung der Differenz (so z.B. OLG Saarbrücken NJW 1976, 65 [66]; *Ellenberger* [Fn. 18], § 158 Rn. 4), führt hingegen nicht weiter: Mit ihr lässt sich lediglich ein Anspruch aus § 985 BGB auf Rückgabe der als Kaufpreis übergebenen Geldscheine insgesamt, nicht aber ein solcher auf Herausgabe des vor der Übergabe noch im Eigentum des Verkäufers stehenden Wechselgeldes begründen.

[24] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 18.

[25] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 18; vgl. zu Sinn und Zweck des BtMG allgemein BT-Drs. 8/3551, S. 23 f.

terte insgesamt. Auch nach dieser Überlegung bliebe der Einfluss auf das Betäubungsmittelgeschäft aber lediglich *mittelbarer* Natur und es ist zweifelhaft, ob dies ausreichte, um die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB auf die Vereinbarung über das Wechselgeld zu erstrecken.[26] In der Praxis könnte die Sichtweise des *Senats* einem Betäubungsmittelkäufer sogar den – kriminalpolitisch verfehlten – Anreiz geben, sich zur Vermeidung von Ärger gleich den vollständigen Wert des übergebenen Geldscheines in Betäubungsmitteln aushändigen zu lassen, anstatt eine geringere Menge für einen entsprechend reduzierten Kaufpreis zu erwerben. Sollte der Angeklagte einem Betäubungsmittelverkäufer also noch einmal einen 20 €-Geldschein überreichen, wird er dafür in Zukunft vermutlich gleich 2 g Marihuana fordern. Dieses Ergebnis läuft dem weiteren Zweck des BtMG zuwider, den Missbrauch von Betäubungsmitteln sowie das Entstehen und Erhalten einer Betäubungsmittelabhängigkeit zu verhindern[27].

Aus der Perspektive des *Senats* kommt als letztes ein Anspruch aus Bereicherungsrecht in Betracht. Hätte der Angeklagte von G die Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 10 € begehrt, wäre das Ergebnis klar: Ein denkbarer Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB oder § 817 S. 1 BGB wäre jedenfalls nach § 817 S. 2 BGB (analog) ausgeschlossen, weil der Angeklagte mit der Kaufpreiszahlung – genau wie G mit der Entgegennahme des Geldes – gegen das gesetzliche Verbot aus § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG verstieß. Entsprechendes gilt nach Auffassung des *Senats* für das Wechselgeld, denn die Übergabe des 20 €-Scheines lasse sich nicht in einen bemakelten Teil, der auf den Betäubungsmittelerwerb gerichtet gewesen sei, und einen unbemakelten, lediglich zum Geldwechsel führenden Teil aufspalten.[28]

Diese Ausführungen überzeugen nicht. Für einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB, den der *Senat* grundsätzlich für einschlägig hält,[29] müsste der Angeklagte nämlich eine Leistung vorgenommen haben. Darunter ist jede bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens zu verstehen, und zwar im Rechtssinn, nicht im Sinne tatsächlicher Abläufe.[30] Rechtlich gesehen mehrt der Angeklagte mit der Aushändigung des 20 €-Scheins, soweit dieser wertmäßig den vereinbarten Kaufpreis i.H.v. 10 € abdeckt, zweifelsohne bewusst und zweckgerichtet das Vermögen des G; es geht ihm ja darum, seine vermeintliche Kaufpreiszahlungspflicht aus § 433 Abs. 2 BGB zum Erlöschen zu bringen. Soweit der Wert des Geldscheins jedoch den vereinbarten Kaufpreis in Höhe der restlichen 10 € übersteigt, will er damit – zumindest unmittelbar, s.o. – gerade keine irgendwie geartete Zahlungsverbindlichkeit tilgen. Man könnte insofern vertreten, dass der Angeklagte in Höhe des hier nur relevanten Übertrages schon keine Leistung erbracht hat. Der Anspruch auf Zahlung des noch fehlenden Wechselgeldes ließe sich dann richtigerweise auf § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Fall BGB stützen. Der Ausschlussgrund aus § 817 S. 2 BGB griffe nicht ein, weil die Vorschrift auf die Nichtleistungskondiktion keine Anwendung findet[31].

Selbst wenn man jedoch in der Übergabe des 20 €-Scheines insgesamt eine Leistung i.S.d. § 812 BGB erblickt, steht dem Angeklagten ein Anspruch auf Zahlung des Wechselgeldes aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB zu. Problematisch ist dabei allein, ob der Anspruch ausgeschlossen ist. Konkret kommt zunächst ein Ausschluss gem. § 814, 1. Fall BGB in Betracht. Danach kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, zur Leistung nicht verpflichtet gewesen zu sein. Der Angeklagte wusste, dass er nach dem Inhalt des Kaufvertrages zur Zahlung des Übertrages an G nicht verpflichtet war. Die Zuvielzahlung stand allerdings unter dem für G erkennbaren Vorbehalt der Rückforderung, was § 814, 1. Fall BGB unanwendbar macht.[32]

Darüber hinaus könnte sich der Ausschluss – wie der *Senat* es annimmt – aus § 817 S. 2 BGB analog ergeben. Spätestens an dieser Stelle ist nun zwischen dem Kaufpreis und dem Überbetrag zu unterscheiden: Leistung i.S.d. § 817 BGB ist nämlich nur, was *unmittelbar* der Erfüllung einer Forderung aus einem sitten- oder gesetzeswidrigen Geschäft dient[33] und überdies nach dem Willen der Parteien *endgültig* im Vermögen des Leistungsempfängers verbleiben soll[34]. Dass Ersteres auf den Überbetrag nicht zutrifft, wurde oben bereits dargelegt. Nach dem Willen des Angeklagten und G sollten die überschießenden 10 € wirtschaftlich zudem nicht endgültig im Vermögen des G verbleiben; die Parteien hatten sich ja auf den Erwerb von 1 g Marihuana für lediglich 10 € geeinigt. Die Übergabe des 20 €-Scheines war insofern allein dem Umstand geschuldet, dass der Angeklagte und B die erforderlichen 10 € nicht passend dabei hatten. Welchen Weg man also auch einschlägt – die vom Angeklagten erstrebte Bereicherung war objektiv *nicht* rechtswidrig.

3. Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch

Die dritte Kritik des *Senats* betrifft schließlich die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch gem. § 24 StGB. Da die Strafkammer den Angeklagten und B für Mit-

[26] Ähnlich auch *Brand*, NJW 2021, 1968 (1969); *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2021, 439567.
[27] Vgl. BT-Drs. 8/3551, S. 24.
[28] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 20.
[29] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 20; für den Wechselgeldanspruch allgemein auch *Löhnig/Fischinger*, JuS 2007, 512.
[30] BGH NJW 2019, 2608 (2609); BGH NJW 2018, 1079; *Sprau*, in: Palandt (Fn. 18), § 812 Rn. 14.
[31] Vgl. *Lorenz*, in: Staudinger (Fn. 18), § 817 Rn. 10; *Schwab*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 817 Rn. 11; *Sprau* (Fn. 3030), § 817 Rn. 12.
[32] So auch *Löhnig/Fischinger*, JuS 2007, 512 (dort Fn. 1); allgemein zur (Nicht-)Anwendbarkeit des § 814, 1. Fall BGB bei vorbehaltener Rückforderung *Lorenz* (Fn. 31), § 814 Rn. 7; *Schwab* (Fn. 31), § 814 Rn. 9; *Sprau* (Fn. 30), § 814 Rn. 5.
[33] *Schwab* (Fn. 31), § 817 Rn. 44; kritisch hierzu *Lorenz* (Fn. 31), § 817 Rn. 13.
[34] BGHZ 222, 283 (319); BGH NJW 1995, 1152 (1153); *Sprau* (Fn. 30), § 817 Rn. 15; kritisch hierzu *Lorenz* (Fn. 3131), § 817 Rn. 13.

täter gehalten hatte, ist Grundlage dazu § 24 Abs. 2 S. 1 StGB.[35] Gemäß dieser Vorschrift wird wegen Versuches nicht bestraft, wer freiwillig die Vollendung der Tat verhindert. Dabei kann eine Vollendungsverhinderung schon in einem bloßen Unterlassen durch Nichtweiterhandeln liegen.[36] Der Angeklagte und B hatten es gegen Ende des ersten Tatkomplexes unterlassen, auf G weiter einzuschlagen, und er und seine Begleiter konnten sich so auf den Weg zur S-Bahn-Unterführung machen. Auf dem Boden der landgerichtlichen Feststellungen hätte es daher nahegelegen, die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt zu prüfen. Die Strafkammer hatte den Gedanken hieran dagegen wohl in Annahme eines den Rücktritt ausschließenden Fehlschlags sogleich verworfen: Zu Beginn der Darstellung des zweiten Tatkomplexes heißt es, der Angeklagte habe seinen Plan, G mit Gewalt 5 € abzunötigen, nunmehr für gescheitert gehalten.[37] Darin erblickt der *Senat* einen weiteren Erörterungsmangel, der die Revision dieses Mal zugunsten des Angeklagten begründet. Dass der Angeklagte eine solche Vorstellung nämlich *zu Beginn des zweiten Tatkomplexes* hatte, ist für die Frage eines möglichen Fehlschlags der im ersten Tatkomplex bereits verwirklichten versuchten Nötigung nicht relevant. Maßgeblich hierfür ist vielmehr der Zeitpunkt *nach der letzten Ausführungshandlung*, die nach Ansicht des *Senats* in dem erneuten Einfordern des Geldes, nachdem sich der Angeklagte aus der Umklammerung des G gelöst hatte, liegt.[38] Angaben zur Vorstellung des Angeklagten in diesem Zeitpunkt fehlen im Urteil. Die für das neue Verfahren zuständige Strafkammer wird auch hier nachzubessern haben.

IV. Bewertung und Ergebnis

Die Entscheidung des *Senats*, die Verurteilung wegen versuchter Nötigung aufzuheben, ist angesichts der unzureichenden Sachverhaltsdarstellung seitens der Strafkammer richtig. Soweit der *Senat* überdies zu erkennen gibt, dem Käufer von Betäubungsmitteln – zumindest für den Fall, dass der Verkäufer ihn nicht vorsätzlich getäuscht hat – in objektiver Hinsicht keinen Anspruch auf Zahlung von Wechselgeld zubilligen zu wollen, verfangen seine Ausführungen hingegen nicht. Dies gilt zumindest bezogen auf das Bereicherungsrecht, das dem Angeklagten richtigerweise einen solchen Anspruch – je nach Auslegung des Begriffs der Leistung i.S.v. § 812 BGB – gem. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB bzw. § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Fall BGB verleiht. Es bleibt abzuwarten, ob auch die Zivilgerichte einmal die Gelegenheit haben werden, sich zu den rechtlichen Grundlagen des Wechselgeldanspruchs zu positionieren. An veröffentlichter Rechtsprechung dazu mangelt es – soweit ersichtlich – bisher.

Assessorin Dr. Theresa Regina Disselkamp, Münster

[35] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 23.
[36] BGH NStZ 1989, 317 (318); *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 24 Rn. 89; *Hoffmann-Holland*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 166; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 38 Rn. 18.
[37] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 5; zum Begriff des Fehlschlags ausf. *Eser/Bosch* (Fn. 36), § 24 Rn. 8 ff.; *Hoffmann-Holland* (Fn. 36), § 24 Rn. 52 ff.; *Rengier* (Fn. 36), § 37 Rn. 15 ff.
[38] BGH, Urt. v. 15.4.2021 – 5 StR 371/20, Rn. 23; allgemein zum sog. Rücktrittshorizont z.B. BGH StV 2021, 307 (308); BGH NStZ 2018, 468; BGH NStZ 2011, 209.

B u c h r e z e n s i o n

Looschelders, Dirk, Schuldrecht, Besonderer Teil, 16. Aufl., Vahlen, München 2021, 660 S., 28,90 €.

I. Einleitung

Die Lehrbücher von *Dirk Looschelders* zum Schuldrecht können durchaus als Klassiker der Studienliteratur bezeichnet werden. Nachdem im Jahr 2020 die 18. Auflage zum allgemeinen Teil des Schuldrechts[1] erschienen ist, hat *Looschelders* nun vor kurzem die 16. Auflage des Lehrbuchs zum besonderen Teil des Schuldrechts vorgelegt und dieses damit auf den Stand von Mitte Januar 2021 gebracht. Eingearbeitet wurden unter anderem bereits Inhalte des Referentenentwurfes eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie zum Warenkauf vom 10.12.2020 und der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie zu Verträgen über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen vom 13.1.2021. Daneben haben Änderungen beim Maklervertrag, die seit der vorigen Auflage ergangene Rechtsprechung sowie die umfangreichen Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das besondere Schuldrecht Beachtung gefunden.

II. Zum Inhalt

In insgesamt neun Teilen, diese aufgeteilt in eine Vielzahl von Abschnitten, wird dem Leser eine Reise durch den besonderen Teil des Schuldrechts angeboten, die nur wenige Fragen offenlässt. Im Einzelnen:

Im ersten Teil geht es um Veräußerungs- und Kreditverträge, von denen der Kaufvertrag der bekannteste und klausurrelevanteste sein dürfte. Insoweit lässt der *Verf.* keine Wünsche offen. Beginnend mit den Pflichten des Verkäufers und des Käufers, über den Mangel der Kaufsache und die daraus entstehenden Rechte des Käufers bis hin zu Fragen des Eigentumsvorbehalts und des Verbrauchsgüterkaufes, werden Antworten für alle denkbaren Klausurkonstellationen geliefert. Weiter wird auf das hinsichtlich seiner Klausurrelevanz ebenfalls nicht zu unterschätzende Themenfeld des Darlehensvertrages, insbesondere in der Ausprägung als Verbraucherdarlehensvertrag, eingegangen. Im Rahmen der Darstellung der Fallgestaltungen der Sittenwidrigkeit eines Darlehensvertrags hätte allerdings genauer gearbeitet werden müssen. Wie der *Verf.* zutreffend einleitet, kann sich die Sittenwidrigkeit eines Darlehensvertrages nämlich unter anderem daraus ergeben, dass zwischen dem vereinbarten Zins und dem marktüblichen Zins eine auffällig große absolute Zinsdifferenz besteht. Wie der BGH in dem Urteil, auf welches sich *Looschelders* bezieht, festgestellt hat, ist Sittenwidrigkeit gegeben bei einer absoluten Zinsdifferenz von 12 %-Punkten,[2] nicht aber, wie der Leser nach der Lektüre der Ausführungen zum Schutz des Darlehensnehmers auf S. 155 meinen mag, bereits bei 12 %. Bei der Verwechslung von Prozent und Prozentpunkten handelt es sich um einen Fehler, der auch in der Praxis häufig begangen wird,[3] der dennoch aber vermieden werden sollte.

Der zweite Teil widmet sich sodann den Überlassungsverträgen, wobei Mietvertrag und Leasingvertrag vertieft behandelt werden. Der dritte Teil setzt sich mit den tätigkeitsbezogenen Schuldverhältnissen auseinander. Diese sind etwa der Dienstvertrag, der Auftrag, die Geschäftsführung ohne Auftrag und der Werkvertrag. Bei Werkverträgen wurde in letzter Zeit insbesondere diskutiert, ob für den Fall, dass ein mangelhaftes Werk gegeben ist, der Besteller das Werk behält, den Mangel aber nicht beseitigen lässt, fiktive Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht werden können. Insoweit haben sich Änderungen in der Rechtsprechung des BGH ergeben,[4] die allesamt prägnant und klausurtauglich dargestellt werden.

Weniger klausurrelevant, aber dennoch nicht uninteressant sind die im vierten Teil erläuterten Verträge über ein Risiko. Umso klausurrelevanter ist hingegen die Bürgschaft, auf die im fünften Teil eingegangen wird. Etwas kurz gerät in diesem Zusammenhang leider die Diskussion, ob die §§ 491 ff. BGB, in denen es an sich um den Verbraucherdarlehensvertrag geht, auf die Bürgschaft anwendbar sind. Zwar wird auf diese Thematik in aller Kürze auf S. 419 eingegangen, ohne dem Studierenden jedoch vertiefte Argumente für die vertretenen Ansichten zu nennen, die aber gerade für eine Klausur äußerst wichtig sind. Gerade im Zusammenhang mit der jüngsten Entscheidung des BGH zu einem etwaigen Widerruf bei der Bürgschaftserklärung eines Verbrauchers,[5] dürfte diese Frage nämlich in Klausuren wieder an Relevanz gewinnen.

Fortgesetzt wird das Werk im sechsten Teil mit dem Bereicherungsrecht und im siebten Teil mit Fragen der außervertraglichen Schadensersatzhaftung. Erfreulich ist, dass nicht nur die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB ausführlich erläutert wird, sondern auch weitere Haftungstatbestände des BGB, wie beispielsweise die Haftung bei Verletzung eines Schutzgesetzes oder bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung, im gebotenen Umfang anschaulich thematisiert werden.

Gerade für Verwender der Vorauflagen ist zudem hilfreich, dass die gewohnte Struktur der einzelnen Teile beibehalten wurde. So finden sich neben den im angemessenen Umfang verwendeten Fußnoten regelmäßig Hinweise auf weiterführende Literatur und das umfangreiche Paragrafen- und Entscheidungsregister ermöglicht ein schnelles Auffinden einzelner Themen.

III. Fazit

Insbesondere im „Doppelpack“ können die beiden Lehrbücher von *Looschelders* zum Schuldrecht bedingungslos für all diejenigen empfohlen werden, die sich intensiv auf juristische Klausuren gleich welcher Art vorbereiten möchten, ohne dabei den Blick für das in der Klausur Wesentliche zu verlieren. Die beiden Lehrbücher ergänzen sich perfekt.

[1] Siehe hierzu bereits *Haupt*, ZJS 2021, 238.
[2] BGH NJW 1988, 1659 (1660).
[3] Zur Lösung in der Praxis siehe etwa OLG Hamm NJW 2005, 2238.
[4] Siehe etwa BGH NJW 2018, 1463.
[5] BGH ZIP 2020, 2175.

Das Werk zum besonderen Teil des Schuldrechts besticht auch in der Neuauflage durch seine Übersichtlichkeit und Ordnung, welche dem Nutzer eine schnelle Orientierung ermöglicht. Der „rote Faden" wird vom *Verf.* nie verloren, sodass der Leser sich mit allen Themen des besonderen Teils des Schuldrechts auseinandersetzen kann, ohne dabei Gefahr zu laufen, in der Masse der Informationen verloren zu gehen.

Ähnlich wie bei dem Lehrbuch von *Looschelders* zum allgemeinen Teil des Schuldrechts handelt es sich auch bei dem vorliegenden Werk aufgrund des Umfanges von über 600 Seiten nicht um ein Lehrbuch, dass – vergleichbar einem Skript – zur kurzfristigen Wiederholung des gesamten Stoffes vor der Klausur geeignet ist. Vielmehr eignet sich das Werk einerseits für das Nachschlagen spezifischer Themen und andererseits auch für die längerfristige Vorbereitung auf Klausuren und zur Verwendung in Hausarbeiten. Ein weiteres Kaufargument ist schlussendlich der studentenfreundliche Preis i.H.v. 28,90 €.

*Ref. iur. Tino Haupt, München**

* Der *Autor* ist Doktorand an der Universität Würzburg und Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart. Er absolviert derzeit seine Rechtsanwaltsstation bei einer internationalen Rechtsanwaltskanzlei in München.

Vorüberlegungen zu einer Teilnahme an einem Moot Court im Jurastudium

Von Stud. iur. **Lukas Eitel**, Bayreuth*

Moot Courts zählen zu den prestigeträchtigsten aller juristischen Nebenaktivitäten. Sie sind regelmäßig zeit- und arbeitsaufwendig, bieten den Teilnehmenden aber neben ihrem Ansehen eine gute Gelegenheit, ihre juristischen Fähigkeiten, ihre Teamfähigkeit und ihre Rhetorik zu schulen. Ich kann nur jedem zu einer Teilnahme raten. Sie sollte allerdings gut überlegt sein. An den Universitäten und im Internet finden sich zahllose Informationen über Wesen und Ablauf von Moot Courts, aber kaum substanzielle verlässliche Angaben, welche Aspekte es zu bedenken gilt, wenn eine Teilnahme angestrebt wird. In diesem Beitrag soll deswegen dargelegt werden, welche allgemeinen und persönlichen Faktoren in die Entscheidung über die Teilnahme oder Nichtteilnahme einfließen sollten.

I. Die allgemeinen Aspekte

Begonnen werden muss diese Abwägung mit der Überlegung, ob gerade Zeit für eine Teilnahme besteht, an welchen Moot Courts teilgenommen werden kann und welcher für den Studierenden der Passende ist.

1. Die zeitliche Einbindung in Studium

Ausgangspunkt der Überlegung, inwieweit eine Teilnahme mit der eigenen Studienplanung vereinbar ist, ist die Tatsache, dass erstes und wichtigstes Ziel im Jurastudium ein erfolgreiches Bestehen der ersten juristischen Prüfung ist. Trotz aller Vorteile ist ein Moot Court nur eine Nebenaktivität, in der man sich nicht verlieren sollte. Der Wettbewerb sollte sich insbesondere niemals auf wichtige Prüfungen (Zwischenprüfungen, Scheine, Schwerpunktprüfung) auswirken oder den Lernfortschritt behindern. Es darf nicht unterschätzt werden, dass ein Moot Court viel Zeit und Mühe erfordert. Im schlimmsten Fall werden ganze Rechtsgebiete vernachlässigt, für die während der Teilnahme keine Zeit blieb, da stets Schriftsätze zu schreiben waren oder Verhandlungstermine wahrgenommen werden mussten. Die Fristen nehmen auf Ferien, Prüfungen oder persönliche Verpflichtungen keinerlei Rücksicht. Daher gilt es, sich seine Zeit so einzuteilen, dass neben der Teilnahme auch das schon naturgemäß zeitraubende Jurastudium nicht vernachlässigt wird und die anstehenden Klausuren und Hausarbeiten nicht zu kurz kommen. Dies gilt auch in besonderem Maße für jene Moot Courts, für die ein Urlaubssemester genommen werden muss. Diese bedeuten einen merklichen Einschnitt in den normalen Studienablauf.

Eine Teilnahme empfiehlt sich daher erst, wenn die Zwischenprüfungen bestanden wurden und man sich sicher ist, das Studium bis zum Examen weiterführen zu wollen. Der richtige Zeitpunkt ist nach meiner Erfahrung das Ende der Grundphase oder der Beginn der Mittelphase (zwischen dem dritten und fünften Semester). Die Teilnahme ist auch abhängig vom jeweiligen Zeitaufwand des Moot Courts, dennoch sollten im Idealfall im betreffenden Semester keine wichtigen Prüfungen abgelegt werden. Jedenfalls sollte man dann nicht mehr an einem Moot Court teilnehmen, wenn der Schwerpunkt oder die Examensvorbereitung begonnen wurde und ein Wettbewerb nicht zu den anrechenbaren Studienleistungen gehört. Diese Phasen sollten von aufwändigen Nebenaktivitäten freibleiben.

2. Die Auswahl an Moot Courts

Wenn man sich sicher ist, für einen Moot Court Zeit zu haben, muss im nächsten Schritt geprüft werden, an welchen Moot Courts überhaupt teilgenommen werden kann.

Welche Moot Courts angeboten werden, ist zumeist von der jeweiligen Universität abhängig. Informationen dazu finden sich auf den Webseiten der betreuenden Lehrstühle oder der Veranstalter selbst.

Manche Moot Courts erfordern eine intensive Betreuung und werden daher nur angeboten, wenn sich ein Lehrstuhl oder ein Institut gefunden hat, welche die Teilnahme organisatorisch leiten. Die Betreuung ist nicht zuletzt oft ein Projekt des Lehrstuhlinhabers aus Liebhaberei oder aufgrund einer früheren eigenen Teilnahme. Große Universitäten bieten regelmäßig mehr Moot Courts an oder fördern diese durch eigene Einrichtungen. Beispielsweise beschäftigt die FAU Erlangen-Nürnberg einen eigenen Moot Court Koordinator[1], während die Bucerius Law School ein eigenes Mooting Center zur Betreuung unterhält[2]. Wenn an der eigenen Universität nicht der gewünschte Moot Court angeboten wird, so sollte dies kein Hindernis sein. Es ist immer einen Versuch wert, einen passenden Lehrstuhl zu kontaktieren und zu bitten, die Betreuung zu übernehmen. Manche Lehrstühle gewähren zumindest finanzielle Unterstützung oder Hilfe bei der Korrektur der Schriftsätze.

Andere Moot Courts hingegen verlangen eine eigene Anmeldung beim Veranstalter selbst, so dass eine Teilnahme formal unabhängig von der Heimatuniversität ist. Soweit es möglich ist, sollte aber dennoch ein Lehrstuhl oder ein externer Betreuer zur Hilfe herangezogen werden, sei es nun ein Anwalt oder ehemalige Teilnehmer. Ausgangspunkt können die Begleitbroschüren und Teilnehmerhefte der letzten Jahre sein. Auch hier gilt der Grundsatz, dass sich ein Versuch lohnt.

---

* Der *Verf.* hat am 8. Hans Soldan Moot Court 2020 zum anwaltlichen Berufs- und Zivilrecht den Preis des Deutschen Anwaltvereines für den besten Beklagtenschriftsatz gewonnen und zog im Anschluss am 28. ELSA Deutschland Moot Court 2020/2021 in den Nationalentscheid am Hanseatischen Oberlandesgericht ein. Er betreut als Student Coach die Bayreuther Teams des 9. Hans Soldan Court Moot 2021. Dank gebührt an dieser Stelle *Jacqueline Heuser* für wertvolle Anmerkungen.

[1] Hierzu https://www.jura.rw.fau.de/studium/im-studium/moot-courts/moot-court-koordinator/ (3.8.2021).

[2] https://www.law-school.de/bucerius-mooting-center (3.8.2021).

3. Die Wahl des richtigen Moot Courts

Sodann gilt es, unter den möglichen Moot Courts denjenigen auszuwählen, der den eigenen Interessen und Fähigkeiten am besten entspricht.

Grob unterscheiden lassen sich die einzelnen Wettbewerbe nach zwei Kategorien: Sprache und Rechtsgebiet: Die meisten Moot Courts an deutschen Universitäten sind internationale Wettbewerbe, die dementsprechend in englischer Sprache abgehalten werden. Sie bewegen sich dem Rechtsgebiet nach dann auch im Völkerrecht, internationalen Wettbewerbsrecht oder im Bereich der Menschenrechte. Der wohl bekannteste von ihnen ist der englischsprachige Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot[3] (kurz Vis Moot), an dem jährlich dutzende bis hunderte Universitäten aus der ganzen Welt teilnehmen und ein Verfahren vor einem Schiedsgericht austragen. Am größten und ältesten ist die Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition[4], die eine Verhandlung vor dem Internationalen Gerichtshof simuliert. Es folgen beispielsweise der Telders International Moot Court[5] im Völkerrecht oder die John H. Jackson Moot Court Competition[6] im Welthandelsrecht. Im Bereich des Völkerstrafrechts genießt etwa die ICC Moot Court Competition[7] einen guten Ruf.

Die größeren deutschsprachigen Moot Courts sind im Zivilrecht angesiedelt, andere auch im Öffentlichen Recht (BFH Moot [Wettbewerb des BFH und der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft][8], ELSA Deutschland Verwaltungsrecht Moot Court [EDVMC][9], Hanse Moot[10], VGH-Moot Court „Öffentliches Recht in Baden-Württemberg“[11]). Im Strafrecht gibt es neben den kleineren fakultätsinternen Wettbewerben[12] nur einen einzigen bundesweiten Moot Court in deutscher Sprache (Strafrecht Moot Court[13]). Nur vereinzelt finden sich auch Veranstaltungen in anderen Sprachen wie Französisch (Concours René Cassin Moot Court[14]).

Vorteilhaft ist es dennoch, einen Moot Court zu wählen, der sich inhaltlich am meisten mit dem Pflichtfachstoff des ersten Examens deckt. Dennoch darf man sich keine Illusion darüber machen, dass sich wesentliche Teile eines Moot Courts in Rechtsgebiete erstrecken, die nicht examensrelevant sind.

4. Exkurs: Deutschsprachige Moot Courts im Zivilrecht

Wohl am nächsten an der späteren Berufsrealität der meisten Studierenden[15] sind die zivilrechtlichen Moot Courts.

Der älteste deutsche Wettbewerb ist der ELSA Deutschland Moot Court (EDMC)[16], der seit 1994 von der studentischen Organisation ELSA veranstaltet wird. Er findet in drei Runden (Lokalentscheid, Nationalentscheid, Bundesentscheid) statt. Nach einem Sieg im KO-System steigen die Zweierteams in die nächste Instanz auf. Die Teilnehmer am Bundesentscheid verhandeln in Karlsruhe vor dem Bundesgerichtshof. Der etwa zehnseitige Sachverhalt bewegt sich im Zivilrechtsstoff der ersten Semester und ist inhaltlich gut überschaubar. Der Zeitaufwand ist nach meiner Einschätzung von allen mir bekannten Moot Courts am geringsten, steigt aber mit dem Fortkommen im Wettbewerb. Der Durchgang 2020/2021 etwa (während der Pandemielage abweichend zu vorherigen Jahren) sah für den Lokalentscheid einen, die nächste Runde schon zwei Schriftsätze vor.

Den goldenen Mittelweg geht der Hans Soldan Moot Court zum anwaltlichen Berufs- und Zivilrecht,[17] der seit 2013 jedes Jahr angeboten wird. Die Teams bestehen aus vier Personen. Er bewegt sich neben der zivilprozessualen Einkleidung inhaltlich etwa zur Hälfte im anwaltlichen Berufsrecht und zur anderen Hälfte in einem Bereich des allgemeinen Zivilrechts (2018 Verbrauchsgüterkauf, 2019 Reiserecht, 2020 Pachtrecht, 2021 Werbevertragsrecht). Der Wettbewerb erstreckt sich traditionell über zwei je einmonatige Schriftsatzphasen (Klageschrift und Klageerwiderung) im Sommer und den mündlichen Verhandlungen Anfang Oktober. Er lässt sich

[3] Weiter Informationen unter https://www.vismoot.org/ (3.8.2021).
[4] Weitere Informationen unter https://www.ilsa.org/about-jessup/ (4.8.2021).
[5] Weitere Informationen unter https://www.universiteitleiden.nl/teldersmcc (4.8.2021).
[6] Weitere Informationen unter https://elsa-germany.org/unsere-projekte/john-h-jackson-moot-court-competition/ (4.8.2021).
[7] Weitere Informationen unter https://iccmoot.com/ (29.8.2021).
[8] Weitere Informationen unter https://www.dstjg.de/ueber-uns/aktuelles a.E. (3.8.2021).
[9] Weiter Informationen unter https://elsa-germany.org/unsere-projekte/elsa-deutschland-verwaltungsrechts-moot-court/ (3.8.2021), ein Erfahrungsbericht ist verfügbar unter http://hamburger-rechtsnotizen.de/download/heft-2018/Maisch-Tapken-HRN-2018-57-58.pdf (3.8.2021).
[10] Weitere Informationen unter https://www.hansemoot.de/ (3.8.2021), ein Erfahrungsbericht ist verfügbar unter https://rsw.beck.de/zeitschriften/ja/japlus/erfahrungsberichte/2020/01/29/erfahrungsbericht-ja-2-2020 (3.8.2021).
[11] Weitere Informationen unter https://verwaltungsgerichtshof-baden-wuerttemberg.justiz-bw.de/pb/,Lde/VGH+MootCourt (3.8.2021), eine Darstellung findet sich bei *Marsch*, ZJS 2015, 132.
[12] Beispielsweise an der Universität Augsburg: https://www.uni-augsburg.de/de/fakultaet/jura/aktuell/2021/06/02/4486/ (29.8.2021).
[13] Weitere Informationen unter https://www.jura.uni-leipzig.de/professur-prof-dr-hoven/studium/moot-court/ (3.8.2021), ein Erfahrungsbericht findet sich unter http://www.humboldt-moot.de/moot-court-strafrecht/mcs-2019/erfahrungsbericht/ (3.8.2021).
[14] Weitere Informationen unter https://www.concourscassin.com/ (3.8.2021).
[15] Die meisten Absolventen ergreifen den Anwaltsberuf, unter diesen wiederum die meisten im Zivilrecht.
[16] Weitere Informationen unter https://elsa-germany.org/unsere-projekte/elsa-deutschland-moot-court/ (3.8.2021).
[17] Weitere Informationen unter https://soldanmoot.de/ (3.8.2021).

vergleichsweise gut mit dem Studium vereinbaren. Die Schriftsätze mit einer Länge von 35 Seiten sind jedoch inhaltlich anspruchsvoll und benötigen viel Energie durch die Teams.

Zu den weniger bekannten Wettbewerben zählt der Moot Court des Bundesarbeitsgerichts (BAG Moot).[18] Gewissermaßen als Gegenstück zum BFH Moot ist er besonders für Studierende der arbeitsrechtlichen Schwerpunkte interessant, die zu zweit oder zu dritt teilnehmen. Inhaltlich setzt er vertiefte Kenntnisse im Arbeitsrecht voraus. Nach der mehrmonatigen Schriftsatzphase verhandeln die besten Teams vor dem BAG in Erfurt und versuchen im KO-System, den Sieg zu erringen.

Neben diese großen Moot Courts treten kleinere, die jedoch nur an den betreffenden Universitäten angeboten werden und für die auf ehemalige Teilnehmer als Informationsquelle zurückgegriffen werden muss.

5. Die formale Einbindung ins Studium

Nach der Wahl des passenden Moot Courts muss auch überlegt werden, welche formalen Möglichkeiten eine Teilnahme eröffnet. Neben der Freude am Wettbewerb selbst soll sich eine Teilnahme angesichts des beträchtlichen Zeitaufwandes schließlich auch lohnen. Deswegen ist es sinnvoll, einen Moot Court zu wählen, der dem Studienfortschritt dienlich ist.[19]

Der Grundsatz ist, dass sich Moot Courts in der Regel außerhalb des Studienplanes befinden und nicht zu originär anrechenbaren Studienleistungen zählen. Eine Teilnahme wird in keiner der Justizausbildungsprüfungsordnungen gefordert, eine eigene Einbindung wird nur partiell vorgesehen. Die Tendenz entwickelt sich allerdings dahin, Moot Courts in das Studium einzurechnen.

Die meisten Universitäten gewähren für die Teilnahme zumindest eine Schlüsselqualifikation (z.B. BFH Moot an der Universität Hannover[20]; EDMC an der Universität Regensburg[21]). Eine Einbindung als Schlüsselqualifikation ist besonders ratsam, wenn die jeweilige Prüfungsordnung eine solche zur Zulassungsvoraussetzung für das erste Staatsexamen macht (so etwa in Baden-Württemberg[22]). Bei den internationalen Wettbewerben kommt sodann in aller Regel ein Fremdsprachenschein hinzu (z.B. Jessup Moot Court an der Universität Hannover[23]). Manche Moot Courts werden auch im Rahmen eines kleinen Seminares angeboten (z.B. ELSA Human Rights Moot Court an der Universität Halle[24], EDMC an der LMU München[25]).

Ebenso praktiziert wird die Einordnung als Praktikum (z.B. BFH Moot an der LMU München[26]). Dies hat den Vorteil, dass die Ableistung eines einmonatigen Praktikums entfällt, schließlich veranschlagt ein Moot Court im Ergebnis häufig einen Aufwand von mehreren Arbeitswochen bis -monaten. Gegenüber einem Praktikum hat die Teilnahme auch den Vorteil, dass es wesentlich mehr Spaß macht, selbst einen Prozess zu führen, als dem örtlichen Anwalt bei dessen Prozessführung über die Schulter zu schauen. Die größeren Moot Courts ermöglichen regelmäßig auch eine Freischussverlängerung (in aller Regel Vis Moot). Dies hat aber kaum mehr als einen kompensierenden Charakter, da das betreffende Semester mehr oder weniger mit dem Moot Court belegt ist. Demgegenüber selten geblieben ist das Konzept, die Teilnahmeleistung im Rahmen einer Großen Übung zu erbringen (etwa VGH Moot an der Universität Tübingen[27]).

In jedem Falle gilt es, sich vor der Teilnahme beim Lehrstuhl oder Veranstalter gründlich zu informieren und im Zweifel die einschlägigen Prüfungsordnungen und das örtliche Prüfungsamt zu Rate zu ziehen.

II. Die persönlichen Faktoren

Neben diesen übergeordneten Rahmenbedingungen muss auch bedacht werden, dass es eine Teilnahme erforderlich macht, bestimmte Fähigkeiten bereits von sich aus in den Wettbewerb einzubringen bzw. zu verbessern.

1. Juristische Fähigkeiten

Unweigerlich geschult werden bei jedem Moot Court die allgemeinen juristischen Fähigkeiten. Die Schriftsatzarbeit unterscheidet sich wenig von der Niederschrift einer Haus- oder Seminararbeit. In beiden gilt es, einen vorgegebenen Lebenssachverhalt zu analysieren, die jeweiligen rechtlichen Probleme zu identifizieren, Literatur und Rechtsprechung auszuwerten und eine stringente Lösung zu entwerfen. Eine gute Struktur, saubere Darstellung und kluge Argumentation machen sich in Schriftsatz und Hausarbeit gleichermaßen bezahlt. Besonders wirkt sich auch die Parteilichkeit eines Schriftsatzes aus: Während in einer Hausarbeit ein Problem neutral dargestellt und für beide Seiten fair argumentiert werden muss, wird ein Schriftsatz allein im Interesse des Mandanten entworfen. Man ist daher gehalten, nur jene Teile des Sachverhalts vorzutragen, welche die eigene Version der Geschichte stützen, und nur jene Obergerichte mit gleicher Rechtsansicht

[18] Weitere Informationen unter https://www.bundesarbeitsgericht.de/aktuelles-und-veranstaltungen/moot-court-wettbewerb/ (3.8.2021).

[19] Dies empfiehlt auch *Hannemann* im Interview mit LTO Karriere, siehe *Körner*, LTO v. 8.6.2015, abrufbar unter https://www.lto-karriere.de/jura-studium/stories/detail/moot-court-tipps (5.8.2021).

[20] https://www.jura.uni-hannover.de/de/bfhmoot/ (3.08.2021).

[21] https://www.uni-regensburg.de/rechtswissenschaft/fakultaet/regina/sq/index.html (3.8.2021).

[22] Vgl. § 9 Abs. 2 Nr. 4 JaPrO BaWü.

[23] https://www.jura.uni-hannover.de/de/jessup/ (3.8.2021).

[24] https://www.jura.uni-halle.de/studium_lehre_pruefung/studium_lehre/lehrveranstaltungen/_schluesselqualifikationen/ (14.9.2021).
wobei die Teilnehmer zusätzlich eine Schlüsselqualifikation und einen Fremdsprachennachweis erlangen.

[25] https://www.jura.uni-muenchen.de/studium/aktivitaeten/moot_courts/index.html (4.8.2021).

[26] https://www.jura.uni-muenchen.de/studium/aktivitaeten/moot_courts/index.html (4.8.2021).

[27] https://uni-tuebingen.de/fakultaeten/juristische-fakultaet/studium/im-studium/moot-courts/vgh-moot-court/ (3.8.2021), allerdings mit der Besonderheit, dass der Schriftsatz von jedem Studierenden selbst zu erstellen ist.

zu zitieren. Hier macht sich eine sorgfältige Quellenauswahl bezahlt. In der Vorbereitung zur mündlichen Verhandlung wird auch trainiert, ein mögliches Geschehen und die darauf aufbauende Argumentation direkt nacheinander von zwei verschiedenen Standpunkten darzulegen. Man entwickelt intuitiv ein Gefühl, welche Darstellung wem nützt und welche nur weitere missliche Fragen aufwirft – nicht selten ist es aber auch im Eifer vorgekommen, dass der Gegner versehentlich eine seiner eigenen Partei abträgliche Tatsache zugebenen hat.

2. Teamfähigkeit

Zwingende Voraussetzung ist aber die Fähigkeit, in einer Gruppe arbeiten und mit seinen Teamkollegen umgehen zu können. Teamfähigkeit gilt als ein Klassiker unter den Soft Skills, ist aber tatsächlich unabdingbar für eine Teilnahme. Normalerweise werden alle Leistungen im Jurastudium einzeln erbracht, jedenfalls aber die Bewertung ist individuell. Eine Teilnahme im Moot Court zählt zu den wenigen Gelegenheiten, eine Herausforderung in der Gruppe bewältigen zu dürfen. Wie die Teams zusammengestellt werden, unterscheidet sich: Bei Moot Courts, die von einem Lehrstuhl oder einem Institut betreut werden, werden die Teams aus den Bewerbern zusammengestellt, wobei auf geäußerte Wünsche mal mehr und mal weniger Rücksicht genommen wird (Soldan Moot, Vis Moot). Hier wiederum ist es wichtig, sich in kurzer Zeit auf völlig fremde Menschen einlassen zu können, die unterschiedlich weit im Studium sind, andere Arbeitsweisen oder Interessen haben. Bei anderen erfolgt die Anmeldung mit seinem gewünschten Team selbst (EDMC, EDVMC, BAG Moot Court). Am Ende macht es aber wenig Unterschied, in welchem Umfang man sich vorher kannte. Die Arbeit an Schriftsätzen ist immer zeitintensiv und stressig.

3. Konfliktfähigkeit

Bei auftretenden Konflikten ist es notwendig, Ruhe zu bewahren, wenn eine mühsam erarbeitete Passage aus Platzgründen gestrichen wird oder eine Formulierung aus Gründen des Leseflusses geändert werden muss. Eine besondere Erfahrung der Moot Courts ist auch die Tatsache, dass in den Teams regelmäßig auch sehr unterschiedliche Menschentypen zusammentreffen, die in ihrem Umgang und ihrer Arbeitsweise erst zueinander finden müssen. Hilfreich ist im Umgang mit dem Team und besonders bei den mündlichen Verhandlungen daher auch ein gesundes Maß an Selbstvertrauen und Durchsetzungsvermögen. In jedem Moot Court muss man vor unbekannten, juristisch geschulten Menschen Argumente sauber vorbringen, auf Gegenargumente eingehen und auch bei einer überraschenden Wendung ruhig bleiben. An dieser Stelle zahlen sich auch die vielen Rhetorikkurse und Übungsverhandlungen aus, in denen an Lob und konstruktiver Kritik nicht gespart wird. Indiz für das Verhalten in Moot Courts ist das vorhergehende Verhalten während der Vorlesungen und Übungen im Studium. Wem es leicht fiel, auch vor seinen Kommilitonen eine Lösung vorzuschlagen und gegen Einwände des Dozenten zu verteidigen, wird in einem Moot Court wenig Probleme haben, die dem Mandanten dienliche Rechtsansicht dem Richter vorzutragen. Damit ist aber auch nicht gesagt, dass eine Teilnahme nur für besonders selbstbewusste, extrovertierte Persönlichkeiten zu empfehlen ist. Im Gegenteil, viele eher als ruhig geltende Teilnehmer haben Richter durch ein herausragendes Wissen, eine sachliche Argumentation und besonnene Ausdrucksweise von sich überzeugen können. Allerdings muss es jedem Teilnehmer auch gelingen, sich notfalls auch von einem aggressiveren Gegner nicht einschüchtern zulassen und sich genügend Redeanteile zu sichern. Denn gerade auch die Erbringung einer Leistung in direkter Konkurrenz zu anderen Studierenden wirkt sich nur positiv auf den Erfahrungsschatz des Teilnehmenden aus.[28]

4. Zeitmanagement

Nachdem Moot Courts, wie beschrieben, viel Zeit für sich in Anspruch nehmen, ist für sie denknotwendig während der Teilnahme ein gutes Zeitmanagement des Teilnehmers erforderlich. Nach Ausgabe des Sachverhaltes muss für die Einreichung der Schriftsätze stets eine Frist gewahrt werden. Innerhalb dieser Frist (meist mehrere Wochen) muss der Sachverhalt ausgewertet, Quellen recherchiert sowie der Schriftsatz geschrieben und überarbeitet werden. Unterbrochen wird diese Zeit durch zahlreiche Teambesprechungen, die erfahrungsgemäß kurz vor Abgabe viel Zeit in Anspruch nehmen. Gleich zu Beginn muss daher darauf geachtet werden, dass für alle Arbeiten und auch die Endkorrektur genug Zeit bleibt. Es ist daher nur zu empfehlen, dass die Arbeitsphase, so denn sie denn frei einteilbar ist, vor oder nach den Semesterprüfungen gelegt wird.

III. Die falschen Gründe

Neben den eingangs umrissenen allgemeinen und persönlichen Umständen spielen in eine Teilnahme auch andere Faktoren hinein.

Als einer der Erfolgsfaktoren wird regelmäßig die bisherige Leistung der eigenen Universität am betreffenden Moot Court ausgemacht. Die Betreuung übernimmt in der Regel über Jahre der gleiche Lehrstuhl, so dass dessen Angehörige eine gewisse Erfahrung besitzen. Manche Universitäten erringen in Moot Courts jedes Jahr einige Siege, so dass dieser Gedanke zunächst nahe liegt. Solche Überlegungen sind jedoch mit einer gesunden Portion Vorsicht zu genießen. Die Bewertung erfolgt nach der Einzelleistung der Teilnehmenden und nicht nach denen der vergangenen Jahre. Von den bisherigen Erfolgen oder Misserfolgen auf die Qualität der Betreuung zu schließen, ist auch verfehlt. Das Ergebnis einer Teilnahme ist von vielen Umständen abhängig, die nicht zwingend mit der Herkunftsuniversität zusammenhängen. Schon häufig ist es vorgekommen, dass Teams einer eher als Außenseiteruniversität geltenden Hochschule hohe Preise errungen haben.

Vorteilhaft ist zumindest aber die Teilnahme an einer Universität, die an einem solchen Wettbewerb mit mehreren Teams teilnimmt. Hier fließen in die Schriftsatzarbeit mehr Vergleichswerte ein, genauso ist es ein unschätzbarer Vorteil, das Verhandeln immer wieder gegen Teams der eigenen Universität trainieren zu können, bevor es für den ersten Premoot

[28] Vgl. *Lorenzmeier/Indlekofer*, ZJS 2010, 574 (575).

„nach Draußen“ geht. Gegenstandslos ist dieser Aspekt für jene Moot Courts, die nur ein Team pro Universität zulassen (EDVMC) oder nach Möglichkeit begrenzen (BAG Moot). Unabhängig davon empfiehlt sich aber die Teilnahme an jedem Premoot, der zur Verfügung steht.

Offenes Geheimnis ist auch, dass neben dem Interesse an Inhalt oder Verhandlung auch der Wunsch nach einem Sieg für manche Teilnehmenden wesentlicher Antrieb ist. Zwar vermittelt allein die Teilnahme oft wertvolle Pluspunkte im Lebenslauf und auch Preise sind beliebter Anknüpfungspunkt für Nachfragen. Allerdings sollte der Spaßfaktor stets im Vordergrund stehen, da die Enttäuschung bei einer Niederlage ansonsten groß ist. Gleichfalls fällt die Arbeitsleistung bei rein extrinsischer Motivation in langwierigen Schriftsatzphasen ab, was mehr als ungerecht gegenüber dem eigenen Team ist.

IV. Die Vorteile

Hat man diese Überlegungen ehrlich getroffen, gilt es aber zu bedenken, dass aus einer Teilnahme viele Vorteile erwachsen.

Der größte Vorteil ist schlichtweg der Spaß. Es bereitet immer Freude, eine neue Fallakte zum ersten Mal zu öffnen und sich in ein neues Rechtsgebiet von Grund auf einzuarbeiten. Noch mehr Vergnügen macht es dann, sich mit anderen Studierenden aus ganz Deutschland oder der ganzen Welt vor einer Bank von erfahrenen Volljuristen zu messen. Moot Court-Verhandlungen zählen für angehende Juristen zu den wenigen Gelegenheiten, sich vor Gericht etwas auszuprobieren, ohne gleich in die Anwaltshaftung zu geraten. Während in einer Übung die Argumentation stets sachlich zu erfolgen hat, so hat in Moot Courts nicht selten eine lebhafte Darstellung der eigenen Argumente oder eine emotionale Einfärbung des Sachverhaltes in der mündlichen Verhandlung den Weg zum Sieg geebnet.

Gleich danach folgt der soziale Faktor. Die meisten Teilnehmenden haben durch Moot Courts viele Menschen kennenlernt, die sie bis zum heutigen Tage begleiten. Weniges schweißt mehr zusammen, als über Monate über dem gleichen Fall zu brüten und sich durch Verhandlungen zu navigieren. Nicht unterschätzt werden dürfen auch die Kontakte, die man zu (angehenden) Juristen aus ganz Deutschland knüpft.[29] Bei internationalen Moot Courts tritt natürlich hinzu, dass mit der Teilnahme zahlreiche Reisen verbunden sind, die von Sponsoren getragen werden. Auch internationale Kontakte sind für denjenigen von Vorteil, der seine berufliche Zukunft hier plant.

Die Teilnahmen machen es darüber hinaus möglich, die bei zukünftigen Arbeitgebern geschätzten Soft Skills anschaulich zu erläutern.[30] Dass man teamfähig ist, unter Druck Ruhe bewahren kann und sich gerne in neue Sachverhalte einarbeitet, werden die meisten von sich behaupten wollen. Wesentlich bildhafter wirkt es jedoch, kurz zu erzählen, dass man mit drei völlig Unbekannten aus höheren Semestern parallel zu einem Schein eine zwanzigseitige Gemeinschaftsarbeit im EU-Recht in fremder Sprache verfasst hat. Dies entspricht nicht selten der Arbeitsweise vieler Kanzleien und legt für den Arbeitgeber den durchaus richtigen Schluss nahe, dass der Bewerber mit einem solchen Ablauf zurechtkommen wird.

V. Fazit

Die Beschäftigung mit Moot Courts zählt zu den schönsten Erinnerungen meines Studiums. An Soldan Moot und EDMC habe ich gerne teilgenommen und würde sie auch im Rückblick jederzeit wieder bestreiten. Jedem, der sich für die Form des Wettbewerbes interessiert, ist eine Teilnahme ans Herz zu legen. Handelt es sich um eine wohlüberlegte Entscheidung, so wird ein Moot Court auch zweifellos zu den besten Erlebnissen im Studium gehören.

Wünschenswert ist daher auch, dass dieser besonderen Form der Juristenausbildung in Zukunft mehr Aufmerksamkeit geschenkt wird.

[29] Zu den Kontakten zu künftigen Arbeitgebern *Druckenbrodt* im Interview, siehe *Olschner*, LTO v. 3.1.2019, abrufbar unter https://www.lto-karriere.de/jura-studium/stories/detail/moot-courts-teilnahme-berufseinstieg-anwalt-vorteile (5.8.2021).

[30] Ähnlich *Kleis*, ZJS 2012, 299 (299).