

<b>Editorial</b>	Patricia Meinking	<b>Zurück zum Bauchgefühl</b>
<b>Lernbeitrag</b>	Marie Kösterke	<b>Wie bin ich abgesichert bei Krankheiten, Arbeitslosigkeit oder Arbeitsunfällen? - Ein Einblick in das Recht der Sozialversicherung</b>
<b>Entscheidungen</b>	Nils Grimmig & Aron Rössig	<b>Eingeschränktes Neutralitätsgebot bei der Verteidigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung - Nds. StGH 6/19</b>
	Jari Kohne	<b>Unterschlagung eines Autos bei Probefahrt - BGH V ZR 8/19</b>
	Oliver Marks	<b>Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei - BGH GSSt 1/17</b>
<b>Studienpraxis &amp; Fallbearbeitung</b>	Sebastian Hielscher	<b>Klausur im Besonderen Verwaltungsrecht, 17 Punkte</b>
	Bo Hoffmann	<b>Klausur im Grundkurs BGB III, 15 Punkte</b>
	Daniel Müller	<b>Klausur in der Übung für Fortgeschrittene Strafrecht, 16 Punkte</b>
<b>Varia</b>	Eric Scheu	<b>Ablauf der Prüfungen in der Ersten juristischen Prüfung</b>
	Prof. Dr. Sascha Ziemann	<b>Interview</b>



# Dein Karrierestart

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

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

**Bitte wende Dich an:**

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



**KSB INTAX**  
Rechtsanwälte  
Wirtschaftsprüfer  
Steuerberater  
Notare

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

## VERLAG

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

Registernummer  
VR 202863  
Amtsgericht Hannover

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

## INFO

Erscheinungsweise: Quartalsweise zum Quartalsende  
Erscheinungsort: Hannover

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

## DRUCK

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

## ZITIERVORSCHLAG

amerikanisch:  
Autor, 1 Han LR 2021, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:  
Autor, Han LR 2021, Anfangsseite (Fundstellenseite)

## KONZEPT, SATZ &amp; DESIGN

Dr. Tim Brockmann  
Finja Maasjost

## REDAKTION

Schriftleitung  
Finja Maasjost  
Patricia Meinking  
Hanover Law Review e.V.  
Königsworther Platz 1  
30167 Hannover  
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:

Sirin Al Hakim, Alina Amin, Btissam Boulakhrif, Julia Brandt, Robin Dudda, Anna Engel, Jolanda Fiss, Malte Gauger, Rocky Glaser, Patrick Glatz, Nils Grimmig, Lucas Haak, Antonia Hagedorn, Nathalie Hamm, Adam Hetka, Frederike Hirt, Sina John, Clara Kittelmann, Jari Kohne, Simon Können, Johanna Lange, Felix Lücke, Felicia Maas, Lisa Mariß, Oliver Marks, Joshua Mensak, Daniel Müller, Anna Ordina, Lilly Pietsch, Yael Prantl, Aron Rössig, Marie-Christin Runkel, Eric Scheu, Laura Schlunk, Moritz Stamme, Mark Steffen, Rim Talal, Jonas Vonjahr, Celina Weddige, Jasmin Wulf und Jendrik Wüstenberg.

## KONTAKT

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

## HANOVER LAW REVIEW

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

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

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

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

Einsendungen, Beiträge und Interessensbekundungen sind ausdrücklich erbeten.

- Die Redaktion

## UNTERSTÜTZERINNEN UND UNTERSTÜTZER

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

**Prof. Dr. Christian Becker,  
Prof. Dr. Hermann Butzer,  
Dipl. Jur. David Faber, LL.M.,  
Dr. Sven Hasenstab,  
Prof. Dr. Jan Lüttringhaus,  
Prof. Dr. Veith Mehde,  
Prof. Dr. Christian Wolf,  
Prof. Dr. Sascha Ziemann,  
Kanzlei Pfeiffer • von der Heyde und  
KSB INTAX v. Bismarck PartGmbH**

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

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

## Zurück zum Bauchgefühl

Wer kennt ihn nicht, den nervösen Blick nach links und rechts. Wie machen es die anderen? Wer ist besonders erfolgreich und warum? Sollte ich das auch so machen? Gehe ich wirklich den richtigen Weg? Fragen, die für viel Verunsicherung sorgen (können) und auf die es meist keine (richtige oder falsche) Antwort gibt. Wer weiß im Endeffekt wirklich, welcher der richtige Weg ist?

Die Frage, die im Jurastudium wohl eine der obersten, wenn nicht sogar die erste Stelle einnimmt, ist die nach der richtigen Klausur- und vor allem Examensvorbereitung.

Wie gestalte ich meinen Lerntag?

Wie viele Stunden sollte ich am Schreibtisch verbringen und wie viel Aufmerksamkeit muss ich welchem Thema widmen?

Sollte ich mehr abstraktes Wissen erlernen? Wie viele Fälle muss ich bearbeiten?

Zur Beantwortung dieser Fragen verliert man sich schnell in Ratgebern, sieht sich online nach vorgefertigten, sich manchmal sogar widersprechenden Lernplänen um oder fragt den einen oder die andere Mitstudierende nach hilfreichen Lerntipps. Und versteht mich nicht falsch. Nicht zuletzt will auch die *Hanover Law Review* mit verschiedenen Varia-Beiträgen den Blick für Lernmöglichkeiten öffnen und Euch an die Hand nehmen.<sup>1</sup> Inspiration ist wichtig. Der konstante, kommunikative Austausch mit anderen hilft, um für sich einen gangbaren Weg zu finden und nicht in eingefahrenen Denkstrukturen zu bleiben, deren Konservativität den Schritt nach vorn verhindert.

Dennoch kann der Blick auf andere den Blick auf sich selbst blockieren. Und dabei sollte man gerade eines nicht aus den Augen verlieren: Intuition – das eigene Bauchgefühl oder die innere Stimme, wenn man so will.

Intuition ist etwas nicht Messbares, ihre Definition daher schwierig.<sup>2</sup> Sie beschreibt den Zugang zu etwas, das wir bewusst nicht erklären können, aber von dem wir einfach „wissen“, dass es richtig ist.<sup>3</sup> Sie kann zu wirklich guten Entscheidungen führen, dabei aber auch eine Heidenangst hervorrufen, wenn der Verstand sie nicht zu erklären vermag.

Um dieses Phänomen zu veranschaulichen, ein kurzes Beispiel aus meinem Leben: Ich bin Bewegungsliebhaberin. In der Examensvorbereitung den ganzen Tag am Schreibtisch, geschweige denn in der Bib verbringen zu müssen, schien mir daher einfach nicht als der richtige Weg. Meine „innere Stimme“, mein Bauchgefühl, sagte mir, Bewegung in den Lernalltag einzubauen, während der Verstand und der Vergleich mit anderen mich zu mehr Zeit vertieft in irgendwelchen Fallbüchern zwingen wollten. Meiner Intuition vertrauend fand ich den Kompromiss, beim Spazieren Karteikarten zu lernen – und hatte dabei merklich Erfolg. Ich konnte mir Definitionen und ähnliches viel besser merken und mich während der Zeit am Schreibtisch sogar besser konzentrieren.

Zeigt das nicht, dass womöglich niemand besser weiß, was richtig ist, als das eigene Bauchgefühl? Der Weg einer erfolgreichen Juristin<sup>4</sup> kann sich von dem einer anderen unterscheiden wie Schwarz von Weiß. Wieso also den Blick immer auf andere und deren Wege richten, wenn diese für sich selbst nicht zielführend sind?

Jeder von uns hat eine innere Stimme, die leise genau den richtigen Weg flüstert. Diese Stimme zu ignorieren hilft meist nicht, an das gewünschte Ziel zu kommen. Im Gegenteil: Die Ignoranz für das eigene Gefühl kann dabei im Weg stehen wie eine meterhohe Mauer. Dagegen zu laufen oder darüber zu springen kostet mehr Energie als nötig. Und dabei fährt man in vielen Situationen mit der Intuition besser als mit dem Verstand.<sup>5</sup> Dafür ein plastisches

<sup>1</sup> Siehe z.B. *Cohrs/Nussbaum/Suchrow*, „Corona-Lernzeugkasten“ – Kostenfreie Online-Materialien für das (Examens-)Studium aus dem Home-Office, HanLR 2020, 319-312; *Dudda/Meinking*, Tutorium II, HanLR 2018, 268-270; *Meinking*, Kann Sport die Examensvorbereitung bereichern? Oder: Examensvorbereitung und zwölf Stunden am Schreibtisch – tatsächlich unzertrennlich?, HanLR 2020, 235f.; *Nussbaum*, Lernexperimente, HanLR 2019, 98f. sowie *ders.*, ExoRep: Examen ohne kommerziellen Repetitor, HanLR 2019, 331-334.

<sup>2</sup> *Frenk*, Intuition: Wenn die innere Stimme mitredet, <https://www.primal-state.de/intuition/> (Abruf v. 27.03.2021).

<sup>3</sup> *Ebd.*; vgl. auch *Schömb*s, So kannst du deine Intuition stärken, <https://www.7mind.de/magazin/so-kannst-du-deine-intuition-staerken> (Abruf v. 27.02.2021).

<sup>4</sup> Ich habe mich erstmals dazu entschieden, allein die weibliche Form zu verwenden. Jegliche Personenbezeichnungen beziehen sich jedoch auf Angehörige aller Geschlechter. Bei diesbezüglichen Rückmeldungen schreibt uns gern unter [redaktion@hanoverlawreview.de](mailto:redaktion@hanoverlawreview.de).

<sup>5</sup> *Kast*, Wie der Bauch dem Kopf beim Denken hilft, 8. Aufl. 2020, S. 66.

Beispiel aus der Psychologie: Ein Professor stellt seine Studentinnen vor die Wahl, sich eins von mehreren Postern mit verschiedensten Motiven auszusuchen. Dabei teilt er sie in drei Gruppen ein. Eine Gruppe soll vor ihrer Entscheidung jeweils notieren, was sie am Poster mag und was nicht. Eine weitere Gruppe soll spontan entscheiden. Einer letzten schließlich zeigt er die Plakate zunächst, bevor er sie mit einer kniffligen Sprachaufgabe ablenkt und sie danach entscheiden lässt. Nach einigen Wochen erkundigt sich der Professor, wie zufrieden die Studierenden mit ihrer Auswahl sind.

Das Ergebnis?

Die „Spontanentscheiderinnen“ sind mit ihrer Auswahl glücklicher als die „Denkerinnen“, aber die glücklichsten sind diejenigen, die vor der Entscheidung eine Zeit lang abgelenkt sind.<sup>6</sup> Erklären lässt sich dieses Ergebnis ganz leicht, nämlich mithilfe des Unbewussten. Während der Verstand zwar sehr präzise arbeitet, so kommt er dennoch nur mit einer geringen Informationsmenge zurecht.<sup>7</sup> Die bewusste Ratio ist einfach begrenzter.<sup>8</sup> Nötigt man die Studentinnen nun dazu, Vor- und Nachteile der Poster abzuwägen, so klammert sich der Verstand an einige wenige Details und trifft am Ende eine weniger gute Wahl.<sup>9</sup> Hinzu kommt, dass der Verstand eng mit der Sprache verbunden ist; er konzentriert sich also vor allem auf diejenigen Argumente, die sich verbalisieren lassen.<sup>10</sup> Manchmal kommt es jedoch gerade auf Aspekte an, die sich sprachlich nicht oder nur schwer ausdrücken lassen.<sup>11</sup> Das Unbewusste hingegen nimmt in jeder Sekunde Millionen von Informationen in sich auf, kann also mehr Aspekte gleichzeitig auf sich wirken lassen.<sup>12</sup> Lässt man dem Unbewussten dann noch Zeit, um „zu denken“ und die Aspekte gegeneinander abzuwägen, und lenkt die bewusste Ratio ab, so trifft man am Ende sogar eine noch bessere Entscheidung.<sup>13</sup> Das klingt vielleicht verrückt. Jedoch schätzen auch Hirnforscher,

dass uns weniger als 0,1 Prozent der Aktivität unseres Gehirns aktuell bewusst wird.<sup>14</sup> Wie sollte es da nicht so sein, dass das Unbewusste mit seiner offenbar höheren Leistungskapazität die besseren Entscheidungen treffen kann?

Dies hieße in letzter Konsequenz, dass man sich gerade auch bei komplexen oder schwierigen Entscheidungen auf das Unbewusste und weniger auf den Verstand verlassen sollte. Verschiedene Experimente belegen, dass das Unterbewusste in manchen Fällen schneller „denkt“ und uns in eine Richtung lenkt, die der bewusste Verstand noch gar nicht wahrnehmen kann.<sup>15</sup> Selbst Einstein habe gesagt: „Alles, was wirklich zählt, ist Intuition. Der intuitive Geist ist ein heiliges Geschenk und der rationale Geist ein treuer Diener.“<sup>16</sup> Und so habe er auch kritisiert, dass wir „eine Gesellschaft erschaffen [haben], die den Diener ehrt und das Geschenk vergessen hat“.<sup>17</sup>

Um das Unbewusste zurate zu ziehen und die für sich richtige Entscheidung treffen zu lassen, sollte man ihm vorher mithilfe des Verstandes die ausschlaggebenden Informationen geben, ihn jedoch dann davon abhalten, selbst ein Urteil zu fällen – sondern nicht weiter bewusst über die Sache nachdenken und das Unbewusste seine Arbeit machen lassen, wortwörtlich eine Nacht drüber schlafen, wie man so schön sagt.<sup>18</sup>

Nun, das ist natürlich leichter gesagt als getan und mag im ersten Moment sogar beängstigend klingen. Wir leben in einer Gesellschaft, die lange – von Sokrates bis Kant – davon überzeugt war, dass Gefühle lediglich „Denkfehler“ seien und der Verstand das einzige sei, worauf man sich verlassen sollte.<sup>19</sup> Wie soll man da, nach Generationen der „Gefühlsunterdrückung“, zurück zu seinem Gefühl und zum Unbewussten finden? Wie soll man vor allem Vertrauen darin entwickeln, dass gerade das Unbewusste

<sup>6</sup> Vgl. Dijksterhuis/Van Olden, On the benefits of thinking unconsciously: Unconscious thought can increase post-choice satisfaction, *Journal of Experimental Social Psychology*; Wilson et al., Introspecting about reasons can reduce post-choice satisfaction, *Personality and Social Psychology Bulletin* 1993, 19, 331-339; Kast (Fn. 5), S. S. 72f. sowie S. 80f.

<sup>7</sup> Kast (Fn. 5), S. 74f.

<sup>8</sup> Ebd., S. 73.

<sup>9</sup> Ebd., S. 76.

<sup>10</sup> Ebd., S. 77.

<sup>11</sup> Ebd. An dieser Stelle sei auch auf folgendes Zitat in Kast (Fn. 5), S. 77 hingewiesen, welches sehr greifbar die an mancher Stelle fehlende Ausdrucksfähigkeit von Sprache darlegt: „Lässt sich ein Mensch in Sprache fassen?“

<sup>12</sup> Kast (Fn. 5), S. 80.

<sup>13</sup> Ebd., S. 80ff.

<sup>14</sup> Ebd., S. 75.

<sup>15</sup> Bechara et al. (1997), Deciding advantageously before knowing the advantageous strategy. *Science*, 272, 1293-1295; Kast (Fn. 5), S. 67ff.

<sup>16</sup> Zitiert in: Kast (Fn. 5), S. 26.

<sup>17</sup> Zitiert in: ebd.

<sup>18</sup> Kast (Fn. 5), S. 85.

<sup>19</sup> Ebd., S. 28ff.

zu richtigeren und im Zweifel sogar intelligenteren Entscheidungen führt?

Genau wie einen Muskel kann man auch seine Intuition trainieren. Zunächst entwickelt man Vertrauen in sein Gefühl.<sup>20</sup> Jedoch kann es wahrlich schwer sein, einfach auf sein Bauchgefühl zu hören, während der Verstand innerhalb von ein paar Sekunden jegliche Gegenargumente findet, die gegen die Bauchentscheidung sprechen könnten – besonders, wenn man eher zu rationalen Entscheidungen neigt. Einfacher kann es zu Anfang sein, mit Entscheidungen zu beginnen, die weniger langfristig das eigene Leben beeinflussen wie etwa das Frühstück am Morgen. Man fühlt in sich hinein. Die Ermittlung der Gefühlslage erfolgt dabei ohne Bewertung, denn jedes Gefühl hat seine Berechtigung und ist in Ordnung.<sup>21</sup> Man folgt seinem Bauchgefühl und in den meisten Fällen wird man merken, dass das Gefühl oft genau weiß, was richtig ist. Umfragen zeigen sogar, dass man glücklicher ist, wenn man sich an seinen unbewussten Bedürfnissen orientiert.<sup>22</sup> Je öfter man diese Erfahrung macht, desto mehr Vertrauen entwickelt man in das eigene Bauchgefühl. Diese Art der Entscheidungsfindung sodann auf wirklich lebensprägende Entscheidungen anzuwenden, fällt mit der Zeit umso leichter. Zuletzt kann die innere Verbindung gerade dann gefunden werden, wenn man sich kleine Ruheoasen

im Alltag schafft.<sup>23</sup> Diese können für jede anders aussehen, vom kleinen Mittagsspaziergang durch den Wald bis hin zu einer zehnmütigen Meditation. In der Ruhe findet man oft zurück zum Gefühl und kann ihm leichter lauschen.

Und so kann man langfristig das Unbewusste auch dazu nutzen, wichtige Lebensentscheidungen wie diejenige für oder gegen einen besonderen Examenslernplan zu fällen. Der richtige Weg für sich selbst muss dabei nicht so aussehen wie der der anderen. Und einen anderen Weg zu gehen, sollte dabei niemals verurteilt werden. In letzter Instanz weiß jede für sich selbst am besten, was gut und richtig ist. Die Möglichkeit, das Unbewusste in die Entscheidungsfindung miteinzubeziehen, soll dabei alles andere als verunsichern. Wer sich schwer damit tut, darf weiter auf seinen bewussten Verstand vertrauen. Vielleicht können wir aber in Zukunft unser Gefühl, unser Unbewusstes mehr und vor allem besser nutzen. Wenn sich ein von vielen gegangener Weg nicht richtig anfühlt, dann sollten wir den Mut haben, unseren eigenen zu gehen. Zu uns zurückzufinden. Zurück zum Bauchgefühl.

*Patricia Meinking  
im Namen der Redaktion*

<sup>20</sup> Frenk, <https://www.primal-state.de/intuition/> (Fn. 2).

<sup>21</sup> Schömb's, <https://www.7mind.de/magazin/so-kannst-du-deine-intuition-staerken> (Fn. 3).

<sup>22</sup> Vgl. Kast (Fn. 5), S. 116f.; Kehr, Implicit/explicit motive discrepancies and volitional depletion among managers, *Personality und Social Psychology Bulletin*, 30 (2004), 315-327.

<sup>23</sup> Vgl. Frenk, <https://www.primal-state.de/intuition/> (Fn. 2); siehe auch Schömb's, <https://www.7mind.de/magazin/so-kannst-du-deine-intuition-staerken> (Fn. 3).

## LERNBEITRAG

<b>Dipl. Jur. Marie Kösterke</b>	Wie bin ich abgesichert bei Krankheiten, Arbeitslosigkeit oder Arbeitsunfällen? - Ein Einblick in das Recht der Sozialversicherung	Seiten <b>77 bis 84</b>
----------------------------------	--	-------------------------

## ENTSCHEIDUNGEN

<b>stud. iur. Nils Grimmig &amp; stud. iur. Aron Rössig</b>	Eingeschränktes Neutralitätsgebot bei der Verteidigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung - Nds. StGH 6/19	Seiten <b>85 bis 95</b>
<b>stud. iur. Jari Kohne</b>	Unterschlagung eines Autos bei Probefahrt - BGH V ZR 8/19	Seiten <b>96 bis 104</b>
<b>stud. iur. Oliver Marks</b>	Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei - BGH GSSt 1/17	Seiten <b>105 bis 112</b>

## KURZ &amp; KNAPP

<b>Dipl. Jur. David Faber, LL.M.</b>	Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht - 2/2021	Seiten <b>113 bis 114</b>
<b>Prof. Dr. Sascha Ziemann &amp; stud. iur. Hannah Hölzen</b>	Rechtsprechungsübersicht Strafrecht - 2/2021	Seiten <b>115 bis 116</b>
<b>Prof. Dr. Hermann Butzer &amp; stud. iur. Daniel Müller</b>	Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht - 2/2021	Seiten <b>117 bis 118</b>

## STUDIENPRAXIS

<b>stud. iur. Sebastian Hielscher</b>	Klausur im Besonderen Verwaltungsrecht, 17 Punkte	Seiten <b>121 bis 126</b>
<b>stud. iur. Bo Hoffmann</b>	Klausur im Grundkurs BGB III, 15 Punkte	Seiten <b>127 bis 131</b>
<b>stud. iur. Daniel Müller</b>	Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht, 16 Punkte	Seiten <b>132 bis 136</b>

## VARIA

<b>stud. iur. Eric Scheu</b>	Der Ablauf der Prüfungen der Ersten juristischen Prüfung	Seiten <b>137 bis 138</b>
<b>Prof. Dr. Sascha Ziemann</b>	Interview	Seiten <b>139 bis 141</b>



# Wie bin ich abgesichert bei Krankheiten, Arbeitslosigkeit oder Arbeitsunfällen? – Ein Einblick in das Recht der Sozialversicherung

Dipl. Jur. Marie Kösterke

Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Felipe Temming, LL.M. (LSE) an der Leibniz Universität Hannover.

## A. Einleitung

Den einen treffen sie früher, den anderen später. Aber irgendwann im Leben können sie einen jeden von uns und unseren Angehörigen treffen: die sogenannten Wechselfälle des Lebens, namentlich Krankheiten, Pflegebedürftigkeit, Arbeitslosigkeit oder Alter. Mal sind sie überraschend, mal waren sie vorhersehbar. Aber in jedem Fall weiß ein Großteil der dann direkt Betroffenen und ihrer Angehörigen erschreckend wenig von den rechtlichen Grundlagen und der Materie im Allgemeinen.

Aber dies ist auch nicht besonders verwunderlich. Zum einen ist die gesamte Thematik komplex und unübersichtlich, teilweise schwierig zu verstehen. Zum anderen sind es unangenehme Themen, mit denen sich wohl niemand gerne beschäftigt. So etwas wird verdrängt, bis der Fall der Fälle eintritt. Und dann herrscht neben persönlicher Betroffenheit auch Ahnungslosigkeit, welche die Situation nicht einfacher macht.

Dieser Aufsatz soll einen Beitrag dazu leisten, zumindest die Grundlagen, Ideen und Prinzipien des so wichtigen Sozialversicherungsrechts zu vermitteln und verständlich zu machen. Im besten Falle soll damit auch das Interesse geweckt werden, sich selbst tiefergehend mit den angeschnittenen Thematiken zu beschäftigen.

Zunächst erfolgen eine Einordnung in das übergeordnete Rechtsgebiet „Sozialrecht“<sup>1</sup> sowie ein allgemeiner Teil zum Sozialversicherungsrecht. Danach werden die fünf Zweige der Sozialversicherung überblicksartig<sup>2</sup> vorgestellt.

## B. Das Sozialversicherungsrecht als ein Teil des Sozialrechts

Das Recht der Sozialversicherungen ist ein Teil des Rechtsgebiets „Sozialrecht“. Leitendes Motiv des gesamten Sozialrechts ist der Schutz des Schwachen<sup>3,4</sup>. Die grundgesetzlichen Wertevorstellungen über die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und den sozialen Rechtsstaat (Art. 1 Abs. 1; 28 Abs. 1 S. 1 GG) umzusetzen, kann als die wesentliche Aufgabe des Sozialrechts verstanden werden.<sup>5</sup>

Verkürzt auf den Punkt gebracht soll das Sozialrecht im materiellen Sinn der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit dienen.<sup>6</sup> Soziale Gerechtigkeit ist dabei erreicht, wenn jeder Mensch die tatsächliche Chance hat, sich in der Gesellschaft nach seinen ganz individuellen Kräften und Fähigkeiten zu verwirklichen.<sup>7</sup> Soziale Sicherheit heißt im Kern, dass das menschliche Dasein abgesichert werden soll, wenn der Lebensunterhalt bei Eintritt von sozialen Risiken aus eigener Kraft nicht bestritten werden kann.<sup>8</sup> Zur sozialen Sicherheit gehören die fünf Zweige der Sozialversicherung<sup>9</sup>, daneben die Grundsicherung (materielle Existenzsicherung) und die Sozialhilfe.<sup>10</sup>

Von jeher versuchen Menschen und Gesellschaften, für die typischen Lebensrisiken vorzusorgen.<sup>11</sup> Bereits im antiken Griechenland und im antiken Rom existierten Ansätze einer Armenfürsorge, dort gab es bspw. Nahrungsmittelhilfen.<sup>12</sup> Mit Beginn des Industriezeitalters im 19. Jahrhundert veränderten sich die gesellschaftlichen Verhältnisse

<sup>1</sup> Interessierten am gesamten Sozialrecht sei der an der Leibniz Universität Hannover angebotene Schwerpunktbereich „Arbeit und Soziales“ wärmstens empfohlen.

<sup>2</sup> Hierbei soll kein Anspruch auf Vollständigkeit gestellt werden. Vielmehr werden lediglich ausgewählte Themen angesprochen.

<sup>3</sup> Aus Gründen der Lesbarkeit wurde im Text die männliche Form gewählt; alle Angaben beziehen sich nichtsdestotrotz auf Angehörige aller Geschlechter.

<sup>4</sup> Eichenhofer, Sozialrecht, 11. Aufl. 2019, § 1 Rn. 4.

<sup>5</sup> Kokemoor, Sozialrecht, 9. Aufl. 2020, S. 4 Rn. 5.

<sup>6</sup> Siehe § 1 Abs. 1 S. 1 SGB I.

<sup>7</sup> Waltermann, Sozialrecht, 14. Auflage 2020, § 2 Rn. 46; siehe auch die Vorschriften der §§ 3-10 SGB I.

<sup>8</sup> Eichenhofer, SozialR (Fn. 4), § 1 Rn. 9.

<sup>9</sup> Dies sind namentlich die Kranken-, Pflege-, Arbeitslosen-, Renten- und Unfallversicherung, siehe zu den einzelnen Zweigen unter D., S. 79ff.

<sup>10</sup> Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 4f. Rn. 6.

<sup>11</sup> Fuchs, in: Fuchs/Preis/Brose, Sozialversicherungsrecht und SGB II, 3. Aufl. 2021, § 1 Rn. 3.

<sup>12</sup> Waltermann, SozialR (Fn. 7), § 3 Rn. 53.

radikal. Fabriken entstanden, der Familienverband als soziale Sicherungsform löste sich auf, die Bevölkerungszahl in den Städten wuchs sprunghaft und aufgrund des Überangebots an Arbeitskräften waren die Arbeiter gezwungen, Verträge zu immer ungünstigeren Bedingungen anzunehmen.<sup>13</sup> Die Antwort auf die sogenannte „soziale Frage“, wie das Massenelend der Industriearbeiter zu überwinden sei, war die Bismarck'sche Sozialgesetzgebung aus den 1880er-Jahren mit Einführung der Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung als direktem Vorläufer der heutigen Sozialversicherung.<sup>14</sup> Diese drei Teile wurden 1911 zunächst in der Reichsversicherungsordnung (RVO) zusammengefasst.<sup>15</sup> Seit 1976 wird das in mehreren Einzelgesetzen geregelte Sozialrecht in das Sozialgesetzbuch (SGB) überführt<sup>16</sup>, welches – Stand heute – zwölf Bücher hat. Systematisch ist das Sozialrecht nach der heutigen Gliederung<sup>17</sup> in folgenden drei Teilen zu sehen: Soziale Vorsorge, Soziale Entschädigung und Soziale Hilfe und Förderung.

Bei der Sozialen Vorsorge geht es um die kollektive Absicherung allgemeiner sozialer Risiken, worunter die Sozialversicherung fällt. Gekennzeichnet wird die Soziale Vorsorge dadurch, dass sie durch Beiträge finanziert wird und Leistungen ohne wirtschaftliche Bedürftigkeitsprüfung erbracht werden.<sup>18</sup>

Bei der Sozialen Entschädigung geht es um die Entschädigung gesundheitlicher Sonderopfer<sup>19</sup>. Finanziert wird diese Entschädigung aus Steuermitteln. Auch hier werden Leistungen ohne wirtschaftliche Bedürftigkeitsprüfung erbracht.<sup>20</sup>

Die Soziale Hilfe und Förderung gewährleistet mit einer Grundsicherung das Existenzminimum und gewährt Entfaltungshilfen<sup>21</sup> und Familienlastenausgleich. Sie wird aus Steuermitteln finanziert, die Leistungen werden hier in der Regel nach individueller Bedürftigkeit erbracht.<sup>22</sup>

Das Sozialrecht hat auch eine ganz erhebliche wirtschaftliche Bedeutung. Im Jahr 2019 wurden in Deutschland Sozialleistungen in Höhe von insgesamt 1.040,3 Milliarden Euro gewährt. Das größte Gewicht entfiel hierbei auf die Gesundheitsleistungen und die Alterssicherung. Die dazu notwendigen Einnahmen fließen dem Sozialbudget vor allem in Form von Beiträgen der Versicherten und ihrer Arbeitgeber sowie als staatliche Zuschüsse zu. Die Beitragsfinanzierung machte 2019 rund 65% des Sozialbudgets aus.<sup>23</sup>

### C. Allgemeines zum Sozialversicherungsrecht

Die gemeinsamen Grundlagen und Vorschriften für die Sozialversicherung finden sich im SGB IV. Die gesetzliche Sozialversicherung soll einen angemessenen Risikoschutz vor den Wechselfällen des Lebens bieten. Sie folgt zunächst der klassischen Definition der Versicherung, nach der es um „die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit“<sup>24</sup> geht. Im Grundsatz orientiert sich die gesetzliche Sozialversicherung damit am Privatversicherungsrecht, wird aber besonders geprägt durch ihre sozialpolitische Zielsetzung.<sup>25</sup>

Durch Aufteilung in mehrere Versicherungszweige finden jeweils Zusammenschlüsse gleichartig Gefährdeter zu einer Gefahrengemeinschaft statt. Innerhalb dieser Gefahrengemeinschaft wird ein Bedarf gedeckt, der zwar im Einzelfall zufällig, in seiner Gesamtheit aber abschätzbar ist.<sup>26</sup>

Zum versicherten Personenkreis gehören Personen, die kraft Gesetzes oder Satzung (Pflichtversicherte) oder aufgrund freiwilligen Beitritts oder freiwilliger Fortsetzung der Versicherung (Versicherungsberechtigte) versichert sind.<sup>27</sup> Bei der Pflichtversicherung entsteht ein Vorsorgeverhältnis unabhängig vom Willen des Einzelnen, sobald

<sup>13</sup> Fuchs, in: Fuchs et al., SozialversR (Fn. 11), § 1 Rn. 9; Waltermann, SozialR (Fn. 7), § 3 Rn. 55ff.

<sup>14</sup> Eichenhofer, SozialR (Fn. 4), § 2 Rn. 26; Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 7 Rn. 10f.

<sup>15</sup> Waltermann, SozialR (Fn. 7), § 3 Rn. 63.

<sup>16</sup> Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 8 Rn. 13.

<sup>17</sup> Zur alten, sogenannten „klassischen Dreiteilung“ und zur neuen Gliederung siehe die gute, vergleichende Übersicht bei Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 12 Rn. 18.

<sup>18</sup> Zum Absatz Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 10ff.

<sup>19</sup> Als Beispiele seien hier die Gewaltopferentschädigung sowie die Entschädigung von Impfschäden genannt.

<sup>20</sup> Zum Absatz Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 11f.

<sup>21</sup> Als Beispiele seien hier Ausbildungsförderung, Wohngeld und Jugendhilfe genannt.

<sup>22</sup> Zum Absatz Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 11f.

<sup>23</sup> Zum Absatz BMAS Sozialbudget 2019, S. 8 (Tabelle I-1; Schätzwerte), S. 6.

<sup>24</sup> Siehe z.B. BVerfG NJW 1960, 1099 (1099); NJW 1987, 3115 (3116).

<sup>25</sup> Zum Absatz Waltermann, SozialR (Fn. 7), § 7 Rn. 113.

<sup>26</sup> Zum Absatz Waltermann, SozialR (Fn. 7), § 7 Rn. 114.

<sup>27</sup> Siehe § 2 Abs. 1 SGB IV.

die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.<sup>28</sup> Nur durch eine solche Art der Zwangsversicherung kann die gewünschte Breite der Risikogemeinschaft gewährleistet und die Allgemeinheit vor der unterlassenen Vorsorge von einzelnen Personen geschützt werden.<sup>29</sup>

Der wichtigste Anknüpfungspunkt für die Versicherungspflicht ist das Beschäftigungsverhältnis. Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.<sup>30</sup>

Die Versicherten haben Beiträge zu leisten, die sich nach dem jeweiligen Einkommen richten<sup>31</sup>, und erhalten hierfür im Versicherungsfall einen Anspruch auf bestimmte Leistungen. Der Gedanke des sozialen Ausgleichs und der Solidarität zeigt sich hier insbesondere darin, dass die Versicherten trotz unterschiedlich hoher Beiträge weitestgehend die gleichen Leistungen in Anspruch nehmen können. Ebenso wird Personen der Zugang zur Sozialversicherung gewährt, auch wenn bereits absehbar ist, dass sie mehr Leistungen beanspruchen werden, als sie Beiträge zahlen können.<sup>32</sup>

Charakteristisch für die Sozialversicherung ist auch, dass die Beiträge für die Beschäftigten grundsätzlich je zur Hälfte vom Arbeitnehmer und von dessen Arbeitgeber zu tragen sind.<sup>33</sup> Anders ist dies nur in der gesetzlichen Unfallversicherung, in der die Beiträge allein durch den Arbeitgeber aufzubringen sind.<sup>34</sup>

Die Beiträge werden regelmäßig als Gesamtsozialversicherungsbeitrag gezahlt. Dabei ist der zu zahlende Gesamtbeitrag vom Arbeitgeber zu ermitteln und zunächst komplett zu entrichten. Der Anspruch des Arbeitgebers auf hälftige Zahlung durch den Arbeitnehmer ist sodann im Lohnabzugsverfahren geltend zu machen, das heißt, dass

der Arbeitgeber diesen hälftigen Beitrag vom Bruttolohn des Arbeitnehmers abzieht. Einzugsstelle des Gesamtsozialversicherungsbeitrags ist die Krankenkasse, bei der der jeweilige Arbeitnehmer versichert ist. Diese leitet dann die Beiträge an die jeweils zuständigen Träger der einzelnen Versicherungsbranche weiter.<sup>35</sup>

Träger der Sozialversicherung sind rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung.<sup>36</sup>

## D. Die einzelnen Sozialversicherungszweige

### I. Krankenversicherung

Krankheiten gehören zu den Risiken im Leben, die der größte Teil der Bevölkerung nicht tragen könnte, wenn er auf sich allein gestellt wäre. Zu Arzt- oder Krankenhauskosten würden sich oftmals auch finanzielle Einbußen durch Verdienstausschlag gesellen, wodurch der Einzelne schnell nicht mehr leistungsfähig wäre.<sup>37</sup>

Die erste deutsche Krankenversicherung wurde 1883 geschaffen.<sup>38</sup> Die heutigen Regelungen zur Krankenversicherung befinden sich im SGB V.

Zum versicherten Personenkreis gehören Beschäftigte als Pflichtversicherte<sup>39</sup>, freiwillig Versicherte<sup>40</sup> sowie Familienversicherte<sup>41</sup>. Die Mitgliedschaft beginnt bei versicherungspflichtig Beschäftigten mit dem Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis.<sup>42</sup>

Für die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung gilt das Wirtschaftlichkeitsgebot: die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein.<sup>43</sup> Um Leistungen beanspruchen zu können, muss ein sogenannter Versicherungsfall vorliegen. Der bedeutendste Versicherungsfall ist die Krankheit. Zu verstehen ist darunter ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der

<sup>28</sup> Eichenhofer, SozialR (Fn. 4), § 12 Rn. 270.

<sup>29</sup> Waltermann, SozialR (Fn. 7), § 7 Rn. 108f.

<sup>30</sup> Siehe § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV.

<sup>31</sup> Hier besteht ein Unterschied zu einer Privatversicherung, bei welcher sich die zu zahlenden Prämien nach dem individuell versicherten Risiko richten.

<sup>32</sup> Zum Absatz Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 60 Rn. 115f.

<sup>33</sup> Siehe für die Krankenversicherung § 249 Abs. 1 S. 1 SGB V und für die Rentenversicherung § 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI; auch hier unterscheidet sich die Sozialversicherung von einer Privatversicherung, bei der nur die Versicherten selbst zahlen.

<sup>34</sup> Siehe § 150 Abs. 1 S. 1 SGB VII.

<sup>35</sup> Zum Absatz §§ 28d S. 1 und S. 2; 28e Abs. 1 S. 1; 28g; 28h Abs. 1 S. 1 und 28i S. 1; 28k Abs. 1 S. 1 SGB IV.

<sup>36</sup> Siehe § 29 Abs. 1 SGB IV; die einzelnen Träger werden unter D. beim jeweiligen Versicherungsbranche genannt.

<sup>37</sup> Waltermann, SozialR (Fn. 7), § 8 Rn. 154.

<sup>38</sup> Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 7 Rn. 11.

<sup>39</sup> Siehe § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V.

<sup>40</sup> Siehe § 9 Abs. 1 SGB V.

<sup>41</sup> Siehe § 10 Abs. 1 SGB V; die Familienversicherung ist ein Beispiel dafür, dass die Sozialversicherung Elemente des sozialen Ausgleichs enthält, obwohl sie eigentlich dem Versicherungsprinzip verpflichtet ist, Waltermann, SozialR (Fn. 7), § 8 Rn. 185.

<sup>42</sup> Siehe § 186 Abs. 1 SGB V.

<sup>43</sup> Siehe §§ 2 Abs. 1 S. 1; 12 Abs. 1 S. 1 SGB V.

Behandlungsbedürftigkeit und/oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.<sup>44</sup> Ist eine Person behandlungsbedürftig, erhält sie eine Krankenbehandlung, bei Arbeitsunfähigkeit erhält sie Krankengeld.<sup>45</sup> Ist die Behandlungsbedürftigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit auf einen Arbeitsunfall zurückzuführen, ist zu beachten, dass das Recht der Unfallversicherung vorgeht.<sup>46</sup>

Im Krankheitsfall sind den Versicherten die erforderlichen medizinischen Leistungen im Wege des sogenannten Sachleistungsgrundsatzes prinzipiell als Sach- oder Dienstleistung zu erbringen.<sup>47</sup> Im Fall der Arbeitsunfähigkeit hat der kranke Arbeitnehmer zunächst bis zur Dauer von sechs Wochen entgegen § 326 Abs. 1 S. 1 BGB einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Höhe von 100% nach § 611a Abs. 2 BGB, § 3 Abs. 1 EFZG. Nur wenn der Arbeitgeber dies nicht zahlt, hat die Krankenkasse Krankengeld zu entrichten, § 44 SGB V.

Nach Ablauf der sechs Wochen hat der Arbeitnehmer für längstens 78 Wochen (gerechnet vom Tag des Beginns der Arbeitsunfähigkeit an) innerhalb von drei Jahren Anspruch auf Krankengeld in Höhe von 70% des Regelentgelts gegen die Krankenkasse.<sup>48</sup> Nach den 78 Wochen kommt die Renten- oder Unfallversicherung zum Tragen, da diese für das Risiko der dauernden Erwerbsunfähigkeit zuständig sind.<sup>49</sup> Träger der gesetzlichen Krankenversicherung sind die Krankenkassen, gegen diese haben die Versicherten einen Anspruch auf Leistungen.<sup>50</sup> Die Krankenkassen erbringen die Leistungen nicht selbst, vielmehr bedienen sie sich dazu der sogenannten Leistungserbringer.<sup>51</sup> Dadurch entsteht ein „Leistungsdreieck“ bzw. sogar ein „Leistungsviereck“.<sup>52</sup> Bei Krankenhausbehandlungen ist das jeweilige Krankenhaus der Leistungserbringer. Das Krankenhaus hat einen Vertrag mit der Krankenkasse und erfüllt seine Verpflichtung gegenüber dem Versicherten, mit dem sie

wiederum einen Behandlungsvertrag geschlossen hat. Dadurch entsteht das „Leistungsdreieck“.<sup>53</sup>

In den anderen Fällen der ärztlichen Behandlung, in denen zugelassene Ärzte oder Zahnärzte die Leistungserbringer sind, entsteht sogar ein „Leistungsviereck“, da die Ärzte Zwangsmitglieder der kassenärztlichen Vereinigungen<sup>54</sup> sind, welche wiederum die Verträge mit der Krankenkasse schließen<sup>55</sup>.

Die Mittel für die Krankenversicherung werden überwiegend durch Beiträge aufgebracht.<sup>56</sup> Die Beiträge werden von den versicherungspflichtig Beschäftigten und ihren Arbeitgebern grundsätzlich je zur Hälfte getragen.<sup>57</sup> Im Jahr 2020 lag der Beitragssatz bei 14,6% des Bruttoeinkommens (plus kassenindividuellem Zusatzbeitrag).<sup>58</sup>

## II. Pflegeversicherung

Die soziale Pflegeversicherung wurde zum 01.01.1995 geschaffen. Bis dahin war das Risiko, pflegebedürftig zu werden, privat zu lösen durch eigenes Vermögen oder das der Kinder.<sup>59</sup> Durch steigende Lebenserwartungen und sich verändernde Strukturen in der Familie entstand seit den 1970er-Jahren ein steigendes öffentliches Bewusstsein dafür, dass Pflegebedürftigkeit ein staatlich zu lösendes soziales Problem ist. Denn die immensen privaten Kosten führten zu derart erheblichen materiellen Einbußen, dass im Pflegefall regelmäßig eine Sozialhilfebedürftigkeit entstand.<sup>60</sup>

Die soziale Pflegeversicherung ist im SGB XI geregelt. Sie hat die Aufgabe, Pflegebedürftigen Hilfe zu leisten, die wegen der Schwere der Pflegebedürftigkeit auf solidarische Unterstützung angewiesen sind.<sup>61</sup> Dabei sollen die Leistungen der Pflegeversicherung den Pflegebedürftigen helfen, trotz ihres Hilfebedarfs ein möglichst selbständiges

<sup>44</sup> Siehe z.B. BSG NJW 1961, 986 (986).

<sup>45</sup> Siehe §§ 27ff.; 44ff. SGB V.

<sup>46</sup> Siehe § 11 Abs. 5 S. 1 SGB V.

<sup>47</sup> Siehe §§ 2 Abs. 2 S. 3, 69ff. SGB V. Im Unterschied dazu gilt in der privaten Krankenversicherung das Kostenerstattungsprinzip, der Versicherte muss also vorleisten und erhält das gezahlte Geld nachträglich zurück, Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 91 Rn. 186.

<sup>48</sup> Siehe §§ 48 Abs. 1 S. 1, 47 Abs. 1 S. 1 SGB V.

<sup>49</sup> Eichenhofer, SozialR (Fn. 4), § 16 Rn. 378.

<sup>50</sup> Siehe §§ 21 Abs. 2 SGB I, 4 SGB V.

<sup>51</sup> Siehe § 2 Abs. 2 S. 3 SGB V.

<sup>52</sup> Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 101 Rn. 208.

<sup>53</sup> Siehe §§ 69ff. SGB V; außerdem Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 101 Rn. 208.

<sup>54</sup> Siehe § 77 SGB V.

<sup>55</sup> Siehe dazu §§ 95ff. SGB V; außerdem Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 101f. Rn. 208.

<sup>56</sup> Siehe § 220 Abs. 1 S. 1 SGB V.

<sup>57</sup> Siehe § 249 Abs. 1 SGB V.

<sup>58</sup> Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 75 Rn. 148ff.

<sup>59</sup> Waltermann, SozialR (Fn. 7), § 9 Rn. 239.

<sup>60</sup> Zum Absatz Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 109 Rn. 219.

<sup>61</sup> Siehe § 1 Abs. 4 SGB XI.

und selbstbestimmtes Leben zu führen, das der Würde des Menschen entspricht.<sup>62</sup>

Der Versicherungsfall in der Pflegeversicherung ist die Pflegebedürftigkeit. Bis 2016 galt ein Pflegebedürftigkeitsbegriff, der im Gesetz selbst durch Aufzählung bestimmter Krankheiten, Behinderungen und Verrichtungen des täglichen Lebens konkretisiert wurde.<sup>63</sup> Nach dem Maß ihrer Hilfebedürftigkeit wurden die Personen den Pflegestufen I-III zugeordnet.<sup>64</sup> Da unter anderem auf die Situation von demenzkranken Personen zugeschnittene Leistungen nicht vorgesehen waren, gab es mehrere Reformen und die Einführung von Pflegestärkungsgesetzen.<sup>65</sup> Seit 2017 gilt nun als pflegebedürftig, wer gesundheitlich bedingte Beeinträchtigungen der Selbständigkeit oder der Fähigkeiten aufweist und deshalb der Hilfe durch andere bedarf. Es wird damit nun mehr auf den Grad der Beeinträchtigung der Selbständigkeit abgestellt und der Begriff um kognitive und psychische Komponenten erweitert. Statt der ursprünglich drei Pflegestufen gibt es nun fünf Pflegegrade sowie ein neues Begutachtungsverfahren zur Feststellung von Pflegebedürftigkeit. Die Pflegebedürftigkeit muss auf Dauer, voraussichtlich aber für mindestens sechs Monate bestehen.<sup>66</sup>

In der Pflegeversicherung gilt der Grundsatz: „Die Pflegeversicherung folgt der Krankenversicherung“.<sup>67</sup> Dies bedeutet, dass gesetzlich Krankenversicherte auch in der sozialen Pflegeversicherung pflichtversichert sind.<sup>68</sup> Daneben besteht die Besonderheit, dass auch privat Krankenversicherte gesetzlich zum Abschluss einer Pflegeversicherung verpflichtet werden.<sup>69</sup>

Die Leistungen der sozialen Pflegeversicherung sind Dienst-, Sach- und Geldleistungen, wobei immer der Vorrang der häuslichen Pflege besteht.<sup>70</sup>

Träger der Pflegeversicherung sind die bei den Krankenkassen errichteten Pflegekassen. Diese erbringen Sachleistungen grundsätzlich nicht selbst, sondern durch Leistungserbringer, z.B. Pflegeeinrichtungen.<sup>71</sup>

Die Ausgaben der Pflegeversicherung werden vor allem durch Beiträge der Mitglieder sowie ihrer Arbeitgeber finanziert. Im Jahr 2020 betrug der Beitragssatz 3,05% des Bruttoeinkommens. Dazu gilt ein Beitragszuschlag in Höhe von 0,25%, den kinderlose Mitglieder, die über 23 Jahre alt sind, ohne Arbeitgeberbeteiligung zu tragen haben.<sup>72</sup>

### III. Arbeitslosenversicherung/Recht der Arbeitsförderung

Das Recht der Arbeitsförderung ist im SGB III geregelt. Ziele der Arbeitsförderung sind es, dem Entstehen von Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken, die Dauer der Arbeitslosigkeit zu verkürzen und den Ausgleich von Angebot und Nachfrage auf dem Ausbildungs- und Arbeitsmarkt zu unterstützen. Auch soll die Arbeitsförderung dazu beitragen, dass ein hoher Beschäftigungsstand erreicht und die Beschäftigungsstruktur ständig verbessert wird.<sup>73</sup> Versicherungspflichtig sind u.a. Beschäftigte.<sup>74</sup>

Um einen Anspruch auf Arbeitslosengeld nach dem Arbeitsförderungsrecht zu haben, muss eine Person arbeitslos sein, sich arbeitslos gemeldet und eine Anwartschaftszeit erfüllt haben. Dabei setzt zunächst das Merkmal der Arbeitslosigkeit drei Dinge voraus: (1) Beschäftigungslosigkeit, (2) Eigenbemühungen, diese Beschäftigungslosigkeit zu beenden sowie (3) Verfügbarkeit, also den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung zu stehen. Die Meldung der Arbeitslosigkeit hat persönlich bei der zuständigen Agentur für Arbeit zu erfolgen. Die notwendige Anwartschaftszeit hat erfüllt, wer in einer bestimmten Rahmenfrist (in der Regel die letzten 30 Monate) mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat.<sup>75</sup>

<sup>62</sup> Siehe § 2 Abs. 1 S. 1 SGB XI.

<sup>63</sup> Siehe § 14 Abs. 1, 2 und 4 SGB XI a.F.

<sup>64</sup> Siehe § 15 SGB XI a.F.

<sup>65</sup> Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 110 Rn. 219f.

<sup>66</sup> Zum Absatz §§ 14 Abs. 1; 15 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 4 SGB XI.

<sup>67</sup> Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 112 Rn. 222.

<sup>68</sup> Siehe §§ 1 Abs. 2 S. 1; 20 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 SGB XI.

<sup>69</sup> Siehe §§ 1 Abs. 2 S. 2; 23 SGB XI.

<sup>70</sup> Siehe §§ 4 Abs. 1; 3 SGB XI. Privat Versicherte haben grds. gleiche Ansprüche wie gesetzlich Versicherte, an die Stelle der Sachleistungen tritt aber eine der Höhe nach gleiche Kostenerstattung, § 23 Abs. 1 S. 2, 3 SGB XI.

<sup>71</sup> Zum Absatz §§ 21a Abs. 2 SGB I, 46 SGB XI; 69 SGB XI.

<sup>72</sup> Zum Absatz §§ 1 Abs. 6 S. 1, 54 Abs. 1; 55 Abs. 1, 58 Abs. 1 S. 1; 55 Abs. 3 S. 1, 58 Abs. 1 S. 3 SGB XI.

<sup>73</sup> Zum Absatz § 1 Abs. 1 S. 1, S. 4 SGB III.

<sup>74</sup> Siehe § 24 SGB III.

<sup>75</sup> Zum Absatz §§ 137 Abs. 1; 138 Abs. 1; 141 Abs. 1 S. 1; 142 Abs. 1 S. 1, 143 Abs. 1 SGB III.

Die Dauer des Anspruchs auf Arbeitslosengeld richtet sich nach der Dauer der Versicherungspflichtverhältnisse innerhalb einer erweiterten Rahmenfrist und dem Lebensalter des Arbeitslosen, sie beträgt in der Regel zwölf Monate. Die Höhe des Arbeitslosengelds beträgt 67% (bei Kinderlosen 60%) des pauschalierten Nettoentgelts.<sup>76</sup>

Auch das jüngst durch die Corona-Pandemie bekannte Kurzarbeitergeld gehört zu den Leistungen der aktiven Arbeitsförderung.<sup>77</sup> Es dient in erster Linie dem Ziel, betriebsbedingte Kündigungen zu verhindern und gefährdete Arbeitsplätze zu sichern.<sup>78</sup> Das Kurzarbeitergeld steht Arbeitnehmern zu, deren Arbeitszeit vorübergehend herabgesetzt wird und die aufgrund dessen weniger Arbeitsentgelt erhalten.<sup>79</sup>

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht, wenn der Arbeitnehmer sich versicherungswidrig verhalten hat, wenn er beispielsweise (Mit-)Verantwortung dafür trägt, dass seine Arbeitslosigkeit eingetreten ist oder andauert.<sup>80</sup> Diese Sperrzeit macht deutlich, dass Gegenstand der Arbeitslosenversicherung in erster Linie die vom Arbeitslosen erlittene, nicht aber die freiwillig herbeigeführte oder aufrechterhaltene Arbeitslosigkeit ist.<sup>81</sup>

Trägerin der Arbeitsförderung ist die in Nürnberg ansässige Bundesagentur für Arbeit. Sie gliedert sich in eine Zentrale auf der oberen, Regionaldirektionen auf der mittleren und Agenturen für Arbeit auf der örtlichen Verwaltungsebene.<sup>82</sup> Die Leistungen der Arbeitsförderung werden vor allem durch Beiträge finanziert. Im Jahr 2020 betrug der Beitragssatz 2,4% des Bruttoeinkommens.<sup>83</sup>

Neben dem hier behandelten Recht der Arbeitsförderung (nach welchem das sogenannte Arbeitslosengeld I als eine Versicherungsleistung gewährt wird) existiert auch noch die Grundsicherung für Arbeitssuchende (welche als staatliche Leistung in Form des Arbeitslosengelds II gewährt wird, umgangssprachlich auch „Hartz IV“ genannt). Diese Grundsicherung ist heute im SGB II geregelt und steht bedürftigen arbeitsfähigen Arbeitssuchenden zu, die die Anwartschaftszeit nicht erfüllen oder ihren Anspruch auf Arbeitslosengeld bereits erschöpft haben.<sup>84</sup>

#### IV. Rentenversicherung

Die erste Rentenversicherung in Deutschland wurde 1889 als sogenannte Alters- und Invalidenversicherung eingeführt.<sup>85</sup> Das heutige Recht der gesetzlichen Rentenversicherung ist im SGB VI geregelt. Daneben bestehen noch weitere gesonderte Regelungen für die gesetzliche Rentenversicherung sowie eigenständige Sicherungssysteme für spezielle Personengruppen.<sup>86</sup> Neben dieser sogenannten „Ersten Säule der Altersversorgung“ existieren noch zwei weitere Säulen: die betriebliche Altersversorgung sowie die private Vorsorge.<sup>87</sup>

Versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung sind Beschäftigte<sup>88</sup>, daneben auch bestimmte Selbständige<sup>89</sup> und weitere Personengruppen<sup>90</sup>.

Die Versicherungsfälle der gesetzlichen Rentenversicherung sind das Erreichen bestimmter Altersgrenzen<sup>91</sup>, die drohende oder eingetretene Minderung der Erwerbsfähigkeit<sup>92</sup> oder der Tod<sup>93</sup> des Versicherten.

Den Versicherungsfall des Alters und damit einen Anspruch auf Regelaltersrente erreicht der Versicherte momentan mit dem 65. Lebensjahr, soweit er eine Warte-/

<sup>76</sup> Zum Absatz §§ 147 Abs. 1, Abs. 2; 149 SGB III.

<sup>77</sup> Siehe §§ 3 Abs. 2; 95ff. SGB III.

<sup>78</sup> Waltermann, SozialR (Fn. 7), § 12 Rn. 460.

<sup>79</sup> Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 176 Rn. 375; siehe auch §§ 95ff. SGB III.

<sup>80</sup> Siehe § 159 SGB III.

<sup>81</sup> Eichenhofer, SozialR (Fn. 4), § 21 Rn. 475.

<sup>82</sup> Siehe §§ 19 Abs. 2 SGB I; 367 Abs. 1, Abs. 4 SGB III.

<sup>83</sup> Siehe §§ 341 Abs. 2; 352 Abs. 1 SGB III, 1 Beitragssatzverordnung 2019.

<sup>84</sup> Zum Absatz Eichenhofer, SozialR (Fn. 4), § 21 Rn. 478; Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 161 Rn. 331.

<sup>85</sup> Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 7 Rn. 11.

<sup>86</sup> Z.B. das Gesetz über die Alterssicherung der Landwirte, das Künstlersozialversicherungsgesetz, die Beamtenversorgung für Beamte, Richter und Soldaten und die berufsständischen Versorgungswerke für einen Teil der freien Berufe wie Rechtsanwälte und Ärzte, siehe Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 144f. Rn. 290.

<sup>87</sup> Die beiden letzteren Säulen sind freiwillig, werden aber staatlich gefördert, siehe insgesamt Temming, in: Fuchs et al., SozialversR (Fn. 11), § 43 Rn. 7ff.

<sup>88</sup> Siehe § 1 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI.

<sup>89</sup> Z.B. Handwerker, siehe § 2 S. 1 Nr. 8 SGB VI.

<sup>90</sup> Z.B. Erziehende und Pflegepersonen i.S.d. § 3 S. 1 Nr. 1-4 SGB VI.

<sup>91</sup> Siehe insb. §§ 35, 36, 38, 40, 235 SGB VI.

<sup>92</sup> Siehe §§ 10, 43, 45, 240 SGB VI.

<sup>93</sup> Siehe §§ 46ff. SGB VI, in diesen Fällen erhalten Hinterbliebene des verstorbenen Versicherten eine Rente.

Versicherungszeit von mindestens 60 Kalendermonaten erfüllt hat.<sup>94</sup> Die gewährten Leistungen sichern Menschen ein selbständiges Einkommen im Rentenalter.<sup>95</sup>

Die Höhe der Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung wird u.a. durch die Faktoren Zeit, Geld und Status bestimmt.<sup>96</sup> Der *Zeitfaktor* bedeutet, dass dem Versicherten für seine ausgeübten Tätigkeiten rentenrechtliche Zeiten zugerechnet werden, sodass sein Rentenanspruch umso höher ist, je mehr rentenrechtliche Zeiten er angesammelt hat.<sup>97</sup> Der *Geldfaktor* meint, dass das vom Versicherten bezogene Einkommen Grundlage der Berechnung seiner Rente ist. Das Arbeitseinkommen wird in Entgeltpunkte umgewandelt und am Ende im Verhältnis zu den Entgeltpunkten aller Versicherten betrachtet. Je mehr Entgeltpunkte ein Versicherter also während eines Versicherungsjahres im Verhältnis zu allen anderen Versicherten hat, desto höher ist sein Geldfaktor.<sup>98</sup>

Der *Statusfaktor* hängt von der jeweiligen Rentenart ab. Der Versicherte hat einen eigenen Rentenanspruch, der Hinterbliebene einen „abgeleiteten“. Letztgenannter wird niedriger bewertet.<sup>99</sup>

Träger der gesetzlichen Rentenversicherung sind heute Bundesträger<sup>100</sup> und Regionalträger.<sup>101</sup>

Die Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung werden vor allem durch Beiträge finanziert.<sup>102</sup> Im Jahr 2020 betrug der Beitragssatz 18,6% des Bruttoeinkommens.<sup>103</sup>

Bis in die 1950er Jahre wurde die Finanzierung nach dem Kapitaldeckungsverfahren organisiert, aus den Beiträgen also ein Vermögen gebildet und dies später als Rente wieder ausgezahlt.<sup>104</sup> 1957 wurde die Finanzierung dann auf das Umlageverfahren umgestellt, welches auch als

„Generationenvertrag“ bezeichnet wird. Dies bedeutet, dass die heute im Erwerbsleben stehende Generation durch ihre Beiträge die sich im Ruhestand befindliche Generation trägt. Die aktive Generation leistet dies in der Erwartung, in der Zukunft selbst einmal durch die nachfolgende Generation abgesichert zu werden. Dieses System hilft vor allem, Inflationstendenzen aufzufangen und Rentenleistungen zu ermöglichen, die dem aktuellen Lohnniveau angepasst sind. Ein stetig wachsendes Problem ist jedoch der demografische Wandel, da es immer mehr Leistungsberechtigte mit immer höherer Lebenserwartung gibt, auf der anderen Seite aber immer weniger aktive Beitragszahler.<sup>105</sup>

## V. Unfallversicherung

Die erste Unfallversicherung in Deutschland wurde 1884 eingeführt.<sup>106</sup> Das heutige Recht der gesetzlichen Unfallversicherung ist im SGB VII geregelt. Aufgabe der Unfallversicherung ist es, Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten nach Möglichkeit zu verhindern sowie im Fall des Eintritts die Gesundheit und Leistungsfähigkeit wiederherzustellen bzw. eine Entschädigung in Geld zu gewähren.<sup>107</sup> Mit dieser Versicherung soll das Risiko bewältigt werden, dass die Arbeitskraft beeinträchtigt und damit die Chance, selbst für eine materielle Existenzgrundlage zu sorgen, gefährdet oder vernichtet wird.<sup>108</sup>

Kraft Gesetzes sind neben den Beschäftigten mittlerweile auch z.B. Schüler und Studierende während des Schul- oder Hochschulbesuchs versichert.<sup>109</sup> Letztere werden im Wege der sogenannten „unechten Unfallversicherung“ rechtssystematisch dem Bereich der sozialen Entschädigung zugeordnet.<sup>110</sup>

Die Versicherungsfälle der gesetzlichen Unfallversicherung sind Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten.

<sup>94</sup> Siehe §§ 35, 50, 235 SGB VI.

<sup>95</sup> Eichenhofer, SozialR (Fn 4), § 14 Rn. 316.

<sup>96</sup> Ebd., § 14 Rn. 324.

<sup>97</sup> Ebd.

<sup>98</sup> Zum Absatz Eichenhofer, SozialR (Fn. 4), § 14 Rn. 324ff.; Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 153 Rn. 311; siehe außerdem die §§ 63ff. SGB VI.

<sup>99</sup> Zum Absatz Eichenhofer, SozialR (Fn. 4), § 14 Rn. 324.

<sup>100</sup> „Deutsche Rentenversicherung Bund“ sowie „Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See“.

<sup>101</sup> Siehe §§ 23 Abs. 2 SGB I; 126 S. 1 SGB VI.

<sup>102</sup> Siehe § 153 Abs. 2 SGB VI.

<sup>103</sup> Siehe §§ 160 Nr. 1 SGB VI, 1 Beitragssatzverordnung 2018.

<sup>104</sup> Temming, in: Fuchs et al., SozialversR (Fn. 11), § 42 Rn. 9; Waltermann, SozialR (Fn. 7), § 11 Rn. 364.

<sup>105</sup> Zum Absatz Eichenhofer, SozialR (Fn. 4), § 14 Rn. 318; Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 160 Rn. 329; Temming, in: Fuchs et al., SozialversR (Fn. 11), § 42 Rn. 10; Waltermann, SozialR (Fn. 7), § 11 Rn. 365.

<sup>106</sup> Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 7 Rn. 11.

<sup>107</sup> Siehe § 1 SGB VII.

<sup>108</sup> Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 124 Rn. 243; Waltermann, SozialR (Fn. 7), § 10 Rn. 277.

<sup>109</sup> Siehe § 2 SGB VII.

<sup>110</sup> Eichenhofer, SozialR (Fn. 4), § 18 Rn. 389; Waltermann, SozialR (Fn. 7), § 10 Rn. 277f.

Arbeitsunfälle sind dabei Unfälle von Versicherten infolge einer den Versicherungsschutz begründenden Tätigkeit. Unfälle sind zeitlich begrenzte (hierdurch findet eine Abgrenzung zur Berufskrankheit statt), von außen auf den Körper einwirkende Ereignisse, die zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod führen.<sup>111</sup> Daneben sind auch das Zurücklegen des Weges zwischen dem Ort der versicherten Tätigkeit und der Wohnung bzw. einem dritten Ort als „Wegeunfall“ versichert.<sup>112</sup>

Die Leistungen bestehen u.a. in Maßnahmen zur Verhütung von Arbeitsunfällen, Heilbehandlung und Rehabilitation sowie subsidiär in Rentenleistungen.<sup>113</sup>

Träger der gesetzlichen Unfallversicherung sind vornehmlich die gewerblichen Berufsgenossenschaften.<sup>114</sup> Diese gliedern sich nach Branchen, was zur effektiven Berücksichtigung der jeweils typischen Unfallgefahren und Zusammenfassung der Unternehmen mit ähnlichen Risiken führt.<sup>115</sup>

Die große Besonderheit der Unfallversicherung ist, dass die Beiträge allein durch die Arbeitgeber erbracht werden. Dies resultiert daraus, dass sie im Gegenzug von zivilrechtlichen Haftungen für Körperschäden freigestellt werden. Die Beiträge richten sich dabei u.a. nach den Arbeitsentgelten der Versicherten sowie nach der Unfallgefahr im Unternehmen.<sup>116</sup>

### **E. Fazit**

Wenn uns oder unsere Angehörigen die Wechselfälle des Lebens ereilen, geht dies meist einher mit negativen Emotionen wie Unsicherheit, Angst und Machtlosigkeit. Wer dann zumindest die rechtlichen Grundlagen kennt, fühlt sich hoffentlich gleich etwas weniger machtlos und kann unter Umständen auch ein wenig gelassener mit der Gesamtsituation umgehen.

Meist treten diese Fälle schneller und unerwarteter ein, als wir denken. Es ist also nie zu früh, sich damit zu beschäftigen.

<sup>111</sup> Zum Absatz §§ 7 Abs. 1; 8 Abs. 1 SGB VII; Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 128 Rn. 254.

<sup>112</sup> Siehe § 8 Abs. 2 SGB VII; Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 128 Rn. 256.

<sup>113</sup> Siehe §§ 22 Abs. 1 SGB I; 26 SGB VII.

<sup>114</sup> Siehe §§ 22 Abs. 2 SGB I; 114ff. SGB VII.

<sup>115</sup> Kokemoor, SozialR (Fn. 5), S. 143 Rn. 287.

<sup>116</sup> Zum Absatz §§ 150 Abs. 1 S. 1; 104 Abs. 1; 153ff. SGB VII.

## Eingeschränktes Neutralitätsgebot bei der Verteidigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung

stud. iur. Nils Grimmig, B.A. und stud. iur. Aron Rössig

Nds. StGH 6/19

Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG; Art. 54 Nr. 1 NV; § 8 Nr. 6 NStGHG

### Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht)

Die A-Partei meldete für den 23. November 2019 eine Aufzugsversammlung in Hannover unter dem Titel „Schluss mit steuerfinanzierter Hetze – C in die Schranken weisen!“ an. Der freie Journalist C hatte für das ARD-Politikmagazin „Panorama“ ein Interview mit dem 96-jährigen D geführt, der im Jahr 1944 als SS-Unterscharführer an dem Massaker von Ascq in Frankreich beteiligt war. D wurde im Januar 2019 in seinem Wohnhaus – das in der zuvor ausgestrahlten Panorama-Sendung deutlich zu erkennen war – überfallen und beraubt. Die Aufzugsversammlung der A fand am 23. November 2019 zeitgleich zu der Gegendemonstration des Bündnisses „bunt statt braun“ statt.

Der niedersächsische Ministerpräsident B kommentierte die bevorstehende Aufzugsversammlung am 20. und 23. November 2019 über den Microbloggingdienst „Twitter“. Dazu verwendete er seinen Account als Ministerpräsident, dessen Nutzeradresse auf sein Amt hinweist (@MpB). Dieser soll – der Account-Beschreibung folgend – „Einblicke in den Alltag des Niedersächsischen Ministerpräsidenten“ geben. Zusätzlich verfügt B über einen weiteren Account als Privatperson und Parteipolitiker (@B), den er aber hier nicht nutzte. Die streitgegenständlichen Tweets lauten wie folgt:

20. November 2019:

(1/5) „Viel perfider geht es nicht mehr. Die rechtsextreme A-Partei will am kommenden Wochenende in #Hannover unter dem Deckmantel der Versammlungsfreiheit gegen die ebenfalls verfassungsrechtlich garantierte #Pressefreiheit demonstrieren... #Demokratie #gegenrechts“

Darunter folgt ein Foto einer Text-Bild-Karte, die auf der linken Seite folgenden Text enthält:

„Rechtsextreme Hetze gegen Journalistinnen und Journalisten, gegen den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und gegen die Pressefreiheit sind ein Angriff auf unsere Demokratie. Wichtig ist, dass sich viele Bürgerinnen und Bürger der rechten Hetze entgegenstellen.“

Unter dem Text befindet sich eine handschriftliche Namensunterschrift sowie der Name des Antragsgegners mit dem Zusatz „Niedersächsischer Ministerpräsident“. Rechts neben diesem Text ist ein Foto des B zu sehen. Unter dem Foto befindet sich das niedersächsische Landeswappen mit dem Niedersachsen-Claim „Niedersachsen.Klar“.

(5/5) „Wichtig ist, dass sich viele #Bürgerinnen und #Bürger der rechten Hetze entgegenstellen und nicht zulassen, dass kritische #Journalistinnen und #Journalisten eingeschüchtert und mundtot gemacht werden sollen.“

23. November 2019:

(1/4) „Es ist für mich, wie wohl für viele andere, nicht leicht zu verdauen, dass das Obergericht in Lüneburg die Demo der A in #Hannover erlaubt hat ... #demokratie #pressefreiheit #buntstattbraun“

(3/4) „Ich hoffe, dass diejenigen, die für kritischen #Journalismus, für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und für die #Pressefreiheit heute unter dem Motto „bunt statt braun“ friedlich auf die Straße gehen, deutlich zeigen werden: Wir sind mehr! ... #2311 #wirsindmehr“

(4/4) „Die #Landesregierung wird mit Innenminister I dabei sein. Danke allen, die heute ein klares Zeichen für unsere wehrhafte Demokratie setzen werden! #schütztdiepressefreiheit #wehrhaftedemokratie“

A sieht sich in ihrem Recht auf chancengleiche Teilhabe am politischen Wettbewerb aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG verletzt, auf das sie sich ungeachtet der Einstufung als verfassungsfeindliche, aber nicht verbotene Partei durch ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts<sup>1</sup> berufen könne. B habe sich unter Missachtung des für ihn geltenden Neutralitätsgebots einseitig mit der Aufzugsversammlung der Antragstellerin auseinandergesetzt. Die Tweets wiesen keinen inhaltlichen Bezug zur Arbeit der Landesregierung auf und entsprächen durch Bewertungen der Versammlung als „perfid“ und „rechtsextreme Hetze“ nicht dem Sachlichkeitsgebot. Auf Dritte, die unter dem Motto „Rache für D“ zur Teilnahme aufgerufen hätten, habe A keinen Einfluss. Zudem sei der Aufruf vor Beginn der Aufzugsversammlung in das Motto „Gerechtigkeit für D“ geändert worden.

A möchte sich hinsichtlich der Verletzung ihres Rechts aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG an den Niedersächsischen Staatsgerichtshof wenden. Hat ein in Betracht kommendes Verfahren vor dem NStGH Aussicht auf Erfolg?

#### **Bearbeitungshinweis:**

Von der Einhaltung der einschlägigen Formvorschriften und Fristen ist auszugehen.

<sup>1</sup> Vgl. BVerfGE 144, 120 = NJW 2017, 611.

### EINORDNUNG

Das Urteil des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes (NStGH) stellt die neueste in einer Reihe gerichtlicher Beurteilungen von Aussagen hochrangiger Berufspolitiker und Berufspolitikerinnen unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Rechts auf chancengleiche Teilhabe am politischen Wettbewerb aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG durch eine mögliche Missachtung des Neutralitätsgebotes dar. So hat sich das Bundesverfassungsgericht bereits mehrfach mit gleichgelagerten Konstellationen beschäftigen müssen.<sup>1</sup> Auch andere Landesverfassungsgerichte werden mit solchen Fallkonstellationen zunehmend häufiger befasst.<sup>2</sup>

Der NStGH hatte sich hier zunächst mit der Frage zu beschäftigen, ob eine – durch das Bundesverfassungsgericht festgestellte – Verfassungsfeindlichkeit einer politischen Partei dazu führen kann, dass diese sich nicht mehr auf das Recht auf chancengleiche Teilhabe am politischen Wettbewerb berufen kann. Hier war auch die unmittelbare Geltung des Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG im niedersächsischen Verfassungsrecht anzusprechen. Als Rechtfertigung politischer Äußerungen von Amtsträgern kommt dann regelmäßig die

Befugnis der Regierung zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit in Betracht. Hier musste der NStGH insbesondere prüfen, ob eine Äußerung in amtlicher Funktion mit der besonderen Schwierigkeit der Nutzung von Social-Media-Accounts vorlag. Sodann war hier herauszuarbeiten, ob ein Amtsträger sich aktiv schützend vor die Freie Presse stellen und diese verteidigen darf. Schließlich war aber auch in einem solchen Fall die gebotene Sachlichkeit hinsichtlich der Äußerungen zu wahren.

### LEITSÄTZE

1. Politische Parteien im Sinne des Art. 21 GG, die bzw. deren Untergliederungen auf dem Gebiet des Landes Niedersachsen tätig sind, können „andere Beteiligte“ im Sinne des Art. 54 Nr. 1 NV, § 8 Nr. 6 NStGHG sein, wenn und soweit sie um Rechte kämpfen, die sich aus ihrem verfassungsrechtlichen Status ergeben.
2. Dass das Bundesverfassungsgericht als Ergebnis des zweiten NPD-Verbotsverfahrens die NPD zwar nicht verboten, aber festgestellt hat, dass sie mit ihren Zielen die

<sup>1</sup> BVerfGE 138, 102, „Schwesig“; BVerfGE 148, 11, „Wanka“; BVerfGE 154, 320, „Seehofer“.

<sup>2</sup> Vgl. nur RHPfVerfGH NVwZ-RR 2014, 665; SaarVerfGH DÖV 2014, 845; ThürVerfGH NVwZ 2016, 1408.

Grundprinzipien missachtet, die für den freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaat unverzichtbar sind, hindert die NPD nicht daran, sich auf den Gewährleistungsbereich des Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG berufen zu können.

3. Der auch in Niedersachsen als unmittelbares Verfassungsrecht geltende und damit zu den Prüfungsmaßstäben des Staatsgerichtshofs zählende Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG schützt das Recht aller auf dem Gebiet des Landes Niedersachsen wirkenden Regierungs- und Oppositionsparteien auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb in seiner Gesamtheit. Im Rahmen der Informations- und Öffentlichkeitsarbeit der Landesregierung gelten daher ihnen gegenüber das Neutralitäts- und das Sachlichkeitsgebot.

4. Eine parteiergreifende Äußerung eines Regierungsmitglieds im politischen Meinungskampf verstößt gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien, wenn sie entweder unter Einsatz der mit dem Regierungsamt verbundenen Ressourcen oder unter erkennbarer Bezugnahme auf das Regierungsamt erfolgt, um ihr damit eine aus der Autorität des Amtes fließende besondere Glaubwürdigkeit oder Gewichtung zu verleihen.

5. Amtsautorität wird auch bei Aktivitäten von Regierungsmitgliedern in sozialen Netzwerken oder beim Einsatz von Mikrobloggingdiensten in Anspruch genommen, wenn diese Aktivitäten unter Nutzeradressen stattfinden, die auf das Amt hinweisen.

6. Aus Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG folgt nicht, dass die Landesregierung und ihre Mitglieder gehindert wären, verfassungsfeindliche Bestrebungen politischer Parteien als solche zu bezeichnen und darauf in angemessener Weise zu reagieren.

7. Die Landesregierung und ihre Mitglieder sind insbesondere berechtigt und verpflichtet, das freiheitlich-demokratische Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland und des Landes Niedersachsen zu bewahren und die Bevölkerung für demokratiegefährdende Entwicklungen zu sensibilisieren sowie das bürgerschaftliche Engagement hiergegen zu stärken. Das schließt die Befugnis ein, Angriffe auf die Pressefreiheit und die Institution der Freien Presse im Rahmen der Informations- und Öffentlichkeitsarbeit entschieden zurückzuweisen und die

bürgerschaftlichen Kräfte zur Verteidigung der freiheitlich-demokratischen Grundwerte zu ermutigen.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

### A. Zulässigkeit

#### I. Zuständigkeit des NStGH

#### II. Parteifähigkeit, Art. 54 Nr. 1 NV, § 8 Nr. 6 NStGHG

##### 1. Antragsteller

##### 2. Antragsgegner

#### III. Antragsgegenstand, § 30 NStGHG i.V.m. §§ 64 Abs. 1, 67 S. 2 BVerfGG

#### IV. Antragsbefugnis, § 30 NStGHG i.V.m. § 64 Abs. 1 BVerfGG

#### V. Rechtsschutzbedürfnis

#### VI. Formvorschriften und Frist

#### VII. Ergebnis zu A.

### B. Begründetheit

#### I. Verletzung einer Rechtsposition der Antragstellerin

##### 1. Gewährleistungsbereich der Rechtsposition

##### 2. Eingriff

##### 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

##### a) Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit

##### b) Inhalt der Befugnis

##### c) Beachtung des Sachlichkeitsgebotes

#### II. Ergebnis zu B.

### C. Gesamtergebnis

In Betracht kommt die Anstrengung eines Organstreitverfahrens vor dem NStGH gemäß Art. 54 Nr. 1 NV, § 8 Nr. 6 NStGHG. Ein entsprechender Antrag hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

### A. Zulässigkeit

Zunächst müsste der Antrag auf Einleitung eines Organstreitverfahrens zulässig sein.

#### I. Zuständigkeit, Art. 54 Nr. 1 NV, § 8 Nr. 6 NStGHG

Der NStGH ist für Entscheidungen über Organstreitverfahren gemäß Art. 54 Nr. 1 NV, § 8 Nr. 6 NStGHG zuständig.

#### II. Parteifähigkeit

Bei einem Organstreitverfahren handelt es sich grundsätzlich um ein kontradiktorisches Verfahren.<sup>3</sup> Daher bedarf es vorliegend der Parteifähigkeit sowohl des Antragstellers als auch des Antragsgegners.

## 1. Antragsteller

Fraglich ist zunächst, ob A parteifähig ist. Parteifähig sind nach Art. 54 Nr. 1 NV, § 8 Nr. 6 NStGHG die obersten Landesorgane oder „andere Beteiligte“. Parteien zählen nicht zu den obersten Landesorganen. Es fragt sich jedoch, ob sie „andere Beteiligte“ darstellen. Die Vorschrift des § 63 BVerfGG nennt „andere Beteiligte“ zwar überhaupt nicht, ist aber *argumentum e contrario* zu § 13 Abs. 1 NStGHG auf Landesebene nicht anwendbar. Politische Parteien sind andere Beteiligte i.S.d. Art. 54 Nr. 1 NV, § 8 Nr. 6 NStGHG, wenn sie durch die Verfassung oder in den Geschäftsordnungen des Landtages oder der Landesregierung mit eigenen Rechten ausgestattet sind. Problematisch ist hier indes, dass politische Parteien in der niedersächsischen Verfassung nicht ausdrücklich erwähnt werden. Sie sind jedoch i.S.d. Art. 21 GG notwendige Instrumente für die politische Willensbildung des Volkes und stellen damit integrierende Bestandteile des verfassungsrechtlich geordneten politischen Lebens dar.<sup>4</sup> Dem folgend können politische Parteien im Organstreitverfahren vor dem BVerfG grundsätzlich parteifähig sein.<sup>5</sup>

Die vorgehend erläuterten und in Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG zum Ausdruck gebrachten Grundsätze gelten in Niedersachsen dabei unmittelbar als Landesverfassungsrecht.<sup>6</sup> Folglich sind politische Parteien durch die niedersächsische Verfassung mit eigenen Rechten ausgestattet und mithin grundsätzlich parteifähig. Konkret müssen sie jedoch um eigene Rechte streiten, die sich aus ihrem verfassungsrechtlichen Status ergeben.<sup>7</sup> Demzufolge müsste A für ihre eigenen Statusrechte aus Art. 21 GG streiten und zudem eine Partei auf dem Landesgebiet Niedersachsen sein. Vorliegend handelt es sich bei A um eine politische Partei i.S.d. Art. 21 GG i.V.m. § 2 Abs. 1 PartG. Sie beruft sich auf die Verletzung ihres Rechts auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb und rügt insoweit eine Verletzung des Neutralitätsgebotes durch B. Dieses stellt ein verfassungsrechtliches Statusrecht der politischen Parteien dar.<sup>8</sup> Auch ist A in Niedersachsen tätig. Somit ist sie parteifähig.

## 2. Antragsgegner

Ebenfalls müsste der Antragsgegner B parteifähig sein. Auch B könnte ein „anderer Beteiligter“ i.S.d. Art. 54 Nr. 1 NV, § 8 Nr. 6 NStGHG sein. B ist niedersächsischer Ministerpräsident und damit Teil der Landesregierung als oberstes Landesorgan. Als solcher ist er z.B. in Art. 29 Abs. 2, 36 Abs. 1 S. 1, 37 Abs. 1 S. 1, 39 Abs. 1 S. 1 NV sowie in §§ 3 Abs. 1, Abs. 3, 5 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 GGO mit eigenen Rechten ausgestattet.<sup>9</sup> Mithin ist B parteifähig.

## III. Zulässiger Antragsgegenstand, § 30 NStGHG i.V.m. §§ 64 Abs. 1, 67 S. 2 BVerfGG

Überdies bedarf es eines zulässigen Antragsgegenstands. Kraft Verweisung in § 30 NStGHG gelten die §§ 64 Abs. 1 bis 3 und die §§ 65, 66, 67 BVerfGG entsprechend. Die Tweets des B am 20. und 23. November 2019 müssten einen zulässigen Antragsgegenstand i.S.d. § 30 NStGHG i.V.m. § 64 Abs. 1, 67 S. 1 BVerfGG darstellen. Die Maßnahme muss rechtserheblich sein oder sich jedenfalls zu einem die Rechtsstellung des Antragsgegners beeinträchtigenden, rechtserheblichen Verhalten verdichten können.<sup>10</sup> Rechtserheblich ist jedes Verhalten, das geeignet ist, die Rechtsstellung des Antragstellers zu beeinträchtigen.<sup>11</sup> Es müsste zunächst also eine Rechtsstellung der A vorliegen. Das Recht auf chancengleiche Beteiligung am politischen Willensbildungsprozess ist als „hineinwirkendes Bundesverfassungsrecht“ Bestandteil des niedersächsischen Verfassungsrechts.<sup>12</sup> Damit besteht eine Rechtsstellung der A unabhängig davon, dass eine sinngemäße Vorschrift des Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG im niedersächsischen Verfassungsrecht nicht existiert.<sup>13</sup> Zwischen B als Ministerpräsident und der A als eigenständiger niedersächsischer Landesverband einer Bundespartei besteht also ein im Landesverfassungsrecht wurzelndes Rechtsverhältnis.

Das Verhalten des B müsste schließlich geeignet sein, diese Rechtsstellung zu beeinträchtigen. B hat die streitgegenständlichen Tweets vom 20. und 23. November 2019 veröffentlicht und dabei möglicherweise die Rechtsstellung

<sup>4</sup> NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 10, abrufbar unter [https://www.doev.de/wp-content/uploads/2021/Leitsaetze/05/E\\_0141.pdf](https://www.doev.de/wp-content/uploads/2021/Leitsaetze/05/E_0141.pdf) (16.05.2021).

<sup>5</sup> Vgl. BVerfGE 1, 208 (223ff.); 82, 322 (335); 110, 403 (405); Morgenthaler in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 46. Ed., Stand: 15.02.2021, Art. 93 Rn. 22.

<sup>6</sup> NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 10.

<sup>7</sup> BVerfGE 1, 208 (223ff.); 73, 40 (65); 82, 322 (335).

<sup>8</sup> BVerfGE 73, 40 (65); 138, 102 (109); Grzeszick/Rauber in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl. 2017, Art. 21 Rn. 50.

<sup>9</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 10f.

<sup>10</sup> BVerfGE 60, 374 (381); 120, 82 (96); 138, 45, (59); Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 93.

<sup>11</sup> BVerfGE 118, 277 (317); 138, 45 (60); Schlaich/Korioth (Fn. 10), Rn. 93; Walter in: Walter/Grünwald (Fn. 3), § 64 Rn. 25.

<sup>12</sup> NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 11; NStGHE 4, 112 (119); Vgl. BVerfGE 1, 208 (227); 4, 375 (378); 6, 367 (375); 27, 10 (17).

<sup>13</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 11.

der A-Partei nach Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG nicht hinreichend beachtet. Die Tweets stellen also eine rechtserhebliche Maßnahme im benannten Sinne dar. Ein zulässiger Antragsgegenstand i.S.d. § 30 NStGHG i.V.m. §§ 64 Abs. 1, 67 S. 1 BVerfGG liegt mithin vor.

#### Herleitung der Chancengleichheit der Parteien im politischen Wettbewerb

Das Recht auf Chancengleichheit der Parteien kann nicht nur aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG allein,<sup>1</sup> sondern auch in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG hergeleitet werden.<sup>2</sup> Es lässt sich weiterhin in engem Zusammenhang mit den Grundsätzen der Gleichheit und Allgemeinheit der Wahl gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verstehen, die wiederum durch das Demokratieprinzip i.S.d. Art. 20 Abs. 2 GG geprägt sind.<sup>3</sup> Diese Unterscheidungen sind – insbesondere was die grundrechtliche Verortung in Art. 3 Abs. 1 GG betrifft – indes nur für die Geltendmachung in einer Verfassungsbeschwerde relevant.<sup>4</sup> In der gutachterlichen Lösung des vorliegenden Organstreitverfahrens – in dem politische Parteien parteifähig sein können – ist die Vornahme einer Unterscheidung daher nicht notwendig, sodass im Folgenden lediglich auf Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG abgestellt wird.

<sup>1</sup> So Ipsen in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 33; Kunig in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Auflage 2005, § 40 Rn. 93.

<sup>2</sup> BVerfGE 7, 99 (107); 47, 198 (225); 85, 264 (296).

<sup>3</sup> BVerfGE 111, 382 (398).

<sup>4</sup> Siehe dazu Klein in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 21 Rn. 305.

#### IV. Antragsbefugnis, § 30 NStGHG i.V.m. § 64 Abs. 1 BVerfGG

Überdies müsste die A-Partei antragsbefugt sein. Dies ist gemäß § 30 NStGHG, § 64 Abs. 1 BVerfGG der Fall, wenn der Antragsteller geltend macht, dass er oder das Organ, dem er angehört, durch eine Maßnahme oder Unterlassen des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. Dies muss auch möglich erscheinen,<sup>14</sup> darf also nicht von vornherein ausgeschlossen sein.<sup>15</sup> Es muss

sich um ein verfassungsrechtlich begründetes Recht handeln, die Verletzung einfacher Gesetze genügt hingegen nicht.<sup>16</sup> Die A-Partei hat sich auf eine Verletzung ihres eigenen Rechts auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG berufen. Dass die Rüge der A-Partei zutreffend ist, ist auch nicht von vornherein ausgeschlossen, erscheint also möglich. Damit ist die A-Partei auch gemäß § 30 NStGHG, § 64 Abs. 1 BVerfGG antragsbefugt.

#### V. Rechtsschutzbedürfnis

Ebenfalls erforderlich im Organstreitverfahren ist ein Rechtsschutzbedürfnis.<sup>17</sup> Das Vorliegen eines subjektiven Rechtsschutzbedürfnis wird durch die Antragsbefugnis indiziert.<sup>18</sup> Es sind im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte ersichtlich, die eine abweichende Beurteilung geboten erscheinen lassen.<sup>19</sup>

#### VI. Formvorschriften und Frist

Von der Einhaltung der Formvorschriften (§ 30 NStGHG i.V.m. § 64 Abs. 2 BVerfGG, § 12 Abs. 1 NStGHG i.V.m. § 23 Abs. 1, S. 1, S. 2 BVerfGG) und der Frist (§ 30 NStGHG i.V.m. § 64 Abs. 3 BVerfGG) ist laut Bearbeitungshinweis auszugehen.

#### VII. Ergebnis

Folglich ist der Antrag vor dem NStGH zulässig.

#### B. Begründetheit

Prüfungsaufbau ähnlich zu der Prüfung von Grundrechtsverletzungen

Bei einem Organstreitverfahren kann die Prüfung der Verletzung einer Rechtsposition ähnlich zu der Grundrechtsprüfung erfolgen,<sup>1</sup> die üblicherweise in einem dreistufigen Prüfungsaufbau (Schutzbereich [persönlich und sachlich], Eingriff und Rechtfertigung) erfolgt. Dabei sollte jedoch nicht die – grundrechtsspezifische – Terminologie „Schutzbereich“ verwendet, sondern

<sup>1</sup> Vgl. Spitzlei, Die politische Äußerungsbefugnis staatlicher Organe, JuS 2018, 856 (860).

<sup>14</sup> BVerfGE 102, 224 (232); 129, 356 (365); 140, 1 (22); Bethge in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 60. EL Juli 2020, § 64 Rn. 59.

<sup>15</sup> BVerfGE 104, 14 (19); 108, 251 (271f.); 134, 141 (194); Schlaich/Korioth (Fn. 11), Rn. 94; Walter in: Walter/Grünwald (Fn. 3), § 64 Rn. 11.

<sup>16</sup> Schlaich/Korioth (Fn. 10), Rn. 94; Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 47; Walter in: Walter/Grünwald (Fn. 3), § 64 Rn. 5.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfGE 148, 11 (21); NStGH, Urt. v. 24.11.2020 - StGH 6/19, S. 12; NStGH Nds.VBl. 2019, 115 (118).

<sup>18</sup> BVerfGE 68, 1 (77); Bethge in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 14), § 64 Rn. 58; Maurer, Staatsrecht I (Fn. 14), § 20 Rn. 50.

<sup>19</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 - StGH 6/19, S. 12.

beispielsweise von „Gewährleistungsbereich“ gesprochen werden. So hebt sich die Prüfung von der Grundrechtsdogmatik ab und verdeutlicht, dass es sich um keine Grundrechtsprüfung handelt.

Überdies müsste das Organstreitverfahren begründet sein. Es ist begründet, wenn die Tweets des B verfassungswidrig sind und A in ihren Rechten verletzen (vgl. § 67 S. 1 BVerfGG). Dies ist der Fall, wenn die Tweets des B in die Rechte der A aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG eingreifen und dieser Eingriff nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

### **I. Verletzung einer Rechtsposition der Antragstellerin**

Hierfür müsste eine Rechtsposition der Antragstellerin durch B verletzt worden sein. In Betracht kommt eine Verletzung des Rechts auf chancengleiche Teilhabe am politischen Wettbewerb gemäß Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG. Dieses ist verletzt, wenn Staatsorgane durch besondere Maßnahmen in amtlicher Funktion zu Gunsten oder zu Lasten politischer Parteien auf die politische Willensbildung des Volkes einwirken.<sup>20</sup>

#### **1. Rechtsposition des Antragstellers (Gewährleistungsbereich)**

Zunächst müsste A vom Gewährleistungsbereich des Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG umfasst sein. Hierfür müssten der persönliche und sachliche Gewährleistungsbereich des Rechts auf chancengleiche Mitwirkung an der politischen Willensbildung aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG für A eröffnet sein.

##### **a. Persönlicher Gewährleistungsbereich**

Fraglich ist, ob der persönliche Gewährleistungsbereich des Rechts auf chancengleiche Mitwirkung an der politischen Willensbildung aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG eröffnet ist. Demnach werden in personeller Hinsicht Parteien umfasst. A ist eine politische Partei und damit grundsätzlich vom persönlichen Schutzbereich umfasst.

Problematisch könnte sein, dass A vom Bundesverfassungsgericht als verfassungsfeindliche – aber nicht

verbotene – Partei eingestuft wurde.<sup>21</sup> Fraglich ist also, ob A dadurch daran gehindert ist, sich auf den Gewährleistungsbereich des Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG berufen zu können. Grundsätzlich entfaltet Art. 21 Abs. 2 GG als Parteiverbotnorm eine Sperrwirkung (Parteienprivileg). Dies bedeutet, dass über Art. 21 Abs. 2 GG hinausgehende administrative Sanktionsmöglichkeiten gegenüber verfassungsfeindlichen Parteien ausgeschlossen und dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten sind.<sup>22</sup> Diesen Vorbehalt hat der verfassungsändernde Gesetzgeber zwar im Jahr 2017 mit Art. 21 Abs. 3 GG, der nunmehr einen Ausschluss von der staatlichen Finanzierung und von Steuervergünstigungen für verfassungsfeindliche Parteien statuiert, genutzt.<sup>23</sup> Es wurden indes keine weiteren Ausnahmen vom Parteienprivileg bezüglich verfassungsfeindlicher Parteien geschaffen. Daher steht weiteren Differenzierungen als der in Art. 21 Abs. 3 GG vorgenommenen Unterscheidung auch weiterhin die Sperrwirkung des Parteienprivilegs entgegen.<sup>24</sup> Die hierdurch zum Ausdruck kommende Bestands- und Schutzgarantie des Grundgesetzes für die Parteienfreiheit und chancengleiche Beteiligung am politischen Willensbildungsprozess wirkt damit auch zugunsten verfassungsfeindlicher, aber nicht verbotener Parteien.<sup>25</sup> Mithin vermag die Einstufung als verfassungsfeindliche, aber nicht verbotene Partei den persönlichen Gewährleistungsbereich von Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG nicht auszuschließen.

A kann demnach trotz Einstufung als verfassungsfeindliche Partei einen Anspruch aus ihrem Recht auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 S. 2 GG persönlich geltend machen.<sup>26</sup> Mithin ist der persönliche Gewährleistungsbereich des Art. 21 Abs. 1 S. 2 GG für A eröffnet.

##### **b. Sachlicher Gewährleistungsbereich**

Überdies müsste der sachliche Gewährleistungsbereich des Rechts auf chancengleiche Teilhabe am politischen Wettbewerb aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG für A eröffnet sein. Geschützt wird das Recht der politischen Parteien mittels einer Versammlung auf ihre Ziele aufmerksam zu machen, für diese zu werben und ihnen im öffentlichen Diskurs Geltung zu verschaffen sowie hierdurch gleichberechtigt

<sup>20</sup> Vgl. BVerfGE 44, 125 (146); 136, 323 (333); 138, 102 (110f.); 148, 11 (25).

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 144, 20 (246).

<sup>22</sup> Vgl. BVerwGE 164, 1 (12); Grzeszick/Rauber in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 8), Art. 21 Rn. 144; Klein in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 21 Rn. 573.

<sup>23</sup> Vgl. BGBl. I 2017 S. 2346.

<sup>24</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 - StGH 6/19, S. 25.

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 144, 20 (201); Hecker, Verweigerung der Stadthallennutzung gegenüber der NPD, NVwZ 2018, 787 (788); Shirvani, Parteiverbot und Parteienfinanzierungsausschluss, Jura 2020, 448 (455).

<sup>26</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 - StGH 6/19, S. 27.

am Prozess der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken.<sup>27</sup> Es erstreckt sich dabei nicht nur auf den Wahlkampf, sondern wirkt zeitlich unbegrenzt.<sup>28</sup> Ferner ergibt sich aus diesem Recht nicht nur ein Anspruch auf Teilhabe an Begünstigungen, sondern auch ein Anspruch auf Unterlassung von Handlungen staatlicher Instanzen mit benachteiligender Wirkung.<sup>29</sup> Vorliegend meldete die A-Partei für den 23. November 2019 eine Aufzugsversammlung in Hannover an. Sie möchte mittels dieser Versammlung auf ihr Ziel der Bekämpfung hetzender steuerfinanzierter Berichterstattung aufmerksam machen. A ist damit vom sachlichen Gewährleistungsbereich des Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG umfasst.

### c. Zwischenergebnis

Folglich sind der persönliche und sachliche Gewährleistungsbereich des Rechts auf chancengleiche Teilhabe am politischen Wettbewerb aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG für die Antragstellerin eröffnet.

## 2. Eingriff

In den Gewährleistungsbereich des Rechts der politischen Parteien auf chancengleiche Teilhabe am politischen Wettbewerb müsste B nun auch eingegriffen haben. Ein solcher Eingriff liegt vor, wenn Staatsorgane sich in amtlicher Funktion und unter Missachtung des Neutralitätsgebotes einseitig mit einer politischen Partei oder von diesen veranstalteten Versammlungen auseinandersetzen.<sup>30</sup>

Neutralitätsgebot und Recht auf chancengleiche Teilhabe am politischen Wettbewerb

Das Recht auf chancengleiche Teilhabe am politischen Wettbewerb stellt ein Statusrecht der politischen Parteien dar.<sup>1</sup> Das Neutralitätsgebot<sup>2</sup> hingegen ist kein Recht, sondern verpflichtet Amtsträger zu parteipolitischer Neutralität. Es ist dabei direkter Ausfluss

<sup>1</sup> Siehe Fn. 9.

<sup>2</sup> Ausf. zum Neutralitätsgebot Gusy, Neutralität staatlicher Öffentlichkeitsarbeit – Voraussetzungen und Grenzen, NVwZ 2015, 700.

des Rechts auf chancengleiche Teilhabe am politischen Wettbewerb.<sup>3</sup> Letzteres kann erst durch eben diese Verpflichtung zu parteipolitischer Neutralität seine Wirksamkeit entfalten.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Vgl. Ferreau, Grenzen staatlicher Beteiligung am politischen Diskurs, NVwZ 2017, 1259 (1260).

<sup>4</sup> Vgl. Barczak, Die parteipolitische Äußerungsbefugnis von Amtsträgern: Eine Gratwanderung zwischen Neutralitätsgebot und politischem Wettbewerb, NVwZ 2015, 1014 (1015).

### a) In amtlicher Funktion

Zunächst müsste B die Tweets also in amtlicher Funktion abgegeben haben. Dies ist der Fall, wenn ein Regierungsmitglied eine Äußerung entweder unter Einsatz der mit dem Ministeramt verbundenen Ressourcen oder unter erkennbarer Bezugnahme auf das Regierungsamt erfolgt.<sup>31</sup> Hier könnte eine Äußerung unter erkennbarer Bezugnahme auf das Regierungsamt erfolgt sein. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Mitglied einer Regierung bei einer Äußerung ausdrücklich auf sein Amt Bezug nimmt.<sup>32</sup> Indizien dafür können äußere Umstände wie die Verwendung von Staatssymbolen und Hoheitszeichen oder die Nutzung der Amtsräume sein.<sup>33</sup> Der Amtsbezug ist bei der Nutzung von sozialen Netzwerken wie Twitter nach den gleichen Kriterien zu beurteilen und kann insbesondere dann vorliegen, wenn diese Aktivitäten unter Nutzeradressen stattfinden, die auf das Amt hinweisen.<sup>34</sup>

Hier hat B die Tweets über seinen Twitter-Account als Ministerpräsident abgesetzt, dessen Nutzeradresse (@MpB) auf sein Amt hinweist. Weiterhin hat er auf der Text-Bild-Karte im Tweet (1/5) vom 20.11.2019 mit dem Zusatz „Niedersächsischer Ministerpräsident“ unterschrieben. Darauf war schließlich auch das niedersächsische Landeswappen und der Niedersachsen-Claim zu sehen. Damit hat B seine Äußerungen hier unter erkennbarer Bezugnahme auf sein Regierungsamt vorgenommen. Mithin hat B die Tweets in amtlicher Funktion abgegeben.

<sup>27</sup> BVerfGE 148, 11 (21).

<sup>28</sup> Klein in: Maunz/Dürig (Fn. 22), Art. 21 Rn. 297.

<sup>29</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 26f.

<sup>30</sup> BVerfGE 148, 11 (26).

<sup>31</sup> Vgl. BVerfGE 138, 102 (118); 148, 11 (33).

<sup>32</sup> BVerfGE 138, 102 (118f.); 148, 11 (34); VerfGH RP NVwZ-RR 2014, 665 (667); ausf. Milker, Äußerungen von Hoheitsträgern im Wahlkampf und darüber hinaus, JA 2017, 647 (648).

<sup>33</sup> BVerfGE 138, 102 (119); Milker (Fn. 32), JA 2017, 647 (651).

<sup>34</sup> Vgl. Friehe in: Uhle, Information und Einflussnahme, 2018, S. 81 (85ff.).

**b) Eingriffscharakter**

Schließlich müssten die betreffenden Tweets auch Eingriffscharakter haben. Dieser ist gegeben, wenn staatliche Organe zur Teilnahme bzw. Nichtteilnahme an Versammlungen oder Demonstrationen aufrufen.<sup>35</sup> Die Eingriffsschwelle ist daher nicht erst bei unmittelbaren Boykottaufrufen erreicht.<sup>36</sup> Es reicht bereits aus, dass die fragliche Äußerung geeignet ist, auf potentielle Versammlungsteilnehmer abschreckend zu wirken und deren Verhalten zu beeinflussen.<sup>37</sup>

B hat die Versammlung hier als „Angriff auf unsere Demokratie“ (Tweet (1/5), Text-Bild-Karte vom 20.11.2019) bezeichnet und äußerte die Einschätzung, die Demonstration habe zum Ziel, „dass kritische Journalistinnen und Journalisten eingeschüchtert und mundtot gemacht werden“ (Tweet (5/5) vom 20.11.2019). Diese Aussagen stellen jeweils negative Bewertungen der von A angemeldeten Aufzugsversammlung dar. Weiterhin hofft B, „dass diejenigen, die für kritischen #Journalismus, für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und für die #Pressefreiheit heute unter dem Motto „bunt statt braun“ friedlich auf die Straße gehen, deutlich zeigen werden: Wir sind mehr!“ (Tweet (3/4) vom 23.11.2019). Er weist ferner darauf hin, dass die Landesregierung „mit Innenminister I dabei sein“ (Tweet (4/4) vom 23.11.2019) werde. Durch diese Äußerungen macht B sich mit den Positionen der Gegendemonstration einseitig gemein und erweckt den Eindruck, dass sich derjenige richtig verhält, der entweder nicht an der Aufzugsversammlung der A teilnimmt oder sich gar der Gegendemonstration anschließt.<sup>38</sup> Diese Aussagen sind daher geeignet, potentielle Versammlungsteilnehmer abzuschrecken und deren Verhalten zu beeinflussen. Die Tweets (1/5) und (5/5) vom 20.11.2019 sowie die Tweets (3/4) und (4/4) vom 23.11.2019 weisen folglich Eingriffscharakter auf.

Mit dem Tweet (1/4) vom 23.11.2019 hat B schließlich lediglich seine Gefühlswelt anlässlich einer Entscheidung des OVG Lüneburg beschrieben. Eine abschreckende Wirkung auf potentielle Versammlungsteilnehmer ist dieser Äußerung indes nicht zu entnehmen.<sup>39</sup> Mithin mangelt es hier am Eingriffscharakter.

Mit den Tweets (1/5) und (5/5) vom 20.11.2019 sowie den Tweets (3/4) und (4/4) vom 23.11.2019 hat B folglich in das Recht der A auf chancengleiche Teilhabe am politischen Wettbewerb gemäß Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG eingegriffen.

**3. Rechtfertigung**

Der Eingriff könnte indes verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. In Betracht kommt die Befugnis der Landesregierung zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit.

Befugnis der Regierung zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit

Die Befugnis der Regierung zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit lässt sich aus der – dem Parlament und der Regierung gemeinsam obliegenden – Aufgabe der Staatsleitung herleiten und ermächtigt die Regierung zu einem regelmäßigen Informationshandeln gegenüber den Bürgern.<sup>1</sup> Daher stellt sie einen möglichen Rechtfertigungsgrund für öffentliche Äußerungen von Regierungsmitgliedern in amtlicher Funktion gegenüber politischen Parteien dar.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Siehe ausf. zum staatlichen Informationshandeln *Vofßkuhle/Kaiser*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Informationshandeln des Staates, JuS 2018, 343.

<sup>2</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 16.

**a) Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit**

Die Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit ist integraler Bestandteil der dem Landtag gemeinsam mit der Landesregierung obliegenden Aufgabe der Staatsleitung.<sup>40</sup> Fraglich ist zunächst aber, ob B sich auf diese Befugnis berufen kann. Die Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit ermächtigt wie bereits dargelegt grundsätzlich die Landesregierung als Kollektivorgan. B ist indes ein Teil dieses Kollektivorganes, sodass für ihn nichts anderes gelten kann als für die Landesregierung als Ganzes.<sup>41</sup> Er kann sich daher grundsätzlich auf die Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit berufen.

<sup>35</sup> Vgl. BVerfGE 148, 11 (26f.); ThürVerfGH, Urt. v. 3.12.2014 – VerfGH 2/14 –, S. 18.

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE 148, 11 (26f.); ThürVerfGH, Urt. v. 8.7.2016 – VerfGH 38/15 –, S. 13.

<sup>37</sup> Vgl. BVerfGE 140, 225 (228); 148, 11 (26f.).

<sup>38</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 28.

<sup>39</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 29.

<sup>40</sup> NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 16 m.w.N. in Bezug auf die Bundesregierung.

<sup>41</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 20.

## b) Inhalt der Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit

Zu fragen ist weiterhin, ob die Äußerungen des B von der Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit gedeckt sind. Staatliche Informations- und Öffentlichkeitsarbeit umfasst grundsätzlich die Darstellung von Maßnahmen und Vorhaben der Regierung, die Darlegung und Erläuterung ihrer Vorstellungen über künftig zu bewältigende Aufgaben sowie die Werbung um Unterstützung.<sup>42</sup> B hat vorliegend nicht im Rahmen der gestaltenden politischen Tätigkeit der Regierung agiert. Er wollte im Gegenteil einen Angriff auf die Demokratie abwenden und sich schützend vor die Institution der Freien Presse stellen. Die Tweets wären also zumindest von dieser engen Definition der Informations- und Öffentlichkeitsarbeit nicht ohne weiteres gedeckt.

Über das obige Verständnis hinausgehend zählt indes auch die Unterrichtung der Öffentlichkeit über wichtige Vorgänge außerhalb oder weit im Vorfeld der eigenen gestaltenden politischen Tätigkeit zu der Befugnis der Informations- und Öffentlichkeitsarbeit der Regierung.<sup>43</sup> In diesem Rahmen können auch Empfehlungen und Warnungen ausgesprochen werden.<sup>44</sup> Fraglich ist also, ob die Abwehr eines Angriffes Dritter auf die Institution der Freien Presse einen solchen wichtigen Vorgang darstellen kann.

Die Landesregierung steht gemäß Art. 28 Abs. 1 NV an der Spitze der vollziehenden Gewalt und ist damit der strengen Bindung an Gesetz und Recht gemäß Art. 2 Abs. 2 NV unterworfen. In Verbindung mit dem – insoweit deklaratorischen – von Mitgliedern der Landesregierung abzulegenden Bekenntnis und Amtseid gemäß Art. 31 NV ergibt sich die Pflicht des Ministerpräsidenten, die freiheitliche demokratische Grundordnung des Landes Niedersachsen zu wahren und zu verteidigen.<sup>45</sup> Zwar stellt der Amtseid keine Kompetenznorm dar, er kann aber die Ausübung einer bereits vorhandenen Befugnisnorm geradezu fordern.<sup>46</sup> Die Pflicht zur Verteidigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ist insofern auch als Ausdruck der dem

Grundgesetz und der Niedersächsischen Verfassung eigenen Wesenszug der streitbaren oder wehrhaften Demokratie zu verstehen.<sup>47</sup>

Damit B die Freie Presse vor einem Angriff Dritter bewahren darf, müsste diese also zunächst Teil der freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Landes Niedersachsen sein. Die freie Presse ist über Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 S. 1 NV mit einer Instituts- und daraus folgend auch Bestandsgarantie ausgestattet.<sup>48</sup> Sie zählt daher zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Landes Niedersachsen. Daraus und aus der Institutsgarantie resultiert wiederum eine Schutzpflicht des Staates vor Gefährdungen der Freien Presse, die von Dritten ausgehen.<sup>49</sup> Die Abwehr eines Angriffes Dritter auf die Institution der Freien Presse kann mithin einen wichtigen Vorgang darstellen, zu dem die Landesregierung Empfehlungen und Warnungen aussprechen darf.

Ein solcher Angriff auf die Freie Presse müsste hier jedoch auch konkret vorgelegen haben. Die Aufzugsversammlung der A müsste sich folglich gegen das Institut der Freien Presse als Ganzes gerichtet haben. Der Titel der Versammlung lautete „Schluss mit steuerfinanzierter Hetze – C in die Schranken weisen!“ und richtete sich damit gegen den freien Journalisten C, der regelmäßig investigativ im rechtsextremen Milieu recherchiert. Schon allein die namentliche Nennung eines Journalisten und die Individualisierung im Rahmen einer gegen ihn gerichteten Versammlung birgt erhebliches Bedrohungs- und Einschüchterungspotential.<sup>50</sup> Hinzu kommt der Umstand, dass C nicht fest beschäftigt, sondern lediglich auf Honorarbasis tätig war. Daraus folgt eine berechnete Befürchtung des C bei weiteren Beiträgen möglicherweise nicht mehr beauftragt zu werden, da der Auftraggeber selbst nicht zur Zielscheibe werden möchte.<sup>51</sup> Weiterhin wurde zunächst unter dem Motto „Rache für D“ und später unter dem Motto „Gerechtigkeit für D“ zur Versammlung aufgerufen. Insbesondere das Wort „Rache“, aber ebenso die Änderung in „Gerechtigkeit“ stellt eine aggressive Rhetorik dar, die den freien Journalisten C einschüchtern und

<sup>42</sup> BVerfGE 20, 56 (100); 105, 279 (302).

<sup>43</sup> BVerfGE 105, 279 (302).

<sup>44</sup> NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 17; vgl. BVerfGE 105, 252, „Glykolwein“; BVerfGE 105, 279, „Osho“.

<sup>45</sup> NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 17.

<sup>46</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 33.

<sup>47</sup> NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 33; vgl. zur wehrhaften Demokratie BVerfGE 5, 85 (139); 25, 88 (100); 134, 141 (179); *Vofßkuhle/Kaiser*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Wehrhafte Demokratie, JuS 2019, 1154.

<sup>48</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 30 m.w.N.

<sup>49</sup> NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 30f.

<sup>50</sup> NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 31.

<sup>51</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 32.

an den Pranger stellen sollte. Der Antragsteller hat damit auch zumindest billigend in Kauf genommen, C zur Zielscheibe für Beleidigungen, Drohungen oder gewalttätige Reaktionen zu machen.<sup>52</sup> Folglich liegt zumindest ein individueller Angriff auf C vor.

Dieser individuelle Angriff auf C könnte sich jedoch gleichzeitig auch als Angriff auf das gesamte Institut der Freien Presse darstellen. Über die Vorgehensweise der Antragstellerin, ihr missliebige Journalisten anzuprangern und damit zum Einlenken zu bewegen, wurde hier medienwirksam berichtet. So drohte sich eine Ausstrahlungswirkung auf andere Investigativjournalisten zu entfalten, die ebenfalls von einer Berichterstattung über Rechtsextremismus absehen könnten.<sup>53</sup> Außerdem bestand die Gefahr, dass weitere Gruppierungen eine solche Methode – sofern sie ihr Ziel der Einschüchterung erreichte – für andere Investigativbereiche wie zum Beispiel den Islamismus oder Linksextremismus nachahmen würden.<sup>54</sup> Damit lag auch ein Angriff auf das Institut der Freien Presse vor.

Mithin durfte B sich grundsätzlich aktiv schützend vor die Freie Presse stellen und diese vor der Gefährdung des Angriffs der A bewahren. Seine Neutralitätspflicht war insoweit eingeschränkt.<sup>55</sup> Die Tweets des B sind also von der Befugnis der Regierung zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit gedeckt.

### c) Sachlichkeitsgebot

Indes birgt auch die Informations- und Öffentlichkeitsarbeit das Risiko von Verzerrungen des politischen Wettbewerbes bis hin zu einer Umkehrung des verfassungsrechtlich zwingenden Willensbildungsprozesses des Volkes hin zu den Staatsorganen.<sup>56</sup> Aus diesem Grund darf ein staatliches Organ sich zwar mit Angriffen auf ihre Regierungspolitik auseinandersetzen.<sup>57</sup> Dabei hat sie jedoch das Sachlichkeitsgebot zu beachten, also verfälschende, herabsetzende oder mit der Kritik am Regierungshandeln in keinem inhaltlichen Zusammenhang

stehende Äußerungen zu unterlassen.<sup>58</sup> Die vorgehend erläuterten Grundsätze wurden zwar vor allem für Kritik am Regierungshandeln entwickelt, sind jedoch auf die vorliegende Konstellation der Zurückweisung fundamentaler Angriffe gegen wesentliche Institutionen der freiheitlichen Demokratie übertragbar.<sup>59</sup>

B müsste mit seinen Äußerungen also die gebotene Sachlichkeit gewahrt haben. Er beschreibt A als „perfid“ und unterstellt ihr das Betreiben von „rechtsextremer“ Hetze sowie die Ausnutzung ihrer nach Art. 8 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Versammlungsfreiheit („unter dem Deckmantel der Versammlungsfreiheit“ (Tweet (1/5) vom 20.11.2019)). Festzuhalten ist zunächst, dass diese Tweets eine klare negative Bewertung der Antragstellerin darstellen.

Die Landesregierung ist grundsätzlich jedoch nicht daran gehindert, verfassungsfeindliche Bestrebungen politischer Parteien als solche zu bezeichnen und in angemessener Weise darauf zu reagieren.<sup>60</sup> Im Gegenteil muss die betroffene Partei es grundsätzlich erdulden, dass Ihre Verfassungsfeindlichkeit von den zur Staatsleitung berufenen Organen thematisiert und deutlich benannt wird.<sup>61</sup> Solche Einschätzungen werden erst dann unzulässig, wenn sie auf sachfremden Erwägungen beruhen und damit den Anspruch der betroffenen Partei auf gleiche Wettbewerbschancen willkürlich beeinträchtigen.<sup>62</sup> Hier hat das Bundesverfassungsgericht zu der Partei der Antragstellerin festgestellt, dass sie sich zu verfassungsfeindlichen Zielen bekennt und planmäßig auf deren Verwirklichung hinarbeitet.<sup>63</sup> Insofern beruht der Vorwurf der rechtsextremen Hetze und perfiden Vorgehensweise auf einer wahren Tatsachengrundlage und eben nicht auf sachfremden Erwägungen.

Außerdem ist den Tweets insbesondere auch kein ausdrücklicher Boykottaufruf zu entnehmen. B hat durch die Tweets (3/4) und (4/4) vom 23.11.2019 vielmehr eine

<sup>52</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 31.

<sup>53</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 32.

<sup>54</sup> Vgl. ebd.

<sup>55</sup> Vgl. ebd.

<sup>56</sup> Vgl. BVerfGE 138, 102 (115); 148, 11 (28).

<sup>57</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 18f.

<sup>58</sup> Vgl. BVerfGE 44, 125 (149f.); 105, 252 (272f.); 148, 11 (30).

<sup>59</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 19.

<sup>60</sup> NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 18.

<sup>61</sup> BVerfGE 138, 102 (116); vgl. auch ThürVerfGH, Urt. v. 3.12.2014 – VerfGH 2/14 –, S. 16f.

<sup>62</sup> Vgl. BVerfGE 138, 102 (116).

<sup>63</sup> Vgl. BVerfGE 144, 20 (325).

Gegenöffentlichkeit schaffen wollen.<sup>64</sup> Daher stand hier nicht ein möglicher politischer Meinungskampf mit A im Vordergrund, sondern vielmehr die Verteidigung der Freien Presse als zentraler Grundpfeiler der freiheitlichen demokratischen Grundordnung unter Einbeziehung der Bürgerinnen und Bürger.<sup>65</sup>

B hat folglich keine verfälschende, herabsetzende oder mit der Kritik am Regierungshandeln in keinem inhaltlichen Zusammenhang stehende Äußerung getätigt und damit die Vorgaben des Sachlichkeitsgebotes beachtet.

## II. Ergebnis zu B.

Der Eingriff durch die Tweets in die Rechte der A aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG ist verfassungsrechtlich durch die Befugnis der Regierung zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit gerechtfertigt.

## C. Gesamtergebnis

A wurde folglich nicht in ihrem Recht auf chancengleiche Teilhabe am politischen Wettbewerb verletzt. Mithin ist das Organstreitverfahren zwar zulässig, jedoch unbegründet. Ein Verfahren vor dem NStGH hat damit keine Aussicht auf Erfolg.

## FAZIT

Die Problematik von Eingriffen in die Chancengleichheit politischer Parteien durch Äußerungen von Amtsträgern gewinnt zunehmend an Bedeutung. Dazu tragen die Digitalisierung und die daraus resultierende beschleunigte, reichweitenstarke Kommunikation über das Internet sowie vor allem über soziale Netzwerke bei. Insbesondere ist als Grund für die gesteigerte Bedeutung jedoch ein polarisierter politischer Diskurs zu konstatieren, in dem zunehmend extremistische und menschenfeindliche Positionen ihren Platz finden.<sup>66</sup> Auf diesen reagieren Amtsträger mit entsprechenden Äußerungen.

Das Urteil des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes sticht insbesondere durch die Anerkennung der

Verteidigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als Teil der Befugnis der Regierung zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit hervor. Dazu hat sich das Bundesverfassungsgericht bisher zwar noch nicht äußern müssen. In der jüngeren Vergangenheit hat es sich jedoch bereits mehrfach den Maßstäben der Landesverfassungsgerichte angeschlossen und damit zur Fortentwicklung der Jurisdiktion zur Chancengleichheit der politischen Parteien beigetragen.<sup>67</sup> Daher ist davon auszugehen, dass auch dieses Urteil auf die zukünftige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ausstrahlen wird. Insoweit wäre zu erwarten, dass sich das Bundesverfassungsgericht – sofern es mit einer vergleichbaren Konstellation befasst würde – umfangreicher als bisher mit potentiellen Rechtfertigungsgründen befassen und möglicherweise der Rechtsprechung des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes anschließen wird. Damit könnte eine Weiterentwicklung und erhöhte Reichweite der Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit einhergehen.<sup>68</sup> Diese Kompetenzgrundlage sollte dabei indes restriktiv gehandhabt und unter Berücksichtigung des Ressortprinzips nicht als allgemeine, themenunabhängige Ermächtigungsgrundlage für jedes Regierungsmitglied verstanden werden; eine solche kann nur dem mit der Richtlinienkompetenz ausgestatteten Ministerpräsidenten zukommen.<sup>69</sup>

Eine zeitnahe Befassung des Bundesverfassungsgerichtes oder anderer Landesverfassungsgerichte wird dabei umso wahrscheinlicher, als dass einige Antragsteller mit ihren Organstreitverfahren bereits erfolgreich waren,<sup>70</sup> und die Beurteilung insbesondere des Umfangs der Äußerungsbefugnis und des Sachlichkeitsgebotes von den Umständen des Einzelfalles abhängt. Die Reichweite und Grenzen des Neutralitätsgebotes sind aufgrund ihrer Aktualität also in höchstem Maße ausbildungsrelevant und stellen potentielle Klausurkonstellationen im Verfassungsrecht dar.

<sup>64</sup> Vgl. NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 34.

<sup>65</sup> Vgl. ebd.

<sup>66</sup> Vgl. Sachs, JuS 2018, 404 (406), Besprechung zu BVerfG, Urt. v. 27.2.2018 – 2 BvE 1/16.

<sup>67</sup> Siehe dazu mit Beispielen Berger/Gundling, Impulse der Landesverfassungsgerichte zur politischen Neutralität, DÖV 2019, 399.

<sup>68</sup> Vgl. Harding, NVwZ 2021, 147 (148), Anm. zu NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19.

<sup>69</sup> Vgl. ebd.; nicht eindeutig zur Differenzierung zwischen Ministern bzw. Ministerinnen und Ministerpräsident NStGH, Urt. v. 24.11.2020 – StGH 6/19, S. 33.

<sup>70</sup> Erfolgreich waren z.B. die Organstreitverfahren BVerfGE 154, 320, „Seehofer“; 148, 11, „Wanka“; ThürVerfGH NVwZ 2016, 1408, „Ramelow“.

## Unterschlagung eines Autos bei Probefahrt

stud. iur. Jari Kohne

BGH V ZR 8/19

§§ 929 S. 1, 932, 935; § 952; § 985 BGB

### Sachverhalt (gekürzt)

Bei A, die ein Autohaus betreibt, erschien Ende August 2017 M, der sich für ein als Vorführwagen genutztes Kraftfahrzeug, dessen Wert EUR 52.900 betrug, interessierte und mit diesem eine Probefahrt unternehmen wollte. Er legte einen italienischen Personalausweis, eine Meldebestätigung einer deutschen Stadt und einen italienischen Führerschein vor. Die Unterlagen, die sich später als hochwertige Fälschungen herausstellten, wurden durch einen Mitarbeiter der A kopiert. In einem als „Fahrzeug-Benutzungsvertrag“ bezeichneten Formular wurden die Durchführung einer Probefahrt in dem Zeitraum von 11.30 Uhr bis 12.30 Uhr, eine Haftungsreduzierung auf EUR 1.000 sowie eine vorgebliche Mobilfunknummer des Interessenten eingefügt. Ihm wurde für eine unbegleitete Probefahrt ein Fahrzeugschlüssel, das mit einem roten Kennzeichen versehene Fahrzeug, das diesbezügliche Fahrtenbuch und Fahrzeugscheinheft sowie eine Kopie der Zulassungsbescheinigung Teil I ausgehändigt. Die Person kehrte mit dem Fahrzeug nicht mehr zu dem Autohaus zurück.

Im September 2017 wurde die K in einem Internetverkaufsportale auf das dort von M angebotene Fahrzeug aufmerksam. Bei dem telefonisch vereinbarten Treffen am Hauptbahnhof in H legte M die Zulassungsbescheinigungen Teil I und II vor, die auf seine angeblichen Personalien ausgestellt waren und die die Fahrzeugidentifikationsnummer des Fahrzeuges auswiesen. Die Bescheinigungen waren auf Originalvordrucken, die aus einer Zulassungsstelle gestohlen worden waren, angefertigt. K, die die Fälschungen nicht erkannte, schloss mit dem M einen Kaufvertrag über das Fahrzeug. Auf seinen Wunsch hin vermerkten sie in dem Vertragsformular anstelle des tatsächlich bar geleisteten Betrages von EUR 46.500 einen Kaufpreis von nur EUR 43.500, weil M angab, dass dies „besser für seine Arbeit“ sei. Der K wurden nach Zahlung das Fahrzeug, die Zulassungspapiere, ein passender sowie ein weiterer – nicht dem Fahrzeug zuzuordnender – Schlüssel übergeben. Die zuständige Behörde lehnte eine Zulassung ab, da das Fahrzeug als gestohlen gemeldet war.

Hat A gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs? Hat K gegen A einen Anspruch auf Herausgabe der Original-Fahrzeugpapiere und des zweiten Fahrzeugschlüssels?

### EINORDNUNG

Im Jahr 2017 hatte der BGH zuletzt Gelegenheit, sich ausführlich zu besitzrechtlichen Problemen im Rahmen einer Probefahrt zu äußern.<sup>1</sup> An diese Entscheidung „Probefahrt nach Reparatur“ knüpfte er nun in vielen Punkten an. Darüber hinausgehend war der Senat nun aber auch gezwungen, zu der bislang immer ausdrücklich offen gelassenen Frage Stellung zu beziehen, in welchem besitzrechtlichen Verhältnis ein Probefahrender zum Autohändler steht. Hier von hängt ab, ob dem Autohändler das Fahrzeug abhanden gekommen ist, wenn der Probefahrende nie von der

Probefahrt zurückkehrt. Dies wiederum ist entscheidend für die Frage, ob ein gutgläubiger Eigentumserwerb an dem Fahrzeug möglich ist.

Zudem bietet das Urteil Gelegenheit zu wiederholen, welches Maß an Sorgfalt einem Erwerber abverlangt wird, um als „gutgläubig“ i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB zu gelten.

### LEITSÄTZE

1. Ein Kaufinteressent, der eine Probefahrt mit einem Kraftfahrzeug unternimmt, ist nicht Besitzdiener des Verkäufers.

<sup>1</sup> BGH NJW-RR 2017, 818.

2. Die Überlassung eines Kraftfahrzeugs durch den Verkäufer zu einer unbegleiteten und auch nicht anderweitig überwachten Probefahrt eines Kaufinteressenten auf öffentlichen Straßen für eine gewisse Dauer (hier eine Stunde) ist keine Besitzlockerung, sondern führt zu einem freiwilligen Besitzverlust.

3. Wird das Fahrzeug in einem solchen Fall nicht zurückgegeben, liegt daher kein Abhandenkommen im Sinne des § 935 BGB vor.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch A gegen K auf Herausgabe des Fahrzeugs aus § 985 BGB

I. Eigentum der A

1. Einigung

2. Übergabe und Einigsein

3. Berechtigung

4. Überwindung fehlender Berechtigung nach § 932 BGB

a) Gutgläubigkeit des Erwerbers

**b) Kein Abhandenkommen**

aa) Ursprünglicher Besitz

**bb) Besitzverlust**

(1) Begeben eigener Einwirkungsmöglichkeit

**(2) Dauer**

(3) Zuordnung der Verkehrsanschauung nach Umständen des Einzelfalls

**(4) Bloße Besitzdienerschaft**

cc) Freiwilligkeit des Besitzverlusts

II. Ergebnis

B. Anspruch K gegen A auf Herausgabe der Fahrzeugpapiere aus § 985 BGB

C. Anspruch K gegen A auf Herausgabe des zweiten Fahrzeugschlüssels aus § 985 BGB

### A. Anspruch A gegen K auf Herausgabe des Fahrzeugs aus § 985 BGB

A könnte gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs aus § 985 BGB haben.

### I. Eigentum der A

Hierfür müsste A Eigentümerin des Fahrzeugs sein. Ursprünglich war A Eigentümerin des Fahrzeugs. Allerdings könnte A ihr Eigentum an dem Fahrzeug verloren haben, indem M das Fahrzeug gem. § 929 S. 1 BGB an K veräußerte, so dass diese Eigentümerin des Fahrzeugs wurde.

#### 1. Einigung

M und A haben sich gem. § 929 Abs. 1 S. 1 BGB über den Übergang des Eigentums an dem Fahrzeug geeinigt.

#### 2. Übergabe und Einigsein

M hat A i.S.v. § 854 Abs. 1 BGB unmittelbaren Besitz am Fahrzeug verschafft und dieses somit übergeben. Die Einigkeit über den Eigentumsübergang bestand im Zeitpunkt der Übergabe auch noch fort.

#### 3. Berechtigung

Fraglich ist allerdings, ob M zur Verschaffung des Eigentums berechtigt war. Berechtigt in diesem Sinne ist, wer Verfügungsbefugt ist.<sup>2</sup> Grundsätzlich Verfügungsbefugt ist gem. § 903 S. 1 BGB der Eigentümer. Daneben kann sich eine Verfügungsbefugnis aus Gesetz oder einer Ermächtigung i.S.v. § 185 BGB ergeben.<sup>3</sup> M war hier weder Eigentümer noch Insolvenzverwalter oder Testamentsvollstrecker. Auch war er nicht gem. § 185 Abs. 1 BGB von A zur Verfügung über das Fahrzeug ermächtigt. Damit handelte er als Nichtberechtigter.

#### 4. Überwindung fehlender Berechtigung nach § 932 BGB

Diese fehlende Berechtigung könnte aber möglicherweise nach § 932 BGB überwunden werden.

##### a) Gutgläubigkeit der K

Hierfür müsste K zunächst gutgläubig gewesen sein. Gem. § 932 Abs. 2 BGB ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. K war nicht bekannt, dass M nicht der Eigentümer des Fahrzeugs war. Fraglich ist, ob ihr die fehlende Eigentümerstellung des M in Folge grober Fahrlässigkeit verborgen geblieben ist.

Gesetzlich definiert ist in § 276 Abs. 2 BGB lediglich der Tatbestand einfacher Fahrlässigkeit, den erfüllt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Für grobe Fahrlässigkeit wird verschärfend ein außergewöhnlich

<sup>2</sup> Prütting, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 15. Aufl. 2020, § 929 Rn. 11.

<sup>3</sup> Ebd.

schwerer Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verlangt, der vorliegt, wenn dasjenige außer Acht gelassen wird, was im konkreten Fall schlechterdings jedem hätte einleuchten müssen.<sup>4</sup> Dabei darf der Erwerber grundsätzlich auf die Eigentümerstellung des Veräußernden vertrauen (vgl. § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB).<sup>5</sup> Nachforschungspflichten entstehen nur, wenn besondere Umstände vorliegen, die die Wirkung des durch Besitzverschaffungsmacht begründeten Rechtsscheins des Eigentums erschüttern.<sup>6</sup> Auch für den hier gegebenen sogenannten „Straßenverkauf“ gilt im Grundsatz nichts anderes.<sup>7</sup> Beim Erwerb gebrauchter Kraftfahrzeuge liegen solche Umstände etwa vor, wenn die Zulassungsbescheinigung Teil II (früher Fahrzeugbrief) nicht vorgezeigt wird<sup>8</sup> oder ein vom Veräußernden personenverschiedener letzter<sup>9</sup> oder sogar überhaupt kein Halter<sup>10</sup> eingetragen ist.

**Anmerkung:** Der BGH verlangt für den gutgläubigen Erwerb gebrauchter Kraftfahrzeuge als Mindestvoraussetzung<sup>1</sup>, dass sich der Erwerber die Zulassungsbescheinigung Teil II vorzeigen lässt. So soll selbst der Umstand, dass das Verkaufsgespräch in den repräsentativen Büroräumen einer überregional bekannte Autohändlerin stattfindet, welche erklärt, der Fahrzeugbrief befinde sich noch bei der Bank, werde aber unverzüglich übersandt, nicht über die Erschütterung des guten Glaubens durch das Fehlen der Zulassungsbescheinigung Teil II hinweghelfen.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Krit. *Klinck*, in: BeckOGK zum BGB, Stand: 01.01.2021, 932 Rn. 47.  
<sup>2</sup> BGH NJW 2006, 3488 (Rn. 17).

Auch, wenn der Verkäufer weitere Fahrzeugpapiere<sup>11</sup> oder den zweiten Fahrzeugschlüssel<sup>12</sup> nicht übergeben kann oder ein neuwertiges Fahrzeug weit unter Listenpreis angeboten wird<sup>13</sup>, kann eine Nachforschungspflicht des Erwerbers entstehen.

#### aa) Gefälschte Zulassungsbescheinigung

Vorliegend könnte der Rechtsschein des Eigentums durch den Umstand erschüttert worden sein, dass eine gefälschte Zulassungsbescheinigung (Teil I und II) vorgelegt wurde. Allerdings führt eine gefälschte Zulassungsbescheinigung nur dann zum Verlust des guten Glaubens, wenn die Fälschung erkennbar ist.<sup>14</sup> Das kann etwa bei auffälligen Schreibfehlern, in falscher Reihenfolge ausgefüllten Formularfeldern oder der Eintragung eines anderen als des kaufgegenständlichen Fahrzeugtyps<sup>15</sup> der Fall sein. Auch wenn das Dokument ein durch Radieren verursachtes Loch<sup>16</sup> aufweist oder mehrere Angaben unkenntlich machende Tintenklekse enthält, welche zudem noch eine andere Farbe haben als die für die Eintragungen verwendete Tinte<sup>17</sup>, muss der Erwerber misstrauisch werden. Die hier von M vorgelegte Fälschung war auf gestohlenen Original-Vordrucken angefertigt. Verdächtige Umstände liegen nicht vor. Damit war die Fälschung für K nicht erkennbar. Der Rechtsschein des Eigentums ist daher nicht durch die gefälschte Zulassungsbescheinigung Teil II erschüttert worden.

**Anmerkung:** Zu den Umständen, die das Vertrauen des Erwerbers in die Eigentümerstellung eines Gebrauchtwagenverkäufers erschüttern können, hat sich mittlerweile eine umfangreiche Kasuistik herausgebildet. Es empfiehlt sich hier die Lektüre einschlägiger Kommentarliteratur (etwa *Oechsler*, in: MüKo BGB (Fn. 5), § 932 Rn. 55ff.), um ein Gefühl dafür zu bekommen, wann ein „Aufdrängen“ verdächtiger Umstände angenommen werden kann. Lehrreich, da trotz Kumulation einer Vielzahl verdächtiger Umstände im Ergebnis einen gutgläubigen Erwerb bejahend OLG München, Urteil vom 26.05.2011 – 23 U 434/11.

<sup>4</sup> St. Rspr. seit BGHZ 10, 14 (juris-Rn. 9); BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 28); *Klinck*, in: BeckOGK zum BGB, Stand: 01.01.2021, § 932 Rn. 36 m.w.N.

<sup>5</sup> *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2020, § 932 Rn. 43.

<sup>6</sup> Ebd., Rn. 44.

<sup>7</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 30).

<sup>8</sup> St. Rspr., etwa BGH NJW 1996, 2226 (2227) m.w.N.; BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 29).

<sup>9</sup> OLG Hamm NJW-RR 1989, 890.

<sup>10</sup> BGH NJW 1994, 2022 (2023).

<sup>11</sup> OLG Koblenz NJW-RR 2011, 555 (556).

<sup>12</sup> LG München BeckRS 2005, 12848; offenlassend OLG München, Urteil vom 26.05.2011 – 23 U 434/11 (Rn. 34), juris.

<sup>13</sup> LG München BeckRS 2005, 12848.

<sup>14</sup> BGH NJW 2013, 1946 (Rn. 14).

<sup>15</sup> LG München BeckRS 2005, 12848.

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 23.05.1966 – VIII ZR 60/64 (Rn. 12), juris.

<sup>17</sup> Ebd.

**bb) Nur ein Schlüssel**

Möglicherweise wird der gute Glaube der K jedoch dadurch beeinträchtigt, dass sie vom Veräußerer nur einen Original-Schlüssel erhalten hat. Allerdings übergab M ihr einen zweiten Schlüssel, der indes nicht zu dem Kfz passte. Ohne weitere Angaben ist hier davon auszugehen, dass dem Schlüssel äußerlich nicht anzusehen war, dass er nicht zu dem fraglichen Kfz gehörte. Ob man vom Erwerber verlangen kann, einen Zweitschlüssel vor Ort auszuprobieren, wenn ansonsten keine Umstände vorliegen, die Skepsis an der Seriosität des Geschäfts wecken, ist zweifelhaft. Mithin musste K hier nicht deshalb argwöhnisch werden, weil sie nur einen Original-Schlüssel vom Veräußerer erhalten hat.

**cc) Eintragung eines geringeren Kaufpreises**

Verdächtig könnte sein, dass M darauf bestand, einen geringeren als den tatsächlich verabredeten Kaufpreis in den schriftlichen Kaufvertrag zu schreiben.<sup>18</sup> Allerdings vermag ein solches Begehren des M eher Zweifel an seiner Steuerehrlichkeit oder ähnlichem zu wecken als an seiner Eigentümerstellung.<sup>19</sup>

**dd) Zwischenergebnis**

K war gutgläubig.

**b) Kein Abhandenkommen**

Weiter dürfte das Fahrzeug der A nicht abhanden gekommen sein, § 935 Abs. 1 S. 1 BGB. Abhanden gekommen ist eine Sache, wenn der Eigentümer den unmittelbaren Besitz an ihr unfreiwillig verloren hat.<sup>20</sup>

**aa) Ursprünglicher Besitz der A<sup>21</sup>**

Daher müsste A anfänglich Besitz an dem Fahrzeug innegehabt haben. Besitz ist die tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache.<sup>22</sup> Ob zwischen einer bestimmten Person und einer bestimmten Sache ein Herrschaftsverhältnis vorliegt, ist aus Sicht der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu beurteilen.<sup>23</sup> Dem Besitzer muss die Sache dergestalt

räumlich zugänglich sein, dass er die Möglichkeit hat, auf sie einzuwirken und andere von der Einwirkung auszuschließen.<sup>24</sup> Darüber hinaus muss diese Einwirkungsmöglichkeit von gewisser Dauer und nach außen hin erkennbar sein.<sup>25</sup>

Zunächst stand das Fahrzeug auf dem Verkaufsgelände der A geparkt. Die Fahrzeugschlüssel befanden sich bei A in Verwahrung. Um anhand des aufgezeigten Maßstabs zu beurteilen, ob sich aus diesen tatsächlichen Umständen eine Sachherrschaft der A ergibt, ist die „Leerformel“<sup>26</sup> der Verkehrsanschauung wie folgt auszufüllen: Entscheidend ist, ob ein bestimmtes tatsächliches Verhältnis zwischen Person und Sache dazu führt, dass redliche Rechtsgenossen die Zuordnung der Sache zur Person respektieren.<sup>27</sup> Befanden sich Kfz-Schlüssel ordnungsgemäß verwahrt in den Büroräumen (wovon bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung auszugehen ist), konnte A offensichtlich auf diese einwirken und andere – durch Abschließen der Räumlichkeiten – von der Einwirkung ausschließen. A übte also für jedermann erkennbar tatsächliche Herrschaft über die Schlüssel aus und dies auch dauerhaft. Damit hatte sie Besitz an den Schlüsseln.

Kraft dieses Besitzes an den Schlüsseln vermochte A es auch, andere von der Einwirkung auf das Kfz auszuschließen (elektronische Wegfahrsperrung und Verriegeln der Türen). Aus diesem Grund ist der Besitzer der Fahrzeugschlüssel grundsätzlich auch Besitzer des Fahrzeugs selbst,<sup>28</sup> es sei denn, er hat trotz des Besitzes an den Fahrzeugschlüsseln keine faktische Möglichkeit, auf das Fahrzeug einzuwirken.<sup>29</sup> Hier war das Fahrzeug auf dem Betriebsgelände der A geparkt. Somit bestand die Möglichkeit, mit Hilfe der Schlüssel auf das Fahrzeug einzuwirken, auch faktisch. Die Kombination aus Schlüsselbesitz und Befinden des Fahrzeugs auf dem Betriebsgelände führte zudem dazu, dass die Zuordnung des Fahrzeugs zu A allgemein erkennbar war.

<sup>18</sup> Der BGH verliert hierzu kein Wort.

<sup>19</sup> Schmidt, Sachenrecht: Probefahrt-Trick und gutgläubiger Eigentumserwerb, JuS 2021, 77 (78).

<sup>20</sup> C. Heinze in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, § 935 Rn. 4 m.w.N.

<sup>21</sup> Wenn gleich der anfängliche Besitz offensichtlich gegeben ist, erfolgt hier eine ausführliche Prüfung der einzelnen Merkmale, da die entscheidende Weichenstellung für die Falllösung in der Frage liegt, wann ein Besitzverlust der A eingetreten ist. Nur eine merkmalsgestützte Analyse des Besitzes ermöglicht es, sauber festzustellen und zu begründen, zu welchem Zeitpunkt der Besitz „wegbricht“.

<sup>22</sup> Berger, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 854 Rn. 1.

<sup>23</sup> Ebd., Rn. 2.

<sup>24</sup> H. Schulte-Nölke, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl. 2019, § 854 Rn. 4.

<sup>25</sup> Ebd.

<sup>26</sup> Schäfer, in: MüKo BGB (Fn. 5), § 854 Rn. 22.

<sup>27</sup> Gutzeit, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 854 Rn. 6.

<sup>28</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (Rn. 10).

<sup>29</sup> Götz, in: BeckOGK BGB (Fn. 4), § 854 Rn. 138.10.

**bb) Besitzverlust durch Überlassen zur Probefahrt**

A könnte die tatsächliche Sachherrschaft an dem Fahrzeug verloren haben, als sie M dieses zur unbegleiteten Probefahrt überließ. Indem sie M den Fahrzeugschlüssel übergab und ihm gestattete, mit dem Fahrzeug wegzufahren, ermöglichte A es dem M, auf das Fahrzeug einzuwirken. Indes ist fraglich, ob A ihren Besitz dadurch aufgab oder lediglich lockerte.

**(1) Begeben eigener Einwirkungsmöglichkeit**

Insoweit fragt sich zunächst, ob A sich jeder Möglichkeit begab, noch selbst auf das Fahrzeug einzuwirken. So behielt sie einen Fahrzeugschlüssel und die Fahrzeugpapiere zurück und hatte sich außerdem die Handynummer des M geben lassen und sich dessen Ausweisdokumente kopiert. Es könnte argumentiert werden, dass M auf Grund der fehlenden Fahrzeugpapiere nur eingeschränkte Möglichkeiten hatte, mit der Sache nach Belieben zu verfahren. Zudem hätte A den M möglicherweise jederzeit anrufen können, um die Probefahrt abubrechen. Schließlich vermochte A es kraft des zurückbehaltenen Schlüssels weiterhin, das Fahrzeug aufzusperren und damit wegzufahren. Dass M nicht in den Besitz der Fahrzeugpapiere gelangte, mag seine Möglichkeiten beeinträchtigt haben, über das Fahrzeug zu verfügen. Auf die allein entscheidende Möglichkeit rein tatsächlicher Einwirkung auf das Fahrzeug hatten die Papiere jedoch überhaupt keine Auswirkungen. Dass A die Möglichkeit hatte, den M anzurufen, mag sein, ermöglichte aber keinen unmittelbaren Zugriff auf das Fahrzeug.<sup>30</sup> Auch der verbleibende Schlüssel ist nutzlos, wenn sich das Fahrzeug an einem der A unbekanntem Ort befindet. A hat daher keine Möglichkeit mehr, auf das Fahrzeug einzuwirken.

**(2) Dauer**

Möglicherweise war der vorgesehene Verlust der Einwirkungsmöglichkeit aber hier nicht von ausreichender Dauer. Während manche<sup>31</sup> eine Probefahrt generell für zu kurz für einen Besitzerwerb halten, differenzieren andere<sup>32</sup> zwischen solchen Fahrten, die begleitet oder auf dem Werksgelände stattfinden und solchen, die unbegleitet im öffentlichen Straßenverkehr durchgeführt werden.

Hier steht eine einstündige, unbegleitete Probefahrt in Rede. In „diesem Fall bleibt der Verkäufer weder in einer engen räumlichen Beziehung zu dem Fahrzeug noch ist die Sachherrschaft des Probefahrers so flüchtig, dass ihm die Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache nach der Verkehrsanschauung abzusprechen wäre. Vielmehr kann dieser während der Probefahrt beliebig auf das Fahrzeug einwirken, während dem Verkäufer schon wegen der Distanz, die in einer Stunde zurückgelegt werden kann, jede Kontrolle über das Fahrzeug fehlt. Die Überlassung des Fahrzeugs kann daher nicht mit einer nur kurzfristigen Aushändigung eines Gegenstands zur Ansicht innerhalb der Sphäre des bisherigen Besitzers oder ähnlichen lediglich flüchtigen Sachbeziehungen, die den unmittelbaren Besitz nicht aufheben, gleichgesetzt werden“<sup>33</sup>.

**(3) Zuordnung der Verkehrsanschauung nach den Umständen des Einzelfalles**

Schließlich ist fraglich, ob die Verkehrsanschauung das Fahrzeug trotz alledem nach den Umständen des Einzelfalles möglicherweise noch der A zuordnete. Eine solche Zuordnung könnte sich aus dem besonderen Umstand ergeben, dass das Fahrzeug mit „roten Kennzeichen“ versehen war.

So ließe sich anführen, dass die (nur) für Prüfungs-, Probe- und Überführungsfahrten zugelassenen roten Kennzeichen dazu führen, dass die Verkehrsauffassung den Wagen nicht ohne Weiteres dem Fahrer zuordnet, sondern eher dem Autohaus, von dem aus offenbar zu einer Prüfungs-, Probe- oder Überführungsfahrt aufgebrochen worden ist.<sup>34</sup> Hiergegen spricht jedoch, dass gerade bei Überführungsfahrten, im Rahmen derer oftmals längere Distanzen zu überbrücken sind, typischerweise auch externe Personen in Anspruch genommen werden. Vor diesem Hintergrund wird niemand glauben, allein der Umstand, dass ein Kfz ein rotes Kennzeichen trägt, führe dazu, dass irgendein Autohändler eine tatsächliche (!) Einwirkungsmöglichkeit auf das Fahrzeug habe. Mithin führten die roten Kennzeichen nicht zu einer Zuordnung des Fahrzeugs zu A.<sup>35</sup>

**(4) Bloße Besitzdienerschaft**

M übte die tatsächliche Gewalt über das Fahrzeug aus.

<sup>30</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 14).

<sup>31</sup> OLG Köln NZV 2006, 260; Gies, in: juris Praxiskommentar BGB, § 854 Rn. 41; Gutzeit, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 854 Rn. 44; Oechsler, in: MüKo BGB (Fn. 5), § 935 Rn. 11.

<sup>32</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (Rn. 20); Götz, in: BeckOGK BGB (Fn. 4); unklar, ob differenzierend Prütting, in: PWW (Fn. 2), § 854 Rn. 11.

<sup>33</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 13).

<sup>34</sup> KG BeckRS 2018, 28236 (Rn. 5).

<sup>35</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 13).

Allerdings ist denkbar, dass er diese nicht für sich, sondern für A ausübte, also bloßer Besitzdiener war, § 855 BGB. Ob M Besitzdiener war, hängt davon ab, nach welchen Kriterien sich eine Besitzdienerschaft bestimmt. Dies ist streitig.

#### **(a) Eine Ansicht: Soziales Abhängigkeitsverhältnis**

Nach einer Ansicht kann Besitzdienerschaft nur im Rahmen eines echten sozialen Abhängigkeitsverhältnisses vorliegen.<sup>36</sup> Es genüge nicht jedes beliebige Weisungsrecht, vielmehr sei erforderlich, dass der Besitzer dieses im Falle der Nichtbefolgung auf Grund eines Direktionsrechts oder vergleichbarer Befugnisse unmittelbar selbst durchsetzen könne.<sup>37</sup> Gemeint ist damit, dass der Besitzer eine Weisungsmacht innehat, die so stark ist, dass erwartet werden kann, der Besitzdiener werde jede in Bezug auf die Sache erteilte Weisung befolgen.<sup>38</sup> Eine solche Auslegung des Besitzdiener-Tatbestandes sei insbesondere im Hinblick auf das Erfordernis einer Abgrenzung zum mittelbaren Besitz (§ 868 BGB) geboten.<sup>39</sup> Denn allgemeine Weisungen könne auch der mittelbare dem unmittelbaren Besitzer erteilen,<sup>40</sup> welcher ansonsten aber nach Gutdünken mit der Sache verfahren könne,<sup>41</sup> während ein Besitzdiener bloßes Werkzeug des Besitzers zur Ausübung der tatsächlichen Gewalt sei.<sup>42</sup> Formelhaft lasse sich die Weisungsmacht im Rahmen des mittelbaren Besitzes als „Forderung und Verpflichtung“ charakterisieren, während für eine Besitzdienerschaft ein Verhältnis von „Befehl und Gehorsam“ erforderlich sei.<sup>43</sup> Während der mittelbare Besitzer Zwangsmaßnahmen nur indirekt durchsetzen könne (z.B. Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche vor Gericht), vermöge es der Besitzer, den Besitzdiener aus eigener Kraft heraus unmittelbar zu sanktionieren.<sup>44</sup> Typisch sei das – wie die ausdrückliche Nennung der Beispiele des Haushalts und Erwerbsgeschäfts in § 855 BGB zeigt, auch vom Gesetzgeber für paradigmatisch gehaltene – Arbeitsverhältnis: Befolgt der Arbeitnehmer

eine Weisung des Arbeitgebers nicht, stehen diesem zahlreiche Sanktionsmöglichkeiten bis hin zur Kündigung zur Verfügung.<sup>45</sup>

Für den konkreten Fall einer Probefahrt lag mithin ein Weisungsrecht i.S.v. § 855 BGB vor, wenn nicht nur das Ob einer Probefahrt, sondern auch deren konkrete Ausgestaltung vom Willen der A abhängig wäre.<sup>46</sup> M fuhr allein mit dem Auto durch die Gegend. Geschwindigkeit, Strecke, Fahrstil usw. lagen allein in seiner Hand. Zwar könnte M hier Anordnungen treffen, etwa dahingehend, dass besonders vorsichtig und motorschonend zu fahren ist. Auch hätte A den M anrufen und den Abbruch der Probefahrt verlangen können.<sup>47</sup> Hätte M sich hieran nicht gehalten, dann hätte A zunächst ohne weiteres überhaupt keine Handhabe. Hätte sie nachweisen können, dass ein Schaden am Fahrzeug entstanden ist, dann hätte sie etwaige daraus resultierende Ansprüche gerichtlich durchsetzen müssen. A hatte also kein unmittelbar durchsetzbares Weisungsrecht.

Somit fehlte es an einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis. Nach dieser Ansicht war M daher nicht bloßer Besitzdiener, sondern selbst Besitzer.

#### **(b) Zum Teil einschränkend: Analoge Anwendung möglich**

Manche fordern für die direkte Anwendbarkeit des § 855 BGB zwar ein soziales Abhängigkeitsverhältnis, wollen § 855 BGB aber analog anwenden, wenn eine Sache einem anderen aus Gefälligkeit überlassen wird und sich dieser dem Überlassenden gegenüber loyal zeigt.<sup>48</sup>

Es ist fraglich, ob die Probefahrt hier auf Grundlage eines Gefälligkeitsverhältnisses stattfand. Zwar wird die Möglichkeit zur Probefahrt regelmäßig ohne unmittelbare Gegenleistung eingeräumt. Allerdings findet sie typischerweise

<sup>36</sup> BGHZ 27, 360 (juris-Rn. 23); BGHZ 199, 227 (Rn. 10); BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 22); Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 64ff.; Berger, in: Jauernig BGB (Fn. 22), § 855 Rn. 1; Gies, in: jurisPK BGB (Fn. 31), § 855 Rn. 3; Götz, in: BeckOGK BGB (Fn. 4), § 854 Rn. 138.4; Gutzeit, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 855 Rn. 6; C. Heinze, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 935 Rn. 14; Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 17. Aufl. 2020, § 855 Rn. 1; Prütting, in: PWW (Fn. 2), § 855 Rn. 2; H. Schulte-Nölke, in: Schulze BGB (Fn. 24), § 855 Rn. 3; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 2 Rn. 24; Wellenhofer, Sachenrecht, 35. Aufl. 2020, Rn. 29; Westermann/A. Staudinger, BGB-Sachenrecht, 13. Aufl. 2017, Rn. 111.

<sup>37</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 22).

<sup>38</sup> Schäfer, in: MüKo BGB (Fn. 5), § 855 Rn. 5, Hervorhebung auch im Original.

<sup>39</sup> Gutzeit, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 855 Rn. 6.

<sup>40</sup> Ebd.

<sup>41</sup> Götz, in: BeckOGK BGB (Fn. 4), § 855 Rn. 13; Schreiber, JURA 2012, 514 (515).

<sup>42</sup> Gies, in: jurisPK BGB (Fn. 31), § 855 Rn. 3.

<sup>43</sup> Enneccerus/Wolff/Raiser, Sachenrecht, § 6 III, zit. nach Schäfer, in: MüKo BGB (Fn. 5), § 855 Rn. 5.

<sup>44</sup> Gutzeit, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 855 Rn. 16.

<sup>45</sup> Vgl. z.B. BAGE 160, 296 (Rn. 79).

<sup>46</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2017, 818 (Rn. 15).

<sup>47</sup> Vgl. OLG Köln NZV 2006, 260.

<sup>48</sup> Gutzeit, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 855 Rn. 30.

in Anbahnung eines Kaufvertrages statt.<sup>49</sup> Somit könnte auch ein Rechtsverhältnis i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB vorliegen. Indem der Eigentümer einen Wildfremden mit seinem (des Eigentümers) teuren Auto herumfahren lässt, gibt jener diesem die Möglichkeit, in erheblichem Maße auf seine Rechtsgüter (Eigentum) und Interessen (Unversehrtheit des Wagens) einzuwirken. Mithin entsteht ein Schuldverhältnis i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB, auf dessen Basis die Probefahrt erfolgt.

#### (c) Andere Ansicht: Weisungsberechtigung genügt

Nach anderer Auffassung besteht zwar oft ein soziales Abhängigkeitsverhältnis zwischen Besitzer und Besitzdiener, dies sei aber nicht entscheidend. Vielmehr genüge es, wenn eine Person einer anderen im Hinblick auf den Umgang mit einer bestimmten Sache weisungsberechtigt sei.<sup>50</sup>

Hier bestand zwischen A und M ein Schuldverhältnis i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB, das Rücksichtnahmepflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB begründet.

Eine dieser Rücksichtnahmepflichten bestand darin, mit dem Auto nur so umzugehen, wie der Verkäufer es vorgibt. Die Kehrseite dieser Pflicht ist das Recht des Verkäufers, dem Probefahrenden Weisungen hinsichtlich des Umgangs mit dem Kfz zu erteilen.<sup>51</sup> Mithin war M nach dieser Auffassung Besitzdiener der A.

#### (d) Differenzierende Ansicht: Dauer entscheidend

Nach einer speziell bei Probefahrten differenzierenden Ansicht kommt es nicht pauschal darauf an, welcher Natur bestehende Weisungsrechte sind. Vielmehr sei allein maßgeblich, dass überhaupt irgendwelche Weisungsrechte bestehen (insofern wie die dritte Ansicht). Ob diese Weisungsrechte Besitzdienerschaft oder ein Besitzmittlungsverhältnis begründeten, hänge von der Dauer der Überlassung ab: Da anerkannt sei, dass eine nur ganz kurze Einwirkungsmöglichkeit auf eine Sache keinen Besitz begründen könne, sei bei nur sehr kurzer Überlassung Besitzdienerschaft gegeben, bei längerer Überlassung hingegen mittelbarer Besitz.<sup>52</sup>

**Anmerkung:** Man könnte hier die Frage aufwerfen, ob die vom BGH ausgemachte „differenzierende Ansicht“ als solche tatsächlich existiert. Tatsächlich sprechen sich auch die vom BGH benannten Vertreter überwiegend für die dritte Ansicht (c) aus.<sup>1</sup> Messen sie dem Zeitmoment besondere Bedeutung zu, wohl nicht, weil sie die Dauer als entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung der Besitzdienerschaft vom Besitzmittlungsverhältnis halten, sondern weil ihnen jeweils konkrete Beispiele vor Augen schwebten, in denen sie nach den Umständen des Einzelfalls unter anderem auf Grund der nur kurzen Dauer der Einwirkungsmöglichkeit das Vorliegen von Besitz ausgeschlossen haben und daraus den Schluss zogen, dass dann Besitzdienerschaft vorliegen müsse.

<sup>1</sup> So sind etwa Fritzsche, BeckOK (Fn. 50), § 855 Rn. 9 und Götz, BeckOGK BGB (Fn. 4), § 855 Rn. 12 der Auffassung, zur Begründung der Besitzdienerschaft genüge ein sachbezogenes Weisungsrecht, ein soziales Abhängigkeitsverhältnis sei hingegen nicht erforderlich (vgl. bereits Fn. 45). Auch das KG (ebd., Rn. 7) scheint dieser Ansicht zuzuneigen.

Was noch „kurz“ ist und was schon „lang“, ist nicht eindeutig bestimmbar. Das KG<sup>53</sup> hat eine 20-minütige Probefahrt noch für „kurz“ gehalten, die Einordnung längerer Fahrten aber offengelassen. Götz grenzt einerseits zur Überlassung für ein ganzes Wochenende ab, zieht andererseits aber auch einen Vergleich zu einer Fahrt auf dem Werksgelände. Der BGH schloss eine Argumentation im Sinne dieser Ansicht nicht aus, legte sich aber dahingehend fest, dass die Dauer von einer Stunde für einstündige, unbegleitete Probefahrt ohne technische Schutzvorrichtungen jedenfalls zu lang sei, um unter Verweis auf bloß flüchtige Sachherrschaft eine Besitzdienerschaft annehmen zu können.<sup>54</sup> Zumindest Götz<sup>55</sup> scheint dies zu akzeptieren, sodass auch nach dieser Auffassung wohl keine bloße Besitzdienerschaft mehr gegeben wäre.

#### (e) Stellungnahme

Lediglich die Auffassung, die ein bloßes sachbezogenes

<sup>49</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 26).

<sup>50</sup> OLG Köln NZV 2006, 260; OLG Stuttgart MDR 2009, 857; Fritzsche, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, 57. Ed., Stand: 01.11.2020, § 855 Rn. 9; Götz, in: BeckOGK BGB (Fn. 4), § 855 Rn. 12; Meder/Czelk, Grundwissen Sachenrecht, 3. Aufl. 2018, Rn. 32; Schäfer, in: MüKo BGB (Fn. 5), § 855 Rn. 5; Schreiber, Die Besitzformen, JURA 2012, 514 (515); Witt, Die Rechtsfigur des Besitzdieners im Widerstreit zwischen Bestands- und Verkehrsschutz, AcP 201 (2001), 165 (166).

<sup>51</sup> Vgl. BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 26).

<sup>52</sup> KG BeckRS 2018, 28236 (Rn. 4); Fritzsche, in: BeckOK BGB (Fn. 50), § 855 Rn. 9; Götz, in: BeckOGK BGB (Fn. 4), § 854 Rn. 138.4.

<sup>53</sup> KG BeckRS 2018, 28236 (Rn. 4).

<sup>54</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 22).

<sup>55</sup> Götz, in: BeckOGK BGB (Fn. 4), § 854 Rn. 138.4.

Weisungsrecht genügen lässt, kommt zu dem Schluss, dass M Besitzdiener der A war. Mithin ist dazu Stellung zu nehmen, ob ein bloßes Weisungsrecht für Besitzdienerschaft genügen kann oder ob ein soziales Abhängigkeitsverhältnis erforderlich ist.

„Die von dem Gesetz genannten Fälle – Ausübung der unmittelbaren Gewalt über die Sache im Haushalt des Besitzherrn oder in dessen Erwerbsgeschäft – machen deutlich, dass das Weisungsrecht seine Grundlage in einem Rechtsverhältnis finden und diesem Rechtsverhältnis das Gepräge geben muss. Die sich aus dem Gesetz ergebenden Erfordernisse der Fremdnützigkeit und der Weisungsgebundenheit stehen dabei in einer inneren Abhängigkeit und stellen die Abgrenzungskriterien zu einem Besitzmittlungsverhältnis dar. Dies kommt auch in den Protokollen zur zweiten Lesung des BGB zum Ausdruck, in denen ausgeführt ist, dass es immer eines besonderen rechtlichen Umstands bedürfe, kraft dessen [die Sachherrschaft] des einen auf einen anderen bezogen werde. Dieses Rechtsverhältnis sei in (...) dem heutigen § 855 BGB (...) bezeichnet (...).“<sup>56</sup> Damit ergibt sich „in eindeutiger Weise“, dass ein soziales Abhängigkeitsverhältnis zu fordern ist.<sup>57</sup> Mithin ist die dritte Ansicht abzulehnen. Ein Besitzmittlungsverhältnis lag nicht vor.

#### **(5) Zwischenergebnis**

M war nicht bloßer Besitzdiener. Durch Übernahme des Fahrzeugs zur Probefahrt wurde M unmittelbarer Besitzer.

#### **cc) Freiwilligkeit des Besitzverlustes**

A müsste den Besitz auch freiwillig, das heißt willentlich, aufgegeben haben. A übergab M das Fahrzeug aus freien Stücken, allerdings nur, weil sie über den Zweck der Fahrzeugübernahme (Probefahrt statt Unterschlagung) getäuscht wurde. Der Glaube, das Fahrzeug werde zur Probe übergeben, stellt jedoch lediglich eine fehlerhafte Motivation der Besitzaufgabe dar, an deren Freiwilligkeit ändert er nichts.<sup>58</sup> Mithin erfolgte die Besitzaufgabe freiwillig.

#### **c) Zwischenergebnis**

Das Fahrzeug ist der A nicht abhanden gekommen. Die

fehlende Berechtigung des M kann nach den Regelungen des gutgläubigen Erwerbs (§ 932 Abs. 1 S. 1 BGB) überwunden werden.

#### **5. Zwischenergebnis**

Indem M das Fahrzeug nach Maßgabe der §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB an K veräußerte, hat A ihr Eigentum an dem Fahrzeug verloren.

#### **II. Ergebnis**

A hat keinen Anspruch gegen K auf Übergabe des Fahrzeugs aus § 985 BGB.

#### **B. Anspruch der K gegen A auf Herausgabe der Original-Fahrzeugpapiere aus § 985 BGB**

K könnte einen Anspruch gegen A auf Herausgabe der Original-Fahrzeugpapiere aus § 985 BGB haben. Hierfür müsste sie Eigentümerin der Papiere sein. Fraglich ist, ob sie mit dem Eigentum am Fahrzeug zugleich Eigentum an den Fahrzeugpapieren erworben hat. Die Fahrzeugpapiere könnten Schuldscheine i.S.v. § 952 Abs. 1 BGB sein. Allerdings weisen sie nicht den Eigentümer, sondern nur den Träger der Zulassung aus.<sup>59</sup> Gleichwohl dienen die Papiere (insb. Zulassungsbescheinigung Teil II) nicht zuletzt dazu, auch das Eigentum am Fahrzeug abzusichern.<sup>60</sup> Diese Funktion können die Papiere nur erfüllen, wenn ihr sachenrechtliches Schicksal mit dem des Fahrzeugs verbunden ist.<sup>61</sup> Dies zeigt gerade der vorliegende Fall: Blicke A Eigentümerin der Fahrzeugpapiere, obgleich K Eigentümerin des Wagens geworden ist, hätte letztere gerade keine Möglichkeit, ihr Eigentum am Fahrzeug unter Zuhilfenahme der Zulassungsbescheinigung Teil II nachzuweisen. Daher ist § 952 BGB nach allgemeiner Ansicht auf Fahrzeugpapiere analog anzuwenden.<sup>62</sup> Mithin hat K mit dem Eigentum am Fahrzeug zugleich Eigentum an den Fahrzeugpapieren erworben.<sup>63</sup> Diese kann sie gem. § 985 BGB von A herausverlangen.

#### **C. Anspruch der K gegen A auf Herausgabe des zweiten Fahrzeugschlüssels aus § 985 BGB**

K könnte einen Anspruch gegen A auf Herausgabe des zweiten Fahrzeugschlüssels aus § 985 BGB haben. Hierfür

<sup>56</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 22).

<sup>57</sup> Ebd.

<sup>58</sup> Ebd., (Rn. 9).

<sup>59</sup> C. Heinze, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 952 Rn. 4.

<sup>60</sup> Vgl. BGHZ 10, 122 (Rn. 11).

<sup>61</sup> C. Heinze, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 952 Rn. 9.

<sup>62</sup> Ebd. m.w.N.

<sup>63</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 32).

müsste sie Eigentümerin des Schlüssels sein. Fraglich ist, ob sie mit dem Eigentum am Fahrzeug zugleich Eigentum am Schlüssel erworben hat. Dies wäre der Fall, wenn der Schlüssel Bestandteil des Fahrzeugs wäre (§ 93 BGB). Allerdings kann man den Schlüssel ohne weiteres vom Fahrzeug trennen, ohne dass der Schlüssel oder das Fahrzeug beschädigt wird. Mithin ist der Schlüssel kein Bestandteil des Fahrzeugs, sondern lediglich dessen Zubehör (§ 97 BGB).<sup>64</sup> Das Zubehör einer Sache teilt jedoch nicht zwingend deren rechtliches Schicksal, sondern kann Gegenstand von Sonderrechten sein. Der zweite Fahrzeugschlüssel wurde hier nicht an K übergeben, weswegen sie an diesem nicht gutgläubig Eigentum erwarb.<sup>65</sup> Somit kann sie den Schlüssel nicht nach § 985 BGB von A herausverlangen.

geklärt angesehen werden. In Klausuren sollte die Thematik in der nächsten Zeit naheliegenderweise gleichwohl noch als Problem aufgezo-gen werden.

## FAZIT

Angesichts dessen, dass der BGH die Frage, ob ein Probefahrender Besitzdiener des Autohändlers ist, bislang immer ausdrücklich offengelassen hat, mag es überraschen, dass die präsentierte Lösung ohne viel Federlesens als „eindeutig“ deklariert wird und die eigentliche Stellungnahme zu den verschiedenen Auffassungen dementsprechend knapp ausfällt. Dies liegt allerdings daran, dass der BGH entscheidende Weichenstellungen bereits in der Subsumtion unter die einzelnen Ansichten vornimmt. Insgesamt legt der Senat nicht nur eine lehrbuchhafte<sup>66</sup> Darstellung des Streitstandes, sondern auch eine ausführliche Begründung mit teleologischen, historischen und systematischen Argumenten vor, was die sehr ausbildungsrelevante Entscheidung für Studierende gut verdaulich macht. Insbesondere ist aus Auszubildendenperspektive erfreulich, dass der Senat zunächst sauber anhand der Besitzmerkmale prüft, ob überhaupt Sachherrschaft vorliegt und erst in einem zweiten Schritt der Frage nachgeht, in was für einem Verhältnis zur Autohändlerin diese Sachherrschaft ausgeübt wird. In älteren Entscheidungen (gerade auch der Instanzgerichte) gingen diese Fragen oft durcheinander.

Soweit ersichtlich stieß die Entscheidung in allen Lagern in dogmatischer Hinsicht weitgehend auf Zustimmung; geäußerte Kritik war eher rechtspolitischer Natur.<sup>67</sup> Damit darf die Frage der Besitzdienerschaft bei Probefahrten als

<sup>64</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 33).

<sup>65</sup> Ebd.

<sup>66</sup> Schrader, Gutgläubiger Erwerb eines nach der Probefahrt nicht zurückgegebenen Fahrzeugs, JA 2020, 946 (947).

<sup>67</sup> Etwa ebd. (948).

## Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei

stud. iur. Oliver Marks

BGH GSSt 1/17

§§ 242, 243; 259, 260; 25 Abs. 2 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

### Sachverhalt (gekürzt und abgewandelt)

A und B werden angeklagt, einen PKW entweder gehehlt oder gestohlen zu haben. Es handelt sich um die letzte Tat in einer Reihe von vergleichbaren Fällen über einen Zeitraum von zwei Jahren, mit denen A und B insgesamt EUR 120.000,00 verdient haben. A hatte zum Zweck der Lagerung von Gegenständen und zur Montage oder Demontage von Fahrzeugen ein Werkstattgebäude angemietet. Dort reparierte er auch fremde Fahrzeuge und trieb mit Fahrzeugteilen Handel. B verfügte über ein Grundstück mit Garagen und einem Container, wo er aus Diebstählen herrührende Gegenstände lagerte und Fahrzeuge bearbeiten konnte. Eine Durchsuchung der Räumlichkeiten infolge einer anonymen Strafanzeige hatte zur Sicherstellung des besagten Fahrzeugs geführt, welches eindeutig als Diebesgut klassifiziert werden konnte. Das Fahrzeug war vom Grundstück der Eigentümerin C entfernt worden, die jedoch die Täter nicht identifizieren konnte. Dabei war das Fahrzeug nicht verschlossen gewesen, die Lenksperrle war jedoch eingerastet.

Es konnte zweifelsfrei nachgewiesen werden, dass A und B das besagte Fahrzeug in Kenntnis seiner Herkunft verkauft haben, nicht aber, ob sie dieses selbst gestohlen haben oder es sich dabei um Hehlerware handelt. Der Verkauf der Fahrzeuge geschah durch A und B gemeinsam, entsprechend einer zuvor getroffenen Übereinkunft.

Haben sich A und B gem. §§ 242ff., 259ff. StGB strafbar gemacht?

### EINORDNUNG

Mit ihren Entscheidungen zur Zulässigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung haben der BGH und inzwischen auch das BVerfG<sup>1</sup> die bisherige gerichtliche Praxis bestätigt und zugleich eine rechtliche Kategorisierung des Instituts der echten Wahlfeststellung vorgenommen. Nachdem bereits in der Vergangenheit ein Antrag des 2. Strafsenats des BGH auf Überprüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung gem. § 132 Abs. 2, 4 GVG gestellt und wieder zurückgezogen wurde, ist die Entscheidung ein Gewinn an Rechtssicherheit in dem seit langem streitigen Themenfeld.

### LEITSATZ

Eine gesetzesalternative Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei ist entsprechend den zum Rechtsinstitut der Wahlfeststellung durch den Bundesgerichtshof entwickelten

Grundsätzen weiterhin zulässig; sie schließt bei gleichzeitiger Verwirklichung eines Tatbestands der Geldwäsche einen Schuldspruch wegen Geldwäsche aus.

### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

- A. Relevanz der Unklarheit im Tathergang
- B. Voraussetzungen der echten Wahlfeststellung
  - I. Sachverhaltsalternative 1
  - II. Sachverhaltsvariante 2
  - III. rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit
- C. Zulässigkeit der wahldeutigen Verurteilung

### Strafbarkeit von A und B

A und B könnten sich gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB oder §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie entweder ein Auto selbst entwendet haben oder das von einem Dritten entwendete Auto verkauften.

<sup>1</sup> BVerfG, Beschl. v. 05.07.2019 – 2 BvR 167/18.

### A. Relevanz der Unklarheiten im Tathergang

Der Sachverhalt lässt offen, ob A und B das von ihnen verkaufte Auto selbst vom Grundstück der C mitgenommen haben oder ob dieses von einem Dritten weggefahren wurde. Festgestellt werden konnte lediglich, dass A und B wussten, Diebesgut zu verkaufen.

Sofern A und B das Auto selbst mitgenommen haben, kommt eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB in Betracht. Eine Strafbarkeit wegen Hehlerei scheidet nach dem eindeutigen Wortlaut des § 259 Abs. 1 StGB für den Verkauf eigenen Diebesguts aus. Ist das von A und B verkaufte Auto dagegen von einem Dritten weggefahren worden, so ist eine Bestrafung wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB nicht möglich, eine Strafbarkeit gem. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB wegen gewerbsmäßiger Hehlerei fremden Diebesguts in Mittäterschaft kommt aber in Betracht.

Bei uneindeutigem Sachverhalt ist der Art. 103 Abs. 2 GG, § 261 StPO sowie Art. 6 Abs. 2 EMRK zu entnehmende Grundsatz in dubio pro reo anzuwenden. Dieser besagt, dass stets die für den Täter günstigste denkbare Variante des Sachverhalts der Prüfung seiner Strafbarkeit zugrunde zu legen ist.<sup>2</sup> Wird die Unklarheit des Tathergangs innerhalb mehrerer rechtlicher Kategorien, wie etwa verschiedenen Tatbestandsmerkmalen, relevant, so ist der Grundsatz in dubio pro reo dabei jeweils selbstständig anzuwenden.<sup>3</sup> Auf den konkreten Fall bezogen ist daher bei der Prüfung des Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB als günstigstmögliche Sachverhaltsauslegung zugrunde zu legen, dass das Fahrzeug von einem Dritten gestohlen wurde, bei der Prüfung der Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 StGB hingegen, dass A und B selbst Täter des Diebstahls des Fahrzeugs waren. Die streng eigenständige Anwendung der Unschuldsvermutung führt daher dazu, dass trotz für sicher gehaltener Verwirklichung eines der Straftatbestände A und B straflos bleiben würden.

Um diesem von der Rechtsordnung als unbillig empfundenen Ergebnis zu begegnen, wurde das Rechtsinstitut

der echten Wahlfeststellung entwickelt, welches eine wahldeutige Verurteilung, d.h. eine solche unter alternativer Benennung der verwirklichten Straftatbestände, ermöglicht.<sup>4</sup>

### B. Voraussetzungen der echten Wahlfeststellung

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen der echten Wahlfeststellung vorliegen. Dafür müsste sicher festgestellt werden, dass der Täter gegen eine Strafnorm verstoßen hat, wobei die infrage kommenden Tatbestände rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sein müssen; ein Stufenverhältnis der Delikte schließt die echte Wahlfeststellung aus.<sup>5</sup>

#### I. Sachverhaltsalternative 1: A und B haben das Auto selbst mitgenommen

##### 1. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB

Haben A und B das Auto selbst mitgenommen, könnten sie sich durch selbige Handlung gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB wegen mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben.

##### a) Tatbestand

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

##### aa) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand gegeben sein.

##### (1) Fremde bewegliche Sache

Es müsste ein taugliches Tatobjekt in Form einer fremden beweglichen Sache vorliegen. Eine Sache ist jeder körperliche Gegenstand i.S.d. § 90 BGB.<sup>6</sup> Beweglich ist die Sache, wenn sie vom Täter fortgeschafft werden kann.<sup>7</sup> Fremd ist die Sache, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters steht noch herrenlos ist.<sup>8</sup> Bei dem in Rede stehenden Fahrzeug handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand i.S.d. § 90 BGB, welcher von A und B fortgeschafft wurde und im Alleineigentum von C steht, somit auch nicht herrenlos ist. Damit handelt es sich um eine fremde bewegliche Sache.

<sup>2</sup> Ott, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 261 Rn. 63.

<sup>3</sup> BGH NStZ 2005, 85 (86).

<sup>4</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 1304.

<sup>5</sup> BGH NStZ 2018, 41 (44).

<sup>6</sup> Schmitz, in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB/Band 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 25.

<sup>7</sup> Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 11.

<sup>8</sup> Schmitz, in: MüKo StGB (Fn. 6) § 242 Rn. 31.

**(2) Wegnahme**

A und B müssten die Sache weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.<sup>9</sup>

Der Bruch fremden Gewahrsams ist die Aufhebung des Gewahrsams gegen oder ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers.<sup>10</sup> Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache, deren Reichweite von der Verkehrsanschauung bestimmt wird.<sup>11</sup> Das Fahrzeug befand sich auf dem Grundstück der C, welche zudem im Besitz der Schlüssel zu dem Fahrzeug war. Damit war sie in der Lage, die tatsächliche Herrschaft über das Fahrzeug auszuüben und Dritte von der Einwirkung darauf auszuschließen. Die Sachherrschaft war auch von einem entsprechenden Herrschaftswillen getragen. In dem Zeitpunkt, in welchem A und B das Fahrzeug ohne Wissen der C von deren Grundstück entfernten, verlor C unfreiwillig die Kenntnis des Aufenthaltsortes des Fahrzeugs und damit die Möglichkeit, die Sachherrschaft auszuüben. Sie konnte auch A und B nicht länger von der Einwirkung auf die Sache ausschließen. Damit wurde ihr Gewahrsam an dem Fahrzeug gebrochen.

Neuer Gewahrsam wird begründet, wenn die Täter die Sachherrschaft dergestalt erlangen, dass sie in der Lage sind, diese ohne Beeinträchtigung durch den vorherigen Gewahrsamsinhaber auszuüben.<sup>12</sup> Nachdem A und B den PKW auf eines ihrer Grundstücke befördert haben, hatte C keinerlei Zugriffsmöglichkeit mehr darauf und war folglich nicht in der Lage, den Gewahrsam von A und B an dem Fahrzeug zu beeinträchtigen. A und B war es dagegen möglich, unter Einsatz ihrer mechanischen Fähigkeiten, etwa durch Ausbau einer Tür, vollen Zugriff auf das Auto zu bekommen. Es wurde folglich neuer Gewahrsam begründet.

**(3) Gegenseitige Zurechnung der Tatbeiträge durch Mittäterschaft**

A und B könnten die Tat gemeinsam in Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB begangen haben. Dies setzt voraus, dass

sie einem gemeinsamen Tatplan entsprechend die Tat gemeinsam ausgeführt haben.<sup>13</sup>

**(a) Gemeinsamer Tatplan**

Ein gemeinsamer Tatplan ist ein auf gegenseitigem gemeinsamem Wollen beruhendes Einverständnis, eine bestimmte Tat durch gemeinsames, arbeitsteiliges Zusammenwirken begehen zu wollen.<sup>14</sup> Zwischen A und B bestand ein wechselseitiges Einverständnis, die Tat in gemeinsamem Zusammenwirken begehen zu wollen. Damit liegt ein gemeinsamer Tatplan vor.

**(b) Gemeinsame Tatausführung**

Die gemeinsame Tatausführung erfordert einen Verursachungsbeitrag seitens jedes Mittäters, die sich gleichwertig gegenüberstehen.<sup>15</sup> Nach der subjektiven Theorie bestimmt sich die Täterqualität nach dem Willen des Beteiligten, welcher mit animus auctoris handeln muss.<sup>16</sup> Für einen entsprechenden Willen von A und auch B spricht die Anwesenheit am Tatort sowie ihr beiderseitiges finanzielles Interesse an der Tat.

Die „Tatherrschaftslehre“ stellt dagegen darauf ab, wer die Tat als Zentralgestalt des Geschehens planvoll lenkt und beherrscht.<sup>17</sup> Bei der Mittäterschaft treten indes alle Täter als Zentralgestalten des Geschehens auf.<sup>18</sup> Hier kann kein Unterschied zwischen A und B vorgenommen werden, welche beide den gesetzlichen Tatbestand verwirklichten. A und B haben die Tat nach beiden Theorien gemeinsam arbeitsteilig ausgeführt und daher jeweils Verursachungsbeiträge für die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes gesetzt. Auch die weitere Verwertung des Diebesguts geschah arbeitsteilig nach den jeweiligen Gegebenheiten ihrer Grundstücke. Die Tat wurde gemeinsam ausgeführt.

**(c) Zwischenergebnis**

Die Voraussetzungen für eine Mittäterschaft liegen vor. Die Tatbeiträge von A und B werden diesen wechselseitig zugerechnet.

<sup>9</sup> Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 242 Rn. 22.

<sup>10</sup> Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 242 Rn. 35.

<sup>11</sup> BGH NJW 1961, 2266 (2266).

<sup>12</sup> OLG Hamm, NSTZ 2014, 275 (276).

<sup>13</sup> Schild, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch/Band 1, 5. Aufl. 2017, § 25 Rn. 125.

<sup>14</sup> Schild, in: NK-StGB (Fn. 13), § 25 Rn. 128.

<sup>15</sup> Schild, in: NK-StGB (Fn. 13), § 25 Rn. 125f.

<sup>16</sup> Wessels/Beulke/Satzger, StrafR AT (Fn. 4), Rn. 805.

<sup>17</sup> Wessels/Beulke/Satzger, StrafR AT (Fn. 4) Rn. 806.

<sup>18</sup> Schild, in: NK-StGB (Fn. 13) § 25 Rn. 126.

**bb) Subjektiver Tatbestand**

A und B müssten vorsätzlich hinsichtlich der Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale gehandelt haben. Insoweit geschieht bei der Mittäterschaft keine geistige Zurechnung.<sup>19</sup> Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller objektiven Umstände zum Zeitpunkt der Tat.<sup>20</sup> A und B kam es gerade darauf an, den Gewahrsam an der für sie fremden Sache zu brechen und neuen Gewahrsam zu begründen. Somit handelten sie vorsätzlich.

Weiterhin müssten sie mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Zueignungsabsicht setzt sich zusammen aus Aneignungsabsicht und Enteignungsvorsatz. Zudem muss Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung bestehen.<sup>21</sup> Aneignungsabsicht liegt vor, wenn es dem Täter darauf ankommt, die Sache unter Anmaßung einer eigentümergehähnlichen Position seiner eigenen Vermögenssphäre zumindest vorübergehend einzuverleiben.<sup>22</sup> Sowohl A als auch B wollten wirtschaftlich von dem Verkauf des Fahrzeugs bzw. seiner Einzelteile profitieren und es zu diesem Zweck zumindest vorübergehend ihrer jeweils eigenen Vermögenssphäre einverleiben. Daher handeln A und B mit Aneignungsabsicht. Enteignungsvorsatz liegt vor, wenn der Täter die Sache der Verfügungsgewalt des Berechtigten dauerhaft entziehen will.<sup>23</sup> A und B hatten keinen Rückführungswillen hinsichtlich des Fahrzeugs, sondern wollten der C dauerhaft den Zugriff auf den PKW entziehen. Sie handelten mit Enteignungsvorsatz.

Die Zueignung ist rechtswidrig, wenn sie im Widerspruch zur zivilrechtlichen Eigentumsordnung steht.<sup>24</sup> Weder A noch B hatten Eigentum oder Besitz an dem Fahrzeug oder ein Recht auf Verschaffung dieser Rechte. Damit steht die Zueignung im Widerspruch zur zivilrechtlichen Eigentumsordnung und war rechtswidrig. Das Fehlen eines Anspruchs auf die Sache war A und B bekannt, sodass diese jeweils Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung hatten.

**b) Rechtswidrigkeit**

A und B handelten rechtswidrig.

**c) Schuld**

A und B handelten schuldhaft.

**d) Strafzumessung**

A und B könnten einen Diebstahl in einem besonders schweren Fall gem. § 243 Abs. 1 S. 1 StGB begangen haben. Ein solcher wird durch die Verwirklichung eines der Regelbeispiele des S. 2 indiziert.<sup>25</sup>

**aa) Stehlen einer durch Schutzvorrichtung besonders gesicherten Sache**

Vorliegend könnten A und B gem. Nr. 2 eine durch eine Schutzvorrichtung besonders gesicherte Sache gestohlen haben. Schutzvorrichtungen sind technische Mittel und sonstige Vorkehrungen, die ihrer Art nach geeignet sind, die Wegnahme zumindest erheblich zu erschweren.<sup>26</sup> Bei der gestohlenen Sache handelt es sich um einen PKW, welcher durch eine Lenkradsperre gegen die Einwirkung und Entwendung durch Unbefugte gesichert ist. Diese zu überwinden erfordert entweder die Anwendung roher Gewalt oder besonderer Finesse und erschwert die Wegnahme daher abhängig vom Täter erheblich. Folglich haben A und B eine durch Schutzvorrichtung besonders gegen Wegnahme gesicherte Sache gestohlen. Dies indiziert einen besonders schweren Fall des Diebstahls gem. § 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 2 StGB. Dass der PKW nicht verschlossen war, steht der gesteigerten kriminellen Energie zur Überwindung der Lenkradsperre nicht entgegen, sodass ein besonders schwerer Fall hier anzunehmen ist.

**bb) Gewerbsmäßiges Stehlen**

A und B könnten weiterhin das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB verwirklicht haben, indem sie gewerbsmäßig stahlen. Gewerbsmäßige Tatbegehung erfordert die Absicht, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer zu verschaffen.<sup>27</sup> A und B haben über einen Zeitraum von zwei Jahren wiederholt Diebstähle begangen und durch diese insgesamt EUR 120.000,00 Erlöst. Der Zeitraum von zwei Jahren überschreitet die Erheblichkeitsschwelle und ein Erlös von EUR 30.000,00 pro Person und Jahr bedeutet eine Einnahmequelle von erheblichem

<sup>19</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2018, § 25 Rn. 16.

<sup>20</sup> Kudlich, in: Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 48. Edition, § 15 Rn. 3.

<sup>21</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl (Fn. 19), § 242 Rn. 20.

<sup>22</sup> BGH NJW 1961, 2122 (2122).

<sup>23</sup> Wittig, in: BeckOK StGB (Fn. 20), § 242 Rn. 32.

<sup>24</sup> Ebd., Rn. 40.

<sup>25</sup> Schmitz, in: MüKo StGB (Fn. 6), § 243 Rn. 6.

<sup>26</sup> Ebd., Rn. 24.

<sup>27</sup> BGH NJW 2009, 3798 (3798).

Umfang. Folglich haben A und B die Tat gewerbsmäßig begangen. Auch von § 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 3 StGB geht daher die Indizwirkung für einen besonders schweren Fall aus, sodass ein solcher anzunehmen ist und sich der Strafrahmen nach § 243 Abs. 1 S. 1 StGB richtet.

### cc) (Quasi-)Vorsatz

A und B handelten jeweils (quasi-)vorsätzlich hinsichtlich der Verwirklichung der Regelbeispiele des § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 2, 3 StGB.

### e) Zwischenergebnis

Haben A und B das Auto selbst vom Grundstück der C mitgenommen, so sind sie strafbar gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB.

### 2. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB

Eine Strafbarkeit von A und B gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB würde voraussetzen, dass diese eine Bande gebildet haben. Eine Bande setzt jedoch eine Gruppe von mindestens drei Personen voraus,<sup>28</sup> was vorliegend nicht gegeben ist.

### 3. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB

Eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlicher gewerbsmäßiger Hehlerei gem. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB erfordert als Tatobjekt eine Sache, die ein anderer gestohlen hat. Haben A und B das Auto selbst vom Grundstück der C entwendet, so sind beide Täter des von ihnen mittäterschaftlich begangenen Diebstahls und es liegt kein taugliches Tatobjekt vor.

### 4. § 246 Abs. 1 StGB

Die mitverwirklichte Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB tritt im Wege formeller Subsidiarität zurück.

### 5. Ergebnis Sachverhaltsalternative 1

Haben A und B das Auto vom Grundstück der C entwendet, so sind beide strafbar wegen mittäterschaftlich begangenen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB.

## II. Sachverhaltsalternative 2: Das Auto wurde von einem Dritten entwendet

### 1. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB

Wurde das Auto von einem Dritten entwendet, so könnten sich A und B durch den Ankauf und Verkauf des Fahrzeugs wegen mittäterschaftlich begangener gewerbsmäßiger Hehlerei strafbar gemacht haben.

#### a) Tatbestand

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

#### aa) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand gegeben sein.

#### (1) Rechtswidrige Vortat eines anderen

Die Hehlerei erfordert eine taugliche Vortat in Form einer rechtswidrigen Vortat eines anderen. Der Diebstahl des Fahrzeugs durch einen Dritten stellt eine rechtswidrige Vortat eines anderen dar.

#### (2) Durch Vortat erlangte Sache

Es müsste ein taugliches Tatobjekt in Form einer durch die Vortat erlangten Sache vorliegen. Erlangt ist eine Sache, wenn der Täter die Sachherrschaft über diese ausüben kann.<sup>29</sup> Infolge des Diebstahls des Autos durch den Dritten konnte dieser die Verfügungsgewalt über das Fahrzeug ausüben. Damit handelt es sich bei dem PKW um die durch die Vortat erlangte Sache.

#### (3) Tathandlung

A und B müssten eine der Tathandlungen des § 259 Abs. 1 StGB begangen haben. Vorliegend kommt der Ankauf als Unterfall des Sich-Verschaffens in Betracht. Ein Ankauf liegt vor, wenn zwischen dem Hehler und dem Vortäter ein zivilrechtliches Schuldverhältnis in Form eines Kaufvertrags gem. § 433 BGB geschlossen wurde, auf dessen Grundlage dem Hehler die Sachherrschaft verschafft wird.<sup>30</sup> A und B haben das Auto von einem Dritten gekauft und es übergeben bekommen, um es anschließend weiterzuverkaufen. Sie haben also auf Grundlage des Kaufvertrages und damit im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Vortäter bewusst und gewollt die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Auto übernommen und es damit angekauft.

<sup>28</sup> BGH NJW 2001, 2266 (2266).

<sup>29</sup> Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 259 Rn. 12.

<sup>30</sup> Ebd., Rn. 26.

**(4) § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB: Gewerbsmäßigkeit**

A und B haben über einen Zeitraum von zwei Jahren Taten der infrage stehenden Art begangen und dabei ein Einkommen von EUR 30.000,00 pro Person und Jahr generiert, was einer gewerbsmäßigen Tatbegehung entspricht.

**(5) Gegenseitige Zurechnung der Tatbeiträge durch Mittäterschaft**

A und B haben auf einem gemeinsamen, einverständlichen Willen basierend arbeitsteilig zusammengewirkt und die Sache gemeinsam angekauft und verkauft. Die Voraussetzungen der Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB liegen somit vor.

**bb) Subjektiver Tatbestand**

A und B müssten vorsätzlich und in der Absicht gehandelt haben, sich oder einen Dritten zu bereichern. A und B war jeweils bewusst, dass es sich bei dem Fahrzeug um rechtswidrig erlangtes Diebesgut handelt, welches sie zielgerichtet angekauft haben.

Bereicherungsabsicht ist gegeben, wenn die Tat dem Streben nach einem Vermögensvorteil, d.h. einer günstigeren Gestaltung der materiellen Vermögenslage dient.<sup>31</sup> Dabei ist nach h.M. die Stoffgleichheit und Rechtswidrigkeit der Bereicherung keine Voraussetzung;<sup>32</sup> diese wäre jedoch im vorliegenden Fall nicht zu bezweifeln. A und B kam es jeweils gerade darauf an, sich durch den Handel mit gestohlenen Fahrzeugen einen finanziellen Vorteil zu verschaffen, sodass Bereicherungsabsicht zu bejahen ist.

**b) Rechtswidrigkeit**

Die Tat war rechtswidrig.

**c) Schuld**

A und B handelten jeweils schuldhaft.

**d) Zwischenergebnis**

Hat ein Dritter das Auto gestohlen, so sind A und B strafbar wegen mittäterschaftlicher gewerbsmäßiger Hehlerei gem. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB.

**2. §§ 259 Abs. 1, 260a Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB**

Die Verwirklichung einer mittäterschaftlichen gewerbsmäßigen Bandenhehlerei gem. §§ 259 Abs. 1, 260a Abs. 1,

25 Abs. 2 StGB scheidet an der Nichterweislichkeit einer dauerhaften Verbindung von mindestens drei Personen zu einer Bande.

**3. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB**

Eine Strafbarkeit wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall in Mittäterschaft gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB scheidet wegen der nicht eigenhändig erfolgten Wegnahme des Fahrzeugs aus.

**4. Ergebnis Sachverhaltsalternative 2**

Hat ein Dritter das Auto vom Grundstück der C entwendet, so haben sich A und B wegen mittäterschaftlich begangener gewerbsmäßiger Hehlerei gem. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

**III. Rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit**

Die beiden möglichen Sachverhaltsalternativen schließen sich gegenseitig aus und in beiden Alternativen haben sich A und B wegen jeweils eines anderen Delikts strafbar gemacht. Daher kommt eine wahldeutige Verurteilung nach den Grundsätzen der echten Wahlfeststellung grundsätzlich in Betracht.

Diese erfordert ferner eine rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit der Delikte. An diesem Erfordernis hatte der BGH trotz Zweifeln der Literatur festgehalten.<sup>33</sup> Zwischen den Tatbeständen des Diebstahls und der (gewerbsmäßigen) Hehlerei kann, auch angesichts des erhöhten Strafrahmens für Diebstahl in einem besonders schweren Fall (zu dem auch der gewerbliche Diebstahl gehört), kein rechtsethisches Stufenverhältnis festgestellt werden.<sup>34</sup> Nach der Entscheidung des Gesetzgebers ist die Hehlerei als Anschlussdelikt eine Straftat vergleichbarer Schwere, die mit einem vergleichbaren Strafrahmen geahndet wird. Psychologisch besteht ein Unterschied zwar dahingehend, dass der Dieb unmittelbar in eine fremde Lebenssphäre eingreift und der Hehler lediglich mittelbar, indem er die Vortat gewissermaßen „verwertet“. Doch führt das Werk des Hehlers das des Diebes fort und bewirkt dabei neben einer Perpetuierung des der Eigentumsordnung widersprechenden Herrschaftsverhältnisses über die Sache auch eine Förderung der generellen wirtschaftlichen Attraktivität des Diebstahls.

<sup>31</sup> BGH NStZ 1981, 147 (147).

<sup>32</sup> Ruhmannseder, in: BeckOK StGB (Fn. 20) § 259 Rn. 47f.

<sup>33</sup> BGH NStZ 2018, 41 (44).

<sup>34</sup> BVerfG NJW 2019, 2837 (2840).

Mit Blick auf die Tatbestände des § 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 3 StGB und des § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB wird deutlich, dass beide Taten grundsätzlich auf Dauer ausgelegt sind und einen erheblichen Teil der Lebenswirklichkeit des Täters ausmachen können. Eine Vergleichbarkeit der Taten ist daher sowohl in rechtsethischer als auch psychologischer Hinsicht zu bejahen.

### C. Zulässigkeit der wahldeutigen Verurteilung nach den Grundsätzen der echten Wahlfeststellung

Die Voraussetzungen der echten Wahlfeststellung liegen vor. Fraglich ist aber, ob das Rechtsinstitut der echten Wahlfeststellung verfassungsrechtlichen Bedenken standhält.

#### I. Gegen eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Der 2. Strafsenat des BGH vertritt die Ansicht, dass der wahldeutigen Verurteilung eine strafbegründende Wirkung zukomme, welche der benötigten gesetzlichen Grundlage entbehre. Diese durch Richterrecht zu füllen, verstoße gegen das Gesetzlichkeitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG. Auch widerspreche die Gesetzesalternative Verurteilung den Bestrebungen des Gesetzgebers, welcher im Bereich der Vermögens- und Eigentumsdelikte mit den §§ 246, 261 StGB vorrangige Auffangtatbestände geschaffen habe. Weiterhin sei das Gebot der Bestimmtheit der Strafandrohung aus Art. 103 Abs. 2 GG verletzt und eine schuldangemessene Strafzumessung nicht gewährleistet.<sup>35</sup> Nach dieser Ansicht wäre eine Verfassungsmäßigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung folglich zu verneinen.

#### II. Für eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Demgegenüber vertritt der Große Senat für Strafsachen die Auffassung, es handele sich bei der echten Wahlfeststellung lediglich um eine Prozessregel, welche der strengen Gesetzlichkeitskontrolle des Art. 103 Abs. 2 GG entzogen sei. Sie wirke nicht strafbarkeitsbegründend und verstoße nicht gegen das Schuldprinzip oder die Unschuldvermutung. Eine Entscheidung des Gesetzgebers, der ständigen Rechtsprechung seine Billigung zu entziehen, lasse sich aus den §§ 246, 261 StGB nicht herleiten.<sup>36</sup> Dieser Auffassung hat sich auch das BVerfG angeschlossen.<sup>37</sup> Nach

dieser Ansicht ist die echte Wahlfeststellung folglich verfassungsrechtlich zulässig.

#### III. Streitentscheid

Die Ansichten kommen zu verschiedenen Ergebnissen, so dass der Streit zu entscheiden ist.

Das Gesetzlichkeitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG enthält zwei Funktionen, welche für den konkreten Fall von Relevanz sind: Zum einen findet sich eine Zuweisung der Entscheidungskompetenz über die Begründung von Strafbarkeit an die Legislative.<sup>38</sup> Zum anderen bringt sie den Grundsatz zum Ausdruck, wonach der Täter die Strafbarkeit seines Handelns den Strafgesetzen vor Begehung der Tat entnehmen können muss, um so die Möglichkeit zu haben, den Erwartungen der Rechtsordnung zu entsprechen oder eine zu erwartende Strafe in die Abwägung seines Handlungsentschlusses miteinzubeziehen.<sup>39</sup>

Entscheidend ist, dass die Wahlfeststellung nicht unmittelbar strafbarkeitsbegründend wirkt, indem sie Tatbestände schafft, welche ansonsten rechtlich zulässiges Handeln unter Strafe stellen würden. Die von einem Täter verwirklichten Tatbestände bestanden bereits vor Begehung der Tat unabhängig von richterlicher Rechtsfortbildung und werden durch die wahldeutige Verurteilung nicht modifiziert, sodass sich die Strafbarkeit hinreichend bestimmt aus den übertretenen Verbotsnormen ergibt. Es handelt sich vielmehr, wie der Große Senat für Strafsachen<sup>40</sup> und das BVerfG<sup>41</sup> zutreffend feststellen, um eine prozessuale Regel, welche einen Schuldspruch ermöglicht, ohne den konkret verwirklichten Straftatbestand sicher feststellen zu können. Die Entwicklung einer solchen Prozessregel durch richterliche Rechtsfortbildung ist für Bereiche der Strafrechtspflege anerkannt<sup>42</sup> und bei Fällen der Wahlfeststellung für eine Einzelfallgerechtigkeit auch erforderlich. Aus der Natur des Rechtsinstituts ergibt sich auch, dass für den Täter keine Zweifel hinsichtlich der von ihm übertretenen Verbotsnormen bestehen; Relevanz haben jene Zweifel bloß für die Urteilsprechung bei unvollständiger Sachverhaltsaufklärung. Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG kann folglich nicht angenommen werden.

<sup>35</sup> BGH BeckRS 2016, 113380 (Rn. 31).

<sup>36</sup> BGH NStZ 2018, 41 (44).

<sup>37</sup> BVerfG NJW 2019, 2837 (2841).

<sup>38</sup> BVerfG NJW 2019, 2837 (2838).

<sup>39</sup> BVerfG NJW 2019, 2837 (2838).

<sup>40</sup> BGH NStZ 2018, 41 (42).

<sup>41</sup> BVerfG NJW 2019, 2837 (2838).

<sup>42</sup> BGH NStZ 2018, 41 (43).

Des Weiteren steht die der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG entspringende Unschuldsumutung einer Anwendung der echten Wahlfeststellung nicht entgegen, greift diese doch lediglich bei Zweifelsfällen. Wenn erwiesen ist, dass einer von mehreren in Betracht kommenden Straftatbeständen sicher verwirklicht ist, besteht eine Unsicherheit hinsichtlich der Strafbarkeit als solcher gerade nicht. Das Erfordernis der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit genügt weiter dem Achtungsanspruch der Person des Täters, welcher durch eine wahldeutige Verurteilung wegen völlig zusammenhangloser und nicht wertungsgleicher Delikte gefährdet würde.<sup>43</sup>

Bedenken gegen eine Wahlfeststellung im Rahmen der Eigentums- und Vermögensdelikte wegen der Schaffung der §§ 246, 261 StGB ist zu entgegnen, dass diese zwar Aufangtatbestände darstellen, eine grundlegende gesetzgeberische Entscheidung betreffend die Zulässigkeit der Wahlfeststellung, auch in Anbetracht verbleibender Strafbarkeitslücken, diesen jedoch nicht entnommen werden kann.<sup>44</sup> Die Verfassungsmäßigkeit der echten Wahlfeststellung ist daher zu bejahen.

#### D. Ergebnis

A und B sind wegen mittäterschaftlich begangenen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, 2 Nrn. 2, 3, 25 Abs. 2 StGB oder mittäterschaftlicher gewerbsmäßiger Hehlerei gem. §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar.

## FAZIT

Mit seinem Urteil zur Zulässigkeit der ungleichartigen (echten) Wahlfeststellung hat der Große Senat für Strafsachen des BGH der lang bestehenden Rechtsunsicherheit mit Blick auf wahldeutige Verurteilungen ein Ende gesetzt. Nachdem nunmehr auch das BVerfG die Praxis bestätigt hat, kann von einem grundsätzlichen Anerkenntnis der Rechtsfigur in der Rechtsprechung gesprochen werden.

Die Bedeutung der echten Wahlfeststellung ist, gerade für den Rechtsfrieden, nicht zu unterschätzen: Die Straffreiheit eines Täters bei eindeutiger Übertretung einer von mehreren strafrechtlichen Verbotsnormen ist dem

juristischen Laien nur schwer vermittelbar und scheint für eine übersteigerte und lebensfremde Anwendung des in dubio pro reo-Grundsatzes zu sprechen. Hinsichtlich der spezial- und generalpräventiven Wirkungen des Strafurteils ist die Entscheidung daher ausdrücklich zu begrüßen. Dabei gelingt dem Großen Senat eine rechtlich überzeugende Einordnung der echten Wahlfeststellung als Prozessregel, was die verfassungsrechtlichen Bedenken bzgl. Art. 103 Abs. 2 GG entkräftet und das Rechtsinstitut auf juristisch sichere Füße stellt. Mit der Beibehaltung des Erfordernisses rechtsethischer und psychologischer Vergleichbarkeit werden darüber hinaus die persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Täters gewahrt, für welchen keine erhebliche Belastung durch ein wahldeutiges Urteil anzunehmen ist.

<sup>43</sup> BVerfG NJW 2019, 2837 (2840).

<sup>44</sup> BGH NSTZ 2018, 41 (44).

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ZIVILRECHT

**BGH V ZR 139/19, Urt. v. 29.01.2021 (Reichweite des Formzwangs)**

Dass ein beurkundungsbedürftiges Grundstücksgeschäft unter der Bedingung des Zustandekommens oder des Fortbestands eines anderen Rechtsgeschäfts vorgenommen wird, rechtfertigt für sich genommen nicht die Annahme, dass die Rechtsgeschäfte nach dem Willen der Parteien eine Einheit bilden und daher beide gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB beurkundungsbedürftig sind. Eine Geschäftseinheit liegt nur vor, wenn Teile des anderen Rechtsgeschäfts Inhalt des Grundstücksgeschäfts sein sollen. Ein notarieller Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, ein Grundstück an eine Gemeinde zu übereignen, ist daher nicht deshalb formunwirksam, weil er unter der (beurkundeten) aufschiebenden Bedingung der Wirksamkeit eines nicht beurkundeten Durchführungsvertrages i.S.v. § 12 Abs. 1 BauGB steht.

**BGH V ZB 127/19, Beschl. v. 11.03.2021 (Reichweite der Genehmigungspflicht)**

Die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Grundpfandrechts im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb eines Minderjährigen ist jedenfalls dann nicht nach §§ 1643 Abs. 1 i.V.m. 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftig, wenn sich die Belastung bei wirtschaftlicher Betrachtung als Teil des Erwerbsvorgangs darstellt und die Auflassung und die dingliche Einigung über die Belastung gleichzeitig erfolgen; die Belastung bedarf nicht deshalb der familiengerichtlichen Genehmigung, weil ihre Eintragung in das Grundbuch erst nach Umschreibung des Eigentums an dem Grundstück bewilligt und beantragt wird.

**BGH V ZR 33/19, Urt. v. 12.03.2021 (Fiktive Schadensberechnung im kaufvertraglichen Mängelrecht)**

Der kaufvertragliche Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gem. § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB kann anhand der voraussichtlich erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten („fiktiven“) Mängelbeseitigungskosten bemessen werden (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 -VII ZR 46/17, BGHZ 218,1 und Beschluss vom 8. Oktober 2020 -VII ARZ 1/20, NJW 2021, 53). Denn anders als im werkvertraglichen Mängelrecht, wo den Interessen des Bestellers im Rahmen der tatsächlichen Behebung von Mängeln durch das Selbstvornahmerecht mit einem Vor-schussanspruch gem. § 637 Abs. 3 BGB hinreichend Rechnung getragen wird, fehlt es an einem solchen Recht des Käufers im Kaufrecht. Dieser würde somit bei Versagung einer fiktiven Schadensberechnung einseitig die Nachteile und Risiken der Vorfinanzierung einer Mängelbeseitigung tragen. Dies ist jedoch unbillig. Allerdings muss die Umsatzsteuer nur ersetzt werden, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.

**BGH VI ZR 505/19, Urt. v. 08.03.2021 (Haftung juristischer Personen)**

Die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB setzt voraus, dass einer ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB persönlich verwirklicht hat. Über eine Wissenszurechnung führt kein Weg zu dem für das Merkmal der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB erforderlichen moralischen Unwerturteil. So wie sich die die Verwerflichkeit begründende bewusste Täuschung nicht dadurch konstruieren lässt, dass die im Hause der juristischen Person vorhandenen kognitiven Elemente „mosaikartig“ zusammengesetzt werden, weil eine solche Konstruktion dem personalen Charakter der Schadensersatzpflicht gem. § 826 BGB nicht gerecht würde, so lässt sie sich erst recht nicht mit einer Wissenszurechnung über die Grenzen rechtlich selbständiger (Konzern-)Gesellschaften hinaus begründen (Fortführung Senatsurteil vom 28.06.2016 -VI ZR 536/15, NJW 2017, 250 Rn. 13, 22f., 27). Nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast muss eine Beklagte zu Vorgängen innerhalb ihres Unternehmens, die auf eine Kenntnis ihrer verfassungsmäßigen Vertreter von sittenwidrigen Handlungen im Unternehmen schließen lassen, zumutbare Nachforschungen anstellen und qualifiziert vortragen, wenn das (unstreitige oder nachgewiesene) Parteivorbringen hinreichende Anhaltspunkte enthält, die einen solchen Schluss nahelegen.

**BGH VIII ZR 68/19, Urt. v. 03.02.2021 (Alter als unzumutbare Härte bei der Wohnraumkündigung)**

Das hohe Alter eines Mieters begründet ohne weitere Feststellungen zu den sich hieraus ergebenden Folgen für den betroffenen Mieter im Falle eines erzwungenen Wohnungswechsels grundsätzlich noch keine Härte im Sinne des § 574 Abs. 1 S. 1 BGB (im Anschluss an Senatsurteil vom 22.05.2019 -VIII ZR 180/18, aaO Rn. 30). Der Annahme, das hohe Lebensalter des Mieters gebiete auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters in der Regel die Fortsetzung des Mietverhältnisses, liegt eine unzulässige Kategorisierung der nach § 574 Abs. 1 S. 1 BGB abzuwägenden Interessen zugrunde (im Anschluss an Senatsurteil vom 22.05.2019 -VIII ZR 180/18, aaO Rn.36f.). Eine langjährige Mietdauer lässt für sich genommen noch nicht auf eine tiefe Verwurzelung des Mieters am Ort der Mietsache schließen. Vielmehr hängt deren Entstehung maßgeblich von der individuellen Lebensführung des jeweiligen Mieters (Pflegen sozialer Kontakte in der Nachbarschaft etc.) ab (im Anschluss an Senatsurteil vom 22.05.2019 -VIII ZR 180/18, aaO Rn.30).

**BGH XI ZR 26/20, Urt. v. 27.04.2021 (Fiktion der Zustimmung zu Vertragsänderungen durch AGB)**

Bestimmungen in AGB, wonach eine Zustimmung des Kunden zu den Änderungen selbiger als erteilt gilt, wenn dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens die Änderungen in Textform angeboten werden und der Kunde seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderungen angezeigt hat, sind gem. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, wegen einer Abweichung von den Grundgedanken der § 305 Abs. 2, § 311 Abs. 1, §§ 145ff. BGB, unwirksam, wenn die Klausel ohne inhaltliche oder gegenständliche Beschränkung jede vertragliche Änderungsvereinbarung umfasst. Dies gilt auch, wenn die Bank auf diese Genehmigungswirkung in ihrem Angebot besonders hinweist und der Kunde die Möglichkeit der Kündigung hat.

**BGH XII ZR 26/20, Urt. v. 10.02.2021 (Rechtsnatur des Vertrages zur Aufstellung eines Geldautomaten)**

Ein Vertrag zur Aufstellung eines Geldautomaten, bei dem sich die Verpflichtung des Vermieters darauf beschränkt, dem Automatenaufsteller gegen ein monatliches Entgelt eine Teilfläche der von ihm gemieteten Räumlichkeiten zur Aufstellung des Geldautomaten zur Verfügung zu stellen, ist rechtlich als Mietvertrag zu qualifizieren, weil das Vertragsverhältnis durch die typischen mietvertraglichen Hauptleistungspflichten der Überlassung des Mietobjekts zur vertragsgemäßen Nutzung gegen Zahlung eines Entgelts (§ 535 Abs. 1 und 2 BGB) geprägt wird. Für die Einhaltung der Schriftform gem. § 550 BGB ist es nicht erforderlich, dass schon die erste Vertragsurkunde selbst alle Schriftformvoraussetzungen erfüllt. Vielmehr genügt es, wenn diese Voraussetzungen durch eine nachfolgende Änderungsvereinbarung gemeinsam mit der in Bezug genommenen ersten Vertragsurkunde erfüllt werden (im Anschluss an Senatsurteil vom 04.11.2020 -XI-ZR104/19- NZM 2020, 1111). Dabei kann es im Einzelfall auch genügen, wenn lediglich eine dem Vertrag beigefügte Anlage von den Parteien unterschrieben wird, sofern hinreichend deutlich ist, auf welchen Vertrag sich die Anlage bezieht.

**LG Frankfurt 2-11 T 117/20, Beschl. v. 07.12.2020 (Rechtsverhältnis zwischen Mietern)**

Bei mehreren Mietern, die eine Wohnung zusammen bewohnen, handelt es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gem. §§ 705 ff. BGB, deren gemeinsam verfolgter Zweck das Bewohnen der Wohnung ist. Die Vorschriften über die Bruchteilsgemeinschaft gem. §§ 741 ff. BGB werden dem Innenverhältnis indes nicht gerecht. Ein Anspruch auf Zustimmung zur Kündigung eines Mieters gegen den Anderen besteht dabei nur, wenn sich das Festhalten am Mietvertrag durch einen der Mieter im Einzelfall als treuwidrig darstellt. Dies dürfte insbesondere dann anzunehmen sein, wenn sich ein Mieter dauerhaft einer einvernehmlichen Lösung verweigert und die Kündigung auch für die Zukunft kategorisch ausschließt.

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT STRAFRECHT

**BGH 1 StR 118/20, Beschl. v. 27.05.2020 (Analoge Anwendung von § 306e StGB)**

Der Beschluss behandelt mit § 306e StGB einen besonderen Strafmilderungs- bzw. Strafbefreiungsgrund im Rahmen der Brandstiftungsdelikte. Der Angeklagte befand sich mit der Geschädigten in seinem Wohnwagen, als er diesen mit Benzin entzündete. Nachdem sich die Flammen binnen kürzester Zeit unkontrolliert ausgebreitet hatten, rettete der Angeklagte die Geschädigte, indem er ihr half, aus dem Fenster des Wohnwagens zu klettern. Der BGH bejahte eine analoge Anwendung der Tätigen Reue nach § 306e StGB, was zur Aufhebung des Strafausspruchs führte. Nach Ansicht des BGH fordere der Wortlaut zwar grundsätzlich ein freiwilliges Löschen des Brandes. Doch aufgrund der Gesetzessystematik und dem Sinn und Zweck der Norm sei § 306e StGB analog anzuwenden, wenn der Täter die Lebensgefahr für das Opfer freiwillig durch andere Verhaltensalternativen beseitige. Die analoge Anwendung einer Strafnorm, die sich zu Gunsten des Täters auswirke, verstoße nicht gegen das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG.

**BGH 3 StR 526/19, Beschl. v. 22.01.2020 (Immobilien von Verstorbenen als Wohnung i.S.v. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB)**

Der Entscheidung liegt ein kurzer Sachverhalt zu Grunde. Der Angeklagte stieg in Häuser ein, deren Bewohner, wie er Traueranzeigen entnommen hatte, kürzlich verstorben waren. Der BGH entschied methodisch lehrbuchmäßig, dass Immobilien von Verstorbenen als Wohnungen i.S.v. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB anzusehen seien. Zum einen sei nach dem Wortlaut nicht der tatsächliche Gebrauch, sondern der Zweck der Wohnstätte maßgebend. Zum anderen würden Sinn und Zweck der Norm die Einbeziehung auch unbewohnter Immobilien in den Tatbestand gebieten, da nur so das Eigentum und die häusliche Integrität ausreichend geschützt würden. Bestätigung fänden die Ausführungen außerdem in der Gesetzessystematik: Durch die zusätzliche Einführung des § 244 Abs. 4 StGB, des Wohnungseinbruchsdiebstahl in Bezug auf eine dauerhaft genutzte Privatwohnung, habe der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die Nutzung der Wohnung bei § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB gerade keine tatbestandliche Voraussetzung sein soll. Des Weiteren setze der Begriff der Wohnung auch in anderen Delikten, wie z.B. in § 123 Abs. 1 StGB, keine tatsächliche Bewohnung der Unterkunft voraus.

**BGH 4 StR 482/19, Urt. v. 18.06.2020 (Berliner Raserfall)**

Bei dieser lesenswerten Entscheidung handelt es sich um die zweite Entscheidung des BGH im Zusammenhang mit dem Berliner Raserfall. Die beiden Angeklagten führten nachts ein Autorennen entlang des Kurfürstendamms in Berlin durch. Um das Rennen noch gewinnen zu können, gab der Angeklagte trotz roter Ampel an einer Kreuzung nochmals Vollgas, obwohl es ihm in diesem Moment noch möglich war, rechtzeitig zu bremsen. Ihm war dabei der möglicherweise querende Pkw-Verkehr und der Tod von Insassen bewusst. Mit einem querenden Lkw-Verkehr rechnete er dagegen nicht. Aufgrund des hohen Sicherheitsstandards seines eigenen Fahrzeugs rechnete er für sich hingegen lediglich mit leichten Verletzungen. Als er die Kreuzung durchquerte, kollidierte er mit einem von rechts kommenden Pkw, dessen Insasse noch am Unfallort verstarb.

Der BGH hatte im Kern zu entscheiden, ob der Angeklagte hinsichtlich des Todes des Geschädigten mit Eventualvorsatz gehandelt hatte oder ob ihm lediglich Fahrlässigkeit vorzuwerfen war. Die Ausführungen des LG Berlin zum bedingten Vorsatz wurden als rechtsfehlerfrei bestätigt. Dem Angeklagten sei bewusst gewesen, dass es an der Kreuzung zu einem Aufprall mit tödlichem Ausgang für den Insassen des querenden Fahrzeugs kommen konnte (Wissenselement) und habe dies billigend in Kauf genommen (Willenselement). Zwar könne die Eigengefährdung des Angeklagten dafür sprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraut habe (vorsatzkritischer Umstand), jedoch habe sich der Angeklagte aufgrund der Sicherheitsausstattung seines Fahrzeugs selbst sicher gefühlt. Da sich die von ihm gebilligte Gefahr realisiert habe, seien weitere für möglich gehaltene Geschehensabläufe mit höheren und nicht gebilligten Eigengefahren, wie etwa ein Aufprall mit einem Lkw, für die Beurteilung der Vorsatzfrage unerheblich. Neben dieser Frage erörterte der BGH das Vorliegen der Mordmerkmale Heimtücke, niedrige Beweggründe und Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln sowie die Mittäterschaft des zweiten Angeklagten.

**BGH 4 StR 134/19, Beschl. v. 26.03.2020 (Heimtücke- und Verdeckungsmord bei mehraktigem Tatgeschehen)**

Grundlage der Entscheidung sind grausame Entführungen, Erpressungen und anschließende Tötungen wohlhabender Geschäftsleute. Die Angeklagten lockten die Opfer in eine verdunkelte Lagerhalle, in der die Opfer nach gewaltsamer Überwältigung mit Kabelbindern gefesselt und unter Todesdrohungen ausgeraubt wurden. Die gefangen gehaltenen Entführungsoffer wurden sodann, wie von Anfang an geplant, in einem Transporter mit Kabelbindern erdrosselt, um eine Aufdeckung der Täterschaft zu verhindern. Der BGH bestätigte den vom Tatgericht angenommenen Heimtücke- und Verdeckungsmord. Beim Heimtückemord sei es ausreichend, dass die ausgenutzte Arglosigkeit des Opfers im Vorbereitungsstadium der Tat vorgelegen habe, solange die darauf beruhende Wehrlosigkeit der Opfer bis zur Tatausführung fortwirke und der Täter bereits in diesem Moment mit Tötungsvorsatz gehandelt habe. Auch die Verurteilung wegen Verdeckungsmordes sei nicht zu beanstanden. Insbesondere stehe dem nicht entgegen, dass die Tötung im Zeitpunkt der Begehung der zu verdeckenden Tat geplant war, da es sich bei Vortat und Tötung aufgrund der zeitlichen und räumlichen Zäsur um ein zweiaktiges Geschehen gehandelt habe.

---

**BGH 5 StR 671/19, Urt. v. 24.06.2020 (Unbewohntes Wohnhaus als Wohnung i.S.v. § 244 Abs. 4 StGB)**

Der Angeklagte war innerhalb von zwei Jahren mehrmals in Gewerbe- und Wohnimmobilien eingebrochen. Einmal versuchte er vergeblich, in ein unbewohntes, aber noch möbliertes Wohnhaus einzusteigen.

Der BGH hatte unter anderem zu entscheiden, inwieweit ein unbewohntes Wohnhaus als eine dauerhaft genutzte Privatwohnung i.S.v. § 244 Abs. 4 StGB angesehen werden könne. Der Senat war der Ansicht, dass aufgrund des eindeutigen Wortlautes und des Sinns und Zwecks der Norm eine dauerhaft genutzte Privatwohnung i.S.v. § 244 Abs. 4 StGB tatsächlich bewohnt sein müsse. Jedoch seien im Rahmen eines Versuchs nicht die objektiven Umstände, sondern die Vorstellung des Täters von der Tat relevant. Da der Angeklagte aufgrund der vorhandenen Möblierung von einem tatsächlich bewohnten Wohnhaus ausgegangen sei, handele es sich um einen versuchten schweren Wohnungseinbruchsdiebstahl, §§ 242, 244 Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB.

---

**BayObLG 207 StRR 2737/19, Beschl. v. 20.01.2020 (Untauglicher Versuch/Wahndelikt)**

Die Revisionsentscheidung des vor kurzem wiedererrichteten Bayerischen Obersten Landesgerichts (BayObLG) behandelt neben der Urkundenfälschung vor allem die Abgrenzung eines (strafbaren) untauglichen Versuchs von einem (straflosen) Wahndelikt. Der Angeklagte hatte am öffentlichen Straßenverkehr mit einem Kraftfahrzeug teilgenommen, das er im Ausland gekauft hatte und an dessen Kennzeichen eine gefälschte Prüfplakette für die Hauptuntersuchung angebracht war. Eine entsprechende Eintragung in der Zulassungsbescheinigung Teil I war nicht vorhanden. Entgegen den Vorstellungen des Angeklagten erweckte die Plakette jedoch nicht den Eindruck, von einem Mitarbeiter einer Prüforganisation (TÜV) ausgestellt worden zu sein.

Das BayObLG lehnte eine vollendete Urkundenfälschung mangels Erkennbarkeit des Ausstellers ab, da eine HU-Prüfplakette nur in Verbindung mit einer korrespondierenden Eintragung in der Zulassungsbescheinigung Teil I (sowie dem Fahrzeug) eine – zusammengesetzte – Urkunde darstelle. Auch vom Vorwurf der versuchten Urkundenfälschung sprach es den Angeklagten frei. Das Gericht führte aus, dass die irrige Vorstellung des Angeklagten, er habe durch das Verwenden einer gefälschten Prüfplakette bereits über den Aussteller einer Urkunde getäuscht, keinen (strafbaren) untauglichen Versuch darstelle, sondern ein bloßes (strafloses) Wahndelikt. Anders hätte es allerdings ausgesehen, wenn der Angeklagte sich zusätzlich vorgestellt hätte, auch eine entsprechend unrichtige Eintragung in der Zulassungsbescheinigung Teil I zu haben.

---

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ÖFFENTLICHES RECHT

**BVerfG 1 BvR 3214/15, Beschl. v. 10.11.2020 (Anhaltung von Gefängnispost)**

Regelungen, die den Datenaustausch zwischen Polizeibehörden und Nachrichtendiensten ermöglichen, müssen den besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen der hypothetischen Datenneuerhebung genügen („informationelles Trennungsprinzip“). Das Eingriffsgewicht der gemeinsamen Nutzung einer Verbunddatei der Polizeibehörden und Nachrichtendienste ist bei der „erweiterten Nutzung“ (Datamining) weiter erhöht. Die erweiterte Nutzung einer Verbunddatei der Polizeibehörden und Nachrichtendienste muss dem Schutz von besonders gewichtigen Rechtsgütern dienen und auf der Grundlage präzise bestimmter und normenklarer Regelungen an hinreichende Eingriffsschwellen gebunden sein.

**BVerfG 2 BvF 1/20, 2 BvL 4/20, 2 BvL 5/20, Beschl. v. 25.03.2021 (Berliner Mietendeckel)**

Das Grundgesetz enthält – von der Ausnahme des Art. 109 Abs. 4 GG abgesehen – eine vollständige Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten entweder auf den Bund oder die Länder. Doppelzuständigkeiten sind den Kompetenznormen fremd und wären mit ihrer Abgrenzungsfunktion unvereinbar. Das Grundgesetz grenzt die Gesetzgebungskompetenzen insbesondere mit Hilfe der in den Art. 73 und Art. 74 GG enthaltenen Kataloge durchweg alternativ voneinander ab. Regelungen zur Miethöhe für frei finanzierten Wohnraum, der auf dem freien Wohnungsmarkt angeboten werden kann (ungebundener Wohnraum), fallen als Teil des sozialen Mietrechts in die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für das bürgerliche Recht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Mit den §§ 556 bis 561 BGB hat der Bundesgesetzgeber von der konkurrierenden Zuständigkeit für das Mietpreisrecht als Teil des bürgerlichen Rechts abschließend Gebrauch gemacht.

**BVerfG 2 BvR 194/20, Beschl. v. 17.03.2021 (Anforderungen an „Datamining“)**

Die strafrechtliche Judikatur und die Literatur gestehen bei ehrverletzenden Äußerungen über nicht anwesende Dritte in besonders engen Lebenskreisen eine beleidigungsfreie Sphäre zu, wenn die Äußerung Ausdruck des besonderen Vertrauens ist und wenn keine begründete Möglichkeit ihrer Weitergabe besteht. Dieser Schutz der Vertrauenssphäre geht auch dann nicht verloren, wenn sich der Staat Kenntnis von vertraulich gemachten Äußerungen verschafft. Das gilt etwa für die Briefkontrolle bei Strafgefangenen. Zwar ist die Überwachung zum Schutz anderer bedeutsamer Rechtsgüter verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig. Die Kenntnisnahme von der Äußerung ändert aber nichts an deren Zugehörigkeit zu der grundrechtlich geschützten Privatsphäre. Vielmehr wirkt sich der Grundrechtsschutz gerade darin aus, dass der vertrauliche Charakter der Mitteilung trotz der staatlichen Überwachung gewahrt bleibt.

**BVerfG 2 BvR 547/21, Beschl. v. 15.04.2021 (Eigenmittelbeschluss über Wiederaufbaufonds)**

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das deutsche Zustimmungsgesetz zu dem Eigenmittelbeschluss 2020 des Rates der Europäischen Union hat unter Zugrundelegung der Maßstäbe von § 32 BVerfGG keinen Erfolg. Bei summarischer Prüfung verstoßen das Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz und der ihm zugrunde liegende Eigenmittelbeschluss 2020 jedenfalls nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit gegen Art. 79 Abs. 3 GG. Die demnach gebotene Folgenabwägung ergibt jedoch, dass die Nachteile, die sich aus dem Erlass der einstweiligen Anordnung ergäben, die Nachteile deutlich überwiegen, die bei einer Ablehnung des Antrags zu besorgen sind.

**StGH Niedersachsen StGH 3/20, Urt. v. 09.03.2021 (Unterrichtungspflicht der Landesregierung)**

Die Unterrichtungspflicht gemäß Art. 25 Abs. 1 S. 1 NV ist gegenüber dem Landtag als Ganzes zu erfüllen. Eine Unterrichtung in Ausschüssen oder von einzelnen Mitgliedern des Landtags genügt nicht. Frühzeitig iSd Art. 25 Abs. 1 S. 1 NV ist eine Unterrichtung, wenn sie unverzüglich nach Abschluss der internen Willensbildung der Landesregierung und vor der Umsetzung des Beschlusses erfolgt. Dabei kann der Abschluss der Willensbildung auch vorläufiger Natur sein; dies

ist etwa dann der Fall, wenn ein Gesetzes- oder Verordnungsentwurf zur Verbandsbeteiligung freigegeben wird. Ist die regierungsinterne Willensbildung in diesem Sinne (vorläufig) abgeschlossen, steht der Gewaltenteilungsgrundsatz auch einer Unterrichtung des Landtages nicht mehr entgegen. Ob eine Unterrichtung im Sinne des Art. 25 Abs. 1 S. 1 NV vollständig ist, hängt maßgeblich vom Unterrichtungsgegenstand ab und unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle. Zu unterrichten ist grundsätzlich über das Vorhaben und die dafür maßgeblichen Gründe. Die Unterrichtung über die Vorbereitung von Verordnungen ist nur dann vollständig, wenn der gesamte Entwurfstext dem Landtag übermittelt wird. Ist der Entwurf mit einer Begründung versehen, ist auch diese vorzulegen. Der Unterrichtungsanspruch selbst verpflichtet aber nicht zur Erstellung einer Begründung.

---

#### **VerfGH Berlin VerfGH 4/21, Beschl. v. 17.03.2021 (Wahlrecht in Pandemiezeiten)**

Die Regelungen des Landeswahlgesetzes zu den Unterschriftenquoten (§§ 10 Abs. 8, 9, 13 und § 23 Abs. 4 Landeswahlgesetz) verletzen die Antragstellerin in ihren Rechten auf Chancengleichheit als Partei und auf Gleichheit der Wahl. Denn das Erfordernis der Beibringung einer bestimmten Anzahl von Unterstützungsunterschriften unter den geltenden Corona-Beschränkungen verstärkt die in den Unterschriftenquoten angelegte Ungleichbehandlung deutlich, ohne dass hierfür eine Rechtfertigung besteht.

---

#### **Nds. OVG 13 ME 166/21, Beschl. v. 06.04.2021 (Verhältnismäßigkeit einer Ausgangssperre)**

Die mit der Allgemeinverfügung der Antragsgegnerin vom 31.03.2021 angeordnete Ausgangsbeschränkung verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und stellt damit keine notwendige Schutzmaßnahme im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG dar. Die mit der Ausgangsbeschränkung verbundene Untersagung, dass die von ihr betroffenen Personen in der Zeit von 22 bis 5 Uhr beim Nichtvorliegen triftiger Gründe den eigenen Haushalt nicht verlassen und sich daher auch nicht allein oder mit weiteren, ihrem Haushalt angehörenden Personen in der Öffentlichkeit aufhalten dürfen, ist zur Kontaktreduzierung und zur Infektionsvermeidung ersichtlich nicht erforderlich. Etwaige Zufallskontakte zu haushaltsfremden Personen bei Aufenthalten in der Öffentlichkeit sind angesichts deren Singularität und des damit allenfalls verbundenen sehr geringen Infektionsrisikos zu vernachlässigen.

---

#### **Nds. OVG 13 MN 192/21, Beschl. v. 19.04.2021 (Testpflicht an Schulen)**

Nach summarischer Prüfung erweist sich § 13 Abs. 4 der Niedersächsischen Corona-Verordnung voraussichtlich als rechtmäßig. Nach der ausdrücklichen Klarstellung in § 28 Abs. 1 S. 1 letzter Hs IfSG können durch eine Schutzmaßnahme auch Personen verpflichtet werden, „bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten“. Auf dieser Grundlage dürfen die zuständigen Behörden anordnen, dass Schülerinnen und Schüler sowie das Schulpersonal eine Schule nur dann betreten dürfen, wenn sie einen Test auf das Vorliegen des Corona-Virus SARS-CoV-2 durchgeführt haben und wenn dieser Test ein negatives Ergebnis aufweist, wie es in § 13 Abs. 4 S. 1 bis 5 der Niedersächsischen Corona-Verordnung geschehen ist. Die verbleibende Belastung für die vom testabhängigen Zutrittsverbot betroffenen Schülerinnen und Schüler sowie das Schulpersonal ist angemessen und daher von den Betroffenen hinzunehmen, leistet das testabhängige Zutrittsverbot doch der staatlichen Verpflichtung aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG Vorschub, die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen, und dient der Verwirklichung des Rechts auf Bildung nach Art. 4 Abs. 1 NV, indem Präsenzunterricht bei deutlicher Reduktion des Infektionsrisikos in der Schule ermöglicht wird.

---

#### **VG Köln, 13 L 105/21, Beschl. v. 05.03.2021 (Einstufung einer Partei als „Verdachtsfall“)**

Der Antragsgegnerin wird bis zur Entscheidung des Gerichts im Eilverfahren aufgegeben, es zu unterlassen, die Antragstellerin als „Verdachtsfall“ einzuordnen, zu beobachten, zu behandeln, zu prüfen und/oder zu führen sowie die Einordnung, Beobachtung, Behandlung, Prüfung und/oder Führung der Antragstellerin als „Verdachtsfall“ erneut öffentlich oder nicht öffentlich bekanntzugeben. Für die Zwischenregelung besteht auch ein Bedürfnis. Denn mit jeder erneuten öffentlichen oder nicht öffentlichen Verlautbarung vertieft sich der gegen Art. 20 Abs. 3 GG verstoßende Eingriff in Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG. Daher ist eine spätere Entscheidung in Hinblick auf die bevorstehenden Wahlen nicht hinnehmbar.

## Vorbemerkungen zur Kategorie Studienpraxis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Ist dieser Teil der Bearbeitung repräsentativ für die Gesamtnote?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Auch, wenn die hier abgedruckte Leistung 12 oder mehr Punkte erreicht hat, heißt das nicht, dass dieses beim nächsten Mal wieder der Fall sein muss.

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

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

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

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

Hierzu brauchen wir Hilfe: Wenn Du überdurchschnittliche (Benotung mit mind. 12 Punkten) Studienleistungen hast, die Du gern veröffentlichen möchtest, sprich uns bitte unter

*redaktion@hanoverlawreview.de*

an.

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

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

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

## Kurzarbeit Besonderes Verwaltungsrecht, 17 Punkte

stud. iur. Sebastian Hielscher, 17 Punkte

Die Kurzarbeit ist in der Veranstaltung Besonderes Verwaltungsrecht im Sommersemester 2020 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Veith Mehde, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Aufgrund der weltweiten Corona-Pandemie hat es bis Anfang Mai sowohl in Deutschland als auch in Spanien zehntausende Infektionen und in Spanien über 20.000 Todesopfer gegeben. Das Auswärtige Amt gab eine allgemeine Reisewarnung für Auslandsreisen heraus und warnte vor allem vor Reisen in die von der Pandemie am stärksten betroffenen Regionen – unter anderem Madrid in Spanien.

A ist deutscher Staatsbürger. Nach einem beruflich bedingten Auslandsaufenthalt von mehreren Wochen in Madrid kehrt er am 05.05.2020 nach Hannover zurück. A glaubt sich auf dem Flug von Madrid verkühlt zu haben und hat bei der Ankunft am Flughafen Hannover leichtes Fieber, was auch ein Symptom einer Infektion mit dem Coronavirus ist. A setzt kurz nach Ankunft in seiner Wohnung eine Nachricht über das soziale Medium Twitter ab:

*„Endlich zurück aus Madrid, und jetzt auch noch leichtes Fieber. Erstmal was Gutes in der Stadt essen! #coronakillmichnicht“*

Polizist P, der gerade in der Polizeidirektion Hannover seinen Dienst tut und heute die Herrschaft über den Twitteraccount der Direktion übernommen hat, „stolpert“ zufällig über den Tweet von A und twittert daraufhin von dem offiziellen Twitteraccount der Polizeidirektion Hannover zurück:

*„@A: Vielleicht nicht die beste Idee mit Fieber nach draußen zu gehen! – im Auftrag des Polizeipräsidenten: P #socialdistancing #denktandieRisikogruppen“*

A ist entsetzt über diesen Tweet. Es sei rechtswidrig, dass die Polizeidirektion sich so an ihn wende. Die Polizei sei nicht befugt, Menschen von ihren Plänen abzubringen, ohne dabei klare Anweisungen zu erteilen. Auch die Art und Weise, wie die Polizei ihn hier anschreibe, gehe gar nicht. Selbst wenn das Anliegen der Polizei berechtigt sei, habe man ihn hier nicht öffentlich bloßstellen dürfen. P hätte ihm über Twitter eine private Nachricht senden können, was – wie zutrifft – technisch möglich sei. Außerdem habe er mit dem Hashtag gescherzt. Er sei sich sicher, nicht mit dem Coronavirus infiziert zu sein.

P erklärt, er habe umgehend tätig werden müssen, um A am Verlassen des Hauses zu hindern. Je nach den Privatsphäre- bzw. Benachrichtigungseinstellungen der Twitter App, wäre es möglich (was zutrifft), dass A eine private Nachricht zu seinem Tweet erst nach Verlassen des Hauses zur Kenntnis nimmt. Außerdem sei es wahrscheinlicher, dass A Kommentare zu seinem Tweet, der ja gerade auf Interaktion mit anderen Menschen ausgelegt sei, eher wahrnehme als eine private Nachricht, bei der er sich auch entscheiden könne, sie später zu lesen, selbst wenn er für diese Nachricht auch eine Push-Benachrichtigung, also einen speziellen Hinweis auf das Display des Telefons, bekomme. P hat außerdem gehört, dass viele Twitter-Nutzer, wenn sie eine hohe Anzahl Follower erreichen, die Push-Benachrichtigungen für private Nachrichten ausstellen, um Spam zu vermeiden. A habe 1500 Follower, was deutlich mehr als dem Durchschnitt von ca. 700 Followern pro Account entspricht. Im Übrigen sei keinerlei Verbotsverfügung ergangen, so dass gar kein eingreifendes polizeiliches Handeln vorgelegen habe. P erklärt außerdem, A könne sich nicht sicher sein, nicht mit dem Coronavirus infiziert zu sein. Selbst wenn A einen Test gemacht hätte, bestünde immer noch – was zutrifft – eine gewisse Wahrscheinlichkeit für ein falsch negatives Ergebnis.

**Handelte P rechtmäßig, als er den Tweet versandte?**

**Bearbeitungsvermerk:** Die vom Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen sind – ggf. in Form eines Hilfsgutachtens – zu lösen. Normen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG), von DSGVO, BDSG und NDSG sind nicht zu prüfen. Infektionsschutzrechtliche Allgemeinverfügungen und Verordnungen sind in die Bearbeitung nicht miteinzubeziehen.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Fraglich ist, ob P beim Versenden des Tweets rechtmäßig handelte. Dazu müsste eine Rechtsgrundlage für sein Handeln gegeben sein und dieses in formeller und materieller Hinsicht rechtmäßig gewesen sein.

### I. Rechtsgrundlage

Fraglich ist, ob für das Versenden des Tweets eine Rechtsgrundlage erforderlich war.

#### 1. Erfordernis einer Rechtsgrundlage

Möglicherweise war für das Versenden des Tweets keine Rechtsgrundlage erforderlich. Das wäre dann der Fall, wenn der Maßnahme keine Grundrechtsrelevanz zukäme, d.h. mit ihr kein Eingriff in Grundrechte verbunden wäre. Grundsätzlich geht mit dem Tweet des P eine bloße Empfehlung bzw. Warnung an den A einher, die als Solche nicht in Grundrechte eingreift, da A insoweit unbenommen bleibt, sich weiterhin so zu verhalten, wie er es wünscht. Gleichwohl ist zu beachten, dass bei dem durch jedermann einsehbaren Kommentar an A eine besondere Öffentlichkeitswirksamkeit besteht, die A auf die Konsequenzen seines potentiellen Zuwiderhandelns aufmerksam machen soll, die ggf. auch in weitergehenden ordnungsrechtlichen Maßnahmen liegen können. Wegen der besonderen Legitimation der Maßnahmen der Polizei geht daher von dem Tweet wenigstens ein mittelbarer Eingriff in die Allgemeine Handlungsfreiheit des A gem. Art. 2 Abs. 1 GG aus, die sich daraus ergibt, dass er im Falle eine Zuwiderhandlung öffentlich als „Störer“ o.Ä. angesehen werden könnte. Folglich liegt eine Grundrechtsrelevanz des Tweets vor; eine Rechtsgrundlage ist erforderlich.

#### 2. Aufenthaltsvorgabe, § 17b NPOG

Die Rechtsgrundlage für den Kommentar des P könnte sich zunächst aus § 17b Abs. 1 S. 1 NPOG<sup>1</sup> ergeben. Dazu müsste der Tweet dem A untersagt haben, seinen Wohn- oder Aufenthaltsort zu verlassen. Darauf kann hier nach dem Wortlaut des Tweets noch nicht geschlossen werden, da dieser nur das „nach draußen gehen“ betrifft, aber keine klare

Aufenthaltsregelung trifft. Überdies stellt auch die Formulierung „Vielleicht keine gute Idee“ keine Untersagung oder ein Verbot dar. Mithin ist § 17b Abs. 1 Nr. 1 keine taugliche Rechtsgrundlage.

#### 3. Gefährderanschreiben, § 12a Abs. 1 S. 1 Alt. 2

In Betracht kommt jedoch die Ermächtigungsgrundlage des § 12a Abs. 1 S. 1 Alt. 2 für das sog. Gefährderanschreiben.

#### 4. Zwischenergebnis

Eine Rechtsgrundlage für den Tweet des P liegt mit § 12a Abs. 1 Alt. 2 vor.

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Tweet müsste sodann formell rechtmäßig versendet worden sein.

#### 1. Zuständigkeit

Zunächst müsste die Polizeidirektion Hannover zuständig gewesen sein. Die sachliche Zuständigkeit für die Gefahrenabwehr ergibt sich mangels Spezialvorschriften aus § 1 Abs. 1, 2. Gem. § 1 Abs. 1 sind die Verwaltungs- und Polizeibehörden für die Gefahrenabwehr zuständig, die Polizei jedoch gem. § 1 Abs. 2 S. 1 nur dann, wenn die Gefahrenabwehr durch die Verwaltungsbehörde nicht rechtzeitig möglich erscheint. Hier erscheint die Information einer Fachbehörde sowie das Ergreifen der entsprechenden Maßnahme durch diese mit einem erheblichen Zeitaufwand verbunden, sodass von der Eilzuständigkeit der Polizeibehörde gem. § 1 Abs. 2 S. 1 auszugehen ist. Die örtliche Zuständigkeit der Polizeidirektion Hannover ergibt sich sodann aus § 100 Abs. 1, da sich A in Hannover befindet und sich in der Stadt aufhalten möchte. Damit ist die Polizeidirektion zuständig.

#### 2. Verfahren

Sodann müssten die Vorschriften über das Verfahren eingehalten worden sein. Mangels Spezialvorschriften kommt hier das Erfordernis einer Anhörung gem. § 28 Abs. 1 VwVfG iVm. § 1 NVwVfG<sup>2</sup> in Betracht. Danach ist der Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes vor dem Erlass anzuhören.

<sup>1</sup> Alle folgenden §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des NPOG.

<sup>2</sup> Für alle folgenden §§ des VwVfG gilt die Verweisung des § 1 NVwVfG.

Fraglich ist dabei, ob der Tweet des P einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG darstellt. Dazu müsste er insbesondere auf eine Rechtswirkung gegenüber dem A gerichtet sein, d.h. unmittelbar eine Rechtsfolge gegenüber diesem hervorrufen. Dies ist, wie oben dargestellt, aufgrund des bloßen Warncharakters des Tweets nicht der Fall. Mangels Rechtswirkung stellt der Tweet daher keinen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG dar und eine Anhörung war folglich nicht erforderlich.

### 3. Form

Zuletzt müssten die Formvorschriften gewahrt worden sein.

#### a) Begründung, § 39 Abs. 1 VwVfG

Eine Begründung des Tweets gem. § 39 Abs. 1 VwVfG war, wie auch eine Anhörung, wegen des fehlenden Verwaltungsaktscharakters nicht erforderlich.

#### b) Schriftformerfordernis

Fraglich ist aber, ob ein Gefährderanschreiben gem. § 12a Abs. 1 S. 1 Alt. 2 schriftlich zu ergehen hat. Aus dem Wortlaut des Gefährder„anschreibens“ sowie des Nebeneinanders von Ansprache und Anschreiben könnte sich ein Schriftformerfordernis im engeren Sinne ergeben. In § 12a ist jedoch kein weitergehendes Schriftformerfordernis ausgedrückt, sodass das Anschreiben nach dem Alltagsverständnis grundsätzlich auch über Twitter in Betracht kommen kann. Dies erscheint auch unter Erwägungen der Gefahrenabwehr sachgerecht. Zu einem postalischen Anschreiben an einen Gefährder oder einer Ansprache an diesen bestehen im Vergleich zu einem Kommentar auf Twitter keine sachlichen Unterschiede. Ein Schriftformerfordernis besteht daher nicht.

### 4. Zwischenergebnis

Der Tweet erging in formell rechtmäßiger Weise.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Tweet müsste auch materiell rechtmäßig gewesen sein.

### 1. Tatbestand

Der Tatbestand des § 12a Abs. 1 S. 1 Alt. 2 müsste erfüllt sein. Dazu müsste eine Gefahr oder die Annahme einer Straftat in einem übersehbaren Zeitraum vorliegen.

#### a) Der Art nach konkretisierte Straftat

Es könnten die Annahme rechtfertigende Tatsachen vorliegen, dass A eine ihrer Art nach konkretisierte Straftat gem. § 2 Nr. 13 innerhalb eines übersehbaren Zeitraums beginge. Als Straftat kommt hier die fahrlässige Körperverletzung gem. § 229 StGB in Betracht, die eine Straftat gem. § 2 Nr. 13 darstellt; diese könnte der A durch seinen Aufenthalt in der Öffentlichkeit innerhalb absehbarer Zeit verwirklichen. Jedoch müsste sie auch ihrer Art nach konkretisiert sein. Es bleibt aber aufgrund des Tweets des A noch völlig offen, an welchem Ort, zu welchem genauen Zeitpunkt und insbesondere zulasten welcher Betroffenen eine solche Straftat erfolgen sollte. Somit liegt keine ihrer Art nach konkretisierte Straftat vor.

#### b) Gefahr

Allerdings könnte eine Gefahr gem. § 2 Nr. 1 vorliegen.

#### aa) Polizeiliches Schutzgut

Zunächst müsste ein polizeiliches Schutzgut, namentlich die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, berührt sein. Die öffentliche Sicherheit umfasst die objektive Rechtsordnung, die Individualrechtsgüter des Einzelnen sowie den Staat und seine Einrichtungen.

#### (1) Objektive Rechtsordnung

Die objektive Rechtsordnung könnte berührt sein. Diese umfasst sämtliche Normen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts sowie alle sonstigen Verbotsnormen. Ein Verstoß des A gegen Strafgesetze kommt, wie dargelegt, mangels hinreichender Konkretisierung nicht in Betracht. Die Reisewarnung des Auswärtigen Amtes ist mangels Verbotscharakters kein Bestandteil der Rechtsordnung; zudem ist ein „Verstoß“ des A gegen diese durch seine Rückkehr bereits beendet. Ein Verstoß gegen infektionsschutzrechtliche Vorschriften ist indes nicht zu prüfen, sodass die objektive Rechtsordnung nicht berührt ist.

#### (2) Individualrechtsgüter

Jedoch könnten Individualrechtsgüter Dritter betroffen sein. Durch eine denkbare Ansteckung mit dem Coronavirus sind die körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sowie in einer nicht unerheblichen Anzahl von Fällen auch das Leben von Personen betroffen, die mit A in bloßen Kontakt geraten; für diese Rechtsgüter kommt dem Staat eine umfassende Schutzpflicht zu, wenn diese durch Private beeinträchtigt werden. Damit sind Individualrechtsgüter berührt.

**bb) Hinreichende Wahrscheinlichkeit für Schadenseintritt**

Sodann müsste gem. § 2 Nr. 1 eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass in absehbarer Zeit ein Schaden in Hinblick auf das Rechtsgut eintritt. Das Vorliegen der Wahrscheinlichkeit bestimmt sich aus ex-ante-Perspektive sowie aus der Sicht eines objektiven, pflichtbewussten Amtswalters. Denkbar war, dass A unmittelbar nach Absetzen seines eigenen Tweets das Haus verliesse und sogleich mit anderen Menschen in Kontakt träte. Problematisch könnte hierbei jedoch sein, dass sich A selbst sicher war, nicht mit dem Coronavirus infiziert zu sein. Zwar versah er seinen Tweet mit dem Hashtag #coronakillmichnicht, jedoch war dieser einigermaßen offensichtlich als Scherz bzw. Sarkasmus zu identifizieren. Gleichwohl ist aber zweifelhaft, ob es für das Vertrauen des A eine Grundlage gab. Er war nach einem Aufenthalt im besonders betroffenen Spanien mit Corona-typischen Fiebersymptomen heimgekehrt, was durchaus auf eine gewisse Wahrscheinlichkeit einer Infektion schließen lässt; dass es sich um eine bloße Erkältung o.Ä. handelt, lässt sich berechtigterweise in Zweifel ziehen. Möglich ist auch, dass ein etwaiger Test am Flughafen auf das Virus ein falsch-negatives Ergebnis erzielt und A dennoch am Coronavirus erkrankt ist. Für einen erfolgten Test finden sich im Sachverhalt außerdem schon gar keine Anhaltspunkte. Weiterhin findet der Grundsatz Anwendung, dass an das Erfordernis der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je höherwertiger die betroffenen Schutzgüter sind. Bei der körperlichen Unversehrtheit bzw. wegen der generellen Letalität des Coronavirus auch dem Leben einzelner Personen handelt es sich um besonders hochwertige Schutzgüter, für die der Staat eine besondere Schutzpflicht innehat; daher sind keine allzu hohen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu stellen. Wie oben dargestellt erscheint eine Erkrankung des A am Virus durchaus möglich und wegen der besonderen Ansteckungsgefahr liegt auch eine Ansteckung von anderen Personen im Falle eines Kontaktes nahe. Damit ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts gegeben; eine Gefahr i.S.d. § 2 Nr. 1 liegt vor.

**c) Polizeiliche Verantwortlichkeit, §§ 6ff.**

Letztlich müsste A polizeilich verantwortlich gem. §§ 6ff. sein. Verantwortlich ist gem. § 6 Abs. 1 insbesondere der Verhaltensstörer, d.h. derjenige, der die Gefahr durch sein Verhalten unmittelbar herbeiführt. Die Gefahr geht gerade von der möglichen Infektion des A und dessen

anschließenden Verhalten aus und wurde daher von ihm unmittelbar verursacht; folglich ist er als Verhaltensstörer gem. § 6 Abs. 1 verantwortlich.

**d) Zwischenergebnis**

Der Tatbestand des § 12a Abs. 1 Alt. 2 ist erfüllt.

**2. Bestimmtheitsgebot, § 37 Abs. 1 VwVfG**

Der Tweet könnte das Bestimmtheitsgebot gem. § 37 Abs. 1 VwVfG verletzen. A rügt hier, dass der Tweet des P keine klare Anordnung zu einem Verhalten des A erteilt. Die Verletzung des Bestimmtheitsgebots ist jedoch schon deswegen zweifelhaft, weil dieses gem. § 37 Abs. 1 VwVfG lediglich für Verwaltungsakte gem. § 35 S. 1 VwVfG gilt, ein solcher hier aber nicht vorliegt (s.o.). Gleichwohl ließe sich aber ein allgemeines Bestimmtheitsgebot zumindest für Gefährderansprachen und -anschriften aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit annehmen. Im vorliegenden Falle geht jedoch aus dem Tweet des P deutlich hervor, dass von A verlangt wird, sich für die Dauer seiner Fiebererkrankung nicht in der Öffentlichkeit aufzuhalten. Durch den angefügten Hashtag #denktandieRisikogruppen wird auch deutlich, welche Konsequenzen aus der Zuwiderhandlung des A, nämlich eine Gefährdung von Leib und Leben besonders gefährdeter Personen, folgen. Somit erfüllt der Tweet des P die Anforderungen an seine Bestimmtheit, das Bestimmtheitsgebot ist nicht verletzt.

**3. Rechtsfolge**

Sodann müsste auch die Rechtsfolge materiell rechtmäßig gewesen sein; dazu müsste das gem. §§ 12a Abs. 1 S. 1, 5 Abs. 1 eingeräumte Ermessen ermessenfehlerfrei ausgeübt worden sein.

**a) Entschließungsermessen**

Bezüglich der Entschließung des P, überhaupt eine Maßnahme zu ergreifen, lassen sich keine Ermessensfehler feststellen.

**b) Auswahlermessen**

Sodann müsste er auch sein Ermessen in Bezug auf die gewählte Maßnahme ermessensfehlerfrei ausgeübt haben. In Betracht kommt hier eine Ermessensüberschreitung in Form der Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme.

**aa) Legitimer Zweck**

Diese müsste zunächst einen legitimen Zweck verfolgt haben. Ein solcher dürfte nicht mit der Verfassung

in offenem Widerspruch stehen. Der Tweet verfolgt den Individualrechtsgüterschutz von Leben und Gesundheit von Dritten (s.o.), der in Art. 2 Abs. 2 GG ausdrücklich vorgesehen ist. Ein legitimer Zweck liegt vor.

#### **bb) Geeignetheit**

Weiter müsste die Maßnahme auch geeignet gewesen sein. Dazu müsste sie die Zweckerreichung zumindest gefördert haben. Durch den Kommentar unter seinem Tweet wird A auf mögliche Konsequenzen seiner Entscheidung hingewiesen und damit zu einer Revidierung seines Entschlusses bewegt; dadurch könnte er von einer möglichen Gefährdung Dritter durch seinen Aufenthalt in der Öffentlichkeit möglicherweise absehen. Der Zweck wird also zumindest gefördert; die Geeignetheit der Maßnahme liegt vor.

#### **cc) Erforderlichkeit**

Sodann müsste die Maßnahme auch erforderlich gewesen sein. Dazu dürfte kein zur Zweckerreichung gleichermaßen geeignetes, aber gleichzeitig milderes Mittel in Betracht gekommen sein, § 4 Abs. 1. Fraglich ist hier, ob eine private Nachricht über Twitter ebenso geeignet, aber ein milderes Mittel gewesen wäre. Eine private Nachricht an A durch P wäre nicht von der Öffentlichkeit einsehbar gewesen und hätte daher im Falle des Zuwiderhandelns des A nicht ein vergleichbares Unwerturteil mit sich gezogen, sodass die Privatnachricht für A weniger belastend gewesen wäre. Zweifelhaft ist aber, ob die private Nachricht auch gleichermaßen zur Gefahrenabwehr geeignet gewesen wäre. Denkbar wäre, dass A die Nachricht erst wahrgenommen hätte, nachdem er bereits mit Dritten in Kontakt gekommen war; dies wäre abhängig von seinen Privatsphäre- und Benachrichtigungseinstellungen, in die jedoch P keine Einsicht hat. Zudem wäre auch ein vollständiges Übersehen oder Ignorieren der Nachricht durch A möglich gewesen, was wegen der hohen Followerzahl des A nicht abwegig erscheint. Letztlich ist die private Nachricht auch nicht mit demselben „sozialen Druck“ behaftet wie ein öffentlich einsehbarer Kommentartweet, sodass der Anreiz für A, sich darüber hinwegzusetzen, größer gewesen wäre. Mithin wäre eine Privatnachricht an A ein weniger geeignetes, möglicherweise gar ungeeignetes Mittel gewesen, den Zweck zu erreichen. Andere mildere Mittel sind nicht ersichtlich, sodass der Tweet als erforderlich anzusehen ist.

#### **dd) Angemessenheit**

Letztlich müsste die Maßnahme auch angemessen gewesen sein. Ein an sich geeignetes und erforderliches Mittel muss unangewendet bleiben, wenn die Maßnahme im Vergleich zum Zweck außer Verhältnis steht, § 4 Abs. 2. Dazu ist eine Abwägung der betroffenen Interessen vorzunehmen.

Hier steht das Interesse an einem wirksamen Schutz von Leben und Gesundheit Dritter dem Interesse des A an dessen ungestörter Freiheitsausübung gegenüber. Zu beachten ist zunächst, dass es sich bei dem Tweet des P um einen denkbar geringfügigen Grundrechtseingriff handelt. A könnte der Empfehlung bis zum Erlass weiterer ordnungsrechtlicher Maßnahmen wenigstens faktisch durchaus zuwiderhandeln, wenn er bereit wäre, die Konsequenzen in Kauf zu nehmen. Die von A überdies gerügte Bloßstellung seiner Person durch den Tweet hat kaum Gewicht, da der Tweet keinerlei ehrenrührige Elemente enthält; allenfalls mittelbar könnte sich die Bloßstellung dadurch ergeben, dass A öffentlich vorgehalten wird, dass er sich mit Corona-typischen Symptomen in der Öffentlichkeit aufhält. Indes hat A seine Fiebererkrankung im eigenen Tweet angesprochen, worauf P lediglich Bezug nahm. Im Übrigen dient die Empfehlung auch seinem eigenen Interesse, im erkrankten Zustand (unabhängig von einer Erkrankung mit dem Coronavirus) keine körperlich möglicherweise belastenden Aktivitäten vorzunehmen, sondern die Krankheit zuhause auszukurieren.

Demgegenüber steht ein besonders hochwertiges Interesse am Schutz der genannten Individualrechtsgüter Dritter, welches vor allem durch die globale Pandemiesituation und die erheblichen Infektionsrisiken sowie die vergleichsweise hohe Letalität des Coronavirus insbesondere in Bezug auf die Risikogruppen einen nochmals größeren Stellenwert erlangt. Es ist daher davon auszugehen, dass A durch den Tweet nicht in unzumutbarer Weise beeinträchtigt wird. Folglich ist die Maßnahme als angemessen und insgesamt als verhältnismäßig anzusehen.

#### **ee) Zwischenergebnis**

Ermessensfehler bezüglich des Auswahlmessens liegen nicht vor.

#### **c) Störerauswahl**

Auch in Bezug auf die Störerauswahl gem. §§ 6ff. sind keinerlei Ermessensfehler ersichtlich.

**d) Zwischenergebnis**

Die Rechtsfolge ist somit materiell rechtmäßig.

**4. Zwischenergebnis**

Die Maßnahme des P war auch materiell rechtmäßig.

**IV. Gesamtergebnis**

Das Handeln des P beim Absenden des Tweets war rechtmäßig.

**ANMERKUNGEN**

Eine Klausur, die fast fehlerfrei und teilweise über die Lösungsskizze hinausgehend alle wesentlichen Probleme und Punkte des Sachverhalts aufgreift und mit teils sehr guter Begründung löst. Die Prüfung des Tatbestands hätte direkt mit der Gefahr beginnen können. Bei der hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts erscheint die Annahme der Offensichtlichkeit eines Scherzes eher weniger zwingend.

Insgesamt eine Klausur, die bis auf ganz wenige Punkte keine Wünsche offenlässt und deswegen nur mit sehr gut bewertet werden kann. Herzlichste Gratulation zu dieser tollen Leistung!

17 Punkte!

## Klausur im Grundkurs BGB III

stud. iur. Bo Hoffmann, 15 Punkte

Die Klausur ist in der Veranstaltung Grundkurs BGB III im Sommersemester 2020 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Jan Lüttringhaus, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Emil (E) ist ehemaliger Fußballprofi von Hannover 96. Während seiner Karriere hat E deutlich über seine Verhältnisse gelebt und verkauft nun Bratwürstchen und Pommes. Dazu hat er mit schriftlichem Mietvertrag von der Hannover 96 GmbH & Co. KG ab dem 01. Juni 2019 eine kleine Bratwurstbude vor dem Niedersachsenstadion für insgesamt 3 Jahre angemietet. Die Miete beträgt EUR 5.000,00 und ist monatlich zu zahlen. E hat seine Bude grundsätzlich jeden Tag geöffnet, wobei er an Spieltagen wegen des hohen Zuschauerandranges stets die höchsten Umsatzzahlen erzielt. Ab dem 1. Februar des Jahres 2020 kommt es wegen der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus zur Unterbrechung der laufenden Saison. Erst ab dem 1. Mai 2020 wird die Saison – ohne Zuschauer – fortgesetzt. Dies wird wohl auch mindestens noch in der nachfolgenden Saison der Fall sein.

Die Anmietung der Würstchenbude ergibt für E damit aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten fortan wenig Sinn, da er wegen der ausbleibenden Zuschauerzahlen kaum noch Würstchen verkaufen kann.

In der Folge beeinträchtigen die laufenden Mietzahlungen das Vermögen des E ganz erheblich und gefährden seine Existenz. Er möchte sich daher schnellstmöglich vom Vertrag lösen. Am 1. Juni 2020 teilt E der Hannover 96 GmbH & Co. KG schriftlich mit, dass ein Festhalten am Vertrag für ihn unzumutbar sei und er deshalb „aus dem Vertrag aussteigen“ wolle. Die Hannover 96 GmbH & Co. KG verweist den E insoweit auf die vertraglich vereinbarte Mietdauer und fordert die Zahlung der Miete.

Mittlerweile ist E in erhebliche Geldnöte geraten. Als die begeisterte Anhängerin von Hannover 96 Petra (P) erfährt, dass E im Besitz einer mit dem Namen des E gravierten Medaille aus dem Pokalfinale von 1992 ist, fragt sie E, ob er ihr die Medaille verkaufen würde. Die Medaille hat als Einzelstück in Sammlerkreisen einen Verkehrswert von EUR 6.000,00. E ist bereit, die Medaille schon für EUR 5.000,00 der P zu überlassen. P stimmt begeistert zu und vereinbart mit E, dass er ihr die Medaille gegen Zahlung von EUR 5.000,00 am nächsten Tag um Punkt 15:00 Uhr vor der Wohnung der P übergeben soll.

Als E zum vereinbarten Termin bei P eintrifft, ist P allerdings nicht vor Ort. E klingelt und wartet 30 Minuten vergebens vor der Wohnungstür der P. Als E sich zur Heimkehr entschließt, trifft er im Hauseingang den Hausmeister Hermann (H), der bei der Vermieterin der P, der Wohnungsbaugenossenschaft W, angestellt ist. Da E es nun eilig hat und nicht weiter mit der Medaille herumlaufen möchte, drückt er sie dem völlig verdutzten H in die Hand und bittet ihn, die Medaille der P zu übergeben. Er komme später wieder, um das Geld abzuholen. H reagiert hierauf mit keinem Wort, denn er erkennt als glühender Anhänger von Eintracht Braunschweig sofort, dass es sich bei der Medaille um ein Original aus dem Pokalfinale von 1992 handelt. Da H sowohl P als auch Hannover 96 überhaupt nicht leiden kann, wirft er die Medaille nach dem Verschwinden des E sofort in den Mülleimer. Als H am nächsten Tag von der Polizei nach dem Verbleib der Medaille vernommen wird, wurde der Müll bereits abgeholt und der Verbleib der Medaille kann nicht mehr aufgeklärt werden.

### Frage 1:

**Hat die Hannover 96 GmbH & Co. KG gegen E einen Anspruch auf Zahlung der monatlichen Miete ab dem 01. Juni 2020?**

**Frage 2:****Wie ist die Rechtslage im Verhältnis von E und P?****Bearbeitungshinweis:**

Es ist davon auszugehen, dass durch die Übergabe der Medaille an H keine Erfüllung i.S.d. § 362 BGB eingetreten ist.

**GUTACHTERLICHE LÖSUNG****Frage 1:****A. Anspruch der Hannover 96 GmbH & Co. KG gegen E auf Zahlung der monatlichen Miete ab dem 01. Juni 2020 aus § 535 Abs. 2 BGB**

Die Hannover 96 GmbH &amp; Co. KG könnte aus § 535 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung des Mietpreises ab dem 01. Juni 2020 gegen E haben.

**I. Anspruch entstanden**

Dieser Anspruch müsste zunächst entstanden sein. Dafür müssten sich E und die Hannover 96 GmbH &amp; Co. KG wirksam über einen Mietvertrag geeinigt haben. Ein solcher setzt eine Einigung in Form zwei sich entsprechender Willenserklärungen voraus. Laut Sachverhaltsangaben liegt eine solche Einigung vor. Folglich liegt ein wirksamer Mietvertrag i.S.d. §§ 535 ff. vor und der Anspruch ist entstanden.

**II. Anspruch untergegangen**

Der Anspruch könnte jedoch untergegangen sein.

**1. Außerordentliche fristlose Kündigung, § 543 Abs. 2 Nr. 1**

Der Anspruch auf Zahlung des Mietpreises könnte untergegangen sein, sofern E den Mietvertrag wirksam gekündigt hat. Aufgrund dessen, dass es sich um einen befristeten Mietvertrag i.S.d. § 542 Abs. 2 Nr. 1 handelt, kommt lediglich das Recht zur außerordentlichen Kündigung gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1 in Betracht.

**a) Kündigungserklärung, § 568 Abs. 1**

Zunächst müsste der E der Hannover 96 GmbH &amp; Co. KG die Kündigung wirksam erklärt haben. Eine solche Erklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und muss gem. § 568 Abs. 1 schriftlich erfolgen. Vorliegend hat der E ein Schreiben an die Hannover 96 GmbH &amp; Co. KG geschickt, in welchem er darlegt, dass „er aus dem Vertrag aussteigen wolle“. Eine Kündigungserklärung bedarf nicht ausdrücklich dem Wort „Kündigung“, sofern sich dies konkludent durch Auslegung der Willenserklärung

gem. § 133 ergibt, was vorliegend der Fall ist. Auch ist die Willenserklärung der Hannover 96 GmbH &amp; Co. KG schriftlich zugegangen. Folglich handelt es sich um eine taugliche Kündigungserklärung.

**b) Außerordentlicher Grund i.S.d. § 543 Abs. 2 Nr. 1**

Weiter müsste auch ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen. In Betracht kommt vorliegend die teilweise Entziehung des vertragsgemäßen Gebrauches der Mietsache gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1. Vorliegend entzieht nicht der Vermieter der Mietsache den vertragsgemäßen Gebrauch, sondern er folgt lediglich einer behördlichen Anordnung, dessen Durchsetzung er sich nicht widersetzen darf. Allerdings könnte auch eine solche öffentlich-rechtliche Beschränkung einen solchen wichtigen Grund darstellen, sofern sie auf einem der Mietsache anhängigen Sachmangel fußt. Das Risiko der Stadionschließung und dem damit verknüpften verringertem Kundenbetrieb knüpft an die Ausübung des Gewerbebetriebes des Mieters an und ist somit nicht der Risikosphäre des Vermieters zuzuordnen, sondern der des Mieters. Folglich liegt kein wichtiger Grund vor.

**2. Befreiung von der Gegenleistung gem. § 326 Abs. 1 S. 1****a) Synallagmatischer Vertrag**

Zunächst müsste ein synallagmatischer, also gegenseitiger Vertrag vorliegen. Vorliegend schuldet der E der Hannover 96 GmbH &amp; Co. KG die Zahlung des Mietpreises. Die Hannover 96 GmbH &amp; Co. KG schuldet wiederum dem E die Nutzung und den Gebrauch der Mietsache. Folglich liegt ein synallagmatischer Vertrag vor.

**b) Schuldner von der gegenseitigen Leistungspflicht gem. § 275 Abs. 1-3 befreit**

Weiter müsste der Schuldner, also die Hannover 96 GmbH &amp; Co. KG, von der Leistungspflicht aufgrund von Unmöglichkeit frei geworden sein. Vorliegend entfällt vorübergehend der Spielbetrieb bei Hannover 96 und muss dann, wenn er wieder beginnt, ohne Publikum fortgesetzt werden. Nehme man also an, dass die Versorgung mit Fans und somit potenzieller Kundschaft zu den Leistungspflichtigen

der Hannover 96 GmbH & Co. KG gehört, so wäre diese unmöglich geworden. Fraglich ist jedoch, ob die Versorgung mit potenzieller Kundschaft zu den Leistungspflichten der Hannover 96 GmbH & Co. KG gehört. Gegen eine solche Annahme spricht, dass sie den Schuldner sehr stark und ungleichmäßig beanspruchen würde. So gäbe es eine Vielzahl von Faktoren, die zu einem ganzen oder teilweisen Ausbleiben der potenziellen Kundschaft beitragen könnten, was zu einer erheblichen Belastung des Schuldners führen würde. Bei dem Ausbleiben der potenziellen Kundschaft handelt es sich weiter auch lediglich um das Verwendungsrisiko, welches grundsätzlich der Gläubiger trägt. Daraus ergibt sich, dass sich die Hannover 96 GmbH & Co. KG lediglich zur Bereitstellung der Bratwurstbude verpflichtet hat und nicht für die Versorgung mit Kundschaft. Wäre die Hannover 96 GmbH & Co. KG dieser Pflicht auch nachgekommen, hätte der E wie gewohnt an den Tagen Essen verkaufen können, nur mit weniger Kundschaft. Folglich ist die Hannover 96 GmbH & Co. KG nicht von ihrer Leistungspflicht gem. § 275 Abs. 1 befreit worden und der E kann sich somit nicht auf den § 326 Abs. 1 S. 1 berufen.

### **3. Störung beziehungsweise Wegfall der Geschäftsgrundlage, §§ 313 Abs. 1, Abs. 3, 346**

Der Zahlungsanspruch der Hannover 96 GmbH & Co. KG gegen den E könnte jedoch aufgrund des von E erklärten Rücktritts gem. der §§ 313 Abs. 1, Abs. 3, 346 wegen Störung beziehungsweise Wegfall der Geschäftsgrundlage erloschen sein.

#### **a) Rücktrittserklärung, § 349**

Zunächst müsste der E seinen Rücktritt gem. § 349 gegenüber seinem Vertragspartner erklärt haben. Eine Rücktrittserklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Vorliegend hat der E ein Schreiben an die Hannover 96 GmbH & Co. KG geschickt, in welchem er darlegt, dass „er aus dem Vertrag aussteigen wolle“. Eine Rücktrittserklärung bedarf nicht ausdrücklich dem Wort des Rücktritts, sofern sich dies konkludent durch Auslegung der Willenserklärung gem. § 133 ergibt, was vorliegend der Fall ist. Auch ist die Willenserklärung der Hannover 96 GmbH & Co. KG zugegangen. Folglich handelt es sich um eine taugliche Rücktrittserklärung.

#### **b) Rücktrittsgrund**

Als Rücktrittsgrund kommt die Störung beziehungsweise der Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht.

#### **aa) Umstand als Geschäftsgrundlage**

Vorliegend müsste sich ein Umstand, welcher für mindestens eine der Parteien die Geschäftsgrundlage darstellt, verändert haben. Ein Umstand ist dann Geschäftsgrundlage, wenn er von mindestens einer Partei erkennbar vorausgesetzt wurde und der Geschäftswille auf diesen Umstand beruht, ohne dass dieser Umstand Vertragsinhalt geworden ist. Vorliegend ist davon auszugehen, dass E dem Mietvertrag den Umstand zugrunde gelegt hat, dass Fans zu den Spielen kommen dürfen und dadurch potenzielle Kundschaft angelockt wird. Somit sind die Fußballspiele zur objektiven Grundlage des Vertrags geworden.

#### **bb) Nachträgliche Änderung (reales Element)**

Weiter müsste sich dieser Umstand nachträglich geändert haben. Vorliegend dürfen aufgrund des Coronavirus keine Fans mehr ins Stadion. Folglich hat sich die Geschäftsgrundlage geändert.

#### **cc) Schwerwiegend (hypothetisches Element)**

Die Veränderung müsste auch schwerwiegend gewesen sein. Die Veränderung ist schwerwiegend, wenn die Parteien den Vertrag in Kenntnis der Umstände nicht oder nicht so geschlossen hätten. Vorliegend ist davon auszugehen, dass der E kein Interesse an dem Stand gehabt hätte, wenn er gewusst hätte, dass keine Besucher zu den Spielen kommen dürfen. Auch ist davon auszugehen, dass die Hannover 96 GmbH & Co. KG vermutlich einen deutlich niedrigeren Mietpreis verlangen würde, wenn sie den Stand erst zur Zeit des Coronavirus vermietet hätten. Folglich ist die Veränderung auch schwerwiegend.

#### **dd) Risikoverteilung/Unzumutbarkeit (normatives Element)**

Weiter müsste mindestens einem Vertragsteil das Festhalten am Vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles sowie der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung das Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar sein. Von einer solchen muss ausgegangen werden, wenn ein Festhalten zu einem unbilligen Ergebnis führen würde. Generell trägt der Mieter der Sache das Verwendungsrisiko. Dieser Grundsatz muss allerdings durch den § 313 Abs. 1 eingeschränkt werden, denn ein Festhalten würde vorliegend den E unbillig benachteiligen. Der Hannover 96 GmbH & Co. KG muss nämlich eindeutig klar gewesen sein, dass die Lage des Standes nur interessant für einen Mieter ist, wenn auch Spiele stattfinden, da sich sonst nicht genug Einnahmen an dem Standpunkt

generiert werden können, damit das Geschäft lukrativ bleibt. Folglich wäre das Festhalten am Vertrag für den E unzumutbar.

### III. Rechtsfolge

Vorliegend ist fraglich, inwiefern eine Anpassung des Mietpreises für die Coronazeit möglich ist. Eine Vertragsanpassung gem. § 313 Abs. 1 hat gegenüber der Kündigung gem. § 313 Abs. 3 generell Vorrang. Sofern die Hannover 96 GmbH & Co. KG und der E also nicht gewillt sind, einen für E zumutbaren Vertrag zu verhandeln, wäre die Kündigung des E wirksam und die Hannover 96 GmbH & Co. KG hätte keinen Anspruch auf Zahlung des Mietpreises aus § 535 Abs. 2.

#### Frage 2:

#### A. Anspruch der P auf Übergabe und Übereignung der Medaille des E aus § 433 Abs. 1 S. 1

P könnte einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Medaille gegen den E aus einem Kaufvertrag haben.

#### I. Anspruch entstanden

Dieser Anspruch müsste zunächst entsandten sein. Dies setzt eine Einigung bezüglich des Kaufvertrags, bestehend aus zwei sich entsprechenden Willenserklärungen, voraus. Vorliegend haben sich E und P über den Verkauf der Medaille zu einem Preis von EUR 5.000,00 geeinigt. Folglich ist der Anspruch entstanden.

#### II. Anspruch untergegangen

Dieser Anspruch könnte jedoch untergegangen sein.

#### 1. Erfüllung

Laut Bearbeitervermerk ist nicht davon auszugehen, dass die Übergabe an den Hausmeister eine Erfüllung i.S.d. § 362 darstellt.

#### 2. Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 Alt. 1

Die Pflicht zu Leistung wäre ausgeschlossen, wenn die Leistung für den Schuldner oder jedermann unmöglich geworden wäre. Vorliegend hat der Hausmeister H die Medaille, nachdem E ihm diese gegeben hat, in den Müll entsorgt. Dieser wurde daraufhin abgeholt, sodass der Verbleib der Medaille nicht mehr zu bestimmen ist. Folglich ist die Leistung in jedem Fall für den E unmöglich geworden, sofern sie verschrottet wird, würde die Leistung auch für jedermann unmöglich werden. Folglich trat Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 Alt. 1 ein, wodurch der E die

Leistung nicht mehr zu bewirken braucht.

### III. Ergebnis

Folglich hat die P keinen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Medaille, da dies unmöglich geworden ist.

#### B. Anspruch der P auf Schadensersatz gegen E aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283

P könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gegen E aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 haben.

#### I. Tatbestandsvoraussetzungen

##### 1. Schuldverhältnis, § 280 Abs. 1 S. 1

Zunächst müsste zwischen E und P ein Schuldverhältnis bestehen. Vorliegend haben sich E und P einen Kaufvertrag geschlossen. Dieser stellt ein Schuldverhältnis dar.

##### 2. Pflichtverletzung, §§ 280 Abs. 1 S. 1, 283

E müsste vorliegend eine vertragliche Pflicht der P verletzt haben. In Betracht kommt vorliegend die Verletzung der Hauptleistungspflicht des E. Teilweise ist umstritten, worin genau die Pflichtverletzung bei der nachträglichen Unmöglichkeit liegt. Eine Ansicht stellt auf die Nichtleistung ab. Eine andere verlangt, dass der Schuldner die Unmöglichkeit selbst herbeigeführt haben muss. Gegen die zweite Ansicht spricht, dass dadurch die Beweislastumkehr des § 280 Abs. 1 S. 2 zu stark entwertet wird. Deswegen ist der ersten Ansicht zu folgen, wonach bereits die Nichtleistung eine Pflichtverletzung darstellt. Folglich stellt also die Nichtleistung des E eine Pflichtverletzung dar.

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

E dürfte sich auch nicht von der Beweislastumkehr des § 280 Abs. 1 S. 2 exkulpieren können. Gem. § 276 muss der Schuldner grundsätzlich für Fahrlässigkeit und Vorsatz haften.

##### a) H als Erfüllungsgehilfe des E gem. § 278 S. 1 Alt. 2

Bei dem H könnte es sich um einen Erfüllungsgehilfen des E handeln. Ein Erfüllungsgehilfe ist eine Person, die vom Schuldner ausgewählt wird, die Leistung für ihn zu erbringen beziehungsweise ihm dabei zu helfen. E bedient sich vorliegend dem H zur Übergabe nach § 433 Abs. 1 S. 1 und § 929 S. 1 um so seiner Übergabe- und Übereignungspflicht aus dem Kaufvertrag nachzukommen, dass sich H und E eventuell nur in einem Gefälligkeitsverhältnis befinden und H auch nicht weisungsgebunden ist, ist für

das Vorliegen eines Erfüllungsgehilfen nicht von Bedeutung. Folglich hat der E den H als Erfüllungsgehilfen mit einbezogen.

#### b) Innerer Zusammenhang mit der Erfüllung

Das Fehlverhalten muss zusätzlich noch im inneren Zusammenhang mit der Erfüllung stehen und darf nicht lediglich „bei Gelegenheit“ passiert sein. Vorliegend hält sich der Erfüllungsgehilfe nicht an die Weisungen. Dies stellt allerdings keinen Ausschluss dar, da der Zweck des § 278 S. 1 Alt. 2 ist, denjenigen für den Erfüllungsgehilfen haften zu lassen, der diesen einbezogen hat. Somit haftet der E für seinen Erfüllungsgehilfen H, auch wenn sich dieser nicht an die Absprache hielt und vorsätzlich handelte.

#### c) Haftungsbeschränkung: Annahmeverzug § 300 Abs. 1

Allerdings könnte ein milderer Verschuldensmaßstab für den Schuldner greifen. Dafür müssten die Voraussetzungen des § 300 Abs. 1 vorliegen. Der Gläubiger müsste sich also im Annahmeverzug befunden haben. E hat der P die Leistung gem. §§ 293 ff. vergeblich am vereinbarten Ort zur vereinbarten Zeit angeboten. Der Annahmeverzug wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der H die Medaille annimmt, da dieser ein Erfüllungsgehilfe des E ist und nicht zur Annahme an der Stelle der P berechtigt ist. Folglich liegt Annahmeverzug vor. Somit haftet E nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Der Erfüllungsgehilfe des E handelte jedoch mit Vorsatz. Folglich haftet E für seinen Erfüllungsgehilfen und kann sich nicht exkulpieren.

#### 4. Schaden, §§ 249 ff

Weiter müsste der P auch ein Schaden i.S.d. §§ 249 ff. entstanden sein. Vorliegend hätte sie eine Medaille mit einem Marktwert von EUR 6.000,00 für lediglich EUR 5.000,00 bekommen, wo durch sie einen Vermögensvorteil von EUR 1.000,00 gehabt hätte. Folglich ist ihr ein Schaden i.H.v. EUR 1.000,00 entstanden.

#### II. Rechtsfolge

P kann somit Schadensersatz statt der Leistung von E in Höhe von EUR 1.000,00 verlangen.

#### C. Anspruch des E auf Zahlung des Kaufpreises gegen P aus § 433 Abs. 2

E könnte einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gegen P i.H.v. EUR 5.000,00 haben.

#### I. Anspruch entstanden

Zwischen den Parteien liegt ein wirksamer Kaufvertrag vor. Der Anspruch ist somit entstanden. (s.o.)

#### II. Anspruch untergegangen

Der Anspruch könnte jedoch untergegangen sein.

#### 1. Befreiung der Leistungspflicht des Schuldners gem. § 326 Abs. 1 S. 1

Der Anspruch könnte jedoch nach § 326 Abs. 1 S. 1 untergegangen sein. Dafür müsste E aufgrund von Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1-3 nicht leisten können. Vorliegend ist die Leistungspflicht des E aufgrund von Unmöglichkeit ausgeschlossen (s.o.). Allerdings könnte der E den Anspruch auf Kaufpreiszahlung gem. § 326 Abs. 2 S. 1 trotzdem behalten, sofern der Umstand, der zur Unmöglichkeit geführt hat, allein oder maßgeblich von der P verursacht wurde. Dies ist hier nicht der Fall, so hat der E den H selbst beauftragt. Auch ist der H kein Angestellter der P und somit nicht an ihre Weisungen gebunden und untersteht ihr auch nicht. Folglich behält E auch nicht den Anspruch auf Kaufpreiszahlung gegenüber P.

#### III. Ergebnis

Folglich hat E keinen Anspruch gegen P auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2.

#### ANMERKUNGEN

Positiv angemerkt wurde, dass der Gutachtenstil beherrscht wird sowie die Schwerpunktsetzung mit Einschränkungen korrekt erfolgte. Ebenfalls positiv ist die erste Aufgabe bewertet worden. Bemängelt wurde indes, dass die Risikosphäre im Rahmen des § 313 BGB, abgesehen von existenzvernichtenden Sachverhalten, grundsätzlich auf Seiten des Mieters liegt. Primär standen hier jedoch die argumentative Auseinandersetzung mit der Problematik und ein überzeugender Lösungsweg im Fokus.

Gelobt wurde zudem die Prüfung der Schadensersatzansprüche zur Frage 2, bei welcher alle Kernprobleme erkannt wurden. Diesbezüglich eine über den durchschnittlichen Bearbeitungen liegende Klausur. 15 Punkte.

**Hinweis der Redaktion:** In Frage 1 ist bei der Prüfung einer Störung der Geschäftsgrundlage zu berücksichtigen, dass es sich bei einem Mietvertrag gem. § 535 BGB um ein Dauerschuldverhältnis handelt und somit gem. § 313 Abs. 3 S. 2 BGB die Kündigung und nicht der Rücktritt zu prüfen gewesen wäre.

## Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht, 16 Punkte

stud. iur. Daniel Müller, 16 Punkte

Die Klausur wurde an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover im Wintersemester 2018/2019 bei Herrn Prof. Dr. Christian Becker geschrieben, ihm gebührt herzlicher Dank für das Einverständnis zur Veröffentlichung des Sachverhaltes.

A will sich nach einem ausgedehnten Besuch auf dem örtlichen Weihnachtsmarkt auf die Heimreise begeben. Da es ein langer Tag war, möchte er sich hierfür die Fahrt mit einem Taxi genehmigen. Dazu steigt A in das Taxi des Taxifahrers T ein. Während das Taxameter und damit der Preis für die Taxifahrt immer weiter steigt, beschließt A, dass er den T um seine Tageseinnahmen erleichtern möchte, um sich die kostspielige Vorweihnachtszeit finanzieren zu können. Nachdem T am gewünschten Reiseziel angehalten hat und den Motor ausstellt, bezahlt A den Fahrpreis, um den T in Sicherheit zu wiegen. Während der T das Geld in seiner Tasche verstaut, drückt der A dem T einen Kugelschreiber in den Nacken und ruft: „Wenn du mir nicht sofort dein Geld gibst, drücke ich ab.“ T fürchtet um sein Leben und steht so unter Schock, dass er A ohne jegliche Gegenwehr die Tasche mit den Einnahmen aushändigt. Mit seiner Beute verlässt A fluchtartig das Taxi des T.

Just in diesem Moment erkennt T, dass er lediglich mit einem Kugelschreiber bedroht wurde. Schnell nimmt er mit seinem Wagen die Verfolgung des A auf. A rennt hastig die Straße hinunter und findet dabei ein Messer (Klinglänge ca. 18 cm), das er in seine Jackentasche steckt. Er plant, das Messer notfalls einzusetzen, um sich den Besitz der Tasche und des Bargeldes zu sichern. Durch die Flucht über ein abgezauntes Grundstück kann A seinen Verfolger T jedoch schließlich abhängen.

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

**Bearbeitervermerk:** §§ 263, 316a StGB sind nicht zu prüfen. Etwa erforderliche Strafanträge sind gestellt.

### **A. Strafbarkeit des A wegen schweren Raubes, §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, b, Abs. 2 Nr. 1 StGB, durch das Herausverlangen des Geldes**

A könnte sich wegen schweren Raubes gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, b, Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den T mit dem Kugelschreiber bedrohte, von ihm die Herausgabe des Geldes verlangte und anschließend bei der Flucht das Messer an sich nahm.

#### **I. Tatbestandsmäßigkeit**

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

###### **a) Fremde bewegliche Sache**

Bei dem Bargeld, d.h. den Scheinen bzw. Münzen, handelt es sich um im Eigentum des T stehende körperliche Gegenstände, mithin um für A fremde bewegliche Sachen.

###### **b) Wegnahme**

Weiterhin müsste an dem für A fremden Bargeld auch eine Wegnahme erfolgt sein, d.h. der Bruch fremden und die Begründung neuen – nicht notwendig tätereigenen – Gewahrsams. Zunächst hatte T jedenfalls nach der

Übergabe des Geldbetrags des A für diese Fahrt die von seinem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft über die Geldscheine inne. Diese ist jedoch spätestens in dem Zeitpunkt auf A übergegangen, in dem dieser das Taxi mitsamt dem Bargeld verließ und der T nicht mehr seinerseits auf das Bargeld zugreifen konnte, ohne zuvor die Verfügungsgewalt des A zu brechen. Mithin hat insoweit ein Gewahrsamswechsel stattgefunden.

Problematisch ist jedoch, ob dieser auch durch „Bruch“, also ohne oder gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers, erfolgt ist. Hier hat nämlich T das Bargeld selbst an A ausgehändigt und war insoweit willensgesteuert an der Herbeiführung des Gewahrsamswechsels beteiligt. Ob darin jedoch bereits ein die gegen den Willen des Opfers erfolgte Gewahrsamsbegründung ausschließendes Einverständnis des T zu sehen ist, erscheint insofern fraglich, als T hier durch den Kugelschreiber in seinem Nacken und der Aussage des A zumindest einer gewissen Zwangswirkung ausgesetzt war. Unter welchen Voraussetzungen in solchen Fällen der Beteiligung des bisherigen Gewahrsamsinhabers am Gewahrsamswechsel unter Zwangswirkung

ein tatbestandsausschließendes Einverständnis anzunehmen ist, wird unterschiedlich bewertet.

#### aa) Abstellung auf das äußere Erscheinungsbild

Nach Ansicht der Rechtsprechung ist auf das äußere Erscheinungsbild des Tatgeschehens abzustellen. Stellt sich dieses äußerlich als ein „Geben“ der Sache durch das Opfer dar, so sei eine Wegnahme bereits tatbestandlich ausgeschlossen. Handelt es sich dagegen nach dem äußeren Erscheinungsbild um ein „Nehmen“ durch den Täter, so liegt ein Gewahrsamsbruch vor. Nach dieser Auffassung stellt sich das Geschehen im vorliegenden Fall als eine Weggabe des Bargeldes durch T dar, sodass hiernach eine Wegnahme i.S.d. § 249 Abs. 1 StGB ausgeschlossen wäre.

#### bb) Abstellung auf die innere Willensrichtung

Die wohl herrschende Meinung in der Literatur stellt demgegenüber auf die innere Willensrichtung des Opfers im Zeitpunkt der Gewahrsamsverschiebung ab. Geht das Opfer subjektiv davon aus, dass seine Mitwirkung zur Herbeiführung des Gewahrsamswechsels erforderlich ist, misst es sich selbst also eine sog. „Schlüsselstellung“ zu, so liege darin ein den Gewahrsamsbruch ausschließendes Einverständnis in die Gewahrsamsverschiebung; anders hingegen, wenn das Opfer davon ausgeht, dass es auf seine Mitwirkung nicht ankomme, weil sich der Täter die Sache „so oder so“ nehmen werde. Hier fürchtet der T gerade um sein Leben und steht unter dem Eindruck der Zwangswirkung, als er das Geld an A übergibt. Unter diesen Umständen stellte sich die Aussage des A für ihn vielmehr gewissermaßen als „Geld oder Geld und ich drücke ab“ dar, sodass es nach seiner Vorstellung auch bei einer Weigerung zu einer Gewahrsamsverschiebung kommen würde. T hielt demnach die eigene Mitwirkung nicht für erforderlich, sodass nach diesem Verständnis ein Gewahrsamsbruch vorläge.

#### cc) Stellungnahme

Aufgrund der divergierenden Ergebnisse der beiden Ansichten ist eine Stellungnahme erforderlich. Für die Ansicht der Rechtsprechung spricht zunächst nur vordergründig eine bessere und klarere Abgrenzung. Denn das Kriterium des äußeren Erscheinungsbilds vermag nicht in allen Fallgruppen völlig eindeutige und trennscharfe Zuordnungen zu ermöglichen, etwa beim Herauszerren des Fahrers aus einem Auto, der selbst bereits im Begriff des Aussteigens ist. Die gleiche Kritik kann jedoch auch der Gegenauffassung entgegengehalten werden, die insbesondere eine

erschwertere Beweisführung bei der bloßen Abstellung auf die Opferpsyche mit sich bringt.

In dogmatischer und systematischer Hinsicht ist jedoch fragwürdig, worauf das Kriterium des äußeren Erscheinungsbilds gründen soll. Der Wortlaut des § 249 Abs. 1 StGB enthält insoweit keine Hinweise und weicht auch nicht von dem des § 242 Abs. 1 StGB ab. Hier vertritt die Rechtsprechung jedoch gerade abweichend zu § 249 Abs. 1 StGB eine auf das subjektive Vorstellungsbild des Opfers abstellende Auffassung in den Fällen der sog. „Pseudo-Beschlagnahme“, in denen eine Abgrenzung von Diebstahl und Betrug vorzunehmen ist. Warum im Rahmen des § 249 Abs. 1 StGB eine andere Linie zur Abgrenzung vertreten werden soll, ist nicht ersichtlich. Sofern man die Auffassung verträte, dass sich der Raub und die räuberische Erpressung nach §§ 253, 255 StGB tatbestandlich ausschließen (Exklusivität), erschiene die abweichende Bestimmung des Merkmals „Gewahrsamsbruch“ in § 249 Abs. 1 StGB zwar plausibel zur Abgrenzung zu §§ 253, 255 StGB. Doch steht dies gerade im Widerspruch zu der von der Rechtsprechung vertretenen Spezialitätslehre, nach der § 249 Abs. 1 StGB lex specialis zu §§ 253, 255 StGB ist und daher eine tatbestandliche Abgrenzung dieser Delikte überhaupt nicht infrage kommt.

Aufgrund dieser systematischen Ungenauigkeiten der Rechtsprechung ist vorliegend eine Abstellung auf die innere Willensrichtung des Opfers vorzugswürdig.

**Anmerkung:** Ein Schwerpunkt liegt in der Abgrenzung zwischen äußerem Erscheinungsbild und innerer Willensrichtung des am Gewahrsamswechsel beteiligten Opfers. Wird – wie hier – mit der Prüfung des § 249 StGB begonnen, so bedarf ein etwaiges tatbestandsausschließendes Einverständnis im Rahmen der Wegnahme näherer Erörterung. Prüft man hingegen zunächst §§ 253, 255 StGB, so stellt sich die Frage nach dem Erfordernis einer Vermögensverfügung des Opfers. Siehe zur Vertiefung Bode, Die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung in der Fallbearbeitung, JA 2017, 110ff.

#### dd) Zwischenergebnis

Eine Wegnahme des Bargeldes des T durch A ist zu bejahen.

#### c) Qualifiziertes Nötigungsmittel

Ferner müsste ein qualifiziertes Nötigungsmittel von A

eingesetzt worden sein, d.h. entweder Gewalt gegen eine andere Person oder aber eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Indem A dem T den Kugelschreiber in den Nacken drückte und ihm mit dem „Abdrücken“ drohte, ließ er diesen glauben, es handle sich um eine echte, schussbereite Waffe in seiner Hand, die er im Fall einer Weigerung des T auch einzusetzen gedenke. Er stellte T dadurch eine gegenwärtige Gefahr für dessen Leib und Leben in Aussicht. Dass diese Gefahr objektiv nicht realisierbar war, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Eine Drohung des A liegt folglich vor.

#### **d) Verknüpfung zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme**

A drohte dem T mit der gegenwärtigen Gefahr auch gerade zu dem Zweck, die Wegnahme des Geldes zu ermöglichen, sodass der erforderliche Finalzusammenhang zwischen Nötigungsmittel und der Wegnahme zu bejahen ist.

#### **e) Beisichführen einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs, § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB durch das Beisichführen des Kugelschreibers**

Bei dem Kugelschreiber handelt es sich jedenfalls nicht um eine Waffe im technischen Sinne. Auch eine Einordnung als „gefährliches Werkzeug“ i.S.d. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB ist bei lebensnaher Auslegung – sowohl bei abstrakt-objektiver als auch bei situationsbezogen-objektiver oder konkret-subjektiver Betrachtung – wohl fernliegend, sodass die Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB nicht erfüllt ist.

#### **f) Beisichführen eines sonstigen Mittels i.S.d. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB**

In Betracht kommt jedoch der Tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB. Zwar war der Kugelschreiber, den A für seine Drohung verwendete, bei objektiver Betrachtung nicht dazu geeignet, die Drohung zu realisieren. Allerdings gelang es dem A, den T hierüber zu täuschen, sodass dieser von einer echten Gefahr für sein Leben ausging. Insoweit ist fraglich, ob dieses Täuschungsmoment bereits derart überwiegt, dass von einer Verwirklichung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB ausgegangen werden kann.

Nach der Rechtsprechung des BGH fallen grundsätzlich auch objektiv ungefährliche Gegenstände, insbesondere sog. „Scheinwaffen“, unter den Begriff des Mittels zur Verhinderung von Widerstand. Eine Ausnahme wird jedoch durch die Rechtsprechung für solche Gegenstände

angenommen, deren fehlende Eignung zur Realisierung der Gefahr geradezu offensichtlich erkennbar ist, z.B. für eine grellbunte Wasserpistole oder einen Labellostift.

Fraglich ist jedoch, ob diese Grundsätze auch im vorliegenden Fall zur Anwendung kommen. Zwar ist ein Kugelschreiber für jedermann erkennbar ungeeignet, um als Schusswaffe den Tod eines anderen Menschen herbeizuführen, wie hier konkludent angedroht. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass ein solcher Kugelschreiber zumindest zur Herbeiführung von Körperverletzungen bei entsprechender Verwendung geeignet ist und wohl im Verhältnis zu einem Labellostift aufgrund seiner Beschaffenheit eine höhere Gefährlichkeit aufweist. Dies unberücksichtigt zu lassen, erscheint zwar einerseits nicht sachgerecht, andererseits erscheint es ebenfalls widersprüchlich, bei der Bestimmung des Begriffs am Maßstab der Eignung zur Realisierung einer – hier konkret angedrohten – Gefahr von dieser angedrohten Gefahr abzuweichen und stattdessen generell auf irgendeine realisierbare Gefahr abzustellen. Dies kann kaum der Wille des Gesetzgebers sein, da es zu einer Ausuferung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB führte.

Ferner erscheint eine Eingrenzung des Tatbestands für den vorliegenden Fall auch mit Blick auf den erhöhten Strafraum des § 250 Abs. 1 StGB sinnvoll. Es wäre schwer vertretbar, den Täter, der sich eines erkennbar ungeeigneten Mittels bedient, deutlich härter zu bestrafen, als denjenigen, der zwar ohne Verwendung eines Mittels zur Verhinderung von Widerstand handelt, dafür aber mit einer ernsthaften – und gleichsam ernsthaft realisierbaren – Gefahr drohte. Die Täuschung über die fehlende Eignung vermag daran nichts zu ändern, da sie die Nötigung und den Nötigungserfolg überhaupt erst ermöglichte, aber nicht das begangene Unrecht verstärkte. Im Ergebnis ist das Vorliegen eines Mittels zur Verhinderung von Widerstand daher abzulehnen.

#### **g) Beisichführen einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs, § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB, durch das Einstecken des Messers**

Allerdings könnte A den Qualifikationstatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB verwirklicht haben, indem er das Messer während der Flucht in seine Jackentasche steckte. Fraglich ist jedoch, ob diese Qualifikation des Raubes überhaupt verwirklicht werden konnte, nachdem die Wegnahme und die Nötigungshandlung bereits erfolgt waren. Hier hatte A bereits durch bzw. nach Verlassen des Taxis

Gewahrsam begründet und die Nötigungshandlung gegenüber T vorgenommen, sodass die relevanten Tathandlungen i.R.d. § 249 Abs. 1 StGB bereits vollendet waren. Ob und inwieweit nach Vollendung der Wegnahme noch Qualifikationen des Raubes verwirklicht werden können, wird unterschiedlich beurteilt.

#### aa) Keine Qualifikation nach Vollendung

Teile der Literatur sehen eine Ausweitung der Qualifikationsstrafbarkeit über die Vollendung hinaus kritisch und verneinen eine Raubqualifikation, wenn die Wegnahme bereits vollendet wurde. Nach dieser Auffassung käme eine Strafbarkeit des A aus § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB bzgl. des Messers nicht mehr in Betracht.

#### bb) Qualifikation auch nach Vollendung bis zur Beendigung

Der BGH geht hingegen in seiner Rechtsprechung von der Möglichkeit aus, auch nach Vollendung der Wegnahme noch Qualifikationen zu verwirklichen, wenn die Zueignungsabsicht des Täters fortgesetzt bestehe (sog. Beendigungsrechtsprechung). Andernfalls wäre eine Strafbarkeit aus Qualifikationen ebenfalls ausgeschlossen.

Hier nimmt A das Messer an sich, während er sich auf der Flucht vor T befindet und sich seine Absicht, das Bargeld der eigenen Vermögenssphäre durch wirtschaftlichen sinnvollen Umgang zuzuführen, noch nicht verwirklicht hat, sondern fortbesteht. Dieser Zustand hält zumindest solange an, wie der A sich einer Verfolgung durch T versieht und sich seiner Beute nicht sicher ist. Folglich besteht nach dieser Ansicht die Zueignungsabsicht fort und eine Strafbarkeit aus § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB ist möglich.

#### cc) Stellungnahme

Zunächst lassen sich gewichtige Argumente gegen die Rechtsprechung anführen. So steht einer Ausweitung der Qualifikationstatbestände insbesondere der Gedanke der Rechtssicherheit, vgl. Art. 103 Abs. 2 GG, entgegen. Ferner erschiene bei einer Ausweitung der Qualifikationstatbestände auf den Zeitraum nach Vollendung der Wegnahme der eigene Tatbestand des räuberischen Diebstahls in § 252 StGB hinfällig.

Jedoch verfängt gerade der letzte Einwand im konkreten Fall nicht, da hier die Nötigungshandlung bereits vor Vollendung der Wegnahme erfolgte und damit der räuberische Diebstahl bereits nicht einschlägig wäre. Das Argument kann folglich nur in den Fällen überzeugen, in denen das

vermeintliche Qualifikationsmerkmal bei der Nötigungshandlung und nach Vollendung der Wegnahme zum Einsatz kommt. Dann stellt sich diese Frage jedoch insofern nicht, als dass die Qualifikationen des Raubes ebenso auf den räuberischen Diebstahl anzuwenden sind. Schließlich lässt sich eine Ausweitung der Qualifikationen nach Vollendung zumindest im Interesse eines effektiven Opferschutzes unter kriminalpolitischen Erwägungen befürworten.

**Anmerkung:** Zu problematisieren war an dieser Stelle der Zeitpunkt der Verwirklichung des Qualifikationsmerkmals. Seine zunächst entwickelte Beendigungsrechtsprechung hat der BGH später insofern eingeschränkt, als er eine nach Vollendung der Wegnahme fortbestehende Zueignungsabsicht bzw. Beutesicherungsabsicht für erforderlich hält, siehe hierzu BGHSt 53, 243; BGH NJW 2010, 1385. Kritisch zur Beendigungsrechtsprechung insgesamt *Habetha*, Subjektive Beschränkung „nachträglicher“ Raubqualifikationen, NJW 2010, 3133ff.

#### dd) Zwischenergebnis

Daher ist eine Strafbarkeit des A aus § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB bzgl. des Messers zumindest nicht ausgeschlossen. Fraglich ist jedoch, ob das Messer auch eine Waffe oder ein Werkzeug i.S.d. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB darstellt. Geht man nicht bereits davon aus, dass ein Messer mit einer Klingenslänge von 18 cm jedenfalls den strafrechtlichen Waffenbegriff erfüllt, so müsste es sich um ein gefährliches Werkzeug handeln.

Nach welchen Kriterien die Gefährlichkeit zu bestimmen ist, ist umstritten (siehe insoweit bereits unter I. 1. e.). Unter Zugrundelegung einer abstrakt-objektiven Betrachtung wird das Messer mit einer 18 cm langen Klinge ohne Weiteres als objektiv gefährlich einzustufen sein. Zu keinem anderen Ergebnis kommt die situationsbezogen-objektive Sichtweise, da das Messer keine ungefährliche Alltagsfunktion trotz der objektiven Gefährlichkeit besitzt, sondern im Zweifel zur Beutesicherung eingesetzt werden kann, um T abzuwehren. Da A dies auch subjektiv plant, muss die Gefährlichkeit erst recht auch nach der konkret-subjektiven Sicht bejaht werden. Nach allen Ansichten ist die Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB durch das Messer erfüllt.

**2. Subjektiver Tatbestand****a) Vorsatz**

A hatte Kenntnis von der Fremdheit des Bargelds und es kam ihm auch gerade auf die Drohung mit der Gefahr zur Ermöglichung des Gewahrsamsbruchs an. Ferner nahm er den Einsatz des Messers bei der Flucht – und damit das Beisichführen – billigend in Kauf und handelte folglich mit Vorsatz hinsichtlich Grundtatbestand und Qualifikation.

**b) Absicht rechtswidriger Zueignung**

Ferner nahm A die dauerhafte Enteignung des T jedenfalls billigend in Kauf (Enteignungsvorsatz) und zielte gerade darauf ab, das Bargeld bzw. den darin verkörperten Sachwert der eigenen Vermögenssphäre zumindest vorübergehend einzuverleiben (Aneignungsabsicht). Er besaß mit- hin Zueignungsabsicht.

Die erstrebte Zueignung war ferner mangels fälligen und einredefreien Anspruchs des A auch objektiv rechtswidrig, wovon A wiederum Kenntnis hatte.

**c) Zwischenergebnis**

Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

**II. Rechtswidrigkeit**

Die Tat geschah auch rechtswidrig.

**III. Schuld**

A handelte überdies schuldhaft.

**IV. Ergebnis**

A hat sich wegen schweren Raubes gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit des A wegen räuberischer Erpressung, §§ 253, 255 StGB, durch das Herausverlangen des Geldes**

Eine Strafbarkeit des A wegen räuberischer Erpressung gemäß §§ 253, 255 StGB aufgrund derselben Handlungen scheidet nach dem hier vertretenen Verständnis der Exklusivität von Raub und räuberischer Erpressung (siehe hierzu unter A. I. 1. b. cc.) bereits tatbestandlich aus.

**ANMERKUNGEN**

Bemängelt wurde, dass der Obersatz bei der Prüfung des Raubes einen Teil der Prüfung vorwegnehme. Ansonsten erfolgte die Diskussion jedoch sehr ausführlich. Auch die Scheinwaffenproblematik sowie der Verwirklichungszeitpunkt für die Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) werden erkannt und problematisiert. §§ 252, 22, 23 I hätte noch geprüft werden können.

Insgesamt wurde die Klausur mit 16 Punkten bewertet.

## Der Ablauf der schriftlichen Prüfungen in der Ersten juristischen Prüfung

stud. iur. Eric Scheu

Über mehrere Jahre hinweg werden Studierende auf ihre Erste juristische Prüfung vorbereitet. Sei es durch Vorlesungen, Seminare, Lehrbücher, RepetitorInnen<sup>1</sup> oder Artikel in Fachzeitschriften – das inhaltliche Wissen wird Studierenden auf vielen Wegen vermittelt. Aber wie läuft die Prüfung selbst denn eigentlich ab? Was hat ein Prüfling zu erwarten, wenn er zu seiner ersten Prüfung antritt? Der folgende Beitrag möchte dieses „Geheimnis“ lüften und ExamenskandidatInnen ein wenig die Angst nehmen.<sup>2</sup>

06.30 Uhr. Der Wecker klingelt. Nicht, dass es dessen bedurft hätte. Nein, aus Angst davor, zu verschlafen, bin ich ohnehin durchschnittlich jede Stunde aufgewacht und habe panisch auf die Uhr geschaut. Vor ca. 1,5 Monaten habe ich den Brief erhalten, der mir bis zum heutigen Tage einige schlaflose Nächte bereitet hat. Der Erhalt des Briefes hatte etwas „Magisches“ – leider war es aber nicht die erhoffte Aufnahme in Hogwarts. Dafür wäre es wohl leider ohnehin schon ein bisschen spät gewesen. Nein, es war die Ladung samt Hinweisen über die zugelassenen Hilfsmittel. In aller Ausführlichkeit wurde dargelegt, wann und vor allem mit welchen Materialien man wo zu sein hatte.

Nun war es also soweit: 18 Monate Examensvorbereitung. Keine Partys, sechs/sieben-Tage-Wochen und Dauerstress. Selbst am Samstag wurde auf das obligatorische Bundesligaspieltagsbier verzichtet, damit man im Anschluss noch lernen konnte. Endlich war ein Ende in Sicht. Time to shine!

Ca. 07:15 Uhr. Ich verlasse das Haus und mache mich auf den Weg. Selten habe ich so oft geprüft, ob ich wirklich alle Sachen in meinem Rucksack dabei habe: Schönfelder, Arbeitsgerichtsgesetzbuch, zwei Kugelschreiber, Personalausweis und eine Flasche Wasser. Das müsste es gewesen sein. Oder? Die Bahnfahrt dauert irgendwie länger als sonst. Ich sage mir: „Komm, nicht nervös werden Jung, du hast alles gelernt und kannst alles!“ Mein darauffolgender Gedanke ist: „Aber wie war das mit dem Wettlauf

der Sicherungsgeber? Was waren die Ansichten beim Scheingeheißerwerb? Fehlerhafte Gesellschaft, wie löste man das gleich nochmal? Ach, wird schon alles nicht dran kommen. Und wenn doch?“ Puh.

Ich muss auf dem Weg zu den Prüfungen einmal umsteigen. So stehe ich da und warte auf die Anschlussbahn. Neben mir stehen jede Menge Leute, die meisten in meinem Alter, mit Reisekoffern. „Ungewöhnlich“, denke ich mir. In Zeiten von Corona verreisen? Und die Bahn fährt doch gar nicht Richtung Flughafen? Aber muss ja jeder für sich selbst wissen.

Umso erstaunter bin ich, als genau diese Leute dann um kurz vor 08:00 Uhr auch vor dem Eingang des HCCs<sup>3</sup>, meinem Schreibort, stehen. Hatte ich was verpasst? Gab es für alle Prüflinge als Belohnung eine Reise? Gerechtfertigt wäre es zumindest. Nun denn.

Es ist ziemlich genau 08:00 Uhr. Einlass. Jede/r muss seinen Namen sagen und wird dann von den freundlichen und entspannt wirkenden JustizvollzugsbeamtenInnen in die Richtung des Raumes geschickt, in dem man zu schreiben hat. In meinem Raum sind ca. 20 weitere Personen. Es gibt vor dem Raum einen Plan, der den jeweiligen Sitzplatz ausweist. Diese Sitzplatzaufteilung sollte sich jeden Tag ändern. Auf jedem Platz liegt bereits ein liniertes Block mit 50 Seiten – natürlich ohne Rand, fantastisch! Zudem liegt ein weißes Blankopapier für etwaige Skizzen bereit. Am Rand des Raumes steht ein Tisch mit weiteren Blöcken und Skizzenpapier, an dem man sich nach Belieben bedienen kann.

Ich setze mich um ca. 08:05 Uhr an den mir zugewiesenen Platz und lege meine beiden Gesetze sowie die Flasche Wasser, meinen Personalausweis und die beiden Kugelschreiber auf den Tisch. Alle Taschen (und Koffer) müssen vor der Klausur dann vorne abgelegt werden.

Ich versuche, mich ein wenig zu entspannen.

<sup>1</sup> Mit sämtlichen Personenbezeichnungen sind Angehörige aller Geschlechter gemeint.

<sup>2</sup> Der Autor stellt den ersten Tag seiner schriftlichen Prüfungen dar. Er hat diese im Juli 2020 in Niedersachsen geschrieben. Der Ablauf kann in anderen Bundesländern leicht variieren.

<sup>3</sup> Hannover Congress Centrum.

Nach kurzer Zeit schaue ich mich im Raum um. Die Person links von mir hat eine Thermoskanne, Textmarker in so vielen Ausführungen, dass ich die Hälfte der Farben nicht einmal kenne, drei oder vier Tupperdosen, einen Schönfelder samt Ergänzungsband sowie Sartorius und Arbeitsgesetzbuch dabei. Zudem liegt auf ihrem Tisch Schokolade in so vielen Formen bereit, dass gängige Supermarktketten neidisch auf das Sortiment wären. Die Person rechts von mir ist ähnlich gut ausgerüstet.

Hm. Ach. Dafür waren die Koffer also gedacht. Schade, die Idee mit der Reise als Belohnung fürs Examen gefiel mir besser.

Ich fühle mich trotzdem bereit und gut vorbereitet. Schließlich hatte ich alle Probeklausuren auch ohne diese „Ausrüstung“ geschrieben.

08:10 Uhr. Ich fange an das Schreibpapier zu präparieren. Ich nehme ca. 35 Blatt – sicher ist sicher – und falte diese so, dass links ein ca. 7 cm breiter Rand gegeben ist. Viele Personen im Raum nutzen dafür ein Geodreieck – keine schlechte Idee, muss ich wohl anerkennen. Damit kann ich natürlich nicht dienen, sodass das gute alte Augenmaß Abhilfe leisten muss. Jede Seite hat mit einer fortlaufenden Nummerierung beschriftet zu sein. Diese Nummerierung nehme ich dann auch noch vor.

08:15 Uhr. Es gibt die Belehrung über Täuschungsversuche und Abgabezeiten. Diese unterscheidet sich im Grunde nicht von den Belehrungen, die man auch aus Klausuren des Grundstudiums kennt. Nichtsdestotrotz ist die Stimmung nach Ende der Belehrung eine andere als sonst – sie ist ziemlich angespannt. Nach Ende der Belehrung, also um ca. 08:20 Uhr, wird nunmehr jede Person einzeln aufgerufen, um sich ihren Klausurbogen, mehrere aneinandergeheftete Seiten mit einem blauen Mantelbogen, abzuholen. Dafür muss der Personalausweis vorgezeigt und sodann der Erhalt des Bogens schriftlich bestätigt werden.

Hier liegt es nun. Ein Bündel von Blättern, welches, salopp gesagt, zwischen dem Dasein eines Taxifahrers (der Job in allen Ehren) und eines Harvey Specters zu entscheiden vermag.

Auf dem Mantelbogen ist nun noch vorne auszufüllen, welche Hilfsmittel, also welche Gesetzessammlungen, benutzt werden. Um Zeit zu sparen würde ich, im Nachhinein betrachtet, empfehlen, schon vorab die Auflage der Sammlungen ausfindig zu machen. Diese muss ebenfalls eingetragen werden. Je nach Rechtsgebiet würde ich als erstes, also noch vor Lesen des Sachverhalts, zumindest den Sartorius oder den Schönfelder als Hilfsmittel eintragen – dies vermeidet am Ende unnötig Stress.

Um 08:30 Uhr beginnt also pünktlich die Bearbeitungszeit.

Die Klausur selbst war dann nicht anders als die, die man aus den Probeklausuren des Repetitoriums kennt. Am Ende musste man lediglich statt der eigenen Unterschrift mit der zugeordneten, auf dem Mantelbogen abgedruckten Prüfungskennziffer unterschreiben.

Erwähnenswert ist noch, dass nur ein Toilettengang gleichzeitig erfolgen durfte. Dafür musste der Personalausweis abgegeben werden. Beim Gebrauchmachen dieser Möglichkeit galt es natürlich, möglichst wenig Zeit zu „verbrauchen“. Herr Bolt dürfte an diesem Tag um seine Rekorde gebangt haben.

Punkt 13:30 Uhr. Klausurende. Die Klausur wird eingesammelt. Dabei wird sichergestellt, dass jede wie vorgeschrieben „unterschrieben“ ist. Ich darf aufstehen, nach vorne gehen und meine Sachen nehmen. Leicht vernebelt und etwas ausgelaugt verlasse ich das Gebäude. Freiheit! Also fast...

Am nächsten Tag stand ja bereits der nächste Spaß an...

## Interview: Professor Dr. Sascha Ziemann

*Professorinnen und Professoren an unserer Fakultät sind keine unnahbaren, unpersönlichen Rechtslehrer. Jede und jeder hat einen Werdegang, Vorlieben und Erlebnisse, die vielleicht ihren Vorlesungsstil beeinflussen, ihr Lieblingsseminar begründen oder Ausdruck in den letzten Veröffentlichungen finden. Die Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover ist keine farblose, uniforme Juristenschule, sondern Teil einer weltoffenen Universität mit verschiedensten Personen und Persönlichkeiten. In unseren Interviews wollen wir diese Persönlichkeiten erlebbarer machen.*

*Professor Dr. Ziemann ist seit August 2019 Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht mit interdisziplinären Bezügen an der Juristischen Fakultät.*

*Das Gespräch fand an einem sonnigen Nachmittag im April 2021 mit gebührendem Abstand vor einem Marktstand auf dem Klagesmarkt in der Nähe des Conti-Campus statt. Wir danken Herrn Prof. Ziemann herzlich für die Bereitschaft, unsere Interviewserie fortzusetzen. Das Interview führte stud. iur. Moritz Stamme.*

**Herr Ziemann, Sie haben als Treffpunkt einen ungewöhnlichen Ort gewählt: einen Stand mit Fischbrötchen hier am Klagesmarkt. Weshalb?**

Ja, ich hatte noch kein Mittagessen (lacht) und frische Fischbrötchen sind einer der Vorteile, die man in einer Stadt hat, die – jedenfalls aus Sicht eines Hessen – so nah am Meer liegt.

**Sie kommen also nicht ursprünglich aus dem Norden.**

Genau, ich komme aus Hessen, aus der Nähe von Frankfurt am Main. Also weit und breit kein Meer, auch wenn die Region in kulinarischer Hinsicht ebenfalls einiges zu bieten hat. Die Frankfurter Grüne Soße zum Beispiel oder auch den Ebbelwei (Anm.: hessisch für Apfelwein).

**Wo und wann haben Sie studiert?**

Ich habe an der Goethe-Universität in Frankfurt am Main von 1997 bis 2003 studiert. Meine Familie wohnte südlich von Frankfurt und so war Frankfurt die erste Wahl.

**Was hat Sie dazu bewogen, mit dem Jurastudium zu beginnen?**

Eigentlich ein Zufall. Da ich mich für das Arbeiten mit Texten interessierte, wollte ich eigentlich Germanistik studieren, ohne einen konkreten Berufswunsch damit zu verbinden. Dann aber hat ein Mitschüler mit ähnlichen Interessen von Jura erzählt und davon, was man alles damit machen könne. Das hat mich überzeugt und so habe ich mich in Jura eingeschrieben. Ein echtes Interesse für Rechtswissenschaft ist dann erst später entstanden, im vierten Semester, als ich zusammen mit Kommilitonen das Angebot bekam, eine vorlesungsbegleitende Arbeitsgemeinschaft für Erstsemester zu leiten. Das ist in Frankfurt auch schon vor dem Examen möglich. Das war eine tolle Erfahrung und hat mir auch inhaltlich viel gebracht. Denn es ist ja so: Wenn man etwas anderen erklären möchte, muss man es selbst vorher verstanden haben. Kurze Zeit darauf habe ich dann eine Stelle als studentische Hilfskraft an einem strafrechtlichen Lehrstuhl am Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie angetreten. Seitdem hat mich der Wissenschaftsbetrieb nicht mehr losgelassen.

**Welchen Schwerpunkt haben Sie gemacht?**

Die Fächer, die mich am meisten interessiert haben, waren das Strafrecht und die Rechtsphilosophie. Beides hat in Frankfurt eine große Tradition, auch und gerade in dieser Kombination. Insbesondere die Seminarveranstaltungen haben mir sehr zugesagt. Anders als heute in Hannover gab es zusätzlich zu dem einen Seminar, das man nach der Prüfungsordnung besuchen musste, in jedem Semester ein breites Angebot von Seminaren zu verschiedensten Themen. Ich habe aus Interesse bestimmt an zehn Seminaren teilgenommen und auf diese Weise regelmäßig zwei Seminararbeiten in der vorlesungsfreien Zeit geschrieben. Das wissenschaftliche Arbeiten hat mich sehr angesprochen. Aus einer dieser Seminararbeiten ist dann auch meine erste wissenschaftliche Veröffentlichung hervorgegangen: ein biografischer Artikel über einen Frankfurter Professor aus der Weimarer Zeit, auf dessen Nachlass ich durch Zufall bei Recherchen in der Bibliothek gestoßen war.

**Worüber haben Sie promoviert?**

Meine Promotion befasste sich mit einem Thema aus dem

Bereich der Rechtsphilosophie. Es ging um den sog. Neukantianismus, eine philosophische Reformbewegung, die gegen Ende des 19. Jahrhunderts unter Rückbesinnung auf Kant die Bedingungen von Erkenntnis in den Geistes- bzw. Kulturwissenschaften untersuchte und in der Folge auch in der Rechtswissenschaft Anhängerinnen und Anhänger fand - Gustav Radbruch und Hans Kelsen beispielsweise.

**Worüber haben Sie habilitiert?**

Ein wirtschaftsstrafrechtliches Thema. Im Mittelpunkt stand der Untreuetatbestand nach § 266 StGB, der die Inhaberin oder den Inhaber eines Vermögens vor schädigenden Maßnahmen von Personen schützt, die mit der treuhänderischen Verwaltung dieses Vermögens betraut sind. In unserer arbeitsteiligen Wirtschaftswelt kommt dem Untreuetatbestand eine große Bedeutung zu. Eine Besonderheit ist sein akzessorischer Charakter, der sich darin zeigt, dass sich Umfang und Grenzen der fremdnützigen Vermögensverwaltung in enger Abstimmung mit den Regeln des zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Vermögensrechts ergeben. Mit den daraus entstehenden Konflikten beschäftigt sich unter anderem die Arbeit.

**Sind Sie in Ihrem Studium selbst mal durch eine Übung/Klausur gefallen?**

Ja (lacht), in Rechtstheorie. Kein Ruhmesblatt; das war zu Beginn des Studiums, als ich noch kein echtes Interesse hatte und deshalb die Sache ein wenig unterschätzt habe. Mein Beispiel zeigt aber, dass man gerade aus Rückschlägen zu Beginn lernen und auch erfolgreich das Jura-Studium absolvieren kann.

**Sind Sie zu Studienzwecken ins Ausland gegangen und würden Sie dies den Studierenden empfehlen?**

Nein, ich war nicht im Ausland. Was die Empfehlung betrifft: Auslandsaufenthalte sind natürlich immer eine bereichernde Erfahrung. Wer jedoch auch fachlich etwas mitnehmen möchte, dem empfehle ich, den Gang ins Ausland nach der ersten Staatsprüfung mit einem LL.M.-Studium zu verknüpfen, das mittlerweile auch mit einer Spezialisierung auf das Strafrecht angeboten wird.

**Wie haben Sie sich auf das Examen vorbereitet?**

Ich hatte eine Lerngruppe und habe zusätzlich ein kommerzielles Repetitorium besucht. Das war mein persönlicher Weg - ich hatte den Eindruck, dass das Repetitorium mich mit einer gewissen Struktur beim Lernen versorgen kann, die ich ansonsten mühsam selbst hätte erarbeiten

müssen. Das Angebot der Universitäten für die Examensvorbereitung war im Übrigen damals auch noch nicht so professionell wie heute aufgestellt. Und was auch wichtig ist: Die Professorinnen und Professoren sehen es mehr und mehr selbstverständlich als ihre Kernaufgabe an, die Studierenden bei der Examensvorbereitung zu unterstützen. Ich selbst beteilige mich mit großer Freude am hiesigen Programm des *HannES* (Anm.: Hannoversches Examens-Studium), das ein umfangreiches Angebot bereithält.

**Welchen Ratschlag haben Sie für die Examenskandidatinnen und Examenskandidaten?**

Wichtig ist, denke ich, dass jede Examenskandidatin und jeder Examenskandidat einen Weg beschreitet, der dem eigenen Charakter und Lerntyp entspricht. So gibt es beispielsweise Menschen, die Dinge nur im Austausch mit anderen lernen, während andere dies im Grunde mit sich alleine ausmachen. Ansonsten empfehle ich auch aus eigener Erfahrung heraus, auch in der Zeit der Examensvorbereitung die eigenen Bedürfnisse, etwa die Familie und sozialen Kontakte, nicht zu vergessen und beispielsweise beim Lernen regelmäßig auch Ruhephasen vorzusehen.

**Hätten Sie Ihren juristischen Werdegang aus heutiger Sicht anders gestaltet und wenn ja, warum?**

Rückblickend würde ich nicht so viel anders machen, da sich vieles letzten Endes gut gefügt hat.

**Wenn Sie nicht Jura studiert hätten und heute kein Professor wären, was wären Sie dann?**

Vielleicht wäre ich Lehrer für Deutsch und Philosophie/Ethik geworden.

**Welche Rolle spielen Engagement und andere Hobbys Ihrer Ansicht nach während des Studiums?**

Auch wenn das Jurastudium dazu tendiert, sehr besitzergreifend zu sein (bis hin dazu, dass man nur noch „Jurafreundschaften“ hat), ist das aber kein Naturgesetz (auch bezogen auf den Freundeskreis). Es gibt viele Möglichkeiten, sich abseits des Studienplans für Sachen zu interessieren und zu engagieren. Ich nenne nur die Mitarbeit bei den verschiedenen *Law Clinics* (Anm: studentische Rechtsberatungsstellen) oder bei der *Hanover Law Review*. Ich selbst habe mich vor allem im Bereich der wissenschaftlichen Nachwuchsarbeit engagiert. So war ich lange Zeit Sprecher des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR), der Vereinigung junger deutschsprachiger Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus den Bereichen

Rechts- und Sozialphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie. Der Austausch mit Gleichgesinnten auf den jährlichen Tagungen quer durch die Republik hat meinen Horizont sehr erweitert und den fruchtbaren Boden für viele Freundschaften bereitet.

**Was würden Sie gerne den Anfangssemestern in Hannover mit auf den Weg geben?**

Das ist eine gute Frage, da ich die Erstsemester ja im kommenden Wintersemester 2021/22 übernehmen werde und mir schon jetzt erste Gedanken mache, wie ich sie – wahrscheinlich leider nur virtuell – an der Universität in Empfang nehmen kann. Worauf sollte man am Anfang achten? Ich würde allen empfehlen, darauf zu achten, das Studium aktiv zu gestalten und sich so wenig wie möglich fremd bestimmen zu lassen.

**Zum Schluss noch etwas zum Leben in Hannover: Was sollte man unbedingt in Hannover gesehen/erlebt haben?**

In der Corona-Zeit habe ich vor allem die Eilenriede schätzen gelernt, die ein guter Ort ist für ein erholsames „Waldbaden“, wie man das neuerdings in Anlehnung an eine Naturtherapie aus Japan nennt.

**Welches Restaurant besuchen Sie gerne in Hannover?**

Eine konkrete Lokalität möchte ich nicht nennen, zumal derzeit alle Läden unsere Hilfe brauchen. Also: Unterstützen Sie Ihr Stammlokal oder probieren Sie etwas Neues aus und bestellen Sie Speisen zur Abholung.

**Wenn Sie statt einer 90-minütigen Vorlesung einen Film zeigen müssten – welcher wäre das und warum?**

Das erinnert mich ein wenig an die Schulzeit. Mal überlegen. Ich bin durchaus aufgeschlossen gegenüber der Idee, die Vorlesung anschaulich zu gestalten und zu diesem Zweck beispielsweise (audio-)visuelle Medien (Bilder, Videos) einzusetzen. Tatsächlich hatte ich in meiner akademischen Antrittsvorlesung in Frankfurt mal Ausschnitte aus dem Film noir-Klassiker „Notorious“ von Alfred Hitchcock gezeigt. Sie befasste sich mit der Vergangenheitsbewältigung im Zusammenhang mit den Verbrechen des deutschen Chemiekonzerns I.G. Farben, dessen ehemaliges Verwaltungsgebäude heute das Hauptgebäude der Goethe-Universität in Frankfurt am Main ist. Hitchcock hatte in der amerikanischen Originalversion die Umtriebe einer Bande von deutschen Nazis in Brasilien beschrieben und als Strippenzieherin tatsächlich die I.G. Farben genannt, die aufgrund ihrer Verstrickungen in

Menschenrechtsverbrechen des Nationalsozialismus dem damaligen amerikanischen Kinopublikum durchaus ein Begriff war. Einige der I.G. Farben-Manager waren auch in Nürnberg als Kriegsverbrecher verurteilt worden. Um das deutsche Publikum nicht zu verschrecken, wurden dann allerdings in der deutschen Synchronfassung aus den deutschen Nazis südamerikanische Drogenschmuggler. Die Verfälschung fiel niemandem auf; erst 20 Jahre später wurde diese „Entnazifizierung“ zurückgenommen. Solche Vorgänge interessieren mich sehr, da sie uns etwas sagen über das Denken vergangener Zeiten, das ja zugleich die Vergangenheit unserer Gegenwart darstellt.

**Zuletzt etwas Spontanes: Wenn Sie mich auf die Palme bringen wollen, dann wenden Sie sich an mich und sagen:**

„...“

Um es in der Sprache des Comics zu sagen: 🖐️👉👎👊!!





# HANOVER LAW REVIEW