



HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Doblerstrasse 15
D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)
Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.Mel. (Stellv. Vorsitzender)
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann
StA Dr. Ralf Dietrich
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
RD Jochen Heinz
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M. (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirhdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
Prof. Dr. Jan Schürnbrand
Prof. Dr. Dominik Skauradzun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
Prof. Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

ISSN 2195-044X
www.zeitschrift-jse.de
redaktion@zeitschrift-jse.de

AUS DEM INHALT

BEITRÄGE

Arne Pautsch
Die Wahlpflicht

Momme Buchholz/Helge Hölken/Elisa Kuhne
Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

KLAUSUREN

Michael Hippeli
Strafrecht: „Katalanische Verhältnisse“

Alexander Brade/Michael Spaeth
Öffentliches Recht: „Die Straußenwirtschaft im Außenbereich?“

RECHTSPRECHUNG

OLG Hamm
Haftung eines Landwirts für selbst hergestelltes
Pferdefutter (Silage)

BGH
Mitwirkung einer Richterin im gesetzlichen Mutterschutz

EGMR
Abfrage, Speicherung und Untersuchung von Kontobewegungen
auf dem Geschäftskonto eines Strafverteidigers

VG Hamburg/OVG Hamburg
Protestcamp gegen G-20-Gipfel

INHALTSVERZEICHNIS

Beiträge

Arne Pautsch

Die Wahlpflicht

Seite ▶ 217

Momme Buchholz/Helge Hölken/Elisa Kuhne

Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

Seite ▶ 222

Klausuren

Michael Hippeli

Schwerpunktbereichsklausur Strafrecht:

„Katalanische Verhältnisse“

Seite ▶ 230

Alexander Brade/Michael Spaeth

Fortgeschrittenenklausur Öffentliches Recht:

„Die Straußenwirtschaft im Außenbereich?“

Seite ▶ 239

Rechtsprechung Zivilrecht

OLG Hamm

Den Schlusserben beeinträchtigende Schenkungen

Urteil vom 12.09.2017 (*Julius Forscher*)

Seite ▶ 247

OLG Hamm

Haftung eines Landwirts für selbst hergestelltes

Pferdefutter (Silage)

Beschluss vom 02.11.2016 (*Antje Schulz*)

Seite ▶ 251

LG Frankfurt a.M.

Keine Diskriminierung bei verweigerter Beförderung
eines israelischen Staatsbürgers

Urteil vom 17.11.2017 (*Alina Gorstein*)

Seite ▶ 254

Rechtsprechung Strafrecht

BGH

Mitwirkung einer Richterin im gesetzlichen Mutterschutz

Urteil vom 07.11.2016 (*Paolo Beeren*)

Seite ▶ 260

BGH

Abweichungen vom vorgestellten Kausalverlauf:

Verfrühter Erfolgseintritt und dolus subsequens

Beschluss vom 07.09.2017 (*Alexander Bechtel*)

Seite ▶ 263

Rechtsprechung

Öffentliches Recht

BGH

Eingehungsbetrug bei Überlassung eines Hotelzimmers/
Fälschung beweisrelevanter Daten durch Versenden einer
gefälschten E-Mail

Beschluss vom 23.05.2017 (*Caprice Nina Doerbeck*)

Seite ▶ 265

EGMR

Abfrage, Speicherung und Untersuchung von Kontobewegungen
auf dem Geschäftskonto eines Strafverteidigers

Urteil vom 27.04.2017 (*Sascha Sebastian*)

Seite ▶ 269

BSG

§ 86 SGG als Besonderheit des
sozialrechtlichen Widerspruchsverfahrens

Urteil vom 05.07.2017 (*Stefan Werner*)

Seite ▶ 277

VG Hamburg/OVG Hamburg

Protestcamp gegen G-20-Gipfel

Beschlüsse vom 07. und 22.06.2017 (*Finn Mengler/Lorenz Bode*)

Seite ▶ 280

EDITORIAL

In Art. 38 des Grundgesetzes heißt es „Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in [...] freier [...] Wahl gewählt“. Diese Möglichkeit, in einem freien offenen Prozess periodisch auf den politischen Willensbildungsprozess einzuwirken und so dem Auseinanderfallen vom Willen der Parlamentsmehrheit und Willen des Volkes entgegenzuwirken, ist unverzichtbare Voraussetzung einer funktionierenden (repräsentativen) Demokratie (vgl. BVerfGE 97, 161 (165 f.)). In Zeiten zunehmender Politikverdrossenheit macht eine steigende Anzahl Bundesbürger von ihrer Freiheit jedoch dergestalt Gebrauch, dass sie sich entschließt, diese nicht auszuüben – die Folge ist eine stetig sinkende Wahlbeteiligung auf Bundes-, Landes- und vor allem kommunaler Ebene. So vertreten bspw. die erst kürzlich gewählten Abgeordneten des 19. Bundestages zwar gemäß ihrem Verfassungsauftrag „das ganze Volk“ (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG), sie wurden aber lediglich von 76,2% der Wahlberechtigten gewählt. In seinem **Beitrag** „Die Wahlpflicht – Verfassungsrechtlich zulässig, rechtspolitisch umstritten“ widmet sich PAUTSCH daher der Frage, ob es möglich (und sinnvoll) ist, dieser gesellschaftlichen Entwicklung durch eine Pflicht zur Stimmabgabe entgegenzuwirken.

Im zweiten **Beitrag** untersuchen BUCHHOLZ, HÖLKEN und KUHNE „Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung“. Neben einer Vorstellung des neuen und umstrittenen Tatbestandes des § 217 StGB, wird – im Hinblick auf die anstehende Entscheidung des BVerfG – insbesondere auch auf die Frage der Verfassungsgemäßheit der Regelung eingegangen.

Die erste **Klausur** in dieser Ausgabe ist an Studierende im Schwerpunktstudium gerichtet. Unter dem Titel „Katalanische Verhältnisse“ bereitet HIPPELI jene strafrechtlichen Fragestellungen auf, die sich in Folge einer (hypothetischen) Sezession des Freistaates Bayern stellen würden – insbesondere die sonst wenig beachteten Hochverrat und Straftaten gegen Verfassungsorgane und der Hochverrat.

Insbesondere für fortgeschrittene Studierende im Hauptstudium dürfte die zweite **Klausur** aus dem Bereich des Öffentlichen Rechts, speziell des Baurechts, von Interesse sein. In ihr stellen BRADE und SPAETH, wie der Titel „Die Straußenwirtschaft im Außenbereich?“ nahelegt, dar, an welchen Normen sich ein Bauvorhaben im Außenbereich messen lassen muss, um genehmigt werden zu können.

Den Anfang bei der **Rechtsprechung** macht auch dieses Mal das **Zivilrecht** mit einer Entscheidung des OLG Hamm, welches über die Frage zu befinden hatte, wann und unter welchen Voraussetzungen der Schlusserbe eine noch zu Lebzeiten des Erblassers gemachte Schenkung an einen Dritten rückgängig machen kann (FORSCHNER). Ebenfalls vom OLG Hamm, allerdings aus dem Bereich des Deliktsrechts, stammt die zweite Entscheidung, in der es um darum ging, ob ein Landwirt auch verschuldensunabhängig für mangelhaftes von ihm selbst hergestelltes Pferdefutter haftet (SCHULZ). Ganz aktuell ist schließlich das Urteil des LG Frankfurt a.M. zur Diskriminierung eines Israelischen Staatsbürgers durch eine kuwaitische Fluggesellschaft (GORSTEIN).

Schwerpunkt dieser Ausgabe bildet das **Strafrecht**. Konkret geht es um die prozessrechtliche Frage der fehlerhaften – weil gegen das MuSchG verstoßenden – Gerichtsbesetzung (BEEREN), die materielle Frage, welche Anforderungen an den Vorsatz im Falle eines unerwarteten Kausalverlaufes zu stellen sind (BECHTEL), Fragen des Eingehungsbetrugs und der Fälschung beweiserheblicher Daten (DOERBECK) und schließlich die Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention an die Abfrage, Speicherung und Untersuchung von Kontobewegungen auf dem Geschäftskonto eines Strafverteidigers (SEBASTIAN).

Aus dem Bereich des **Öffentlichen Rechts** ist zunächst eine Entscheidung aus dem Bereich des Sozialverfahrensrechts interessant. Hier hatte das BSG über die Voraussetzungen des § 86 SGG zu befinden, welcher es ermöglicht, dass auch ein endgültiger Bewilligungsbescheid für Leistungen nach dem SGB II, der einen vorangegangenen vorläufigen Bewilligungsbescheid vollständig ersetzt, Gegenstand des gegen den vorläufigen Bewilligungsbescheid laufenden Widerspruchsverfahrens wird (WERNER). Aus dem weiten Feld des Verfassungsrechts stammen schließlich die Entscheidungen des VG bzw. OVG Hamburg zur Frage des versamlungs(grund-)rechtlichen Schutzes der G20-Protestcamps (MENGLER/BODE)

Prof. Dr. Christian F. Majer
Schriftleiter

Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.mel.
Stellvertretender Schriftleiter

BEITRAG

Prof. Dr. Arne Pautsch*

Die Wahlpflicht

Verfassungsrechtlich zulässig, rechtspolitisch umstritten

Gliederung

Abstract

A) Einleitung

B) Geringe Wahlbeteiligung als Demokratieverlust

I. Mangel an demokratischer Legitimation und Verbreiterung der Legitimationsbasis durch eine Wahlpflicht

II. Mangel an staatsbürgerlicher Egalität

C) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht

I. Die Freiheit der Wahl als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab

II. Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht durch Verfassungsänderung

III. Einfachgesetzliche Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht

1. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG

2. Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung

3. Zwischenergebnis

D) Fazit

Abstract

Trotz des zu beobachtenden Rückgangs der Wahlbeteiligung auf allen politischen Ebenen wird der Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht mit erheblicher Skepsis begegnet. Zum Teil wird sie gar als verfassungsrechtlich unzulässig angesehen. Der überwiegend an den Wahlen zum Deutschen Bundestag und damit am geltenden Bundeswahlrecht orientierte Beitrag versucht herauszuarbeiten, dass die gegenüber der Wahlpflicht geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken nicht tragen. Im Gegenteil könnte die Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht in rechtspolitischer Hinsicht zur Vitalisierung der Demokratie beitragen.

A) Einleitung

In den zurückliegenden Dekaden zeigt sich eine zunehmende Tendenz zur Wahlenthaltung.¹ So lag etwa die Wahlbeteiligung bei der Bundestagswahl 2013 mit 72,4 Prozent nur knapp über

der Tiefmarke aus dem Jahre 2009.² Bei der jüngsten Bundestagswahl 2017 erreichte sie mit 76,2 Prozent nur eine geringfügig höhere Marke.³ Damit verweigert selbst auf Bundesebene nach wie vor rund ein Viertel der Wahlberechtigten den „Gang zur Urne“. Dieses Phänomen scheint bei den Kommunalwahlen in den Ländern und bei den Wahlen zum Europäischen Parlament noch wesentlich ausgeprägter zu sein, wie aktuelle Studien belegen.⁴ *Alexandra Klein* konstatiert in ihrer Dissertation sehr aufschlussreich, dass hinsichtlich der Relevanz der einzelnen Wahlen von der folgenden Abwärtsstufung auszugehen sei, die ihren Ausdruck auch und vor allem in der Höhe der jeweiligen Wahlbeteiligung findet: Bundestagswahl – Landtagswahl – Kommunalwahl – Europawahl – Bürgermeisterwahl.⁵

Aber auch die Landtagswahlen und – wie gezeigt – nicht zuletzt auch die Bundestagswahlen sind von einer gesunkenen Wahlbeteiligung nicht verschont geblieben.⁶ Wahlenthaltung scheint somit eines der Symptome der zu beklagenden „Krise des repräsentativen Systems“⁷ zu sein. Jedenfalls verleiht die Abstinenz bei Wahlen – im Bund und in den Ländern sowie auf kommunaler Ebene – und überdies auch bei direktdemokratischen Abstimmungen wie Volks- und Bürgerentscheiden dem demokratischen Grundkonsens des parlamentarischen Regierungssystems eine bittere Note. Wenn der Souverän nicht mehr von seinem urdemokratischen Wahlrecht Gebrauch macht, verringert dies zugleich die Legitimationsbasis seiner Repräsentanten. Es werden daher – im Interesse einer Erhöhung der Legitimationswirkung – Vorschläge diskutiert, die zu einer Steigerung der Wahlbeteiligung auf allen Ebenen beitragen können.⁸ Hierzu zählt auch und gerade die Einführung einer allgemeinen – sanktionsbewehrten – Wahlpflicht. Vor dem Hintergrund dessen, dass eine solche Wahlpflicht an sich legitimationsfördernd wirken würde, da nicht mehr nur eine knappe Mehrheit der Bevölkerung über die Zusammensetzung der Parlamente entschiede, verwundert es, dass die Einführung dieses Instruments auf Vorbehalte und gar Ablehnung stößt.⁹ Zuweilen wird die Einführung einer Wahlpflicht gar als etwas Illiberales betrachtet, das dem Wesen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung etwa des Grundgesetzes fremd sei.¹⁰ Wie zu zeigen sein wird, stellen sich aber umgekehrt Wahlenthaltung und die damit verbundene geringe Wahlbeteiligung vielmehr als eine Form von

* Der Autor ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg. Dort leitet er zugleich das Institut für Bürgerbeteiligung und Direkte Demokratie.

¹ Heußner/Pautsch, DVBl. 2016, 1308; Labrenz, ZRP 2011, 214; Thiele, ZRP 2017, 105.

² Zur Entwicklung der Wahlbeteiligung bei den Bundestagswahlen siehe Thiele, Verlustdemokratie (2016), S. 211 ff.

³ Vgl. <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-09/wahlverhalten-bundestagswahl-wahlbeteiligung-waehlerwanderung> (letzter Abruf am 06.12.2017).

⁴ Vgl. Klein, Bürgermeisterwahlen in Baden-Württemberg. Wahlbeteiligung, Wahltypen und Sozialprofil (2014), passim.

⁵ Ibid., S. 38.

⁶ Labrenz, ZRP 2011, 214; Thiele, ZRP 2017, 105. Thiele, Verlustdemokratie (2016), S. 213 f., verweist etwa auf die „Negativrekorde“ auf Länderebene von Wahlbeteiligungen unter 50 Prozent in Brandenburg und Sachsen.

⁷ Dazu etwa Pünder/Cancik, VVDStRL 72 (2012), 270.

⁸ So überzeugend jüngst Thiele, ZRP 2017, 105 ff.

⁹ Vgl. die Darstellung bei Labrenz, ZRP 2011, 214.

¹⁰ Vgl. in diesem Kontext etwa Katz, Democracy and Elections (1997), S. 244.

Verlust an Demokratie dar.¹¹ Gegen eine Wahlpflicht lässt sich auch nicht einwenden, dass sie etwas „Undemokratisches“¹² in sich trage, denn sie ist bereits (verfassungs-)rechtliche Realität in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, so etwa in Belgien, Griechenland, Italien und Luxemburg. In der Schweiz existiert eine Wahlpflicht auf Kantonsebene in Schaffhausen, im weltweiten Kontext beispielsweise auch in Australien.

B) Geringe Wahlbeteiligung als Demokratieverlust

Jüngst hat *Alexander Thiele* überzeugend und pointiert die Verlustebenen der Demokratie herausgestellt.¹³ Im Grundsatz davon ausgehend, dass Demokratie einer wirksamen Teilhabe an Wahlen und Abstimmungen als Legitimationsmodi bedarf, wird auch herausgearbeitet, dass eine geringe Wahlbeteiligung einen relevanten Demokratieverlust darstellt – nämlich dann, wenn „Herrschaft durch das Volk“ nicht mehr in einem hinreichenden Maße wahrgenommen wird.¹⁴ Dies führt vor allem zu zwei wesentlichen Demokratieverlusten: einem Mangel an Legitimation der staatlichen Organe einerseits und einem Mangel an staatsbürgerlicher Egalität, wie sie im Demokratieprinzip selbst und besonders in den Grundsätzen der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl sowie – ergänzend – im Sozialstaatsprinzip besonders zum Ausdruck kommt, andererseits.

I. Mangel an demokratischer Legitimation und Verbreiterung der Legitimationsbasis durch eine Wahlpflicht

Dass eine geringe Wahlbeteiligung zu einem Mangel an demokratischer Legitimation führt, liegt gleichsam auf der Hand. Legt man einmal das Legitimationsmodell zugrunde, welches sich aus Art. 20 Abs. 2 GG ergibt, wird deutlich, dass die darin angelegte „Herrschaft durch das Volk“ im Sinne der Formel *Abraham Lincolns*¹⁵ auch stets eine hinreichende Legitimation der Handelnden durch das Volk voraussetzt.¹⁶ Der Wahl als Grundvorgang des Verfassungslebens kommt eine Legitimationswirkung für alle weitere Staatsgewalt zu, wie etwa Art. 54 Abs. 1, Abs. 3 GG, Art. 63 GG, Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG oder Art. 95 Abs. 2 GG zeigen.¹⁷ Dem Wahlakt kommt daher eine fundamentale Rolle im demokratischen Verfassungsstaat zu. Ihm ist das auf den

Wähler bezogene subjektive Element immanent, wonach es zum demokratischen Gehalt des subjektiven Wahlrechts zählt, an der Legitimation der Staatsgewalt im beschriebenen Sinne mitzuwirken und auf diese Weise auf die Ausübung von Staatsgewalt Einfluss zu nehmen.¹⁸ Alles dies setzt indes voraus, dass die Legitimationsbasis der Repräsentanten zu den Repräsentierten in einem ausgewogenen Verhältnis steht. Mag dies für die Bundestagswahlen bei Wahlbeteiligungen von rund 70 Prozent noch als gegeben – gleichwohl nicht befriedigend – angesehen werden, ist ein Unterschreiten jedenfalls der 50 Prozent-Marke wie bei Landtagswahlen zB. in Brandenburg, Sachsen-Anhalt und Sachsen nicht mehr nur als Demokratiedefizit, sondern geradezu als Legitimationsmangel anzusehen, welcher – gemessen an einer (freilich nicht existenten, aber verfassungsrechtlich geradezu gebotenen) Mindestwahlbeteiligung bzw. Wahlbeteiligungsuntergrenze¹⁹ – nicht mehr gewährleistet, dass die im Parlament vertretene Mehrheit an Volksvertretern das Volk realiter noch zu vertreten in der Lage ist, weil mithin weniger als 50 Prozent der Wahlberechtigten überhaupt an der Wahl teilgenommen hat und somit die demokratische Legitimationswirkung des Wahlakts überhaupt noch wirksam in Gang zu setzen vermag.²⁰ Die Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht würde die Wahlbeteiligung signifikant anheben, wie Studien gerade auch im europäischen Vergleich zeigen.²¹ Dies führte unweigerlich zu einer Verbreiterung der demokratischen Legitimationsbasis nicht nur für die Repräsentanten in den Volksvertretungen, sondern würde zudem die Weiterlegitimation bezüglich aller übrigen Staatsorgane auf eine wesentlich breitere Basis stellen. Insoweit führte eine allgemeine Wahlpflicht gleichsam zu einer Verbreiterung der Legitimationsbasis. Wahlverweigerung, wie sie in einer Wahlabstinenz zum Ausdruck kommt, ist zugleich Legitimationsverweigerung, d.h. Ausdruck des mangelnden Willens, an der demokratischen Erzeugung von Staatsgewalt mitzuwirken.²² Dies ist aber gleichsam die Kehrseite dessen, was den demokratischen Verfassungsstaat bzw. eine liberale Demokratie ausmacht. Die Legitimationsbasis um der bürgerlichen Freiheiten hinzugeben, bedeutete zugleich, die Wahl als demokratisches Fundament aufzugeben. Eine liberale Demokratie kann nämlich nicht nur aus Freiheiten bestehen, sondern sie bedarf –

¹¹ *Thiele*, ZRP 2017, 105 (106).

¹² Dazu – den Vorwurf aber unter Verweis auf die Existenz einer Wahlpflicht auch in anderen demokratischen Verfassungsstaaten ebenfalls entkräftend – *Labrenz*, ZRP 2011, 214. Näher dazu auch *Heußner*, in: Mörschel, Wahlen und Demokratie, Reformoptionen des deutschen Wahlrechts (2016), S. 181 (182 Fn. 10). Eine Übersicht findet sich auch auf der Website des *Institute For Democracy And Electoral Assistance*, siehe <https://www.idea.int/data-tools/data/voter-turnout/compulsory-voting> (letzter Abruf am 01.12.2017).

¹³ *Thiele*, Verlustdemokratie (2016), passim.

¹⁴ *Ibid.*, S. 213 ff.

¹⁵ *Abraham Lincoln*, Gettysburg Address (1863): „[...] government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth [...]“, sog. „Dreiklang der Demokratie“, vgl. *Haug*, Öffentliches Recht im Überblick, 2. Aufl. (2017), Rn. 620.

¹⁶ Vgl. *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 2. Aufl. (2013), Art. 38 Rn. 42, ebenfalls mit Bezug auf *Abraham Lincoln*.

¹⁷ *Ibid.*, Art. 38 Rn. 43.

¹⁸ BVerfGE 89, 155 (171 f.); 97, 350 (368); 123, 267 (332); *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 2. Aufl. (2013), Art. 38 Rn. 44.

¹⁹ Eine solche Mindestwahlbeteiligung stellt gleichsam das Korrelat einer Wahlpflicht dar. Vorbild könnten insoweit die Abstimmungsquoten in der direkten Demokratie sein, die – etwa bei Volksentscheiden auf Länderebene – in den Landesverfassungen etabliert sind, vgl. etwa Art. 60 Abs. 5 LV BW.

Hierbei ist freilich der höhere legitimatorische Wert der Wahlen als allgemeiner Legitimationsmodus gegenüber den direktdemokratischen Abstimmungen zu beachten mit der Folge, dass eine Mindestwahlbeteiligung deutlich höher als die Abstimmungsbeteiligung nach den Quoren in den Landesverfassungen zu bemessen wäre. Kritisch zur Mindestwahlbeteiligung noch *Kadel*, JR 1988, 54 ff.

²⁰ So zutreffend auch der Befund bei *Thiele*, Verlustdemokratie (2016), S. 213 f.

²¹ Etwa *Colino*, Should voting be compulsory? The cases of Belgium and The Netherlands (01.03.2017), abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/should-voting-compulsory-cases-belgium-netherlands-garc%C3%ADa-colino> (letzter Zugriff am 01.12.2017) mwN.

²² Ähnlich – und zu Recht sehr pointiert – *Thiele*, Verlustdemokratie (2016), S. 216 Fn. 364: „In einer repräsentativen Demokratie kann es keinen überzeugenden Grund geben, von der Wahl fernzubleiben. Nichtwähler nehmen schlicht ihre Verantwortung für das Gemeinwesen nicht wahr, das auf legitimierte Herrschaft angewiesen ist. Das Eintreten für die Nichtwahl bedeutet im Ergebnis nichts anderes als das Eintreten für Herrschaftslosigkeit und damit Anarchie, erweist sich also als höchst gefährlich. Ohnehin ist eine völlige Nichtwahl auch gar nicht möglich, da sich jede fehlende Stimme auf das prozentuale Ergebnis der anderen Parteien auswirkt, indem der Erfolgswert jeder abgegebenen Stimme erhöht wird. Oder anders: Nichtwahl ist Wahl mit anderen Mitteln. Angesichts der Tatsache, dass zunehmend prominente Persönlichkeiten immer häufiger zur Nichtwahl aufrufen, soll das an dieser Stelle noch einmal besonders betont werden.“

schon zum Schutze ihrer selbst willen – staatsbürgerlicher Verpflichtungen.²³

Wenngleich vor diesem Hintergrund gegen eine allgemeine Wahlpflicht angeführt wird, dass auch die Nichtteilnahme an einer Wahl als Ausdruck der politischen Willensbetätigung anzusehen sei, somit dem Wähler stets das Recht verbleiben müsse, „ungültig“ zu wählen, und es daher unter Verhältnismäßigkeitsaspekten als höchst fragwürdig anzusehen sei, ihn gleichwohl zum Wahlgang zu zwingen,²⁴ führt die Wahlpflicht jedoch zu einer demokratiefördernden Einhegung dieser staatspolitisch eher fragwürdigen „Freiheit“ des Wählers. Die Einführung einer Wahlpflicht würde jedenfalls die Rückbesinnung auf den Wahlakt erhöhen und damit in jedem Fall – auch bei „Wahlverweigerung an der Urne“, etwa durch Ungültigmachen des Stimmzettels oder anderer ungültiger Stimmabgabe – den demokratischen Wert der Wahl wieder stärker in den Mittelpunkt rücken. Dies wird auch dadurch belegt, dass einige Landesverfassungen – so etwa Art. 26 Abs. 3 LV BW – die Ausübung des Wahlrechts zur Bürgerpflicht erheben. Auch wenn dadurch keine Rechtspflicht begründet wird, sondern es sich eher um einen moralischen Appell handelt, der aber immerhin auf Verfassungsebene angesiedelt ist, kommt ihm indizieller Charakter zu, um die Wahlpflicht auch verfassungsrechtlich zu untermauern.

II. Mangel an staatsbürgerlicher Egalität

Der Wahlrechtsgrundsatz der gleichen Wahl aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG dient dazu, die vom Demokratieprinzip vorausgesetzte Egalität der Staatsbürger zu sichern.²⁵ Er wird ergänzt durch seine Unterausprägung der Allgemeinheit der Wahl, wonach jeder Wahlberechtigte in möglichst gleicher Weise sein Wahlrecht ausüben können muss.²⁶ Die in beiden Wahlrechtsgrundsätzen zum Ausdruck gebrachte Egalität aller Staatsbürger wird freilich partiell negiert bzw. gar in ihr Gegenteil verkehrt, wenn ein signifikanter Teil der Wahlberechtigten der Wahl fernbleibt. Genau dies realisiert sich aber bereits deutlich in Gestalt der sozialen Spreizung bezüglich der Wahlteilnahme. Der Befund insbesondere einer Studie der Bertelsmann-Stiftung bezüglich der Bundestagswahl 2013 belegt deutlich, dass die Wahlabstinenz in besonderem Maße von der Zugehörigkeit zu bestimmten prekären sozialen Milieus – und weniger von der allgemeinen Zufriedenheit mit der aktuellen Politik – abhängt.²⁷ Die insoweit getroffenen Feststellungen sprechen freilich für sich, wenn es in der Studie etwa lautet:

„[...] Je prekärer die soziale Situation, d.h. je höher der Anteil von Haushalten aus den sozial prekären Milieus, je höher die Arbeitslosigkeit, je schlechter die Wohnverhältnisse und je geringer der formale Bildungsstand und die durchschnittliche Kaufkraft der

Haushalte in einem Stadtviertel, umso geringer ist die Wahlbeteiligung. [...]“²⁸

Dies führt in der Folge zu der Annahme, dass die Wahlabstinenz in sozialer Hinsicht in besonderem Maße ungleich verteilt ist.²⁹ Selbst mit Blick auf die Bundestagswahl – etwa im Jahre 2013, für die entsprechende Auswertungen verfügbar sind – muss daher das Ergebnis einer Wahlbeteiligung von etwas mehr als 70 Prozent durchaus differenzierter und kritischer mit Blick auf die Wahlrechtsegalität betrachtet werden. Die zitierte Bertelsmann-Studie hat ergeben, dass in sog. „Nichtwählerhochburgen“³⁰ – zumeist Wahlkreisen mit sehr hoher Arbeitslosigkeit – die Wahlbeteiligung sogar die 50 Prozent-Marke noch unterschreitet.³¹ Aus alledem folgt, dass die durch das Grundgesetz intendierte Egalität aller Staatsbürger mit Blick auf die tatsächliche Wahlrechtsgleichheit im Wahlverhalten keinen Niederschlag mehr findet. Anders gewendet: In der ganz überwiegenden Zahl hängt die Entscheidung für die Nichtwahl somit in wesentlich stärkerem Maße als bisher von der sozialen Lage ab.³² Allein durch die – durch empirische Untersuchungen belegbare – allgemeine Steigerung der Wahlteilnahme infolge der Existenz einer Wahlpflicht lässt sich eine egalisierende Wirkung bezüglich der staatsbürgerlichen Mitwirkung an der demokratischen Legitimation des Gemeinwesens erzielen. Die Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht diene somit der Steigerung der staatsbürgerlichen Egalität in Bezug auf die Wahlen.

C) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht

Es ist umstritten, ob – und gegebenenfalls wie – eine allgemeine Wahlpflicht in das Wahlrechtssystem der Bundesrepublik eingeführt werden könnte. Im Wesentlichen stellt sich dabei die Frage, ob es hierfür einer Verfassungsänderung bedarf oder aber die Wahlpflicht auch durch einfachgesetzliche Regelung – zB in Ausfüllung des Regelungsauftrages aus Art. 38 Abs. 3 GG³³ – möglich wäre.

I. Die Freiheit der Wahl als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab

Die Freiheit der Wahl ist eine unabdingbare Voraussetzung dafür, dass die Wahl dem Gewählten demokratische Legitimation vermittelt.³⁴ Die Wahlfreiheit erfordert es nach dem BVerfG, dass nicht nur der Akt der Stimmabgabe frei von Zwang und unzulässigem Druck bleibt, sondern der Wähler sein Urteil auch in einem freien, offenen Prozess der Meinungsbildung gewinnen und fällen kann.³⁵ Es geht darum, den Wähler vor Beeinflussungen zu schützen, die geeignet sind, seine Entscheidungsfreiheit trotz bestehenden Wahlheimnisses ernstlich zu beeinträchtigen.³⁶ Der sachliche Gewährleistungsbereich der Wahlfreiheit

²³ So zutreffend Thiele, ZRP 2017, 105 (106).

²⁴ So etwa Dietlein, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/2 (2011), S. 201.

²⁵ BVerfGE 120, 82 (102); Butzer, in: Epping/Hillgruber, GG, Kommentar, 2. Aufl. (2013), Art. 38 Rn. 63.

²⁶ BVerfGE 71, 81 (94); Butzer, in: Epping/Hillgruber, GG, Kommentar, 2. Aufl. (2013), Art. 38 Rn. 52.

²⁷ Schäfer/Vehrkamp/Gagné, Prekäre Wahlen. Milieus und soziale Selektivität der Wahlbeteiligung bei der Bundestagswahl (2013), passim.

²⁸ Ibid., S. 10.

²⁹ Thiele, Verlustdemokratie (2016), S. 216.

³⁰ Schäfer/Vehrkamp/Gagné, Prekäre Wahlen. Milieus und soziale Selektivität der Wahlbeteiligung bei der Bundestagswahl (2013), S. 22.

³¹ Ibid., S. 22.

³² Schäfer, Der Verlust politischer Gleichheit: Warum die sinkende Wahlbeteiligung der Demokratie schadet (2015), S. 227; auf ihn rekurrend mit ebenfalls zutreffendem Befund Thiele, Verlustdemokratie (2016), S. 217.

³³ Zum Charakter des Art. 38 Abs. 3 GG als Regelungsauftrag siehe BVerfGE 95, 335, (349 und 366); 97, 317 (323).

³⁴ BVerfGE 44, 125 (139); 47, 253 (283); 73, 40 (85); 99, 1 (13); siehe auch Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 79. EL (Dez. 2016), Art. 38 Rn. 107.

³⁵ BVerfGE 44, 125 (139).

³⁶ BVerfGE 66, 369 (380); 79, 161, (165 f.); Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 79. EL (Dez. 2016), Art. 38 Rn. 108.

ist zuvörderst auf den Vorgang der Stimmabgabe selbst bezogen. Insoweit ist dem Wahlrechtsgrundsatz jedenfalls dann genügt, wenn die Stimmabgabe geheim erfolgt. Die Wahlfreiheit schließt freilich auch die Phase der Wahlvorbereitung mit ein, was sowohl die Aufstellung der Wahlbewerber³⁷ als auch das freie Wahlvorschlagsrecht für alle Wahlberechtigten³⁸ einschließt. Damit unterliegt im Ergebnis der gesamte Vorgang des Wahlverfahrens der Wahlfreiheit. Hieran ist somit auch die Frage zu messen, ob die Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht als verfassungsrechtlich zulässig angesehen werden kann oder nicht. Der bisherige Meinungsstand in der Literatur – das BVerfG hatte sich ebenso wie die Landesverfassungsgerichte bislang nicht mit den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Einführung einer Wahlpflicht zu befassen – tendiert mehrheitlich dazu, für die Einführung der Wahlpflicht eine Verfassungsänderung zu fordern und somit eine einfachgesetzliche Regelung auszuschließen.³⁹ Wie zu zeigen sein wird, beruht indes auf der unzutreffenden Annahme, die Freiheit der Wahl beinhalte auch eine negative Wahlbeteiligungsfreiheit. Dem ist im Weiteren nachzugehen.

II. Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht durch Verfassungsänderung

Wie angedeutet, wird von der wohl noch hM. vertreten, dass eine allgemeine Wahlpflicht – wenn überhaupt⁴⁰ – nur durch eine Änderung des Grundgesetzes zulässig wäre. Gegen die Wahlpflicht wird vorgebracht, dass ihre Einführung dem Grundsatz der Wahlfreiheit widersprechen würde und mindestens dies einer bloß einfachgesetzlichen Regelung entgegenstünde. Als Gewährleistungsgehalt des Demokratieprinzips soll in die Freiheit der Wahl zwar auch unter dem Aspekt des Schutzbereichs von Art. 79 Abs. 3 GG eingegriffen werden. Ein Verstoß gegen die Ewigkeitsgarantie ist aber dennoch auszuschließen, da die Wahlpflicht die Freiheit der Wahl im Wesentlichen unberührt lässt. Daher wird von den Vertretern dieser Auffassung konzediert, dass einer Verfassungsänderung, mit welcher die Wahlpflicht eingeführt würde, jedenfalls Art. 79 Abs. 3 GG nicht entgegen stünde.⁴¹ Dies entspricht der ganz herrschenden Auffassung und wird – soweit ersichtlich – auch im Schrifttum nicht in Frage gestellt.⁴² Interessanter erscheint es freilich, der Frage nachzugehen, ob die Wahlpflicht nicht auch durch ein einfaches Parlamentsgesetz – auf Bundesebene etwa durch eine Regelung im BWG – eingeführt werden könnte.

³⁷ BVerfGE 41, 399 (417); 47, 253 (282); 71, 81 (100); 89, 243 (51).

³⁸ BVerfGE 47, 253 (283).

³⁹ Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 79. EL (Dez. 2016), Art. 38 Rn. 108; Morlok, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Band II, 3. Aufl. (2015), Art. 38 Rn. 83; Roth, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Band 2 (2002), Art. 38 Rn. 50; Magiera, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. (2014), Art. 38 Rn. 85; Trute, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 6. Aufl. (2012), Art. 38 Rn. 39

⁴⁰ Eine Verfassungswidrigkeit in toto wegen Verstoßes gegen den Ewigkeitsschutz aus Art. 79 Abs. 3 GG wird jedenfalls explizit nicht vertreten.

⁴¹ Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 79. EL (Dez. 2016), Art. 38 Rn. 108; Morlok, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Band II, 3. Aufl. (2015), Art. 38 Rn. 83; Roth, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Band 2 (2002), Art. 38 Rn. 50; Magiera, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. (2014), Art. 38 Rn. 85; Trute, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 6. Aufl. (2012), Art. 38 Rn. 39.

III. Einfachgesetzliche Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht

Die Vertreter der Gegenmeinung zu den Anhängern der These, die eine Wahlpflicht allenfalls durch Verfassungsänderung für zulässig halten, verweisen darauf, dass die Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht verfassungsrechtlich bereits auf einfacher-gesetzlicher Grundlage zulässig sei.⁴³ Dem ist auch nach hiesiger Auffassung zuzustimmen. Allerdings zeigen die nachfolgenden Erwägungen auch, dass selbst dann, wenn man als Maßstab auf den (vermeintlichen) Schutz der negativen Wahlbeteiligungsfreiheit durch Art. 38 Abs. 1 GG abheben wollte, dies letztlich einer einfachgesetzlichen Einführung der Wahlpflicht nicht entgegenstünde. Dies wird im Folgenden näher zu erörtern sein.

1. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG

Ob die Einführung einer Wahlpflicht in den Schutzbereich der Wahlfreiheit – als grundrechtsgleichem Recht – eingreift, ist umstritten. Dann müsste freilich auch die negative Wahlrechtsfreiheit von der Freiheit der Wahl umfasst sein. Die Befürworter dieser Lesart der Wahlrechtsfreiheit argumentieren, dass nicht nur das „Wie“, sondern auch das „Ob“ der Wahl von diesem Wahlrechtsgrundsatz umfasst sei.⁴⁴ Dies dürfte bei näherer Betrachtung und nach der auch hier vertretenen Auffassung aber deshalb ausgeschlossen sein, weil sich der eigentliche Wahlakt tatsächlich erst an der Urne vollzieht, mit anderen Worten also die eigentliche Wahlenthaltung auch dann – als Ausdruck der Freiheit der Wahl – stets immer noch (etwa durch schlicht ungültige Stimmabgabe) möglich ist, auch wenn der Wahlberechtigte im Übrigen in das Wahlverfahren eingebunden ist, d.h. angehalten ist, zum Wahlakt selbst zu schreiten.⁴⁵ Überdies dürfte die öffentlich bekundete Wahlteilnahmeverweigerung denn auch eher der Meinungsfreiheit unterfallen als der Wahlfreiheit. Diese ist als grundrechtsgleiches Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG daher mit Blick auf eine etwaige Wahlpflicht so zu deuten, dass ihr Schutzbereich die negative Wahlbeteiligungsfreiheit nicht umfasst.⁴⁶

2. Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Für den Maßstab der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung in Bezug auf die Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht gilt, dass jedenfalls dann, wenn man – wie hier – die negative Wahlbeteiligungsfreiheit als nicht vom Schutzbereich des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG umfasst ansieht, sich als widerstreitendes Grundrecht

⁴² Vgl. auch den Befund bei Heußner, Die Wahlpflicht – rechtliche Zulässigkeit und politische Durchsetzbarkeit, in: Mörschel (Hrsg.), Wahlen und Demokratie, Reformoptionen des deutschen Wahlrechts (2016), S. 181 (182 f.); ebenso Thiele, ZRP 2017, 105 (106).

⁴³ Schneider, in: Stein/Denninger/Hoffmann-Riem, AK-GG, 3. Aufl. (2001), Art. 38 Rn. 66; Volkmann, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, EL 1/17 (2017), Art. 20 Rn. 29; Merten, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Band III (2009), S. 301 ff.; s. auch Kluth, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), GG, Kommentar, 13. Aufl. (2014), Art. 38 Rn. 26.

⁴⁴ Etwa Butzer, in: Epping/Hillgruber, GG, Kommentar, 2. Aufl. (2013), Art. 38 Rn. 50; Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. (2016), Art. 38 Rn. 9, 13.

⁴⁵ Heußner, in: Mörschel, Wahlen und Demokratie, Reformoptionen des deutschen Wahlrechts (2016), S. 181 (183); ähnlich auch Kluth, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), GG, Kommentar, 13. Aufl. (2014), Art. 38 Rn. 26.

⁴⁶ Zutreffend so Heußner, in: Mörschel, Wahlen und Demokratie, Reformoptionen des deutschen Wahlrechts (2016), S. 181 (184).

nur die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG (mit dem Charakter eines Auffanggrundrechts) ergibt.⁴⁷ Diesem Grundrecht wären dann aber auch die Schranken zu entnehmen. Die Schrankentrias aus Art. 2 Abs. 1 GG stellt indes nur einen einfachen Gesetzesvorbehalt dar.⁴⁸ Gemessen an den Demokratiegewinnen – Erweiterung der allgemeinen Legitimationsbasis der Repräsentanten durch die Repräsentierten und zudem Ausgleich eines Mangels an staatsbürgerlicher Egalität –, welche mit der Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht einhergingen, dürften die vom einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG umfassten Handlungsweisen – insbesondere die Wahlabstinenz – zweifellos zurücktreten.

Doch selbst wenn man, wie von den Vertretern der Gegenmeinung dargebracht, die negative Wahlbeteiligungsfreiheit als vom Schutzbereich des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG umfasst ansehen wollte, bleibt zu fragen, ob sich dann aus Art. 38 GG auch eine taugliche – vor allem aber rechtlich tragfähige – Schranke ergibt, auf die sich die Einführung der Wahlpflicht stützen ließe. Insofern könnte zwar vordergründig – wie bereits oben angesprochen – auf Art. 38 Abs. 3 GG abzustellen sein. Danach bestimmt das Nähere der Wahl ein Bundesgesetz. Allerdings ist insoweit anzumerken, dass es sich – schon angesichts der Formulierung – bei Art. 38 Abs. 3 GG lediglich um einen Regelungsvorbehalt, nicht aber um einen Gesetzesvorbehalt handelt.⁴⁹ Da jedoch Regelungsvorbehalte nur dazu bestimmt sind, das jeweilige Grundrecht auszugestalten, es aber nicht einzuschränken vermögen,⁵⁰ kommt Art. 38 Abs. 3 GG als Grundrechtsschranke nicht in Betracht.⁵¹ Dies wiederum bedingt, dass bezüglich der Einschränkungsmöglichkeit der Wahlfreiheit nur eine verfassungsimmanente Schranke herangezogen werden kann.⁵² Sie ist dazu bestimmt, ein kollidierendes hochrangiges Rechtsgut von Verfassungsrang zu schützen.⁵³ Als ein solches Verfassungsgut lässt sich die Erhaltung und Sicherung der Funktionsfähigkeit der parlamentarischen Demokratie als Herrschaftsausübung durch das Volk ebenso anführen (vor allem mit Blick auf die Verbreiterung der demokratischen Legitimationsbasis im Allgemeinen, die sich mittels allgemeiner Wahlpflicht zweifellos erzielen ließe) wie das durch Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG geschützte Sozialstaatsprinzip hinsichtlich der mit einer Wahlpflicht auch verbundenen sozialen Egalisierungswirkung. Wie insbesondere auch empirische Studien belegen, sind diese Wirkungen in Ländern, in denen eine Wahlpflicht besteht, durchaus nachweisbar.⁵⁴

3. Zwischenergebnis

Es bleibt festzuhalten, dass die Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht selbst unter Berücksichtigung der – nach hiesiger Auffassung unzutreffenden – Annahme, dass die negative Wahlbeteiligungsfreiheit vom Schutzbereich der Freiheit der Wahl mitumfasst sei, durch einfaches Parlamentsgesetz möglich ist. Jedenfalls als Ausdruck verfassungsimmanenter Schranken zum Schutze höherrangiger kollidierender Verfassungsgüter wäre die

einfachgesetzliche Einführung einer Wahlpflicht verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.⁵⁵ Soweit – wie hier – die Wahlpflicht lediglich als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit zu werten ist, dürfte diese erst recht durch den einfachen Gesetzgeber einführbar sein.⁵⁶

D) Fazit

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht verfassungsrechtliche Bedenken nicht entgegenstehen. Im Gegenteil: Die Verpflichtung zum Urnengang wäre vor allem unter dem Gesichtspunkt einer Verbreiterung der demokratischen Legitimationsbasis der Repräsentanten und der Steigerung der staatsbürgerlichen Egalität – auch und gerade unter dem Aspekt der vorzufindenden sozialen Spreizung bezüglich der Bereitschaft zur Wahlteilnahme – auch in sozialstaatlicher Perspektive von hoher Bedeutung. Die Erfahrungen mit einer Wahlpflicht in anderen demokratischen Verfassungsstaaten belegen die vitalisierende Wirkung, die eine Wahlpflicht für die Demokratie durchaus auszulösen vermag. Für die Einführung einer solchen Wahlpflicht bedarf es nach hiesiger Auffassung auch keiner Verfassungsänderung, sondern sie wäre zB. auf Bundesebene bereits durch einfaches Parlamentsgesetz möglich. Daher gilt: Die Wahlpflicht ist jedenfalls verfassungsrechtlich zulässig, und auch vom rechtspolitischen Standpunkt aus spricht viel für ihre Einführung, ist sie doch geeignet, den eigentlichen Wahlakt als zentralen Legitimationsmodus unter dem Grundgesetz wieder stärker in das Bewusstsein der Wahlberechtigten zu rücken.

► Inhaltsverzeichnis



⁴⁷ Richtig daher *Ibid.*, S. 181 (184).

⁴⁸ Vgl. nur *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 14. Aufl. (2016), Art. 2 Rn. 13.

⁴⁹ *Heußner*, in: Mörschel, Wahlen und Demokratie, Reformoptionen des deutschen Wahlrechts (2016), S. 181 (184); *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 14. Aufl. (2016), Art. 38 Rn. 27.

⁵⁰ *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 14. Aufl. (2016), Vorb. zu Art. 1 Rn. 41.

⁵¹ *Heußner*, in: Mörschel, Wahlen und Demokratie, Reformoptionen des deutschen Wahlrechts (2016), S. 181 (184).

⁵² *Ibid.*, S. 181 (184 f.).

⁵³ *Ibid.*, S. 181 (185).

⁵⁴ Vgl. etwa die Nachweise bei *Ibid.*, S. 181 (192 ff.).

⁵⁵ So zutreffend *Ibid.*, S. 181 (185).

⁵⁶ Vgl. wiederum *Ibid.*, S. 181 (185).

BEITRAG

Dr. Momme Buchholz/Helge Hölken/Elisa Kuhne*

Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

Gliederung

Abstract

A) Aufbau

B) Grundsätzliches und Einordnung in die Systematik der Tötungsdelikte

I. § 217 StGB im Kontext der Sterbehilfe

II. Rechtsgut

C) Die Voraussetzungen der Strafbarkeit

I. Objektiver Tatbestand

1. Tathandlung
2. Geschäftsmäßigkeit

II. Subjektiver Tatbestand

1. Vorsatz
2. Förderungsabsicht

III. Rechtfertigung

1. Einwilligung
2. Indirekte Sterbehilfe

IV. Schuld

V. Teilnahme

D) Verfassungsrechtliche Problematik

E) Fazit

Abstract

§ 217 StGB wurde durch das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung vom 3. Dezember 2015 eingefügt und trat am 10. Dezember 2015 in Kraft. Die noch junge, gemeinhin als verfassungsrechtlich bedenklich angesehene¹, Vorschrift eröffnet verschiedene Problemkonstellationen im Zusammenhang mit der Sterbehilfeproblematik, die gerade für Examensklausuren und Schwerpunktklausuren aus dem Medizinstrafrecht eine Reihe interessanter Auslegungsfragen bietet.

A) Aufbau

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Gelegenheit
 - b) Gewähren oder Verschaffen oder Vermitteln
 - c) Geschäftsmäßigkeit
2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Mindestens Eventualvorsatz hinsichtlich des objektiven Tatbestandes
 - b) Förderungsabsicht hinsichtlich einer Selbsttötung

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

B) Grundsätzliches und Einordnung in die Systematik der Tötungsdelikte

I. § 217 StGB im Kontext der Sterbehilfe

§ 217 StGB verselbstständigt eine Beihilfehandlung und stuft diese zu einem täterschaftlichen Delikt hoch.² Derartige Straftatbestände sind zwar selten, aber dem StGB nicht unbekannt, beispielsweise ist die Absatzhilfe im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB ganz ähnlich strukturiert.

Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung stellt dabei ein Verhalten unter Strafe, das bisher durch die Begrifflichkeiten der aktiven, indirekten und passiven Sterbehilfe nicht umfasst war.³

Dabei unterfällt der *aktiven* Sterbehilfe eine gezielte, d.h. direkt vorsätzliche, Tötung beziehungsweise Beschleunigung des Todesintritts durch aktives Tun; Sie ist grundsätzlich strafbar.

Passive Sterbehilfe beschreibt ein für den vorzeitigen Todeseintritt bei unheilbar Erkrankten kausales Unterlassen von lebensverlängernden medizinischen Maßnahmen.⁴ Die passive Sterbehilfe ist grundsätzlich zulässig, wenn ein tatsächlicher oder mutmaßlicher Wille des Patienten feststellbar ist und das Verfahren nach §§ 1901a, 1901b BGB eingehalten wird.⁵

* Die Verfasser sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Institut für Kriminalwissenschaften der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Prof. Dr. Andreas Hoyer).

¹ Mit weiteren Nachweisen Hecker, GA 2016, 455 (463); Gaede, JuS 2016, 385 (386 f.); Fischer, 64. Aufl. (2017), § 217 Rn. 3a.

² Grünwald, JZ 2016, 938 (940); Brunhöber, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 217 Rn. 23.

³ Siehe Saliger, medstra 2015, 132 (132 ff.); Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 217 Rn. 4.

⁴ Fischer, 64. Aufl. (2017), Vor §§ 211-217 Rn. 33; Schneider, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), Vorb. zu § 211 Rn. 114.

⁵ Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 35. Edition (01.08.2017), § 216 Rn. 4.

Indirekte Sterbehilfe meint die bedingt vorsätzliche Beschleunigung des Todeseintritts als unvermeidbare Folge palliativer Maßnahmen gegenüber einem tödlich Kranken oder einem Sterbenden.⁶ Rechtsdogmatisch werden die Fälle der indirekten Sterbehilfe auf der Rechtfertigungsebene gelöst, entweder über § 34 StGB⁷ oder eine Kombination⁸ aus § 34 StGB und der nicht möglichen⁹ Einwilligung¹⁰.¹¹ Die abzuwägenden Rechtsgüter sind die Lebensqualität und die Lebenszeit, wobei die Verbesserung der Lebensqualität hier ausnahmsweise vorgeht.¹²

Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung steht in der Falllösung in einem Zusammenhang mit der aktiven Sterbehilfe. Die bisher geltende Differenzierung anhand der Tatherrschaft¹³ wird nun durch § 217 StGB teilweise eingeschränkt. Erfolgt die Beihilfe geschäftsmäßig und mit Förderungsabsicht, ist eine Strafbarkeit des „Teilnehmers“ als Täter des § 217 StGB tatbestandlich gegeben.

Die erforderliche Abgrenzung zu den erlaubten Formen der indirekten sowie der passiven Sterbehilfe soll nach der Begründung des Gesetzgebers durch die Förderungsabsicht gelingen. Falls der Suizident den todbringenden Moment in den Händen hält, scheidet eine Strafbarkeit indes bereits an einer täterschaftlichen Tötungshandlung des indirekt Sterbehilfe Leistenden.¹⁴

II. Rechtsgut

Für die Klausurbearbeitung kommt des Weiteren – wie stets – dem Rechtsgut infolge der teleologischen Auslegung eine entscheidende Rolle zu. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll § 217 sowohl dem Schutz des Guts „Leben“ als auch dem der „Autonomie“ dienen. Die wesentliche Motivation des Gesetzgebers für die Schaffung des Verbotes ist darin zu sehen, dass das Angebot einer geschäftsmäßigen Beihilfe zum Suizid in der Lage ist, bei älteren oder schwer kranken Menschen einen sozio-kulturellen Erwartungsdruck zu erzeugen, von einer Suizidassistenz Gebrauch zu machen, „um die eigene Familie und die Gesellschaft als Ganzes von [ihrer] ‚Last‘ zu befreien“. Es wurde die Befürchtung geäußert, dass der Suizid für diese Personengruppe zur „Normalität“ werden und sich schlimmstenfalls sogar als sozial geboten darstellen könne.¹⁵

C) Die Voraussetzungen der Strafbarkeit

I. Objektiver Tatbestand

1. Tathandlung

§ 217 Abs. 1 StGB stellt die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung unter Strafe. Die Tathandlung besteht in dem ge-

schäftsmäßigen Gewähren, Verschaffen oder Vermitteln der Gelegenheit zur Selbsttötung. Das kann dem Wortlaut nach bereits durch Handlungen weit im Vorfeld erfolgt sein. So könnte etwa die Gründung eines Sterbehilfevereins oder die Werbung für einen Sterbehilfeverein bereits als tatbestandlich angesehen werden. Aufgrund dieser erheblichen Weite des Wortlauts ist die Auslegung der objektiven Tatbestandsmerkmale umstritten.

Beispiel 1

A ist Gründungsmitglied eines Sterbehilfevereins. Zunächst weist er in seinem Bekanntenkreis auf die Existenz und das Wirken des Selbsthilfevereins hin. Schließlich teilt er der lebensmüden O mit, wie und mit welchen Betäubungsmitteln der Sterbehilfeverein ihren Wunsch nach einem baldigen Lebensende erfüllen könnte, und nennt der O den Namen und die Telefonnummer des Mitglieds T, der konkret an Beratungen und Durchführungen der Hilfe zur Selbsttötung beteiligt ist. T stellt der O sodann einen Raum zur Verfügung und überlässt ihr Betäubungsmittel, die nach der Einnahme durch O zu deren Tod führen.

Strafbarkeit von A und T?

Auslegungsbedürftig ist zunächst der Begriff der *Gelegenheit* als Taterfolg. Das Merkmal *Gelegenheit* setzt nach der Gesetzesbegründung voraus, dass der Täter äußere Umstände herbeiführt, die geeignet sind, die Selbsttötung zu ermöglichen oder wesentlich zu erleichtern.¹⁶ Weder die tatsächliche Begehung eines Suizids noch der Eintritt ins Versuchsstadium sind daher erforderlich.¹⁷ Neben den zweifellos erfassten Umständen wie dem Bereitstellen von Mitteln und Räumlichkeiten zur Selbsttötung ist auch das Bereitstellen konkreter Informationen über zur Selbsttötung besonders gut geeigneter Modalitäten wie Brücken, Hochhäuser etc. erfasst.

Um eine Restriktion zu erreichen wird teilweise gefordert, die *Gelegenheit* müsse sich auf eine bestimmte, vom Suizidenten gewünschte Möglichkeit der Selbsttötung beziehen, die dem Suizidenten ohne die Tathandlung nicht zur Verfügung gestanden hätte.¹⁸

Der Wortlaut sieht indes keine Restriktion vor. Ebenso fehlt in der Gesetzesbegründung jeglicher Hinweis auf eine möglicherweise gebotene restriktive Auslegung.¹⁹ Eine restriktive Auslegung könnte sich aus dem *Telos* des § 217 StGB ergeben. Die besondere Gefährlichkeit der Tathandlung entsteht jedoch erst durch die Geschäftsmäßigkeit (s.o.). Insoweit ist die Reichweite der Norm anhand der Geschäftsmäßigkeit zu bestimmen.²⁰

In **Beispiel 1** ist der allgemeine Hinweis des A auf die Existenz und das Wirken des Selbsthilfevereins noch keine wesentliche Erleichterung der Selbsttötung. Erst der Hinweis, wie und mit welchen Betäubungsmitteln der Sterbehilfeverein ihren Wunsch

⁶ Fischer, 64. Aufl. (2017), Vor §§ 211–217 Rn. 56.

⁷ Roxin, GA 2013, 313 (314); Schneider, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), Vorb. zu § 211 Rn. 108 ff.

⁸ Dölling, in: FS-Gössel (2002), 209 (212).

⁹ Zu beachten ist bei der Prüfung einer Einwilligung in den Tod stets die Einwilligungssperre des § 216 StGB.

¹⁰ BGHSt 55, 191 (204).

¹¹ Fischer, 64. Aufl. (2017), Vor §§ 211–217 Rn. 57; andere Ansicht Jäger, JZ 2015, 875 (876 f.): bereits nicht tatbestandsmäßig.

¹² Siehe Saliger, medstra 2015, 132 (135) mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

¹³ Hält bei der Sterbehilfe der Dritte den todbringenden Moment in den Händen, kommen die Tötungsdelikte der §§ 211 ff. StGB in Betracht. Wird der todbringende Moment hingegen von dem Suizidenten selbst beherrscht, blieb die Beihilfe zu der Selbsttötung bisher grundsätzlich mangels vorsätz-

licher, rechtswidriger Haupttat straflos. Siehe hierzu die ständige Rechtsprechung seit BGHSt 2, 152 (154); sowie Fischer, 64. Aufl. (2017), Vor §§ 211–217 Rn. 19a; Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 35. Edition (01.08.2017), § 216 Rn. 6; Gaede, JuS 2016, 385 (388).

¹⁴ BT-Drs. 18/5373, S. 19; kritisch dazu Grünwald, JZ 2016, 938 (944).

¹⁵ Siehe auch Eidam, medstra 2016, 17 (18).

¹⁶ BT-Drs. 18/5373, S. 18.

¹⁷ BT-Drs. 18/5373, S. 19; Taupitz, medstra 2016, 323 (323); Duttge, NJW 2016, 120 (121).

¹⁸ Weigend/Hoven, ZIS 2016, 681 (683).

¹⁹ Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 217 Rn. 12.

²⁰ Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 16 f. und Gaede, JuS 2016, 385 (389); kritisch Grünwald, JZ 2016, 938 (942).

nach einem baldigen Lebensende erfüllen könnte, stellt eine Gelegenheit dar.

Mögliche Tathandlungen sind das Gewähren, Verschaffen oder Vermitteln einer solchen Gelegenheit. Beim *Gewähren* stehen die äußeren Umstände dem Täter schon zur Verfügung, beim *Verschaffen* sorgt er dafür, dass die notwendigen äußeren Umstände für den Suizid gegeben sind. Die Gelegenheit gewährt ist z. B. durch das Überlassen einer Räumlichkeit oder von zur Selbsttötung geeigneten Mitteln. Verschaffen umfasst das Besorgen einer solchen Räumlichkeit oder solcher Mittel.²¹ Beide Handlungsalternativen setzen voraus, dass der Suizident die Gelegenheit tatsächlich gewährt bzw. verschafft bekommt. Soweit den Suizidenten die Gelegenheit nicht erreicht bleibt der Täter mangels einer Versuchsstrafbarkeit in diesem Fall straffrei.²²

Im **Beispiel 1** gewährt T der O durch die Bereitstellung des Raumes und der todbringenden Medikamente eine Gelegenheit zur Selbsttötung.

Vermitteln einer Gelegenheit setzt voraus, dass der Täter den konkreten Kontakt zwischen einer suizidwilligen Person und der Person ermöglicht, die die Gelegenheit zur Selbsttötung gewähren oder verschaffen soll. Allein der Hinweis auf eine allgemein bekannte Stelle reicht dazu nicht aus. Da es nur um die Vermittlung einer Gelegenheit geht, müssen für die Vollendung der Tat diese beiden Personen noch nicht selbst miteinander in Kontakt getreten sein.²³

Im **Beispiel 1** vermittelt A dem O daher bereits dadurch eine Gelegenheit zur Selbsttötung, dass er ihr den Namen und die Telefonnummer des T überlässt.

Teilweise wird eine verfassungskonforme Auslegung dahingehend befürwortet, dass unter Vermitteln nur Fälle des „erfolgreichen“ Vermittelns fielen, in denen der „Haupttäter“ den Tatbestand des Gewährens bzw. Verschaffens verwirklichte.²⁴

Aufgrund der erheblichen Weite des Tatbestandsmerkmals des Vermittelns spricht für eine restriktive Auslegung der aus Art. 20 Abs. 3 GG folgende ultima-ratio-Grundsatz.²⁵ Nach dem Bundesverfassungsgericht ist es aber „grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen. Er ist bei der Entscheidung, ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will, grundsätzlich frei.“²⁶

²¹ BT-Drs. 18/5373, S. 18.

²² Weigend/Hoven, ZIS 2016, 681 (684); Gaede, JuS 2016, 385 (389); Brunhöber, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 217 Rn. 47.

²³ BT-Drs. 18/5373, S. 18.

²⁴ Momsen, in: Satzger/Schmitt/Widmaier 3. Aufl. (2016), § 217 Rn. 8; Oğlakcioğlu, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 35. Edition (01.08.2017), § 217 Rn. 22; Weigend/Hoven, ZIS 2016, 681 (686) fordern, der Suizident müsse das Mittel oder die Methode tatsächlich zur Verfügung haben.

²⁵ Vgl. zum ultima-ratio-Grundsatz Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969 ff.; auf den ultima-ratio-Grundsatz möchte Oğlakcioğlu wohl abstellen, wenn er eine verfassungskonforme Auslegung fordert, vgl. Oğlakcioğlu, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 35. Edition (01.08.2017), § 217 Rn. 22.

²⁶ BVerfGE 120, 224 (240); 90, 145 (172); 92, 277 (326); 96, 10 (25).

²⁷ BT-Drs. 18/5373, S. 19.

²⁸ BT-Drs. 18/5373, S. 11 ff.

²⁹ Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 217 Rn. 18.

Gegen eine restriktive Auslegung spricht daneben, dass der Gesetzgeber ausdrücklich über die Merkmale des Gewährens, Verschaffens oder Vermittelns einer Gelegenheit auch Tathandlungen im zeitlichen Vorfeld des Suizids erfassen wollte. Allein die Förderungshandlung erfülle bereits den Tatbestand.²⁷ Alle Tathandlungsalternativen stehen zudem gleichwertig nebeneinander, so dass der Wortlaut gegen eine restriktive Auslegung spricht. Sinn und Zweck der Norm ist die Vermeidung von Beeinflussungen der Willensbetätigung von Suizidgeeigneten, die sich durch eine gesellschaftliche und rechtliche Akzeptanz der geschäftsmäßigen Selbsttötung veranlasst sehen könnten, eine Selbsttötung einzuleiten, obwohl ein entsprechender Wille fehlt.²⁸ Dieser Zweck erfordert keine restriktive Auslegung.²⁹

2. Geschäftsmäßigkeit

Die Förderung der Selbsttötungen muss ferner geschäftsmäßig³⁰ erfolgen. Das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit meint das nachhaltige Betreiben oder Anbieten mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht.³¹ Es ist folglich zu bejahen, wenn der Täter die Wiederholung gleichartiger Taten zum Gegenstand seiner Beschäftigung machen will.³² Dabei genügt ein erst- und einmaliges Angebot, sofern es bereits den Beginn einer auf Fortsetzung angelegten Tätigkeit darstellt.³³ Kennzeichnend ist insoweit, dass Suizidhelfer spezifische, typischerweise auf die Durchführung des Suizids gerichtete Eigeninteressen verfolgen und so in besonders hohem Maß die autonome Entscheidung des Betroffenen in Frage stellen.³⁴

Das BVerwG hat kürzlich entschieden, dass eine Erlaubnis für den Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG trotz des Versagungsgrunds in § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG ausnahmsweise zu erteilen ist, wenn sich der Suizidwillige wegen einer schweren und unheilbaren Erkrankung in einer extremen Notlage befindet.³⁵

Die Erteilung der Erlaubnis durch das zuständige Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte sowie die Veräußerung der Betäubungsmittel aufgrund der Erlaubnis und schließlich die Hilfe bei der Einnahme des Betäubungsmittels könnten nach § 217 Abs. 1 StGB strafbare Verhalten darstellen.

Das BVerwG hat dieses Problem erkannt und zutreffend die Geschäftsmäßigkeit abgelehnt. Diejenigen, die Suizidhilfe nur aufgrund eines verwaltungsrechtlichen Anspruchs leisten, haben keine Eigeninteressen an der Durchführung des Suizids. Zu der durch die Geschäftsmäßigkeit befürchteten Interessenkollision

³⁰ Dieser Begriff ist von dem häufig verwendeten, in der Regel strafschärfend zu berücksichtigenden Merkmal der Gewerbsmäßigkeit abzugrenzen. Gewerbsmäßigkeit setzt voraus, dass das Handeln auf eine fortlaufende Erzielung eines nicht unerheblichen Gewinns (=Gewinnorientierung) gerichtet ist. Nach dem Willen des Gesetzgebers wurde bewusst auf dieses Merkmal verzichtet, damit auch lediglich kostendeckend tätig werdende Personen erfasst werden.

³¹ § 206 Abs. 1 StGB lag § 4 Nr. 4 PostG zugrunde, wonach Geschäftsmäßigkeit als „nachhaltiges Betreiben der Beförderung von Postsendungen für andere mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht“ definiert wurde. Siehe BT-Drs. 18/5373, S. 16.

³² Taupitz, medstra 2016, 323 (324 f.).

³³ Momsen, in: Satzger/Schmitt/Widmaier 3. Aufl. (2016), § 217 Rn. 10; Gaede, JuS 2016, 385 (389); kritisch zum Merkmal der Geschäftsmäßigkeit Roxin, NStZ 2016, 185 (189); Duttge, NJW 2016, 120 (122).

³⁴ BT-Drs. 18/5373, S. 17.

³⁵ BVerwG NJW 2017, 2215 (2216 ff.).

kommt es daher nicht. Aufgrund der engen Grenzen für eine solche Erlaubnis entsteht zudem nicht der befürchtete „Anschein einer Normalität“.³⁶

Problematisch ist weiterhin, dass die in Deutschland etablierte Palliativmedizin³⁷ prima facie begrifflich erfasst zu sein scheint, da eine gesetzliche Privilegierung für Palliativmediziner gerade nicht formuliert wurde.³⁸

Beispiel 2

A ist seit 2015 als Palliativmedizinerin tätig. In Ausübung dieser Tätigkeit begleitet sie Menschen und unterstützt diese auf dem Sterbeweg. Sie hat bereits einige Todkranke begleitet und hat aktuell 5 Patienten. Einer davon ist P, welcher an unerträglichen Schmerzen leidet. Dieser bat A eines Tages um eine schmerzstillende, aber in wenigen Wochen lebensbedrohende Medikation. Diese besorgte A, wies P in die Abfolge der Einnahme ein und verließ P sodann. P nahm die Medikation und verstarb.

Gegen die begriffliche Subsumtion sprechen jedoch teleologische Erwägungen, da bei jener Behandlung die Schmerzlinderung und nicht die Verfolgung spezifischer Eigeninteressen im Vordergrund steht. Eine derartige Behandlung durch einen Arzt soll nicht geeignet sein, die Autonomie im dem Sinne zu beeinträchtigen, dass dadurch ein soziokultureller Druck auf kranke oder alte Menschen ausgeübt wird.³⁹ Jedoch soll nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers eine Strafbarkeit der Palliativmedizin wegen § 217 StGB erst aufgrund der Förderungsabsicht im subjektiven Tatbestand ausscheiden.⁴⁰ Für diese Auslegung spricht insbesondere auch, dass in dem Verfolgen beruflicher Interessen durchaus spezifische Eigeninteressen gefördert werden können. Im Ergebnis ist daher auch ein beruflich tätiger Palliativmediziner geschäftsmäßig tätig.⁴¹ Das Problem um die Palliativmedizin ist auf Ebene des subjektiven Tatbestandes zu lösen.⁴²

II. Subjektiver Tatbestand

1. Vorsatz

Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung ist ein Vorsatzdelikt im Sinne des § 15 StGB.

2. Förderungsabsicht

Ferner muss der Täter mit Förderungsabsicht im Sinne zielgerichteten Verhaltens gehandelt haben. Die Formulierung ist etwas schwer zu greifen, sie bezieht sich aber jedenfalls nur auf die

Förderung der Selbsttötung, nicht auf die tatsächliche Durchführung dieses Suizids.⁴³

Im **Beispiel 2** war die Selbsttötung des P nicht das Ziel der A; sie handelte daher ohne Förderungsabsicht, sodass eine Strafbarkeit ausscheidet.⁴⁴

III. Rechtfertigung

Hinsichtlich der Rechtfertigungsebene müssen in der Klausur einige Besonderheiten des § 217 StGB sowie des Medizinstrafrechts beachtet werden. Zum einen ist die Möglichkeit einer Einwilligung zu prüfen und zum anderen könnte die Ansicht der herrschenden Meinung zu der Rechtmäßigkeit der indirekten Sterbehilfe fruchtbar gemacht werden.

1. Einwilligung

Fraglich ist, ob in eine Verletzung des § 217 StGB überhaupt eingewilligt werden kann, da die Vorschrift ein abstraktes Gefährdungsdelikt darstellt.⁴⁵ Zwar ist eine Einwilligung in abstrakt lebensgefährdende Behandlungen (zum Beispiel § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB bei lebensgefährlichen Operationen und Kampfsportarten) nicht von vornherein ausgeschlossen⁴⁶, jedoch besteht nach dem BGH eine unübersteigbare Grenze für Einwilligungen in konkret lebensgefährliche Verletzungen.⁴⁷ Daneben würde der Einwilligende nicht allein über ein disponibles Rechtsgut verfügen, sondern auch über den abstrakten Drittschutz einer „Suizidkultur“. Diesen Unrechtsgehalt kann eine Einwilligung eines Suizidwilligen nicht entfallen lassen.⁴⁸ Darüber hinaus ergibt sich der Ausschluss einer Rechtfertigung durch Einwilligung gerade aus dem Tatbestand. Der Suizidwillige wird typischerweise seinem Leben ein Ende setzen wollen und dafür die Hilfe des Täters des § 217 StGB in Anspruch nehmen wollen. Es wäre daher in nahezu jedem Fall eine Einwilligung einschlägig, welche dann – sofern wirksam erklärt – rechtfertigende Wirkung entfalten würde.⁴⁹ Eine Einwilligung kommt daher nicht in Betracht.⁵⁰

2. Indirekte Sterbehilfe

In Betracht kommt im **Beispiel 2** ferner eine Rechtfertigung durch die Grundsätze der indirekten Sterbehilfe.⁵¹ Diese könnten auf eine Strafbarkeit nach § 217 StGB Anwendung finden: Wenn bereits die täterschaftliche Tötung tödlich Kranker oder Sterbender, welche palliativ betreut werden, gerechtfertigt sein

³⁶ BVerwG NJW 2017, 2215 (2220); zustimmend Muckel, JA 2017, 794 (796); Schütz/Sitte, NJW 2017, 2155 (2156); wenn das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit dennoch bejaht wird kann eine Strafbarkeit auch über eine Einschränkung des objektiven Tatbestands abgelehnt oder der verwaltungsrechtliche Anspruch als Rechtfertigungsgrund geprüft werden, vgl. Kuhli, ZIS 2017, 243, 245 ff.

³⁷ Zu den medizinischen Hintergründen der Palliativmedizin Sonnenberg/Weißinger, medstra 2016, 82 (83 ff.).

³⁸ Siehe auch Taupitz, medstra 2016, 323 (325). Näher zur Problematik der Geschäftsmäßigkeit bei Ärzten Hecker, GA 2016, 455 (458).

³⁹ Oğlakcioğlu, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 35. Edition (01.08.2017), § 217 Rn. 26; vergleiche auch Hillenkamp, KriPoZ 2016, 3 (8).

⁴⁰ BT-Drs. 18/5373, S. 18; kritisch zur Gesetzesbegründung Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 217 Rn. 21 ff.

⁴¹ Ebenso Berghäuser, ZStW 2016, 741 (769 f.); Eidam, medstra 2016, 17 (20); Magnus, medstra 2016, 211 (214 f.); Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 217 Rn. 22.

⁴² Herzberg, ZIS 2016, 440 (448 f.); Roxin, NStZ 2016, 185 (190); andere Ansicht Weigend/Hoven, ZIS 2016, 681 (689); Gaede, medstra 2016, 65 (66).

⁴³ Gaede, JuS 2016, 385 (390); Magnus, medstra 2016, 211 (212); Momsen, in: Satzger/Schmitt/Widmaier 3. Aufl. (2016), § 217 Rn. 12; Brunhöber, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 217 Rn. 69.

⁴⁴ Kritisch hierzu Berghäuser, ZStW 2016, 741 (768): Ein Mediziner, der einem suizidwilligen Patienten ein lebensverkürzendes Medikament zur Verfügung stellt, um dessen Wirkung er sicher weiß, handelt mit Förderungsabsicht.

⁴⁵ Von einer Einwilligungsmöglichkeit ausgehend Berghäuser, ZStW 2016, 741 (771); Hilgendorf vom 12.11.2015, <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gesetzgebung-sterbehilfe-tatbestandsmerkmale-analyse/>, zuletzt abgerufen am 30.11.2017.

⁴⁶ BGHSt 7, 114 (115); BGH NJW 1970, 1381.

⁴⁷ BGHSt 49, 34.

⁴⁸ Berghäuser, ZStW 2016, 741 (771 ff.); Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 217 Rn. 32; Oğlakcioğlu, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 35. Edition (01.08.2017), § 217 Rn. 30.

⁴⁹ Vergleiche zum ähnlichen Problem bei § 216 StGB nur Fischer, 64. Aufl. (2017), § 216 Rn. 13.

⁵⁰ So auch Taupitz, medstra 2016, 323 (327); Momsen, in: Satzger/Schmitt/Widmaier 3. Aufl. (2016), § 217 Rn. 14.

⁵¹ Siehe zur Diskussion um die Erlaubtheit der indirekten Sterbehilfe Fischer, 64. Aufl. (2017), Vor §§ 211-217 Rn. 55.

kann, müsse dies erst recht für Beihilfehandlungen gelten. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass § 217 StGB tatbestandlich eine Förderungsabsicht verlangt, durch welche das tatbestandliche Verhalten nicht als indirekte Sterbehilfe, sondern vielmehr als Teilnahme an einer Selbsttötung einzustufen ist. Die indirekte Sterbehilfe ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Helfende lediglich bedingt vorsätzlich handelt.⁵²

Im Ergebnis kommt folglich weder aufgrund einer Einwilligung noch nach den Grundsätzen der indirekten Sterbehilfe eine Rechtfertigung in Betracht.

IV. Schuld

Auf Schuldebene ergeben sich keine spezifischen Probleme.

V. Teilnahme

Eine Teilnahme in Form einer Anstiftung oder Beihilfe zu einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung ist gemäß den §§ 26, 27 StGB nach allgemeinen Grundsätzen strafbar. Dies ergibt sich auch aus einem Umkehrschluss zu § 217 Abs. 2 StGB. Dieser enthält für Teilnehmer, die Angehörige des Suizidenten sind oder diesem nahestehen und selbst nicht geschäftsmäßig handeln, einen persönlichen Strafausschließungsgrund.⁵³

Eine Anstiftung kann beispielsweise durch die Beauftragung eines Suizidassistenten verwirklicht werden. Typische Beihilfehandlungen stellen etwa die Auf- und Vorbereitung der Räumlichkeiten oder das Präparieren der Giftinjektion dar.⁵⁴

Bei der Geschäftsmäßigkeit handelt es sich um ein strafbegründendes Merkmal im Sinne von § 28 Abs. 1 StGB. Deshalb setzt die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht voraus, dass er selbst geschäftsmäßig handelt.⁵⁵ Die Strafe des Beteiligten ist nach §§ 28 Abs. 1 iVm. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern.⁵⁶

Beispiel 3

S leidet seit ihrem 16. Lebensjahr an (unheilbarem) Muskelschwund. Die letzten 4 Jahre verbrachte sie gelähmt im Krankenhaus. Der Arzt A hat die S diese 4 Jahre medizinisch betreut. S hat mehrfach gegenüber A geäußert, dass sie keine Kraft mehr habe und nicht mehr leben wolle. Sie bat den A darum, ihr ein tödliches Medikament zu besorgen, was dieser jedoch ablehnte. Nachdem der Zustand der S sich weiter verschlechterte und die S den A erneut um Hilfe bat, gab dieser ihr die Nummer eines privaten Suizidhelfers (C). Dieser stellt Suizidwilligen ein innerhalb von 5 Minuten tödlich wirkendes Medikament und einen abgeschiedenen Raum zur Verfügung. Dies stellte für den A ein Novum dar; eigentlich ist er gegen eine Suizid-Beihilfe. Zur S hat er jedoch in der langen Zeit eine Bindung aufgebaut und verspürt großes Mitgefühl. S nimmt das Gift und stirbt kurze Zeit später.

Strafbarkeit von A?

Abwandlung:

S verlässt im letzten Moment der Mut und sie nimmt das Gift nicht ein.

Im **Beispiel 3** hat A zwar dadurch, dass er den Kontakt zu dem privaten Suizidassistenten hergestellt hat, eine Gelegenheit vermittelt. Jedoch kann er mangels Geschäftsmäßigkeit nicht als Täter nach § 217 Abs. 1 StGB bestraft werden. Er könnte jedoch durch die Weitergabe der Nummer die Tat des C gefördert haben und daher wegen Beihilfe zu bestrafen sein. Ohne die Vermittlung des Kontakts hätte C der S nicht die Gelegenheit zum Suizid gewähren können, sodass eine (auch kausale) Förderung vorliegt.

Hat man die Tatbestandsmäßigkeit einer Teilnahmehandlung bejaht, ist der Strafausschließungsgrund des Absatzes 2 zu beachten. Dieser hat zwei Voraussetzungen: Zum einen darf der Teilnehmer selbst nicht geschäftsmäßig handeln, zum anderen muss er entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen sein oder diesem nahestehen.⁵⁷

Für den Begriff des Angehörigen gilt die Legaldefinition aus § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Zum Begriff der (anderen) *nahestehenden Person* sei auf die Ausführungen beispielsweise des § 35 Abs. 1 StGB verwiesen.

In der Abwandlung zum **Beispiel 3** stellt sich in Bezug auf S die Frage, ob sich der Suizidwillige der Anstiftung zur Gewährung einer Gelegenheit zum Suizid strafbar machen kann.

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kommt eine Strafbarkeit des potenziellen Suizidenten wegen Anstiftung oder Beihilfe zu einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung nach den Grundsätzen einer so genannten notwendigen Teilnahme nicht in Betracht.⁵⁸

Unter dem Begriff der „notwendigen Teilnahme“ fallen Konstellationen, in denen ein Tatbestand zu seiner Erfüllung zwingend die Beteiligung von mindestens zwei Personen erfordert.⁵⁹ Dabei soll der durch den Tatbestand Geschützte nicht Teilnehmer an der gegen ihn gerichteten Tat sein können. Im Falle des § 174 Abs. 1 StGB bliebe beispielsweise eine Schülerin straflos, welche ihren Lehrer zu sexuellen Handlungen angestiftet hat, da diese gerade von § 174 StGB geschützt werden soll.⁶⁰

§ 217 setzt zwar *notwendig* das Zusammenwirken mehrerer Personen voraus. Mittelbar schützt § 217 StGB auch den Suizidwilligen, sodass dieser sich nicht wegen Teilnahme an § 217 StGB strafbar machen könnte.⁶¹ Wenn es jedoch teleologisch darum geht, die Entwicklung des assistierten Suizids zu einem Dienst-

⁵² Fischer, 64. Aufl. (2017), Vor §§ 211-217 Rn. 33; andere Ansicht Hoyer, in: Igl/Welti, Gesundheitsrecht, 2. Aufl. (2014), S. 429 f. mwN.

⁵³ Siehe auch Magnus, medstra 2016, 211 (212).

⁵⁴ Oğlakcioğlu, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 35. Edition (01.08.2017), § 217 Rn. 37; Momsen, in: Satzger/Schmitt/Widmaier 3. Aufl. (2016), § 217 Rn. 16.

⁵⁵ BT-Drs. 18/5373, S. 19; Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 217 Rn. 35.

⁵⁶ Hoven, ZIS 2016, 3 (8); Brunhöber, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 217 Rn. 75.

⁵⁷ Dahinter steckt die gesetzgeberische Ratio, dass das Handeln der dort aufgezählten Personenkreise regelmäßig von Mitgefühl und von dem Willen geprägt ist, dem Suizidenten in einer emotional belastenden und existenziellen Ausnahmesituation beistehen zu wollen, BT-Drs. 18/5373, S. 20.

⁵⁸ BVerfG, NJW 2016, 558.

⁵⁹ Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 35. Edition (01.08.2017), § 26 Rn. 8; BVerfG NJW 2016, 558 (559); BGH NJW 1993, 1278 (1279).

⁶⁰ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 47. Aufl. (2017), Rn. 587. Das lässt sich mit teleologischen Erwägungen – namentlich dem Strafgrund der Teilnahme – begründen. Danach greift der Teilnehmer das geschützte Rechtsgut entweder durch seine Einwirkung auf den Täter mittelbar an (sog. Verursachungs- bzw. Förderungstheorie) oder nimmt durch die Tat (auch) einen selbständigen Rechtsgutsangriff vor und verwirklicht daher eigenes Unrecht (sog. Theorie des akzessorischen Rechtsgutsangriffs des Teilnehmers).

⁶¹ BVerfG NJW 2016, 558 (559); Gaede Jus 2016, 385 (391). Für eine Straflosigkeit unter dem Aspekt der notwendigen Teilnahme auch Weigend/Hoven, ZIS 2016, 681 (690).

leistungsangebot der gesundheitlichen Versorgung zu verhindern sowie einem Gewöhnungseffekt vorzubeugen, damit ältere oder kranke Menschen nicht unter Druck gesetzt werden, ist es nicht zwangsläufig angezeigt, den Suizidwilligen aus dem Tatbestand herauszunehmen. Dieser trifft zwar die selbstbestimmte Entscheidung, aus dem Leben scheiden zu wollen, welche anerkanntermaßen von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gedeckt ist. Allerdings fördert der Suizidwillige mit der Inanspruchnahme einer geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe dieses Geschäftsmodell und trägt damit zu dessen Akzeptanz bei.⁶² Er greift somit auch selbstständig das von § 217 StGB geschützte Rechtsgut an, sodass der Telos für eine Strafbarkeit des Suizidwilligen streitet. Zu einer Strafflosigkeit könnte man nur durch eine verfassungskonforme Reduktion des Tatbestandes oder eine analoge Anwendung des § 217 Abs. 2 StGB gelangen.⁶³

D) Verfassungsrechtliche Problematik

Im Mittelpunkt der juristischen Diskussionen um den § 217 StGB steht stets auch dessen Verfassungsmäßigkeit, schließlich handelt es sich aufgrund der naturgemäßen Beteiligung mehrerer Personen bei der Sterbehilfe um eine mehrpolige Grundrechtskonstellation. In der rechtspolitischen Diskussion wurde zur rechtssicheren Auflösung dieses Widerstreits unterschiedlicher Grundrechte daher wiederholt eine Regelung durch den Gesetzgeber gefordert und daraufhin mehrere Gesetzesvorhaben entworfen, die aber scheiterten.⁶⁴

Die Strafrechtswissenschaft stand dem Gesetzesvorhaben von Anfang an kritisch gegenüber,⁶⁵ der Gesetzgeber hat sich indes bewusst über diese Bedenken hinweggesetzt und die Norm – wenngleich mit ungewöhnlich langer Begründung der Verfassungsmäßigkeit – dennoch verabschiedet.⁶⁶

Vor diesem Hintergrund überrascht es auch nicht, dass die Diskussion mit Verabschiedung des neuen Gesetzes nicht beendet war. Vielmehr sieht sich die Norm auch in der legislativ konkretisierten Ausgestaltung weiterhin erheblichen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit ausgesetzt.

Teilweise wird gegen eine Verfassungswidrigkeit der Norm hervorgebracht, die Verfassungsmäßigkeit der Norm könne durch eine verfassungskonforme Auslegung erreicht werden.⁶⁷

Überwiegend wird in der Literatur allerdings die Verfassungswidrigkeit der Norm vertreten.⁶⁸

Zutreffend wird darauf abgestellt, die Verfassungswidrigkeit von § 217 StGB folge aus mehreren Grundrechtsverstößen verschiedener Grundrechtsträger. So berührt § 217 StGB zumindest mittelbar Grundrechte von Freitodwilligen auf der einen Seite und unmittelbar Grundrechte geschäftsmäßiger Freitodhelfer einschließlich Ärzten und Sterbehilfevereinen auf der anderen Seite. Die Bürger haben das menschen- (Art. 8 Abs. 1 EMRK) und verfassungsrechtlich (Art. 2 Abs. 1 iVm. 1 Abs. 1 GG)⁶⁹ fundierte Grundrecht auf selbstbestimmte Lebensbeendigung, das die Freiheit der Entscheidung über Art und Zeitpunkt des Todes einschließlich der Inanspruchnahme von Hilfe Dritter bis hin zur Freitodassistenten beinhaltet.⁷⁰ Durch die Anerkennung der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen (§ 1901a BGB) wurde dieses Recht 2009 gesetzgeberisch bestätigt.⁷¹ Indem der BGH 2010 einen aktiven zum Tode führenden Behandlungsabbruch als gerechtfertigt angesehen hat, wenn er auf dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten beruht⁷², hat er diese Wertung – in Übereinstimmung mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte⁷³ – ebenfalls übernommen.⁷⁴ In dieses Grundrecht greift § 217 StGB seitens der Freitodwilligen jedenfalls mittelbar ein⁷⁵, wobei die Einschränkung dieses Grundrechts unverhältnismäßig ist.⁷⁶ Trotz milderer und potentiell gleich effektiver außerstrafrechtlicher Alternativen (z.B. Regelung im Zivilrecht) führt § 217 StGB zu Rechtsunsicherheit in bislang anerkannten Formen der Sterbebegleitung (z.B. ärztliche Freitodassistenten, Palliativmedizin, Sterbefasten). Schwerkranke Freitodwillige in Deutschland werden damit gänzlich von professioneller Freitodhilfe abgeschnitten und entweder in einen einsamen Freitod (ggf. mit Hilfe brachialer Gewaltmittel) gedrängt oder zur mühevollen, häufig infolge der Erkrankung gar nicht möglichen Inanspruchnahme von Freitodhilfe in der Schweiz.⁷⁷ Vor allem bleibt dabei schon die Bestimmung des Unrechtskerns problematisch. Wenn die Beihilfe zur Selbsttötung nach allgemeiner Ansicht kein Unrecht ist, rechtfertigt auch die bloße Wiederholung dieser Tätigkeit keine Kriminalstrafe.⁷⁸ Da der Sterbewillige freiwillig und selbstständig über sein Leben disponiert – was ihm die Rechtsordnung nicht verbietet –, verletzt der Suizidteilnehmer schlicht kein schützenswertes legitimes Rechtsgut.⁷⁹

Ein Antrag auf einstweilige Anordnung gegen die Einführung des Gesetzes vor dem BVerfG hatte trotz dieser Bedenken keinen Erfolg.⁸⁰ Die Anträge der vier Bf. waren darauf gerichtet, § 217 StGB außer Vollzug zu setzen. Das BVerfG hat den Antrag

⁶² Im Ergebnis ebenso Hecker, GA 2016, 455 (461); Berghäuser, ZStW 2016, 741 (776 f.).

⁶³ Hecker, GA 2016, 455 (462).

⁶⁴ Vgl. bereits Schöch/Verrel, GA 2005, 553 ff.

⁶⁵ Insbesondere Hilgendorf/Rosenau, Stellungnahme 146 deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe, medstra 2015, 129.

⁶⁶ BT-Drucks. 18/5373, S. 12-14.

⁶⁷ Kubiciel, ZIS 2016, 396 (402 f.); Nakamichi, ZIS 2017, 324 (325 ff.); Brunhöber, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 217 Rn. 26 ff.

⁶⁸ Taupitz, medstra 2016, 323 (330); Hoven, ZIS 2016, 1 (7); Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 217 Rn. 6; Momsen, in: Satzger/Schmitt/Widmaier 3. Aufl. (2016), § 217 Rn. 2; Fischer, 64. Aufl. (2017), § 217 Rn. 3a ff.

⁶⁹ Die Verortung des Rechts auf Sterben ist im Detail umstritten, vgl. ausf. Hoven, ZIS 2016, 1 ff.

⁷⁰ Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 217 Rn. 6; Oglakcioğlu, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 35. Edition

(01.08.2017), § 217 Rn. 11; Hilgendorf/Rosenau, medstra 2015, 129; Brunhöber, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 217 Rn. 29.

⁷¹ Roxin, NSTZ 2016, 185 (186).

⁷² BGHSt 55, 191 ff.

⁷³ EGMR NJW 2013, 2953 Ls. 3.

⁷⁴ Roxin, NSTZ 2016, 185 (186).

⁷⁵ Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 217 Rn. 6; Oglakcioğlu, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 35. Edition (01.08.2017), § 217 Rn. 12a; Hilgendorf/Rosenau, medstra 2015, 129; Hecker, GA 2016, 455 (463); Gaede JuS 2016, 385 (386 f.).

⁷⁶ Roxin, NSTZ 2016, 185 (188 f.).

⁷⁷ Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 217 Rn. 6; Fischer, 64. Aufl. (2017), § 217 Rn. 3a; Oglakcioğlu, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 35. Edition (01.08.2017), § 217 Rn. 12a; Roxin, NSTZ 2016, 185 (186).

⁷⁸ Fischer, 64. Aufl. (2017), § 217 Rn. 3; Hoven, ZIS 2016, 1 (7); Duttge, NJW 2016, 120 (123).

⁷⁹ Hoven, ZIS 2016, 1 (7); Duttge, NJW 2016, 120 (123).

⁸⁰ BVerfG, NJW 2016, 558.

aufgrund der für die Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes erforderlichen Folgenabwägung abgelehnt. Sofern § 217 StGB nicht außer Vollzug gesetzt werde, wären die Beschwerdeführer lediglich bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache gehindert, die von ihnen grundsätzlich gewünschte Form einer begleiteten Selbsttötung in Anspruch zu nehmen. Bei Erlass der Anordnung sei dagegen zu befürchten, dass sich insbesondere unter schweren Erkrankungen leidende, auf fremde Hilfe angewiesene Personen durch die dann fortsetzbaren Angebote geschäftsmäßiger Förderung der Selbsttötung zu einem Suizid verleiten lassen könnten.⁸¹

Die unmittelbar gegen § 217 StGB gerichteten Verfassungsbeschwerden wurden einmal mangels hinreichend substantiiertes Begründung nicht zur Entscheidung angenommen⁸² und einmal mangels unmittelbarer und gegenwärtiger Beschwer als unzulässig behandelt⁸³. Von einer weiteren Begründung wurde abgesehen. Eine Entscheidung in der Sache durch das BVerfG steht daher weiter aus.

Ein Ende der Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit ist daher in absehbarer Zeit nicht zu erwarten.

E) Fazit

Die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe nach § 217 StGB eröffnet über die heftig geführte rechtspolitische Diskussion hinaus im Ergebnis auch interessante rechtsdogmatische Problematiken, welche in Zukunft sowohl in medizinstrafrechtlichen Schwerpunktklausuren und -hausarbeiten als auch in Examensklausuren zu finden sein werden. Jedem Studierenden sei daher nahegelegt, die grundlegende Systematik der Tötungsdelikte und der Suizidhilfe – fortan auch im Lichte des § 217 StGB – vertieft zu bearbeiten.

► Inhaltsverzeichnis



⁸¹ BVerfG NJW 2016, 558 (558 f.).

⁸² BVerfG BeckRS 2017, 118715.

⁸³ BVerfG BeckRS 2017, 118719.



Ankommen und durchstarten

Eine gute Kanzlei bietet Ihnen alle Möglichkeiten, sich als Anwältin oder Anwalt maximal zu entwickeln. Eine ausgezeichnete Kanzlei macht mehr. Sie fördert Ihre anwaltliche Ausbildung bereits im Referendariat. Bei Menold Bezler profitieren alle Referendare (m/w) von einer praxisnahen, examensrelevanten Ausbildung durch feste Betreuer im Wunsch-Rechtsgebiet, der Teilnahme an Mandanten- und Gerichtsterminen sowie von Schulungen im Rahmen unserer eigenen „MB Akademie“, Aktenvortragstrainings und einem wöchentlichen Englischunterricht. Flache Hierarchien, ein enger Zusammenhalt und eine sehr gute Arbeitsatmosphäre prägen unsere Arbeitsweise. Neugierig? Dann informieren und bewerben Sie sich auf www.menoldbezler.de/karriere.



MENOLD BEZLER

RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart und Heilbronner Straße 190, 70191 Stuttgart
Telefon +49 711 86040-00, Stefanie.Mueller@menoldbezler.de, www.menoldbezler.de

KLAUSUR – STRAFRECHT

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)*

„Katalanische Verhältnisse“ Schwerpunktbereichsklausur

Sachverhalt

Im Freistaat Bayern amtiert als bayerische Staatsregierung eine Alleinregierung der Bayerischen Staatspartei (BSP) unter Führung von Ministerpräsident Heinz Steinbrecher (S). Nach der für die BSP katastrophal verlaufenen Bundestagswahl 2017 – die BSP verlor über 10% an Wählerstimmen – gärt es in der Partei. Die erneute absolute Mehrheit im Freistaat bei der nächsten Landtagswahl scheint unerreichbar. Dazu kommt eine massive Unzufriedenheit mit der Politik auf Bundesebene, wo die BSP gleichwohl mit an der Regierung beteiligt ist. Zum einen führt der Freistaat Bayern über den Länderfinanzausgleich permanent hohe Summen an andere Bundesländer ab. Zum anderen hält die BSP die Flüchtlingspolitik der Bundeskanzlerin Andrea Meister (M) für schlechterdings untragbar. Die Bundesgrenzen seien entgegen dem Drängen der BSP nicht geschlossen worden und eine wirkliche Obergrenze für die Aufnahme von Flüchtlingen und Migranten, die den Namen verdient, habe nicht vereinbart werden können. Stattdessen gebe es einen halbwegs das Gesicht wahrenden Formelkompromiss, der aber mangels Festlegung auf Zurückweisung an den deutschen Außengrenzen oder Schaffung von Transitzonen bei Lichte betrachtet ein zahnlöser Tiger ist. Bei dieser Gemengelage sieht die BSP nur noch eine Möglichkeit: Bayern muss schnellstens unabhängig werden. An den Beispielen Schottland und Katalonien sehe man ja, dass bestehende nationale Grenzen selbst innerhalb der Europäischen Union (EU) nicht in Stein gemeißelt sind.

Am 15. 11. 2017 beschließt die bayerische Staatsregierung daher, ein Referendum über die Loslösung des Freistaats Bayern von der Bundesrepublik Deutschland abzuhalten. Die Grundlagen hierfür seien ja schließlich in der bayerischen Verfassung (BV) angelegt. Zum einen spricht Art. 8 BV explizit von einer bayerischen Staatsangehörigkeit. Zum anderen regelt Art. 2 Abs. 2 BV, dass der Volkswille in Wahlen und Abstimmungen organisiert wird. Der Wille des Volkes sei eben derzeit die Unabhängigkeit Bayerns, wie es ja auch vor dem Jahr 1871 bereits der Fall gewesen ist. Gleichzeitig solle sowohl aus traditionellen Gründen als auch aufgrund der gebotenen Abgrenzung zur Bundesrepublik Deutschland eine Restauration der Monarchie erfolgen und letztendlich das Königreich Bayern ausgerufen werden. Wenn 1990 ein Beitritt von mehreren neuen Bundesländern zur Bundesrepublik Deutschland habe organisiert werden können, dann müsse es ja auch spiegelbildlich eine Möglichkeit des Austritts geben. Das Projekt Bayern-Exit (Bayxit) nimmt daraufhin an Fahrt auf. Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) in Karlsruhe, wonach auf Ebene der deutschen Bundesländer kein Referendum über die jeweilige Unabhängigkeit

organisiert werden darf, interessiert weder die BSP noch S. Bald sei das BVerfG ja ohnehin nicht mehr von Belang, es möge sich um die Angelegenheiten von „Restdeutschland“ kümmern. Das Referendum wird für den 01.12.2017 angesetzt und bayernweit bekanntgemacht.

In der Zwischenzeit meldet sich die Bundesregierung aus Berlin zu Wort und untersagt die Durchführung des Referendums. In einer deutschlandweit gesendeten Fernsehansprache am 30.11.2017 erklärt M, Einigkeit sei das Gebot der Stunde. In Zeiten internationaler Krisen und globaler Probleme sei es allzu kurz-sichtig, rein an regionale Egoismen zu denken. Das geplante Referendum sei im Übrigen rechtswidrig, es gebe kein Recht auf Sezession. Bereits die Präambel der Reichsverfassung von 1871 habe von einem „ewigen Bund“ gesprochen, was sich im Grundgesetz (GG) von 1949 fortgesetzt habe. Ein Austrittsrecht aus dem deutschen Bundesstaat kenne das GG nicht. Dies sei bei einem Bundesstaat auch generell unüblich, sondern allenfalls bei einem Staatenbund wie der EU zulässig und anerkannt (siehe den sog. Brexit Großbritanniens). Sollte die bayerische Staatsregierung ihr geplantes Referendum am Folgetag dennoch durchführen lassen, werde die Bundespolizei einschreiten und das Referendum letztlich wirksam verhindern. Sie selbst mahne jedenfalls zur Ruhe im Land, es gelte nun wie schon 1989 der eherne Grundsatz des demokratischen Rechtsstaats „keine Gewalt“.

Dessen ungeachtet wird das Referendum am 01.12.2017 durchgeführt. Teilweise gelingt es der Bundespolizei, Wahlurnen und Wahlzettel zu beschlagnahmen. Die Wahlbeteiligung liegt bei ca. 40%. Die Auszählung der abgegebenen Stimmen ergibt, dass ca. 90% den Bayxit befürworten. Überschattet wird das Referendum von einem massiven Gewalteinsatz seitens der Bundespolizei, um den passiven Widerstand in den Wahllokalen vor Ort zu brechen. Es werden an diesem Tag in Bayern insgesamt ca. 1.000 Personen vor allem durch den Einsatz von Schlagstöcken und Tränengas verletzt.

Am 02.12.2017 findet in Bayern eine Landtagssitzung statt. Der Landtag verurteilt zunächst einhellig die Unterdrückung des friedlichen bayerischen Widerstands durch eine „Gewaltorgie“ der Bundespolizei. S legt dem Landtag sodann eine Beschlussvorlage der bayerischen Staatsregierung vor, nach der der bisherige Freistaat Bayern zum „von der Bundesrepublik Deutschland unabhängigen Königreich Bayern“ ausgerufen wird. Der Landtag stimmt mit den Stimmen der BSP und einer weiteren Partei mehrheitlich zu.

* Der Autor ist Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2016, Az.: 2 BvR 349/16.

Daraufhin begibt sich die gesamte bayerische Staatsregierung nach Schloss Nymphenburg zu Herzog Franz von Bayern, um dem mittlerweile 84jährigen Oberhaupt des bis 1918 in Bayern regierenden Hauses Wittelsbach die Königskrone anzutragen. Dieser lehnt ab, er und das Haus Wittelsbach stünden spätestens seit 1945 nicht mehr für eine Restauration der Monarchie in Bayern zur Verfügung. Daraufhin erklärt sich S, da der bayerische Thron derzeit vakant sei, in einer anschließenden Kabinettsitzung zum „des Königreichs Bayern Verweser“² bis eine Lösung in der Dynastiefrage gefunden ist. In einer weiteren Landtagssitzung am Abend – der Landtag wurde mittlerweile allerdings wie vor 1918 in 2. Kammer umbenannt – werden u.a. folgende Gesetze beschlossen und noch vor Mitternacht durch Unterzeichnung von S als provisorisches Staatsoberhaupt in Kraft gesetzt: 1. Gesetz über die Abschaffung des Euro und einstweilige Beibehaltung des Bargelds unter der Bezeichnung Mark/Pfennig; 2. Gesetz über die Flaggen, Wappen und Kennzeichen des Königreichs Bayern; 3. Gesetz über den Aufbau einer königlichen Landesbank und einer königlichen Rentenkasse.

Mittlerweile eskaliert die Lage. In den bayerischen Großstädten gibt es sowohl Unabhängigkeitsdemos mit weißblauen Fahnenmeeren als auch Gegendemos, die mit schwarz-rot-gold für die Einheit Deutschlands demonstrieren. Kräfte der Bundespolizei besetzen in der Zwischenzeit in München und Nürnberg strategische Ziele (Flughäfen, Bahnhöfe, Rundfunksender). Die bayerische Landespolizei unternimmt einstweilen – außer der Sicherung des Münchener Regierungsviertels – nichts. Der bayerische Innenminister Jochen Hartmann (H) und S erwägen nun, die in Bayern stationierten Teile der Bundeswehr (Landeskommando Bayern) und der Bundespolizei unter bayerischem Befehl zu stellen und auf das Königreich Bayern zu vereidigen.³ Entsprechende Kontaktversuche erfolgen, der Befehlshaber des Landeskommandos ist allerdings im Urlaub, sein Vertreter ist wegen eines Umzugs telefonisch gerade nicht erreichbar. Nach Berlin wird aus der bayerischen Staatskanzlei heraus ein von S unterzeichnetes „Aufforderungsschreiben“ versendet, wonach die Besetzungsakte in München und Nürnberg binnen 24 Stunden rückgängig gemacht werden sollen. Anderenfalls werde man die ca. 42.000 Mann starke bayerische Landespolizei und bayern-treue Teile der in Bayern stationierten Bundeswehr und der Bundespolizei gegen „feindliche Kräfte“ einsetzen. Blutvergießen sei dann leider nicht mehr zu vermeiden. Indes sichere man „ausländischen Truppenteilen“ einen freien Abzug über die neue Staatsgrenze zwischen Bayern und Deutschland bis zum 07.12.2017 zu und biete die Aufnahme diplomatischer Verhandlungen an. Aus Berlin wird verlautbart, man verhandle nicht mit Separatisten. Der Landespolizeipräsident von Bayern erklärt in der Zwischenzeit via Twitter, er werde die Landespolizei nicht

gegen andere bewaffnete Kräfte in Marsch setzen. Auch seitens des Landeskommandos Bayern der Bundeswehr und der Befehlshaber der Bundespolizei in Bayern erfährt die bayerische Staatsregierung keine erkennbaren Anzeichen von Unterstützung. S und seine Minister erkennen nun, dass die Lage für sie brenzlich wird und setzen sich am Mittag des 04.12.2017 in einem Dienstwagenkonvoi nach Österreich ab.⁴ Nachdem der Chauffeur von S bereits aus Furcht vor Strafverfolgung seitens der deutschen Behörden getürmt ist, fährt S selber. Sein Dienstwagen ist bereits mit einem königlich-bayerischen KFZ-Kennzeichen ausgestattet. S hat jedoch nie eine Fahrprüfung absolviert.

Zumindest die neue königliche Landesbank hatte bereits am 03.12.2017 ihre Tätigkeit aufgenommen und neben der Vorbereitung zentralbanklicher Tätigkeiten Einlagen von Privatpersonen angenommen.⁵ Unter anderem S erbittet nun in Österreich Asyl, weil er in Deutschland politisch verfolgt werde. Ein fairer Prozess sei schließlich nicht zu erwarten. M habe die bundesdeutsche Justiz vollends unter Kontrolle, das Urteil lebenslängliche Haft stehe jetzt schon fest. Deutschland verlangt die Auslieferung (auch) von S.

Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von S nach dem Strafgesetzbuch (StGB), dem Straßenverkehrsgesetz (StVG) und dem Kreditwesengesetz (KWG).

² Mit exakt jenem Wortlaut leistete 1886 bereits Prinzregent Luitpold seinen Amtseid als Staatsoberhaupt Bayerns und übernahm bis zu seinem Tod im Jahr 1912 die Amtsgeschäfte des Königs. Seine Neffen und einander folgenden formalen Könige Ludwig II. und Otto I. waren an der Amtsführung verhindert, da sie psychisch erkrankt waren (offizielle Bezeichnung seinerzeit: schwermütig). Der recht antiquierte Begriff „Verweser“ bzw. „Reichsverweser“ wird dem die Amtsgeschäfte leitenden Staatsoberhaupt in einer Monarchie verliehen, die noch keinen König hat (z.B. Deutschland 1848/49), wo der König an der Amtsführung verhindert ist (z.B. Bayern 1886 - 1913), oder aber wo der jeweilige Staat nur noch nominell ein Königreich ist, faktisch aber längst eine Republik (z.B. Ungarn 1920 - 1944/45).

³ Als Blaupause fungiert die analoge Verwirklichung dieser Strategie durch den bayerischen Generalstaatskommissar Gustav Ritter von Kahr im Jahr

1923 im Vorfeld des sog. Hitler-Ludendorff-Putsches. Seinerzeit ging es aber nicht um eine etwaige Sezession Bayerns, sondern um einen Marsch auf Berlin zum Zwecke der Absetzung der Reichsregierung.

⁴ Auch dieser Umstand weist eine historische Parallele auf: 99 Jahre zuvor flüchtete auch der letzte bayerische König Ludwig III. in einem Wagenkonvoi aus München letztlich nach Österreich.

⁵ Hierin liegt eine Verbindung mit dem 2012 in Wittenberg proklamierten Phantasiestaat „Königreich Deutschland“ aus dem Umfeld der sog. Reichsbürgerbewegung, welcher letztlich insbesondere über diese Aktivitäten mit den deutschen Behörden in Konflikt geraten ist, so dass das fiktive Königreich auf dem Gelände einer alten Klinik durch die Behörden 2013 ausgehoben wurde.

Gliederung

A) Strafbarkeit des S aus § 81 Abs. 1 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Angriffsgegenstand/Schutzgut
 - b) Tatmittel
2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Zwischenergebnis

B) Strafbarkeit des S aus § 83 Abs. 1 StGB

C) Strafbarkeit des S aus §§ 89, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

I. Vorprüfung

II. Tatbestand

1. Tatentschluss
2. Unmittelbares Ansetzen

III. Rechtswidrigkeit

IV. Schuld

V. Rücktritt

VI. Zwischenergebnis

D) Strafbarkeit des S

aus §§ 105 Abs. 1 Nr. 3, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

E) Strafbarkeit des S

aus § 132 StGB

F) Strafbarkeit des S

aus § 146 Abs. 1 StGB

G) Strafbarkeit des S

aus § 267 Abs. 1 StGB

H) Strafbarkeit des S

aus § 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StVG

I) Strafbarkeit des S

aus § 21 StVG

J) Strafbarkeit des S

aus § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG iVm. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

K) Gesamtergebnis und Konkurrenzen

Nach einem gemäß der spanischen Verfassung illegalen Referendum wurde im Oktober 2017 die Unabhängigkeit der Republik Katalonien vom Königreich Spanien ausgerufen. Daraufhin setzte die Zentralregierung in Madrid gestützt auf Art. 155 der spanischen Verfassung die katalonische Regionalregierung um ihren Präsidenten Carles Puigdemont ab, übernahm die Verwaltung vor Ort und rief Neuwahlen in Katalonien aus. Carles Puigdemont und mehrere seiner Minister flohen nach Belgien. In Spanien wurde gegen die Mitglieder der vormaligen katalanischen Regionalregierung Anklage ua. wegen des strafrechtlichen Vorwurfs des Aufstands (rebelión) und des Aufruhrs (sedición) erhoben. Spanische Auslieferungersuchen (EU-Haftbefehl) sind anhängig. Wie wäre eigentlich ein fiktiver analoger Fall in Deutschland strafrechtlich zu bewerten?

Gutachten

A) Strafbarkeit des S aus § 81 Abs. 1 StGB

S könnte sich dadurch, dass er mit dem Einsatz bewaffneter Kräfte zum Zwecke der Durchsetzung der Unabhängigkeit Bayerns drohte und in diesem Zusammenhang ein Blutbad in Aussicht stellte, wegen Hochverrats gegen den Bund nach § 81 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

S müsste zunächst tatbestandsmäßig gehandelt haben.

1. Objektiver Tatbestand

Den objektiven Tatbestand hätte S dann verwirklicht, wenn er durch eine geeignete Tathandlung das spezifische Schutzgut von § 81 Abs. 1 StGB verletzt hätte. Da § 81 StGB ein Unternehmensdelikt darstellt, sind Versuch und Vollendung gleichermaßen erfasst. Etwa der Ausspruch der tatbestandsspezifischen Gewaltdrohung reicht somit bereits zur Vollendung des Delikts vollkommen aus.⁶

a) Angriffsgegenstand/Schutzgut

Dann müsste S den Bestand der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt (sog. Bestandshochverrat nach § 81 Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder die auf dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (GG) beruhende verfassungsmäßige Ordnung geändert bzw. eine Änderung erst noch beabsichtigt haben (sog. Verfassungshochverrat nach § 81 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und dabei zumindest mit Gewalt gedroht haben.

Möglicherweise wurde zunächst der Bestand der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung des Bestands der Bundesrepublik Deutschland ist in § 92 Abs. 1 StGB umschrieben und umfasst das Aufheben ihrer Freiheit von fremder Botmäßigkeit, das Beseitigen der staatlichen Einheit oder das Abtrennen eines zu ihr gehörenden Gebiets. Vorliegend kommen die zweite und die dritte Variante in Betracht. Die staatliche Einheit der Bundesrepublik Deutschland wird dann

aufgehoben, wenn sie z.B. in einen Staatenbund umgewandelt oder mindestens ein Bundesland zu einem souveränen Staat wird.⁷ Die Abtrennung eines Gebiets kann ferner dadurch erfolgen, dass ein Teil Deutschlands Teil eines fremden Staates oder aber ein Teil zu einem selbstständigen Staat erhoben wird.⁸ Der bereits auch und gerade durch S verwirklichte Bayxit erfüllt beide Varianten, schließlich wurde Bayern zu einem souveränen Staat proklamiert, der damit aus dem deutschen Bundesstaat ausschied.

Fraglich ist ferner, ob zugleich die verfassungsmäßige Ordnung geändert wurde bzw. werden sollte. Zur verfassungsmäßigen Ordnung zählen dabei die sich aus dem GG ergebenden bzw. auf diesem beruhenden Grundlagen und Grundregeln einer freiheitlichen und rechtsstaatlichen Demokratie sowie die Grundrechte.⁹ Dies meint letztlich die in § 92 Abs. 2 StGB aufgeführten Verfassungsgrundsätze (Recht des Volkes, die Staatsgewalt in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung auszuüben und die Volksvertretung in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl zu wählen; Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und die Bindung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht; Recht auf die Bildung und Ausübung einer parlamentarischen Opposition; Ablösbarkeit der Regierung und ihre Verantwortlichkeit gegenüber der Volksvertretung; Unabhängigkeit der Gerichte; Ausschluss jeder Gewalt- und Willkürherrschaft), die durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Grundsätze der Demokratie und des Rechtsstaats und die Gewährleistung der individuellen Grundrechte.¹⁰ Vorliegend ist dies in Bezug auf die Bestrebungen auch von S nicht vollends klar. Einerseits erscheint das neue Königreich Bayern als konstitutionelle Monarchie, bei der auch weiterhin Wahlen organisiert würden und die wesentlichen Grundzüge von Demokratie und Rechtsstaat erhalten bleiben. Andererseits ist es auch möglich, dass die Drohung des S mit einem Einsatz bewaffneter Kräfte zumindest partiell in die Richtung Gewaltherrschaft geht. Dies lässt sich anhand des Sachverhalts aber nicht eindeutig beurteilen. In dubio pro reo ist alleine schon deshalb davon auszugehen, dass die Variante der Änderung der verfassungsmäßigen Ordnung nicht einschlägig ist. Zudem würde sich die Frage stellen, ob es überhaupt ausreichend sein kann, wenn nur in einem Teilgebiet der Bundesrepublik Deutschland¹¹, vorliegend eben in Bayern, eine Änderung der dort geltenden verfassungsmäßigen Ordnung angestrebt oder vollzogen wird.

Im Ergebnis hat S zumindest das Schutzgut der Beeinträchtigung des Bestands der Bundesrepublik Deutschland verletzt.

b) Tatmittel

§ 81 Abs. 1 StGB ist allerdings nicht bereits damit Genüge getan, dass jede Form secessionistischer Handlungen zur Erfüllung des Tatbestands ausreicht.

⁶ *Laufhütte/Kuschel*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2012), § 81 Rn. 13; *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 81 Rn. 6b.

⁷ *Ellbogen*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 92 Rn. 3; *Steinmetz*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 92 Rn. 4.

⁸ *Ellbogen*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 92 Rn. 4; *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 92 Rn. 5b.

⁹ BGHSt 7, 222; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 81 Rn. 7.

¹⁰ v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 92 Rn. 3; *Becker*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 81 Rn. 3.

¹¹ Dies wird in den wenigen Stimmen hierzu eher bejaht, vgl. *Laufhütte/Kuschel*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2012), § 81 Rn. 12; im Ansatz auch *Zöller*, in: SK-StGB, 147 Lfg. (2014), § 81 Rn. 9.

Hinweis

Dies ist der eigentlich interessante, weil in der Öffentlichkeit weitestgehend unbekannteste Aspekt des Falls. Zwar gestattet das GG keine Sezession. Allerdings ist der Versuch oder die Vollendung einer Sezession in Deutschland (anders als in vielen anderen Ländern) nicht strafbar, sofern dieses Ansinnen rundweg gewaltfrei verfolgt wird. Tatsächlich kann es in diesem Zusammenhang aber ohnehin nur um eine Versuchsstrafbarkeit gehen, denn der erfolgreiche Separatist unterliegt gar nicht mehr dem Anwendungsbereich des StGB.

Voraussetzung ist vielmehr die Zuhilfenahme einer Art qualifiziertes Nötigungsmittel (Einsatz von Gewalt oder Drohung mit Gewalt), wobei der Gewaltbegriff nicht mit dem Gewaltbegriff aus den Individualdelikten der §§ 240 ff. StGB kongruent ist, sondern beim Hochverrat eine höhere Schwelle aufweist und anhand des jeweils geschützten Rechtsguts auszulegen ist.¹² Vorliegend muss beim Begriff der Gewalt allerdings gar nicht weiter dahingehend differenziert werden, ab wann der spezifische Wirkungsgrad im Rahmen von § 81 StGB beginnt. Denn die Aussage des S, wonach man bei Nichterfüllung der Forderungen bewaffnete Kräfte einsetzen werde, was wohl zu einem Blutvergießen führen wird, reicht zur Ausfüllung des Gewaltbegriffs jedenfalls aus. Irrelevant ist es insofern, ob der Handelnde die Drohung tatsächlich verwirklichen kann. Im Rahmen der Drohung mit Gewalt muss die Gewalt dann geeignet sein, einen Nötigungsdruck auf den Bedrohten aufzubauen.¹³ Dies ist vorliegend der Fall, denn die Bundesregierung als mittelbar maßgebliche Befehlsinstanz der Bundespolizei ist natürlich gehalten, Blutvergießen zu vermeiden. Dies ergibt sich alleine schon aus dem Amtseid in Art. 56 GG, wonach Schaden vom deutschen Volk abzuwenden ist.

2. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht ist zumindest bedingter Vorsatz erforderlich. Dabei muss das hochverräterische Unternehmen in der Vorstellung des Täters hinreichend konkretisiert sein.¹⁴ Vorliegend war sich S der Hochverrattat in allen Facetten bewusst und wollte dies auch (dolus directus 1. Grades). Der subjektive Tatbestand ist damit erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit

Ferner müsste S rechtswidrig gehandelt haben. Womöglich wird sich S auf eine Art Staatsnotstand berufen. Ein solches Handeln im Staatsnotstand (übergesetzlicher Notstand) zwecks Durchführung des Volkswillens ist allerdings von der deutschen Rechtsordnung nicht anerkannt. Zumal vorliegend auch nicht klar erkennbar ist, ob der Bayxit auch wirklich dem (regionalen) Volkswillen entsprach. Denn das Referendum war zum einen illegal, da es hierfür keine rechtliche Grundlage gab. Zum anderen hat dort nur eine Minderheit ihre Stimme abgegeben. Und zudem sind wegen der Störung und Verhinderung einzelner

Stimmabgaben auch insgesamt Zweifel an der demokratischen Legitimität angebracht.

Zudem könnte an das Widerstandsrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG gedacht werden. Ein Handeln auf dieser Rechtsgrundlage kann sich anerkanntermaßen auch gegen Ereignisse und Umstände richten, die vom Täter als Gefahren für Bestand und Grundlagen der Verfassung gesehen und mit Gewalt angegriffen werden können.¹⁵ Dazu hätte aber aus der Perspektive von S – von Irrtumsproblematiken nach §§ 16, 17 StGB einmal abgesehen – davon ausgegangen werden müssen, dass auf Ebene der Bundesregierung massive Verfassungsverletzungen begangen werden und zudem eine Loslösung Bayerns aus dem Bestand der Bundesrepublik Deutschland ein taugliches Mittel ist, dem zu begegnen. Allerdings hätten in einem solchen Fall sowohl Bayern über eine entsprechende Klage vor dem BVerfG als auch die BSP über die Drohung des Koalitionsbruchs auf Bundesebene anderweitig einwirken können. Ohnehin sind keine wirklichen Verfassungsverstöße auf Bundesebene erkennbar. Die Unzufriedenheit der BSP mit der Flüchtlingspolitik der Bundeskanzlerin reicht jedenfalls für sich betrachtet dabei nicht aus. Und auch der Einsatz der Bundespolizei gegen das Referendum vom 30.11.2017 scheint sich als legitimer Polizeieinsatz darzustellen und von einer bundesdeutschen „Herrschaft des Unrechts“ weit entfernt zu sein.

Rechtfertigungsgründe sind daher insgesamt nicht ersichtlich. S hat somit rechtswidrig gehandelt.

III. Schuld

Schließlich müsste S schuldhaft gehandelt haben. Es sind keinerlei Entschuldigungsgründe erkennbar. Damit war das Handeln des S auch schuldhaft.

IV. Zwischenergebnis

S hat sich somit wegen Hochverrats gegen den Bund nach § 81 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Für eine Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe nach § 83a StGB wegen tätiger Reue ist ferner kein Raum. In Bezug auf § 81 StGB bedarf es nämlich nach § 83a Abs. 1 StGB, dass der Täter freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt und eine von ihm erkannte Gefahr, dass andere das Unternehmen weiter ausführen, abwendet oder wesentlich mindert oder dass er freiwillig die Vollendung der Tat verhindert. Möglich wäre nach § 83a Abs. 3 StGB auch, dass ein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen des Täters ausreicht, sofern die bezeichnete Gefahr ohne Zutun des Täters abgewendet oder wesentlich gemindert oder die Vollendung der Tat verhindert wird. Vorliegend hat S aber vom weiteren Verlauf der Durchsetzung des hochverräterischen Unternehmens nur deshalb abgesehen, weil sich ihm und seinen Mitstreitern keinerlei bewaffnete Kräfte angeschlossen haben und die Bundespolizei in Bayern zu stark präsent war. Erkennbar fehlt es daher bei S an einem autonomen Handeln, somit also

¹² Vgl. Becker, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 81 Rn. 6; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 81 Rn. 6a.

¹³ Laufhütte/Kuschel, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2012), § 81 Rn. 16; Lampe/Hegmann, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 81 Rn. 5.

¹⁴ Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 81 Rn. 8; Lampe/Hegmann, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 81 Rn. 8.

¹⁵ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 81 Rn. 30; Lampe/Hegmann, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 81 Rn. 30.

einem freiwilligen Ablassen als rundweg erforderliche Grundlage der Anwendung der Grundsätze von tätiger Reue nach § 83a StGB.

B) Strafbarkeit des S aus § 83 Abs. 1 StGB

Ferner könnte sich S dadurch strafbar gemacht haben, dass er mit der maßgeblich auch von ihm initiierten Durchführung des Referendums vom 30.11.2017 das spätere hochverräterische Unternehmen des Bayxits vorbereitet hat.

Eine Vorbereitungshandlung meint hier jegliche Art der Förderung eines künftigen Unternehmens nach §§ 81, 82 StGB.¹⁶ Erfasst sind jedenfalls auch organisatorische Vorbereitungen¹⁷, so dass die Abhaltung eines Unabhängigkeitsreferendums jedenfalls hierunter fällt.

Jedoch wird § 83 StGB bei Verwirklichung einer Straftat nach §§ 81, 82 StGB – was vorliegend der Fall ist – stets im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt.¹⁸

C) Strafbarkeit des S aus §§ 89, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

Möglicherweise hat sich S durch die Kontaktaufnahme zum Landeskommando Bayern der Bundeswehr zum Zwecke der Unterstellung der in Bayern befindlichen Bundeswehreinheiten wegen versuchter verfassungsfeindlicher Einwirkung auf die Bundeswehr aus §§ 89, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

I. Vorprüfung

Das Landeskommando Bayern konnte mangels Erreichbarkeit nicht auf die Versuche der Kontaktaufnahme durch S und H reagieren. Die Tat wurde somit mangels effektiv verwirklichter Einwirkung auf die Bundeswehr nicht vollendet.¹⁹

Der Versuch einer solchen Einwirkung ist allerdings nach § 89 Abs. 1 StGB strafbewehrt.

II. Tatbestand

S müsste zunächst tatbestandsmäßig gehandelt haben.

1. Tatentschluss

Dabei müsste S mit Tatentschluss hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung gehandelt haben. Tatentschluss meint die Verwirklichung des gesamten subjektiven Unrechtstatbestands des betreffenden Delikts.

Dies bedeutet in Bezug auf § 89 StGB, dass der Täter zumindest bedingten Vorsatz hinsichtlich des planmäßigen Einwirkens und des Umstands, dass der Adressat Angehöriger der Bundeswehr ist wie auch die doppelte Absicht aufweisen muss, durch seine Einwirkung die pflichtgemäße Bereitschaft zum Schutz der Sicherheit der Bundesrepublik oder die verfassungsgemäße

Ordnung zu untergraben und sich dadurch absichtlich für Bestrebungen gegen den Bestand und die Sicherheit der Bundesrepublik und ihrer verfassungsmäßigen Ordnung einzusetzen.²⁰

Der Vorsatz des S ist dabei unzweifelhaft zu bejahen. Einerseits wusste er, dass die Führungspersonen im Landeskommando Bayern, bei denen eine Kontaktaufnahme versucht wurde, Angehörige der Bundeswehr sind. Andererseits wollte S auch auf die betroffenen Bundeswehrangehörigen planmäßig einwirken. Planmäßiges Einwirken ist dabei jede Tätigkeit, durch die ein Angehöriger des geschützten Personenkreises in einer vom Täter gewünschten Weise beeinflusst werden soll.²¹ Unerheblich ist dabei, ob die Beeinflussung im Ergebnis gelingt oder ein geeignetes Tatmittel eingesetzt wird.²² Entscheidend ist vielmehr regelmäßig, dass die angesprochene Person erreicht wird und zu pflichtwidrigem Verhalten oder dem Unterlassen pflichtgemäßer Handlungen angehalten werden soll.²³ Das Landeskommando Bayern und die unterstellten Einheiten der Bundeswehr sollten sich aufgrund der geplanten Einwirkung des S in pflichtwidriger Weise aus dem Kommandobereich des Bundesverteidigungsministers lösen und sich dem neuen Königreich Bayern unterstellen. Damit bestand auch Tatentschluss bezüglich des planmäßigen Einwirkens.

Weiterhin müsste die geplante Einwirkung von S im Sinne eines Tatentschlusses in der Absicht erfolgt sein, die pflichtgemäße Bereitschaft zum Schutz der Sicherheit der Bundesrepublik oder die verfassungsgemäße Ordnung zu untergraben. Dies bedeutet, dass es dem Täter gerade darauf ankommen muss, den jeweiligen Bundeswehrangehörigen nicht nur allgemein zu einem insbesondere pflichtwidrigen Handeln zu bestimmen, sondern es muss spezifisch um die Beseitigung oder Erschütterung der Bereitschaft zum Schutz der Bundesrepublik oder ihrer verfassungsmäßigen Ordnung gehen.²⁴ Dem S kam es auch gerade darauf an, mit den etwaig überlaufenden Truppenteilen der Bundeswehr in Bayern einerseits die Verteidigungsbereitschaft der Bundesrepublik zu schwächen und andererseits neue bewaffnete Kräfte zum Schutz oder zum Zwecke der Aggression Bayerns gegen Kräfte der Bundespolizei zu gewinnen. Die spezifische Untergrabungsabsicht liegt daher vor.

Zusätzlich müsste S sich dadurch auch absichtlich für Bestrebungen gegen den Bestand und die Sicherheit der Bundesrepublik und ihrer verfassungsmäßigen Ordnung eingesetzt haben. Auch dieses Absichtsmerkmal liegt vor.

Insgesamt ist der Tatentschluss des S daher gegeben.

2. Unmittelbares Ansetzen

In objektiver Hinsicht setzt der Versuch nach § 22 StGB voraus, dass der Täter nach seiner individuellen Vorstellung von der Tat

¹⁶ v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 83 Rn. 6; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 83 Rn. 3.

¹⁷ Laufhütte, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2012), § 83 Rn. 7; Lampe/Hegmann, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 83 Rn. 5.

¹⁸ Vgl. Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 83 Rn. 7; v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 83 Rn. 20;

¹⁹ Für eine Versuchsstrafbarkeit ist im Rahmen von § 89 StGB nur sehr begrenzt Raum, ua. eben wenn auf die einzuwirkende Person mangels Kontakt gar nicht eingewirkt werden konnte. Im Übrigen ist die Tat bereits mit Beginn der Einwirkung in das Vollendungsstadium eingetreten.

²⁰ Rudolphi, in: SK-StGB, 119. Lfg. (2009), § 89 Rn. 8; Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 89 Rn. 10.

²¹ BGHSt 4, 291; Laufhütte/Kuschel, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2012), § 89 Rn. 4.

²² Laufhütte/Kuschel, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2012), § 89 Rn. 4; aA. Rudolphi, in: SK-StGB, 119. Lfg. (2009), § 89 Rn. 4.

²³ Vgl. Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 89 Rn. 2; im Ansatz auch Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 89 Rn. 7.

²⁴ Rudolphi, in: SK-StGB, 119. Lfg. (2009), § 89 Rn. 6; Ellbogen, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 89 Rn. 8.

zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Unmittelbares Ansetzen ist dabei mit der sog. gemischt subjektiv-objektiven Theorie als die Aufnahme einer Handlung zu verstehen, die nach dem Plan des Täters ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmündet, wobei der Täter subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht's los“ überschreitet.

Seiner Vorstellung nach hat S mit der Kontaktaufnahme zum Landeskommando Bayern alles getan, um den Erfolg der verfassungsfeindlichen Einwirkung auf die Bundeswehr zu erreichen. Damit hat er unmittelbar zur Tat angesetzt.

III. Rechtswidrigkeit

Die Tat ist rechtswidrig, wenn keine Rechtfertigungsgründe gegeben sind. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. S handelte somit rechtswidrig.

IV. Schuld

Die Tat ist schuldhaft, wenn keine Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe vorliegen. Auch solche sind nicht ersichtlich. S handelte daher auch schuldhaft.

V. Rücktritt

S könnte allerdings nach § 24 StGB strafbefreiend vom Versuch der verfassungsfeindlichen Einwirkung auf die Bundeswehr zurückgetreten sein. Ein Rücktritt ist allerdings immer dann ausgeschlossen, wenn der Versuch bereits fehlgeschlagen ist.²⁵ Denn dann fehlt es an der ggf. später zu belohnenden Umkehrmöglichkeit durch den Täter. Ein Versuch gilt als fehlgeschlagen, wenn der Täter davon ausgeht, den angestrebten Erfolg im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit den ursprünglich vorgesehenen oder den ihm in der konkreten Situation zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr herbeiführen zu können. Vorliegend war der zuständige Befehlshaber des Landeskommandos Bayern der Bundeswehr auch nach den Vorstellungen des S im maßgeblichen Zeitraum nicht zu erreichen. Daher war der Versuch der verfassungsfeindlichen Einwirkung auf die Bundeswehr bereits fehlgeschlagen und für eine zu privilegierende Umkehr des S im Rahmen eines Rücktritts von der Tat kein Raum mehr.

VI. Zwischenergebnis

S hat sich somit auch wegen versuchter verfassungsfeindlicher Einwirkung auf die Bundeswehr nach §§ 89, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

D) Strafbarkeit des S

aus §§ 105 Abs. 1 Nr. 3, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

Möglicherweise hat sich S zudem wegen versuchter Nötigung von Verfassungsorganen nach §§ 105 Abs. 1 Nr. 3, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem aus München ein so bezeichnetes Aufforderungsschreiben nach Berlin versandt wurde, in dem S mit dem Einsatz der bayerischen Landespolizei gegen Kräfte der Bundespolizei drohte, sofern aus Berlin kein Rückzug angeordnet würde.

Die Bundesregierung ist darauf jedoch nicht eingegangen, so dass die Tat nicht vollendet ist. Nach § 23 Abs. 1 StGB ist der

Versuch eines Verbrechens stets mit Strafe bedroht. Verbrechen wiederum sind nach § 12 Abs. 1 StGB rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß eine Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber vorsehen. Die Nötigung von Verfassungsorganen ist nach § 105 Abs. 1 StGB auch mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht, so dass der Versuch strafbar ist.

Voraussetzung ist bei § 105 Abs. 1 Nr. 3 StGB, dass die Bundesregierung mit Nötigungsmitteln iSd. § 81 StGB in der Weise bedroht wird, dass sie von ihren gesetzmäßigen Befugnissen absieht oder Gebrauch macht.²⁶ Hierzu bestand bei S ein rein auf Vorsatz bezogener Tatentschluss. Das Absenden des Aufforderungsschreibens bedeutet auch ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung.

Das Handeln des S war ferner rechtswidrig, indem wie im Zusammenhang mit § 81 StGB keinerlei durchschlagende Rechtfertigungsgründe erkennbar sind. S hat zudem schuldhaft gehandelt.

Nach der Aussage aus Berlin, wonach mit Separatisten nicht verhandelt werde (und somit auch kein Abzug der Bundespolizei von den besetzten strategischen Punkten in München und Nürnberg in Frage kommt), war der Versuch der Nötigung von Verfassungsorganen aus Sicht von S auch fehlgeschlagen, so dass ein strafbefreiender Rücktritt nicht mehr in Betracht kam.

Daher hat sich S an und für sich auch wegen versuchter Nötigung von Verfassungsorganen nach §§ 105 Abs. 1 Nr. 3, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Umstritten ist aber, ob § 105 StGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter § 81 StGB zurücktritt oder aber noch einen eigenständigen Unwertgehalt entfaltet, den es im Wege der Tateinheit nach § 52 StGB deutlich zu machen gilt.²⁷ Tatsächlich ist nicht erkennbar, wo in den beiden vorliegend verwirklichten Tatbeständen ein Unterschied bei der Drohung mit Gewalt liegt. Vielmehr scheint eine Teilidentität der Ausführungshandlung vorzuliegen, welche in der Folge die Klarstellungswirkung der Tateinheit nicht mehr erfordert. Daher treten die §§ 105 Abs. 1 Nr. 3, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB nach hier vertretener Auffassung im Wege Gesetzeskonkurrenz hinter § 81 Abs. 1 StGB zurück.

E) Strafbarkeit des S

aus § 132 StGB

Zudem könnte sich S wegen Amtsanmaßung nach § 132 StGB zu verantworten haben, da er zeitweilig nicht mehr nur als bayerischer Ministerpräsident in Erscheinung getreten ist, sondern als provisorisches Staatsoberhaupt (Verweser des Königreichs Bayern) und als solches auch Amtshandlungen vorgenommen hat.

Tatbestandsmäßige Voraussetzungen von § 132 StGB sind, dass ein inländisches öffentliches Amt durch Vorspiegelung der Amtsinhaberschaft oder Vornahme einer Handlung, die nur im Rahmen dieser Amtsinhaberschaft vorgenommen werden darf, ausgeübt wird. Dem Täter darf dabei keine Befugnis zur spezifischen Amtsstellung oder Amtshandlung zustehen.

²⁵ BGH StV 2013, 435 (436); Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 24 Rn. 6.

²⁶ Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 105 Rn. 4; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 105 Rn. 3.

²⁷ Vgl. Laufhütte/Kuschel, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2012), § 81 Rn. 20; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 105 Rn. 5.

Problematisch ist im vorliegenden Fall, dass das spezifische Amt entweder ein bekanntes Amt insbesondere iSd. § 11 Abs. 1 Nr. 2 - Nr. 4 StGB bzw. im Zusammenhang mit der Anwaltschaft oder dem Notariat darstellen muss. Oder aber es handelt es sich um ein nicht ausdrücklich geregeltes Amt, welches dann aber hinreichend konkretisiert sein muss, um die Ausübung hoheitlicher und staatlicher Funktionen der Bundesrepublik Deutschland zu kennzeichnen.²⁸ Ebenso wie die Bezeichnung „Reichspräsident“²⁹ heutzutage kein Amt der Bundesrepublik Deutschland mehr charakterisieren kann, wird dies bei der Bezeichnung „Verweser des Königreichs Bayern“ der Fall sein.

Schon in Ermangelung der Bezugnahme gerade auf ein anerkanntes Amt im Geltungsbereich der Bundesrepublik Deutschland scheidet daher eine Strafbarkeit des S aus § 132 StGB wegen Amtsanmaßung aus.

F) Strafbarkeit des S aus § 146 Abs. 1 StGB

Ferner kommt in Betracht, dass S sich mit seiner Unterschrift unter das Gesetz über die Abschaffung des Euro und einstweilige Beibehaltung des Bargelds unter der Bezeichnung Mark/Pfennig wegen Geldfälschung nach § 146 Abs. 1 strafbar gemacht hat.

Allerdings stellt sich unter Ansehung der drei Tathandlungsvarianten heraus, dass echtes Euro-Bargeld nicht alleine dadurch zu Falschgeld werden kann, dass die im Alltag verwendete Bezeichnung geändert wird. Die Scheine und Münzen sind schließlich immer noch echtes Geld, das gesetzmäßig in Umlauf gebracht wurde. Die Varianten zwei (sich verschaffen oder feilhalten von falschem Geld in der Absicht es als echt in den Verkehr zu bringen) und drei (in den Verkehr bringen von falschem Geld, welches nachgemacht, verfälscht oder sich verschafft wurde), welche sich ausschließlich auf Falschgeld beziehen, scheiden damit vorliegend ohne weiteres als taugliche Tathandlung aus. In Betracht kommt alleine, dass S nach § 146 Abs. 1 Nr. 1 StGB für die Verfälschung echten Geldes zum Zwecke der Inverkehrbringung unter einem höheren Wert verantwortlich zeichnet. Allerdings ist aus dem Sachverhalt nicht erkennbar, ob der jeweilige Wert des im Umlauf befindlichen Bargeldes verändert werden sollte (indem etwa ein Schein zu 5 Euro durch Überdrucken zu einem Schein zu 50 Mark wird). Daher scheidet auch diese Tathandlung aus.

S hat sich daher nicht nach § 146 Abs. 1 wegen Geldfälschung strafbar gemacht.

G) Strafbarkeit des S aus § 267 Abs. 1 StGB

S könnte zudem eine unechte Urkunde gebraucht haben als er mit seinem Dienstwagen mit einem KFZ-Kennzeichen des neuen Königreichs Bayern nach Österreich fuhr und sich damit

nach § 267 Abs. 1 StGB wegen Urkundenfälschung strafbar gemacht haben.

Dann müsste S den objektiven und subjektiven Tatbestand aus § 267 Abs. 1 StGB verwirklicht haben.

Im objektiven Tatbestand geht es darum, dass eine unechte Urkunde gebraucht worden sein muss.

Eine Urkunde ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist sowie ihren Aussteller erkennen lässt.³⁰ Als Urkunden anerkannt sind auch symbolisierte Gedankenerklärungen in Form von Beweiszeichen wie etwa KFZ-Kennzeichen.³¹ Das Kennzeichen am Dienstwagen des S war somit als Urkunde zu verstehen.

Diese Urkunde müsste aber auch unecht gewesen sein. Unecht ist eine Urkunde dann, wenn erkennbarer und tatsächlicher Aussteller nicht identisch sind.³² Dem ist vorliegend aber nicht so. Das Kennzeichen weist eine Behörde des Königreichs Bayerns als Aussteller aus. Eine solche Behörde hat offenbar auch die Kennzeichen ausgegeben. Dass diese Behörde – jedenfalls in der Form – nicht hierzu befugt war, spielt für Zwecke des § 267 StGB keine Rolle.

Insgesamt hat sich S daher nicht wegen Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

H) Strafbarkeit des S aus § 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StVG

Möglicherweise hat sich S aber wegen Kennzeichenmissbrauchs nach § 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StVG zu verantworten.

Nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 StVG macht sich strafbar, wer ein KFZ mit anderen als den amtlich iSd. deutschen Straßenverkehrszulassungsverordnung (StVZO) ausgegebenen Kennzeichen oder entsprechenden ausländischen Kennzeichen versieht. Dies ist vorliegend beim Anbringen der bayerischen Kennzeichen am Dienstwagen des S erfolgt. Allerdings war S insoweit offenbar gar nicht der anbringende Täter. Jedoch macht sich nach § 22 Abs. 2 StVG auch derjenige strafbar, der im öffentlichen Raum von einem KFZ mit derartigen Kennzeichen Gebrauch macht, wenn er zudem weiß, dass die entsprechenden Kennzeichen gefälscht, verfälscht oder unterdrückt wurden. Dies wiederum trifft alles auf die königlich-bayerischen Kennzeichen nicht zu. Reine Phantasiekennzeichen sollen den Tatbestand des § 22 StVG schließlich schon grundsätzlich nicht erfüllen können.³³

S hat sich daher auch nicht wegen Kennzeichenmissbrauchs nach § 22 StVG strafbar gemacht.

²⁸ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 132 Rn. 4; Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 132 Rn. 5.

²⁹ OLG Stuttgart StraFo 2006, 255; ähnlich zum Begriff „Reichsstatthalter“ OLG München StraFo 2010, 125; eine Verwendung von Amtsbezeichnungen, die unverwechselbar früheren Zeiten zuzuordnen sind, scheidet als Anknüpfungspunkt stets aus, vgl. Weiler, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. (2013), § 132 StGB Rn. 5.

³⁰ BGHSt 13, 235 (238 f.); 16, 94 (95); Zieschang, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), § 267 Rn. 4.

³¹ BGHSt 18, 66 (70); 45, 197; OLG Stuttgart NStZ-RR 2001, 370; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 267 Rn. 23.

³² Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 267 Rn. 17; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 267 Rn. 27.

³³ OLG Naumburg NStZ-RR 2012, 253; Koch, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. (2013), § 22 StVG Rn. 36.

I) Strafbarkeit des S**aus § 21 StVG**

Zudem könnte sich S wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis nach § 21 StVG strafbar gemacht haben als er seinem Dienstwagen nach Österreich fuhr.

S hatte nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG erkennbar keine Fahrerlaubnis und führte dennoch ein KFZ. Da S wusste, dass er nicht im Besitz einer Fahrerlaubnis (gleich welcher Rechtsordnung) war und dennoch fuhr, ist auf Ebene des subjektiven Tatbestands vom insoweit ausreichenden dolus eventualis auszugehen (billigende Inkaufnahme).

Rechtswidrigkeit und Schuld sind ehemals gegeben.

S hat sich daher wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis nach § 21 StVG strafbar gemacht.

J) Strafbarkeit des S**aus § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG iVm. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB**

Schließlich könnte sich S auch wegen Betriebens unerlaubter Bankgeschäfte nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben, da die königliche Landesbank ohne Erlaubnis der nach deutschem Recht zuständigen Behörde Einlagen entgegengenommen hat.

Die Entgegennahme von Einlagen ist nach § 32 Abs. 1 S. 1 KWG iVm. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG ein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft. Hierfür hätte es einer Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) bedurft. Allerdings hat eben die königliche Landesbank gehandelt und ohne Erlaubnis Einlagengeschäft betrieben, nicht aber direkt S. Somit kann S in diesem Zusammenhang nur dann strafbar sein, wenn die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB gelten. § 54 KWG ist auch kein Sonderdelikt, so dass es grundsätzlich in mittelbarer Täterschaft begangen werden kann.³⁴

Bedenklich ist allerdings, dass S dann Tatherrschaft haben müsste und die Verantwortlichen bei der königlichen Landesbank müssten im Gegenzug als absichtslos-doloses Werkzeug anzusehen sein. Dies erscheint aber extrem weit hergeholt. S wird in Bezug auf das Einlagengeschäft keine Kenntnis gehabt haben, so dass er evident keine Tatherrschaft hatte.

Im Ergebnis hat sich S daher nicht nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG iVm. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

K) Gesamtergebnis und Konkurrenzen

S hat sich insgesamt wegen Hochverrats gegen den Bund nach § 81 Abs. 1 StGB, wegen versuchter verfassungsfeindlicher Einwirkung auf die Bundeswehr nach §§ 89, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB und wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis nach § 21 StVG strafbar gemacht.

Insoweit sind drei selbständige Handlungsstränge erkennbar, so dass die Taten zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit (§ 53 StGB) stehen.

Abschließende Hinweise für Studierende

Der Fall ist einem Beitrag der kabarettistischen Sendung „quer“ des BR-Fernsehens vom 02.11.2017 nachempfunden und wurde lediglich um einige fiktive Details analog historischer Ereignisse in Spanien und Deutschland ergänzt. Natürlich hat der Fall nichts mit der bayerischen Realität und/oder realen Personen oder deren Absichten zu tun und stellt eine krasse Überzeichnung dar, er bietet aber auch Anlass zu einem gewissen Schmunzeln. In der Klausurpraxis ist die Detailkenntnis der hier im Kern relevanten §§ 80 ff. StGB (Friedensverrat, Hochverrat und Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats) indes kaum zu erwarten, wohl aber sind diese Tatbestände nicht sonderlich kompliziert und können auch anhand des Wortlauts gut erfasst und subsumiert werden.

Zum nicht satirischen, sondern realen (!) Antrag der Bayernpartei auf Organisation eines Unabhängigkeitsreferendums in Bayern vgl. *Hillgruber*, JA 2017, 240. Dieser Beschluss des BVerfG wurde als „Ablehnung des Sezessionsrechts“ in Deutschland verstanden.

► Inhaltsverzeichnis

³⁴ Janssen, in: MüKo-StGB, 2010, § 54 KWG Rn. 52; vgl. auch Schumann, in: Müller-Guggenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. (2015), § 66 Rn. 14 ff.

KLAUSUR – ÖFFENTLICHES RECHT

Wiss. Mit. **Alexander Brade***/Cand. iur. **Michael Spaeth****

„Die Straußenwirtschaft im Außenbereich?“

Fortgeschrittenenklausur***

Sachverhalt

B unterhält ein Weingut im Spargebirge bei Meißen (Landkreis Meißen), das er vor mehr als zwanzig Jahren von seinen Eltern geerbt hat. Er baut überwiegend weiße Rebsorten an, darunter Weißburgunder, Traminer und Müller-Thurgau. Nach zahlreichen Turbulenzen in der jüngeren Vergangenheit entwickeln sich die Dinge für ihn zunehmend positiv. Zum Abschluss der Saison 2016 wurde er gar zum ersten Sächsischen Weinkönig gewählt – eine absolute Premiere.

Das Grundstück des B liegt inmitten eines Areals, auf dem Ackerbau betrieben wird, etwa einen Kilometer außerhalb der Stadt Meißen. Rings um das Grundstück befindet sich lediglich der über dieselbe Gemeindestraße angeschlossene Weingutbetrieb des N, der über ein Betriebs- und ein Wohngebäude verfügt. Ein Bebauungsplan liegt für das Gebiet nicht vor.

Angeschlossen an den Betrieb des B, der aus dem Weingarten und einem Betriebsgebäude besteht, ist eine vor drei Jahren – zulässigerweise – errichtete Straußenwirtschaft mit 140 m² Grundfläche; ein Gastbetrieb, in dem B von Juli bis Oktober, von 11.00 bis 17.00 Uhr, seinen selbsterzeugten Wein direkt vermarktet. Serviert werden außerdem kleinere zum Wein passende Tellergerichte. Um saisonal bedingten Umsatzeinbußen entgegenzuwirken, plant B, die Räumlichkeiten der Wirtschaft nunmehr als Gaststätte im Ganzjahresbetrieb (30 Gastplätze) mit einem umfangreicheren, auch überregionalen Angebot zu betreiben. Die geplanten Öffnungszeiten lauten: Sonntag - Donnerstag 13.00 bis 22.00 Uhr und Freitag - Samstag 13.00 bis 23.00 Uhr. Veränderungen im baulichen Bestand des Gebäudes sind dabei nicht beabsichtigt. Einen entsprechenden Bauantrag stellt B am 26.8.2016 beim Landratsamt Meißen (L).

L lehnt den Antrag mit Bescheid vom 1.10.2016 ab, da sich das Vorhaben des B im Außenbereich befinde. Dadurch, dass es nicht dem Absatz eigens erzeugter landwirtschaftlicher Produkte diene, unterliege es strengeren Anforderungen. So sei im Flächennutzungsplan im Bereich des verfahrensgegenständlichen Grundstücks eine „Fläche für die Landwirtschaft“ vorgesehen – was zutrifft. Daneben beeinträchtige die Gaststättennutzung die natürliche Eigenart der Landschaft. Auf Bestandschutz könne der B sich, auch mit Blick auf Art. 14 GG, nicht berufen. Vor allem aber sei künftig ganzjährig mit einem erhöhten Verkehrsaufkommen zu rechnen, was schädliche Einwirkungen

auf die Umwelt zur Folge hätte. Schließlich stünden auf dem Anwesen des B entsprechende Stellplätze – was zutrifft – nicht bereit.

Auf den rechtzeitigen Widerspruch des B hin wird die dargetane Rechtsauffassung der L nochmals bestätigt. Der Widerspruchsbescheid wird am 04.11.2016 per Übergabeeinschreiben an B zur Post gegeben und geht B am 05.11.2016 zu. Daraufhin erhebt B am 07.12.2016 Klage auf Erteilung der Baugenehmigung für das Vorhaben. Er führt aus: Entgegen der Auffassung der L diene das Restaurant seinem landwirtschaftlichen Betrieb. Es handele sich hierbei um einen Betrieb, der zur Selbstvermarktung der im Weingut erzeugten Weine gehöre und unter diesem Gesichtspunkt eine untergeordnete Rolle einnehme.

Aufgabe

Erstellen Sie ein Gutachten über die Erfolgsaussichten der Klage. Dabei ist auf alle durch die Aufgabe aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen.

Bearbeiterhinweis

Vorschriften des Gaststätten- und Gewerberechts sowie die TA Lärm sind nicht zu prüfen.

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Umwelt- und Planungsrecht (Prof. Dr. Kurt Faßbender) an der Universität Leipzig.

** Der Autor ist Studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Umwelt- und Planungsrecht (Prof. Dr. Kurt Faßbender) an der Universität Leipzig.

*** Der Sachverhalt, dem VG Neustadt a.d. Weinstraße BeckRS 2013, 50424 zugrundeliegt, war – in leicht veränderter Form – Gegenstand der ersten Klausur, die im Wintersemester 2016/2017 im Rahmen der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht an der Juristenfakultät der Universität Leipzig gestellt wurde. Die Teilnehmer der Übung erreichten einen Gesamtdurchschnitt von 4,5 Punkten. Die Quote der nicht bestandenen Klausuren lag bei 43%.

Gliederung

A) Zulässigkeit

- I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
- II. Statthaftigkeit
- III. Klagebefugnis
- IV. Vorverfahren
- V. Klagefrist
- VI. Passive Prozessführungsbefugnis
- VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit
- VIII. Zuständiges Gericht
- IX. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis
- X. Ordnungsgemäße Klageerhebung
- XI. Ergebnis

B) Begründetheit

- I. Anspruchsgrundlage
- II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen
- III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen
 1. Genehmigungspflichtigkeit
 2. Genehmigungsfähigkeit
 - a) Anwendbarkeit der §§ 29 ff. BauGB
 - b) § 34 BauGB
 - c) § 35 BauGB
 - aa) Privilegiertes oder sonstiges Vorhaben
 - (1) § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB
 - (2) § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB
 - (3) § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB
 - (4) Zwischenergebnis
 - bb) Beeinträchtigung öffentlicher Belange
 - (1) § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB
 - (2) § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB
 - (3) § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB
 - cc) Bestandsschutz
 - dd) Zwischenergebnis
 - d) Zwischenergebnis
 - IV. Zwischenergebnis

C) Ergebnis

Gutachten

Die Klage des B hat Aussicht auf Erfolg, wenn und soweit sie zulässig und begründet ist.

A) Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein. Mangels auf- oder abdrängender Sonderzuweisung richtet sich dies nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Danach müsste zunächst eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Streitbefangen ist die von B begehrte und ihm gegenüber bislang verwehrte Baugenehmigung. Diese müsste auf der Grundlage öffentlichen Sonderrechts, das lediglich Hoheitsträger in dieser Funktion verpflichtet (vgl. § 72 Abs. 1 SächsBO), ergehen (sog. Sonderrechtstheorie).¹ Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt damit vor. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist die Streitigkeit auch nicht verfassungsrechtlicher Art. Damit ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

Hinweis

Es ist ebenfalls vertretbar, die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs als eigenständigen, gleichgeordneten Gesichtspunkt neben der Zulässigkeit zu prüfen.

II. Statthaftigkeit

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren (§ 88 VwGO). B begehrt die Erteilung der bisher von L versagten Baugenehmigung für sein Bauvorhaben. Dieses Ziel lässt sich durch eine (isolierte) Anfechtungsklage nicht erreichen. In Betracht kommt vielmehr eine Verpflichtungsklage, § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO. Dafür müsste die Baugenehmigung einen Verwaltungsakt iSd. § 35 Abs. 1 S. 1 VwVfG iVm. § 1 S. 1 des Gesetzes zur Regelung des Verwaltungsverfahrens- und des Verwaltungsstellungsrechts für den Freistaat Sachsen (SächsVwVfZG) darstellen. Nicht nur kann dies bejaht werden, auch strebt der B einen Erlass dieses Verwaltungsaktes an. Statthafte Klageart ist damit die Verpflichtungsklage in Gestalt der Versagungsgegenklage.

III. Klagebefugnis

B müsste gem. § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt sein, dh. er müsste geltend machen können, durch die Ablehnung der begehrten Baugenehmigung in eigenen, subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt zu sein. Verlangt wird, dass eine solche Verletzung zumindest möglich erscheint – eine reine Behauptung dessen reicht nicht aus.² Ein Anspruch auf den begehrten Verwaltungsakt könnte sich aus § 72 Abs. 1 SächsBO ergeben. Nach dieser Vorschrift ist eine Baugenehmigung zu erteilen, wenn keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Da dies nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint, ist B klagebefugt.

IV. Vorverfahren

Das gem. § 68 Abs. 2, 1 S. 1 VwGO erforderliche Vorverfahren³ wurde ordnungsgemäß eingeleitet. Auch blieb es angesichts des zurückweisenden Widerspruchsbescheids ohne Erfolg.

V. Klagefrist

Die Klage muss gem. § 74 Abs. 2, 1 S. 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids erhoben werden. Dieser wurde per Übergabebescreiben zugestellt. Der Bescheid ist allerdings bereits am 4.11.2016 zur Post gegeben worden. Unter Berücksichtigung der Drei-Tages-Fiktion gem. § 4 Abs. 2 S. 2 VwZG erfolgte die Zustellung daher am 7.11.2016. Dass der Zugang tatsächlich bereits früher erfolgte, ist unerheblich.

Die Monatsfrist beginnt somit gem. §§ 57 Abs. 2 VwGO, 222 Abs. 1 ZPO, 187 Abs. 1 BGB am 08.11.2016 um 0.00 Uhr. Das Fristende fällt auf den 07.12.2016, 24.00 Uhr, §§ 57 Abs. 2 VwGO, 222 Abs. 1 ZPO, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB. B hat also rechtzeitig Klage erhoben.

VI. Passive Prozessführungsbefugnis

Richtiger Klagegegner gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist der Landkreis Meißen als Träger des Landratsamtes als Bauaufsichtsbehörde, § 57 Abs. 1 Nr. 1 SächsBO iVm. § 1 Abs. 4 Sächsische Landkreisordnung (SächsLKRO).

Hinweis

Es ist vertretbar, diesen Punkt erst in der Begründetheit („Passivlegitimation“) aufzuwerfen.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Der Landkreis Meißen ist als Gebietskörperschaft (§ 1 Abs. 2 SächsLKRO) und damit als juristische Person des öffentlichen Rechts nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligten- und gem. §§ 62 Abs. 3 VwGO, 47 Abs. 1 S. 2 SächsLKRO prozessfähig.

B ist als natürliche Person gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig.

VIII. Zuständiges Gericht

Zuständig ist gem. §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO iVm. § 2 Abs. 2 Nr. 2 Sächsisches Justizgesetz (SächsJG) das VG Dresden.

IX. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

B kann weder auf leichterem noch auf günstigerem Wege sein Begehren erreichen; insbesondere hat er sich zuvor an die zuständige Behörde gewandt. Daher bestehen keine Zweifel am allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis des B.

X. Ordnungsgemäße Klageerhebung

Von einer ordnungsgemäßen Klageerhebung iSd. §§ 81, 82 VwGO ist auszugehen.

XI. Zwischenergebnis

Die Verpflichtungsklage des B ist folglich zulässig.

B) Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit die Ablehnung der von B begehrten Baugenehmigung rechtswidrig ist, B dadurch in seinen Rechten verletzt wird und die Sache spruchreif ist, § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO. Dies ist der Fall, wenn B einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung hat.

¹ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 32. EL (Okt. 2016), § 40 Rn. 222 ff.; Haack, in: Gärditz, VwGO, 1. Aufl. (2013), § 40 Rn. 37 ff.

² Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. (2014), § 42 Rn. 379 ff.

³ Allgemein dazu: Schoch, JURA 2003, 752 ff.

I. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage für die Baugenehmigung kommen nur §§ 72 Abs. 1, 63, 59 SächsBO in Betracht.

II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

B hat sich mit dem Bauantrag (vgl. § 68 SächsBO) an das Landratsamt Meißen gewandt, das in sachlicher (§ 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 1 S. 2 SächsBO iVm. § 1 Abs. 4 SächsLKrO) wie örtlicher Hinsicht (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG iVm. § 1 S. 1 SächsVwVfZG) zuständig ist. Damit liegen die formellen Anspruchsvoraussetzungen vor.

III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

Außerdem müsste der Bauantrag des B die materiellen Voraussetzungen des § 72 Abs. 1 SächsBO erfüllen. Danach ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind (Genehmigungsfähigkeit). Allerdings kann eine Baugenehmigung nur verlangt werden, wenn das Vorhaben überhaupt einer Genehmigung bedarf (Genehmigungspflichtigkeit).

1. Genehmigungspflichtigkeit

Gem. § 59 Abs. 1 SächsBO bedürfen die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von Anlagen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 60 bis 62, 76 und 77 nichts anderes bestimmt ist. Die Räumlichkeiten der Gaststätte sind mit dem Erdboden verbunden und aus Bauprodukten hergestellt, sodass eine bauliche Anlage iSd. § 2 Abs. 1 SächsBO vorliegt. Eine Veränderung der Bausubstanz soll nicht erfolgen. Dennoch stellt die geplante Umwandlung der Straußenwirtschaft in eine Gaststätte eine Nutzungsänderung dar, für die B grundsätzlich einer Baugenehmigung bedarf.

Fraglich ist, ob eine der geschilderten Ausnahmen eingreift. In Betracht kommt lediglich § 61 Abs. 2 Nr. 1, 2 SächsBO. Danach ist eine Nutzungsänderung verfahrensfrei, wenn für die neue Nutzung keine anderen öffentlich-rechtlichen Anforderungen – etwa bauplanungsrechtlicher Art – als für die bisherige Nutzung in Betracht kommen oder die Errichtung oder Änderung der Anlagen nach § 61 Abs. 1 SächsBO verfahrensfrei wäre.⁴ Diese Voraussetzungen liegen aber nicht vor: Während der bisherige Betrieb als Straußenwirtschaft mit dem Ausschank selbsterzeugten Weins herkömmlich noch als zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörend iSd. § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB hingenommen wird, sprengt eine ganzjährige Nutzung von Gasträumen ohne jegliche Einschränkung schon durch ihre Betriebsdauer den zeitlichen Rahmen. Sie ist daher stattdessen als eine hiervon unabhängige Führung eines Gaststättengewerbes anzusehen, die anderen Anforderungen iSd. § 61 Abs. 2 Nr. 1 SächsBO unterliegt.

Mithin ist das Vorhaben des B genehmigungspflichtig.

2. Genehmigungsfähigkeit

Mangels Sonderbaus – § 2 Abs. 4 Nr. 8 SächsBO ist ersichtlich nicht einschlägig – richtet sich die Genehmigungsfähigkeit nach

§§ 72 Abs. 1, 63 SächsBO. Demnach ist die Genehmigung zu erteilen, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen, die im Baugenehmigungsverfahren nach § 63 SächsBO zwingend zu prüfen sind. Dazu gehören hier allein die §§ 29 bis 38 BauGB, weil eine Abweichung nach § 67 SächsBO nicht beantragt wurde und auch § 63 Nr. 3 SächsBO nicht einschlägig ist.⁵ Demzufolge war und ist die Vereinbarkeit des Vorhabens hinsichtlich der Anforderungen an Stellplätze (§ 49 SächsBO) im Rahmen des vereinfachten Genehmigungsverfahrens nicht zu prüfen.

a) Anwendbarkeit der §§ 29 ff. BauGB

Zunächst müssten die §§ 29 ff. BauGB anwendbar sein, dh. es müsste sich um ein Vorhaben im Sinne des Bauplanungsrechts handeln.

Die Räumlichkeiten der Gaststätte bilden eine Anlage, die im Sinne einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden ist und somit im weitesten Sinne gebaut ist.⁶ Dieser relativ weite Begriff des Bauens erfährt jedoch eine Einschränkung über das Erfordernis der sog. bodenrechtlichen Relevanz. Sie ist gegeben, wenn das Vorhaben die in § 1 Abs. 6 BauGB genannten Belange in einer Weise berührt oder berühren kann, die geeignet ist, das Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen.⁷ Handelt es sich, wie hier, um eine Nutzungsänderung, müssen gerade durch die Änderung derartige Belange neu berührt werden, so dass sich die Genehmigungsfrage neu stellt.⁸ Vorliegend bestehen Unterschiede bereits hinsichtlich der von der geänderten Nutzung ausgehenden Störungen oder Auswirkungen auf die Umgebung, namentlich in Gestalt des Verkehrslärms (vgl. § 1 Abs. 6 Nr. 1 BauGB).⁹ Die Nutzungsänderung weist daher planungsrechtliche Relevanz auf.

Die §§ 29 ff. BauGB sind mithin anwendbar.

Hinweis

Dies hätte auch knapper dargestellt werden können. Dass es, anders als im bauordnungsrechtlichen Sinne, auf § 1 Abs. 6 BauGB ankommt, musste allerdings erkannt werden.

b) § 34 BauGB

Soweit das Vorhaben des B innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile (sog. Innenbereich) liegt, ist § 34 BauGB für dessen Zulässigkeit maßgeblich.

Einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil stellt jede Bebauung im Gebiet einer Gemeinde dar, die – trotz vorhandener Baulücken – den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit erweckt, nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht hat und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist.¹⁰ Vorliegend fehlt es an einer hinreichenden Bebauung im Bereich des Betriebs des B. Zwar lässt sich grundsätzlich keine bestimmte Mindestzahl an Gebäuden festlegen.

⁴ Stollmann, Öffentliches Baurecht, 10. Aufl. (2015), § 18 Rn. 9.

⁵ Vgl. Dürr/Ebner, Baurecht Sachsen, 3. Aufl. (2005), Rn. 217.

⁶ Dazu: Krämer, in: BeckOK-BauGB, Ed. 37 (01.05.2017), § 29 Rn. 3.

⁷ BVerwGE 91, 234 (236); Rieger, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. (2015), § 29 Rn. 6 ff.

⁸ BVerwG NVwZ 1989, 666 (668); NVwZ 1991, 264 (264).

⁹ Vgl. Jarass/Kment, Baugesetzbuch, 1. Aufl. (2013), § 29 Rn. 13.

¹⁰ Brenner, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. (2014), Rn. 510; BVerwG NVwZ 2011, 436.

Nicht ausreichend ist aber jedenfalls eine Ansammlung von nur drei Gebäuden.¹¹ Zu den Siedlungen der Stadt Meißen, einer Bebauung iSd. § 34 BauGB, besteht im Übrigen kein Zusammenhang, schließlich liegen diese etwa einen Kilometer entfernt. Der dazwischenliegenden landwirtschaftlich genutzten Freifläche kommt insofern eine Zäsurwirkung zu.

Folglich liegt das Vorhaben des B nicht im Innenbereich, sondern im Außenbereich.

c) § 35 BauGB

Maßgeblich ist daher, ob sein Vorhaben mit § 35 BauGB im Einklang steht. Hierbei ist zwischen den gem. § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten und den sonstigen Vorhaben gem. § 35 Abs. 2 BauGB zu trennen, da die nach Abs. 1 zu beurteilenden Vorhaben im Außenbereich bereits zulässig sind, soweit ihnen nicht (überwiegende) öffentliche Belange entgegenstehen. Zudem ist bei der Beurteilung ihrer Zulässigkeit der Umstand zu berücksichtigen, dass sie eben im Außenbereich privilegiert sind. Demgegenüber sind die sonstigen, nach Abs. 2 zu beurteilenden Vorhaben nur zulässig, wenn sie nicht öffentliche Belange beeinträchtigen.

aa) Privilegiertes oder sonstiges Vorhaben

(1) § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB

In Betracht kommt zunächst der Privilegierungsstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB. Dieser bezeichnet solche Vorhaben als privilegiert, die einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dienen. Für den Begriff des landwirtschaftlichen Betriebs ist die Begriffsbestimmung des § 201 BauGB maßgeblich. Danach zählt der Weinbau zur Landwirtschaft. Auch handelt es sich um einen „Betrieb“¹², da das Unternehmen dauerhaft und ernsthaft geführt wird, und das seit mindestens zwei Generationen.¹³

Wird allerdings einem landwirtschaftlichen Betrieb ein nicht landwirtschaftlicher Betriebsteil angegliedert, hier die Gaststätte des B, muss dieser, um von der Privilegierung „mitgezogen“ zu werden, erkennbar dem landwirtschaftlichen Betrieb (funktional) zu- und untergeordnet sein und gegenüber diesem, bodenrechtlich betrachtet, Nebensache bleiben.¹⁴ Es muss daher ein enger Zusammenhang mit der Bodenertragsnutzung gegeben sein, dh. der Absatz selbst erzeugter Produkte muss im Vordergrund stehen.¹⁵ Dazu zählt etwa die Selbstvermarktung des im Betrieb erzeugten Weins, wie sie bisher in der Straußenwirtschaft erfolgte.

Demgegenüber stellt eine Gaststätte, die – wie hier – ohne Einschränkung das ganze Jahr über betrieben werden soll, einen eigenständigen nichtlandwirtschaftlichen, nämlich gewerblichen Betrieb dar.¹⁶ Gegen einen Funktionszusammenhang spricht außerdem, dass B ein umfangreicheres auch überregionales, dh. nicht aus der eigenen landwirtschaftlichen Produktion stammendes Angebot zu realisieren gedenkt. Der Betrieb einer

Schank- und Speisewirtschaft übersteigt demnach das Maß dessen, was als bodenrechtliche Nebensache an der Privilegierung eines landwirtschaftlichen Betriebs teilhaben könnte.¹⁷ Folglich unterfällt das Vorhaben des B nicht § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB.

(2) § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB

Die Gaststätte des B könnte einen ortsgebundenen gewerblichen Betrieb iSd. § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB darstellen. Dafür müsste das Gewerbe nach seinem Wesen und nach seinem Gegenstand auf die geografische oder geologische Eigenart der fraglichen Stelle angewiesen sein.¹⁸ Zwar könnte das Restaurant aufgrund der idyllischen Landschaft und den Weinbergen gegenüber anderen Orten einen rentablen Lagevorteil innehaben. Indes steht oder fällt das Vorhaben nicht an dem Ort, denn die Gaststätte kann grundsätzlich auch in ähnlicher Weise an einem anderen Standort geführt werden.¹⁹ Folglich ist das Vorhaben des B nicht nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB privilegiert.

(3) § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB

Ebenso wenig ist es im Allgemeinen auf den Außenbereich angewiesen. Immissionen großen Ausmaßes sind nicht zu erwarten. Eine besondere Beziehung zu den Eigenarten der Umgebung besteht nicht; schließlich soll die Gaststätte ganzjährig betrieben werden.

(4) Zwischenergebnis

Eine Privilegierung liegt daher nicht vor. Das Vorhaben des B unterfällt mithin § 35 Abs. 2 BauGB.

Hinweis

Eine aA. erscheint zumindest hinsichtlich § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB vertretbar, erfordert aber eine nähere Argumentation.

bb) Beeinträchtigung öffentlicher Belange

Demnach darf seine Ausführung öffentliche Belange nicht beeinträchtigen. Ob und inwieweit das der Fall ist, ergibt sich insbesondere aus der Anwendung des § 35 Abs. 3 BauGB.

(1) § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB

Nach Nr. 1 liegt eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange vor, wenn das Vorhaben den Darstellungen des Flächennutzungsplans widerspricht. Der Flächennutzungsplan sieht im Bereich des verfahrensgenständlichen Grundstücks eine „Fläche für die Landwirtschaft“ vor. Dem widerspricht – nach dem o.g. Begriff der Landwirtschaft – das Vorhaben des B, eine Gaststätte zu betreiben.

Zwar hat das BVerwG entschieden, dass Darstellungen des Flächennutzungsplans nur „entgegenstehend“ sein könnten, wenn sie „sachlich und räumlich hinreichend konkret sind“, was bei der Darstellung von Flächen für die Land- und Forstwirtschaft in einem Flächennutzungsplan regelmäßig nicht der Fall sei.²⁰

¹¹ Vgl. BVerwG NVwZ-RR 1994, 555 für eine Ansammlung von nur vier Wohngebäuden; auch Rieger, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. (2015), § 34 Rn. 22.

¹² Dazu: Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. (2016), § 35 Rn. 13.

¹³ Vgl. BVerwG NVwZ 1986, 916; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 124. EL (Feb. 2017), § 35 Rn. 29.

¹⁴ Vgl. BVerwG NVwZ 1986, 200; NVwZ 2009, 918; Rieger, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. (2015), § 35 Rn. 18.

¹⁵ VG Karlsruhe NVwZ 2000, 592 (593).

¹⁶ So auch VG Neustadt a. d. Weinstraße BeckRS 2013, 50424.

¹⁷ Vgl. VGH Baden-Württemberg NuR 1996, 601.

¹⁸ BVerwG NVwZ 1995, 64.

¹⁹ Vgl. BVerwG NVwZ 2013, 1088.

²⁰ BVerwG NVwZ 1984, 367 (368).

Liegt aber, wie hier, ein sonstiges Vorhaben vor, gilt diese Einschränkung nicht.²¹

Jedoch ist bei der Ausweisung als landwirtschaftliche Fläche zu prüfen, ob hiermit jedwedes bauliche Vorhaben verhindert werden soll.²² So muss die Anlage die landwirtschaftliche Nutzung in einem gewissen Maße beeinträchtigen.²³ Das ist hier der Fall: Der Bereich wird geprägt von Ackerbauflächen und davon mitgezogenen Betriebs- und Wohngebäuden. Eine ganzjährig betriebene Gaststätte konterkarierte die Festlegung des Flächennutzungsplans nicht nur in geringem Maße. Folglich liegt eine Beeinträchtigung von § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB vor.

(2) § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB

Das Vorhaben könnte zudem schädliche Umwelteinwirkungen iSd. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB hervorrufen. Es gilt das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme. Schädliche Umwelteinwirkungen sind gem. § 3 Abs. 1 BImSchG Immissionen, darunter Geräusche (§ 3 Abs. 2 BImSchG), die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft hervorzurufen.²⁴ Dabei kommt es auf den Einzelfall an. L verweist darauf, dass – ganzjährig – mit einem erhöhten Verkehrsaufkommen zu rechnen sei. An- und Abfahrten werden jeden Tag stattfinden. Allerdings sind die Öffnungszeiten auf 22.00 Uhr bzw. 23.00 Uhr begrenzt. Dies und der Umstand, dass die Gaststätte nur über 30 Gastplätze verfügt, mindert die Lärmbelastung. Eine Gesundheitsgefährdung liegt fern. Daher kann – zumal vor dem Hintergrund, dass für das Wohnen im Außenbereich generell eine höhere Belastung hinzunehmen sein dürfte – nicht davon ausgegangen werden, dass der Verkehrslärm die Erheblichkeitsschwelle überschreitet.²⁵ Daher ist § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB nicht beeinträchtigt.

Hinweis

Eine aA. ist mit entsprechender Argumentation, etwa unter Hinweis auf das Merkmal der Belästigungen für die Nachbarschaft und die geringe Vorbelastung, gut vertretbar.

(3) § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB

Fraglich ist, ob die Gaststättennutzung die natürliche Eigenart der Landschaft beeinträchtigt, § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB. Die natürliche Eigenart der Landschaft wird geprägt von der naturgegebenen Art der Bodennutzung, hier der Landwirtschaft.²⁶ Diese Nutzung wird nun durchbrochen, da die Zweckbestimmung der Gastwirtschaft in keinem Zusammenhang zur Landwirtschaft (mehr) steht.²⁷ Weiter könnte auch der durch die Ruhe geprägte Erholungswert der Landschaft durch die Nutzungsänderung beeinträchtigt werden. Dass die vorgenommene

Nutzungsänderung ohne nach außen wahrnehmbare Veränderungen an dem Gebäude erfolgt ist, ist insoweit unerheblich.²⁸ Somit beeinträchtigt das Vorhaben § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB.

cc) Bestandsschutz

Sonstige Vorhaben sind gem. § 35 Abs. 4 BauGB insofern „begünstigt“, als ihnen bestimmte öffentliche Belange iSd. § 35 Abs. 3 BauGB nicht entgegengehalten werden können, dh. eine Beeinträchtigung solcher Belange nicht zur Unzulässigkeit des Vorhabens führt.²⁹ Den begünstigten Vorhaben nach Abs. 4 liegt als gesetzgeberische Erwägung vor allem der Rechtsgedanke des Bestandsschutzes zugrunde.³⁰ Ausgenommene Belange sind, soweit hier relevant, der Widerspruch zu den Darstellungen eines Flächennutzungsplans und der Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft. In Betracht kommt vorliegend § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BauGB, die Nutzungsänderung land- oder forstwirtschaftlicher Gebäude. Dafür müsste es einer zweckmäßigen Verwendung erhaltenswerter Bausubstanz dienen. Dies erscheint zweifelhaft. Zwar reichen grundsätzlich wirtschaftliche und andere Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte aus, insbesondere wenn sie dazu dienen, dass die neue Nutzung in dem erhaltenswerten Gebäude die Maßnahme wirtschaftlich trägt.³¹ Allerdings kann das Gebäude ebenfalls zweckentsprechend – und wirtschaftlich tragfähig – verwendet werden, wenn in dem Gebäude eine Straußenwirtschaft im gesetzlichen Rahmen betrieben wird.³² Jedenfalls aber wurde das Gebäude erst vor drei Jahren errichtet und unterfällt daher nicht § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BauGB. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB sind ebenfalls nicht einschlägig. Weder handelt es sich um ein erhaltenswertes, das Bild der Kulturlandschaft prägendes Gebäude (Nr. 4) noch um die bauliche Erweiterung eines zulässigerweise errichteten gewerblichen Betriebs (Nr. 6). Folglich liegt kein begünstigtes Vorhaben iSd. § 35 Abs. 4 BauGB vor.

Fraglich ist, ob sich aus Art. 14 GG etwas anderes ergibt. Die ältere Rechtsprechung des BVerwG hatte insoweit unter dem Gesichtspunkt des Bestandsschutzes Grundsätze für die Zulässigkeit von Vorhaben entwickelt. In Ausnahmefällen konnte sich der Bestandsschutz auch auf zusätzliche Baulichkeiten erstrecken (sog. überwirkender Bestandsschutz).³³ Danach konnte aus eigentumsrechtlichen Gründen ein Bestandsschutz auch dergestalt geboten sein, dass wegen des Schutzes, den eine vorhandene bauliche Anlage genießt, auch ein damit zusammenhängendes weiteres bauliches Vorhaben gestattet werden muss.³⁴ Inzwischen hat das BVerwG diese Rechtsprechung aufgegeben, da der Gesetzgeber diese Fallgruppe normiert hat (vgl. § 35 Abs. 4 BauGB).³⁵ Ein Zulassungsanspruch lässt sich daraus also nicht herleiten.

²¹ Vgl. Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. (2016), § 35 Rn. 75.

²² Rieger, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. (2015), § 35 Rn. 97.

²³ BVerwG NJW 1983, 2716 (2717).

²⁴ Das BImSchG kann laut BVerwGE 52, 122 (126) herangezogen werden.

²⁵ So muss eine Einzelfallabwägung der Schwelle der Erheblichkeit stattfinden, BVerwG NVwZ 1983, 609 (610); BVerwG ZfBR 2005, 806 (807).

²⁶ Söfker, in: BeckOK-BauGB, Ed. 37 (16.1.2017), § 35 Rn. 87.

²⁷ Vgl. Söfker, in: BeckOK-BauGB, Ed. 37 (16.1.2017), § 35 Rn. 96.

²⁸ VG Neustadt a. d. Weinstraße BeckRS 2013, 50424; VGH Baden-Württemberg NuR 1996, 601.

²⁹ Söfker, in: BeckOK-BauGB, Ed. 37 (16.1.2017), § 35 Rn. 122.

³⁰ Vgl. Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. (2016), § 35 Rn. 126.

³¹ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 124. EL (Feb. 2017), § 35 Rn. 140.

³² So VG Neustadt a. d. Weinstraße BeckRS 2013, 50424.

³³ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. (2016), § 35 Rn. 186.

³⁴ Vgl. BVerwGE 50, 49 (56).

³⁵ Vgl. BVerwGE 85, 289.

dd) Zwischenergebnis

Das Vorhaben des B stellt ein sonstiges Vorhaben gem. § 35 Abs. 2 BauGB dar, das Belange des § 35 Abs. 3 BauGB beeinträchtigt. Es ist daher nicht mit § 35 BauGB vereinbar.

d) Zwischenergebnis

Das Vorhaben des B ist bauplanungsrechtlich unzulässig und somit nicht genehmigungsfähig.

IV. Zwischenergebnis

B hat damit keinen Anspruch auf die beantragte Baugenehmigung.

C) Ergebnis

Die Klage des B ist zulässig, aber unbegründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

► **Inhaltsverzeichnis**





MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

Qualität und Klasse zeichnen nicht nur unsere Juristinnen und Juristen aus. Auch unsere Mandanten gehören zu den Besten ihrer Bereiche. Ihre Ansprüche sind ebenso hoch wie individuell. Darum schaffen wir ein vielfältiges Angebot an Fachbereichen und Persönlichkeiten und bieten Ihnen exzellente Mandate, internationale Projekte und ein kollegiales Miteinander.

Wenn Sie für Ihr Talent das ganz besondere Umfeld suchen, sollten wir uns unterhalten.

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E robert.krywalski@cms-hs.com

Berlin | Brüssel | Dresden | Düsseldorf | Frankfurt/Main | Hamburg | Köln | Leipzig | Moskau | München | Shanghai | Stuttgart

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Oberlandesgericht Hamm

Den Schlusserben beeinträchtigende Schenkungen

Urteil vom 12. September 2017, Az.: 10 U 75/16

1. Verfügungen, die im Wechselbezug stehen, müssen nicht zwingend zeitgleich in einer einheitlichen Urkunde getroffen werden. Sie können auch nacheinander in getrennten Urkunden niedergelegt werden. Allerdings muss in diesem Fall ein entsprechender Verknüpfungswille feststellbar sein, der sich aus den Urkunden zumindest andeutungsweise ergeben muss.

2. Auch ein langer Zeitraum von fast 40 Jahren, der zwischen den beiden Testamenten liegt, spricht nach den Gesamtumständen nicht entscheidend gegen die Annahme eines Verknüpfungswillens der Eheleute. Anhaltspunkte für eine nachträgliche Verknüpfung können sich etwa auch aus einer inhaltlichen Bezugnahme und einer gemeinsamen Verwahrung der Testamente ergeben.

3. Die Feststellung eines lebzeitigen Eigeninteresses erfordert eine umfassende Abwägung der Interessen im Einzelfall. Es kann fehlen, wenn der Erblasser Zuwendungen erheblicher Vermögenswerte in erster Linie auf Grund eines auf Korrektur der Verfügung von Todes wegen gerichteten Sinneswandels vornimmt.

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

K ist das einzige Kind der M und des V. V verstarb am 31.12.2016, M ist bereits am 01.01.2013 verstorben. Mit notarieller Urkunde des Notars N vom 13.04.1998 errichteten die Eltern des zu diesem Zeitpunkt 15-jährigen K ein gemeinschaftliches Testament u.a. folgenden Inhalts:

„I. Wir setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein.

II. Der Überlebende von uns kann über das Ererbte und sein eigenes Vermögen frei testieren. Wenn er keine Verfügungen von Todeswegen trifft, soll Erbe sein unser einziger Sohn K. Ersatzerbe unseres Sohnes K, falls er vor oder gleichzeitig mit uns versterben sollte und keine letztwillige Verfügung mehr treffen kann, soll sein: Das Institut für Krebsforschung an der Universität in Köln.“

Mit Urkunde des Notars R vom 29.12.2010 erklärten M und V, das gemeinschaftliche Testament vom 13.04.1998 abändern zu wollen. Dort heißt es unter Ziffer 1. Abs. 1:

„In Abänderung der Ziffer II. des Testamentes vom 13.04.1998 bestimmen wir, dass Erbe des Letztlebenden von uns unser Sohn K sein soll. Ersatzerbe unseres Sohnes soll unsere Schwiegertochter S sein. Ersatzerbe unserer Schwiegertochter soll unsere Enkeltochter E sein.“

Nach dem Tod der M im Jahr 2013 lernte V die A kennen und lebte von da an mit ihr in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen. Der V übertrug auf die A zu Lebzeiten unter anderem ein Aktienpaket im Wert von 100.000 Euro und Barvermögen in Höhe von 50.000 EUR.

In der Folgezeit kam es zum Zerwürfnis zwischen K und V. In einem Brief an K schrieb V unter anderem: „[...] Unter diesen Umständen, die mich hart getroffen und höchst unverständlich gemacht haben, sah ich mich veranlasst, mein noch bestehendes Restvermögen zu entsorgen und einer Vererbung nach meinem Ableben zu entziehen [...]“

Nach dem Tod des V verlangt K von A die Rückübertragung des Aktienpakets und Herausgabe des Barvermögens.

B) Die Entscheidung der Kammer

In Betracht kommt vorliegend ein Anspruch gem. § 2287 BGB (analog). Voraussetzung hierfür ist, dass eine den Vertragserben beeinträchtigende Schenkung vorliegt und hierfür kein lebzeitiges Eigeninteresse besteht.

I. Anspruch des K gegen A auf Herausgabe des Barvermögens gem. § 2287 BGB

Fraglich ist zunächst, ob § 2287 BGB auf das vorliegende gemeinschaftliche Testament überhaupt anwendbar ist. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift („Vertragserbe“) und der Stellung der Vorschrift im Gesetz im 5. Buch in Abschnitt 4. (Erbvertrag) ergibt sich, dass die Vorschrift unmittelbar nur auf Erbverträge anwendbar ist.

II. Anspruch des K gegen A auf Herausgabe des Barvermögens gem. § 2287 BGB analog

Es ist jedoch in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Norm auf wechselbezügliche Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten analog anzuwenden ist.¹

Voraussetzung für einen entsprechenden Anspruch ist eine wechselbezügliche Verfügung der Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament und eine den Schlusserben beeinträchtigende Schenkung und eine entsprechende Beeinträchtigungsabsicht des Erblassers.

1. Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeneinsetzung

Fraglich ist insbesondere, ob vorliegend eine wechselbezügliche (und damit nach dem Tod bindende) Schlusserbeneinsetzung durch die Ehegatten vorgenommen wurde. Zweifel hieran bestehen insbesondere, da im Testament aus dem Jahr 1998 ausdrücklich vorgesehen ist, dass der Letztversterbende über sein Vermö-

¹ Vgl. nur BGH NJW 1982, 43 mwN.

gen frei Verfügung und frei testieren können soll. Diese Regelung wurde jedoch im Testament aus dem Jahr 2010 gestrichen, ohne eine ausdrückliche Regelung dazu zu treffen, ob eine Bindungswirkung bestehen soll oder nicht.

„Gemäß § 2270 Abs. 1 BGB sind Verfügungen eines gemeinschaftlich errichteten Testaments wechselbezüglich, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre. Nach ständiger Rechtsprechung kommt es deshalb darauf an, ob die Verfügung des einen Ehegatten gerade deshalb getroffen wurde, weil der andere seine Verfügung getroffen hat und deshalb nach dem gemeinsamen Willen der Eheleute die eine Verfügung mit der anderen stehen und fallen soll [...]. Ob Wechselbezüglichkeit gegeben ist, darf nicht pauschal anhand des Testamentes insgesamt untersucht werden, sondern muss anhand der einzelnen Verfügungen eruiert werden [...].

Soweit in der Testamentsurkunde keine ausdrücklichen Anordnungen zur Wechselbezüglichkeit enthalten sind, ist der Wille der Testierenden zunächst im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 2084 BGB zu ergründen. Soweit danach Zweifel verbleiben, gilt für die in § 2270 Abs.2 BGB genannten Konstellationen die Vermutung für eine Wechselbezüglichkeit. Nur dann, wenn diese Auslegungsregel nicht greift, gehen verbleibende Zweifel zu Lasten desjenigen, der Rechte aus der Wechselbezüglichkeit für sich herleitet [...].

Verfügungen, die im Wechselbezug zueinander stehen, müssen nicht zwingend zeitgleich in einer einheitlichen Urkunde getroffen werden. Sie können vielmehr auch nacheinander in getrennten Urkunden niedergelegt werden. Allerdings muss in diesem Fall ein entsprechender Verknüpfungswille feststellbar sein, der sich aus den Urkunden zumindest andeutungsweise ergeben muss [...]. Dabei müssen die Ehegatten nicht nur den Willen zur Zusammenfassung beider Testamente zum Ausdruck bringen, sondern auch deutlich machen, dass die frühere und die spätere Verfügung in ihrem Bestand voneinander abhängig sein, also miteinander stehen und fallen sollen. Dies ist allerdings nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend möglich. Ob nach dem Willen der Testierenden mit der späteren Verfügung ein solches Abhängigkeitsverhältnis geschaffen werden sollte, ist wiederum im Wege der Auslegung nach §§ 133, 2084 BGB unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalles zu ermitteln. [...]

[...] Nach diesen Maßgaben ist hier von einer Wechselbezüglichkeit der Schlusserbenbestimmung im Testament vom [29.12.2010] zu der gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute in dem Testament vom [13.04.1998] auszugehen.

Richtig ist allerdings zunächst, dass die im Testament vom [13.04.1998] in Ziff. II. S.2 enthaltene Schlusserbenbestimmung zugunsten des [K] nicht wechselbezüglich zu der gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute in Ziff. I des Testamentes war. Denn diese Schlusserbenbestimmung stand ausdrücklich unter der Bedingung, dass der Überlebende, der gemäß Ziff. II S.1 des Testamentes über das Ererbte und sein eigenes Vermögen frei testieren können sollte, keine anderweitige Verfügung von Todes wegen trifft. Hieraus folgt ohne Zweifel, dass die gegenseitige Erbeinsetzung der Eheleute und die Einsetzung des [K] als Schlusserbe nach

dem damaligen Willen der Eheleute gerade nicht miteinander stehen und fallen sollten und diese Verfügungen daher keinen Wechselbezug hatten.

Die Eheleute haben jedoch nachträglich eine entsprechende Wechselbezüglichkeit zwischen der gegenseitigen Erbeinsetzung und der nunmehr ohne Bedingung verfügten Einsetzung des [K] als Schlusserbe in dem Testament vom [29.12.2010] hergestellt.

[...] Zutreffend ist zwar, dass das Testament vom [29.12.2010] keine ausdrückliche Regelung dazu enthält, in welchem Verhältnis die nachträgliche Änderung der Schlusserbfolge zur gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute stehen sollte.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts gibt es aber schon im Wortlaut des Testamentes vom [29.12.2010] eindeutige Anhaltspunkte dafür, dass die Verfügungen nunmehr in ein wechselbezügliches Verhältnis gebracht werden sollten.

So heißt es in Ziff. 1. Abs. 1 des Testamentes vom [29.12.2010]: ‚In Abänderung der Ziffer II. des Testamentes vom [13.04.1998] bestimmen wir, dass Erbe des Letztlebenden von uns unser Sohn [K] ... sein soll.‘ Durch diese Bestimmung ist zweifelsfrei die hierzu im Widerspruch stehende (vgl. § 2258 Abs. 1 BGB) frühere Bestimmung in Ziff. II S.2 des Testamentes vom [13.04.1998] aufgehoben, nach der der [K] nur dann Schlusserbe sein sollte, wenn der Überlebende keine (anderweitigen) Verfügungen von Todeswegen trifft. Dies indiziert zugleich, dass die Eheleute jedenfalls insoweit nicht mehr an der in Ziff. II S.1 des Testamentes vom [13.04.1998] getroffenen Bestimmung festhalten wollten, wonach der überlebende Ehegatte über das Ererbte und sein eigenes Vermögen frei testieren können sollte. Denn ansonsten machte die in Ziff. 1 Abs. 1 des Testamentes vom [29.12.2010] verfügte Änderung der Bestimmung in Ziff. II S.2 des Testamentes vom [13.04.1998] überhaupt keinen Sinn. Wollte man nämlich annehmen, der Überlebende könne auch insoweit weiterhin frei testieren, so hätten die Eheleute es bei der lediglich bedingten Schlusserbeneinsetzung in Ziff. II S. 2 des Testamentes vom [13.04.1998] belassen können.

Für die Annahme, dass die Eheleute mit der Neuregelung in Ziff. 1 Abs. 1 des Testamentes vom [29.12.2010] die in Ziff. II des Testamentes getroffenen Bestimmungen insgesamt, also einschließlich der in Ziff. II S.1 getroffenen Bestimmung zur Testierfreiheit, aufheben wollten, spricht zudem, dass der Wortlaut in Ziff. 1 Abs. 1 des Testamentes vom [29.12.2010] ohne Einschränkung von einer Abänderung der Ziff. II des Testamentes vom [13.04.1998] spricht und nicht nur von einer teilweisen Abänderung. Dass die Eheleute durchaus zwischen einer Gesamtabänderung und einer teilweisen Abänderung zu unterscheiden wussten, zeigt wiederum der Wortlaut der Präambel des Testamentes vom [29.12.2010], in der sie erklärt haben, das Testament vom [13.04.1998] nur teilweise, nämlich nur im Hinblick auf die Ziff. II, abändern zu wollen.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts spricht nach den hier vorliegenden Gesamtumständen auch der lange Zeitraum [Anm.: In der Originalentscheidung lagen zwischen den beiden Testamenten fast 40 Jahre], der zwischen den beiden Testamenten liegt, nicht entscheidend gegen die Annahme eines Verknüpfungswillens der Eheleute. Zwar ist anerkannt, dass ein großer zeitlicher Abstand zwischen den Verfügungen gegen eine Wechselbezüglichkeit sprechen kann [...]. Das Zeitmoment ist jedoch nicht

der einzige zu berücksichtigende Umstand. Anhaltspunkte für eine nachträgliche Verknüpfung können sich etwa auch aus einer inhaltlichen Bezugnahme und einer gemeinsamen Verwahrung der Testamente ergeben [...]. Diese Aspekte haben hier eine erhebliche Bedeutung. Die Verfügung vom [29.12.2010] nimmt ausdrücklich Bezug auf das Testament vom [13.04.1998] und erklärt eine Abänderung gerade der Klausel, aus der sich die fehlende Wechselbezüglichkeit der Schlusserbenbestimmung in dem früheren Testament herleitet. Zudem haben die Eheleute beide Testamente in die besondere amtliche Verwahrung (§ 2248 BGB) beim Amtsgericht [...] gegeben und damit für eine gemeinsame Verwahrung gesorgt. Insoweit unterscheidet sich der hier zu beurteilende Einzelfall wesentlich von den Sachverhalten, die den zitierten Entscheidungen des Bayerischen Oberlandesgerichts und des Oberlandesgerichts Schleswig zugrunde lagen.“

Schließlich können zur Auslegung des Testaments auch Umstände herangezogen werden, die außerhalb der Urkunde liegen, solange diese Umstände auf dem Willen zum Zeitpunkt der Testierung schließen lassen.

„Schließlich sind auch die Ausführungen des Landgerichts zur Bedeutung der Äußerungen des Erblassers in dem Schreiben vom 24.02.2012 nicht überzeugend. Wenn es in diesem Schreiben unstreitig heißt:

„...Unter diesen Umständen, die mich hart getroffen und höchst unverständlich gemacht haben, sah ich mich veranlasst, mein noch bestehendes Restvermögen zu entsorgen und einer Vererbung nach meinem Ableben zu entziehen“.

so folgt daraus nach Auffassung des Senats eindeutig, dass der Erblasser zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Schreibens selbst davon ausgegangen ist, dass das gemeinschaftliche Testament Bindungswirkung hinsichtlich der Einsetzung des [K] als Schlusserbe entfaltet. Denn wäre der Erblasser nicht von einer Bindungswirkung ausgegangen, so hätte eine Notwendigkeit zur "Entsorgung" seines Restvermögens nicht bestanden, vielmehr hätte er einfach neu testieren können. Derartige nach Testamenterrichtung getätigte Äußerungen können auch anerkanntermaßen als ein Indiz für den Willen der Testierenden bei Errichtung des Testaments bei der Auslegung von Bedeutung sein [...].

[...]

Auf die Zweifelsregelung des § 2270 Abs.2 Alt.2 BGB kommt es damit im Ergebnis nicht an. Nur ergänzend sei daher erwähnt, dass die Annahme des Landgerichts, § 2270 Abs.2 Alt.2 BGB könne schon deshalb keine Anwendung finden, weil das Testament vom [29.12.2010] keine Verfügung enthalte, mit der der überlebende Ehegatte bedacht wird, nicht überzeugt. Denn nach dem Gesagten sind die Testamente vom [13.04.1998] und vom [29.12.2010] als Einheit zu betrachten. Außerdem haben die Eheleute bei Abfassung des Testaments vom [29.12.2010] erkennbar die Fortgeltung der gegenseitigen Erbeinsetzung in Ziff. I. des Testaments vom [13.04.1998] vorausgesetzt. In dem Testament kommt damit jedenfalls konkludent der Wille der Ehegatten zum Ausdruck, die gegenseitige Erbeinsetzung zu wiederholen, jedenfalls aber zu bestätigen [...].“

2. Beeinträchtigung des Schlusserben durch eine Schenkung

Bei den Zuwendungen an die A handelt es sich unproblematisch um Schenkungen, da sie ohne Gegenleistung erfolgten. Der K wurde hierdurch auch objektiv in seiner Erberwartung beeinträchtigt.

Fraglich ist jedoch, ob auch eine Beeinträchtigungsabsicht vorliegt. Hierzu führt das Gericht aus:

„Die nach § 2287 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Beeinträchtigungsabsicht ist ebenfalls gegeben. Orientiert am Schutzzweck der Vorschrift stellt der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung an das Vorliegen der Benachteiligungsabsicht nur geringe Anforderungen. Die Beeinträchtigung des Vertragserben muss nicht das einzige oder leitende Motiv für die Schenkung gewesen sein. Es genügt vielmehr, dass der Erblasser weiß, dass er durch die unentgeltliche Zuwendung das Erbe schmälert, so dass es auf die subjektiven Vorstellungen des Erblassers über seine rechtliche Bindung nicht ankommt, also auch nicht auf einen Irrtum darüber [...].

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [...] ist allerdings durch eine Gesamtabwägung der Interessen nach objektiven Kriterien eine Abgrenzung zwischen einem Missbrauch der freien Verfügungsmacht des Erblassers zu seinen Lebzeiten und solchen Fallgestaltungen vorzunehmen, in denen der Erblasser ein anerkanntes leibzeitiges Eigeninteresse an der Zuwendung hat. Nach Maßgabe der hierzu entwickelten Grundsätze ist ein solches leibzeitiges Eigeninteresse hier allerdings bereits nicht schlüssig dargelegt.

Ein leibzeitiges Eigeninteresse wird angenommen, wenn nach dem Urteil eines objektiven Beobachters die Zuwendung in Anbetracht der gegebenen Umstände unter Berücksichtigung der Bindung des Erblassers als billigenswert und gerechtfertigt erscheint. Dafür ist entscheidend, ob die Gründe des Erblassers für die Schenkung ihrer Art nach so sind, dass der durch den Erbvertrag oder das gemeinschaftliche Testament Bedachte sie anerkennen und deshalb hinnehmen muss [...]. Bejaht wird ein leibzeitiges Eigeninteresse etwa bei der Erfüllung einer sittlichen Pflicht des Erblassers aufgrund besonderer Leistungen, Opfern oder Versorgungszusagen, die der Beschenkte für den Erblasser erbracht hat [...]. Insbesondere kann ein leibzeitiges Eigeninteresse anzunehmen sein, wenn die Schenkung dem Bemühen des Erblassers entspringt, seine Altersvorsorge und Pflege zu sichern [...]. Geboten ist jedoch stets eine umfassende Abwägung der Interessen im Einzelfall (BGH a.a.O.). Schenkungen, die jedes vernünftige Maß überschreiten, sind nicht gerechtfertigt. Die Annahme eines leibzeitigen Eigeninteresses scheidet ebenfalls aus, wenn der Erblasser die Zuwendungen wesentlicher Vermögenswerte in erster Linie auf Grund eines auf Korrektur der Verfügung von Todes wegen gerichteten Sinneswandels vornimmt [...].“

Für das Vorliegen eines leibzeitigen Eigeninteresses fehlen vorliegend Anhaltspunkte im Sachverhalt.

Hinweis

In der Originalentscheidung folgen Ausführungen zu behaupteten Pflegeleistungen. Eine Beweiserhebung hierzu hielt das Gericht offensichtlich deshalb für entbehrlich, weil selbst bei einer Unterstellung der Pflegeleistungen ausreichend Kompensation in Form anderweitigen Zuwendung erfolgte.

Damit liegen die Voraussetzungen des § 2287 Abs. 1 BGB vor, so dass der K durch die Schenkung beeinträchtigt wurde.

III. Ergebnis

Da die Voraussetzungen des § 2287 Abs. 1 BGB vorliegen, sind die Schenkungen „nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben“. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsfolgenverweisung. Demnach richtet sich die Rückgewähr nach den §§ 818 BGB ff. Das Aktienpaket im Wert von 100.000 Euro zurück zu übertragen und Barvermögen in Höhe von 50.000 EUR herauszugeben.

Hinweise für Studierende

Jedenfalls in den Bundesländern, in denen das Erbrecht im vollen Umfang zum Prüfungsstoff gehört, ist mit derartigen Klausuren zu rechnen. Die vorliegende Entscheidung bietet sich hervorragend als Vorlage an, auch wenn das Urteil des OLG derzeit noch nicht rechtskräftig und beim BGH (Az. IV ZR 253/17) anhängig ist. Klausurersteller nehmen nicht selten Entscheidungen von Gerichten aus den unteren Instanzen als Vorlage, da so eher damit zu rechnen ist, dass sich die Entscheidung unter den Kandidaten so möglicherweise noch nicht herumgesprochen hat. Wie der BGH am Ende entscheidet ist für die Bewertung der Klausur unerheblich, da es lediglich darauf ankommt, ausführlich zu argumentieren.

Im Übrigen lohnt sich eine Lektüre der Originalentscheidung, insbesondere des dort wiedergegebenen Sachverhalts, den ich zur leichteren Verständlichkeit erheblich vereinfacht habe. Im Originalsachverhalt hatte der Sohn der Beteiligten (hier im Sachverhalt der K), der selber als Rechtsanwalt und Notar tätig ist, den Entwurf für die Änderung selbst entworfen und durch seinen Sozius beurkunden lassen. Das verstößt zwar nicht gegen § 3 Nr. 3 BeurkG, da er die Beurkundung nicht selbst vorgenommen hat, hat aber – vorsichtig ausgedrückt – einen faden Beigeschmack. Es bleibt deshalb spannend, ob der BGH dem OLG nicht weitere Feststellungen zum tatsächlichen Willen der testierenden Ehegatten aufgibt.

Ein weiteres Kuriosum des Falles ist der entlarvende Brief des Vaters an den Sohn. Was nach unrealistischer Ausschmückung des Sachverhalts klingt, ist tatsächlich so der Originalentscheidung entnommen. Die Fälle in denen der Erblasser dem potentiellen Erben oder Pflichtteilsberechtigten mitteilt, dass er beabsichtigt, Vermögensgegenstände zur Seite zu schaffen, dürften die Ausnahme bleiben.

Wenn in der Klausur noch Zeit verbleibt, könnte die Analogie zu § 2287 BGB noch etwas ausführlicher begründet werden. Da diese in der Rechtsprechung jedoch anerkannt ist und von der Literatur – soweit ersichtlich – nicht bestritten wird, dürfte der kurze Hinweis genügen. Es muss jedoch in der Klausur deutlich werden, dass der Bearbeiter erkennt, dass die Norm nicht direkt zur Anwendung kommt.

Dr. **Julius Forschner**, LL.M. (Cambridge)

Notarassessor
Würzburg

► **Inhaltsverzeichnis**

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Oberlandesgericht Hamm

Haftung eines Landwirts für selbst hergestelltes Pferdefutter (Silage)

Beschluss vom 02. November 2016, Az.: 21 U 14/16

1. Ein Landwirt haftet nach dem ProdHaftG verschuldens-unabhängig für kontaminiertes, selbst hergestelltes Pferdefutter, wenn er es an in seinem Stall untergestellte, fremde Pferde verfüttert.

2. Die Regelung des § 251 Abs. 2 S. 2 BGB, die auch dem Tierchutzgedanken Rechnung trägt, ist nicht auf eine schematische Wertrelation jedweder Art zu verkürzen, sondern erfordert eine Gesamtbetrachtung aller Einzelfallumstände durch tatrichterliche Würdigung.

(Leitsätze der Bearbeiterin)

A) Sachverhalt und Verfahrensgang

In einem Pferdepensionsbetrieb erkrankte ein Wallach etwa zeitgleich mit zwölf Stuten, was später von der behandelnden Tierklinik als Botulismuserkrankung diagnostiziert wurde. Dabei war allen Tieren gemein, dass sie mit der vom Betreiber der Pferdepenion selbst hergestellten Silage (ein durch Milchsäuregärung konserviertes, aus Futterpflanzen gewonnenes Nutztierfutter¹), gefüttert wurden. Über die Unterstellung des Wallachs wurde zuvor ein Vertrag geschlossen, der auch das Versorgen mit Stroh und die Fütterung mit Heu und Silage umfasste.

Die Eigentümer des Wallachs erhoben daraufhin Klage vor dem LG Hagen.² Sie verlangten Ersatz der anteiligen Tierarztkosten, die sie bereits an die Tierklinik beglichen hatten und Freistellung der noch nicht getilgten Behandlungskosten durch den Beklagten (insgesamt rund 15.700 Euro). Die Klage wurde vom Gericht als überwiegend begründet beurteilt. Aufgrund des Beschlusses des OLG Hamm³ nahm der Beklagte seine Berufungsklage⁴ zurück.

B) Die Entscheidung des Senates

Das OLG Hamm bestätigte in seinem Beschluss die Rechtsauffassung des erstinstanzlichen Gerichts.

Aus § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG ergebe sich ein Anspruch auf Schadensersatz gegenüber dem Hersteller, wenn durch ein fehlerhaftes Produkt eine Sache beschädigt wird.

I. fehlerhaftes Produkt

Gemäß § 2 ProdHaftG ist Produkt jede bewegliche Sache. Die Silage ist als ein körperlicher Gegenstand eine Sache (§ 90 BGB), die zudem beweglich ist und damit Produkt im Sinne dieses Gesetzes.

Fehlerhaft ist das Produkt, wenn es gemäß § 3 Abs. 1 ProdHaftG nicht die Sicherheit bietet, die berechtigterweise erwartet werden kann. Der Halter eines Pferdes darf von einer Silage fütternden Pferdepenion erwarten, dass sie „kein todbringendes Gift in sich trägt“.⁵ Hier war die Silage jedoch mit Botulismustoxin belastet.

II. Rechtsgutsverletzung und haftungsbegründende Kausalität

Durch das fehlerhafte Produkt muss eine Sache beschädigt worden sein, die gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 1. HS. ProdHaftG nicht das fehlerhafte Produkt selbst ist und gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 2. HS. ProdHaftG diese andere Sache ihrer Art nach gewöhnlich für den privaten Ge- oder Verbrauch bestimmt und hierzu von dem Geschädigten hauptsächlich verwendet worden ist. Das Pferd ist zwar gemäß § 90a S. 1 BGB keine Sache; gemäß § 2 sind aber die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden. Die Gesundheitsbeeinträchtigung des Pferdes ist deshalb im Rechtssinne eine Sachbeschädigung. Die beschädigte Sache (Pferd) ist auch von dem fehlerhaften Produkt (Silage) verschieden. Zudem ist das Pferd als Freizeitpferd für den privaten Gebrauch bestimmt gewesen und dazu auch von den Klägern hauptsächlich verwendet worden.

Die Gesundheitsbeeinträchtigung des Pferdes wurde allein aufgrund der Fütterung mit der kontaminierten Silage hervorgerufen. Damit ist der Produktfehler ursächlich für die Rechtsgutsverletzung.

III. Hersteller

Indem der Betreiber der Pferdepenion durch Verarbeitung von Futterpflanzen die Silage als Endprodukt hergestellt hat, ist er auch Hersteller iSd § 4 Abs. 1, S. 1 ProdHaftG.

IV. kein Haftungsausschluss

Die Ersatzpflicht des Herstellers ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn eine der Voraussetzungen aus § 1 Abs. 2 Nr. 1 - Nr. 5 ProdHaftG erfüllt sind. Gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 ProdHaftG haftet der Hersteller nur, wenn er das Produkt in den Verkehr gebracht hat. Indem er die Silage an fremde Pferde im eigenen Betrieb verfütterte, verließ es seine Herrschafts- und Organisations-sphäre, wodurch er es in den Verkehr brachte.⁶

Die Haftung ist ferner dann ausgeschlossen, wenn der Produktfehler nach dem verfügbaren Stand von Wissenschaft und Technik nicht zu erkennen war, § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG. Dieser Haftungsausschluss bezieht sich auf sogenannte Konstruktions-

¹ Vgl. LG Hagen, Urt. v. 27.11.2015, Az. 8 O 166/11, juris Rn. 5.

² LG Hagen, Urt. v. 27.11.2015, Az. 8 O 166/11.

³ OLG Hamm, Beschl. v. 02.11.2016, Az. I-21 U 14/16.

⁴ OLG Hamm, Az. I-21 U 14/16 (Verfahren ohne Entscheidung erledigt).

⁵ LG Hagen, Urt. v. 27.11.2015, Az. 8 O 166/11, juris Rn. 58.

⁶ OLG Hamm, Beschl. v. 02.11.2016, Az. I-21 U 14/16, juris Rn. 8.

und Instruktionsfehler, also einem Produktfehler, dessen Eintritt im Zeitpunkt des Inverkehrbringens nicht erkennbar war.⁷ Die Gefahr einer Kontamination der Silage durch unerwünschte Stoffe ist Landwirten jedoch hinlänglich bekannt, weshalb es sich um einen Fabrikationsfehler handelt.⁸

Die Haftung des Landwirts ist somit nicht ausgeschlossen.

V. Schaden und haftungsausfüllende Kausalität

Die Behandlungskosten in Höhe von rund 15.700 Euro stellen eine unfreiwillige Einbuße an den Gütern des Klägers dar, also einen Schaden. Die Rechtsgutverletzung war auch adäquat kausal für diesen Schaden.

VI. Rechtsfolge

Der entstandene Schaden ist zu ersetzen. Der Umfang der Ersatzpflicht bestimmt sich nach den §§ 249 ff. BGB. Gemäß § 249 Abs. 1 BGB ist dies *grundsätzlich* die Herstellung des Zustands, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde (sogenannte Naturalrestitution).

Hier hat der Kläger, da es sich um eine Sachbeschädigung handelt, gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB den für die Behandlung des Tieres erforderlichen Geldbetrag verlangt. Diesem Verlangen muss der Beklagte jedoch nur nachkommen, wenn die Schadenssumme keine unverhältnismäßige Aufwendung iSv. § 251 Abs. 2 S. 1 BGB ist. Andernfalls kann er nur zum Wertersatz verpflichtet werden (also zur Schadenskompensation statt gemäß § 249 I BGB zur Schadensrestitution). Die Unverhältnismäßigkeit bemisst sich grundsätzlich am Vermögenswert der Sache vor dem Eintritt des schädigenden Zustands und dem Integritätsinteresse des Geschädigten.⁹ Der reine Schlachtpreis des Pferdes lag bei ca. 300 Euro. Da es allerdings auch als Turnierpferd eingesetzt wurde, erkannte das erstinstanzliche Gericht auf einen Marktwert von 2.000 Euro. Die Behandlungskosten belaufen sich somit auf das Achtfache des Wertes.

Wo jedoch beispielsweise bei Kfz die Grenze zur Unverhältnismäßigkeit zumeist bei 130 % gezogen wird,¹⁰ kann diese Grenze für Sachschäden an Tieren nicht unkritisch übernommen werden. § 251 Abs. 2 S. 2 BGB sagt dahingehend ausdrücklich, dass die Heilbehandlungskosten für ein verletztes Tier nicht bereits dann unverhältnismäßig sind, wenn sie den Wert des Tieres erheblich übersteigen. Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung sind vielmehr verschiedene Aspekte zu beachten, darunter zwar auch der rein materielle Marktwert, der Gesundheitszustand und das Alter des Tieres, aber auch und insbesondere die emotionale Bindung des Halters zum Tier (das sogenannte Affektionsinteresse) und die Verwirklichung des Tierschutzgedankens.¹¹

Aufgrund der beiden letzten Aspekte stehen denn auch die achtfachen Behandlungskosten nicht außer Verhältnis. „Den Klägern war nicht zuzumuten, ihr Pferd allein aus wirtschaftlichen Aspekten einschläfern zu lassen, zumal die Behandlung, wenn auch

langsam, Erfolg zeigte.“¹² Die Ansicht des zweitinstanzlichen Gerichts, das sich der Wertung der ersten Instanz anschließt, wurde auch nicht durch den Verweis auf ein BGH-Urteil¹³ seitens des Beklagten entkräftet, bei dem die Grenze der Verhältnismäßigkeit auf das Dreifache der jährlichen Haltungskosten festgesetzt wurde. Sowohl der dort entscheidende Zivilsenat als auch das OLG Hamm betonen, „dass eine im Einzelfall bei dem dreifachen Betrag der jährlichen Kosten gezogene Verhältnismäßigkeitsgrenze nicht schematisch auf andere Fälle übertragen werden kann“¹⁴.

Die Behandlungskosten in Höhe von rund 15.700 € sind somit erstattungswürdig, allerdings abzüglich einer Selbstbeteiligung von 500 € gemäß § 11 ProdHaftG.

C) Hinweise zum Beschluss

Neben der Anerkennung einer verschuldensunabhängigen Haftung nach dem ProdHaftG mutet das Urteil besonders in tierschutzrechtlicher Sicht auf den ersten Blick erfreulich an, wenn sogar Behandlungskosten des achtfachen wirtschaftlichen Wertes des Tieres als innerhalb der Grenze des Verhältnismäßigen erachtet werden. Denn das Gericht betont die Bedeutung des Affektionsinteresses am Tier für die Ermittlung der Verhältnismäßigkeit. Der gesetzgeberische Hintergrund des § 251 Abs. 2 S. 2 BGB zeigt jedoch, dass die Stärkung eines Affektionsinteresses am Tier nicht (oder zumindest nicht vordergründig) erfolgen sollte.

Die Vorschrift wurde im Zuge des „Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht“¹⁵ eingefügt, wodurch der „zentrale Grundgedanke eines ethisch fundierten Tierschutzes, daß der Mensch für das Tier als einem Mitgeschöpf und schmerzempfindlichen Wesen Verantwortung trägt, [...] auch im bürgerlichen Recht deutlicher hervorgehoben“ werden soll.¹⁶ Dieser ethisch fundierte Tierschutzgedanke verlangt nun aber, das Tier um seiner selbst willen zu schützen, also aufgrund tier-eigener Interessen wie Leben, körperliche Unversehrtheit und Schmerzfreiheit¹⁷ und also gerade menschliche Interessen – zu denen auch das Affektionsinteresse am Tier gehört – in den Hintergrund treten zu lassen. Dieser Widerspruch zwischen der Betonung der Rechtsprechung auf das Affektionsinteresse und der gesetzgeberischen Idee der Stärkung des ethischen Tierschutzes zeigt sich vor allem bei der Frage, ob die Vorschrift einer teleologischen Reduktion auf Haustiere bedarf, weil an Nutz- und Wildtieren lediglich ein wirtschaftliches bzw. ökologisches Interesse besteht.¹⁸

Da die Vorschrift nicht ausdrücklich auf das Affektionsinteresse verweist, sondern offenlässt, welche Aspekte (zusätzlich zum wirtschaftlichen Wert) bei der Abwägung einbezogen werden, liegt die Vermutung zumindest nahe, dass auch Tiere ohne bedeutendes affektives Interesse vor dieser Vorschrift beachtenswert sind. Es wäre deshalb wünschenswert gewesen, dass das

⁷ Ibid, Rn. 10.

⁸ Ibid, Rn. 11.

⁹ Oetker, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 251, Rn. 38.

¹⁰ Ibid, Rn. 42; vgl. auch BGHZ 115, 364 (371).

¹¹ OLG Hamm, Beschl. v. 02.11.2016, Az. I-21 U 14/16, juris Rn. 15.

¹² LG Hagen, Urte. v. 27.11.2015, Az. 8 O 166/11, juris Rn. 77.

¹³ BGH, Urte. v. 27. 10.2015, Az. VI ZR 23/15.

¹⁴ OLG Hamm, Beschl. v. 02.11.2016, Az. I-21 U 14/16, 5. Leitsatz; vgl. auch BGH, Urte. v. 27. 10.2015, Az. VI ZR 23/15 Rn. 17.

¹⁵ Gesetz vom 20.8.1990, BGBl. I S. 1762.

¹⁶ Amtl. Begr., BT-Drs. 11/7369 S. 1.

¹⁷ Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, 3. Aufl. (2016), § 1 Rn. 2.

¹⁸ Zur Diskussion: Oetker, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 251 Rn. 56, Magnus, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB – Schuldrecht, 3. Auflage (2016), § 251 Rn.22.

Gericht noch deutlicher die Bedeutung des Eigenwertes eines Tieres für die Verhältnismäßigkeitsabwägung betont hätte, bevor *zusätzlich* zum Eigenwert das Affektionsinteresse einbezogen wurde.

Insgesamt ist der Beschluss jedoch als Fortsetzung in einer Reihe von Entscheidungen zu begrüßen, die im Ergebnis feststellen, dass sich der Wert eines Tieres nicht nur nach dessen wirtschaftlichen Wert bemessen lassen darf.

Hinweis für Studierende

Der **Anspruch aus dem ProdHaftG** ist im Gegensatz zu den deliktischen Ansprüchen des BGB übersichtlich ausgestaltet und durch die Verschuldensunabhängigkeit der Haftung vergleichsweise einfach zu handhaben. Schwerpunkt oder zumindest ein Problem der Klausur wird er daher zwar in den seltensten Fällen sein; Ausführungen dazu zeigen dem Korrigierenden jedoch ein umfassendes Verständnis für das Schadensersatzrechts, denn der Anspruch schließt eine Haftung nach anderen Normen nicht aus, § 15 Abs. 2 ProdHaftG.

§§ 249 ff. BGB sind die **zentralen Vorschriften im Schadensrecht** und erlangen dementsprechend immer erst Bedeutung *nachdem* ein Anspruch auf Schadensersatz festgestellt wurde. Es handelt sich daher nicht um eine Anspruchsgrundlage, sondern die Ausgestaltung der Rechtsfolgenseite. Die teilweise sehr unzugänglich erscheinenden Regelungen bezwecken keine Bestrafung des Schädigers, sondern vielmehr einen Ausgleich der erlittenen Nachteile.¹⁹ Ein solcher muss sich zudem stets an einer Verhältnismäßigkeitsabwägung messen lassen.

Dass die Abwägung im Fall des OLG Hamm eine gewisse Verschiebung zugunsten des Geschädigten erfährt, ist dem Umstand geschuldet, dass die **Behandlung von Tieren als Schadensobjekte** immer eine weitere Perspektive in die Erwägungen miteinschließt, nämlich die des Tierschutzes, wonach Tiere als Mitgeschöpfe einen höheren Stellenwert einnehmen als sonstige Objekte des Rechts. Prominent für diese Andersbehandlung steht Art. 20a GG, in welchem der Tierschutzgedanke durch die Wörter „und die Tiere“ als Staatsziel Einzug in die Verfassung gehalten hat und deshalb bei jeder Fallgestaltung, in der Tiere auftreten, gesondert zu berücksichtigen ist.

Antje Schulz

Wissenschaftliche Mitarbeiterin

Professur für Strafrecht und Rechtsphilosophie/Rechtstheorie

(Prof. Dr. Joachim Renzikowski)

► Inhaltsverzeichnis

¹⁹ Vgl. Oetker, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 249 Rn. 8.

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Landgericht Frankfurt am Main

Keine Diskriminierung eines israelischen Staatsbürgers durch verweigerte Beförderung

Urteil vom 16. November 2017, Az.: 2-24 O 37/17

Die Beförderungsverweigerung zu Lasten eines israelischen Staatsangehörigen ist keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung nach dem AGG, wenn sie zwar auf deutschem Hoheitsgebiet stattfindet aber auf einem ausländischen Boykottgesetz beruht, welches juristischen Personen und damit auch Fluggesellschaften untersagt, Vereinbarungen mit Personen zu schließen, welche die israelische Staatsangehörigkeit besitzen.

(Leitsatz der Bearbeiterin)

A) Sachverhalt

Der Kläger, ein israelischer Staatsbürger, buchte am 04.06.2016 über ein Online-Reiseportal eine private Urlaubsreise bei der Beklagten, einer kuwaitischen Fluggesellschaft, welche ihm das Reiseportal bestätigte. Die gebuchte Flugbeförderung umfasste einen Flug von Frankfurt am Main nach Bangkok mit einem Transferaufenthalt in Kuwait-Stadt. Die Buchung konnte in der iOS-App der Beklagten aufgerufen werden. Der Kläger stellte bald darauf fest, dass er seine israelische Staatsangehörigkeit in der App der Beklagten nicht eingeben konnte. Als er sich telefonisch mit der Beklagten in Verbindung setzte und darum bat, dass seine Staatsangehörigkeit entsprechend vermerkt werde, stornierte die Beklagte die gebuchten Flüge. Es folgte eine erfolglose Aufforderung des Klägers per anwaltlichem Schreiben, eine Flugdurchführung ungeachtet der Stornierung zu bestätigen.

Mit seiner Klage beim LG Frankfurt a.M. begehrte der Kläger weiterhin eine Beförderung von Frankfurt am Main nach Bangkok und zurück, jeweils mit Transferaufenthalt in Kuwait-Stadt, hilfsweise eine angemessene Entschädigung in Geld in Höhe von mindestens 15.000 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozent über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit.

B) Die Entscheidung der Kammer

I. Der Hauptantrag:

Erfüllung des Beförderungsvertrages

Einen Anspruch auf Beförderung aus § 631 BGB lehnte die Kammer ab. Begründet wurde dies mit der rechtlichen Unmöglichkeit des Klagebegehrens nach § 275 Abs. 1 BGB.

„Nach dem kuwaitischen Gesetz Nr. 21 des Jahres 1964 (Einheitsgesetz zum Israel-Boykott) sei es [der Beklagten] untersagt, Ver-

einbarungen mit Personen zu schließen, die die israelische Staatsangehörigkeit besitzen. Verstöße gegen die Regelungen des Gesetzes würden mit Gefängnisstrafe, harter Gefängnisarbeit oder mit Geldstrafe bestraft.“¹

Dies sei einer Vertragspartei auch im Rahmen der Geltung deutscher Gesetze nicht zumutbar.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. So wird regelmäßig auf rechtliche Unmöglichkeit erkannt, wenn eine entgegenstehende Rechtslage besteht, insbesondere wenn diese auf öffentlich-rechtlichen Normen basiert.² Dass der Staat Kuwait eine solche Gesetzgebung praktiziert, mag mit der hiesigen Rechtsauffassung schwer vereinbar sein, ändert jedoch nichts an dem zweifellos bestehenden Hindernis. Der deutsche Staat darf die Beklagte mithin nicht zu einem Rechtsbruch in dem Land zwingen, in dem sie ihren Sitz hat.

II. Der Hilfsantrag:

Billige Entschädigung in Geld

Der Hilfsantrag des Klägers wurde abgewiesen, da eine Diskriminierung nach Art. 19 Abs. 1 AGG nicht vorliege. Das kuwaitische Gesetz verbiete vielmehr vertragliche Verhältnisse zu Personen einer bestimmten Staatsangehörigkeit. Vor einer solchen Unterscheidung schütze das AGG jedoch nicht. Auch eine mittelbare Diskriminierung auf Grund der Religion³ komme dementsprechend nicht in Frage, da es gerade keine Rolle spiele, welchem Glauben die israelischen Staatsbürger tatsächlich angehören. Ferner könne wiederum ein jüdischer Fluggast einer anderen Staatsangehörigkeit ungehindert einen Beförderungsvertrag mit der Beklagten eingehen, weshalb kein Anlass für eine Entschädigung des Klägers nach dem AGG gegeben sei.

1. Die Berücksichtigung des Gesetzes Nr. 21/1964

Die Kammer stützt sich sowohl in der Abweisung des Haupt-, als auch des Hilfsantrags auf die Regularien des Gesetzes Nr. 21/1964 des Staates Kuwait (an einer Stelle im Urteil fälschlicherweise als Gesetz Nr. 24 bezeichnet, ein solches existiert allerdings nicht⁴). Interessant ist die Ausführung, dass solche Regelungen der deutschen Rechtsordnung nicht fremd seien, wenn auch mit unterschiedlichen Ausprägungen. Die als vermeintlicher Beleg dieser Behauptung angeführte – im Übrigen falsch zitierte – Seite des Zoll befasst sich indes nicht mit Boykottgesetzen, sondern Embargos.⁵ Darunter versteht man wirtschaftliche Sanktionen im Rahmen politischer Bemühungen, Kriege oder

¹ LG Frankfurt a.M., Urteil vom 16.11.2017, Az.: 24, 2-24 O 37/17, Rn. 19. Wie genau eine juristische Person mit einer Gefängnisstrafe sanktioniert werden kann, wird nicht ausgeführt.

² Ernst, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 275 Rn. 44.

³ Das Gericht hat sich vor allem auf das Judentum konzentriert.

⁴ Vgl. LG Frankfurt, 2-24 O 37/17, Urteil vom 16.11.2017 Rn. 48.

⁵ Der verweisende Link in der Urteilsbegründung führt leider ins Leere. Gemeint war wohl: http://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Aussenwirtschaft-Bargeldverkehr/Embargomassnahmen/Laenderembargos/laenderembargos_node.html (Stand: 12.12.2017).

Konflikte zu beenden.⁶ Nach derzeitigem Stand existiert in Deutschland kein Totalembargo, welches jeglichen Handel mit dem Adressaten untersagen würde.⁷ Selbst sehr weitreichende Teilembargos wie gegen die Demokratische Volksrepublik Korea (Nordkorea) beinhalten keine vollständigen Einreiseverbote gegen Staatsangehörige dieses Landes, sondern beschränken sich jeweils auf einzelne, gelistete Personen, die den Reisebeschränkungen nach der Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der EU unterliegen.⁸ Das Boykottgesetz des Staates Kuwait hingegen richtet sich jedoch gegen alle Staatsangehörigen Israels, ohne dabei in irgendeiner Form zu differenzieren.

Vor diesem Hintergrund kann in Frage gestellt werden, ob das Boykottgesetz dem von der Kammer gesetzten Maßstab eines „Embargos eines Staates gegenüber einem anderen Staat“⁹ nach dem hiesigen Verständnis eines Embargos standhält. Nun ist es Sache Kuwaits, als souveräner Staat, Boykottgesetze oder ähnliche Blockademaßnahmen zu beschließen und Verstöße zu sanktionieren. Wenn die Kammer jedoch an einer Stelle im Urteil meint, das Gesetz nicht am Maßstab der freiheitlich demokratischen Grundordnung der BRD messen zu dürfen, erscheint es reichlich widersprüchlich, dasselbe Gesetz als „der deutschen Rechtsordnung nicht fremd[es]“¹⁰ Embargo abzutun. Insbesondere, wenn dabei der Vorwurf der Diskriminierung im Raum steht.

2. Der diskriminierende Charakter des Boykottgesetzes

Im Mittelpunkt der Argumentation steht, dass sich das Boykottgesetz allein an der Staatsangehörigkeit orientiere und daraus keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung resultiere.

a) Die unmittelbare Diskriminierung

Das AGG setzt vier Gleichbehandlungsrichtlinien der EU in nationales Recht um.¹¹ Die Antirassismusrichtlinie¹², die dem AGG damit auch zu Grunde liegt, regelt zur Staatsangehörigkeit in Art. 3 Abs. 2:

„Diese Richtlinie betrifft nicht unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit und berührt nicht die Vorschriften und Bedingungen für die Einreise von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenlosen Personen in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten oder deren Aufenthalt in diesem Hoheitsgebiet sowie eine Behandlung, die sich aus der Rechtsstellung von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenlosen Personen ergibt.“

Die Richtlinie, auf der das AGG basiert, verbietet die Benachteiligung auf Grund der Staatsangehörigkeit nicht. Es ist folglich richtig, dass eine Unterscheidung allein auf Grund der Staatsangehörigkeit keine Benachteiligung im Sinne des § 19 AGG ist, der

Wortlaut der Norm sieht eine solche ebenso wenig vor wie der Normzweck. Es trifft mithin zu, dass eine unmittelbare Diskriminierung nicht gegeben ist. Dies wurde vom Kläger jedoch auch nicht beanstandet. Die eigentliche Frage muss mithin lauten, ob die Unterscheidung auf Grund der Staatsangehörigkeit eine mittelbare Diskriminierung aufgrund von Religion, Rasse oder ethnischen Herkunft ist.

b) Die mittelbare Diskriminierung

Wie sich bereits aus den Materialien des deutschen Gesetzgebers zum AGG ergibt, kann mit einer Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit eine mittelbare Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit verbunden sein.¹³ Voraussetzung dafür ist, dass die vordergründige Unterscheidung aufgrund der Staatsangehörigkeit darauf abzielt, eine Volks- und Kulturgemeinschaft zu benachteiligen und diese wiederum die Kriterien einer Ethnie erfüllt.¹⁴

Das LG Frankfurt a.M. hat diese Möglichkeit ebenfalls erkannt:

„Zwar kommt auch eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft oder wegen der Religion i.S. von § 3 Abs. 2 AGG in Betracht, weil Angehörige eines bestimmten Staates typischerweise (wenn auch nicht zwingend) durch ihre Abstammung, ihren nationalen Ursprung und ihre Religion in diesem Staat geprägt sind (vgl. Staudinger/Christian Rolfs (2014) AGG § 19, Rn. 9).

Eine solche mittelbare Benachteiligung liegt aber im Fall des Klägers nicht vor.“¹⁵

Ob der Kläger als israelischer Staatsangehöriger auf Grund dieser Eigenschaft einer Ethnie oder Religion zugeordnet werden darf, die wiederum durch mittelbare Diskriminierung benachteiligt werden könnte, hätte einer genaueren Untersuchung bedurft.

aa) Das Judentum als Ethnie

Fraglich erscheint damit, ob das israelische Staatsvolk dem Begriff der Ethnie subsumiert werden kann und dementsprechend eine Diskriminierung durch das Gesetz stattgefunden hat. Unter der ethnischen Herkunft versteht man nicht allein die geographische Herkunft, sondern die Zugehörigkeit einer Person zu einer Volksgruppe bzw. zu einer Gruppe mit eigenen kulturellen, sozialen und familiären Bräuchen und Traditionen.¹⁶ Im gegebenen Fall ist es naheliegend, die mögliche Zugehörigkeit zur ethnischen Gruppe der Juden zu betrachten, sofern diese als solche einzuordnen sind.

⁶ Walter, in: Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. (2016), § 45 Rn. 36.

⁷ Cornelius, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. (2017), 160. AWG, Vorbemerkung Rn. 24 f.

⁸ So nachzulesen unter: http://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Aussenwirtschaft-Bargeldverkehr/Embargomassnahmen/Laenderembargos/Demokratische-Volksrepublik-Korea/demokratische-volksrepublik-korea_node.html (Stand: 12.12.2017).

⁹ LG Frankfurt a.M., Urteil vom 16.11.2017, Az.: 24, 2-24 O 37/17, Rn. 48.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Maier-Reimer, NJW 2006, 2577.

¹² Oder auch zu finden als: Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

¹³ BT-Drs. 16/1780, S. 31. Ob in solchen Fällen eine mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung auf Grund der Ethnie vorliegt, ist umstritten (vgl. für eine unmittelbare Diskriminierung: Däubler, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 3. Aufl. (2013), § 1 Rn. 34; für eine mittelbare Diskriminierung Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2. Aufl. (2010), § 1 Rn. 14). Dieser Streit steht hier allerdings nicht im Mittelpunkt der Betrachtung. In Anlehnung an das Urteil des LG Frankfurt soll im Folgenden nur die mittelbare Diskriminierung untersucht werden.

¹⁴ Hey, in: Hey/Forst, AGG, 2. Aufl. (2015), § 1 Rn. 18; Däubler, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 3. Aufl. (2013), § 1 Rn. 34.

¹⁵ LG Frankfurt a.M., Urteil vom 16.11.2017, Az.: 24, 2-24 O 37/17, Rn. 61 f.

¹⁶ Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2. Aufl. (2010), § 1 Rn. 12.

Juden fallen jedenfalls unter den Schutz des Merkmals Religion.¹⁷ Übereinstimmend mit britischer Rechtsprechung sollen sie zudem als ethnische Gruppe anerkannt werden.¹⁸ Die bloße Einordnung unter den Religionsbegriff wird allerdings dem komplizierten Zusammenspiel von kulturellen und religiösen Kategorien des Judentums nicht gerecht. Es zeigt sich bereits bei der Bevölkerung Israels, dass diese gespalten ist zwischen säkularen und orthodoxen Juden.¹⁹ Wer jüdisch ist, muss nicht dem Judentum im religiösen Sinne angehören und kann dennoch auf Grund der Zugehörigkeit zum Kulturkreis Diskriminierung erfahren.²⁰ Davon auszugehen, dass Juden jedenfalls unter den Schutz des Merkmals Religion fallen, ist daher zu kurz gedacht und wird der breiten Fächerung innerhalb der jüdischen Gemeinschaft nicht gerecht.

So sieht auch das israelische Rückkehrgesetz von 1950 vor, dass einwandernde Jüdinnen und Juden die israelische Staatsbürgerschaft erlangen können. Paragraph 4 dieses Gesetzes regelt, dass jüdisch ist, wer eine jüdische Mutter hat oder zum Judentum konvertiert ist. Es ist nicht nur gelebte Realität in Israel, dass jüdische Religions- und Kulturzugehörigkeit auseinanderfallen können, es ist sogar gesetzlich anerkannt. Insgesamt ist es naheliegend, nicht nur das Merkmal der Religion, sondern auch das der Ethnie anzuwenden.²¹

bb) Israel als jüdischer Staat

Der Staat Israel ist vergleichsweise jung. Seine Unabhängigkeit wurde am 14. Mai 1948 verkündet. Die Verkündung erfolgte auf Basis der Resolution 181 (II) der UN-Generalversammlung, die eine Zweistaatenlösung für das damalige britische Mandatsgebiet vorsah. Diese war darauf ausgelegt, dass auf dem besetzten Gebiet Palästina ein unabhängiger arabischer und ein unabhängiger jüdischer Staat entstehen würden.²² Die jüdische Bevölkerung akzeptierte den Beschluss der UN, wohingegen der arabische Teil der Bevölkerung diesen unter Verweigerung des Existenzrechts Israels ablehnte. Die anschließende Unabhängigkeitserklärung Israels beinhaltet die eindeutige Formulierung, dass ein jüdischer Staat für das jüdische Volk entstehen soll, dessen Name Israel lautet.²³ Die klare Verbindung zwischen dem Staat Israel und der ethnischen Gruppe der Juden kann und darf mit Blick auf die Geschichte Israels nicht ignoriert werden und ist sowohl international, als auch in der Verfassung Israels verankert. Auch die Bundesrepublik hat Israel als Völkerrechtssubjekt anerkannt, sodass der geschichtliche Hintergrund das Gericht nicht überraschen dürfte.

Diese in der Vergangenheit geschaffene Verbindung zwischen dem Staat Israel und den Juden müsste noch heute vorhanden sein, um weiterhin von einem jüdischen Staat ausgehen zu können. Israel ist der einzige Staat weltweit, in welchem Juden die Mehrheit der Bevölkerung ausmachen, genau genommen 74,7%.²⁴ Weitere 20,8% gehören der arabischen Minderheit an,

4,5 % sind Teil einer anderen Ethnie oder Religion.²⁵ Israel war damit nicht nur als jüdischer Staat konzipiert, welcher den Juden weltweit eine Heimat und Schutz vor Diskriminierung und Verfolgung bieten sollte, er erfüllt diese schützende Rolle auch noch im aktuellen Weltgeschehen.

cc) Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft

Doch selbst, wenn man eine klare Verbindung zwischen dem israelischen Staat, seinen Staatsbürgern und den Juden als Ethnie aufzeigen kann, muss dies nicht zwangsläufig bedeuten, dass Diskriminierung im Sinne einer Benachteiligung durch das Boykottgesetz des Staates Kuwait vorliegt. Eine Benachteiligung im Sinne des AGG meint eine weniger günstige Behandlung, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfahren hat, erfährt oder erfahren würde.²⁶ Man darf davon ausgehen, dass die Beklagte außer mit dem Kläger noch weitere Beförderungsverträge für die fragliche Strecke geschlossen hat. Insofern gibt es Fluggäste, die auf der gewünschten Strecke befördert wurden. Nur keine Israelis, zu denen der Kläger zählt. Die Kammer des LG Frankfurt a. M. führt dazu aus:

„Dieses [Boykott-]Gesetz verbietet vertragliche Beziehungen zu Personen allein wegen ihrer Staatsangehörigkeit. Religion oder ethnische Herkunft sind dafür ohne Bedeutung. Insofern spielt es für das Gesetz keine Rolle, ob die israelischen Staatsangehörigen jüdischen, christlichen oder sonstigen Glaubens sind.“²⁷

Israel ist ein vielseitiges Land mit einer kulturellen Vielfalt, die sich auch in der Bevölkerung spiegelt. Dennoch scheint hier argumentiert zu werden, als gäbe es nicht einmal eine Tendenz, welche Religion oder Ethnie den Großteil der Bevölkerung prägt. Schon der Blick auf die Landesflagge Israels lässt einen an dieser indirekt aufgestellten Behauptung zweifeln. Darüber hinaus wird es der jüdischen Gemeinschaft nicht gerecht, allein auf die Religionszugehörigkeit abzustellen (s.o.). Doch auf die Relevanz der ethnischen Herkunft wird auch im Folgenden nicht eingegangen:

„Das Gesetz hindert demgegenüber auch nicht den Abschluss von Verträgen mit anderen Staatsangehörigen, auch wenn sie jüdischen Glaubens wären. Insofern fragt die Beklagte lediglich nach der Staatsangehörigkeit, nicht aber nach einer Zugehörigkeit zu einer Religion.“²⁸

Es ist richtig, dass die Religionszugehörigkeit nicht allein an der israelischen Staatsangehörigkeit festgestellt werden kann. Auch, dass Fluggästen anderer Nationalität und jüdischen Glaubens die Beförderung (vermutlich) nicht verweigert werden würde, kann auf Basis des kuwaitischen Gesetzes nicht bestritten werden. Doch ist die Religionszugehörigkeit nicht das ausschlaggebende Merkmal, sondern das der ethnischen Herkunft.

¹⁷ Hey, in: Hey/Forst, AGG, 2. Aufl. (2015), § 1 Rn. 25; Däubler, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 3. Aufl. (2013), § 1 Rn. 36.

¹⁸ Däubler, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 3. Aufl. (2013), § 1 Rn. 36.

¹⁹ Oelmann, Vom Judenstaat zum jüdischen Staat (2010), S. 70.

²⁰ Schiek, in: Schiek, AGG (2007), § 1 Rn. 17.

²¹ Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2. Aufl. (2010), § 1 Rn. 12.

²² UN-Generalversammlung, A/RES/181 (II), S. 3 – im Internet abrufbar: <http://www.un.org/depts/german/gv-early/ar181-ii.pdf> (Stand: 12.12.2017).

²³ Declaration of Establishment of State of Israel, May 14, 1948 – im Internet abrufbar unter: <http://www.mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/peace/guid->

[e/pages/declaration%20of%20establishment%20of%20state%20of%20israel.aspx](http://www.mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/peace/guid-e/pages/declaration%20of%20establishment%20of%20state%20of%20israel.aspx) (Stand: 12.12.2017).

²⁴ Die Zahlen entstammen der offiziellen Statistik zum 69. Unabhängigkeitstag Israels, nachzulesen unter: http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template_eng.html?hodaa=20171113 (Stand: 12.12.2017).

²⁵ http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template_eng.html?hodaa=20171113 (Stand: 12.12.2017).

²⁶ Hey, in: Hey/Forst, AGG, 2. Aufl. (2015), § 3 Rn. 4.

²⁷ LG Frankfurt a.M., Urteil vom 16.11.2017, Az.: 24, 2-24 O 37/17, Rn. 62.

²⁸ Ibid., Rn. 63.

Schließlich ist es das bezeichnende Merkmal der jüdischen Diaspora, dass sie ein Volk der Vertriebenen und Heimatlosen darstellt, deren Angehörige über die gesamte Welt verstreut sind und im Laufe der Zeit die jeweilige Staatsangehörigkeit angenommen haben, sodass nach diesem Merkmal eine automatische Zuordnung der ethnischen Herkunft kaum möglich ist. Die weltweit *einzig* Ausnahme ist Israel; nur im Fall der israelischen Staatsangehörigkeit kann mit überwältigender Wahrscheinlichkeit auf die ethnische Zugehörigkeit zur jüdischen Gemeinschaft geschlossen werden. Diese Übereinstimmung von Staatsangehörigkeit und ethnischer Zugehörigkeit ist historisch bezweckt und nicht zufällig entstanden.

Kuwait hingegen hat sich nach seiner Unabhängigkeit der arabischen Seite im Israel-Konflikt angeschlossen und ist auch militärisch gegen den jüdischen Staat vorgegangen. Das muslimisch geprägte Land erkennt den Staat Israel nicht an. Die Wortwahl des LG Frankfurt a. M., wonach

„der Staat Kuwait keine Verbindung - auch nicht privatrechtlicher Natur - zu Staatsangehörigen des Staates Israel wünscht und dies auch seinen Bürgern auferlegt.“²⁹,

erscheint in diesem Zusammenhang geradezu euphemistisch und lässt den geschichtlichen und religiösen Kontext außer Betracht.

3. Zwischenfazit

Dem Kläger wurde auf Grund seiner israelischen Staatsangehörigkeit die Beförderung durch die Beklagte verweigert. Die israelische Staatsangehörigkeit ist ein hinreichender Indikator bezüglich der ethnischen Herkunft des Klägers. Das kuwaitische Boykottgesetz, welchem sich die Beklagte beugen muss, zielt mithin nicht allein auf die Staatsangehörigkeit ab, sondern mittelbar auf die ethnische Herkunft israelischer Staatsangehöriger. Eine mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG liegt vor, sodass der Hilfsantrag des Klägers gem. § 21 Abs. 2 S. 3 AGG zu Unrecht vom LG Frankfurt a.M. abgewiesen wurde.

C) Rechtsvergleichende Aspekte

Der internationale Charakter der Entscheidung legt nahe, sich nicht nur mit nationaler Rechtsprechung auseinanderzusetzen. Immerhin handelt es sich bei der Beklagten um eine weltweit agierende Fluggesellschaft, deren Firmenpolitik nicht nur der deutschen Rechtsordnung standhalten muss. Ferner kann man Antidiskriminierungsnormen als wesentlichen Bestandteil des Rechtsstaates erfassen.³⁰ Solche Normen finden sich demnach nicht allein in der deutschen Gesetzgebung und lassen sich ihrerseits vergleichen bzw. in ihrer Auslegung auf Übereinstimmungen und Unterschiede untersuchen.

²⁹ Ibid., Rn. 49.

³⁰ Wolff, in: Hömig/Wolff, GG, 11. Aufl. (2016), Art. 3 Rn. 2.

³¹ Im Gegensatz zum Fall des LG Frankfurt a.M. lag bei der geplanten Reise kein Transferaufenthalt in Kuwait-Stadt vor. Das LG Frankfurt a.M. hat die rechtliche Unmöglichkeit darauf gestützt, dass Kuwait Verträge mit israelischen Staatsangehörigen verbietet. Dass der Kläger nicht nach Kuwait einreisen dürfte, spielte im Rahmen der Begründung der Unmöglichkeit eine nachrangige Rolle.

I. Die Entscheidung des DOT

Die Beklagte musste sich schon in der Vergangenheit wegen des Umgangs mit israelischen Fluggästen auf Grund des Boykottgesetzes verantworten.

Hervorzuheben ist hier die Entscheidung des amerikanischen Department of Transportation (DOT) vom 30. September 2015, welche im Sinne des betroffenen Beschwerdeführers ausfiel. Die Unterschiede fallen in der Bewertung des Vorgehens der Fluggesellschaft umso mehr auf, wenn man sich mit dem nahezu identischen Sachverhalt auseinandersetzt.³¹

Wo das deutsche Gericht in der Hauptsache rechtliche Unmöglichkeit erkannt hat, bringt das DOT vor, dass keine Autorität bekannt sei, die Diskriminierungen durch Fluggesellschaften zulässt, nur weil jene womöglich nach demselben Gesetz bestraft werden könnten, welches die Diskriminierung vorschreibt.³² Um die Umsetzung von fremdem Recht zu verhindern, welches mit dem inländischen Recht nicht zu vereinbaren wäre, wird deshalb das Boykottgesetz als nicht ausreichend angesehen, um die Beförderung des Betroffenen zwischen zwei Ländern, in welche israelische Staatsangehörige einreisen dürfen, zu verweigern. Es wird demnach keine rechtliche Unmöglichkeit erkannt. Es handelte sich dabei um die zweite Bewertung des DOT zu diesem Vorfall. Die erste Bewertung stützte sich auf 49 U.S. Code § 40127 (a):

An air carrier or foreign air carrier may not subject a person in air transportation to discrimination on the basis of race, color, national origin, religion, sex, or ancestry.³³

Dort erkannte man keine Diskriminierung. In der zweiten Bewertung wurde hingegen die Angemessenheit der Diskriminierung gem. 49 U.S.C. § 41310 (a) geprüft:

An air carrier or foreign air carrier may not subject a person, place, port, or type of traffic in foreign air transportation to unreasonable discrimination.

Dort stellte man fest, dass das Boykottgesetz nicht ausreichend sei, um die Benachteiligung zu begründen. Dieser Ansatz lässt außer Acht, ob mittelbar oder unmittelbar durch das Abstellen auf die Staatsangehörigkeit eine Benachteiligung auf Grund der Ethnie oder Religion vorliegt. Stattdessen wird angeführt, dass das Interesse der USA an der Sicherstellung der Nichtdiskriminierung von Fluggästen im Sinne der geltenden Gesetze größer sei, als das Interesse Kuwaits in der mittelbaren Umsetzung seiner Gesetze durch die kuwaitische Fluggesellschaft.³⁴

Begründet wird dies damit, dass die kuwaitische Fluggesellschaft das Recht erworben hat, innerhalb und außerhalb der USA Fluggäste zu transportieren und im Gegenzug verpflichtet ist, dortiges Recht zu achten. Sofern angehende Passagiere nach US-amerikanischem Recht zur Ein- und Ausreise berechtigt sind und selbiges für das Zielland gilt, muss sich die Fluggesellschaft

³² Vgl. DOT, Brief vom 30.09.2015, S. 3 - im Internet abrufbar:

▶ <https://www.transportation.gov/sites/dot.gov/files/docs/Kuwait-Airways-Letter-Sept-30-2015.pdf> (Stand: 12.12.2017).

³³ Eine Norm, die eindeutige Parallelen zu § 19 Abs. 1 AGG aufweist.

³⁴ DOT, Brief vom 30.09.2015, S. 4.

dem unterwerfen und darf, auch entgegen der kuwaitischen Gesetze, keine gegenteilige Wertung vornehmen.³⁵

Die Argumentation umgeht die Problematik der mittelbaren und unmittelbaren Diskriminierung und stellt das nationale Recht über das Boykottgesetz, indem es dieses nicht zur Anwendung zulässt. Diese letzte Entscheidung zur Sache hat dazu geführt, dass Kuwait Airways die betroffene Strecke von New York nach London eingestellt hat.

II. Executive Order No. 13,780 („Muslim Ban“)

Ein ebenfalls in den USA angesiedelter Vergleich stellt eine Verbindung zwischen Benachteiligung auf Grund der Staatsangehörigkeit und Diskriminierung basierend auf der Religionszugehörigkeit her. In der Executive Order No. 13,780 wurde der so genannte *travel ban* für mehrere mehrheitlich muslimisch geprägte Länder beschlossen, es handelte sich um den zweiten Versuch, einen Einreisestopp für Staatsangehörige mehrerer Länder zu erreichen.³⁶ Die Umsetzung dieser Regelung wurde gerichtlich aufgehalten. Das Gericht war der Auffassung, dass die fehlende Differenzierung, die zu Lasten aller Staatsangehörigen muslimisch geprägter Länder wie Syrien und Libyen wirkte, insbesondere durch den politischen Kontext des vermittelten Gesetzeszweckes eine Diskriminierung auf Grund der Religion herbeiführe.³⁷ Dass auch nicht mehrheitlich muslimische Länder von der Order erfasst waren, konnte an diesem Eindruck nichts ändern, da sich die Einreiseverbote in diesen Fällen wiederum auf bestimmte Personengruppen beschränkten.³⁸ Selbstverständlich hat diese Beurteilung keinerlei Auswirkungen darauf, wie deutsche Gerichte Entscheidungen zu treffen haben. Dennoch ist diese Auslegung ein praktisches Beispiel, dass die politische Motivation, eine gesetzliche Regelung zu erlassen, ein eindeutiger Hinweis darauf sein kann, ob das in Frage stehende Gesetz (mittelbar) diskriminierend wirken soll, selbst wenn es sich rein objektiv betrachtet allein an der Staatsangehörigkeit orientiert.

Hinweise für Studierende

Dem Urteil des LG Frankfurt a. M. wurde mit Überraschung und Entrüstung begegnet. Die Tatsache, dass insbesondere der Hilfsantrag abgelehnt wurde, hat zum Teil zu extremen Forderungen geführt: Ein Einmischen durch Entziehen der Landrechte durch die geschäftsführende Regierung wurde gefordert³⁹, der kuwaitische Botschafter um Stellungnahme gebeten⁴⁰ und der Gesetzgeber wurde zum Handeln aufgerufen⁴¹.

Doch womöglich verschleiert diese Aufregung den Blick auf etwas vergleichsweise Banales: Nämlich, dass geltendes Recht nicht im Rahmen seiner Möglichkeiten angewandt wurde. Das AGG soll nicht nur aktiv bestehende Benachteiligungen beseitigen; es hat ferner eine präventive Funktion und bezweckt auch eine Sensibilisierung der Bevölkerung gegenüber Diskriminierungsmerkmalen, um künftigen Benachteiligungen entgegenzuwirken.⁴² Mit dem besprochenen Urteil hat die Kammer zu Lasten des Klägers weder das eine, noch das andere Ziel hinreichend berücksichtigt.

Alina Gorstein

Wissenschaftliche Hilfskraft mit Abschluss
Professur für Strafrecht und Rechtsphilosophie/Rechtstheorie
(Prof. Dr. Joachim Renzikowski)

► Inhaltsverzeichnis

³⁵ Ibid.

³⁶ Betroffen waren der Iran, Libyen, Somalia, Syrien, Jemen, Tschad, Nordkorea und Venezuela.

³⁷ ▶ US District Court Maryland, vorl. Urt. v. 17.10.2017 - Zakzok et al v. Trump et al, S. 76 ff.

³⁸ Ibid., S. 74.

³⁹ Neuerer, Handelsblatt vom 19.11.2017: ▶ <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/diskriminierung-von-israelis-gabriel-soll-gegen-kuwait-airways-vorgehen/20603054.html> (Stand: 12.12.2017).

⁴⁰ ZEIT ONLINE vom 17.11.2017: ▶ <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-11/kuwait-airlines-bundesregierung-flugverbot-israeli> (Stand: 12.12.2017).

⁴¹ ZEIT ONLINE vom 16.11.2017: ▶ <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-11/landgericht-frankfurt-kuwait-airways-israeli> (Stand: 12.12.2017).

⁴² Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2. Aufl (2010), § 1 Rn 5.



KÖPFE

GESUCHT

Referendare und Praktikanten
www.tsp-law.com/karriere

Thümmel, Schütze & Partner
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Mitwirkung einer Richterin im gesetzlichen Mutterschutz

Urteil vom 07. November 2016, Az.: 2 StR 9/15

Der nachgeburtliche Mutterschutz einer Richterin führt zu einem Dienstleistungsverbot, das ihrer Mitwirkung in der Hauptverhandlung entgegensteht. Deren Fortsetzung ohne Beachtung der Mutterschutzfrist führt zur gesetzwidrigen Besetzung des erkennenden Gerichts.

(Amtlicher Leitsatz)

A) Sachverhalt (Vereinfacht)

Die von der Strafkammer durchgeführte Hauptverhandlung vor dem LG Darmstadt begann am 24. August 2012 und endete am 11. April 2014. Die Strafkammer war mit drei Berufsrichtern und zwei Schöffen besetzt. Ein Ergänzungsrichter wurde nicht hinzugezogen. An der Hauptverhandlung und am Urteil wirkte eine Richterin als Berichterstatterin mit, die im Laufe der Hauptverhandlung schwanger wurde und dies im Hauptverhandlungstermin vom 20. Dezember 2013 erkennbar noch war.

Die Hauptverhandlung wurde am 20. Dezember 2013 bis zum 3. Januar 2014 unterbrochen. Im Fortsetzungstermin am 3. Januar 2014 war zu erkennen, dass die Richterin nicht mehr schwanger war, also entbunden hatte. Die Hauptverhandlung wurde an diesem Tag mit der Verkündung von Beschlüssen über die Zurückweisung von Beweisanträgen fortgesetzt; danach wurde die Verhandlung bis zum 31. Januar 2014 unterbrochen. Fragen der Verteidiger danach, ob und wann die Richterin entbunden habe, wurden durch das Gericht nicht beantwortet.

Die Verteidiger erhoben in der Hauptverhandlung vom 31. Januar 2014 einen Besetzungseinwand, weil am 3. Januar 2014 eine Richterin mitgewirkt habe, die kraft Gesetzes hiervon ausgeschlossen gewesen sei. Die Strafkammer wies diesen Einwand durch Beschluss vom 20. Februar 2014 zurück.

Die beiden Angeklagten wurden in erster Instanz durch das LG Darmstadt verurteilt und legten gegen dieses Urteil Revision ein.

§ 6 Abs. 1 S. 1 Mutterschutzgesetz lautet:

Mütter dürfen bis zum Ablauf von acht Wochen, bei Früh- und Mehrlingsgeburten oder in Fällen, in denen vor Ablauf von acht Wochen nach der Entbindung bei dem Kind eine Behinderung im Sinne von § 2 Absatz 1 Satz 1 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch ärztlich festgestellt und eine Verlängerung der Schutzfrist von der Mutter beantragt wird, bis zum Ablauf von zwölf Wochen nach der Entbindung nicht beschäftigt werden.

Hinweis:

Für die Revisionsprüfung in der Klausur empfiehlt sich folgende, hier grob dargestellte Prüfungsreihenfolge¹:

1. Zulässigkeit der Revision

Insbesondere (a) Statthaftigkeit, §§ 333, 335 StPO. (b) Einlegungsberechtigung des RM-Führers §§ 296, 401, 390 StPO. (c) Beschwerde des RM-Führers, die bei einer Verurteilung des Angeklagten stets gegeben ist. Maßgebend ist demnach der Tenor der Entscheidung. (d) Ordnungsgemäße Einlegung, § 341 StPO. (e) Formgerechte Begründung nach §§ 344, 345 StPO, die im Gegensatz zur Revisionseinlegung dem Anwaltszwang unterliegt und bei der der Unterzeichner die volle inhaltliche Verantwortung für die Revisionsbegründung übernehmen muss, wodurch sog. „Distanzierungsvermerke“ wie „auf ausdrücklichen Wunsch des Angeklagten“ unzulässig sind. Ferner muss die Revisionsbegründung den geforderten Mindestinhalt aus § 344 StPO enthalten, wonach der Vortrag des Revisionsführers vor allem bei der Verfahrensrüge gemäß § 344 Abs. 2 S. 2 StPO inhaltlich bestimmt, vollständig, schlüssig und widerspruchsfrei sein muss.

2. Verfahrenshindernisse und Prozessvoraussetzungen

Diese sind von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen und führen bei deren Vorliegen zur Einstellung des Verfahrens, insbesondere: Strafklageverbrauch, Verfolgungsverjährung, fehlender Eröffnungsbeschluss des Gerichtes, Immunität des Angeklagten etc. Liegt ein Verfahrenshindernis vor, darf schon das Tatgericht nicht mehr zu einem Sachurteil gelangen.

3. Begründetheit der Revision

Wenn das Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruht, § 307 Abs. 1 StPO. Zu unterscheiden ist zwischen der Verfahrensrüge, die den prozessualen Weg betrifft und der Sachrüge, bei der die Revision auf eine Verletzung materiellen Rechts gestützt wird. Die Verfahrensrüge unterscheidet weiter zwischen absoluten Revisionsgründen nach § 338 Nr. 1-7 StPO, deren Verletzung wegen der unwiderleglichen Vermutung des Beruhens zwingend zur Aufhebung des Urteils führt, und den relativen Revisionsgründen nach § 337 StPO, bei denen eine Verletzung des Gesetzes der Revision nicht zwingend zum Erfolg verhilft.

¹ Grundlegend zum Wesen der Revision: *Knauer*, NSStZ 2016, 1.

B) Die Entscheidung des Senates

Auf die zulässige Revision (I.) der Angeklagten bejahte der 2. Senat einen absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 1 StPO (II.), hob das Urteil des LG Darmstadt auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an ein anderes Landgericht, § 354 Abs. 2 S. 2 HS. 2 StPO.

I. Zulässigkeit

Die Zulässigkeit der Revision scheiterte vorliegend nicht an der in § 338 Nr. 1 StPO enthaltenen Rügevoraussetzung, wonach der Besetzungseinwand in den Fällen des § 222a StPO nur bis zum Beginn der Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache in der Hauptverhandlung geltend gemacht werden kann, § 222b Abs. 1 StPO. Denn diese Regelung findet keine Anwendung, wenn ein Fehler in der Besetzung des Gerichts erst später eintritt.

II. Absoluter Revisionsgrund § 338 Nr. 1 StPO

Nach Ansicht des Senats führt das in § 6 MuSchG enthaltene absolute Beschäftigungsverbot zu einer fehlerhaften Besetzung der Kammer am 3. Januar 2014 und mithin zu einem absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 1 StPO (1). Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der sachlichen Unabhängigkeit der Richterin gemäß Art. 97 GG (2).

1. Entscheidend war also, ob die Regelung des § 6 MuSchG – die sicherlich als eine „der“ wesentlichen Vorschriften des Arbeitsrechts anzusehen ist – zu einem absoluten Dienstleistungsverbot führen muss, oder ob es zur Disposition der Richterin stand, trotz Mutterschutzfrist an der Hauptverhandlung teilzunehmen.

a) Der Senat führt dazu aus:

„Das absolute Dienstleistungsverbot gemäß § 6 Absatz 1 Satz 1 MuSchG ist zwingendes Recht. [...] Es steht weder zur Disposition des Dienstherrn noch konnte die Richterin darauf verzichten. [...] Die Schutzwirkung des § 6 MuSchG und das daraus folgende Beschäftigungsverbot setzen nicht eine Mitteilung der Mutter, sondern allein Kenntnis des Arbeitgebers beziehungsweise Dienstherrn voraus; ihm ist eine Beschäftigung der Mutter auch dann untersagt, wenn diese einer Dienstleistung zustimmt oder sie gar verlangt.“

Die Richterin hätte sich demnach auch „nicht freiwillig zur Dienstleistung in der Hauptverhandlung bereit erklären dürfen. Das Gesetz will durch die zwingende Anordnung eines Dienstleistungsverbots einen Entscheidungsdruck von der Mutter nehmen, ob sie freiwillig überobligatorischen Einsatz zeigen oder den gesetzlichen Mutterschutz in Anspruch nehmen will. Der nachgeburtliche Mutterschutz kommt deshalb in seinen Auswirkungen auf die Gerichtsbesetzung in der Hauptverhandlung einer Verhinderung wegen Dienstunfähigkeit gleich.“

Der Senat argumentiert hier – wenn auch etwas knapp – überzeugend. Gerade in Fällen wie diesem, in denen kein Ergänzungsrichter hinzugezogen wurde und das Verfahren Gefahr läuft zu „platzen“, erscheint es nur sinnvoll, eine Richterin vor einer Interessenkollision zu schützen.

b) Mithin sieht der BGH die Angeklagten auch in ihrem Rechtskreis betroffen. „Der Schutzzweck des Mutterschutzgesetzes, der

die Gesundheit von Mutter und Kind im Auge hat, ändert nichts an diesen prozessualen Folgen des Dienstleistungsverbots. Ebenso wenig kann aus der Veränderung der gesellschaftlichen Wirklichkeit, in welcher Frauen heute häufiger als zum Zeitpunkt des Gesetzes-Erlasses Tätigkeiten nachgehen, die eine Gesundheitsgefährdung von Mutter und Kind nicht (mehr) ohne weiteres besorgen lassen, eine Einschränkung des zwingenden Gesetzesbefehls hergeleitet werden. Dasselbe gilt für den Umstand, dass bei freiberuflich tätigen Frauen – also etwa auch bei Rechtsanwältinnen in demselben Strafverfahren – die Vorschriften des MuSchG gar nicht anwendbar sind, eine mögliche Schutzfrist hier also allein im Belieben der Betroffenen steht.“

Überzeugend führt der Senat ebenso Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG an, der grundsätzlich den Anspruch des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter gewährleisten und ihn zugleich unter Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebotes bei der Mitwirkungszuständigkeit vor willkürlichen Verschiebungen schützen soll. Dazu der Senat:

„Nach dem Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 101 Absatz 1 Satz 2 GG darf es, soweit die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 6 Absatz 1 MuSchG gegeben sind, angesichts der zwingenden gesetzlichen Regelung nicht vom Willen der Richterin abhängig sein, ob sie weiter an der Hauptverhandlung mitwirkt oder das Dienstleistungsverbot befolgt. Andernfalls wäre auch in einer Hauptverhandlung, in der ein Ergänzungsrichter im Sinne von § 192 Absatz 2 GVG zur Verfügung steht, dessen Eintritt in das Quorum vom willkürlichen Bejahen oder Fehlen der Bereitschaft der Richterin zum überobligationsmäßigen Einsatz abhängig.“

Ausgehend von der Wertung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verbietet sich nach Auffassung des Senats auch die Möglichkeit, die Besetzungsfrage mittels einer „Interessenabwägung von den Umständen des Einzelfalls, etwa dem Umfang und der Eilbedürftigkeit der Sache abhängig zu machen. Andernfalls wäre eine „bewegliche“ Mitwirkungszuständigkeit ohne nachprüfbare normative Kriterien für die Entscheidung im Einzelfall eröffnet.“

2. All dem steht laut BGH auch nicht – wie vom Tatgericht noch angeführt – Art. 97 GG entgegen. Denn dort „wird allein die sachliche Unabhängigkeit des Richters im Fall der Begründung seiner Entscheidungszuständigkeit gewährleistet, nicht aber eine Unabhängigkeit dahin, über die Entscheidungszuständigkeit selbst zu disponieren.“

Hinweise für Studierende

Die Entscheidung des 2. Senats erscheint, insbesondere unter Berücksichtigung eines drohenden Interessenkonfliktes der Richterin, als auch durch die Heranziehung von Art. 101 Abs. 1 2 GG, überzeugend.

Dieser, an sich leicht verständliche, Fall eignet sich gut für sämtliche Prüfungssituationen. Er kann dem Studenten abstrakt als reine Prüfung des § 338 Nr. 1 StPO in Form einer Zusatzfrage im schriftlichen als auch mündlichen Examen begegnen. Aber auch für die 2. Staatsprüfung kann diese Konstellation mit weiteren Problemen

(etwa in der Zulässigkeit) beliebig erweitert oder kombiniert werden, um die Grundzüge des Revisionsrechts abzu prüfen.

Paolo Beeren

Rechtsreferendar
Landgericht Freiburg

► **Inhaltsverzeichnis**

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Abweichungen vom vorgestellten Kausalverlauf: Verfrühter Erfolgseintritt und *dolus subsequens*

Beschluss vom 7. September 2017, Az.: 2 StR 18/17

1. Die nachträgliche Billigung eines bereits eingetretenen Erfolges vermag keinen Vorsatz im Handlungszeitpunkt zu begründen (unbeachtlicher *dolus subsequens*).

2. Dient eine – letal wirkende – Ersthandlung nach dem Tatplan der Vorbereitung der Tötung, muss zur Bejahung einer einheitlichen Vorsatztat mit der Ersthandlung bereits die Schwelle des § 22 StGB überschritten werden.

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt (gekürzt)

T und O konsumierten gemeinsam erhebliche Mengen Alkohol. Der homosexuell veranlagte O unternahm gegenüber T Annäherungsversuche, was diesen derart in Rage versetzte, dass er O auf die Lippe schlug. Infolge dieses Schlages und der damit einhergehenden Erregung stieg bei O Speisebrei aus dem Magen auf. Durch die erhebliche Alkoholisierung blieb der Würgerreflex aus, sodass es zu einer Aspiration des Speisebreis kam. Nachdem O hingefallen war, begann er zu röcheln und verstarb wenige Minuten später infolge Erstickens. T verkannte den Todeseintritt und durchtrennte mit einem Messer den Penis des – vermeintlich nur bewusstlosen – O.

B) Verfahrensgang

Das Landgericht hatte T wegen vollendeten Totschlags gemäß § 212 Abs. 1 StGB verurteilt. Es beurteilte den Schlag auf die Lippe und die nachfolgende Durchtrennung des Penis als einheitliches Geschehen, wobei es nur hinsichtlich der Durchtrennung von einem Handeln mit bedingtem Tötungsvorsatz ausging. Insgesamt betrachtet stelle sich der Todeseintritt infolge des Schlages als unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf dar.

Hiergegen richtete sich die Revision des Angeklagten.

C) Die Entscheidung des Senats

Der 2. Strafsenat des BGH erachtete die Revision für begründet und hob das angegriffene Urteil gemäß § 349 Abs. 4 StPO auf. Zugleich wurde die Sache an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

T könnte sich durch den gegenüber O geführten Schlag wegen Totschlags gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

¹ Zum Ausschluss der objektiven Zurechnung bei atypischen Kausalverläufen vgl. etwa Eisele, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2016), § 10 Rn. 77 ff.; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. (2017), § 13 Rn. 62 ff.

² Immer wieder wird in diesem Zusammenhang der „Bluter-Fall“ diskutiert, in dem eine an sich harmlose Verletzung – aufgrund der gestörten Blutgerinnung – zum Tod führt. Vgl. dazu etwa Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl. (2017),

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

Mit O kam ein Mensch zu Tode. Hätte T den O nicht geschlagen, wäre es nicht zur Aspiration und in der Folge nicht zum Ersticken des O gekommen. Des Weiteren müsste sich im Erstickungstod auch noch die mit dem Faustschlag geschaffene Gefahr verwirklicht haben. Immerhin könnte sich das Aufsteigen von Speisebrei, verbunden mit einem Ausbleiben des Schluckreflexes, auch als völlig atypische Folge eines Schlages gegen den Kopf darstellen.¹ Indes ist zu beachten, dass der Schlag gegenüber einem – erkennbar – Betrunknen erfolgte, sodass die Verlangsamung bestimmter Reflexe bzw. deren Ausbleiben im Bereich des (objektiv) Vorhersehbaren liegt. Von einer „medizinischen Rarität“² kann dementsprechend mit Blick auf die Aspiration und den nachfolgenden Erstickungstod keineswegs ausgegangen werden.

Hinweis

Die Rechtsprechung misst der objektiven Zurechnung im Rahmen von Vorsatzdelikten freilich keine eigenständige Bedeutung bei, sodass die entsprechenden Fragen erst im Rahmen des subjektiven Tatbestandes – unter dem Gesichtspunkt möglicher Abweichungen vom vorgestellten Kausalverlauf – behandelt werden.³

2. Subjektiver Tatbestand

Mit Blick darauf, dass O im Zeitpunkt der – nach den Feststellungen des Landgerichts mit eventuellem Tötungsvorsatz vorgenommenen – Durchtrennung des Penis bereits tot war, kann eine Strafbarkeit wegen *vollendeten Totschlags* nur an die Ersthandlung, den Schlag auf die Lippe, anknüpfen.

Dazu führt der BGH aus:

„[...] Gemäß § 16 Abs. 1 StGB muss der Tatvorsatz im Zeitpunkt der zum Taterfolg führenden Handlung vorliegen. Ein der Handlung nachfolgender Vorsatz (sog. *dolus subsequens*) ist bedeutungslos [...]. Daher tritt eine Strafbarkeit wegen vollendeter Vorsatztat nur ein, wenn die vom Vorsatz getragene Handlung den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeigeführt hat.“

§ 4 Rn. 65; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. (2017), § 13 Rn. 69 ff.; Seher, Jura 2001, 814 (817).

³ vgl. dazu auch den „Scheunenmord“-Fall, ▶ BGH JSE 2016, 44 ff. (mAnm. Bechtel).

Das Landgericht hatte bedingten Tötungsvorsatz, wie gezeigt, nur hinsichtlich der Zweithandlung bejaht, was den BGH weiter folgern lässt:

„Gegen diesen Grundsatz verstößt das Landgericht, indem es die nach seiner Würdigung mit bedingtem Tötungsvorsatz vorgenommene (postmortale) Penisamputation und den für den Tod ursächlichen Schlag auf die Lippe des Geschädigten miteinander verknüpft.“

Sodann wendet sich der BGH einer rechtlich zulässigen Verknüpfung von Erst- und Zweithandlung zu, welche indes von den gegebenen Sachverhaltsfeststellungen nicht getragen wird:

„Die vom Landgericht angenommene Abweichung des vorgestellten vom tatsächlich eingetretenen Kausalverlauf setzt voraus, dass der Täter vor seiner zum Erfolg führenden Handlung – hier dem Faustschlag auf die Lippe – bereits zur Tötung des Geschädigten entschlossen war; an entsprechenden Feststellungen zur subjektiven Tatseite hinsichtlich der Wirkungen des Schlages fehlt es hier jedoch gerade.“

Wenn der BGH ausführt, der Täter müsste im Zeitpunkt des Schlages „bereits zur Tötung des Geschädigten entschlossen“ gewesen sein, so nimmt er damit Bezug auf seine Rechtsprechung zum sog. vorzeitigen Erfolgseintritt. Gemeint sind Konstellationen, in denen die Ersthandlung in der Vorstellung vorgenommen wird, den Tod erst in einem Folgeschritt herbeizuführen. Tritt der Tod – versehentlich – bereits infolge der Ersthandlung ein, soll ein vollendetes Tötungsdelikt dann anzunehmen sein, „wenn der Täter bereits vor der Handlung, die den Taterfolg verursacht, die Schwelle zum Versuch überschritten hat oder sie zumindest mit dieser Handlung überschreitet“⁴. Sprich: Spätestens die Vornahme der Ersthandlung muss sich als unmittelbares Ansetzen zur – zu einem späteren Zeitpunkt vorgesehenen – Tötung des Opfers darstellen.⁵ Der Schlag auf die Lippe müsste also in den Augen des T nur der Vorbereitung der nachfolgenden Amputation gedient haben. Freilich ist der Begriff der „Vorbereitung“ dabei nicht im rechtstechnischen Sinne zu verstehen, geht es doch gerade darum, reine Vorbereitungshandlungen von unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung mündenden Handlungen abzugrenzen.

Hinsichtlich des konkreten Sachverhalts meldet der BGH insofern erhebliche Bedenken an:

„[...] danach lag zwischen dem Faustschlag und der Amputationshandlung eine Zeitspanne von zumindest ‚wenigen Minuten‘, in welcher der Geschädigte liegend erstickte, ohne dass währenddessen weitere Tathandlungen des Angeklagten festgestellt sind.“

Die – bislang festgestellten – objektiven Umstände stehen einer Annahme von (Tötungs-)Tatentschluss im Zeitpunkt des Schlages also eher entgegen.⁶ Damit ist aber auch der Annahme einer unwesentlichen Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf

der Boden entzogen. Letztlich bedeutet dies, dass vorsätzliches Handeln zu verneinen ist.

II. Ergebnis

T hat sich durch den gegenüber O geführten Schlag nicht wegen Totschlags gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweise für Studierende

Ist festgestellt, dass es im Zeitpunkt der Ersthandlung an einem Tatentschluss hinsichtlich des tatsächlich eingetretenen (Todes-)Erfolges fehlt, stellt sich weiterhin die Frage nach der Strafbarkeit des Handelnden. Eine Strafbarkeit wegen vollendeten Totschlags kommt nicht in Betracht (s.o.). Liegt in der Ersthandlung aber eine vorsätzliche Körperverletzung, eignet sich diese als Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB). Zudem muss man sehen, dass Handlungen, die gegenüber einem vermeintlich noch lebenden Menschen mit bedingtem Tötungsvorsatz vorgenommen werden, einen untauglichen Versuch begründen. Daher ergibt sich insoweit eine Strafbarkeit gemäß §§ 212 Abs. 1, 22, 23 StGB.

In der Klausurbearbeitung ist sorgsam danach zu differenzieren, ob es sich um einen Fall des verspäteten Erfolgseintritts⁷ oder um einen Fall des verfrühten Erfolgseintritts (so hier) handelt. Beim verspäteten Erfolgseintritt liegt ein Hauptaugenmerk regelmäßig bereits auf der Frage der objektiven Zurechnung, während selbige beim verfrühten Erfolgseintritt, da der Tod unmittelbar in Folge der Ersthandlung eintritt, selten problematisch sein dürfte. Auf Ebene des subjektiven Tatbestandes ist sodann jedoch sehr sorgsam zu untersuchen, mit welcher Vorstellung der Täter die Ersthandlung vornahm und ob, insoweit die Vorstellung auf eine nachfolgende Tötung gerichtet war, die Ersthandlung bereits als unmittelbares Ansetzen zur Tötung gewertet werden kann. Ist dies der Fall, kann eine Vollendungsstrafbarkeit – unter dem Gesichtspunkt einer unwesentlichen Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf – bejaht werden.⁸

Alexander Bechtel

Akademischer Mitarbeiter

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht
(Prof. Dr. Jörg Eisele)

► Inhaltsverzeichnis

⁴ BGH NJW 2002, 1057; BGH NStZ 2002, 475 (476).

⁵ Dafür etwa auch Eisele, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2016), § 11 Rn. 81; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2016), Rn. 430; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. (2017), § 15 Rn. 62 ff.

⁶ Zur Bedeutung objektiver Umstände für die Ermittlung der subjektiven Tatseite vgl. nur ►BGH JSE 2016, 87 ff. (mAnm. Bechtel).

⁷ Vgl. wiederum den „Scheunenmord“-Fall, ►BGH JSE 2016, 44 ff. (mAnm. Bechtel); ferner Bechtel, JA 2016, 906 ff.

⁸ Zum Meinungsstand in der Literatur, wo zT. gefordert wird, eine Vollendungsstrafbarkeit nur dann zu bejahen, wenn der Täter die Ersthandlung jedenfalls für erfolgsg geeignet (iSe. beendeten Versuchs) hielt, vgl. nur Sowada, Jura 2004, 814, (817 ff.).

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Eingehungsbetrug bei Überlassung eines Hotelzimmers/Fälschung beweiserheblicher Daten durch Versenden einer gefälschten E-Mail

Beschluss vom 23. Mai 2017, Az.: 4 StR 141/17

1. Täuscht der Täter über seine Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit, kann bereits mit der Überlassung des Hotelzimmers ein vollendeter Eingehungsbetrug vorliegen.

2. Eine zur Verstärkung der Täuschung angeblich von einem Dritten stammende E-Mail des Täters stellt kein Herstellen und Gebrauchen einer Urkunde gem. § 267 Abs. 1 StGB, sondern das Speichern und Gebrauchen beweiserheblicher Daten gem. § 269 Abs. 1 StGB dar.

(Leitsätze der Bearbeiterin)

A) Sachverhalt

(abgewandelt und auf einen Ausschnitt beschränkt)

A. ging zur Rezeption des Hotels des N., um sich in ein Zimmer einzumieten. Zuvor hatte er an die Adresse des Hotels eine E-Mail geschickt, die angeblich von der Firma S. stammte. In dieser E-Mail wurde mitgeteilt, dass S. die Hotelkosten des A. übernehmen würde. A. wusste, dass er die Rechnung nicht würde bezahlen können und hatte dies auch nicht vor. Diese wurde später durch die Eltern seiner damaligen Partnerin beglichen.

B) Verfahrensgang

Das Landgericht Detmold hat A. hinsichtlich des oben geschilderten Sachverhalts wegen versuchten Betrugs sowie wegen Urkundenfälschung verurteilt. Auf die Revision des A. wird das Urteil des Landgerichts „im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte [...] wegen Betrugs in Tateinheit mit Fälschung beweiserheblicher Daten verurteilt ist“.

C) Die Entscheidung

I. Strafbarkeit des A wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB

Indem A. durch den Rezeptionisten ein Hotelzimmer überlassen wurde, könnte er sich wegen vollendeten Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB – gegenüber dem Hotelangestellten und zum Nachteil des N. – strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Täuschung

A. müsste eine andere Person getäuscht haben. Gegenstand der Täuschung können nur Tatsachen sein.¹ Tatsachen sind Ereignisse und Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem

Beweise zugänglich sind.² Als Tatsachen des Innenlebens kommen Kenntnisse, Überzeugungen und Absichten in Betracht.³ Täuschen ist das bewusst irreführende Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen.⁴

Das Verhalten des A. ist als „Täuschung über seine Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit“ anzusehen.⁵ Dabei ist auch die „zur Verstärkung der Täuschung [...] per E-Mail an den Geschädigten übermittelte, angeblich von der Firma S. stammende Zusage, die Hotelkosten zu übernehmen“ zu berücksichtigen.

bb) Irrtum

A. müsste bei dem getäuschten Hotelangestellten gem. § 263 Abs. 1 StGB einen Irrtum hervorgerufen haben. Dies setzt eine Fehlvorstellung über eine der Wirklichkeit widersprechenden Tatsache voraus.⁶ Eine solche kann bereits durch die von A. versendete E-Mail hervorgerufen worden sein.

Für die Fehlvorstellung reicht jedoch auch ein unreflektiertes Mitbewusstsein aus, das bestimmte Umstände und Erwartungen als selbstverständlich voraussetzt.⁷ Gleichförmige und routinemäßige Geschäfte sind typische Beispiele dafür.⁸ Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass der Hotelangestellte jedenfalls ein sachgedankliches Mitbewusstsein bezüglich der Zahlungsfähigkeit sowie der Zahlungswilligkeit des A. hatte. Insofern irrte er.

cc) Vermögensverfügung und Vermögensschaden

Die Vermögensverfügung ist im Abschluss des Vertrages bzw. in der Überlassung des Hotelzimmers zu sehen.

Hinweis

Vorliegend handelt es sich um einen Dreiecksbetrug. Dabei müssen Getäuschter und Verfügender identisch sein. Der Schaden kann hingegen auch bei einem Dritten eintreten. Weiterführend: *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 13 Rn. 93

Es stellt sich die Frage, ob die mit dem Vertragsschluss bzw. der Zimmerüberlassung einhergehende bloße Vermögensgefährdung einen Vermögensschaden und damit einen Eingehungsbetrug zugunsten des Hotelinhabers N. zu begründen vermag.

¹ *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, NK-StGB, 5. Aufl. (2017) § 263 Rn. 70; *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 13 Rn. 4.

² *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, NK-StGB, 5. Aufl. (2017) § 263 Rn. 73; *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 13 Rn. 4.

³ *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 13 Rn. 4.

⁴ *Ibid.*, § 13 Rn. 9.

⁵ Vgl. zur Inanspruchnahme entgeltlicher Vorleistungen: BGH NStZ 2009, 694 (Selbstbedienungstanken); *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 13 Rn. 5.

⁶ *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 263 Rn. 18.

⁷ *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 13 Rn. 43.

⁸ *Ibid.*, § 13 Rn. 43.

(1) Schadensgleiche Vermögensgefährdung

Mit der Lehre vom Eingehungsbetrag ist davon auszugehen, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auch die konkrete Vermögensgefährdung einen Vermögensschaden begründen kann.⁹ Die Gefahr des Vermögensverlustes muss nach den Umständen des Einzelfalles so nahe liegend sein, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise in dieser Gefährdung bereits eine Verschlechterung der Vermögenslage liegt.¹⁰ Beim Eingehungsbetrag ist das Vermögen konkret gefährdet, wenn infolge des Vertragsabschlusses mit wirtschaftlichen Nachteilen ernsthaft zu rechnen ist.¹¹ Durch die Urteile des BVerfG aus den Jahren 2010 (zu § 266 StGB)¹² und 2011 (zu § 263 StGB)¹³, bei denen sich die Schadensbegriffe grundsätzlich entsprechen,¹⁴ wurde klargestellt, dass gegen die Figuren des Gefährdungsschadens und des Eingehungsbetruges keine prinzipiellen verfassungsrechtlichen Einwände bestehen.¹⁵

Es ist zu untersuchen, ob das Vermögen des N. konkret gefährdet wurde. Dies wäre der Fall, wenn infolge des Vertragsabschlusses bzw. der Überlassung des Hotelzimmers mit wirtschaftlichen Nachteilen ernstlich zu rechnen ist und diese bereits zu beziffern sind. Mangels Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit des A. bleibt der Leistungsanspruch des N. hinter dem Wert des Gegenleistungsanspruchs zurück. Die „*spätere Zahlung der Hotelrechnung durch die Eltern seiner damaligen Partnerin bleibt bei der Ermittlung des tatbestandlichen Vermögensschadens unberücksichtigt*“, da auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist. Somit ist ein Vermögensschaden in Form der schadensgleichen Vermögensgefährdung gem. § 263 Abs. 1 StGB zu bejahen.

Hinweis

Kommt es durch die Abwicklung des Vertrages zu einem Erfüllungsbetrag, ist dieser nicht selbstständig in Ansatz zu bringen. Ein solcher führt lediglich zu einer Schadensvertiefung. Weiterführend: *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 13 Rn. 201 f.

(2) Zwischenergebnis

„*Der vom Angeklagten durch Täuschung über seine Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit erschlichene Aufenthalt im Hotel des Geschädigten N. führte bei dem Geschädigten zu einem Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB, auch wenn es das Landgericht unterlassen hat, die Höhe der Hotelkosten mitzuteilen. Entgegen der Annahme der Strafkammer liegt ein Eingehungsbetrag vor, so dass der Betrug bereits durch die Überlassung des Hotelzimmers vollendet war; die spätere Zahlung der Hotelrechnung durch die Eltern seiner damaligen Partnerin bleibt bei der Ermittlung des tatbestandlichen Vermögensschadens unberücksichtigt (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 2016 - 1 StR 456/15,*

⁹ Ibid., § 13 Rn. 184.

¹⁰ BVerfGE 126, 170 (222); *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 13 Rn. 184.

¹¹ BGHSt 51, 165 (177); *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 13 Rn. 184.

¹² BVerfGE 126, 170.

¹³ BVerfGE 130, 1 (45 ff.).

¹⁴ So beispielsweise BVerfGE 130, 1 (47); *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 13 Rn. 185a.

¹⁵ *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 13 Rn. 185a.

NStZ 2016, 674, 675; Beschlüsse vom 14. März 2017 - 4 StR 472/16; vom 14. Juli 2016 - 4 StR 362/15, WM 2016, 1785, 1786).“

b) Subjektiver Tatbestand

A. handelte vorsätzlich und in der Absicht stoffgleicher Bereicherung. Auch die objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung und ein entsprechender Vorsatz des A. sind vorhanden.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A. handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

Somit hat sich A. wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, der „*bereits durch die Überlassung des Hotelzimmers vollendet war*“.

Hinweis

Der BGH stellte fest, dass die „*Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Betrugs [...] keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten*“ aufweist. „*Dass der Angeklagte nur wegen versuchten Betrugs verurteilt wurde*“ beschwere ihn nicht.

II. Strafbarkeit des A wegen

Urkundenfälschung gem. § 267 StGB

Indem A dem Hotel die E-Mail schickte, könnte er sich wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Dazu müsste es sich bei der E-Mail um eine unechte Urkunde handeln. Eine Urkunde im Sinne der Norm ist jede verkörperte menschliche Gedankenerklärung (Perpetuierungsfunktion), die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist (Beweisfunktion) und die ihren Aussteller erkennen lässt (Garantiefunktion).¹⁶

Die Perpetuierungsfunktion verlangt, dass die Gedankeninhalte in optisch-visuell wahrnehmbarer Form verkörpert werden.¹⁷ Gedankenerklärungen, die in den Computer eingegeben und in digitaler Form weiterverarbeitet werden, erfasst § 267 StGB nicht.¹⁸

„*Die vom Angeklagten [...] per E-Mail an den Geschädigten übermittelte, angeblich von der Firma S. stammende Zusage, die Hotelkosten zu übernehmen, stellt nicht das Herstellen und Gebrauch einer (schriftlichen) Urkunde im Sinne des § 267 StGB*“ dar.

Das BVerfG hebt jedoch hervor, dass wegen der tatbestandsbegrenzenden Funktion des Nachteilsmerkmals auf eine Quantifizierung des Gefährdungsschadens grundsätzlich nicht verzichtet werden darf (BVerfGE 126, 170 (228 f.); vgl. *Rengier*, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 13 Rn. 185c).

¹⁶ *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 9 Rn. 3; *ders.*, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 786; *Fischer*, 64. Aufl. (2017), § 267 Rn. 2; *Hilgendorf/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 612; *Jahn*, JuS 2009, 662 (663).

¹⁷ *Hilgendorf/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 612.

¹⁸ Ibid.

III. Strafbarkeit des A wegen Fälschens beweiserheblicher Daten gem. § 269 StGB

Das Versenden der E-Mail könnte jedoch eine Strafbarkeit wegen Fälschens beweiserheblicher Daten gem. § 269 Abs. 1 StGB darstellen.

Hinweis

Um computerspezifische Fälschungsvorgänge zu pönalisieren und die durch die Perpetuierungsfunktion einer Urkunde hervorgerufenen Strafbarkeitslücken zu schließen, hat der Gesetzgeber im Jahr 1986 durch das 2. WiKG¹⁹ § 269 StGB eingefügt.²⁰ Die Norm schützt die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Beweisverkehrs mit Daten.²¹

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Daten

Tatobjekt des § 269 StGB sind beweiserhebliche Daten. Daten sind codierte Informationen, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.²²

Bei einer versendeten E-Mail handelt es sich um Daten.²³

bb) Hypothetischer Vergleich mit § 267 StGB

Für § 269 Abs. 1 StGB ist hypothetisch zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 267 StGB bei einer optisch-visuellen Wahrnehmbarkeit der Urkunde verwirklicht wären.²⁴ Beweis- und Garantiefunktion der Urkunde müssen vorliegen.²⁵

Die Beweisfunktion setzt sich aus der objektiven Beweiseignung und der subjektiven Beweisbestimmung zusammen:²⁶ Daten sind beweiserheblich im Sinne des § 269 Abs. 1 StGB, wenn sie geeignet und bestimmt sind, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen.²⁷ Das Erfordernis der Beweiserheblichkeit hat keine über die Beweisfunktion des § 267 StGB hinausgehende Bedeutung.²⁸

Wegen der zunehmenden Bedeutung der E-Mail kann ihr die Beweisfunktion jedenfalls nicht mehr grundsätzlich abgesprochen werden:²⁹ E-Mails können in einem Gerichtsverfahren als Beweismittel herangezogen werden; die darin enthaltenen Daten sind geeignet Beweis zu erbringen.³⁰ Abhängig von der Art der Kommunikation³¹ kann auch die Beweisbestimmung zu bejahen sein. Im Fall erfüllt die E-Mail des A. die Voraussetzungen der Beweisfunktion. Die darin enthaltenen Daten sind daher beweiserheblich.

Die Garantiefunktion erfordert im Rahmen des § 269 StGB, dass die Daten ihren Aussteller erkennen lassen.³² Die Erkennbarkeit bestimmt sich nach der Geistigkeitstheorie.³³ Danach handelt es sich bei der Person um den Aussteller, der die Daten ihrem Erklärungsgehalt nach (geistig) zugerechnet werden können.³⁴

Wird eine E-Mail-Adresse verwendet, die sich aus Fantasienamen zusammensetzt, ist die Garantiefunktion nicht erfüllt.³⁵ Anders ist dies, wenn die verwendete E-Mail-Adresse auf einen tatsächlich existenten Aussteller hinweist.³⁶ Die Ausstellereigenschaft kann sich nicht nur aus der verwendeten E-Mail-Adresse, sondern beispielsweise auch aus dem Namen nach der Grußformel oder den Kontaktdaten am Ende der E-Mail ergeben. Aus

¹⁹ BGBl I 1986, S. 721 vom 15.5.1986.

²⁰ Fischer, 64. Aufl. (2017), § 269 Rn. 1, 3; Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 613; Popp, JuS 2011, 385 (389); Singelstein, JR 2011, 375; vgl. OLG Hamm StV 2009, 475 (476); Eisele, in: FS Puppe (2011), S. 1094; Frank, in: Informationsstrafrecht und Rechtsinformatik (2004), S. 37 f.; ders., CR 2004, 123 (124); Jahn, JuS 2009, 662 (663); Malek/Popp, Strafsachen im Internet, 2. Aufl. (2015), Rn. 211; Rengier, Strafrecht BT II, 18. Aufl. (2017), § 35 Rn. 1.

²¹ OLG Hamm StV 2009, 475 (476); Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 9 Rn. 24; ders., Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 882; Fischer, 64. Aufl. (2017), § 269 Rn. 2; Gercke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. (2015), § 269 Rn. 1; Gercke/Brunst, Praxishandbuch Internetstrafrecht (2009), Rn. 240; Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 614; Malek/Popp, Strafsachen im Internet, 2. Aufl. (2015), Rn. 212; Petermann, JuS 2010, 774 (775).

²² Eisele, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 885; Fischer, 64. Aufl. (2017), § 269 Rn. 4; Frank, in: Informationsstrafrecht und Rechtsinformatik (2004), S. 38; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 269 Rn. 7; Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 623; Petermann, JuS 2010, 774 (775); Rengier, Strafrecht BT II, 18. Aufl. (2017), § 35 Rn. 1; a.A. (eine Speicherung für erforderlich haltend): Gercke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. (2015), § 269 Rn. 3.

²³ Buggisch, NJW 2004, 3519 (3520); Dietsch, JuS 2014, 636 (641); Eisele, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 892; Gercke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. (2015), § 269 Rn. 3; Gercke/Brunst, Praxishandbuch Internetstrafrecht (2009), Rn. 242; Rengier, Strafrecht BT II, 18. Aufl. (2017), § 35 Rn. 1.

²⁴ OLG Hamm StV 2009, 475 (476); Buggisch, NJW 2004, 3519 (3520); Eisele, in: FS Puppe (2011), S. 1094; ders., Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 887; Frank, in: Informationsstrafrecht und Rechtsinformatik (2004), S. 38; ders., CR 2004, 123 (124); Gercke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. (2015), § 269 Rn. 5; Gercke/Brunst, Praxishandbuch Internetstrafrecht (2009), Rn. 244; Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 624; Popp, JuS 2011, 385 (390).

²⁵ Eisele, in: FS Puppe (2011), S. 1094; Singelstein, JR 2011, 375 (376).

²⁶ Eisele, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 794 (zu § 267 StGB).

²⁷ Buggisch, NJW 2004, 3519 (3520); Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 269 Rn. 9; Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 628.

²⁸ Eisele, in: FS Puppe (2011), S. 1094; MK StGB/Erb, 2. Aufl. (2014), § 269 Rn. 12; Singelstein, JR 2011, 375 (376).

²⁹ Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 633; a.A. noch AG Bonn CR 2002, 301; Frank, in: Informationsstrafrecht und Rechtsinformatik (2004), S. 39; ders., CR 2004, 123 (124).

Die Beweisfunktion im Ergebnis ebenfalls bejahend: Buggisch, NJW 2004, 3519 (3521); Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 9 Rn. 33; Gercke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. (2015), § 269 Rn. 3.

³⁰ Eisele, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 892; Gercke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. (2015), § 269 Rn. 3; a.A. AG Bonn CR 2002, 301 (leichte Manipulierbarkeit unsignierter E-Mails).

³¹ KG NSTZ 2010, 576 (578); Buggisch, NJW 2004, 3519 (3520).

³² Gercke/Brunst, Praxishandbuch Internetstrafrecht (2009), Rn. 244; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, 40. Aufl. (2016), Rn. 883.

³³ Frank, in: Informationsstrafrecht und Rechtsinformatik (2004), S. 39; ders., CR 2004, 123 (124); Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 631.

³⁴ Gercke/Brunst, Praxishandbuch Internetstrafrecht (2009), Rn. 244; Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 631; Singelstein, JR 2011, 375 (379).

³⁵ Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 9 Rn. 33 („Fall von sog. offener Anonymität“); Fischer, 64. Aufl. (2017), § 269 Rn. 8. Dies auch für willkürlich zusammengestellte Namen annehmend: Frank, in: Informationsstrafrecht und Rechtsinformatik (2004), S. 39.

³⁶ Buggisch, NJW 2004, 3519 (3520); Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 9 Rn. 33; ders., Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 892; Fischer, 64. Aufl. (2017), § 269 Rn. 8; Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 633; Malek/Popp, Strafsachen im Internet, 2. Aufl. (2015), Rn. 218.

der E-Mail des A geht eindeutig die Firma S. als Aussteller hervor.

Bei der Wahrnehmung der Daten müsste gem. § 269 Abs. 1 StGB eine unechte Urkunde vorliegen. Unecht ist eine Urkunde, wenn sie nicht von demjenigen stammt, der aus ihr als Aussteller hervorgeht.³⁷ Die schriftliche Lüge wird – wie auch von § 267 StGB – nicht erfasst.³⁸ Wird allein über den Namen getäuscht, ist § 269 StGB daher nicht anwendbar.³⁹ Anders ist dies, wenn über die Identität getäuscht wird.⁴⁰

Die E-Mail stammt tatsächlich von A. und nicht vom scheinbaren Aussteller S. Es handelt sich nicht nur um eine bloße Namenstäuschung, da ein Interesse an der zutreffenden Angabe der Personalien bestand.⁴¹

cc) Tathandlung

Das Abschicken einer E-Mail führt zur Speicherung der Daten auf dem Rechner des Absenders und dem Server des Anbieters sowie dem Rechner des Empfängers,⁴² sodass dadurch die Tathandlung des § 269 Abs. 1 Var. 1 StGB verwirklicht wird. Bei dem Versenden einer E-Mail kommt auch die Tathandlungsvariante des Gebrauchs gem. § 269 I Var. 3 StGB in Betracht, da dem Empfänger dadurch die Möglichkeit der Kenntnisnahme eröffnet wird.⁴³

„Die vom Angeklagten [...] per E-Mail an den Geschädigten übermittelte, angeblich von der Firma S. stammende Zusage, die Hotelkosten zu übernehmen, stellt [...] das Speichern und Gebrauchen beweisbarer Daten im Sinne des § 269 Abs. 1 StGB dar“. Die Tathandlungsvariante des Gebrauchs erlangt gegenüber dem zeitgleich verwirklichten Speichern jedoch keine eigenständige Bedeutung.⁴⁴

b) Subjektiver Tatbestand

Der Täter muss gem. § 269 Abs. 1 StGB vorsätzlich und zur Täuschung im Rechtsverkehr (dolus directus zweiten Grades)⁴⁵ handeln. Dies ist der Fall; A. schickte die E-Mail gerade „zur Verstärkung der Täuschung“.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A. handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

Durch die „zur Verstärkung der Täuschung [...] per E-Mail an den Geschädigten übermittelte, angeblich von der Firma S. stammende Zusage, die Hotelkosten zu übernehmen,“ hat sich A. gem. § 269 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. Gesamtergebnis

Zwischen dem Betrug und der Fälschung beweisbarer Daten, die der „Verstärkung der Täuschung“ dienen sollte, ist Tateinheit anzunehmen.⁴⁶ Im Ergebnis hat sich A. daher gem. §§ 263 Abs. 1, 269 Abs. 1, 52 StGB „wegen Betrugs in Tateinheit mit Fälschung beweisbarer Daten“ strafbar gemacht.

Hinweise für Studierende

Die Entscheidung ist hinsichtlich des Eingehungsbetrugs von großer prüfungspraktischer Relevanz. Die Urteile des BVerfG zur schadensgleichen Vermögensgefährdung bzw. zum Gefährdungsschaden sollten Studenten unbedingt bekannt sein.

Der zweite Schwerpunkt der Entscheidung liegt bei der Fälschung beweisbarer Daten und scheint damit für das erste Staatsexamen nicht unbedingt prüfungsrelevant (vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 7b JAPrO BW). Dies täuscht jedoch: Schreibt der Täter eine gefälschte E-Mail, muss jedenfalls § 267 StGB geprüft werden. Darüber hinaus können m.E. auch das Auffinden des § 269 StGB und die Subsumtion unter den Tatbestand verlangt werden.

Schließlich soll noch auf die Frage hingewiesen werden, ob bereits das Anlegen eines E-Mail-Accounts mit falschen Personalien § 269 StGB verwirklichen kann. Dies wird mit unterschiedlichen Begründungen nahezu ausnahmslos verneint.⁴⁷

Dipl.-Jur. **Caprice Nina Doerbeck**

Akademische Mitarbeiterin

Lehrstuhl für Kriminologie, Straf- und Sanktionenrecht
(Prof. Dr. Jörg Kinzig)

► Inhaltsverzeichnis

³⁷ Frank, in: Informationsstrafrecht und Rechtsinformatik (2004), S. 40.

³⁸ Fischer, 64. Aufl. (2017), § 269 Rn. 5; Gercke/Brunst, Praxishandbuch Internetstrafrecht (2009), Rn. 240.

³⁹ Fischer, 64. Aufl. (2017), § 269 Rn. 5; Jahn, JuS 2009, 662 (663); Malek/Popp, Strafsachen im Internet, 2. Aufl. (2015), Rn. 217.

⁴⁰ Fischer, 64. Aufl. (2017), § 269 Rn. 5.

⁴¹ Vgl. allgemein zur Namenstäuschung: Eisele, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 819 f.

⁴² Vgl. Buggisch, NJW 2004, 3519 (3521); Eisele, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 892.

⁴³ Buggisch, NJW 2004, 3519 (3521); Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 9 Rn. 33; ders., Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 892.

⁴⁴ Vgl. Buggisch, NJW 2004, 3519 (3521); Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 9 Rn. 33.

⁴⁵ Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 640; Petermann, JuS 2010, 774 (775).

⁴⁶ Vgl. Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 267 Rn. 99 (für §§ 267, 263, 52 StGB); Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017) § 263 Rn. 408; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017) § 52 Rn. 20 (für §§ 267, 263, 52 StGB); a.A. Hefendehl, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 263 Rn. 874 (Urkundendelikte als vorverlagerte Vermögensschutzdelikte subsidiär).

⁴⁷ Keine rechtlich relevante Gedankenerklärung: Buggisch, NJW 2004, 3519 (3521); vgl. Fischer, 64. Aufl. (2017), § 269 Rn. 5.

Keine Beweiserheblichkeit: KG NStZ 2010, 576 (578) (an der Beweisbestimmung zweifelnd); Dietsch, JuS 2014, 636 (642); Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 9 Rn. 35.

Keine Täuschung über die Identität des Ausstellers: KG NStZ 2010, 576 (579); Buggisch, NJW 2004, 3519 (3521 Fn. 24); Dietsch, JuS 2014, 636 (643); Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 635; Petermann, JuS 2010, 774 (776).

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Abfrage, Speicherung und Untersuchung von Kontobewegungen auf dem Geschäftskonto eines Strafverteidigers

Urteil vom 27. April 2017, Az. 73607/13 – Sommer v. Germany

Die Abfrage, Speicherung und Untersuchung von Kontobewegungen auf dem Geschäftskonto eines Strafverteidigers im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens gegen einen (ehemaligen) Mandanten desselben sowie die anschließende Übernahme der Daten in die Ermittlungsakte, sind ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Recht des Strafverteidigers auf Achtung seiner Privatsphäre (Art. 8 EMRK), wenn nicht auch gegen ihn selbst der mehr als nur vage Verdacht einer Straftat bzw. der Beteiligung an einer solchen besteht und die Datenerhebung auf das absolut notwendige Maß begrenzt bleibt.

(Leitsatz des Bearbeiters)

A) Sachverhalt¹

Strafverteidiger S wurde im Jahre 2009 von X als dessen Verteidiger in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren mandatiert. Nach X Inhaftierung überwies dessen Verlobte das – in der Betreffzeile als solches gekennzeichnete – Honorar iHv. 1500 Euro von ihrem Privatkonto auf das Geschäftskonto des S. Als zwei Jahre später erneut gegen (unter anderem) den X ermittelt wurde – dieses Mal wegen gewerbs- und bandenmäßigen Betruges – stellte sich heraus, dass der Verlobten des X, kurz bevor sie 2009 das Honorar an den S überwies, ihrerseits 7400 Euro überwiesen wurden, von denen man annahm, dass sie aus rechtswidrigen Taten herrührten.

Auf dieser Grundlage kontaktierte die Staatsanwaltschaft am 01. März 2011 die Bank des S und forderte die Mitarbeiter auf, eine Liste mir allen Kontobewegungen vom 01. Januar 2009 bis 01. März 2011 zu erstellen und zu übermitteln, dies dem S jedoch nicht mitzuteilen. Einen Monat später forderte die Staatsanwaltschaft zudem Auskunft darüber, ob S weitere Konten, Schließfächer oder Depots hat, wer alles verfügungsberechtigt/begünstigt ist, welche Kontostände die Konten aufweisen, ob geschlossene Konten existier(t)en, welchen Kontostand sie zum Zeitpunkt der Schließung ggf. aufwiesen, ob die Adressen der anderen Verfügungsberechtigten/Begünstigten bekannt sind, ob Auslandstransaktionen vorgenommen wurden und ob mit den Konten Kreditkarten verbunden sind.

Die Bankmitarbeiter wurden von der Staatsanwaltschaft darauf hingewiesen, dass sie zwar nicht zur Herausgabe der Daten verpflichtet sei, sich eine Weigerung aber im Hinblick auf eine –

mögliche – spätere Vernehmung als Zeuge negativ auswirken könne. Sie gaben die Daten daraufhin „freiwillig“ heraus.

Aus diesen Daten erstellten Staatsanwaltschaft und Polizei eine Liste mit insgesamt 53 Transaktionen, die für das Ermittlungsverfahren gegen (unter anderem) X relevant sein könnten, und fügte sie der Ermittlungsakte bei. Von nun an konnte jeder zur Akteneinsicht Berechtigte die Kontoinformationen des S, die Namen seiner Mandanten und die Höhe der Honorare einsehen.

Der in der Zwischenzeit erneut von X als Verteidiger mandatierte S erfuhr am 31. Januar 2012 im Wege der Akteneinsicht von eben diesem Teil der Ermittlungsakte und bemühte sich in der Folge um die Herausgabe und Vernichtung der Unterlagen.

B) Verfahrensgang

Er fand mit seinem Vorbringen allerdings kein Gehör: Die Staatsanwaltschaft berief sich auf die Ermittlungsgeneralklausel in § 161 StPO (02. Mai 2012) und das LG Bochum verwies auf die freiwillige Herausgabe der Daten durch die Bank sowie die Tatsache, dass kein Beschlagnahmeverbot bestand. § 97 StPO wäre nur dann anwendbar gewesen, wenn sich die Unterlagen im Besitz des S befunden hätten (19. Juli 2012). Dennoch beschränkte das Gericht das Akteneinsichtsrecht auf Fälle, in denen ein spezifisches Interesse an gerade den Daten des S nachgewiesen werden könne. Auch das OLG Hamm sah das Vorgehen der Staatsanwaltschaft als unproblematisch (13. September 2012) und die Verfassungsbeschwerde des S wurde vom BVerfG ohne Begründung nicht zur Entscheidung angenommen (19. September 2013).

S, der sich durch die Entscheidungen in seinem Recht auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, sowie seiner Wohnung und Korrespondenz (Art. 8 EMRK) verletzt sah, rief am 25. November 2013 dem EGMR im Wege der Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK an.

Hinweis

Die Besonderheit der EMRK als völkerrechtlicher Vertrag besteht darin, dass sie dem Einzelnen Rechte gegenüber dem Land, dessen Staatsbürger er ist, einräumt, die wiederum vor einer unabhängigen Instanz – dem EGMR – eingeklagt werden können.² Das Verfahren vor dem Ge-

¹ Da es kein Geheimnis ist, um wen es sich beim Beschwerdeführer handelt, kann der Sachverhalt auch in einer etwas farbigeren Version auf der Website seiner Kanzlei nachgelesen werden: <http://www.strafverteidigerbuero.de/kanzlei/aktuelle-meldungen/103-entscheidung-des-europaeischen-gerichtshofs-fuer-menschenrechte-v-27-4-2017-sommer-deutschland-73607-13.html>

[ero.de/kanzlei/aktuelle-meldungen/103-entscheidung-des-europaeischen-gerichtshofs-fuer-menschenrechte-v-27-4-2017-sommer-deutschland-73607-13.html](http://www.strafverteidigerbuero.de/kanzlei/aktuelle-meldungen/103-entscheidung-des-europaeischen-gerichtshofs-fuer-menschenrechte-v-27-4-2017-sommer-deutschland-73607-13.html)

² Renzikowski, in: Renzikowski, Die EMRK im Privat-, Straf- und öffentlichen Recht (2004), S. 5.

richtshof ist in Art. 33-46 EMRK sowie einer Verfahrensordnung geregelt.³ Die – auch hier einschlägige – Individualbeschwerde nach § 34 EMRK hat dabei stets die Verletzung eines nach der Konvention oder ihren Protokollen garantierten Rechts durch den Vertragsstaat zum Gegenstand. Wurde das Recht indes durch eine andere Privatperson verletzt, so kann die Beschwerde allenfalls darauf gestützt werden, dass dem Vertragsstaat eine Pflicht oblag, die Verletzung zu unterbinden bzw. die effektive Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen.⁴

C) Die Entscheidung der Kammer

Zur Entscheidung über die Beschwerde des S war sodann die 5. Kammer des Gerichtshofes, unter Vorsitz der deutschen Richterin Prof. Dr. Angelika Nußberger, berufen.

Hinweis

Der Gerichtshof kann in Einzelrichterbesetzung, in Ausschüssen mit drei Richtern, in Kammern mit sieben Richtern und als Große Kammer mit 17 Richtern tagen (Art. 26 Abs. 1 EMRK). Wie sich aus Art. 25 Abs. 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes ergibt, sollen die Kammern sowohl in geographischer Hinsicht als auch im Hinblick auf die Geschlechterverteilung ausgeglichen besetzt sein und den unterschiedlichen Rechtssystemen der Vertragsparteien Rechnung tragen.⁵

Die Ausführungen der Kammer beginnen mit einer Darstellung des nationalen Rechts zu den Fragen der Ermittlungsbefugnisse der Staatsanwaltschaft und des Anwaltsgeheimnisses, gefolgt vom Parteivorbringen des S, der BRD als Beschwerdegegnerin sowie der als Drittbeteiligte nach Art. 36 Abs. 2 EMRK beigelaufenen Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK).⁶ Die Darstellung ist gewohnt gründlich und berücksichtigt insbesondere auch die Auslegung der Normen durch die nationalen Gerichte. Allerdings bleibt sie auf die Normen des Strafprozessrechts beschränkt. Ausführungen zum Bankgeheimnis und der Rechtsprechung des BVerfG zur Rechtmäßigkeit staatlicher Auskunftersuchen gegenüber Banken, hätten das Bild hier noch abrunden können.

Hinweis

Als „Bankgeheimnis“ wird allgemein die Verpflichtung eines Kreditinstituts verstanden, keinerlei Informationen über Kunden und ihre Geschäftsbeziehungen unbefugt an Dritte weiterzugeben.⁷ Eine verbindliche Regelung

über das Bankgeheimnis kennt das deutsche Recht dabei zwar nicht (vgl. aber Nr. 2 AGB Banken), es wird jedoch in der Rechtsprechung und in Regelungen wie § 9 Abs. 1 des Kreditwesengesetzes (KWG) vorausgesetzt.⁸ Als Recht des Kunden verstanden ergibt es sich zunächst aus dessen Vertragsbeziehung zum Kreditinstitut⁹ und kann dementsprechend auch nur im Verhältnis zu diesem geltend gemacht werden. Insbesondere sind Banken, genauer gesagt Bankangestellte, daher keine Berufsgeheimnisträger, die nach § 53 StPO das Zeugnis verweigern dürfen.¹⁰

Auf Ebene des Verfassungsrechts ist sodann zu beachten, dass das BVerfG vereinzelt davon ausgeht, dass es sich bei Informationen über Kontoinhalte und Kontobewegungen um besonders sensible Daten handelt, deren Erhebung ein erhöhtes grundrechtliches Gewicht zukommt.¹¹ Rechtliche Grundlage hierfür soll das Recht des Kontoinhabers auf informationelle Selbstbestimmung sein (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG).¹² Ob man hieraus schließt, dass das Bankgeheimnis die sensiblen Daten auch vor dem Zugriff staatlicher Stellen schützen soll oder ob man stattdessen von einem separaten verfassungsrechtlichen Schutz derselben Daten ausgeht, spielt im Ergebnis eine untergeordnete Rolle.¹³

I. Beeinträchtigung des Privatlebens des S

In der Sache geht es sodann um eine Verletzung von Art. 8 EMRK, welche voraussetzt, dass durch die beschwerdegegenständliche Maßnahme in den Schutzbereich der Garantie eingegriffen, also das Privatleben des S beeinträchtigt wurde, und dass diese Beeinträchtigung nicht durch die Schranken der Konvention gerechtfertigt ist.¹⁴

Hinweis

Art. 8 EMRK schützt mit Privat- und Familienleben sowie Wohnung und Korrespondenz gleich vier sich überschneidende Lebensbereiche und garantiert damit einen umfassenden Freiheitsraum des Einzelnen, in welchem er seine Persönlichkeit frei entfalten kann.¹⁵ Auch wenn die Garantie damit – ähnlich Art. 2 Abs. 1 GG¹⁶ – einen sehr weiten Schutzbereich aufweist, ist sie weder systematisch, noch ihrem Inhalt nach als Auffanggrundrecht zu verstehen, welches etwa für jede von der Konvention

³ Ausführlich zum Rechtsschutzsystem der Konvention Sebastian, GRUR Int. 2013, 524 (525 f.).

⁴ Helfer, HILJ 49/I (2008), 1 (28).

⁵ Weiterführend zur Organisation des Gerichtshofes: Meyer-Ladewig/von Raumer, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage (2017), Einl. Rn. 40 ff.

⁶ EGMR, Urt. v. 27.04.2017, Nr. 73607/13 – Sommer v. Germany, Rn. 21-46.

⁷ Gabler, Wirtschaftslexikon, 18. Auflage (2014), Stichwort: Bankgeheimnis.

⁸ Vgl. BGHZ 95, 362 und 166, 84.

⁹ Ob es sich allerdings um eine Vertragliche Vereinbarung handelt oder um eine Verpflichtung, die das Gesetz den Vertragsparteien auferlegt als Nebenpflicht auferlegt (§ 241 Abs. 2 BGB), ist umstritten (Schwab, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB – Schuldrecht, 3. Auflage (2016), § 675 Rn. 31)

¹⁰ Kölbl, in: MüKo-StPO (2016), § 161 Rn. 39; Wonka, NJW 2017, 3334 (3334).

¹¹ BVerfG, NJW 2008, 822 (837).

¹² Ibid. 836 f.

¹³ Weiterführend Wonka, NJW 2017, 3334 (3334) und Lange/Höche, WM 2003, 1645 (1654 ff.) jeweils mwN.

¹⁴ Weiterführend zur Grundrechtsprüfung im Konventionsrecht: Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage (2016), § 18 mwN.

¹⁵ Im Einzelnen Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention (2009), Art. 8 Rn. 1 und Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 3. Auflage (2014), S. 522.

¹⁶ BVerfG NJW 2008, 2701; 2012, 1062 f.; vgl. auch Sebastian, JSE 2017, 55 (58). Zu weiteren Parallelen im deutschen und internationalen Recht siehe Meyer-Ladewig/Nettesheim, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage (2017), Art. 8 Rn. 1.

nicht ausdrücklich geschützte Freiheitseinschränkung herangezogen werden könnte.¹⁷

Dass die Datenerhebung das Privatleben des S beeinträchtigte, wurde von keinem der Verfahrensbeteiligten in Zweifel gezogen. Geht man von einer strikten Trennung zwischen beruflichen und privaten Tätigkeiten aus, mag das zunächst verwundern. Der Gerichtshof geht jedoch in ständiger Rechtsprechung von einem umfassenden Verständnis des Begriffes „Privatleben“ aus, dessen Kern die Aufnahme und Fortentwicklung von Beziehungen zu anderen Menschen ist.¹⁸ Insofern wäre es widersinnig, dem professionellen Bereich den Schutz des Freiheitsrechts zu versagen, da die meisten Menschen gerade dort die meisten Möglichkeiten haben, Beziehungen zur Außenwelt zu entwickeln.¹⁹

Die Achtung des Privatlebens umfasst mithin auch die Achtung beruflicher Geheimhaltungspflichten, welche im Falle des S durch das Vorgehen der Staatsanwaltschaft unstreitig beeinträchtigt wurden:

„The Court agrees with the parties and holds that collecting, storing and making available the applicant’s professional bank transactions constituted an interference with his right to respect for professional confidentiality and his private life.“²⁰

II. Rechtfertigung der Beeinträchtigung

Gerechtfertigt ist die Beeinträchtigung dann, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhte („in accordance with the law“), ein legitimes Ziel verfolgte („legitimate aim“; Art. 8 Abs. 2 EMRK) und zur Erreichung dieses Ziels verhältnismäßig war („necessary in a democratic society“).²¹

1. Gesetzliche Grundlage

(„In accordance with the law“)

Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage wird vom Gerichtshof so verstanden, dass die in Frage stehende Maßnahme nicht lediglich irgendeiner Grundlage im nationalen Recht bedarf („some basis in domestic law“), sondern dass diese dem betroffenen Personenkreis zugänglich und mögliche Rechtsfolgen vorhersehbar sind („accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects“).²²

Hinweis

Der staatliche Zugriff auf Finanzdaten ist in Deutschland nicht einheitlich geregelt. Es existieren vielmehr mit

zahlreichen Regelungen im Recht der Nachrichtendienste, dem Polizeirecht, dem Strafverfahrensrecht und dem Steuer-, Finanz- und Wirtschaftsverwaltungsrecht eine ganze Vielzahl von – nicht immer einfach zu handhabenden²³ – Regelungen.²⁴ Darüber hinaus kennt das Finanzstrafrecht spezielle Meldepflichten, in denen die Bank – unter Androhung hoher Bußgelder – verpflichtet ist, bestimmte Kontobewegungen zu melden²⁵ und das BDSG kennt mit § 28 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund für die an sich unerlaubte Weitergabe der Daten zum Zwecke der Gefahrenabwehr.²⁶

Die BRD ging in ihrer schriftlichen Stellungnahme (Art. 36 Abs. 1 EMRK) davon aus, dass die Staatsanwaltschaft die Maßnahme zurecht auf die Ermittlungsgeneralklausel²⁷ (§ 161 StPO) gestützt habe.²⁸ S hingegen meinte, dass es ob der Schwere des Eingriffes einer speziellen gesetzlichen Ermächtigung bedürft hätte und zudem die Voraussetzungen des § 161 StPO nicht erfüllt gewesen seien, da es sich nicht um ein Ermittlungsverfahren gegen ihn gehandelt habe.²⁹

Auch der Gerichtshof sieht die Berufung auf eine Generalklausel („blanket clause“) kritisch, wenn es um die Erhebung sensibler Daten in einem Ermittlungsverfahren geht. Insbesondere, wenn diese Erhebung verdeckt erfolge, sei es essentiell, klare und detaillierte Regelungen über Umfang und Anwendung der Maßnahmen zu haben, sowie Mindeststandards im Hinblick auf eine Absicherung gegen Missbrauch und sonstige Willkür. Unter Berufung auf *S. and Marper*³⁰ hebt der Gerichtshof hier insbesondere Regelungen zu Dauer, Speicherung, Benutzung, Zugang durch Dritte, Vertraulichkeit, Verschlüsselung und Zerstörung hervor:

„[...] in the context of covert intelligence-gathering, it is essential to have clear, detailed rules governing the scope and application of measures, as well as minimum safeguards concerning, inter alia, duration, storage, usage, access of third parties, procedures for preserving the integrity and confidentiality of data and procedures for its destruction, thus providing sufficient guarantees against the risk of abuse and arbitrariness [...]“³¹

Da das Zusammenspiel von Generalklausel und Schutz gegen Willkürmaßnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung noch weiter ausgeführt werden wird, behält sich der Gerichtshof an dieser Stelle jedoch ein abschließendes Votum vor.

¹⁷ Villiger, Handbuch zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Auflage (1999), Rn. 554; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage (2016), § 22 Rn. 1.

¹⁸ Vgl. EGMR, Urt. v. 07.07.2015, Nr. 28005/12 – M.N. and others v. San Marino, Rn. 51 ff.; EGMR, Urt. v. 01.03.2016, Nr. 69436/10 – Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova v. Portugal, Rn. 44 und EGMR, Urt. v. 06.12.2012, Nr. 12323/11 – Michaud v. France, Rn. 90 ff. jeweils mwN.

¹⁹ EGMR, Urt. v. 16.12.1992, Nr. 13710/88 – Niemietz v. Germany, Rn. 29; Pankrat, ZD 2017, 527.

²⁰ EGMR, Urt. v. 27.04.2017, Nr. 73607/13 – Sommer v. Germany, Rn. 48.

²¹ Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes: EGMR, Urt. v. 20.05.1999, Nr. 21980/93 – Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway, Rn. 58 und EGMR, Urt. v. 25.05.2000, Nr. 46346/99 – Noack and others v. Germany, passim jeweils mwN.

²² Weiterführend insbesondere zum Erfordernis der Normbestimmtheit im Konventionsrecht Sebastian, InfAuslR 2017, 413 (416) mwN.

²³ Herzog/Achtelik, in: Herzog, Geldwäschegesetz, 2. Auflage (2014), Einl. Rn. 167 sprechen insofern von einer „kafkaesken Verweisungstechnik“.

²⁴ Vgl. nur den gelungenen Überblick bei Wonka, NJW 2017, 3334 ff.

²⁵ §§ 43 GwG, 10 WpHG und 138b AO.

²⁶ Zu allem Wonka, NJW 2017, 3334 (3338) mwN.

²⁷ Zum Begriff BVerfG NJW 2009, 1405 (Rn. 26) mwN.; zu möglichen Maßnahmen vgl. den Katalog bei Sackreuther, in: Graf, BeckOK-StPO, 27. Edition (01.01.2017), § 161 Rn. 10.

²⁸ EGMR, Urt. v. 27.04.2017, Nr. 73607/13 – Sommer v. Germany, Rn. 41.

²⁹ Ibid. Rn. 38.

³⁰ EGMR, Urt. v. 04.12.2008, Nr. 30562/04 [u.a.] – S. and Marper v. the United Kingdom, Rn. 99 mwN.

³¹ EGMR, Urt. v. 27.04.2017, Nr. 73607/13 – Sommer v. Germany, Rn. 53.

2. Legitimes Ziel („Legitimate aim“)

Dass § 161 StPO – so er denn taugliche Rechtsgrundlage für eine Beeinträchtigung ist – ein von der Konvention als legitim angesehenes Ziel verfolgt, wurde weder von S, noch von der BRAK bestritten. Dementsprechend ging auch die Kammer³² – unter Verweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes – davon aus, dass die Befugnis, zum Zwecke der Strafverfolgung Daten zu erheben, zwanglos den Merkmalen „zur Verhütung von Straftaten“ („the prevention of crime“), „zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“ („the protection of the rights and freedoms of others“) sowie „für das wirtschaftliche Wohl des Landes“ („the economic well-being of the country“) subsumiert werden könne.³³

3. Verhältnismäßigkeit („Necessary in a democratic society“)

Die Konvention spricht nicht ausdrücklich von „Verhältnismäßigkeit“, sondern fordert, dass die Beeinträchtigung („interference“) im Hinblick auf das legitime Ziel („legitimate aim“) *notwendig* in einer demokratischen Gesellschaft ist („necessary in a democratic society“). Hieraus folgt zum einen, dass eine bloße Nützlichkeit oder Zweckmäßigkeit nicht ausreicht, um eine Beeinträchtigung zu legitimieren und zum anderen, dass die legitime Beeinträchtigung einer Konventionsgarantie stets mit einem dringenden sozialen Bedürfnis korrespondieren muss.³⁴ Der Gerichtshof berücksichtigt hier mit Pluralismus, Toleranz und offener Geisteshaltung ausdrücklich auch jene Merkmale, die eine „demokratische Gesellschaft“ zu einer eben solchen machen.³⁵

Als ein weiteres dringendes soziales Bedürfnis („pressing social need“) ist aber auch die Verhältnismäßigkeit von Eingriffsermächtigungen (ieS.) anerkannt.³⁶ Bei deren Beurteilung gesteht der Gerichtshof den Vertragsstaaten in ständiger Rechtsprechung einen weiten Beurteilungsspielraum zu, dessen Wahrnehmung allerdings justiziabel ist.³⁷

Hinweis

Die Jurisdiktion des EGMR ist durch das Subsidiaritätsprinzip beschränkt. Das bedeutet, dass es in erster Linie Aufgabe nationaler Behörden ist, einen wirksamen Menschenrechtsschutz auf Grundlage der Konventionsgarantien zu gewährleisten.³⁸ Nur wenn dieses System versagt,

die Verletzung also nicht abgestellt bzw. keine Kompensation gewährt wird, steht dem Verletzten der Weg nach Straßburg offen

Die wohl wichtigste Folge des Subsidiaritätsprinzips ist der Einschätzungsspielraum, welchen der EGMR den Konventionsstaaten bei potentiell konventionsrechtswidrigen Handlungen zugesteht (sog. „margin of appreciation-doctrine“).³⁹ Dieser wird dadurch gerechtfertigt, dass die Konventionsstaaten aufgrund ihrer größeren Sachnähe besser in der Lage sind, zu beurteilen, inwiefern ein bestimmtes staatliches Handeln unbedingt erforderlich ist, um ein konkretes Ziel zu erreichen. Bloße Unzweckmäßigkeit führt damit nicht automatisch zur Konventionswidrigkeit. Für die Kontrolle der Einhaltung des gewährten Spielraumes gilt, dass sie weniger streng ist, je schwerer es für eine außenstehende Einrichtung ist, die nationalen Fragen zu beurteilen. Namentlich handelt es sich um Fragen der Moral oder des Fehlens eines gemeinsamen Standards in den einzelnen Vertragsstaaten.⁴⁰ Umgekehrt gilt allerdings auch, dass bei Themen von allgemeiner Bedeutung oder Bestehen eines europäischen Grundkonsenses eben keine größere Sachnähe der nationalen Behörden besteht und der Einschätzungsspielraum dementsprechend strenger überprüft wird.⁴¹

Mit *Baade* kann man sagen, dass „sowohl demokratisch legitimierte Entscheidungen der Parlamente als auch den rechtsstaatlich an deren Entscheidungen rückgekoppelten Entscheidungen der Exekutive und Judikative [...] im Gewaltgefüge moderner rechtsstaatlicher Demokratien im Grundsatz ein gewisser Respekt zu[steht]. Aufgabe des Gerichtshofs ist [demnach] die Kontrolle, nicht die Ersetzung der Entscheidungsbefugnis der nationalen Instanzen.“⁴²

Die Prüfung der – im Übrigen eng auszulegenden⁴³ – Schranken des Art 8 erfolgt dann so, dass der Gerichtshof davon überzeugt sein muss, dass die durch die gesetzliche Grundlage eröffnete Möglichkeit einer Beeinträchtigung durch hinreichende Garantien gegen staatliche Willkür – insbesondere die Möglichkeit effektiver gerichtlicher Kontrolle – wieder ausgeglichen wird.⁴⁴ Hierzu zählen nach ständiger Rechtsprechung auch prozedurale Garantien im Hinblick auf den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant, insbesondere das Berufsgeheimnis des Erstgenannten.⁴⁵ Allerdings erkennt der Gerichtshof auch an, dass dies nicht dazu führen dürfe, den Rechtsanwalt

³² EGMR, Urt. v. 07.07.2015, Nr. 28005/12 – M.N. and others v. San Marino, Rn. 75 mwN.

³³ EGMR, Urt. v. 27.04.2017, Nr. 73607/13 – Sommer v. Germany, Rn. 54.

³⁴ Ausführlich: Meyer-Ladewig/Nettesheim, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage (2017), Art. 8 Rn. 110 ff.

³⁵ EGMR, Urt. v. 29.04.1999, Nr. 25088/94 [u.a.] – Chassagnou and Others v. France, Rn. 112.

³⁶ Statt Aller EGMR, Urt. v. 28.04.2005, Nr. 41604/98 – Buck v. Germany, Rn. 44 mwN.

³⁷ Statt Aller EGMR, Urt. v. 04.12.2015, Nr. 47143/06 – Roman Zakharov v. Russia, Rn. 232 mwN.

³⁸ Meyer-Ladewig/Peters, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage (2017), Art. 35 Rn. 7; Der EGMR fasst unter den Begriff der staatlichen Behörde auch die nationalen Gerichte.

³⁹ Peters/Altwicker, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage (2012), § 2 Rn. 4 und § 3 Rn. 18; Sebastian, ZAR 2017, 153 (158, 161).

⁴⁰ St. Rspr. vgl. nur EGMR, 12.04.2012, Nr. 43547/08 – Stübing v. Germany, Rn. 60 (hierzu Kliemannel, Beischlaf zwischen Verwandten (2014), S. 5, 41) und EGMR, 28.11.1984, Nr. 8777/79 – Sørensen and Rasmussen v. Denmark, Rn. 48; sowie allgemein Bakircioglu, GLJ 2007, 711 ff.

⁴¹ Vgl. EGMR, 25.08.1998, Nr. 25181/94 – Hertel v. Switzerland, Rn. 47. Weiterführend zur Bestimmung des Einschätzungsspielraumes: EGMR, Urt. v. 13.06.1979, Nr. 6833/74 – Marckx v. Belgium, Rn. 41; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage (2016), § 18 Rn. 21; Sebastian, ZAR 2017, 153 (160 ff.).

⁴² Baade, AVR 51 (2013), 339 (362).

⁴³ EGMR, Urt. v. 25.02.1993, Nr. 11471/85 – Crémieux v. France, Rn. 38 mwN.

⁴⁴ EGMR, Urt. v. 07.07.2015, Nr. 28005/12 – M.N. and others v. San Marino, Rn. 73 mwN.

⁴⁵ Vgl. EGMR, Urt. v. 24.07.2008, Nr. 18603/03 – André and Another v. France, Rn. 43 und EGMR, Urt. v. 25.02.2003, Nr. 51772/99, Rn. 69, in denen eine

– insbesondere den Strafverteidiger – von jeglicher Haftung freizustellen. Gibt es hinreichende Anhaltspunkte für eine Tatbeteiligung des Strafverteidigers oder dient die in Frage stehende Maßnahme dem „Kampf gegen Geldwäsche“ („the fight against money-laundering“), sind Eingriffe auch in dieses besonders geschützte Verhältnis zulässig:

„[The Court] has emphasised that, subject to strict supervision, it is possible to impose certain obligations on lawyers concerning their relations with their clients, for example in the event that there is plausible evidence of the lawyer's involvement in a crime and in the context of the fight against money-laundering.“⁴⁶

In der Sache folgt der folgt die Kammer daher dem S, wenn sie die weitreichende Datenerhebung durch die Staatsanwaltschaft kritisiert: Sie umfasste nicht nur einen relativ langen Zeitraum (zwei Jahre), sondern erstreckte sich neben dem Geschäftskonto des S auch auf mögliche private Konten, sowie Informationen über Mandanten. Die Tatsache, dass ein Teil der erhobenen Informationen in der Ermittlungsakte für sämtliche Verfahrensbeteiligten einsehbar war, komme insofern erschwerend hinzu. Dass es sich hierbei nicht um sämtliche Informationen handelte und der Zugang später durch das LG Bochum beschränkt wurde, ändert hieran nichts – es verhinderte lediglich die weitere Vertiefung des Eingriffes in die Rechte des S. Die zentrale Frage lautet damit ob dem Eingriff hinreichende prozedurale Sicherungsmaßnahmen gegen staatliche Willkür und Missbrauch der Informationserhebungsbefugnisse gegenüberstehen:

„[...] whether the shortcomings in the limitation of the requests for information were offset by sufficient procedural safeguards capable of protecting the applicant against any abuse or arbitrariness [...]“⁴⁷

Rechtliche Grundlage der Datenerhebung war § 161 StPO (s.o.). Als Generalklausel ist ihre Eingriffsschwelle zwar relativ niedrig, doch stellt der Gerichtshof zutreffend fest, dass auch die Eingriffe, zu denen sie befugt, dementsprechend nur von geringer Intensität sein dürften – nicht zuletzt, weil spezifische prozedurale Sicherungen für § 161 StPO nicht vorgesehen seien.⁴⁸ Ginge es nach der schriftlichen Stellungnahme der BRD, seien solche jedenfalls im konkreten Fall auch nicht notwendig gewesen, da die Informationen von der Bank freiwillig herausgegeben wurden. Auch hier folgt der Gerichtshof dem Vorbringen des S, der mit Recht darauf hinwies, dass den Mitarbeitern der Bank im Falle einer Weigerung die formale Vernehmung als Zeugen,

ggf. unter Zuhilfenahme von Zwangsmitteln, in Aussicht gestellt wurde.⁴⁹

Zudem komme es nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ohnehin nicht darauf an, ob die Daten freiwillig von einem Dritten herausgegeben würden, da Art. 8 EMRK nicht danach differenziert, bei wem die Daten erhoben werden, die das Privatleben des Verletzten betreffen.⁵⁰

Hinweis

Zwar ist es in der Tat so, dass Bankmitarbeiter – mangels Zeugnisverweigerungsrechts – verpflichtet sind, im Rahmen einer ordnungsgemäßen Zeugenvernehmung auszusagen (dazu sogleich) bzw. die Vernehmung durch schriftliche Auskunftserteilung abzuwenden.⁵¹ Ohne eine formelle Ladung sind sie jedoch nicht verpflichtet und grundsätzlich aus Datenschutzgründen auch gar nicht berechtigt, entsprechende Auskünfte zu erteilen.⁵² Auf die Haftungsrechtlichen Folgen für den Mitarbeiter einzugehen, würde indes den Rahmen dieses Beitrages sprengen.

Im Hinblick auf den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant, insbesondere des Berufsgeheimnisses, geht die Kammer weiterhin auf das Zusammenspiel von § 53a und § 160a StPO und zwar konkret auf die Frage ein, inwiefern die Bank bzw. ihre Mitarbeiter hier als Berufshelfer des Rechtsanwaltes (§ 53a StPO) angesehen werden können. Diese – zwischen den Parteien durchaus strittige – Problematik umgeht die Kammer jedoch mit dem zutreffenden Hinweis darauf, dass es sich beim Gerichtshof nicht um eine „Vierte Instanz“ zur Auslegung des nationalen Rechts handele⁵³; der Hinweis der BRD, dass Banken bzw. Bankmitarbeiter im nationalen Recht nicht als Berufshelfer angesehen werden,⁵⁴ sei insofern vollkommen ausreichend:

„[...] the Court finds it necessary to reiterate that it is primarily for the national authorities, notably the courts, to resolve problems of interpretation of domestic legislation, and that the Court's role is confined to ascertaining whether the effects of such interpretation are compatible with the Convention [...]“⁵⁵

Tatsächlich würde die die Auslegung des § 53a StPO ohnehin eine nur eine untergeordnete Rolle spielen, da das von § 160a Abs. 3 iVm. Abs. 1 StPO statuierte Verbot der Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen nach § 160a Abs. 4 StPO suspendiert ist, wenn eine Tatbeteiligung oder ein Anschlussdelikt der nach

ausreichende prozedurale Absicherung der staatlichen Befugnis angenommen wurde und EGMR, Urt. v. 21.01.2010, Nr. 43757/05 - Xavier Da Silveira v. France, Rn. 37, 43, wo das Fehlen einer solchen Absicherung zur Annahme einer Verletzung von Art. 8 EMRK führte.

⁴⁶ EGMR, Urt. v. 27.04.2017, Nr. 73607/13 - Sommer v. Germany, Rn. 56.

⁴⁷ Ibid. Rn. 57 mit Verweis auf (ua.) EGMR, Urt. v. 03.07.2012, Nr. 30457/06 - Robathin v. Austria, Rn. 47.

⁴⁸ EGMR, Urt. v. 27.04.2017, Nr. 73607/13 - Sommer v. Germany, Rn. 58.

⁴⁹ Ibid. Rn. 59.

⁵⁰ EGMR, Urt. v. 02.09.2010, Nr. 35623/05 - Uzun v. Germany, Rn. 49; EGMR, Urt. v. 25.06.2013, Nr. 18540/04 - Valentino Acatrinei v. Romania, Rn. 53; EGMR, Urt. v. 07.07.2015, Nr. 28005/12 - M.N. and others v. San Marino, Rn. 53

⁵¹ Sog. „Abwendungsauskunft“, vgl. Müller-Christmann, in: Langenbacher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, 2. Auflage (2016), Kap. 1 Rn. 32.

⁵² Wonka, NJW 2017, 3334 (3338) mwN.

⁵³ EGMR, Urt. v. 02.02.2010, Nr. 3738/04 - Aktar/Türkei, Rn. 22; EGMR, Urt. v. 25.06.2009, Nr. 5968/09 - Anghel v. Italy, Rn. 82; EGMR, Urt. v. 07.07.2015, Nr. 28005/12 - M.N. and others v. San Marino, Rn. 53. Der Gerichtshof ist lediglich dafür zuständig, zu beurteilen, ob eine bestimmte Normauslegung mit der Konvention im Einklang steht, vgl. EGMR, Urt. v. 18.02.1999, Nr. 26083/94 - Waite and Kennedy v. Germany, Rn. 54 und EGMR, Urt. v. 12.01.2010, Nr. 48107/99 - Sâmbata Bihor Greco-Catholic Parish v. Romania, Rn. 64.

⁵⁴ Aus der Literatur: Neubeck, in: von Heintschel-Heinegg/Stöckel, KMR-StPO, 82. EL (Mai 2017), § 53a Rn. 3 mwN.

⁵⁵ EGMR, Urt. v. 27.04.2017, Nr. 73607/13 - Sommer v. Germany, Rn. 60.

Abs. 1 bzw. 3 privilegierten Person in Betracht kommen. Und tatsächlich bestand bei der Staatsanwaltschaft wohl ein Verdacht (auch) gegen S, welchen diese vor der Kammer jedoch nicht zu substantiieren vermochte:

„On the basis of the information and documents provided by the parties, the Court considers that the suspicion against the applicant was rather vague and unprecise.“⁵⁶

Als letzter denkbarer Ausgleich für die weitreichende Eingriffsbefugnis kommt damit die Möglichkeit des S in Betracht die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nach § 98 Abs. 2 StPO analog gerichtlich überprüfen zu lassen.⁵⁷ In Fällen, in denen eine Offenlegung der Datenergebnisse das Ergebnis der Ermittlungen gefährden würde, ist dies ein durchaus gängiges Mittel, um die Rechte des Betroffenen zu gewährleisten – das bekannteste Anwendungsbeispiel dürfte hier die nachträgliche richterliche Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen bzw. polizeilichen Eilbefugnis bei „Gefahr im Verzug“ sein.⁵⁸ Im Fall des S ist die Kammer von der Effektivität eines nachträglichen Rechtsschutzes indes nicht überzeugt. Denn auch wenn es nicht gesetzlich vorgeschrieben war, hat die Staatsanwaltschaft nicht nur auf eine Information des S verzichtet, sie hat auch die Bank gebeten, von einer solchen abzusehen. Der Gerichtshof stellt daher fest:

„[...] the effectiveness of a subsequent judicial review is inextricably linked to the question of subsequent notification about the surveillance measures. There is, in principle, little scope for recourse to the courts by an individual unless he or she is advised of the measures taken without his or her knowledge and thus able to challenge the legality of such measures retrospectively [...]. In that regard, the Court observes that the public prosecutor asked the bank not to reveal his information requests to the applicant, that the applicant was not informed about the inspection of his professional bank account by the public prosecutor, and that he only learned of the investigative measures concerning his own bank account from the case file. The Court concludes that, even though there was no legal requirement to notify the applicant, by coincidence he learnt of the investigative measures and had access to a retrospective judicial review of the prosecutorial requests for information.“⁵⁹

III. Ergebnis

Es mag für den Eingriff in das Recht des S auf Achtung seiner Privatsphäre mithin eine Rechtsgrundlage gegeben haben, mangels der erforderlichen prozeduralen Sicherungen gegen eine

willkürliche oder missbräuchliche Anwendung derselben vermag sie den Eingriff aber nicht zu rechtfertigen. Die Kammer kommt daher völlig zutreffend zu dem Ergebnis:

„Having regard to the low threshold for inspecting the applicant's bank account, the wide scope of the requests for information, the subsequent disclosure and continuing storage of the applicant's personal information, and the insufficiency of procedural safeguards, the Court concludes that the interference was not proportionate and therefore not "necessary in a democratic society". There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.“⁶⁰

Die Bundesrepublik Deutschland wurde folgerichtig zur Zahlung der von S geltend gemachten 4000 Euro zzgl. Steuern verurteilt (Art. 41 EMRK). Da die Entscheidung nicht der großen Kammer vorgelegt wurde, ist sie 27. Juli 2017 in Rechtskraft erwachsen.

D) Anmerkung

Das Berufsbild des Strafverteidigers ist – wie das eines jeden Rechtsanwaltes – durch den sog. Grundsatz der freien Advokatur gekennzeichnet, was bedeutet, dass seine Berufsausübung allein seiner freien und unreglementierten Selbstbestimmung unterliegt.⁶¹ Von besonderer Bedeutung ist dieser Grundsatz im Strafverfahren, in dem ein zuverlässiger und integerer Rechtsbeistand elementare Voraussetzung für die Herstellung von „Waffengleichheit“⁶² zwischen Angeklagtem und den Strafverfolgungsbehörden bzw. dem Gericht ist.⁶³ Um diese Rolle angemessen wahrnehmen zu können, benötigt er allerdings detaillierte Kenntnis eben jenes Sachverhalts, der Anknüpfungspunkt des Tatvorwurfes ist.⁶⁴ Ohne eine offene und freie Kommunikation zwischen Mandant und Verteidiger, also ohne ein rechtlich geschütztes Vertrauensverhältnis zwischen beiden Parteien, ist dies aber undenkbar.⁶⁵

I. Der verfassungsrechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Strafverteidiger und Mandant

Im deutschen Recht genießt dieses Vertrauensverhältnis – als „unverzichtbare Bedingung für die anwaltliche Berufsausübung“ – Verfassungsrang (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG)⁶⁶ und auch der EGMR geht im vorliegenden Beschluss völlig selbstverständlich von einem entsprechenden Schutz durch die Konvention aus.⁶⁷ Im deutschen, wie im europäischen Recht gilt damit, dass eine jede staatliche Maßnahme, die geeignet ist, dieses Vertrauensver-

⁵⁶ Ibid. 61.

⁵⁷ BGHSt 28, 57; 37, 79; 44, 171; Hartmann, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Auflage (2017), § 98 StPO Rn. 9.

⁵⁸ Vgl. EGMR, Urte. v. 04.12.2015, Nr. 47143/06 – Roman Zakharov v. Russia, Rn. 234; EGMR, Urte. v. 06.09.1978, Nr. 5029/71 – Klass and Others v. Germany, Rn. 57; EGMR, Urte. v. 29.06.2006, Nr. 54934/00 – Weber and Saravia v. Germany, Rn. 135; EGMR, Urte. v. 02.09.2010, Nr. 35623/05 – Uzun v. Germany, Rn. 72

⁵⁹ EGMR, Urte. v. 27.04.2017, Nr. 73607/13 – Sommer v. Germany, Rn. 62.

⁶⁰ EGMR, Urte. v. 27.04.2017, Nr. 73607/13 – Sommer v. Germany, Rn. 63

⁶¹ Vgl. BVerfGE 15, 226 (234); 50, 16 (29); 63, 266 (284); 108, 150 (158); 110, 226 (251 f.). Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass es sich beim Strafverteidiger nicht um ein gesetzlich geschütztes Berufsbild, sondern lediglich um

einen Sammelbegriff für bestimmte Rechtsanwälte handelt (Raschke, NSTZ 2012, 606 (608)).

⁶² Zum Begriff: Sebastian, Die Strafprozessordnung im Lichte verfahrensbeendender Verständigung (2014), S. 40 f.; Zur Ausgestaltung: Müller, NJW 1976, 1063 (1065) und Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage (2017), Art. 6 Rn. 106 f. mwN.

⁶³ BVerfGE 110, 226 (254 f.).

⁶⁴ Raschke, NSTZ 2012, 606 (607).

⁶⁵ BVerfG NJW 2004, 1305 (1308); BVerfGE 79, 171 (190).

⁶⁶ BVerfGE 110, 226 (252); ▶ Sebastian, JSE 2015, 344 (345) mwN.

⁶⁷ Vgl. EGMR, Urte. v. 27.04.2017, Nr. 73607/13 – Sommer v. Germany, Rn. 56, 61 f. und Pankratz, ZD 2017, 527, der in diesem Zusammenhang auf Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK hinweist.

hältnis zwischen Strafverteidiger und Mandant zu beeinträchtigen, einer besonders strengen Prüfung ihrer Erforderlichkeit standhalten muss.

Vor diesem Hintergrund ist es denn auch nicht die Entscheidung der Kammer, die hier überrascht, sondern die Tatsache, dass es ihrer überhaupt bedurfte. Sie wird insofern völlig zu Recht als „*Ohrfeige für die deutsche Justiz*“ bezeichnet.⁶⁸ Den geringsten Vorwurf wird man dabei noch der Staatsanwaltschaft machen können, da das hier beschriebene Vorgehen durchaus üblich ist.⁶⁹ Spätestens dem BVerfG hätte jedoch auffallen müssen, dass zwar weder die Datenerhebung auf Grundlage des § 161 StPO, noch die Geheimhaltung und damit einhergehende Erschwerung nachträglichen Rechtsschutzes *technisch gesehen* gegen die StPO verstießen, sie aber dennoch in erheblichen Maße geeignet waren, das Vertrauensverhältnis zwischen S und seinen Mandanten zu schädigen.⁷⁰ Vom Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung des S ganz zu schweigen.⁷¹

II. Keine Rechtfertigung.

Auch nicht zum „Kampf gegen Geldwäsche“

Das heißt freilich nicht, dass ein entsprechender Eingriff nicht zu rechtfertigen wäre. Auch der Gerichtshof geht an keiner Stelle der Entscheidung davon aus, dass die Kontobewegungen auf dem Geschäftskonto eines Rechtsanwaltes *gar nicht* im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens abgerufen werden könnten. Gerade für den hier (wohl) einschlägigen Verdacht einer Geldwäsche (§ 261 StPO) durch den Strafverteidiger hat das BVerfG jedoch hohe Hürden aufgestellt: Ein Ermittlungsverfahren ist demnach erst dann zulässig, wenn der Verdacht besteht, dass der Strafverteidiger seine Rolle bewusst, also zielgerichtet zum Zwecke der Geldwäsche missbraucht. Nur, wenn er im Zeitpunkt der Entgegennahme des Honorars (oder des Honorarvorschusses) sicher weiß, dass dieses aus einer Katalogtat herrührt, kann er sich wegen Geldwäsche strafbar machen. Da er in einem solchen Fall nicht mehr als „Organ der Rechtspflege“ auftritt, verdient sein Verhalten nicht länger den Schutz der Rechtsordnung.⁷²

Ganz ähnlich argumentiert der EGMR, wenn er anerkennt, dass der „Kampf gegen Geldwäsche“ Einschränkungen der Konventionensgarantien notwendig machen kann (s.o.),⁷³ es aber im überaus sensiblen Bereich der Strafverteidigung, in dem sich jeder noch so kleine Eingriff verheerend auf die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege auswirken kann, auch in Straßburg mehr als eines Ermittlungsergebnisses bedarf, dass als „*rather vague and unspecific*“⁷⁴ beschrieben wird.

III. Auswirkungen auf Recht und Rechtspraxis

Trotz allem wird man im Ergebnis festhalten müssen, dass die Entscheidung wohl keine Auswirkungen auf das geschriebene

nationale Recht haben dürfte. Da wie gezeigt keine grundsätzlichen Bedenken gegen das Vorgehen der Staatsanwaltschaft bestehen, handelt es sich um eine Entscheidung, die sich vor allem die Rechtspraxis zu Herzen nehmen sollte. Das bedeutet, dass entsprechende Auskundsersuchen künftig gründlich(er) auf ihre Verhältnismäßigkeit – insbesondere im Hinblick auf den abgefragten Zeitraum und die konkreten Datensätze – geprüft werden müssen und sofort nach Abschluss der Erhebung eine Mitteilung an den Betroffenen (analog § 101 Abs. 4 StPO) zu erfolgen hat, um ihm effektiven nachträglichen Rechtsschutz zu ermöglichen (§ 98 Abs. 2 StPO analog).⁷⁵

Wollte man einen Schritt weitergehen so wäre über die Forderung der BRAK nachzudenken, Banken von Berufsheimnisträgern ein entsprechendes Zeugnisverweigerungsrecht zuzugestehen.⁷⁶

Abschließende Hinweise für Studierende

Das Recht der (Europäischen) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) wird in vielen Ausbildungsordnungen eher stiefmütterlich behandelt. Dennoch sollte seine Bedeutung in Staatsexamensklausuren nicht unterschätzt werden. Für nahezu alle Rechtsgebiete existieren heute Leitentscheidungen des EGMR, welche bei Anwendung und Auslegung des nationalen Rechts zu beachten sind. So kann bspw. der Einfluss des Art. 6 EMRK („Recht auf ein faires Verfahren“) auf das Strafprozessrecht nicht geleugnet werden. Gleiches gilt für Art. 5 EMRK („Recht auf Freiheit und Sicherheit“), der durch die wegweisenden Entscheidungen zur Sicherungsverwahrung entscheidenden Einfluss auf die deutsche Rechtsordnung gehabt hat.

Als „Fundament einer europäischen Rechtskultur“⁷⁷ geht der Anwendungsbereich der Konvention dabei sogar noch über den Einflussbereich der Europäischen Union, deren höchste verbindliche Rechtsquelle für Grund- und Menschenrechte sie ist,⁷⁸ hinaus. Nicht zuletzt aufgrund der sorgfältig recherchierten und oft auch rechtsvergleichenden Urteile des EGMR kann die Beschäftigung mit diesem Rechtsgebiet allen Studierenden empfohlen werden, die einmal über die Grenzen des nationalen Rechts hinausdenken möchte.

Doch auch abseits dieser grundsätzlichen Erwägungen macht die Entscheidung einmal mehr deutlich, dass es nicht Zweck der Strafrechtspflege ist, Sachverhaltsermittlung „um jeden Preis“ zu betreiben. Fundament des libe-

⁶⁸ Red., AnwBl 2017, 666.

⁶⁹ Tatsächlich ist die Praxis so gängig, dass im von *Vordermayer* und von *Heintschel-Heinegg* herausgegebenen „Handbuch für den Staatsanwalt“ ein entsprechendes Musteranschreiben abgedruckt ist (*Meindl/Andrä*, in: *Vordermayer/von Heintschel-Heinegg*, Handbuch für den Staatsanwalt, 5. Auflage (2016), 1. Teil 1. Kapitel Rn. 47 f.).

⁷⁰ So auch *Pankratz*, ZD 2017, 527 (528).

⁷¹ Hierzu im Einzelnen *Wonka*, NJW 2017, 3334 (3336) mwN. Aus der Rspr.

⁷² Zu Allem: BVerfG, NJW 2015, 2949 (Rn. 45) mAnm. **Sebastian**, JSE 2015, 344.

⁷³ EGMR, Urt. v. 27.04.2017, Nr. 73607/13 – Sommer v. Germany, Rn. 56.

⁷⁴ Ibid. 61.

⁷⁵ So auch *Pankratz*, ZD 2017, 527 (528)

⁷⁶ EGMR, Urt. v. 27.04.2017, Nr. 73607/13 – Sommer v. Germany, Rn. 46; *Ignor/Bertheau*, in: *Löwe-Rosenberg*, StPO, 26. Aufl. (2008), § 53a Rn. 5 und *Rau*, wistra 2006, 410 (413) gehen im Falle eines Rechtsanwaltsanderkontos bereits de lege lata von einem Zeugnisverweigerungsrecht aus.

⁷⁷ Höland, in: *Renzikowski*, Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht (2004), S. 9 (19).

⁷⁸ EuGH, Rs; C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rdnr. 71 – Schmidberger; *Geiger*, IIC 2006, 371 (386), *Scheer*, ZEuS 2004, 663 (690).

ralen Strafprozesses sind vielmehr die Rechte des Beschuldigten bzw. Angeklagten und deren Wahrnehmung durch einen unabhängigen, als „Organ der Rechtspflege“ fungierenden Verteidiger. Die Klarstellung, welcher Funktionsvoraussetzungen das Institut der Strafverteidigung bedarf und dass diese allzu oft nicht hinreichend berücksichtigt werden, ist ein weiterer Verdienst der vorliegenden Entscheidung.

Dipl.-Jur. **Sascha Sebastian**, M.mel.

Doktorand

Gundling-Proessur für Bürgerliches Recht, Recht des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht (GRUR-Stiftungsprofessur)
(Prof. Dr. Malte Stieper)

► **Inhaltsverzeichnis**

RECHTSPRECHUNG

ÖFFENTLICHES RECHT

Bundessozialgericht

§ 86 SGG als Besonderheit des sozialrechtlichen Widerspruchsverfahrens

Urteil vom 05. Juli 2017, Az.: B 14 AS 36/16 R

Auch ein endgültiger Bewilligungsbescheid für Leistungen nach dem SGB II, der einen vorangegangenen vorläufigen Bewilligungsbescheid vollständig ersetzt, wird gemäß § 86 SGG Gegenstand des gegen den vorläufigen Bewilligungsbescheid laufenden Widerspruchsverfahrens.

(Leitsatz des Bearbeiters)

A) Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht)

Das beklagte Jobcenter bewilligte dem Kläger zunächst durch vorläufigen Bewilligungsbescheid Leistungen nach dem SGB II für den Zeitraum Oktober 2013 bis Januar 2014. Die Vorläufigkeit der Bewilligung beruhte darauf, dass die Höhe des zu zahlenden Heizkostenabschlags für Januar 2014 noch nicht feststand. Gegen diesen vorläufigen Bewilligungsbescheid erhob der Kläger Widerspruch.

Während des laufenden Widerspruchsverfahrens erließ das beklagte Jobcenter zwei weitere Bescheide, die diesen Leistungszeitraum betrafen. Mit einem Änderungsbescheid bewilligte es zunächst höhere Leistungen für Januar 2014 aufgrund der Anpassung der Regelsatzhöhe durch den Gesetzgeber. Mit einem Bescheid zur endgültigen Festsetzung der Leistungen bewilligte das beklagte Jobcenter Leistungen für den benannten Zeitraum unter Berücksichtigung des mittlerweile bekannten Heizkostenabschlags ab Januar 2014. Das noch laufende Widerspruchsverfahren gegen den vorläufigen Bewilligungsbescheid schloss das beklagte Jobcenter durch Erlass eines Widerspruchsbescheides ab. Der Widerspruch habe sich durch den Erlass des Bescheides zur endgültigen Festsetzung nunmehr erledigt. Hiergegen hat der Kläger vor dem Sozialgericht Klage erhoben, über die noch nicht entschieden ist.

Daneben erhob der Kläger einen weiteren Widerspruch gegen den Bescheid zur endgültigen Festsetzung der Leistungen. Diesen verwarf das beklagte Jobcenter als unzulässig. Hiergegen wandte sich der Kläger mit einer weiteren Klage zum Sozialgericht. Bei dieser handelt es sich um das hier besprochene Klageverfahren.

B) Verfahrensgang

Das Sozialgericht hat die Klage unter Zulassung der Berufung abgewiesen. Zudem hat es auf Antrag des Klägers und mit Zustimmung des beklagten Jobcenters die Sprungrevision zugelassen. Das Bundessozialgericht hat hier also im Wege der Sprungrevision gemäß § 161 SGG direkt über ein Urteil eines Sozialgerichts entschieden und nicht - wie in den meisten Fällen - im Wege der Revision über ein Urteil des Landessozialgerichts,

das seinerseits über eine Berufung gegen ein Urteil des Sozialgerichts entschieden hatte.

C) Die Entscheidung des Senates

I. Statthaftigkeit des weiteren Widerspruchs gegen den endgültigen Festsetzungsbescheid

Zu klären war durch das BSG, ob das beklagte Jobcenter den (weiteren) Widerspruch gegen den endgültigen Festsetzungsbescheid zu Recht als unzulässig verworfen hat und das Sozialgericht die Klage dagegen zu Recht abgewiesen hat. Der Kläger vertrat die Auffassung, es hätte über diesen weiteren Widerspruch in der Sache entschieden werden müssen, weil er nicht gemäß § 86 SGG Gegenstand des laufenden Widerspruchsverfahrens gegen den vorläufigen Bewilligungsbescheid geworden sei.

1. Regelungen der §§ 86 und 96 SGG

Eine Besonderheit des sozialrechtlichen Verwaltungs- und Gerichtsverfahrensrechts sind die Regelungen der §§ 86 und 96 SGG, die so im allgemeinen Verwaltungsrecht nicht bekannt sind.

§ 86 SGG lautet:

„Wird während des Vorverfahrens der Verwaltungsakt abgeändert, so wird auch der neue Verwaltungsakt Gegenstand des Vorverfahrens; er ist der Stelle, die über den Widerspruch entscheidet, unverzüglich mitzuteilen.“

Eine ähnliche Regelung trifft § 96 SGG für das Gerichtsverfahren. Sein Absatz 1 lautet:

„Nach Klageerhebung wird ein neuer Verwaltungsakt nur dann Gegenstand des Klageverfahrens, wenn er nach Erlass des Widerspruchsbescheides ergangen ist und den angefochtenen Verwaltungsakt abändert oder ersetzt.“

Hintergrund beider Regelungen ist, dass im Sozialrecht häufig leistungsbewilligende Bescheide und leistungsaufhebende Bescheide streitgegenständlich sind. Hierbei ergehen oft für denselben Zeitraum mehrere Bescheide, z.B. weil sich Leistungsvoraussetzungen geändert haben. Grundsätzlich soll durch die Regelungen der §§ 86 und 96 SGG eine schnelle, erschöpfende Entscheidung über den gesamten streitigen Zeitraum erreicht werden (Prozessökonomie). Zudem soll auch der Betroffene geschützt werden, der möglicherweise wegen der unübersichtlichen Bescheidlage den Überblick verliert bzw. darauf vertraut,

dass der einmal für einen bestimmten Leistungszeitraum eingelegte Rechtsbehelf ausreicht.¹

2. Vorläufige Bescheide im SGB II

Das SGB II kennt in § 41a die Möglichkeit der vorläufigen Bewilligung von Arbeitslosengeld II. Sie kommt zum Einsatz, wenn die Leistungsvoraussetzungen noch nicht vollständig geklärt sind. Eine „normale“ Leistungsbewilligung muss, wenn z.B. die Leistungshöhe nachträglich verringert werden soll, nach den für Verwaltungsakte geltenden Vorschriften aufgehoben werden (die Normkette § 40 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 SGB II, § 330 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 SGB III verweist mit gewissen Modifikationen auf §§ 44 ff SGB X - diese entsprechen zu großen Teilen der Regelung der §§ 48 ff VwVfG). Dabei sind u.a. auch Vertrauensschutzgesichtspunkte zu berücksichtigen. Hingegen bedarf eine vorläufige Bewilligung keiner Aufhebung durch Verwaltungsakt. Entsprechend gibt es auch keinen Vertrauensschutz. Die vorläufige Bewilligung kann vielmehr schlicht durch eine endgültige Bewilligung für den gleichen Leistungszeitraum ersetzt werden. Die endgültige Bewilligung ist dann eine „normale“ Leistungsbewilligung nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen. Die vorläufige Leistungsbewilligung ist damit vollständig erledigt im Sinne des § 39 Abs. 2 SGB X und entfaltet keine Rechtswirkung mehr.² Eine ähnliche Regelung kennt das SGB für Bezieher von Arbeitslosengeld I in § 328 SGB III.

3. „Abänderung“ der vorläufigen Bewilligung durch die endgültige Bewilligung?

Das BSG hatte nun darüber zu entscheiden, ob die endgültige Leistungsbewilligung im Sinne des § 86 SGG die vorläufige Leistungsbewilligung „abändert“. Wenn dies nämlich der Fall ist, dann greift § 86 SGG ein und der vom Kläger gesondert mit Widerspruch und Klage angegriffene endgültige Bewilligungsbescheid war bereits Gegenstand des Widerspruchs- und Klageverfahrens geworden, das er gegen den vorläufigen Bescheid führt.

„Nach seinem Wortlaut erfasst § 86 SGG zwar nur Bescheide, durch die während des Widerspruchsverfahrens der angefochtene Verwaltungsakt abgeändert wird, und bestimmt, dass auch der neue Bescheid Gegenstand des Widerspruchsverfahrens wird. Dies unterscheidet den für das Widerspruchsverfahren geltenden § 86 SGG von dem für das gerichtliche Verfahren geltenden § 96 Abs 1 SGG, der nach seinem Wortlaut nach Erlass des Widerspruchsbescheids ergangene Bescheide erfasst, durch die der angefochtene Verwaltungsakt abgeändert oder ersetzt wird, und bestimmt, dass nach Klageerhebung der neue Bescheid Gegenstand des Klageverfahrens wird. Dies steht indes der Einbeziehung des [Bescheides zur endgültigen Festsetzung] in das laufende Widerspruchsverfahren gegen den [vorläufigen Bewilligungsbescheid] nicht entgegen. Denn eine Abänderung iS des § 86 SGG ist auch die Ersetzung eines mit Widerspruch angefochtenen Bescheids - wie hier die Ersetzung der vorläufigen durch die abschließende Entscheidung über Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für Januar 2014. Die für das Widerspruchsverfahren geltende Vorschrift des § 86 SGG ist insoweit in Entsprechung zu der für das gerichtliche Verfahren geltenden Vorschrift des § 96 Abs 1 SGG dahin auszulegen, dass jene ebenso wie

diese nicht nur abändernde, sondern auch ersetzende Verwaltungsakte in das laufende Verfahren einbezieht.“

Das Bundessozialgericht schließt sich also der durch das Sozialgericht vorgenommenen Auslegung des § 86 SGG an. Für diese Auslegung des § 86 SGG bringt das BSG die folgenden Argumente:

„Diese Auslegung ist mit dem aufgezeigten Wortlautunterschied [zu § 96 SGG] vereinbar, weil sich zum einen unter einer Abänderung eines Bescheids auch dessen Ersetzung verstehen lässt (vgl zum Ersetzen als "radikalste Form" des Abänderns Bayerisches LSG vom 2.12.2011 - L 16 AS 877/11 B ER - juris RdNr 34). Dafür, § 86 SGG so zu verstehen, wie § 96 Abs 1 SGG formuliert ist, streitet zum anderen und entscheidend der Sinn und Zweck, der prägend sowohl für das Verhältnis von vorläufiger und abschließender Entscheidung als auch für §§ 86 und 96 SGG ist, nämlich den Beteiligten in verfahrens- und prozessökonomischer Weise eine möglichst baldige und endgültige Klärung ihrer Rechtsbeziehung zu verschaffen [...].

Vor diesem Hintergrund ist prägend für die Auslegung des § 86 SGG nicht, ob und ggf wie sich die Bedeutung der Wörter "abändern" und "ersetzen" voneinander abgrenzen lässt, sondern dessen Ziel der Verfahrensökonomie: Wird zu der mit einem Widerspruch angefochtenen Regelung - hier die Bewilligung von Leistungen für Januar 2014 - im laufenden Widerspruchsverfahren eine weitere Regelung getroffen - ob abändernd, ändernd, anpassend, aufhebend oder ersetzend -, ist im laufenden Widerspruchsverfahren auch über diese weitere Regelung zu entscheiden, wenn sie die Beschwer nicht beseitigt. Zu diesem Ziel stände es in Widerspruch, wenn ein gegen eine vorläufige Entscheidung über Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts geführtes Widerspruchsverfahren durch den Erlass der abschließenden Entscheidung unzulässig würde und ein neues Widerspruchsverfahren gegen die abschließende Entscheidung über diese Leistungen eingeleitet werden müsste, obwohl im bereits laufenden Widerspruchsverfahren zwischen denselben Beteiligten für denselben Zeitraum über den Anspruch auf Leistungen gestritten wird und das Jobcenter ohne Weiteres alle in diesem Rechtsverhältnis bis zum Erlass des Widerspruchsbescheids ergangenen Entscheidungen über Leistungen überprüfen kann und muss [...].

Die Anwendung des § 86 SGG auf nicht nur abändernde, sondern auch auf ersetzende Verwaltungsakte insoweit in Entsprechung zu § 96 Abs 1 SGG ist danach angezeigt, weil die Abänderung und Ersetzung eines Bescheids nicht nur sprachlich, sondern vor dem Hintergrund des Regelungsziels auch in der Sache vergleichbar sind. [...] Diese entsprechende Anwendung ist zudem für die Ersetzung vorläufiger durch abschließende Entscheidungen über Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts aus Gründen der Verfahrensökonomie auch sachlich geboten [...].“

Nachdem das BSG feststellt, dass der Wortlaut des § 86 SGG der vorgenommenen Auslegung nicht entgegensteht, stützt es seine Entscheidung maßgeblich auf eine teleologische Argumentation, also eine mit Sinn und Zweck der Vorschrift. Beim Wortlautargument klingt zudem auch eine normsystematische Argumentation an, die das BSG vom Bayerischen LSG übernimmt

¹ Breitzkreuz, in: jurisPK-SGG, § 96 SGG Rn. 1, 2 mwN.

² Ständige Rechtsprechung des BSG, vgl. nur BSG v. 22.08.2012, Az. B 14 AS 13/12 R; BSG v. 26.07.2016, Az. B 4 AS 54/15 R.

(Ersetzen als radikalste Form des Abänderns). Diese Auslegung hat zur Konsequenz, dass man die ausdrückliche Benennung von „ersetzen“ im Wortlaut des § 96 SGG eigentlich als Redundanz auffassen muss. Dies spricht indes nicht entscheidend gegen die Auslegung des BSG, denn es würde sich längst nicht um die einzige redundante Regelung des deutschen Sozialrechts handeln. Jedenfalls ist aus praktischer Sicht die vom BSG vorgenommene Auslegung zu begrüßen, da sie verfahrensvereinfachend wirkt und einleuchtende Gründe für eine unterschiedliche Handhabung solcher Fragestellungen im Rahmen von § 86 und § 96 SGG nicht vorliegen.

II. Ergebnis

Das BSG hat, da es sich der Rechtsauslegung des Sozialgerichts angeschlossen hat, die Sprungrevision zurückgewiesen. Das Sozialgericht hat somit zu Recht die weitere Klage, die sich nur gegen Bescheid zur endgültigen Festsetzung richtete, abgewiesen. Entsprechend hat das beklagte Jobcenter den ausschließlich gegen den Bescheid zur endgültigen Festsetzung gerichteten Widerspruch im Ergebnis zu Recht als unzulässig verworfen. Der Bescheid zur endgültigen Festsetzung ist gemäß § 86 SGG Gegenstand des Widerspruchsverfahrens gegen den vorläufigen Bewilligungsbescheid geworden. Da sich an dieses ein Klageverfahren anschloss, ist der Bescheid zur endgültigen Festsetzung auch Gegenstand dieses noch nicht entschiedenen Klageverfahrens vor dem Sozialgericht.

Abschließende Hinweise für Studenten

Der Fall ist lehrreich für alle Studenten, die sich im Schwerpunktbereich mit Sozialrecht beschäftigen. An ihm zeigen sich mit §§ 86, 96 SGG besondere Regelungen des Sozialgerichtsgesetzes, die die große Klägerfreundlichkeit dieser Rechtsmaterie deutlich machen. Sie sollten jedem bekannt sein, der die Grundzüge des sozialrechtlichen Verwaltungsverfahrens und des sozialgerichtlichen Verfahrens kennenlernen will.

Ebenso ist das Rechtsinstitut der vorläufigen Bewilligung eine sozialrechtliche Besonderheit, von der man zumindest gehört haben sollte, sofern man sich mit dem SGB II und/oder SGB III befassen will oder befassen muss.

Die Urteilsbegründung greift zudem auf die klassischen Methoden der Rechtsauslegung zurück, die jeder Examenkandidat beherrschen sollte.

Man kann sich im vorliegenden Fall noch fragen, warum der Kläger denn ein weiteres Klageverfahren isoliert gegen den Bescheid zur endgültigen Festsetzung führte und dabei sogar in die Sprungrevision ging, obwohl doch nach der ihm bekannten Rechtsansicht des Sozialgerichts die Rechtmäßigkeit des endgültigen Festsetzungsbescheides ohnehin noch in dem Klageverfahren geprüft würde, das gegen den vorläufigen Bescheid anhängig ist. Die Antwort hierauf ist in der Regel im Interesse des klägerischen Rechtsanwalts an der Abrechnung von Gebühren für zwei Verfahren statt für ein Verfahren zu suchen.

Dr. *Stefan Werner*, M.mel.

Richter

zzt. Sozialgericht Nordhausen

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG

ÖFFENTLICHES RECHT

Verwaltungsgericht Hamburg/Oberverwaltungsgericht Hamburg

Protestcamp gegen G-20-Gipfel

Beschlüsse vom 07. und 22. Juni 2017, Az.: 19 E 5697/17 und 4 Bs 125/17

1. Enthält eine Veranstaltung sowohl Elemente, die auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet sind, als auch solche, die diesem Zweck nicht zuzurechnen sind, kann sie gleichwohl insgesamt dem Schutz der Versammlungsfreiheit unterfallen. Entscheidend ist dann, ob eine derart gemischte Veranstaltung ihrem Gesamtgepräge nach eine Versammlung ist.

2. Die Beurteilung, ob eine gemischte Veranstaltung ihrem Gesamtgepräge nach eine Versammlung darstellt, ist im Wege einer Gesamtschau aller relevanten tatsächlichen Umstände vorzunehmen.

3. Überwiegt das Gewicht der auf die Teilhabe an öffentlicher Meinungsbildung gerichteten Elemente, ist die Veranstaltung ihrem Gesamtgepräge nach eine Versammlung. Im umgekehrten Fall genießt die Veranstaltung nicht den Schutz des Versammlungsrechts. Ist ein Übergewicht des einen oder des anderen Bereichs nicht zweifelsfrei festzustellen, ist die Veranstaltung wie eine Versammlung zu behandeln.

(Leitsätze der Bearbeiter)

A) Sachverhalt (gekürzt)

Vom 30. Juni bis 9. Juli 2017 soll im Hamburger Stadtpark eine als Dauerkundgebung mit dem Tenor „Alternativen zum Kapitalismus leben und sichtbar machen“ angemeldete Veranstaltung stattfinden. Neben Wohnzelten soll es eine Bühne und verschiedene Veranstaltungszelte geben. Es sollen in dem Camp zudem verschiedene Veranstaltungen gegen das zeitgleich stattfindende G-20 Treffen in Hamburg durchgeführt werden. Der Veranstalter (A) erwartet ausweislich der Anmeldung ca. 10.000 Teilnehmer an der Veranstaltung, die in den 3.000 Wohnzelten leben können. Eine Dauerkundgebung in der geplanten Form sei – so der A – nur dadurch möglich, dass die Teilnehmerinnen und Teilnehmer Tag und Nacht auf dem Versammlungsgelände anwesend seien und dementsprechend auch dort übernachteten. Daher würden auf dem Gelände Zelte für und von allen Teilnehmern des Camps sowie Teilnehmern anderer Veranstaltungen aufgestellt werden, in denen sie übernachten könnten.

Mit Schreiben vom 12. Mai 2017 untersagte das Bezirksamt Nord der Antragsgegnerin nach zuvor erfolgter Anhörung dem Antragsteller, in der Zeit vom 30. Juni bis zum 11. Juli 2017 auf dem Gelände des Hamburger Stadtparks das Camp für ca. 10.000 Personen durchzuführen, und begründete dies damit, dass Zelten auf der angedachten Fläche nach § 1 Abs. 3 Nr. 8 der Verordnung

zum Schutz der öffentlichen Grün- und Erholungsanlagen verboten sei. Bei dem Stadtpark handele es sich um eine öffentliche Grünanlage.

Hiergegen legte der Veranstalter erfolglos Widerspruch ein. A begehrt nunmehr beim zuständigen Verwaltungsgericht Hamburg einstweiligen Rechtsschutz und beantragt, die Antragsgegnerin – die Freie und Hansestadt Hamburg – zu verpflichten, die Versammlung gemäß der Anmeldung des Antragstellers zu dulden.

B) Die Entscheidungen der Gerichte

In beiden Verfahren kam es darauf an, ob die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorlagen und inwieweit der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz begründet war.

I. Vorliegen der Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Voraussetzung für eine Sachentscheidung des angerufenen Verwaltungsgerichts ist zunächst, dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung, wie sich in den in § 40 Abs. 2 S. 2 1. Alt. VwGO erwähnten „besonderen Vorschriften des Beamtenrechts“ – namentlich in § 54 Abs. 1 BeamStG und § 126 Abs. 1 BBG – findet, richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Hiernach ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt und die Streitigkeit keinem anderen Gericht abdrängend zugewiesen ist. Die Rechtsnatur der Streitigkeit bemisst sich nach der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Antragsteller seinen Anspruch herleitet, wobei dessen Rechtsnatur regelmäßig die der streitentscheidenden Norm teilt. Da der Antragsteller die Verpflichtung der Antragsgegnerin begehrt, die Versammlung gemäß der Anmeldung zu dulden, kann streitentscheidende Norm nur diejenige sein, die die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung zum Gegenstand hat. Dabei kann offen bleiben, ob § 15 Abs. 1 VersG die einschlägige Rechtsgrundlage ist, weil insoweit die zuständige Behörde die Versammlung verbieten kann, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet ist, oder letztlich auf die ordnungsbehördliche Generalklausel des § 3 Abs. 1 HmbSOG zurückzugreifen sein wird, wonach die Verwaltungsbehörden im Rahmen ihres Geschäftsbereichs die im Einzelfall zum Schutz der Allgemeinheit erforderlichen Maßnahmen treffen, um bevorstehende Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Beide Vorschriften berechtigten und verpflichten ausschließlich Behörden und damit Träger hoheitlicher Gewalt,

weshalb diese Vorschriften jedenfalls und somit auch die Streitigkeit in jedem Fall dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist die Streitigkeit zugleich nichtverfassungsrechtlicher Art und, da eine abdrängende Sonderzuweisung nicht besteht, somit nach Maßgabe von § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

2. Zuständigkeit

Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist, was sich – ungeachtet der Frage, welches Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz einschlägig ist – aus § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO, § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO iVm. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO und § 123 Abs. 2 S. 1 VwGO ergibt, das „Gericht der Hauptsache“ zuständig. Davon, dass der Antragsteller das gemäß § 45 VwGO sachlich und gemäß § 52 VwGO örtlich zuständige Verwaltungsgericht Hamburg angerufen hat, ist auszugehen.

3. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

Voraussetzung für eine Sachentscheidung des Verwaltungsgerichts ist sodann die Beteiligungs- und Prozessfähigkeit der Beteiligten. Beteiligte des Verfahrens sind in analoger Anwendung des § 63 VwGO zunächst nach Nr. 1 der Antragsteller sowie nach Nr. 2 der Antragsgegner. A, der Antragsteller, ist als natürliche Person gemäß § 61 Nr. 1 i. Alt. VwGO beteiligungs- und, da offenbar nach bürgerlichem Recht geschäftsfähig, gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Antragsgegnerin, die Freie und Hansestadt Hamburg, ist als „Land der Bundesrepublik Deutschland“ i.S.v. Art. 1 HV eine Gebietskörperschaft und somit eine juristische Person (des öffentlichen Rechts) i.S.v. § 61 Nr. 1 2. Alt. VwGO. Die Prozessfähigkeit der Antragsgegnerin als juristische Person richtet sich nach § 62 Abs. 3 VwGO, weil der in dieser Vorschrift enthaltene Begriff der "Vereinigung" zur Vermeidung sinnwidriger Ergebnisse großzügig auszulegen ist und – entgegen der Differenzierung in § 61 Nr. 1 2. Alt. VwGO sowie § 61 Nr. 2 VwGO – auch juristische Personen umfasst. Davon, dass die Freie und Hansestadt Hamburg im gerichtlichen Verfahren, wie von § 62 Abs. 3 VwGO vorausgesetzt, gemäß § 6 Abs. 1 VerwBehG durch die zuständige Fachbehörde ordnungsgemäß vertreten wird, ist ebenfalls auszugehen. Die Beteiligten sind demnach beteiligungs- und prozessfähig.

4. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich, wie sich aus § 88 VwGO ergibt, der gemäß § 122 Abs. 1 VwGO „entsprechend“ für Beschlüsse gilt, die nach § 122 Abs. 2 S. 2 VwGO in Verfahren „über die Aussetzung der Vollziehung (§§ 80, 80 a) und über einstweilige Anordnungen (§ 123)“ ergehen, in jedem Fall nach dem Antragsbegehren. A wendet sich gegen eine Untersagungsverfügung und beantragt, die Antragsgegnerin – die Freie und Hansestadt Hamburg – zu verpflichten, die Versammlung gemäß der Anmeldung des Antragstellers zu dulden. Da § 123 Abs. 5 VwGO den Verfahren über die Suspendierung von Verwaltungskaten iSd. §§ 80, 80a VwGO grundsätzlich Vorrang einräumt, kommt als statthafte Antragsart zunächst ein Aussetzungsantrag in Betracht.

Ein Aussetzungsantrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO wäre statthaft, soweit der A die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder eine Anfech-

tungsklage begehrt, er also die Suspendierung eines Verwaltungsaktes erstrebt. Mag sich der Antragsteller auch gegen eine Untersagungsverfügung wenden, gegen die er zuvor Widerspruch eingelegt hat, so ist gleichwohl zu beachten, dass die aufschiebende Wirkung nicht gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 VwGO entfallen ist.

Dazu das VG Hamburg (S. 6):

„Der Antragsteller ist nicht gemäß § 123 Abs. 5 VwGO auf ein Verfahren nach §§ 80, 80a VwGO zu verweisen. Zwar hat die Antragsgegnerin mit der vorbeugenden (grünanlagen-rechtlichen) Untersagungsverfügung einen belastenden Verwaltungsakt erlassen und mit diesem zum Ausdruck gebracht, dass sie die angemeldete Veranstaltung für genehmigungsbedürftig hält. Zum einen hat der Antragsteller aber mit seinem am 24. Mai 2017 erhobenen Widerspruch die Wirkung der nicht für sofort vollziehbar erklärten Verfügung zunächst aufgeschoben (§ 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO), sodass es für einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO kein Rechtsschutzbedürfnis gäbe. Zum anderen begehrt der Antragsteller gerade die Behandlung der angemeldeten Veranstaltung als Versammlung mit der Folge, dass eine Genehmigung nicht erforderlich ist und eine Untersagungsverfügung lediglich unter den besonderen Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 Versammlungsgesetz (VersG) zulässig wäre.“

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist eine einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint (sog. Regelungsanordnung).

Damit streiten die Beteiligten über ein konkretes Rechtsverhältnis im Sinne des § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO [...], mit der Folge, dass die begehrte Regelungsanordnung statthafte Antragsart ist.“

Nach diesen Maßstäben erweist sich die Regelungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO als statthafte Antragsart.

5. Passive Prozessführungsbefugnis

Die passive Prozessführungsbefugnis der Antragsgegnerin folgt, da § 78 Abs. 1 VwGO als besondere Vorschrift für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen auf das Anordnungsverfahren keine unmittelbare Anwendung findet, aber deshalb analog angewandt werden darf, weil Streitgegenstand des Antrags gleichfalls die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes ist, aus einer Analogie zu § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Der Antrag ist demnach gegen den Rechtsträger der den Verwaltungsakt erlassenden Behörde zu richten („Rechtsträgerprinzip“), so dass die Freie und Hansestadt Hamburg den „richtigen“ Antragsgegner darstellt.

6. Antragsbefugnis

A muss zudem antragsbefugt sein. § 42 Abs. 2 VwGO stellt ebenso eine besondere Vorschrift für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen dar, ist aber zur Vermeidung von Popularverfahren als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens gleichfalls analog heranzuziehen. Von einer Antragsbefugnis ist daher auszugehen, wenn der Antragsteller geltend macht, durch den Erlass des Verwaltungsaktes in seinen Rechten verletzt zu sein, also ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in den Schutzbereich

eines subjektiven öffentlichen Rechts durch den Erlass des Verwaltungsaktes zumindest möglich erscheint. Insoweit ist maßgeblich, dass mit dem Erlass einer – bestimmte Verhaltensweisen verbietenden – Ordnungsverfügung jedenfalls ein „klassischer“ Eingriff in den (umfassend zu verstehenden und somit persönlich wie sachlich eröffneten) Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG verbunden und keinesfalls auszuschließen ist, dass der Eingriff in den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigen sein wird. Ebenso ist diskutabel, aber letztlich ohne Belang, ob ferner eine Verletzung der Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 Abs. 1 GG möglich erscheint. In jedem Fall ist die Antragsbefugnis für den Antragsteller als Adressat belastenden Verwaltungshandelns deshalb zu bejahen, weil dieser iSv. § 42 Abs. 2 VwGO eine Rechtsverletzung geltend gemacht.

7. Rechtsschutzbedürfnis

Zu Gunsten des A muss schließlich ein Rechtsschutzbedürfnis streiten, dieser mit dem angestrebten gerichtlichen Verfahren also ein rechtsschutzwürdiges Interesse verfolgen. Dieses wird regelmäßig zu verneinen sein, wenn der Antragsteller sein Begehren nicht zuvor bei der zuständigen Verwaltungsbehörde vorgetragen hat. Ein solcher Antrag an die Behörde ist indes erfolgt. Das Rechtsschutzbedürfnis wäre ferner problematisch, soweit die vom Antragsteller erstrebte vorläufige Regelung nicht wieder rückgängig gemacht werden kann und insoweit die unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache begehrt wird. Dabei kann dahin stehen, ob in der begehrten Verpflichtung der Antragsgegnerin bereits eine Vorwegnahme der Hauptsache zur erblicken ist, da diese jedenfalls wegen des Gebots effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zulässig wäre. Hintergrund dieser Annahme ist der Umstand, dass wegen der Kurzfristigkeit ohne die einstweilige Anordnung effektiver Rechtsschutz schlechterdings nicht erreicht werden kann und damit bei einem Abwarten der Hauptsacheentscheidung schwere und unzumutbare Nachteile entstünden. Der Antragsteller hätte den Eintritt eines irreparablen Rechtsverlusts zu befürchten, weshalb eine etwaige Vorwegnahme der Hauptsache sich jedenfalls als zulässig erweisen würde. Dem A ist das Rechtsschutzbedürfnis nicht abzuspochen.

8. Zwischenergebnis

Das Verwaltungsgericht Hamburg ist zur Sachentscheidung berufen.

II. Begründetheit des Antrages

Gemäß § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Es kommt für die Begründetheit somit nicht nur auf einen Anordnungsanspruch („streitiges Rechtsverhältnis“), sondern auch auf einen Anordnungsgrund („nötig erscheint“) an. Gemäß § 123 Abs. 3 VwGO iVm. § 920 Abs. 2 ZPO sind „Anspruch und Arrestgrund“ lediglich „glaubhaft zu machen“, was iRv. § 294 Abs. 1 ZPO voraussetzt, dass der Antragsteller die überwiegende Wahrscheinlichkeit für die tatsächlichen Voraussetzungen des Anordnungsanspruchs und des

Anordnungsgrunds darlegt. Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO sind demnach begründet, soweit der Antragsteller einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht hat.

1. Anordnungsanspruch

Zunächst muss A einen Anordnungsanspruch glaubhaft machen, der darauf gerichtet ist, die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Versammlung gemäß der Anmeldung des Antragstellers zu dulden. Eine derartige Duldungsverpflichtung hängt unmittelbar mit der Frage der Rechtmäßigkeit der von A geplanten Veranstaltung und damit zusammen, ob es der Antragsgegnerin gestattet war, die zuvor von A im Wege des Widerspruchs angegriffene Untersagungsverfügung zu erlassen. Eine Verpflichtung der Antragsgegnerin, die Versammlung gemäß der Anmeldung des Antragstellers zu dulden, kann sich also dann nicht ergeben, wenn sie die Veranstaltung rechtmäßig untersagen konnte.

Für die Rechtmäßigkeit belastender Verwaltungsakte kommt es darauf an, ob diese auf einer wirksamen Rechtsgrundlage beruhen, die formellen wie materiellen Voraussetzungen für Ihren Erlass gegeben sind und sich das behördliche Handeln innerhalb der von der Rechtsgrundlage vorgesehenen Rechtsfolge hält („Vorbehalt des Gesetzes“).

a) Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage für die Untersagungsverfügung kommt zunächst – der gegenüber der ordnungsbehördlichen Generalklausel speziellere – § 15 Abs. 1 VersG in Betracht, wonach die zuständige Behörde die Versammlung verbieten kann, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet ist. Insoweit ist Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG zu berücksichtigen, demzufolge das VersG „als Bundesrecht“ fortgilt, wengleich dieses „als Bundesrecht erlassen worden ist, aber wegen der Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte. Bis dato ist das VersG in der Freien und Hansestadt Hamburg nämlich nicht i.S.v. Art. 125 a Abs. 1 S. 2 GG „durch Landesrecht“ ersetzt worden. Wegen des Anwendungsvorrangs der spezielleren Vorschrift („lex specialis derogat legi generali“) ist im Anwendungsbereich des „polizeifesten“ VersG grundsätzlich nicht mehr auf die Vorschriften des allgemeinen Polizeirechts und damit auf § 3 Abs. 1 HmbSOG zurückzugreifen.

aa) Öffentliche Versammlung (Grundsätze)

Damit der Anwendungsbereich des – lediglich versammlungsspezifische Gefahren erfassenden – VersG überhaupt eröffnet ist, ist indes erforderlich, dass es sich bei der geplanten Veranstaltung um eine „öffentliche Versammlung“ iSv. § 1 Abs. 1 VersG handelt. In jedem Fall als „Versammlung“ erfasst sind – losgelöst von Zweifelsfragen am Rande – örtliche Zusammenkünfte von zumindest drei Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung. In ihrer idealtypischen Ausformung sind Demonstrationen demnach die gemeinsame körperliche Sichtbarmachung von Überzeugungen, bei der die Teilnehmer in der Gemeinschaft mit anderen eine Vergewisserung dieser Überzeugungen erfahren und andererseits nach außen – schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und die Wahl des Ortes – im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung

nehmen und ihren Standpunkt bezeugen.¹ Gerade keine Versammlung stellen demnach Zusammenkünfte dar, die nicht auf die Verfolgung eines kommunikativen Zwecks gerichtet sind, also nicht der kollektiven Meinungsbildung und Meinungsäußerung dienen sollen, sondern bei denen eine derartige Meinungskundgabe vielmehr bei Gelegenheit erfolgt. So würde es sich verhalten, wenn Veranstaltungen der bloßen Zurschaustellung eines Lebensgefühls dienen oder als eine auf Spaß und Unterhaltung ausgerichtete öffentliche Massenparty gedacht sind.² Sofern eine Veranstaltung sowohl Elemente, die auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet sind, als auch solche, die diesem Zweck nicht zuzurechnen sind enthält, ist entscheidend, ob eine derart gemischte Veranstaltung ihrem Gesamtgepräge nach eine Versammlung ist.³

Zu eben jenen Maßstäben das OVG (S. 17 - 18):

„Die Beurteilung, ob eine gemischte Veranstaltung ihrem Gesamtgepräge nach eine Versammlung darstellt, ist im Wege einer Gesamtschau aller relevanten tatsächlichen Umstände vorzunehmen. Das besondere Gewicht, das das Grundgesetz der Versammlungsfreiheit beimisst, gebietet, dass alle wesentlichen Umstände in die Beurteilung einbezogen und ihrer Bedeutung entsprechend gewürdigt werden. Wird dem nicht Rechnung getragen, erweist sich die Beurteilung als rechtsfehlerhaft, weil sie nicht den Vorgaben des Art. 8 Abs. 1 GG entspricht. Zunächst sind alle diejenigen Modalitäten der geplanten Veranstaltung zu erfassen, die auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung zielen. Zu vernachlässigen sind solche Anliegen und die ihrer Umsetzung dienenden Elemente, bei denen erkennbar ist, dass mit ihnen nicht ernsthaft die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung bezweckt wird, die mithin nur vorgeschoben sind, um den Schutz der Versammlungsfreiheit beanspruchen zu können. Bei der Ausklammerung von an sich auf die Meinungsbildung gerichteten Elementen unter Hinweis auf die mangelnde Ernsthaftigkeit des Anliegens ist mit Blick auf die besondere Bedeutung der Versammlungsfreiheit Zurückhaltung zu üben und ein strenger Maßstab anzulegen. In die Betrachtung einzubeziehen sind nur Elemente der geplanten Veranstaltung, die sich aus Sicht eines durchschnittlichen Betrachters als auf die Teilhabe an der Meinungsbildung gerichtet darstellen. Abzustellen ist in erster Linie auf einen Außenstehenden, der sich zum Zeitpunkt der Veranstaltung an ihrem Ort befindet. Auf diesen Betrachter kommt es deshalb in erster Linie an, weil eine Versammlung vorrangig durch ihre Präsenz an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit auf die öffentliche Meinung einwirken will. Die Betrachtung ist aber nicht auf solche Umstände beschränkt. Es können auch Umstände von Bedeutung sein, die nicht von einem Außenstehenden ‚vor Ort‘ wahrgenommen werden können.

Daran schließt sich der zweite Schritt der Gesamtschau an, bei dem die nicht auf die Meinungsbildung zielenden Modalitäten der Veranstaltung, wie z.B. Tanz, Musik und Unterhaltung, zu würdigen und insgesamt zu gewichten sind.

Schließlich sind - in einem dritten Schritt - die auf den ersten beiden Stufen festgestellten Gewichte der die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung betreffenden Elemente einerseits und der

von diesen zu unterscheidenden Elementen andererseits zueinander in Beziehung zu setzen und aus der Sicht eines durchschnittlichen Betrachters zu vergleichen [...]. Zwar sind die Beteiligten berechtigt, selbst darüber zu bestimmen, was sie zum Gegenstand öffentlicher Meinungsbildung machen und welcher Formen der kommunikativen Einwirkung sie sich bedienen. Die rechtliche Einordnung dieses Verhaltens als Versammlung aber steht den Gerichten zu [...]. Überwiegt das Gewicht der zuerst genannten Elemente, ist die Veranstaltung ihrem Gesamtgepräge nach eine Versammlung. Im umgekehrten Fall genießt die Veranstaltung nicht den Schutz des Versammlungsrechts. Ist ein Übergewicht des einen oder des anderen Bereichs nicht zweifelsfrei festzustellen, ist die Veranstaltung wie eine Versammlung zu behandeln [...].“

bb) Öffentliche Versammlung (konkreter Fall)

Nach eben diesen – zunächst dergestalt zu entwickelnden – Maßstäben ist nunmehr der Frage nachzugehen, ob die geplante Veranstaltung als Versammlung einzustufen ist.

Dazu das OVG (S. 8):

„Der Inhalt und das Motto der als Protestcamp geplanten Veranstaltung eröffnen den Schutzbereich des Art. 8 GG (a). In den Schutzbereich des Grundrechts fallen auch bestimmte Anlagen und sonstige Mittel, derer sich der Antragsteller zur Meinungskundgabe bedienen will (b). Die geplante Infrastruktur u.a. für Zelte, die das Übernachten von bis zu 10.000 Personen ermöglichen (c), sowie bestimmte Veranstaltungen (d) fallen dagegen nicht unter den Schutzbereich des Versammlungsrechts. [...]

a) Der Antragsteller hat am 24. April 2017 eine Veranstaltung angemeldet, die nach seiner Darstellung und der Veröffentlichung auf der Homepage (www.G20camp.noblogs.org) als politisches Protestcamp geplant ist, um während seiner Dauer einen durchgängig bei Tag und Nacht sichtbaren Ort des Protestes gegen den G20-Gipfel zu schaffen. Die Veranstaltung verstehe sich als demokratischer Protest gegen ein nicht demokratisch legitimes Treffen der Regierungschefs von 20 Ländern und deren Politik, die vor allem Krieg, Hunger, Flucht und Elend in weiten Teilen der Welt zur Folge habe. [...] Der Inhalt und das Ziel der geplanten Meinungsäußerung, die der Antragsteller selbst bestimmt, sind für sich genommen durch die Versammlungsfreiheit geschützt.“

(1) Infrastruktur als Teil der Meinungskundgabe (Grundsätze)

Zu bestimmten Anlagen und sonstigen Mitteln, derer sich der Antragsteller zur Meinungskundgabe bedienen will, führt das Gericht aus (S. 10 - 11):

„b) Auch weitere vom Antragsteller gewählte Formen der Meinungskundgabe dürften dem Schutz des Art. 8 GG unterfallen. [...] Die vom Versammlungsrecht geschützten Veranstaltungen sind nicht auf Zusammenkünfte traditioneller Art beschränkt, sondern umfassen vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens [...]. Damit ist u.a. auch das Verwenden von nicht die (verbale) Kundgabe im engen Sinne betreffenden Elementen vom Schutzbereich umfasst. Danach sind unzweifelhaft die große Transparentwand sowie in den einzelnen Abschnitten des Camps geplante Transparente,

¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81 [ua.], juris Rn. 63.

² Vgl. BVerfG NJW 2001, 245.

³ Vgl. BVerwGE 129, 42.

Fahnen, Stellschilder und Plakate als Beitrag zur kollektiven Meinungskundgabe anzusehen. Gleiches gilt für diejenigen Elemente, die in engem funktionalen Zusammenhang mit den an die Teilnehmerinnen und Teilnehmer und die Öffentlichkeit gerichteten Kundgebungen stehen bzw. die Verlautbarung der Meinungskundgabe erst ermöglichen. Dazu zählt die nach der Skizze im südöstlichen Teil der Festwiese geplante große Bühne, die auf einem Lkw errichtet werden soll und vor/auf der - unterstützt mit einer Lautsprecheranlage - Kundgebungen für mehrere Hundert Menschen stattfinden sollen.“

(2) Infrastruktur als Teil der Meinungskundgabe (konkreter Fall)

Den Schwerpunkt der Entscheidung indes bildet die Frage, ob auch die geplante Infrastruktur (ua. für Zelte, die das Übernachten von bis zu 10.000 Personen ermöglichen sollen) als auf Meinungskundgabe gerichtet sind.

Dazu sehr ausführlich das OVG (S. 11 - 16):

„c) Die weitere vom Antragsteller für das angemeldete Protestcamp geplante Infrastruktur wie Zelte, die zum Übernachten dienen sollen, und von Flächen für das Errichten eigener Zelte für bis zu 10.000 Personen sowie jedenfalls die Essensausgaben/Küchen für diese Personenzahl sind vom Schutzbereich des Art. 8 GG indes nicht mehr erfasst.

Allerdings kann auch die Errichtung von Anlagen wie das Aufstellen von Zelten, Pavillons, Sitzelementen, Ver- und Entsorgungseinrichtungen und das Schlafen am Versammlungsort von dem Schutzbereich des Art. 8 GG erfasst sein [...]. Jedoch ist das Aufstellen von Zelten, Pavillons und anderen Versorgungseinrichtungen bei Durchführung einer Versammlung nicht gleichsam automatisch als ‚notwendiger Bestandteil‘ der Versammlung und der dabei beabsichtigten kollektiven Meinungsbildung und Meinungsäußerung mit umfasst. Eine derartige Anlage stellt nur dann einen geschützten Teil der Versammlung dar, d.h. sie unterfällt lediglich dann dem besonderen Schutz des Art. 8 GG, sofern ihr eine funktionale oder symbolische Bedeutung für das Versammlungsthema zukommt und diese Art Kundgebungsmittel damit einen erkennbaren inhaltlichen Bezug zur kollektiven Meinungskundgabe aufweist. Dieser besondere Schutz des Art. 8 GG greift unter Hinnahme der straßen- und wegerechtlichen sowie ordnungsrechtlichen Beeinträchtigungen vor allem dann, wenn es sich dabei um inhaltsbezogene Bestandteile der Versammlung handelt, ohne die die geplante gemeinsame Meinungsbildung und Meinungsäußerung nicht möglich ist [...]. Denn der Versammlungsbegriff bzw. dessen Schutzbereich ist nicht weiter auszudehnen, als dies zur Schutzgewährung nach Art. 8 GG erforderlich ist [...]. Eine inhaltliche Bedeutung insbesondere von (Schlaf-) Zelten oder anderen Ruhemöglichkeiten für eine Versammlung kann dann gegeben sein, wenn mit ihnen ein inhaltsbezogener Beitrag für die Kundgebung geleistet wird (z.B. Zelt, in dem auf Umstände in Gemeinschaftsunterkünften oder auf die Situation von Asylsuchenden hingewiesen wird). Gleiches kann unter Umständen gelten, soweit der Zweck der Versammlung ein Hungerstreik im Zusammenhang mit einer Meinungsäußerung ist [...]. Gerade bei solchen Versammlungen ‚rund um die Uhr‘ oder bei länger andauernden Mahnwachen können Gelegenheiten für Ruhepausen oder das nächtliche Schlafen einzelner Demonstrationsteilnehmer erforderlich und durch Art. 8 GG geschützt sein, um eine effektive

Kundgabe des Anliegens der Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer zu gewährleisten [...]. So liegt es auf der Hand, dass bei einer Dauermahnwache rund um die Uhr nicht alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer dauerhaft wachen können und einige zwischendurch schlafen oder ruhen müssen. Maßgeblich ist daher, ob es sich bei den ergänzenden Elementen um inhaltsbezogene Bestandteile der Veranstaltung handelt, ohne die die geplante gemeinsame Meinungsbildung und Meinungsäußerung nicht möglich ist [...]. Das (dauerhafte) Campieren auf öffentlichen Flächen ohne diesen inhaltlichen Bezug zur Versammlung als ‚Ersatz-Obdach‘ ist wegen der damit verbundenen Beeinträchtigung öffentlicher Belange nicht mehr von dem Schutzbereich des Art. 8 GG erfasst [...]. Auch die bloße Tatsache, dass Teilnehmerinnen und Teilnehmer am Ort der Versammlung aus anderen Gründen als der Meinungsäußerung auch schlafen wollen oder müssen, ist nicht ausreichend. Denn der Wunsch von Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmern, an der Versammlung möglichst bequem und lange teilnehmen zu können, ist vom Schutzbereich des Art. 8 GG nicht umfasst [...].

Danach hat der Antragsteller hier nicht glaubhaft gemacht, dass das Übernachten auf dem Gelände und die dafür erforderliche Infrastruktur, u.a. das Aufstellen von bis zu ca. 3.000 Zelten, ein funktioneller oder symbolischer Teil der Meinungskundgabe ist. Zwar macht er geltend, das Protestcamp sei als ‚Dauerkundgebung‘ geplant und die Infrastruktur, die das Übernachten und Verpflegen der teilweise von weither anreisenden Teilnehmerinnen und Teilnehmer ermögliche, sei notwendig und Teil des Gesamtkonzepts. [...]

Nach seiner eigenen Beschreibung des Camps geht der Antragsteller davon aus, dass das Camp auch von denjenigen genutzt werden soll bzw. wird, die (ggf. nur) andere Demonstrationen bzw. Aufzüge besuchen wollen. Danach ist auch aus Sicht des Antragstellers anzunehmen, dass das Camp mit seiner Infrastruktur von Bewohnern auch als bloßer Ausgangspunkt für andere Aktivitäten genutzt wird. Dafür spricht auch, dass die Veranstaltungs- und Kundgabeorte (Veranstaltungszelte/Bühne) weit weniger als 10.000 Personen fassen (s.u.). Insoweit ist (auch) die bloße Schaffung einer Infrastruktur für außerhalb des Camps stattfindende Proteste Zweck des Protestcamps. Dies unterfällt dem Schutzbereich des Art. 8 GG nicht [...]. Soweit der Antragsteller den geplanten Charakter des Camps als antikapitalistisches Protestcamp auch als ‚Leben ohne Tauschlogik, spendenbasiert statt feste Preise, offen für alle und gemeinschaftlich‘ bezeichnet und damit möglicherweise auch die durch das Camp gewährleistete kostengünstige Unterkunft und Verpflegung gegen Mithilfe gemeint sein könnte, dürfte diesem Ziel für sich genommen kein Kundgabecharakter zukommen. Ausreichend für eine Versammlung ist nicht das bloße Vorleben einer bestimmten Lebensweise bzw. einer ökonomischen oder ökologischen Einstellung. Denn es reicht für die Eröffnung des Schutzbereichs des Grundrechts nicht aus, dass die Teilnehmerinnen und Teilnehmer bei ihrer gemeinschaftlichen kommunikativen Entfaltung durch einen beliebigen Zweck verbunden sind. Vielmehr muss der Versammlungsbegriff eng gefasst und die Zusammenkunft gerade auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet sein [...].“

(3) Relevanz des Programms der Protestveranstaltung

Zuletzt geht das Gericht noch auf das Programm der Protestveranstaltung ein.

Dazu auf S. 16:

„d) Dem Schutzbereich des Art. 8 GG unterfallen auch nicht Teile des Programms, die keinen Bezug zur Meinungskundgabe enthalten. Soweit im für die einzelnen Veranstaltungstage vorgelegten Programm Filme vorgesehen sind, die gegebenenfalls als Form der Meinungskundgabe angesehen werden könnten [...], lässt sich dem Eintrag ‚free/Film‘ ein mögliches in Bezug zum Motto der Veranstaltung stehendes Thema nicht entnehmen. Auch den Workshops im Workshop-Zelt 2 am Vormittag mit den Themen ‚Wie moderiere ich ein Plenum?‘ oder ‚First Aid‘ fehlt der Bezug zum Veranstaltungsthema. Soweit für den Abend auf der Bühne Konzerte (Hip Hop, ‚Could be me?‘, ‚Weingeist‘, ‚open stage‘, ‚special guest‘ u.a.) vorgesehen sind, weisen diese ebenfalls keinen Bezug zum Versammlungsthema und den dort diskutierten Themen auf. [...]“

(4) Gesamtwürdigung der Umstände

Nach diesen (notwendigen) einzelfallbezogenen Feststellungen lässt sich nunmehr – wie zuvor aufgezeigt – eine Gesamtwürdigung des Veranstaltungscharakters vornehmen, wobei maßgeblich darauf abzustellen ist, ob die Aspekte der öffentlichen Meinungsbildung iSv. Art. 8 Abs. 1 GG hinreichend gewichtig sind, um dem Veranstaltungsbild sein wesentliches Gepräge zu verleihen.

Hierbei kommt das Gericht zu folgenden Schlüssen (S. 16 - 20):

„Die Gesamtschau der eindeutig dem Schutz des Versammlungsrechts aus Art. 8 GG unterfallenden Teile der Veranstaltung und der sonstigen Modalitäten des geplanten Protestcamps ergibt, dass ein deutliches Übergewicht der nicht auf die Meinungskundgabe gerichteten Elemente der Veranstaltung besteht. [...] Eine Veranstaltung wird nicht allein dadurch zu einer Versammlung im Sinne von Art. 8 GG, dass bei ihrer Gelegenheit auch Meinungskundgaben erfolgen.“

Nach diesem Maßstab ist das geplante Protestcamp seinem Gesamtgepräge nach keine dem Schutzzweck des Art. 8 GG unterfallende Versammlung. Diejenigen Teile der geplanten Veranstaltung, die nicht auf die Kundgabe gerichtet sind, überwiegen aus der Sicht eines Betrachters.

Dies ergibt sich aus Folgendem:

aa) Die geplante Veranstaltung wird dadurch bestimmt, dass entsprechend deren Ziel, aus antikapitalistischer Sicht einen Gegenentwurf zu den durch den G 20-Gipfel repräsentierten Gesellschaftsmodellen zu diskutieren und zu leben, zahlreiche Veranstaltungen, die sich an den durch den G20-Gipfel bestimmten Themen orientieren, auf der im südöstlichen Teil der Festweide gelegenen Bühne, dem ca. 900 Personen stehend fassenden Zirkuszelt sowie den beiden im Programm benannten Workshop-Zelten präsentiert und diskutiert werden sollen. Soweit in dem Programm verschiedene Formate der Diskussion und der Meinungskundgabe vorgesehen sind, ist diesen und den dazu erforderlichen Aufbauten – wie ausgeführt – unzweifelhaft Versammlungscharakter beizumessen.

bb) [...] Wie bereits oben ausgeführt, weisen die Versorgungseinrichtungen wie zwei Küchen für jeweils 5.000 Personen, die vorgesehenen (Schlaf-) Zelte und das Zurverfügungstellen von Infrastruktur für den Aufbau von Zelten, Duschen usw., um bis zu 10.000 Teilnehmerinnen und Teilnehmern das Übernachten auf dem Gelände zu ermöglichen, keinen Bezug zu den auf die Meinungskundgabe gerichteten Veranstaltungsinhalten auf.

cc) Stellt man für die Bewertung der jeweiligen Anteile der Veranstaltung auf den Blick eines Betrachters ab, der sich zum Zeitpunkt der Veranstaltung am Ort befindet, überwiegen diejenigen Teile der Veranstaltung, die nicht auf die Meinungskundgabe gerichtet sind, gegenüber den unter die Versammlung fallenden Programmelementen und prägen die Veranstaltung. Dies folgt zunächst in zeitlicher Hinsicht daraus, dass das oben dargestellte, auf die Meinungskundgabe ausgerichtete Programm, das auf der Bühne, im Zirkuszelt und in den beiden Workshop-Zelten präsentiert werden soll, nicht während des gesamten Tages Veranstaltungen, die auf die Meinungskundgabe im Zusammenhang mit dem vom Antragsteller angemeldeten Thema der Veranstaltung ausgerichtet sind, vorsieht.“

(5) Zwischenergebnis

Bei einer Gesamtschau aller Umstände überwiegen – nach Feststellung des OVG Hamburg – die nicht auf die Meinungsbildung zielenden Modalitäten der Veranstaltung. Dies hat zur Konsequenz, dass es sich bei der Veranstaltung nicht um eine „öffentliche Versammlung“ iSv. § 1 Abs. 1 VersG handelt, der Anwendungsbereich des VersG also nicht eröffnet ist. Damit scheidet – der auf versammlungsspezifische Gefahren zugeschnittene – § 15 Abs. 1 VersG als Rechtsgrundlage aus.

b) Zwischenergebnis

Ist aber der Anwendungsbereich des „polizeifesten“ VersG nicht eröffnet, ist Rechtsgrundlage für die Untersagungsverfügung die Generalklausel in § 3 Abs. 1 HmbSOG, wonach die Verwaltungsbehörden im Rahmen ihres Geschäftsbereichs die im Einzelfall zum Schutz der Allgemeinheit erforderlichen Maßnahmen treffen, um bevorstehende Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde iSv. § 3 Abs. 1 HmbSOG ist gewahrt; die nach § 28 Abs. 1 HmbVwVfG erforderliche Anhörung wurde durchgeführt. Da auch von einer ordnungsgemäßen Begründung iSv. § 39 Abs. 1 S. 1 HmbVwVfG auszugehen ist, sind somit die formellen Voraussetzungen für eine Maßnahme zur Gefahrenabwehr erfüllt. Die in materieller Hinsicht erforderliche Gefahr für die öffentliche Ordnung folgt aus einem drohenden Verstoß gegen die geschriebene Rechtsordnung. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 8 der Hamburgischen Verordnung zum Schutz der öffentlichen Grün- und Erholungsanlagen das Zelten auf der angedachten Fläche verboten ist. Schließlich ist der Antragsteller, der die Gefahr iSv. § 8 Abs. 1 HmbSOG verursacht hat, als Handlungsstörer ordnungspflichtig, so dass die Voraussetzungen für die Untersagung nach Maßgabe von § 3 Abs. 1 HmbSOG erfüllt sind. Das als Rechtsfolge in § 3 Abs. 1 HmbSOG vorgesehene Ermessen, das vom Verwaltungsgericht gemäß § 114 S. 1 VwGO lediglich auf Ermessensfehler überprüft wird, hat die Behörde schon deshalb ordnungsgemäß ausgeübt, weil die Untersagungsverfügung zur Durchsetzung des grünanlagenrechtlichen Verbots das einzig denkbare Mittel darstellt.

Damit erweist sich die Untersagungsverfügung am Maßstab des § 3 Abs. 1 HmbSOG als rechtmäßig.

2. Zwischenergebnis

A hat, weil sich die Untersagungsverfügung als rechtmäßig und die geplante Veranstaltung als rechtswidrig erweist, bereits keinen Duldungsanspruch glaubhaft gemacht.

III. Ergebnis

Das angerufene Verwaltungsgericht ist zwar zur Sachentscheidung berufen, aber der Antrag unbegründet und damit ohne Erfolg.

C) Abschließende Hinweise zur Entscheidung

Bei den aufbereiteten Entscheidungen handelt es sich um anlässlich des G20-Gipfels in Hamburg ergangene Beschlüsse, die bereits im Vorfeld des Gipfels nicht nur in Hamburg für Aufsehen gesorgt haben. Die mediale Präsenz, die politische Reichweite dieser Entscheidungen sowie die enorme Examensrelevanz von versammlungsrechtlichen Fragestellungen sollten Anlass dafür sein, diese Entscheidung gründlich nachzuvollziehen.

Nach der ablehnenden Entscheidung seitens des OVG Hamburg zog der Antragsteller weiter vor das BVerfG.⁴ Anhand der Erwägungen des BVerfG in der erstgenannten Entscheidung wird zugleich deutlich, dass die im Versammlungsrecht notwendige „Gesamtschau“ keine leichte Sache ist. Die Folgenabwägung des BVerfG fällt somit, da das Gericht anordnet, die Versammlungsbehörde habe das vom Antragsteller geplante Protestcamp vorsorglich den Regeln des Versammlungsrechts zu unterstellen, teilweise zugunsten des Antragstellers aus. Darüber hinaus haben die Erwägungen des OVG Hamburg auch in einer weiteren versammlungsrechtlichen Beschluss-sache⁵ Berücksichtigung gefunden. Auch diese Entscheidungen seien den Lesern hiermit zur Lektüre empfohlen.

Einer Erwähnung bedarf schließlich der Umstand, dass der Aufbau der Begründetheit der Regulationsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO vom Normalfall abweicht. In der Regel gilt es in der Begründetheit im ersten Schritt der Frage nachzugehen, ob der Antragsteller einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht hat, der auf die Erweiterung von bestehenden Rechtspositionen gerichtet ist. Auf eben diese Fälle ist der Anwendungsbereich der Regulationsanordnung indes nicht beschränkt. Vielmehr ist eine Regulationsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO – außerhalb des nicht einschlägigen Anwendungsbereichs der §§ 80, 80a VwGO – zu jedweder Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein Streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Wie das VG Hamburg sodann unter Verweis auf andere obergerichtliche Entscheidungen⁶ klarstellt, streiten die Parteien über ein konkretes Rechtsverhältnis im Sinne des § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO, wenn von ihnen eine derartige Duldungsverpflichtung der gerichtlichen Klärung zugeführt werden soll. In

diesem Fall nähert sich die Regulationsanordnung daher einer negativen Feststellungsklage in der Hauptsache an, mit der gemäß § 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses überprüft werden kann. Streitgegenstand ist letztlich die Befugnis der Antragsgegnerin, die in Rede stehende Veranstaltung auf Grundlage von § 15 Abs. 1 VersG oder § 3 Abs. 1 SOG zu verbieten, nicht jedoch – wie iRd. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO häufig der Fall – ein Begünstigungsanspruch. Auf diese Weise erklärt sich der womöglich auf den ersten Blick etwas überraschende Aufbau der Begründetheit.

Ass. iur. **Finn Mengler**

Repetitor für Strafrecht und Strafprozessrecht
KissAkademie

Dipl.-Jur. **Lorenz Bode, LL.M.**

Wissenschaftlicher Mitarbeiter
Lehrstuhl für Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug
(Prof. Dr. Dr. h.c. Jörg-Martin Jehle)

► Inhaltsverzeichnis

⁴ BVerfG, Beschl. v. 28.06.2017 – 1 BvR 1387/17 und BVerfG, Beschl. v. 30.06.2017 – 1 BvR 1387/17.

⁵ VG Hamburg, Beschl. v. 04.07.2017 – 75 G 9/17 – Dauermahnwache "Sleep in – Schlafen gegen Schlafverbote".

⁶ BVerwG, Urt. v. 11.11.1993 – 3 C 45/91, juris Rn. 23; VGH München, Urt. v. 30.8.2000 – 22 B 00.1833, juris Rn. 32.

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
 Alexander Bechtel
 Prof. Dr. Sarah Bunk
 Pius Dolzer
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
 RA Steffen Follner
 RAin Dr. Karin Hummel, M. A.
 Sebastian Karl
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
 Maik Kniebel
 Dipl.-Pol. Philipp Louis
 Prof. Dr. Christian F. Majer
(Schriftleiter)
 Prof. Dr. Torsten Noak
 Quetzal Rojano-Adam
 Gabriel Schmidt
(Stellvertretender Schriftleiter)
 Dipl. Jur. Sascha Sebastian, M.mel.
(Stellvertretender Schriftleiter)
 Philipp Trautmann
 Betül Turgan
 Carolin Werz
 Julia Zaiser

Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.
 c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
 Doblerstrasse 15
 D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:
 Prof. Dr. Christian F. Majer
(Vorsitzender)
 Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.mel.
(Stellv. Vorsitzender)
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
(Schatzmeister)
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
(Ressortleiter Strafrecht)
 Prof. Dr. Arne Pautsch
(Ressortleiter Öffentliches Recht)

7. Jahrgang (2017)

ISSN 2195-044X

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
 StA Dr. Ralf Dietrich
 Prof. Dr. Jörg Eisele
 RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
 Prof. Dr. Volker Haas
 RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
 RD Jochen Heinz
 Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
 RA Prof. Rainer Kirchdörfer
 Prof. Dr. Alexander Proelß
 Prof. Dr. Joachim Renzikowski
 Prof. Dr. Gottfried Schiemann
 Prof. Dr. Jan Schürnbrand
 Prof. Dr. Dominik Skauradszun
 RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
 RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
 Prof. Dr. Christian Traulsen
 RA Dr. Werner Walk
 RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
 RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
 MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>
 E-Mail: ▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:
 ▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Menold Bezler | ▶ Thümmel, Schütze & Partner

Beiträge in früheren Ausgaben

3/2017 <i>Sascha Sebastian</i>	Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem
3/2017 <i>Benjamin Bungarten</i>	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers
2/2017 <i>Susanne Bertow</i>	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?
2/2017 <i>Markus Meißner/Philipp Fitzek</i>	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)
1/2017 <i>Tim P. Holler/Christoph J. Bender</i>	Der Ehebegriff als Methodenproblem
1/2017 <i>Torsten Noak</i>	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt
4/2016 <i>Philipp Tolga Mavituna</i>	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen
4/2016 <i>Markus Meißner</i>	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen
3/2016 <i>Sarah Bunk</i>	Ist Ämterpatronage strafbar?
2/2016 <i>Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst</i>	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?
1/2016 <i>Torsten Noak</i>	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben
4/2015 <i>Sascha Brüggemann</i>	Anonymität im Internet
3/2015 <i>Patrick Christian Otto</i>	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
3/2015 <i>Christian F. Majer</i>	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
2/2015 <i>Simon Pschorr</i>	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
2/2015 <i>Arne Pautsch</i>	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
1/2015 <i>Christian Picker</i>	Das neue Mindestlohngesetz
4/2014 <i>Caprice Nina Doerbeck</i>	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
4/2014 <i>Sascha Brüggemann</i>	Datenkrake NSA
3/2014 <i>Alexander Bechtel</i>	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
2/2014 <i>Christian F. Majer</i>	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
2/2014 <i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?
1/2014 <i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
4/2013 <i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat

4/2013 <i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
3/2013 <i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
2/2013 <i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
1/2013 <i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
1/2013 <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwälte
4/2012 <i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
3/2012 <i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
2/2012 <i>Paul Popescu</i>	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
1/2012 <i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen
1/2012 <i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
1/2011 <i>Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer</i>	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
1/2011 <i>Werner Walk/Nils Wiese</i>	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter

► www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an redaktion@zeitschrift-jse.de. Unter ► <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen