

## AUFSÄTZE

KATHARINA KNOCHE

**Mietrechtliche Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft**

JONAS TAFEL

**Von der Parlamentsarmee zur europäischen Armee?**

KARSTEN GIES

**Das Jugendgerichtsgesetz von 1923**

LUISE GOGOLOK UND JAKOB SCHÜNEMANN

**Mietvertragsanfechtung wegen politischer Gesinnung?**

## FALLBEARBEITUNGEN

HANNES KAMIN

**Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser**

SEMRA SAGIR

**Nichts für schwache Nerven**

CHRISTIAN MAGAARD

**Katzenkönig reloaded**

## STUDIUM UND DIDAKTIK

FLORIAN KORBMACHER UND CHRISTIAN MAGAARD

**Ein Auslandsjahr in Nottingham oder  
Der Studienfortschritt eines Erasmus-Aufenthalts**

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHTEN

CHARLOTTE HILDEBRAND UND JULIAN JANSEN

**Rechtsprechungsübersicht im Zivilrecht**

JAKOB SCHÜNEMANN

**Rechtsprechungsübersicht im Öffentlichen Recht**

FIONA GAWLIK UND FELIX HOHENHÖVEL

**Rechtsprechungsübersicht im Strafrecht**



**GRZ** | Göttinger  
Rechtszeitschrift

## Herausgeber



Göttinger  
Rechtszeitschrift e. V.

% Fachschaftsrat Jura  
Georg-August-Universität Göttingen  
Goßlerstraße 16 A  
37073 Göttingen

Registergericht: Amtsgericht Göttingen  
Registernummer: VR 201862

Vorstandsvorsitzender: Felix Hohenhövel  
Schriftführer: Jakob Schünemann  
Schatzmeister: Christian Magaard

Mail: kontakt@g-rz.de  
Web: www.goettinger-rechtszeitschrift.de

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.  
Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Herausgebers unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Ausgabe 1/2018, 1. Jahrgang, 2. Auflage, Oktober 2019  
Die 1. Auflage wurde im Dezember 2018 veröffentlicht.

© 2018 Göttinger Rechtszeitschrift e. V.

**Gestaltung und Satz** Alexander Sparenberg  
**Druck** Online-Druck GmbH & Co. KG, Krumbach  
**Schrift** Equity und Concourse von Matthew Butterick  
**Papier** 120 g/m<sup>2</sup> Amber Graphic, FSC®-zertifiziert

ISSN 2627-3721

## MITWIRKENDE

### Redaktionsleitung

Julian Jansen, Zivilrecht  
Semra Sagir, Öffentliches Recht  
Caroline Bachir, Strafrecht  
Christian Magaard, Studium und Didaktik

### Ressort Zivilrecht

David Barner, Luise Gogolok, Bettina Grabe, Laura Hasse, Charlotte Hildebrand, Till Jagel, Katharina Knoche, Linn Seidensticker, Simon Marchlewski

### Ressort Öffentliches Recht

Vera Bahlmann, Katja Berger, Sarah Theresa Jaekel, Florian Korbmacher, Henrike Otten, Jakob Schünemann, Kerstin Waldeck

### Ressort Strafrecht

Fiona Gawlik, Leonard Hoffmann, Felix Hohenhövel, Jannis Strotmann, Cian Quantz, Denise Wenzl

### Ressort Studium und Didaktik

Leonard Hoffmann, Lotta Schestak

### Publikationsdirektor

Alexander Sparenberg

### Direktor für Öffentlichkeitsarbeit

Maximilian C. Meister

### Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Martin Ahrens  
Dr. Alexander Heinze, LL. M. (TCD)  
Dr. Roman Lehner  
Prof. Dr. Thomas Mann  
Prof. Dr. Joachim Münch  
Prof. Dr. Marcus Schladebach, LL. M.  
Prof. Dr. Meik Thöne, M. Jur. (Oxford)

## INFORMATIONEN

### Erscheinungsweise

Die Göttinger Rechtszeitschrift erscheint halbjährlich.

### Autor werden

Für kommende Ausgaben suchen wir stets Autoren, die Interesse an der Veröffentlichung von wissenschaftlichen Beiträgen sowie Klausuren, Seminararbeiten, Studienarbeiten oder Erfahrungsberichten haben. Für weitere Informationen wenden Sie sich bitte an [redaktion@g-rz.de](mailto:redaktion@g-rz.de).

## VORWORT

Liebe Leserinnen,  
liebe Leser,

nach zahlreichen Monaten der Vereinsgründung, der Festlegung von Zielen und Anforderungen an die Zeitschrift, aber auch dem Sammeln und Zusammentragen von persönlichen Erwartungen der Mitglieder, konnte schlussendlich der Fokus auf die Herausgabe der ersten Ausgabe gelegt werden. Das Ergebnis dieses durchaus langen Prozesses halten Sie – liebe Leserinnen und Leser – nun in der Hand.

Im Mittelpunkt der Erstausgabe steht freilich die Diversität. Denn das Konzept „von Studierenden für Studierende“ zeigt sich besonders in der Themenauswahl. Es ist unerheblich ob Anfangssemester, Fortgeschrittener oder Examenskandidat, für jeden findet sich entsprechend Lesenswertes.

Im Rahmen der Aufsätze bespricht zum einen Jonas Tafel die interessante und sehr aktuelle Frage der möglichen Integration der Bundeswehr in eine europäische Verteidigungsstruktur. Zum anderen diskutiert Katharina Knoche den zivilrechtlichen „Dauerbrenner“ mietrechtlicher Fragen bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Karsten Gies erörtert in seinem rechtshistorischen Beitrag das Jugendgerichtsgesetz von 1923 als Revolution des deutschen Strafrechts. Auch findet sich eine Anmerkung zum Urteil des AG Göttingen bezüglich der Mietanfechtung wegen politischer Gesinnung, welches besonders im Vordergrund der medialen Berichterstattung stand sowie ein Erfahrungsbericht eines Auslandssemesters an der englischen Universität Nottingham.

Die besprochenen Falllösungen bieten Studierenden die Möglichkeit, gutachterliche Methodik und wissenschaftliches Handwerk zu erlernen.

Auch der aktuellen Rechtsprechung ist Rechnung getragen worden. In der Rubrik „Rechtsprechungsübersicht“ finden sich durch die Redaktion ausgewählte, interessante und prüfungsrelevante Urteile der obersten Gerichte.

Wir möchten an dieser Stelle noch die Gelegenheit nutzen, um uns bei der Juristischen Fakultät Göttingen sowie allen Personen, die das Erscheinen dieser Ausgabe ermöglicht haben, zu bedanken. Ganz besonders danken wir den Mitgliedern unseres wissenschaftlichen Beirats. Durch ihre Gutachten, ihren Rat und ihre Empfehlungen konnten wir unserer Zeitschrift einen hohen wissenschaftlichen Anspruch zu Grunde legen.

Nach einem langen Anlauf freuen wir uns nun sehr auf die erste Ausgabe der GRZ. Denn was lange währt, wird endlich gut.

*Göttinger Rechtszeitschrift e. V.*

## VORSTELLUNG

Unsere erste Ausgabe wollen wir nutzen, um uns – den Göttinger Rechtszeitschrift e. V. – vorzustellen.

Die Herausgabe einer studentischen Rechtszeitschrift bedarf einer gut organisierten Struktur und eines engagierten Teams, um die Anforderungen an eine wissenschaftliche Fachzeitschrift zu erfüllen.

Um dies zu ermöglichen, gründete im Oktober 2016 eine Gruppe von Studierenden und wissenschaftlichen MitarbeiterInnen den Verein Göttinger Rechtszeitschrift e. V.

Unter dem Dreiklang „Vernetzen – Verfassen – Veröffentlichen“ sollte er Studierenden und Promovierenden ermöglichen, rechtswissenschaftliche Beiträge zu publizieren, um damit auch das Interesse an wissenschaftlicher Arbeit zu steigern.

Der Verein übernimmt dabei vor allem die Aufgaben der Organisation, Redaktion und des Publizierens. Das eigentliche Verfassen der wissenschaftlichen Beiträge steht hingegen ausdrücklich jedem offen. So hat jeder Studierende bzw. Promovierende die Möglichkeit, einen Beitrag in der GRZ zu veröffentlichen, unabhängig von einer Mitgliedschaft in dem Göttinger Rechtszeitschrift e. V.

Der Aufgabenbereich der Organisation umfasst dabei vor allem die Öffentlichkeitsarbeit und interne Aufgabenzuweisung. Sie soll sicherstellen, dass sich der Göttinger Rechtszeitschrift e. V. und die GRZ langfristig etablieren.

In der Redaktion liegt der Schwerpunkt der Vereinsarbeit. Dieser Bereich umfasst neben der Autorenbetreuung auch die Auswahl der zu veröffentlichen Beiträge, deren Überarbeitung gemeinsam mit dem Autor sowie der Kontakt mit dem wissenschaftlichen Beirat. Dieser gewährleistet die Qualität der Beiträge, die ihm von der Redaktion nach ersten Überarbeitungen zur Begutachtung vorgelegt werden.

Schlussendlich übernehmen die Vereinsmitglieder die eigentliche Publikation, indem sie sich um die Gestaltung, den Satz und den Vertrieb der Zeitschrift kümmern. Lediglich der Druck erfolgt extern.

Wir, der Göttinger Rechtszeitschrift e. V., sind im Angesicht der langen Anlaufphase sehr glücklich darüber, endlich die erste Ausgabe der GRZ herausgeben zu können. Damit uns dies auch in Zukunft gelingt, freuen wir uns über alle, die Lust haben, bei uns oder mit uns zu arbeiten!



## AUFSÄTZE

KATHARINA KNOCHE	
<b>Mietrechtliche Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft</b>	6
JONAS TAFEL	
<b>Von der Parlamentsarmee zur europäischen Armee?</b>	
Verfassungsrechtliche Perspektiven einer Integration der Bundeswehr	12
KARSTEN GIES	
<b>Das Jugendgerichtsgesetz von 1923</b>	17
LUISE GOGOLOK UND JAKOB SCHÜNEMANN	
<b>Mietvertragsanfechtung wegen politischer Gesinnung?</b>	
Anmerkung zum Urteil des Amtsgerichts Göttingen vom 24.10.2017 (AZ: 18 C 41/17)	22

## FALLBEARBEITUNGEN

HANNES KAMIN	
<b>Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser</b>	
Fallbearbeitung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene	29
SEMRA SAGIR	
<b>Nichts für schwache Nerven</b>	
Fallbearbeitung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene	34
CHRISTIAN MAGAARD	
<b>Katzenkönig reloaded</b>	
Fallbearbeitung im Strafrecht für Fortgeschrittene	41

## STUDIUM UND DIDAKTIK

FLORIAN KORBMACHER UND CHRISTIAN MAGAARD	
<b>Ein Auslandsjahr in Nottingham oder Der Studienfortschritt eines Erasmus-Aufenthalts</b>	48

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHTEN

CHARLOTTE HILDEBRAND UND JULIAN JANSEN	
<b>Rechtsprechungsübersicht im Zivilrecht</b>	51
JAKOB SCHÜNEMANN	
<b>Rechtsprechungsübersicht im Öffentlichen Recht</b>	53
FIONA GAWLIK UND FELIX HOHENHÖVEL	
<b>Rechtsprechungsübersicht im Strafrecht</b>	55

KATHARINA KNOCHE\*

# Mietrechtliche Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Paarbeziehungen und Mietverhältnisse weisen auf emotionaler Ebene parallele Strukturen auf: Beide werden häufig mit großer Euphorie begonnen und enden mit heftigen Auseinandersetzungen bei der Abwicklung.<sup>1</sup> Das nichteheliche Zusammenleben wirft auch rechtliche Fragen auf, die sich an der Schnittstelle zwischen Familien- und Mietrecht befinden. Einige dieser Fragen sollen im folgenden Beitrag beleuchtet werden.

## A. Einleitung

Das Mietrecht soll die Interessen mehrerer Mieter im Innenverhältnis sowie ihr Verhältnis zum Vermieter und zu Dritten im Außenverhältnis unter Berücksichtigung von Mieterschutzgesichtspunkten zum Ausgleich bringen. Sind die Mieter nichteheliche Lebensgefährten, ist die nichteheliche Lebensgemeinschaft als weitere Komponente in das Interessengeflecht einzubinden ist. Für die Betrachtung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Mietrecht bedarf es zur thematischen Fokussierung zunächst einer begrifflichen Eingrenzung (B.). In Bezug zum Mietrecht stellen sich insbesondere Fragen bei Begründung des Mietverhältnisses (C.), bei der nachträglichen Aufnahme eines Partners in die Mietwohnung (D.), bei Beendigung des Mietverhältnisses (C.) sowie bei Trennung der Partner (E.).

## B. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft

Der Begriff der nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird in Literatur und Rechtsprechung uneinheitlich verwendet. Eine gesetzliche Definition existiert bisher nicht. Im folgenden Beitrag wird sie als eine Lebensgemeinschaft zwischen zwei Personen unbeachtlich ihres Geschlechts verstanden, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft dieser Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen.<sup>2</sup> Das Führen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist – in Abgrenzung zu formalisierten Lebensgemeinschaften – im Grundsatz rechtlich unverbindlich, jedoch greift der Gedanke „wer nicht heirate, wolle sich auch nicht rechtlich binden“ zu kurz.<sup>3</sup> Zwar ist das Eherecht auf nichteheliche Gemeinschaften nicht, auch nicht analog,

anwendbar.<sup>4</sup> Auch die Verlobnisvorschriften greifen nicht.<sup>5</sup> Allerdings finden allgemeine Vorschriften des Zivilrechts, insb. Bereicherungs-, Delikts- und Sachenrecht sowie Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung.<sup>6</sup> Zur Abwicklung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bei Trennung der Partner kann für den wirtschaftlichen Bereich auch das Gesellschaftsrecht herangezogen werden. Eine umfassende Anwendung der §§ 705 ff. BGB sowohl im persönlichen als auch wirtschaftlichen Bereich scheidet aus verfassungsrechtlichen Gründen aus, da eine derart weitreichende Regelung der Ehe vorbehalten ist.<sup>7</sup> Auch kommen Ausgleichsansprüche wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach §§ 313, 346 ff. BGB in Betracht.<sup>8</sup> Daneben steht es den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft frei, den wirtschaftlichen Bereich des Zusammenlebens durch Verträge zu regeln.<sup>9</sup>

## C. Begründung des Mietverhältnisses

Wollen die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft eine Wohnung gemeinsam beziehen, gelten für die Begründung des Mietverhältnisses die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts.<sup>10</sup>

### I. Abschluss des Mietvertrages mit beiden Partnern

Ob ein Mietvertrag mit einem oder beiden Partnern zustande kommt, richtet sich nach den allgemeinen Regeln des Vertragsschlusses (§§ 145 ff. BGB) und der Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB). Es kommt dabei auf die Vertragsgestaltung im Einzelfall an.<sup>11</sup> Wenn beide Partner im Mietvertrag genannt sind und auch beide den Vertrag unterschreiben, werden beide Vertragspartei.<sup>12</sup> Ist dies nicht erfolgt, ist auszufragen, wer im konkreten Fall Vertragspartner werden sollte. Eine Mitverpflichtung des anderen kommt, anders als dies bei Mietverträgen über die Ehwohnung teilweise angenom-

\* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsvergleichung an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag ist aus einer Seminararbeit aus dem Wintersemester 2015/16 hervorgegangen.

1 Vgl. auch das Vorwort bei Götz/Brudermüller, Die gemeinsame Wohnung, Bielefeld (2008).

2 Angelehnt an die Definition der „eheähnlichen Gemeinschaft“, vgl. BVerfGE 87, 234 (264).

3 Vgl. Grziwotz, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 5. Auflage, München (2014), § 5 Rn. 11.

4 Staudinger/Löhnig, BGB, Neubearbeitung 2018, Anh. §§ 1297 ff. Rn. 39; Soergel/Schumann, BGB, Band 17/2, 13. Auflage (2013), NeHeLG Rn. 113.

5 Es fehlt bereits die Grundvoraussetzung eines gegenseitigen Eheschließungsversprechens, vgl. Staudinger/Löhnig (Fn. 4), Anh. §§ 1297 ff. Rn. 40.

6 Schwab, Familienrecht, 25. Auflage, München (2017), Rn. 1046.

7 Staudinger/Löhnig (Fn. 4), Anh. §§ 1297 ff. Rn. 42; auch eine generelle Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften lediglich im wirtschaftlichen Bereich kommt nicht in Betracht, vgl. BGHZ 77, 55 (56 f.).

8 Vgl. insb. die Rechtsprechungsänderung durch BGHZ 177, 193.

9 Soergel/Schumann (Fn. 4), NeHeLG Rn. 118; Schwab (Fn. 6), Rn. 1047; im persönlichen Bereich ist eine vertragliche Bindung i. d. R. ausgeschlossen (§ 138 I BGB).

10 Götz/Brudermüller (Fn. 1), Rn. 56; Hausmann/Hohloch/Sternel, Handbuch nichteheliche Lebensgemeinschaft, 2. Auflage (2004), Kap. 5 Rn. 16.

11 Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Auflage (2018), § 535 Rn. 7.

12 Kinne, Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Mietverhältnis, FPR 2001, 36; Götz/Brudermüller (Fn. 1), Rn. 65 ff.; MüKoBGB/Wellenhofer, Band 8, 7. Auflage (2017), Nach § 1302 Rn. 40.

men wird,<sup>13</sup> nur bei Vorliegen einer wirksamen Stellvertretung in Betracht.<sup>14</sup> Im Verhältnis zum Vermieter sind die Partner Gesamtgläubiger (§ 432 BGB) und haften diesem ggü. (nur) als Gesamtschuldner (§§ 427, 421 BGB).<sup>15</sup> Das bedeutet auch, dass Gestaltungserklärungen, welche das Mietverhältnis betreffen, nur dann wirksam sind, wenn sie gegenüber beiden Partnern bzw. von beiden Partnern gemeinsam abgegeben werden.<sup>16</sup> Für eigene Vertragsverletzungen haftet jeder Partner grundsätzlich selbst (vgl. § 425 BGB), es sei denn, es ergibt sich aus den Umständen oder im Wege der Vertragsauslegung etwas anderes.<sup>17</sup>

Aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung besteht im Innenverhältnis der Partner zueinander die Verpflichtung zu gleichen Teilen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist (vgl. § 426 I BGB). Die Rechtsnatur des Innenverhältnisses ist nicht eindeutig geklärt. Nach überwiegender Ansicht finden die gesellschaftsrechtlichen Regelungen Anwendung.<sup>18</sup> Grundsätzlich sind die §§ 705 ff. BGB nur bei ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung anwendbar. Schließen aber die Parteien als Gesamtschuldner einen Mietvertrag, so liegt ihre gemeinsame Zweckverfolgung i. S. d. § 705 BGB in der gemeinsamen Nutzung des Mietobjektes. Die vermögensrechtliche Seite steht dabei im Vordergrund. Dies rechtfertigt es, in Bezug auf die gemeinsame Anmietung einer Wohnung eine konkludente Einbeziehung gesellschaftsrechtlicher Regelungen anzunehmen.<sup>19</sup>

## II. Abschluss des Mietvertrages mit nur einem Partner

Wird der Mietvertrag mit nur einem Partner geschlossen, ist nur der Vertragspartner aus diesem berechtigt und verpflichtet.<sup>20</sup> Dem Vermieter steht es frei, einen Vertragsschluss mit nichtverheirateten Personen zu verweigern.<sup>21</sup> Bei entsprechender Nachfrage des Vermieters bei Vertragsschluss besteht für den Mieter eine Pflicht zur Aufklärung über die

beabsichtigte Aufnahme des Partners in die Wohnung, wenn diese Absicht bereits bei Vertragsschluss besteht.<sup>22</sup> Die unterlassene Aufklärung kann in Einzelfällen zu einem Anfechtungsrecht des Vermieters wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung führen.<sup>23</sup> Außerdem kann der Wunsch nach Aufnahme des Partners als unberechtigt im Sinne des § 553 I BGB angesehen werden.<sup>24</sup>

## D. Aufnahme eines Partners in die Mietwohnung

Ist nur ein Lebensgefährte Vertragspartei, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Einordnung einer nachträglichen Aufnahme des Partners in die Wohnung.

### I. Gebrauchsüberlassung an Dritte

Die Aufnahme des Partners in die Mietwohnung stellt eine Gebrauchsüberlassung an Dritte im Sinne der §§ 540, 553 BGB dar.<sup>25</sup> Der nichteheliche Lebensgefährte ist nach überwiegender Ansicht als „Dritter“ nach diesen Vorschriften anzusehen, sodass zur Aufnahme des Partners die Erlaubnis des Vermieters einzuholen ist.<sup>26</sup> Allerdings besteht ein klagbarer Anspruch des Mieters gegen den Vermieter auf Erteilung der Erlaubnis (§ 553 I 1 BGB), wenn er ein berechtigtes Interesse an der Aufnahme des Partners hat und die Aufnahme für den Vermieter nicht unzumutbar ist.<sup>27</sup> Der Begriff des „berechtigten Interesses“ ist weit auszulegen<sup>28</sup> und regelmäßig schon dann zu bejahen, wenn ein Mieter seinen Partner zur Begründung oder Fortführung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft aufnehmen will.<sup>29</sup> Eine Versagung der Erlaubnis durch den Vermieter ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 553 I 2 BGB möglich, also bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person des Dritten, bei Überbelegung oder bei Unzumutbarkeit aus sonstigen Gründen.

Auf tatsächlicher Ebene verfügt der aufgenommene Partner in der Regel über eine eigenständige Sachherrschaft an der Wohnung und ist damit Mitbesitzer (§ 866 BGB).<sup>30</sup>

13 OLG Düsseldorf WuM 1989, 362; OLG Oldenburg ZMR 1991, 268; Palandt/Weidenkaff (Fn. 11), § 535 Rn. 7; dagegen: LG Mannheim NJW-RR 1994, 274; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 13. Auflage (2017), § 535 Rn. 293.  
 14 Götz/Brudermüller (Fn. 1), Rn. 65; MüKoBGB/Wellenhofer (Fn. 12), Nach § 1302 Rn. 40.  
 15 Soergel/Schumann (Fn. 4), NehellG Rn. 93; Schwab (Fn. 6), Rn. 1051; MüKoBGB/Wellenhofer (Fn. 12), Nach § 1302 Rn. 40.  
 16 Soergel/Schumann (Fn. 4), NehellG Rn. 93; Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 39 f.  
 17 Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearbeitung 2018, Vor § 535 Rn. 80; Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 40.  
 18 OLG München ZMR 1994, 216, 217; Staudinger/Emmerich (Fn. 17), Vor § 535 Rn. 89; Soergel/Schumann (Fn. 4), NehellG Rn. 95; allgemein zur gesellschaftsrechtlichen Qualifikation von Mietermehrheiten BGHZ 136, 314 (323); kritisch: Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 4 Rn. 118 ff.  
 19 OLG München ZMR 1994, 216, 217; Schrader, Die Beendigung einer Wohngemeinschaft von Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, NZM 2010, 257, 258; Soergel/Schumann (Fn. 4), NehellG Rn. 95; soweit eine Anwendung von Gesellschaftsrecht abgelehnt wird, liegt der Grund hierfür nicht im fehlenden gemeinsamen Zweck, sondern im fehlenden Rechtsbindungswillen, vgl. ausführlich v. Proff, Ende des Ausgleichsverbots bei gescheiterter nichtehelicher Lebensgemeinschaft, NJW 2008, 3266, 3268.  
 20 Soergel/Schumann (Fn. 4), NehellG Rn. 91.  
 21 Grzivotz (Fn. 3), § 14 Rn. 19; Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 25.

22 Staudinger/Löhnig (Fn. 4), Anh. §§ 1297 ff. Rn. 187; Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 21.  
 23 Ausführlich Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 22 ff. m. w. Nachw.  
 24 BGHZ 92, 213 (218 f.).  
 25 Vgl. grundlegend OLG Hamm NJW 1982, 2876; BGHZ 92, 213; BGHZ 157, 1 (mit Hinweis auf BT-DruckS. 14/4553, S. 49); so auch Staudinger/Löhnig (Fn. 4), Anh. §§ 1297 ff. Rn. 189; Schwab (Fn. 6), Rn. 1052; MüKoBGB/Wellenhofer (Fn. 12), Nach § 1302 Rn. 41; a. A. Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 58 ff. (vertragsgemäßer Gebrauch).  
 26 BGHZ 92, 213; BGHZ 157, 1; OLG Hamm NJW 1982, 2876; Staudinger/Löhnig (Fn. 4), Anh. §§ 1297 ff. Rn. 189; MüKoBGB/Wellenhofer (Fn. 12), Nach § 1302 Rn. 41.  
 27 BGHZ 92, 213 (219 f.); BGHZ 157, 1, (8).  
 28 Staudinger/Emmerich (Fn. 17), § 553 Rn. 4.  
 29 BT-DruckS. 14/4553, S. 49; BGHZ 92, 213 (214); BGHZ 157, 1 (8).  
 30 OLG Hamburg NJW 1992, 3308; so auch Soergel/Schumann (Fn. 4), NehellG Rn. 91; Schwab (Fn. 6), Rn. 1054; MüKoBGB/Wellenhofer (Fn. 12), Nach § 1302 Rn. 41; so insb. bei Aushändigung eines eigenen Wohnungsschlüssels oder Anmeldung in der Wohnung nach den jeweiligen landesrechtlichen Meldegesetzen, vgl. BGH NJW 2008, 1959, 1960.



## II. Vertragseintritt des Partners

Durch Aufnahme des Partners in die Wohnung entstehen für diesen keine vertraglichen Beziehungen zum Vermieter.<sup>31</sup> Auch ein Anspruch auf Eintritt in den Mietvertrag besteht weder auf Seiten des Vermieters noch des aufgenommenen Partners.<sup>32</sup> Ein konkludenter Vertragseintritt ist möglich, erfordert allerdings ein eindeutiges Verhalten des Vermieters, den Partner künftig als Mieter zu behandeln sowie ein entsprechendes Verhalten beider Partner. Tritt der aufgenommene Partner nicht in den Mietvertrag ein, begründet er keine eigene Rechtsposition gegenüber dem Vermieter.<sup>33</sup> Nur der Vertragspartner haftet dem Vermieter für die Miete (vgl. § 535 II BGB). Der Vermieter kann jedoch die Erlaubnis zur Aufnahme des Partners von einer angemessenen Erhöhung der Miete abhängig machen, wenn ihm die Überlassung nur dann zuzumuten ist (§ 553 II BGB). Dies gilt insbesondere für sich erhöhende Betriebskosten oder etwa bei stärkerer Abnutzung der Wohnung.<sup>34</sup>

## III. Innenverhältnis zwischen den Partnern

Im Innenverhältnis begründet die bloße Aufnahme des Partners in die Wohnung kein Untermietverhältnis.<sup>35</sup> Es steht den Partnern jedoch frei, vertragliche Vereinbarungen insb. zum Schutz des Nichtmieters bei Scheitern der Gemeinschaft zu treffen.<sup>36</sup>

## E. Beendigung des Mietverhältnisses

Die Beendigung des Mietverhältnisses richtet sich in erster Linie nach den vertraglichen Vereinbarungen. Ein Mietverhältnis, welches auf unbestimmte Zeit geschlossen ist, kann durch ordentliche Kündigung beendet werden (§ 542 I BGB). Ist das Mietverhältnis auf bestimmte Zeit geschlossen, endet es mit Zeitablauf oder kann vorher durch außerordentliche Kündigung beendet werden (§ 542 II BGB). Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und muss von bzw. gegenüber allen Vertragsparteien erklärt werden.<sup>37</sup> Das bedeutet, dass eine Kündigung des Vermieters beiden Partnern zugehen bzw. eine Kündigung der Mieter von beiden Partnern gemeinsam erklärt werden muss, sofern beide Partei des Mietvertrages sind.<sup>38</sup> Bei Wohnraummietverhältnissen bedarf die Kündigung der Schriftform im Sinne des § 126 I BGB (vgl. § 568 I BGB). Des Weiteren ist auf Seiten des Vermieters der Kündigungsgrund anzuge-

ben. Dies ergibt sich aus den jeweiligen Kündigungsnormen (vgl. z.B. § 573 III BGB). Neben einer Beendigung durch Kündigung folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, dass das Mietverhältnis jederzeit durch Vertrag einvernehmlich aufgehoben oder umgestaltet werden kann.<sup>39</sup>

## I. Beendigung durch den Vermieter

Eine einseitige Beendigung des Mietverhältnisses ist durch Kündigung des Vermieters möglich. Ist der nichteheliche Lebensgefährte nicht Vertragspartner, ist er „Dritter“ im Sinne der §§ 540, 553 I BGB. Eine unbefugte Überlassung der Mietsache an einen Dritten stellt eine Vertragsverletzung dar und kann gem. § 543 II 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB eine außerordentliche fristlose Kündigung des Vermieters rechtfertigen, wenn die Verletzung „erheblich“ ist.<sup>40</sup> Eine erhebliche Rechtsverletzung scheidet jedoch von vornherein aus, wenn ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Aufnahme des Partners besteht.<sup>41</sup> Zwar vermag dieser Anspruch die Erlaubnis selbst nicht zu ersetzen, eine fristlose Kündigung durch den Vermieter kann im Falle der Nichteinholung aber rechtsmissbräuchlich und damit nach § 242 BGB ausgeschlossen sein.<sup>42</sup> Besteht kein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis, ist durch Interessenabwägung festzustellen, ob die Vertragsverletzung erheblich ist.<sup>43</sup> Dies kann etwa bei bewusster Missachtung des Vermieterwillens und Täuschung über die Gebrauchsüberlassung angenommen werden.<sup>44</sup> Bei nicht unerheblicher Vertragsverletzung kommt nach den Umständen des Einzelfalls auch eine ordentliche Kündigung gem. § 573 I, II Nr. 1 BGB in Betracht, wenn ein schuldhaftes Verhalten des Mieters gegeben ist.<sup>45</sup>

Sind beide Partner Mieter, muss sich der eine einen Kündigungsgrund, der in der Person des anderen vorliegt, grundsätzlich nicht zurechnen lassen (vgl. § 426 BGB). Allerdings kann sich durch Auslegung des Vertrages und der entsprechenden Kündigungsvorschrift auch eine Gesamtwirkung ergeben („soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt“, § 425 I BGB), sodass eine einheitliche Kündigung gerechtfertigt ist.<sup>46</sup>

## II. Beendigung durch den bzw. die Mieter

Die Mieterpartei kann das Mietverhältnis ebenfalls durch Kündigung beenden. Ist nur ein Partner Mieter, ergeben sich im Verhältnis zum Vermieter keine Besonderheiten. Nur er

31 Bub/Treier/Kraemer/von der Osten, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Auflage (2014), Kap. III.A Rn. 2503; Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 27.

32 Götz/Brudermüller (Fn. 1), Rn. 10; Grziwotz (Fn. 3), § 14 Rn. 35; Kinne (Fn. 12), 37.

33 Staudinger/Löhmig (Fn. 4), Anh. §§ 1297 ff. Rn. 197; Schwab (Fn. 6), Rn. 1053.

34 Götz/Brudermüller (Fn. 1), Rn. 14.

35 OLG Hamburg NJW-RR 1988, 1481, 1482; Palandt/Brudermüller (Fn. 11), Einl. § 1297 Rn. 18.

36 Schwab (Fn. 6), Rn. 1054; zu den Vorteilen eines Untermietvertrages Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 14, 30 ff.

37 BGH NJW 2011, 2886, 2887; Bub/Treier/Grapentin (Fn. 31), Kap. IV Rn. 3, 27.

38 Bub/Treier/Grapentin (Fn. 31), Kap. IV Rn. 10, 27.

39 Bub/Treier/Landwehr (Fn. 31), Kap. II Rn. 2544 ff.

40 BGH NJW 2011, 1065, 1066; MüKoBGB/Häublein, Band 4, 7. Auflage (2016), § 573 Rn. 52.

41 BayObLG NJW-RR 1991, 461, 462; OLG Düsseldorf WuM 2002, 673; Schmidt-Futterer/Blank (Fn. 13), § 543 Rn. 74; Staudinger/Emmerich (Fn. 17), § 543 Rn. 41; Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 92.

42 BayObLG NJW-RR 1991, 461, 462 f.; OLG Düsseldorf WuM 2002, 673; Schmidt-Futterer/Blank (Fn. 13), § 543 Rn. 74; Staudinger/Emmerich (Fn. 17), § 543 Rn. 41; Palandt/Weidenkaff (Fn. 11), § 543 Rn. 22.

43 Schmidt-Futterer/Blank (Fn. 13), § 543 Rn. 74.

44 Vgl. OLG Hamm NJW-RR 1997, 1370, 1370.

45 BGH NJW 2011, 1065, 1066; Götz/Brudermüller (Fn. 1), Rn. 38.

46 Staudinger/Emmerich (Fn. 17), Vor § 535 Rn. 78 a; Streyl, Mietermehrerheiten, NZM 2011, 377, 387.

ist berechtigt, das Mietverhältnis zu beenden.<sup>47</sup> Sind beide Partner Mieter, muss die Kündigungserklärung von beiden gemeinsam abgegeben werden. Die Kündigung des Mietvertrages berührt nicht das Bestehen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Eine Trennung der Partner führt nicht automatisch dazu, dass das Mietverhältnis beendet wird. Dafür bedarf es einer Kündigung gegenüber dem Vermieter.

## F. Trennung der Partner

Die Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft hat unmittelbar keine Auswirkungen auf das Mietverhältnis. Das Schicksal des Mietverhältnisses hängt davon ab, ob es von der Mieterseite wirksam gekündigt wird. Dies bestimmt sich danach, wer Vertragspartei des Mietvertrages ist. Die gegenseitigen Ansprüche der Partner untereinander bestimmen sich nach dem Innenverhältnis.

### I. Gemeinsamer Mietvertrag

Waren beide Partner Vertragspartei, sind beide an der Abwicklung des Mietverhältnisses unmittelbar beteiligt. Unproblematisch gestalten sich die Fälle, in denen das Mietverhältnis einvernehmlich beendet werden soll. Hierfür bedarf es einer gemeinsamen Kündigung der Partner oder eines Aufhebungsvertrages mit dem Vermieter.

Komplizierter stellt sich die Interessenlage dagegen dar, wenn ein Partner in der Wohnung bleiben und der andere ausziehen möchte. Der verbleibende Mieter hat dann ein Interesse an der Fortführung des Mietverhältnisses unter möglichst gleichen Bedingungen und ohne wirtschaftliche Nachteile, während der andere Partner möglichst schnell aus dem Mietvertrag und damit der gesamtschuldnerischen Haftung entlassen werden möchte. Des Weiteren sind die Interessen des Vermieters zu berücksichtigen. Für ihn ist der Bestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaft meist nicht von Bedeutung, er hat vornehmlich ein Interesse am Erhalt aller (solventen) Schuldner als Zugriffsmöglichkeit für Zahlungspflichten aus dem Mietverhältnis.<sup>48</sup> Eine Auflösung des Interessenkonflikts kann durch Einigung der Parteien in Form einer Vertragsänderung herbeigeführt werden. Kann keine Einigung erzielt werden, muss das Mietverhältnis durch Kündigung beendet werden. Zwischen den Partnern können zudem Ansprüche auf Zustimmung zur Kündigung oder Freistellung von den Verbindlichkeiten des Mietvertrages bestehen. Vor diesem Hintergrund sind im Folgenden unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Interessen das Außenverhältnis zum Vermieter sowie das Innenverhältnis zwischen den Partnern getrennt voneinander zu beleuchten.

#### 1. Außenverhältnis zum Vermieter

In Betracht kommt bei einem Konsens der Beteiligten eine Vertragsänderung, sonst eine Kündigung durch die Mieterpartei.

#### a) Vertragsänderung

Das Mietverhältnis kann grundsätzlich frei umgestaltet werden (vgl. § 311 I BGB). Hierfür bedarf es eines Vertrages und damit einer Willensübereinstimmung aller Beteiligten.<sup>49</sup> Die Parteien können vereinbaren, dass ein Lebensgefährte in der Wohnung verbleibt und damit alleiniger Vertragspartner wird, während der andere aus dem Mietvertrag ausscheidet.<sup>50</sup> Ein derartiger Vertrag kann auch konkludent geschlossen werden.<sup>51</sup> Ein konkludenter Vertragsschluss kann etwa durch Auszug eines Mieters und beiderseitiger widerspruchsloser Weiterführung des Mietverhältnisses<sup>52</sup> oder Einzug eines neuen Partners<sup>53</sup> erfolgen. Dem Auszug eines Partners für sich kann jedoch ein derartiger Erklärungswert nicht entnommen werden.<sup>54</sup> Ist die Weiterführung des Mietverhältnisses nicht im Interesse des Vermieters, besteht kein Anspruch des verbleibenden Partners auf Fortsetzung des Mietverhältnisses und damit Abschluss eines neuen Mietvertrages.<sup>55</sup> Eine derartige Verpflichtung ist mit der Privatautonomie und dem Eigentumsrecht des Vermieters unvereinbar und auch in Abwägung mit Mieterschutzgesichtspunkten nicht gerechtfertigt.<sup>56</sup> Es ist daher bei Änderung des Vertrages immer eine Beteiligung des Vermieters erforderlich.

#### b) Beendigung durch Kündigung

Wird keine Einigung erzielt, kann das Mietverhältnis durch Kündigung beendet werden. Die Kündigung muss einheitlich durch beide Vertragsparteien erfolgen, eine Teilkündigung durch nur einen der Partner scheidet aus.<sup>57</sup> Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Einheitlichkeit und Unteilbarkeit des Mietverhältnisses, sowie der gesamtschuldnerischen Verpflichtung der Partner bei Abschluss des Vertrages.<sup>58</sup> Die Kündigungserklärung kann auch in Vertretung des anderen Partners abgegeben werden. Voraussetzung ist jedoch, wie bei Begründung des Mietverhältnisses, eine wirksame Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB.

<sup>49</sup> Götz/Brudermüller (Fn. 1), Rn. 93; Schrader (Fn. 19), 260.

<sup>50</sup> Staudinger/Löhnig (Fn. 4), Anh. §§ 1297 ff. Rn. 206; Soergel/Schumann (Fn. 4), NehelLG Rn. 94.

<sup>51</sup> Schrader (Fn. 19), 260 f.

<sup>52</sup> Hierzu Wiek, Anmerkung zu LG Krefeld vom 26.3.2003, 2 S 69/02, WuM 2003, 448.

<sup>53</sup> So im Fall LG Köln NJW-RR 1993, 1096.

<sup>54</sup> LG Köln NJW-RR 1993, 1096; insoweit parallel zur Ehe LG Mannheim WuM 1994, 539; LG Heidelberg WuM 1993, 342; Götz/Brudermüller (Fn. 1), Rn. 81.

<sup>55</sup> Bub/Treier/Emmerich (Fn. 31), Kap. II Rn. 580; Schrader (Fn. 19), 262; Soergel/Schumann (Fn. 4), NehelLG Rn. 94; Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 110; a. A. Schmidt-Futterer/Blank (Fn. 13), Vor § 535 Rn. 384 („Anbietpflicht“ des Vermieters); Finger, Kündigung und Fortsetzung des Mietverhältnisses bei beendeter, nichtehelicher Partnerschaft, WuM 1993, 581, 584.

<sup>56</sup> Schrader (Fn. 19), 262; Soergel/Schumann (Fn. 4), NehelLG Rn. 94; Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 110.

<sup>57</sup> Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 109; Soergel/Schumann (Fn. 4), NehelLG Rn. 94; Schrader (Fn. 19), 259 f.; a. A. Finger (Fn. 55), 583 f.; ders., Anmerkung zu AG Hannover 16.4.1996, 568 C 2402/96, WuM 1996, 768, 769.

<sup>58</sup> Schrader (Fn. 19), 259; Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 109.

<sup>47</sup> Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 84.

<sup>48</sup> Vgl. ausführlich zur Interessenlage der Parteien Schrader (Fn. 19), 259 f.

## 2. Innenverhältnis zwischen den Partnern

Versteht man die nichteheliche Lebensgemeinschaft in Bezug auf das Mietverhältnis als Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts<sup>59</sup>, kann diese jederzeit und ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes aufgelöst werden (vgl. § 723 I 1 BGB). Der endgültige Auszug eines Lebensgefährten ist als konkludente Kündigungserklärung des Gesellschaftsvertrages auszulegen.<sup>60</sup> Die Beendigung des Gesellschaftsvertrages hat unmittelbar keine Auswirkungen auf das Außenverhältnis, es stellt sich jedoch die Frage, ob aus der Beendigung des Innenverhältnisses gegenseitige Ansprüche hergeleitet werden können.

### a) Anspruch auf Zustimmung zur Kündigung des Mietvertrages

Die Auseinandersetzung nach Auflösung der Gesellschaft richtet sich nach § 730 I BGB. Dabei besteht für jeden Gesellschafter die Pflicht zur Mitwirkung an einer angemessenen Auseinandersetzung.<sup>61</sup> Für die Beendigung des Mietverhältnisses ergibt sich daraus, anders als bei der Ehe<sup>62</sup>, ein wechselseitiger Anspruch der Partner auf Zustimmung zur gemeinsamen ordentlichen Kündigung.<sup>63</sup> Die Geltendmachung dieses Anspruchs ist grundsätzlich auch dann nicht treuwidrig, wenn der in der Wohnung verbleibende Partner dem anderen die Freistellung von allen Forderungen aus dem Mietverhältnis im Innenverhältnis anbietet.<sup>64</sup> Trotz Freistellungsvereinbarung bliebe die gesamtschuldnerische Haftung gegenüber dem Vermieter bestehen, sodass der auflösungswillige Partner das Insolvenzrisiko seines ehemaligen Lebensgefährten zu tragen hätte. Zum Schutz des in der Wohnung verbleibenden Partners beschränkt sich der Anspruch auf Zustimmung zu einer Beendigung zum vertraglich nächstmöglichen Zeitpunkt. Eine Zustimmung zur fristlosen Kündigung oder einer vorzeitigen Aufhebungsvereinbarung mit dem Vermieter kann dagegen nicht verlangt werden.<sup>65</sup>

### b) Anspruch auf Freistellung

Selbst wenn das Mietverhältnis weiter besteht, können die Partner eine Freistellungsvereinbarung treffen, nach wel-

cher der aus der Wohnung ausziehende Partner von allen Verbindlichkeiten, die sich aus dem Mietverhältnis ergeben, freigestellt wird.<sup>66</sup> Will einer der Partner die Wohnung allein behalten und der andere ist bereits ausgezogen, hat er einen Anspruch auf Abschluss der Freistellungsvereinbarung.<sup>67</sup> Dies trägt vor allem dem Gedanken Rechnung, dass der verbleibende Partner den alleinigen Nutzen aus der Wohnmöglichkeit zieht.<sup>68</sup> In diesem Fall bleiben die Partner im Außenverhältnis Gesamtschuldner, im Innenverhältnis gilt jedoch „ein anderes“ im Sinne des § 426 I 1 BGB<sup>69</sup>, sodass der in der Wohnung verbliebene Partner die Verpflichtungen aus dem Mietvertrag, insbesondere die Miete, allein zu tragen hat.

## 3. Zwischenfazit

Die Fragen, die sich durch Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft stellen, können bei Bestehen eines gemeinsamen Mietvertrages nur durch einen Ausgleich der gegenseitigen Interessen gelöst werden. Hierbei dürfen nicht nur die Interessen der Partner untereinander Berücksichtigung finden, auch die Privatautonomie des Vermieters ist zu beachten. Es bietet sich ein „abgestuftes Lösungsmodell“ (Vertragsänderung – Zustimmungsansprüche – Kündigung) an, nach dem versucht wird, einen Konsens zwischen den Parteien herbeizuführen.<sup>70</sup>

## II. Mietvertrag mit nur einem Partner

Ist nur ein Partner Vertragspartei, stellt sich die Interessenslage weniger kompliziert dar.

### 1. Außenverhältnis zum Vermieter

Der Alleinmieter kann das Mietverhältnis jederzeit unter Wahrung der gesetzlichen Kündigungsfristen durch ordentliche Kündigung beenden (vgl. § 542 I BGB). Hierfür bedarf es weder eines besonderen Grundes noch einer Begründung (diese Voraussetzungen gelten nur für den Vermieter, vgl. § 573 III BGB).<sup>71</sup> Eine außerordentliche, fristlose Kündigung aus wichtigem Grund ist nur nach §§ 543, 569 BGB möglich. Die bloße Trennung der Partner ist kein wichtiger Grund im Sinne dieser Vorschriften.<sup>72</sup> Verweigert der Vermieter die Erlaubnis zur Aufnahme des Partners, kann der Mieter gem. § 540 I 2 BGB außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen, sofern nicht in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt, der die Verweigerung rechtfertigt.

<sup>59</sup> Siehe oben unter C.I.

<sup>60</sup> So in den Fällen LG Köln MDR 1993, 441; LG Gießen MDR 1996, 898; so auch Bub/Treier/Emmerich (Fn. 31), Kap. II Rn. 578; Paschke, Gescheiterte Beziehungen im Blickfeld des Mietrechts, WuM 2008, 59, 62; Soergel/Schumann (Fn. 4), NehelLG Rn. 95; kritisch Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 107 (Umstände des Einzelfalls).

<sup>61</sup> LG Köln NJW-RR 1993, 712; Palandt/Weidenkaff (Fn. 11), § 730 Rn. 2.

<sup>62</sup> Hier werden die schuldrechtlichen Verhältnisse aufgrund familienrechtlicher Beziehungen überlagert, vgl. Götz/Brudermüller (Fn. 1), Rn. 90 m. w. Nachw.

<sup>63</sup> BGH NJW 2005, 1715, 1715; OLG Düsseldorf WuM 2007, 567; OLG Köln NZM 1999, 998; Schmidt-Futterer/Blank (Fn. 13), Vor § 535 Rn. 382; Bub/Treier/Emmerich (Fn. 31), Kap. II Rn. 579; Messerle, Zivilrechtliche Probleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, JuS 2001, 28, 30.

<sup>64</sup> Staudinger/Löhnig (Fn. 4), Anh. §§ 1297 ff. Rn. 201; Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 108.

<sup>65</sup> Grzivotz (Fn. 3), § 14 Rn. 43; Schrader (Fn. 19), 261; Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 107.

<sup>66</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 739; Staudinger/Löhnig (Fn. 4), Anh. §§ 1297 ff. Rn. 202; Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 116.

<sup>67</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 739; vgl. insoweit parallel zur Ehe OLG Köln FamRZ 2003, 1664, 1665; Götz/Brudermüller (Fn. 1), Rn. 82; Soergel/Schumann (Fn. 4), NehelLG Rn. 95; Hausmann/Hohloch/Sternel (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 116.

<sup>68</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 739; Götz/Brudermüller (Fn. 1), Rn. 82.

<sup>69</sup> Staudinger/Löhnig (Fn. 4), Anh. §§ 1297 ff. Rn. 202.

<sup>70</sup> Vgl. auch Schrader (Fn. 19), 263.

<sup>71</sup> Götz/Brudermüller (Fn. 1), Rn. 46.

<sup>72</sup> Ebd.

## 2. Innenverhältnis zwischen den Partnern

Der Nichtmieter hat auf das Hauptmietverhältnis keinen Einfluss. Er genießt gegenüber dem Vermieter keinen Bestandsschutz und muss die Wohnung räumen, wenn das Hauptmietverhältnis beendet ist (vgl. § 546 II BGB).<sup>73</sup>

Ist ein Untermietverhältnis vereinbart, hat der Untermieter gegenüber seinem Lebensgefährten eine gesicherte Stellung und kann nicht unmittelbar aus der Wohnung ausgewiesen werden.<sup>74</sup> Eine Vereinbarung, nach welcher das Untermietverhältnis auflösend bedingt mit Beendigung des Hauptmietverhältnisses endet, ist unzulässig (§ 572 II BGB).<sup>75</sup> Gegenüber dem Lebensgefährten stehen dem Untermieter die im Untermietvertrag vereinbarten Rechte sowie die gesetzlichen Mieterrechte (z. B. Kündigungsfrist nach § 573 c III BGB) zu.<sup>76</sup> Allerdings kann er sie dem Hauptvermieter nicht entgegenhalten, wenn dieser nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses Herausgabe der Wohnung verlangt (vgl. § 546 II BGB).

In der Regel ist jedoch kein Untermietverhältnis vereinbart, sodass Mieterschutzbestimmungen nicht anwendbar sind.<sup>77</sup> Der Alleinmieter kann daher im Falle einer Trennung von seinem Lebensgefährten die jederzeitige Räumung der Wohnung verlangen; zur Durchsetzung bedarf es eines Titels.<sup>78</sup> Der Nichtmieter kann daher gegen die Vollstreckung für eine Übergangszeit Räumungsschutz nach § 721 ZPO und § 765 a ZPO beanspruchen.<sup>79</sup> Dem Alleinmieter steht

kein Selbsthilferecht gegenüber dem Partner zu.<sup>80</sup> Bei verbotener Eigenmacht (§ 858 I BGB), etwa durch Aussperren oder Austauschen des Schlosses zur Wohnungstür, kann der Nichtmieter die Besitzschutzansprüche aus §§ 858, 861, 866 BGB geltend machen und Wiedereinräumung des Mitbesitzes verlangen.<sup>81</sup>

## 3. Zwischenfazit

Der Nichtmieter hat gegenüber seinem Partner und vor allem gegenüber dem Hauptmieter eine schwache Stellung. Allerdings ist zu bedenken, dass bei Trennung der Partner meist ein beiderseitiges Interesse daran besteht, die gemeinsame Wohnsituation möglichst schnell zu beenden. Es erscheint deshalb ausreichend, dem Nichtmieter Bestandsschutz lediglich für eine Übergangszeit einzuräumen, was durch Anwendung der materiellen Vorschriften zum Besitzschutz sowie prozessualer Vollstreckungsschutzvorschriften erreicht werden kann.

## G. Fazit

Die rechtliche Einordnung nichtehelicher Lebensgemeinschaften ist an sich bereits problematisch. Zwar wollen die Partner gerade keine rechtliche Bindung in Form der Ehe eingehen, sie können und wollen jedoch nicht völlig rechtlos gestellt werden. Dies wird besonders bei mietrechtlichen Fragen deutlich. Die vorherigen Ausführungen zeigen jedoch, dass durch Anwendung allgemeiner zivilrechtlicher Regelungen ein gelungener Ausgleich der Interessen der Partner untereinander und im Verhältnis zum Vermieter erreicht werden kann.

73 BGHZ 79, 232 (235 f.); vgl. auch Hausmann/Hohloch/*Sternel* (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 31.

74 Vgl. Staudinger/*Löhnig* (Fn. 4), Anh. §§ 1297 ff. Rn. 208.

75 Staudinger/*Emmerich* (Fn. 17), § 540 Rn. 26; Hausmann/Hohloch/*Sternel* (Fn. 10), Kap. 5 Rn. 119.

76 Vgl. Bub/*Treier/Kraemer/Ehlert* (Fn. 31), Kap. III.B Rn. 3027.

77 Staudinger/*Löhnig* (Fn. 4), Anh. §§ 1297 ff. Rn. 210.

78 *Götz/Brudermüller* (Fn. 1), Rn. 28, 55; *Grzivotz* (Fn. 3), § 14 Rn. 52; Soergel/*Schumann* (Fn. 4), *NehelLG* Rn. 91.

79 *Götz/Brudermüller* (Fn. 1), Rn. 28, 55; Staudinger/*Löhnig* (Fn. 4), Anh.

§§ 1297 ff. Rn. 210.

80 Staudinger/*Löhnig* (Fn. 4), Anh. §§ 1297 ff. Rn. 208; Soergel/*Schumann* (Fn. 4), *NehelLG* Rn. 91.

81 *Götz/Brudermüller* (Fn. 1), Rn. 28, 55; Soergel/*Schumann* (Fn. 4), *NehelLG* Rn. 91.

JONAS TAFEL\*

# Von der Parlamentsarmee zur europäischen Armee?

## Verfassungsrechtliche Perspektiven einer Integration der Bundeswehr

Mit aktuellen Reformvorschlägen bereitet die europäische Politik eine stärkere Integration der Bundeswehr in gemeinsame europäische Verteidigungsstrukturen vor. Dabei besteht ein Zielkonflikt zwischen dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt und den Erfordernissen einer militärischen Integration. Dahinter steht ein Legitimationsproblem, das unter der gegebenen Rechts- und Rechtsprechungslage nicht aufgelöst werden kann.

### A. Europa und seine Verteidigung

Die gemeinsame Verteidigungspolitik hätte einst zum markanten Ausgangspunkt der europäischen Integration werden können, ist nach dem historischen Scheitern der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft<sup>1</sup> im Jahr 1952 aber für lange Zeit ein wenig beachtetes Politikfeld geblieben. Umso deutlicher war daher das Zeichen, das 23 Mitgliedsstaaten Ende 2017 mit der Gründung einer „Verteidigungsunion“<sup>2</sup>, präziser: der Vereinbarung einer *Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit* (engl. *Pesco*) setzten. Dieses erstmals genutzte Instrument abgestufter Integration<sup>3</sup> in der *Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik* (GSVP) ermöglicht es einzelnen Mitgliedsstaaten, engere militärische Bindungen einzugehen und sich dem Mehrheitsprinzip zu unterwerfen (Art. 42 VI, Art. 46 EUV). Die nun getroffene Vereinbarung erstreckt sich vor allem auf das Rüstungswesen und die Durchführung von Missionen im Rahmen der GSVP.<sup>4</sup>

Der Beschluss ändert zunächst nichts daran, dass gerade die GSVP von nationalen Souveränitätsvorbehalten geprägt und die Union von einer „gemeinsamen Verteidigung“ (Art. 42 II EUV) denkbar weit entfernt ist.<sup>5</sup> Er setzt jedoch einen Impuls, dieses Ziel erstmals in den Blick zu nehmen. Im Zusammenhang mit dem Weißbuch zur Zukunft Europas<sup>6</sup>

hat die Europäische Kommission Anfang 2017 ein Strategiepapier zu europäischen Verteidigung<sup>7</sup> veröffentlicht, das Szenarien für eine Vertiefung der Verteidigungsintegration entwickelt. Angesichts einer veränderten Bedrohungslage,<sup>8</sup> teils erheblichen Fähigkeitslücken der Mitgliedsstaaten,<sup>9</sup> der sicherheitspolitischen Neuorientierung der USA sowie des bevorstehenden „Brexit“<sup>10</sup> sollen sie die verteidigungspolitische Eigenständigkeit der Union stärken. Der französische Staatspräsident *Macron* hat dies in seiner „Initiative für Europa“ aufgegriffen und einen gemeinsamen Verteidigungshaushalt sowie die Aufstellung einer eigenen Einsatztruppe der Union bis 2020 vorgeschlagen.<sup>11</sup> Ähnlich äußerte sich Kommissionspräsident *Juncker* in seiner vorletzten Rede zur Lage der Union.<sup>12</sup> Beide werben auch nach dem Beschluss der verstärkten Zusammenarbeit weiter für Reformschritte, die über das dort vereinbarte hinausgehen.<sup>13</sup>

Die Beispiele zeigen einen starken Willen in der europäischen Politik, nun auch das Feld der Verteidigungspolitik für eine vertiefte Integration zu erschließen. Dieser Beitrag untersucht daher die Reformvorschläge (B.) auf ihre Vereinbarkeit mit dem grundgesetzlichen Legitimationsmodell für den Streitkräfteeinsatz (C.) und entwickelt daraus Perspek-

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht und Europarecht der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag ist aus einer Studienarbeit im Schwerpunktbereich Internationales und Europäisches öffentliches Recht aus dem Wintersemester 2017/18 hervorgegangen.

1 Dazu *Seiller*, Rüstungsintegration. Frankreich, die Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Verteidigungsgemeinschaft 1950 bis 1954, Berlin u. a. (2015), S. 31 ff.; zudem *Kuhn*, Die Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik im Mehrebenensystem, Heidelberg u. a. (2012), S. 6 ff.

2 So die vorschnelle Bezeichnung in der Berichterstattung, vgl. etwa *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, „Verteidigungsunion beschlossen“, Nr. 288 v. 12. 12. 2017, S. 4.

3 Grabitz/Hilf/*Nettesheim*, Recht der EU, 60. EL 2016, Art. 238 AEUV Rn. 30.

4 *Rat der Europäischen Union*, Dokument Nr. 14866/17, 11. 12. 2017.

5 Vgl. *Calliess/Ruffert/Cremer*, EUV/AEUV, 5. Aufl. (2015), Art. 42 EUV Rn. 15.

6 *Europäische Kommission*, Weißbuch zur Zukunft Europas. Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien, KOM (2017) 2025, 1. 3. 2017.

7 *Europäische Kommission*, Reflexionspapier über die Zukunft der europäischen Verteidigung, KOM (2017) 315, 7. 6. 2017.

8 Vgl. *Bundesministerium der Verteidigung*, Weißbuch 2016, S. 34 ff.; *Europäische Kommission* (Fn. 7), S. 7 ff.; für die Wissenschaft überblicksweise *Bredow*, Sicherheits- und Verteidigungspolitik: vor einer Neudefinition?, ZSE 2016, 347; *Hellmann*, Deutschland, die Europäer und ihr Schicksal. Herausforderungen deutscher Außenpolitik nach einer Zeitenwende, ZSE 2017, 329, 331 ff.

9 Vgl. zum Reformbedarf der Bundeswehr *Bartels*, BR 2013, 60, 68; *Bundesministerium der Verteidigung* (Fn. 8), S. 117 ff.; aus der Berichterstattung über Fähigkeitslücken beispielhaft *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung*, „Im Zweifel lieber eine Mängelwehr“, Nr. 8 v. 25. 2. 2018, S. 6.

10 Zu den verteidigungspolitischen Implikationen *Hellmann* (Fn. 8), 329, 331 ff.; *Major/Vöss*, SWP-Aktuell 46, Juli 2017, S. 4; zur zukünftigen Zusammenarbeit *Prime Minister's Office*, Rede von Premierministerin May bei der Münchner Sicherheitskonferenz, 17. 2. 2018, <https://www.gov.uk/government/speeches/pm-speech-at-munich-security-conference-17-february-2018.de>, zuletzt abgerufen am 19. 7. 2018.

11 *Macron*, Initiative für Europa. Rede an der Sorbonne, 26. 9. 2017 (dt. Übers. der franz. Botschaft), S. 4, <https://de.ambafrance.org/Initiative-fur-Europa-Die-Rede-von-Staatspräsident-Macron-im-Wortlaut>, zuletzt abgerufen am 19. 7. 2018.

12 *Europäische Kommission*, Rede zur Lage der Union 2017, 13. 9. 2017, S. 10 u. 17.

13 Vgl. *Europäische Kommission*, Rede von Präsident Jean-Claude Juncker anlässlich der Münchener Sicherheitskonferenz, 17. 2. 2018, SPEECH 18/841; *Macron*, Rede des französischen Staatspräsidenten vor dem europäischen Parlament (dt. Übersetzung der franz. Botschaft), 20. 4. 2018, <https://de.ambafrance.org/Staatspräsident-Macron-vor-dem-Europaparlament-Fur-eine-neue-europäische>, zuletzt abgerufen am 19. 7. 2018; *ders.*, Rede anlässlich der Verleihung des Karlspreises in Aachen, 10. 5. 2018, <http://www.elysee.fr/declarations/article/transcription-du-discours-du-president-de-la-republique-emmanuel-macron-lors-de-la-ceremonie-de-remise-du-prix-charlemagne-a-aix-la-chapelle>, zuletzt abgerufen am 19. 7. 2018.

tiven, ob und in welcher Form sich Deutschland an der Verteidigungsintegration beteiligen könnte (D.).

## B. Reformvorschläge

Der Wille zu Reformen ist eine politische Vorfrage, die sich gleichwohl an der Vereinbarkeit mit nationalem Verfassungsrecht messen lassen muss. Dafür ist relevant, wie sehr das bestehende Integrationsniveau der Verteidigungspolitik vertieft würde. Mit diesem Kriterium lassen sich zwei Dimensionen erkennen.

### I. Prinzip der geteilten Verantwortung

Eine erste wesentliche Vertiefung der Verteidigungsintegration wäre mit dem Übergang zu geteilter Verantwortung verbunden. Dieses Prinzip sieht vor, dass die Mitgliedsstaaten bestimmte militärische Fähigkeiten nicht jeweils selbst, sondern gemeinsam vorhalten. Das bietet sich etwa für den strategischen Lufttransport, unbemannte Flugsysteme, Satellitenkommunikation oder die Seeüberwachung an.<sup>14</sup> Ziel ist, durch unionsweite Koordination, Beschaffung und Verfügbarkeit Synergieeffekte zu nutzen. Dieses Vorgehen wird als *pooling and sharing* bezeichnet. Sein integrationserheblicher Aspekt folgt daraus, dass geteilte Verantwortung wechselseitige Abhängigkeit begründet. Das verdeutlicht ein Blick auf den aus der Rechtsprechung des *BVerfG* bekannten AWACS-Verband der Nato: Dessen Flugzeugbesatzungen bestehen zu einem Drittel aus Bundeswehrsoldaten, deren Abzug die Einsatzfähigkeit des gesamten Verbands aufhebt. Selbst wenn die Einsatzentscheidung also bei den Mitgliedsstaaten verbleibt, ergibt sich ein zunächst faktischer Zwang zur Beteiligung daraus, dass die Mitwirkung für das Gelingen einer Mission entscheidend ist. Die Sicherstellung der Einsatzfähigkeit ist zugleich Funktionsbedingung einer geteilten Verantwortung, sodass dieser Integrationschritt die Frage nach der Zulässigkeit bindender Mitwirkungsverpflichtungen aufwirft.

### II. Die gemeinsame Verteidigung

Die zweite wesentliche Vertiefung der Verteidigungsintegration läge in der Einführung der gemeinsamen Verteidigung (Art. 42 II EUV). Dabei spezialisieren sich die mitgliedstaatlichen Streitkräfte auf einzelne Fähigkeiten und werden zu integrierten Verbänden zusammengefasst, die als ständige Einheiten für GSVP-Einsätze zur Verfügung stehen. Die verteidigungspolitischen Prioritäten der Mitgliedsstaaten bestimmen sich allein nach dem Beitrag zur gemeinsamen Verteidigung. Im Unterschied zum Konzept einer „Euroarmee“<sup>15</sup> oder dem historischen Projekt der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft entsteht keine originär europäische Armee, sondern bleiben die Soldaten Angehörige der nationalen Streitkräfte. Der integrationserhebliche Aspekt der gemeinsamen Verteidigung liegt in der Notwendigkeit, auf europäischer Ebene über den Einsatz integrierter Streit-

kräfte zu entscheiden. Funktionsbedingung ist also die verbindliche, vorbehaltlose Beteiligung der Mitgliedsstaaten. Derart integrierte Streitkräfte sind der freien mitgliedstaatlichen Verfügung entzogen, da nicht bloß die Befehlsgewalt *im* Einsatz, sondern auch die Befehlsgewalt *über* den Einsatz (sog. *full command*)<sup>16</sup> bei der Union liegt.

### III. Perspektiven

Beide Integrationsschritte berühren die alleinige Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten, über den Einsatz ihrer Streitkräfte zu entscheiden, und lassen offen, wie deren verfassungsrechtliche Anforderungen „in vollem Umfang gewahrt“ werden sollen.<sup>17</sup> Die bislang mitgliedstaatliche Domäne der Verteidigungspolitik gerät dennoch unter Veränderungsdruck, da kaum ein Mitgliedsstaat für die gegenwärtigen Einsätze gerüstet ist und auch die Herausforderungen der Zukunft nicht alleine bewältigen können wird. So scheint es unabhängig von der konkreten Ausgestaltung absehbar, dass zukünftig auch an Deutschland die Erwartung herangetragen wird, nicht zuletzt seine Soldaten für gemeinsame Einsätze unter Führung der Union bereitzustellen.

### C. Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt

Die Tragweite dieses Ansinnens ist nicht zu überschätzen: Der Einsatz militärischer Macht ist ureigener Ausdruck staatlicher Souveränität.<sup>18</sup> Zum maßgeblichen Legitimationsinstrument des Streitkräfteeinsatzes hat sich der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt entwickelt – bis heute weder aus dem Grundgesetz ersichtlich noch dogmatisch sicher zu verorten.<sup>19</sup> Seine Kreation und seinen Wandel in der Rechtsprechung des *BVerfG* gilt es nachzuvollziehen,<sup>20</sup> um ihn sodann zum Maßstab für die Reformvorschläge zur GSVP zu nehmen.

#### I. Im Kontext des Art. 24 II GG

In der Entscheidung „AWACS-Adria/Somalia“ erklärte das *BVerfG* Art. 24 II GG zur Rechtsgrundlage für Auslandseinsätze „im Rahmen und nach den Regeln“ eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit<sup>21</sup> und machte solche Einsätze zugleich von der vorherigen konstitutiven Zustimmung des Bundestags abhängig.<sup>22</sup> Es begründete diesen Vorbehalt mit der deutschen Verfassungstradition seit 1919 und einer

<sup>14</sup> *Europäische Kommission* (Fn. 7), S. 14.

<sup>15</sup> Zu diesem derzeit nicht ernsthaft diskutierten Modell *Fährmann*, Die Bundeswehr im Einsatz für Europa, Baden-Baden (2010), S. 251, 272 f.

<sup>16</sup> Zu Sprachgebrauch und Konzeption der Befehlsgewalt *Nolte*, Bundeswehreinsätze in kollektiven Sicherheitssystemen, *ZaöRV* 1994, 652, 703 f.

<sup>17</sup> So aber *Europäische Kommission* (Fn. 7), S. 11.

<sup>18</sup> *Maunz/Dürig/Deppenheuer*, GG, 79. EL 2016, Art. 87 a Rn. 76.

<sup>19</sup> *Paulus/Jacobs*, Die parlamentarische Kontrolle von Militär und Sicherheitspolitik, *Friedens-Warte* 2012, 23, 31: „work in progress“; *Kleinlein*, Kontinuität und Wandel in Grundlegung und Dogmatik des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts, *AöR* 2017, 43, 45: „offene Baustelle des *BVerfG*“.

<sup>20</sup> Dem Verfassungstext selbst sei das geltende Verfassungsrecht der kollektiven Sicherheit „allenfalls noch im Ansatz zu entnehmen“, so *Sauer*, in: *Rensen/Brink* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (2009), S. 585, 591.

<sup>21</sup> *BVerfGE* 90, 286 (345).

<sup>22</sup> *BVerfGE* 90, 286 (381 ff.).

Gesamtanalogie zu den Art. 35, 45 a, 45 b, 87 a und 115 a GG.<sup>23</sup> Die Argumentation hat in bekanntem Maße Kritik erfahren<sup>24</sup> und verstellt den Blick auf die eigentliche Funktion des Parlamentsvorbehalts, dessen Notwendigkeit aus dem kompetenzrechtlichen Aspekt der Entscheidung folgte: Die Heranziehung des Art. 24 II GG als Rechtsgrundlage gab der Bundesregierung die Möglichkeit, mit dem Beitritt zu einem solchen System zugleich den Weg für zukünftige Einsätze der Bundeswehr in dessen Rahmen zu ebnet. Der Beitritt selbst ist zwar zustimmungspflichtig (Art. 59 I 1 GG). Doch zum einen waren die späteren Einsätze der Bundeswehr im Rahmen von UN und Nato beim Beitritt zu diesen Organisationen schwerlich vorherzusehen, und zum anderen wurde der Bundesregierung in der Entscheidung „Nato-Strategiekonzept“ gestattet, die „nach den Regeln“ des Systems zulässigen Einsatzszenarien nachträglich eigenmächtig zu erweitern.<sup>25</sup> Angesichts dessen diente der Parlamentsvorbehalt als Korrektiv zu dieser restriktiven Auslegung des Art. 59 II 1 GG und sollte die durch Art. 24 II GG vermittelte überwiegende Handlungskompetenz der Bundesregierung beim Streitkräfteeinsatz ausgleichen.<sup>26</sup>

## II. Im Kontext von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie

Beginnend mit der Entscheidung „AWACS-Türkei“ stellt das *BVerfG* zunehmend Bezüge des Parlamentsvorbehalts zu anderen Verfassungsprinzipien heraus. Zum einen zur „funktionsgerechten Teilung der Staatsgewalt“, also der Organkompetenz, „in auswärtigen Angelegenheiten“.<sup>27</sup> Danach bestehe bei bewaffneten Streitkräfteeinsätzen „kein eigenverantwortlicher Entscheidungsraum der Bundesregierung“; stattdessen bildeten Bunderegierung und Bundestag einen „Entscheidungsverbund“, in dem letzterer einen Einsatz fortlaufend mitzuverantworten habe.<sup>28</sup> Zum anderen wird der Einsatz der Bundeswehr für die Soldaten und die von militärischer Gewalt Betroffenen als „wesentlich“ bezeichnet und in Beziehung zu Grundrechtseingriffen gesetzt.<sup>29</sup> Darin ist die Absicht zu erkennen, Rechtsstaats- und Demokratieprinzip, hierbei insbesondere die Wesentlichkeitstheorie für die Dogmatik des Parlamentsvorbehalts fruchtbar zu machen. Vor diesem Hintergrund dient er als Ermächtigung der Regierung zu Grundrechtseingriffen. Während die konstitutive Zustimmung ein einmaliger Akt ist, muss eine Ermächtigung Eingriffe über die gesamte Dauer ihres Auftretens hinweg tragen, was mit dem Gedanken der fortlaufenden Mitverantwortung korrespondiert. Angesichts dessen ist nunmehr eine Verankerung des Parlamentsvorbehalts in den Prinzipien von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie festzustellen.<sup>30</sup> Parallel zueinander hat sich also

ein Rechtsprechungs- und Funktionswandel vollzogen. Die Abkehr vom ursprünglichen Korrektivcharakter wurde mit der „Libyen“-Entscheidung vollendet, wonach der Parlamentsvorbehalt auch jenseits von Art. 24 II GG für alle bewaffneten Einsätze im Ausland gelte.<sup>31</sup>

## III. Im Kontext der europäischen Integration

Bereits in der „Lissabon“-Entscheidung hat das *BVerfG* die Verteidigungsintegration in den Blick genommen und den Parlamentsvorbehalt für „integrationsfest“ befunden, weshalb jede Übertragung der Einsatzentscheidung auf die Union unzulässig sei.<sup>32</sup> Der Spielraum für vertiefte Integration in der GSVP scheint damit klar umrissen: Sie sei nur mit dem Grundgesetz vereinbar, solange die konstitutive Einsatzentscheidung beim Bundestag verbleibt.<sup>33</sup> Den Reformvorschlägen wäre damit kein Weg bereitet, denn ihre Vorteile sollen gerade aus dem Prinzip geteilter Verantwortung folgen – geteilte Verantwortung aber setzt voraus, dass ihr vorbehaltlos nachgekommen wird.<sup>34</sup> Das Schicksal einer Reform muss damit allerdings nicht besiegelt sein. Die Entwicklung des Parlamentsvorbehalts in freier Rechtsprechung rechtfertigt einen kritischen Blick darauf, welche Anforderungen tatsächlich aus seiner gegenwärtigen Funktion folgen. Um die politische Grundentscheidung des Streitkräfteeinsatzes nicht der Exekutive zu überlassen und die einhergehenden Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen, sieht er eine Entscheidung der unmittelbar demokratisch legitimierten Abgeordneten nach öffentlicher Diskussion vor.<sup>35</sup> Verfassungsrechtlich determiniert ist insoweit lediglich, dass jeder Einsatz militärischer Gewalt auf eine parlamentarische Entscheidung in Ansehung der konkreten Einsatzumstände rückführbar ist: „Staat und Gesellschaft [müssen] für Kampfeinsätze deutscher Soldaten [...] öffentlich Verantwortung übernehmen“.<sup>36</sup>

## D. Europäische Legitimationsmechanismen

Gestützt auf diese Erkenntnis ist zu fragen, wie der Zielkonflikt mit der Verteidigungsintegration aufgelöst werden kann. Entscheidend ist dabei weniger die Wahrung des formalen Verfahrens selbst als vielmehr die Wahrung des dadurch erreichten Legitimationsniveaus.

23 BVerfGE 90, 286 (383 ff.).

24 *Depenheuer* (Fn. 18), Art. 87 a Rn. 143 f.; *Fährmann* (Fn. 15), S. 76; *Ipsen*, FS Schnapp (2008), 125, 131 ff.; *Paulus/Jacobs* (Fn. 19), 28 ff.; *Schorkopf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen (2017), § 6 Rn. 74.

25 BVerfGE 104, 151 (207 ff.); bestätigend BVerfGE 121, 135 (158).

26 *Heun*, JZ 1994, 1073, 1074 und *Klein*, FS Bothe (2008), 157, 173 sehen eine „eigentümliche Kontrastierung“; *Kleinlein* (Fn. 19), 48: „doppelte Kompensationsfunktion“; vgl. *Sauer* (Fn. 20), S. 601.

27 BVerfGE 121, 135 (162 f.).

28 BVerfGE 124, 267 (276).

29 BVerfGE 123, 267 (361).

30 *Callies*, Auswärtige Gewalt, Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des

Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. (2006), § 83 Rn. 40; *Fährmann* (Fn. 15), S. 245 mit Fn. 1090; *Kleinlein* (Fn. 19), 60 f. u. 75; *Streinz/Sachs*, GG, 7. Aufl. (2014), Art. 59 Rn. 26 f.

31 BVerfGE 140, 160 (187 u. 191 f.).

32 BVerfGE 123, 267 (361 u. 426).

33 BVerfGE 123, 267 (361).

34 *Garais*, Bedingt bündnisfähig? – Die parlamentarische Kontrolle internationaler Bundeswehreinätze und die deutschen Verpflichtungen in NATO und EU, GWP 2007, 217, 221; *Schockenhoff/Kiesewetter*, Die parlamentarische Kontrolle von Militär und Sicherheitspolitik, Friedens-Warte 2012, 13, 15; vgl. *Persch/Gronimus*, Zur demokratischen Legitimation integrierter europäischer Streitkräfte, NZWehrR 2011, 193, 200: Von den Staaten würde sonst verlangt, „eine Streitmacht aufzubauen, auszurüsten und zu finanzieren, deren Einsetzbarkeit zwingend vom Wohlwollen des Deutschen Bundestages abhängen würde“.

35 BVerfGE 90, 286 (388) mahnt insoweit die *Erörterung* im Parlament an.

36 *Depenheuer* (Fn. 18), Art. 87 a Rn. 147.

## I. Modifikation des Parlamentsvorbehalts

Ein erster Ansatz zielt darauf ab, die Reichweite des Parlamentsvorbehalts einzuschränken oder das Entscheidungsverfahren anzupassen.

Deutschland könnte durch eine Änderung des Parlamentsbeteiligungsgesetzes, das den Parlamentsvorbehalt einfachgesetzlich konkretisiert, alle Einsätze im Rahmen der integrierten Verteidigungspolitik der Union vom Zustimmungserfordernis ausnehmen.<sup>37</sup> Die ermächtigende Wirkung des Parlamentsvorbehalts könnte grundsätzlich auch von einem Gesetz ausgehen, das Bundeswehreinätze nach den spezifischen Regeln der gemeinsamen Verteidigung erlaubt. Nach der Rechtsprechung muss der Bundestag allerdings in Kenntnis des jeweiligen „Gefahren- und Verstrickungspotential[s]“<sup>38</sup> über einen „konkreten Einsatz“ entscheiden; allenfalls sei eine abgestufte Beteiligung denkbar, wenn der Einsatz „durch ein vertraglich geregeltes Programm militärischer Integration vorgezeichnet ist“.<sup>39</sup> Der Parlamentsvorbehalt wäre jedoch auf den materiellen Gehalt des Art. 24 II GG reduziert und damit seiner Funktion beraubt, wenn man eine derartige Vorbestimmung für alle Einsätze im Rahmen der GSVP annähme. Eine gesetzliche Generalermächtigung würde sich nicht mehr begrenzend auf den Einsatz militärischer Gewalt auswirken. Auch soweit vertreten wird, Einsätze im Rahmen der – wohlgermerkt intergouvernementalen – GSVP stattdessen auf Art. 23 I GG zu stützen,<sup>40</sup> stünde nunmehr der umfassende Vorbehalt der „Libyen“-Entscheidung einem Verzicht auf die Parlamentszustimmung entgegen.

Als Minus zum gänzlichen Verzicht finden sich Vorschläge, zu Beginn einer Legislaturperiode „auf Vorrat“ Beschlüsse für zukünftige, im Einzelnen noch unbestimmte Einsätze im Rahmen der GSVP zu fassen.<sup>41</sup> Infolgedessen könnte sich die Bundeswehr für einen absehbaren Zeitraum an integrierten Verbänden beteiligen, ohne dass deren gemeinsamer Einsatz im Einzelfall noch unter einem Zustimmungsvorbehalt stünde. Blankobeschlüssen begegnen zunächst dieselben Bedenken wie bereits einer gesetzlichen Regelung – von der Zustimmung zum „konkreten Einsatz“ bliebe ebenso wenig übrig wie von der fortlaufenden Mitverantwortung des Bundestags.<sup>42</sup> Eine gleichwohl zulässige abgestufte Beteiligung des Bundestags an „vorgezeichneten“ Einsätzen erfordert einen qualitativen Mehrwert gegenüber dem, was bereits durch „Rahmen und Regeln“ eines Sicherheitssystems

(Art. 24 II GG) vorgegeben ist. In Betracht kommen daher nur unabhängig vom konkreten Anlass typisierbare Einsätze, worunter solche der bereits bestehenden Krisenreaktionskräfte (*EU Battle Groups*) fallen könnten. Diese Einheiten sind hinsichtlich Ausrüstung und Stärke klar umrissen, auf Einsätze von 30 bis 120 Tagen Dauer ausgelegt und können aufgrund dieser Konzeption nur bestimmte Aufträge wahrnehmen.<sup>43</sup> Die mit dem Prinzip der geteilten Verantwortung verbundenen großen Reformschritte oder gar eine „gemeinsamen Verteidigung“ lassen sich mit diesen Einschränkungen jedoch kaum vereinbaren.

Die verfassungsgerichtlichen Anforderungen an die Parlamentszustimmung lassen somit keinen Spielraum für Verfahrensänderungen, die die Bündnisfähigkeit signifikant stärken würden.

## II. Nachbildung des Parlamentsvorbehalts

Ein zweiter Ansatz zielt darauf ab, durch neue Legitimationsmechanismen auf europäischer Ebene die Funktion des Parlamentsvorbehalts nachzubilden und ein vergleichbares Legitimationsniveau zu gewährleisten.

Der naheliegende Gedanke, für integrierte Streitkräfte einen Einsatzvorbehalt des Europäischen Parlaments vorzusehen, erweist sich schnell als unzureichend. Das Europäische Parlament kann als supranationales Organ nur Handlungen von Trägern derselben Hoheitsgewalt legitimieren, also nur den Einsatz von Soldaten, die als Unionsbürger unmittelbar im Dienst der Union stünden.<sup>44</sup> Die GSVP ist bislang jedoch nicht einmal supranationalisiert, und selbst der weitreichende Vorschlag *Macrons*, die mitgliedstaatlichen Streitkräfte für den Dienst von Unionsbürgern zu öffnen,<sup>45</sup> ändert nichts an deren nationaler Zugehörigkeit.

Eine aussichtsreichere Anregung stammt aus der vorletzten Legislaturperiode des Bundestags, in der alle Fraktionen die Einrichtung einer „Interparlamentarischen Versammlung“ von Vertretern aller mitgliedstaatlichen Parlamente zur Kontrolle der GSVP vorgeschlagen haben.<sup>46</sup> Einsätze der GSVP könnten von der Zustimmung dieses Gremiums abhängig gemacht werden. Der Einsatz deutscher Soldaten wäre dann zum einen auf die Mitwirkung der Bundesregierung am einstimmigen Ratsbeschluss (Art. 42 IV EUV) und zum anderen auf die Mitwirkung von Vertretern des Bundestages an der Zustimmung der Interparlamentarischen Versammlung zurückzuführen. Der „Entscheidungsverbund“ würde sich also auf europäischer Ebene fortsetzen. Aus der Perspektive des Bundestagsplenums stellt sich ein solches Vorgehen jedoch als Delegation der Plenarzuständigkeit auf die entsandten Abgeordneten dar. Für die Zulässigkeit des

37 Auf diese Weise haben Ungarn, die Tschechische Republik, Bulgarien und die Slowakei anlässlich ihrer Beitritte den Parlamentsvorbehalt für Nato- und EU-geführte Einsätze abgeschafft, vgl. *Peters/Wagner*, *Zwischen Effizienz und Legitimität*, *Friedens-Warte* 2012, 69, 81 f.

38 BVerfGE 121, 135 (161); 140, 160 (192).

39 BVerfGE 90, 286 (387 ff.).

40 *Fährmann* (Fn. 15), S. 212 ff.

41 Vgl. BT-Plenar-Prot. 15/100 vom 25.3.2004, S. 8981 D; *Garais* (Fn. 34), 226; *Guttenberg*, *FAZ* vom 2.2.2007, S. 10; *Schockenhoff/Kiesewetter* (Fn. 34), 16; *Wiefelspütz*, *Hände weg vom Parlamentsheer!*, *Friedens-Warte* 2012, 16, 20.

42 Daran ändert auch ein „Rückholrecht“ nichts, das ohnehin kraft Verfassung besteht, vgl. BVerfGE 90, 286 (388): „Die Streitkräfte sind zurückzurufen, wenn es der Bundestag verlangt.“

43 Vgl. *Howorth*, *Security and defence policy in the European Union*, 2. Aufl. (2014), S. 84 ff.; *Lindstrom*, *EUISS Chaillot Paper Nr. 97*, Februar 2007, S. 15 ff.

44 Deren Einsatz unterläge ohnehin nicht dem grundgesetzlichen Parlamentsvorbehalt, vgl. *Fährmann* (Fn. 15), S. 251.

45 Vgl. *Macron* (Fn. 11), S. 4.

46 BT-DruckS. 17/5903 (CDU/CSU, FDP); BT-DruckS. 17/5389 (SPD); BT-DruckS. 17/5387 (LINKE); BT-DruckS. 17/5711 (GRÜNE).



damit einhergehenden Eingriffs in die Teilhaberechte der übrigen Abgeordneten hat das *BVerfG* in der „EFSF“-Entscheidung „besonders wichtige Gründe“ gefordert<sup>47</sup> und die Grenze bei solchen Entscheidungen gezogen, die nach der Wesentlichkeitstheorie ein förmliches Parlamentsgesetz erforderten.<sup>48</sup> Übertragen auf den Streitkräfteeinsatz folgt daraus, dass der Parlamentsvorbehalt nach seiner gegenwärtigen Dogmatik vom Plenum ausgeübt werden und sich als Verantwortungsübernahme *aller* Abgeordneten darstellen muss.

Für eine „Europäisierung“ des Parlamentsvorbehalts ist der Weg über die nationalen Abgeordneten somit zwar aussichtsreicher als über das Europäische Parlament, bedeutet aber zwingend Einbußen der Repräsentation und gewährleistet daher kein hinreichendes Legitimationsniveau.

### III. Status quo des Parlamentsvorbehalts

Die diskutierten Verfahrensänderungen scheitern, wie auch weitere Vorschläge<sup>49</sup>, an den verfassungsgerichtlichen Erfordernissen der Zustimmung zum *konkreten* Einsatz und der Rückführbarkeit der Entscheidung auf *alle* Abgeordnete. Dies gilt selbst unter der Einsicht, dass ein anderer Legitimationsmechanismus kein identisches, sondern allenfalls ein vergleichbares Legitimationsniveau gewährleisten kann. Die dogmatische Einbettung des Parlamentsvorbehalts in Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip lässt erkennen, wie hoch die Hürde für Veränderungen ist: Einer europäischen Einsatz-

entscheidung steht letztendlich Art. 79 III GG entgegen. Der 1994 eingeführte Parlamentsvorbehalt ist durch seine kontinuierliche Fortentwicklung in der Rechtsprechung so stark geworden, dass er jede Verschiebung der Verbandslegitimation für den Streitkräfteeinsatz verhindert.

### E. Deutschland und seine Verteidigung

Der Parlamentsvorbehalt ist zugleich Ausdruck einer Konstitutionalisierung der Verteidigungspolitik.<sup>50</sup> Das *BVerfG* hat Notwendigkeit und Verfahren der Parlamentsbeteiligung nicht nur als grundgesetzlich vorgegeben befunden, sondern sie dogmatisch mit der Wesentlichkeitstheorie aufgeladen und dadurch der Gestaltungsbefugnis selbst des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen. Das mag angesichts der Funktion des Parlamentsvorbehalts und seiner breiten Anerkennung als willkommene Entwicklung erscheinen, erweist sich aber als große Hürde für eine arbeitsteilige und spezialisierte GSVP: Für die Frage der Einsatzentscheidung bildet immer der Status quo die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen. Sollen die politischen Initiativen zur GSVP Erfolg haben, sind sie auf eine Weiterentwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung angewiesen – die eingangs erwähnte Vereinbarung sieht bereits vor, nationale Beschlussfassungsverfahren zu überprüfen.<sup>51</sup> Dafür ist die Offenheit des Grundgesetzes<sup>52</sup> gefragt: Es wäre neu zu vermessen, wie die gesellschaftliche Verantwortungsübernahme gelingen kann, wenn Verteidigung<sup>53</sup> unter dem Grundgesetz nicht länger eine Angelegenheit allein des deutschen Staates ist.

47 BVerfGE 130, 318 (360).

48 BVerfGE 130, 318 (351); vgl. *Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. (2007), § 101 Rn. 53.

49 Zur Entscheidung durch einen besonderen Ausschuss *Noetzel/Schreer* in: Mair (Hrsg.), SWP-Studie S. 27, Februar 2007, S. 35, 41 sowie die Gesetzentwürfe der FDP-Fraktion BT-DruckS. 16/3342, S. 4 und BT-DruckS. 15/1985, S. 6; zur Beteiligung nationaler Parlamente an Ratsentscheidungen *Jaeger*, Alle Macht dem Volk?, EuZW 2017, 127, 129.

50 Zum Begriff der Konstitutionalisierung im Kontext innerstaatlichen Rechts *Knauff*, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?, ZaöRV 2008, 453, 454 u. 456.

51 *Rat der Europäischen Union* (Fn. 4), Annex S. 3.

52 Vgl. *Schorkopf* (Fn. 24), § 1 Rn. 3 f.

53 Auch der Gegenstand einer solchen Verteidigung wird neu zu bestimmen sein, vgl. zur „neuen Relevanz“ der Landes- und Bündnisverteidigung *Bundesministerium der Verteidigung* (Fn. 8), S. 88 ff., 137 ff.

KARSTEN GIES\*

# Das Jugendgerichtsgesetz von 1923

Dieser Beitrag befasst sich mit dem Jugendgerichtsgesetz (JGG) von 1923 als erstem eigenständigem Jugendstrafrecht in Deutschland. Im Rahmen der strafrechtlichen Sonderbehandlung Jugendlicher konnten dabei spürbare Verbesserungen für diese erzielt werden. Dennoch wurde der angestrebte effektive Vorrang der Erziehungsmaßregel vor der Strafsanktion nicht konsequent verwirklicht.

## A. Einleitung

Das Jahr 1923 war geprägt von der Besetzung des Ruhrgebiets durch französische und belgische Truppen sowie der andauernden wirtschaftlichen Krise. Von der breiten Öffentlichkeit entsprechend wenig beachtet, wurde im selben Jahr das JGG verabschiedet. Dieses stellte das erste eigenständige Jugendstrafrecht in Deutschland dar und wirkt bis in die Gegenwart hinein.

Die strafrechtliche Andersbehandlung von jungen Menschen hatte zwar bereits eine mehrere Jahrhunderte alte Tradition, allerdings beschränkten sich entsprechende Sonderregelungen bis zum Erlass des JGG nur auf drei Paragraphen im allgemeinen Strafrecht: In § 55 RStGB war geregelt, dass die Grenze der absoluten Strafmündigkeit bei der Vollendung des 12. Lebensjahres lag. Bei jungen Tätern, welche das 12., aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatten, musste deren Einsichtsfähigkeit festgestellt werden (§ 56 RStGB). Lag diese vor, wurde nach dem Erwachsenenstrafrecht gestraft, wobei Strafmilderungen aus § 57 RStGB berücksichtigt werden mussten.<sup>1</sup> Diese Paragraphen wurden durch die umfassenden Regelungen des eigenständigen JGG ersetzt.

Darin wurden die Jugendlichen nicht länger als „kleine Erwachsene“, sondern als eigenständige soziale Gruppe begriffen,<sup>2</sup> der laut Art. 120 WRV ein Recht auf Erziehung zustand. Dies stellte ein Novum in der deutschen Strafgesetzgebung dar.

Die genaue Ausgestaltung wird dabei bis heute immer wieder diskutiert. Insbesondere nach Aufsehen erregenden

Taten wird über den staatlichen Umgang mit jungen Tätern gestritten. Häufige Aspekte sind dabei die Grenzen der Strafmündigkeit und Frage nach dem erforderlichen Maß an staatlicher Einwirkung, um weitere Taten in der Zukunft zu verhindern.

## B. Inhalt des Jugendgerichtsgesetzes<sup>3</sup>

Die Tatbestandsmäßigkeit des JGG bemaß sich nach dem RStGB, insofern handelte es sich beim JGG um ein reines Rechtsfolgenstrafrecht.

Jugendliche im Sinne des Gesetzes waren Personen zwischen dem vollendeten 14. und 18. Lebensjahr (§ 1 JGG). Für die Strafbarkeit mussten weiterhin „sittliche Reife“ und Einsichtsfähigkeit positiv festgestellt werden (§ 3 JGG).

Das JGG sah einen abschließenden Katalog an Erziehungsmaßregeln sowie für den Fall einer Verurteilung eine Reihe von Erleichterungen gegenüber den ansonsten anwendbaren Strafen aus dem Erwachsenenstrafrecht vor. Insbesondere wurde für Jugendliche die mit Auflagen kombinierbare Bewährungsstrafe eingeführt (§ 10 I JGG) und die Möglichkeit geschaffen, trotz strafwürdigen Verhaltens das Verfahren gegen Jugendliche aus Opportunitäts Erwägungen einzustellen (§ 9 IV JGG) oder von vornherein von einer Klageerhebung abzusehen (§ 32 II JGG).

Nach § 6 JGG waren die Strafen zugunsten der Erziehungsmaßregeln grundsätzlich subsidiär. Besondere praktische Bedeutung hatten die Erziehungsmaßregeln Verwarnung, Auferlegung besonderer Pflichten und die Fürsorgeerziehung. Bei der Verwarnung handelte es sich um einen mündlichen Appell des Gerichts an den Jugendlichen. Die Auferlegung besonderer Pflichten ließ dem Gericht den größten Spielraum, sie fand ihre Grenze lediglich in den Grundrechten der Reichsverfassung.<sup>4</sup> Im Rahmen der Fürsorgeerziehung wurden Jugendliche zur Beseitigung einer „Verwahrlosung“ in eine geeignet erscheinende fremde Familie überstellt oder in eine geschlossene Fürsorgeerziehungsanstalt eingewiesen.

In Fachkreisen wurde das JGG grundsätzlich begrüßt, allerdings in einzelnen Punkten auch deutlich kritisiert.<sup>5</sup> Justizminister Radbruch fasste die Stimmung zusammen, indem er schrieb: „Das Gesetz ist gewiß [sic] ein hochehrfreudlicher Fortschritt, aber seit langem [sic] nicht mehr ein kühner Wurf.“<sup>6</sup>

\* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin. Zuvor studierte er Geschichte und Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und arbeitete am Lehrstuhl von Prof. Dr. Eva Schumann. Für diesen Beitrag wurde die ursprüngliche Studienarbeit im Schwerpunkt „Historische und philosophische Grundlagen des Rechts“ bei Prof. Dr. Eva Schumann gekürzt.

1 Roth, Die Entstehung des Jugendstrafrechts. Das Problem der strafrechtlichen Behandlung von Jugendlichen vor dem ersten Weltkrieg, ZNR 1991, 17 f.

2 Kraft, Tendenzen in der Entwicklung des Jugendstrafrechts seit der Jugendgerichtsbewegung, Frankfurt a. M. (2004), S. 22; Fritsch, Die jugendstrafrechtliche Reformbewegung (1871–1923). Die Entwicklung bis zum ersten Jugendgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Diskussion um die Altersgrenzen der Strafmündigkeit, Freiburg (1999), S. 117.

3 RGBl. 1923 I, S. 135 ff.

4 Radbruch, Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923 (RGBl. I. S. 135), Zbl. 1922/1923, 249, 252.

5 DVJJ (Hrsg.), Verhandlungen des 6. deutschen Jugendgerichtstages. Heidelberg 17.–19. September 1924, Berlin (1925), S. 17, 31 f., 40.

6 Radbruch (Fn. 4), 251.

## C. Umsetzung in der Praxis

### I. Die Institutionen

Zur Umsetzung des Erziehungsgedankens im JGG stützte sich dieses auf verschiedene bereits vorhandene Institutionen.

#### 1. Jugendgerichtshilfe

Mit der Einführung des JGG wurde die bereits bestehende Jugendgerichtshilfe erstmals gesetzlich normiert und durch den Anschluss an das Jugendamt somit institutionalisiert. Die Aufgabe der Jugendgerichtshilfe bestand darin, die Jugendgerichte bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen. Diese Unterstützung wurde von einer Vielzahl zunächst privater, später auch öffentlicher Jugendfürsorgeorganisationen übernommen, deren kollektive Tätigkeit unter dem Oberbegriff Jugendgerichtshilfe zusammengefasst wurde.<sup>7</sup>

Während der Hauptverhandlung beriet die Jugendgerichtshilfe das Gericht bei der Frage nach der angemessenen staatlichen Erziehungs- oder Strafsanktion gegen den Jugendlichen. Die Haupttätigkeit der Jugendgerichtshilfe begann jedoch erst mit dem Abschluss der Hauptverhandlung. Dabei übernahm sie eine Mittlerrolle zwischen der Jugendfürsorge und der Jugendstrafrechtspflege.<sup>8</sup>

Durch die neuen Sanktionsmöglichkeiten des JGG erweiterte sich das bisherige Aufgabenfeld der Jugendgerichtshilfe – Durchführung der Schutzaufsicht<sup>9</sup> sowie der Fürsorgetätigkeit – um die Kontrolle der verhängten besonderen Verpflichtungen sowie die Entlassenenfürsorge nach längeren Freiheitsstrafen.<sup>10</sup>

Bei der Herausbildung der Jugendgerichtshilfe in der Praxis gab es deutliche regionale Unterschiede. In den großen Städten war das System der Jugendgerichtshilfen bereits vor dem Erlass des JGG gut ausgebaut und selbst der im JGG normierte Anschluss der Jugendgerichtshilfe an das Jugendamt wurde dort bereits teilweise praktiziert.<sup>11</sup> Für den ländlichen Bereich wurde bisweilen beklagt, dass die Praxis der Jugendgerichtshilfe, sofern überhaupt vorhanden, aufgrund der großen Entfernungen nicht an den Standard der Städte heranreiche.<sup>12</sup> Von Seiten der Jugendgerichtshilfe wurde indes beklagt, dass sie über zu wenig Mitarbeiter verfüge, um

den ihr übertragenen Aufgaben bei der Durchführung der Erziehungsmaßnahmen gerecht werden zu können.<sup>13</sup>

#### 2. Fürsorgeerziehung

Die Fürsorgeerziehung ging aus den zu Beginn des 19. Jahrhunderts entstandenen Rettungshäusern hervor. Dabei handelte es sich um eine kirchliche Reaktion auf den durch die Industrialisierung bedingten gesellschaftlichen Wandel. Rettungshäuser waren geschlossene Einrichtungen, die das Ziel verfolgten, „verwahrlosten“ Jugendlichen den christlichen Glauben und die Werte der traditionellen gesellschaftlichen Ordnung zu vermitteln.<sup>14</sup>

Die Fürsorgeerziehung sollte bei den Jugendlichen eine dauerhafte Verhaltensänderung herbeiführen. Unabhängig von der Trägerschaft war der Alltag in den geschlossenen Fürsorgeerziehungsanstalten geprägt von strikter Disziplin, erzieherischer Willkür, schlechter Versorgung, harter körperlicher Arbeit und Gewalt.<sup>15</sup> Aufgrund dieser Umstände und der Einweisung auf unbestimmte Zeit zogen die Jugendlichen der geschlossenen Fürsorgeerziehung meist eine Gefängnisstrafe vor.<sup>16</sup>

Gegen Ende der 1920er Jahre geriet die Fürsorgeerziehung durch das öffentliche Bekanntwerden der Zustände in eine legitimatorische Krise. Bedingt durch die seit 1929 allgegenwärtigen wirtschaftlichen Probleme und die damit einhergehenden Kürzungen im Bereich der sozialen Sicherung wurde die Krise der Fürsorgeerziehung noch verschärft.<sup>17</sup>

Aus finanziellen Gründen wurde per Notverordnung beschlossen, das späteste Entlassungsalter von 21 auf 19 Jahre zu senken.<sup>18</sup> Final erschwert wurde die Situation der Fürsorgezöglinge 1931 durch die Anhebung des Mindestalters für den Bezug von Arbeitslosengeld auf 21 Jahre. In Zeiten der allgemeinen Wirtschaftskrise bedeutete die Entlassung aus der Fürsorgeerziehung für die Jugendlichen folglich eine Entlassung in die soziale Unsicherheit und somit oftmals in die Kriminalität.

Dieser Umstand war im Diskurs um die Sinnhaftigkeit der Entlassung aus der Fürsorgeerziehung umstritten, da die Kosten für die geschlossene Unterbringung zwar bei der Fürsorgeerziehung eingespart würden, aber gleichzeitig im

7 *Polligkeit*, Die Jugendgerichtshilfe in Frankfurt a. M., ihre Aufgaben, Organisation und Wirksamkeit, Freudenthal (Hrsg.), Das Jugendgericht in Frankfurt a. M. (1912), S. 35 ff.

8 *Fritsch* (Fn. 2), S. 66; *Polligkeit* (Fn. 7), S. 57.

9 Im Rahmen der Schutzaufsicht wurden den Erziehungsberechtigten Mitarbeiter der Jugendgerichtshilfe beiseite gestellt, welche aktiv bei der Erziehung mitwirken sollten.

10 *Haeckel*, Jugendgerichtshilfe, Berlin (1927), S. 31, 74.

11 Vgl. dazu für Berlin v. d. *Leyen*, Berliner Jugendgerichtshilfe, ZStW 1922, 62.

12 *Bose*, Schwierigkeiten für die Jugendgerichtshilfe auf dem Lande, Zbl. 1927/1928, 322 ff.; *Giese*, Jugendgerichtshilfe auf dem Lande, Zbl. 1930/1931, 239, 240.

13 v. *Liszt*, Berliner Jugendgerichtshilfe 1923 und 1924, ZStW 1926, 300, 307; *dies*, Die Kriminalität der Jugendlichen in Berlin, Bericht der Jugendgerichtshilfe des Landesjugendamtes Berlin, ZStW 1927, 459, 466.

14 *Oberwittler*, Von der Strafe zur Erziehung? Jugendkriminalpolitik in England und Deutschland (1850–1920), Frankfurt a. M. (2000), S. 123.

15 *Peukert*, Grenzen der Sozialdisziplinierung. Aufstieg und Fall der deutschen Jugendfürsorge 1878–1932, Köln (1986), S. 240 ff.

16 *Behnke*, „Lieber ins Gefängnis als in die Erziehungsanstalt“, Zbl. 1923/1924, 54, 55 f.; *Gentz*, Grundsätze des Strafvollzuges an Jugendlichen, Die deutsche Schule (1927), 585, 590.

17 *Guse/Kohrs*, Die „Bewahrung“ Jugendlicher im NS-Staat. Ausgrenzung und Internierung am Beispiel der Jugendkonzentrationslager Moringen und Uckermark, Liebenau (1984), S. 21.

18 RGBl. 1932 I, S. 522 f.; RGBl. 1932 I, S. 531.

Bereich der öffentlichen Sicherheit wieder investiert werden müssten.<sup>19</sup>

### 3. Jugendgefängnisse

Durch das JGG wurde zudem der eigenständige Jugendstrafvollzug institutionalisiert. Insbesondere die an erzieherischen Maßstäben ausgerichtete Strafverbüßung stellte eine Neuerung dar.

Ihren Anfang nahm die Sonderbehandlung Jugendlicher im Strafvollzug mit der Einrichtung des ersten Jugendgefängnisses in Wittlich. Dieses verfolgte schon 1912 den Ansatz, neben der im Vordergrund stehenden Strafe, erzieherische Elemente in den Gefangenenalltag zu integrieren.<sup>20</sup> Diese erzieherische Komponente umfasste die Anstellung eines hauptamtlichen Fürsorgers sowie der Einführung eines „progressiven“ Stufenstrafvollzugs.<sup>21</sup> Letzterer bestand darin, dass sich die Inhaftierten abhängig von ihrer Führung in einem dreistufigen System Privilegien verdienen oder verlieren konnten. Erziehungsziel war, den Willen der Inhaftierten zu beugen und ihn dazu zu bringen, „ohne Widerspruch zu gehorchen und die Autorität über sich anzuerkennen“. Erziehungsmittel waren dabei militärischer Drill und körperliche Arbeit, wobei hierbei darauf geachtet wurde, dass die Jugendlichen für eine Arbeit nach ihrer Entlassung qualifiziert wurden.<sup>22</sup> Die in Wittlich erprobten Maßnahmen wurden teilweise von anderen deutschen Jugendgefängnissen übernommen.<sup>23</sup>

Bis zum Ende der 1920er Jahre gab es in Deutschland fünf Jugendgefängnisse sowie eine Vielzahl eigenständiger Jugendabteilungen in Erwachsenenstrafanstalten. Dennoch gab es noch Gefängnisse, in denen weder eine Trennung von Jugendlichen und Erwachsenen vorgenommen, noch Erziehungsarbeit geleistet wurde. In diesem Punkt wurden die gesetzlichen Regelungen nicht vollständig realisiert, wovon insbesondere weibliche Jugendliche betroffen waren.<sup>24</sup>

Die Einweisungspraxis in die Jugendgefängnisse und in die Fürsorgeerziehungsanstalten bedingten sich gegenseitig. Nach Erlass des JGG ging die Zahl der tatsächlich vollstreckten Gefängnisstrafen deutlich zurück, während die Einweisungszahlen in die Fürsorgeerziehung in vergleichbarem Umfang stiegen. Als die Zöglingszahlen in der Fürsorgeerziehung in Folge der Notverordnungen von 1932 wieder deutlich zurückgingen, stieg die Zahl der Gefängnisstrafen

erneut an.<sup>25</sup> Insofern bestätigten sich die Bedenken der Kritiker hinsichtlich der Einsparungen in der Fürsorgeerziehung.

### II. Die Sanktionspraxis

Die Sanktionspraxis wurde von der Reichskriminalstatistik sowie durch eigene Umfragen der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen (DVJJ) und der Jugendgerichtshilfe Berlin statistisch erfasst. Die Daten sind jedoch teils unvollständig oder wenig differenziert, weshalb sie lediglich eine Indikatorfunktion haben können.<sup>26</sup>

Insgesamt zeigt sich ein deutlicher Rückgang der Verurteilungen. Dies liegt insbesondere daran, dass es nun möglich war, bei kleinen Verfehlungen von einer Strafverfolgung abzusehen. Im Falle einer Verurteilung blieben die Richter jedoch meist bei ihrer bisherigen Sanktionspraxis und verhängten in ca. 80 % der Fälle eine Strafe, meist Geld- oder kurze Freiheitsstrafen von unter drei Monaten. In ca. 75 % der Fälle wurde die Freiheitsstrafe allerdings im Urteil zur Probe ausgesetzt. Insofern wurde zumindest die zuvor kritisierte Verbüßung kurzer Haftstrafen deutlich seltener.<sup>27</sup>

In etwa 30 bis 40 % der Fälle wurde eine Erziehungsmaßregel verhängt. Innerhalb der Erziehungsmaßregeln differenziert die Reichskriminalstatistik nicht. Aus den von der DVJJ erhobenen Daten für die Jahre 1925 und 1926 geht hervor, dass die Verwarnung (33,3 %) und die Schutzaufsicht (38,4 %) die häufigsten Erziehungsmaßregeln waren. Weiterhin relevant sind die Auferlegung besonderer Pflichten (15,4 %), häufig eine Geldbuße, und die Fürsorgeerziehung (8,3 %) gewesen.

Die einzige über einen längeren Zeitraum differenzierende Statistik ist die der Jugendgerichtshilfe Berlin. Diese zeigt, dass die 1926 zunächst am häufigsten verhängte Schutzaufsicht (48,2 %) im Laufe der Zeit an Bedeutung verlor und 1930 auf knapp 30 % zurückging. Auch die Verhängung besonderer Pflichten nahm an Bedeutung, von 35 % auf 25 %, ab. Die Verwarnung hingegen wurde 1924 in 25 % der Fälle ausgesprochen, während ihr Anteil 1930 bei 50 % lag.<sup>28</sup>

In Bezug auf die Fürsorgeerziehung täuschen die Statistiken insofern, als dass lediglich die im Urteil verhängten Einweisungen ausgewiesen werden. In der Praxis wurde das Verfahren häufig an das Vormundschaftsgericht verwiesen, welches anschließend die Fürsorgeerziehung angeordnete. Auf diese Weise werden die meisten tatsächlich verhängten Einweisungen nicht in der Statistik ausgewiesen.<sup>29</sup> Die praktische

<sup>19</sup> Peukert (Fn. 15), S. 255.

<sup>20</sup> Allerdings nur für 18 bis 20-Jährige. Also gerade nicht Jugendliche im eigentlichen Sinne.

<sup>21</sup> Dörner, Erziehung durch Strafe. Die Geschichte des Jugendstrafvollzugs von 1871-1945, Weinheim (1991), S. 56.

<sup>22</sup> Preußisches Ministerium des Innern (Hrsg.), Das Jugendgefängnis in Wittlich, Berlin (1917), S. 7 ff.

<sup>23</sup> Vgl. Steuck, Das Jugendgefängnis Neumünster, Zbl. 1929/1930, 256, 257 ff.; ders., Preußisches Jugendgefängnis Neumünster, Zbl. 1927/1928, 14 ff.

<sup>24</sup> Dörner, Erziehung durch Strafe. Die Institutionalisierung des Jugendstrafvollzugs zwischen 1923 und 1943, DVJJ-Journal (1991), 204, 206.

<sup>25</sup> Gentz (Fn. 16), 589 f.; Bondy, Fragen der Strafzumessung bei jungen Rechtsbrechern, JW 1932, 1707, 1708.

<sup>26</sup> Schady, Praxis des Jugendstrafrechts in der Weimarer Republik. Die Umsetzung des Jugendgerichtsgesetzes von 1923 im Spiegel der Statistiken und Akten, Baden-Baden (2003), S. 51 ff., 102 f.; van Dühren, Kriminalstatistik der Jugendlichen 1925 und 1926, ZStW 1929, 255, 289.

<sup>27</sup> Stolp, Eine geschichtliche Entwicklung des Jugendstrafrechts von 1923 bis heute. Eine systematische Analyse der Geschichte des Jugendstrafrechts unter besonderer Berücksichtigung des Erziehungsgedankens, Baden-Baden (2015), S. 33.

<sup>28</sup> Schady (Fn. 26), S. 120, 123, 125.

<sup>29</sup> Poelchau, Kriminalstatistik der Jugendlichen von 1927 und 1928, ZStW 1931, 84, 114 f.

Bedeutung der Fürsorgeerziehung dürfte folglich deutlich höher gewesen sein.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass im Verhältnis Strafe – Erziehungsmaßregel die Strafe bei den Richtern auch weiterhin die verbreitetere Sanktionsform blieb. Für diesen Umstand des effektiven Strafvorrangs vor der Erziehungsmaßregel gibt es verschiedene Erklärungsansätze.

In der Praxis wurden Geldstrafen deutlich häufiger verhängt als Geldbußen, obwohl die direkte Bedeutung für die Betroffenen – Zahlung eines bestimmten Geldbetrages – zunächst identisch war. Eine mögliche Erklärung ist, dass Geldstrafen, im Unterschied zu Geldbußen, mit Zwang durchgesetzt werden konnten. Erschwerend kam hinzu, dass gemäß § 39 JGG durch Strafbefehl nur Geldstrafen und keine Geldbußen verhängt werden konnten.<sup>30</sup>

Tatsächlich könnte der Vorrang des Erziehungs- vor dem Strafgedanken an der Richterschaft gescheitert sein. Diese hatten keine spezielle Ausbildung, waren zuvor meist im Erwachsenenstrafrecht tätig und richteten ihr Handeln oftmals noch nach den klassischen Strafzwecken von Vergeltung, Sühne und Schuldausgleich aus. Erschwerend kam hinzu, dass die Jugendgerichtshilfe nicht überall gleich gut aufgestellt war, und somit eine effektive Durchführung der Erziehungsmaßregeln nur teilweise gewährleistet werden konnte. Dieser Umstand könnte bei einigen Jugendgerichten auch dazu geführt haben, die Erziehungsmaßregeln nachrangig anzuwenden.<sup>31</sup>

### III. Kritik am JGG

Neben Zustimmung rief das JGG auch Kritik und Verbesserungsvorschläge hervor.

Als für die Umsetzung des Erziehungsgedankens in die Praxis besonders wichtig wurde die Handhabung der gesetzlichen Regelungen durch die praktischen Rechtsanwender ausgemacht.<sup>32</sup> Entsprechend seien die im Bereich des Jugendrechts tätigen Juristen neben ihrer juristischen Fachausbildung auch pädagogisch und psychologisch auszubilden. Um überhaupt ausreichend geeignete Juristen für eine Tätigkeit im Bereich des Jugendstrafrechts zu motivieren, wurde angeregt, die Besoldung und die Aufstiegschancen für Jugendrichter und Jugendstaatsanwälte zu verbessern.<sup>33</sup>

Kritik am Gesetz selbst wurde an den im JGG normierten Altersgrenzen geübt sowie eine konsequentere Umsetzung des Erziehungsgedankens gefordert. Diskutierte Fragen wa-

ren die Grenze der absoluten Strafunmündigkeit sowie die im Strafvollzug bereits bestehende Sonderbehandlung der 18- bis 20-Jährigen.<sup>34</sup>

Die Forderungen entwickelten sich dabei hauptsächlich entlang der Berufsgruppen. Während die Juristen die bisherige Regelung beibehalten wollten und die Mediziner uneins waren, sprachen sich die Pädagogen klar für eine Erhöhung der Altersgrenze aus.<sup>35</sup> Anliegen der Pädagogen war hierbei nicht die Abschaffung staatlicher Reaktionen auf die Straftaten Jugendlicher, sondern vielmehr die Abschaffung der Strafe zugunsten der Erziehungsmaßregeln.<sup>36</sup>

Gegen die Anhebung der absoluten Strafunmündigkeitsgrenze wurde eingewandt, dass auf anderen Gebieten der Eintritt in die Erwachsenenwelt mit üblicherweise 14 Jahren erfolgte. Argumente gegen die völlige Abschaffung der Strafe waren die deutlich besseren Rechtsgarantien für die Betroffenen in einem Strafverfahren. Außerdem würden die Erziehungsmaßregeln von den Betroffenen meist ebenso als Strafe empfunden. Die Bezeichnung sei daher letztlich irrelevant.<sup>37</sup>

Ein weiterer Nachteil der Praxis der Verhängung von Geld- sowie kurzer zur Bewährung ausgesetzter Freiheitsstrafen war der Strafregistereintrag.<sup>38</sup> Zur Wahrung beruflicher Perspektiven wurde entsprechend die Möglichkeit der Löschung des Eintrags gefordert.<sup>39</sup>

Aufgrund der mangelnden Mitarbeit der zunehmend stärker werdenden radikalen Parteien im Reichstag wurden am JGG bis zur Machtübernahme der Nationalsozialisten auf dem Weg der ordentlichen Gesetzgebung jedoch keine Änderungen mehr vorgenommen.<sup>40</sup>

### D. Fazit

Das JGG von 1923 stellte eine Revolution im deutschen Strafrecht dar und war dennoch nur ein Kompromiss. Es brach mit bis dato fundamentalen Grundsätzen der Strafrechtspflege wie der Vergeltungsstrafe und dem Legalitätsprinzip und verband das Strafrecht mit präventiv ausgerichteten Maßnahmen. Dafür normierte es mit den Jugendgerichten, der Jugendgerichtshilfe und dem eigenständigen Jugend-

<sup>30</sup> Francke, Das Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923, 2. Auflage (1926), S. 46.

<sup>31</sup> Schady (Fn. 26), S. 122, 127.

<sup>32</sup> Vgl. Francke, Psychologisch-pädagogische Fortbildung von Richtern und Staatsanwälten in Jugendsachen. Sonderkurs der Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen, Zbl. 1925/1926, 113.

<sup>33</sup> DVJJ (Hrsg.), Die Durchführung des Jugendgerichtsgesetzes als Personenfrage. Bericht über die Verhandlungen des 7. deutschen Jugendgerichtstages (8.–10. September 1927 in Stuttgart), Berlin (1928), S. 45 ff., S. 72, 79.

<sup>34</sup> Francke, Zum gegenwärtigen Stande des Jugendstrafvollzugs in Deutschland, Zbl. 1925/1926, 166.

<sup>35</sup> Hartung, FS von Frank (1930), S. 539, 544 f.; Weblor, Zur Problematik des Jugendgerichts. Eine Dublik, Zbl. 1930/1931, 1.

<sup>36</sup> Hartung (Fn. 35), S. 546. Grundsätzlich ablehnend gegenüber Zwang in der Erziehung Heller, Die Reform des Jugendgerichts, MschKr 1930, 22, 24.

<sup>37</sup> Hartung (Fn. 35), S. 546 f.; Dörner, Bestrafung „Frühreifer“ und Erziehung „Unreifer“. Die Geschichte des Strafunmündigkeitsalters in den drei deutschen Jugendgerichtsgesetzen 1923, 1943, und 1953, ZNR 1994, 58, 59 ff.

<sup>38</sup> Van Dühren (Fn. 26), 283.

<sup>39</sup> Kantorowicz, Zur Durchführung des JGG und RJWG. Strafregister, polizeiliche Strafbefehle, Schutzaufsicht, Zbl. 1925/1926, 106; DVJJ (Fn. 5), S. 48 f.

<sup>40</sup> Marxen, Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre, Berlin (1975), S. 79 f.

strafvollzug erstmals Institutionen der staatlichen Sonderbehandlung Jugendlicher. Dennoch wurde es durch die Beibehaltung der Strafsanktion nicht zu einem reinen Erziehungsstrafrecht.

Der Wert des JGG hing maßgeblich von ihm nicht inhärenten Faktoren, in erster Linie der Rechtsanwendung, ab. Diese hatte bei der Reaktion auf strafrechtlich relevantes Jugendverhalten bis dato ungekannte Ermessensspielräume. Im Falle einer tatsächlichen Sanktionierung blieben die Gerichte dabei allerdings ihrer bisherigen Praxis treu.

Die Frage um das Verhältnis von Erziehung und Strafe war wesentlicher Gegenstand der das JGG bis heute begleitenden wissenschaftlichen Diskurse. Die Positionen reichten dabei von der Repressionslogik der klassischen Straftheorien über „Erziehung durch Strafe“, „Erziehung neben der Strafe“ bis hin zu „Erziehung statt Strafe“. Das Verständnis der Begriffe „Strafe“ und „Erziehung“ beschränkte sich da-

bei zumeist auf die Klassifizierung als „reaktive“ oder „präventive“ Maßnahme.

Diese Diskurse waren jedoch rein akademischer Natur und fanden abseits der Realitäten der betroffenen Jugendlichen statt. Diese empfanden die Erziehungsmaßregeln oft als schlimmer, weil eingriffsintensiver, als die klassischen Strafen. Unabhängig von ihrer offiziellen Bezeichnung ist davon auszugehen, dass jede ungewollte Veränderung der tatsächlichen Lebensumstände als Strafe empfunden wurde. Eine konsistente Lösung für eine ohne diese gefühlten Strafen auskommende Erziehung konnte bis heute nicht angeboten werden.

Trotz seiner Schwächen legte das JGG von 1923 durch seine Normierung grundlegender, bis heute bestehender Institutionen den Grundstein für eine strafrechtliche Sonderbehandlung Jugendlicher. Die dem Diskurs zugrunde liegenden Argumente haben dabei nichts an Aktualität eingebüßt.

LUISE GOGOLOK\* UND JAKOB SCHÜNEMANN†

## Mietvertragsanfechtung wegen politischer Gesinnung?

Anmerkung zum Urteil des Amtsgerichts Göttingen vom 24. 10. 2017 (AZ: 18 C 41/17)

Das Urteil des AG Göttingen vom 24. 10. 2017<sup>1</sup> war Gegenstand der Berichterstattung in zahlreichen regionalen und überregionalen Medien.<sup>2</sup> Die vorliegende Anmerkung führt zunächst kurz in die Problematik des Falles ein und stellt anschließend das Urteil dar, wobei bewusst politisch neutral formuliert wird. Sodann sollen das Urteil und das Problem analysiert und bewertet werden.

### A. Der Sachverhalt

*(Eine korrekte Tatsachenfeststellung des Gerichts ist unterstellt.)*

Die Vermieterin V schloss im Juni 2016 mit dem P einen Mietvertrag über eine Mietwohnung in Göttingen. Das Mietverhältnis begann zum Juli 2016. In § 13 des Mietvertrages wurde aufgenommen, dass dem V bekannt ist, dass P die Wohnung dauerhaft seinem Sohn S zur Nutzung überlässt.

Kurz nachdem das Mietverhältnis begonnen hatte, wurde der V bekannt, dass es sich bei S um einen Aktivisten einer Partei handelt, die in der Vergangenheit bereits häufiger durch kontroverse Äußerungen in Erscheinung trat, und der S in einer extremistischen Gruppierung aktiv ist. Im Laufe des Jahres 2016 kam es zu Sachbeschädigungen und Brandstiftungen durch Dritte im Bereich des Hauses. Diese Taten standen offensichtlich im Zusammenhang mit den politischen Aktivitäten des S. In dem Wohnhaus, in dem der S zuvor lebte, kam es bereits zu ähnlichen Aktionen. Sowohl dem S als auch dem P war daher bereits vor Abschluss des Mietvertrages bekannt und bewusst, dass S selbst Anziehungspunkt politischer Gewalt ist und auch in Zukunft sein wird.

V erklärte mit einem Schreiben vom Januar 2017 die Anfechtung des Mietvertrages gegenüber P. Sie begründet dies damit, dass sie bei Abschluss des Mietvertrages nicht darüber in Kenntnis gesetzt worden sei, um wen es sich bei S tatsächlich handelt. V beantragte, dass P und S gesamtschuldnerisch dazu verurteilt werden, die Wohnung zu räumen. P und S beantragten dagegen die Klage der V abzuweisen. Zur Begründung führten sie aus, dass keine arglistige Täuschung vorliege, da S sich bereits bei der Wohnungsbesichtigung

vor Vertragsschluss namentlich bei V vorgestellt habe, weshalb sie auch schon den Namen des S kannte. Die Klägerin hätte sich bei Interesse über die Identität des S einfach erkundigen können, was jedoch nicht geschah. Des Weiteren würden weder die politische Gesinnung des S noch dessen politische Aktivitäten eine Kündigung des Mietverhältnisses rechtfertigen, da sowohl die Handlungsfreiheit als auch das Recht auf freie Meinungsäußerung verfassungsrechtlich geschützt seien. Sachbeschädigungen durch Dritte seien dem S schließlich nicht zurechenbar.

### B. Einführung in das Problem

Die V hat ihre auf den Abschluss des Mietvertrages gerichtete Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 I BGB angefochten. Eine Anfechtung nach § 123 II BGB (Täuschung durch Dritte) kommt hingegen nicht in Betracht, da auch S durch sein Nutzungsrecht aus dem Mietvertrag am Rechtsgeschäft beteiligt und daher kein Dritter i. S. d. des § 123 II BGB ist.<sup>3</sup>

Das Schutzgut des § 123 BGB ist die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit.<sup>4</sup> Eine Willenserklärung ist nur dann auch Ausdruck einer rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung, wenn sich die Willensbildung frei von Täuschung oder Drohung formiert hat.<sup>5</sup> Eine wirksame Anfechtung hätte die Folge, dass die Willenserklärung der V gemäß § 142 I BGB ex tunc unwirksam wäre, auch wenn es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt und gewisse Abwicklungsschwierigkeiten auftreten.<sup>6</sup> Der Mietvertrag wäre mangels Einigung nicht wirksam abgeschlossen. P und S hätten aus dem Mietvertrag dann kein Besitzrecht an der Wohnung gemäß § 986 BGB und müssten die Wohnung gemäß § 985 BGB an V herausgeben, indem sie diese räumen.

Eine wirksame Anfechtung nach § 123 I BGB setzt zunächst voraus, dass die arglistige Täuschung einen Irrtum über Umstände bei der getäuschten Person hervorgerufen hat, der zumindest mitbestimmend (kausal) für die Abgabe der Willenserklärung war.<sup>7</sup> Täuschung ist dabei das bewusste Vorspiegeln, Entstellen oder Verschweigen von Umständen, um einen Irrtum zu erregen oder aufrecht zu erhalten.<sup>8</sup>

\* Luise Gogolok studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen mit dem Schwerpunkt Kriminalwissenschaften.

† Jakob Schünemann arbeitet als studentische Hilfskraft am ehemaligen Institut für Allgemeine Staatslehre und Politische Wissenschaften und studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

1 AG Göttingen Urt. v. 24. 10. 2017 – 18 C 41/17, BeckRS 2017, 132201; WuM 2017, 702 f.

2 Vgl. etwa *Die Welt/äpa-infocom GmbH*, Veröffentlichung vom 6. 11. 2017, „Mieter muss Gefährdung durch Extremisten angeben“, <https://www.welt.de/regionales/niedersachsen/article170385369/Mieter-muss-Gefahr-durch-Extremisten-angeben.html>, zuletzt abgerufen am 4. 2. 2018.

3 Erman/*Arnold*, BGB, 15. Auflage (2017), § 123 Rn. 33.

4 *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 15. Auflage (2017), Rn. 416; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 26. Auflage (2017), Rn. 149; *Leipold*, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 9. Auflage (2017), § 19 Rn. 1.

5 Palandt/*Ellenberger*, BGB, 77. Auflage (2018), § 123 Rn. 1; BGH, NJW 2007, 1058; BGH, NJW 2012, 296.

6 *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Auflage (2017), Rn. 435.

7 Palandt/*Ellenberger* (Fn. 5), § 123 Rn. 24.

8 BGHZ 169, 109 (115); Dauner-Lieb/Heidel/Ring/Dörner, Nomos Kommentar BGB, 9. Auflage (2017), § 123 Rn. 2; *Musielak/Hau* (Fn. 4), Rn. 417; *Leipold* (Fn. 4), § 19 Rn. 2.

Vorliegend kommt dabei nur eine Täuschung durch Unterlassen in Betracht, die jedoch das Bestehen einer Aufklärungspflicht über die betreffenden bedeutsamen Umstände voraussetzt.<sup>9</sup>

Durch Unterlassen können daher nur solche Personen täuschen, denen eine Aufklärungspflicht zukommt. Das Vorliegen einer solchen Aufklärungspflicht ist die entscheidende Frage im vorliegenden Sachverhalt. Sie ist daher Schwerpunkt des Urteils und auch Schwerpunkt der hier folgenden Bewertung und Beurteilung.

### C. Das Urteil

Nach Ansicht des AG Göttingen besteht eine Aufklärungspflicht „hinsichtlich solcher Umstände und Rechtsverhältnisse mit Bezug auf die Mietsache, die von besonderer Bedeutung für den Entschluss des Vermieters zur Eingehung des Vertrages sind und deren Mitteilung nach Treu und Glauben erwartet werden darf“.<sup>10</sup>

Ausdrücklich weist das Gericht darauf hin, dass diese Aufklärungspflicht keineswegs hinsichtlich der politischen Überzeugung des S bestehe und dieser sich nicht gegenüber potenziellen Vermietern „offenbaren“ müsse. Die Aufklärungspflicht begründe sich nicht in dessen politischer Überzeugung. Sie beziehe sich vielmehr ausschließlich auf den Umstand, dass er wusste, Zielscheibe politischer Gewalt zu sein, die sich auch gegen die durch ihn bewohnte Wohnung richten würde.<sup>11</sup>

Diese, auch gegen seine Wohnung gerichtete Gewalt sei für die Vermieterin als Eigentümerin der Immobilie von so erheblicher Bedeutung, dass über diesen Umstand auch ungefragt zwingend vor Vertragsschluss hätte aufgeklärt werden müssen. Anscheinend zur weiteren Begründung dieser Erheblichkeit weist das AG Göttingen darauf hin, dass S öffentlich-rechtlich als „Zweckveranlasser“ gelten könnte, ohne aber weiter darauf einzugehen, ob die hierfür nötigen Voraussetzungen überhaupt vorliegen.

Da dieser Umstand allein Teil der Aufklärungspflicht von S und P sei und nicht mit einer Erkundigungspflicht auf Seiten der V korrespondiere, hätten S und P arglistig über einen besonderen Umstand getäuscht, bei dessen Kenntnis V den Mietvertrag nicht abgeschlossen hätte.

Durch die Anfechtungserklärung vom Januar 2017 habe V den Mietvertrag daher wirksam angefochten.

Folglich hätten S und P kein Besitzrecht und müssten daher die Mietsache nach § 985 BGB an die V herausgeben.

### D. Bewertung

#### I. Voraussetzungen einer Aufklärungspflicht

Es entspricht der ganz h.M., dass eine Aufklärungspflicht besteht, wenn die andere Partei im Einzelfall nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte eine Aufklärung über den verschwiegenen Umstand hätte erwarten können.<sup>12</sup> Die Aufklärungspflicht ist folglich Ausfluss des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben, wie er unter anderem in § 242 BGB normiert ist.<sup>13</sup>

Nach diesem Grundsatz kann eine Partei zur Rücksichtnahme auf schutzwürdige Interessen des anderen Teils verpflichtet sein, um einen gerechten Interessenausgleich zu ermöglichen.<sup>14</sup> Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgt aber keine generelle Pflicht, ungünstige Eigenschaften einer Person oder Sache mitzuteilen, denn grundsätzlich muss jede Vertragspartei entsprechend der Privatautonomie seine Interessen selber wahrnehmen.<sup>15</sup>

Im Ergebnis besteht eine Aufklärungspflicht daher nur dann, wenn eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte ergibt, dass die Interessen der einen Partei an der Offenbarung schutzwürdiger sind als die Interessen der anderen Partei.<sup>16</sup> Indiz für eine besondere Schutzwürdigkeit kann das Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses sein, welches sich aus persönlicher, familiärer oder gesellschaftsrechtlicher Verbundenheit ergeben kann, aber auch aus einem Dauerschuldverhältnis mit einer persönlichen Vertrauensbeziehung.<sup>17</sup> Weiterhin kann ein bestehendes Informationsgefälle zulasten einer Partei eine Schutzwürdigkeit begründen.<sup>18</sup>

Die vom AG zugrunde gelegten Voraussetzungen der Aufklärungspflicht sind daher in ihrer Abstraktheit nicht zu beanstanden.<sup>19</sup>

<sup>9</sup> Musielak/Hau (Fn. 4), Rn. 418; Leipold (Fn. 4), § 19 Rn. 6.

<sup>10</sup> AG Göttingen Urt. v. 24.10.17 – 18 C 41/17; BeckRS 17, 132201, Rn. 21.

<sup>11</sup> Vgl. AG Göttingen Urt. v. 24.10.17 – 18 C 41/17; BeckRS 17, 132201, Rn. 22, 25.

<sup>12</sup> BGH, NJW-RR 1991, 440; BGH, NJW 1990, 78; BGH, NJW 2001, 3331, 3332; Leipold (Fn. 4), § 19 Rn. 6; BGH, NJW 1989, 763; BAG, NZA 2005, 1298.

<sup>13</sup> Musielak/Hau (Fn. 4), Rn. 418; BGH, NJW 1989, 763.

<sup>14</sup> Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 15. Auflage (2017), Rn. 60; vgl. Büchler, Die Anfechtungsgründe des § 123 BGB, JuS 2009, 976; vgl. BGH NJW 2015, 1669.

<sup>15</sup> BGH, NJW 1983, 2494; BGH, NJW 2010, 3362; Leipold (Fn. 4), Rn. 6; Erman/Arnold (Fn. 3), § 123 Rn. 13; BGH, NJW 1983, 2494; Prütting/Wegen/Weinreich/Ahrens, BGB Kommentar, 13. Auflage (2018), § 123 Rn. 8.

<sup>16</sup> Looschelders (Fn. 14), Rn. 60, 65; Palandt/Grüneberg, § 242 Rn. 7; Jauernig/Mansel, BGB, 16. Auflage (2015), § 242 Rn. 4.

<sup>17</sup> BGH, NJW 1992, 300; Palandt/Ellenberger (Fn. 5), § 123 Rn. 5c.

<sup>18</sup> Palandt/Ellenberger (Fn. 5), § 123 Rn. 5.

<sup>19</sup> Auch wenn der Verweis des AG Göttingen auf das Urteil des BGH (ZIP 2000, 887) nicht vollumfänglich zutreffend ist. Dort ging es um die Aufklärungspflicht des Vermieters und nicht des Mieters, die jedoch kaum anderen Voraussetzungen unterliegen kann. Besser wäre aber ein Verweis auf die Rspr. des BGH (BGH, NJW 2010, 3362) gewesen, die die Revisionsentscheidung zu dem Urteil des LG Magdeburg (LG Magdeburg, ZMR 2008, 461) ist, auf die sich das AG Göttingen ebenfalls bezieht.



## II. Einheitliche Aufklärungspflicht des S und P?

Fraglich ist jedoch zunächst, ob sich die Aufklärungspflicht des S und P einheitlich beurteilen lässt oder ob das Bestehen einer solchen Pflicht nicht vielmehr getrennt für jeden einzeln zu untersuchen ist.

Für eine einheitliche Beurteilung spricht, dass S und P gemeinsam auf der Seite des Mieters stehen. Zwar ist ausschließlich P Vertragspartner von V, jedoch berechtigt der Mietvertrag auch S zur Nutzung der Wohnung. Folglich stehen beide aufgrund eines einheitlichen Lebenssachverhalts mit V in einer besonderen rechtlichen Verbindung, die den Anwendungsbereich des Grundsatzes von Treu und Glauben eröffnet.<sup>20</sup> Bestätigt wird diese Überlegung dadurch, dass (wie bereits festgestellt) weder S noch P vorliegend täuschende Dritte i. S. d. § 123 II BGB sein können.

Des Weiteren ist die persönliche Beziehung zwischen dem Vater und seinem Sohn durch Art. 6 I GG verfassungsrechtlich geschützt,<sup>21</sup> sodass diese enge Verbundenheit auch zu einer einheitlichen Interessenabwägung führen muss. Ansonsten könnte eine Aufklärungspflicht des P über die Eigenschaft des S als „Zielscheibe politisch motivierter Gewalt“ diese geschützte Beziehung gefährden, wenn S zu einer solchen Aufklärung nicht verpflichtet wäre. Dies wäre zudem widersprüchlich, weil über einen Umweg dann doch eine Aufklärung über diese Eigenschaft erfolgt, obwohl S selbst dazu nicht verpflichtet wäre.

Es ist daher, wohl mit dem AG Göttingen, die Aufklärungspflicht von S und P einheitlich zu beurteilen und deren Interessen gemeinsam zu bewerten.

## III. Schutzwürdige Interessen der Parteien

Zur Beurteilung, ob die vom AG Göttingen getroffene Interessenabwägung rechtlich zutreffend ist, muss zunächst herausgearbeitet werden, welche Interessen bei der Abwägung zu beachten sind.

### 1. Interessen von V

Das AG Göttingen geht zu Recht davon aus, dass ein rechtlich beachtliches Interesse von V an der Offenbarung der Eigenschaft des S als „Zielscheibe politischer Gewalt“ bestünde, wenn diese Eigenschaft für den Vertragsschluss bedeutsam wäre.

Bedeutsam ist ein Umstand, wenn er so erheblich ist, dass bei Kenntnis des Umstandes die Partei den Vertrag nicht in dieser Form abgeschlossen hätte.<sup>22</sup> Dies wird auch durch das Schutzgut des § 123 BGB (freie Willensbildung) bestätigt.

In Folge dessen, dass S Zielscheibe politischer Gewalt ist, kam es zu Sachbeschädigungen an der Immobilie der V und zu Brandstiftungen in der unmittelbaren Nähe der betroffenen Wohnung. Dieses Zusammenspiel von Ursache und Wirkung lässt sich nicht sinnvoll trennen, sondern bildet einen einheitlichen Umstand, sodass dieses Zusammenspiel für die Beurteilung der Erheblichkeit beachtlich ist.

Das Eigentum von V ist dadurch verletzt bzw. unmittelbar in erheblicher Weise gefährdet.

Im rechtsgeschäftlichen Verkehr dürfte wohl kein Vermieter bereit sein, seine Räumlichkeiten einer Person zu überlassen, bei der schon früher solche Eigentumsverletzungen vorkamen und auch zukünftig zu erwarten sind.

Die Beurteilung des AG Göttingens, dass die Eigenschaft als „Zielscheibe politischer Gewalt“ ein für den Vertragsschluss erheblicher Umstand sei, ist daher im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Fragwürdig in diesem Zusammenhang ist jedoch der Verweis auf die Figur des öffentlich-rechtlichen Zweckveranlassers, insbesondere weil auf diese nicht näher eingegangen wird. Das AG Göttingen erweckt so den Eindruck, die Erheblichkeit mit dieser Figur begründen zu wollen. Der Zweckveranlasser ist eine umstrittene<sup>23</sup> Figur des Gefahrenabwehrrechts, die darauf abzielt, die Inanspruchnahme bestimmter Personen, als Störer, zu ermöglichen.<sup>24</sup> Die Inanspruchnahme soll sich daraus rechtfertigen, dass die Personen die Ursache für die eigentliche Gefahr gesetzt haben und sich daher die Handlungen Dritter zurechnen lassen müssen.<sup>25</sup> Die eigentliche Gefahr wären hier die Eigentumsverletzungen und Brandstiftungen rund um das Haus von V durch Dritte, die S durch sein politisches Engagement und seinen Einzug in die Wohnung hervorgerufen hat. Dies dem S zuzurechnen, und ihn folglich als Zweckveranlasser anzusehen, erscheint mehr als fragwürdig, da S lediglich seine Rechte wahrgenommen, sowie keinen Einfluss auf die Handlungen der Dritten hat und diese erst recht nicht in seinem Interesse liegen oder von ihm beabsichtigt sind.

Das AG Göttingen hätte daher zur Begründung der Erheblichkeit auf diese Figur verzichten sollen, weil fraglich ist, ob deren Voraussetzungen vorliegen und weil sie zur Begründung der Erheblichkeit nicht erforderlich ist.

### 2. Interessen des S und des P

Wie festgestellt, sind die Interessen des S und des P gemeinsam zu bewerten.

<sup>20</sup> Zum Problem des Anwendungsbereichs von Treu und Glauben vgl. *Looschelders* (Fn. 14), Rn. 63 ff.

<sup>21</sup> Vgl. nur *Jarass/Pieroth/Jarass*, GG, 15. Auflage (2018), Art. 6 Rn. 8, 12 f.

<sup>22</sup> Palandt/*Ellenberger* (Fn. 5), § 123 Rn. 5b.

<sup>23</sup> *Beaucamp/Seifert*, Soll der Zweckveranlasser weiterleben?, JA 2007, 577, 580.

<sup>24</sup> Vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Auflage (2016), § 9 Rn. 29; *Heckel*, Scherbenmeer im Karneval- Zur Polizeiwidrigkeit von Bierflaschen und Schokoriegeln, NVwZ 2012, 88, 91.

<sup>25</sup> *Schoch*, Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1994, 923, 993 f.

S und P führen an, dass die Grundrechte des S auf Meinungsfreiheit und Handlungsfreiheit verfassungsrechtlich geschützt und bei der Interessenabwägung hinsichtlich des Bestehens einer Aufklärungspflicht zu beachten seien.

Vorliegend ist daher zu untersuchen, ob diese Grundrechte des S im Rahmen der Interessenabwägung von Treu und Glauben überhaupt zu beachten sind und wenn ja, ob sie auch betroffen sind.

#### a) Ausstrahlungswirkung von Grundrechten

Grundrechte gelten nach ganz h. M. im Verhältnis zwischen den einzelnen Bürgern zwar nicht unmittelbar, weil die Beachtung von Grundrechten des anderen den Bürger selber in seiner Privatautonomie erheblich einschränken würde.<sup>26</sup> Zudem ist gemäß Art. 1 III GG nur jede staatliche Gewalt an die Grundrechte gebunden.<sup>27</sup> Es ist jedoch seit langem anerkannt, dass die Grundrechte eine Ausstrahlungswirkung auf die gesamte Rechtsordnung haben, indem sie das einfache Recht prägen.<sup>28</sup> Die Grundrechte sind daher nicht nur subjektive Rechte des Bürgers, sondern beinhalten auch eine objektiv-rechtliche Wertentscheidung, an der sich das gesamte einfache Recht zu messen hat.<sup>29</sup> So hat der Gesetzgeber diese Grundrechtsfunktionen auch im Privatrecht zu beachten und darf daher keine Gesetze erlassen, die im Widerspruch zu den Grundrechten stehen.<sup>30</sup>

Unstreitig ist, dass die Gerichte als Teil der Staatsgewalt ebenfalls gemäß Art. 1 III GG unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind.<sup>31</sup> Diese Bindung kann aufgrund der widerstreitenden Privatautonomie der Bürger aber wie bereits festgestellt nicht dazu führen, dass die am Streit Beteiligten selber wie Grundrechtsverpflichtete zu behandeln sind. Die Gerichte sind jedoch an die objektiv rechtliche Funktion der Grundrechte gebunden. Daraus folgt, dass die Gerichte bei der konkreten Anwendung abstrakter Rechtsnormen die verbindlichen Wertentscheidungen der Grundrechte berücksichtigen müssen, indem sie das einfache Recht grundrechtskonform auslegen.<sup>32</sup>

Diese Ausstrahlungswirkung ist insbesondere, aber keinesfalls ausschließlich, bei Generalklauseln wie „Treu und Glauben“ für die Gerichte bedeutsam, da hier die Berücksichtigung bzw. der erforderliche Interessenausgleich zwi-

schen den Grundrechten durch die Gerichte erfolgen muss.<sup>33</sup> Daraus folgt, dass Gerichte auf Grundlage von Generalklauseln keine Entscheidungen treffen dürfen, die der Gesetzgeber nicht auch hätte treffen können.<sup>34</sup>

Folglich sind bei der Interessenabwägung im Rahmen von Treu und Glauben grundrechtliche Wertungen mit einzubeziehen.<sup>35</sup>

Diese grundsätzliche Relevanz der Grundrechte erkennt wohl auch das AG Göttingen, wenn es eine Offenbarungspflicht des S über seine politische Einstellung ausdrücklich verneint, denn das Nichtäußern einer politischen Meinung fällt zweifelsfrei in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 I 1 Var. 1 GG.<sup>36</sup> Dass das Amtsgericht jedoch auch bei der Interessenabwägung hinsichtlich des Umstandes, dass S Zielscheibe politischer Gewalt ist, Grundrechte berücksichtigt hat, ist allerdings nicht ersichtlich.

#### b) Betroffene Grundrechte

Fraglich ist, ob das Interesse, den Umstand, dass S Zielscheibe politischer Gewalt ist, nicht zu offenbaren, von dem Schutzbereich eines Grundrechts umfasst ist.

##### aa) Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 Var. 1 GG)

Die Meinungsfreiheit schützt neben dem Recht, eine Meinung zu verbreiten und zu äußern, auch das Recht, eine Meinung nicht zu äußern oder zu verbreiten.<sup>37</sup>

Diese sog. negative Meinungsfreiheit<sup>38</sup> kommt vorliegend in Betracht. Denn durch die Aufklärungspflicht werden P und S rechtlich dazu verpflichtet, einen bestimmten Umstand gegenüber V zu äußern, den sie gar nicht preisgeben möchten.

Dazu müsste es sich bei dem nicht offenbaren Umstand, der S sei eine Zielscheibe politischer Gewalt, aber zunächst einmal um eine Meinung im Sinne des Art. 5 I 1 Var. 1 GG handeln.

Meinungen sind grundsätzlich alle Werturteile gleich welcher Art.<sup>39</sup> Werturteile zeichnen sich dabei durch Elemente des Dafürhaltens und der Stellungnahme aus.<sup>40</sup>

Dass S Zielscheibe politisch motivierter Gewalt ist, ist kein Werturteil, sondern ein objektiver Umstand der Vergangenen-

<sup>26</sup> Dreier/Dreier, Grundgesetz, Bd. 1, 3. Auflage (2013), Vorb. Rn. 38 m. w. N.; Ipsen, Staatsrecht II, 20. Auflage (2017), Rn. 69.

<sup>27</sup> Jarass/Pieroth/Jarass (Fn. 21), Art. 1 Rn. 48.

<sup>28</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 7, 198 (205, 207) (Lüth-Entscheidung); Dreier/Dreier (Fn. 26), Vorb. Rn. 96; Ipsen (Fn. 26), Rn. 70; Jarass/Pieroth/Jarass (Fn. 21), Art. 1 Rn. 52 f. Diese Wirkung wird z. T. auch als mittelbare Drittwirkung von Grundrechten bezeichnet, wobei dieser Begriff jedoch gewisse Probleme aufwirft, vgl. Dreier/Dreier (Fn. 26), Vorb. Rn. 98 ff.

<sup>29</sup> Dreier/Dreier (Fn. 26), Vorb. Rn. 94.

<sup>30</sup> BVerfGE 7, 198 (205); Manssen, Staatsrecht II, 13. Auflage (2016), Rn. 112.

<sup>31</sup> Dreier/Dreier (Fn. 26), Vorb. Rn. 98.

<sup>32</sup> BVerfGE 7, 198 (206, 215); Manssen (Fn. 30), Rn. 114; Dreier/Dreier (Fn. 26), Vorb. Rn. 98.

<sup>33</sup> Manssen (Fn. 30), Rn. 114; Dreier/Dreier (Fn. 26), Vorb. Rn. 98; BVerfGE 7, 198 (206).

<sup>34</sup> Manssen (Fn. 30), Rn. 115.

<sup>35</sup> Looschelders (Fn. 14), Rn. 67; Dreier/Dreier (Fn. 26), Vorb. Rn. 98 m. w. N.

<sup>36</sup> Vgl. Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 5 I, II Rn. 62.

<sup>37</sup> Vgl. statt vieler: Kingreen/Poscher, Grundrechte, 33. Auflage (2017), Rn. 656, 659.

<sup>38</sup> Dreier/Schulze-Fielitz (Fn. 26), Art. 5 I, II Rn. 74

<sup>39</sup> Kingreen/Poscher (Fn. 37), Rn. 650; Dreier/Schulze-Fielitz (Fn. 26), Art. 5 I, II Rn. 63.

<sup>40</sup> BVerfGE 61, 1 (8); Manssen (Fn. 30), 351.

heit und Gegenwart, der dem Beweis zugänglich ist.<sup>41</sup> Es handelt sich daher um eine Tatsache, nicht hingegen um ein Werturteil.

Ob aber auch Tatsachen von der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 I 1 Var. 1 GG geschützt sind, ist umstritten.

Während eine Ansicht Tatsachen grundsätzlich nicht durch die Meinungsfreiheit als geschützt ansieht,<sup>42</sup> bejaht eine andere Ansicht einen generellen Schutz von Tatsachen, um Abgrenzungsprobleme zu vermeiden und den Schutzbereich des Grundrechts nicht zu beschränken.<sup>43</sup>

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) beschreitet in seiner Rechtsprechung einen differenzierten Weg: Es sieht Tatsachen dann als geschützt an, wenn sie mit Werturteilen verbunden bzw. vermischt sind.<sup>44</sup> Nicht von der Meinungsfreiheit geschützt seien hingegen rein statistische Angaben oder Äußerungen, die bewusst unwahr oder im Zeitpunkt der Äußerung erwiesen und evident unwahr sind.<sup>45</sup> Zur Abgrenzung, ob eine bloße Tatsachenbehauptung oder eine Meinung vorliegt, stellt das BVerfG auch darauf ab, wie ein objektiver Empfänger in der Situation die Äußerung verstehen würde.<sup>46</sup>

Vorliegend ist die Tatsache, dass S Ziel politisch motivierter Gewalt ist, unweigerlich mit der Information verbunden, dass S sich politisch engagiert, denn die politische Gewalt ist unmittelbare Folge dieses polarisierenden Engagements. Genauso wenig wie die Eigenschaft des S als „Zielscheibe politischer Gewalt“ von den daraus folgenden Angriffen sinnvoll getrennt werden kann, kann diese von dem politischen Engagement getrennt werden. Dadurch, dass bekannt ist, aus welchem politischen Lager die Gewalt kommt, kann zudem auch darauf zurückgeschlossen werden, welche politische Einstellung S hat. Ein objektiver Empfänger würde daher dies auch als eine Äußerung einer politischen Meinung verstehen, die zweifelsfrei durch die Meinungsfreiheit geschützt wird.

Im Ergebnis kann daher nicht sinnvoll zwischen der Meinung und den hierdurch hervorgerufenen Wirkungen unterschieden werden, sodass auch nach der Ansicht des BVerfG der infrage stehende Umstand grundsätzlich von der Meinungsfreiheit geschützt ist.

Zwar spricht der Begriff der „Meinung“ grundsätzlich gegen eine Einbeziehung von Tatsachen, die entweder wahr

oder falsch sind und daher von sich aus keine Werturteile sind.<sup>47</sup>

Die erste Ansicht verkennt jedoch, dass in vielen Fällen (wie auch im vorliegenden) keine sinnvolle Differenzierung zwischen Meinung und Tatsache möglich ist.<sup>48</sup> Denn oft bringt die Art und Weise der Tatsachenbehauptung auch zugleich ein Werturteil zum Ausdruck und ist somit eine Meinung.<sup>49</sup> Würde der Schutz der Meinungsfreiheit davon abhängig sein, worin der Schwerpunkt der Äußerung liegt, würde dies zu einer erheblichen Einschränkung der Meinungsfreiheit führen.<sup>50</sup> Weiterhin zielt die Äußerung von Meinungen auch gerade darauf ab, bestimmte Wirkungen in der Umwelt hervorzurufen, was sich aus dem Begriff des „Verbreitens“ in Art. 5 I 1 GG ergibt.<sup>51</sup> Es ist daher geboten, bei der Bestimmung des Meinungsbegriffs auch auf die objektive Sicht eines Empfängers abzustellen.

Schließlich wären die Wirkungen oft als Tatsache zu klassifizieren. Wäre die Nicht-Offenbarung solcher Wirkungen durch die negative Meinungsfreiheit nicht geschützt, würde ihr Schutz unterlaufen werden. Es müsste lediglich eine tatsächliche Wirkung als Anknüpfungspunkt gewählt werden, die Rückschluss auf bestimmte Meinungen geben kann. So leuchtet es wohl jedem ein, dass eine Aufklärungspflicht darüber, ob man ein bestimmtes Parteibuch besitzt, die negative Meinungsfreiheit beeinträchtigen würde und grundsätzlich unzulässig ist.<sup>52</sup>

Folglich ist der Umstand, Zielscheibe politisch motivierter Gewalt zu sein, von dem Begriff der Meinung erfasst.

Daher stellt vorliegend die Aufklärungspflicht auch einen Eingriff in die (negative) Meinungsfreiheit dar,<sup>53</sup> sodass dieses Grundrecht bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist.

#### bb) Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG)

Die Allgemeine Handlungsfreiheit ist als Auffanggrundrecht hinter Art. 5 I GG subsidiär und muss daher bei der Interessenabwägung nicht gesondert berücksichtigt werden.<sup>54</sup>

#### c) Zwischenergebnis

Auf Seiten des S und des P ist die negative Meinungsfreiheit des S bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

41 *Manssen* (Fn. 30), Rn. 352; *Jarass/Pieroth/Jarass* (Fn. 21), Art. 5 Rn. 8.

42 *Huster*, Das Verbot der „Auschwitzlüge“, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht, NJW 1996, 487, 490 f., der dies zur pragmatischen Lösung der Problematik um die Verfassungsmäßigkeit des § 130 III StGB vorgeschlagen hat.

43 *Dreier/Schulze-Fielitz* (Fn. 26), Art. 5 I, II Rn. 65; *Jarass/Pieroth/Jarass* (Fn. 21), Art. 5 Rn. 6.

44 BVerfGE 61, 1 (9).

45 BVerfGE 65, 1 (41); 99, 185 (197). Die in BVerfGE 90, 241 (249 f.) geäußerte Ansicht, dass solche Tatsachen dann wieder durch Art. 5 I GG geschützt seien, wenn sie in einem Zusammenhang mit Meinungen stehen, wurde anscheinend wieder aufgegeben.

46 BVerfGE 93, 266 (295).

47 BVerfGE 61, 1 (8).

48 *Kingreen/Poscher* (Fn. 37), Rn. 653; BVerfGE 90, 1 (15).

49 *Kingreen/Poscher* (Fn. 37), Rn. 653; *Ipsen* (Fn. 26), Rn. 416.

50 BVerfGE 61, 1 (9); 90, 1 (15).

51 *Dreier/Schulze-Fielitz* (Fn. 26), Art. 5 I, II Rn. 67 ff.; BVerfGE 7, 198 (210).

52 *Erman/Arnold* (Fn. 3), § 123 Rn. 22.

53 *Dreier/Schulze-Fielitz* (Fn. 26), Art. 5 I, II Rn. 74: „Gesetzliche Aufklärungspflichten sind regelmäßig Eingriffe in Art. 5 I GG, sofern es sich nicht nur um rein statistische Angaben handelt.“

54 *Kingreen/Poscher* (Fn. 37), Rn. 437.

#### IV. Interessenabwägung

Für das Vorliegen einer besonderen Schutzwürdigkeit der V spricht der Umstand, dass es sich bei einem Mietverhältnis um ein Dauerschuldverhältnis handelt, bei dem der Vermieter dem Mieter erhebliche Einwirkungsmöglichkeiten auf sein Eigentum zugesteht.

Wie gezeigt, ist dem AG Göttingen auch darin Recht zu geben, dass es sich bei der Eigenschaft des S als Zielscheibe politischer Gewalt, um einen besonders erheblichen Umstand für den Vertragsschluss handelt. Die Eigentumsverletzungen sind von großem Umfang und durch die Brandstiftungen wird nicht nur die Wohnung, sondern die ganze Immobilie gefährdet. Das Eigentumsrecht der V ist durch Art. 14 I GG auch verfassungsrechtlich geschützt, sodass dem Interesse von V an der Aufklärung, ein hoher Rang zukommt.

Aus dieser „erheblichen Bedeutung“ zieht das AG Göttingen den Schluss, „dass es zwingend geboten war, einen künftigen Vermieter rechtzeitig vor Abschluss eines Mietvertrages über diese relevanten Umstände in Kenntnis zu setzen“.

Ein solch zwingender Schluss auf eine Aufklärungspflicht ist allerdings in Anbetracht der erforderlichen Interessenabwägung im Rahmen von Treu und Glauben rechtlich nicht zu halten.<sup>55</sup> Denn eine solche Aufklärungspflicht bestimmt sich immer nach den Umständen des Einzelfalls.<sup>56</sup>

Gegen eine Aufklärungspflicht spricht zunächst, dass S als künftiger Bewohner ihrer Wohnung V persönlich und namentlich bekannt war und V sich aufgrund der Bekanntheit des S in Göttingen ohne weiteres über seine Person hätte informieren können. Es bestand daher für V die einfache und zumutbare Möglichkeit, dieses Informationsdefizit auszugleichen, sodass dieses eine Aufklärungspflicht nicht begründen kann. Denn grundsätzlich verlangt das Prinzip der Privatautonomie, dass jede Partei ihre Interessen selber wahrnehmen und die notwendigen Informationen einholen muss.<sup>57</sup> Nur wenn eine Erkundigung kaum möglich gewesen wäre, etwa wenn S im Mietvertrag gar nicht genannt wäre, würde dies für eine Aufklärungspflicht sprechen.<sup>58</sup> Die Spekulationen des Gerichts über eine vermeintliche Identitätsverschleierung sind daher verfehlt, insbesondere weil das Gericht sie selber als spekulativ bezeichnet.

Weiterhin sind die Angriffe dem S, wie gezeigt, kaum im Sinne einer rechtlichen Verantwortlichkeit zurechenbar, sodass dies nicht als Argument gelten kann. Zwar ist S ursächlich für die Angriffe, diese sind aber nicht vom ihm gewollt. Damit unterscheidet sich dieser Fall entscheidend von dem vom AG zitierten Fall des LG Magdeburg, in dem der aufklä-

rungspflichtige erhebliche Umstand vom Mieter bezweckt war.<sup>59</sup>

Eine solche nur faktische Zurechenbarkeit spricht daher gegen eine Aufklärungspflicht. Würde man nämlich der Argumentation des Gerichts folgen, dass jeder, der in einem weiteren Sinne Grund bestimmter Gefahren ist, diese auch offenbaren müsste, könnten bei konsequenter Anwendung dieser Argumentation auch etwa Stalking-Opfer und durch das Gewaltschutzgesetz Geschützte verpflichtet sein, diese Umstände offenbaren zu müssen, sofern es in diesem Zusammenhang auch zu massiveren Sachschäden kam. Dies würde deren Chancen auf dem Wohnungsmarkt erheblich schwächen und wahrscheinlich weitere, eventuell persönliche Nachfragen des Vermieters nach sich ziehen. Dadurch würden den Opfern von Gewalt weitere Nachteile aufgebürdet. Dies kann nicht die Intention des Gerichts sein.

Entscheidend für die Interessenabwägung ist jedoch, dass S durch eine Aufklärungspflicht, wie gesehen, in seinem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung betroffen ist.

Dieses Grundrecht – vom BVerfG als eines der vornehmsten Menschenrechte bezeichnet<sup>60</sup> – ist von einer konstituierenden Bedeutung für eine freiheitlich demokratische Ordnung.<sup>61</sup> Das Grundrecht ist für eine freiheitliche Demokratie unverzichtbar, da es den geistigen Kampf der Meinungen gewährleistet.<sup>62</sup> Wo Beschneidungen der Meinungsfreiheit die politische Auseinandersetzung in der Öffentlichkeit gefährden könnten, bedarf es daher einer besonders begründeten Rechtfertigung.<sup>63</sup>

Diese politische Auseinandersetzung in der Öffentlichkeit ist vorliegend betroffen. Denn wäre S rechtlich dazu verpflichtet zu offenbaren, dass er Zielscheibe politischer Gewalt ist, würde dies seine Chancen auf dem Wohnungsmarkt erheblich beeinträchtigen. Er könnte dadurch von seinem politischen Engagement abgehalten werden, was die politische Auseinandersetzung in der Öffentlichkeit beeinträchtigt. Zudem würde es die politischen Gegner dazu ermutigen, Straftaten gegen ihn zu verüben, da diese dann auch rechtliche und nicht nur faktische Nachteile für den S hätten.

Weiterhin kommt die Offenbarung, dass man Zielscheibe politisch motivierter Gewalt ist, einer Offenbarung einer bestimmten politischen Gesinnung gleich, da man aus der Richtung der politischen Gewalt ohne Weiteres Rückschlüsse auf die politische Gesinnung des Opfers ziehen kann und wohl auch Nachfragen des Vermieters unvermeidlich wären.

<sup>55</sup> *Looschelders* (Fn. 14), Rn. 65.

<sup>56</sup> BGH, NJW 2010, 3362. Dabei handelt es sich sogar um die Revision des Urteils des LG Magdeburg (LG Magdeburg, ZMR 2008, 461), auf das sich das AG Göttingen beruft.

<sup>57</sup> BGH, NJW 2010, 3362; Erman/*Arnold* (Fn. 3), § 123 Rn. 13 m. w. N.

<sup>58</sup> So auch *Looschelders* (Fn. 14), jedoch für eine Auskunftspflicht aus Treu und Glauben.

<sup>59</sup> LG Magdeburg, ZMR 2008, 461; bestätigende Revisionsentscheidung: BGH, NJW 2010, 3362. Konkret ging es um einen Mieter, der in einem größeren Geschäftshaus rechtsradikale Markenkleidung verkaufen wollte und damit die Gefahr bot, rechtsradikale Käuferschichten anzuziehen.

<sup>60</sup> BVerfGE 7, 198 (208).

<sup>61</sup> BVerfGE 7, 198 (208).

<sup>62</sup> BVerfGE 5, 85 (205).

<sup>63</sup> Dreier/*Schulze-Fielitz* (Fn. 26), Art. 5 I, II Rn. 162; BVerfGE 7, 198 (212); 61, 1 (7).

Das AG Göttingen setzt sich somit selbst in einen Widerspruch, wenn es eine Aufklärungspflicht über die politische Gesinnung verneint, dann aber eine Aufklärungspflicht bezüglich des Umstandes, dass S Zielscheibe politisch motivierter Gewalt ist, annimmt.

Dieser Umstand ist im Rahmen des Art. 5 I GG ebenso schutzwürdig, sodass auch die Interessenabwägung hinsichtlich dieses Umstandes nicht anders ausfallen kann. Als Konsequenz ist festzustellen, dass das berechnigte Interesse der V nicht das durch die Meinungsfreiheit geschützte Interesse des S und des P überwiegt.

Es kann – entgegen der Meinung des AG Göttingen – daher keine Aufklärungspflicht auf Seiten des S und des P angenommen werden.

#### V. Ergebnis

Mangels Aufklärungspflicht liegen die Voraussetzungen für eine Täuschung durch Unterlassen nicht vor. Es fehlt daher der Anfechtungsgrund für eine arglistige Täuschung

gem. § 123 I BGB, sodass der Vertrag nicht gem. § 142 I BGB *ex tunc* als nichtig anzusehen ist.

#### E. Gesamtergebnis

Das Urteil des AG Göttingen widerspricht sich und wird der zentralen Bedeutung der Meinungsfreiheit nicht gerecht.

Bedauernswerterweise werden sich weitere Instanzen nicht mehr mit dem Fall auseinandersetzen; das Verfahren endete mit einem Vergleich vor dem LG Göttingen.<sup>64</sup>

Für die Studierenden eignet sich der Fall aber dennoch lehrbuchmäßig zur Wiederholung des objektiv-rechtlichen Gehalts der Meinungsfreiheit und der Voraussetzungen einer Aufklärungspflicht.

---

<sup>64</sup> Niemann/Göttinger Tageblatt, 25. 4. 2018, „AfD-Nachwuchsfunktionär Steinke räumt Wohnung“, <http://www.goettinger-tageblatt.de/Die-Region/Goettingen/AfD-Nachwuchsfunktionaer-Steinke-raeumt-Wohnung-in-Goettingen>, zuletzt abgerufen am 19. 7. 2018.

HANNES KAMIN\*

# Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser

Fallbearbeitung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene

## SACHVERHALT

### Grundfall

Die Fa. Elektro Ernst (E) stellt elektrotechnische Messgeräte her. Kuno Klau (K), ein Lagerarbeiter der E, hatte über Jahre hinweg aus dem Firmenlager Messgeräte gestohlen und an seinen Bekannten, den Händler Karl Zwielight (Z), verkauft. Dieser wiederum veräußerte die Geräte an den Elektrogroßhändler Rudi Redlich (R). Allerdings wurde dabei nicht R selbst tätig, sondern dessen einschlägig vorbestrafter Ein- und Verkaufsleiter Hugo Hehler (H), den R nach dessen Haftentlassung eingestellt hatte, um ihm die Chance zu geben, ein neues Leben im Einklang mit Recht und Gesetz zu führen, und der von R, als Zeichen des ihm entgegengebrachten Vertrauens, bei seiner Tätigkeit kaum beaufsichtigt wird.

H wunderte sich zwar über den sehr günstigen Preis der von Z angebotenen Ware. Auch war ihm von früher her bekannt, dass Z mit der Hehler-Szene in Kontakt stand. Die Aussicht, sich bei dem großzügigen R mit einem besonders guten Geschäft revanchieren zu können, ließ ihn aber seine Bedenken bezüglich der Herkunft der Geräte hintenanstellen. In der Folgezeit verkaufte er die Geräte, die einen Marktwert von 25.000 € hatten, für 20.000 € an Kunden des R.

Als E von all dem erfährt, wendet er sich an R. R, der seinerseits den Z noch nicht bezahlt hat, gibt die von seinen Kunden erhaltenen 20.000 € sofort an E weiter. E will sich damit jedoch nicht zufriedengeben und verlangt Schadensersatz in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen dem Wert der gestohlenen Geräte und dem bereits erhaltenen Käuferlös, also 5.000 €.

*Frage 1: Hat E gegen R einen Anspruch auf Zahlung der weiteren 5.000 €?*

### Abwandlung

Wie Ausgangsfall. Jedoch erlöst H beim Verkauf der Geräte für R 30.000 €. Nachdem R Kenntnis von den Vorgängen erlangt, leitet er 25.000 € an E weiter. E will sich damit jedoch

nicht zufriedengeben und verlangt Herausgabe des übrigen Verkaufserlöses, also weiterer 5.000 €.

*Frage 2: Hat E gegen R einen Anspruch auf Zahlung der weiteren 5.000 €?*

## GLIEDERUNG

**Frage 1:** Ansprüche des E gegen R auf Zahlung von 5.000 €

- A. §§ 687 II 1, 678 BGB
  - I. Anwendbarkeit
  - II. Fremdes Geschäft
  - III. Positive Kenntnis
  - IV. Ergebnis
- B. §§ 989, 990
  - I. Vindikationslage
  - II. Unmöglichkeit der Herausgabe
  - III. Bösgläubigkeit
  - IV. Verschulden
  - V. Ergebnis
- C. §§ 992, 823 I
- D. § 823 I
- E. § 816 I 1
  - I. Anwendbarkeit
  - II. Verfügung
  - III. Rechtsfolge
  - IV. Ergebnis
- F. § 812 I 1 Alt. 2
- G. Ergebnis

**Frage 2:** Ansprüche des E gegen R auf Zahlung von 5.000 €

- A. §§ 687 II 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2.
- B. §§ 989, 990
- C. § 816 I 1
  - I. Voraussetzungen
  - II. Rechtsfolge
  - III. Ergebnis
- D. §§ 985, 285
- E. §§ 992, 823 I
- F. Ergebnis

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Anwaltsrecht und Zivilprozessrecht von Prof. Dr. Martin Ahrens. Die von Prof. Dr. Ivo Bach in der Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene an der Georg-August-Universität Göttingen gestellte Klausur wurde im SoSe 2016 vom Autor des Beitrages geschrieben und mit 18 Punkten bewertet. Die hier veröffentlichte Lösung wurde an wenigen Stellen überarbeitet und mit Literaturhinweisen versehen. Entworfen hat die Klausur Dipl.-Jur. Samad Zarifkar, der wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Ivo Bach ist.

**GUTACHTEN****Frage 1: Ansprüche des E gegen R auf Zahlung von 5.000 €****A. §§ 687 II 1, 678 BGB<sup>1</sup>**

E könnte gegen R einen Anspruch auf Zahlung von 5.000 € gem. §§ 687 II 1, 678 haben.

**I. Anwendbarkeit**

Mangels Schutzwürdigkeit des Geschäftsführers wird ein Anspruch aus angemessener Eigengeschäftsführung von vornherein nicht durch die §§ 987 ff. ausgeschlossen.<sup>2</sup>

**II. Fremdes Geschäft**

Es müsste sich bei der Veräußerung der Messgeräte um ein fremdes Geschäft handeln, § 687 II.

Ein Geschäft ist objektiv fremd, wenn es dem Rechts- und Interessenkreis eines anderen zugeordnet ist.<sup>3</sup> Die Veräußerung einer Sache liegt im Rechtskreis des Eigentümers.<sup>4</sup> Das Eigentum lag ursprünglich bei E. Für R handelt es sich nur dann nicht um ein fremdes Geschäft, wenn er nach §§ 929 S. 1, 932 I 1 Eigentum von Z erworben hat. Dazu müssten eine Einigung und eine Übergabe der Sache erfolgt sein, § 929 S. 1.

Eine dingliche Einigung zwischen R und Z liegt zwar nicht vor. H hat sich jedoch im Namen des R mit Z über den Übergang des Eigentums geeinigt und dabei im Rahmen der ihm als Einkaufsleiter zustehenden Vertretungsmacht gehandelt. Die Willenserklärung des H entfaltet Wirkung für und gegen den R, § 164 I 1.

Eine Übergabe an R läge vor, wenn der H als Besitzdiener einzustufen ist und R somit unmittelbaren Besitz erlangt hätte, § 855. Der H übt die Sachherrschaft für den R aus. Aus dem Arbeitsvertrag, §§ 611 ff., folgt eine soziale Abhängigkeit, die eine Weisungsgebundenheit mit sich bringt. H ist Besitzdiener und R Besitzer. Eine Übergabe liegt vor.

Fraglich ist, ob der Z verfügungsberechtigt gewesen ist. Er ist als Eigentümer verfügungsberechtigt, wenn er seinerseits von K das Eigentum nach §§ 929 S. 1, 932 I 1 erworben hat.

Von Einigung und Übergabe ist auszugehen. K war indes nicht Eigentümer der Messgeräte und auch nicht nach § 185 I zur Verfügung ermächtigt. Damit kommt nur ein Erwerb nach § 932 I 1 in Betracht. Ein solcher scheidet aus, wenn der Erwerber nicht in gutem Glauben ist. Der Erwerber ist nach § 932 II nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder

infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht im Eigentum des Veräußerers steht.

Da Z mit der Hehler-Szene in Kontakt steht und es sich bei K um einen Bekannten handelt, ist von einer Bösgläubigkeit hinsichtlich der Eigentümerstellung auszugehen, vgl. § 932 II.

Z ist nicht nach § 929 S. 1, 932 I 1 Eigentümer geworden. Er ist nicht verfügungsberechtigt.

Somit kann auch R nur nach §§ 929 S. 1, 932 I 1 Eigentum erwerben.

Der Erwerb ist ausgeschlossen, wenn R nicht in gutem Glauben gewesen ist, § 932 I 1. Zwar hatte er selbst keine Kenntnis des Fehlens der Eigentümerstellung des Z. Er müsste sich jedoch eine Kenntnis des H nach § 166 I zurechnen lassen.

Ob der H grob fahrlässig gehandelt hat, kann dahinstehen, wenn schon nach § 935 I ein Erwerb ausscheidet. Die Sache müsste abhandengekommen sein. Dies ist der unfreiwillige Verlust des unmittelbaren Besitzes, vgl. § 935 I 1.<sup>5</sup>

K war mit der Weitergabe einverstanden. Auf den Willen des K kommt es nur an, wenn dieser Besitzmittler ist, §§ 868, 935 I 2. Aufgrund der Weisungsgebundenheit des K gegenüber E ist davon auszugehen, dass dieser lediglich Besitzdiener ist. § 855 weist den unmittelbaren Besitz ausdrücklich dem Besitzherrn zu, sodass es auf den Willen des Besitzherrn ankommen muss. Dagegen spricht zwar, dass der Eigentümer auch das Risiko einer Veruntreuung durch den Besitzdiener bewusst eingeht.<sup>6</sup> Angesichts des eindeutigen Wortlauts der §§ 935 I 2, 855 kann der Besitzdiener aber nicht dem Besitzmittler gleichgestellt werden.<sup>7</sup> Dabei widerspricht das Aufschwingen des K zum Eigenbesitzer dem Willen des E.<sup>8</sup>

Aufgrund des Publizitätsprinzips ist zu fordern, dass der Wille erkennbar nach außen hervortritt.<sup>9</sup> Dies ist jedenfalls im Zeitpunkt der Weiterveräußerung der Fall, sodass auch diese Voraussetzung erfüllt ist. Ein Abhandenkommen i. S. v. § 935 I 1 liegt vor.

R konnte kein Eigentum erwerben. Bei der Weiteräußerung der Messgeräte des E durch den H in Vertretung des R, § 164 I, III, handelt es sich um ein objektiv fremdes Geschäft.

<sup>1</sup> Folgende §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

<sup>2</sup> Vgl. Hk-BGB/Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Auflage (2016), Vor §§ 677 Rn. 13.

<sup>3</sup> Vgl. Hk-BGB/Schulze (Fn. 2), § 687 Rn. 3; Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 8. Auflage (2017), § 4 Rn. 7.

<sup>4</sup> Vgl. BGHZ 75, 203 (205); Wandt (Fn. 3), § 4 Rn. 7.

<sup>5</sup> Vgl. BGHZ 199, 227 (231); Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Auflage (2009), § 52 Rn. 37.

<sup>6</sup> Vgl. MüKoBGB/Oechsler, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, 7. Auflage (2017), § 935 Rn. 10.

<sup>7</sup> Vgl. BGHZ 199, 227 (231); BeckOK/Kindl, BeckOK BGB, 46. Edition, 01.05.2018, § 935 Rn. 6; a. A. MüKoBGB/Oechsler (Fn. 6), § 935 Rn. 10.

<sup>8</sup> Vgl. BGHZ 199, 227 (231); Baur/Stürner (Fn. 5), § 52 Rn. 39.

<sup>9</sup> Vgl. BeckOK/Fritzsche (Fn. 7), § 855 Rn. 21; Hk-BGB/Schulte-Nölke (Fn. 2), § 855 Rn. 5.

### III. Positive Kenntnis

Daneben müsste der R positive Kenntnis von der Fremdheit gehabt haben, § 687 II. Weder der R noch H wussten trotz erheblicher Zweifel positiv von der fehlenden Berechtigung des Z. Die Frage nach einer Zurechnung der Zweifel des H kann dahinstehen.

### IV. Ergebnis

Ein Anspruch aus §§ 687 II, 678 scheidet danach aus.

## B. §§ 989, 990

E könnte gegen R einen Anspruch auf Zahlung von 5.000 € gem. §§ 989, 990 haben.

### I. Vindikationslage

Dies setzt eine Vindikationslage zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses voraus.<sup>10</sup>

Der E müsste Eigentümer und der R Besitzer ohne Recht zum Besitz gewesen sein, §§ 985, 986.

E war Eigentümer geblieben (s. o.). Da H als bloßer Besitzdiener einzuordnen ist, § 855, war der R unmittelbarer Besitzer. Ein eigenes Recht zum Besitz könnte sich nur aus dem Kaufvertrag mit Z ergeben, § 433. Aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse wirkt dieser jedoch nur inter partes.<sup>11</sup> R hatte kein Recht zum Besitz. Eine Vindikationslage liegt vor.

### II. Unmöglichkeit der Herausgabe

Ein Anspruch besteht nach § 989, wenn es dem Besitzer nicht möglich ist, die Sache herauszugeben. Aufgrund der Weitergabe der Messgeräte an Kunden ist es dem R unmöglich, die Messgeräte an E herauszugeben.

### III. Bösgläubigkeit

Mangels Rechtshängigkeit nach §§ 253 I, 261 ZPO i. V. m. § 989 müsste der R bösgläubig hinsichtlich seines fehlenden Besitzrechts gewesen sein, § 990 I.

Bösgläubigkeit ist analog § 932 II bei grober Fahrlässigkeit oder positiver Kenntnis hinsichtlich des fehlenden Besitzrechts anzunehmen.<sup>12</sup>

R selbst hatte keine Kenntnis von den Vorgängen. Fraglich ist, ob der H grob fahrlässig handelte, also in besonders schwerem Maße gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 II) verstoßen hat,<sup>13</sup> und sich der R dies zurechnen lassen muss.

Der H wusste, dass der Z Kontakte zu Hehlern hatte. Zudem fiel ihm der besonders niedrige Preis auf. Grundsätzlich besteht zwar keine Nachforschungspflicht des Erwerbers.<sup>14</sup> Angesichts dieser Umstände hätte sich der H aber erkundigen müssen. Er handelte grob fahrlässig hinsichtlich des fehlenden Besitzrechts.

1) Eine Zurechnung des Wissens könnte über § 278 erfolgen. Jedoch bestand bei Besitzerwerb noch kein Schuldverhältnis. Ein solches wurde erst begründet. § 278 setzt ein bereits entstandenes Schuldverhältnis voraus.<sup>15</sup>

2) Der Erwerb des Besitzes erfolgte nicht durch ein Rechtsgeschäft. Auch § 166 I ist damit nicht unmittelbar anwendbar.<sup>16</sup> § 166 I könnte aber analog anzuwenden sein, wenn ein Besitzdiener selbständig wie ein Vertreter beim Besitzerwerb für den Besitzherrn handelt.<sup>17</sup> Das setzt eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus.<sup>18</sup> Der Besitzerwerb erfolgte im Rahmen eines Rechtsgeschäfts. Das spricht für eine vergleichbare Interessenlage.<sup>19</sup> Zudem profitiert der Vertretene beim Erwerb gerade von einer etwaigen Gutgläubigkeit des Vertreters nach § 166 I, sodass es angemessen erscheint, auch bei der Frage nach Folgeansprüchen hinsichtlich der Haftung auf § 166 I abzustellen.<sup>20</sup>

H trat selbstständig wie ein Vertreter i. S. v. § 166 I für den R im Verkehr auf. Eine Zurechnung könnte erfolgen.

3) Jedoch weist die Regelung der §§ 989, 990 andererseits auch eine Nähe zum Deliktsrecht auf.<sup>21</sup> Für das Verhalten von Hilfspersonen vor Besitzerwerb muss der R nur im Falle eines Organisationsverschuldens nach § 823 I oder bei Auswahl- und Überwachungsverschulden nach § 831 haften. Das BGB geht eher von einer Privilegierung des besitzenden Schädigers aus.<sup>22</sup> Auch eine Zurechnung der Kenntnis des Besitzdieners könnte daher auf entsprechende Fälle beschränkt sein.

Hier hat der R den H trotz einschlägiger Vorstrafen im Bereich der Hehlerei kaum überwacht. Zwar hat der H ein Recht auf Rehabilitation, jedoch hätte der R geeignete Überwachungsmaßnahmen treffen können. Ein Überwachungsverschulden liegt vor.

Demnach muss sich der R unabhängig davon, ob auf § 166 I analog oder den Rechtsgedanken des § 831 abzustellen ist, die Bösgläubigkeit des H zurechnen lassen.

<sup>10</sup> Vgl. Hk-BGB/Schulte-Nölte (Fn. 2), § 989 Rn. 3.

<sup>11</sup> Vgl. BeckOK/Fritzsche (Fn. 7), § 986 Rn. 18.

<sup>12</sup> Vgl. Hk-BGB/Schulte-Nölte (Fn. 2), § 990 Rn. 2.

<sup>13</sup> Vgl. Baur/Stürner (Fn. 5), § 52 Rn. 26.

<sup>14</sup> Vgl. BGHZ 77, 274 (277); Hk-BGB/Schulte-Nölte (Fn. 2), § 932 Rn. 12.

<sup>15</sup> Vgl. BGHZ 16, 259 (262); MüKoBGB/Raff (Fn. 6), § 990 Rn. 20.

<sup>16</sup> Vgl. BGHZ 32, 54 (56); Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 26. Auflage (2017), Rn. 581.

<sup>17</sup> Vgl. BGHZ 32, 54 (56); Prütting, Sachenrecht 36. Auflage 2017, Rn. 73.

<sup>18</sup> Vgl. BGHZ 170, 187 (191).

<sup>19</sup> Vgl. BGHZ 32, 54 (56); Prütting (Fn. 17), Rn. 73.

<sup>20</sup> Vgl. BGHZ 32, 54 (56); MüKoBGB/Raff (Fn. 6), § 990 Rn. 24.

<sup>21</sup> Vgl. Baur/Stürner (Fn. 5), § 5 Rn. 15; Medicus/Petersen (Fn. 16), Rn. 581.

<sup>22</sup> Vgl. Medicus/Petersen (Fn. 16), Rn. 581.



**IV. Verschulden**

Nach § 989 ist ein Verschulden des Besitzers erforderlich. Nach Besitzerwerb besteht ein gesetzliches Schuldverhältnis nach § 985, innerhalb dessen sich der Besitzer das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen nach § 278 Var. 1 zurechnen lassen muss.<sup>23</sup> R muss sich die vorsätzliche Weitergabe des als Erfüllungsgehilfen handelnden H zurechnen lassen.

**V. Ergebnis**

E hat gegen R einen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 989, 990. Dieser ist auf den objektiven Wert der Geräte, also 25.000 € gerichtet, § 249 I. Nach angenommener (§ 267 I) Teilzahlung des R verbleibt ein Anspruch i.H.v. 5.000 €, § 362 I.

**C. §§ 992, 823 I**

Ein Anspruch des E gegen R nach §§ 992, 823 I käme nur in Betracht, wenn dieser den Besitz durch eine Straftat oder verbotenen Eigenmacht erlangt hätte.

Eine Hehlerei (§ 259 StGB) oder Unterschlagung (§ 249 StGB) scheiden schon mangels Vorsatzes aus. Verbotene Eigenmacht, § 858, würde eine Störung des unmittelbaren Besitzers in seinem Besitz voraussetzen. Der Z hat die Sache freiwillig an den R übergeben. Verbotene Eigenmacht liegt nicht vor. E hat keinen Anspruch nach §§ 992, 823 I gegen R.

**D. § 823 I**

Der Wortlaut des § 992 zeigt, dass sich ein Anspruch aus § 823 I auch bei Bösgläubigkeit nur über die Verweisungsnorm ergeben kann. § 823 ist gesperrt, vgl. § 993 I Hs. 2.<sup>24</sup>

**E. § 816 I 1**

E könnte gegen R einen Anspruch nach § 816 I 1 haben.

**I. Anwendbarkeit**

Fraglich ist, ob dieser Anspruch neben den §§ 987 ff. anwendbar ist oder durch die §§ 992, 993 I HS. 2 gesperrt wird.

Die §§ 987 ff. enthalten eine abschließende Sonderregelung für Ansprüche auf Nutzungs-, Schadens- und Verwendungsersatz. Unabhängig davon wie das Erlangte i.S.v. § 816 I 1 einzuordnen ist, ist der Anspruch jedenfalls auf eine andere Rechtsfolge gerichtet und damit nicht gesperrt.<sup>25</sup>

**II. Verfügung**

Der R müsste als Nichtberechtigter eine Verfügung über die Messgeräte getroffen haben, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist. R hat die Geräte vertreten durch H, § 164 I, an Kunden weiterveräußert, §§ 929 S. 1, 932 I, 935 I. Eine Veräußerung wirkt unmittelbar auf ein Recht ein und ist eine Verfügung.<sup>26</sup>

Mangels Eigentumserwerbs handelte R bei der Veräußerung als Nichtberechtigter. Aufgrund des Abhandenkommens der Messgeräte konnte er das Eigentum nicht nach §§ 929 S. 1, 932 I wirksam an seinen Kunden übertragen, § 935 I 1. Die Verfügung ist unwirksam.

Der E könnte die Verfügung als Berechtigter jedoch nach § 185 II genehmigen und den Anspruch geltend machen. Da dies nur die Rechtsfolgen der Verfügung betrifft, wäre der R weiterhin als Nichtberechtigter anzusehen.<sup>27</sup> Dann läge eine wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten vor.

**III. Rechtsfolge**

R ist dann zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet. Fraglich ist der genaue Anspruchsinhalt.

Durch die Verfügung erlangt der R bei wortlautgetreuer Auslegung des Begriffs die Befreiung von der Verbindlichkeit aus § 433 I 1 ggü. dem Kunden, § 362 I.

Da eine dahingehende Herausgabe nicht möglich ist, würde der R Wertersatz schulden, §§ 818 I, II, also 25.000 €.

Jedoch ist er in Höhe von 5000 € aufgrund des geringeren Kaufpreises entreichert, § 818 III. Auf Entreicherung könnte sich der R nicht berufen, wenn er nach §§ 818 IV, 819 I verschärft haften würde, also positive Kenntnis des Fehlens eines rechtlichen Grundes hätte. Die Voraussetzungen hierfür liegen nicht vor. Der verbleibende Anspruch ist nach § 362 I erloschen.

Kein anderes Ergebnis ergibt sich, wenn das Erlangte in dem gezahlten Kaufpreis zu sehen wäre.

**IV. Ergebnis**

Ein Anspruch des E gegen R aus § 816 I 1 besteht nicht.

**F. § 812 I 1 Alt. 2**

Da § 816 I 1 als *lex specialis* anzusehen ist,<sup>28</sup> scheidet ein Anspruch aus Eingriffskondition nach § 812 I 1 Alt. 2 aus.

<sup>23</sup> Vgl. MüKoBGB/Raff (Fn. 6), § 989 Rn. 16; a. A. Baur/Stürmer (Fn. 5), § 5 Rn. 15.

<sup>24</sup> Vgl. BGHZ 108, 353 (360); Hk-BGB/Schulte-Nölke (Fn. 2), Vor §§ 987–1003 Rn. 8; a. A. für bösgläubigen Besitzer: Prütting (Fn. 17), Rn. 564.

<sup>25</sup> Vgl. Medicus/Petersen (Fn. 16), Rn. 597.

<sup>26</sup> Vgl. BeckOK/Wendehorst (Fn. 7), § 816 Rn. 4; Staudinger/Lorenz, Buch 2, §§ 812–822 (Ungerechtfertigte Bereicherung), Neubearbeitung 2007, § 816 Rn. 4.

<sup>27</sup> Vgl. BGHZ 107, 340 (342); Hk-BGB/Wiese/Schulze (Fn. 2), § 816 Rn. 5.

<sup>28</sup> Vgl. BeckOK/Wendehorst (Fn. 7), § 816 Rn. 3.

**G. Ergebnis**

E hat gegen R einen Anspruch auf Zahlung von weiteren 5000 € gem. §§ 989, 990.

\*\*

**Frage 2: Ansprüche des E gegen R auf Zahlung von 5.000 €****A. §§ 687 II 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2.**

Ein Anspruch des E gegen R auf Zahlung von weiteren 5000 € könnte sich aus angemessener Eigengeschäftsführung gem. §§ 687 II 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 ergeben.

R hatte jedoch keine positive Kenntnis von der Fremdheit des Geschäfts. Da auch der H keine positive Kenntnis hatte, kann die Frage nach einer etwaigen Zurechnung dahinstehen.

Es besteht kein Anspruch aus angemessener Eigengeschäftsführung.

**B. §§ 989, 990**

Ein Anspruch aus den §§ 989, 990 ist dem Grunde nach gegeben (s. o.). Fraglich ist, worin der Schaden des E liegt. Grundsätzlich kann dieser den objektiven Wert der Sache verlangen, vgl. § 249 I, II.

Daneben kann der E auch Ersatz des entgangenen Gewinns verlangen, vgl. § 252. Anzeichen, die für einen möglichen Verkauf der Geräte durch E über dem objektiven Wert sprechen, sind indes nicht ersichtlich. Somit bleibt es bei einem Schaden von 25.000 €. Der Anspruch ist nach § 362 I erloschen.

**C. § 816 I 1**

Schließlich kommt wieder ein Anspruch des E gegen R aus § 816 I 1 in Betracht.

**I. Voraussetzungen**

Der R hat als Nichtberechtigter eine Verfügung über die Messgeräte getroffen (s. o.).

Diese wäre wirksam, wenn der R sie nach §§ 184, 185 II 1 genehmigen würde.

Die Voraussetzungen des § 816 I 1 lägen dann vor.

**II. Rechtsfolge**

Erneut ist zu prüfen, worauf sich die Herausgabepflicht erstreckt.

Hätte der R durch die Verfügung nur die Befreiung von der Verbindlichkeit aus § 433 I 1 erlangt, käme wieder nur eine

Herausgabe des objektiven Wertes in Betracht.<sup>29</sup> Der Anspruch wäre dann durch Erfüllung erloschen, § 362 I.

Andererseits könnte der Anspruch auf Herausgabe des Erlöses gerichtet sein<sup>30</sup>, also zur Zahlung von weiteren 5000 € führen. Da der R die 30.000 juristisch nicht aufgrund der Veräußerung erlangt hat, spricht der Wortsinn bei Beachtung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips für den ersten Ansatz.<sup>31</sup> Dagegen spricht, dass E als Eigentümer auch das Risiko eines Verkaufes unter Wert trägt (s. o.), sodass ihm auch ein etwaiger Mehrerlös zustehen könnte.<sup>32</sup> Das Bereicherungsrecht ist in besonderem Maße als Billigkeitsrecht anzusehen.<sup>33</sup>

Es lässt sich indes argumentieren, dass das Verhandlungsgeschick des R respektive seines Verkaufsleiters nicht dem E zugutekommen soll.<sup>34</sup> Entscheidend ist die Systematik des Gesetzes. Erlösherausgabe erlangt der Eigentümer unter den Voraussetzungen der §§ 687 II, 681, 667 Alt. 2, also bei positiver Kenntnis der Fremdheit. Unterhalb dieser Schwelle besteht nur ein Anspruch aus § 816 I 1, der auf den objektiven Wert begrenzt werden sollte.<sup>35</sup>

**III. Ergebnis**

E hat gegen R keinen Anspruch auf Zahlung von 5.000 € gem. § 816 I 1.

**D. §§ 985, 285**

Ein Anspruch könnte sich noch aus §§ 985, 285 ergeben. Dazu müsste § 285 als schuldrechtliche Norm auf den Herausgabeanspruch anwendbar sein. Dagegen spricht entscheidend, dass der Eigentümer sein Eigentum behalten würde und zusätzlich den Erlös erlangen könnte.<sup>36</sup> Zudem enthalten die §§ 987 ff. eine abschließende Sonderregelung hinsichtlich der Folgeansprüche aus § 985, die nicht durch die Anwendung von § 285 umgangen werden sollte.<sup>37</sup> § 285 ist nicht anwendbar. Ein Anspruch aus §§ 985, 285 scheidet aus.

**E. §§ 992, 823 I**

Ein Anspruch nach §§ 992, 823 I scheidet am Vorliegen der Voraussetzungen des § 992.

**F. Ergebnis**

E hat keinen Anspruch auf Zahlung von weiteren 5.000 € gegen R.

<sup>29</sup> Vgl. *Medicus/Petersen* (Fn. 16), Rn. 723.

<sup>30</sup> Vgl. BGHZ 29, 157 (159); Hk-BGB/*Wiese-Schulze* (Fn. 2), § 816 Rn. 9; *Wandt* (Fn. 3), § 11 Rn. 37.

<sup>31</sup> Vgl. *Medicus/Petersen* (Fn. 16), Rn. 723; MüKoBGB/*Schwab* (Fn. 6), § 816 Rn. 44.

<sup>32</sup> Vgl. Hk-BGB/*Wiese/Schulze* (Fn. 2), § 816 Rn. 9.

<sup>33</sup> Vgl. BGHZ 36, 232 (234 f.).

<sup>34</sup> Vgl. *Medicus/Petersen* (Fn. 16), Rn. 723.

<sup>35</sup> Vgl. *Staudinger/Lorenz* (Fn. 26), § 816 Rn. 25.

<sup>36</sup> Vgl. RGZ 115, 31 (33); *Jauernig/Berger*, Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Auflage (2018), § 985 Rn. 4, *Medicus/Petersen* (Fn. 14) Rn. 599.

<sup>37</sup> Vgl. BeckOK/*Unberath* (Fn. 7), § 285 Rn. 4.

SEMRA SAGIR\*

## Nichts für schwache Nerven

Fallbearbeitung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene

### SACHVERHALT<sup>1</sup>

Am 16. Januar 2018 fand in der niedersächsischen Stadt S eine Demonstration zum Thema „Gute Bildung und Wohnraum für alle“ statt. Im Anschluss daran kam es zu einer Hausbesetzung eines leer stehenden ehemaligen Studentenwohnheims der als Stiftung öffentlichen Rechts ausgestalteten Universität W in S. An dieser Besetzung war auch der K beteiligt. Am Morgen des 17. Januar 2018 erschienen im ehemaligen Studentenwohnheim Vertreter der Universität W und forderten mehrfach die Hausbesetzer erfolglos auf, das Gebäude zu verlassen. Die Vertreter der W riefen sodann die Polizei zur Hilfe.

Als diese vor Ort erschien, hielten sich in dem Gebäude noch elf Personen, unter ihnen auch der gewaltbereite und polizeibekannt K, auf dem Boden sitzend in einem Raum im ersten Obergeschoss auf. Sie wurden von der Polizei zweimal, zuletzt unter Androhung unmittelbaren Zwangs, vergeblich aufgefordert, das Gebäude zu räumen. Die Hausbesetzer wiederum drohten Gegenwehr an; notfalls müsse man „die Fäuste sprechen lassen“. Sie versuchten, die Polizeibeamten mit akrobatischen, dem Kung Fu entsprechenden Handbewegungen einzuschüchtern. Dies ließen sich die Polizeikommissare H und I nicht gefallen. Die Besetzer wurden hierauf von Polizeibeamten hinausgetragen, um insbesondere eine Eskalation der Situation zu verhindern: K wurde von Polizeikommissar H und Polizeikommissar I als erste Person aus dem Gebäude gebracht. Die Polizeibeamten forderten ihn vorher auf, freiwillig mitzukommen, nachdem sie ihn sowie die übrigen Besetzer unterschiedslos als „Deppen“ bezeichnet hatten; ansonsten müsse er mit Zwangsmaßnahmen rechnen. Weil K dieser Aufforderung nicht nachkam, trugen H und I ihn bis zu der Treppe hinunter, die in das Erdgeschoss führt. Aufgrund der großen Rutschgefahr erklärte sich der K dann bereit, die Treppe eigenständig hinunterzusteigen. Am Treppenabsatz angekommen im Erdgeschoss ließ sich K wieder zu Boden fallen. Hierauf versuchten die Polizisten, den K aufzurichten und wegzutragen. Hiergegen leistete K aktiv Widerstand. Er spannte seine Arme an, legte sich aus der sitzenden Position auf die Seite und drehte sich von der Seite unter Verschränkung der Arme auf die Brust in die Bauchlage. Den Polizisten gelang es folglich nicht, den K aufzurichten und wegzutragen. Daher wandte H gegenüber K eine Nervendrucktechnik an. Hierbei drückte er mit seiner linken geöffneten Hand gegen den Hinterkopf des K und

legte die rechte geöffnete Hand auf dessen Nase, um diesen zum eigenständigen Aufstehen zu bewegen. Hierdurch erlitt K neben Schmerzen leichte Hautabschürfungen zwischen Nase und Oberlippe in der linken Gesichtshälfte sowie leichtes Nasenbluten. Nachdem auch diese Drucktechnik ebenso wie der Versuch, dem K Handfesseln anzulegen, nicht zum gewünschten Erfolg geführt hatte, gelang es H und I schließlich, den K zum Hinterausgang des Gebäudes zu tragen. Streitig ist, ob und inwieweit der K am Treppenabsatz im Erdgeschoss und insbesondere vor und während der Anwendung der Nervendrucktechnik Widerstand leistete und in welchem Umfang im Erdgeschoss aufgrund der winterlichen Witterung eine gesteigerte Rutschgefahr bestand.

K ist der Auffassung, dass die Anwendung der Nervendrucktechnik nicht rechtens war. Gegen die Aufforderung, das Gebäude zu verlassen, habe er zwar nichts. Die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme, die in einem anderen Verfahren gesondert festgestellt worden war, wird somit nicht in Frage gestellt. Die Anwendung der schmerzhaften Nervendrucktechnik aber sei unverhältnismäßig gewesen. Die Polizisten hätten ihn auch ohne deren Einsatz die noch verbleibenden zehn Meter zum Ausgang des Gebäudes tragen können, was letztlich schon geschehen war. Der Einwand der Polizisten, er habe durch seine Körperhaltung, insbesondere durch das Verschränken seiner Arme vor dem Oberkörper, sein Wegtragen verhindert, überzeuge nicht. Die Polizeikommissare sehen sich hingegen im Recht: Bei der Nervendrucktechnik handle es sich um die Anwendung unmittelbaren Zwangs. Sie hätten hierbei ermessensfehlerfrei gehandelt. Unerheblich sei, dass die Polizeibeamten abwechselnd verschiedene Zwangsmittel wie das Wegtragen und die Nervendrucktechnik angewandt hätten. Zwangsmittel könnten so lange wiederholt und gewechselt werden, bis der zu vollstreckende Verwaltungsakt umgesetzt sei. Zwar sei das Wegtragen grundsätzlich ein milderes Mittel als die Anwendung der Nervendrucktechnik. Es sei jedoch zu berücksichtigen, dass in dem besetzten Gebäude, insbesondere im Erdgeschoss, aufgrund der winterlichen Witterungsverhältnisse eine große Rutschgefahr bestanden habe. Da der K keine Tragpunkte an seinem Körper zum Wegtragen zur Verfügung gestellt habe, sei das Wegtragen mit wesentlich höheren Risiken für alle Beteiligten verbunden gewesen.

*K erhebt form- und fristgemäß vor dem zuständigen Verwaltungsgericht (VG) Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Nervendrucktechnik. Zu prüfen sind die Erfolgsaussichten der Klage.*

\* Die Autorin ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Christine Langenfeld, Richterin des Bundesverfassungsgerichts, an der Georg-August-Universität Göttingen.

<sup>1</sup> Angelehnt an OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, NJW 2017, 1626 (Vorinstanz: VG Göttingen, Urt. v. 1. 10. 2014 – 1 A 167/13, BeckRS 2014, 57204).

**GLIEDERUNG**

- A. Zulässigkeit
  - I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges
  - II. Statthafte Klageart
  - III. Klagebefugnis
  - IV. Subsidiarität der Allgemeinen Feststellungsklage, § 43 II 1 VwGO
  - V. Besonderes Feststellungsinteresse
  - VI. Vorverfahren und Klagefrist
  - VII. Klagegegner
  - VIII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit
  - IX. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen
  - X. Ergebnis
- B. Begründetheit
  - I. Ermächtigungsgrundlage
  - II. Formelle Rechtmäßigkeit
  - III. Materielle Rechtmäßigkeit
    - 1. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzung: Wirksamer Grundverwaltungsakt
    - 2. Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen
      - a) Androhung des unmittelbaren Zwangs, §§ 70 I, 74 I 1 NSOG
      - b) Entbehrlichkeit der Androhung, § 70 I 3 NSOG
    - 3. Zwischenergebnis
  - IV. Ergebnis
- C. Gesamtergebnis

**LÖSUNGSVORSCHLAG**

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

**A. Zulässigkeit****I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges**

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dieser ist stets eröffnet, wenn dies für konkrete Streitigkeiten durch Gesetz bestimmt ist. Eine aufdrängende Sonderzuweisung zum VG ist nicht gegeben.

Der Verwaltungsrechtsweg könnte jedoch über die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO eröffnet sein. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art eröffnet, soweit die Streitigkeit nicht ausdrücklich einem anderen Gericht zugewiesen ist.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist dann gegeben, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zugeordnet werden.<sup>2</sup> Streitgegenstand ist hier die Rechtmäßigkeit der Nervendrucktechnik. Streitentscheidende Normen sind die §§ 64 ff. Niedersächsisches Sicherheits- und Ordnungsgesetz (NSOG). Zu prüfen ist, ob diese

öffentlich-rechtlicher Natur sind. Nach der Sonderrechtstheorie gehören die Rechtsvorschriften dann zum öffentlichen Recht, wenn sie einen Träger der öffentlichen Gewalt einseitig berechtigen oder verpflichten.<sup>3</sup> Der vorliegende Fall betrifft polizeiliches Handeln. Dessen Rechtmäßigkeit richtet sich nach den Vorschriften des NSOG, einen Träger der öffentlichen Gewalt in der Funktion als Hoheitsträger zu einem Handeln berechtigen und verpflichten. Die einschlägigen Normen (§§ 64 ff. NSOG) sind somit nach der Sonderrechtstheorie öffentlich-rechtlicher Natur. Es liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

Zu prüfen ist, ob es sich um eine Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art handelt. Eine Streitigkeit ist verfassungsrechtlicher Art, wenn sich zwei Verfassungsorgane oder unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte über Rechte und Pflichten, die sich unmittelbar aus der Verfassung ergeben, streiten (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).<sup>4</sup> Hier ist K nicht am Verfassungsleben beteiligt. Auch streiten sich K und die Polizei nicht über Rechte und Pflichten, die sich aus der Verfassung ergeben. Es fehlt an der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit. Die Streitigkeit ist nicht-verfassungsrechtlicher Art.

Schließlich dürfte keine abdrängende Sonderzuweisung vorliegen. In Betracht kommt hier eine Sonderzuweisung an die ordentlichen Gerichte gem. § 23 EGGVG. Voraussetzung hierfür wäre jedoch, dass es sich bei der polizeilichen Maßnahme der Nervendrucktechnik um einen Justizverwaltungsakt handelt. Handelte die Polizei repressiv zur Strafverfolgung, ist § 23 EGGVG einschlägig, während bei präventivem polizeilichen Handeln der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.<sup>5</sup> Hier hatten K und die übrigen Personen das Haus der Universität gegen den Willen dieser besetzt und damit den Tatbestand des Hausfriedensbruchs gem. § 123 StGB erfüllt. Allerdings wollte die Polizei hier auch die Begehung weiterer Straftaten vorbeugen. Bei sog. doppel-funktionalen Maßnahmen ist nach h. M. der Schwerpunkt der polizeilichen Maßnahme entscheidend.<sup>6</sup> Nach der sog. Zwecksetzungslehre hänge die Frage des einschlägigen Rechtsweges von der polizeilichen Zwecksetzung ab.<sup>7</sup> Die Polizei wollte hier primär die Begehung weiterer Straftaten verhindern. Zu diesem Zweck wurde der K auch hier aus dem besetzten Haus getragen. Die Polizei befürchtete, dass die Besetzer, unter ihnen auch der K, gewalttätig werden würden. Dies äußerte sich in den Kampf-bewegungen sowie den Provokationen der Besetzer. Zudem war zumindest der K der Polizei als Gewalttäter bereits bekannt. Sowohl nach der Schwerpunkttheorie als auch nach der Zwecksetzungslehre handelte die Polizei präventiv. Ein Streitentscheid ist entbehrlich. Somit ist keine abdrängende Sonderzuweisung nach § 23 EGGVG gegeben.

<sup>3</sup> Deterbeck (Fn. 2), Rn. 27.

<sup>4</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 10. Auflage (2016), § 11 Rn. 49.

<sup>5</sup> Schoch/Schneider/Bier/Ehlers/Schneider, 31. EL Juni 2016, VwGO § 40 Rn. 604.

<sup>6</sup> Hufen (Fn. 4), § 11 Rn. 63; OVG Münster, NJW 1980, 855.

<sup>7</sup> Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Auflage (2016), Rn. 420 ff.

<sup>2</sup> Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage (2017), Rn. 28.

Damit ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

## II. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klageart statthaft ist. Dies richtet sich gem. § 88 VwGO nach dem Klagebegehren. Ausweislich des Sachverhalts will K die Rechtswidrigkeit der Nervendrucktechnik festgestellt haben. Da K keine Aufhebung eines Verwaltungsaktes i. S. d. § 42 I Alt. 1 VwGO begehrt, scheidet eine Anfechtungsklage von vornherein aus. In Betracht kommt eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO analog oder eine Allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO. Entscheidend hierfür ist, ob es sich bei der Nervendrucktechnik um einen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG handelt. Ob es sich bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs um einen Verwaltungsakt gem. § 35 S. 1 VwVfG handelt, ist umstritten. Problematisch ist dies in Hinblick auf den Regelungscharakter von Zwangsmaßnahmen.

1. Nach einem Teil der früheren Rspr. und einem Teil der Literatur würden Zwangsmaßnahmen, d. h. sowohl anordnende als auch vollziehende Maßnahmen, den Betroffenen generell zur Duldung des Eingriffs in seine Rechte verpflichten.<sup>8</sup> Aufgrund des tiefgreifenden Grundrechtseingriffs müsse von einer Regelungsqualität der Maßnahme ausgegangen werden. Der Betroffene habe diese zu dulden. Diese Ansicht nimmt über die Konstruktion einer konkludenten Duldungsverfügung einen Verwaltungsakt an. Folglich wäre die Nervendrucktechnik als Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG zu qualifizieren. Wegen der Erledigung der Nervendrucktechnik, die diese Ansicht als VA qualifizieren würde, käme hier eine Fortsetzungsfeststellungsklage als statthafte Klageart in Betracht.

2. Die heute ganz herrschende Meinung in Rspr. und Literatur lehnt die Figur der „konkludenten Duldungsverfügung“ ab. Bei polizeilichen Standardmaßnahmen sowie bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs, die dem Betroffenen keine Verhaltenspflicht auferlegen, sondern die Polizei unmittelbar zu einem grundrechtsrelevanten Handeln ermächtigen, handle es sich um keine Verwaltungsakte.<sup>9</sup> Es lägen vielmehr Realakte vor.<sup>10</sup> Allein wegen der Grundrechtsrelevanz könne nicht der Schluss gezogen werden, es handle sich bei Zwangsmitteln um Verwaltungsakte.<sup>11</sup> Dieser Ansicht zufolge wäre vorliegend die allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 VwGO die statthafte Klageart.

3. Die dargestellten Ansichten führen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Ein Streitentscheid ist unentbehrlich. Gegen die Konstruktion der „konkludenten Duldungsverfügung“ spricht, dass eine Gleichsetzung von Eingriff und Regelung nicht nur de facto jede Maßnahme als Verwaltungsakt qualifizieren würde. Gegen eine Gleichsetzung spricht auch, dass nicht jeder Eingriff zugleich einen Verwaltungsakt enthält. „Eingriff“ und „Regelung“ dürfen nicht gleichgesetzt werden, sondern müssen vielmehr strikt voneinander getrennt werden.<sup>12</sup> Die Konstruktion der Duldungsverfügung ist bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs sowie bei vollziehenden Standardmaßnahmen entbehrlich, da sie aus Rechtsschutzgründen nicht notwendig ist. Die Ursprünge der fiktiven Duldungsverfügung stammen nämlich aus einer Zeit, zu welcher das Gesetz nur Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte gewährte.<sup>13</sup> Insofern bestand das Bedürfnis, eine Standardmaßnahme mit Eingriffsqualität als Verwaltungsakt zu bewerten. Dieses Bedürfnis ist allerdings mit der Einführung der VwGO entfallen, da nunmehr auch Realakte mit Eingriffsqualität mittels der allgemeinen Leistungsklage angegriffen werden können.<sup>14</sup> Schließlich bestehen bei der Annahme der Duldungsverfügung bei vollziehenden polizeilichen Maßnahmen dogmatische Widersprüche. Bei der Ausführung einer Standardmaßnahme in Abwesenheit des Betroffenen, wäre der Verwaltungsakt mangels Bekanntgabe unwirksam (§§ 41 I, 43 I VwVfG).<sup>15</sup> Dies würde auch bei der Ingewahrsamnahme eines Bewusstlosen oder dergleichen gelten. Demnach würde die Konstruktion der Duldungsverfügung bei vollziehenden Maßnahmen in solchen Fällen leer laufen. Um den Betroffenen nicht rechtsschutzlos zu stellen, müsste wiederum auf die Figur des Realaktes zurückgegriffen werden. Ein derartiger Rückgriff wäre dann jedoch inkonsequent. Die Konstruktion der konkludenten Duldungsverfügung führt in vielen Konstellationen mithin zu widersprüchlichen bis lebensfremden Ergebnissen.<sup>16</sup>

Es ist der zuletzt genannten Ansicht zu folgen. Die Anwendung unmittelbaren Zwangs stellt damit mangels Regelungsgehalts keinen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG, sondern vielmehr einen Realakt dar. Eine Fortsetzungsfeststellungsklage scheidet damit mangels Vorliegen eines Verwaltungsakts als statthafte Klageart aus.

Als statthafte Klageart kommt eine Feststellungsklage nach § 43 I VwGO in Betracht, sofern K hier das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt wissen möchte. Als Rechtsverhältnis wird dabei eine (öffentlich-rechtlich ausgestaltete) Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache definiert.<sup>17</sup> Mithin muss es sich um ein konkretes Rechtsverhältnis handeln, welches dann gegeben ist, wenn der Sachverhalt bestimmt oder be-

8 BVerwGE 26, 161 (164); VGH München BayVBl. 1988, 562 (563); Pietzner, VerwArch 82 (1991), 291 (293); Habermehl, Polizeirecht, 2. Auflage (1993), Rn. 809.

9 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Auflage (2017), § 35 Rn. 114; Huck/Müller, VwVfG, 1. Auflage (2011), § 35 Rn. 41; Finger, Polizeiliche Standardmaßnahmen und ihre zwangsweise Durchsetzung – Rechtsnatur, Rechtsgrundlage und Rechtsschutz am Beispiel der Ingewahrsamnahme, JuS 2005, 116 (118).

10 Racher, in: Liskens/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Auflage (2007), F Rn. 51; Schmitt-Kammler, NWVBl. 1995, 166.

11 Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 8. Auflage (2014), § 35 Rn. 96.

12 Pietzner, VerwArch 84 (1993), 261 (273).

13 Renck, Verwaltungsakt und Feststellungsklage, JuS 1970, 113 (115); Finger (Fn. 9), 116 (117).

14 Schoch, Rechtsformen polizei- und ordnungsbehördlichen Handelns und Rechtsschutz, JuS 1995, 215 (218).

15 Robbers, Schlichtes Verwaltungshandeln, DÖV 1987, 272 (275).

16 BeckOK VwVfG/von Alemann/Scheffczyk VwVfG § 35 Rn. 151; Stelkens (Fn. 11), § 35 Rn. 95; Finger (Fn. 9), 116 (117).

17 BVerwGE 14, 235 (236); 89, 327 (329).

stimmbar ist.<sup>18</sup> K möchte hier geklärt wissen, ob der H die Nervendrucktechnik auf ihn anwenden durfte, mittels derer der K in seiner Bewegung eingeschränkt wurde, sodass der H und I den K wegtragen konnten. Dies stellt ein hinreichend konkretes, durch einen Realakt begründetes Rechtsverhältnis dar. Die Feststellungsklage nach § 43 I VwGO ist statthafte Klageart.

### III. Klagebefugnis

Im Rahmen der Allgemeinen Feststellungsklage ist zwischen der Rspr. und Lit. umstritten, ob § 42 II VwGO auf die Allgemeine Feststellungsklage analog anzuwenden ist. Während die Rspr. § 42 II VwGO analog für die Allgemeine Feststellungsklage heranzieht, um Popularklagen zu vermeiden,<sup>19</sup> lehnt die Literatur einhellig die Notwendigkeit der analogen Anwendung des § 42 II VwGO im Rahmen des § 43 VwGO ab. Popularklagen seien bereits aus dem Grunde nicht zu befürchten, als dass die Allgemeine Feststellungsklage ein berechtigtes Feststellungsinteresse gem. § 43 II VwGO fordere.<sup>20</sup> Es fehle somit an einer Regelungslücke.<sup>21</sup>

Indem der H auf den K die Nervendrucktechnik angewandt hat, hat er auf dessen körperliche Unversehrtheit eingewirkt. Vorliegend erscheint eine Rechtsverletzung des K in seinen Grundrechten aus Art. 2 II, Art. 2 I GG zumindest möglich. Die an der Möglichkeitstheorie zu messende<sup>22</sup> Klagebefugnis nach § 42 II VwGO wäre gegeben. Damit muss der Streit an dieser Stelle nicht entschieden werden.

### IV. Subsidiarität der Allgemeinen Feststellungsklage, § 43 II 1 VwGO

Gemäß § 43 II 1 VwGO kann die Feststellung nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch die Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Fraglich ist damit, ob die Feststellungsklage hier nicht subsidiär ist. Die Maßnahme der Polizei hat sich hier bereits erledigt. K kann seine Rechte bezüglich der angewandten Nervendrucktechnik nicht mit einer Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen. Da die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO analog sich nur auf Verwaltungsakte bezieht, kann die Klage auf Feststellung der Nichtberechtigung des Staates zur Vornahme eines erledigten Realaktes auch nicht durch § 113 I 4 VwGO verdrängt werden.<sup>23</sup> Die Feststellungsklage ist nicht zu einer anderen Klage subsidiär.

### V. Besonderes Feststellungsinteresse

Überdies muss K ein besonderes Interesse an der Klärung der Rechtsfrage geltend machen (Feststellungsinteresse), § 43 I VwGO. In Betracht kommt als Feststellungsinteresse ein rechtliches, wirtschaftliches oder ideelles Interesse.<sup>24</sup> Sofern es um die Feststellung eines in der Vergangenheit liegenden, auf einem erledigten Realakt beruhenden Rechtsverhältnisses geht, muss das Feststellungsinteresse – wie bei der Fortsetzungsfeststellungsklage – besonders hoch sein und ist in den Fallgruppen der Wiederholungsgefahr, des Rehabilitationsinteresses, bei schwerwiegenden Grundrechtseinwirkungen oder bei der Präjudizität anzunehmen.<sup>25</sup> Hier kommt als besonderes Feststellungsinteresse zunächst ein Rehabilitationsinteresse des K in Betracht. Ein Rehabilitationsinteresse ist dann gegeben, wenn von der Maßnahme eine diskriminierende Wirkung ausgeht, die auch nach Erledigung fortwirkt.<sup>26</sup> Hier wurde K unterschiedslos mit den übrigen Besetzern als „Depp“ beschimpft. K könnte hier diskriminiert worden sein. Diese Diskriminierung wirkt auch noch fort. Ein Rehabilitationsinteresse ist anzunehmen. Möglich ist ferner ein Präjudizinteresse des K. Dieses darf jedoch nicht ausschließliches Interesse des Klägers sein.<sup>27</sup> Ausweislich des Sachverhaltes möchte K auch einen Amtshaftungsanspruch geltend machen. Dementsprechend besteht hier ebenso ein Präjudizinteresse des K. Zudem wurde durch die Nervendrucktechnik in die körperliche Unversehrtheit des K eingewirkt. Ein schwerwiegender Grundrechtseingriff im Hinblick auf Art. 2 II GG kann angenommen werden. K hat folglich ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Nervendrucktechnik.

### VI. Vorverfahren und Klagefrist

Ein Widerspruchsverfahren ist bei der Allgemeinen Feststellungsklage nicht erforderlich.<sup>28</sup> Ebenso ist keine Klagefrist einzuhalten.<sup>29</sup>

### VII. Klagegegner

Die Klage richtet sich hier gegen die Polizeidirektion G. Richtiger Klagegegner ist damit nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip das Land Niedersachsen (§ 78 I Nr. 1 VwGO analog).

### VIII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

K ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Das Land Niedersachsen ist gem. § 61 Nr. 1, 2. Alt. VwGO beteiligten- und gem. § 62 III VwGO prozessfähig.

<sup>18</sup> Detterbeck (Fn. 2), Rn. 1396 f.

<sup>19</sup> Vgl. BVerwG NVwZ 1991, 470 (471); OVG Münster DVBl. 1993, 60 (61); BVerwG DVBl. 1995, 1250; BVerwGE 100, 262 (271); 111, 276 (279); BVerwG DVBl. 2009, 1382; VGH Kassel BeckRS 2011, 53793.

<sup>20</sup> Vgl. Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 15. Auflage (2017), Rn. 410, 433; Hufen (Fn. 4), § 18 Rn. 26 ff.; Schmitt Glaeser/Horn, Verwaltungsprozessrecht, 15. Auflage (2000), Rn. 341.

<sup>21</sup> NK-VwGO/Sodan, 3. Auflage (2010), § 42 Rn. 72, 74 ff.; Glaser, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, 2013, Rn. 84 ff.

<sup>22</sup> Detterbeck (Fn. 2), Rn. 1351.

<sup>23</sup> Kopp/Schenke, VwGO, 19. Auflage (2013), § 43, Rn. 5.

<sup>24</sup> BVerwGE 36, 218 (226); 100, 262 (271).

<sup>25</sup> Kopp/Schenke (Fn. 23), § 43 Rn. 16.

<sup>26</sup> Hufen (Fn. 4), § 18 Rn. 50; Detterbeck (Fn. 2), Rn. 1427.

<sup>27</sup> Vgl. BVerwGE 61, 128 (135 f.); 72, 38 (42); Rozek, Grundfälle zur verwaltungsgerichtlichen Fortsetzungsfeststellungsklage, JuS 1995, 598 (600).

<sup>28</sup> Hufen (Fn. 4), § 18, Rn. 18.

<sup>29</sup> Kopp/Schenke (Fn. 23), § 43, Rn. 1; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 15. Auflage (2010), § 43, Rn. 28.

## IX. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen (§§ 45, 52, 81 f. VwGO) liegen vor. Es ist auch hier kein einfacherer Weg ersichtlich, mit dem K gegen die Nervendrucktechnik vorgehen könnte. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ist somit ebenso gegeben.

## X. Ergebnis

Die Klage des K ist somit zulässig.

## B. Begründetheit

Die Klage müsste auch begründet sein. Dies ist dann der Fall, wenn das Klagebegehren dem materiellen Recht entspricht,<sup>30</sup> wenn also die Nervendrucktechnik rechtswidrig war.

### I. Ermächtigungsgrundlage

Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 III GG) bedarf jeder Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers einer Ermächtigungsgrundlage.<sup>31</sup> Ein Grundrechtseingriff ist mithin einer gesetzlichen Regelung vorbehalten.<sup>32</sup> Als Rechtsgrundlage kommen hier §§ 64 I Alt. 2, 65 I Nr. 3, 69 NSOG in Betracht. Dazu müsste es sich jedoch bei der Nervendrucktechnik um unmittelbaren Zwang im Sinne dieser Normen handeln. Gemäß § 69 I NSOG stellt unmittelbarer Zwang die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, durch ihre Hilfsmittel und durch Waffen dar. Fraglich ist, ob die Nervendrucktechnik unter § 69 IV NSOG subsumiert werden kann, also unmittelbarer Zwang mit Hilfe von Waffen ausgeübt wird. Die Aufzählung der Waffen i. R. d. § 69 IV NSOG ist hierbei abschließend.<sup>33</sup> Der Einsatz der Nervendrucktechnik wird hier nicht erwähnt. § 69 IV NSOG ist nicht einschlägig. In Betracht käme die Subsumtion der Nervendrucktechnik unter Hilfsmittel der körperlichen Gewalt nach § 69 III NSOG. § 69 III NSOG nennt hierbei beispielhaft Mittel der körperlichen Gewalt (z. B. Fesseln, Wasserwerfer etc.). Die Aufzählung ist hierbei nicht abschließend („insbesondere“).<sup>34</sup> Jedoch muss bei der Anwendung von Hilfsmitteln der körperlichen Gewalt die Einwirkung durch diese Sache „vermittelt“ werden.<sup>35</sup> Bei der Nervendrucktechnik wirkt jedoch kein Hilfsmittel, d. h. keine weitere Sache auf den Betroffenen ein. Vielmehr dient der Körper des Angreifers als Mittel zur Anwendung der Gewalt. Die Nervendrucktechnik stellt somit kein Hilfsmittel der Gewalt i. S. d. § 69 III NSOG dar. Die angewandte Nervendrucktechnik könnte somit körperliche Gewalt i. S. d. § 69 I, II NSOG darstellen. Körperliche Gewalt ist dabei nach § 69 II NSOG jede unmittelbare körperliche Einwirkung auf Personen oder Sachen. Dabei erfolgt diese Einwirkung durch unmittelbare Anwendung von Körperkräften der Polizeibe-

amten, wobei auch die Anwendung von Polizeikräften hierunter fällt.<sup>36</sup> Dies gilt nicht nur dann, wenn ein Unterlassen erzwungen werden soll, sondern auch für den Fall, dass dem Pflichten ein aktives Tun, mithin eine Handlung wie das selbständige Aufstehen und Verlassen des besetzten Gebäudes abverlangt wird.<sup>37</sup> Dies ergibt sich bereits aus dem in § 64 I NSOG gesetzlich umschriebenen Wesen des Verwaltungszwangs, der der zwangsweisen Durchsetzung eines Verwaltungsaktes dient und auf die Vornahme einer Handlung oder auf Duldung oder Unterlassung gerichtet ist.<sup>38</sup> Bei der Nervendrucktechnik handelt es sich um eine Maßnahme, bei der durch die Erzeugung von Druck auf empfindliche Stellen des Körpers ein Schmerzgefühl hervorgerufen wird. Es wird somit durch die direkte Anwendung von Körperkraft der handelnden Polizeibeamten auf den Körper des Betroffenen eingewirkt. Unerheblich ist dabei, dass die Nervendrucktechnik mit der Zufügung von Schmerzen verbunden ist.<sup>39</sup> Bei der angewandten Nervendrucktechnik handelt es sich mithin um körperliche Gewalt i. S. d. § 69 II NSOG. Unmittelbarer Zwang ist in Form der körperlichen Gewalt gegeben. Ermächtigungsgrundlage ist folglich §§ 64 I Alt. 2, 65 I Nr. 3, 69 NSOG.

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Polizei war hier gem. § 64 III NSOG sachlich zuständig. Anhaltspunkte der örtlichen Unzuständigkeit der Polizei sind nicht ersichtlich. Überdies sind keine Form- oder Verfahrensfehler ersichtlich. Da die Anwendung des unmittelbaren Zwangs auch keinen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG darstellt (s. o.), sind keine Mängel in Hinblick auf § 28 VwVfG zu erkennen. Die Anwendung des unmittelbaren Zwangs war somit formell rechtmäßig.

### III. Materielle Rechtmäßigkeit

Überdies müsste die Anwendung des unmittelbaren Zwangs in Form der Nervendrucktechnik auch materiell rechtmäßig sein.

#### 1. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzung: Wirksamer Grundverwaltungsakt

Gemäß § 64 I NSOG kann ein Zwangsmittel durchgesetzt werden, wenn der (Grund-)Verwaltungsakt unanfechtbar ist oder wenn ein Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung hat, wenn er also als Titel vollstreckbar ist. Der Grundverwaltungsakt war hier die Aufforderung der Universität, das besetzte Gebäude innerhalb des genannten Zeitraumes zu räumen. Gegen diese Anordnung haben Rechtsbehelfe gemäß § 80 II 1 Nr. 2 VwGO keine aufschiebende Wirkung. Der Grundverwaltungsakt ist mithin vollstreckbar. Im Rahmen des § 64 I Alt. 2 NSOG ist jedoch umstritten, ob der Grundverwaltungsakt rechtmäßig sein muss. Während eine Mindermeinung die Rechtmäßigkeit eines (fiktiven) Ver-

<sup>30</sup> Schenke (Fn. 20), Rn. 870.

<sup>31</sup> Maurer, Verwaltungsrecht, 19. Auflage (2017), § 6 Rn. 3 ff.

<sup>32</sup> Ulrich/Weiner/Brüggemann, Niedersächsisches Polizeirecht, 1. Aufl. 2012, Rn. 127.

<sup>33</sup> Vgl. Rachor (Fn. 10), F Rn. 509.

<sup>34</sup> Vgl. Rachor (Fn. 10), F Rn. 497.

<sup>35</sup> Vgl. Rachor (Fn. 10), F Rn. 496.

<sup>36</sup> Rachor (Fn. 10), E Rn. 831.

<sup>37</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, Rn. 23.

<sup>38</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, Rn. 23.

<sup>39</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, Rn. 24.

waltungsaktes fordert, vertritt die herrschende Meinung die Auffassung, dass der Grundverwaltungsakt lediglich wirksam und nicht rechtmäßig sein muss.<sup>40</sup> Begründet wird die letztgenannte Auffassung nicht nur mit dem Wortlaut der Vorschrift, sondern auch mit der Effektivität des Gefahrenabwehrrechts.<sup>41</sup> Zudem müsste der Betroffene infolgedessen Schutz in Gestalt des vorläufigen Rechtsschutzes sowie durch Widerspruch und Anfechtungsklage suchen.<sup>42</sup> Ausweichlich des Sachverhalts ist der Grundverwaltungsakt rechtmäßig.<sup>43</sup> Aus diesem Grunde kommt es auf den Streit nicht an.

## 2. Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen

### a) Androhung des unmittelbaren Zwangs, §§ 70 I, 74 I 1 NSOG

Gemäß §§ 70 I, 74 I 1 NSOG ist unmittelbarer Zwang vor seiner Anwendung anzudrohen. Ferner muss sich die Androhung auf bestimmte Zwangsmittel beziehen (§ 70 III 1 NSOG). Diese Regelung im Vollstreckungsrecht ist Ausdruck des in § 37 I VwVfG allgemein normierten Gebots der hinreichenden inhaltlichen Bestimmtheit von Verwaltungsakten.<sup>44</sup> Ziel des Bestimmtheitsgebots ist die Vorhersehbarkeit des polizeilichen Handelns, sodass der von einer Zwangsmaßnahme Betroffene Klarheit über die zu erwartenden Eingriffe in seine körperliche Unversehrtheit erhält.<sup>45</sup> Uneindeutig ist hingegen die Frage, ob die Zwangsmaßnahme konkret benannt werden muss.

aa) Nach der Rspr. sei es entbehrlich, dass das genaue Einsatzmittel genannt wird. Argumentiert wird hier damit, dass zum einen die konkrete Benennung eines Zwangsmittels in gewissen Fällen nicht möglich sei. Zum anderen aber wäre eine konkrete Benennung oftmals sogar unzumutbar, da der widerwillige Betroffene sich der Maßnahme entziehen oder diese vereiteln könnte.<sup>46</sup>

bb) Wenngleich diese Sichtweise der Effektivität der Gefahrenabwehr dient, wird in der Literatur die Auffassung, die sich auf den Wortlaut des § 70 III 1 NSOG stützen lässt, vertreten, dass die Polizei aufgrund des genannten Bestimmtheitsgebotes die von ihr beabsichtigten Maßnahmen möglichst konkret benennen müsste. Mit der Androhung werde die Hoffnung verknüpft und der Zweck verfolgt, dass es zu der geplanten Maßnahme im Ergebnis gar nicht mehr kommen muss, da sich der vom Zwangsmittel Betroffene im An-

gesicht des ihm drohenden Ärgers doch noch geneigt sehen würde, den Anweisungen zu folgen.<sup>47</sup> Insbesondere bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs durch Hilfsmittel der körperlichen Gewalt nach § 69 III NSOG sowie durch Waffen nach § 69 IV NSOG müssten diese bei der Androhung des unmittelbaren Zwangs genannt werden.<sup>48</sup>

cc) In Fällen der Einwirkung auf Personen durch körperliche Gewalt i. S. d. § 69 I, II NSOG gilt grundsätzlich, dass der unmittelbare Zwang angekündigt werden müsse. Allerdings müsse hiervon im Besonderen bei der Nervendrucktechnik eine Ausnahme gemacht werden: Wenn der Betroffene durch die Anwendung einer Nervendrucktechnik zur Vornahme einer Handlung gezwungen werden soll, sei dies nämlich geboten.<sup>49</sup> Mit der besonderen Nervendrucktechnik wird empfindlich in die körperliche Unversehrtheit des Betroffenen eingegriffen. Durch den Druck auf Nervenpunkte wird ihm unmittelbar ein erheblicher Schmerz zugefügt. Mit einer solchen schmerzhaften Behandlung muss der Betroffene nicht unbedingt rechnen, wenn ihm „lediglich“ körperliche Gewalt i. S. d. § 69 I, II NSOG angekündigt wird. Der Grundsatz der Vorhersehbarkeit polizeilichen Handelns gebietet es daher, die bewusste und gewollte Zufügung von nicht lediglich unerheblichen Schmerzen durch die Anwendung einer Nervendrucktechnik im Rahmen des unmittelbaren Zwangs gesondert anzudrohen. Nur durch eine derartige vorherige Androhung wird der Betroffene in die Lage versetzt, die Zufügung von Schmerzen dadurch zu verhindern, dass er die geforderte Handlung vornimmt. Hierdurch kann zudem die Beugefunktion des Zwangsmittels besser verdeutlicht werden.<sup>50</sup>

dd) Vorliegend wurden K und die Hausbesetzer noch im Obergeschoss des besetzten Gebäudes aufgefordert, das Gebäude zu verlassen. Ihnen wurden zugleich Zwangsmittel angedroht. Die Anwendung des unmittelbaren Zwangs wurde dabei mündlich angekündigt. Im Erdgeschoss jedoch setzte der P gegen den K die schmerzhafteste Nervendrucktechnik ein, als der K aktiven Widerstand gegen ein Wegtragen geleistet hat, indem er seine Arme anspannte, sich aus der sitzenden Position auf die Seite legte und sich von der Seite unter Verschränkung der Arme auf die Brust in die Bauchlage drehte. Die Anwendung dieser schmerzhaften Form der körperlichen Gewalt wurde jedoch nicht angekündigt. Die im Obergeschoss allgemein gehaltene Androhung des unmittelbaren Zwangs hätte P im Erdgeschoss des Gebäudes aber durch die Ankündigung der Nervendrucktechnik gegenüber K ergänzen müssen, er setze jetzt eine Nervendrucktechnik ein, die schmerzhaft sein könne, falls der K nicht freiwillig aufstehe und das Gebäude verlasse. Ob der K aktiven Widerstand gegen ein Wegtragen geleistet hat, ist dabei unerheblich. Eine Ankündigung der Nervendrucktechnik war dem P in Anbetracht des geringen Widerstands des K mithin möglich. Die vorherige Androhung des unmittelbaren Zwangs

<sup>40</sup> Vgl. BVerwG DÖV 1984, 884; VGH Mannheim, VBIBW. 1986, 245 (248); BVerfG DVBl. 1993, 150; *Mehde*, in: Hartmann/Mann/Mehde (Hrsg.), Landesrecht Niedersachsen, 1. Auflage (2015), § 4 Rn. 181.

<sup>41</sup> OVG Lüneburg, Nds. VBl. 2009, 345 (346); OVG Lüneburg BeckRS 2010, 56750 sowie 56757.

<sup>42</sup> *Mehde* (Fn. 40), § 4 Rn. 181 mit Verweis auf OVG Lüneburg, Nds. VBl. 2009, 345 (346).

<sup>43</sup> Fehlte diese Angabe im Sachverhalt, müsste die Rechtmäßigkeit des Grund-VA an dieser Stelle inzident geprüft werden. Bei Feststellung der Rechtmäßigkeit des Grund-VA müsste der Streit – wie hier – nicht entschieden werden.

<sup>44</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, Rn. 27.

<sup>45</sup> Vgl. *Rachor* (Fn. 10), F Rn. 516.

<sup>46</sup> Vgl. BGH MDR 1975, 1006.

<sup>47</sup> *Rachor* (Fn. 10), E Rn. 868.

<sup>48</sup> *Rachor* (Fn. 10), E Rn. 867 f.

<sup>49</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, Rn. 28.

<sup>50</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, Rn. 28.



(im Obergeschoss) hätte insofern hier um den Hinweis der Nervendrucktechnik ergänzt werden müssen.<sup>51</sup>

#### b) Entbehrlichkeit der Androhung, § 70 I 3 NSOG

Nach § 70 I 3 NSOG kann jedoch von der Androhung abgesehen werden, wenn die Umstände sie nicht zulassen, insbesondere wenn die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist. Diese Ausnahme ist restriktiv auszulegen.<sup>52</sup> Zu prüfen ist, ob die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig war. Nach der Legaldefinition gemäß § 2 Nr. 1 lit. b) NSOG ist eine gegenwärtige Gefahr eine Gefahr, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Hier war K der Erste aus der Besetzergruppe, der die Treppe hinabgeleitet wurde. Er ließ sich nach dem freiwilligen und eigenständigen Hinabsteigen der Treppe im Erdgeschoss zwar am Treppenabsatz sofort wieder auf den Boden fallen. Es ist aber nicht erkennbar, dass durch dieses Verhalten des K auf der Treppe die Bildung eines (beispielsweise) Rückstaus drohte, der die unmittelbar nachfolgenden Polizeibeamten und die übrigen Hausbesetzer auf der rutschigen Treppe der Gefahr des Ausgleitens und der Gefahr, sich

dadurch erheblich zu verletzen, aussetzte. Dieser Gefahr konnte ohne Weiteres dadurch begegnet werden, dass die Nachfolgenden kurzzeitig vor oder auf der Treppe verharren, ohne Schaden zu nehmen, bis der Bereich an der Treppe im Erdgeschoss wieder frei war. Als P bei dem K die Nervendrucktechnik anwandte, war keine gegenwärtige Gefahr i. S. d. § 2 Nr. 1 lit. b) NSOG gegeben. Von der Androhung des unmittelbaren Zwangs in Form der Nervendrucktechnik konnte somit nicht nach § 70 I 3 NSOG abgesehen werden.

#### 3. Zwischenergebnis

Eine ordnungsgemäße Androhung des Zwangsmittels erfolgte nicht.<sup>53</sup> Die Anwendung der Nervendrucktechnik ist damit materiell rechtswidrig.

#### IV. Ergebnis

Die angewandte Nervendrucktechnik war somit rechtswidrig. Das von K behauptete Rechtsverhältnis besteht. Die Klage ist begründet.

#### C. Gesamtergebnis

Die Klage des K ist zulässig und begründet. Sie hat Aussicht auf Erfolg.

<sup>51</sup> Vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, Rn. 29.

<sup>52</sup> BeckOK PolR Nds/*Heinemann*, 3. Edition 1.9.2016, Nds. SOG § 70 Rn. 4.

<sup>53</sup> Bearbeiter, die die Anforderungen der Androhung des Zwangsmittels als genügend betrachten, müssten im nächsten Schritt die verhältnismäßige Anwendung des Zwangsmittels (§§ 65 I, 69 VI NSOG) prüfen.

CHRISTIAN MAGAARD\*

## Katzenkönig reloaded

Fallbearbeitung im Strafrecht für Fortgeschrittene

### SACHVERHALT

A lebt in Göttingen und hasst seinen Nachbarn N, der mit Investitionen in Gold und Goldaktien gute Geschäfte macht, während A selbst viel Geld mit argentinischen Staatsanleihen verloren hat. A weiß, dass N sehr gutgläubig ist, und beschließt diesen Umstand auszunutzen, um N zu ärgern. A erklärt dem N bei einem Treffen am Gartenzaun folgendes: Im Atlantik lebe ein gewaltiges Ungeheuer, der sog. Katzenkönig. Dieses Monster ärgere sich sehr darüber, dass die Menschheit verstärkt auch im Meer nach Bodenschätzen sucht. Der Katzenkönig werde in Kürze eine gigantische Flutwelle auslösen, die große Teile Amerikas und Europas unter Wasser setzen würde, wodurch hunderte Millionen Menschen – und mit großer Wahrscheinlichkeit auch N und seine Familie – sterben werden. Es bestehe aber eine Möglichkeit, diese Katastrophe abzuwenden. N müsse mit seiner Motoryacht sofort in den Nordatlantik fahren und an einer bestimmten Position Goldbarren mit einem Gesamtgewicht von 10 kg in den Atlantik werfen, um den Katzenkönig zu besänftigen. N glaubt diese Geschichte, lädt 10 kg Goldbarren auf seine Yacht, fährt zur genannten Position und wirft die Goldbarren ins Wasser.

Als N wieder zu Hause ist, beginnt er zu zweifeln. Er stellt A zur Rede und A gibt zu, dass er sich die Geschichte mit dem Katzenkönig nur ausgedacht hat.

N zeigt A wegen der Lügengeschichte bei der Staatsanwaltschaft Göttingen an und schildert auch, wie er die 10 kg Gold ins Meer geworfen hat. Nach einigen Wochen erhält N zu seiner großen Überraschung einen Bescheid der Staatsanwaltschaft, in dem es heißt, das Ermittlungsverfahren gegen A sei eingestellt worden, da aus rechtlichen Gründen kein hinreichender Verdacht einer Straftat vorliege.

Da N auf staatliche Hilfe nicht mehr vertraut, will er sich nun selbst an A rächen. Er ruft an beim örtlichen Pizzadienst „Pizza total“ an, gibt sich als A aus und bestellt in dessen Namen eine große Salamipizza (Preis inklusive Anlieferung 12 €), obwohl N weiß, dass A weder Salami noch Pizza mag. A ist sehr genervt, als er zur Tür gehen muss, um den Pizzaboten davon zu überzeugen, dass er keine Pizza bestellt hat.

Der Inhaber von „Pizza total“ bleibt auf den Kosten sitzen, da er den wahren Anrufer nicht ausfindig machen kann und A sich rechtmäßig weigert zu zahlen.

Am gleichen Tag bestellt N eine Ladung Kaminholz bei Bauer B. B notiert sich allerdings aus Versehen die falsche Lieferadresse, nämlich die Hausnummer des A. Als B zwei Tage später das Holz bei N anliefern will, hält er mit seinem Traktor und Anhänger vor der Auffahrt des A, der gerade vor seiner Garage steht. B sagt: „Guten Tag, Herr N! Ich bringe das bestellte und bereits bezahlte Holz. Darf ich es vor der Garage abladen?“ Da erkennt A die günstige Gelegenheit, umsonst an Feuerholz zu kommen. Er nickt und sagt zu B: „Bitte, ja. Ich freue mich sehr über das Feuerholz.“ B lädt das Holz ab. Nachdem B weggefahren ist, stapelt A das Holz in seiner Garage auf. Am nächsten Tag ruft N bei B an und fragt nach, wo denn sein Holz bleibe. Dadurch bemerkt B, dass er aus Versehen an den falschen Adressaten geliefert hatte. N meint, dies interessiere ihn nicht, er wolle endlich sein Holz haben. B fährt sofort voller Wut zu A und stellt diesen zur Rede. B sagt: „Ihr Verhalten ist eine Unverschämtheit! Sie haben einfach getan, als ob Sie das Holz bestellt und bezahlt haben, und ich habe das auch noch geglaubt. Ich will das Holz sofort zurück, die Lieferung an Sie ist null und nichtig!“ A antwortet: „Ich kann doch nichts für Ihre Schusseligkeit, vielen Dank aber noch mal fürs Holz.“ und schließt die Haustür.

1. Prüfen Sie gutachterlich die Strafbarkeit von A und N nach dem StGB! § 126 StGB ist nicht zu prüfen. Es ist zu unterstellen, dass die Goldbarren auch nach einer Ewigkeit im Atlantik noch wie neu aussehen würden, jedoch ist eine Bergung des Goldes aus praktischen Gründen ausgeschlossen. N hat Strafantrag gegen A wegen aller in Betracht kommenden Delikte gestellt.

2. Stellen Sie dar, welche Rechtsbehelfe der N nach der StPO gegen den Bescheid der Staatsanwaltschaft (und etwaige Folgeentscheidungen in dieser Sache) einlegen könnte und welche Zulässigkeitsvoraussetzungen dabei zu beachten wären. Insbesondere will N wissen, ob für ihn in dieser Sache sein Bruder, der ordentlicher Jura-Professor an einer deutschen Fakultät ist, tätig werden kann.

\* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist studentische Hilfskraft am Kirchenrechtlichen Institut der Ev. Kirche in Deutschland. Als Teil seiner Bearbeitung der Hausarbeit in der Großen Übung im Strafrecht im Anschluss an das Sommersemester 2016, die von Dr. Manuel Ladiges, LL. M. (Edinburgh) gestellt worden war, hat der Autor die nachfolgende Falllösung zum ersten Tatkomplex des Sachverhalts verfasst. Den Schwerpunkt bilden dabei eine Diskussion um die Voraussetzungen des Inhalts einer Drohung im Tatbestand der räuberischen Erpressung sowie Fragen zur viktimodogmatischen Auslegung des Betrugs- und des Erpressungstatbestandes. Die Bearbeitung wurde insgesamt mit 15 Punkten (gut) bewertet.

**GLIEDERUNG**

- A. Strafbarkeit nach §§ 253 I, 255 StGB
  - I. Anwendbarkeit des StGB
  - II. Tatbestandsmäßigkeit
    - 1. Objektiver Tatbestand
      - a) Nötigungsmittel
        - aa) Drohung trotz Aberglauben des N
        - bb) Erforderlichkeit der Vorgabe des Einflusses des Täters
          - (1) Vorgabe der möglichen Einflussnahme als notwendiger Bestandteil einer Drohung
          - (2) Unabhängigkeit der Drohung von Vorgabe des Einflusses
          - (3) Streitentscheid
            - (a) Wortlaut des § 253 I
            - (b) Systematik
            - (c) Telos des § 253 I
            - (d) Zwischenergebnis
      - b) Nötigungserfolg
      - c) Vermögensverfügung
      - d) Vermögensschaden
    - 2. Subjektiver Tatbestand
  - III. Ergebnis
- B. Strafbarkeit nach § 263 I
  - I. Tatbestandsmäßigkeit
    - 1. Objektiver Tatbestand
      - a) Täuschung über Tatsachen
      - b) Erregen eines Irrtums
        - aa) Viktimodogmatische Auslegung des Irrtums
        - bb) Verständnis des Irrtumsbegriffs losgelöst von der Leichtgläubigkeit des Opfers
        - cc) Streitentscheid
      - c) Vermögensverfügung und Vermögensschaden
    - 2. Subjektiver Tatbestand
  - II. Ergebnis
- C. Strafbarkeit nach § 240 I
  - I. Tatbestandsmäßigkeit
  - II. Rechtswidrigkeit und Schuld
  - III. Ergebnis
- D. Strafbarkeit nach §§ 303 I, 25 I Alt. 2
  - I. Tatbestandsmäßigkeit
  - II. Ergebnis
- E. Strafbarkeit wegen Bedrohung gem. § 241 II
- F. Ergebnis

**GUTACHTEN ZUM ERSTEN TATKOMPLEX****Strafbarkeit des A****A. Strafbarkeit nach §§ 253 I, 255 StGB<sup>1</sup>**

A könnte sich wegen räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255 strafbar gemacht haben, indem er N erzählte, dieser müsse 10 kg Goldbarren in den Nordatlantik werfen, um den Katzenkönig zu besänftigen.

**I. Anwendbarkeit des StGB**

Der Anwendung des StGB steht nicht entgegen, dass der Taterfolg der fraglichen Handlung mit Abwurf des Goldes an Bord der Yacht des N auf dem Nordatlantik eintrat. Eine Tat gilt auch dann als im Inland begangen, wenn der Täter im Inland gehandelt hat, der Taterfolg aber im Ausland eintritt, § 9 I i. V. m. § 3. Da der Erfolg auf einem Schiff eintritt, das gem. § 1 I FlaggRG aufgrund der deutschen Staatsbürgerschaft des N und dessen Göttinger Wohnsitzes berechtigt ist, die Bundesflagge zu führen, gilt das StGB gem. § 4 unabhängig vom Recht des Tatorts.

**II. Tatbestandsmäßigkeit****1. Objektiver Tatbestand****a) Nötigungsmittel**

A hätte N mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben, deren Umschlagen in eine Verletzung bei natürlicher Weiterentwicklung also höchstwahrscheinlich ist,<sup>2</sup> drohen müssen. Nach Aussage des A würde die in Kürze losbrechende tödliche Flutwelle hunderte Millionen Menschen sowie höchstwahrscheinlich N und seine Familie treffen. Blicke N untätig, hätte die Gefahr sonach alsbald in einen Angriff auf eben diese Menschenleben umschlagen können. Also war sie gegenwärtig. Jedenfalls bezüglich sich und seiner Familie war das Übel für N auch empfindlich. Fraglich bleibt aber, ob das Inaussichtstellen des Übels eine Drohung darstellt. Eine Drohung ist jedenfalls gegeben, wenn der Täter sich auf den Eintritt des aufgezeigten Übels Einfluss zuschreibt.<sup>3</sup> Sie setzt nicht voraus, dass sie ausführbar ist, sondern verlangt nur, dass das Opfer die Drohung ernst nehmen soll und ernst nimmt.<sup>4</sup> Ob auch derjenige droht, der sich nur den Aberglauben des Opfers zu nutzen macht, ist strittig.

**aa) Drohung trotz Aberglaubens des N**

Teils wird für das Vorliegen einer Drohung eine gewisse Selbstbehauptung eines besonnenen Durchschnittsmen-

<sup>1</sup> Alle folgenden §§ ohne Kennzeichnung sind solche des StGB.

<sup>2</sup> *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT II, 40. Auflage (2017), Rn. 726; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 65. Auflage (2018), § 255 Rn. 4; BGH NSTZ 2015, 36.

<sup>3</sup> BGH NSTZ-RR 2001, 171, 172; *Fischer* (Fn. 2), § 240 Rn. 31; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Auflage (2018), § 240 Rn. 12.

<sup>4</sup> *Rengier*, Strafrecht BT II, 19. Auflage (2018), § 23 Rn. 39.

schen vorausgesetzt.<sup>5</sup> Demnach hätte A dem N unter Bezugnahme auf den Katzenkönig nicht drohen können, weil er evident nicht existiert. Dieser objektiv-formale Ansatz stößt aber an seine Grenzen, wenn der Täter die Disponiertheit seines Opfers in der Wirkung des Zwangsmittels ausnutzt.<sup>6</sup> Zudem widerspricht er der parallelen Struktur der Nötigungsmittel, weil auch das Vorliegen von Gewalt durch die Beschaffenheit des Opfers mitbestimmt wird.<sup>7</sup> Ebenso wenig vermag ein rein individualisierender Ansatz<sup>8</sup> zu überzeugen, weil § 253 I von der Empfindlichkeit des Übels und nicht des Genötigten ausgeht.<sup>9</sup> Angemessen erscheint daher ein individuell-objektivierender Maßstab. Danach ist eine Drohung nur ausgeschlossen, soweit gerade von diesem Bedrohten in seiner individuellen Lage erwartet werden kann, dass er der Belastung standhält.<sup>10</sup> Also kann auch Aberglaube Gegenstand einer Drohung sein.<sup>11</sup>

N ist ein sehr gutgläubiger Mensch. Diesen Umstand nutzte A bewusst aus. Zudem waren nach Aussage des A die Leben des N, seiner Familie und hunderter Millionen Menschen in Gefahr. Aufgrund der objektiv-individuellen Verhältnisse des grundsätzlich leichtgläubigen N und der Intensität des in Aussicht gestellten Übels wurde die Rechtsgutsverletzung des A daher nicht durch den Aberglauben des N beseitigt.

#### bb) Erforderlichkeit der Vorgabe des Einflusses des Täters

(1) Vorgabe der möglichen Einflussnahme als notwendiger Bestandteil einer Drohung

Allerdings könnte die Anwendung des Drohungsbegriffs auf diejenigen Fälle beschränkt sein, in denen der Erklärende vorgibt, den Eintritt des Übels beeinflussen zu können.<sup>12</sup> Fehlt eine solche Behauptung, läge bei sonstigem Inaussichtstellen eines empfindlichen Übels eine bloße Warnung vor, die bezüglich § 253 I tatbestandslos wäre.<sup>13</sup> Vorliegend schreibt sich A keinen Einfluss auf die Entscheidung des Katzenkönigs, die Flutwelle auszulösen, zu. Da sonach keine Drohung sondern eine Warnung vorläge, hätte A nicht tatbestandsmäßig gehandelt.

(2) Unabhängigkeit der Drohung von Vorgabe des Einflusses

Andererseits wird jedoch vertreten, dass auch Warnungen im Einzelfall eine Drohungsqualität aufweisen können.<sup>14</sup> Sonach kann als Drohung das Inaussichtstellen nicht nur eines Übels, auf dessen Eintritt sich der Erklärende Einfluss zuschreibt, sondern auch eines solchen Übels, dessen bevorstehenden Eintritt der Erklärende ohne Vorgabe seiner möglichen Einflussnahme vortäuscht, definiert werden.<sup>15</sup> Da A den N vorliegend bezüglich der drohenden Flutwelle des Katzenkönigs täuschend warnte, hätte A gedroht.

(3) Streitentscheid

#### (a) Wortlaut des § 253 I

Einerseits beschränkt sich der Wortlaut des § 253 I auf die Nennung der Drohung, was für sich genommen einer Integration von Warnungen in den Tatbestand des § 253 I entgegensteht. Eine Drohung wird in ihrem klassischen Sinne als „jemandem drohen“ verstanden. Daher könnten sich im Hinblick auf die Gleichsetzung von Drohung und Warnung Bedenken bezüglich des Analogieverbots aus Art. 103 II GG ergeben.<sup>16</sup> Allerdings lässt sich das Merkmal der Drohung darüber hinaus auch im Sinne von „jemanden in den Zustand des Bedrohtseins versetzen“ auslegen, der auch durch Warnungen verursacht werden kann.<sup>17</sup>

#### (b) Systematik

Eine Wertung, die täuschende Warnungen mit Drohungen gleichstellt, hat der Gesetzgeber mit der Einführung des § 241 II<sup>18</sup> vorgenommen, indem er die Täterschaft von dem Kriterium der Vorgabe der Einflussmöglichkeit des Täters auf den Eintritt des Verbrechens gelöst hat.<sup>19</sup> Andererseits ist in § 126 I, II das Vorspiegeln eines drohenden Übels von der Androhung begrifflich getrennt.<sup>20</sup> Doch kann diese Wertung nicht auf §§ 253, 255 übertragen werden, weil unterschiedliche Rechtsgüter betroffen sind und der Wortlaut („androhen“ und „Drohung“) sich maßgeblich unterscheidet.<sup>21</sup>

5 Schönke/Schröder/Eser/Eisele, Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Auflage (2014), § 240 Rn. 9, Vor §§ 234 ff. Rn. 33; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT I, 16. Auflage (2015), § 4 Rn. 374; Gössel/Dölling, Strafrecht BT I, 2. Auflage (2004), § 17 Rn. 67.

6 Schroeder, Nötigung und Erpressung durch Forderung von Gegenleistungen?, JZ 1983, 284 ff.

7 Laufhütte/Rissing-van-Saan/Tiedemann/Altwater, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 12. Auflage (2006 ff.), § 240 Rn. 80.

8 Vgl. Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 43. Auflage (1961), § 240 IV 2; Blei, Strafrecht BT II, 12. Auflage (1983), § 18 III 1 b.

9 Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT I, 10. Auflage (2009), § 13 Rn. 25.

10 BGHSt 31, 195, 201; BGH NSTz 2014, 149, 151; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, 41. Auflage (2017), Rn. 451; Arzt, FS Lackner (1987), S. 641, 648 f.; Lackner/Kühl (Fn. 3), § 240 Rn. 13.

11 Vgl. LK/Altwater (Fn. 7), § 240 Rn. 80; BGHR StGB § 253 I Drohung 1.

12 BGHSt 7, 197, 198; BGH NSTz 2014, 149, 151; Fischer (Fn. 2), § 240 Rn. 31, 36; Wessels/Hettinger (Fn. 10), Rn. 452.

13 RGSt 34, 15, 19; BGH NSTz 2009, 692 f.; Schönke/Schröder/Eser/Eisele (Fn. 5), Vor §§ 234 ff. Rn. 31.

14 Joecks/Miebach/Simm, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage (2011 ff.), § 240 Rn. 74; Küper, Drohung und Warnung, GA 2006, 439, 466; Puppe, Besprechung des BGH, Urt. v. 21.12.1988 – 2 StR 613/88, JZ 1989, 595, 597; Jakobs, FS Peters (1974), S. 69, 84; Hoffmann, Scheinbare Anschläge – Zur Strafbarkeit sog. Trittbrettfahrer, GA 2002, 385, 399; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Toepel, Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage (2017), § 240 Rn. 100.

15 Hoffmann (Fn. 14), 399.

16 Vgl. BVerfGE 92, 1 (16).

17 Puppe (Fn. 14), 597; Küper, FS Puppe (2001), S. 1217, 1223 mit Fn. 17; vgl. Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, München (2001), S. 302 mit Fn. 1532; LK/Altwater (Fn. 7), § 240 Rn. 78 mit Fn. 467.

18 Eingefügt durch das 14. StrÄndG vom 22. 4. 1976 (BGBl. I S. 1056).

19 Vgl. BT-Drucks. 7/3030, S. 1, 9; Simm, Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts, Baden-Baden (2000), S. 237 f.; Hoffmann, (Fn. 14), 399.

20 LK/Altwater (Fn. 7), § 240 Rn. 78; Bergmann, Das Unrecht der Nötigung, Berlin (1983), S. 146 f.

21 Hoffmann (Fn. 14), 399; Küper, FS Puppe (Fn. 17), S. 1217, 1224 mit Fn. 19.

(c) *Telos des § 253 I*

Sollte jede Warnung unter den Drohungsbegriff fallen, würde aber auch der redlich warnende Ratgeber tatbestandsmäßig handeln und nur über die Verwerflichkeitsklausel vor der Strafe aus § 253 I bewahrt werden, obwohl sein Verhalten nicht strafwürdig ist.<sup>22</sup> Jedoch ist zwischen fraudulösen, also geflissentlich täuschenden, und redlichen Warnern zu differenzieren. Fraudulöse unterscheiden sich von redlichen Warnern, indem sie in die Willensfreiheit des Betroffenen eingreifen, ohne dies mit der Variabilität der Abwendung des Übels zu kompensieren.<sup>23</sup> Dagegen ermöglichen redliche Warner dem Betroffenen erst die Abwendung der Zwangslage. Daher umfasst der Tatbestand des § 253 I zwar nicht redliche, möglicherweise aber fraudulöse Warnungen.

Doch auch reguläre Drohung und fraudulöse Warnung unterscheiden sich darin, dass im ersten Fall das Opfer sich insbesondere der Furcht vor dem Täter selbst und nicht wie im zweiten Fall allein der Furcht vor dem Übel beugt. Eine Drohung konstituiert sich aber gerade durch ihren instrumentalisierenden Charakter, der aus der Stellung des Nötigenden als Herr des Geschehens folgt.<sup>24</sup> Daher liegt es nahe, die Vorgabe des Einflusses als Voraussetzung des Herrn des Geschehens einzuordnen.<sup>25</sup>

Allerdings verknüpft der fraudulöse Warner ebenso wie der regulär Drohende den Eintritt des Übels mit dem Opferverhalten. Er schafft ebenfalls eine Zwangslage, in der sich der Betroffene bedroht fühlt.<sup>26</sup> Auch kann er den psychischen Bedrohungsstatus des Opfers in instrumentalisierender Weise einsetzen und jederzeit durch Aufklärung beseitigen, sodass er Herr des Bedrohtseins ist.<sup>27</sup>

So macht es aus Opfersicht keinen Unterschied, ob die Quelle des Übels der Drohende selbst oder ein Dritter ist.<sup>28</sup> Die Freiheitseinwirkung ist dieselbe.<sup>29</sup> Folglich entspricht die Stellung des Herrn des Bedrohtseins derer des Herrn des Geschehens.<sup>30</sup> In teleologischer Hinsicht entsprechen sich also fraudulöse Warnung und reguläre Drohung.

(d) *Zwischenergebnis*

Vereinbar mit Wortlaut und Systematik, muss der Tatbestand der §§ 253 I, 255 dem *Telos* nach auch für fraudulöse Warnungen einschlägig sein. Da A den N wahrheitswidrig

vor der bevorstehenden Flutwelle warnte, ist hierin eine Drohung i. S. v. §§ 253 I, 255 gegeben.

b) *Nötigungserfolg*

Bedingt durch die Drohung des A fuhr N zu der bestimmten Stelle und warf die Goldbarren ins Meer. Dadurch hat sich das rechtlich missbilligte Risiko der fraudulösen Erklärung des A verwirklicht.

c) *Vermögensverfügung*

N müsste daraufhin über sein Vermögen verfügt haben. Darunter fällt jedes Tun, Dulden oder Unterlassen mit unmittelbar vermögensmindernder Wirkung.<sup>31</sup> Die 10 kg Goldbarren gehörten als geldwerte Güter zum Vermögen des N. Dadurch, dass N das Gold bedingt durch den Irrtum willensgetragen in den Atlantik warf, verlor er dauerhaft den Zugriff auf die Goldbarren. Währenddessen war sich N bewusst, dass sein eigenes Mitwirken für die Abwendung der Gefahr notwendig ist. Also verfügte N über sein Vermögen. Ein Streitentscheid über die Vermögensverfügung als Tatbestandsvoraussetzung der §§ 253 I, 255 ist somit entbehrlich.

d) *Vermögensschaden*

Die Vermögensverfügung dürfte aber nicht kompensiert worden sein. Jedenfalls bei Besitzverlusten wirtschaftlich wertvoller Sachen liegt dann ein Vermögensschaden vor, wenn der Betroffene die Sache vor der Entziehung zumindest mit einer wirtschaftlichen Zwecksetzung verbunden hat.<sup>32</sup> Vorliegend war der Vermögensabfluss endgültig, weil eine Bergung ausgeschlossen ist. Somit erfuhr die Vermögensverfügung des N keinerlei Kompensation. Da N zudem in Gold investiert, hatte der Besitzverlust für ihn erst recht negative wirtschaftliche Konsequenzen.

Teils wird allerdings angenommen, dass § 263 eine unbewusste Selbstschädigung voraussetzt.<sup>33</sup> N war vorliegend hingegen bewusst, dass er den Zugriff auf sein Gold verlieren würde. Doch verfehlte N infolge der Täuschung des A unbewusst den mit seiner Aufwendung verfolgten Zweck, den Katzenkönig zu besänftigen, um Leben zu retten. In Fällen einer solchen sozialen Zweckverfehlung erkennt auch die Lehre von der unbewussten Selbstschädigung einen Vermögensschaden an.<sup>34</sup> Somit erlitt N bedingt durch die Verfügung einen Vermögensschaden.

22 LK/*Altrwater* (Fn. 7), § 240 Rn. 78 mit Fn. 467.

23 *Küper*, GA 2006 (Fn. 14), 439, 466; *ders.*, FS *Puppe* (Fn. 17), S. 1217, 1229 f.

24 BGHSt 31, 195, 201.

25 LK/*Altrwater* (Fn. 7), § 240 Rn. 78; BGH NStZ-RR 2001, 171, 172; *Fischer* (Fn. 2), § 240 Rn. 36.

26 BGH NJW 1970, 2253; *Puppe* (Fn. 14), 597; *Jakobs* (Fn. 14), S. 69, 84.

27 *Sinn* (Fn. 19), S. 238; *Puppe* (Fn. 14), 597; vgl. *Küper*, FS *Puppe* (Fn. 17), S. 1217, 1230.

28 *Jakobs*, (Fn. 14) S. 69, 84; NK/*Toepel* (Fn. 14), § 240 Rn. 100; *Puppe* (Fn. 14), 597.

29 *Küper*, GA 2006 (Fn. 14), S. 439, 466; *ders.*, FS *Puppe* (Fn. 17), S. 1217, 1229 f.

30 *Puppe* (Fn. 14), 597; *Sinn* (Fn. 19), S. 235 ff.

31 *Rengier*, Strafrecht BT I, 20. Auflage (2018), § 13 Rn. 63; *Arzt/Weber/Heinrich/Hülgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Auflage (2015), § 20 Rn. 69.

32 LK/*Tiedemann* (Fn. 7), § 263 Rn. 192; Schönke/Schröder/*Eser/Perron* (Fn. 5), § 263 Rn. 157 f.

33 *Cramer*, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, Bad Homburg v. d. Höhe (1968), S. 202, 206 ff.; Schönke/Schröder/*Eser/Perron* (Fn. 5), § 263 Rn. 41, 150; *Eser*, Strafrecht IV, 3. Auflage (1979), S. 136 f.; *Rengier*, FS *Roxin* (2001), S. 811, 820 f.; *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Köln (1999), S. 148 ff.; *Merz*, „Bewusste Selbstschädigung“ und die Betrugsstrafbarkeit nach § 263 StGB, Frankfurt am Main (1999), S. 193 f., 196.

34 Schönke/Schröder/*Eser/Perron* (Fn. 5), § 263 Rn. 102; *Maurach/Schroeder/Maimwald*, BT I (Fn. 9), Rn. 120 f.

## 2. Subjektiver Tatbestand

A kam es gerade darauf an, dass N sich infolge der irreführenden Erklärung des A in seinem Vermögen schädigt. Er handelte daher vorsätzlich. Zusätzlich hätte A mit Bereicherungsabsicht handeln, also nach einem rechtswidrigen Vermögensvorteil streben<sup>35</sup> müssen. Daran fehlt es, wenn der Handelnde allein auf die Verursachung von Schaden für einen Dritten abzielt.<sup>36</sup> A handelte in der Absicht, N zu schädigen. Eine Bereicherung kam gar nicht infrage, weil N das Gold für A unerreichbar versenken sollte. Also handelte A nicht mit Bereicherungsabsicht.

## III. Ergebnis

Somit hat A sich nicht wegen räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255 strafbar gemacht.

## B. Strafbarkeit nach § 263 I

A könnte sich aber wegen Betrugs gem. § 263 I gegenüber und zulasten des N schuldig gemacht haben, indem er bekundete, N müsse 10 kg Gold in den Atlantik werfen, um die tödliche Flutwelle des Katzenkönigs zu verhindern.

### I. Tatbestandsmäßigkeit

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Täuschung über Tatsachen

Dafür hätte A den N über Tatsachen täuschen, nämlich mittels einer wahrheitswidrigen Behauptung oder durch sonstiges Verhalten, das einen bestimmten Erklärungswert hat und der Irreführung dient, die Fehlvorstellung eines anderen erzeugen<sup>37</sup> müssen. Tatsachen sind dem Beweise zugängliche Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart.<sup>38</sup> Auch eine Prognose kann einen Tatsachenkern haben, soweit sie Behauptungen über konkrete gegenwärtige oder vergangene Zustände,<sup>39</sup> oder der eigenen Überzeugung vom Eintritt der Prognose als innere Tatsache<sup>40</sup> enthält. Zwar ist die von A aufgestellte Behauptung über die drohende Flutwelle des Katzenkönigs primär zukunftsgerichtet. Jedoch hat A seiner Aussage nicht nur die gegenwärtige Existenz des Katzenkönigs, eine äußere Tatsache, zugrunde gelegt, sondern auch die eigene Überzeugung über die Schaffenskraft des Ungeheuers mit dem Inaussichtstellen der Flutwelle dargelegt. Somit hatte die Aussage des A Tatsachen zum Gegenstand.

<sup>35</sup> Rengier, BT I (Fn. 31), § 13 Rn. 237.

<sup>36</sup> Schönke/Schröder/Eser/Perron (Fn. 5), § 263 Rn. 176; Fischer (Fn. 2), § 263 Rn. 186.

<sup>37</sup> RGSt 55, 129, 131; OLG Düsseldorf wistra 1996, 32; Dölling/Duttge/Rössner/Duttge, Gesamtes Strafrecht. Handkommentar, 4. Auflage (2017), § 263 Rn. 8.

<sup>38</sup> Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 493.

<sup>39</sup> BGH MDR 1973, 18; BGH NSStZ 2015, S. 89 (90); LK/Tiedemann (Fn. 7), § 263 Rn. 16.

<sup>40</sup> BGHSt 60, 1, 6 f.; MK-StGB/Hefendehl (Fn. 14), § 263 Rn. 77; Rengier, BT I (Fn. 31), § 13 Rn. 7.

Da A den Katzenkönig frei erfunden hatte, hat er N die Unwahrheit erklärt und somit über Tatsachen getäuscht.

##### b) Erregen eines Irrtums

Ferner hätte A bei N einen Irrtum, also eine der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung über Tatsachen,<sup>41</sup> erregen müssen. Zwar verursachte A durch seine Behauptung über die Existenz und Schaffenskraft des Katzenkönigs die dementsprechende unwahre Vorstellung des N. Jedoch könnte ein Irrtum i. S. v. § 263 I trotzdem ausgeschlossen sein, weil die Erklärung des A offensichtlich nicht der Realität entsprach.

##### aa) Viktimodogmatische Auslegung des Irrtums

Sonach wäre der Strafrechtsschutz eingeschränkt, wenn der Betroffene sich gegen leicht durchschaubare Täuschungen hätte schützen können.<sup>42</sup> Da der Katzenkönig evident erfunden war, hätte N nicht geirrt.

##### bb) Verständnis des Irrtumsbegriffs losgelöst von der Leichtgläubigkeit des Opfers

Anderer Ansicht nach liegt unabhängig von der Leichtgläubigkeit des Opfers ein Irrtum vor, wenn der Täter eine Fehlvorstellung beim Opfer erregt.<sup>43</sup> Demzufolge wäre auch N einem Irrtum erlegen.

##### cc) Streitentscheid

Viktimodogmatischer Auslegung nach erfasst der Tatbestand des § 263 nur diejenigen Täuschungen, die allgemein geeignet sind, einen Irrtum herbeizuführen und auch adäquat kausal für den Irrtum werden.<sup>44</sup> Dies gebiete der Schutz des Strafrechts als ultima ratio.<sup>45</sup> Ferner realisiere sich bei einer leicht durchschaubaren Täuschung nicht das durch § 263 rechtlich missbilligte Risiko, sodass der Schutzzweck der Norm nicht eingreife.<sup>46</sup> Insbesondere dann, wenn nach den konkreten Umständen ein berechtigtes Misstrauen angebracht gewesen wäre, sei daher der strafrechtliche Schutz des § 263 mangels Strafwürdigkeit verwehrt.<sup>47</sup>

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Strafwürdigkeit bei leicht durchschaubaren Täuschungen gerade nicht ent-

<sup>41</sup> Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 510.

<sup>42</sup> Amelung, Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, GA 1977, 1, 6 ff.; Kurth, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, Frankfurt a. M. (1984), S. 167 ff.; Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, Berlin (1981), S. 134 ff.

<sup>43</sup> Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 512; BGH NJW 2014, 2595, 2597; Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, Göttingen (1981), S. 88; BGHSt 34, 201; Schönke/Schröder/Eser/Perron (Fn. 5), § 263 Rn. 32 a; NK/Kindhäuser (Fn. 14), § 263 Rn. 182.

<sup>44</sup> Naucke, FS Peters (1974), S. 109, 118.

<sup>45</sup> Amelung (Fn. 42), 6 ff.; Hassemer (Fn. 42), S. 134 ff.; Schünemann, FS Faller (1984), S. 357, 362 f.; Naucke (Fn. 44), S. 118; Kurth (Fn. 42), S. 167 ff.; Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, Berlin (1986), S. 273 ff.

<sup>46</sup> Kurth (Fn. 42), S. 167 ff.

<sup>47</sup> Ellmer (Fn. 45), S. 273 ff., 281.

fällt. Denn auch indem der Täter durchschaubar täuscht, verursacht er die Gefahr, eine Fehlvorstellung beim Opfer hervorzurufen, die sich im genauen Abbild der fehlerhaften Erklärung in der Vorstellung des Opfers manifestiert.<sup>48</sup> Dadurch wird der Täter für die Vermögensdisposition verantwortlich und erfüllt den Schutzzweck des § 263. Nach allgemeinen Kausalitätslehren steht außerdem eine Mitwirkung des Opfers dem Ursachenzusammenhang zwischen betrügerischer Täuschung und Irrtum nicht entgegen.<sup>49</sup> Letztlich lässt sich Generalprävention nicht allein durch einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch erreichen, denn durch einen solchen Freibrief müsste gerade der besonders dreiste Betrugstäter schlimmstenfalls noch mit Gewinnabstrichen rechnen.<sup>50</sup> Mit der viktimodogmatischen Auslegung würde der strafrechtliche Rechtsgüterschutz gegen den Willen des Gesetzgebers<sup>51</sup> also solchen Betroffenen versagt, die besonders schutzbedürftig sind.<sup>52</sup> Der Charakter des Strafrechts als ultima ratio bleibt unabhängig davon bestehen, weil der Betrugstatbestand auch ohnedies auf täuschungs- und irrumsvermittelte Schädigungen beschränkt ist.<sup>53</sup> Die viktimodogmatische Auslegung des Irrtums- und Täuschungsbegriff des § 263 I ist somit abzulehnen.<sup>54</sup> Sonach hat auch A im vorliegenden Fall einen Irrtum des N erregt.

#### c) Vermögensverfügung und Vermögensschaden

Indem N die Goldbarren in den Atlantik warf, bewirkte er eine Vermögensverfügung. Mangels vermögenswerter Kompensation konstituierte der endgültige Besitzverlust des Goldes einen Vermögensschaden.

## 2. Subjektiver Tatbestand

A handelte zwar vorsätzlich bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale, aber mangels vorliegender Bereicherungsabsicht ist der subjektive Tatbestand nicht erfüllt.

## II. Ergebnis

Daher hat A sich nicht wegen Betrugs gegenüber und zulasten des N gem. § 263 I strafbar gemacht.

## C. Strafbarkeit nach § 240 I

Allerdings könnte sich A, dadurch dass er N von dem Katzenkönig erzählte, wegen Nötigung gem. § 240 I strafbar gemacht haben.

## I. Tatbestandsmäßigkeit

Indem er N den Angriff des Katzenkönigs in Aussicht stellte, hat A dem N gedroht. Aufgrund dessen warf N 10 kg Goldbarren in den Atlantik. Die Ereignisse standen in einem nötigungsspezifischen Zusammenhang. Bezüglich dieser Tatumstände handelte A vorsätzlich.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungsgründe sind nicht gegeben. Zudem müsste die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck gem. § 240 II verwerflich sein. Sowohl der von A angestrebte Zweck, den N in seinem Vermögen zu schädigen, als auch das Mittel, das wahrheitswidrige Inaussichtstellen des Todes hunderter Millionen Menschen, der Familie des N und N selbst, erscheinen sozial unerträglich und sind daher rechtlich zu missbilligen. Insgesamt ist die Zweck-Mittel-Relation somit als verwerflich einzustufen. Weder Schuldausschluss- noch Entschuldigungsgründe liegen vor.

## III. Ergebnis

Mithin hat sich A wegen Nötigung gem. § 240 I strafbar gemacht.

## D. Strafbarkeit nach §§ 303 I, 25 I Alt. 2

A könnte sich zudem wegen mittelbarer Sachbeschädigung gem. §§ 303 I, 25 I Alt. 2 strafbar gemacht haben, indem er N erzählte, der Katzenkönig ließe sich durch den Abwurf von 10 kg Gold in den Nordatlantik besänftigen. Das StGB bliebe ungeachtet der Zurechnung des Handlungsorts des N als Werkzeug des A anwendbar, weil Göttingen als Ort Tätigwerdens des Hintermanns, wie vorliegend A, einen weiteren Handlungsort begründet<sup>55</sup>.

## I. Tatbestandsmäßigkeit

Da N sein eigenes Gold ins Meer warf, hat N den objektiven Tatbestand des § 303 I nicht verwirklicht. Zudem war A nicht unmittelbar an der Tathandlung beteiligt. Sie könnte ihm jedoch zugerechnet werden. Fraglich ist aber, ob der tatbestandliche Erfolg des § 303 I, die Sachbeschädigung, eingetreten ist. Die Goldbarren als körperlicher Gegenstand standen nicht im Eigentum des A und waren für A daher fremd. Eine Zerstörung scheidet aus, weil die Goldbarren weiterhin existieren. In Betracht kommt aber ein Beschädigen der Sache i.S. einer Brauchbarkeitsminderung, also einer körperlichen Einwirkung, durch die ihre bestimmungsmäßige Brauchbarkeit nicht unerheblich beeinträchtigt wird<sup>56</sup>. N kann vorliegend nie wieder auf sein Gold zurückgreifen, weil eine Bergung ausgeschlossen ist. In solchen Fällen bloßer Sachentziehungen könnte eine Gebrauchsbeeinträchtigung darin liegen, dass der Eigentümer die von ihm festgesetzte Zweckverwendung der Sache end-

48 *Krack*, List als Tatbestandsmerkmal, Frankfurt am Main (1994), S. 67 f.

49 *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 47. Auflage (2017), Rn. 230.

50 *Loos/Krack*, Betrugstrafbarkeit bei Versprechen der Teufelsaustreibung, JuS 1995, 204, 208.

51 *Goltdammer*, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preussischen Staaten, Theil II, Berlin (1852), S. 538, 544 f.

52 BGH NJW 2014, 2595, 2597; *Hillenkamp* (Fn. 43), S. 88.

53 *Krack* (Fn. 48), S. 68.

54 Vgl. BGHSt 34, 199, 201; *Schönke/Schröder/Eser/Perron* (Fn. 5), § 263 Rn. 32 a; *NK/Kindhäuser* (Fn. 14), § 263 Rn. 182.

55 Vgl. *LK/Werle/Jeßberger* (Fn. 7), § 9 Rn. 14; BGH wistra 1991, 135.

56 *Rengier*, BT I (Fn. 31), § 24 Rn. 8.

gültig nicht erreichen kann.<sup>57</sup> Dagegen spricht aber, dass der Wortlaut („beschädigt“)<sup>58</sup> und der Normzweck des § 303 I, der vor einer nachteiligen Veränderung der Sache als solche schützt,<sup>59</sup> eine körperliche Einwirkung auf die Sache für eine Strafbarkeit gem. § 303 I voraussetzen.<sup>60</sup> Zudem würde eine etwaige Strafbarkeit das systematische Verhältnis von § 303 zu den §§ 242, 246, namentlich Zueignungsabsicht in § 242 und Zueignung in § 246 unterlaufen.<sup>61</sup> N wirkt durch den Wurf nicht körperlich auf das Gold ein, sodass es nur entzogen, nicht beschädigt wird. Da das Gold trotz der Umwelt-

57 Vgl. *Maurach*, Deutsches Strafrecht Besonderer Teil, 5. Auflage (1969), S. 191; *Kohlrausch-Lange* (Fn. 8), § 303 III; *Peter*, Die Sachentziehung im geltenden und zukünftigen Strafrecht, Münster 1970, S. 48 ff.

58 BGH StV 98, 372, 373.

59 *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 41; *Jescheck/Ruß/Willms/Wolff*, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 10. Auflage (1983 ff.), § 303 Rn. 9.

60 RGSt 20, 182, 185; BGHSt 44, 34; *Fischer* (Fn. 2), § 303 Rn. 12; MK-StGB/*Wieck-Noodt* (Fn. 14), § 303 Rn. 30; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 41; *Maurach/Schroeder/Maimwald* BT I (Fn. 9), § 36 Rn. 19; *Bloy*, FS Oehler (1985), S. 559, 563 f.

61 BGH StV 1998, 372, 373.

einflüsse im Atlantik gleichwertig erhalten bleibt, scheidet auch ein nachträglicher Erfolgseintritt aus.

## II. Ergebnis

Mithin hat A sich nicht wegen mittelbarer Sachbeschädigung gem. § 303 I, 25 I Alt. 2 strafbar gemacht.

## E. Strafbarkeit wegen Bedrohung gem. § 241 II

Eine Strafbarkeit wegen Bedrohung gem. § 241 II scheidet aus, weil der Katzenkönig als unmenschliches Wesen kein Verbrechen i.S.v. § 12 I begehen kann und weil die Erklärung des A aufgrund ihres absurden Inhalts objektiv nicht geeignet ist, den Rechtsfrieden eines anderen zu stören.

## F. Ergebnis

A hat sich im ersten Tatkomplex allein wegen Nötigung gem. § 240 I strafbar gemacht.



FLORIAN KORBMACHER\* UND CHRISTIAN MAGAARD†

# Ein Auslandsjahr in Nottingham oder Der Studienfortschritt eines Erasmus-Aufenthalts

Fördert das Erasmus-Stipendium einen Auslandsaufenthalt, der dem Studierenden allein der persönlichen Erfahrung und der Vertiefung von Sprachkenntnissen, insbesondere aber der Auszeit vom Studium dient? Unterbricht ein Erasmus-Aufenthalt das rechtswissenschaftliche Studium also zumindest fachlich auf ineffektive Weise? Nach ein bzw. zwei Erasmus-Semestern an der University of Nottingham müssen wir diese Fragen eindeutig verneinen. Nicht nur in persönlicher und sprachlicher, sondern gerade auch in fachlicher Hinsicht stellt ein derartiger Auslandsaufenthalt eine große Bereicherung dar.

## A. Die Stadt Nottingham

Mit seinen 321.500 Einwohnern gehört Nottingham zu den 20 größten Städten des Vereinigten Königreichs. Es liegt rund 200 km nördlich von London und hat neben dem Kult um Robin Hood zwei Universitäten, ein historisches Schloss, eine preisgekrönte Infrastruktur<sup>1</sup>, Bruce Waynes Haus aus „Batman: The Dark Knight Rises“ (2011) und den ältesten noch professionellen Fußballklub der Welt, Notts County zu bieten.

## B. Die University of Nottingham als Teil des englischen Universitätssystems

Das englische Universitätssystem ist mittlerweile nicht mehr so stark durch „Oxbridge“ dominiert wie noch vor einigen Jahrzehnten.<sup>2</sup> Neuere, nach 1945 gegründete Universitäten, haben sich sowohl einen guten Ruf als auch einen hohen Selbstanspruch erarbeitet. Dies betrifft besonders die 24 Forschungsuniversitäten der sog. Russell Group, die teilweise mit der US-amerikanischen Ivy League verglichen wird,<sup>3</sup> und der auch die University of Nottingham angehört. Auch bei der Wahl seiner Auslandsstation empfiehlt es sich, auf die einschlägigen, in England ausgesprochen wichtigen Hochschulrankings zu achten.

\* Florian Korbmacher studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist studentische Hilfskraft am Kirchenrechtlichen Institut der Ev. Kirche in Deutschland.

† Christian Magaard studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist studentische Hilfskraft am Kirchenrechtlichen Institut der Ev. Kirche in Deutschland.

1 Nottingham City Transport, 11/2014, Hat-Trick of Prestigious Award Wins for Nottingham City Transport, <https://www.nctx.co.uk/2014/11/hat-trick-of-prestigious-award-wins-for-nottingham-city-transport/>, zuletzt abgerufen am 18. 4. 2017.

2 Mishra/The Guardian, Is Oxbridge really the best education you can get in the UK?, 10. 10. 2013, <https://www.theguardian.com/education/mortarboard/2013/oct/10/oxbridge-holy-grail-education>, zuletzt abgerufen am 19. 7. 2018.

3 Siehe etwa The Guardian, Ivy League for the UK, 21. 9. 2003, <https://www.theguardian.com/education/2003/sep/21/highereducation.uk1>, zuletzt abgerufen am 19. 7. 2018.

Die University of Nottingham selbst gehört zu den populärsten Universitäten des Vereinigten Königreichs<sup>4</sup> und umfasst etwa 44.000 Studierende. Ein Viertel davon studiert jedoch an den zwei Campus der Universität in Ningbo, China und Semenyih, Malaysia. Aufgrund dieses internationalen Profils bezeichnet sich die University of Nottingham wohl zurecht als Global University.<sup>5</sup> Der traditionelle University Park Campus der Universität, auf dem sich auch das Gebäude der School of Law befindet, erfüllt alle Erwartungen, die man an gepflegte, mit makellosen Rasenflächen versehene britische Campusgelände haben kann. Der historische Glockenturm nebst universitätseigenem See prägt ein beliebtes Fotomotiv. 2017 wurde die University of Nottingham mit dem zweiten Platz der weltweit nachhaltigsten Universitäten ausgezeichnet.<sup>6</sup>

## C. Das Studium

### I. Das Modulangebot

Im Hinblick auf das Studium können Erasmus-Studierende der Rechtswissenschaften in jedem Trimester neu aus einem breiten Angebot von Modulen an der School of Law und darüber hinaus wählen. Für uns waren insbesondere die klassischen Fächer wie Public Law, Criminal Law oder Law of Contract gewinnbringend. Diese Module aus rechtsvergleichender Perspektive zu besuchen, lohnt sich ungemein. Das Rechtssystem des englischen Common Law als solches erscheint ausgesprochen dynamisch (nicht zuletzt durch den Brexit) und sowohl im Staats-, im Straf- als auch im Vertragsrecht gibt es teils grundsätzliche Wertungsunterschiede zum jeweiligen deutschen Pendant. Auch unmittelbar nach Abschluss der Zwischenprüfung lässt sich dahingehend schon einiges mitnehmen.

Für fortgeschrittene Studierende bietet es sich durch die weitgehend freie Kurswahl beispielsweise aber auch an, einen dediziert öffentlich-rechtlichen oder internationalen Schwerpunkt zu wählen. Selbst LL. M. Module sind verfügbar. Nur von wenigen Kursen wird von Seiten der School of Law explizit abgeraten. Insgesamt sind uns die Vor- und

4 So z. B. Fulbright Commission, University of Nottingham, <http://www.fulbright.org.uk/going-to-the-uk/scholar-awards/awards-available/university-of-nottingham>, zuletzt abgerufen am 19. 7. 2018: “one of the UK’s oldest, largest, and most prestigious universities”; Times Higher Education, University of Nottingham, <https://www.timeshighereducation.com/world-university-rankings/university-nottingham>, zuletzt abgerufen am 19. 7. 2018: University of Nottingham being named 2016/17 “University of the Year” for graduate employment.

5 So auch der Times Good University Guide 2017.

6 UI Green Metric, World University Rankings 2017, 11. 12. 2017, <http://greenmetric.ui.ac.id/wp-content/uploads/2015/07/2017-PRESS-RELEASE-UI-GreenMetric-World-University-Rankings.pdf>, zuletzt abgerufen am 19. 7. 2018.

Nachteile des deutschen Rechtssystems, nicht nur hinsichtlich seiner grundlegenden Funktionsweisen und Systematiken, auch schon nach kürzerer Zeit des Studiums in England deutlicher geworden.

## II. Die Struktur der universitären Veranstaltungen

Das Studium der klassischen Grundfächer ist in Vorlesungen und Tutorien strukturiert, während weiterführende Fächer auch in Seminaren gelehrt werden. Letztere gleichen der Größe eines durchschnittlichen Göttinger Begleitkollegs, wohingegen die Tutorien maximal aus acht Teilnehmern bestehen, wobei eine Anwesenheitspflicht gilt. Natürlich wird man nicht genötigt, sich daran aktiv zu beteiligen. Aber mit dem Wissen um die Gruppengröße und zumeist als einziger Erasmus-Student in den Tutorien fällt es nicht sonderlich schwer, sich zur Vorbereitung dafür zu motivieren. Bedingt durch teils umfangreiche Leselisten und eine Reihe verpflichtender, wenn auch nicht bewerteter Leistungen, wie etwa Referate und Gruppenessays, ist der Arbeitsaufwand schon während der Vorlesungszeit nicht gerade gering. Auch die Prüfungsleistungen gegen Ende der Trimester fordern ihre Zeit, sodass ein gewisser Fleiß gefragt ist. Für ein arbeitsarmes Auslandssemester sollte man die University of Nottingham jedenfalls nicht ansteuern.

## III. Das praktische akademische Angebot

Darüber hinaus bietet die School of Law verschiedene Moot Courts und auch Mentoren-Programme mit Rechtsanwaltskanzleien aus der Region an. Nichts davon ist verpflichtend, aber auch Erasmus-Studierenden steht es offen, sich dahingehend zu engagieren. Durchschnittlich schienen die englischen Kommilitonen diesbezüglich etwas engagierter und frühzeitiger karriereorientiert als es in Deutschland typischerweise der Fall ist.

## D. Das Leben an der Universität

### I. Das Wohnen und die damit verbundenen Kosten

Das Campusleben ist geprägt von kurzen Wegen, viel Gemeinschaft und Identifikation. Wir haben beide in Wohnheimen direkt auf dem University Park Campus, in sog. Catered Halls gewohnt. Sie ähneln Internaten, weil die Studierenden dort bekocht werden und die Mahlzeiten täglich gemeinsam im großen Speisesaal zu sich nehmen. Ein Großteil der britischen Erstsemester verbringt sein erstes Universitätsjahr in eben solchen Wohnheimen. Nicht zuletzt aufgrund der gemeinsamen Mahlzeiten im großen Speisesaal fällt das gegenseitige Kennenlernen leicht.

Mit umgerechnet etwa 780 € pro Monat beträgt die Zimmermiete zwar ein Vielfaches von den in Göttingen üblichen Mieten, jedoch spart man sich immerhin die Kosten für sonstige Verpflegung. Finanzielle Unterstützung i.H.v. 330 € pro Monat erhielten wir zudem durch das Erasmus-Stipendium, das jedoch leider unabhängig von der Aufenthaltsdauer nur für drei Monate ausbezahlt wurde. Insbe-

sondere mit Blick auf Studierende, die mehr als ein Semester im Ausland verbringen, erscheint dies als eine missliche Regelung, die aus unserer Sicht dringlichst korrigiert werden sollte. Glücklicherweise sind Erasmus-Studierende aber immerhin von englischen Studiengebühren befreit, die 9.000 £ (etwa 10.320 €) im Jahr betragen.

## II. Die universitären Freizeitaktivitäten

Hinsichtlich der Vielfalt und des Organisationsgrads des Campuslebens in Nottingham lässt sich für unsere deutschen und Göttinger Verhältnisse ein gewisses Optimierungspotenzial erkennen. So fiel es uns auch über die Gemeinschaft in den Wohnheimen hinaus leicht, einheimische Studierende kennenzulernen und die „Erasmusblase“ zu vermeiden, was besonders den von der Student Union angebotenen Society-Angeboten zuzuschreiben ist. Ob auf musikalischer, politischer, religiöser oder gesellschaftlicher Ebene: Für 190 Interessengebiete gibt es solch eine Society, in der sich Studierende selbstständig organisieren, und die durch die Universität und die Student Union gefördert werden. Dazu zählen auch ausgefallene Vereinigungen wie z.B. die Real Ale Society, Bellringing, Medieval Combat oder Quidditch.

Auch in sportlicher Hinsicht hat die University of Nottingham unserer Alma Mater einiges voraus. 76 verschiedene Sportclubs decken nahezu das gesamte denkbare Feld an Sportarten ab und es ist fast selbstverständlich, dass Studierende entweder für ihre Fakultät, das Wohnheim oder die Uni spielen. Wie in Göttingen einmalig im akademischen Jahr beim DIES Academicus, ruht in Nottingham jeden Mittwochnachmittag insbesondere für Module der Erst- und Zweitsemester grundsätzlich der universitäre Lehrbetrieb und die Unimannschaften treten in diversen Disziplinen auf teils ausgesprochen hohem, wahlweise aber auch auf Einsteigerniveau gegeneinander an. Die Kapazitäten der Universität sind dafür überaus großzügig. Es gibt unzählige Sportplätze und seit Oktober 2016 ein hochmodernes Sportzentrum („David Ross Sports Village“) direkt auf dem Campus, an dem sogar Olympiateilnehmer trainieren.

## E. Der Austausch mit internationalen Studierenden und Reisemöglichkeiten

Über die Universität hinaus kann man natürlich auch den typischen Erasmusfaktor erleben. Wöchentlich finden Pub Crawls und ähnliches speziell für internationale Austauschstudierende statt. Die Club- und Pubszene ist breiter als in Göttingen und durchaus zu empfehlen. Auch Städtereisen in diverse Städte in England, Schottland und Wales werden sowohl von einer universitären Society als auch von externen Unternehmen besonders für internationale Studierende organisiert. Die typischen Reisen kann man, genauso wie das Nachleben, aber auch gut mit einheimischen Studierenden erleben.

## F. Fazit

Insgesamt lässt sich sagen, dass unsere Erwartungen an den Erasmus-Aufenthalt an der University of Nottingham um einiges übertroffen wurden. Zwar erfordert er einen wohl überdurchschnittlich hohen Arbeitsaufwand und eine gewisse Finanzplanung, die durch die Reduktion der Dauer der Erasmus-Förderung zusätzlich erschwert wurde. Doch sein Ertrag ist in fachlicher, sprachlicher und auch in sozialer

Hinsicht überaus hoch einzuschätzen. Wer sich auf die Bedingungen vor Ort einlässt, der fühlt sich schnell angekommen und bald schon als Teil dieser so vielfältigen Universität. Wir können daher nur jedem Studierenden empfehlen, eine solche Chance der Auslandserfahrung zu nutzen. Es bleibt abzuwarten, wie lange ein von der EU gefördertes Erasmus-Stipendium für einen Studienaufenthalt im Vereinigten Königreich bestehen bleibt. Die Möglichkeit dazu sollte man sich jedenfalls nicht entgehen lassen.

CHARLOTTE HILDEBRAND\* UND JULIAN JANSEN†

## Rechtsprechungsübersicht im Zivilrecht

### Auswirkungen des PayPal-Käuferschutzes auf den Kaufpreisanspruch

BGH, Urt. v. 22. 11. 2017 – VIII ZR 83/16 und VIII ZR 213/16

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Wird der Kaufpreis vereinbarungsgemäß unter Verwendung des Online-Zahlungsdienstes PayPal entrichtet, ist die geschuldete Leistung bewirkt, wenn der vom Käufer geschuldete Betrag dem PayPal-Konto des Verkäufers vorhaltlos gutgeschrieben wird, so dass dieser den Zahlungsbetrag endgültig zur freien Verfügung erhält.

2. Eine Wiederbegründung einer getilgten Forderung kann bei entsprechendem Willen der Parteien bei einem nicht formgebundenen Vertrag bereits mit Vertragsabschluss und für den Fall getroffen werden, dass zukünftig eine Rückgabe oder Rückbuchung des bereits gezahlten Schuldbetrags erfolgt.

3. Der Erklärungsgehalt der mit Abschluss des Kaufvertrags als Nebenabrede getroffenen Vereinbarung, zur Tilgung der Kaufpreisschuld den Zahlungsdienst PayPal zu verwenden, richtet sich neben den Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB grundsätzlich nach den Bestimmungen der von PayPal verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, unter anderem der PayPal-Käuferschutzrichtlinie, denen die Kaufvertragsparteien vor der Inanspruchnahme des Zahlungsdienstes zugestimmt haben.

4. Wird der Kaufpreis vereinbarungsgemäß unter Verwendung des Zahlungsdienstes PayPal entrichtet, vereinbaren die Kaufvertragsparteien – bei Fehlen gegenteiliger Anhaltspunkte – zugleich stillschweigend, dass die getilgte Kaufpreisforderung wiederbegründet wird, wenn das PayPal-Konto des Verkäufers nach einem erfolgreichen Antrag des Käufers auf Käuferschutz nach Maßgabe der PayPal-Käuferschutzrichtlinie rückbelastet und der Kaufpreis dem PayPal-Konto des Käufers wieder gutgeschrieben wird.

### Stetig wiederkehrendes Vermieterpfandrecht an Kfz des Mieters

BGH, Urt. v. 6. 12. 2017 – XII ZR 95/16

Amtliche Leitsätze

1. Das Vermieterpfandrecht umfasst auch Fahrzeuge des Mieters, die auf dem gemieteten Grundstück regelmäßig abgestellt werden.

\* Dipl.-Jur. *Charlotte Hildebrand* hat bis zum SoSe 2018 Rechtswissenschaften in Göttingen studiert.

† *Julian Jansen* ist Student der Rechtswissenschaften und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht bei Prof. Dr. *Frank Schorkopf* in Göttingen.

2. Das Pfandrecht erlischt, wenn das Fahrzeug für die Durchführung einer Fahrt von dem Mietgrundstück – auch nur vorübergehend – entfernt wird. Es entsteht neu, wenn das Fahrzeug später wieder auf dem Grundstück abgestellt wird.

### Mehrere Schadensverursacher bei einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

BGH, Urt. v. 7. 12. 2017 – VII ZR 204/14

Amtlicher Leitsatz

Steht den Arbeitnehmern eines Unternehmers nach den Grundsätzen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ein Schadensersatzanspruch gegen den Besteller einer Werkleistung zu, weil sie bei Ausführung der Arbeiten aufgrund einer schuldhaften Verletzung auch ihnen gegenüber bestehender vertraglicher Schutzpflichten durch den Besteller einen Schaden erleiden, scheidet ein weiterer Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gegen einen vom Besteller beauftragten Dritten, der für die Schädigung mitverantwortlich ist und dessen Verschulden sich der Besteller nach § 278 BGB zurechnen lassen muss, grundsätzlich aus.

### Nichtleistungskondition des Jobcenters gegen den Vermieter im Dreiecksverhältnis

BGH, Urt. v. 31. 1. 2018 – VIII ZR 39/17

Amtlicher Leitsatz

Hat das Jobcenter das dem Wohnungsmieter zustehende Arbeitslosengeld II als Bedarf für Unterkunft und Heizung versehentlich auch noch nach der Beendigung des Mietverhältnisses im Wege der Direktzahlung nach § 22 VII Satz 1 SGB II an den bisherigen Vermieter gezahlt, kann es von diesem – unter dem Gesichtspunkt einer fehlenden (widerufenen) Anweisung – unmittelbar die Herausgabe der ohne rechtlichen Grund erfolgten Zuvielzahlung im Wege der Nichtleistungskondition (§ 812 I 1 Alt. 2 BGB) verlangen.

### Störerhaftung des Eigentümers für Brandfolgen durch einen Handwerker am Nachbarhaus

BGH, Urt. v. 9. 2. 2018 – V ZR 311/16

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Ein Grundstückseigentümer, der einen (auch sorgfältig ausgesuchten) Handwerker Reparaturarbeiten am Haus vornehmen lässt, ist als Störer im Sinne des § 1004 I BGB verantwortlich, wenn das Haus infolge der Arbeiten in Brand gerät und das Nachbargrundstück beschädigt wird.

**Zahlungsanspruch aus einem Factoringvertrag bei Forderungsabtretung**

BGH, Urt. v. 21. 3. 2018 – VIII ZR 17/17

*Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze*

1. Die Einziehung im Wege des echten Factorings abgetretener Forderungen ist keine Inkassodienstleistung i. S. v. § 2 II 1 RDG.

2. Beim unechten Factoring ist die Forderungseinziehung – sofern das Factoring-Unternehmen nach dem Vertragsinhalt weder zur Klärung von Rechtsfragen, wie Bestand und Durchsetzbarkeit der abgetretenen Forderungen, noch zum Inkasso verpflichtet ist – ebenfalls keine Inkassodienstleistung.

Trotz der Abtretung einer – aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft hervorgegangenen – Geldforderung an einen neuen Gläubiger ist der Forderungsschuldner gemäß § 354 a I 2 HGB befugt, mit befreiender Wirkung an seinen bisherigen Gläubiger zu leisten.

Unbeschadet des Wortlauts des § 354 a I 3 HGB ist eine nach der Forderungsabtretung getroffene Vereinbarung des Forderungsschuldners mit dem neuen Gläubiger, Zahlungen nur an diesen zu leisten, mit Rücksicht auf den Sinn und Zweck des § 354 a I 2 HGB, der allein dem Schutz des Schuldners dient, gleichwohl wirksam.

**Zurechnung der psychischen Gesundheitsverletzung eines Polizisten zu einem Amokläufer**

BGH, Urt. v. 17. 4. 2018 – VI ZR 237/17

*Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz*

Die psychische Gesundheitsverletzung eines Polizeibeamten, die infolge der unmittelbaren Beteiligung an einem durch einen Amoklauf ausgelösten Geschehen eingetreten ist, ist dem Amokläufer trotz des berufsspezifischen Risikos des Polizeibeamten zuzurechnen.

**Dauerhafter individualvertraglicher Kündigungsausschluss**

BGH, Beschluss vom 8. 5. 2018 – VIII ZR 200/17

*Leitsatz der Redaktion*

Ein individualvertraglicher Kündigungsausschluss kann bei einem Wohnraummietvertrag dauerhaft vereinbart werden.

**Die Bindung der wirksam erklärten Minderung**

BGH, Urt. v. 9. 5. 2018 – VIII ZR 26/17

*Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze*

1. Mit dem Zugang einer wirksam ausgeübten Minderung des Kaufpreises wird diese Erklärung bindend; der Käufer ist damit daran gehindert, stattdessen wegen desselben Mangels auf großen Schadensersatz überzugehen und unter diesem Gesichtspunkt Rückgängigmachung des Kaufvertrags zu verlangen. Ferner ist ein Käufer daran gehindert, unter Festhalten an der von ihm nicht mehr zu beseitigenden Gestaltungswirkung der Minderung zusätzlich (nebeneinander) großen Schadensersatz geltend zu machen und auf diesem Wege im Ergebnis nicht nur eine Herabsetzung des Kaufpreises zu erreichen, sondern den Kaufpreis insgesamt zurückerfordern. Denn der Käufer hat mit der wirksamen Ausübung der Minderung zugleich das Wahlrecht „verbraucht“.

2. Aus der Vorschrift des § 325 BGB lässt sich nicht – auch nicht analog – eine Berechtigung des Käufers ableiten, von einer wirksam erklärten Minderung zu einem Anspruch auf großen Schadensersatz und damit auf Rückabwicklung des Kaufvertrags zu wechseln.

**Der „digitale Nachlass“**

BGH, Urt. v. 12. 7. 2018 – III ZR 183/17

*Amtlicher Leitsatz*

Beim Tod des Kontoinhabers eines sozialen Netzwerks geht der Nutzungsvertrag grundsätzlich nach § 1922 BGB auf dessen Erben über. Dem Zugang zu dem Benutzerkonto und den darin vorgehaltenen Kommunikationsmitteln stehen weder das postmortale Persönlichkeitsrecht des Erblassers noch das Fernmeldegeheimnis oder das Datenschutzrecht entgegen.

JAKOB SCHÜNEMANN\*

# Rechtsprechungsübersicht im Öffentlichen Recht

## Streikverbot für Beamte

BVerfG, Urt. v. 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12

Von der Redaktion bearbeitete Leitsätze

1. Der persönliche Schutzbereich des Art. 9 III GG umfasst auch Beamte. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit ist zwar vorbehaltlos gewährleistet. Es kann aber durch kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte begrenzt werden.

2. a) Das Streikverbot für Beamte stellt einen eigenständigen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 V GG dar. Es erfüllt die für eine Qualifikation als hergebrachter Grundsatz notwendigen Voraussetzungen der Traditionalität und Substantialität.

b) Das Streikverbot für Beamte ist als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums vom Gesetzgeber zu beachten. Es weist eine enge Verbindung auf mit dem beamtenrechtlichen Alimentationsprinzip, der Treuepflicht, dem Lebenszeitprinzip sowie dem Grundsatz der Regelung des beamtenrechtlichen Rechtsverhältnisses einschließlich der Besoldung durch den Gesetzgeber.

c) Der Beamte ist dem Allgemeinwohl und damit zur uneigennütigen Amtsführung verpflichtet und hat bei der Erfüllung der ihm anvertrauten Aufgaben seine eigenen Interessen zurückzustellen. Der Einsatz wirtschaftlicher Kampf- und Druckmittel zur Durchsetzung eigener Interessen, insbesondere auch kollektive Kampfmaßnahmen im Sinne des Art. 9 III GG wie das Streikrecht, lassen sich mit der Treuepflicht des Beamten nicht vereinbaren. (*Ergänzung der Redaktion*)

3. a) Die Bestimmungen des Grundgesetzes sind völkerrechtsfreundlich auszulegen. Der Text der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes

b) Während sich die Vertragsparteien durch Art. 46 EMRK verpflichtet haben, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen sind bei der Orientierung an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte jenseits des Anwendungsbereiches des Art. 46 EMRK die konkreten Umstände des Falles im Sinne einer Kontextualisierung in besonderem Maße in den Blick zu nehmen.

Die Vertragsstaaten haben zudem Aussagen zu Grundwertungen der Konvention zu identifizieren und sich hiermit auseinanderzusetzen.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass Aussagen inter partes zu einem bestimmten Fall vor dem Hintergrund des jeweils maßgeblichen Rechtssystems getroffen wurden und dass begriffliche Ähnlichkeiten nicht über Unterschiede, die sich aus dem Kontext der Rechtsordnungen ergeben, hinweg täuschen dürfen. (*Ergänzung der Redaktion*)

Die Leit- und Orientierungswirkung ist dann besonders intensiv, wenn Parallelfälle im Geltungsbereich derselben Rechtsordnung in Rede stehen, mithin (andere) Verfahren in dem von der Ausgangsentscheidung des Gerichtshofs betroffenen Vertragsstaat betroffen sind.

c) Die Grenzen einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung ergeben sich aus dem Grundgesetz. Die Möglichkeiten einer konventionsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint.

Im Übrigen ist auch im Rahmen der konventionsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem einzupassen.

4. Das Streikverbot für Beamtinnen und Beamte in Deutschland steht mit dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes im Einklang und ist insbesondere mit den Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar. Auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte lässt sich eine Kollisionslage zwischen dem deutschen Recht und Art. 11 EMRK nicht feststellen.

## Beobachtung durch das Bundesamt für Verfassungsschutz

OVG NRW, Urt. v. 13. 3. 2018 – 16 A 906/11

Amtliche Leitsätze

1. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Beobachtung kommt es darauf an, ob die dem Bundesamt für Verfassungsschutz im jeweiligen Zeitpunkt bekannten Tatsachen konkrete Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen boten.

2. Die personenbezogene Beobachtung eines Unterstützers eines Personenzusammenschlusses, der Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen bietet, setzt voraus,

\* Der Autor arbeitet als studentische Hilfskraft am ehemaligen Institut für Allgemeine Staatslehre und Politische Wissenschaften und studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

dass sich die Unterstützung auf die verfassungsfeindlichen Bestrebungen bezieht. Die Förderung einzelner verfassungskonformer Teilziele reicht nicht aus.

3. Bei der personenbezogenen Beobachtung von Mitgliedern oder Unterstützern von Personenzusammenschlüssen sind im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die durch die Beobachtung der betreffenden Person zu gewinnenden Erkenntnisse ins Verhältnis zur Bedeutung dieses Erkenntnisgewinns für die Aufklärung verfassungsfeindlicher Bestrebungen der Gruppierung zu setzen.

#### **Äußerungsbefugnis von Regierungsmitgliedern**

BVerfG, Urt. v. 27. 2. 2018 – 2 BvE 1/16

*Amtliche Leitsätze*

1. Auch außerhalb von Wahlkampfzeiten erfordert der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien die Beachtung des Gebots staatlicher Neutralität.

2. Die negative Bewertung einer politischen Veranstaltung durch staatliche Organe, die geeignet ist, abschreckende Wirkung zu entfalten und dadurch das Verhalten potentieller Veranstaltungsteilnehmer zu beeinflussen, greift in das Recht der betroffenen Partei auf Chancengleichheit aus Art. 21 I Satz 1 GG ein.

3. Die Befugnis der Bundesregierung zur Erläuterung von ihr getroffener Maßnahmen und künftiger Vorhaben schließt das Recht ein, sich mit darauf bezogenen kritischen Einwänden sachlich auseinanderzusetzen. Ein „Recht auf Gegenschlag“ dergestalt, dass staatliche Organe auf unsachliche oder diffamierende Angriffe in gleicher Weise reagieren dürfen, besteht nicht.

#### **Aufruf eines Kommunalorgans zu Protestaktionen gegen eine Versammlung eines NPD-Kreisverbands außerhalb seines Hoheitsgebiets**

VG Göttingen, Beschluss v. 29. 8. 2018 – 1 B 462/18

*Amtlicher Leitsatz*

Das Neutralitätsgebot ist verletzt, wenn kommunale Organe aktiv zur Unterstützung von Gegenveranstaltungen oder Protestaktionen gegen nicht verbotene Versammlungen politischer Parteien aufrufen; dies gilt in Ansehung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13 – auch für Versammlungen eines Kreisverbands der NPD.

#### **Polizeiliches Aufenthaltsverbot für einen „Ultra“**

OVG Lüneburg, Urt. v. 26. 4. 2018 – 11 LC 288/16

*Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze*

1. Voraussetzung für den Erlass eines Aufenthaltsverbots nach § 17 IV S. 1 NSOG ist, dass bereits zum Zeitpunkt des Erlasses des Aufenthaltsverbots Tatsachen vorliegen müs-

sen, die die Annahme rechtfertigen, dass eine Person im räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Verbots eine Straftat begehen wird.

2. Dabei hängt es von den Umständen des Einzelfalles, namentlich von der fraglichen Gruppe, der zu ihr vorhandenen polizeilichen und sonstigen Erkenntnisse, der Einbindung des Betroffenen in diese Gruppe sowie seinem gruppenbezogenen Verhalten in der Vergangenheit, ab, ob die Zugehörigkeit zu einer Gruppe – ggf. in Verbindung mit weiteren (Indiz-)Tatsachen – die Annahme rechtfertigt, dass die gruppenzugehörige Person in einem bestimmten Gebiet eine Straftat begehen wird.

3. In der Regel genügt es für die Begründung einer erforderlichen Gefahrenprognose aber nicht, dass feststeht, dass eine Person (einfaches) Mitglied einer sog. Ultra-Gruppierung ist oder in einem polizeilichen Informationssystem geführt wird. Es müssen grundsätzlich weitere (Indiz-)Tatsachen hinzutreten, um den Erlass eines Aufenthaltsverbots zu rechtfertigen. Bei der Gefahrenprognose sind auch solche Vorfälle zu berücksichtigen, die nicht zur Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens geführt haben. In zeitlicher Hinsicht besteht keine starre zeitliche Grenze, welche in der Vergangenheit liegende Ereignisse wie lange berücksichtigt werden können.

#### **Entziehung der Fahrerlaubnis auf Probe wegen der Nichtteilnahme an einem wegen einer Verkehrsordnungswidrigkeit angeordneten Aufbauseminar**

VG Lüneburg, Beschluss v. 5. 11. 2018 – 1 B 42/18

*Amtliche Leitsätze*

1. Der Anfechtungsklage gegen eine Anordnung der Abgabe des Führerscheines aufgrund einer Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 2 a III StVG kommt aufschiebende Wirkung zu, wenn die Behörde nicht die sofortige Vollziehung angeordnet hat.

2. Die Androhung eines Zwangsmittels zur Durchsetzung eines Verwaltungsaktes, durch den eine Handlung, ein Dulden oder eine Unterlassung aufgegeben wird, kann, wenn die Androhung mit dem durchzusetzenden Verwaltungsakt verbunden ist, auch bereits dann erfolgen, wenn der Grundverwaltungsakt noch nicht unanfechtbar ist oder ein Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat.

FIONA GAWLIK\* UND FELIX HOHENHÖVEL†

# Rechtsprechungsübersicht im Strafrecht

## Aufrechterhaltung der U-Haft wegen Überlastung

BVerfG, Beschluss vom 11. 6. 2018 – 2 BvR 819/18

*Leitsätze der Redaktion*

1. Bei Beginn der Hauptverhandlung erst 13 Monate nach Beginn der U-Haft, genügt eine Haftfortdauerentscheidung den verfassungsrechtlichen Anforderungen nur, wenn schlüssig dargelegt wird, weshalb ein Ausnahmefall vorliegt.
2. Nicht ausreichend ist eine Verhandlungsdichte von durchschnittlich weniger als einmal pro Woche im Rahmen des Beschleunigungsgebots. Eine „ganzheitliche Betrachtung“ vermag dies nicht zu rechtfertigen, wenn in der gleichen Strafkammer mehrere Verfahren anhängig sind, die einen sachlichen Zusammenhang aufweisen, ohne verbunden zu sein.

## Berliner Raser-Fall

BGH, Urt. v. 1. 3. 2018 – 4 StR 399/17

*Leitsätze der Redaktion*

1. Riskante Fahrweisen im Straßenverkehr, die nicht auf die Verursachung eines Unfalls oder auf die Verletzung anderer Personen abzielen, kann nach Wahrnehmung der Eigengefährdung des Täters durch diesen, dafürsprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraut.
2. Eine generelle Annahme, dass ein bestimmter Typ von Autofahrer sich in bestimmten Typen von Kraftfahrzeugen in der Regel sicher fühlt und jegliches Risiko für sich selbst ausblendet, gibt es nicht.

## Tierschutz als notstandsfähiges Rechtsgut

OLG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 22. 2. 2018 – 2 Rv 157/17

*Amtliche Leitsätze*

1. Tierschutz ist ein anderes Rechtsgut im Sinne des § 34 StGB.
2. Das Eindringen in eine Stallanlage zur Dokumentation von Gesetzesverstößen kann ein angemessenes Mittel darstellen, um eine Gefahr abzuwenden.
3. Eine Rechtfertigung wegen Notstandes kommt jedoch nur in Betracht, wenn den Eingreifenden die Tatsachen bekannt sind, welche diesen rechtfertigen. Dazu reicht die bloße Ver-

mutung, es werde generell oder gerade in diesem Betrieb gegen Vorschriften verstoßen, nicht aus.

## Übernahme von Punkten und dem Fahrverbot

OLG Stuttgart, Urt. v. 20. 2. 2018 – 4 Rv 25 Ss 982/17

*Leitsätze der Redaktion*

1. Ein „anderer“ i. S. d. § 164 StGB umfasst nicht eine fiktive Person.
2. Scheidet eine Strafbarkeit wegen falscher Verdächtigung nach § 164 StGB aus, weil sich die Tathandlung auf eine fiktive Person bezogen hat, so ist nicht mehr entscheidend, dass das Ausfüllen des Anhörungsbogens durch einen Dritten nicht nach den Maßstäben der mittelbaren Täterschaft zugerechnet werden kann.

## Drogen als Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens

BGH, Urt. v. 16. 8. 2017 – 2 StR 335/15

*Leitsatz der Redaktion*

Eine Unterscheidung im Bereich der Vermögensdelikte zwischen Herkunft, Entstehung und Verwendung schutzunwürdigen Vermögens ist der Rechtsordnung fremd. Damit unterliegt der Besitz dem geschützten Vermögen, wenn dieser ein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zukommt. Der Besitz an Betäubungsmittel ist somit ein zu schützendes Rechtsgut.

## Der Geldautomaten Wegstoß-Fall

BGH, Beschluss vom 16. 11. 2017 – 2 StR 154/17

*Leitsatz der Redaktion*

Stößt der Täter das Opfer, nachdem dieser seinen PIN am Geldautomaten eingegeben hat, zur Seite weg, gibt anschließend den Betrag ein und entnimmt das ausgeworfene Geld um sich zu bereichern, so hat dieser eine räuberische Erpressung gem. §§ 253 I, II, 255 StGB begangen, aber keinen Raub gem. § 249 I StGB.

\* Fiona Gawlik studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

† Felix Hohenhövel arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsvergleichung bei Prof. Dr. Dr. h. c. Volker Lipp und studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.



