



Herausgeber

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

Vereinsvorstand:

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

Beirat

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

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

Aus dem Inhalt

Beitrag

Feigl

Die Wahlrechtsreform der Ampelkoalition

Fallbearbeitung

Hippeli

Zivilrecht: „Eine besch... Lage“

Pschorr

Strafprozessrecht: „Twitterjournalismus“

Hippeli

Öffentliches Recht:
„Antisemitismus und Hochschulrecht“

Rechtsprechung

OLG Frankfurt aM.

Investition in Krypto-Währungen aus Gefälligkeit

BGH

Tatbeendigung bei Autodiebstahl und Verhältnis von
Bandenmitgliedschaft und allgemeinen
Beteiligungsregeln

Inhaltsverzeichnis

Beitrag	Florian Feigl Die Wahlrechtsreform der Ampelkoalition	Seite ▶ 1
Fallbearbeitung	Michael Hippeli Anfängerklausur Zivilrecht: „Eine besch... Lage“	Seite ▶ 9
	Simon Pschorr Anfängerklausur Strafprozessrecht: „Twitterjournalismus“	Seite ▶ 14
	Michael Hippeli Fortgeschrittenenklausur Öffentliches Recht: „Antisemitismus und Hochschulrecht“	Seite ▶ 22
Rechtsprechung Zivilrecht	OLG Frankfurt aM. Investition in Krypto-Währungen aus Gefälligkeit Urteil vom 19.04.2023 (<i>Tim Tetz</i>)	Seite ▶ 30
Rechtsprechung Strafrecht	BGH Tatbeendigung bei Autodiebstahl und Verhältnis von Bandenmitgliedschaft und allgemeinen Beteiligungsregeln Beschluss vom 13.02.2024 (<i>Alexander Bechtel</i>)	Seite ▶ 33

Editorial

Der **Beitrag** in dieser Ausgabe hat die Wahlrechtsreform aus dem Jahre 2023 zum Gegenstand. Mit der Abschaffung der Grundmandatsklausel und einem stärkeren Fokus auf den Aspekt der Mehrheitswahl, ist sie – insbesondere im Süden des Landes – hochumstritten. Nicht zuletzt deshalb, verhandelte das Bundesverfassungsgericht im April zur Frage der Verfassungsgemäßheit der neuen Paragraphen im Bundeswahlgesetz.

Unter dem Titel „Die Wahlrechtsreform der Ampelkoalition - Grünes Licht aus Karlsruhe?“ setzt sich FEIGL mit den in diesem Zusammenhang aufgetauchten Fragen auseinander und gibt generell einen guten didaktischen Überblick über das deutsche Wahlrecht. Die Lektüre sei insofern jedem and Demokratie und Staatsorganisation interessieren Leser wärmstens empfohlen.

Klausuren hat das Heft dieses Mal aus allen Rechtsbereichen zu bieten. Den Anfang macht das **Zivilrecht** mit einer Ausarbeitung von HIPPELI. In „Eine besch... Lage“ findet der geneigte Leser eine didaktische Aufbereitung einiger Aspekte des Wohnungseigentumsrechts, welches in der juristischen Ausbildung sonst eher stiefmütterlich behandelt wird. Daneben werden auch Aspekte des Betreuungsrechts, sowie des Mietrechts des BGB näher beleuchtet.

Dem **Strafprozessrecht** entstammt die zweite Falllösung in dieser Ausgabe. In „Twitterjournalismus“ bereitet PSCHORR einige examensrelevante Aspekte der Wohnungsdurchsuchung, der Aussageverweigerungsrechte und von Beweisverwertungsverbote didaktisch auf. Die Ausarbeitung ist auch als Einstieg ins Gebiet gut geeignet, da sie sich primär an Anfänger richtet.

Im **Öffentlichen Recht** geht es schließlich um das leider allgegenwärtige Problem des Antisemitismus, insbesondere an deutschen Hochschulen. In „Antisemitismus und Hochschulrecht“ bereitet erneut HIPPELI am Beispiel eines aktuellen Falles einige Fragen des allgemeinen Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrechts didaktisch auf, die sich im Zusammenhang mit der Problematik stellen können bzw. gestellt haben.

Bei den **Urteilen** macht wie gewohnt das **Zivilrecht** den Anfang. Hier musste das Oberlandesgericht in Frankfurt am Main entscheiden, ob eine Haftung des Geschäftsführers ausgeschlossen ist, wenn diesem bei einem aus Gefälligkeit einem anderen erwiesenen Freundschaftsdienst, mit dessen Kapital in Krypto-Währungen zu investieren, „freie Hand“ gewährt wurde und dem Geschäftsherrn die Risiken des Investments bewusst waren. Daneben war auch die Frage von Interesse, welche Anforderungen an die Erkennbarkeit eines im Widerspruch zum mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn stehenden Handelns durch den Geschäftsführer zu stellen waren (TETZ)

Im **Strafrecht** war der 5 Senat des Bundesgerichtshofes zur Entscheidung über die Frage berufen, ob es zur Beendigung eines Autodiebstahls genügt, wenn das Kraftfahrzeug nach Entwendung in nur wenigen Kilometern Entfernung abgestellt wird und, ob bzw. inwieweit (sukzessive) Mittäterschaft auch nach Beendigung der Tat noch möglich ist oder hier allein auf die Anschlussdelikte des StGB abzustellen ist (BECHTEL).



Prof. Dr. **Christian F. Majer**
Schriftleiter

▸ redaktion@zeitschrift-jse.de



RR **Sascha Sebastian**, M.mel.
Stellvertretender Schriftleiter

▸ schlussredaktion@zeitschrift-jse.de

Beitrag

Ass. iur. Florian Feigl

Die Wahlrechtsreform der Ampelkoalition Grünes Licht aus Karlsruhe?



Florian Feigl | Doktorand und Lehrbeauftragter für Staats- und Europarecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

E-Mail-Kontakt: ▶ Florian.Feigl@hs-ludwigsburg.de

Gliederung

Abstract

A) Einleitung

B) Die personalisierte Verhältniswahl und die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit

- I. Die Wahl zum Deutschen Bundestag nach geltendem Wahlrecht
- II. Die Übergröße des Deutschen Bundestages als Treiber der Reformbemühungen
- III. Die Fähigkeit zur Selbstreform als demokratiepolitisches Signal

C) Das Konzept der Zweitstimmendeckung – ein Systemwechsel?

- I. Begrenzung der Abgeordnetenzahl
- II. Die Zweitstimme als maßgebliche Determinante des Wahlergebnisses
- III. Wegfall der Grundmandatsklausel

D) Das neue Wahlrecht aus verfassungspolitischer und -rechtlicher Perspektive

- I. Stärken und Schwächen der Neuregelung aus rechtspolitischer Sicht
- II. Verfassungsrechtliche Risiken der Wahlrechtsreform
 1. Der Grundsatz der Wahlgleichheit
 2. Die Systemfrage als verfassungsrechtliche Weichenstellung
 3. Die Funktionsfähigkeit des Parlaments als Rechtfertigungsgrund
 4. Der Wegfall der Grundmandatsklausel als verfassungsrechtliches Problem

E) Fazit

Abstract

Der Beitrag untersucht die am 17. März 2023 vom Deutschen Bundestag beschlossene Änderung des Bundeswahlgesetzes. Die Abhandlung führt in die Thematik ein, indem sie das bislang praktizierte System der personalisierten Verhältniswahl darstellt und damit einhergehende Probleme aufzeigt. Anschließend erfährt das der Reform der Ampelkoalition zugrundeliegende Konzept der Zweitstimmendeckung eine Analyse. Es folgt die Bewertung des neuen Wahlrechts. Ein besonderes Augenmerk liegt angesichts der Überprüfung des Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht insoweit auf den verfassungsrechtlichen Risiken der Reform.¹ Die Abhandlung schließt mit einem Fazit.

¹ Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts verhandelt am 23. und 24. April 2024 über die Änderung des Bundeswahlgesetzes.

A. Einleitung

Wunder gibt es immer wieder: Am 17. März 2023 hat der Deutsche Bundestag den Grundstein gelegt für die wohl tiefgreifendste Reform des Bundeswahlrechts seit Inkrafttreten des Grundgesetzes.² Das Parlament stimmte dem Gesetzentwurf der regierungstragenden Fraktionen³ in der vom Innenausschuss geänderten Fassung⁴ mit 399 Stimmen bei 261 Gegenstimmen und 23 Enthaltungen zu.⁵ Damit lässt die Ampelkoalition den Worten des Koalitionsvertrags nun Taten folgen.⁶

Innerhalb des Parlaments rief die Änderung des Bundeswahlgesetzes erwartungsgemäß ein geteiltes Echo hervor. *Sebastian Hartmann* (SPD) sprach von einer „der grundlegendsten, aber sehr überfälligen Reformen des deutschen Wahlrechts“⁷. *Britta Haßelmann* (Bündnis 90/Die Grünen) bezeichnete den Gesetzentwurf als „fair und verfassungsgemäß“⁸. Der Vorsitzende der CDU/CSU-Fraktion und Oppositionsführer im Deutschen Bundestag *Friedrich Merz* dagegen sieht eine „Beschädigung des Vertrauens in unsere Demokratie“⁹ und kündigte den Gang nach Karlsruhe an. Auch die juristische Fachöffentlichkeit ist von einer übereinstimmenden Bewertung der Reform weit entfernt. *Wischmeyer* sieht in der Wahlrechtsreform einen „Weg, wie der Aufblähung des Bundestages verfassungskonform entgegenwirkt werden kann“¹⁰. Gleichzeitig werden andere Stimmen laut, die an der Verfassungsmäßigkeit des neuen Wahlrechts zweifeln.¹¹ *Grzeszick* bewertet den Reformansatz mit Blick auf den Grundsatz der Gleichheit der Wahl als nicht tragfähig.¹² Kontrovers beurteilt wird auch die Abschaffung der so genannten Grundmandatsklausel: Einerseits ist von einem „ernsthaften

² *Haug/Pautsch*, NJ 2023, 377 sprechen von einer „Zäsur“.

³ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, ▶ *BT-Drs. 20/5370*.

⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Inneres und Heimat (4. Ausschuss), ▶ *BT-Drs. 20/6015*.

⁵ Das Ergebnis der namentlichen Abstimmung ist über den Internetauftritt des Deutschen Bundestages einsehbar: ▶ <https://www.bundestag.de/parlament/plenum/abstimmung/abstimmung/?id=831> (zuletzt aufgerufen am 22.04.2024).

⁶ Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), S. 10: „Wir werden innerhalb des ersten Jahres das Wahlrecht überarbeiten, um nachhaltig das Anwachsen des Bundestages zu verhindern. Der Bundestag muss effektiv in Richtung der gesetzlichen Regelgröße verkleinert werden. Eine Verzerrung der Sitzverteilung durch unausgeglichene Überhangmandate lehnen wir ab.“

⁷ ▶ *BT-Plenarprotokoll 20/92 (neu) vom 17.03.2023*, S. 11016 (*Hartmann*, SPD).

⁸ ▶ *BT-Plenarprotokoll 20/92 (neu) vom 17.03.2023*, S. 11020 (*Haßelmann*, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN).

⁹ ▶ *BT-Plenarprotokoll 20/92 (neu) vom 17.03.2023*, S. 11042 (*Merz*, CDU/CSU).

¹⁰ *Wischmeyer*, JZ 2023, 105.

¹¹ *Ruttloff/Niemann/Misztl*, NJOZ 2023, 512 (515) äußern „erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken“ und halten den Gang nach Karlsruhe daher für „unabdingbar“. Ausführlich und kritisch auch *Haug/Pautsch*, NJ 2023, 377 (379 ff.).

¹² *Grzeszick*, NVwZ 2023, 286 (292).

verfassungspolitischen Fehler¹³ zu lesen, andererseits von einem „Nachruf ohne Tränen“¹⁴.

B. Die personalisierte Verhältniswahl und die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit

Das Bundestagswahlrecht hat sich große Verdienste um unsere Demokratie erworben. Aufgrund ihrer personalisierenden und regionalisierenden Wirkung hat gerade die Erststimme als ein das deutsche Wahlrecht kennzeichnendes Element zur Stabilität demokratischer Legitimation beigetragen. Die zu beobachtende Fragmentierung der Parteienlandschaft stellt das deutsche Wahlsystem allerdings vor neue Herausforderungen und zeigt, „dass die Erststimme in ihrer bisherigen Gestalt für zahlreiche Probleme des deutschen Wahlrechts mitverantwortlich ist“¹⁵.

I. Die Wahl zum Deutschen Bundestag nach geltendem Wahlrecht

Der aktuellen Fassung des Bundeswahlgesetzes (BWG) zufolge werden die Abgeordneten des Deutschen Bundestages „nach den Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl“ (§ 1 Abs. 1 Satz 2 BWG) gewählt. Geläufig ist insoweit auch die Bezeichnung als „personalisierte Verhältniswahl“. Demnach besteht der Bundestag grundsätzlich aus 598 Abgeordneten (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BWG), von denen 299 direkt in den Wahlkreisen gewählt werden (§ 1 Abs. 2 BWG). Die übrigen Abgeordneten werden über die Landeslisten der Parteien gewählt (§ 1 Abs. 2 BWG). Jedem Wahlberechtigten stehen zwei Stimmen zur Verfügung (§ 4 BWG): eine Erststimme für die Wahl des Wahlkreisabgeordneten und eine Zweitstimme für die Wahl der Landesliste einer Partei.

Mit der Erststimme wird in jedem Wahlkreis ein Abgeordneter gewählt (§ 5 Satz 1 BWG). Dabei zieht der Bewerber, der die meisten Stimmen auf sich vereinigt (§ 5 Satz 2 BWG), direkt in den Bundestag ein.

Die Verteilung der nach Landeslisten zu besetzenden Sitze regelt § 6 BWG. Berücksichtigt werden dabei nur Parteien, die mindestens fünf Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen Zweitstimmen erhalten (so genannte 5%-Klausel) oder in mindestens drei Wahlkreisen einen Sitz errungen (so genannte Grundmandatsklausel) haben (§ 6 Abs. 3 Satz 1 BWG). Von der einer Partei für eine Landesliste zustehenden Sitzzahl abgezogen wird die Zahl der errungenen Direktmandate (§ 6 Abs. 4 Satz 1 BWG).

Die in den Wahlkreisen gewonnenen Direktmandate behält eine Partei auch dann, wenn sie die nach den Zweitstimmen ermittelte Sitzzahl übersteigen (§ 6 Abs. 4 Satz 2 BWG). Die so genannten Überhangmandate führen dazu, dass die Zusammensetzung des Bundestages dem Zweitstimmenanteil der Parteien nicht mehr entspricht. Aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts sind Überhangmandate in einem System der personalisierten Verhältniswahl deshalb nur insoweit zulässig, als sie den „Grundcharakter der Bundestagswahl als Verhältniswahl“¹⁶ nicht in Frage stellen. Um den Grundcharakter der Verhältniswahl zu wahren, bedarf es einer Kompensation durch Ausgleichsmandate, wenn „Überhangmandate im Umfang von mehr als etwa einer halben Fraktionsstärke“¹⁷ zu erwarten sind. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, wird die Mitgliederzahl des Bundestages so lange er-

höht, bis die Verteilung der Sitze dem bundesweiten Zweitstimmenanteil der Parteien entspricht (§ 6 Abs. 5 Satz 1 BWG). Die Ausgleichsmandate stellen sicher, dass die Verteilung der Mandate mit dem relativen Anteil einer Partei an den abgegebenen Zweitstimmen in Einklang steht, haben gleichzeitig aber die Vergrößerung des Bundestages zur Folge.

II. Die Übergröße des Deutschen Bundestages als Treiber der Reformbemühungen

Das System der personalisierten Verhältniswahl sorgte auf diese Weise in den zurückliegenden Legislaturperioden für eine stetig steigende Mitgliederzahl des Deutschen Bundestages. Die sinkenden Zweitstimmenergebnisse der so genannten Volksparteien und die damit einhergehende Veränderung der Parteienlandschaft ließ „die Lücke zwischen dem Anteil der gewonnenen Direktmandate einer Partei und ihrem Zweitstimmenergebnis bei der Listenwahl immer größer“¹⁸ werden. In der Folge stieg die Zahl der Überhang- und Ausgleichsmandate drastisch an.¹⁹ Während der 18. Deutsche Bundestag noch 631 Abgeordnete zählte, konnten sich nach der Wahl 2017 bereits 709 Personen als Mitglieder des Deutschen Bundestages bezeichnen. Der aktuelle Bundestag beeindruckt mit 736 Sitzen. Dies entspricht „123 Prozent seiner gesetzlich vorgesehenen Größe von 598 Abgeordneten“²⁰. Zum Vergleich: Das indische Unterhaus – wohl-gemerkt die Volksvertretung der bevölkerungsreichsten Demokratie der Welt²¹ – umfasst derzeit 545 Mitglieder.

Seine überdimensionale Größe stellt den Deutschen Bundestag in vielerlei Hinsicht vor Herausforderungen. Die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments wird angesichts der steigenden Mitgliederzahlen immer häufiger in Frage gestellt.²² Fast schon als Nebensächlichkeit werden in diesem Zusammenhang die „steigenden Kosten des parlamentarischen Betriebs“²³ erwähnt.²⁴ Darüber hinaus ergeben sich „sowohl für die Präsenz im Plenum als auch für die Arbeit in den Ausschüssen funktionale Hindernisse, die weder räumlich noch personell gut zu bewältigen sind.“²⁵ Auf einen weiteren, in seiner demokratiepolitischen Bedeutung keinesfalls zu unterschätzenden Aspekt weist der Gesetzentwurf der Ampelkoalition ebenfalls hin:

18 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, ▶ **BT-Drs. 20/5370**, S. 2.

19 *Von Arnim*, in: Heußner/Pautsch/Wittreck (Hrsg.), *Direkte Demokratie, Festschrift für Otmar Jung* (2021), S. 289 (291) bezeichnet Überhang- und Ausgleichsmandate daher als „Treibsätze“.

20 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, ▶ **BT-Drs. 20/5370**, S. 1. [<https://dserver.bundestag.de/btd/20/053/2005370.pdf#page=1>]

21 ▶ <https://www.bpb.de/themen/asien/indien/44442/politik/> (zuletzt aufgerufen am 22.04.2024).

22 *Austermann*, *Deutscher Bundestag, Ausschuss für Inneres und Heimat, Ausschuss-Drs. 20(4)171 C*, S. 1; *Ipsen*, *NVwZ* 2023, 218 (219); *von Arnim*, in: Heußner/Pautsch/Wittreck (Hrsg.), *Direkte Demokratie, Festschrift für Otmar Jung* (2021), S. 289 (293); *Wischmeyer*, *JZ* 2023, 105 (106).

23 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, ▶ **BT-Drs. 20/5370**, S. 1.

24 *Von Arnim*, in: Heußner/Pautsch/Wittreck (Hrsg.), *Direkte Demokratie, Festschrift für Otmar Jung* (2021), S. 289 (293) spricht von einer „Form der öffentlichen Verschwendung“, die „von großer symbolischer Bedeutung ist“. *Ipsen*, *NVwZ* 2023, 218 (219) spricht im Zusammenhang mit der Belastung des Bundeshaushalts von „populistischen Begründungen“.

25 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, ▶ **BT-Drs. 20/5370**, S. 1.

13 *Rennert*, Ein ernsthafter Fehler, ▶ [verfassungsblog.de vom 17.03.2023](https://verfassungsblog.de/vom-17-03-2023/),

14 *Schönberger*, Ein Nachruf ohne Tränen: Das Ende der Grundmandatsklausel, ▶ [verfassungsblog.de vom 18.03.2023](https://verfassungsblog.de/vom-18-03-2023/).

15 *Wischmeyer*, *JZ* 2023, 105 (106).

16 *BVerfG NVwZ* 2012, 1101 (1110).

17 *Ibid.* S. 1112.

„Zum Dritten schließlich stößt ein in diesem Sinne zu großes, die gesetzliche Mitgliederzahl immer signifikanter überschreitendes Parlament politisch auf Akzeptanzprobleme bei den Bürgerinnen und Bürgern, die vom Deutschen Bundestag mit Recht die Lösung der großen Zukunftsaufgaben der deutschen Demokratie erwarten. Die eigene, innere Reformfähigkeit ist deswegen weit über Aspekte der Arbeits- und Funktionsfähigkeit hinaus zu einer prinzipiellen Frage der Problemlösungsfähigkeit des politischen Prozesses geworden.“²⁶

Ungeachtet aller Kontroversen über die inhaltliche Ausrichtung eines neuen Wahlrechts steht die Notwendigkeit einer grundlegenden Wahlrechtsreform für viele Autoren außer Frage.²⁷ Die Verschiebungen in der Parteienlandschaft und das veränderte Zweitstimmenbild haben eine stetig steigende Zahl an Überhang- und Ausgleichsmandaten zur Folge.²⁸ Die Überhangmandate beruhen dabei immer weniger auf starken Erststimmenergebnissen der Direktkandidaten in den Wahlkreisen.²⁹ Vielmehr sind sie zunehmend Ausdruck der relativen Schwäche von Parteien.³⁰ Die vom Gesetzgeber als grundsätzlich angemessen erachtete Abgeordnetenzahl von 598 wird stetig und nicht nur unerheblich überschritten. Infolgedessen sinkt der Anteil der direkt gewählten Wahlkreisabgeordneten im Deutschen Bundestag immer weiter.³¹ Dies alles zeigt, dass das aktuelle Wahlrecht mit den aus der zunehmenden Fragmentierung der Parteienlandschaft resultierenden Herausforderungen überfordert ist.

III. Die Fähigkeit zur Selbstreform als demokratiepolitisches Signal

Eine grundlegende Reform des Wahlrechts zur Verkleinerung des Bundestages war deshalb dringend notwendig und längst überfällig. Gerade vor dem Hintergrund des drohenden oder bereits eingetretenen Akzeptanzverlustes innerhalb der Bevölkerung sollte die Reform des Bundestagswahlrechts vor allem als Chance begriffen werden. Mit einem effizienteren Wahlrecht und einer Begrenzung der Abgeordnetensitze auf die gesetzlich vorgesehene Zahl kann es den Mitgliedern des Deutschen Bundestages gelingen, den Vorwürfen des politischen Machterhalts und -genusses den Wind aus den Segeln zu nehmen. Losgelöst von ihrer verfassungsrechtlichen und -politischen Bewertung sendet die Reform in demokratiepolitischer Hinsicht damit ein wichtiges

Signal: Als das einzige unmittelbar vom Staatsvolk gewählte Verfassungsorgan der Bundesrepublik ist der Deutsche Bundestag offenbar doch noch zur Selbstreform fähig.³²

C. Das Konzept der Zweitstimmendeckung – ein Systemwechsel?

Durch das am 17. März 2023 beschlossene Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes möchte die Ampelkoalition „den vom Bundesverfassungsgericht für das geltende Wahlrecht anerkannten „Grundcharakter“ der Verhältniswahl“³³ konsequent weiterführen. Dies bringt das Gesetz auch zum Ausdruck, wenn es in § 1 Abs. 2 Satz 1 BWG n. F. klarstellt, dass fortan die „Grundsätze der Verhältniswahl“ gelten.³⁴ Damit tritt die Grundausrichtung der Reform bereits deutlich zu Tage: Während das personale Element an Bedeutung verliert, prägen die Grundsätze der Verhältniswahl das neue Wahlrecht noch stärker. Der für die verfassungsrechtliche Bewertung entscheidenden Frage, ob ein Systemwechsel zu einem reinen Verhältniswahlrecht vorliegt, wird im Folgenden noch nachzugehen sein.

Weiterhin zur Verfügung stehen werden den Wahlberechtigten eine Erst- und eine Zweitstimme.³⁵ Mit der Erststimme entscheiden sich die Wähler für einen Wahlkreis Kandidaten. Mit der Zweitstimme wählen sie die Landesliste einer zur Wahl zugelassenen Partei. Auch an der Einteilung des Wahlgebiets in 299 Wahlkreise hält das Gesetz fest.³⁶

I. Begrenzung der Abgeordnetenzahl

Das zentrale Reformziel der Ampelkoalition verwirklicht das neue Bundeswahlgesetz in seinem ersten Satz. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BWG n. F. besteht der Deutsche Bundestag in Zukunft aus 630 Abgeordneten.³⁷ Weil das neue Wahlrecht weder Überhang- noch Ausgleichsmandate kennt, ist die Zahl der Bundestagsabgeordneten begrenzt. Der Gesetzgeber setzt der stetigen Vergrößerung des Parlaments damit ein Ende.

26 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, ▶ **BT-Drs. 20/5370**, S. 1 f.

27 Ipsen, NVwZ 2023, 218 (219). Für Grzeszick, NVwZ 2023, 286 (292) hat das „ubiquitäre Schlagwort des übergroßen Bundestages“ die Reformdebatte in die falsche Richtung getrieben. Er hält es daher für richtig, die „Fixierung auf die Zahl von maximal 598 Abgeordneten aufzugeben und damit mögliche, weitere Reformoptionen in den Blick zu nehmen.“

28 Wischmeyer, JZ 2023, 105.

29 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, ▶ **BT-Drs. 20/5370**, S. 2.; Wischmeyer, JZ 2023, 105 (107) belegt diesen Befund mit Zahlen: „Wurden 1972 noch 82 % der Wahlkreise mit absoluter Mehrheit gewonnen, hat sich die Zahl heute auf 4 % (2017) bzw. 0,3 % (2021), also auf einen einzigen Wahlkreis, reduziert.“

30 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, ▶ **BT-Drs. 20/5370**, S. 2.

31 Der Anteil der nach § 5 BWG direkt gewählten Wahlkreisabgeordneten beträgt im aktuellen Bundestag nur noch 40 Prozent, vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, BT- ▶ **BT-Drs. 20/5370**, S. 2.

32 Dies betonen auch von Achenbach/Meinel/Möllers, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Inneres und Heimat, Ausschuss-Drs. 20(4)171 H, S. 3.

33 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, ▶ **BT-Drs. 20/5370**, S. 2.

34 Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BWG wurden die Abgeordneten des Deutschen Bundestages bisher „nach den Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl gewählt“.

35 Die Beibehaltung der Bezeichnung als Erst- und Zweitstimme beruht auf einer vom Innenausschuss beschlossenen Änderung, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Inneres und Heimat (4. Ausschuss), ▶ **BT-Drs. 20/6015**, S. 5. Der ursprüngliche Gesetzentwurf hatte noch die Einführung einer „Hauptstimme“ und einer „Wahlkreisstimme“ vorgesehen, vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, ▶ **BT-Drs. 20/5370**, S. 2 f.

36 Art. 1 des Gesetzes sieht zu diesem Zweck die Aufhebung von Art. 1 Nr. 2 und Art. 2 Abs. 2 des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 14. November 2020 (BGBl. 2020 I S. 2395 f.) vor. Die dort vorgesehene Reduzierung der Wahlkreiszahl auf 280 wäre am 1. Januar 2024 in Kraft getreten.

37 Der Gesetzentwurf der Ampelkoalition sah ursprünglich eine gesetzlich normierte Regelgröße des Bundestages von 598 Abgeordneten vor, vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, ▶ **BT-Drs. 20/5370**, S. 5, 10. Um die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, „dass Wahlkreisbewerber, auf die die meisten Erststimmen entfallen, einen Sitz erhalten“, erhöhte der Innenausschuss die Abgeordnetenzahl auf 630, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Inneres und Heimat (4. Ausschuss), ▶ **BT-Drs. 20/6015**, S. 11.

II. Die Zweitstimme als maßgebliche Determinante des Wahlergebnisses

Als maßgebliche Determinante des Wahlergebnisses bestimmt das neue Bundeswahlgesetz die Zweitstimme. Nach dem in § 1 Abs. 3 Satz 2 BWG n. F. legaldefinierten Konzept der Zweitstimmendeckung erhalten die in den Wahlkreisen erfolgreichen Bewerber nur noch dann einen Sitz im Deutschen Bundestag, wenn dieser von den auf ihre Partei entfallenden Zweitstimmen gedeckt ist. Im Unterschied zur bisher geltenden Rechtslage garantiert ein Wahlkreissieg damit kein Bundestagsmandat mehr. Vielmehr steht der Einzug in den Bundestag für Wahlkreisbewerber fortan unter der zusätzlichen Bedingung der Zweitstimmendeckung.³⁸ Nicht vom Parteienproporz gedeckte, gewonnene Wahlkreise führen in Zukunft nicht mehr zu Überhangmandaten, sondern werden gewissermaßen „gekappt“³⁹. Eine Kompensation durch Ausgleichsmandate wird überflüssig. Maßgeblich für die Verteilung der 630 Bundestagsmandate ist nach dem neuen Wahlrecht damit die aus den abgegebenen Zweitstimmen errechnete, den Landeslisten der Parteien zustehende Sitzzahl. Die Erststimme verliert ihre „mandatsrelevanten Wirkungen“⁴⁰. Ihr verbleibt die Funktion, zu bestimmen, an welche Personen die einer Partei zustehenden Sitze vorrangig vergeben werden.

Das Verfahren der Zweitstimmendeckung wird in § 6 Abs. 1 Satz 4 BWG n. F. legaldefiniert. Demnach werden sämtliche Wahlkreissieger einer Partei in jedem Bundesland nach fallendem Erststimmenanteil gereiht. Eben in dieser Reihenfolge werden die für die Landesliste einer Partei ermittelten Sitze dann an die Wahlkreissieger vergeben.

III. Wegfall der Grundmandatsklausel

In seiner Sitzung am 15. März 2023 beschloss der Innenausschuss des Deutschen Bundestages die Streichung der im ursprünglichen Gesetzentwurf der Ampelkoalition noch vorgesehenen Grundmandatsklausel.⁴¹ Nach dieser Regelung zieht eine Partei auch bei einem bundesweiten Zweitstimmenanteil von weniger als fünf Prozent in Fraktionsstärke in den Bundestag ein, wenn sie in mindestens drei Wahlkreisen die meisten Wahlkreisstimmen errungen hat. So zog DIE LINKE bei der Bundestagswahl 2021 trotz eines Zweitstimmenanteils von 4,9 Prozent in Fraktionsstärke (69 Abgeordnete) in das Parlament ein.

Die Streichung der Grundmandatsklausel begründete der Ausschuss wie folgt:

„In der Sachverständigenanhörung zum Gesetzentwurf wurde deutlich, dass die Fortgeltung der angepassten Grundmandatsklausel im System der Zweitstimmendeckung einen stärkeren Systembruch darstellt, als dies bisher der Fall war. Denn die Wahl in den Wahlkreisen dient der vorrangigen Besetzung der von den Parteien nach ihrem Zweitstimmenergebnis errungenen Sitze und nicht wie bisher der Personenwahl. Eine Ausnahme für Parteien, die im Wahlgebiet weniger als 5 Prozent der abgegebenen Zweitstimmen, aber in drei Wahlkreisen die meisten Erststimmen erhalten haben, mit der Folge, dass diese nach dem Verhältnis ihrer Zweitstimmen einzieht, ist im

³⁸ Eine Ausnahme vom Prinzip der Zweitstimmendeckung besteht nach §§ 1 Abs. 4, 6 Abs. 2 BWG nF. für nicht von einer Partei vorgeschlagene Bewerber.

³⁹ Ruttloff/Niemann/Misztl, NJOZ 2023, 512; Wischmeyer, JZ 2023, 105 (109).

⁴⁰ Wischmeyer, JZ 2023, 105 (106).

⁴¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Inneres und Heimat (4. Ausschuss), ▶ BT-Drs. 20/6015, S. 7.

System der Zweitstimmendeckung verfassungsrechtlich nur schwer zu rechtfertigen. Die Grundmandatsklausel soll deshalb im Gesetzentwurf entfallen.“⁴²

D. Das neue Wahlrecht aus verfassungspolitischer und -rechtlicher Perspektive

Die von den regierungstragenden Fraktionen nachgewiesene Bereitschaft und Fähigkeit zur Selbstreform ist in dieser Abhandlung bereits als wichtiges demokratiepolitisches Zeichen gewürdigt worden. Erwähnung finden muss allerdings auch die weniger erfreuliche Nachricht, dass die Reform ohne einen breiten parlamentarischen Konsens erfolgt ist.⁴³ Vor allem die Streichung der Grundmandatsklausel scheint dem Gebot politischer Fairness zuwiderzulaufen, stellt sie den künftigen Bundestageinzug der CSU und der LINKEN doch stark in Frage.⁴⁴ Ob und inwieweit dies der Nachhaltigkeit des neuen Wahlrechts abträglich ist, wird die Zukunft zeigen.⁴⁵

Aus rechtspolitischer Perspektive weist die Neuregelung naturgemäß Stärken und Schwächen auf. Für die Verfassungsmäßigkeit des neuen Wahlrechts dürfte derweil von großer Bedeutung sein, ob mit dem Konzept der Zweitstimmendeckung ein Systemwechsel hin zu einem reinen Verhältniswahlrecht vollzogen wurde oder ob der Erststimme trotz ihrer Schwächung weiterhin eine legitimatorische Bedeutung zukommt.

I. Stärken und Schwächen der Neuregelung aus rechtspolitischer Sicht

Die zentrale Errungenschaft der Reform ist die Begrenzung der Mitglieder des Bundestages auf eine Zahl von 630 Abgeordnete. Die Ampelkoalition setzt der stetigen Vergrößerung des Deutschen Bundestages damit ein Ende, beugt den befürchteten Funktionsstörungen in der parlamentarischen Ausschussarbeit vor und stellt auf diese Weise die Funktionsfähigkeit des Parlaments sicher.⁴⁶ Auch die Begrenzung der – sich zugegebenermaßen auf niedrigem Niveau bewegenden⁴⁷ – parlamentarischen Betriebskosten darf als Vorzug der Reform genannt werden. Denn bekanntermaßen misst die Öffentlichkeit den steigenden Kosten des parlamentarischen Betriebs eine über ihre rein fiskalische Dimension hinausgehende Bedeutung bei.⁴⁸

⁴² Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Inneres und Heimat (4. Ausschuss), ▶ BT-Drs. 20/6015, S. 12.

⁴³ Überzeugend und ausführlich zu diesem Kritikpunkt Haug/Pautsch, NJ 2023, 377 (381 f.). Ebenfalls kritisch Lang, ZRP 2023, 56 (58); Ruttloff/Niemann/Misztl, NJOZ 2023, 512; Wischmeyer, JZ 2023, 105 (106).

⁴⁴ D'Alfonso Masarié, Nation ist auch im Wahlrecht kein Muss, ▶ verfassungsblog.de vom 25.03.2023; Müller, Dünnes Eis für die 5%-Sperrklausel, ▶ verfassungsblog.de vom 06.04.2023; Rennert, Ein ernsthafter Fehler, ▶ verfassungsblog.de vom 17.03.2023. Von Achenbach/Meinell/Möllers, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Inneres und Heimat, Ausschuss-Drs. 20(4)171 H, S. 6 zufolge ist die Beibehaltung der Grundmandatsklausel „für die Glaubwürdigkeit des Entwurfs damit unabdingbar“.

⁴⁵ Ruttloff/Niemann/Misztl, NJOZ 2023, 512 (514) halten Änderungen des Wahlrechts mit einfacher Mehrheit „unter dem Blickwinkel der Frage der Kontinuität und der normativen Kraft des Rechtes“ für bedenklich.

⁴⁶ Nicht einheitlich beantwortet wird die Frage, ob und inwiefern Funktionsstörungen tatsächlich drohen beziehungsweise bereits eingetreten sind. Während eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Bundestages für Wischmeyer, JZ 2023, 105 (106) „auf der Hand“ liegt, kann aus der Sicht Langs, ZRP 2023, 56 (58) von einer Funktionsstörung „keine Rede sein“. Ruttloff/Niemann/Misztl, NJOZ 2023, 512 (514) sehen die Funktionsfähigkeit des Parlaments bislang ebenfalls als nicht bedroht an.

⁴⁷ Dies räumt der Gesetzentwurf der Ampelkoalition selbst ein, vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, ▶ BT-Drs. 20/5370, S. 1.

⁴⁸ Für Wischmeyer, JZ 2023, 105 (106), Fn. 13 kann der Aspekt schon deshalb „nicht als rein fiskalischer Belang abgetan werden“, weil er darüber hinaus „das Vertrauen in die Institution“ beeinträchtigt.

Um Überhangmandate zu verhindern und das zentrale Reformziel der Verkleinerung des Bundestages zu erreichen, wertet die Ampelkoalition die Erststimme massiv ab. Mit der bisher „aus dem Nebelmeer des Bundestagswahlrechts“⁴⁹ herausragenden Selbstverständlichkeit, wonach allen Wahlkreissiegern ein Bundestagsmandat sicher ist, wird gebrochen. Sogar die „Möglichkeit der Verweisung von Wahlkreisen“⁵⁰ nimmt die Neuregelung in Kauf. Einzelne Wahlkreise werden demnach künftig von keinem direkt gewählten Abgeordneten mehr vertreten sein. Kritiker sehen damit nicht nur „die ohnedies schon brüchige Unabhängigkeit der Bewerber gegenüber dem dominierenden Einfluss der Partei“⁵¹ in Gefahr, sondern befürchten auch das Fehlen einer „regionalen Repräsentanz“⁵². Mit der Abwertung der Erststimme verliere auch ihre personalisierende und regionalisierende Funktion an Bedeutung.⁵³

Diesen Einwänden tritt die Ampelkoalition in der Begründung des Gesetzentwurfs entgegen. Infolge des Verzichts auf Überhang- und Ausgleichsmandate nehme die Bedeutung der Wahlkreisabgeordneten in relativer Hinsicht sogar zu.⁵⁴ Das Konzept der Zweitstimmendeckung stelle darüber hinaus die bisher fehlende „normative Verbindung von Verhältniswahlrecht und Wahlkreisen“⁵⁵ her und führe „der Wahlkreisrepräsentation – und damit dem für das deutsche Parteiensystem so prägenden Prinzip der lokalen Kandidatenaufstellung – neue Legitimation zu.“⁵⁶

II. Verfassungsrechtliche Risiken der Wahlrechtsreform

Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Überlegungen ist der weite Handlungsspielraum, den das Grundgesetz dem Gesetzgeber hinsichtlich der Ausgestaltung des Wahlrechts einräumt. Die Entscheidung für ein bestimmtes Wahlsystem überlässt Art. 38 Abs. 3 GG ausdrücklich dem einfachen Recht.⁵⁷ Die Schaffung eines reinen Verhältnis- oder Mehrheitswahlrechts ist demnach ebenso möglich wie die Errichtung eines beide Elemente aufgreifenden Mischsystems.⁵⁸

1. Der Grundsatz der Wahlgleichheit

Seine Grenzen findet der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in den Wahlrechtsgrundsätzen des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG, zu denen unter anderem der Grundsatz der Gleichheit der Wahl zählt. Jede Stimme muss den gleichen Zählwert und die gleiche Erfolgchance haben.⁵⁹ Die konkreten Anforderungen, die der Grundsatz der Wahlgleichheit vorgibt, sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abhängig vom Wahlsystem:

„Dem Zweck der Mehrheitswahl entspricht es, daß nur die für den Mehrheitskandidaten abgegebenen Stimmen mit gleichem Zählwert zur Mandatzuteilung führen. Die auf den Minderheitskandidaten entfallenden Stimmen bleiben hingegen bei der Vergabe der Parlamentssitze unberücksichtigt. Die Wahlgleichheit fordert hier, daß

bei der Wahl von Abgeordneten in sogenannten Ein-Personen-Wahlkreisen (Personenwahl) alle Wähler auf der Grundlage möglichst gleichgroßer Wahlkreise, bemessen nach der Zahl der in ihnen zusammengefaßten deutschen Bevölkerung, und damit mit annähernd gleichem Stimmengewicht am Kreativevorgang teilnehmen können.

Hingegen bedeutet Wahlgleichheit bei der Verhältniswahl, daß jeder Wähler mit seiner Stimme den gleichen Einfluß auf die parteipolitische Zusammensetzung des Parlaments haben kann (vgl. BVerfGE 1, 208 (246f.); 16, 130 (139) = NJW 1963, 1600; st. Rspr.). Daraus ergeben sich Anforderungen einer spezifischen Erfolgswertgleichheit der Verhältniswahl für das Sitzzuteilungsverfahren nach der Stimmabgabe, in welchem die Zahlen der für die Listen abgegebenen Stimmen zueinander ins Verhältnis gesetzt und danach die in der Listenwahl zu vergebenden Sitze zugeteilt werden.“⁶⁰

Maßgeblich ist demnach, dass das vom Gesetzgeber bestimmte Wahlsystem eine folgerichtige und in sich schlüssige Ausgestaltung erfährt.⁶¹ Schafft der Gesetzgeber ein aus Elementen der Mehrheits- und der Verhältniswahl kombiniertes Wahlsystem, muss er darauf achten, dass „die Gleichheit der Wahl im jeweiligen Teilwahlsystem gewahrt wird, die Systeme sachgerecht zusammenwirken und Unmittelbarkeit und Freiheit der Wahl nicht gefährdet werden.“⁶²

2. Die Systemfrage als verfassungsrechtliche Weichenstellung

Als zentrale verfassungsrechtliche Weichenstellung entpuppt sich die Frage, ob mit dem eingeführten Prinzip der Zweitstimmendeckung ein Systemwechsel hin zu einer reinen Verhältniswahl einhergeht oder ob die Wahl in den Wahlkreisen weiterhin ein selbständiges Teilwahlsystem darstellt.⁶³

Qualifiziert man die Wahl im Wahlkreis nach wie vor als selbständiges Teilwahlsystem, spricht viel für die Verfassungswidrigkeit der Neuregelung.⁶⁴ Die Nichtzuteilung von Mandaten an Wahlkreissieger wäre in diesem Fall als rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung gegenüber den Fällen zu werten, in denen erfolgreiche Wahlkreisbewerber in den Bundestag einziehen. Die Gleichheit der Wahl wäre aufgrund einer nicht gegebenen Erfolgswertgleichheit der Erststimmen verletzt.⁶⁵ Die fehlende Zweitstimmendeckung rechtfertigt diese Ungleichbehandlung nicht, weil sie ein aus dem Verhältniswahlrecht stammendes, dem Mehrheitswahlsystem fremdes Kriterium darstellt und die Folgerichtigkeit der Mehrheitswahl in den Wahlkreisen damit aufheben würde.⁶⁶ Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass den Wahlkreissiegern im System der personalisierten Verhältniswahl eine eigene, von der Zweitstimmenverteilung unabhängige demokratische Legitimation zukommt.⁶⁷

49 Wischmeyer, JZ 2023, 105.

50 Grzeszick, NVwZ 2023, 286 (288).

51 Lang, ZRP 2023, 56 (58).

52 Ipsen, NVwZ 2023, 218 (219).

53 Zur Personalisierung und Regionalisierung der Wahl ausführlich Wischmeyer, JZ 2023, 105 (106 f.).

54 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, ▶ BT-Drs. 20/5370, S. 11.

55 Ibid. S. 10.

56 Ibid.

57 Haug/Pautsch, NJ 2023, 377 (379).

58 BVerfG NVwZ 2012, 1101 (1103); Haug/Pautsch, NJ 2023, 377 (379).

59 BVerfG NJW 1997, 1553 (1554).

60 BVerfG NJW 1997, 1553 (1554).

61 Grzeszick, NVwZ 2023, 286 (287); Ruttloff/Niemann/Misztl, NJOZ 2023, 512 (512 f.).

62 BVerfG NJW 1997, 1553 (1554).

63 Grzeszick, NVwZ 2023, 286 (287); Lang, ZRP 2023, 56 (57); Ruttloff/Niemann/Misztl, NJOZ 2023, 512 (512 f.). Für die Maßstabwahl nicht entscheidend ist „die Klassifikation des ‚Wahlsystems‘ als Mehrheits- oder Verhältniswahlsystem“ für Wischmeyer, JZ 2023, 105 (110).

64 Grzeszick, NVwZ 2023, 286 (289 f.); Lang, ZRP 2023, 56 (57); Ruttloff/Niemann/Misztl, NJOZ 2023, 512 (513).

65 So auch Grzeszick, NVwZ 2023, 286 (289 f.) Haug/Pautsch, NJ 2023, 377 (380) und Ruttloff/Niemann/Misztl, NJOZ 2023, 512 (513).

66 Haug/Pautsch, NJ 2023, 377 (380).

67 BVerfG NJW 1997, 1553 (1555). Anderer Ansicht ist Wischmeyer, JZ 2023, 105 (107 f.).

Verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet die Reform auch, wenn man sie als Systemwechsel hin zu einem reinen Verhältniswahlrecht interpretiert. Die vom Bundesverfassungsgericht für eine Mehrheitswahl entwickelten Maßstäbe der Wahlgleichheit fänden in diesem Fall zwar keine Anwendung. Doch müsste die Neuregelung den für die Verhältniswahl entwickelten Anforderungen genügen. Die Erfolgswertgleichheit der Stimmen bezogen auf die Wahl nach Listen müsste demnach gewährleistet sein.⁶⁸ Zwar dürfte die Nichtzuteilung von Mandaten an erfolgreiche Wahlkreisbewerber insoweit verfassungskonform sein.⁶⁹ Mit dem an der Verhältniswahl ausgerichteten Gleichheitsmaßstab bricht das Modell der Ampelkoalition allerdings in anderer, doppelter Hinsicht:⁷⁰ Zum einen werden die einer Partei nach der Liste zustehenden Mandate vorrangig an Wahlkreissieger vergeben. Zum anderen werden die Wahlkreissieger mit den höchsten Stimmenanteilen in der Überhangsituation bevorzugt. Diese zwar nicht auf die Zuteilung eines Mandats an eine bestimmte Partei, allerdings auf die Zuteilung eines Mandats an eine bestimmte Person abzielende Wirkung der Wahlkreiswahl führt zu einer Ungleichbehandlung der Listenbewerber. Die Wahl nach Landeslisten wird durch die Mehrheitswahl in den Wahlkreisen und damit durch ein systemfremdes Element in ihrer Folgerichtigkeit gestört. Das personenbezogene Einwirken der Wahlkreiswahl auf die Landeslisten stellt damit ebenfalls eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung dar.⁷¹

Zu klären bleibt die Frage, ob in der Wahlrechtsreform nun ein Systemwechsel hin zu einem reinen Verhältniswahlrecht zu sehen ist oder nicht. Für einen Systemwechsel spricht neben § 1 Abs. 2 Satz 1 BWG n. F. („Grundsätze der Verhältniswahl“), dass die Erststimme ihre mandatszuteilende Wirkung im System der Zweistimmendeckung verliert. Die Begründung des Gesetzesentwurfs formuliert zudem das „Ziel des Vorrangs der Verhältniswahl“⁷² und spricht von der Wahlkreisvertretung „innerhalb der Logik des Verhältniswahlrechts“⁷³. Ein weiteres Indiz für den beabsichtigten Systemwechsel stellt die Abschaffung der Grundmandatsklausel dar. Gegen einen Systemwechsel spricht der „legitimatorische Vorsprung“⁷⁴, der Wahlkreissiegern bei der Verteilung der von den Zweistimmen gedeckten Mandate und in der Überhangsituation zukommt. Es gibt also sowohl für als auch gegen einen Systemwechsel sprechende Gründe.⁷⁵

3. Die Funktionsfähigkeit des Parlaments als Rechtfertigungsgrund

Weil nach hier vertretener Auffassung unabhängig von der Systemfrage eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung gegeben ist, steht die Frage nach ihrer Rechtfertigung im Raum. Das zentrale Reformziel, die Begrenzung der Abgeordnetenzahl im Deutschen Bundestag, stellt für sich genommen keine verfassungsrechtliche Position dar. Die Funktionsfähigkeit des Parlaments dagegen ist als verfassungsrechtliches Gut anerkannt und damit prinzipiell in der Lage, eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.⁷⁶ Allerdings müsste der Gesetzgeber darlegen, dass

mit der Vergrößerung des Bundestages funktionale Störungen in der parlamentarischen Ausschussarbeit tatsächlich einhergehen oder andere Dysfunktionalitäten drohen. Die konkrete Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages aufgrund seiner steigenden Mitgliederzahlen wird jedenfalls von Teilen der Literatur bisher verneint.⁷⁷

4. Der Wegfall der Grundmandatsklausel als verfassungsrechtliches Problem

Auf verfassungsrechtliche Skepsis stößt auch der ersatzlose Wegfall der Grundmandatsklausel. Mit der vom Gesetzgeber beabsichtigten Umstellung auf ein reines Verhältniswahlrecht scheint die Grundmandatsklausel ihre Daseinsberechtigung als Ausnahme von der 5%-Sperrklausel auf den ersten Blick zu verlieren.⁷⁸ Bei genauerem Hinsehen ergeben sich allerdings verfassungsrechtliche Einwände in zweierlei Hinsicht.

Zum einen bestehen Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Folgerichtigkeit. Die Grundmandatsklausel dient in erster Linie nicht der Personenwahl, sondern soll als Ausnahme der 5%-Sperrklausel die Repräsentanz bedeutsamer, regional verwurzelter Parteien sicherstellen.⁷⁹ Sie dient damit der Integrationsfunktion der Wahl.⁸⁰ Das neue Wahlrecht erkennt dieses integrative, regionale Element an, indem es an der Erststimme festhält und weiterhin die Aufstellung von Landeslisten vorsieht.⁸¹ Gilt die Sperrklausel fortan ausnahmslos, läuft sie gerade diesem Gedanken der Regionalisierung stärker zuwider als bisher und wirft somit die Frage der Systemwidrigkeit auf.⁸²

Ein Modus, der politisch bedeutsame, allerdings nur regional in Erscheinung tretende Parteien bei der Bundestagswahl berücksichtigt, erscheint auch aus der Perspektive der Parteienfreiheit gemäß Art. 21 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG geboten.⁸³ Politischen Parteien steht es demnach frei, ihr Wirken auf bestimmte Regionen zu begrenzen. Örtlich begrenzt wirkende, politisch bedeutsame Parteien dürfen nicht mit Splitterparteien verwechselt werden. Die Sperrklausel soll die Funktionsfähigkeit des Parlaments sichern und zu diesem Zweck den Einzug von Splitterparteien in den Bundestag verhindern.⁸⁴ Die ausnahmslose Geltung der 5%-Sperrklausel gefährdet aber auch den Parlamentseinzug von Parteien, die örtlich begrenzt tätig sind, denen politisch aber sehr wohl eine Bedeutung zukommt.⁸⁵

E. Fazit

Mit der Wahlrechtsreform zur Verkleinerung des Bundestages setzt die Ampelkoalition ein Vorhaben in die Tat um, an dessen

68 Grzeszick, NVwZ 2023, 286 (291).

69 So auch Lang, ZRP 2023, 56 (57).

70 Grzeszick, NVwZ 2023, 286 (291).

71 Grzeszick, NVwZ 2023, 286 (292).

72 Gesetzesentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, ▶ BT-Drs. 20/5370, S. 10.

73 Ibid., S. 13.

74 Lang, ZRP 2023, 56 (57). Ähnlich Ruttloff/Niemann/Misztel, NJOZ 2023, 512 (513).

75 So auch Grzeszick, NVwZ 2023, 286 (290) und Lang, ZRP 2023, 56 (57 f.).

76 Grzeszick, NVwZ 2023, 286 (290); Haug/Pautsch, NJ 2023, 377 (381);

Ruttloff/Niemann/Misztel, NJOZ 2023, 512 (514).

77 Austermann, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Inneres und Heimat, Ausschuss-Drs. 20(4)171 C, S. 3; Grzeszick, NVwZ 2023, 286 (290); Lang, ZRP 2023, 56 (58); Ruttloff/Niemann/Misztel, NJOZ 2023, 512 (514).

78 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Inneres und Heimat (4. Ausschuss), ▶ BT-Drs. 20/6015, S. 12. So auch Schönberger, Ein Nachruf ohne Tränen: Das Ende der Grundmandatsklausel, [verfassungsblog.de vom 18.03.2023](https://verfassungsblog.de/vom/18.03.2023).

79 Von Achenbach/Meinel/Möllers, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Inneres und Heimat, Ausschuss-Drs. 20(4)171 H, S. 7; Rennert, Ein ernsthafter Fehler, [verfassungsblog.de vom 17.03.2023](https://verfassungsblog.de/vom/17.03.2023).

80 BVerfG NJW 1997, 1568 (1568 f.); Müller, Dünnes Eis für die 5%-Sperrklausel, [verfassungsblog.de vom 06.04.2023](https://verfassungsblog.de/vom/06.04.2023); Rennert, Ein ernsthafter Fehler, [verfassungsblog.de vom 17.03.2023](https://verfassungsblog.de/vom/17.03.2023).

81 Ibid.

82 Ibid.

83 D'Alfonso Masarié, Nation ist auch im Wahlrecht kein Muss, [verfassungsblog.de vom 25.03.2023](https://verfassungsblog.de/vom/25.03.2023); Müller, Dünnes Eis für die 5%-Sperrklausel, [verfassungsblog.de vom 06.04.2023](https://verfassungsblog.de/vom/06.04.2023).

84 D'Alfonso Masarié, Nation ist auch im Wahlrecht kein Muss, [verfassungsblog.de vom 25.03.2023](https://verfassungsblog.de/vom/25.03.2023).

85 Ibid.; Müller, Dünnes Eis für die 5%-Sperrklausel, [verfassungsblog.de vom 06.04.2023](https://verfassungsblog.de/vom/06.04.2023).

Gelingen nur noch wenige geglaubt haben. In verfassungspolitischer Hinsicht erntet die grundlegende Neuausrichtung unseres Wahlsystems Lob und Kritik. Verfassungsrechtlich gestaltet die Reform das Nebeneinander von Mehrheits- und Verhältniswahl mit dem Konzept der Zweistimmendeckung neu aus, indem sie eine normative Verbindung zwischen Erst- und Zweistimme herstellt. Mit Blick auf den Grundsatz der Wahlgleichheit und den vom Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang wiederholt betonten Aspekt der Folgerichtigkeit führt dies zu nicht unerheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Dies gilt in gleichem Maße für den ersatzlosen Wegfall der Grundmandatsklausel, der darüber hinaus unter dem Gesichtspunkt der Parteienfreiheit nach Art. 21 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG auf Einwände stößt. Die mit der Wahlrechtsreform verbundenen verfassungsrechtlichen Risiken sind jedenfalls nicht von der Hand zu weisen.

Mit Spannung erwartet werden darf, wie sich der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des neuen Wahlrechts äußert und welche Auswirkungen dies auf den Fortgang der Reformdebatte hat.

► Inhaltsverzeichnis



Andere sitzen noch im Büro, Sie stehen schon vor der Bühne.*

© iuratio / Adobe Stock / 91251401



Hohe Spezialisierung, direkte Mandatsarbeit, persönlicher Partnerkontakt und ein kollegiales Arbeitsumfeld gehören für uns ebenso zu Ihrem neuen Job in unserer Wirtschaftskanzlei wie die richtige Balance zwischen Arbeit und Privatleben. Wir suchen für unsere Teams in Stuttgart und Frankfurt am Main

Rechtsanwälte (m/w/d)

Referendare (m/w/d)

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d)

Bewerben Sie sich jetzt. Sie haben vorab Fragen?

Wir stehen Ihnen gerne persönlich zur Verfügung:

Sibylle Günther | +49 711 16445-307 | karriere@brp.de | www.brp.de/karriere



BRP Renaud und Partner mbB · Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater · Stuttgart Frankfurt · www.brp.de

*Mit unserem BRP-Kultur-Abo erhalten Sie freien Eintritt zu ausgewählten Kultur- und Konzertveranstaltungen.

Fallbearbeitung – Zivilrecht

MR Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)

„Eine besch... Lage“ Anfängerklausur



Michael Hippeli | Referatsleiter im Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr, Wohnen und ländlichen Raum. Der Beitrag gibt ausschließlich die eigenen Auffassungen des Autors wieder.

E-Mail-Kontakt: ▶ MichaelHippeli@mail.de

Sachverhalt

M ist wie andere 59 Personen auch Eigentümer einer Wohnung in einer aus vier Gebäudeblöcken bestehenden Wohnanlage im hessischen Bad Homburg. Die insgesamt 60 Personen bilden zusammen eine Wohnungseigentümergeinschaft. Einige der Eigentümer wohnen selbst in ihrer Wohnung, andere Eigentümer haben ihre Wohnung an Dritte vermietet.

Im von M seit 2019 auch selbst bewohnten Gebäudeblock mit 15 Wohnungen hat auch der 1950 geborene Rentner E eine Eigentumswohnung (Einzimmerwohnung mit 50 qm), die er nach der Scheidung von seiner damaligen Ehefrau vor Jahrzehnten bezogen hat. E hat offenbar keinerlei Verwandte mehr und steht seit einigen Jahren unter Betreuung. Das AG Bad Homburg – Betreuungsgericht – hat schon vor längerer Zeit Rechtsanwalt S zum Betreuer von E bestellt und ihm die Vermögens- und Personensorge überantwortet.

E lebte lange recht unauffällig und zurückgezogen. Ab dem Jahr 2021 fiel M und anderen Nachbarn allerdings auf, dass E ab und an seinen Müll vor dem Haus verteilte oder diesen ungetrennt etwa in die Grüne Tonne warf. Aus seiner Wohnung drangen nicht nur Tabakrauchschwaden in das Treppenhaus, sondern auch recht unangenehme Toilettengerüche. E lief zunehmend verwahrlost und ungepflegt umher. Seine Post öffnete er und warf den für ihn uninteressanten Teil ohne weiteres oben auf die Briefkästen. Im naheliegenden Supermarkt fing er an zu betteln, mehrfach rutschte ihm dort die Hose herunter (Unterwäsche trug er keine). Dort erhielt er daraufhin Hausverbot. Mehrfach drehte er zudem mitten in der Nacht die Musik auf höchste Lautstärke, so dass die Nachtruhe im Gebäudeblock nicht eingehalten wurde.

Nach zahlreichen Beschwerden von anderen Bewohnern des Gebäudeblocks bei der Hausverwaltung schaltete diese Rechtsanwalt R ein. Dieser sprach im Dezember 2021 gegenüber E namens der Wohnungseigentümergeinschaft eine Abmahnung aus und stellte diese Abmahnung E und S zu. Begründet wurde die Abmahnung mit dem Inhalt der Beschwerden, wodurch das Sondereigentum der anderen Wohnungseigentümer über das hinnehmbare Maß hinaus beeinträchtigt wurde. Dies sei binnen vier Wochen abzustellen.

Doch die Zustände besserten sich auch 2022 und 2023 nicht, ganz im Gegenteil. E wurde immer verwirrter. Nachbarn erkannte er nicht mehr und bettelte sie höchstens an. Täglich verließ er die Wohnung zweimal, um bei naheliegenden Geschäften etwa um Kaffee oder Brötchen zu betteln. Im zweiten Halbjahr 2023 ließ er dabei ständig über Stunden hinweg seine Wohnungstür offen, so dass sich im Treppenhaus ein fürchterlicher Fäkalge-

stank verbreitete. Bewohner des Gebäudeblocks betreten in Abwesenheit von E dessen offenstehende Wohnung, um die Ursachen des Gestanks herauszufinden und ggf. mit Lichtbildern zu dokumentieren. Dabei zeigten sich schier unfassbare Zustände. Nicht nur, dass die Wohnung komplett vermüllt war, vielmehr stapelten sich dort überall Kotablagerungen auf dem Boden. Im Bad waren sogar die Wände mit Kot verschmiert, die Sanitäranlagen waren ganz offensichtlich seit Jahren nicht mehr benutzt worden. E schläft auf einer faulenden Matratze voll von Kot und Urin. Lichtbilder wurden angefertigt und an die Hausverwaltung sowie R übersendet.

In der Folge wurde durch R im Januar 2024 eine weitere Abmahnung ausgesprochen und an E und S übersendet. In der Abmahnung wurde auf neuerliche und vertiefende Pflichtverletzungen durch E abgestellt. Wenn er die Wohnung bis Ende Februar 2024 nicht in einen hygienisch halbwegs einwandfreien Zustand bringe, werde man alles tun, um ihn noch in 2024 aus der Wohnungseigentümergeinschaft auszuschließen. Schließlich bedeute der dokumentierte Zustand der Wohnung (Vermüllung; Verschmutzung; abgeschlagene Brandmelder etc.) eine extreme Fremdgefährdung der Mitbewohner des Gebäudeblocks. Dabei sei der Ausbruch von Seuchen und die Entstehung von Ungezieferbefall ernsthaft zu befürchten. Dazu komme, dass die Wasserleitungen des Gebäudeblocks bereits jetzt einen Legionellenbefall zeigten, was wohl eindeutig von den nicht benutzten Wasserleitungen in der Wohnung von E herrühre.

Da sich das Verhalten von E jedoch nicht innerhalb der gesetzten Frist besserte, beschloss die Wohnungseigentümergeinschaft auf ihrer nächsten Versammlung am 02.05.2024 mit 32 Stimmen bei 27 Enthaltungen, E aus der Wohnungseigentümergeinschaft auszuschließen. Der für E anwesende S stimmte dabei nicht ab (wegen eines ihm bewussten Stimmverbots).

Wird die Wohnungseigentümergeinschaft mit ihrem Ausschlussbegehren Erfolg haben?

Auszug aus dem Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (WEG)

§ 9a Gemeinschaft der Wohnungseigentümer

(1) Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer entsteht mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher; dies gilt auch im Fall des § 8. Sie führt die Bezeichnung „Gemeinschaft der Wohnungseigentümer“ oder „Wohnungseigentümergeinschaft“ gefolgt von der bestimmten Angabe des gemeinschaftlichen Grundstücks. [...]

§ 10 Allgemeine Grundsätze

(1) Das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und

zur Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bestimmt sich nach den Vorschriften dieses Gesetzes und, soweit dieses Gesetz keine besonderen Bestimmungen enthält, nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gemeinschaft. Die Wohnungseigentümer können von den Vorschriften dieses Gesetzes abweichende Vereinbarungen treffen, soweit nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist. [...]

§ 11 Aufhebung der Gemeinschaft

(1) Kein Wohnungseigentümer kann die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Dies gilt auch für eine Aufhebung aus wichtigem Grund. Eine abweichende Vereinbarung ist nur für den Fall zulässig, dass das Gebäude ganz oder teilweise zerstört wird und eine Verpflichtung zum Wiederaufbau nicht besteht. [...]

§ 14 Pflichten des Wohnungseigentümers

(1) Jeder Wohnungseigentümer ist gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer verpflichtet,

1. die gesetzlichen Regelungen, Vereinbarungen und Beschlüsse einzuhalten und
2. das Betreten seines Sondereigentums und andere Einwirkungen auf dieses und das gemeinschaftliche Eigentum zu dulden, die den Vereinbarungen oder Beschlüssen entsprechen oder, wenn keine entsprechenden Vereinbarungen oder Beschlüsse bestehen, aus denen ihm über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus kein Nachteil erwächst.

(2) Jeder Wohnungseigentümer ist gegenüber den übrigen Wohnungseigentümern verpflichtet,

1. deren Sondereigentum nicht über das in Absatz 1 Nummer 2 bestimmte Maß hinaus zu beeinträchtigen und
2. Einwirkungen nach Maßgabe des Absatzes 1 Nummer 2 zu dulden [...]

§ 17 Entziehung des Wohnungseigentums

(1) Hat ein Wohnungseigentümer sich einer so schweren Verletzung der ihm gegenüber anderen Wohnungseigentümern oder der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer obliegenden Verpflichtungen schuldig gemacht, dass diesen die Fortsetzung der Gemeinschaft mit ihm nicht mehr zugemutet werden kann, so kann die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer von ihm die Veräußerung seines Wohnungseigentums verlangen.

(2) Die Voraussetzungen des Absatzes 1 liegen insbesondere vor, wenn der Wohnungseigentümer trotz Abmahnung wiederholt gröblich gegen die ihm nach § 14 Absatz 1 und 2 obliegenden Pflichten verstößt.

(3) Der in Absatz 1 bestimmte Anspruch kann durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.

(4) Das Urteil, durch das ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums verurteilt wird, berechtigt zur Zwangsvollstreckung entsprechend den Vorschriften des Ersten Abschnitts des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Das Gleiche gilt für Schuldtitel im Sinne des § 794 der Zivilprozessordnung, durch die sich der Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums verpflichtet.

§ 19 Regelung der Verwaltung und Benutzung durch Beschluss

(1) Soweit die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums und die Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums und des

Sondereigentums nicht durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer geregelt sind, beschließen die Wohnungseigentümer eine ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung. [...]

Gliederung

A) Das Entziehungsverlangen

- I. Anspruchsinhaber
- II. Anspruchsgegner
- III. Entziehungsgrund

1. Grober Pflichtverstoß iSd. § 17 Abs. 2 WEG
 - a) Pflichtverstoß
 - b) wiederholt
 - c) gröblich
2. Zwischenergebnis

- IV. Abmahnung
- V. Beschluss
- VI. Rechtsfolgen

B) Ergebnis

Gutachten

Hinweis:

Der Fall ist ein tragischer Originalfall, welcher die oftmals rein faktischen Schwierigkeiten im Verhältnis WEG-Recht/Betreuungsrecht aufzeigt. Auf dem ersten Blick ist die Thematik examensfremd. Allerdings ist Mietrecht in den allermeisten Bundesländern Pflichtstoff im Ersten Staatsexamen (vgl. etwa § 7 Nr. 2 b) JAG Hessen), wobei das WEG-Recht einen Annex zum Mietrecht darstellt. Letzteres wird etwa aus § 14c FAO deutlich. Die Kunst liegt vorliegend darin, das weitestgehend unbekannte WEG sauber zu subsumieren und gewissermaßen über die Schablone der wohl eher bekannten fristlosen Kündigung des Vermieters aus wichtigem Grund iSd. §§ 543, 569 BGB zu legen.

A) Das Entziehungsverlangen

Die Wohnungseigentümergeinschaft könnte dann den Ausschluss des E iSd. § 17 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. § 14 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 1 WEG aus der Wohnungseigentümergeinschaft in Form einer Entziehung seines Wohnungseigentums durchsetzen, sofern E das Sondereigentum der übrigen Wohnungseigentümer über das unvermeidbare und hinnehmbare Maß beeinträchtigt hat und auch die übrigen Voraussetzungen vorliegen.

I. Anspruchsinhaber

Fraglich ist zunächst, ob die Wohnungseigentümergeinschaft auch wirklich der Anspruchsinhaber des Anspruchs iSd. § 17 Abs. 1 und Abs. 2 WEG ist.

§ 17 Abs. 1 Satz 1 WEG spricht insoweit von der Gemeinschaft der Eigentümer, welche die Veräußerung des betroffenen Wohnungseigentums verlangen kann. § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG legt in diesem Zusammenhang fest, dass allgemein das WEG zur Regelung der Verhältnisse der Wohnungseigentümer untereinander anwendbar ist. Grundsätzlich ist eine Wohnungseigentümergeinschaft nach § 11 Abs. 1 Satz 1 WEG unteilbar, zumindest kann kein Wohnungseigentümer individuell die Aufhebung der Wohnungseigentümergeinschaft verlangen. § 17 Abs. 1 Satz 1 WEG stellt eine Ausnahme davon dar (Ausschluss eines Wohnungseigentümers als letztes Mittel)¹ und überantwortet ein solches Verlangen seit 2020 nunmehr eindeutig der Gemeinschaft der Eigentümer oder Wohnungseigentümergeinschaft², deren

Verhältnisse als Verband mit eigener Rechtspersönlichkeit in § 9a Abs. 1 WEG definiert sind.

Anspruchsinhaber ist somit die Wohnungseigentümergeinschaft der gesamten Wohnungsanlage.

II. Anspruchsgegner

E müsste auch tauglicher Anspruchsgegner sein. Anspruchsgegner kann nach § 17 Abs. 1 und Abs. 2 WEG nur derjenige sein, der sich einer Pflichtverletzung iSd. § 14 Abs. 1 und Abs. 2 WEG als Entziehungsgrund schuldig gemacht hat. Gerade dies steht bei E auch in Rede. Damit ist E tauglicher Anspruchsgegner.

III. Entziehungsgrund

Fraglich ist nun, ob hinsichtlich E auch ein tauglicher Entziehungsgrund iSd. § 17 Abs. 1 und Abs. 2 WEG vorliegt.

Ein Entziehungsgrund liegt nach § 17 Abs. 1 WEG dann vor, wenn sich ein Wohnungseigentümer einer so schweren Verletzung der ihm gegenüber anderen Wohnungseigentümern oder der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer obliegenden Verpflichtungen schuldig gemacht, dass diesen die Fortsetzung der Gemeinschaft mit ihm nicht mehr zugemutet werden kann. Nach § 17 Abs. 2 WEG liegen die Voraussetzungen des Abs. 1 insbesondere dann vor, wenn der Wohnungseigentümer trotz Abmahnung wiederholt gröblich gegen die ihm nach § 14 Abs. 1 und Abs. 2 WEG obliegenden Pflichten verstößt.

Der Struktur nach sind in § 17 Abs. 2 WEG spezielle Regelbeispiele für Entziehungsgründe („insbesondere“) angelegt. Sind diese nicht gegeben, kann immer noch auf die Generalklausel in § 17 Abs. 1 WEG zurückgegriffen werden.

1. Grober Pflichtverstoß iSd. § 17 Abs. 2 WEG

iSd. § 17 Abs. 2 WEG müsste E trotz erfolgter Abmahnung wiederholt gröblich gegen die ihm nach § 14 Abs. 1 und Abs. 2 WEG obliegenden Pflichten verstoßen haben.

a) Pflichtverstoß

Fraglich ist ferner, ob ein Pflichtverstoß des E iSd. § 14 Abs. 1 und Abs. 2 WEG ausgemacht werden kann.

Dabei geht es vorliegend insbesondere um die Beeinträchtigung des Sondereigentums der anderen Wohnungseigentümer über ein hinnehmbares Maß hinaus iSd. § 14 Abs. 2 Nr. 1 iVm. Abs. 1 Nr. 2 WEG. Hierunter fallen etwa wiederholte Sachbeschädigungen oder ständiges Lärmen und Beschmutzen der eigenen Wohnung (Messie-Fälle) oder der gesamten Anlage.³

Daran gemessen sind die für andere Wohnungseigentümer nicht hinnehmbaren Emissionen wie Gestank und Lärm als Folge des Verhaltens von E erheblich. Dazu kommt, dass das Verhalten von E auch erhebliche Gefahren für die Gesundheit und das Leben der Mitbewohner des Gebäudeblocks birgt (Legionellen, Infektionskrankheiten, Ungeziefer, Brandentstehung).

Insgesamt liegt damit jedenfalls ein Pflichtverstoß des E iSd. § 14 Abs. 1 und Abs. 2 WEG in Form eines Verstoßes gegen allgemeine Rücksichtnahmepflichten vor.

b) wiederholt

Der ausgemachte Pflichtverstoß des E müsste aber auch wiederholt vorgelegen haben.

¹ BGH NZM 2007, 290 (291); BGH NZM 2017, 37 (39); BGH NZM 2018, 1024 (1026); Hügel, in: Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 68. Ed. (01.11.2023), § 17 WEG Rn. 1.

² BT-Drs. 19/18791 v. 27.04.2020, S. 57.

³ Vgl. AG Reinbek DWE 1993, 127; Hügel, in: Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 68. Ed. (01.11.2023), § 17 WEG Rn. 6; Zschieschack, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2023), § 17 WEG Rn. 9.

Aus dem Wortlaut „wiederholt“ und dem Erfordernis einer Abmahnung in § 17 Abs. 2 WEG wird gefolgert, dass mindestens drei Verstöße erforderlich sind: Einer vor der Abmahnung und zwei („wiederholt“) danach.⁴

Vorliegend ist dies der Fall, auch das Tatbestandsmerkmal „wiederholt“ ist damit hinsichtlich des E erfüllt.

c) gröblich

E müsste ferner auch gröblich gegen die ihm nach § 14 Abs. 1 und Abs. 2 WEG obliegenden Pflichten verstoßen haben.

„Gröblich“ meint dabei grob fahrlässig⁵, was sich letztlich auch aus der Systematik des § 17 Abs. 2 WEG als Regelbeispiel im Verhältnis zu § 17 Abs. 1 WEG ergibt. In § 17 Abs. 1 WEG ist insoweit der Wortlaut „einer so schweren Verletzung ... schuldig gemacht“ angelegt, was ehemals auf Verschulden iSd. § 276 BGB hindeutet.

E hat seine Rücksichtnahmepflichten gegenüber den anderen Wohnungseigentümern mithin jahrelang verletzt und dabei auch in Ansehung seines geistigen Zustands grob fahrlässig, also gröblich, verletzt.

2. Zwischenergebnis

E hat bereits einen groben Pflichtverstoß iSd. § 17 Abs. 2 WEG verwirklicht, so dass es nicht mehr auf die Generalklausel in § 17 Abs. 1 WEG ankommt.

IV. Abmahnung

E müsste zudem vor einem etwaigen Entziehungsbeschluss wirksam abgemahnt worden sein. Dies ist schriftlich, aber auch mündlich möglich.⁶ Causa des Abmahnerfordernisses ist die einschneidende Wirkung der Entziehungsklage.⁷ Eine Abmahnung zielt darauf ab, dem Wohnungseigentümer ein bestimmtes, als Entziehungsgrund beanstandetes Fehlverhalten vor Augen zu führen, verbunden mit der Aufforderung, dieses Verhalten aufzugeben oder zu ändern.⁸ Hierfür muss die Abmahnung dem betroffenen Wohnungseigentümer gegenüber aber auch ausgesprochen und nicht nur intern beschlossen worden sein.⁹

E hat von R namens der Wohnungseigentümergeinschaft auch zwei Abmahnungen erhalten. Und zwar im Dezember 2021 und im Januar 2024. Beide Abmahnungen waren so abgefasst, dass das beanstandete Fehlverhalten im Detail deutlich wurde und dem E klar sein musste, dass er dieses Fehlverhalten innerhalb der genannten Fristen ändern soll.

Fraglich ist dabei aber, ob E auch der richtige Adressat der Abmahnungen war. Schließlich ist daran zu denken, dass E unter Betreuung steht und ganz offensichtlich nicht mehr in der Lage ist, normkonformes und sozialübliches Verhalten zu erkennen sowie sein Leben in einer Gemeinschaft daran ausrichten zu können. Jedoch bedeutet Betreuung – anders als früher die Entmündigung – aber nicht, dass der Betreute nicht mehr geschäftsfähig

ist. Auch begründet die Bestellung eines Betreuers kein Indiz für eine bestehende Geschäftsunfähigkeit iSd. § 104 Nr. 2 BGB wegen eines die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustands krankhafter Störung der Geistestätigkeit.¹⁰ Dass der Betreuer den Betreuten nach § 1823 BGB im Rahmen seines Aufgabenkreises vertreten kann, schließt beim heutigen Verständnis der Betreuung als „Hilfe zur Selbsthilfe“ zudem nicht aus, dass der Betreute im Rahmen fortbestehender Geschäftsfähigkeit auch Willenserklärungen Dritter selbst entgegennehmen kann. Anders gewendet besteht jedenfalls keine überlagernde Zuständigkeit des Betreuers, nur weil er auch den Betreuten vertreten kann.¹¹

Unabhängig davon hat R die beiden Abmahnungen namens der Wohnungseigentümergeinschaft sowohl dem E als auch seinem Betreuer S zustellen lassen, so dass die Abmahnungen gegenüber E jedenfalls auch wirksam ausgesprochen wurden.

V. Beschluss

Weiterhin müsste die Geltendmachung des Anspruchs auf Entziehung des Wohnungseigentums auch durch die Wohnungseigentümergeinschaft beschlossen worden sein.

Da das Verlangen nach § 17 WEG eine allgemeine Verwaltungshandlung iSd. § 19 Abs. 1 WEG ist, muss grundsätzlich ein Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft erfolgen, wobei eine einfache Mehrheit ausreichend ist.¹² Der störende Wohnungseigentümer ist nach § 25 Abs. 4 WEG von der Abstimmung ausgeschlossen.¹³

Vorliegend ergibt sich, dass 32 von 60 Wohnungseigentümern für den Ausschluss von E gestimmt haben und die Stimme von E nicht ausgeübt wurde.

Im Ergebnis ist daher der erforderliche Beschluss zustande gekommen.

Hinweis

Hier lag im Originalfall das rein faktische Problem. Von E direkt nachteilig betroffen waren schließlich nur 14 andere Wohnungseigentümer im betroffenen Gebäudeblock. 45 Wohnungseigentümern konnte die Situation dort weitestgehend egal sein. Insofern musste diesen im Vorfeld der Abstimmung klar gemacht werden, dass für sie durch E's Verbleib in der Wohnungseigentümergeinschaft zumindest auch fortwährend Zusatzkosten entstehen (Mehrtätigkeit der Hausverwaltung, Beauftragung des Rechtsanwalts, Bekämpfung der Legionellen). Eine Wohnungseigentümergeinschaft ist schließlich letztlich auch ein Haftungsverbund. Nur so konnte das erforderliche Mindestquorum von 30 Stimmen überhaupt erreicht werden.

VI. Rechtsfolgen

Folge ist zunächst, dass S für E im Rahmen der ihm überantworteten Vermögenssorge iSd. § 1838 Abs. 1 iVm. § 1821 BGB prüfen wird, ob das Entziehungsverfahren formell ordnungsgemäß durchlaufen wurde. Widrigenfalls wird S zwecks Überprüfung

4 OLG Düsseldorf ZMR 1991, 314; Hügel, in: Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 68. Ed. (01.11.2023), § 17 WEG Rn. 5; Hogenschurz, NZM 2005, 611 (613).

5 Hügel, in: Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 68. Ed. (01.11.2023), § 17 WEG Rn. 5; Sullmann, in: Bärmann, WEG, 15. Aufl. (2023), § 17 Rn. 8; Hügel/Elzer, in: Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. (2021), § 17 Rn. 14.

6 Zscheschack, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2023), § 17 WEG Rn. 27; Wicke, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. (2024), § 17 WEG Rn. 3.

7 Hügel, in: Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 68. Ed. (01.11.2023), § 17 WEG Rn. 7.

8 AG Essen BeckRS 2022, 4844; Hügel, in: Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 68. Ed. (01.11.2023), § 17 WEG Rn. 7.

9 Hügel, in: Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 68. Ed. (01.11.2023), § 17 WEG Rn. 7.

10 LAG Schleswig-Holstein NZA-RR 2018, 382 (384); Spickhoff, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2021), § 104 Rn. 48.

11 Müller-Engels, in: Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 68. Ed. (01.11.2023), § 1823 BGB Rn. 23.

12 BT-Drs. 19/18791, S. 57 [https://dserver.bundestag.de/btd/19/187/1918791.pdf#page=57]; Hügel, in: Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 68. Ed. (01.11.2023), § 17 WEG Rn. 8.

13 BGH NJW 1972, 1667 (1668); BayObLG NJW 1993, 603 (604); BGH NZM 2017, 734 (736).

der formellen Voraussetzungen der Beschlussfassung (insbesondere der Abmahnungen) namens E Anfechtungsklage erheben.¹⁴ Etwaige materielle Mängel des Entziehungsverlangens können dagegen nur in einer späteren Entziehungsklage überprüft werden.¹⁵

Ohne Erhebung einer Anfechtungsklage gegen den Entziehungsbeschluss der Wohnungseigentümergeinschaft besteht aus sich heraus die Verpflichtung des E, dem Entziehungsverlangen nachzukommen. Dies bedeutet die Verpflichtung, das Wohnungseigentum zu veräußern.¹⁶ Da E dies allein wohl nicht mehr bewerkstelligen kann, muss S insoweit im Rahmen seiner Vermögenssorge aushelfen. Zudem muss S, sofern der neue Eigentümer – wovon auszugehen ist – mit E keinen Mietvertrag mit ihm als Mieter mehr abschließt, in Abstimmung mit dem Betreuungsgericht für einen Aus- und Umzug des E nach Maßgabe von § 1833 BGB zu sorgen.

Kommt E allerdings dem Entziehungsverlangen freiwillig nicht nach, so muss nach § 17 Abs. 4 WEG im Wege der Entziehungsklage auf Veräußerung geklagt werden. Das Veräußerungsurteil kann dann nach dem ZVG vollstreckt werden.

B) Ergebnis

Die Wohnungseigentümergeinschaft wird ihr Entziehungsverlangen gegenüber E durchsetzen können.

► Inhaltsverzeichnis

¹⁴ Vgl. BGH NJW 2011, 3026 (3027).

¹⁵ Zscheschack, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2023), § 17 WEG Rn. 34.

¹⁶ Hügel, in: Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 68. Ed. (01.11.2023), § 17 WEG Rn. 1; Zscheschack, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2023), § 17 WEG Rn. 30.



Fallbearbeitung – Strafprozessrecht

Simon Pschorr

„Twitterjournalismus“

Anfängerklausur



Simon Pschorr | Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Konstanz und abgeordneter Praktiker an der Universität Konstanz im Strafrecht.

E-Mail-Kontakt: ▶ simon.pschorr@uni-konstanz.de

Autorenbeschreibung: Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Konstanz und abgeordneter Praktiker an der Universität Konstanz im Strafrecht.

Kontakt: simon.pschorr@uni-konstanz.de

Sachverhalt¹

Lili (L) ist auf Twitter aktiv. Dort postet sie unter dem Handle (Pseudonym) „Left-Lili“ Bilder von politisch links orientierten Demonstrationen und Versammlungen der rechten Szene. Als Selbstbeschreibung gibt sie an: „Freelance Fotojournalist|Proteste|extreme Rechte“. Sie weist mit ihren Twitter-Posts auf unterschiedliche Verhaltensweisen von Demonstranten, Polizeikräften und Zuschauern bei den Versammlungen hin. Darüber hinaus kommentiert sie ironisch und überspitzt Beiträge rechtsgerichteter Twitter-Nutzer und teilt Demonstrationsberichte anderer politisch links orientierter Autoren. In der Vergangenheit konnte sie besonders plakative Bilder an die Süddeutsche Zeitung oder die TAZ verkaufen. Ihren Lebensunterhalt bestreitet sie durch diese spärlichen Einnahmen, Unterstützung von Spendern aus dem Internet und Hilfe ihrer Familie.

Am Morgen des 06.06.2022 zieht ein Demonstrationzug der rechtsgerichteten „Keine-Maßnahmen“-Bewegung durch Konstanz. Neben Lili, die Bilder der Versammlung macht, sind auch einige linke Gegendemonstranten vor Ort, die sich der Versammlung in den Weg stellen. Lili selbst nimmt an dieser Aktion nicht teil, sondern fotografiert die Gegendemonstranten und die Reaktion der Versammlungsteilnehmer. Die eingesetzten Polizeikräfte, die Lili, aber keinen der Gegendemonstranten erkannt haben, dokumentieren das Geschehen zutreffend und legen ihre Erkenntnisse um 14:00 Uhr desselben Tages der Staatsanwaltschaft Konstanz vor. Staatsanwalt Sterz (S) erkennt zutreffend einen Anfangsverdacht des Landfriedensbruchs (§ 125 Abs. 1 StGB) gegen die Gegendemonstranten, erkennt aber auch, dass Lili nicht zu der Gruppe gehörte. Er geht jedoch davon aus, dass auf der Speicherkarte ihrer Digitalkamera und ihrem Laptop Lichtbilder der Gegendemonstranten zu finden sein werden. Weil er fürchtet, Lili könnte die Bilder auf einen digitalen Speicher hochladen und von der Speicherkarte und ihrem Laptop löschen, ordnet er die umgehende Durchsuchung von Lilis Wohnung nach Fotos der Demonstration vom 06.06.2022 und ihrer genau bezeichneten Digitalkamera und Laptop an.

Ist diese Anordnung rechtmäßig?

Am Amtsgericht Konstanz ist ein rund um die Uhr telefonisch erreichbarer Bereitschaftsrichterdienst eingerichtet. Die Frage ist nötigenfalls hilfgutachterlich zu erörtern.

Bei der Durchsuchung von Lilis Wohnung können ihr Laptop und die Digitalkamera aufgefunden und beschlagnahmt werden. Eine Auswertung des Laptops und der Speicherkarte der Digitalkamera liefert die von Lili angefertigten Fotos der Demonstration. Auf den Fotos ist das der Polizei und der Staatsanwaltschaft bekannte Gesicht von Alex (A), einem der Gegendemonstranten, zu erkennen. Staatsanwalt Sterz lädt Alex zu einer Beschuldigtenvernehmung, belehrt ihn ordnungsgemäß über seine Rechte und befragt ihn sodann über seine Teilnahme an der Gegendemonstration. Alex streitet zunächst alles ab. Staatsanwalt Sterz legt ihm sodann Lilis Fotos vor. Alex gesteht daraufhin die Tat. In der Hauptverhandlung schweigt Alex. Sein Verteidiger Varkonnen (V) widerspricht der Verwertung der Fotos sowie der Aussage von Staatsanwalt Sterz über das Geständnis des A in dessen Beschuldigtenvernehmung, weil sein Mandant offensichtlich nur gestanden habe, nachdem er mit dem Foto konfrontiert wurde.

Zu Recht?

Gehen Sie davon aus, dass Lili Beweismittel nicht freiwillig aushändigte. Die Frage ist nötigenfalls hilfgutachterlich zu erörtern.

¹ Die Klausur wurde als Semesterabschlussklausur der StPO-Vorlesung im Sommersemester 2022 an der Universität Konstanz gestellt. Dort erreichten die Bearbeitungen einen Durchschnitt von 5,39 Punkten bei einer Durchfallquote von 21%.

Gliederung

Frage 1: Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsanordnung

- A) Geeignete Ermächtigungsgrundlage
 B) Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung
- I. Zuständigkeit § 105 StPO
1. Richterliche Anordnung
 2. Gefahr im Verzug
 - a) Maßstab der Prüfung
 - b) Subsumption
 - c) Ausschluss analog § 98 Abs. 1 S. 2 StPO
 - d) Zwischenergebnis
- II. Verfahren und Form
 III. Zwischenergebnis
- C) Materielle Rechtmäßigkeit
- I. Tatbestandsvoraussetzungen
 II. Verhältnismäßigkeit
1. Suche nach der Digitalkamera
 2. Suche nur nach beschlagnahmefreien Gegenständen
 - a) Personenkreis des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO
 - aa) Einschlägiges meinungsbildendes Medium
 - bb) Redaktionell aufbereitet
 - cc) Berufsmäßig
 - b) Verkörperung eines selbst erarbeiteten Inhalts iSd. § 97 Abs. 5 S. 1 StPO
 - c) Gewahrsam
 - d) Ausschluss gem. §§ 53 Abs. 2 S. 3, 97 Abs. 5 S. 2, Abs. 2 S. 2 StPO
 3. Zwischenergebnis
- III. Ergebnis Frage 1
- Frage 2: Verwertbarkeit der Fotos und der Aussage des S**
- A) Verwertbarkeit der Fotos
- I. Verstoß gegen § 105 Abs. 1 S. 1 StPO (und § 98 Abs. 1 S. 1 StPO)
 - II. Verstoß gegen §§ 94 Abs. 2, 98, 97 Abs. 5 S. 1 StPO
- B) Verwertbarkeit der Aussage des S
- I. Grundsätze zur Fernwirkung
 - II. Anwendung auf den hiesigen Fall
- C) Ergebnis Frage 2

Gutachten

Hinweis

Sachverhalt und Lösung sind an LG Würzburg BeckRS 2022, 10923 und OLG Koblenz BeckRS 2022, 11001 angelehnt.

Frage 1: Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsanordnung

Fraglich ist, ob die Durchsuchungsanordnung des S vom 06.06.2022 rechtmäßig war. Dies ist der Fall, wenn eine geeignete Ermächtigungsgrundlage vorliegt, deren formelle und materielle Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind, und die Durchsuchung verhältnismäßig ist.

A) Geeignete Ermächtigungsgrundlage

Zunächst ist die richtige Ermächtigungsgrundlage zu bestimmen. Gegenstand der hiesigen Anordnung ist die Durchsuchung der Wohnung der L. Eine Wohnungsdurchsuchung wird gem. §§ 102 f. StPO angeordnet. Dabei ist § 102 StPO Ermächtigungsgrundlage zur Durchsuchung der Wohnung von Verdächtigen, während § 103 StPO zur Durchsuchung von Wohnungen Dritter heranzuziehen ist. § 103 Abs. 1 S. 1 StPO erlaubt hierbei die Wohnungsdurchsuchung bei anderen Personen zum Zwecke des Auffindens von Spuren bzw. der Beschlagnahme von Gegenständen.

L gehört dem Sachverhalt nach nicht zur Gruppe der Gegendemonstranten, gegen die ein Anfangsverdacht wegen Landfriedensbruchs besteht. (Nur) gegen die Gegendemonstranten besteht ein Anfangsverdacht – L ist also keine Verdächtige iSd. § 102 StPO. Mithin ist vorliegend zutreffende Ermächtigungsgrundlage § 103 StPO.

B) Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung

Die Anordnung müsste formell rechtmäßig erfolgt sein. Hierzu müssten die Anforderungen an Zuständigkeit, Verfahren und Form eingehalten worden sein.

I. Zuständigkeit § 105 StPO

1. Richterliche Anordnung

Gem. § 105 Abs. 1 S. 1 aA. StPO ist die Durchsuchung von Wohnungen Dritter gem. § 103 StPO durch den Richter anzuordnen.² Zuständig ist im Ermittlungsverfahren der Ermittlungsrichter am Amtsgericht gem. § 162 StPO.³

2. Gefahr im Verzug

Die hiesige Durchsuchung wurde jedoch nicht von einer Richterin, sondern von Staatsanwalt S angeordnet. Dies ist gem. § 105 Abs. 1 S. 1 aE. StPO nur dann möglich, wenn Gefahr im Verzug vorlag.

a) Maßstab der Prüfung

Wegen des Ausnahmecharakters der nichtrichterlichen Anordnung⁴ und der grundrechtssichernden Schutzfunktion des Richtervorbehalts ist der Begriff Gefahr im Verzug eng auszulegen, denn die Inanspruchnahme der Eilkompetenz bewirkt eine erhebliche Minderung des Schutzes aus Art. 13 Abs. 1 GG.⁵ Schon Wortlaut und Systematik des Art. 13 Abs. 2 GG belegen, dass die

² § 105 Abs. 1 S. 2 StPO findet keine Anwendung, nachdem kein Fall des § 103 Abs. 1 S. 2 StPO vorliegt.

³ *Hegmann*, in: Graf, BeckOK-StPO, 51. Ed. (01.04.2024), § 105 Rn. 4; *Hauschild*, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MüKo-StPO, 2. Aufl. (2024), § 105 Rn. 6; *Tsambikakis*, in: Löwe-Rosenberg, Bd. 4, 27. Aufl. (2019), § 105 Rn. 27.

⁴ BVerfG NSTZ 2001, 382; NJW 2005, 1637, 1638; NJW 2015, 2787 (Rn. 69); OLG Düsseldorf NSTZ 2017, 177.

⁵ BVerfG NSTZ 2001, 382; NJW 2019, 1428 (Rn. 55); *Hauschild*, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MüKo-StPO, 2. Aufl. (2024), § 105 Rn. 8.

richterliche Durchsuchungsanordnung die Regel und die nicht-richterliche die Ausnahme sein soll.⁶ Auch der Entstehungsgeschichte des Art. 13 GG lässt sich entnehmen, dass es den Müttern und Vätern des Grundgesetzes darum ging, die Regelzuständigkeit des Richters verfassungsrechtlich abzusichern. Im Gegensatz zu den offeneren Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung, die Ausnahmen von der Unverletzlichkeit der Wohnung auf Grund von Gesetzen zuließ (Art. 115 WRV), und des Entwurfs des Herrenchiemseer Verfassungskonvents, nach dem Durchsuchungen in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen und Formen zulässig waren (Art. 5), überließ der Parlamentarische Rat die Regelung der Anordnungszuständigkeit für Durchsuchungen nicht dem Gesetzgeber, sondern nahm den Richtervorbehalt wie auch die „Gefahr im Verzug“ als Voraussetzung einer nicht-richterlichen Anordnung in die Verfassung auf.⁷

Freilich darf bei der Bestimmung von „Gefahr im Verzug“ der Zweck der von der Verfassung vorgesehenen Eilkompetenz nicht außer Betracht bleiben. Diese Kompetenz eröffnet den nicht-richterlichen Organen die Möglichkeit eines Eingriffs, wenn Beweismittel ansonsten gefährdet wären. Gefahr im Verzug ist also immer dann anzunehmen, wenn die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde.⁸ Ein Beweismittelverlust soll vermieden werden.⁹ Gefahr im Verzug muss mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen sind. Die bloße Möglichkeit eines Beweismittelverlusts genügt nicht.¹⁰ Die Strafverfolgungsbehörden müssen regelmäßig versuchen, eine Anordnung des instanzial und funktionell zuständigen Richters zu erlangen, bevor sie eine Durchsuchung beginnen.¹¹ Nur in Ausnahmesituationen, wenn schon die zeitliche Verzögerung wegen eines solchen Versuchs den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde, dürfen sie selbst die Anordnung wegen Gefahr im Verzug treffen, ohne sich zuvor um eine richterliche Entscheidung bemüht zu haben.¹² Für die Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung rechtzeitig herbeiführen können, kommt es deshalb auf den Zeitpunkt an, zu dem die StA oder ihre Hilfsbeamten eine Durchsuchung für erforderlich hielten.¹³

Die Annahme von Gefahr im Verzug kann nicht allein mit dem abstrakten Hinweis begründet werden, eine richterliche Entscheidung sei gewöhnlicherweise zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb einer bestimmten Zeitspanne nicht zu erlangen.¹⁴

6 BVerfG NJW 2019, 1428 (Rn. 55); BGH NStZ 2020, 621 (Rn. 8); Bruns, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 105 Rn. 1; Tsambikakis, in: Löwe-Rosenberg, Bd. 4, 27. Aufl. (2019), § 105 Rn. 83; aA. Hartmann, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. (2022), § 105 StPO Rn. 2.

7 BVerfG NStZ 2001, 382, 383.

8 BVerfG NStZ 2001, 382 (384); BVerfG NJW 2015, 2787 (Rn. 69); NJW 2019, 1428, (Rn. 55); BGH NStZ 2007, 601 (Rn. 7); BGH NStZ 2020, 621 (Rn. 8); OLG Koblenz NStZ-RR 2021, 144 (145).

9 BVerfG NStZ 2001, 382 (384); BVerfG NJW 2015, 2787 (Rn. 68); BGH NStZ 2020, 621 (Rn. 8); OLG Koblenz NStZ-RR 2021, 144 (145); Tsambikakis, in: Löwe-Rosenberg, Bd. 4, 27. Aufl. (2019), § 105 Rn. 83.

10 BVerfG NStZ 2001, 382 (384).

11 BVerfG NJW 2019, 1428, (Rn. 56); BVerfG NJW 2005, 1637 (1638); BGH NStZ 2007, 601 (Rn. 7); NStZ 2020, 621 (Rn. 8); OLG Düsseldorf NStZ 2017, 177; Hauschild, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MüKo-StPO, 2. Aufl. (2024), § 105 Rn. 9; Tsambikakis, in: Löwe-Rosenberg, Bd. 4, 27. Aufl. (2019), § 105 Rn. 86; Schlothauer in: Müller/Schlothauer/Knauer, Münchner Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. (2022), § 3 Rn. 109.

12 BVerfG NJW 2019, 1428, (Rn. 56); BGH NStZ 2020, 621, (Rn. 8); Hauschild, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MüKo-StPO, 2. Aufl. (2024), § 105 Rn. 9.

13 BGH NStZ 2020, 621 (Rn. 8).

14 BVerfG NJW 2015, 2787, (Rn. 70); OLG Düsseldorf NStZ 2017, 177; Tsambikakis, in: Löwe-Rosenberg, Bd. 4, 27. Aufl. (2019), § 105 Rn. 86; Hussels, Strafprozessrecht, 4. Aufl. (2020), S. 90.

Damit korrespondiert die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Eil- oder Notdienstes, zu sichern.¹⁵ Gefahr im Verzug liegt mithin nur vor, wenn ein richterlicher Bereitschaftsdienst zur Zeit des Einschreitens im Einklang mit Art. 13 Abs. 2 GG nicht eingerichtet wurde¹⁶ und ein Zuwarten bis zur Erreichbarkeit eines Richters nicht möglich ist.¹⁷ Die Beurteilung, ob Gefahr im Verzug vorliegt, ist voll überprüfbar – den Behörden kommt kein Ermessen zu.¹⁸

Hinweis

Ausführungen der Studierenden in dieser Tiefe sind nicht zu erwarten. Die Rahmenbedingungen der Gefahr im Verzug müssen bekannt sein.

b) Subsumption

Auf Basis dieser Maßgaben ist fraglich, ob Gefahr im Verzug im vorliegenden Fall vorlag. Hierzu müssten sich Anhaltspunkte für einen drohenden Beweisverlust finden. S befürchtet, L könnte Fotos von der Speicherkarte ihrer Digitalkamera und ihrem Laptop auf einen Online-Speicher hochladen und sodann von ihren eigenen Speichermedien löschen.

Fraglich ist, ob hierdurch ein Beweisverlust droht. Dies ist angesichts des § 110 Abs. 3 S. 2 StPO zu verneinen. Nach dieser Vorschrift können nicht nur physisch vor Ort vorhandene Speichermedien auf Beweismittel gesichtet werden, sondern auch auf einem anderen als dem Durchsuchungsort aufzufindenden Datenspeichern nach beweiserheblichem Material gesucht werden, soweit auf sie von dem elektronischen Speichermedium aus zugegriffen werden kann, wenn andernfalls der Verlust der gesuchten Daten zu befürchten ist. Wenn L mit ihrem Laptop Fotos auf die fraglichen Online-Speicher hochladen kann, dann kann sie darauf auch mittels ihres Laptops zugreifen. Dementsprechend können die Ermittlungsbehörden diese auch gem. § 110 Abs. 3 S. 2 StPO sichten. Wenn die Daten nicht mehr auf Festplatten der L aufzufinden sind, dann ist auch ein Verlust der gesuchten Daten iSd. § 110 Abs. 3 S. 2 StPO¹⁹ zu befürchten. Zwar ist zuzugestehen, dass die Durchsicht gem. § 110 Abs. 3 S. 2 StPO mehr Zeit in Anspruch nimmt als eine Auswertung physischer Datenträger gem. § 110 Abs. 3 S. 1 StPO, jedoch wird schon aus § 104 Abs. 1 Nr. 3 StPO im Verhältnis zu § 104 Abs. 1 n. 2 StPO ersichtlich, dass Auswertungserschwernis nicht mit Beweisverlust gleichzusetzen ist.²⁰ Wegen der Durchsichtsmöglichkeit nach § 110 Abs. 3 S. 2 StPO kann L die hier relevanten Bilddateien also dem Zugriff der Behörden nicht entziehen. Dementsprechend lag schon kein Risiko eines Beweisverlusts vor.

Korrekturanmerkung: Zwar ist die Kenntnis von § 110 Abs. 3 S. 2 StPO zu erwarten – allerdings ist in einer Anfängervorlesung das für die hiesige Argumentation nötige Systemverständnis noch nicht zwingend gegeben. Eine Argumentation mit § 110 Abs. 3 S. 2 StPO ist deshalb besonders zu honorieren; die Gedanken lassen sich auch ohne die Vorschrift herleiten.

Darüber hinaus lag ersichtlich kein Risiko eines Beweisverlusts gerade während eines Richterkontakts vor. Nach dem Bearbei-

15 BVerfG NStZ 2001, 382 (384); BVerfG NJW 2019, 1428 (Rn. 54).

16 OLG Köln, Beschl. v. 15.01.2020 - Az.: 83 Ss 100/09, Rn. 15; Tsambikakis, in: Löwe-Rosenberg, Bd. 4, 27. Aufl. (2019), § 105 Rn. 96.

17 BVerfG NJW 2019, 1428 (Rn. 56).

18 BVerfG NStZ 2001, 382 (384 f.); BVerfG NJW 2015, 2787 (Rn. 74); Tsambikakis, in: Löwe-Rosenberg, Bd. 4, 27. Aufl. (2019), § 105 Rn. 107.

19 Hierzu näher Brodowski/Eisenmenger, ZD 2014, 119 (120 f.).

20 Vgl. hierzu auch Moldenhauer/Momsen, NJW 2022, 882 (887).

tungsvermerk ist ein rund um die Uhr telefonisch erreichbarer Bereitschaftsrichterdienst eingerichtet. Ein telefonischer Kontaktversuch hätte die Durchführung der Durchsuchung nicht derart verzögert, dass ein Beweisverlust zu erwarten gewesen wäre – sogar wenn man annähme, dass durch den Upload ein solcher drohte.

c) Ausschluss analog § 98 Abs. 1 S. 2 StPO

Schließlich könnte eine Durchsuchung aufgrund von Gefahr im Verzug entsprechend § 98 Abs. 1 S. 2 StPO ausgeschlossen sein. Durchsuchungen einer Redaktion, eines Verlages, einer Druckerei oder einer Rundfunkanstalt nach Gegenständen, die nur nach § 97 Abs. 5 S. 2, Abs. 2 S. 2 StPO beschlagnahmt werden dürfen, erfordern stets eine richterliche Anordnung.²¹ § 98 Abs. 1 S. 2 StPO ist auf diese Fälle analog anzuwenden.²² Die Räume der L sind ersichtlich keine Verlags-, Drucker- oder Rundfunkräume. Allerdings könnten die Räume der L als Redaktionsräume betrachtet werden – schließlich ist sie freischaffend als Journalistin tätig. Sie hat mithin eigene Arbeitsräume.

Redaktionsräume iSd. § 97 Abs. 5 S. 1 StPO und des § 98 Abs. 1 S. 2 StPO sind derjenige räumlich-gegenständlich begrenzte und organisatorisch zusammengefasste Bereich, in dem Redakteure (im presserechtlichen Sinne) mit ihren Hilfskräften im Rahmen eines Unternehmens zur Herstellung eines periodisch erscheinenden Druckwerks den Inhalt von Pressepublikationen mit eigener Entscheidungsbefugnis über Beschaffung und Gestaltung des zu publizierenden Stoffes redigieren oder mitredigieren.²³

Das eigene, von der Redaktion räumlich und sachlich getrennte Büro eines freien Mitarbeiters (bzw. freien Autors), der einer Zeitung durch einzelne Beiträge zuarbeitet, ist kein Redaktionsraum iSd. §§ 97 Abs. 5 S. 1, 98 Abs. 1 S. 2 StPO.²⁴ Es ist, was die Frage der Anordnungszuständigkeit für Durchsuchungen angeht, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs²⁵ den Redaktionsräumen auch nicht sachlich gleichzustellen:

„Eine solche Gleichstellung kommt nur für den selbständigen Betrieb einer Presseagentur im Sinne eines Presseunternehmens in Betracht. Als Grund für die in § 98 Abs. 1 S. 2 StPO festgelegte Ausnahme von der sogar für schwerwiegendere strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen wie vorläufige Festnahme und Telefonüberwachung geltende Notfallkompetenz der Staatsanwaltschaft ist im Gesetzgebungsverfahren zum Gesetz über das Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen von Presse und Rundfunk vom 25.07.1975 im Wesentlichen die erhöhte Störanfälligkeit eines Pressebetriebs genannt und die „besondere Empfindlichkeit der Fragen“ erwogen worden. Vergleichbar empfindliche Störungen, wie sie mit Beschlagnahmen und Durchsuchungen in Zeitungs- und Zeitschriftenredaktionen oder in Verlagen, Druckereien und Rundfunkanstalten verbunden sein können, sind jedoch bei der Durchsuchung im eigenen Büro eines freien journalistischen Mitarbeiters in der Regel nicht zu befürchten. Das ist ein sachlicher Grund, der die unterschiedliche Beurteilung in der Frage der Notfallkompetenz hinsichtlich

der Beschlagnahme- und Durchsuchungsmaßnahmen in den Räumen einer Redaktion, eines Verlages, einer Druckerei oder einer Rundfunkanstalt einerseits und in dem eigenen Büro eines freien journalistischen Mitarbeiters andererseits rechtfertigt. Darauf, dass diese unterschiedliche Beurteilung vom Gesetzgeber gewollt ist, lässt auch ein Vergleich der Formulierungen in § 97 Abs. 5 S. 1 StPO und § 98 Abs. 1 S. 2 StPO schließen: Während bei der Umschreibung des Beschlagnahmeschutzes in § 97 Abs. 5 S. 1 StPO Sachen im Gewahrsam der in § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO genannten Personen (insbesondere der Journalisten) neben denen im Gewahrsam der Redaktion, des Verlages, der Druckerei oder der Rundfunkanstalt ausdrücklich genannt werden, fehlt eine solche Erwähnung der Beschlagnahme bei der zeugnisverweigerungsberechtigten Person in § 98 Abs. 1 S. 2 StPO (der Festlegung des Richtervorbehalts).“²⁶

Somit ist § 98 Abs. 1 S. 2 StPO nicht analog anzuwenden.

Hinweis

Ausführungen zu diesem Problem sind nicht zu erwarten.

d) Zwischenergebnis

Es lag ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt vor; die Durchsuchung war mithin schon formal nicht rechtmäßig.

II. Verfahren und Form

Eine Durchsuchungsanordnung kann formlos ergehen.²⁷ Allerdings sind der Tatzeitraum, die zu suchenden Beweismittel und die einzelnen Taten hinreichend konkretisiert zu bezeichnen.²⁸ Es genügt, die Beweismittel der Gattung nach zu bezeichnen.²⁹ Dies ergibt sich iÜ. aus § 103 Abs. 1 S. 1 StPO. Mündliche Anordnungen müssen dokumentiert werden.³⁰ Anhaltspunkte hiergegen finden sich im Sachverhalt nicht – im Gegenteil benennt S die aufzufindenden Gegenstände so gut wie eben möglich. Dass die Dokumentationspflicht nicht gewahrt ist, ist nicht ersichtlich.

III. Zwischenergebnis

Die Wohnungsdurchsuchung war bereits formell rechtswidrig.

C) Materielle Rechtmäßigkeit

Fraglich ist weiterhin, ob die Wohnungsdurchsuchung materiell rechtmäßig war. Dies ist der Fall, wenn die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage eingehalten wurden und die Verhältnismäßigkeit gewahrt wurde.

I. Tatbestandsvoraussetzungen

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 103 Abs. 1 S. 1 StPO müssten vorliegen.

Ein Anfangsverdacht hinsichtlich einer Straftat liegt laut Sachverhalt vor. Gem. § 103 Abs. 1 S. 1 StPO ist die Durchsuchung bei nicht verdächtigen Personen nur dann zulässig, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass sich die gesuchte Person, Spur oder Sache in den zu durchsuchenden Räumen befindet.³¹ Gesucht wird vorliegend nach Fotos der Demonstration,

21 Bruns, in: KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 105 Rn. 1; Hauschild, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MüKo-StPO, 2. Aufl. (2024), § 105 Rn. 7; Walther, JA 2010, 32 (34).

22 BGH NJW 1999, 2051 (2053); Hauschild, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MüKo-StPO, 2. Aufl. (2024), § 105 Rn. 7.

23 BGH NJW 1999, 2051 (2053).

24 Ibid.

25 Ibid.

26 Ibid.

27 Hegmann, in: Graf, BeckOK-StPO, 51. Ed. (01.04.2024), § 105 Rn. 11.

28 BVerfG BeckRS 2020, 20135.

29 Hegmann, in: Graf, BeckOK-StPO, 51. Ed. (01.04.2024), § 103 Rn. 8.

30 BVerfG NJW 2015, 2787 (Rn. 72); LG Lüneburg BeckRS 2016, 9414.

31 Hussels, Strafprozessrecht, 4. Aufl. (2020), S. 90.

der Digitalkamera der L und ihrem Laptop. Die letztgenannten Gegenstände befinden sich regelmäßig im Gewahrsam des Eigentümers und genauso regelmäßig in seinen Wohnräumlichkeiten. Dass mit dem Auffinden von Fotos der Demonstration zu rechnen ist, ergibt sich vorliegend aus der Tatsache, dass L als freischaffende Fotografin auftritt und am 06.06.2022 bei der Demonstration festgestellt werden konnte.³² Tatsachen, die einen Rückschluss auf das Auffinden der Gegenstände in der Wohnung der L erlauben, liegen mithin ebenfalls vor. Die Tatbestandsvoraussetzungen sind somit gegeben.

II. Verhältnismäßigkeit

Schließlich muss die Durchsuchungsanordnung verhältnismäßig gewesen sein.

1. Suche nach der Digitalkamera

Fraglich ist, ob dies angesichts der Anordnung, nach der Digitalkamera der L zu suchen, der Fall ist. Eine staatliche Maßnahme ist dann verhältnismäßig, wenn sie das mildeste, gleich geeignete Mittel zur Erreichung eines legitimen Ziels darstellt und in einem angemessenen Verhältnis zu ebendiesem Ziel steht. Vorliegend ist problematisch, ob die konkrete Anordnung erforderlich war. Ziel der Maßnahme war es, Fotos zu finden, die L von der Demonstration gemacht hat. S erwartete, diese auf ihrem Laptop oder der *Speicherkarte* ihrer Digitalkamera zu finden. Um dieses Ziel zu erreichen war eine Suche nach der (ganzen) Digitalkamera mithin nicht nötig: Es hätte genügt, nach der Speicherkarte *in* der Digitalkamera zu suchen und diese in Beschlagnahme zu nehmen. Eine Suche nach der *ganzen* Digitalkamera war mithin überschießend und unverhältnismäßig.

2. Suche nur nach beschlagnahmefreien Gegenständen

Schließlich könnte der Rechtmäßigkeit der Durchsuchung entgegenstehen, dass nur beschlagnahmefreie Gegenstände gesucht würden. Wenn von vornherein anzunehmen ist, dass nur beschlagnahmefreie Beweismittel aufgefunden werden, ist die Ermittlungsdurchsuchung unzulässig.³³

Hinweis

Die Verortung des Problems an dieser Stelle ist nicht zwingend zu erwarten. Sofern die Problematik des Beschlagnahmeverbotes erst in Frage 2 angesprochen ist, sollte dies gleich bewertet werden.

Gem. § 97 Abs. 5 S. 1 StPO ist die Beschlagnahme von Verkörperungen eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB), die sich im Gewahrsam zeugnisverweigerungsberechtigter Personen iSd. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO befinden, untersagt. Fraglich ist mithin, ob die hiesigen Gegenstände zum Aufgabenbereich eines Journalisten iSd. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO gehören.

a) Personenkreis des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO

L müsste zunächst zum von § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO geschützten Personenkreis gehören. Dies sind Personen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von Druckwerken, Rundfunksendungen, Filmberichten oder der Unterrichtung oder Meinungsbildung dienenden Informations- und Kommunikationsdiensten berufsmäßig mitwirken.

aa) Einschlägiges meinungsbildendes Medium

L müsste an der Erstellung eines Meinungsmediums mitwirken. Neben den klassischen Zeitungen, Rundfunk- und Fernsehbeiträgen unterfallen nunmehr auch andere, der „Unterrichtung oder Meinungsbildung dienenden Informations- und Kommunikationsdienste“ dem Tatbestand. Die Regelung zielt insbesondere auf Abrufdienste, bei denen Text-, Ton- oder Bilddarbietungen auf Anforderung aus elektronischen Speichern zur Nutzung übermittelt werden, d. h. sämtliche Formen der Internetkommunikation, ab.³⁴ Auch soziale Medien – wie hier Twitter – sollten von der Vorschrift erfasst werden.³⁵ Der Gesetzgeber trug durch die Einbeziehung dieser Mediendienste den aktuellen Entwicklungen der Medienlandschaft Rechnung.³⁶

bb) Redaktionell aufbereitet

Gem. § 53 Abs. 1 S. 3 StPO erstreckt sich das Zeugnisverweigerungsrecht allerdings nur auf Inhalte, die für redaktionell aufbereitete Mediendienste bestimmt und Tätigkeitsgegenstand des Zeugen sind. Eine redaktionelle Gestaltung liegt vor, wenn regelmäßig oder kontinuierlich eine nach außen erkennbare Inhaltsauswahl und -bearbeitung sowie eine formale Vereinheitlichung der Einzelbeiträge des Angebots erfolgt.³⁷ Auch Kanäle auf sozialen Medien können redaktionell gestaltet sein – Voraussetzung dafür ist eine gewisse Selektion und Kohärenz der Inhalte.³⁸ Eine gewisse Professionalisierung der Selektion und Anfertigung fraglicher Inhalte kann auf eine redaktionelle Aufbereitung hindeuten. Dementgegen weist das breit gestreute Teilen unterschiedlichster Inhalte ohne sachlichen Bezug zueinander auf das Fehlen einer Redaktion hin.³⁹ Als plastisches Beispiel kann das Posten von „Katzenvideos“ oder vergleichbaren beliebten Internetinhalten ohne inhaltlich-sachlichen Bezug zu öffentlichkeitsrelevanten Themen angeführt werden.

Ls Twitter-Kanal befasst sich mit rechten und linken Demonstrationen. Sie postet allein zu diesen Inhalten. Dass sie dabei auch Fremdinhalte teilt, steht einer redaktionellen Aufarbeitung deshalb nicht entgegen, weil auch diese sich mit linken Demonstrationen befassen. Schließlich steht einer redaktionellen Aufarbeitung auch nicht entgegen, dass sie Beiträge rechtsgerichteter Autoren kommentiert – auch diese Kommentare weisen Sachbezug auf. Die Art und Weise der Kommentierung ist unmaßgeblich; schließlich ist die Presse nicht zu Neutralität verpflichtet.⁴⁰

cc) Berufsmäßig

Weiterhin muss die Mitwirkung „berufsmäßig“ sein. Dieses Tatbestandsmerkmal soll eine ausufernde und vom Schutzzweck nicht mehr getragene Anwendung der Vorschrift verhindern.⁴¹ Berufsmäßig wirkt mit, wer nicht nur die einmalige Ausübung journalistischer Tätigkeit, sondern eine dauernde, wenigstens wiederkehrende Beschäftigung beabsichtigt.⁴² Ausgeschlossen

³² Vgl. LG Würzburg BeckRS 2022, 10923 (Rn. 11).

³³ BVerfG NJW 1973, 2035; KG NJW 1984, 1133; LG Köln NJW 1981, 1746, (1747); Hegmann, in: Graf, BeckOK-StPO, 51. Ed. (01.04.2024), § 103 Rn. 9.

³⁴ LG Würzburg BeckRS 2022, 10923 (Rn. 20); Bader, in: Barthe/Gericke, KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 53 Rn. 30; Percic, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MüKo-StPO, 2. Aufl. (2023), § 53 Rn. 37; Bertheau/Ignor, in: Löwe-Rosenberg, Bd. 2, 27. Aufl. (2017), § 53 Rn. 52.

³⁵ LG Würzburg BeckRS 2022, 10923 Rn. 20; Bertheau/Ignor, in: Löwe-Rosenberg, Bd. 2, 27. Aufl. (2017), § 53 Rn. 52.

³⁶ ▶ BT-Drs. 14/5166, S. 7.

³⁷ LG Würzburg BeckRS 2022, 10923 (Rn. 28); vgl. auch Bader, in: Barthe/Gericke, KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 53 Rn. 30; Bertheau/Ignor, in: Löwe-Rosenberg, Bd. 2, 27. Aufl. (2017), § 53 Rn. 70.

³⁸ LG Würzburg BeckRS 2022, 10923 (Rn. 28).

³⁹ Strenger noch Bader, in: Barthe/Gericke, KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 53 Rn. 34.

⁴⁰ LG Würzburg BeckRS 2022, 10923 Rn. 29.

⁴¹ Ibid., Rn. 26; Bader, in: Barthe/Gericke, KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 53 Rn. 31.

⁴² LG Würzburg BeckRS 2022, 10923 (Rn. 25 ff.); Percic, in: Knauer/Kudlich/

sind demnach Personen, die nur gelegentliche Beiträge einsenden oder ohne berufsmäßige Einbindung in den Medienbereich einmal in irgendeiner Weise tätig geworden sind.⁴³ Darauf, wie eine Person ihren Lebensunterhalt verdient, kommt es für die Berufsmäßigkeit nicht an.⁴⁴ Dass L nur sporadisch Fotos an handelsübliche Zeitungen verkaufen kann, ist ebenfalls nicht maßgeblich – schließlich wirkt sie an einem redaktionell aufgearbeiteten sozialen Medium mit.⁴⁵

L ist mithin Journalistin iSd. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO.

b) Verkörperung eines selbst erarbeiteten Inhalts iSd. § 97 Abs. 5 S. 1 StPO

Der Begriff des verkörperten Inhalts umfasst Schriften, Ton-, Bild- und Datenträger und Abbildungen, aber auch alle anderen verkörperten Darstellungen bzw. Verkörperungen.⁴⁶ Unter einer Verkörperung ist nach der Gesetzesbegründung jedes körperliche Gebilde zu verstehen, das sinnlich wahrnehmbar einen gedanklichen Inhalt vermittelt, wobei die Vergegenständlichung von gewisser Dauer sein muss.⁴⁷ Die Digitalkamera, die darin enthaltene Speicherkarte sowie der Laptop sind solche Datenträger.

Um eine Umgehung der Regelungsanordnung zu verhindern, ist allerdings auch die in dem Datenspeicher gespeicherte digitale Datei vor Beschlagnahmen geschützt, weshalb sie auch nicht durch Spiegelung sichergestellt werden darf.⁴⁸ Die Fotos sind solche digitalen Dateien.

Die vorliegenden Lichtbilder sind auch selbst erarbeitet.

c) Gewahrsam

Gem. § 97 Abs. 5 S. 1 StPO müssen sich die Gegenstände schließlich in Ls Gewahrsam befinden. Dies ist der Fall. Auf einen Gewahrsam der Redaktion kommt es nicht an.

d) Ausschluss gem. §§ 53 Abs. 2 S. 3, 97 Abs. 5 S. 2, Abs. 2 S. 2 StPO

Anhaltspunkte für eine Tatbeteiligung der L gem. §§ 53 Abs. 2 S. 3, 97 Abs. 5 S. 2, Abs. 2 S. 2 StPO sind nicht ersichtlich. Vielmehr geht schon S hiervon nicht aus (s.o.).

3. Zwischenergebnis

Die Durchsuchung bezog sich mithin nur auf beschlagnahme-freie Gegenstände und war iÜ. überschießend. Sie war mithin auch materiell rechtswidrig.

III. Ergebnis Frage 1

Die Durchsuchung war somit rechtswidrig.

Frage 2: Verwertbarkeit der Fotos und der Aussage des S

Fraglich ist, ob V Recht hat. Dies ist der Fall, wenn die Fotos (als Augenscheinsobjekte) und die Aussage des S nicht vor Gericht verwertet werden können.

A) Verwertbarkeit der Fotos

Ob die Fotos verwertet werden können, ist fraglich. Der Verwer-

tung könnte ein unselbständiges Verweisverwertungsverbot aus Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot entgegenstehen.

I. Verstoß gegen § 105 Abs. 1 S. 1 StPO (und § 98 Abs. 1 S. 1 StPO)

Ein Beweisverwertungsverbot könnte sich aus einem Verstoß gegen § 105 Abs. 1 S. 1 StPO ergeben. Ein solcher liegt vor (s.o.). Allerdings folgt nicht aus jedem Verstoß gegen eine Beweiserhebungsnorm ein Beweisverwertungsverbot.⁴⁹ Es ist eine Abwägung zwischen der Tiefe des Verstoßes einerseits und dem Strafverfolgungsinteresse andererseits vorzunehmen.⁵⁰ Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots bei einem Verstoß gegen einen Richtervorbehalt kommt in Betracht, wenn der Richtervorbehalt bewusst missachtet oder seine Voraussetzungen in gleichgewichtig grober Weise verkannt wurden.⁵¹ Ein grober Verstoß in diesem Sinne liegt vor, wenn Anhaltspunkte für die Bejahung von Gefahr im Verzug fehlen.⁵² Dies ist angesichts der Beweiserhebungsmöglichkeiten gem. § 110 Abs. 3 S. 2 StPO sowie wegen der dauerhaften, schnellen Erreichbarkeit des Bereitschaftsdiensts, der nicht zu kontaktieren versucht wurde,⁵³ vorliegend der Fall. Bei einer derart schwerwiegenden Verknennung des Richtervorbehalts kommt dem Aspekt eines möglichen hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs, d. h. dem Umstand, dass bei richtiger Verfahrensweise ein Durchsuchungsbeschluss mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erlangen gewesen wäre, keine Bedeutung mehr zu.⁵⁴

II. Verstoß gegen §§ 94 Abs. 2, 98, 97 Abs. 5 S. 1 StPO

Weiterhin liegt ein Verstoß gegen §§ 94 Abs. 2, 98, 97 Abs. 5 S. 1 StPO vor (s.o.). Zwar konnten die Fotos grundsätzlich als Gegenstände beschlagnahmt werden, allerdings unterlagen sie vorliegend einem Beschlagnahmeverbot gem. § 97 Abs. 5 S. 1 StPO. § 97 Abs. 5 S. 2 StPO iVm. § 160a Abs. 2 S. 3 StPO⁵⁵ ordnet in diesem Fall ein gesetzlich kodifiziertes relatives Beweisverwertungsverbot⁵⁶ an – das Eintreten des Beweisverwertungsverbots ist auch hier von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig, wobei ein Beweisverwertungsverbot indiziert ist.⁵⁷ Anhaltspunkte, die hier gegen ein Beweisverwertungsverbot sprechen, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist § 125 Abs. 1 StGB keine Kapitalstraf-tat. Schließlich hat A die L nicht von ihren Pflichten entbunden,⁵⁸ weshalb dahinstehen kann, ob eine solche Entbindung bei selbst erarbeiteten Presseerzeugnissen überhaupt möglich ist. Somit folgt auch aus diesem Verstoß ein Beweisverwertungsverbot.

Hinweis

§ 160a StPO wird nur sehr guten Bearbeitungen bekannt sein.

49 OLG Koblenz BeckRS 2022, 11001 (Rn. 24) mwN.

50 Ibid.

51 BGH NStZ 2020, 621, (Rn. 11); OLG Koblenz NStZ-RR 2021, 144 (145).

52 BGH NStZ 2020, 621, (Rn. 12).

53 Ibid.; OLG Koblenz NStZ-RR 2021, 144 (145); aA. mit nicht tragender Begründung OLG Koblenz BeckRS 2022, 11001 (Rn. 29 ff.).

54 OLG Koblenz NStZ-RR 2021, 144 (145).

55 Gerhold, in: Graf, BeckOK-StPO, 51. Ed. (01.04.2024) § 97 Rn. 63; Griesbaum, in: Barthe/Gericke, KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 160a Rn. 12.

56 Sackreuther, in: Graf, BeckOK-StPO, 51. Ed. (01.04.2024), § 160a Rn. 16; Griesbaum, in: Barthe/Gericke, KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 160a Rn. 2; zum Begriff *Fahl*, NStZ 2021, 261 (263).

57 Sackreuther, in: Graf, BeckOK-StPO, 51. Ed. (01.04.2024), § 160a Rn. 16; Erb, in: Löwe-Rosenberg, Bd. 5/2, 27. Aufl. (2018), § 160a Rn. 34; enger Griesbaum, in: Barthe/Gericke, KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 160a Rn. 14; Kölbl/Ibold, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MüKo-StPO, 2. Aufl. (2024), § 160a Rn. 20.

58 Zur Relevanz siehe ▶ BT-Drs. 16/5846, S. 37; Sackreuther, in: Graf, BeckOK-StPO, 51. Ed. (01.04.2024), § 160a Rn. 17; vgl. auch Hartmann, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. (2022), § 97 StPO Rn. 34.

Schneider, MüKo-StPO, 2. Aufl. (2023), § 53 Rn. 38.

43 LG Würzburg BeckRS 2022, 10923 Rn. 26; Bader, in: Barthe/Gericke, KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 53 Rn. 31; („Gelegenheitsjournalisten“); Percic, in: Knauer/Kudlich/Schneider, MüKo-StPO, 2. Aufl. (2023), § 53 Rn. 38.

44 LG Würzburg BeckRS 2022, 10923 (Rn. 27); Trüg, in: Müller/Schlothauer/Knauer, Münchner Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. (2022), § 53 StPO Rn. 16.

45 LG Würzburg BeckRS 2022, 10923 (Rn. 27).

46 ▶ BT-Drs. 19/19859, S. 25.

47 Ibid.

48 Gerhold, in: Graf, BeckOK-StPO, 51. Ed. (01.04.2024), § 97 Rn. 53.

B) Verwertbarkeit der Aussage des S

Schließlich ist fraglich, ob die Angaben des S in der Hauptverhandlung verwertbar sind. Der S macht Angaben über das Geständnis des A. Die Angaben des S könnten dann unverwertbar sein, wenn ein Beweisverwertungsverbot vorliegt. Ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot gem. § 136a Abs. 3 S. 2 StPO ist nicht ersichtlich, sodass nur ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot in Betracht kommt. Dazu müsste bei der Vernehmung des A ein Verfahrensverstöß begangen worden sein.

Auch ein Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2-5 StPO ist nicht ersichtlich. Laut dem Sachverhalt wurde A durch S ordnungsgemäß gem. § 163a Abs. 3 S. 2 StPO iVm. § 136 Abs. 1 StPO belehrt.

Allerdings könnte sich aus der Vernehmung unter Vorhalt der Fotos etwas anderes ergeben. Vorliegend gestand A nur, weil ihm in seiner Vernehmung Fotos vorgelegt wurden. Diese Fotos wurden bei einer rechtswidrigen Durchsuchung von einem Journalisten rechtswidrig gewonnen (s.o.). Dieses Beweismittel ist unverwertbar (s.o.).

I. Grundsätze zur Fernwirkung

Dies wäre eine Fernwirkung eines Beweisverwertungsverbots. Ob es diese Fernwirkung im deutschen Recht gibt, ist umstritten.

Teilweise wird in der Literatur eine Fernwirkung von Verwertungsverboten generell bejaht.⁵⁹ Nur wenn die „Früchte“ aus dem verbotenen Tun nicht verwertet werden dürften, seien die Rechte des Beschuldigten hinreichend gewahrt und für zukünftiges rechtswidriges Verhalten der Anreiz genommen. Dahinter steht v.a. das Argument der „Disziplinierung der Ermittlungsorgane“.⁶⁰

Demgegenüber wird in Teilen der Literatur und der Rechtsprechung ein „Mittelweg“ vertreten, der die Frage der Fernwirkung eines Beweisverwertungsverbot von einer umfassenden Interessenabwägung abhängig macht.⁶¹

Die Rspr. nimmt jedoch nur ganz ausnahmsweise eine Fernwirkung an, sofern die Grundrechtsverletzung bzw. die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens ein solches zwingend gebietet.⁶² Eine Fernwirkung ist demnach insbesondere dann auszuschließen, wenn die rechtsfehlerhaft gewonnene Erkenntnis nur den äußeren Anlass für den späteren Ermittlungsvorgang bildet, auf das dabei gewonnene Beweisergebnis aber keinen bestimmenden Einfluss mehr hat.⁶³ Nur bei sog. Fortwirkung des Beweisverwertungsverbot – also bei unmittelbarem Einfluss des bemakelten Beweises auf einen anderen Beweis sei ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen.⁶⁴

Die Auffassung der Rspr. überzeugt. Das deutsche Prozessrecht kennt zum Schutze der effektiven Strafverfolgung kein absolutes

Verwertungsverbot. Eine umfassende Abwägung im Einzelfall trägt der Strafverfahrenseffektivität nicht hinreichend Rechnung. Angesichts der weitgreifenden Wirkung von frühen prozessualen Fehlern könnten Strafverfahren in Gänze torpediert werden.⁶⁵ Es ließe sich im Nachhinein nicht mehr mit hinreichender Sicherheit feststellen, wann sich dieser Fehler wie auf weitere Beweismittel ausgewirkt hat. Nur dann, wenn klar erkennbar ist, dass ein Beweismittel, das einem Beweisverwertungsverbot unterliegt, einen spezifischen anderen Beweis in schwerwiegender Weise beeinträchtigt hat, überzeugt es, eine Fernwirkung anzunehmen und dieses Beweismittel ebenfalls für unverwertbar zu erachten.

Hinweis

Eine aA. ist hier selbstverständlich gut vertretbar.

II. Anwendung auf den hiesigen Fall

Fraglich ist, welche Folgen die Rechtsprechungsansicht für den hiesigen Fall zeitigt. Nach der Rechtsprechung ist ein Beweisverwertungsverbot nur dann ausnahmsweise anzunehmen, wenn die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens ein solches gebietet. Dies ist dann anzunehmen, wenn das beweisverwertungsverbot belastete Beweismittel in einem anderen Beweis fortwirkt. In der Vergangenheit wurde dies angenommen, wenn einem Beschuldigten ein Tonband vorgehalten wird, dessen Aufzeichnungen entgegen §§ 100a ff. StPO gewonnen wurden,⁶⁶ sofern die vorgehaltenen Tatsachen allein durch die verbotene Maßnahme bewiesen werden konnten.⁶⁷

Gleiches vertrat das OLG Düsseldorf im Fall einer unzulässigen Durchsuchung. Dem lag folgende Konstellation zugrunde:

„Die Vernehmung des Angeklagten wurde noch im Rahmen der Durchsuchung seiner Wohnung und unter dem Eindruck der dabei in unzulässiger Weise gewonnenen Erkenntnisse durchgeführt. Der sich offensichtlich als überführt ansehende Angeklagte hatte keinen Anlass, von seinem Recht auf Schweigen Gebrauch zu machen, zumal er nicht wissen konnte, dass die vorgefundenen Beweismittel unverwertbar waren. Für ihn bestand ein Zustand, in dem Leugnen oder Schweigen sinnlos war angesichts der Tatsache, dass sich die Polizeibeamten in seiner Wohnung befanden und die unerlaubt angebauten Marihuanapflanzen bereits entdeckt hatten.“⁶⁸

Dieser Rechtsprechungslinie haben sich mehrere Gerichte angeschlossen.⁶⁹

Das OLG Koblenz will bei einem Vorhalt mit rechtswidrig erlangten Beweismitteln jedoch nicht immer eine solche Konstellation erblicken. Das Tatsachengericht müsse gesondert feststellen, ob und wie sich der Vorhalt auf das Geständnis ausgewirkt habe.⁷⁰ Das stützt das OLG auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu Überwachungsmaßnahmen nach § 100a StPO. Hier führte der Bundesgerichtshof aus:

⁶⁵ OLG Düsseldorf NStZ 2017, 177 (180).

⁶⁶ BGH NJW 1978, 1390; OLG Karlsruhe MMR 2005, 114.

⁶⁷ Bär, MMR 2005, 114 (116); aA. Allgayer, NStZ 2006, 603 (607); enger BGH NJW 1988, 1223 (1224).

⁶⁸ OLG Düsseldorf NStZ 2017, 177 (180) m. abl. Anm. Radtke; im Ergebnis zustimmend demgegenüber Jahn, JuS 2016, 1138 (1140).

⁶⁹ OLG Koblenz BeckRS 2017, 146246 (Rn. 48); LG Mainz BeckRS 2020, 45954 (Rn. 20); AG Osnabrück BeckRS 2021, 14853 (Rn. 11).

⁷⁰ OLG Koblenz BeckRS 2022, 11001 (Rn. 47).

⁵⁹ Vgl. z.B. Neuhaus, NJW 1990, 1221.

⁶⁰ Ibid., 1222; vgl. auch BFH NJW 2007, 2281 (2288).

⁶¹ BGH NJW 1980, 1700 (1701); LG Frankfurt StV 2003, 325 (327); Murmann, Prüfungswissen Strafprozessrecht, 5. Aufl. (2022), Rn. 245; Weigend, StV 2003, 436; Wolter, NStZ 1984, 275 (276 ff.); Jäger, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. (2022), Vor §§ 133 ff. StPO Rn. 40.

⁶² BGH NStZ 1984, 275; BGH NStZ 2006, 402 (Rn. 14); BGH BeckRS 2016, 9756; BGH NStZ 2019, 227 (Rn. 28); BFH NJW 2007, 2281 (2288); OLG Koblenz BeckRS 2022, 11001 (Rn. 44 f.); OLG Koblenz BeckRS 2017, 146246 (Rn. 46); OLG Düsseldorf NStZ 2017, 177 (180); OLG Karlsruhe MMR 2005, 114; OLG Köln NZV 2001, 137 (138); vgl. auch Fahl, NStZ 2021, 261 (262); Cordes/Pannenberg, NJW 2019, 2973 (2977); Bader, in: Barthe/Gericke, KK-StPO, 9. Aufl. (2023), vor § 48 Rn. 45; Greven, in: Barthe/Gericke, KK-StPO, 9. Aufl. (2023), vor § 94 Rn. 14; Hussels, Strafprozessrecht, 4. Aufl. (2020), S. 178.

⁶³ OLG Köln NZV 2001, 137 (138) mwN.

⁶⁴ OLG Koblenz BeckRS 2022, 11001 (Rn. 45) mwN.

„Ist ein Beschuldigter durch den Vorhalt von Ergebnissen aus einer unzulässigen Telefonüberwachung zu einem Geständnis veranlasst worden, so ist es zwar möglich, dass sein fortbestehender Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Vorhaltes sich auch noch bei späteren Vernehmungen auswirkt und sein Aussageverhalten bestimmt. Es ist aber auch denkbar, dass er später unbeeinflusst davon ein Geständnis ablegen will, der unzulässige Vorhalt also auf die im weiteren Verfahrensgang getroffene freie Willensentscheidung, die Tat einzugestehen, ohne Bedeutung war.“⁷¹

Bedeutend war mithin, ob *später*, also im Rahmen einer weiteren Vernehmung ohne unmittelbaren Eindruck der bemakelten Beweismittel ein Geständnis abgelegt wird. Ein solcher Fall ist hier – sowie in der Konstellation des *OLG Koblenz* – nicht gegeben. Im Fall des *OLG Koblenz* wurde die Befragung des Beschuldigten unmittelbar vor und während einer rechtswidrigen Hausdurchsuchung durchgeführt.⁷² Hier fand die Vernehmung unmittelbar unter dem Eindruck des Vorhalts der rechtswidrig erlangten Fotos statt.

Sogar für den Fall der Beweislichkeit einer unmittelbaren Konfrontationssituation will das *OLG Koblenz* ein Beweisverwertungsverbot nicht unmittelbar eingreifen lassen, sondern abwägen.⁷³ Wird dem Beschuldigten jedoch unmittelbar ein bemakeltes Beweismittel vorgehalten, das ihn vollumfänglich überführt, ist nicht ersichtlich, welche Gründe gegen ein Beweisverwertungsverbot sprechen sollten. Die Tat auf dieser Basis zu leugnen wäre Makulatur. Es überzeugt dementsprechend, mit dem *OLG Düsseldorf* ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen.

Dementsprechend unterlag die Aussage des S einem Beweisverwertungsverbot. Nachdem V in der Hauptverhandlung widersprach, ist nicht zu klären, ob auf diese Konstellation die Widerspruchslösung⁷⁴ anzuwenden ist.

C) Ergebnis Frage 2

Dementsprechend unterlagen die beiden Beweismittel einem Beweisverwertungsverbot. Der Widerspruch des V erfolgte zu Recht.

► Inhaltsverzeichnis

⁷¹ BGH NJW 1988, 1223 (1224).

⁷² OLG Koblenz BeckRS 2022, 11001 (Rn. 49).

⁷³ Ibid. m. zutreffend abl. Anm. Dießner, FD-StrafR 2022, 449179.

⁷⁴ Dazu weiterführend Eschelbach, in: Graf, BeckOK-StPO, 51. Edi. (01.04.2024), § 257 Rn. 21 f.; Knauer/Kudlich, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. (2019), § 337 Rn. 22 ff.; Greven, in: Barthe/Gericke, KK-StPO, 9. Aufl. (2023), vor § 94 Rn. 13; Krause in: Müller/Schlothauer/Knauer, Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. (2022), § 7 Rn. 189 ff.; Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht (2019), Teil 6 Rn. 1307 ff.; König/Harendorf, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. (2022), § 257 StPO Rn. 12 ff.; Gleß, in: Löwe-Rosenberg, Bd. 4/1, 27. Aufl. (2019), § 136 Rn. 82; Kuhn, JA 2010, 891; Kasiske, NJW-Spezial 2011, 376; Maul/Eschelbach, StraFo 1996, 66; Wachter, JR 2019, 437; Burhoff, StraFo 2003, 267; Meyer-Mews, StraFo 2009, 141; Berg, StraFo 2018, 327; Rode, StraFo 2018, 336.



Fallbearbeitung – Öffentliches Recht

MR Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)

„Antisemitismus und Hochschulrecht“ Fortgeschrittenenklausur



Michael Hippeli | Referatsleiter im Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr, Wohnen und ländlichen Raum. Der Beitrag gibt ausschließlich die eigenen Auffassungen des Autors wieder.

E-Mail-Kontakt: ▶ MichaelHippeli@mail.de

Sachverhalt

Am 02.02.2024 kam es in der Berliner Brunnenstraße (Ortsteile Mitte und Gesundbrunnen des Bezirks Mitte) auf offener Straße zu einem Streitgespräch zweier Kommilitonen zum derzeitigen Nahost-Konflikt in Israel und im Gazastreifen. Dabei handelte es sich um den pro-palästinensischen Studenten Ahmad Razul (A) und den pro-israelischen Studenten Benjamin Rosenzweig (B). Beide sind deutsche Staatsangehörige, jeweils mit muslimischem bzw. jüdischem Religionsbekenntnis. Sie studieren beide an der Freien Universität Berlin und besuchen für ihr Studium regelmäßig den zentralen Campus der Freien Universität in Berlin-Dahlem im Bezirk Steglitz-Zehlendorf. Am Ende des Streitgesprächs prügelte A schließlich auf B ein, der verletzt zu Boden ging. Die Staatsanwaltschaft Berlin ermittelt nach einem bejahten besonderen öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung gegen A wegen Körperverletzung (§ 223 Abs. 1 StGB).

Schon einen Tag später berichten die Medien umfassend von diesem „antisemitischen Vorfall“. Auch wird generell von einem zunehmenden Antisemitismus an deutschen Hochschulen und Universitäten berichtet.¹ Forderungen werden laut, dass A von der Freien Universität exmatrikuliert werden sollte. Der Rektor der Freien Universität weist allerdings in der TAZ darauf hin, dass jedenfalls hierfür die rechtlichen Grundlagen in Berlin nicht bestehen. Hierzu werden unmittelbar im Anschluss Forderungen erhoben, wonach die Landeshochschulgesetze schnellstens verschärft werden sollten.² Am 09.02.2024 erlässt die Freie Universität schließlich A gegenüber nach erfolgter Anhörung per schriftlichem Bescheid ein dreimonatiges Hausverbot, welches noch am selben Tag in Kraft tritt.³ Begründet wird dies mit dem Schutz der Hochschulmitglieder der Freien Universität. Das Hausverbot gelte für drei Monate auf dem gesamten zentralen Campus. Online-Lehrformate seien von der Entscheidung nicht berührt. Zudem wird die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse angeordnet und mit der von A ausgehenden antisemitischen Gefahr auch für andere Kommilitonen und weitere Hochschulangehörige begründet.

A stellt am 12.02.2024 in ordnungsgemäßer Form einen Eilantrag beim VG Berlin, mit dem er zum einen erreichen will, dass er unmittelbar wieder an seinen Vorlesungen teilnehmen kann, die nach dem Ende der vorlesungsfreien Zeit ab dem 01.04.2024 weit

überwiegend in Präsenz auf dem Campus der Freien Universität stattfinden werden. Zum anderen geht es ihm darum, die Bibliothek seines Fachbereichs auf dem Campus aufsuchen zu können, um dort Bücher auszuleihen und damit dort und zu Hause in seiner Wohnung die in der vorlesungsfreien Zeit stattfindenden Haus- und Seminararbeiten anfertigen zu können.

Hat der Eilantrag von A Aussicht auf Erfolg?

Auszug aus dem Berliner Hochschulgesetz (BerLHG):

§ 2 Rechtsstellung

(1) Die Hochschulen sind Körperschaften des öffentlichen Rechts und zugleich staatliche Einrichtungen. Sie haben das Recht der Selbstverwaltung im Rahmen des Gesetzes und regeln ihre Angelegenheiten durch die Grundordnung und sonstige Satzungen. [...]

§ 9 Rechte und Pflichten der Studierenden

(1) Studierende haben das Recht, die Einrichtungen der Hochschule nach den hierfür geltenden Vorschriften zu benutzen. [...]

§ 15 Exmatrikulation

Die Mitgliedschaft der Studierenden zur Hochschule endet mit der Exmatrikulation. Studierende können exmatrikuliert werden, wenn sie

1. sich nicht fristgemäß zurückgemeldet haben oder
2. das Studium in einem zulassungsbeschränkten Studiengang trotz schriftlicher Aufforderung und Androhung der Exmatrikulation nicht unverzüglich aufgenommen haben.

Studierende sind zu exmatrikulieren, wenn sie

1. das Studium in keinem Studiengang fortführen dürfen,
2. Gebühren und Beiträge, einschließlich der Sozialbeiträge zum Studierendenwerk, des Beitrags für die Studierendenschaft und, soweit eine entsprechende Vereinbarung besteht, des Beitrags für ein Semester-Ticket, trotz schriftlicher Mahnung und Androhung der Exmatrikulation nicht gezahlt haben,
3. die Abschlussprüfung bestanden oder die in dem gewählten Studiengang vorgeschriebenen Leistungsnachweise oder eine vorgeschriebene Prüfung endgültig nicht bestanden haben, sofern sie nicht innerhalb von zwei Monaten die Notwendigkeit der Immatrikulation für die Erreichung eines weiteren Studienziels nachweisen; Entsprechendes gilt für den Fall eines beendeten Promotionsvorhabens.

§ 16 Maßnahmen zur Erhaltung des Hochschulbetriebs

- (1) Das Ordnungsrecht über die Studierenden wird aufgehoben.
- (2) Im Rahmen der ihm nach § 52 Absatz 5 Satz 2 zustehenden Befugnisse kann das Präsidium Maßnahmen gegen Störungen des geordneten Hochschulbetriebs durch Studierende treffen; diese sind auf höchstens drei Monate zu befristen. Betroffene

1 Vgl. ▶ www.faz.net/aktuell/rhein-main/region-und-hessen/antisemitismus-an-unis-uwe-becker-fordert-zwangsexmatrikulationen-19505235.html (zuletzt abgerufen am 15.02.2024).
2 Vgl. ▶ www.deutschlandfunk.de/kommentar-zum-ueberfall-auf-juedischen-studenten-freie-universitaet-unter-druck-dlf-aod22c7f-100.html (zuletzt abgerufen am 15.02.2024).
3 Vgl. ▶ www.fu-berlin.de/presse/informationen/fup/2024/fup_24_031-hausverbot-erlassen/index.html (zuletzt abgerufen am 15.02.2024).

sind anzuhören.

§ 43 Mitglieder der Hochschule

(1) Mitglieder der Hochschule sind

1. Personen, die in einem Beschäftigungsverhältnis zur Hochschule stehen einschließlich der in einem Berufsausbildungsverhältnis stehenden Personen,
2. Personen, die aus Mitteln Dritter bezahlt werden und mit Zustimmung des Präsidiums dort hauptberuflich tätig sind,
3. die Honorarprofessoren und Honorarprofessorinnen, außerplanmäßigen Professoren und Professorinnen sowie Privatdozenten und Privatdozentinnen,
4. die eingeschriebenen Studierenden,
5. die Doktoranden und Doktorandinnen,
6. die Lehrbeauftragten und die gemäß § 113 gastweise tätigen Lehrkräfte. [...]

§ 52 Leitung der Hochschule [...]

(2) Der Präsident oder die Präsidentin sitzt dem Präsidium vor, hat Richtlinienkompetenz und bestimmt die Grundsätze, nach denen die Hochschule geleitet wird. Er oder sie vertritt die Hochschule nach außen und nimmt das Hausrecht wahr. [...]

(5) Das Präsidium sorgt für ein gedeihliches Zusammenwirken der Organe und Mitglieder der Hochschule. Es ist für den geordneten Hochschulbetrieb verantwortlich und trifft die zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Ordnung erforderlichen Entscheidungen. Es führt die Beschlüsse des Akademischen Senats und des Kuratoriums aus. Das Präsidium entscheidet in Zweifelsfällen über die Zuständigkeit der Gremien, Funktionsträgerinnen und Funktionsträger. Es ist verpflichtet, rechtswidrige Beschlüsse und Maßnahmen der Organe oder sonstiger Stellen der Hochschule mit aufschiebender Wirkung zu beanstanden oder sie aufzuheben. In Fällen rechtswidriger Unterlassung erteilt es die erforderlichen Anweisungen oder trifft die unterlassenen Maßnahmen selbst. [...]

§ 58 Kanzler oder Kanzlerin [...]

(2) Der Kanzler oder die Kanzlerin leitet die Verwaltung der Hochschule eigenverantwortlich im Rahmen der Beschlüsse des Präsidiums. Er oder sie ist Beauftragter oder Beauftragte für den Haushalt. [...]

Gliederung**A) Zulässigkeit**

- I. Verwaltungsrechtsweg
- II. Statthafte Antragsart
- III. Antragsbefugnis
- IV. Vorheriger Widerspruch erforderlich?
- V. Anordnung der sofortigen Vollziehung
- VI. Antragsgegner
- VII. Zuständiges Gericht
- VIII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit
- IX. Rechtsschutzbedürfnis
- X. Zwischenergebnis

B) Begründetheit

- I. Formell ordnungsgemäße Anordnung der sofortigen Vollziehung
 1. Zuständigkeit
 2. Verfahren
 3. Form
 4. Zwischenergebnis
- II. Interessenabwägung des Gerichts
 1. Summarische Prüfung des Hausverbots
 - a) Ermächtigungsgrundlage
 - b) Formelle Rechtmäßigkeit
 - aa) Zuständigkeit
 - bb) Verfahren und Form
 - cc) Zwischenergebnis
 - c) Materielle Rechtmäßigkeit
 - aa) Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage
 - bb) Zwischenergebnis
 2. Zwischenergebnis

C) Ergebnis**Gutachten****Hinweis**

Es handelt sich um einen Originalfall, bei welchem nur die Namen ausgetauscht wurden. Unbekannt ist allerdings, ob sich A im realen Leben gegen das temporäre Hausverbot zur Wehr gesetzt hat.

Das Vorgehen von A hat Aussicht auf Erfolg, sofern sein Antrag zulässig und begründet ist.

A) Zulässigkeit

Der Antrag müsste zunächst insgesamt zulässig sein.

I. Verwaltungsrechtsweg

Dann müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels erkennbarer aufdrängender Sonderzuweisungen richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Erforderlich ist danach eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, für die keine abdrängende Sonderzuweisung besteht. Streitentscheidende Normen sind vorliegend insbesondere die §§ 16, 52 BerlHG, somit Normen des öffentlichen Hochschulrechts, die einen Hoheitsträger zu einem Handeln zu Lasten von Bürgern (Studierenden) ermächtigen. Für die Überprüfung der entsprechenden Rechtsanwendung ist bei einem öffentlich-rechtlichen Hausverbot stets der Verwaltungsrechtsweg einschlägig.⁴ Auch ist keine abdrängende Sonderzuweisung ersichtlich. Daher ist insgesamt der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafte Antragsart

Fraglich ist die Antragsart für den zu erlangenden Rechtsschutz.

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers, §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO.

A möchte insbesondere schnellstens wieder legal den Campus der Freien Universität betreten können, um seine Haus- und Seminararbeiten in bzw. mit Hilfe der dort vorzufindenden Bibliotheksliteratur schreiben zu können. Selbst der Besuch der am 01.04.2024 erneut beginnenden Vorlesungen kann mit einer regulären Klage in Ansehung von Zeitaspekten nicht mehr erreicht werden. Von daher liegt eine Dringlichkeit vor, für die vorliegend nur die Erlangung von Eilrechtsschutz in Betracht kommt.

Eilrechtsschutz dreht sich sodann entweder um das Verfahren der Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO oder um das Verfahren der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO. Die Abgrenzung erfolgt über § 123 Abs. 5 VwGO, wonach Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO Vorrang haben. Solche Verfahren sind einschlägig, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft ist. A möchte allein die Aufhebung des per Bescheid der Freien Universität ausgesprochenen temporären Hausverbots erreichen. Jener Bescheid der Freien Universität vom 09.02.2024 bildet eine behördliche Maßnahme mit Außenwirkung, deren Regelung notfalls mit Befehl und Zwang durchsetzbar ist. Es handelt sich daher um einen Verwaltungsakt iSd. § 1 Abs. 1 VwVfGBln iVm. § 35 VwVfG, der mit Widerspruch und Anfechtungsklage angefochten werden kann.

Eine Anfechtung wäre auch ausreichend, denn im Falle der Aufhebung des Hausverbots kann A unmittelbar den Campus der

⁴ Vgl. VG Aachen BeckRS 2014, 46189; VG Düsseldorf BeckRS 2016, 49742; VG Saarlouis NJW 2012, 3803 ff.

Freien Universität wieder betreten, ohne dass dies für ihn Folgen wie etwa eine gewaltsame Entfernung und/oder eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs iSd. § 123 StGB hat.

Damit liegt eine reine Anfechtungskonstellation vor, so dass die Antragsart nach § 80 Abs. 5 VwGO einschlägig ist.

III. Antragsbefugnis

Weiterhin müsste A analog § 42 Abs. 2 VwGO für das Antragsverfahren iSd. § 80 Abs. 5 VwGO antragsbefugt sein.

Die Antragsbefugnis liegt vor, wenn eine mögliche Rechtsverletzung geltend gemacht wird.⁵ ISd. sog. Adressatentheorie⁶ ist dies bei § 80 Abs. 5 VwGO in aller Regel unproblematisch, weil der Adressat des belastenden Verwaltungsakts regelmäßig in Grundrechten, insoweit zumindest im Recht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, verletzt sein kann. Vorliegend besteht vorrangig sogar die Möglichkeit, dass A als Adressat des Verwaltungsakts temporäres Hausverbot in seiner Studierfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG und in seiner Berufswahlfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt sein kann.

Im Ergebnis ist A auch antragsbefugt.

IV. Vorheriger Widerspruch erforderlich?

Fraglich ist, ob A auch noch einen Widerspruch gegen den Bescheid vom 09.02.2024 einlegen muss.

Diese Voraussetzung ist bis heute umstritten. Nach der Mindermeinung kann hierauf wegen Art. 19 Abs. 4 GG verzichtet werden, weil es ansonsten zu einer unzulässigen Verkürzung der Rechtsschutzfristen für den Hauptsacherechtsbehelf kommen würde.⁷ Zudem wird damit argumentiert, dass seit dem 4. VwGOÄndG auch eine behördliche Entscheidung iSd. § 80 Abs. 4 VwGO nicht an die vorherige Einlegung eines Widerspruchs gebunden ist.⁸

Dementgegen liegt nach der wohl herrschenden Ansicht bei einem fehlenden Widerspruch (oder einer fehlenden Anfechtungsklage) schon begriffslogisch kein Rechtsbehelf vor, dessen aufschiebende Wirkung angeordnet bzw. wiederhergestellt werden kann.⁹

Für die herrschende Ansicht spricht, dass letztlich nicht einzusehen ist, warum nicht zumindest gleichzeitig mit dem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ein Widerspruch eingelegt werden kann. Nimmt jemand gerichtlichen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO in Anspruch, so ist es ihm letztlich zuzumuten, auch den Hauptsacherechtsbehelf einzulegen.¹⁰ Das Verfahren dient schließlich nicht als eine Art Selbstzweck dazu, die Auffassung des Gerichts zu einer bestimmten Rechtsfrage zu erfahren, bevor die Entscheidung zur Erhebung des Rechtsbehelfs in der Hauptsache getroffen wird.¹¹

Allerdings kann A den Widerspruch noch bis zur Entscheidung des Gerichts nachgeholt einlegen. Denn maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt auch für die Frage des Vorliegens eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache ist der Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts.¹²

V. Anordnung der sofortigen Vollziehung

Auch müsste in der Hauptsache ein Rechtsbehelf statthaft sein, dessen aufschiebende Wirkung iSd. § 80 Abs. 2 VwGO entfällt.

Einem Widerspruch kommt grundsätzlich aufschiebende Wirkung zu. Im Bescheid vom 09.02.2024 wurde jedoch die sofortige Vollziehung angeordnet, so dass ein Widerspruch des A nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO keine aufschiebende Wirkung hat.

Statthaft ist somit ein Antrag iSd. § 80 Abs. 5 Satz 1 Var. 2 VwGO gerichtet auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines noch einzulegenden Widerspruchs.

VI. Antragsgegner

Richtiger Antragsgegner im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist der Klagegegner der Hauptsache. Dies ist bei Hochschulen und Universitäten in staatlicher Trägerschaft eines Bundeslandes – sofern keine landesrechtliche Ausnahme iSd. § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO besteht – das jeweilige Bundesland als Rechtsträger der Ausgangsbehörde iSd. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.¹³ Ein landesrechtliches Ausführungsgesetz zur VwGO existiert in Berlin seit 2021 nicht mehr. Damit gilt in Berlin ausschließlich das Rechtsträgerprinzip und eben nicht als etwaige Durchbrechung das Behördenprinzip, so dass das Land Berlin auf den ersten Blick der richtige Antragsgegner ist.

Allerdings ist zu sehen, dass die vorgenannten Erwägungen lediglich in Bezug auf fremde Dritte gelten. Rein interne Streitigkeiten zwischen Universitäten einerseits und Fachbereichen oder Mitgliedern der Universität andererseits sind typischerweise mit der Universität als Antrags- oder Klagegegner auszufechten.¹⁴

Vorliegend ergibt sich bei genauem Hinsehen auch nichts Anderes daraus, dass nach § 16 Abs. 2 BerlHG das Präsidium der Freien Universität den Bescheid vom 09.02.2024 erlassen musste. Demzufolge war die erlassende Behörde das Präsidium der Freien Universität und eben nicht die Freie Universität selbst. Nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist die Klage jedenfalls gegen diejenige Körperschaft zu richten, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat. Da die Freie Universität iSd. § 2 Abs. 1 BerlHG eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, ist sie als die Rechtsträgerin der erlassenden Behörde zu begreifen und im Innenverhältnis auch zu eingeschriebenen Studierenden als Mitglieder der Universität iSd. § 43 Abs. 1 Nr. 4 BerlHG taugliche Antragsgegnerin für einen Eilantrag.¹⁵

VII. Zuständiges Gericht

Für die Entscheidung ist nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO iVm. den §§ 45, 52 Nr. 3 Satz 1 VwGO das VG Berlin zuständig.

5 Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. (2022), Rn. 1351; Herbolsheimer, JuS 2024, 24 (26).

6 Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. (2018), § 42 Rn. 383; Klotz, JuS 2011, 41 (43).

7 Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 29. Aufl. (2023), § 80 Rn. 139; Koehl, JA 2016, 610 (616).

8 Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 29. Aufl. (2023), § 80 Rn. 139; Vogel-sang/Rasidovic, JA 2024, 51 (53).

9 BVerwG NVwZ 1992, 791; VGH Mannheim NVwZ-RR 2010, 277; Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 41. EL (Juli 2021), § 80 VwGO Rn. 55.

10 Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 41. EL (Juli 2021), § 80 VwGO Rn. 461; Hoppe, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. (2022), § 80 Rn. 81;

11 Vgl. Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 41. EL (Juli 2021), § 80 VwGO Rn. 461; Hoppe, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. (2022), § 80

Rn. 81; Schübel-Pfister, JuS 2017, 1078 (1080).

12 VGH Mannheim BeckRS 2011, 53967; Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 41. EL (Juli 2021), § 80 VwGO Rn. 413; Koehl, JA 2016, 610 (616).

13 Vgl. VG Hamburg BeckRS 2013, 56499; VG Karlsruhe BeckRS 2020, 41006.

14 Vgl. OVG Hamburg BeckRS 2006, 24899; Brenner, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. (2018), § 78 Rn. 18.

15 Vgl. auch VG Berlin BeckRS 2021, 13626; Hartmann/Schneider, JuS 2013, 627 (632).

VIII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

A ist als natürliche geschäftsfähige Person iSd. § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO, § 1 BGB beteiligten- und iSd. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, §§ 2, 104 ff. BGB prozessfähig.

Die Freie Universität ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts iSd. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligten- und iSd. § 62 Abs. 2 VwGO bei Vertretung vorrangig durch den Präsidenten, der die Universität nach § 52 Abs. 2 Satz 2 BerlHG außen vertritt, oder ausnahmsweise bei entsprechender Ermächtigung durch den Kanzler¹⁶, der nach § 58 Abs. 2 Satz 1 BerlHG die Hochschulverwaltung leitet, auch prozessfähig.

IX. Rechtsschutzbedürfnis

Zudem müsste A mit einem Rechtsschutzbedürfnis aufwarten können.

Dieses könnte zum einen dann fehlen, wenn A vor einem gerichtlichen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zunächst einen behördlichen Antrag nach § 80 Abs. 4 VwGO auf Aussetzung der Vollziehung hätte stellen müssen. Schließlich ließe sich dieses Subsidiaritätserfordernis deshalb erwägen, um eine Entlastung der Verwaltungsgerichte zu erreichen.¹⁷ Dagegen spricht aber bereits der Rückschluss aus § 80 Abs. 6 Satz 1 VwGO: Wenn der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO im Falle der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO) nur zulässig ist, nachdem die Behörde einen Antrag nach § 80 Abs. 6 VwGO abgelehnt hat, dürfte dieses Erfordernis in den anderen Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 VwGO jedenfalls nicht bestehen.¹⁸ Insoweit fehlt das Rechtsschutzbedürfnis des A also nicht.

Das Rechtsschutzbedürfnis des A könnte aber dadurch fehlen, dass der Rechtsbehelf in der Hauptsache ggf. offensichtlich unzulässig ist.¹⁹ Schließlich darf der Eilrechtsschutz nicht weiter reichen als der Rechtsschutz in der Hauptsache. Jedoch ergeben sich hierfür vorliegend keine Anzeichen.

Folglich liegt das Rechtsschutzbedürfnis des A insgesamt vor.

X. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor, der Antrag des A ist zulässig.

B) Begründetheit

Der Antrag von A müsste aber auch begründet sein.

Ein Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO, gerichtet auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des (vorliegend noch zu erhebenden) Widerspruchs ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell nicht ordnungsgemäß erfolgt ist und/oder das Aussetzungsinteresse des A das besondere Vollziehungsinteresse der Freien Universität überwiegt.

I. Formell ordnungsgemäße Anordnung der sofortigen Vollziehung

Fraglich ist zunächst, ob das Präsidium der Freien Universität die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell ordnungsgemäß angeordnet hat. Dies setzt voraus, dass das Präsidium zuständig war, die Vorschriften über das Verfahren eingehalten wurden und das besondere Vollziehungsinteresse, welches über das Erlassinteresse hinausgeht, auch schriftlich begründet wurde.

1. Zuständigkeit

Zunächst müsste die Zuständigkeit für die erfolgte zusätzliche Anordnung der sofortigen Vollziehung im Bescheid vom 09.02.2024 gewahrt sein.

Nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO war das Präsidium der Freien Universität als Erlassbehörde des Bescheids vom 09.02.2024 über das temporäre Hausverbot auch für die gesonderte Anordnung von dessen sofortiger Vollziehung zuständig.

2. Verfahren

Zudem müsste das Verfahren hierfür eingehalten worden sein.

Insbesondere wurde A vor Erlass des temporären Hausverbots angehört. Demzufolge kommt es auf die streitige Frage²⁰, ob auch vor der Anordnung der sofortigen Vollziehung eine Anhörung iSd. § 1 Abs. 1 VwVfGBln iVm. § 28 Abs. 1 VwVfG erfolgen muss, nicht an.

Weitere Verfahrensaspekte stehen nicht in Rede. Damit wurde insgesamt auch das Verfahren eingehalten.

3. Form

Schließlich müsste das Präsidium der Freien Universität die Anordnung der sofortigen Vollziehung iSd. § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO schriftlich begründet haben.

Dabei genügen keine bloß formelhaften Erwägungen; vielmehr muss dem Adressaten deutlich werden, dass sich die Erlassbehörde des konkreten Einzelfall- bzw. Ausnahmecharakters der Maßnahme und der damit verbundenen Warnfunktion bewusst war.²¹ § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO kann somit nur dann verletzt sein, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung entweder überhaupt keine Begründung erkennen lässt oder die Begründung nicht den vorgenannten Anforderungen Rechnung trägt.

Vorliegend hat das Präsidium der Freien Universität ausdrücklich auf eine Gefährdung anderer Universitätsmitglieder durch die von A ausgehende antisemitische Gesinnung und etwaige Folgehandlungen abgestellt. Diese Begründung, die auch in schriftlicher Form erfolgt ist, genügt jedenfalls den vorgenannten Erfordernissen.

4. Zwischenergebnis

Das Präsidium der Freien Universität hat die sofortige Vollziehung damit formell ordnungsgemäß angeordnet.

II. Interessenabwägung des Gerichts

Die Interessenabwägung des Gerichts hat sich an den Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu orientieren. Sollte eine summarische Prüfung ergeben, dass der Verwaltungsakt des temporären Hausverbots bereits offensichtlich rechtswidrig ist, so muss von einem Überwiegen des Aussetzungsinteresses von A ausgegangen werden. Denn eine Behörde kann an der Vollziehung eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsakts kein Interesse haben.

Erst wenn keine offensichtliche Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts ausgemacht werden kann, kommt es auf eine Abwägung zwischen dem Aussetzungsinteresse von A und dem Voll-

16 OVG Münster BeckRS 2015, 50948.

17 Vgl. Buchheister, in: Wysk, VwGO, 3. Aufl. (2020), § 80 Rn. 44; Vogel-sang/Rasidovic, JA 2024, 51 (53).

18 Fontana/Klein, JA 2017, 846 (848); Vogelsang/Rasidovic, JA 2024, 51 (53).

19 Vgl. Walker/Walker, JA 2022, 571 (574).

20 Vgl. im Überblick Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 41. EL (Juli 2021), § 80 VwGO Rn. 258; Redeker/Kothe/v. Nicolai, in: Redeker/v. Oertzen, VwGO, 27. Aufl. (2022), § 80 Rn. 27.

21 VGH München BeckRS 2023, 34273; VGH Mannheim NJW 2024, 166; Buchheister, in: Wysk, VwGO, 3. Aufl. (2020), § 80 Rn. 25; Gersdorf, in: BeckOK VwGO, 67. Ed. (Stand: 01.10.2023), § 80 Rn. 87 f.

ziehungsinteresse (des Präsidiums) der Freien Universität an.

1. Summarische Prüfung des Hausverbots

Fraglich ist also zunächst, ob sich der Verwaltungsakt des temporären Hausverbots bei summarischer Prüfung bereits als offensichtlich rechtswidrig erweist.

a) Ermächtigungsgrundlage

Der Verwaltungsakt des temporären Hausverbots für A stützt sich auf die §§ 16 Abs. 2, 52 Abs. 5 Satz 2 BerlHG.

Danach kann das Präsidium der Freien Universität im Rahmen seiner allgemeinen Befugnisse nach Anhörung des Betroffenen Maßnahmen gegen Störungen des geordneten Hochschulbetriebs durch Studierende treffen, wobei diese Maßnahmen auf höchstens drei Monate zu befristen sind.

Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der §§ 16 Abs. 2, 52 Abs. 5 Satz 2 BerlHG bestehen jedenfalls nicht. Schließlich müssen Maßnahmen zur präventiven Sicherung der Ordnung i.S. eines funktionierenden Dienstbetriebs auch bei öffentlichen Einrichtungen möglich sein.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

Jedoch müsste der Verwaltungsakt des temporären Hausverbots auch formell rechtmäßig sein. Dies erfordert, dass der Verwaltungsakt von der zuständigen Behörde erlassen wurde sowie dass Verfahren und Formvorgaben eingehalten wurden.

aa) Zuständigkeit

Nach den §§ 16 Abs. 2, 52 Abs. 5 Satz 2 BerlHG war das Präsidium der Freien Universität für das Treffen von Maßnahmen gegen Störungen des geordneten Hochschulbetriebs durch Studierende zuständig.

Ausweislich der Begründung des temporären Hausverbots („Schutz der Hochschulmitglieder auf dem Campus der Freien Universität“) fällt dies noch in jene Zuständigkeit.

bb) Verfahren und Form

Weiterhin müssten die Verfahrens- und Formvorschriften eingehalten worden sein.

Insbesondere wurde A vor Erlass des temporären Hausverbots iSd. § 1 Abs. 1 VwVfGBln iVm. § 28 Abs. 1 VwVfG angehört. Zudem wurde das temporäre Hausverbot auch iSd. § 1 Abs. 1 VwVfGBln iVm. § 28 Abs. 1 VwVfG begründet.

Somit wurden die Verfahrens- und Formvorschriften insgesamt eingehalten.

cc) Zwischenergebnis

Damit stellt sich der Verwaltungsakt des temporären Hausverbots als formell rechtmäßig dar.

c) Materielle Rechtmäßigkeit

Fraglich ist aber, ob der Verwaltungsakt des temporären Hausverbots nicht womöglich offensichtlich rechtswidrig war.

aa) Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Nach der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage durfte das Präsidium der Freien Universität Maßnahmen gegen Störungen des geordneten Hochschulbetriebs durch Studierende treffen, wobei dies bis zu drei Monaten möglich war. Dies schließt dem Wortlaut nach auch jedwede Maßnahmen der Geltendmachung des

Hausrechts, insbesondere die Verhängung eines Hausverbots, mit ein.

Maßnahmen des Hausrechts dienen an Hochschulen und Universitäten dem Hausfrieden als Voraussetzung eines geordneten Hochschulbetriebs und haben demnach in erster Linie präventiven Charakter.²² Sie sollen während der Dauer ihrer Wirksamkeit sonst zu befürchtende Störungen ausschließen und den Betroffenen dazu motivieren, nach Beendigung der Wirksamkeit Störungen von sich aus zu unterlassen. Allein hiernach hat sich die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu bemessen.²³ Zu Störungen des Hochschulbetriebs zählt auch der Schutz anderer Studierender sowie sonstiger Universitätsmitglieder.²⁴

Von daher sind die § 16 Abs. 2, 52 Abs. 5 Satz 2 BerlHG so zu verstehen, dass es dort um Maßnahmen gegen drohende Störungen des Hochschulbetriebs geht. Drohende Störungen könnten dabei potenziell auch von A ausgehen, der – trotz Bestehens der strafrechtlichen Unschuldsvermutung – bereits sein Gewaltpotential gezeigt hat. Dem Präsidium kam bei der Beurteilung des Vorverhaltens von A als Basis eines Störungspotenzials jedenfalls ein gewisser Beurteilungsspielraum (pflichtgemäßes Ermessen²⁵) zu, der gemessen am Maßstab einer bloß summarischen Prüfung noch eingehalten wurde.

Die Verhängung der Maßnahme Hausverbot kommt allerdings nur in Frage, wenn zum Vorliegen einer Störung des Hochschulbetriebs in der Vergangenheit auch die prognostische Erwartung einer zukünftigen entsprechenden Störung hinzutritt, somit also grundlegend eine ernsthafte und auf den Sicherungszweck ausgerichtete Wiederholungsgefahr besteht.²⁶

Problematisch ist dabei vorliegend aber, dass das Präsidium der Freien Universität gar keine Erkenntnisse zu einer Störung des Hochschulbetriebs in der Vergangenheit hatte. Denn dieser war in der Vergangenheit – soweit bekannt – durch A gar nicht tangiert worden. Da sich das Vorkommnis vom 02.02.2024 auch nicht auf dem Campus der Freien Universität ereignete, konnte jedenfalls auch hiervon der dienstliche Lehrbetrieb nicht beeinträchtigt werden. Der Umstand allein, dass A und B Kommilitonen sind, betrifft schließlich den Hochschulbetrieb der Freien Universität nicht. Außeruniversitäre Rangeleien und Straftaten auch von Studierenden begründen für sich genommen noch keine Gefahren für den Hochschulbetrieb.

Hinweis:

Anders läge der Fall natürlich, wenn A auf B auf dem Campusgelände eingeschlagen hätte.²⁷ So liegen auch die bislang ausjudizierten Rechtsprechungsfälle zu Hausverboten an Universitäten und Hochschulen: Dort ging es bislang soweit ersichtlich noch nie um ein rein außeruniversitäres Verhalten von Studierenden, sondern stets um Verhalten auf dem Campus oder zumindest im Zuge von oder nachgelagert zu Hochschulveranstaltungen. Insoweit hatte das VG Berlin schon einmal angedeutet, dass sogar bei durch den Lehrbetrieb verursachten

22 OVG Lüneburg NJW 1975, 136; Michl/Roos, LKRZ 2012, 50 (54).

23 OVG Münster BeckRS 2016, 42545.

24 VG Gelsenkirchen BeckRS 2018, 36233.

25 Vgl. VG Saarlouis NJW 2012, 3803 (3804).

26 Vgl. VGH Mannheim NVwZ-RR 2016, 384 (386); OVG Münster BeckRS 2019, 68110; VG Göttingen BeckRS 2012, 57800; VG Gelsenkirchen BeckRS 2018, 36233; VG Berlin BeckRS 2021, 13626; VG Gießen BeckRS 2022, 12828; Michl/Roos, LKRZ 2012, 50 (54).

27 Vgl. VG Gelsenkirchen BeckRS 2018, 36233.

privaten Folgeveranstaltungen eher nicht von einer Störung des Hochschulbetriebs ausgegangen werden kann, wovon aus in der Folge erst eine Prognose für eine erwartbare Störung in der Zukunft angestellt werden kann.²⁸ Erst recht dürfte dies dann hier gelten.

Vorliegend wurden damit ausnahmsweise schon die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage offenkundig nicht eingehalten.

bb) Zwischenergebnis

Der Verwaltungsakt des temporären Hausverbots ist damit offensichtlich rechtswidrig.

2. Zwischenergebnis

Bereits der Verwaltungsakt des temporären Hausverbots stellt sich bei summarischer Prüfung als offensichtlich rechtswidrig dar.

C) Ergebnis

Im Ergebnis bedarf es gar keiner Abwägung der widerstreitenden Interessen mehr. Schließlich stellt sich bereits der Verwaltungsakt des temporären Hausverbots als offensichtlich rechtswidrig dar. Damit hat der Antrag des A Aussicht auf Erfolg, da er zulässig und begründet ist.

Abschließende Hinweise für Studierende

Selbst wenn man das Hausverbot als nicht offensichtlich rechtswidrig bewerten wollte, so dürfte sich am Ergebnis dennoch nichts ändern. Schließlich greift ein Hausverbot für Studierende massiv in das Recht auf aktive Teilnahme am Wissenschaftsprozess aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG wie auch in das Recht auf freie Berufswahl aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG ein.²⁹ Im Wesentlichen geht es dabei darum, ob ein (dann aber rechtmäßiges) Hausverbot das Weiterbetreiben des Studiums in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigt.³⁰ Demgegenüber gibt es keinerlei Erkenntnisse dafür, dass A sich auch im Hochschulbetrieb selbst gewalttätig und/oder antisemitisch verhalten wird. Das außeruniversitäre Vorkommnis hat letztlich hierfür nur eine sehr begrenzte Indizwirkung. Auch die Schutzpflicht der Universität gegenüber B, dem mutmaßlichen Täter A auf dem Campus nicht mehr begegnen zu müssen, kann die massiven Eingriffe in die Grundrechte des A wohl nicht rechtfertigen. Zumal dieser Schutz ohnehin nur zeitlich sehr begrenzt wirken kann. Nach alledem ist das Hausverbot keinesfalls als wasserdicht zu bezeichnen. Rechtspolitisch ist wohl tatsächlich eine Exmatrikulationsmöglichkeit etwa für rechtskräftig verurteilte Studierende in Bezug auf einen fest definierten Kanon von Straftaten als Alternative zu fordern.

► Inhaltsverzeichnis

²⁸ VG Berlin BeckRS 2021, 13626.

²⁹ Vgl. OVG Lüneburg BeckRS 2007, 20928; VGH Mannheim NVwZ-RR 2016, 384 (387); VG Gelsenkirchen BeckRS 2018, 36233; VG Berlin BeckRS 2021, 13626.

³⁰ OVG Münster BeckRS 2019, 68110.





KÖPFE

GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)
www.tsp-law.com/karriere

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

Rechtsprechung - Zivilrecht

Oberlandesgericht Frankfurt aM.

Investition in Krypto-Währungen aus Gefälligkeit

Urteil vom 19. April 2023, Az.: 13 U 82/22

1. Bei einem aus Gefälligkeit einem anderen erwiesenen Freundschaftsdienst, mit dessen Kapital in Krypto-Währungen zu investieren, ist eine Haftung des Geschäftsführers ausgeschlossen, wenn er hierbei „freie Hand“ hatte und dem Geschäftsherrn die Risiken des Investments bewusst waren.

2. Anforderungen an die Erkennbarkeit eines im Widerspruch zum mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn stehenden Handelns durch den Geschäftsführer.

(Amtliche Leitsätze)

A) Sachverhalt (vereinfacht)

K und B unterhalten sich über Kryptowährungen. Dabei stellen sie fest, dass K eine Menge Geld zur Verfügung hat, aber nicht viel über Kryptowährungen weiß, wohingegen B kein Geld, aber eine Menge Ahnung vom Thema Kryptowährungen hat. Daher vereinbaren sie, dass K dem B einen Betrag von ca. 85.000 Euro gibt. B soll dieses Geld in Kryptowährungen anlegen und so viel Rendite wie möglich erwirtschaften. Anschließend soll er den Betrag und den Gewinn an K zurückgeben. B legt das Geld schließlich in Ethereum an, wechselt dann aber in Bitcoin. Nun gewinnt ETH an Wert, Bitcoin nicht. K meint im Nachhinein, B hätte in ETH verbleiben sollen, dann wäre sein Vermögen (das des K) deutlich größer.

K verlangt von B den Betrag, der „verloren“ gegangen ist, weil B statt in ETH zu verbleiben in Bitcoin gewechselt hat.

B) Verfahrensgang

Das Landgericht Darmstadt hat mit Urteil vom 9.3.2022 (Az. 9 O 209/19) der Klage weit überwiegend stattgegeben. Es stützt den Anspruch des K auf §§ 687 Abs. 2, 678 Abs. 2 BGB.

Der B legte daraufhin Berufung ein. Über das Berufungsurteil wird in diesem Artikel berichtet.

Aktuell ist die Sache bei dem 3. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (Az. III ZR 108/23) anhängig.

C) Die Entscheidung des Senates

I. Vertraglicher Anspruch auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB

K könnte einen vertraglichen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB haben.

1. Hierfür müssten K und B einen Vertrag geschlossen haben.

K und B haben besprochen, dass K dem B Geld gibt und B damit Investitionen in Krypto-Währung vornimmt.

Eine vertragliche Bindung ist mithin nicht fernliegend.

Vom rechtlich verbindlichen Vertrag abzugrenzen ist aber das reine Gefälligkeitsverhältnis. Das ist eine Sonderbeziehung zwi-

schen einem uneigennützig handelnden Teil (Gefälliger) und einem anderen (Begünstigter).¹ Bei dem Gefälligkeitsverhältnis fehlt es am Rechtsbindungswillen.

Die Abgrenzung erfolgt anhand der Merkmale Art und Zweck der Gefälligkeit, Interessenlage der Beteiligten, erkennbare wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Angelegenheit, Wert der anvertrauten Sache, Aufwendungen und Vorleistungen, dem Begünstigten drohende Gefahren und Schäden bei fehlerhafter Leistung, eigenes wirtschaftliches oder rechtliches Interesse des Gefälligen, unverhältnismäßiges Haftungsrisiko.²

Vorliegend hat der K dem B ca. 85.000 Euro gegeben. Der Zweck war, dass B das Geld in Kryptowährungen investiert und möglichst viel Rendite erwirtschaftet. Für K hatte die Sache möglicherweise wirtschaftliche Bedeutung, für B wohl eher nicht. B sollte bei dem Geschäft nichts erlangen oder verdienen. Er hatte somit kein eigenes wirtschaftliches Interesse. Somit gibt es auch keinen Grund, weshalb B sich hier hätte rechtlich binden wollen. Ein Vertrag würde hier auch zu einem völlig unverhältnismäßigen Haftungsrisiko seitens des B führen. Ein Rechtsbindungswille ist daher zu verneinen.

2. Folglich ist von einem reinen Freundschaftsdienst auszugehen. Ein Vertrag liegt nicht vor.

Hinweis

Hierüber lässt sich sicherlich diskutieren. Gerade mit Blick auf den Betrag von ca. 85.000 Euro, den der K dem B überwiesen hat, könnte man möglicherweise auch zu einem anderen Ergebnis kommen.

Das OLG hat sich mit diesem Anspruch nicht beschäftigt. Es erwähnt lediglich in einem Nebensatz an anderer Stelle, dass es sich wohl mangels eigener wirtschaftlicher Vorteile des B um einen „Freundschaftsdienst“ handelt.

II. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 677, 280 Abs. 1, 282 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch aus §§ 677, 280 Abs. 1, 282 BGB haben.

1. Dafür braucht es zunächst ein Schuldverhältnis. Dieses könnte in Form der echten berechtigten GoA vorliegen.

a) Der B hat zweifelsfrei ein objektiv fremdes Geschäft geführt, indem er das Geld des K in Krypto-Währungen anlegte.

b) Auch liegt bei B der Fremdgeschäftsführungswille vor. K und B hatten besprochen, dass B das Geschäft für den K vornimmt.

c) Die Übernahme des Geschäfts war auch im Interesse und mit

¹ Mansel, in: Jauernig, 19. Aufl. (2023), § 241 Rn. 23.

² Ibid., Rn. 24.

Willen des Geschäftsherrn (K). Dieser bat den B ausdrücklich die Investitionen für ihn zu tätigen, weil er sich im Bereich der Krypto-Währungen nicht auskennt.

d) Ein Auftrag lag nicht vor.

Zwischenergebnis: Damit liegt ein gesetzliches Schuldverhältnis in Form der echten berechtigten GoA vor.

2. Weiter bräuchte es eine Pflichtverletzung.

Dies ist am Maßstab des § 677 BGB zu beurteilen.³

Zunächst ist auf den wirklichen Willen abzustellen. Dieser kann ausdrücklich oder konkludent geäußert werden. Der K hat sich aber laut den Feststellungen des Urteils nie dahingehend geäußert, dass er nicht mit der Umwandlung der ETH in Bitcoin einverstanden gewesen wäre.

Somit muss auf den mutmaßlichen Willen abgestellt werden.⁴ Das ist der Wille, den der Geschäftsherr (K) bei objektiver Beurteilung aller Umstände im Zeitpunkt der Übernahme der Geschäftsführung geäußert hätte.⁵

Nach der Überzeugung des Gerichts haben K und B beim gemeinsamen Grillen im Garten des B darüber gesprochen, dass eine Aufspaltung in verschiedene Krypto-Währungen vorgenommen werden könnte. Der K, welcher Einblick und Zugriff auf die Konten gehabt habe, habe dabei dem B, insoweit „freie Hand“ gelassen. Dazu kommt, dass K kein Wissen über Krypto-Währungen hatte und genau aus diesem Grund den B bat, mit seinem Geld Rendite zu erzielen.

Es gibt keinen Anlass den mutmaßlichen Willen dahin zu deuten, dass K genaue Anweisungen hätte geben wollen, wann in welche Währungen zu investieren sei. Unter Betrachtung der Gesamtumstände ist es naheliegend, dass der mutmaßliche Wille dem Umtausch von ETH in Bitcoin nicht entgegenstand.

Zwischenergebnis: Eine Pflichtverletzung ist damit zu verneinen.

3. K hat keinen Anspruch gem. §§ 677, 280 Abs. 1, 282 BGB gegen B.

III. Anspruch auf Herausgabe von 117 ETH gem. § 985 BGB

Der K könnte gegen B einen Anspruch auf Herausgabe gem. § 985 BGB haben.

Dieser Anspruch bezieht sich jedoch lediglich auf Sachen. Bei den ETH-Tokens müsste es sich mithin um eine Sache i.S.d. § 90 BGB handeln.

Ethereum-Token sind virtuell und sinnlich nicht wahrnehmbar. Es fehlt an der Körperlichkeit. Somit sind die Tokens keine Sachen i.S.d. § 90 BGB.

Der K hat keinen Anspruch gegen B aus § 985 BGB.

IV. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB haben.

1. Hierfür braucht es zuallererst eine Rechtsgutsverletzung eines von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsguts.

In Betracht kommt hier nur ein sonstiges Recht.

³ F. Schäfer, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2023), § 677 Rn. 157.

⁴ Ibid., Rn. 160.

⁵ BGH, NJW 2016, 2407.

Ganz allgemein sind sonstige Rechte i.S.d. Abs. 1 Rechte, die einer bestimmten Person zugewiesen sind und absoluten Schutz gegenüber jedermann gewähren.⁶ Nur dann sind sie mit den anderen in Abs. 1 genannten Rechten und Rechtsgütern vergleichbar.⁷

In Betracht kommt das Recht an Daten.

Ein solches Recht ist grundsätzlich notwendig, da durch die Zunahme von Digitalisierung und Cloud-Anwendungen der Eigentümer/Berechtigte der Daten häufig nicht mehr auch der Eigentümer/Berechtigte des „Datenträgers“ ist.⁸

Beispiel:

Wenn ich mir gehörende Daten auf meinem USB-Stick speichere, gibt es keine großen Probleme bei der Zuordnung und Abgrenzung der Daten. Schwieriger gestaltet sich das, wenn ich meine Daten in einer Cloud speichere, die einem Cloud-Anbieter gehört. Dort teilen sich die Daten die Infrastruktur mit allen anderen Daten. Noch komplexer wird es vermutlich, wenn der Cloud-Anbieter sich eines Dienstleisters bedient, der die technische Infrastruktur für die Cloud stellt und die Daten wiederum verteilt und zusammen mit anderen Daten speichert. Im vorliegenden Fall geht es zwar nicht um eine Cloud, wohl aber um eine Blockchain, die ihre Informationen auch verteilt und gemeinsam mit Daten anderer speichert. Und auch hier gehören mir nicht die Server auf denen die Blockchain gespeichert ist, sondern höchstens ein kleines „Stück“ der „Kette“, das irgendwo „liegt“. Oder sogar nur die Informationen, die auf diesem Stück gespeichert sind.

Erforderlich für Daten als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB sind ein Zuordnungsgehalt und eine Ausschlusswirkung.⁹

a) Zuordnungsgehalt

Hier wird unterschieden zwischen semantischer und syntaktischer Information.¹⁰

Syntaktische Information ist die Codierung von Information in einer Menge von Zeichen.¹¹

Der Ethereum-Code ist auf einer Blockchain gespeichert. Auf der Blockchain werden die Daten unveränderbar und dem jeweiligen Inhaber zuordenbar gespeichert. Dem Inhaber eines ETH-Tokens „gehört“ vermutlich ein bestimmtes Stück der Blockchain. Dieses ist zwar nicht räumlich oder sinnlich wahrnehmbar, dennoch kann es dem Inhaber wohl über die gespeicherten Daten zugeordnet werden.

Somit ist ein Zuordnungsgehalt zu bejahen.

b) Ausschlusswirkung

Es müsste auch eine Ausschlusswirkung bestehen.¹²

⁶ De la Durantaye, in: Borges/Hilber, BeckOK-IT-Recht, 13. Ed. (1.4.2023), § 823 BGB Rn. 18; Hager, in: Staudinger (2017), § 823 Rn. B 124; Spindler, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK-BGB, § 823 Rn. 160; Wagner, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2023), § 823 Rn. 188, 303.

⁷ De la Durantaye, in: Borges/Hilber, BeckOK-IT-Recht, 13. Ed. (1.4.2023), § 823 BGB Rn. 18; Förster, in: Hau/Poseck, BeckOK-BGB, [Edition, Jahr?] § 823 Rn. 143.

⁸ De la Durantaye, in: Borges/Hilber, BeckOK-IT-Recht, 13. Ed. (1.4.2023), § 823 BGB Rn. 30.

⁹ Ibid., Rn. 32, 33.

¹⁰ Wagner, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2023), § 823 Rn. 379, 380.

¹¹ Wagner, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2023), § 823 Rn. 380.

¹² De la Durantaye, in: Borges/Hilber, BeckOK-IT-Recht, 13. Ed. (1.4.2023), § 823 BGB Rn. 33.

Soweit dem Auto bekannt, können die historischen Daten aus technischen Gründen – die in der Natur der Blockchain liegen – nicht verändert werden. Es kann niemand außer dem berechtigten Inhaber der Daten, diese verändern oder gar löschen. Somit ist jegliche Einwirkung auf die Daten ausgeschlossen.

Es besteht auch die Ausschlusswirkung.

Zwischenergebnis: Es handelt sich um Daten als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB.

Der Vorgang müsste vom Schutzzumfang erfasst sein. Hierüber gibt es noch keine abschließende Klärung. In Betracht kommt der Schutz vor Veränderung und Löschung, aber auch vor Vervielfältigung und Nutzung.¹³

Der Wechsel der ETH in Bitcoin kommt am ehesten einer Löschung gleich, da der Inhaber anschließend keinerlei Zugriff mehr darauf hat, so als wären sie gelöscht worden.

Der Schutzzumfang kann daher bejaht werden.

Somit ist eine Rechtsgutsverletzung zu bejahen.

2. Eine Verletzungshandlung besteht ebenfalls. Der B tauschte die ETH vorsätzlich in Bitcoin.

3. Die Verletzungshandlung müsste widerrechtlich erfolgt sein.

Vorliegend hat K dem B aber „freie Hand“ bei den Investitionen gelassen, da er selbst keine Ahnung von dem Bereich hat.

B handelte damit nicht widerrechtlich.

4. Damit scheidet ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB aus.

Hinweis

Das OLG hat in seiner Entscheidung lediglich in einem Satz erwähnt, dass die Krypto-Währungen keine absoluten, relativen oder sonstigen Rechte i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB seien und der Anspruch daher offensichtlich ausscheide. Die vorstehenden Ausführungen zu diesem Anspruch entstammen somit nicht den Entscheidungsgründen des OLG, sondern beruhen auf eigenen Gedanken und Thesen des Autors.

V. Ergebnis

K hat keine Ansprüche gegen B.

Hinweis:

Das Thema eignet sich für Universitätsklausuren und das Staatsexamen. Krypto-Währungen sind ein spannendes Feld und werden zunehmend in der Gesellschaft bekannter. Interessant zu sehen ist hierbei insbesondere, wie ein solch abstraktes und neues Thema unter die aktuellen Normen subsumiert werden kann. Oder ob es neuer Regelungen und Gesetzesänderungen bedarf.



Tim Tetz | Rechtsanwalt bei HFK Rechtsanwälte am Standort Stuttgart

E-Mail-Kontakt: ▶ tetz@hfk.de

▶ Inhaltsverzeichnis

¹³ Ibid., Rn. 34.

Rechtsprechung - Strafrecht

Bundesgerichtshof

Tatbeendigung bei Autodiebstahl und Verhältnis von Bandenmitgliedschaft und allgemeinen Beteiligungsregeln

Beschluss vom 13. Februar 2024, Az.: 5 StR 580/23

1. Zur Beendigung eines Autodiebstahls genügt es, wenn das Kraftfahrzeug nach Entwendung in nur wenigen Kilometern Entfernung abgestellt wird.

2. Sukzessive Mittäterschaft ist nach Beendigung der Tat nicht mehr möglich. Insoweit bleibt allein ein Rückgriff auf die Anschlussdelikte möglich.

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt

A ist Mitglied einer Gruppe, die sich darauf spezialisiert hat, Autos in Deutschland zu stehlen und in Polen zu veräußern. Dabei sieht die Arbeitsteilung derart aus, dass die in Deutschland befindlichen Gruppenmitglieder die Fahrzeuge entwenden, während die übrigen Mitglieder – unter ihnen A – die „Überführung“ der Fahrzeuge nach Polen übernehmen. In Umsetzung dieser Absprache entwendeten die in Deutschland aufhältigen Gruppenmitglieder eines Nachts in einer deutschen Großstadt zwei Fahrzeuge, die sie fünf bzw. zehn Kilometer vom jeweiligen Tatort entfernt im Stadtgebiet abstellten. Im Anschluss informierten sie den polnischen Teil der Gruppierung, der die Fahrzeuge mit eigens hierfür hergestellten Kennzeichendoubletten versehen und sodann nach Polen verbringen sollte. Als A und weitere Gruppenmitglieder einige Stunden später in der Stadt eintrafen, stellten sie fest, dass eines der Fahrzeuge nicht am angegebenen Abstellort war. Sie befürchteten, dass ihr Vorhaben von der Polizei entdeckt worden war, und entfernten sich unverrichteter Dinge, wurden aber kurze Zeit später von den Abstellort observierenden Polizeibeamten festgenommen. A und den anderen Gruppenmitgliedern ging es bei ihrem Tun darum, sich eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang zu verschaffen und daraus ihren Lebensunterhalt zu bestreiten.

B) Verfahrensgang

Das Landgericht hatte A wegen schweren Bandendiebstahls in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt.

Auf die dagegen gerichtete Revision des A hob der Senat das Urteil – mit Ausnahme der Feststellungen – auf und verwies die Sache an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück.

C) Die Entscheidung der des Senates

A könnte sich durch die Entwendung der beiden Autos wegen schweren mittäterschaftlichen Bandendiebstahls (in zwei Fällen) gemäß §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244a Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB¹ strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Vorliegen der Voraussetzungen des Grundtatbestandes (§ 242)

Nach den mitgeteilten Feststellungen „entwendeten“ die in Deutschland befindlichen Gruppenmitglieder die beiden Fahrzeuge innerhalb des Stadtgebiets, indem sie die Fahrzeuge in Entfernung von fünf bzw. zehn Kilometern vom ursprünglichen Abstellort parkten. Damit haben sie die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene Sachherrschaft des (jeweiligen) Fahrzeugnutzers, die nach der Verkehrsanschauung auch bei räumlicher Distanz zwischen Herrschaftsinhaber und Sache bestehen kann², gegen dessen Willen aufgehoben. Ihrerseits haben sie eigene Sachherrschaft an den nunmehr andernorts abgestellten Fahrzeugen begründet.

Hinweis

Daran, dass der (jeweilige) Diebstahl vorliegend **vollendet** war, dürfte kein Zweifel bestehen. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der (jeweilige) Diebstahl auch **beendet** war, was Konsequenzen namentlich für die Anwendbarkeit der Regeln der sukzessiven Mittäterschaft hat.³

b) Qualifizierende Umstände

aa) Bandenmäßige Begehung (§ 244 Abs. 1 Nr. 2)

Zu einem Bandendiebstahl wird die Tat nach Maßgabe des § 244 Abs. 1 Nr. 2, wenn der Täter als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt.

(1) Bestehen einer Bande

Unter einer Bande ist der Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, i.E. noch ungewisse Straftaten des gesetzlich genannten Deliktstyps (hier: § 242) zu begehen, zu verstehen.⁴ Die Gruppierung, die sich auf das Entwenden und Verschieben von Kraftfahrzeugen spezialisiert hat, ist als Bande iSd. Gesetzes einzustufen. Dabei steht fest, dass auch A Mitglied dieser Bande ist.

Hinweis

Es sind auch Fallgestaltungen denkbar, in denen sich ein **Außenstehender** an einer Bandentat in zentraler Rolle – und damit täterschaftlich – beteiligt, ohne dadurch zum Mitglied der Bande zu werden. Der Außenstehende kann – in Ermangelung der Bandenmitgliedschaft – selbst nicht die Qualifikationen der

¹ Alle im Folgenden genannten Vorschriften entstammen – soweit nicht gesondert kenntlich gemacht – dem Strafgesetzbuch (StGB).

² Vgl. das klassische Beispiel, wonach der Landwirt auch (noch) Inhaber der Sachherrschaft über den auf dem Feld zurückgelassenen Pflug ist; dazu BGHSt 16, 271 (273).

³ Dazu unten I.1.c).

⁴ Vgl. nur BGHSt 46, 321 (325); Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, BeckOK-StGB, 60. Ed. (01.02.2024), § 242 Rn. 15.

§§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244a Abs. 1 verwirklichen. Sein täterschaftliches Handeln vermag einzig über § 242 (ggf. iVm. § 243 oder aber anderen – nicht auf die Bande bezogenen – qualifizierenden Umständen nach § 244) abgebildet zu werden; ob seine Mitwirkung zusätzlich eine Anstiftung oder Teilnahme zu bzw. an den §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244a Abs. 1 darstellt, hängt davon ab, ob die Bandenmitgliedschaft als besonderes persönliches Merkmal iSd. § 28 Abs. 2 eingestuft wird. Nimmt man eine solche Einstufung – mit der h.M. – vor, bleibt es bei der Strafbarkeit wegen Beteiligung am Grunddelikt (ggf. iVm. § 243 usw.).⁵

(2) Bandenmäßige Begehung

Die im Einzelnen höchst umstrittenen Anforderungen an die bandenmäßige Begehung der in Rede stehenden Tat („Begehung „als Mitglied einer Bande [...] unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“) bereiten hier insoweit keine Probleme, als sämtliche Beteiligte der Bande zuzurechnen sind.

Hinweis

Umstritten ist im Hinblick auf die bandenmäßige Begehung insbesondere, wie viele Bandenmitglieder unmittelbar an der Ausführung des Diebstahls beteiligt sein müssen. Der BGH verfolgt hier eine sehr „großzügige“ Linie, indem er bereits die täterschaftliche Beteiligung **eines** Bandenmitglieds unter (wie auch immer gearteter) Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds genügen lässt; nicht einmal die Wegnahmehandlung muss von einem Bandenmitglied vollzogen werden.⁶

bb) Voraussetzungen des schweren Bandendiebstahls (§ 244a Abs. 1)

Nachdem sämtliche der an der Tat beteiligten Bandenmitglieder gewerbsmäßig iSd. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 handelten, sind auch die Voraussetzungen des § 244a Abs. 1, der die bandenmäßige Begehung u.a. in Kombination mit den Voraussetzungen des § 243 Abs. 1 S. 2 mit (nochmals) schwerer Strafe bedroht, erfüllt.

c) Mittäterschaftliche Begehung

Die zentrale Fragestellung ist, ob Bandenmitglied A an den in Rede stehenden Diebstahlstaten mittäterschaftlich beteiligt war. So ist zwischen der Bandenmitgliedschaft als solcher und der Tatbeteiligung im konkreten Einzelfall streng zu differenzieren.⁷ Insoweit ist zu beachten, dass A nach der Abrede erst *nach Entwendung der Fahrzeuge* aktiv werden sollte, was den Senat zu folgenden Ausführungen veranlasst:

„Ein Diebstahl ist [...] beendet, wenn der Täter den Gewahrsam an den entwendeten Gegenständen gefestigt und gesichert hat. Wann eine ausreichende Sicherung der Beute erreicht ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Bei Kraftfahrzeugen wird dies in der Regel nicht der Fall sein, solange der Täter sich noch im unmittelbaren Herrschaftsbereich des Bestohlenen befindet oder aus anderen Gründen einem erhöhten Risiko ausgesetzt ist, die Beute durch Nacheile zu verlieren [...].“

⁵ Für die h.M.: BGHSt 47, 214 (216); Eisele, BT II, 6. Aufl. (2021), Rn. 232; Rengier, BT I, 25. Aufl. (2023), § 4 Rn. 107; für die Gegenmeinung etwa Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 244 Rn. 28/29.

⁶ Grundlegend BGHSt 46, 321 (332 ff.); zur diesbezüglich geübten Kritik vgl. nur Schmitz, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 244 Rn. 53 ff.

⁷ Vgl. nur BGH NStZ-RR 2013, 77: „Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind die Bandenmitgliedschaft einerseits und die Beteiligung an einer Bandentat andererseits unabhängig voneinander zu beurteilen“; ferner Eisele, BT II, 6. Aufl. (2021), Rn. 233; Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 244 Rn. 27.

Sodann subsumiert der Senat mit Blick auf den konkreten Sachverhalt:

„Hier hatten die Täter die entwendeten Kraftfahrzeuge jedoch bereits mehrere Kilometer entfernt von den Tatorten abgestellt. Die Autos waren damit dem Zugriff der Berechtigten entzogen; die Diebe hatten bereits gesicherten Gewahrsam an ihnen erlangt. Dass eines der beiden Fahrzeuge zufällig entdeckt und die Polizei eingeschaltet wurde, ändert daran nichts [...].“

Der Senat geht demnach von gesichertem Gewahrsam und damit einem *beendeten Diebstahl* aus, was der Möglichkeit einer mittäterschaftlichen Beteiligung entgegensteht:

„Nach Tatbeendigung können Beteiligungshandlungen Dritter – wie hier die des Angeklagten – lediglich noch den Tatbestand der Hehlerei gemäß § 259 StGB oder der Begünstigung gemäß § 257 StGB erfüllen [...].“

Hinweis

Zwar erkennt insbesondere die Rspr. die Möglichkeit sukzessiver Mittäterschaft auch für die Phase **zwischen Deliktsvollendung und -beendigung** an, was in der Literatur vielfach kritisch gesehen wird.⁸ Mit Blick auf die sich unmittelbar an die Beendigung anschließende Phase besteht aber in Rspr. und Schrifttum Einigkeit darüber, dass eine sukzessive Mittäterschaft insoweit keinen Platz (mehr) hat.⁹ Nicht in den Blick genommen wird vom Senat allerdings die Frage, inwieweit sich die – nach den Planungen feststehende – Mitwirkung am Abholungs- und Überführungsprozess zugleich als (psychische) Beihilfe iSe. Bestärkung der die Fahrzeuge entwendenden Bandenmitglieder in der Sinnhaftigkeit ihres Tuns darstellt.¹⁰

2. Zwischenergebnis

Die Entwendung der Fahrzeuge kann A nicht im Wege der Mittäterschaft zugerechnet werden.

II. Ergebnis

A sich nicht wegen schweren mittäterschaftlichen Bandendiebstahls (in zwei Fällen) gemäß §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244a Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

Abschließende Hinweise:

Die Entscheidung zeigt einmal mehr, dass zwischen der Bandenmitgliedschaft und der Beteiligung an der Einzeltat strikt zu differenzieren ist. Die Bandenmitgliedschaft als solche reicht nicht hin, um daraus eine Beteiligung an sämtlichen Bandentaten abzuleiten. Vielmehr gelten auch insoweit die allgemeinen Grundsätze von Täterschaft und Teilnahme. Die daran anknüpfende (Streit-)Frage nach der Möglichkeit einer sukzessiven Beteiligung spielt – und auch das zeigt die Entscheidung – immer dann keine Rolle, wenn die Tat bereits beendet ist. An einer beendeten Tat ist eine Beteiligung nach allgemeiner Ansicht nicht möglich.

Dass im Zusammenhang mit der bandenmäßigen Begehung zahlreiche weitere Fragen streitig diskutiert werden (zB.: Mög-

⁸ Für die Rspr.: BGH NStZ 2008, 152; OLG Köln NJW 1990, 587 (588); für die Gegenauffassung im Schrifttum etwa: Eisele, BT II, 6. Aufl. (2021), Rn. 340; Rengier, BT I, 25. Aufl. (2023), § 7 Rn. 47.

⁹ BGH NStZ 2008, 152; 2013, 463 (464); Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, BeckOK-StGB, 60. Ed. (01.02.2024), § 242 Rn. 49; Eisele, BT II, 6. Aufl. (2021), Rn. 339 m. Fn. 877.

¹⁰ Zu diesem Gesichtspunkt etwa auch Eisele, BT II, 6. Aufl. (2021), Rn. 225.

lichkeit einer Teilnehmerstrafbarkeit von Außenstehenden; Umfang der Einbindung von Bandenmitgliedern bei der unmittelbaren Tatausführung), ergibt sich bereits aus den oben gegebenen Hinweisen. Es empfiehlt sich daher, die bandenmäßige Begehung, die auch und insbesondere beim Raub eine Rolle spielt (vgl. § 250 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2), zum Gegenstand der Prüfungsvorbereitung zu machen.

Nicht unterschlagen werden soll schließlich der Hinweis, welchen der Senat an das nunmehr zur Entscheidung berufene Tatgericht richtet und welcher die Richtung bei der rechtlichen Einstufung des in Rede stehenden Verhaltens vorgibt: „Das neue Tatgericht wird in Bedacht zu nehmen haben, dass sich das erfolglose Handeln des Angeklagten zugleich auf zwei Kraftfahrzeuge richtete und damit gegebenenfalls als eine versuchte Bandenhlehleri (§ 260a Abs. 1 StGB) in zwei tateinheitlichen Fällen (§ 52 StGB) zu werten wäre.“



Ass. iur. Dr. **Alexander Bechtel** | Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht (*Prof. Dr. Jörg Eisele*) an der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen.

E-Mail-Kontakt: ▶ alexander.bechtel@uni-tuebingen.de

▶ Inhaltsverzeichnis

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
Dr. Alexander Bechtel
Prof. Dr. Sarah Bunk
Richterin Dr. Caprice Doerbeck
RA Dr. Pius O. Dolzer
Jonas Eberhardt
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
Nina Fischer, Maître en Droit (Marseille)
RA Steffen Follner
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
RR Dr. Christine Keilbach
Prof. Dr. Christian F. Majer
(Schriftleiter)
Prof. Dr. Torsten Noak
Marcus Nonn
RR Sascha Sebastian, M.mel.
(Stellvertretender Schriftleiter)
Julia Zaiser

Herausgeber

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

Vereinsvorstand

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

14. Jahrgang (2024)

ISSN 2195-044X

Beirat

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

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>
E-Mail: ▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:
▶ **Thümmel, Schütze & Partner** | ▶ **BRP Renaud & Partner**

Beiträge aus früheren Ausgaben

4/2023	Torsten Noak	Das Bundesverfassungsgericht und das Zitiergebot: eine weiterhin „gestörte Beziehung	► lesen
3/2023	Nick Marquardt	Die Auswahl von Insolvenzverwaltern unter besonderer Berücksichtigung von Diversitätsaspekten	► lesen
3/2023	Sebastian Schuh	Effektiver Umweltschutz	► lesen
2/2023	Sven Kaltenbach/ Dominik Bok	Der Versuch des Wohnungseinbruchdiebstahls	► lesen
1/2023	Jonas Sauer	Corona „ex post“	► lesen
1/2023	Dominik Skauradszun Johannes Schröder	Der Vertragsschluss in der Selbstbedienungssituation	► lesen
4/2022	Maximilian A. Max	Umweltschutz durch Verbandsklage im Zivilrecht?	► lesen
3/2022	Hendrik Berndt	Künstliche Intelligenz als eigene Rechtsperson - Die „KI-mbH“	► lesen
3/2022	Felix Buchmann	Die Auswirkungen des Gesetzes für faire Verbraucherverträge auf den Telekommunikationssektor	► lesen
2/2022	Friederike Meurer	Das neue Kaufrecht	► lesen
2/2022	Jana Müser	Bewährung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der Corona-Pandemie?	► lesen
1/2022	Judith Klink-Straub	Schuldrechtsreform 2.0	► lesen
1/2022	Dr. Arne Pautsch Jana Müser	Selbstvollziehendes Gesetz und Verwaltungsvollzugsvorbehalt	► lesen
4/2021	Maria Spinnler	Unterlassungsstrafbarkeit staatlicher Entscheidungsträger?	► lesen
3/2021	Marie-Sophie Herlein	Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der europäischen Integration	► lesen
2/2021	Nora Rzadkowski	Längst überfällig: Die Revidierte Europäische Sozialcharta ist in Kraftgetreten!	► lesen
2/2021	Michael Hippeli	Netiquette im digitalen Lehrbetrieb	► lesen
1/2021	Michael Hippeli	Struktur der strafprozessualen Verhandlungsunfähigkeit	► lesen
1/2021	Christian F. Majer Arne Pautsch	„Ugah, Ugah“ und die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis	► lesen
4/2020	Torsten Noak	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger – und kein Ende!	► lesen
4/2020	Gesine Berthold	Immunitätsausweise in Zeiten von Corona	► lesen
3/2020	Michael Hippeli	Smart Contracts	► lesen
3/2020	Friederike Meurer	Arbeitsrecht in Zeiten von Corona	► lesen
2/2020	Leonie Schmitt	Diskriminierung durch Maschinelles Lernen	► lesen
2/2020	Matthias Müller	Gemeinderatssitzungen per Video	► lesen
1/2020	Florian Außem	Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus	► lesen
1/2020	Arne Pautsch	Corona und Grundgesetz	► lesen
4/2019	Jonas Rohde	Zwangshaft gegenüber Amtsträgern	► lesen
3/2019	Hans-Dieter Pfannenstiel Gordon von Miller	Wölfe in Deutschland	► lesen
2/2019	Christian Knoth	Fluggastrechte in der Europäischen Union	► lesen
1/2019	Arne Pautsch	Geschlechterparität im Bundestag?	► lesen

4/2018	Michael Hippeli	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren	► lesen
3/2018	Christian F. Majer	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung	► lesen
2/2018	Torsten Noak	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger	► lesen
2/2018	Arne Pautsch	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg	► lesen
1/2018	Antonia Braun	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz	► lesen
4/2017	Arne Pautsch	Die Wahlpflicht	► lesen
4/2017	Momme Buchholz Helge Hölken Elisa Kuhne	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung	► lesen
3/2017	Sascha Sebastian	Die Inhaftierung „islamistischer Gefährder“ als menschenrechtliches Problem	► lesen
3/2017	Benjamin Bungarten	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers	► lesen
2/2017	Susanne Bertow	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?	► lesen
2/2017	Markus Meißner Philipp Fitzek	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)	► lesen
1/2017	Tim P. Holler Christoph J. Bender	Der Ehebegriff als Methodenproblem	► lesen
1/2017	Torsten Noak	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt	► lesen
4/2016	Philipp Tolga Mavituna	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen	► lesen
4/2016	Markus Meißner	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen	► lesen
3/2016	Sarah Bunk	Ist Ämterpatronage strafbar?	► lesen
2/2016	Christian F. Majer Guido Philipp Ernst	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?	► lesen
1/2016	Torsten Noak	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben	► lesen
4/2015	Sascha Brüggemann	Anonymität im Internet	► lesen
3/2015	Patrick Christian Otto	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts	► lesen
3/2015	Christian F. Majer	Die Strafbarkeit der Zwangsheirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen	► lesen
2/2015	Simon Pschorr	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle	► lesen
2/2015	Arne Pautsch	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand	► lesen
1/2015	Christian Picker	Das neue Mindestlohngesetz	► lesen
4/2014	Caprice Nina Doerbeck	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?	► lesen
4/2014	Sascha Brüggemann	Datenkrake NSA	► lesen
3/2014	Alexander Bechtel	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?	► lesen
2/2014	Christian F. Majer	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung	► lesen
2/2014	Philipp K. Kauffmann	In dubio pro – Selbstanzeige?	► lesen
1/2014	Andreas Lohbeck	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?	► lesen

4/2013	Philipp Kauffmann	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat	► lesen
4/2013	Stanyo Dinov	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan	► lesen
3/2013	Sebastian Brüggemann	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit	► lesen
2/2013	Joachim Renzikowski	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.	► lesen
1/2013	Andreas Lohbeck	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht	► lesen
1/2013	Hartmut Kilger Christian F. Majer	Die Ethik und die Rechtsanwälte	► lesen
4/2012	Tobias Rist	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern	► lesen
3/2012	Christian F. Majer	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten	► lesen
2/2012	Paul Popescu	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe	► lesen
1/2012	Julius Forschner	Die Haftung von Ratingagenturen	► lesen
1/2012	Nicolas Sonder	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?	► lesen
1/2011	Dominik Skauradszun Felix Hornfischer	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten	► lesen
1/2011	Werner Walk Nils Wiese	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung	► lesen

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –
 Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter
 ► www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer re-view“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an redaktion@zeitschrift-jse.de. Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift „**Jura Studium & Examen (JSE)**“ richtet sich, wie im Namen schon angedeutet, vorwiegend an Jura-Studenten und Rechtsreferendare. Sie ist aber keine klassische Ausbildungszeitschrift und will zu diesen auch nicht in Konkurrenz treten. Didaktische Beiträge, Überblicksaufsätze, Grundfälle, Grundlagenbeiträge und dergleichen werden in ihr nicht zu finden sein.

Stattdessen enthält sie in ihrem Aufsatzteil Beiträge zu Themen mit aktuellem politischen oder rechtspolitischen und auch -ethischen Hintergrund. Solche Themen sind zugleich häufig von hoher Examensrelevanz, insbesondere in der mündlichen Prüfung; sie sind jedoch auch beliebter Gegenstand von Examensklausuren. Unabhängig davon sind sie auch für Studenten und Referendare von allgemeinem Interesse. Die Zeitschrift möchte so auch die Teilhabe der Studenten und Referendare an der aktuellen juristischen Debatte ermöglichen und fördern. Nicht zuletzt möchte die Zeitschrift Themen mit rechtsethischem Bezug ein Forum geben. Die Beiträge werden vom jeweils fachlich zuständigen Beirat begutachtet („peer-review“).

Dabei ist eine gewisse Aktualität naturgemäß von besonderer Bedeutung. Wir erklären dem Autor daher eine Garantie der zeitnahen Veröffentlichung: wenn ein Beitrag angenommen wird, wird er in der nächsten oder übernächsten Ausgabe veröffentlicht. Der Autor kann ansonsten anderweitig disponieren und den Beitrag ggfs. zu einem späteren Zeitpunkt nochmals einreichen.

Die Zeitschrift setzt einen besonderen Schwerpunkt auf Examenskandidaten, wie schon im Namen zum Ausdruck gebracht. Sie enthält daher die zwar nicht nur, aber vor allem für die Examensvorbereitung wichtigen Klausuren zur Übung. Dabei liegt der Schwerpunkt auf Klausuren aus Examensklausurenkursen und dem Original-Staatsexamen.

Von zentraler Bedeutung in der Examensvorbereitung ist auch die Kenntnis der aktuellen examensrelevanten Rechtsprechung. Die Zeitschrift enthält daher die wichtigsten aktuellen Urteile, knapp und übersichtlich unter Verwendung von Originalzitaten aufbereitet.

Die Zeitschrift ist so konzipiert, dass ihre Lektüre von der ersten bis zur letzten Seite für den Leser von Relevanz ist. Auf Beiträge, die nur einen kleinen Kreis interessieren, wird daher weitgehend verzichtet. Beispielsweise sind Klausuren aus dem Schwerpunktbereich von untergeordneter Bedeutung – sie sind für die Mehrzahl der Leser nicht von Relevanz. Dasselbe gilt für Berichte über Auslandsstudien und Praktika – auf sie wird daher vollständig verzichtet. Verzichtet werden soll letztendlich auch auf allgemeine wissenschaftliche Beiträge und Urteilsanmerkungen. Sie sollen den einschlägigen Fachzeitschriften vorbehalten bleiben.

ISSN 2195-044X



9 772195 044008