



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

Beiträge

Sirovina

Die Neuregelung der Abnahme im Werkvertragsvertragsrecht

von Zons

Götterdämmerung für die Fünf-Prozent-Hürde

Fallbearbeitung

Hippeli

Zivilrecht: „Wohnung zu vermieten, Israelis unerwünscht?“

Hippeli

Öffentliches Recht:
„Palästina-Camp“

Rechtsprechung

BGH

Vertraglicher Unterlassungsanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB post contractum finitum

BGH

Keine Gefährdungshaftung nach StVG bei Fahrzeugbrand aus unklarer Ursache

Inhaltsverzeichnis

Beiträge	Stjepan Sirovina Die Neuregelung der Abnahme im Werkvertragsvertragsrecht	Seite ▶ 36
	Jonas von Zons Götterdämmerung für die Fünf-Prozent-Hürde	Seite ▶ 40
Fallbearbeitung	Michael Hippeli Anfängerklausur Zivilrecht: „Wohnung zu vermieten, Israelis unerwünscht?“	Seite ▶ 47
	Michael Hippeli Assessorexamensklausur Öffentliches Recht: „Palästina-Camp“	Seite ▶ 53
Rechtsprechung Zivilrecht	BGH Vertraglicher Unterlassungsanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB post contractum finitum Urteil vom 02.05.2024 (<i>Fritz Kaspar</i>)	Seite ▶ 69
	BGH Keine Gefährdungshaftung nach StVG bei Fahrzeugbrand aus unklarer Ursache Urteil vom 12.12.2023 (<i>Christian F. Majer</i>)	Seite ▶ 73
Rezension	Arne Pautsch Schoch/Eifert (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Auflage (2023)	Seite ▶ 75

Editorial

Die zweite Ausgabe für das Jahr 2024 kann mit gleich zwei **Beiträgen** aufwarten. Den Anfang macht SIROVINA, der „Die Neuregelung der Abnahme im Werkvertragsvertragsrecht“ untersucht und bewertet. Hierzu werden zunächst die Bedeutung der Abnahme und ihre Rechtsfolgen didaktisch aufbereitet, bevor auf die Besonderheiten der Neuregelung, insbesondere bei der Abnahmefiktion, näher eingegangen wird.

Der zweite **Beitrag** im Heft schließt nahtlos an die letzte Ausgabe an. Hier liefert VON ZONS unter dem Titel „Götterdämmerung für die Fünf-Prozent-Hürde“ eine weitere didaktische Aufbereitung und rechtliche Bewertung der neuesten Wahlrechtsreform. Schwerpunkt ist die Abschaffung der Grundmandatsklausel bei gleichzeitiger Beibehaltung einer Fünf-Prozent-Hürde und wie sich diese Kombination auf die politische Repräsentation insbesondere Bayerns und der Partei „Die Linke“ auswirken könnte.

Abwechslungsreich ist auch dieses mal wieder die **Fallbearbeitung**. Sie beginnt mit einer **Klausur** aus dem **Zivilrecht**, welche sich in erster Linie an Studierende der Zwischenprüfung und Anfängerübung richten dürfte. Unter der Überschrift „Wohnung zu vermieten, Israelis unerwünscht?“ liefert HIPPELI einen didaktischen Überblick über einige wesentliche Aspekte des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) und seiner Verbindung mit dem allgemeinen Leistungsstörungen- und Deliktsrecht des BGB. Als Vertragliche Grundlage dient ihm dabei – wie der Titel nahelegt – das Mietrecht.

Die zweite **Klausur** fällt in den Bereich des **Öffentlichen Rechts** und ist inhaltlich an Rechtsreferendare in der Verwaltungsstation gerichtet. In „Palästina-Camp“ bereitet HIPPELI eine behördliche Aufgabenstellung einige Fragen des Versammlungs- und Hochschulrechts sowie Aspekte des Verwaltungsprozessrechts didaktisch – und verwaltungspraktisch auf. Die Lektüre ist allen angehenden Rechtsassessoren damit – auch aufgrund der gerade sehr praxisrelevanten Thematik – wärmstens ans Herz gelegt.

Der Bereich zur **Rechtsprechung** beginnt wie gehabt mit dem **Zivilrecht**. In der ersten Entscheidung musst sich der erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofes mit der Frage auseinandersetzen, im Falle einer Verletzung vertraglicher Rücksichtnahmepflichten, durch die die Erreichung des Vertragszwecks bedroht wird, nur Schadensersatz oder – im Falle des Bestehens einer Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr – auch Unterlassung verlangt werden kann (KASPAR). In der zweiten Entscheidung in dieser Ausgabe war sechste Zivilsenat zur Entscheidung über die Frage berufen, ob die Halterhaftung nach dem StVG bei einem Fahrzeugbrand allein aus dem Umstand begründet werden kann, dass das KFZ leicht brennbare Betriebsstoffe mit sich führt oder aus ihnen gefertigt wurde (MAJER).

Das Heft schließt mit einer **Rezension** des von Schoch/Eifert herausgegebenen Werkes zum besonderen Verwaltungsrecht, welches 2023 in der zweiten Auflage erschienen ist (PAUTSCH).



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

► redaktion@zeitschrift-jse.de



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

► schlussredaktion@zeitschrift-jse.de

Beitrag

Stjepan Sirovina

Die Neuregelung der Abnahme im Werkvertragsvertragsrecht eine gelungene Bestimmung?



Stjepan Sirovina | Rechtsanwalt bei HFK im Immobilien- und Baurecht in Stuttgart und Lehrbeauftragter an der Hochschule für Wirtschaft und Umwelt in Nürtingen-Geislingen (Campus of Real Estate).

E-Mail-Kontakt: ▶ sirovina@hfk.de

Gliederung

Abstract

A) Abnahme im Werkvertragsrecht

I. Historischer Hintergrund

II. Folgen der Abnahme

B) Abgrenzung von Kaufrecht und Werkvertragsrecht

C) Abnahmeformen

D) Abnahmefiktion

I. § 640 Abs. 1 S. 3 BGB aF.

II. § 640 Abs. 2 BGB nF.

III. Probleme der neuen Fassung

1. Beispiel: Beliebige Behauptung von Mängeln durch den Besteller
2. Beispiel: „Fertigstellung“
3. Ausschluss des § 640 Abs. 2 BGB durch AGB

E) Schlussfolgerung

Abstract

Der Werkvertrag gehört mit all seinen Regelungen neben dem Kauf- und dem Dienstvertrag auch zu einem gerne gesehenen Prüfungsthema im Examen, sodass sich eine grundsätzliche und schulische Auseinandersetzung mit der (juristischen) Abnahme und der Abnahmefiktion im Werkvertragsrecht lohnt. Gravierend ist vor allem die Zäsur zwischen Erfüllungsstadium einerseits und Abwicklungsstadium andererseits.

Dieser Beitrag beschäftigt sich ebenso in Kürze mit der rechtspolitischen Frage, ob der Gesetzgeber mit der aktuellen Regelung der Abnahmefiktion in § 640 Abs. 2 BGB die Probleme der alten Fassung (§ 640 Abs. 1 S. 3 BGB aF.) aus der Welt beseitigt oder neue Probleme geschaffen hat.

Zum Verständnis der Thematik wird zunächst die Bedeutung der Abnahme im Allgemeinen und dessen Rechtsfolgen vor Augen geführt. Nur peripher wird das unterschätzte Problem der Abgrenzung zwischen Kaufrecht und Werkvertragsrecht tangiert.

A) Abnahme im Werkvertragsrecht

Der Besteller ist gesetzlich verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen werden kann. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht ausgeschlossen werden.

Der in § 640 Abs. 1 BGB geregelte Anspruch auf (rechtsgeschäftliche) Abnahme hat eine wesentliche Bedeutung im Werkver-

tragsrecht, da sie den Dreh- und Angelpunkt in der Abwicklung eines jeden Werkvertrages bildet.¹

Die Definition der Abnahme lautet wie folgt:

Die Abnahme ist die körperliche Hinnahme des Werkes verbunden mit der Anerkennung des Werkes als in der Hauptsache vertragsgemäß.²

Voraussetzung für die Abnahme ist somit die Abnahmefähigkeit des Werks, die allerdings kein Synonym der Mangelfreiheit darstellt. Abnahmefähig ist ein Werk schon dann, wenn es auch unwesentliche Mängel aufweist. Diese Mängel sind selbstverständlich nach dem Gewährleistungsrecht zu beseitigen, berechtigen allerdings nicht dazu, die Abnahme zu verweigern und den gesamten Werklohn zurückzuhalten, § 641 Abs. 3 BGB (anders im Kaufrecht).

I. Historischer Hintergrund

Der Hauptgrund für die Einführung der Abnahme als vertragliche Hauptpflicht war es, dem Unternehmer Gewissheit darüber zu verschaffen, ob der Besteller das von ihm hergestellte Werk als vertragsgemäß anerkennt.

„Eine solche Verpflichtung des Bestellers sei durch das Interesse des Übernehmers geboten, da es nicht angehe, dass dieser auf unbestimmte Zeit darüber in Ungewissheit bleibe, ob das Werk als vertragsgemäß anerkannt werde.“

Mit dieser Verpflichtung sei ohne Weiteres für den Besteller die Notwendigkeit gegeben, die Vertragsmäßigkeit des Werkes zu prüfen.“³

II. Folgen der Abnahme

Die Abnahme ist neben der Herstellungs- und Zahlungspflicht somit die dritte vertragliche Hauptpflicht im Werkvertragsrecht und hat folgende wichtige Rechtsfolgen:

Fälligkeit des Werklohnes: Die Vergütung wird mit der Abnahme fällig, § 641 Abs.1 BGB.

Verjährungsbeginn für den fälligen Werklohnanspruch: Die Ansprüche auf Vergütung verjähren innerhalb von drei Jahren ab Fälligkeit. Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem die Rechnung fällig wurde.

Verzinsung des Werklohnes: Auf Grundlage von § 641 Abs. 4 BGB kann der Unternehmer auch Zinsen verlangen. Diese Verpflichtung besteht nicht erst vom Zeitpunkt des Verzuges an, sondern bereits ab Fälligkeit der Vergütung, die regelmäßig mit

1 Messerschmidt, in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Auflage (2022), § 640 Rn. 1,

2 Von Wietersheim, Privates Baurecht, 4. Auflage (2021), 3. Teil, VI. Abnahme, S. 105,

3 Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band (1899), S. 923

der Abnahme gegeben ist.⁴

Teilweiser Verlust nicht vorbehaltenen Mängelansprüche bei bekannten Mängeln: Dieser Rechtsverlust gilt nur für die tatsächlich bekannten Mängel. Wenn ein Mangel erkennbar war, aber nicht erkannt wurde, tritt kein Rechtsverlust ein.

Verlust nicht vorbehaltenen Vertragsstrafen: Ohne den Vorbehalt bei der Abnahme verliert der Besteller nach § 341 Abs. 3 BGB den Anspruch auf die vom Unternehmer verwirkte Vertragsstrafe vollständig und endgültig.

Das Risiko des zufälligen Untergangs geht über: Bis zur Abnahme trägt der Unternehmer das Risiko, dass in Fällen eines zufälligen oder jedenfalls nicht vom Besteller zu vertretendem Schaden, die Mängel zu beseitigen und/oder die gesamte Leistung noch einmal erbringen muss, § 644 Abs. 1 BGB.

Beginn der Verjährungsfristen für Mängelansprüche: Mit der Abnahme beginnen die im Bauwesen relevanten Verjährungsfristen des § 634a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB für Mängelansprüche. Bei Ansprüchen mit dreijähriger Verjährungsfrist beginnt die Verjährung erst mit Schluss des Jahres, in dem die Abnahme stattgefunden hat.

Beweislastumkehr: Grundsätzlich gilt: Vor der Abnahme muss der Unternehmer beweisen, dass seine Leistung vertragsgemäß erbracht wurde. Nach der Abnahme muss der Besteller beweisen, dass die von ihm behaupteten Mängel bestehen.

Abschlagszahlungen sind nicht mehr selbständig verfolgbar: Mit der Abnahmereife kann der Unternehmer die Schlussrechnung stellen. Abschlagszahlungen können nur als Teil der Schlussrechnung geltend gemacht werden.

B) Abgrenzung von Kaufrecht und Werkvertragsrecht

Im Gegensatz zum Kaufrecht knüpft das Gesetz in § 641 Abs. 1 S. 1 BGB an die Fälligkeit des Werklohnes und nicht an die Übergabe der geschuldeten Leistungen.

Dort heißt es wie folgt:

„Die Vergütung ist **bei der Abnahme** zu entrichten.“

Ob nun eine solche Abnahme tatsächlich auch erforderlich ist, hängt insbesondere davon ab, ob der Anwendungsbereich des Kaufrechts (zB. Kaufvertrag mit Montageverpflichtung) oder Werkvertragsrechts eröffnet ist.

Die Abgrenzung wird oftmals unterschätzt und hat eine nicht unerhebliche praktische Bedeutung. Die Bedeutung der Einordnung des Vertragstyps erschließt sich besonders dann, wenn man die Rechtsprechung näher betrachtet.⁵

Das Kaufrecht und Werkvertragsrecht weisen erhebliche Unterschiede auf, die in vielen Streitfällen sogar entscheidungserheblich werden können. Nicht unerwähnt gelassen werden darf insbesondere die strenge Rügepflicht in § 377 HGB, wonach der Käufer, soweit der Kauf als Handelsgeschäft zu qualifizieren ist, die gekaufte Ware unverzüglich nach der Ablieferung zu untersuchen hat. Unterlässt der Käufer eine Anzeige nach § 377 HGB, dann gilt die Ware als genehmigt und er verliert seine Mängelrechte. Geht man somit fehlerhaft von einem Werkvertrag aus und wird eine unverzügliche Rüge nicht durchgeführt, bleibt der

Schaden beim Käufer.

Auch kann der Verkäufer – anders als der (Werk-)Unternehmer – keine Abschlagszahlungen und keine Sicherheitsleistung verlangen.

C) Abnahmeformen

Die rechtsgeschäftliche Abnahme erfolgt durch eine Erklärung des Bestellers. Diese kann

- ▶ ausdrücklich oder
- ▶ konkludent und
- ▶ auch in rechtsgeschäftlicher Vertretung

erfolgen.

Außerdem vereinbart man häufig im Bauwesen eine bestimmte Form der Abnahme, meist durch Abnahmebegehung und Abnahmeprotokoll. Dann spricht man von einer

*förmlichen Abnahme.*⁶

Das Gesetz kennt allerdings auch Tatbestände, nach denen die Abnahme fingiert wird.

Die

Abnahmefiktion

ist in § 640 Abs. 1 S. 3 BGB aF. / § 640 Abs. 2 BGB geregelt.

Im Übrigen treten die Abnahmewirkungen auch dann ein, wenn der Besteller

die Abnahme endgültig und ernsthaft zu Unrecht verweigert.

Zu Unrecht verweigert wird die Abnahme dann, wenn die Voraussetzungen des § 640 Abs. 1 BGB vorliegen, der Unternehmer gleichwohl erklärt, dem Abnahmeverlangen nicht nachzukommen.

Im letzteren Fall wird die Vergütung ebenso fällig und die Verjährung der Mängelrechte beginnt.

D) Abnahmefiktion

Die fiktive Abnahme, die bisher in § 640 Abs. 1 S. 3 BGB aF. geregelt war, wurde durch die neue Regelung in § 640 Abs. 2 S. 1 BGB nF. ersetzt.

I. § 640 Abs. 1 S. 3 BGB aF.

Die alte Bestimmung ist mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen am 01.05.2000 in Kraft getreten⁷ und galt bis zum 31.12.2017 in folgender Fassung:

„[...] Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.“

Die Vorschrift ist ohne weiteres anwendbar auf Bau- und Werkverträge, die nach dem 03.05.2000 und vor dem 01.01.2018 abgeschlossen wurden. Nach der Gesetzesbegründung⁸ soll die Regelung auch eine wichtige Auswirkung auf die Darlegungslast im

4 Busche, in MüKo-BGB, 9. Auflage (2023), § 641 BGB Rn. 39.

5 BGH, Urteil vom 03.03.2004 – VIII ZR 76/03.

6 Jurgeleit, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage (2020), 3. Teil D. Abnahmeformen.

7 BGBl. 2000 I S. 330

8 BT-Drucks. 14/1246, S. 7

Prozess haben.

In dieser heißt es wie folgt:

„Daraus folgt, dass der Werkunternehmer zur Schlüssigkeit seiner Werklohnklage entweder vortragen muss, dass sein abnahmebedürftiges Werk vom Besteller abgenommen sei oder dass die beiden Voraussetzungen der mangelfreien Fertigstellung sowie des Ablaufs der Abnahmefrist vorlägen.“

Damit sollte eine Unklarheit des geltenden Rechts beseitigt werden. Der Unternehmer sollte dadurch geschützt werden, dass die Abnahme des Werks nur wegen mehr als geringfügiger Mängel versagt werden kann. Da allerdings die Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln häufig schwer zu beurteilen ist, führt die Abnahmefiktion nicht zu einer beschleunigten Klärung des Abnahmeintritts, wenn man sich über die Frage, ob wesentliche Mängel vorliegen, streitet.⁹ Denn die Schwäche dieser Regelung liegt konkret darin, dass der Besteller **ohne Angabe von Gründen** die Abnahme verweigern und damit eine fiktive Abnahme verhindern kann. Dadurch ist es möglich die Fiktion der Abnahme so weit hinauszuzögern, bis außergerichtlich oder gerichtlich geklärt ist, ob im Zeitpunkt des Abnahmeverlangens tatsächlich wesentliche oder nur unwesentliche Mängel vorlagen und der Besteller zu Recht die Abnahme verweigert hat.¹⁰ Dies wird der Beschleunigung fälliger Zahlungen nicht gerecht. Damit wäre das Gesetz weitgehend wertlos.

Problematisch ist, dass die Gesetzesbegründung nicht danach unterscheidet, ob die Annahme zu Unrecht verweigert wird oder der Auftraggeber keine Erklärung zur Abnahme abgibt.

II. § 640 Abs. 2 BGB nF.

Das Problem der grundlosen Abnahmeverweigerung und dessen Rechtsfolgen hat der Gesetzgeber gesehen, sodass die Vorschrift des § 640 Abs. 2 BGB mit dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts mit Wirkung zum 01.01.2018 in Kraft getreten ist. Die Vorschrift ist somit anwendbar auf Bau- und Werkverträge, die ab dem 01.01.2018 abgeschlossen werden.

Mit dieser Regelung möchte der Gesetzgeber die missbräuchliche Verweigerung der Abnahme durch den Besteller weitgehend ausschließen. Der Gesetzgeber gab die Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln für die Fiktion auf. In § 640 Abs. 1 S. 3 BGB aF. kann nämlich die Abnahmefiktion nicht eintreten, wenn zumindest ein wesentlicher Mangel gegeben ist („[...] Abnahme [...] dazu verpflichtet [...]“; s. o.).

Die aktuelle Regelung in § 640 Abs. 2 BGB lautet nun wie folgt:

*„Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach der **Fertigstellung** des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.*

Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.“

Voraussetzung für den Eintritt der Fiktionswirkung ist die „Fertigstellung“ des Werkes. Dieses Kriterium war in der alten Fassung nicht enthalten. Von dieser soll dann auszugehen sein

„wenn das Werk nach der vertraglichen Vereinbarung der Parteien als fertig anzusehen ist.“¹¹

Der Begriff der Fertigstellung unterscheidet sich von dem der „vollständigen Fertigstellung“ in § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV), der voraussetzt, dass sämtliche Arbeiten erbracht und alle wesentlichen Mängel behoben worden sind und damit Abnahmereife der Werkleistung voraussetzt. Somit kann die Fertigstellung iSd. § 640 Abs. 2 BGB unabhängig davon, ob Mängel vorliegen oder nicht, gegeben sein. Dies korrespondiert mit dem Inhalt des Begriffs „Herstellung“.¹² Erst wenn die Hauptleistungspflicht erbracht wurde, vermag der Besteller zu erkennen, ob er die mit der Abnahme verbundenen wirtschaftlichen Risiken übernehmen will oder nicht.

Mit der neuen Regelung kann der Besteller nunmehr die Abnahme nicht grundlos verweigern, da der dazu gedrängt wird innerhalb der ihm gesetzten angemessenen Frist mindestens einen Mangel als Begründung anzugeben.

III. Probleme der neuen Fassung

Der Gesetzgeber wollte eigentlich ein missbräuchliches Andienen verhindern.

Die nachfolgenden Zusammenhänge hat er allerdings nicht erörtert und vermutlich übersehen. Denn die neue Regelung ist nicht unproblematisch, wie die zwei Beispiele verdeutlichen:

1. Beispiel: Beliebige Behauptung von Mängeln durch den Besteller

Die neue Regelung ermöglicht es, Mängel beliebig zu behaupten, um die Wirkungen der fiktiven Abnahme hinauszuzögern. Ein (erforderliches) Gerichtsverfahren wird erneut der Beschleunigungsabsicht nicht gerecht.

2. Beispiel: „Fertigstellung“

Der Gesetzgeber gibt ferner ein Verständnis des Begriffs „Fertigstellung“ vor, der sich von der Abnahmereife abkapselt.

Dies könnte den Unternehmer ebenso dazu animieren, eine (angemessene) Frist zu setzen und zu hoffen, dass der Besteller sich nicht dagegen wehren wird. Damit würde der Unternehmer eine Abnahme herbeiführen, ohne dass das Werk abnahmefähig ist.¹³

3. Ausschluss des § 640 Abs. 2 BGB durch AGB

Der Ausschluss dieser Regelung ist individualvertraglich möglich und ist deshalb im Rahmen der Privatautonomie nicht zu beanstanden.

Diskutiert wird somit vielmehr die Frage, ob ein Ausschluss dieser Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen möglich ist.

Bei einer formularmäßigen Vereinbarung argumentieren die Befürworter der Unwirksamkeit, dass mit dem Ausschluss dem Unternehmer die Möglichkeit genommen wird, ohne Mitwirkung des Bestellers die Abnahmewirkung herbeizuführen.¹⁴ Dies dürf-

⁹ Messerschmidt, in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Auflage (2022), § 640 Rn. 188.

¹⁰ Ibid., Rn. 194.

¹¹ ▶ BT-Drs. 18/8486, S. 49

¹² Busche, in MüKo-BGB, 9. Auflage (2023), § 640 Rn. 27.

¹³ Jurgeleit, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage (2020), 3. Teil Rn. 68.

¹⁴ OLG Hamm, Urteil vom 09.07.2013 – 21 U 121/10.

te allerdings nicht überzeugen, da der Besteller die Abnahmewirkung einfach durch Angabe eines Mangels verhindern kann. Außerdem dürfte aus systematischer Betrachtung der § 640 Abs. 2 BGB keinen Leitbildcharakter haben. Diese Regelung hat nämlich „nur“ ergänzende Funktion gegenüber der vorrangigen Regelung in § 640 Abs. 1 S. 1 BGB.

Somit dürfte der Ausschluss der Abnahmefiktion iSd. § 640 Abs. 2 S. 1 BGB rechtlich unbedenklich sein. Insoweit gelten für § 640 Abs. 2 S. 1 BGB die gleichen Beurteilungsmaßstäbe wie für § 640 Abs. 1 S. 3 BGB aF.

E) Schlussfolgerung

Schlussendlich hat die neue Fassung die Schwäche der alten Fassung (grundlose Abnahmeverweigerung) zwar bereinigt, sodass der Besteller nunmehr substantiell eine Äußerung tätigen muss. Dies erleichtert sicherlich eine vorgerichtliche Klärung.

Allerdings beinhaltet die neue Regelung in § 640 Abs. 2 BGB weiterhin nicht vom Gesetzgeber erörterte Probleme, die oben in Kürze aufgezeigt wurden. Diese kann man jedoch sowohl individualvertraglich als auch durch eine formularmäßige Vereinbarung umgehen (s. o.).

Im Übrigen sollte dieser Beitrag insbesondere sowohl den (Jura-) Studierenden als auch den Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendaren die nicht unerhebliche Bedeutung der Abnahme im Werkvertragsrecht verdeutlichen sowie die leicht zu übersehene Abnahmefiktion vor Augen führen.

► Inhaltsverzeichnis



Beitrag

Jonas von Zons, M. iur.

Götterdämmerung für die Fünf-Prozent-Hürde



Jonas von Zons | Hat unlängst erfolgreich sein erstes Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt bei dem OLG Hamm absolviert und wird zum Wintersemester 2024/25 ein Promotionsvorhaben in München beginnen.

E-Mail-Kontakt: ▶ jonasvonzons@gmail.com

Gliederung

Abstract

A) Einführung

B) Eckpunkte der Wahlrechtsnovelle

C) Die Sperrklausel auf dem Prüfstand der Verfassung

- I. Verfassungsrechtlicher Kontrollmaßstab
- II. Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien
- III. Teleologie der Sperrklausel
- IV. Historische Legitimität der Fünf-Prozent-Hürde
- V. Reziprozität von Grundmandatsklausel und Sperrklausel

1. Kontextspezifischer Beurteilungshorizont
2. Integrationsfunktion der Wahl
3. Potentielle Repräsentationslücken
4. Tragfähigkeit der gesetzgeberischen Begründung

D) Fazit und Ausblick

Abstract

Die Wahlrechtsreform der Ampel erhitzt nicht nur die Gemüter in der (partei-)politischen Debatte, sondern hat – erwartungsgemäß – auch ihren Weg nach Karlsruhe gefunden. Dabei sticht neben dem Kernproblem des Kappungsmodells insbesondere ein Aspekt heraus: Der Wegfall der Grundmandatsklausel könnte für gravierende Repräsentationsdefizite in Bayern und mit Blick auf die Linkspartei sorgen. Dieser Effekt wird sogar noch durch die Beibehaltung der Sperrklausel in Höhe von fünf Prozent verschärft. Diese Kombinationswirkung führt letztlich dazu, dass die tradierte Fünf-Prozent-Hürde im neuen wahlrechtlichen Regelungsumfeld die Schwelle zur Verfassungswidrigkeit überschritten hat.

A) Einführung

Der Bundestag ist zu groß – diesen Befund mag man wohl zu Recht als *opinio communis* bezeichnen. Die von der Bundesregierung im Kampf gegen das „XXL-Parlament“ bereits vor einiger Zeit angekündigte Wahlrechtsreform ist seit nunmehr fast einem Jahr in Kraft.¹ Die Debatte befrieden vermochte sie jedoch nicht. Insbesondere Union und Linkspartei sprachen sich bereits vor der Verabschiedung der jüngsten BWahlG-Novelle leidenschaftlich gegen die Reform aus. Mittlerweile ist ein Fülle von Verfahren vor dem BVerfG anhängig,² auch die mündliche Verhandlung

fand statt. Dabei hat eines der zentralen Probleme der Wahlrechtsänderung im Eifer des Gefechts zunächst kaum Beachtung gefunden: Die nach der geradezu handstreichartigen Beseitigung der Grundmandatsklausel nunmehr bestehende verfassungsrechtliche Prekarität der tradierten Fünf-Prozent-Hürde. Die Sperrklausel verstößt nicht prinzipiell gegen das Grundgesetz. Die gewichtige Verschiebung im System des Bundeswahlrechts führt indes zu einer grundlegenden Neubewertung ihrer Zulässigkeit unter dem Gesichtspunkt der Wahlrechtsgleichheit, an deren Ende das Verdikt der Verfassungswidrigkeit steht.

B) Eckpunkte der Wahlrechtsnovelle

Wesentlich für die Neukonzeption ist ein zumindest sprachlicher „Spurwechsel“: Galten früher die Grundsätze der *personalisierten Verhältniswahl* (§ 1 Abs. 2 S. 1 BWahlG aF.), bilden heute – zumindest aus Sicht der Regierungskoalition – jene der Verhältniswahl (§ 1 Abs. 2 S. 1 BWahlG nF.) das Fundament des Bundeswahlrechts. Die Trennung in zwei Stimmen bleibt erhalten, die Zweitstimme soll allerdings zur „maßgeblichen Determinante des Wahlergebnisses“³ werden: Die einer Parteiliste zustehende Zahl von Abgeordneten wird künftig nicht mehr durch Überhang- und Ausgleichsmandate (§ 6 Abs. 6 S. 4 BWahlG aF.) erhöht. Das Fundament der Reform bildet damit ein *Kappungsmodell*. Die Wahl der Direktkandidaten bleibt daneben zwar erhalten, letztere werden jedoch dem Ergebnis in ihrem jeweiligen Wahlkreis nach aufgereiht (§ 6 Abs. 1 S. 2 BWahlG nF.) und die der Parteiliste nach dem Zweitstimmenanteil zustehenden Mandatszahl zugeordnet (§ 1 Abs. 3 S. 2 BWahlG nF.). Das Wahlkreismandat wird nicht vergeben, wenn die Zahl durch eine Liste „gewonnener“ Wahlkreise die Zahl der ihr zustehenden Mandate nach dem Ergebnis der Listenwahl übersteigt (*fehlende Zweitstimmendeckung*, § 6 Abs. 1 S. 1 BWahlG nF.). Die gesetzliche Mitgliederzahl des Bundestages erhöht sich weiterhin von bisher 598 auf nunmehr 630 (§ 1 Abs. 1 S. 1 BWahlG nF.). Bereits aus dieser Neukonzeption ergeben sich gravierende verfassungsrechtliche Zweifel. Dieser Beitrag konzentriert sich gleichwohl auf einen weiteren Problemaspekt, der in der verfassungsrechtlichen Diskussion um die Reform bisher ein Schattendasein pflichtete: Zuletzt ist die Grundmandatsklausel (§ 6 Abs. 3 S. 1 BWahlG aF.) erst kurz vor der Verabschiedung aus dem Gesetzesentwurf gestrichen worden.⁴ Demgegenüber ist die Sperrklausel in Höhe von fünf Prozent unverändert aus dem alten Wahlrecht übernommen worden (nunmehr § 4 Abs. 2 Nr. 2 BWahlG nF.).

C) Die Sperrklausel auf dem Prüfstand der Verfassung

I. Verfassungsrechtlicher Kontrollmaßstab

Eingedenk der kurzfristigen, gravierenden Änderung der Reformkonzeption in Gestalt der Streichung der Grundmandatsklausel lässt sich in Ansehung der jüngst seitens des BVerfG konkretisierten Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren⁵

und des Vereins „Mehr Demokratie“ (2 BvR 1523/23), der über 4200 Unterstützer organisierte.

3 ▶ BT-Drs. 20/5370, S. 2.

4 Beschlussempfehlung des Ausschusses für Inneren und Heimat, vgl. BT-Drs. 20/6015, S. 7.

5 BVerfGE 165, 206 (Rn. 91 ff.); BVerfG, NVwZ 2023, 1241 (Rn. 88 ff.).

1 Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes v. 8. Juni 2023; BGBl. I 2023 Nr. 147.

2 Insgesamt handelt es sich um einen Normenkontrollantrag jeweils der Bayerischen Staatsregierung (Az. 2 BvF 1/23) sowie der CDU/CSU-Bundestagsfraktion (2 BvF 3/23), ein Organstreitverfahren jeweils der CSU (2 BvE 2/23), der Partei „Die Linke“ (2 BvE 9/23) sowie der zugehörigen (mittlerweile nicht mehr existenten) Bundestagsfraktion (2 BvE 10/23) und um zwei Verfassungsbeschwerden wiederum von Bundestagsabgeordneten der Linkspartei, ergänzt um 200 Unterstützer (2 BvR 1547/23),

möglicherweise sogar von der formellen Verfassungswidrigkeit der Novelle ausgehen.⁶ Dieser Beitrag beschränkt sich indes – wie eingangs erwähnt – auf die materielle Verfassungswidrigkeit der Wahlrechtsreform unter diesem Gesichtspunkt. Das Grundgesetz statuiert anders als noch Art. 22 Abs. 1 WRV kein bestimmtes Wahlsystem. Dessen Ausgestaltung ist nach der Ermächtigungsklausel des Art. 38 Abs. 3 GG der Regelungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers überlassen. Dieser erhält dabei zunächst einen weiten Gestaltungsspielraum, der seine äußerste Grenze lediglich in den Wahlgrundsätzen des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG findet. Prinzipiell stehen dem Wahlgesetzgeber damit sowohl ein vollständiger Paradigmenwechsel zur reinen Mehrheitswahl wie auch zum gegenläufigen Extrempunkt einer genuinen Verhältniswahl offen.⁷ Dies führt indes nicht zu einer Reduktion der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte. Die Regelung des Wahlmodus weist als neuralgischer Punkt der Legitimation einen intensiven Konnex zum Demokratieprinzip und berührt als „Kernstück des Staatsrechts“⁸ das Fundament einer parlamentarischen Demokratie schlechthin. Auch vor diesem Hintergrund gilt es zu bedenken, dass „gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von Gemeinwohlerwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt“⁹. Die Ausgestaltung des Wahlrechts unterliegt als „Entscheidung in eigener Sache“¹⁰ aufgrund des hohen Missbrauchspotenzials einer besonders intensiven Kontrolle des Gerichts.¹¹ Eine Eingrenzung bei der Auswahl eines bestimmten Wahlsystems findet sich nur in der Pflicht des Gesetzgebers, die jeweils gewählte Konzeption folgerichtig auszugestalten.¹² Die Kontrollperspektive des BVerfG ist damit wahlrechtlich relativiert und wird maßgeblich von der Entscheidung des Gesetzgebers für ein bestimmtes Wahlsystem determiniert.

II. Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien

Das Prüfungsprogramm verdichtet sich im Fall der Sperrklausel zunächst auf den Grundsatz der Gleichheit der Wahl,¹³ der bei der verfassungsgerichtlichen Aufbereitung der Wahlgrundsätze die bisher größte Prominenz erlangt hat. Die Klausel führt zur Ungleichgewichtung der Wählerstimmen. Während Zweitstimmen für Parteien, die bundesweit mehr als fünf Prozent erreichen, an der Sitzzuteilung im Bundestag teilnehmen, entfalten Stimmen für Parteien, die an der Fünf-Prozent-Hürde scheitern, eine solche Wirkung nicht. Letztere werden zwar nicht im Hinblick auf ihren *Zählwert* ungleich behandelt, wohl aber ihren *Er-*

folgswert. In einer engen Verbindung zur Wahlrechtsgleichheit steht die Chancengleichheit der Parteien,¹⁴ die aus diesem Grund üblicherweise in die verfassungsgerichtliche Kontrolle integriert wird.¹⁵ Diese besonderen Gleichheitssätze unterliegen keinem absoluten Differenzierungsverbot, sondern etwaige Ungleichbehandlungen sind einer Rechtfertigung zugänglich. Dies gilt für die Wahlrechtsgleichheit lediglich im Hinblick auf den Erfolgswert einer Stimme, nicht jedoch für deren *Zählwert*. Aus dem strengen und formalen Charakter dieser demokratiefundamentalen Gleichheitsrechte folgt gleichwohl, dass dem Gesetzgeber ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt.¹⁶ Hierbei ist wiederum ein strenger Kontrollmaßstab anzulegen, das BVerfG geht dabei von der Notwendigkeit eines „zwingenden Grundes“¹⁷ aus. Dieser muss im plastischen Duktus des Gerichts „durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht“ sein, „das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann“¹⁸. Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl unterliegt mithin verfassungsimmanenten Schranken.

III. Teleologie der Sperrklausel

Das Gericht hielt die Fünf-Prozent-Hürde in seiner bisherigen Rechtsprechung für verfassungskonform.¹⁹ Die Entscheidungen unterscheiden sich zwar hinsichtlich Verfahrenssituation, Höhe der jeweiligen Sperrklausel und Standort im Mehrebenensystem der Bundesrepublik. Ihnen lässt sich aber jedenfalls die abstrakte Festlegung auf die Verfassungsmäßigkeit einer solchen Klausel in Höhe von fünf Prozent entnehmen. Den Dreh- und Angelpunkt der Streitgegenständlichen Reform bildet die wachsende Zahl von Bundestagsabgeordneten.²⁰ Das Ziel einer bloßen Minimierung der Abgeordnetenanzahl stellt für sich genommen keinen in der Verfassung radizierten Belang dar. Dies umso weniger, als dass im Zuge der Beratungen des Parlamentarischen Rates eine verfassungsunmittelbare Mitgliederzahl des Bundestages in Erwägung gezogen, anschließend aber wieder verworfen wurde.²¹ Die Sperrklausel wird traditionell unter der Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit der Volksvertretung gerechtfertigt.²² Hier verbietet sich eine abstrakte Maßstababildung, vielmehr sind die konkreten Funktionen der in Rede stehenden Volksvertretung zu bedenken.²³ Für den Bundestag ist angesichts seiner von

6 So beispielsweise *Groß*, NVwZ 2023, 1282 (1283 f.); kritisch auch *Haug/Pautsch*, NJ 2023, 377 (381 f.).

7 Hingegen *Pünder*, VVDStRL 72 (2013), 191 (215), der die Verhältniswahl wohl als Verfassungsgebot charakterisiert. Das Spektrum diskutierter Vorschläge ist nahezu unüberschaubar breit, vgl. den Überblick bei *Schröder*, AL 2021, 1, der in der Tendenz ein reines Verhältniswahlssystem befürwortet (S. 8) und aus der jüngeren Vergangenheit für ein Kappungsmodell exemplarisch *Behnke*, ZParl 2019, 630 (650 ff.); die Verfassungswidrigkeit eines Grabenwahlrechts konstatierend *Gluckert*, NVwZ 2020, 1217 (1223) und für die Einführung einer Ersatzstimme plädierend *Träger/Jakob*, ZParl 2018, 531 (548 ff.). Ein reines Mehrheitswahlrecht ist demgegenüber vor allem in der Zeit der ersten „Großen Koalition“ (1966–1969) gefordert worden, s. etwa *Hermens*, Demokratie oder Anarchie?, 2. Aufl. (1968), insb. S. 71 ff.

8 *Ipsen*, DVBl. 2013, 265 (265).

9 BVerfGE 146, 327 (352); Vgl. auch schon BVerfGE 120, 82 (113); 129, 300 (322 f.); 130, 212 (229); 135, 259 (289).

10 v. *Arnim*, JZ 2009, 813 (813) und im Kontext der Abgeordnetenentschädigung BVerfGE 40, 296 (327). Vgl. auch *Lang*, Gesetzgebung in eigener Sache (2007), S. 16 ff., der diese Argumentationsfigur letztlich aber ablehnt.

11 BVerfGE 135, 259 (290).

12 BVerfGE 95, 335 (354); 120, 82 (104). Kritisch zu diesem „Gebot der Folgerichtigkeit“ *Schönberger*, NVwZ 2023, 785 (790 f.).

13 BVerfGE 1, 208 (248 f.); 45, 253 (277); 120, 82 (105 f.);

14 Die genaue normative Verortung dieses Grundsatzes divergiert dabei: Teils wird er unmittelbar auf Art. 21 Abs. 1 GG gestützt, vgl. etwa *Frotscher*, DVBl. 1985, 917 (924) mwN. Andererseits wird die parteienrechtliche Fundamentalnorm jedoch zusätzlich Art. 3 Abs. 1 GG ergänzt, vgl. etwa *Papier*, in: Oppelland, Das deutsche Wahlrecht zwischen demokratischer Legitimität und politischer Funktionalität (2015), 9 (13) sowie jüngst BVerfGE 140, 1 (23). Im Ergebnis ergeben sich hieraus keine Unterschiede, denn die Chancengleichheit der Parteien ist ohnehin als besonderer Gleichheitssatz anerkannt.

15 Ausdrücklich unlängst BVerfGE 146, 327 (350 Rn. 60): „Das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit hängt eng mit den Grundsätzen der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl zusammen, die ihre Prägung durch das Demokratieprinzip erfahren.“

16 BVerfGE 1, 208 (247 ff.); 69, 92 (106); 82, 322 (338); 93, 373 (377); 95, 408 (418); 124, 1 (19); 129, 300 (320); 131, 316 (338 f.); 146, 327 (Rn. 61).

17 StRspr. seit BVerfGE 1, 248 (255). Alternativ spricht das Gericht von einem „besonderen, sachlich legitimierten Grund“, vgl. nur BVerfGE 146, 327 (Rn. 61).

18 So etwa BVerfGE 135, 259 (Rn. 51).

19 BVerfGE 1, 208 (247 ff.); 6, 84 (92 ff.); 34, 81 (99 f.); 51, 222 (235 ff.); 82, 322 (337 ff.); 95, 408 (417 ff.); 120, 82 (109 f.); 122, 304 (314 f.); 146, 327 (Rn. 68).

20 Die Gesetzesbegründung spielt auf Modellrechnungen an, die von einer Größe von bis zu 900 Abgeordneten ausgehen, vgl. BT-Drs. 20/5370, S. 1. [https://dserver.bundestag.de/btd/20/053/2005370.pdf]

21 Erste Lesung der zweiten Sitzung des Hauptausschusses vom 11. November 1948, vgl. *Risse/Weber* (Ltd. Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Bd. 14/II (2009), S. 11 ff.

22 StRspr., vgl. nur BVerfGE 146, 327 (Rn. 67).

23 Zu dieser bereichsspezifischen Rechtfertigungshürde BVerfGE 135, 259 (Rn. 52) mwN.

elementaren Kreationen funktions gekennzeichneten zentralen institutionellen Stellung im monistischen Legitimationsmodell des parlamentarischen Regierungssystems im Bund – im Vergleich mit dem Europäischen Parlament oder kommunalen Vertretungsorganen²⁴ – tendenziell von einer niedrigeren Rechtfertigungshürde auszugehen. Der seitens des BVerfG in der Frühphase der Bundesrepublik kolportierte Legitimationstopos einer „Bekämpfung der Splitterparteien“²⁵ ist dagegen historisch nicht nur überholt, sondern stellt materiell-rechtlich bereits keinen verfassungslegitimen Zweck dar.²⁶ Dies zum einen, als dass das Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 4 GG es strikt untersagt, eine Bewertung des politischen Programms erlaubter (oder spiegelbildlich: nicht verbotener) Parteien, etwa die angebliche Vertretung „einseitiger Interessen“²⁷, zum Ausgangspunkt etwaiger Eingriffe zu machen. Zum anderen ist es dem Gesetzgeber angesichts der Missbrauchsanfälligkeit untersagt, das Wahlrecht zum Medium politischer Kampfmaßnahmen gegen Konkurrenzparteien zu machen; dies widerspräche ferner der auf Parteienpluralismus angelegten Verfassungsordnung des Grundgesetzes.

IV. Historische Legitimität der Fünf-Prozent-Hürde

Der tradierte Argumentationstopos der Funktions- bzw. Handlungsfähigkeit der Volksvertretung hat sich indes nie gänzlich vom zunächst aus zeitgeschichtlichen Gründen dominierenden und im Nachgang kanonisierten Verweis auf die „Erfahrungen unter der Weimarer Reichsverfassung“²⁸ emanzipiert. Auch im Zuge der Beratungen des Parlamentarischen Rates war dieses Motiv in der Wahlrechtsfrage präsent.²⁹ Ob das „Weimar-Argument“ im Angesicht des verfassungshistorischen und geschichtswissenschaftlichen Forschungsstandes überhaupt noch eine taugliche Motivationsbasis für derlei Einschränkungen der Wahlrechts- und Parteiengleichheit bildet, ist jedoch fragwürdig. Die Weimarer Republik ist weniger an einer „Parteienzersplitterung“ im Reichstag oder gar am Verhältniswahlrecht an sich gescheitert als an der Kompromissunfähigkeit der staatstragenden politischen Parteien und der ausgeprägten Abneigung großer Teile der Eliten gegenüber der Republik.³⁰ Das vermeintliche „Argument

von Weimar“ hat sich daher längst als „Legende von Weimar“³¹ entpuppt. Die Fünf-Prozent-Hürde gerät überdies mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes unter zusätzlichen Rechtfertigungsdruck: Art. 47 Abs. 5 HChE enthielt noch eine verfassungsunmittelbare Ermächtigungsgrundlage für eine Sperrklausel in Höhe von fünf Prozent.³² Der Parlamentarische Rat wollte eine ähnliche Vorschrift ursprünglich in Art. 38 Abs. 3 GG integrieren, nahm hiervon aber letztlich Abstand.³³ Ähnliches ergibt ein Blick in die Verfassungsräume der Länder, denn einige Landesverfassungen kennen verfassungsunmittelbare Sperrklauseln (etwa Art. 14 Abs. 4 BayVerf.)³⁴ oder jedenfalls Ermächtigungsgrundlagen für den Wahlgesetzgeber (z. B. Art. 75 Abs. 3 HessVerf.).³⁵ Für die erste Bundestagswahl galt gem. Art. 137 Abs. 2 GG das vom Parlamentarischen Rat beschlossene Wahlgesetz. Das erste BWahlG enthielt zunächst keine Fünf-Prozent-Hürde, diese ist erst auf Bestreben der Ministerpräsidenten als Folge einer Intervention der Besatzungsmächte eingefügt worden.³⁶ Freilich kann dieser Befund allein nicht die Verfassungswidrigkeit der heutigen Sperrklausel präjudizieren,³⁷ bietet allerdings einen wichtigen Anhaltspunkt.

V. Reziprozität von Grundmandatsklausel und Sperrklausel

Waldhoff, Das Wagnis der Demokratie (2018), 263 (280), der mit einer Sperrklausel sogar einen früheren Beginn der Kanzlerschaft Hitlers für möglich hält. Zur Rolle spezifisch der staatstragenden Parteien Winkler, Deutschland 1918-1933 (2018), S. 597 f.; zur politischen Kultur Sontheimer, in: Bracher/Funke/Jacobsen, Die Weimarer Republik (1987), S. 454 ff. und insbesondere zur Mentalität der Eliten prägnant Longerich, Deutschland 1918-1933 (1995), S. 354: „ihre gesellschaftlichen Eliten waren antidemokratisch geprägt, die Loyalität ihrer Staatsdiener galt zum großen Teil der Monarchie [...]“. Zurückhaltender Di Fabio, Die Weimarer Verfassung (2018), S. 131 ff.; differenziert Nohlen, Wahlrecht und Parteiensystem (2014), S. 366 f. Anders in jüngerer Zeit lediglich etwa Austermann, Der Weimarer Reichstag (2020), S. 33 f. Kritisch zu den Berechnungen Antonis wiederum Wild, Die Gleichheit der Wahl (2003), S. 227 f.

31 Antoni, ZParl 1980, 93 (109).

32 „Das Bundeswahlgesetz kann bestimmen, dass daß Parteien, die nicht wenigstens 5 v. H. aller gültigen Stimmen auf sich vereinigen, keinen Sitz erhalten und daß auf zusammengerechnete Reststimmen einer Partei nicht mehr Sitze entfallen, als die Partei in den Wahlkreisen unmittelbar erlangt hat.“ Vgl. Wernicke/Booms (Ltd. Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 2 (1981), S. 589.

33 Diskutiert worden ist dies insbesondere in der zweiten Lesung der 30. Sitzung des Hauptausschusses am 6. Januar 1949. Die Streichung ist schließlich mit 11 gegen 10 Stimmen in der dritten Lesung der 48. Sitzung des Hauptausschusses am 9. Februar 1949 beschlossen worden. Vgl. Risse/Weber (Ltd. Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 14/II (2009), S. 917 ff., 1524 ff. Die Einführung einer verfassungsunmittelbaren Sperrklausel thematisiert etwa ausführlich Krüper, ZRP 2014, 130; offen für die Schaffung einer solchen Verfassungsnorm Papier, in: Oppelland, Das deutsche Wahlrecht zwischen demokratischer Legitimität und politischer Funktionalität (2015), 9 (10 f.).

34 „Wahlvorschläge, auf die im Land nicht mindestens fünf vom Hundert der insgesamt abgegebenen gültigen Stimmen entfallen, erhalten keinen Sitz im Landtag zugeteilt.“ Ähnlich insoweit Art. 8 Abs. 3 NdsVerf., Art. 66 Abs. 1 S. 3 SaarVerf., Art. 39 Abs. 2 Verf. Berlin, Art. 49 Abs. 2 ThürVerf. sowie Art. 75 Abs. 3 Verf. HB, der jedoch die Stadtgebiete von Bremen und Bremerhaven unterscheidet.

35 „Das Nähere bestimmt das Wahlgesetz. Verlangt es neben anderen Erfordernissen, daß eine Wählergruppe eine Mindestzahl von Stimmen aufweist, um im Landtag vertreten zu sein, so darf die Mindestzahl nicht höher sein als fünf vom Hundert der abgegebenen gültigen Stimmen.“ Eine solche „Kann“-Vorschrift mit einer Obergrenze iHv. fünf Prozent kennen auch Art. 28 Abs. 3 S. 2, 3 Verf. BW und Art. 80 Abs. 4 S. 2 Verf. RLP.

36 Meyer, HStR, Bd. III (2005), § 46 Rn. 38; Antoni, ZParl 1980, 93 (96 f.); Linck, Jura 1986, 460 (461 f.). Ausführlich Jesse, Wahlrecht zwischen Kontinuität und Reform (1985), S. 221 ff.

37 Anders insoweit Wenner, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland (1986), S. 229 ff.; Frotischer, in: Oppelland, Das deutsche Wahlrecht zwischen demokratischer Legitimität und politischer Funktionalität (2015), 9 (926); historisch auch Hamann/Lenz, GG, 3. Aufl. (1970), Art. 38 Ziff. 5d.

24 Zur Verfassungswidrigkeit einer Sperrklausel iHv. fünf bzw. drei Prozent für die Wahlen zum Europäischen Parlament BVerfGE 129, 300 (327 ff.); 135, 259 (Rn. 63 ff.) sowie zu einer Drei-Prozent-Hürde bei Kommunalwahlen BVerfGE 120, 82 (11 ff.). Zur Beanstandung der Verankerung einer solchen kommunalwahlrechtlichen Sperrklausel iHv. 2,5 Prozent auf Ebene der Landesverfassung VerfGH NRW, Urt. v. 21.11.2017 – 11/16, Rn. 96 ff.

25 So noch BVerfGE 1, 208 (252); 6, 84 (92 f.).

26 Mittlerweile auch BVerfGE 120, 82 (109): „sachfremdes Motiv“. Aus der Literatur Fremuth, JZ 2018, 13 (17 f.); Brenner, AöR 116 (1991), 537 (584); Pauly, AöR 123 (1998), 232 (255).

27 BVerfGE 6, 84 (92).

28 Etwa explizit BVerfGE 14, 121 (134).

29 Paradigmatisch etwa die Bemerkung des Abgeordneten Schröter in der Dritten Sitzung des Ausschusses für Wahlrechtsfragen vom 23. September 1948: „Das Volk hat sich Hitler in die Arme geworfen. Hätten wir damals ein Mehrheitswahlrecht gehabt [...] dann hätten wir eine Opposition gehabt, die die Volksstimmung damals hätte auffangen können. [...] wenn sich damals das sogenannte Führerkorps Hitlers in offener Feldschlacht im Zeichen der Mehrheitswahlen hätten, stellen müssen, dann hätte es sich in seiner ganzen Jämmerlichkeit und Erbärmlichkeit gezeigt.“, vgl. Schick/Kahlenberg (Ltd. Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 6 (1994), S. 55 f. Eindeutig war das Stimmungsbild hierzu jedoch nicht. Bemerkenswert insoweit der Hinweis der Abgeordneten Wessel in der 13. Sitzung am 3. November 1948: „Die Dinge werden immer so einseitig dargestellt, als wenn die ganze Weimarer Republik schließlich nur am Wahlrecht zugrunde gegangen wäre. Das stimmt alles gar nicht.“, vgl. ibid., S. 419.

30 Poscher, in: Gusy, Weimars lange Schatten (2003), 256 (276 ff.); vgl. auch etwa die umfangreiche Analyse parlamentarischer Mehrheiten bei Antoni, ZParl 1980, 93 (96 f.). Plakativ Dreier, Jura 1997, 249 (255): „Schaut man sich die Wahlergebnisse und die Sitzverteilung im Weimarer Reichstag einmal genau an, so stellt man fest, daß Hitler auch bei Geltung einer 5%-Klausel an die Macht gelangt wäre“; ähnlich Grimm, in: Dreier/

Im ursprünglichen Gesetzesentwurf noch vorgesehen, ist die Grundmandatsklausel kurz vor der geplanten Verabschiedung der BWahlG-Novelle aus der Neufassung eliminiert worden. Begründet wurde dies mit einem „Systembruch“³⁸, denn die Berücksichtigung dreier Direktmandate für die Sitzzuteilung konterkarierte gerade das Ziel einer stärkeren Orientierung am Prinzip der Verhältniswahl. Die Grundmandatsklausel war im Schrifttum während des gesamten Zeitraums ihrer Geltung umstritten,³⁹ das BVerfG hingegen hat sie an früherer Stelle als verfassungsgemäß gebilligt.⁴⁰ Eine isolierte Betrachtung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Klausel geht indes nicht nur am Kern des Problems vorbei, sondern verkennt auch den durch wahlrechtlich determinierten und durch eine Gesamtbetrachtung der jeweiligen Regelungskonzeption bedingten Kontrollmaßstab des Gerichts. Ihre Funktion erhält im Kappungsmodell neue Relevanz und ließ sie zu einem naheliegenden, nicht aber einzig möglichen Korrektiv problematischer Folgewirkungen avancieren. Denkbar wäre ebenfalls eine Absenkung der Sperrklausel,⁴¹ die indes unverändert bei fünf Prozent geblieben ist, oder aber nach dem Muster der Rechtslage bei der ersten Bundestagswahl ihre Föderalisierung, sodass sie nur länderspezifisch zur Anwendung käme.⁴²

1. Kontextspezifischer Beurteilungshorizont

Die Fünf-Prozent-Hürde ist seit jeher ein zentraler Angriffspunkt, immer wieder ist im Angesicht zunehmender Pluralisierung und Fragmentierung des Parteiensystems auch ihre Absenkung gefordert worden.⁴³ Die Billigung der Sperrklausel in dieser Höhe durch das BVerfG (s. o.) ist wiederum stets im Kontext des jeweiligen Wahlsystems zu betrachten; ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit ist nicht in Stein gemeißelt. Liegen „besondere Umstände des Einzelfalles“⁴⁴ vor, kann dies ihre Verfassungswidrigkeit begründen. In diese Judikatur fügt sich die Entscheidung des Gerichts zur ersten gesamtdeutschen Bundestagswahl 1990 ein, wonach die Zulässigkeit einer Sperrklausel nicht „ein für allemal abstrakt beurteilt werden kann“⁴⁵. Das Gericht hielt die Klausel zwar selbst nach dem Ergebnis der Bundestagswahl 2013 für verfassungsrechtlich unbedenklich, als diese zu dem allgemein als unbefriedigend kritisierten Zustand führte, dass während der 18. Legislaturperiode sogar 15,7 Prozent der Zweitstimmen unberücksichtigt blieben. Kontextuell deuten lässt sich die

Entscheidung allerdings wohl am ehesten mit der prozessualen Einbettung in eine Wahlprüfungsbeschwerde sowie des großen zeitlichen Abstandes zum Wahltag.⁴⁶ Noch gravierender stellte sich die Lage beispielsweise nach der Wahl zum 17. Landtag des Saarlandes im Jahr 2022 dar: Hier blieben letztlich 22,3 Prozent der Stimmen bei der Sitzzuteilung unberücksichtigt und die SPD konnte aus diesem Grund mit lediglich 43,5 Prozent eine absolute Mehrheit erreichen.⁴⁷ Der saarländische Verfassungsgerichtshof teilte solche Bedenken nicht.⁴⁸

Daneben lässt sich im Kontext der Zersplitterung der politischen Landschaft in Deutschland eine allgemeine Tendenz beobachten: Die Stimmenanteile für Parteien, die nicht im Bundestag vertreten sind, wachsen. 2017 belief sich dieser Anteil auf lediglich 5,0 Prozent,⁴⁹ bei der Bundestagswahl 2021 wuchs er auf 8,7 Prozent an.⁵⁰ Attestiert man dem gegenwärtigen Wahltrend (Mai 2024) die hinreichende Seriosität, könnte dieser Anteil sogar weit höher sein (18,5 Prozent).⁵¹ Den Gesetzgeber trifft eingedenk der wahlssystembezogenen Relevanz der Sperrklausel eine Beobachtungspflicht, die sich gegebenenfalls zu einer rechtlichen Nachbesserungspflicht verdichtet.⁵² Die geradezu handstreichartige Elimination der Grundmandatsklausel im Gesetzgebungsverfahren der gegenständlichen Wahlrechtsnovelle legt allerdings die Vermutung nahe, dass die Verantwortlichen die Folgen dieses Schritts für den Regelungskomplex kaum oder sogar überhaupt nicht bedacht haben. Unabhängig davon, ob man angesichts der zuvor skizzierten Entwicklung eine generelle Überprüfung der Prozenzhürde für notwendig erachtet, ergibt sich das Bedürfnis nach einer anderen Beurteilung aus dem veränderten wahlrechtlichen Regelungsarrangement.

2. Integrationsfunktion der Wahl

Aus der engen Verbindung des Wahlrechts zum Demokratieprinzip folgt die Aufgabe der Wahl als „Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung des Volkes“⁵³. Den Wahlgesetzgeber trifft also eine verfassungsrechtlich grundierte Pflicht, dafür Sorge zu tragen, dass „gewichtige Anliegen im Volk von der Volksvertretung ausgeschlossen bleiben“⁵⁴. Eingedenk dieser Integrationsfunktion der Wahl ist eine Neubewertung der Fünf-Prozent-Hürde am Maßstab des Grundgesetzes geboten, „wenn der sperrklauselbedingte Ausfall an Stimmen einen Umfang erreichte, der die Integrationsfunktion der Wahl [...] be-

38 ▶ BT-Drs. 20/6015, S. 12.

39 Boehl, in: Schreiber, BWahlG, 11. Aufl. (2021), § 6 Rn. 10 mwN.

40 BVerfGE 95, 408 (420 ff.).

41 So beispielsweise der SPD-Abgeordnete Axel Schäfer, der eine Absenkung der Sperrklausel auf vier Prozent vorschlug, vgl. ▶ <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/wahlrechtsreform-vier-prozent-huerde-fuer-den-bundestag-18776127.html> (zuletzt abgerufen am 12.06.2024). Während des Gesetzgebungsverfahrens zum 2. BWahlG im Jahr 1993 ist beispielsweise eine Sperrklausel iHv. drei Prozent erwogen worden, schließlich jedoch zugunsten der heute bekannten Fünf-Prozent-Hürde verworfen worden, vgl. Meyer, Wahlsystem und Verfassungsordnung (1973), S. 49 f. und zeitgenössisch Röhl, DVBl. 1954, 557 (562 f.).

42 Vgl. den Gedankengang bei Hettlage NJOZ 2023, 608 (612 f.), der wohl von der Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des Begriffs „Wahlgebiet“ (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 BWahlG nF.) ausgeht. Eine länderspezifische Fünf-Prozent-Hürde beanspruchte bereits bei der ersten Bundestagswahl Geltung, vgl. dazu Meyer, Wahlsystem und Verfassungsordnung (1973), S. 43 ff.

43 Teilweise wird eine solche Entschärfung sogar als Verfassungsgebot charakterisiert, vgl. etwa Morlok, in: Dreier, GG, 3. Aufl. (2015), Art. 38 Rn. 112; Frotzcher, in: Oppelland, Das deutsche Wahlrecht zwischen demokratischer Legitimität und politischer Funktionalität (2015), 9 (927); Meyer, HStR, Bd. III (2005), § 46 Rn. 39; Brenner, AöR 116 (1991), 537 (583 ff.). Für eine politische Prüfung der Höhe der Sperrklausel plädiert Ehlers Jura 1999, 660 (665); ähnlich Sacksofsky, HdBPfR (2016), § 6 Rn. 66. Kritisch auch Trute, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. (2021), Art. 38 Rn. 74.

44 BVerfGE 1, 208 (256); 51, 222 (237).

45 BVerfGE 135, 259 (Rn. 54) unter Verweis auf BVerfGE 1, 208 (259); 82, 322 (338); 120, 82 (108); 129, 300 (322).

46 So jedenfalls die plausible Vermutung Kingreens, vgl. ders., Schriftsatz für „Mehr Demokratie“ e.V., S. 21 f.; abrufbar unter ▶ <https://www.mehr-demokratie.de/mehr-bewegen/kampagnen/wahlrechtsklage> (zuletzt abgerufen am 12.06.2024). Eine verfassungsrechtliche Neubewertung hat vor allem in Ansehung dieses Ergebnisses Fremuth, AöR 116 (1991), 537 (21 f.) gefordert.

47 ▶ <https://wahlresultat.saarland.de/LTW/> (zuletzt abgerufen am 12.06.2024).

48 VerfGH Saarl., Beschl. v. 4. Juli 2023 – 2 Lv/22, S. 24. Abrufbar in der Entscheidungsdatenbank: ▶ <https://www.verfassungsgerichtshof-saarland.de/entscheidungen/> (zuletzt abgerufen am 12.06.2024).

49 ▶ https://www.bundeswahlleiterin.de/info/presse/mitteilungen/bundestagswahl-2017/37_17_endgueltiges_ergebnis.html (zuletzt abgerufen am 12.06.2024).

50 ▶ <https://www.bundeswahlleiterin.de/bundestagswahlen/2021/ergebnisse/bund-99.html> (zuletzt abgerufen am 12.06.2024).

51 ▶ <https://dawum.de/Bundestag/> (Stand: 11.06.2024; zuletzt abgerufen am 12.06.2024): Durchschnittswerte aktueller Meinungsumfragen zur Bundestagswahl.

52 BVerfGE 135, 259 (Rn. 54). Einen ähnlichen Gedanken formulierte in der Vergangenheit bereits Meyer, Wahlsystem und Verfassungsordnung (1973), S. 230, der eine Institutionalisierung einer ständigen Überprüfung der Höhe der Sperrklausel postulierte.

53 BVerfGE 6, 84 (92 f.); 71, 81 (97); 95, 408 (419); 131, 316 (335) unlängst ferner BVerfG, NVwZ-Beil. 2024, 28 (Rn. 154).

54 BVerfGE 131, 316 (335) unter Verweis auf BVerfGE 6, 84 (92); 51, 222 (236); 94, 408 (419).

einträchtigen würde⁵⁵. Das vor allem seitens der CSU heraufbeschworene „bayerische Szenario“ dominiert dabei die politische und juristische Debatte um die Wahlrechtsreform. Die Christsozialen erlangten bei der letzten Bundestagswahl bundesweit gerade einmal 5,2 Prozent der Zweitstimmen, gewannen aber 45 der 46 Direktmandate in Bayern.⁵⁶ Dass die Partei durchaus gewichtige Anliegen des Staatsvolkes artikuliert, ist vor diesem Hintergrund unbestritten. Dies umso mehr, als dass das *BVerfG* bereits drei errungene Direktmandate im Zusammenhang mit der Billigung der ehemaligen Grundmandatsklausel als Indikator für die politische Bedeutsamkeit einer Strömung angesehen hat.⁵⁷ Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Partei unter Umständen bundesweit unter die Prozenzhürde rutschen könnte. Die Partei würde demnach trotz nicht zu ignorierender Erfolge in den Wahlkreisen mangels Zweitstimmendeckung nicht am Verfahren der Sitzzuteilung teilnehmen, wäre also überhaupt nicht im Bundestag vertreten. Dass dieses keineswegs rein hypothetische Szenario gravierende verfassungsrechtliche Bedenken hervorruft, liegt auf der Hand. Weder das „Trostpflaster“ der Sitzvergabe auf Grundlage einer Reihung der Wahlkreisgewinner nach ihrem jeweiligen Stimmenanteil (§ 6 Abs. 1 S. 2 BWahlG nF.), noch die marginale Erhöhung der gesetzlichen Mitgliederzahl vermögen derlei Repräsentationsdefizite effektiv zu kompensieren.

Verschärft werden die Bedenken durch den Wegfall der Grundmandatsklausel bei gleichzeitiger Beibehaltung der Fünf-Prozent-Hürde. Der reflexartige Verweis auf die Freiwilligkeit, mit der sich die CSU als ausschließlich in Bayern antretende Partei in diese Situation begeben hat,⁵⁸ vermag diese gravierenden verfassungsrechtlichen Probleme nicht zu beseitigen. Dies insbesondere deshalb nicht, da diese grundlegende strukturelle Entscheidung der Christsozialen Ausdruck der von Art. 21 Abs. 1 GG geschützten Parteienfreiheit ist.⁵⁹ Das *BVerfG* hat in der Vergangenheit überdies festgehalten, dass der Wahlgesetzgeber bei der (Neu-)Konzeption eines bestimmten Wahlsystems auch die „politische Wirklichkeit“⁶⁰ in seine Erwägungen einzubeziehen hat. Mit einer ähnlichen Situation sieht sich die Linkspartei konfrontiert, die trotz eines Zweitstimmenergebnisses von lediglich 4,9 Prozent drei Direktmandate gewann und damit unlängst selbst von der Grundmandatsklausel profitierte.⁶¹ Flankiert wird die auch von den Richtern des Zweiten Senats in der mündlichen Verhandlung referenzierte Betroffenheit zweier Oppositionsparteien durch das Erfordernis einer besonders strikten Kontrolle, denn die Wahlrechtsreform berührt die „Bedingungen der politischen Konkurrenz“⁶². Es geht vorliegend auch mitnichten darum, eine Art *lex CSU* verfassungsrechtlich zu erzwingen oder Rücksicht auf oberflächliche Parteistrategien zu nehmen, sondern auf

potentielle Repräsentationsdefizite zu reagieren.

3. Potentielle Repräsentationslücken

Föderalisierung und Regionalisierung sind im Bundeswahlrecht zweifelsohne legitime Regelungsmotive. Dies erkennt auch der Reformgesetzgeber an, indem er die Bildung von Landeslisten sowie deren Bedeutung bei der Sitzzuteilung (etwa § 4 Abs. 1–3 BWahlG nF.) und die Einteilung des Bundesgebietes in Wahlkreise (§ 2 Abs. 2 BWahlG) beibehalten hat. Freilich zwingt das Bundesstaatsprinzip nicht zu einer Darstellung föderaler Belange im Wahlrecht.⁶³ Sinn und Zweck der Grundmandatsklausel war es, gewichtige politische Belange im Sinne der Integrationsfunktion der Wahl zu berücksichtigen. Mit deren Wegfall wird die gleichheitsbeeinträchtigende Wirkung der Sperrklausel verschärft, indem sie potentiell gravierende Repräsentationslücken hervorruft. Nicht nur ist es dem Wähler schwierig vermittelbar, dass im eingangs erwähnten „bayerischen Szenario“ mehrere Dutzend Wahlkreissieger ihre Mandate nicht erhalten sollen und die dann eigentlich „verwaisten“ Wahlkreise nach dem Modell der Regierungskoalition unter Umständen sogar mit Wahlverlierern besetzt werden könnten.⁶⁴ Daneben kann dies dazu führen, dass ein gesamtes Land in politischer Hinsicht nur verzerrt im Bundestag vertreten wäre.⁶⁵ Dies provoziert jedoch nicht nur ein verfassungspolitisches Störgefühl: In Ansehung der realistischen Gefahr einer Fehl- bzw. Unterrepräsentation eines ganzen Landes im Parlament verdichtet sich dieses Störgefühl zu einem Verfassungsverstoß. Aus der Beibehaltung der Fünf-Prozent-Hürde folgt in Kombination mit der Elimination der Grundmandatsklausel eine potentiell gravierende Beeinträchtigung der Integrationsfunktion der Wahl. Einerseits ließe sich unter der Prämisse des reformierten Wahlsystems von einer sich nunmehr materialisierenden Verfassungspflicht zur Beibehaltung der Grundmandatsklausel ausgehen, womöglich auch mit einer höheren Zahl zu erringender Direktmandate. Naheliegender erscheint es andererseits davon auszugehen, dass die Sperrklausel im neuen normativen Umfeld jedenfalls in Höhe der überlieferten fünf Prozent die Schwelle zur Verfassungswidrigkeit überschritten hat.

4. Tragfähigkeit der gesetzgeberischen Begründung

Entscheidend für die Rechtfertigung der Fünf-Prozent-Hürde unter diesen Bedingungen ist die Begründungsleistung des Gesetzgebers. Ihre verschärfte Wirkung korrespondiert nunmehr mit einer erhöhten Rechtfertigungslast. Fraglich ist indes zunächst, ob derart gravierende Störungen der verfassungsrechtlichen Funktion des Bundestages oder gar dessen Handlungsunfähigkeit bei einer weiter wachsenden Parlamentsgröße überhaupt zu erwarten sind.⁶⁶ Anders als in den Augen der Öffentlichkeit vermag der bloße Verweis auf die Kostensteigerung eine solche Prognose noch nicht zu legitimieren.⁶⁷ Fruchtbar ist demgegenüber ein Hinweis auf eine Marginalisierung des einzelnen Abgeordneten sowie die erschwerte Durchsetzung von Mitwirkungsbefug-

55 BVerfGE 146, 327 (Rn. 71).

56 ▶ <https://www.bundeswahlleiterin.de/bundestagswahlen/2021/ergebnisse/bund-99.html> (zuletzt abgerufen am 12.06.2024); ▶ <https://www.bundestagswahl2021.bayern.de/direktmandate.html> (zuletzt abgerufen am 12.06.2024).

57 BVerfGE 95, 408 (422 ff.). Müller, ▶ *VerfBlog v. 06.04.2023* geht ergänzend davon aus, dass regelmäßige Zweitstimmenergebnisse von über 10% in einzelnen Ländern ein Indiz für die politische Bedeutsamkeit einer Strömung sind.

58 Dies klingt zB. an bei Schönberger, NVwZ 2023, 785 (790) unter Verweis auf Wieland, ▶ *VerfBlog v. 20.03.2023*. Dagegen zutreffend Rennert, NJW 2023, 3410 (3415) und Ojak, DVBl. 2023, 841 (843).

59 Insoweit übereinstimmend Schwarz, BayVBl. 2023, 833 (839); Feigl, ▶ JSE 2024, 1 (6); D'Alfonso Masarié, ▶ *VerfBlog v. 25.03.2023*; Müller, ▶ *VerfBlog v. 06.04.2023*.

60 Beispielsweise BVerfGE 129, 300 (321).

61 ▶ https://www.bundeswahlleiterin.de/info/presse/mitteilungen/bundestagswahl-2021/52_21_endgueltiges-ergebnis.html (zuletzt abgerufen am 12.06.2024).

62 BVerfGE 120, 82 (105).

63 Insofern zutreffend Schönberger, NVwZ 2023, 785 (790) unter Verweis auf BVerfGE 6, 84 (99) und Groß, NVwZ 2023, 1282 (1285).

64 Zum Problem „verwaister“ Wahlkreise Grzeszick, NVwZ 2023, 286 (288); Austermann, NVwZ 2023, 625 (627 f.) und ausführlich Möstl, BayVBl. 2024, 1 (2, 6 f.). Dagegen Göbel DÖV 2023, 569 (571).

65 Zutreffende Kritik daher bei Volkmann, ▶ *VerfBlog v. 15.03.2023*; vgl. ferner Möstl, BayVBl. 2024, 1 (2).

66 Kritisch beispielsweise zu Recht Schwarz, BayVBl. 2023, 833 (837 f.); Grzeszick, NVwZ 2023, 286; Ruttloff/Niemann/Misztal, NJOZ 2023, 512 (514); Lang, ZRP 2023, 56 (58); anders Schönberger, JöR nF. 67 (2019), 1 (14 f.). Indifferent Feigl, ▶ JSE 2024, 1.

67 Übereinstimmend Bektaş, DVBl. 2023, 833 (833); Schwarz, BayVBl. 2023, 833 (837 f.); grds. anders Wischmeyer, JZ 2023, 105, der von einem „Vertrauensproblem“ spricht.

nissen.⁶⁸ Der Reformgesetzgeber hätte eine auf einer hinreichenden Tatsachengrundlage beruhende Prognose hinsichtlich der erwarteten erheblichen Funktionsstörungen des Bundestages erstellen müssen. Eine solche Prognose blieb indes aus. Die Gesetzesbegründung referenziert lediglich Modellrechnungen,⁶⁹ ohne aber die Folgen einer größeren Zahl von Abgeordneten detailliert aufzuführen. Ein Nachschieben von Gründen nach verwaltungsprozessualen Muster erst nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens scheidet unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des *BVerfG* hingegen aus.⁷⁰ Allgemeine Befürchtungen genügen insofern nicht, vielmehr bedarf es – unter Rückgriff auf eine polizei- und ordnungsrechtliche Begriffsleihe – einer konkreten, nicht aber abstrakten Gefahr. Geht man mit den Architekten der Reformgesetzgebung davon aus, das neue Wahlrecht habe den tradierten Grundsatz der *personalisierten Verhältniswahl* hinter sich gelassen und sei zu einer reinen Verhältniswahl übergegangen,⁷¹ erhöht sich der verfassungsrechtliche Druck auf die Sperrklausel in ihrer gegenwärtigen Höhe sogar noch weiter.

D) Fazit und Ausblick

Die Wahlrechtsreform der „Ampel“ ist nicht mit dem Grundgesetz vereinbar.⁷² Als wesentliche Gründe für diesen Befund erweisen sich neben der strukturellen Grundlage der Novelle des *BWahlG* vor allem die damit eng verbundene Beibehaltung der Fünf-Prozent-Hürde bei Streichung der Grundmandatsklausel. Die von der Figur der Zweitstimmendeckung verursachten Defizite werden auf diese Weise gravierend verschärft. Der Abschied von der Grundmandatsklausel stellt sich dabei in den Augen des aufmerksamen Beobachters als handwerklich unkluger und zugleich übereilter Seitenhieb gegen zwei Oppositionsparteien dar. Eine Reduktion der Abgeordnetenanzahl des Bundestages ist ein

billigenswertes und wohl in allen politischen Lagern konsensfähiges Anliegen. In ein Änderungsgesetz gegossene verfassungspolitische Rhetorik als Resultat einer spannungsgeladenen Hydraulik aus öffentlicher Erwartungshaltung, sachnotwendigem Reformdruck und Parteienkonkurrenz führt jedoch keine verfassungsrechtlich tragfähige Wahlrechtsreform herbei. Wie eine Entscheidung des *BVerfG* im Detail aussehen wird, bleibt abzuwarten. Grundsätzlich bleibt es der ersten Gewalt überlassen, darüber zu befinden, wie sie einen verfassungsgerichtlich festgestellten Gleichheitsverstoß beseitigt. Angesichts des engen zeitlichen Rahmens ist es demgegenüber ebenfalls denkbar, dass das Gericht dem Gesetzgeber eine Frist zur Neuregelung auferlegt oder gar Übergangsregelungen für die Bundestagswahl im kommenden Jahr statuiert. Das Wahlrecht könnte demgemäß beispielsweise in der Fassung der jüngsten Novelle mit der Maßgabe gelten, dass die Grundmandatsklausel in modifizierter Form beibehalten oder die Fünf-Prozent-Hürde für die Bundestagswahl 2025 abgesenkt wird. Derartige Schritte müssen angesichts ihrer problematischen Implikationen für die Gewaltenteilung zumindest wohlüberlegt sein.

► Inhaltsverzeichnis

⁶⁸ So auch die Gesetzesbegründung, vgl. ▶ *BT-Drs. 20/5370, S. 1 f.*; aus dem Schrifttum Schönberger, NVwZ 2023, 785 (786); Bektaş, DVBl. 2023, 833 (833); Behnke, JöR nF. 67 (2019), 23 (38); zurückhaltend Rauber, ZG 2020, 149 (178 f.); kritisch Austermann, NVwZ 2023, 625: „ein politisches und finanzielles, nicht aber ein juristisches Problem“.

⁶⁹ ▶ *BT-Drs. 20/5370, S. 1.*

⁷⁰ *BVerfGE* 165, 206 (Rn. 131) mwN.; zustimmend Rennert, NJW 2023, 3410 (3413).

⁷¹ Dies hat der Reformgesetzgeber zwar terminologisch in Gesetzesform gegossen, vgl. § 1 Abs. 2 S. 1 *BWahlG* nF.: „Für die Wahl zum Deutschen Bundestag gelten die Grundsätze der Verhältniswahl.“; vgl. dazu auch ▶ *BT-Drs. 20/5370, S. 2 f.* Ob dies aber tatsächlich der Fall ist, ist insbesondere angesichts der Beibehaltung der Einteilung des Bundesgebietes in Wahlkreise (§ 2 Abs. 2 *BWahlG*), den dort nach wie vor stattfindenden Wahlen von Direktkandidaten (§ 1 Abs. 2 S. 2 *BWahlG* nF.), der nachträglich geänderten Beibehaltung der bewährten Terminologie (§ 1 Abs. 2 S. 2 *BWahlG* nF., vgl. dazu ▶ *BT-Drs. 20/6015, S. 5, 12*) sowie der Wahlergebnisse in den Wahlkreisen als maßgebliche Determinante für die Reihung der Kandidaten bei der Sitzvergabe (§ 6 Abs. 1 S. 2 *BWahlG* nF.), zweifelhaft. Die Wahlrechtsreform der Regierungskoalition misst der Erststimme daher nach wie vor eine nicht zu ignorierende Bedeutung bei.

⁷² Zu Recht für verfassungswidrig halten die Reform insgesamt Haug/Pautsch, NJ 2023, 377 (378 ff.); Austermann, NVwZ 2023, 625 (628); ders., RuP 2022, 300 (301); Grzeszick, NVwZ 2023, 286; Heveling, DRiZ 2023, 141; Schwarz, BayVBl. 2023, 833 (841); Möstl, BayVBl. 2024, 1 (12 f.); Rennert, NJW 2023, 3410 (3415); ders., ▶ *VerfBlog v. 17.03.2023*; zuletzt abgerufen am 12.06.2024; Wawzyniak, ▶ *VerfBlog v. 07.11.2023*; Albrecht, RuP 2023, 307 (311); ders., ▶ *JuWissBlog v. 14.04.2023*; lediglich mit Blick auf die Streichung der Grundmandatsklausel Göbel, DÖV 2023, 569 und Groß, NVwZ 2023, 1282 (1286); in diese Tendenz auch Ojak, DVBl. 2023, 841 (845). Von „erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken“ sprechen Ruttloff/Niemann/Misztel, NJOZ 2023, 512 (515); ähnlich wiederum Lang, ZRP 2023, 56 (58): „nicht unerhebliches verfassungsrechtliches Risiko“ und Feigl, ▶ *JSE* 2024, 1 (7): „nicht unerhebliche[n] verfassungsrechtliche[n] Bedenken“; zweifelnd auch Müller, ▶ *VerfBlog v. 06.04.2023*. Kritisch zu entsprechenden Reformideen bereits im Vorfeld Rauber, ZG 2020, 149 ff. A.A. jedoch noch zum Gesetzesentwurf vor Streichung der Grundmandatsklausel v. Achenbach ZRP 2023, 65; Michl, ZRP 2023, 93; ders./Mittrop, ▶ *VerfBlog v. 17.01.2023* und ders./Mittrop, ▶ *VerfBlog v. 13.03.2023*; ferner Steffen, DRiZ 2023, 140; Schönberger, NVwZ 2023, 785 (791); Schönberger, ▶ *VerfBlog v. 18.03.2023*; mit Blick auf das Kappungsmodell Wischmeyer, JZ 2023, 105 (110).



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

Fallbearbeitung – Zivilrecht

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

„Wohnung zu vermieten, Israelis unerwünscht?“

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

In Zeiten einer zunehmend gespaltenen Gesellschaft kommt es leider immer häufiger zu unangenehmen Nachrichten aus dem Bereich des Extremismus (rechts, links, islamistisch). Am 22.01.2024 erschütterte die Öffentlichkeit ein neuerlicher Tiefpunkt, über den die deutsche Boulevard-Presse berichtete. In einer Wohnungsanzeige auf dem Online-Anbieter „Immoscout24“ wurden drei Zimmer im Berliner Bezirk Wilmersdorf angeboten. Und zwar in einer Wohnung im 5. OG, 75 Quadratmeter, 1.500 Euro warm. Allerdings hieß es dazu im Inserat:

„Zur Besichtigung sind alle herzlich willkommen, nur KEINE Israelis oder die mit Israel sympathisieren. Auch möchte ich keine Besichtigungstermine vereinbaren mit Menschen, die den Genozid in Palästina befürworten.“

Zvi Goldmann (G) ist israelischer Staatsbürger, der dringend eine Wohnung sucht. Denn er will von Hamburg nach Berlin umziehen, um dort einen Job an der israelischen Botschaft zu beginnen. Angesichts der derzeitigen Wohnungsnot bewirbt er sich trotz des kritischen Zusatzes in der Anzeige für einen Besichtigungstermin. Ihm wird per Telefon ein Besichtigungstermin für den 24.01.2024 um 09:00 Uhr zugesagt. Dort angekommen trifft er auf die Hausmeisterin Claudia Adelshofen (A), welche namens des Eigentümers die Besichtigung durchführen soll. A fragt zunächst nach Gs vollständigem Namen, um ihn auf eine Liste einzutragen. Am Telefon hatte G sich lediglich mit Goldmann vorgestellt, was offenbar beim Gegenüber keinerlei Zuschreibungen ausgelöst hatte. Als A nun den Namen Zvi Goldmann hört, äußert sie gegenüber G

„Dann sind sie ja aus Israel. Das kommt für den Eigentümer nicht in Frage, stand doch in der Anzeige!“

G bricht daraufhin das Gespräch ab und lässt A stehen. Er fährt unverrichteter Dinge nach Hamburg zurück. Die Fahrt mit dem ICE hat ihn 300 Euro gekostet. Zu Hause angekommen ärgert er sich immer noch über diese Diskriminierung. Eine andere Wohnung in Berlin findet er in den nächsten Wochen jedoch auch nicht. Er überlegt nun, was er in Bezug auf die erste Wohnung unternehmen könnte. Er findet heraus, dass Eigentümer des Mietshauses ein deutscher Geschäftsmann ist, der in Berlin ansässige Frank Wagner (W).

Welche Ansprüche könnte G gegen W haben? Dabei kommt es ihm allein auf Ansprüche an, die ihm auch effektiv etwas bringen.

Auszug: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

§ 1 Ziel des Gesetzes

Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

§ 2 Anwendungsbereich

(1) Benachteiligungen aus einem in § 1 genannten Grund sind nach Maßgabe dieses Gesetzes unzulässig in Bezug auf: [...]

8. den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum. [...]

§ 19 Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot

(1) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die

1. typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen oder

2. eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, ist unzulässig.

(2) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft ist darüber hinaus auch bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 unzulässig. [...]

§ 21 Ansprüche

(1) Der Benachteiligte kann bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot unbeschadet weiterer Ansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.

(2) Bei einer Verletzung des Benachteiligungsverbots ist der Benachteiligende verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Benachteiligende die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Benachteiligte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.

(3) Ansprüche aus unerlaubter Handlung bleiben unberührt. [...]

(5) Ein Anspruch nach den Absätzen 1 und 2 muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend gemacht werden. Nach Ablauf der Frist kann der Anspruch nur geltend gemacht werden, wenn der Benachteiligte ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war.

Gliederung

A) Auslegung

B) Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags

I. Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags

aus § 21 Abs. 2 S. 1 AGG

II. Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags

aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG

III. Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags

aus §§ 280 iVm. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

1. Sperrwirkung von § 21 AGG

2. Möglichkeit eines Kontrahierungszwangs

aus §§ 280 iVm. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

3. Ergebnis

IV. Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags

aus § 831 Abs. 1 S. 1 BGB

V. Ergebnis

C) Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung

I. Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung

aus § 21 Abs. 2 S. 1 und S. 3 AGG

1. Anspruch entstanden

a) Anwendung des AGG

b) Diskriminierung wegen Rasse oder ethnischer Herkunft

2. Zwischenergebnis

II. Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung

aus §§ 280 iVm. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

1. Anspruch entstanden

a) Schuldverhältnis iSd. § 311 Abs. 2 BGB

b) Zwischenergebnis

2. Zwischenergebnis

III. Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung

aus § 831 Abs. 1 S. 1 BGB

1. Anspruch entstanden

a) Verrichtungsgehilfe

b) Tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung des Verrichtungsgehilfen

c) Zwischenergebnis

2. Zwischenergebnis

IV. Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung

aus § 823 Abs. 1 BGB

1. Anspruch entstanden

a) Rechtsgutverletzung

b) Zwischenergebnis

2. Zwischenergebnis

V. Ergebnis

D) Gesamtergebnis

Gutachten

Hinweis

Es handelt sich leider dem Grunde nach (erster Absatz des Sachverhalts) um einen Originalfall. Durch Recherchen von Journalisten kam allerdings heraus, dass es sich um einen bösen Scherz handelt, der jedoch in Zeiten wie diesen durchaus auch Realität sein könnte.

A) Auslegung

Nach dem Bearbeiterhinweis kommen zahlreiche Ansprüche des G in Betracht. Vorrangig wird es ihm um den Erhalt der zunächst verweigerten Wohnung per Abschluss eines Mietvertrags gehen. Daneben könnte er Unterlassung des Diskriminierungssachverhalts und/oder Schadensersatz sowie Entschädigung verlangen.

Dabei ist iSd. Bearbeiterhinweises jedoch zu sehen, dass die bloße Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs G nicht wirklich „etwas bringt“ und somit von vornherein ausscheidet.

B) Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags

Womöglich könnte G von W den Abschluss eines Mietvertrags verlangen. Hierfür kommen mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht.

I. Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags aus § 21 Abs. 2 S. 1 AGG

G könnte von W zunächst aus § 21 Abs. 2 S. 1 AGG den Abschluss eines Mietvertrags mit ihm verlangen.

Nach § 21 Abs. 2 S. 1 AGG ist der Benachteiligte bei einer Verletzung des Benachteiligungsverbots verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen.

Fraglich ist dabei aber schon dem Grunde nach, ob aus dem Anspruch auf Schadensersatz nach § 21 Abs. 2 S. 1 AGG ein Kontrahierungszwang im Hinblick auf einen Mietvertrag iSd. § 535 BGB folgen kann. Dagegen spricht letztlich aber, dass es sich bei der Verweigerung des Vertragsschlusses um das haftungsbegründende Verhalten und nicht etwa um einen Schaden handelt, dessen Behebung im Wege der Naturalrestitution nach § 249 BGB verlangt werden kann.¹ Anders gewendet kann § 21 Abs. 2 S. 1 AGG im Zusammenhang mit einem Kontrahierungszwang allenfalls für den Ersatz desjenigen Schadens greifen, der durch Verweigerung eines anderweitig begründeten Kontrahierungszwangs entsteht, einen Kontrahierungszwang kann § 21 Abs. 2 S. 1 AGG selbst jedoch nicht herbeiführen.²

Im Ergebnis kommt somit kein Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags aus § 21 Abs. 2 S. 1 AGG in Betracht.

II. Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG

Womöglich könnte G von W aber aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG den Abschluss eines Mietvertrags mit ihm verlangen.

Nach § 21 Abs. 1 S. 1 AGG kann der Benachteiligte bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot unbeschadet weiterer Ansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen.

Dieser Beseitigungsanspruch könnte dabei auch als ein quasi-ne-

¹ Overkamp, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl. (01.02.2023), § 21 AGG Rn. 36; Armbrüster/Wollenberg, JuS 2020, 301 (305).

² Vgl. Derleder, NZM 2007, 625 (633); Armbrüster, NJW 2007, 1494 (1495).

gatorischer (Folgen-)Beseitigungsanspruch zu verstehen sein, welcher einen Kontrahierungszwang begründet.

Ob ein solcher Kontrahierungszwang besteht, ist allerdings umstritten. Dabei argumentieren die bejahenden Stimmen insbesondere mit einem Umkehrschluss zu § 15 Abs. 6 S. 1 AGG. § 15 Abs. 6 S. 1 AGG schließt bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG einen Kontrahierungszwang bei Beschäftigungsverhältnissen aus, so dass dies bei allen anderen Vertragsarten in der Folge möglich sein soll.³ Die Gegenansicht stellt insbesondere auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit sowie grundgesetzliche Positionen aus Art. 12 GG und Art. 2 GG ab, wodurch ein Kontrahierungszwang regelmäßig ausscheidet und nur in extremen Ausnahmefällen angenommen werden kann.⁴ Für das Ausscheiden eines Kontrahierungszwangs spricht ferner, dass ein solcher im Gesetzgebungsverfahren für § 21 AGG zunächst vorgesehen war, später jedoch wieder gestrichen wurde.⁵ Zudem war auch die damalige Regelung nicht als Anspruchsgrundlage konzipiert, sondern sollte rein deklaratorisch den Umfang des Beseitigungsanspruchs konkretisieren.⁶

Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente dafür, dass auch § 21 Abs. 1 S. 1 AGG keinen Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags beinhalten kann.

III. Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags aus §§ 280 iVm. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

Ferner könnte G von W aber zumindest aus §§ 280 iVm. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (Culpa in Contrahendo) den Abschluss eines Mietvertrags mit ihm verlangen.

1. Sperrwirkung von § 21 AGG

Dies setzt allerdings schon grundlegend voraus, dass derartige Ansprüche auf Basis des allgemeinen Zivilrechts nicht durch das AGG gesperrt sind. Nach § 21 Abs. 3 AGG bleiben Ansprüche aus unerlaubter Handlung unberührt. Nach der maßgeblichen Gesetzesbegründung meint dies Ansprüche iSd. §§ 823 ff. BGB.⁷ Allerdings belegen die dort genannten Beispiele wie etwa die Ehrbeleidigung iSd. §§ 823 Abs. 2 BGB iVm. § 185 StGB, dass eine Sperrwirkung nur in einem bestimmten Überschneidungsbereich der Schutzgüter der §§ 19, 21 AGG und der §§ 823 ff. BGB gemeint ist, welcher durch § 21 Abs. 3 AGG ausdrücklich geöffnet werden sollte. Ansprüche basierend auf anderen zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen dürften dagegen von vornherein neben § 21 AGG möglich sein.

2. Möglichkeit eines Kontrahierungszwangs aus §§ 280 iVm. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

Fraglich ist dann aber, ob aus Culpa in Contrahendo bzw. den entsprechenden Pflichtverletzungen im Vorfeld eines Vertragschlusses überhaupt ein Kontrahierungszwang erwachsen kann.

Culpa in Contrahendo verweist letztlich auf die Rechtsfolge des § 249 BGB, weshalb idR. nur das negative Interesse (Vertrauensschaden) geschützt ist. Ein unmittelbarer oder mittelbarer Kontrahierungszwang wird dagegen durchgängig abgelehnt.⁸

Damit ist die von G begehrte Rechtsfolge schon gar nicht über einen Anspruch aus §§ 280 iVm. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB erreichbar.

Hinweis

Im 1. Staatsexamen wäre es jetzt verfehlt, noch weitere Ablehnungsgründe anzuführen wie etwa den Umstand, dass zwischen G und W womöglich gar kein vorvertragliches Schuldverhältnis entstanden ist⁹, so dass ein Anspruch gegen W keinesfalls ein Selbstläufer ist. Derartige Erwägungen können erst im Rahmen des Urteilsstils im 2. Examen angeführt werden, um die Ablehnung des Anspruchs uU. auf mehrere Füße zu stellen (was aber auch im Urteilsstil keineswegs zwingend ist, sondern eher eine Geschmacksfrage darstellt).

3. Ergebnis

G kann von W auch nicht aus §§ 280 iVm. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (Culpa in Contrahendo) den Abschluss eines Mietvertrags mit ihm verlangen.

IV. Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags aus § 831 Abs. 1 S. 1 BGB

Schließlich könnte G gegen W einen Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags mit ihm aus § 831 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

Grundsätzlich könnte daran zu denken sein, dass Vermieter W für seine Verrichtungsgehilfin A insoweit haftet, als dass er infolgedessen zum Abschluss eines Mietvertrags verpflichtet ist.

Allerdings gilt auch bei § 831 BGB – von den hier nicht einschlägigen zusätzlichen Besonderheiten der §§ 842 ff. BGB einmal abgesehen – die Rechtsfolge eines Schadensersatzes nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB.¹⁰ Insofern kann es kein abweichendes Ergebnis im Verhältnis zu B.III. (Haftung aus Culpa in Contrahendo) geben. Hier wie dort kann somit aus den §§ 249 ff. kein Kontrahierungszwang abgeleitet werden.

Somit hat G auch nicht aus § 831 Abs. 1 S. 1 BGB heraus gegenüber W einen Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags mit ihm.

V. Ergebnis

G hat gegen W insgesamt keinen Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags mit ihm.

C) Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung

Jedoch könnte S gegen W einen Anspruch auf Schadensersatz in Form des Ersatzes seiner Fahrtkosten und Entschädigung für die erlittene Diskriminierung haben. S hat einen derartigen Anspruch dann, wenn der Anspruch entstanden, nicht erloschen und zudem durchsetzbar ist. Auch insoweit kommen mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht.

I. Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung aus § 21 Abs. 2 S. 1 und S. 3 AGG

Zunächst kommt als Anspruchsgrundlage § 21 Abs. 2 S. 1 und S. 3 AGG in Betracht, wobei sich der Schadensersatz aus S. 1 und die Entschädigung aus S. 3 ergeben kann.

1. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste dann auch entstanden sein. Der Anspruch

3 Thüsing, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2023), § 21 AGG Rn. 18; Mörsdorf, in: BeckOGK-AGG § 21, Stand 01.09.2023, § 21 Rn. 32 f.; Thüsing/v. Hoff, NJW 2007, 21 (22); Franke, NJ 2010, 233 (234).

4 AG Bremen MDR 2021, 1008 (1009); Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. (2024), § 21 AGG Rn. 7.

5 Vgl. Overkamp, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl. (01.02.2023), § 21 AGG Rn. 37 mwN.

6 Vgl. ▶ BT-Drs. 15/4538, S. 43 f. und ▶ BT-Drs. 16/297, S. 44.

7 Vgl. ▶ BT-Drs. 16/297, S. 46.

8 Emmerich, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2022), § 311 Rn. 220; Sprafke, Diskri-

minierungsschutz durch Kontrahierungszwang, 2013, S. 183 ff.

9 Vgl. dazu LG Aachen NZM 2009, 318 (319).

10 Vgl. Sprau, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. (2024), § 831 Rn. 8; BGH NJW 1980, 1901; OLG Hamm NJOZ 2021, 1042.

aus § 21 Abs. 2 S. 1 und S. 3 AGG ist entstanden, wenn G wegen seiner Rasse oder ethnischen Herkunft diskriminiert wurde, das AGG anwendbar ist, der Anspruch fristgemäß geltend gemacht wurde und der W aufgrund Zurechnung des Verhaltens von A zu Schadensersatz und Entschädigung verpflichtet wäre.

a) Anwendung des AGG

Zunächst müsste iSd. § 2 AGG der sachliche Anwendungsbereich des AGG eröffnet sein. Somit ist es erforderlich, dass ein vom Diskriminierungsschutz des AGG erfasstes Vertragsverhältnis vorliegt. A hat dem G namens des W die Möglichkeit auf einen Vertragsschluss für einen Wohnraummietvertrag genommen. Der Zugang zu Wohnraum ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG ausdrücklich dem Anwendungsbereich des AGG unterstellt.

Damit liegt ein grundsätzlich durch das AGG geschützter Vertragstypus vor.

Allerdings könnte iSd. § 19 Abs. 5 S. 1 iVm. S. 2 AGG eine Bereichsausnahme einschlägig sein. Danach sollen die §§ 19–21 AGG dann nicht anwendbar sein, wenn ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird, was bei Mietverhältnissen insbesondere dann der Fall sein kann, wenn die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen. Allerdings ergeben sich für ein solches Nähe- oder Vertrauensverhältnis zwischen G und W keinerlei Anzeichen. Vielmehr waren sich die Parteien zum Zeitpunkt der versuchten Besichtigung persönlich völlig unbekannt.

Im Ergebnis bleibt das AGG vorliegend anwendbar.

b) Diskriminierung wegen Rasse oder ethnischer Herkunft

Fraglich ist weiterhin, ob G überhaupt wegen Rasse oder ethnischer Herkunft diskriminiert wurde, als ihm durch A die Besichtigung und damit in der Folge auch der Abschluss eines Mietvertrags für die betroffene Wohnung verweigert wurde.

Nach § 19 Abs. 2 AGG ist es bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 AGG unzulässig, Menschen wegen ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft zu benachteiligen. Damit sind also auch Wohnraummietverhältnisse iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG erfasst.

Weitergehende Diskriminierungsgründe wie etwa die (offenbar) jüdische Religion des G scheiden dagegen von vornherein aus, da keinerlei Anzeichen dafür erkennbar sind, dass W mehr als 50 Wohnungen vermietet, so dass kein Massengeschäft vorliegt, für das auch andere Diskriminierungsgründe wie Religion relevant sein könnten, vgl. § 19 Abs. 5 S. 3 iVm. Abs. 1 Nr. 1 AGG.

A hat in Verrichtung der Besichtigungstätigkeit für W zu G gesagt „Dann sind sie ja aus Israel. Das kommt für den Eigentümer nicht in Frage, stand doch in der Anzeige!“. Somit hat sie auch auf den Anzeigentext „Zur Besichtigung sind alle herzlich willkommen, nur KEINE Israelis oder die mit Israel sympathisieren. Auch möchte ich keine Besichtigungstermine vereinbaren mit Menschen, die den Genozid in Palästina befürworten“ Bezug genommen und diesen in ihr Handeln einbezogen.

Dann könnte die Rasse oder ethnische Herkunft des G betroffen sein. Mit dem Begriff „Rasse“ wollte der Gesetzgeber deutlich machen, dass das AGG gerade auch solch rassistisches Verhalten sanktionieren will, das von jemandem ausgeht, der die Existenz

verschiedener Rassen annimmt.¹¹ Demgegenüber beruht der Begriff „Ethnie“ auf dem Gedanken, dass gesellschaftliche Gruppen insbes. durch eine Gemeinsamkeit der Staatsangehörigkeit, Religion, Sprache, der kulturellen und traditionellen Herkunft und Lebensumgebung gekennzeichnet sind.¹²

Vorliegend haben weder die A noch die von ihr in Bezug genommene Anzeige auf derartigen Begriffsinhalt abgestellt. Vielmehr ging es dort überwiegend um die israelische Staatsangehörigkeit bzw. in Teilen auch um eine anti-palästinensische Gesinnung. Eine Diskriminierung rein über die Staatsangehörigkeit ist nach dem AGG jedoch nicht geschützt.¹³ Rein aus der Inbezugnahme auf eine israelische Staatsangehörigkeit kann noch nicht darauf geschlossen werden, dass es um eine verdeckte Benachteiligung aufgrund von (jüdischer) Religion geht.¹⁴ Dies erscheint schon deswegen nachvollziehbar, als dass der Staat Israel sich zwar als jüdischer Staat versteht, jedoch (Stand Ende 2020), dennoch nur 73,9 % der Einwohner Israels jüdisch sind gegenüber 21,1 % muslimischen Arabern.¹⁵ Auch die textliche Verbindung mit „Menschen, die den Genozid in Palästina befürworten“ reicht für sich genommen noch nicht aus, um diese Einheit aufzulösen und den Staatsangehörigkeitsbegriff hier auf den jüdischen Bevölkerungsteil Israels zu verengen und damit mittelbar eine Diskriminierung zu belegen. Schließlich können unter den Begriff „Menschen“ auch jüdische Israelis fallen, die das harte Vorgehen der israelischen Armee im Gazastreifen als Teil Palästinas in Folge der palästinensischen Terrorattacke ganz oder zum Teil ablehnen. Ohnehin geht es im Rahmen des hier relevanten § 19 Abs. 2 AGG nicht um Benachteiligungen aufgrund der Religion.

Insgesamt lässt sich daher keine Diskriminierung des G wegen Rasse oder ethnischer Herkunft feststellen.

2. Zwischenergebnis

Der Anspruch des G gegen W auf Schadensersatz und Entschädigung aus § 21 Abs. 2 S. 1 und S. 3 AGG ist somit nicht entstanden.

II. Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung aus §§ 280 iVm. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

Weiterhin kommt als Anspruchsgrundlage für Schadensersatz und Entschädigung §§ 280 iVm. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (Culpa in Contrahendo) in Betracht.

1. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste dann zunächst entstanden sein. Ein Anspruch aus §§ 280 iVm. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (Culpa in Contrahendo) entsteht dann, wenn ein Schuldverhältnis iSd. § 311 Abs. 2 BGB vorliegt, eine Sorgfaltspflicht iSd. § 241 Abs. 2 BGB vor dem Zustandekommen des Schuldverhältnisses verletzt wurde, und ein Vertretenmüssen iSd. § 276 BGB vorliegt.

a) Schuldverhältnis iSd. § 311 Abs. 2 BGB

Fraglich ist zunächst, ob überhaupt ein taugliches Schuldverhältnis iSd. § 311 Abs. 2 BGB vorliegt. In Betracht kommt dabei entweder ein Schuldverhältnis iSd. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB (durch Aufnahme von Vertragsverhandlungen) oder ein Schuldverhältnis

11 ▶ BT-Drs. 16/1780, S. 31; Horcher, in: BeckOK BGB, 68. Ed. (01.11.2023), § 1 AGG Rn. 11.

12 EuGH NJW 2017, 3139; Horcher, in: BeckOK BGB, 68. Ed. (01.11.2023), § 1 AGG Rn. 15.

13 Thüsing, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2023), § 1 AGG Rn. 68; AG Augsburg WuM 2020, 777 (778 f.).

14 OLG München NJW-RR 2020, 1061 (1064); LG Frankfurt a.M. NJOZ 2018, 196 (199); Weller/Lieberknecht/Smela, ZfPW 2020, 419 (421).

15 Vgl. etwa ▶ https://en.wikipedia.org/wiki/Israel#Jüdische_Bevölkerung (zuletzt abgerufen am 27.01.2024).

nis iSd. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB (durch Anbahnung eines Vertrags). Die Mitteilung oder Bestätigung eines Besichtigungstermins erfüllt diese Kriterien jedoch noch nicht, da insoweit noch nicht über einen Vertrag verhandelt oder ein Vertrag angebahnt wird.¹⁶ Dazu kommt, dass auf Seiten des W schon von vornherein kein Rechtsbindungswillen gegenüber G ausgemacht werden kann, da W bereits im Inserat dokumentiert hatte, nicht mit Personen israelischer Staatsangehörigkeit einen Mietvertrag begründen zu wollen, worüber sich G zunächst hinwegsetzte.

b) Zwischenergebnis

Damit fehlt es vorliegend schon an einem tauglichen Schuldverhältnis iSd. § 311 Abs. 2 BGB.

2. Zwischenergebnis

Damit ist auch kein Anspruch des G gegen W auf Schadensersatz und Entschädigung aus §§ 280 iVm. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (Culpa in Contrahendo) entstanden.

III. Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung aus § 831 Abs. 1 S. 1 BGB

Schließlich kommt als Anspruchsgrundlage des G gegenüber W für Schadensersatz und Entschädigung § 831 Abs. 1 S. 1 BGB in Betracht.

1. Anspruch entstanden

Dann müsste der Anspruch erneut zunächst entstanden sein. Nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, bei welcher der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich einen Schaden zufügt.

a) Verrichtungsgehilfe

A müsste zunächst als Verrichtungsgehilfin des W anzusehen sein.

Zu einer Verrichtung bestellt ist jemand, wenn er von einem anderen eine Tätigkeit übertragen bekommen hat, unter dessen Einfluss er allgemein oder im konkreten Fall handelt und zu dem er in einer gewissen Abhängigkeit steht.¹⁷ Ein angestellter Hausmeister, der mit einer bestimmten Aufgabe betraut ist, ist typischerweise auch Verrichtungsgehilfe des betrauenden Eigentümers.¹⁸

Somit ist A, die mit der Durchführung der Wohnungsbesichtigungen betraut war, als Verrichtungsgehilfin des W anzusehen.

b) Tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung des Verrichtungsgehilfen

Weitere Voraussetzung des § 831 Abs. 1 S. 1 BGB ist, dass der Verrichtungsgehilfe tatbestandsmäßig und rechtswidrig eine unerlaubte Handlung begangen hat. In aller Regel handelt es sich dabei um Handlungen iSd. § 823 Abs. 1 BGB.

Fraglich ist aber, ob wirklich die A selbst iSd. § 823 Abs. 1 BGB ein sonstiges Recht des G etwa in Form des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verletzt hat. Denn A hat letztlich nur eine Feststellung anhand der auch ihr mit der Anzeige vorgegebenen Kriterien vorgenommen. Jedoch hat sie selbst keinerlei eigene Wertung getroffen, die sich als rechtswidrige unerlaubte Handlung iSd.

§ 823 Abs. 1 BGB durch sie selbst darstellen könnte.¹⁹

c) Zwischenergebnis

Damit fehlt es vorliegend bereits an einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen unerlaubten Handlung des Verrichtungsgehilfen.

2. Zwischenergebnis

Damit ist auch kein Anspruch des G gegen W auf Schadensersatz und Entschädigung aus § 831 Abs. 1 S. 1 BGB entstanden.

IV. Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung aus § 823 Abs. 1 BGB

Womöglich kommt als Anspruchsgrundlage für Schadensersatz und Entschädigung dann aber § 823 Abs. 1 BGB in Betracht.

1. Anspruch entstanden

Dann müsste der Anspruch zunächst entstanden sein. Nach § 823 Abs. 1 BGB ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet, wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt.

a) Rechtsgutverletzung

W müsste somit eines der Rechtsgüter des W aus § 823 Abs. 1 BGB verletzt haben. In Betracht kommt vorliegend einzig ein sonstiges Recht, was auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst²⁰. Somit müsste der relevante Text des Inserats „Zur Besichtigung sind alle herzlich willkommen, nur KEINE Israelis oder die mit Israel sympathisieren. Auch möchte ich keine Besichtigungstermine vereinbaren mit Menschen, die den Genozid in Palästina befürworten“ das allgemeine Persönlichkeitsrecht von G als Israeli verletzt haben.

Damit stellt sich die Frage nach dem Umfang des Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB. Dieser ist durch eine Interessenabwägung zu konturieren und für den Einzelfall zu konkretisieren, wobei konfligierende Grundrechte entscheidungsleitend zu berücksichtigen sind.²¹ Rechtswidrig ist der Eingriff nur, wenn das Schutzinteresse des Geschädigten die schutzwürdigen Belange des Schädigers überwiegt.²²

Daran gemessen ergibt sich das Recht des W aus Art 14 GG und Art. 2 Abs. 1 GG, mit seinem Wohneigentum nach seinem Belieben zu verfahren und unterhalb der Schutzebene des AGG nach seinen eigens aufgestellten Kriterien im Rahmen der Vertragsfreiheit zu entscheiden, mit wem als Mieter er einen Mietvertrag eingeht. Insofern entspricht auch der Kriterienkatalog der Annonce seiner Meinungsfreiheit iSd. Art. 5 Abs. 1 GG. Demgegenüber könnte G zwar seine Menschenwürde iSd. Art. 1 Abs. 1 GG anführen. Jedoch ist eine Behandlung anhand seiner tatsächlichen Staatsangehörigkeit ohne abschätzigen Konnex hierzu noch nicht als Eingriff in den Schutzbereich der Menschenwürde zu verstehen, so dass G bei Lichte besehen keine wehrfähige

16 AG Bremen BeckRS 2013, 21592.

17 Wagner, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2024), § 831 Rn. 16; Sprau, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. (2024), § 831 Rn. 3; Fischer, JuS 2010, 64 (66).

18 OLG Celle BeckRS 1989, 3740; Kern, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. (2023), § 831 Rn. 6.

19 Dies grenzt den vorliegenden Fall zu OLG München NJW 2010, 1676 ff. ab, wo die Hausmeisterin offensichtlich ohne anleitende Vorgaben vor einer verweigerten Wohnungsbesichtigung zu afrikanischen Interessen äußerte „Die Wohnung wird nicht an Neger, äh ... Schwarzafrikaner ... vermietet“.

20 BGH NJW 2018, 3506; Förster, in: BeckOK BGB, 68. Ed. (01.11.2023), § 823 Rn. 143; Lettmaier, JA 2008, 566.

21 BVerfG NJW 2023, 510 (511); Wagner, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2024), § 823 Rn. 466; Sprau, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. (2024), vor § 823 Rn. 33.

22 OLG Köln GRUR 2022, 1247 (1250); Wagner, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2024), § 823 Rn. 466.

Grundrechtsposition anführen kann, welche in der Funktion als Drittwirkung von Grundrechten²³ in das privatrechtliche Verhältnis zwischen G und W hineinwirken könnte. Damit stehen sich noch nicht einmal abwägungsrelevante Grundrechtspositionen von G und W gegenüber.

b) Zwischenergebnis

Da das allgemeine Persönlichkeitsrecht des G nicht beeinträchtigt sein kann und auch kein anderes Rechtsgut des G iSd. § 823 Abs. 1 BGB beeinträchtigt ist, fehlt es bereits an der erforderlichen Rechtsgutverletzung.

2. Zwischenergebnis

Somit ist auch kein Anspruch des G gegen W auf Schadensersatz und Entschädigung aus § 823 Abs. 1 BGB entstanden.

V. Ergebnis

G hat gegen W insgesamt auch keinen Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung.

D) Gesamtergebnis

G hat letzten Endes keinerlei Ansprüche gegen W.

Abschließende Hinweise für Studierende

Der Fall war wirklich eine Überraschung. Denn letztlich hätten wohl auch die meisten Juristen darauf getippt, dass ein derart handelnder Vermieter natürlich in irgendeiner Form haftet. Diskriminierungen rein anhand der Staatsangehörigkeit sind jedoch rechtens wie spätestens seit den deutschen Gerichtsentscheidungen zu den Beförderungsrichtlinien von Kuwait Airways bekannt ist. Kuwait Airways verweigert seit Jahren die Mitnahme israelischer Staatsbürger. Dies ist so lange nicht zu beanstanden, als dass die Airline nicht weiter zwischen jüdischen und arabischen Israelis differenziert und somit wirklich nur die Staatsangehörigkeit als Kriterium verwendet.

► Inhaltsverzeichnis

²³ Vgl. BVerfG NJW 2018, 1667 (1668); Winkler, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. (2021), Art. 9 Rn. 70; Sauer, in: Dreier, GG, 4. Aufl. (2023), vor Art. 1 Rn. 108.



Fallbearbeitung – Öffentliches Recht

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

„Palästina-Camp“ Assessorexamensklausur



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

Aktenauszug

Auszug aus der Behördenakte (Justitiariat der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main (JWGU))

Vermerk

Am 17.05.2024 gegen 13 Uhr meldete sich ein Vertreter des Ordnungsamts der Stadt Frankfurt am Main bei mir und kündigte Folgendes an: Am 16.05.2024 sei durch einen Studierenden der JWGU, einem gewissen Faisal Al Hosny (A), schriftlich eine Versammlung mit ca. 100 studentischen Teilnehmern zum Thema „Gegen die Diffamierung der Palästinasolidarität in Akademie und im öffentlichen Raum“ auf dem Gelände der JWGU im Zeitraum vom 20.-26.05.2024 angezeigt worden.¹ Dabei handele es sich um die Durchführung eines sog. Palästina-Camps. Mit dem Camp solle die Solidarität mit dem palästinensischen Volk ausgedrückt werden, insbesondere mit Studierenden und Lehrenden in Gaza. Insoweit seien unter anderem Workshops, Diskussionsrunden und Musikdarbietungen geplant. Hierfür werde man auf einer näher bezeichneten Freifläche des Campus Westend der JWGU Zelte und Pavillons aufbauen und dort auch nächtigen. Das Ordnungsamt setzte per Bescheid vom Morgen des 17.05.2024 verschiedene Beschränkungen für das Palästina-Camp (Hygiene, Abfallentsorgung, Entfernung zu Gebäuden) fest, um einen möglichst reibungslosen Ablauf zu gewährleisten.

Daraufhin nahm ich kurz nach dem vorgenannten Anruf unverzüglich Kontakt mit der Universitätsleitung auf und meldete den Sachverhalt per Mail an das Präsidium und den Kanzler. Alle Beteiligten schalteten sich noch am Abend des 17.05.2024 zusammen und überlegten, was zu tun sei. Ich riet dazu, jedenfalls eiligst die Hausordnung der JWGU an die Situation anzupassen.

Die JWGU ist seit 2008 eine Stiftungsuniversität des öffentlichen Rechts. Sie ist damit auch weiterhin eine staatliche Universität und unterliegt nach wie vor – trotz erweiterter Autonomie in bestimmten Bereichen – dem Geltungsbereich des Hessischen Hochschulgesetzes (HHG). Auch der JWGU kommt dabei nach dem HHG das Recht zu, innere Angelegenheiten im Wege von Satzungen und Ordnungen selbst zu regeln.

Dementsprechend tagte das Präsidium der JWGU nach Erarbeitung eines Entwurfs für eine angepasste Hausordnung durch mich am 19.05.2024 (einem Sonntag) und beschloss eine Neufassung der Hausordnung. Danach dürfen auch Freiflächen des Geländes der JWGU nur im Rahmen der Zweckbestimmung betreten bzw. genutzt werden. Ausnahmen bedürfen der Genehmi-

gung. Untersagt ist etwa das Übernachten auf Grundstücken der JWGU (außer zu dienstlichen Zwecken). Das Aufbauen von Zelten ist ferner gesondert genehmigungsbedürftig. Anträge dazu wurden in vorliegender Sache jedoch nicht gestellt.

Ebenfalls am 19.05.2024 teilte die JWGU in einer Pressemitteilung² der Öffentlichkeit mit, dass das Ordnungsamt der Stadt Frankfurt am Main als zuständige Versammlungsbehörde die Anmeldung des Camps mitgeteilt habe. Das Ordnungsamt habe das „Protestcamp“ beschränkt, es aber nicht verboten. Die Universitätsleitung nehme dies angesichts der Geschehnisse rund um vergleichbare Camps in anderen Städten mit großer Sorge zur Kenntnis und prüfe rechtliche Schritte, um zu erwartende Störungen des Universitätsbetriebs trotz allem Verständnis für die Ausübung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit abzuwenden.

Am 20.05.2024 begannen ca. 80 Studierende damit, auf einer Rasenfläche des Campus Westend der JWGU das Palästina-Camp aufzubauen. In der Spitze befanden sich im Camp an jenem Tag zeitweilig bis zu 200 Personen.

Dr. Müller, Leiter des Justitiariats der JWGU

Vermerk für die Bearbeitung

1. Die Hochschulleitung der JWGU will von Dr. Müller (M) am späten Nachmittag des 20.05.2024 wissen, ob/wie das bereits errichtete Palästina-Camp schnellstmöglich vom Universitätsgelände entfernt werden kann. Hilfsweise soll erreicht werden, dass der Universitätsbetrieb möglichst wenig und möglichst kurz gestört wird.
2. Dabei ist zu unterstellen, dass die im Vermerk enthaltenen Angaben sämtlich korrekt sind und alle in Bezug genommenen Gesetze, Satzungen und Ordnungen formell und materiell rechtmäßig sind.
3. Im Falle von Klagen oder Anträgen an Behörden oder Gerichte ist der Sachverhalt nicht darzustellen.

¹ Vgl. ▶ <https://verwaltungsgerichtsbarkeit.hessen.de/presse/versammlung-auf-gelaende-der-goethe-universitaet-darf-weiter-stattfinden> (zuletzt abgerufen am 02.06.2024).

² Vgl. ▶ https://www.puk.uni-frankfurt.de/153566657/Goethe_Universitaet_stellt_Antrag_auf_einstweiligen_Rechtsschutz_gegen_unzureichende_Beschränkungen_für_Protestcamp_auf_Campus (zuletzt abgerufen am 02.06.2024).

Auszug aus dem HHG:**§ 1. Rechtsstellung der Hochschulen und Grundrechtsge-
währleistungen**

(1) Die Hochschulen des Landes Hessen sind mit Ausnahme der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main und der Kunsthochschule Kassel an der Universität Kassel rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts und mit Ausnahme der Technischen Universität Darmstadt und der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main zugleich staatliche Einrichtungen.

(2) Das Land und die Hochschulen haben sicherzustellen, dass die Mitglieder und Angehörigen der Hochschulen die durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 des Grundgesetzes verbürgten Grundrechte wahrnehmen können. Bei der Wahrnehmung dieser Grundrechte sind die Rechte anderer, die allgemein anerkannten Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis sowie die Regelungen zu beachten, die das Zusammenleben in der Hochschule ordnen. [...]

§ 44. Präsidentin oder Präsident

(1) Die Präsidentin oder der Präsident vertritt die Hochschule nach außen. Sie oder er ist Dienstvorgesetzte oder -vorgesetzter des Personals der Hochschule und wird insoweit von der Kanzlerin oder dem Kanzler vertreten. Das Aufsichts- und Weisungsrecht schließt die ordnungsgemäße Wahrnehmung der vom Fachbereich übertragenen Lehr- und Prüfungsaufgaben ein. Sie oder er wahrt die Ordnung an der Hochschule und entscheidet über die Ausübung des Hausrechts.[...]

Auszug aus dem Hessischen Versammlungsfreiheitsgesetz (HVersFG):**§ 1. Versammlungsfreiheit**

(1) Jede Person hat das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen mit anderen zu versammeln und Versammlungen zu veranstalten.[...]

§ 2. Begriffsbestimmungen, Anwendungsbereich

(1) Eine Versammlung im Sinne dieses Gesetzes ist eine örtliche Zusammenkunft von mindestens zwei Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung. Ein Aufzug ist eine sich fortbewegende Versammlung.

(2) Eine Versammlung ist öffentlich, wenn die Teilnahme nicht auf einen individuell bestimmten Personenkreis beschränkt ist.

(3) Soweit nichts Anderes bestimmt ist, gilt dieses Gesetz sowohl für öffentliche als auch für nichtöffentliche Versammlungen.

(4) Versammlungen unter freiem Himmel sind solche, die an der Allgemeinheit geöffneten Orten stattfinden, ohne vom allgemeinen Publikumsverkehr räumlich getrennt zu sein. Dies gilt unabhängig davon, ob diese Orte in der freien Natur oder in geschlossenen Gebäuden liegen. [...]

§ 10. Anwendbarkeit des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG)

(1) Soweit dieses Gesetz die Abwehr von Gefahren gegenüber einzelnen teilnehmenden Personen nicht regelt, sind Maßnahmen gegen sie nach dem Hessischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung zulässig, wenn von ihnen nach den zum Zeitpunkt der Maßnahme erkennbaren Umständen vor oder bei der Durchführung der Versammlung oder im Anschluss an sie eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht. [...]

§ 12. Anzeige- und Mitteilungspflicht

(1) Wer eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel veranstalten will, hat dies der zuständigen Behörde spätestens 48 Stunden vor der Bekanntgabe der Versammlung anzuzeigen. Bei der Berechnung der Frist bleiben Sonn- und Feiertage außer Betracht. Veranstalten mehrere Personen eine Versammlung, ist nur eine Anzeige abzugeben. Die Anzeige muss schriftlich, elektronisch, fernmündlich oder zur Niederschrift erfolgen. Bei einer fernmündlichen Anzeige kann die zuständige Behörde verlangen, die Anzeige schriftlich, elektronisch oder zur Niederschrift unverzüglich nachzuholen. Eine Anzeige ist frühestens zwei Jahre vor dem beabsichtigten Versammlungsbeginn möglich.

(2) Die Anzeige muss den geplanten Ablauf der Versammlung nach Ort, Zeit und Thema bezeichnen, bei Aufzügen auch den beabsichtigten Streckenverlauf. Sie muss Name, Vorname, Geburtsdatum und eine für den Schriftverkehr mit der zuständigen Behörde geeignete Anschrift (persönliche Daten) der anzeigenden Person und der Person, die sie leiten soll, sofern eine solche bestimmt ist, enthalten. Wird die Versammlungsleitung erst später bestimmt, sind die persönlichen Daten der vorgesehenen Person der zuständigen Behörde unverzüglich mitzuteilen. [...]

§ 14. Beschränkungen, Verbot, Auflösung

(1) Die zuständige Behörde kann eine Versammlung unter freiem Himmel beschränken, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Maßnahmen erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet ist.

(2) Die zuständige Behörde kann eine Versammlung unter freiem Himmel verbieten oder die Versammlung nach deren Beginn auflösen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Maßnahmen erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet ist. Verbot oder Auflösung setzen voraus, dass Beschränkungen nicht ausreichen.

(3) Geht eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit von Dritten aus, sind Maßnahmen der Gefahrenabwehr gegen diese zu richten. Maßnahmen nach Abs. 1 oder 2 zulasten der Versammlung sind nur zulässig, wenn

1. Maßnahmen gegen die die Gefahr verursachenden Personen nicht oder nicht rechtzeitig möglich sind oder keinen Erfolg versprechen und
2. die zuständige Behörde die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig selbst oder mit durch Amts- und Vollzugshilfe ergänzten Mitteln und Kräften abwehren kann.

Ein Verbot oder die Auflösung dieser Versammlung setzt eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Personen oder für Sachgüter von erheblichem Wert voraus.

§ 19. Öffentliche Verkehrsflächen im Privateigentum

Auf Verkehrsflächen von Grundstücken in Privateigentum, die dem allgemeinen Publikum geöffnet sind, können öffentliche Versammlungen auch ohne die Zustimmung der Eigentümerin oder des Eigentümers durchgeführt werden, wenn sich die Grundstücke im Eigentum von Unternehmen befinden, die ausschließlich im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder von ihr beherrscht werden.

Auszug aus der Hausordnung der JWGU idF. vom 19.05.2024:

§ 1. Geltungsbereich

(1) Die Hausordnung gilt für alle im Eigentum der Goethe-Universität stehenden und von der Goethe-Universität genutzten Grundstücke und Gebäude, Gebäudeteile mit Ausnahme der Grundstücke und Gebäude auf dem Campus Niederrad.

(2) Die Hausordnung dient der Sicherheit und Ordnung an der Universität und soll insbesondere gewährleisten, dass die Universität die ihr obliegenden Aufgaben wahrnehmen kann. Sie ist rechtsverbindlich für alle Personen, die sich im räumlichen Geltungsbereich nach Abs. 1 aufhalten.

(3) Das Hausrecht umfasst die Entscheidung darüber, wer Gebäude und Grundstücke der Universität betreten darf und wie ihre Nutzung erfolgt. Umfasst ist auch ein virtuelles Hausrecht im Zusammenhang mit der Nutzung digitaler Kommunikationswege und Medien im Bereich der Lehre, Forschung, Verwaltung und sonstiger universitärer Tätigkeit.

§ 2. Ausübung des Hausrechts

(1) Inhaber des Hausrechts ist gem. § 44 Abs. 1 Satz 4 HHG der*die Präsident*in und wird insoweit von dem*der Kanzler*in vertreten.

(2) Das Hausrecht wird von dem*der Präsident*in und seinem*seiner bzw. ihrem*ihrer Vertreter*in ausgeübt. Der*die Präsident*in kann das Hausrecht auf weitere Personen übertragen (Hausrechtsbeauftragte). [...]

§ 3. Nutzung von Räumen, Gebäuden und Freiflächen

(1) Die Gebäude dürfen nur innerhalb der Öffnungszeiten betreten werden. Ausnahmegenehmigungen sind den Pfortner*innen und Mitarbeiter*innen der Sicherheitsdienste bekannt zu machen. Für den dienstlich notwendigen Aufenthalt außerhalb der Öffnungszeiten ist ein gültiger Dienstaussweis (Goethe-Card) oder Personalausweis vorzuhalten und auf Verlangen vorzulegen.

(2) Gebäude, Einrichtungen, Anlagen und Geräte dürfen nur ihrer universitären oder von der Hochschulleitung oder durch ihre Beauftragten nach § 2 genehmigten Zweckbestimmung entsprechend betreten bzw. genutzt werden. Ausnahmen bedürfen der Genehmigung durch den*die Präsident*in oder den*die Kanzler*in. Räume und Inventar sind pfleglich zu behandeln. In allen Räumen und auf allen Verkehrsflächen ist auf Sauberkeit zu achten. [...]

(4) Anordnungen und Maßnahmen der*des Hausrechtsinhabers*in oder der zur Ausübung des Hausrechts Beauftragten, die diese im Rahmen dieser Hausordnung treffen, sind zu befolgen. [...]

§ 4. Genehmigungspflichtige Betätigungen

Auf und in den von der Universität genutzten Gebäuden und Grundstücken bedürfen folgende oder ähnliche Betätigungen der Genehmigung durch den*die Inhaber*in des Hausrechts oder eines Hausrechtsbeauftragten:

- a) Aushängen von Plakaten, Transparenten, Spruchbändern, Wandzeitungen (Anschläge) etc. (außer an dafür ausgewiesenen Wandflächen bzw. Plakattafeln), [...]
- d) Aufstellen von Verkaufs- und Informationsständen sowie jede andere Art des Vertriebs von Waren und Sammeln von Bestellungen, hiervon ausgenommen ist das Verteilen von nicht kostenpflichtigen Lebensmitteln,
- e) das Aufbauen von Zelten und anderen Ständen [...]

§ 5. Unzulässige Betätigungen

Folgende Betätigungen sind auf und in den von der Universität verwalteten Gebäuden und Grundstücken untersagt: [...]

h) das Übernachten in Gebäuden oder auf Grundstücken der Universität (außer zu dienstlichen Zwecken) [...]

§ 8. Verstöße gegen die Hausordnung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

(1) Der Inhaber*innen des Hausrechts und die Hausrechtsbeauftragten haben die Einhaltung der Hausordnung sicherzustellen und treffen die dafür sowie für ggf. weitere zur Erhaltung von Sicherheit und Ordnung erforderlichen Entscheidungen (Anordnungen, Maßnahmen). Verstöße gegen die Hausordnung sind unverzüglich einem der in § 2 aufgeführten Personen anzuzeigen.

(2) Die Inhaber*innen des Hausrechts können zur Wahrung der Zweckbestimmung der im universitären Gebrauch stehenden Gebäude, Räumlichkeiten sowie Grundstücke, zur Abwehr von Störungen des Dienstbetriebes, bei Verstößen gegen das Strafrecht, wegen Verstoßes gegen die universitären Regelungen wie etwa der Antidiskriminierungsrichtlinie oder bei Verstößen gegen das Leitbild der Goethe-Universität sowie zur Vermeidung von Gefahren für Sicherheit und Ordnung ein Hausverbot erteilen.

(3) Die Ausübung des Hausrechts umfasst außerdem das Recht, einen Raum-, Haus- oder Platzverweis auszusprechen; dieser beinhaltet die Aufforderung, die Räumlichkeit, das Gebäude oder das Grundstück umgehend zu verlassen und gilt je nach konkreter Ausgestaltung des*der Hausrechtsinhaber*in bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (z.B. für die Restdauer einer Lehrveranstaltung) und maximal bis 24.00 Uhr bzw. Schließung bzw. Ende der Öffnungszeiten der Räumlichkeit des jeweiligen Tages. Zudem kann das Betreten von Räumlichkeiten von einer Bedingung abhängig gemacht werden und eine Nachweiskontrolle durchgeführt werden (z.B. Vorzeigen eines Bibliotheksausweises, Anmeldungsnachweis zu einer Lehrveranstaltung).

(4) Bei allen Entscheidungen im Zusammenhang mit der Ausübung des Hausrechts ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren.

Gliederung

A) Vorbereitendes Gutachten

I. Räumung des Palästina-Camps

1. Räumung vermittelt Versammlungsrecht
 - a) Palästina-Camp als Versammlung iSd. HVersFG?
 - b) Versammlung unter freiem Himmel?
 - c) Zweckfremder Zugang gerade erst durch Versammlungsfreiheit?
 - d) Zugang aufgrund von § 19 HVersFG?
 - e) Zwischenergebnis

2. Räumung vermittelt Hausrecht

II. Beschränkung des Palästina-Camps

III. Zwischenergebnis

IV. Zweckmäßigkeitserwägungen

1. Allgemeines
2. Voraussetzungen des einzulegenden Rechtsbehelfs
 - a) Zulässigkeit
 - aa) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
 - bb) Statthafte Rechtsschutzart
 - cc) Bestimmung der statthaften Anordnungsart
 - dd) Antragsbefugnis
 - ee) Antragsgegner
 - ff) Zuständigkeit des VG Frankfurt am Main
 - gg) Form
 - hh) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis
 - ii) Zwischenergebnis
 - b) Begründetheit
 - aa) Anordnungsanspruch
 - bb) Anordnungsgrund
 - cc) Grenzen der einstweiligen Anordnung

B) Schriftsatz an das Gericht

A) Vorbereitendes Gutachten³

Das vorbereitende Gutachten lässt sich in ein Haupt- und ein Hilfsbegehrt unterteilen. Das Hauptbegehrt zielt auf eine Räumung des bereits errichteten Palästina-Camps an der JWGU ab, das Hilfsbegehrt auf eine Limitierung nach Ausmaß und zeitlichem Umfang.

I. Räumung des Palästina-Camps

Die Räumung des Palästina-Camps könnte entweder mittels des (hier aufgrund der örtlichen Lage in Frankfurt am Main einschlägigen hessischen) Versammlungsrechts oder mittels der Ausübung des Hausrechts durch die JWGU erfolgen.

Sofern mit dem Palästina-Camp an der JWGU jedoch eine Versammlung iSd. HVersFG vorliegen sollte, gilt nach § 10 HVersFG eine Sperrwirkung für das Polizeirecht, konkret also für versammlungsauflösende Standardmaßnahmen der Polizei nach dem HSOG. Diese sog. „Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts“ bringt den Vorrang des HVersFG vor dem allgemeinen Polizeirecht zum Ausdruck.⁴ Alleine über das Polizeirecht kommt eine Räumung einer existenten Versammlung iSd. HVersFG somit nicht in Betracht.

1. Räumung vermittelt Versammlungsrecht

Fraglich ist, ob die JWGU eine Räumung des Palästina-Camps mittels Versammlungsrecht erreichen kann.

Räumung bedeutet im versammlungsrechtlichen Sinne eine Auflösung der Versammlung. Die zuständige Versammlungsbehörde kann eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel nach § 14 Abs. 2 HVersFG nach deren Beginn auflösen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Maßnahmen erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet ist. Voraussetzung ist dann aber aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, dass insoweit Beschränkungen nicht ausreichen.

a) Palästina-Camp als Versammlung iSd. HVersFG?

Grundlegende Voraussetzung einer Versammlungsauflösung iSd. § 14 Abs. 2 HVersFG wäre, dass das Palästina-Camp an der JWGU überhaupt eine Versammlung iSd. HVersFG darstellt. Denn ohne eine Versammlung im Anwendungsbereich des HVersFG kann auch keine Auflösung dieser Versammlung iSd. HVersFG verfügt werden.

Der Umstand, wonach das Ordnungsamt der Stadt Frankfurt am Main als örtlich zuständige Versammlungsbehörde⁵ das Palästina-Camp an der JWGU ganz offenkundig als eine solche Versammlung eingestuft hat, schafft dabei für sich genommen noch kein rechtlich bindendes Präjudiz. Denn auch das Ordnungsamt der Stadt Frankfurt am Main könnte rechtlich fehlerhafte Annahmen getroffen haben.

³ Vgl. zur „Abarbeitung“ dieser behördlichen Aufgabenstellung in einer Behördenklausur *Kaiser/Köster/Seegmüller*, Die öffentlich-rechtliche Klausur im Assessorexamen, 6. Aufl. (2022), S. 207 ff. Die JWGU hätte hier auch einen externen Rechtsanwalt einschalten können, so dass der gewählte Ansatz mit einer Anwaltsklausur vergleichbar ist.

⁴ LT-Drs. 20/9471 v. 04.11.2022, S. 28 mit Verweis auf BVerfG NVwZ 2005, 80 (81); *Bünnigmann*, JuS 2016, 695 ff.; vgl. dazu aber auch die stark umstrittene neue Linie des BVerwG, wonach eine Auflösung der Versammlung vor dem Treffen polizeilicher Maßnahmen mitunter entbehrlich sein kann, wenn die betreffende Versammlung ohnehin von Anfang an unfriedlich verlaufen ist BVerwG BeckRS 2024, 5595.

⁵ Die Zuständigkeit der örtlichen Ordnungsbehörde für das Versammlungswesen ergibt sich in Hessen seit jeher aus § 85 HSOG iVm. § 1 Satz 1 Nr. 2 HSOG-DVO.

Eine Versammlung iSd. HVersFG ist nach § 2 Abs. 1 S. 1 HVersFG eine örtliche Zusammenkunft von mindestens zwei Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung. Das HVersFG legt insoweit den engen Versammlungsbegriff zugrunde und schützt nicht jedwede Veranstaltungsart wie etwa Veranstaltungen mit überwiegendem Spaßcharakter, sondern nur solche Veranstaltungen, deren Zweck eine auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtete Erörterung oder Kundgebung ist.⁶ Daran ist vorliegend nicht zu zweifeln. Denn auch die Auseinandersetzung mit der derzeitigen politischen Lage in Palästina zählt jedenfalls zur Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung.

Es liegt mit dem Palästina-Camp an der JWGU aufgrund der bereits am 20.05.2024 fluktuierenden Teilnehmerzahl (80-200 Personen) auch eine öffentliche Versammlung vor. Eine Versammlung ist nach § 2 Abs. 2 HVersFG schließlich immer dann öffentlich, wenn die Teilnahme nicht auf einen individuell bestimmten Personenkreis beschränkt ist. So konnten sich etwa weitere Studierende der JWGU jederzeit spontan dem Palästina-Camp an der JWGU anschließen.

Damit scheint eine Versammlung nach Maßgabe des HVersFG gegeben zu sein, für die grundsätzlich die Versammlungsfreiheit iSd. § 1 Abs. 1 HVersFG besteht.

b) Versammlung unter freiem Himmel?

Fraglich ist allerdings weiter, denn nur insoweit gelten die §§ 12 ff. HVersFG – darunter der vorliegend für eine Auflösung einer Versammlung unter freiem Himmel relevante § 14 Abs. 2 HVersFG –, ob auch wirklich eine Versammlung unter freiem Himmel vorliegt, so dass auch der Anwendungsbereich des HVersFG vollständig eröffnet ist.

Hinweis

Das Versammlungsrecht (des Bundes und der Länder) ist seit jeher nicht sonderlich eingängig aufgebaut. Eine geschützte Versammlung, für die die jeweils örtliche Versammlungsbehörde dann auch zuständig ist (Beschränkungen, Verbot, Auflösung usw.) kann nur dann vorliegen, wenn die Versammlung zusätzlich entweder als Versammlung unter freiem Himmel oder als Versammlung in geschlossenen Räumen zu qualifizieren ist.

Nach § 2 Abs. 4 HVersFG sind Versammlungen unter freiem Himmel solche, die an der Allgemeinheit geöffneten Orten stattfinden, ohne vom allgemeinen Publikumsverkehr räumlich getrennt zu sein. Dies gilt unabhängig davon, ob diese Orte in der freien Natur oder in geschlossenen Gebäuden liegen. Die Versammlungsfreiheit ist insoweit nicht vorbehaltlos gewährleistet. Vielmehr können Versammlungen unter freiem Himmel nach Art. 8 Abs. 2 GG durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden. Nur Versammlungen an Orten allgemeinen kommunikativen Verkehrs sind dabei Versammlungen unter freiem Himmel iSd. Art. 8 Abs. 2 GG.⁷ Maßgeblich ist, dass Versammlungen an solchen Orten ihrerseits in einem öffentlichen Raum, das heißt inmitten eines allgemeinen Publikumsverkehrs stattfinden und von diesem nicht räumlich getrennt sind.⁸

Genau hier liegt das Kernproblem im Fall etwa von derzeit durchgeführten Palästina-Camps an Universitäten und Hochschulen. So zeigt insbesondere die Gesamtschau der §§ 1, 3, 4, 5 der Hausordnung der JWGU, dass die JWGU auch ihre Außenflächen gerade nicht rund um die Uhr für den allgemeinen Publikumsverkehr geöffnet hat und bestimmte Nutzungsarten gar nicht oder nur ggf. auf Antrag hin gestattet (Aushängen von Plakaten, Transparenten, Spruchbändern, Wandzeitungen; Aufstellen von Verkaufs- und Informationsständen; Aufbauen von Zelten und anderen Ständen; Übernachten in Gebäuden oder auf Grundstücken ohne dienstlichen Zweck).

Zudem wird insbesondere aus § 3 Abs. 1 der Hausordnung der JWGU deutlich, dass kein genereller Aufenthalt von jedermann auf Flächen der JWGU erwünscht ist, sondern dass die JWGU abgesehen von etwaig erteilten Sondergenehmigungen lediglich den zeitweiligen Aufenthalt von Universitätsangehörigen (Studierende, Professoren und sonstige Lehrende/Forschende, übriges Personal) zu dienstlichen Zwecken auf ihren Flächen wünscht. Diese dienstlichen Zwecke lassen sich im Lichte von § 1 Abs. 2 HHG dergestalt konkretisieren, dass es auf dem Gelände einer jedweden hessischen Universität und Hochschule (nur) um den absolut zentralen Zweck der Gewährleistung von Wissenschaftsfreiheit iSd. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geht.

Diese Zugangsbeschränkungen auch etwa für Studierende korrespondieren dabei damit, dass Studierende etwa bei der Mitgliedschaft im Studierendenparlament oder im AstA auch kein sog. allgemeinpolitisches Mandat erlangen, dh. dass sie sich nur um studentische bzw. universitäre Belange kümmern dürfen.⁹ Im Umkehrschluss ist die mitunter schwer zu ermittelnde Grenze zwischen der noch zulässigen (Mit-)Behandlung allgemeinpolitischer Gesichtspunkte und der unzulässigen Wahrnehmung eines allgemeinpolitischen Mandats jedenfalls dort überschritten, wo ein sachlicher Bezug zur Hochschulpolitik weder erkennbar noch beabsichtigt ist.¹⁰ Eine rechtmäßige Wahrnehmung des zulässigen Hochschulmandats im Sinne der sog. Brückenschlagtheorie des BVerwG¹¹ liegt jedenfalls dann nicht mehr vor, solange im Schwerpunkt allgemeinpolitische Themen betroffen sind und Hochschulbelange nur beiläufig benannt werden.¹² Zwar zählt politische Bildung zu Aspekten studentischer Interessen, jedoch dürfen keine allgemeinpolitischen Forderungen erhoben werden.¹³

Universitäten und Hochschulen sind damit zwar ein Ort der Meinungsbildung und des Meinungsdiskurses. Insbesondere § 1 Abs. 2 HHG und die Hausordnung der JWGU zeigen aber auf, dass Grenzen dort gesetzt sind, wo etwa Studierende über den hochschulpolitischen Diskurs hinaus auf dem Universitätsgelände allgemeinpolitische Versammlungen anstreben wollen, die im Kern nichts mit der Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit iSd. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zu tun haben, sondern diesen Wesenszweck ganz im Gegenteil stören. So wie Universitäten und Hochschulen sich regelmäßig gegen rein parteipolitische Veranstaltungen etwa vor Bundes- oder Landtagswahlen auf ihrem Gelände zur Wehr setzen (können), gilt nichts wesentlich Anderes auch für sonstige allgemeinpolitische oder allgemeingesellschaftliche Veranstaltungen ohne wirklichen universitären Bezugskern, auch wenn

6 LT-Drs. 20/9471 v. 04.11.2022, S. 19; vgl. auch Kaiser, in Dreier, GG, 3. Aufl. (2023), Art. 8 Rn. 29; Voßkuhle/Schemmel, JuS 2022, 113 (114).

7 OVG Lüneburg KlimR 2023, 156 (157); Schneider, in: BeckOK GG, 57. Ed. (15.01.2024); Art. 8 Rn. 32; Hofmann-Hoepfel, in Eiding/Hofmann-Hoepfel, VerwR, 3. Aufl. (2022), § 63 Rn. 17;

8 LT-Drs. 20/9471 v. 04.11.2022, S. 20.

9 Vgl. OVG NVwZ-RR 2001, 102.

10 OVG NVwZ-RR 2001, 102; OVG Berlin NVwZ-RR 2004, 348 (349).

11 BVerwG NVwZ 2000, 323 ff.

12 VGH Kassel NVwZ-RR 2008, 467 (469); VG Frankfurt/M. BeckRS 2021, 2504; VG Köln BeckRS 2023, 34881.

13 OVG Berlin NVwZ-RR 2004, 348 (349); OVG Magdeburg BeckRS 2008, 33051; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2015, 460 (463).

Studierende die Initiatoren jener Veranstaltungen sein mögen.

So liegt der Fall auch vorliegend. In Anbetracht des derzeitigen Kriegs im Gazastreifen (im Nachgang zur Terrorattacke der HAMAS auf Israel im Oktober 2023¹⁴) geht es bei Palästina-Camps im Schwerpunkt nicht um hochschulpolitische oder studentische Belange, sondern um weltpolitisch geprägte Betrachtungen von militärischen und religiösen Auseinandersetzungen in Nahost, welche alleine schon durch die Namensgebung „Palästina-Camps“ keinen wirklichen gesellschaftlichen Diskurs iS. einer vielschichtigen Meinungsbildung erwarten lassen. Vielmehr ist von vornherein mit einseitig tendenziösen Betrachtungen zu rechnen, die sich sogar in Form von offen gezeigtem Antisemitismus und einem Bestreiten des Existenzrecht Israels bis hin zur Begehung von Straftaten wie Volksverhetzung (§ 130 StGB) oder einem Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen (§ 86a StGB) niederschlagen können.

Hinweis

Natürlich war dies 2024 erwartungsgemäß auch an der JWGU in Frankfurt¹⁵ (oder an der Humboldt Universität in Berlin¹⁶) so. Versammlungsrechtlich sind von der Erfahrung mit ähnlichen Veranstaltungen getragene Vermutungen über den auch strafrechtlich relevanten Fortgang der Ereignisse allerdings nicht hinreichend, um eine Versammlung von vornherein zu verbieten. Vielmehr müssen der Versammlungsbehörde dafür klar erkennbare Umstände vorliegen, wonach die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet ist.

Vorliegend könnten allerdings das dem Ordnungsamt der Stadt Frankfurt am Main als Versammlungsbehörde angezeigte Thema „Gegen die Diffamierung der Palästinasolidarität in Akademie und im öffentlichen Raum“ und die bekundete Solidarität der Protestierenden auch mit Studierenden und Lehrenden in Gaza dazu führen, dass doch ein hochschulpolitischer oder studentischer Belang ausgemacht werden kann, welcher (noch) der Zweckbindung der Flächen der JWGU (Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit iSv. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) unterfällt. Zwar gibt es in Gaza-Stadt tatsächlich gleich vier Universitäten.¹⁷ Gleichwohl fallen die beiden vorgenannten Aspekte schon der Bezeichnung nach derart auseinander, dass ein etwaiger Hochschulbezug deutlich herbeikonstruiert wirkt. Dies gilt zumal, da zwischen der JWGU und den in Gaza befindlichen Universitäten auch keinerlei Zusammenhang besteht (bspw. durch eine Hochschulpartnerschaft) und allgemeine Solidaritätsadressen in ferne Länder oder Gebiete ohne jegliche Form des direkten Kontaktes nichts Anderes repräsentieren als allgemeine weltpolitische und gesellschaftliche Umstände ohne ernsthaften Wissenschaftsbezug.

Im Ergebnis liegt damit keine Versammlung vor, die iSd. § 2 Abs. 4 HVersFG als öffentliche Versammlung unter freiem Himmel in den Anwendungsbereich des HVersFG geraten ist.

c) Zweckfremder Zugang gerade erst durch

¹⁴ Vgl. im Detail etwa Hippeli, NJOZ 2023, 1536 ff.; Schwarz, ZRP 2024, 95 ff.

¹⁵ Vgl. ▶ <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/frankfurt/kritik-wird-lauter-wie-es-mit-dem-palaestina-protestcamp-in-frankfurt-weitergeht-19734093.html> (zuletzt abgerufen am 02.06.2024).

¹⁶ Vgl. ▶ <https://www.spiegel.de/panorama/humboldt-universitaet-berlin-37-ermittlungsverfahren-nach-propalaestinenschem-protest-a-azd-8l2ad-57cf-470-bfbo-05dcf30f2b98> (zuletzt abgerufen am 02.06.2024).

¹⁷ ▶ [https://de.wikipedia.org/wiki/Gaza_\(Stadt\)#Universitäten](https://de.wikipedia.org/wiki/Gaza_(Stadt)#Universitäten) (zuletzt abgerufen am 02.06.2024).

Versammlungsfreiheit?

Womöglich kann aber die Versammlungsfreiheit gerade erst einen Zugang zum vom Nutzungszweck limitierten Gelände der JWGU erstreiten.

Allerdings ist anerkannt, dass die Versammlungsfreiheit iSd. Art 8 Abs. 2 GG keinen Zutritt zu Orten ermöglicht, die der Öffentlichkeit nicht allgemein zugänglich sind oder zu denen schon den äußeren Umständen nach nur zu bestimmten Zwecken Zugang gewährt wird.¹⁸ Die Durchführung von Versammlungen etwa in Verwaltungsgebäuden oder in eingefriedeten, der Allgemeinheit nicht geöffneten Anlagen ist durch Art. 8 GG ebenso wenig geschützt wie etwa in einem öffentlichen Schwimmbad oder Krankenhaus.¹⁹ Nicht anders verhält es sich bei einer Universität wie der JWGU dann, wenn geregelt ist, dass ihre Anlagen nur für eine bestimmte Nutzung im Rahmen ihrer Zweckbestimmung (Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit iSd. Art. 5 Abs. 3 GG) geöffnet sind.

Hinweis

Die Besonderheit bei Universitäten und Hochschulen dürfte darin liegen, dass diese neben dem räumlichen Kern ihrer Zweckbestimmung (Hörsäle, Forschungslabore, Bibliotheken etc.) mit ihrem jeweiligen Campusgelände anders als etwa Krankenhäuser und Gerichte regelmäßig noch über weitere große Flächen verfügen, die gerade für den (allerdings) zweckbezogenen Meinungsdiskurs offenstehen, zumeist aber über eine Haus- oder Nutzungsordnung den Angehörigen der jeweiligen Universität oder Hochschule vorbehalten sind. Soweit ersichtlich wurde durch ein deutsches Gericht noch nie entschieden, ob derart großzügige Flächenwidmungen mit Blick auf die damit verbundene Einschränkung des Anwendungsbereichs der Versammlungsfreiheit zulässig sind oder nicht. In Bezug etwa auf Hörsäle wird eine Nutzungsbeschränkung dabei völlig unproblematisch sein²⁰, bei weit dazu entlegenen Campusflächen, von wo aus die Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit durch eine Versammlung faktisch nicht gestört werden kann, könnte allerdings mit Blick auf Art. 8 Abs. 2 GG in Zukunft auch eine andere Bewertung erfolgen.

Im Ergebnis gewährt die Versammlungsfreiheit iSd. Art 8 Abs. 2 GG zumindest zum Stand 2024 keinen Zutritt zum zugangsbeschränkten Gelände der JWGU, um dort eine versammlungsrechtlich geschützte Versammlung wie das Palästina-Camp abhalten zu können.

d) Zugang aufgrund von § 19 HVersFG?

Möglicherweise kann das Palästina-Camp an der JWGU aber doch dem Schutzbereich des HVersFG unterfallen, wenn insoweit § 19 HVersFG eingreift.

Nach § 19 HVersFG können öffentliche Versammlungen auch ohne die Zustimmung der Eigentümerin oder des Eigentümers auf Verkehrsflächen von Grundstücken in Privateigentum durchgeführt werden, die dem allgemeinen Publikum geöffnet sind, wenn sich die Grundstücke im Eigentum von Unternehmen be-

¹⁸ Vgl. BVerfG NJW 2011, 1201 (1204); ▶ <https://verfassungsblog.de/besetzte-orte/> (zuletzt abgerufen am 02.06.2024).

¹⁹ BVerfG NJW 2011, 1201 (1204); VGH Kassel BeckRS 2020, 28044; VG Berlin BeckRS 2014, 55677; Depenheuer, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 93. EL Oktober 2020, Art. 8 Rn. 77; v. Alemann/Scheffczyk, JA 2013, 407 (408).

²⁰ Vgl. dazu ▶ <https://verfassungsblog.de/studierendenproteste-im-versammlungsrecht/> (zuletzt abgerufen am 02.06.2024); im Ansatz auch Rozek, JuS 2002, 470 (476).

finden, die ausschließlich im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder von ihr beherrscht werden.

Vorliegend ist die JWGU – anders als andere hessische Universitäten in ihrer Eigenschaft als Stiftung des öffentlichen Rechts – zwar Eigentümerin der von ihr genutzten Grundstücke. Allerdings ist sie gerade kein Unternehmen im Eigentum der öffentlichen Hand, so dass die Grundrechtsverpflichtung bei ihr als Trägerin der mittelbaren Landesverwaltung erst gesondert über eine Norm wie § 19 HVersFG angeordnet werden müsste. Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts als Institutionen der mittelbaren Staats- oder Landesverwaltung sind schließlich ebenso Grundrechtsverpflichtete wie Behörden als integrativer Bestandteile der unmittelbaren Staats- oder Landesverwaltung.²¹

Zudem sind die Verkehrsflächen der JWGU wie bereits geprüft eben nicht für den allgemeinen Publikumsverkehr geöffnet.²²

Hinweis

Ein Störgefühl mag sich für Viele daraus ergeben, dass es bei den allermeisten Universitäten und Hochschulen völlig unproblematisch ist, etwa als normaler Bürger ohne Studierendeneigenschaft über den jeweiligen Campus zu laufen. Das liegt aber lediglich daran, dass typischerweise keinerlei (umständliche und kostenintensive) Zugangskontrollen vorgenommen werden. Streng genommen handelt es sich aber schon dabei zu meist um eine nicht durch die jeweilige Haus- oder Nutzungsordnung gedeckte Flächennutzung. Eine allgemeine Öffnung für den Publikumsverkehr liegt dann jedenfalls nicht vor.

Damit ist auch hiernach kein Zugang zum Campus-Gelände der JWGU gewährleistet, um sodann das Palästina-Camp nach Maßgabe des HVersFG abhalten zu können.

e) Zwischenergebnis

Da mit dem Palästina-Camp an der JWGU keine vom HVersFG geschützte öffentliche Versammlung unter freiem Himmel vorliegt, kann diese auch nicht mittels § 14 Abs. 2 HVersFG aufgelöst werden.

Hinweis

Im Originalfall hat das Ordnungsamt der Stadt Frankfurt am Main das Palästina-Camp an der JWGU offenbar fälschlich als eine vom HVersFG geschützte öffentliche Versammlung unter freiem Himmel eingestuft. Nur so sind die per Bescheid vom 17.05.2024 festgesetzten Beschränkungen erklärbar. Dies mag allerdings auch daran liegen, dass sich die JWGU in der Vergangenheit (fälschlich) nicht darauf berufen hat, dass ihre Flächen eben nicht für hochschul- und damit auch zweckfremde Versammlungen offenstehen.²³ Dieser rechtliche Fehler scheint

sich nun fortzusetzen.

2. Räumung vermittelt Hausrecht

Weiterhin könnte eine Räumung des Palästina-Camps an der JWGU vermittelt Ausübung des Hausrechts in Betracht kommen.

Nach § 44 Abs. 1 S. 4 HHG iVm. den §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 2 der Hausordnung der JWGU entscheidet insbesondere der Präsident der JWGU über die Nutzung der Anlagen (Gebäude und Grundstücke) der JWGU im Rahmen der Ausübung des Hausrechts.

Wie bereits geprüft liegt mit dem Palästina-Camp eine mit der Zweckbestimmung unvereinbare Nutzung der Flächen der JWGU vor. So wurde gegen die grundsätzliche Limitierung der Betretungszeiten verstoßen, eine Ausnahmegenehmigung wurde nicht eingeholt. Ferner wurde entgegen dem grundsätzlichen Verbot gehandelt, Zelte und Pavillons aufzubauen, eine Ausnahmegenehmigung wurde auch insoweit nicht eingeholt. Schließlich planen die betroffenen Studierenden im Palästina-Camp zu übernachten, obwohl dies mit Ausnahme von vorliegend nicht einschlägigen dienstlichen Zwecken generell untersagt ist.

Dem Präsidenten der JWGU kommt nach § 8 Abs. 1 der Hausordnung der JWGU sogar die Pflicht zu, die Hausordnung durchzusetzen. Er kann insoweit unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit nach § 8 Abs. 2 bis Abs. 4 der Hausordnung der JWGU ein Hausverbot oder einen Platzverweis erteilen, welcher die Aufforderung beinhaltet, die Räumlichkeit, das Gebäude oder das Grundstück umgehend zu verlassen.

Mit den vorgenannten Maßnahmen des Hausrechts kann somit die begehrte Räumung des Palästina-Camps an der JWGU erreicht werden. Da die Protestierenden zugleich Studierende sind, würde ein Hausverbot jedenfalls in unverhältnismäßiger Weise in das Recht dieser Studierenden auf aktive Teilnahme am Wissenschaftsprozess aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG wie auch in das Recht auf freie Berufswahl aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG eingreifen.²⁴ Denn die betroffenen Studierenden würden insoweit auch in der Fortführung ihres Studiums beeinträchtigt, da sie zB. in Präsenz angebotene Vorlesungen nicht besuchen könnten. Von daher läuft auf Ebene des Auswahlmessens alles auf einen Platzverweis verbunden mit der Aufforderung hinaus, das Grundstück umgehend zu verlassen.

Platzverweise sind dabei stets nur kurzfristig angelegt, wenn gleich die Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder als Blaupause für Platzverweise qua Hausrecht von unterschiedlichen Termi n für die Bestimmung der Länge des Platzverweises ausgehen („vorübergehend“ oder „kurzfristig“).²⁵ Im maßgeblichen Bundesland Hessen wird das dort zum Platzverweis iSd. § 31 Abs. 1 HSOG fixierte Tatbestandsmerkmal „vorübergehend“ etwa als eine Nacht, zumindest aber nicht als längerfristig oder lang andauernd definiert.²⁶ Es ist davon auszugehen, dass sich der Präsident der JWGU bei der Bestimmung der Länge des Platzverweises qua Hausrecht hieran ausrichtet und die betroffenen Studierenden somit nur vorübergehend das Gelände verlassen müssten. Da zudem eine räumlich-sachliche Beschränkung aus-

maligen Fassung von 2012 war dabei an den maßgeblichen Stellen nicht abweichend.

24 Vgl. dazu *Viergutz*, in BeckOK HochschulR Hessen, 27. Ed. 01.08.2022, § 65 HHG Rn. 19; VGH Mannheim NVwZ-RR 2016, 384 (385); *Hippeli*, JSE 2024, 22 (28).

25 Vgl. im Überblick *Rixen*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021); *Zott/Geber*, JA 2014, 328; *Hauk*, JA 2017, 922 (925).

26 VGH Kassel NVwZ 2003, 1400; VG Frankfurt/M BeckRS 2002, 24687; VG Gießen BeckRS 2008, 37593; VG Frankfurt/M BeckRS 2015, 45684.

21 *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 94. EL Januar 2021, Art. 1 Rn. 121; *Kilian/Müller*, in: Werner/Saenger/ Fischer, Die Stiftung, 2. Aufl. (2019), § 41 Rn. 1.

22 Leider wird dies im Originalfall seitens des VG Frankfurt am Main deutlich verkannt, vgl. VG Frankfurt/M, Beschluss vom 22.05.2024 - 5 L 1624/24.F. Das VG Frankfurt am Main verweist an dieser Stelle rechtsirrig auf BVerfG NJW 2011, 1201 (1202), wo es allerdings um einen ganz anderen und nicht auf den vorliegenden Sachverhalt übertragbaren Fall geht. Die auf den vorliegenden Sachverhalt übertragbare Konstellation findet sich vielmehr wenig später unter BVerfG NJW 2011, 1201 (1204): „Schutz von Versammlungen durch die Versammlungsfreiheit nur dort, wo ein allgemeiner öffentlicher Verkehr eröffnet ist und keine Beschränkung für bestimmte Zwecke vorliegt“.

23 Vgl. VG Frankfurt/M BeckRS 2023, 17273 („Klima-Protestcamp“). Die Rechtslage aus dem HHG und der Hausordnung der JWGU in der da-

gesprochen werden kann, erscheint die Maßnahme eines Platzverweises auch insgesamt als verhältnismäßig, da die betroffenen Studierenden jedenfalls an der Durchführung ihres Studiums nicht oder nicht wesentlich gehindert würden.

Auf der Ebene des Entschließungsermessens überhaupt zum Tätigwerden qua Hausrecht sind ferner die Parameter aus § 8 Abs. 2 der Hausordnung der JWGU zu berücksichtigen und zu gewichten (Wahrung der Zweckbestimmung der Grundstücke; Abwehr von Störungen des Dienstbetriebs; etwaige Verstöße gegen das Strafrecht oder universitäre Regelungen und Leitbilder sowie Vermeidung von Gefahren für Sicherheit und Ordnung). Daran gemessen liegen vorliegend eindeutig erkennbare Verstöße gegen die Zweckbestimmung laut HHG und Hausordnung der JWGU vor. Zudem kann schon am 20.05.2024 eine Störung des Dienstbetriebs ausgemacht werden, wohingegen Zusammenstöße und StGB-Verstöße angesichts des politisch und gesellschaftlich umstrittenen Themas lediglich als überwiegend wahrscheinlich prognostiziert werden können.

Im Ergebnis ist eine Räumung des Palästina-Camps qua Ausübung des Hausrechts²⁷ im Wege eines Platzverweises gegenüber den dort protestierenden Studierenden möglich.

II. Beschränkung des Palästina-Camps

Da Beschränkungen des Palästina-Camps an der JWGU nur hilfsweise für denjenigen Fall geprüft werden sollten, dass die Räumung des Palästina-Camps an der JWGU nicht erreicht werden kann, diese Räumung jedoch möglich ist, kann die Prüfung der Möglichkeit des Erreichens etwaiger Beschränkungen entfallen.

III. Zwischenergebnis

Die JWGU kann die Räumung des Palästina-Camps auf ihrem Gelände durch Erteilung eines Platzverweises erreichen.

IV. Zweckmäßigkeitserwägungen

Die Zweckmäßigkeitserwägungen lassen sich unterteilen in allgemeine Zweckmäßigkeitserwägungen zum weiteren Vorgehen auf Ebene der JWGU und in solche Zweckmäßigkeitserwägungen, die etwaige gerichtlich geltend zu machende Rechtsbehelfe betreffen.

1. Allgemeines

Für den Platzverweis gibt es schon im Polizei- und Ordnungsrecht keine weiteren Formvorgaben, vgl. § 31 HSOG und § 37 Abs. 2 S. 1 HVwVfG. In der Regel erfolgt auch dort ein Platzverweis nur mündlich und zumeist ohne weitere Begründung, da dem hiervon Betroffenen regelmäßig klar ist, warum er einen Platzverweis erhält, vgl. § 39 Abs. 2 Nr. 2 HVwVfG. Vorliegend dürfte es eine Stilfrage sein, ob den Studierenden im Palästina-Camp an der JWGU zusätzlich noch eine Begründung für den Platzverweis iSd. § 39 Abs. 1 HVwVfG geliefert werden soll (Hinweis auf ihre einzelnen Rechtsverstöße).

Die Länge des Platzverweises dürfte mit 24h angemessen gewählt sein, um zu erreichen, dass das Camp nach Räumung nicht umgehend erneut errichtet wird.

Sachlich-räumlich sollte der Platzverweis darauf zielen, dass im vorgenannten Zeitraum auf allen Grünflächen, Plätzen und Verkehrswegen der Anlagen der JWGU kein Camp mehr errichtet wird oder ähnlich gelagerte Protestaktionen stattfinden. Eben-

falls sollten vorsorglich auch die sämtlichen Gebäude der JWGU insoweit Erwähnung finden. Auch für sämtliche Gebäude gilt dann der sachbezogene Platzverweis entsprechend.

Aus Beweisgründen sollte der Platzverweis – sofern die Delegationsmöglichkeiten dies gestatten – von zwei Personen wie etwa dem Kanzler der JWGU und dem Leiter des Justitiariats der JWGU gegenüber den protestierenden Studierenden ausgesprochen werden. Dabei empfiehlt sich schon wegen der schieren personellen Übermacht die Heranziehung einiger privater Sicherheitskräfte der JWGU für den Zeitpunkt der mündlichen Bekanntgabe des Platzverweises.

Sollten sich die vom Platzverweis betroffenen Studierenden weigern, dem Platzverweis Folge zu leisten, sind sie auf die etwaigen weiteren Folgen ihres Verhaltens hinzuweisen. So kann ihnen gegenüber dann ein längerfristiges Hausverbot qua Hausordnung auferlegt werden, was Folgen für ihre Prüfungen und damit ihren Studienverlauf haben wird. Zudem könnten die betroffenen Studierenden nach § 68 Abs. 3 HHG sogar gänzlich exmatrikuliert werden, wenn sie durch Anwendung von Gewalt, durch Aufforderung zur Gewalt oder Bedrohung mit Gewalt

1. den bestimmungsgemäßen Betrieb einer Hochschuleinrichtung, die Tätigkeit eines Hochschulorgans oder die Durchführung einer Hochschulveranstaltung behindern, oder
2. ein Mitglied einer Hochschule von der Ausübung seiner Rechte und Pflichten abhalten oder abzuhalten versuchen.

Gleiches gilt, wenn Studierende an den vorgenannten genannten Handlungen teilnehmen oder schwerwiegend oder wiederholt nicht nur geringfügig gegen das Hausrecht verstoßen, die Ordnung der Hochschule oder ihrer Veranstaltungen stören oder die Mitglieder der Hochschule hindern, ihre Rechte, Aufgaben oder Pflichten wahrzunehmen. Auch auf einen etwaigen Strafantrag der JWGU wegen Hausfriedensbruchs iSd. § 123 StGB bei Nichtbefolgung des Platzverweises²⁸ kann hingewiesen werden.

Sofern die betroffenen Studierenden sodann ungeachtet sämtlicher Warnungen den Platzverweis ignorieren oder gar Gewalt einsetzen, ist die hessische Polizei iSd. § 5 Abs. 1 HVwVfG um Amtshilfe für den Vollzug des Platzverweises zu bitten. Ggf. müsste die Polizei dann auch ihrerseits einen gesonderten polizeilichen Platzverweis iSd. § 31 Abs. 1 HSOG erlassen und mit unmittelbarem Zwang durchsetzen, denn typischerweise ist dies die entsprechende Maßnahme, um die Ausübung des Hausrechts eines Dritten polizeirechtlich umzusetzen.²⁹ Jedenfalls muss die Polizei dann eine Standardmaßnahme aus dem HSOG zur Durchsetzung auswählen, sofern ein bloßes Zureden mit dem Ziel der Räumung iS. eines rein faktischen Handelns nicht ausreicht.

Fraglich könnte aber sein, ob die Polizei im Fall der Gewährleistung von Amtshilfe nicht womöglich von einer polizeifesten Versammlung ausgeht, da das Ordnungsamt der Stadt Frankfurt am Main den Rechtsschein einer (tatsächlich aber nicht gegebenen) versammlungsrechtlich geschützten Versammlung gesetzt hat.

Dies wird zwar dann nicht der Fall sein, wenn das Palästina-Camp ab Bekanntgabe des Platzverweises einen gewaltsamen Verlauf

²⁷ Vgl. zur Reichweite des Hausrechts des Präsidenten einer hessischen Universität oder Hochschule iSd. § 44 Abs. 1 S. 4 HHG VG Gießen BeckRS 2022, 12828; Felz/Eibenstein, ARP 2022, 215 ff.

²⁸ Insoweit führt die Bekanntgabe des Platzverweises qua Hausrecht (= Aufforderung, sich zu entfernen) dazu, dass der weitere Aufenthalt auf dem Gelände der JWGU nunmehr „ohne Befugnis“ erfolgt, vgl. Feilcke, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 123 Rn. 27; Kulhanek, JA 2016, 102.

²⁹ Vgl. OLG Hamm NZM 2016, 310 ff.; VG München ZWE 2016, 470 ff.

nimmt. Denn dann würde die von einer geschützten Versammlung ausgehende Polizei eine derart verlaufende Versammlung zwingend iSd. § 14 Abs. 3 bis Abs. 6 HVersFG auflösen und mit Standardmaßnahmen des HSOG gegen die Störer vorgehen. Schließlich sind nur friedliche Versammlungen polizeifest, vgl. § 1 Abs. 1 HVersFG. Von Amts wegen würde dann wohl auch unmittelbar wegen schwerem Hausfriedensbruch iSd. § 124 StGB oder Landfriedensbruch iSd. § 125 StGB ermittelt. Abzuwarten bliebe ferner, ob es auch zu weiteren Straftaten wie Sachbeschädigung iSd. § 303 StGB oder Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte iSd. § 113 StGB kommt.

Problematisch könnte allerdings derjenige Fall werden, dass die Polizei von einer polizeifesten geschützten Versammlung ausgeht und den erteilten Platzverweis qua Hausrecht dementsprechend nicht im Wege der Amtshilfe für die JWGU vollziehen will. Ein solcher Fall könnte dann eintreten, wenn die betroffenen Studierenden den Platzverweis qua Hausrecht schlicht ignorieren und der hinzugerufenen Polizei das Handeln des Ordnungsamts der Stadt Frankfurt am Main bekannt ist oder von den betroffenen Studierenden auf dieses Handeln hingewiesen wird („Das Ordnungsamt hat uns Auflagen für das Palästina-Camp erteilt, geht also von einer versammlungsrechtlich geschützten Versammlung aus“).

Für letzteren (allerdings eher unwahrscheinlichen Fall) müsste der Rechtsschein des Handelns des Ordnungsamts erst noch gerichtlich beseitigt werden. Dies kann aufgrund der Eilbedürftigkeit wohl nur im Wege einer einstweiligen Anordnung iSd. § 123 VwGO erreicht werden, mit der das Nichtbestehen einer versammlungsrechtlich geschützten Versammlung festgestellt wird.

2. Voraussetzungen des einzulegenden Rechtsbehelfs

Von vornherein drängt sich wie bezeichnet (nur) eine einstweilige Anordnung iSd. § 123 VwGO auf.

a) Zulässigkeit

Zunächst müsste ein entsprechender Antrag im Hinblick auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung iSd. § 123 VwGO auch zulässig sein.

aa) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Dafür müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein.

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Der Verwaltungsrechtsweg ist iSd. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind.³⁰ Streitentscheidende Normen sind vorliegend solche des HVersFG, mithin also solche des öffentlichen Rechts.

Die vorliegende Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist ferner nicht ersichtlich. Somit ist insgesamt der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

bb) Statthafte Rechtsschutzart

Die statthafte Rechtsschutzart richtet sich nach dem Begehren des Klägers/Antragstellers, §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO. Grundsätzlich könnte entweder eine Klage oder aber ein Eilantrag nach § 80

Abs. 5 VwGO bzw. nach § 123 VwGO in Betracht kommen.

Da das Palästina-Camp an der JWGU vorliegend am 20.05.2024 nur noch sechs Tage läuft und über eine reguläre Klage nicht innerhalb dieser kurzen Frist entschieden werden wird³¹, kommt nur ein Eilantrag nach § 80 Abs. 5 VwGO oder nach § 123 VwGO in Betracht.

Beim Begehren der Erlangung von Eilrechtsschutz richtet sich die statthafte Antragsart nach der statthafte Klageart in der (hypothetischen) Hauptsache. Nach § 123 Abs. 5 ist für Anfechtungssituationen auf Anträge iSd. § 80 Abs. 5 VwGO abzustellen, für alle anderen Begehren ist ein Antrag iSd. § 123 Abs. 1 VwGO zu stellen. Vorliegend ginge es in der Hauptsache um die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses iSd. § 43 Abs. 1 VwGO.

Demzufolge handelt es sich im Fall um ein Feststellungsbegehren und damit um einen Antrag iSd. § 123 Abs. 1 VwGO.

cc) Bestimmung der statthafte Anordnungsart

Fraglich ist weiter, ob dann eine Sicherungsanordnung iSd. § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO oder eine Regelungsanordnung iSd. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO zu beantragen ist.

Eine Sicherungsanordnung ist statthaft, wenn die einstweilige Anordnung in Bezug auf einen bestimmten Streitgegenstand getroffen werden soll, um diesen Streitgegenstand gewissermaßen in seinem Bestand zu verteidigen.³²

Demgegenüber ist eine Regelungsanordnung statthaft, wenn die einstweilige Anordnung einen vorläufigen Zustand in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis regeln soll, um den Rechtskreis des Antragstellers zu erweitern.³³

Vorliegend will die JWGU das Nichtbestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses (= Palästina-Camp an der JWGU als versammlungsrechtlich nicht geschützte Versammlung) festgestellt wissen. Derartige Feststellungsbegehren werden in der Praxis als Regelungsanordnung begriffen, da auch solche Feststellungen eine Änderung des Status Quo bedeuten.³⁴

Somit ist eine Regelungsanordnung iSd. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO zu beantragen.

dd) Antragsbefugnis

Ferner müsste der JWGU eine Antragsbefugnis iSd. § 42 Abs. 2 VwGO analog zukommen. Bei Anträgen iSd. § 123 VwGO bedeutet dies, dass die Möglichkeit eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes bestehen muss.³⁵

Der JWGU könnte ein Anspruch auf Feststellung dahingehend zustehen, dass das Palästina-Camp an der JWGU versammlungsrechtlich nicht geschützt ist. Zudem ist ein Anordnungsgrund vorstellbar, da das Palästina-Camp zum maßgeblichen Zeitpunkt 20.05.2024 nur noch sechs weitere Tage laufen soll und Störungen

31 Erstinstanzliche Klageverfahren vor den Verwaltungsgerichten in Hessen laufen derzeit im Durchschnitt ca. 24,3 Monate, vgl. ▶ <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/statistischer-bericht-verwaltungsgerichte-2100240227005.html> (zuletzt abgerufen am 02.06.2024).

32 Bostedt, in Fehling/Kastner/Störmer, VerwR, 5. Aufl. (2021), § 123 VwGO Rn. 59; Barczak, JA 2013, 937 (939).

33 Redeker/Kothe/v. Nicolai, in: Redeker/v. Oertzen, VwGO, 17. Aufl. (2022), § 123 Rn. 14; Happ, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. (2022), § 123 Rn. 23.

34 Schoch, in: Schoch/Schneider, VerwR, 42. EL Februar 2022, § 123 Rn. 57; Kuhla, in: BeckOK VwGO, 69. Ed. 01.07.2023, § 123 Rn. 55.

35 Ferreau, JuS 2023, 1125 (1127).

30 Ferreau, JuS 2023, 1125 (1126); Lemke, JA 2023, 920 (922).

des Nutzungszwecks im Hinblick auf das maßgebliche Universitätsgelände und des Dienstbetriebs an der JWGU nur im Wege einer einstweiligen Anordnung rechtssicher und zügig beseitigt werden können.

Insgesamt liegt daher auch eine Antragsbefugnis vor.

ee) Antragsgegner

Fräglich ist weiter, wer der richtige Antragsgegner ist.

In Verfahren des Eilrechtsschutzes nach den §§ 80 Abs. 5, 123 VwGO kann § 78 VwGO zunächst einmal nur analoge Anwendung finden; dies allerdings auch nur dann, wenn es in einem (hypothetischen) Hauptsacheverfahren um eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage geht.³⁶ Bei Feststellungsbegehren in Verfahren des Eilrechtsschutzes gilt an dieser Stelle jedoch losgelöst von § 78 VwGO (analog) das allgemeine Rechtsträgerprinzip.³⁷ Dann ist Antragsgegner der Rechtsträger, dem gegenüber das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden soll bzw. demgegenüber ein rechtlicher Streit besteht.³⁸

Richtiger Antragsgegner ist somit die Stadt Frankfurt am Main als Rechtsträgerin des Ordnungsamts der Stadt Frankfurt am Main, welches wiederum den Auflagenbescheid vom 17.05.2024 erlassen und damit inzident das Palästina-Camp an der JWGU (fälschlich) dem versammlungsrechtlichen Schutz des HVersFG unterstellt hat.

ff) Zuständigkeit des VG Frankfurt am Main

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des VG Frankfurt am Main ergibt sich aus § 123 Abs. 2 S. 1 und S. 2 VwGO iVm. den §§ 45 ff. VwGO.

gg) Form

Es sind die Formalia aus § 123 Abs. 3 VwGO iVm. § 920 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO zu beachten. Insoweit ist insbesondere der Anordnungsanspruch genau zu bezeichnen.

hh) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Zweifel am Vorliegen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses bestehen nicht. Insbesondere ist nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO keine vorherige Erhebung der Klage im Hauptsacheverfahren erforderlich. Ferner bedarf es auch keines Vorverfahrens iSd. § 68 VwGO.

ii) Zwischenergebnis

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung iSd. § 123 VwGO ist zulässig.

b) Begründetheit

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist ferner dann begründet, wenn die JWGU einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund iSd. § 123 Abs. 1 und Abs. 3 VwGO iVm. § 294 ZPO glaubhaft machen kann.

maßgeblichen Tatsachen mit denjenigen Beweismitteln glaubhaft gemacht werden, welche die ZPO zulässt. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um die Vorlage von Urkunden/Schriftstücken, um das Angebot des Zeugenbeweises sowie (an dieser Stelle abweichend zu Klageverfahren) auch um die Beifügung einer eidesstattlichen Versicherung zu den vorgebrachten Tatsachen.

Im Fall der vorliegend relevanten Regelungsanordnung iSd. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO geht es dabei konkret darum, dass die Regelung nötig erscheint, insbesondere um wesentliche Nachteile oder Gefahren im Hinblick den Antragsteller abzuwenden.

aa) Anordnungsanspruch

Zunächst müsste ein Anordnungsanspruch der JWGU glaubhaft gemacht werden können.

Wie im vorbereitenden Gutachten bereits zuvor geprüft besteht das streitbefangene Palästina-Camp an der JWGU – entgegen dem durch den am 17.05.2024 ergangenen Bescheid des Ordnungsamts der Stadt Frankfurt am Main gesetzten Rechtsschein – nicht als versammlungsrechtlich geschützte Versammlung. Zwar handelt es sich bei jenem Camp um eine öffentliche Versammlung. Diese öffentliche Versammlung ist jedoch gerade nicht als öffentliche Versammlung unter freiem Himmel iSd. § 2 Abs. 4 HVersFG einzustufen, da dessen Voraussetzungen nicht vollständig vorliegen. So stellen die Außenflächen des Campus Westend der JWGU als derjenige Ort, an dem das Palästina-Camp an der JWGU stattfindet, gerade keine der Allgemeinheit geöffneten Orte dar. Vielmehr sind diese Flächen der Zweckbestimmung des HHG³⁹ und der Hausordnung der JWGU nach alleine zur Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit iSd. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG bestimmt und unterliegen somit einer iSd. Art. 8 Abs. 2 GG zulässigen Nutzungsbeschränkung, welche allgemeinpolitische Veranstaltungen wie Protest-Camps ohne erkennbaren universitären Bezug jedenfalls ausschließt.

Da es zumindest möglich erscheint, dass sich im Fall der Hinzuziehung der Polizei bei Räumung des damit illegalen Palästina-Camps an der JWGU Irritationen über den Status als versammlungsrechtlich geschützte Versammlung und damit einer Polizeifestigkeit bei Vollzug des angedachten Platzverweises qua Hausrecht ergeben könnten, muss dieser Rechtsschein im Wege der Nichtfeststellung dieses Rechtsverhältnisses beseitigt werden können.

Eine im Wege einer einstweiligen Anordnung zu erlangende Feststellung, wonach das Palästina-Camp an der JWGU versammlungsrechtlich nicht geschützt ist, würde es der Polizei somit jedenfalls erlauben, Amtshilfe bei der Räumung des Camps zu leisten. Insoweit ist auch ein anderweitig nicht schützbare Feststellungsinteresse der JWGU iSd. § 43 VwGO analog auszumachen.

Damit besteht seitens der JWGU auch der Anordnungsanspruch.

bb) Anordnungsgrund

Zudem müsste seitens der JWGU ein Anordnungsgrund glaub-

Hinweis

Insoweit müssen auf Ebene des Sachverhalts/Tatbestands alle

³⁶ Happ, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. (2022), § 123 Rn. 47; Kintz, in: BeckOK VwGO, 69. Ed. 01.04.2024, § 78 Rn. 9.

³⁷ Buchheister, in: Wysk, VwGO, 3. Aufl. (2020), § 78 Rn. 2; Schoch, in: Schoch/Schneider, VerwR, 42. EL Februar 2022, § 123 Rn. 108.

³⁸ Vgl. Brenner, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. (2018), § 78 Rn. 11; Happ, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. (2022), § 78 Rn. 10.

³⁹ Was im Originalfall seitens des VG Frankfurt am Main aber übersehen wurde, wenn alleine (ehedem äußerst fraglich) auf eine Nichtbeschränkbarkeit qua Hausordnung abgestellt wird, denn beide Varianten füllen schließlich den Schrankenbegriff aus Art. 8 Abs. 2 GG aus, vgl. dazu VG Frankfurt/M, Beschluss vom 22.05.2024 - 5 L 1624/24.F.

haft gemacht werden können.

Vorliegend droht das Palästina-Camp an der JWGU nachhaltig die Zweckbestimmung der Flächen zu beeinträchtigen und den Wissenschaftsbetrieb zu stören. Es dürfte dabei auch nachvollziehbar sein, dass bis zu 200 Personen alleine schon einen beträchtlichen Lärm verursachen, welcher den Wissenschaftsbetrieb in einem weiten räumlichen Umfang stört.

Die Eilbedürftigkeit ergibt sich ferner aus dem Umstand, dass ein Zuwarten bis zum Abbau des Palästina-Camps in sechs Tagen angesichts der geschilderten Zweckbeeinträchtigung und Störungen nicht hinnehmbar ist.

Hinweis

Allgemeine Mutmaßungen dazu, dass bei einem Palästina-Camp samt der üblichen Diversität der Teilnehmer bis hin zu Antisemiten und Israelhassern wahrscheinlich auch vereinzelt Straftaten durch Teilnehmer begangen werden und womöglich auch lautstarke oder sogar gewaltsame Auseinandersetzungen mit Gegendemonstranten erfolgen dürften, werden sich jedoch nur schwerlich iSd. § 294 ZPO glaubhaft machen lassen.

Somit besteht seitens der JWGU auch ein Anordnungsgrund.

cc) Grenzen der einstweiligen Anordnung

Fraglich ist allerdings, ob der begehrte gerichtliche Ausspruch dahingehend, dass das Palästina-Camp an der JWGU versammlungsrechtlich nicht geschützt ist, nicht etwaig vom sog. Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache erfasst ist.

Grundsätzlich darf das anzurufende Gericht auch im Falle einer einstweiligen Anordnung iSd. § 123 VwGO schließlich keine Entscheidung treffen, die im Hinblick auf das spätere Hauptsacheverfahren irreversible Zustände schaffen würde.

Eine Ausnahme gilt aber dann, wenn der effektive Rechtsschutz iSd. Art. 19 Abs. 4 GG eine derartige Entscheidung gebietet, das Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache somit für den Antragsteller unzumutbar ist.⁴⁰

So liegt der Fall auch hier. Die Entscheidung über eine Feststellungsklage könnte die JWGU nicht innerhalb des Zeitraums des aufgebauten Palästina-Camps erstreiten, wohingegen effektiver Rechtsschutz gegen das Camp für sie möglich sein muss. Daher bleibt nur der Ausspruch der begehrten Feststellung bereits im Wege der begehrten einstweiligen Anordnung iSd. § 123 VwGO.

⁴⁰ Vgl. BVerwG NVwZ 2013, 1344 (1346); Happ, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. (2022), § 123 Rn. 66a.

B) Schriftsatz an das Gericht



Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main
der Präsident • Theodor-W.-Adorno-Platz 1 • 60629 Frankfurt am Main

Verwaltungsgericht Frankfurt am Main
Adalbertstraße 18
60486 Frankfurt am Main

Der Präsident

Justizariat
Dr. Müller

Telefon: [...]
Telefax: [...]
E-Mail: [...]

www.uni-frankfurt.de

Datum: 20. Mai 2024

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

der JWGU, Theodor-W.-Adorno-Platz 1, 60629 Frankfurt am Main, vertreten durch den Präsidenten¹ der JWGU,

- Antragstellerin -

gegen

die Stadt Frankfurt am Main, Römerberg 23, 60311 Frankfurt am Main, vertreten durch den Oberbürgermeister der Stadt Frankfurt am Main,

- Antragsgegnerin -

wegen: Palästina-Camp an der JWGU

hier: Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes

beantrage ich² festzustellen, dass das seit dem 20.05.2024 und planmäßig noch bis zum 26.05.2024 auf dem Campus Westend der JWGU aufgebaute und betriebene Palästina-Camp keine versammlungsrechtlich geschützte Versammlung darstellt.

Begründung

I.

Sachverhalt samt Glaubhaftmachung (laut Bearbeitungsvermerk erlassen)

II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung iSd. § 123 VwGO ist zulässig und begründet.

www.uni-frankfurt.de

¹ Die (auch) gerichtliche Vertretung durch den Präsidenten der JWGU bestimmt sich nach § 92 Satz 2 HHG.
² Die übliche Formulierung „beantrage ich namens und in Vollmacht der Antragstellerin“ entfällt hier ausnahmsweise, da die JWGU keinen externen Rechtsanwalt eingeschaltet hat, der die gerichtliche Vertretung übernimmt, vgl. dazu *Kaiser/Köster/Seegmüller*, Die öffentlich-rechtliche Klausur im Assessorexamen, 6. Aufl. (2022), S. 256; *Barczak*, JA 2013, 937 (944).

1.

Der Antrag ist zunächst zulässig.

Dabei ist iSd. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Insoweit entstammen die streitentscheidenden Normen dem HVersFG und sind damit solche des öffentlichen Rechts. Ferner ist die vorliegende Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist ehemals nicht ersichtlich. Somit ist insgesamt der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

Da das streitbefangene Palästina-Camp auf dem Gelände der Antragstellerin nur noch bis zum 26.05.2024 dauert, kommt von vornherein nur die Erlangung von Eilrechtsschutz in Betracht. Dabei war der Erlass gerade einer einstweiligen Anordnung iSd. § 123 VwGO zu beantragen, da es in einer hypothetischen Hauptsache um die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ginge. Dies wird nur von einer Regelungsanordnung iSd. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO wirksam erfasst.

Im Hinblick auf eine Antragsbefugnis iSd. § 42 Abs. 2 VwGO analog ist auf die Möglichkeit hinzuweisen, dass zugunsten der Antragstellerin ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund besteht. Der Anordnungsanspruch zielt auf einen Anspruch auf Feststellung dahingehend, dass das Palästina-Camp auf dem Gelände der Antragstellerin versammlungsrechtlich nicht geschützt ist. Der Anordnungsgrund wiederum erfasst die besondere Eilbedürftigkeit mit Blick darauf, dass das Camp nur noch sechs weitere Tage laufen soll und Störungen des Nutzungszwecks im Hinblick auf das maßgebliche Universitätsgelände und des Dienstbetriebs an der Antragstellerin nur im Wege einer einstweiligen Anordnung rechtssicher und zügig beseitigt werden können.

2.

Der Antrag ist auch begründet. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund bestehen und wurden im Sachverhalt auch glaubhaft gemacht.

Zunächst besteht ein Anordnungsanspruch, da die Antragstellerin ein valides Interesse an der zeitnahen Feststellung hat, dass das Palästina-Camp auf ihrem Gelände keine versammlungsrechtlich geschützte Versammlung ist und somit jederzeit mit Hilfe der hessischen Polizei geräumt werden kann.

Das Palästina-Camp auf dem Gelände der Antragstellerin stellt jedenfalls keine Veranstaltung unter freiem Himmel iSd. § 2 Abs. 4 HVersFG dar, auch wenn das Ordnungsamt der Stadt Frankfurt am Main dies mit seinem Auflagenbescheid vom 17.05.2024 suggeriert haben mag und damit einen (sachlich falschen) Rechtsschein dahingehend gesetzt hat.

Nach § 2 Abs. 4 HVersFG sind Versammlungen unter freiem Himmel solche, die an der Allgemeinheit geöffneten Orten stattfinden, ohne vom allgemeinen Publikumsverkehr räumlich getrennt zu sein. Die Versammlungsfreiheit ist insoweit gerade nicht vorbehaltlos gewährleistet. Vielmehr können Versammlungen unter freiem Himmel nach Art. 8 Abs. 2 GG durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden. Nur Versammlungen an Orten allgemeinen kommunikativen Verkehrs sind dabei Versammlungen unter freiem Himmel iSd. Art. 8 Abs. 2 GG. Maßgeblich ist, dass Versammlungen an solchen Orten ihrerseits in einem öffentlichen Raum, das heißt inmitten eines allgemeinen Publikumsverkehrs stattfinden und von diesem nicht räumlich getrennt sind.

Allerdings zeigt insbesondere die Gesamtschau der §§ 1, 3, 4, 5 der Hausordnung der Antragstellerin, dass die Antragstellerin ihre in der vorliegenden Sache relevanten Außenflächen gerade nicht rund um die Uhr für den allgemeinen Publikumsverkehr geöffnet hat und bestimmte – vorliegend betroffene – Nutzungsarten gar nicht oder nur ggf. auf Antrag hin gestattet. Dabei geht es um das Aushängen von Plakaten, Transparenten, Spruchbändern, Wandzeitungen, um das Aufstellen von Verkaufs- und Informationsständen um das Aufbauen von Zelten und anderen Ständen und um das Übernachten in Gebäuden oder auf Grundstücken ohne dienstlichen Zweck.

Zudem wird insbesondere aus § 3 Abs. 1 der Hausordnung der Antragstellerin deutlich, dass kein genereller Aufenthalt von jedermann auf Flächen der Antragstellerin erwünscht ist, sondern dass die Antragstellerin abgesehen von etwaig erteilten Sondergenehmigungen lediglich den zeitweiligen Aufenthalt von Universitätsangehörigen (Studierende, Professoren und sonstige

Lehrende/Forschende, übriges Personal) zu dienstlichen Zwecken auf ihren Flächen wünscht. Diese dienstlichen Zwecke lassen sich im Lichte von § 1 Abs. 2 HHG dergestalt konkretisieren, dass es auf dem Gelände jeder hessischen Universität/Hochschule und damit auch auf dem Gelände der Antragstellerin (allein) um den Zweck der Gewährleistung von Wissenschaftsfreiheit iSd. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geht.

Universitäten und Hochschulen sind zwar ein Ort der Meinungsbildung und des Meinungsdiskurses. Insbesondere § 1 Abs. 2 HHG und die Hausordnung der Antragstellerin zeigen aber auf, dass Grenzen dort gesetzt sind, wo etwa Studierende über den hochschulpolitischen Diskurs hinaus auf dem Universitätsgelände allgemeinpolitische Versammlungen anstreben wollen, die im Kern nichts mit der Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit iSd. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zu tun haben, sondern diesen Wesenszweck ganz im Gegenteil stören. Dies entspricht im Übrigen der bestehenden eindeutigen Rechtsprechung dahingehend, dass auch studentischen Vertretern in Hochschulgremien kein allgemeinpolitisches Mandat zukommt.

So liegt der Fall auch vorliegend. In Anbetracht des derzeitigen Kriegs im Gaza-Streifen (im Nachgang zur Terrorattacke der HAMAS auf Israel im Oktober 2023) geht es bei Palästina-Camps im Schwerpunkt nicht um hochschulpolitische oder studentische Belange, sondern um weltpolitisch geprägte Betrachtungen von militärischen und religiösen Auseinandersetzungen in Nahost, welche allein schon durch die Namensgebung „Palästina-Camps“ ehemals keinen wirklichen gesellschaftlichen Diskurs iS. einer vielschichtigen Meinungsbildung erwarten lassen.

Colorandi causa ist darauf zu verweisen, dass die bekundete Solidarität der Protestierenden auch mit Studierenden und Lehrenden in Gaza nicht dazu führen kann, dass doch ein hochschulpolitischer oder studentischer Belang ausgemacht werden könnte, welcher (noch) der strikten Zweckbindung der Flächen der Antragstellerin (Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit iSv. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) unterfällt. Zwar gibt es in Gaza-Stadt tatsächlich gleich vier Universitäten. Insoweit erscheint ein etwaiger Hochschulbezug allerdings doch als deutlich herbeikonstruiert. Dies gilt zumal, da zwischen der Antragstellerin und den in Gaza befindlichen Universitäten auch keinerlei Zusammenhang besteht (bspw. durch eine Hochschulpartnerschaft) und allgemeine Solidaritätsadressen in ferne Länder oder Gebiete ohne jegliche Form des direkten Kontaktes nichts Anderes repräsentieren als allgemeine weltpolitische und gesellschaftliche Umstände ohne ernsthaften Wissenschafts- oder Universitätsbezug.

Klarzustellen bleibt auch, dass die Versammlungsfreiheit iSd. Art. 8 Abs. 2 GG der an dieser Stelle eindeutigen Rspr. des BVerfG nach (BVerfG NJW 2011, 1201 ff.) eben gerade keinen Zutritt zu Orten ermöglicht, die der Öffentlichkeit nicht allgemein zugänglich sind oder zu denen schon den äußeren Umständen nach nur zu bestimmten Zwecken Zugang gewährt wird. Die Durchführung von Versammlungen etwa in Verwaltungsgebäuden oder in eingefriedeten, der Allgemeinheit nicht geöffneten Anlagen von Gerichten, Behörden, Schwimmbädern oder Krankenhäusern ist durch Art. 8 GG danach ausdrücklich nicht geschützt. Ebenso muss dies auch bei einer Universität wie der Antragstellerin dann gelten, wenn durch ein Landesgesetz und eine Ordnung der Antragstellerin auf Basis einer landesrechtlichen Gestattung ausdrücklich geregelt ist, dass ihre Anlagen nur für eine bestimmte Nutzung im Rahmen ihrer Zweckbestimmung (Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit iSd. Art. 5 Abs. 3 GG) geöffnet sind.

Da es zumindest möglich erscheint, dass sich im Falle der Hinzuziehung der Polizei bei Räumung des Palästina-Camps auf den Flächen der Antragstellerin Irritationen über den Status als versammlungsrechtlich geschützte Versammlung und damit einer Polizeifestigkeit bei Vollzug des angedachten Platzverweises qua Hausrecht ergeben könnten, muss dieser Rechtsschein im Wege der Nichtfeststellung dieses Rechtsverhältnisses beseitigt werden können.

Eine im Wege einer einstweiligen Anordnung zu erlangende Feststellung, wonach das Palästina-Camp auf den Flächen der Antragstellerin versammlungsrechtlich nicht geschützt ist, würde es der Polizei somit jedenfalls erlauben, Amtshilfe bei der Räumung des Camps zu leisten. Insoweit ist auch ein anderweitig nicht schützbares Feststellungsinteresse der Antragstellerin iSd. § 43 VwGO analog auszumachen.

Zudem besteht seitens der Antragstellerin ein Anordnungsgrund.

Vorliegend droht das Palästina-Camp auf dem Gelände der Antragstellerin nachhaltig die Zweckbestimmung der Flächen zu beeinträchtigen und den Wissenschaftsbetrieb zu stören. Es dürfte dabei auch nachvollziehbar sein, dass bis zu 200 Personen alleine schon einen be-

trächtlichen Lärm verursachen, welcher den Wissenschaftsbetrieb in einem weiten räumlichen Umfang stört.

Die Eilbedürftigkeit ergibt sich ferner aus dem Umstand, dass ein Zuwarten bis zum Abbau des Palästina-Camps in sechs Tagen angesichts der geschilderten Zweckbeeinträchtigung und Störungen nicht hinnehmbar ist.

Vorliegend ist auch eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache angezeigt. Schließlich gilt mit Blick auf die hier gebotene Gewährung effektiven Rechtsschutzes iSd. Art. 19 Abs. 4 GG als insoweit von der Rspr. anerkannte Ausnahme vom Grundsatz des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache, dass die Antragstellerin eine Entscheidung über eine Feststellungsklage nicht innerhalb des Zeitraums des aufgebauten Palästina-Camps erstreiten kann, so dass effektiver Rechtsschutz nur im Wege des Erlasses der begehrten einstweiligen Anordnung iSd. § 123 VwGO möglich ist.

Aus Gründen der Beschleunigung wird iSd. § 123 Abs. 2 S. 3 VwGO eine Entscheidung durch den Vorsitzenden angeregt.

unterschrift

► Inhaltsverzeichnis



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



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.

Rechtsprechung - Zivilrecht

Bundesgerichtshof

Vertraglicher Unterlassungsanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB post contractum finitum

Urteil vom 02. Mai 2024, Az.: I ZR 12/23 – „Tierkrankenwagen“

Bei einer Verletzung vertraglicher Rücksichtnahmepflichten im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB, durch die die Erreichung des Vertragszwecks bedroht wird, kann aus § 280 Abs. 1 BGB nicht nur Schadensersatz, sondern im Falle des Bestehens einer Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr auch Unterlassung verlangt werden [...].

(Amtlicher Leitsatz)

A) Sachverhalt¹

A betreibt seit 2013 ein Unternehmen, das Tierrettungen, Krankentransporte für Tiere und Tierschutzkampagnen durchführt. Die Vertragspartner der A werden als Kunden geführt und können gegen einen jährlichen Beitrag deren Leistungen in Anspruch nehmen. A hat bereits vor 2013 Inkassotätigkeiten durchgeführt, welche sie auch weiterhin parallel anbietet.

Der B, ein eingetragener Tierschutzverein, bietet seinen Mitgliedern seit 2016 Fahrten mit dem vereinseigenen Tierkrankenwagen („Tierkrankenwagen“) sowie Erste-Hilfe-Kurse an Tieren an. Im September 2016 schlossen A und B einen Vertrag, in dem sie sich darauf verständigten, dass die Leistungen des Tierkrankenwagens künftig von A erbracht werden sollten. Im Oktober 2016 übertrug B der A die eingetragene Wort-/Bildmarke „Tierkrankenwagen“ und übereignete ihr den Krankentransportwagen. Außerdem übergab B ihr Kundendaten und übertrug ihr die Internet-Domain „tierretter.de“. In der Folgezeit führte A die Mitglieder des B-Vereins als Kunden und vereinnahmte deren Zahlungen. Auch die Service-Telefonnummer des B, der seine Vereinstätigkeit im Jahr 2017 einstellte, jedoch nicht aufgelöst wurde, wurde mit dessen Einverständnis auf A umgeleitet.

Zu Beginn des Jahres 2020 untersagte B plötzlich der A jegliche Lastschriftabbuchungen zu Lasten der Mitglieder des Vereins sowie die Nutzung der Mitgliederdaten und teilte der A mit, dass er seine Arbeit wieder aufgenommen habe und die Beiträge der Mitglieder fortan selbst einziehen werde. Daraufhin schrieb B an seine Mitglieder unter anderem wie folgt:

„Wir wissen von einem Schreiben, in dem behauptet wird, dass Sie als Mitglieder des B e.V. im Jahr 2017 von einer Firma übernommen worden seien und jetzt eine Art Kunde wären. Das ist absolut falsch und unzutreffend! Allein die Vorstellung, dass Sie als Mitglied einer Tierschutzorganisation plötzlich Kunde einer Inkasso-Firma sein sollten, ohne dass Sie selbst dort einen Vertrag geschlossen haben, ist mehr als seltsam. Wir verfolgen die Angelegenheit rechtlich weiter und benötigen dafür jeden Hinweis. Mitgliedsbeiträge werden nur und ausschließlich durch uns selbst, dem B e.V. eingezogen [...].“

A ist vom Verhalten des B und dessen Aussagen empört und be-

gehrt daher die Unterlassung der wörtlichen sowie sinngemäßen Behauptung und Verbreitung obengenannter Äußerungen.

B) Verfahrensgang

Vorinstanzen: Einstweilige Verfügung, LG Essen, Beschluss vom 06.05.2022, Az: 45 O 14/21; Berufung, OLG Hamm, Urteil vom 24.01.2023, Az: I-4 U 131/22.

C) Die Entscheidung des Senates

Fraglich ist, ob A gegen B einen Anspruch auf Unterlassung der wörtlichen sowie sinngemäßen Verbreitung der Äußerungen hat.

Hinweis

Die wettbewerbsrechtlichen Aspekte des Falls um die Frage gesetzlicher Unterlassungsansprüche gem. §§ 8, 3, 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sind nicht Teil des universitären Pflichtfachstoffs und werden deshalb in der Besprechung ausgeblendet.

I. Anspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

A könnte einen vertraglichen Unterlassungsanspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB haben. Hierfür müsste im Rahmen eines Schuldverhältnisses die Verletzung einer die Erreichung des Vertragszwecks bedrohenden Nebenpflicht iSd. § 241 Abs. 2 BGB erfolgt sein. Weiterhin müsste eine Wiederholungsgefahr bestehen.²

1. Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 1 BGB

Für einen vertraglichen Unterlassungsanspruch müsste zwischen A und B zunächst ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 1 BGB bestehen. Der B ist als eingetragener Verein gem. § 21 BGB rechtsfähig und wird gem. § 26 Abs. 1 S. 2 BGB durch seinen Vorstand vertreten. A und B haben im September 2016 zwei korrespondierende Willenserklärungen abgegeben, die auf den Abschluss eines Vertrags über den Übergang der Tierretter-Unternehmung auf B gerichtet waren. Somit ist zwischen A und B ein Vertrag geschlossen worden, § 311 Abs. 1 BGB.

2. Pflichtverletzung gem. § 280 Abs. 1 BGB

Mit den Äußerungen des B in dem Schreiben an dessen Mitglieder könnte dieser eine Pflichtverletzung gem. § 280 Abs. 1 BGB begangen haben. Dabei kommt ein Verstoß gegen die nachvertragliche Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB in Betracht.

a) Bestehen einer nachvertraglichen Pflicht

Zunächst müsste die Pflicht zur Rücksichtnahme gem. § 241 Abs. 2 BGB auch über den Zeitraum der Vertragserfüllung im Jahr 2016 hinaus fortbestehen, sodass sie im Frühjahr 2020 durch B überhaupt noch verletzt werden konnte.

¹ Der Sachverhalt wurde vereinfacht, indem die streitigen vertraglichen Abreden der Parteien als gegeben unterstellt wurden.

² Alle im weiteren Verlauf nicht kenntlich gemachten inhaltlichen Übernahmen entstammen dem besprochenen Urteil des BGH vom 2. Mai 2024, Az.: I ZR 12/23.

Auch nach Vertragserfüllung trifft die Vertragsparteien die (vor der Schuldrechtsreform 2002 auf § 242 BGB gestützte Pflicht) im Rahmen zumutbarer nachwirkender Handlungs- und Unterlassungspflichten alles zu unterlassen, was die Erreichung des Vertragszwecks und den Eintritt des Leistungserfolgs gefährden oder beeinträchtigen bzw. dem Gläubiger die Vorteile der Tat wieder entziehen könnte.³ Die Schutz- und Rücksichtnahmepflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB gelten also *post contractum finitum*, als Gegenstück zur vorvertraglichen Haftung *in contrahendo* (c.i.c.) gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB, über den Zeitraum der Vertragserfüllung fort.⁴ Die nachvertraglichen Pflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB sind hinsichtlich Inhalt, Dauer und Intensität und unter Berücksichtigung der sich mit der Zeit abschwächenden Sonderbeziehung der Parteien abhängig von der konkreten Gestalt des Vertrags und durch Auslegung zu bestimmen, §§ 133, 157 BGB.⁵

Unabhängig davon, ob hier je nach Vertragsinhalt möglicherweise von einem wiederkehrenden Leistungsaustausch und somit sogar von einer noch laufenden Vertragserfüllung ausgegangen werden könnte, agiert B jedenfalls ca. dreieinhalb Jahre nach Vertragsabschluss in einem zeitlichen Kontext, der nach Würdigung des Einzelfalls von der nachwirkenden Pflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB noch erfasst ist.⁶ Bei der Sonderbeziehung handelt es sich in Anbetracht der vereinbarten umfangreichen und auf längere Dauer angelegte Tätigkeiten der A um ein Schuldverhältnis, dessen nachwirkende Rücksichtnahmepflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB auch im Jahr 2020 noch zu bejahen ist.

b) Verletzung der Rücksichtnahmepflicht

B könnte mit seinen Aussagen seine Rücksichtnahmepflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB verletzt haben. Ein Schuldverhältnis begründet neben leistungsbezogenen Pflichten iSd. § 241 Abs. 1 BGB auch Nebenpflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB, welche das Integritätsinteresse betreffen und die Parteien untereinander zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen verpflichten kann. Durch das Schreiben des B an seine Mitglieder erweckt er den Eindruck, A sei zum Einzug der Mitgliedsbeiträge sowie zur Durchführung der Tierkrankentransporte nicht befugt. B rückt A zumindest in ein schlechtes Licht, wenn er die vertragliche Beziehung zu A leugnet und diese als unbeteiligte „Inkasso-Firma“ beschreibt. Damit gefährdet er nach Erfüllung des Vertrags die Unternehmungen der A und beeinträchtigt damit ihre unternehmerischen Interessen erheblich.⁷

c) Beeinträchtigung des vertraglichen Leistungserfolgs

Das gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB pflichtverletzende Verhalten des B müsste überdies den vertraglichen Leistungserfolg gefährden. Durch die Äußerungen des B droht A ein Widerspruch der Mitglieder gegen den aus ihrer Sicht möglicherweise unrechtmäßigen Beitragseinzug sowie eine Unterlassung der Inanspruchnahme seines Tierkrankentransports. Die Vorteile des Vertrags, nämlich die Übernahme der Geschäfte, würden A dadurch entzogen werden.

d) Erstbegehungs- bzw. Wiederholungsgefahr

Nach Ansicht des Senats müsste einschränkend auch eine Erstbegehungs- bzw. Wiederholungsgefahr bestehen. Mit dem Schreiben des B ist zwar eine Erstbegehung bereits erfolgt. Durch die darin enthaltene Ankündigung, die Angelegenheit rechtlich weiter zu behandeln und Hinweise sammeln zu wollen, wird jedoch eine konkrete Wiederholungsgefahr begründet.

3. Vertretenmüssen gem. 276 Abs. 1 BGB

B hatte die Pflichtverletzung gem. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB auch zu vertreten. Ggf. ist ihm das Verschulden seines Vorstands gem. § 31 BGB zuzurechnen.

4. Rechtsfolge: Unterlassen

Entscheidend ist, ob gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 neben einem Anspruch auf Schadensersatz auch ein Unterlassungsanspruch bestehen kann.

a) OLG Hamm: kein Unterlassungsanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB

Der Senat des OLG Hamm hat einen solchen Anspruch mit der Begründung verneint, dass ein vertraglicher Unterlassungsanspruch weder aus einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung noch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB wegen einer Verletzung der nachvertraglichen Treuepflichtverletzung resultiere, da ein solcher nur einen Schadensersatzanspruch, nicht aber einen Unterlassungsanspruch begründen könne. Lediglich in Verbindung mit § 1004 BGB (analog) könne ein Unterlassungsanspruch bestehen. Ein derartiger - quasinegatorischer - Unterlassungsanspruch komme jedoch bei Vertragsverletzungen nicht in Betracht, sodass ein Unterlassungsanspruch demnach zu verneinen sei.⁸

b) BGH: Grundsätzlich möglicher Anspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB auch bei Verstoß gegen § 241 Abs. 2 BGB

Entgegen dieser Ansicht kann im Falle der Verletzung einer aus § 241 Abs. 2 BGB folgenden Rücksichtnahmepflicht gem. § 280 Abs. 1 BGB auch ein Unterlassungsanspruch bestehen, und zwar ohne Rückgriff auf §§ 249 ff. BGB, sondern unmittelbar aus § 280 Abs. 1 BGB.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt,⁹ dass sich aus § 280 Abs. 1 bei einer Verletzung vertraglicher (leistungsbezogener) Pflichten iSd. § 241 Abs. 1 BGB nicht nur ein Schadensersatzanspruch, sondern auch ein vertraglicher Anspruch auf Unterlassung ergeben kann, wenn der Schaden noch nicht irreparabel ist oder die Verletzungshandlung noch fort dauert.

Dies gilt auch im Falle der Verletzung von - nicht ausdrücklich vereinbarten aber gesetzlich normierten - Rücksichtnahmepflichten im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB jedenfalls dann, wenn durch die Verletzung von Rücksichtnahmepflichten die Erreichung des Vertragszwecks bedroht wird.

Dabei zieht der BGH die Parallele zum quasinegatorischen Unterlassungsanspruch im Deliktsrecht und führt dazu aus:

Jedenfalls bei einer Verletzung von Rücksichtnahmepflichten, durch die die Erreichung des Vertragszwecks bedroht wird, ist die Interessenlage nicht anders zu beurteilen als in der Situation einer (drohenden) Beeinträchtigung deliktsrechtlich geschützter Rechtsgüter, in der ein

³ Vgl. BGH, Urt. v. 24.10.1989, Az.: XI ZR 8/89, Rn. 15.

⁴ Bachmann, in: MüKoBGB, 9. Aufl. (2022), § 241 Rn. 160.

⁵ Bodewig, Jura 2005, 505 (509, 510).

⁶ Ibid. S. 510.

⁷ Der Senat hat die Frage der Pflichtverletzung wegen des streitigen Vertragsinhalts offengelassen und in der Sache nicht entschieden, sondern den Fall zur Entscheidung an das OLG Hamm zurückverwiesen. Der hier vorgestellte Lösungsvorschlag stellt daher an einigen Stellen lediglich mögliche Entscheidungsvarianten dar.

⁸ OLG Hamm, Urt. v. 24.01.2023, Az.: I-4 U 131/22.

⁹ BGH, NJW 1995, 1284, Rn. 23; BGHZ 230, 347.

quasinegatorischer Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 2 BGB analog anerkannt ist.

Genauso wie es dem im Deliktsverkehr Gefährdeten nicht zumuten ist, tatenlos eine Rechtsverletzung abzuwarten, um nachträglich mit Schadensersatz die Verletzung seines Integritätsinteresses zu kompensieren, kann von einem Gläubiger nicht erwartet werden, dass er sehenden Auges die Vereitelung des Leistungserfolgs in Kauf nimmt, ohne ein adäquates Mittel der Verletzungsabwehr zu haben.¹⁰

Der BGH entgegnet den hierzu abweichenden Ansichten in der Literatur¹¹ damit, dass die Rechtsschutzlücke zu Lasten der betroffenen Vertragspartei ansonsten unerträglich wäre, sodass sich die Klagbarkeit eines Unterlassungsanspruchs bei einer sich wiederholenden oder noch andauernden Verletzung von Rücksichtnahmepflichten schon aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes ergebe.

Somit hat A gegen B einen Anspruch auf Unterlassung. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch steht dem nicht entgegen.

5. Ergebnis

Mithin hat A einen vertraglichen Anspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auf Unterlassung der Aussagen gegen B.

II. Anspruch aus §§ 824 Abs. 1, 1004 Abs. 1 2 BGB analog

Neben dem vertraglichen Anspruch könnte A gegen B auch einen - in freier Anspruchskonkurrenz stehenden - quasinegatorischen Anspruch aus §§ 824 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog auf Unterlassung haben.

1. Anspruchsgrundlage

Mangels direkter Anwendbarkeit, jedoch um die drohende Beeinträchtigung absolut geschützter Rechte bzw. Rechtsgüter, deren Unterlassungsansprüche nicht explizit geregelt sind, zu ermöglichen, kann der negatorische Anspruch analog § 1004 Abs. 1 2 BGB angewandt werden.¹² Zivilrechtliche Abwehransprüche gegen eine drohende Verletzung vermittelt das BGB nur dem Eigentum gem. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB sowie gem. §§ 12, 862 BGB ausdrücklich, eine Schadenskompensation ist jedoch auch für die übrigen Rechte und Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB bzw. des § 824 Abs. 1 BGB, denen eine vergleichbare Exklusivität zukommt, erforderlich. §§ 824 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog dient daher als Anspruchsgrundlage.

2. Verbreitung oder Behauptung einer Tatsache

iSv. § 824 Abs. 1 BGB

A müsste mit seinen Äußerungen im Brief an die Vereinsmitglieder gem. § 824 Abs. 1 BGB der Wahrheit zuwider kreditgefährdende Tatsachen behauptet oder verbreitet haben.

Tatsachen sind nach der ständigen Rechtsprechung des BGH Vorgänge oder Zustände, deren Vorliegen oder Nichtvorliegen dem Wahrheitsbeweis zugänglich sind, während Werturteile durch das Element des Wertens, insbesondere der Stellungnahme und des Dafürhaltens gekennzeichnet werden. Die Beurteilung, ob eine Äußerung als eine Tatsachenbehauptung oder als Werturteil anzusehen ist, bestimmt sich danach, wie die angesprochenen Verkehrskreise sie nach Form und Inhalt in dem Gesamtzusammenhang, in den sie gestellt ist, verstehen.

Rechtlich einwandfrei wurde zwischen Tatsachenbehauptungen iSv. § 824 Abs. 1 BGB und Werturteilen differenziert, so sind die Äußerungen des B mehrheitlich als Ausdrücke subjektiver Bewertungen der Vorgänge und somit als Werturteile zu qualifizieren. Sie sind nicht durch darin ebenfalls enthaltene Tatsachenmitteilungen geprägt, sodass ihnen bei verfassungskonformer Auslegung des § 824 Abs. 1 BGB und unter Beachtung der mittelbaren wirkenden Meinungsäußerungsfreiheit der gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG vermittelte Grundrechtsschutz zukommt.¹³

Damit scheitert ein Anspruch aus §§ 824 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog schon daran, dass keine wahrheitswidrige Tatsache vorliegt.

3. Ergebnis

Ein Anspruch analog §§ 824 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB ist ausgeschlossen.

III. Anspruch aus §§ 826, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog

Für einen Unterlassungsanspruch analog §§ 826, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB müssten die Äußerungen des B sittenwidrig sein, also gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen.¹⁴ Nach Auffassung des Senats wurde rechtsfehlerfrei festgestellt, dass durch das zulässige Werturteil des B eine Sittenwidrigkeit nicht in Betracht kommt. Auch ist keine Schädigung der A feststellbar. Somit besteht auch kein Anspruch analog §§ 826, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB.

IV. Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog

A könnte jedoch einen quasinegatorischen Unterlassungsanspruch analog §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB wegen eines Eingriffs in das Recht am ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb haben.

1. (drohende) Verletzung eines gem. § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechts oder Rechtsguts

Mit den Äußerungen des B als Störer müsste eine (drohende) Verletzung in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu bejahen sein, das von § 823 Abs. 1 BGB als „sonstiges Recht“ gegen rechtswidrige betriebsbezogene Eingriffe geschützt wird. Das von der Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁵ entwickelte und vom BGH fortgebildete Recht¹⁶ wurde in seinem Schutzbereich erheblich erweitert und insbesondere auf Äußerungsdelikte erstreckt.¹⁷

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist im Gegensatz zu den weiteren Rechten und Rechtsgütern iSv. § 823 Abs. 1 BGB als sog. Rahmenrecht nur „relativ absolut“ geschützt, sodass die Beeinträchtigung des Rechts eine Widerrechtlichkeit nicht indiziert.¹⁸ Stattdessen muss diese, wie auch bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR) gem. Art. 2 Abs. 1 iVm. 1 Abs. 1 GG, positiv im Rahmen einer im Einzelfall vorzunehmenden Interessenabwägung festgestellt werden.

Wie bereits ausgeführt, fallen die Äußerungen des B als Wert-

¹⁰ Bachmann, in: MüKoBGB, 9. Aufl. (2022), § 241 Rn. 81.

¹¹ Korch, ZfPW 2020, 189 (196), Riehm in: BeckOGK (Stand 01.08.2023), § 324 Rn. 27.

¹² Sprau, in: Grüneberg, 83. Aufl. (2024), Einf. v. § 823 Rn. 27.

¹³ Vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 04.08.2016, Az.: 1 BvR 2619/13, Rn. 13.

¹⁴ Sprau, in: Grüneberg, 83. Aufl. (2024), § 826 Rn. 4.

¹⁵ Umfassend anerkannt spätestens seit RG GRUR 1942, 54 (55); vgl. dazu mwN. Sack, Das Recht am Gewerbebetrieb (2007), S. 7 ff.

¹⁶ BGHZ 2, 387; 3, 270.

¹⁷ Die grundrechtliche Verortung des Rechts bei Art. 12 Abs. 1 GG bzw. 19 Abs. 3 GG (so BGH) oder bei Art. 14 Abs. 1 GG (so BVerfGG) ist str., hier jedoch nicht entscheidungserheblich; Wagner, in: MüKoBGB, 9. Aufl. (2024), § 823 Rn. 410.

¹⁸ Förster, in: BeckOK, 70. Ed. (01.05.2024), § 823 Rn. 178.

urteile in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Auch bei geschäftsschädigenden Werturteilen ist deshalb ein großzügiger Maßstab anzulegen. Ein Unternehmen muss sich kritische Meinungsäußerungen über sein Geschäftsgebaren bis an die Grenze der Schmähkritik gefallen lassen. Diese Grenze hat B nicht überschritten.

Eine (drohende) Verletzung des gem. § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist somit zu verneinen.

2. Ergebnis

Es besteht daher auch kein Unterlassungsanspruch analog §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB.

Abschließende Hinweise für Studierende

Die Entscheidung des BGH, der seine bisherige Rechtsprechung fortführt, kann zum Anlass genommen werden, sich mit dem seltenen Vorkommen vertraglicher Unterlassungsansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu beschäftigen. Während häufig an die quasinegatorischen Unterlassungsansprüche aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog gedacht wird, sind weiterreichende vertragliche Schutz- und Rücksichtnahmepflichten jedoch nicht außer Acht zu lassen. Auch die grundrechtlichen Bezüge der im Zivilrecht mittelbar wirkenden Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sowie die Aspekte der Haftung post contractum finitum erscheinen lesenswert.

In der vorliegenden Entscheidung werden die strukturellen Unterschiede zwischen Vertragsrecht und Deliktsrecht deutlich: Während §§ 823 ff. BGB gegenüber jedermann gilt, geht § 241 Abs. 2 BGB als vertragliches „Mehr“ über das deliktsrechtliche Schutzniveau hinaus. Aussagen, welche die Rechte bzw. Rechtsgüter gem. § 823 Abs. 1 BGB (noch) nicht tangieren, können dennoch bereits gegen die Rücksichtnahme- und Schutzpflichten aus § 241 Abs. 2 BGB verstoßen, wenn sie der engeren und der auf der Privatautonomie der Parteien beruhenden vertraglichen Sonderrechtsbeziehung zuwiderlaufen.



Cand. iur. **Fritz Kaspar** | Student der Rechtswissenschaften und wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Neuere Rechtsgeschichte, Geschichte des Kirchenrechts und Zivilrecht (*Prof. Dr. David von Mayenburg, M.A.*) an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

E-Mail-Kontakt: ▶ kaspar@jur.uni-frankfurt.de

▶ Inhaltsverzeichnis

Rechtsprechung - Zivilrecht

Bundesgerichtshof

Keine Gefährdungshaftung nach StVG bei Fahrzeugbrand aus unklarer Ursache

Urteil vom 12. Dezember 2023, Az.: VI ZR 76/23

1. Zur Reichweite der Haftung des Halters eines Kraftfahrzeugs nach § 7 Abs. 1 StVG bei einem Fahrzeugbrand.

2. Gerät ein Fahrzeug in Brand, so ist eine Haftung nach § 7 Abs. 1 StVG nicht allein deswegen begründet aus dem Umstand, dass Kraftfahrzeuge wegen der mitgeführten Betriebsstoffe oder der verwendeten Materialien leicht brennen. Vielmehr ist erforderlich, dass der Fahrzeugbrand in einem ursächlichen Zusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kfz steht.

(Leitsatz 2 von der Redaktion)

A) Sachverhalt

Die Parteien streiten um Schadensersatz nach einem Fahrzeugbrand. Der Sohn des Kl. stellte einen Pkw, dessen Halter und Eigentümer der Kl. ist, an einer Straße mit leichtem Gefälle in der Stadt E.ab. Hinter (oberhalb) dem Fahrzeug wurde ein bei der Bekl. haftpflichtversicherter Renault geparkt. Nachts entwickelte sich an beiden Fahrzeugen ein Brand, bei dem das Fahrzeug des Kl. zerstört wurde.

Das LG Stuttgart hat die gerichtete Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das OLG Stuttgart das Urteil des LG teilweise abgeändert und die Bekl. verurteilt, an den Kl. 6.298,88 EUR nebst Zinsen zu zahlen und ihn von vorgerichtlichen Anwaltskosten freizustellen. Das Rechtsmittel der Bekl. hatte Erfolg und führte zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

B) Die Entscheidung des Senats

Der BGH lehnt die Haftung des Beklagten entgegen der Entscheidung des OLG ab. Er führt aus:

„Voraussetzung der Haftung nach § 7 I StVG ist, dass eines der dort genannten Rechtsgüter „bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs“ verletzt bzw. beschädigt worden ist. Wie das BerGer. zutreffend angenommen hat, ist dieses Haftungsmerkmal entsprechend dem umfassenden Schutzzweck der Norm weit auszulegen. Denn die Haftung nach § 7 I StVG ist der Preis dafür, dass durch die Verwendung eines Kraftfahrzeugs erlaubterweise eine Gefahrenquelle eröffnet wird; die Vorschrift will daher alle durch den Kraftfahrzeugverkehr beeinflussten Schadensabläufe erfassen. Ein Schaden ist demgemäß bereits dann „bei dem Betrieb“ eines Kraftfahrzeugs entstanden, wenn sich in ihm die von dem Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren ausgewirkt haben, das heißt, wenn bei der insoweit gebotenen wertenden Betrachtung das Schadensgeschehen durch das Kraftfahrzeug (mit)geprägt worden ist. Erforderlich ist aber stets, dass es sich bei dem Schaden, für den Ersatz verlangt wird, um eine Auswirkung derjenigen Gefahren handelt, hinsichtlich derer der Verkehr nach dem Sinn der Haftungsvorschrift

schadlos gehalten werden soll, dh die Schadensfolge muss in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen worden ist. Für die Zurechnung der Betriebsgefahr kommt es damit maßgeblich darauf an, dass die Schadensursache in einem nahen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kraftfahrzeugs steht. Im Falle eines Fahrzeugbrandes reicht allein der Umstand, dass Kraftfahrzeuge wegen der mitgeführten Betriebsstoffe oder der verwendeten Materialien leicht brennen, nicht aus, um eine Haftung zu begründen. Hinzukommen muss vielmehr, dass der Brand als solcher in irgendeinem ursächlichen Zusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kfz steht“

Allerdings folgt das nicht allein daraus, dass kein besonderer Zusammenhang mit einem Verkehrsvorgang bestand, denn:

„Dass Dritte durch den Defekt einer Betriebseinrichtung eines Kraftfahrzeugs an ihren Rechtsgütern einen Schaden erleiden, gehört zu den spezifischen Auswirkungen derjenigen Gefahren, für die die Haftungsvorschrift des § 7 I StVG den Verkehr schadlos halten will. Dabei macht es rechtlich keinen Unterschied, ob der Brand – etwa durch einen Kurzschluss der Batterie – unabhängig vom Fahrzeug selbst vor, während oder nach einer Fahrt eintritt. Hierzu reicht es aus, dass der Brand oder dessen Übergreifen in einem ursächlichen Zusammenhang mit einer Betriebseinrichtung des Kraftfahrzeugs steht.“

Allerdings kann man den Brand hier nicht einer Betriebseinrichtung zuordnen:

„Die Anwesenheit eines im Betrieb befindlichen Kraftfahrzeugs an der Unfallstelle allein rechtfertigt aber noch nicht die Annahme, ein Schaden sei bei dem Betrieb dieses Fahrzeugs entstanden. Erforderlich ist vielmehr, dass die Fahrweise oder der Betrieb dieses Fahrzeugs zu dem Entstehen des Schadens beigetragen hat

bb) Das BerGer. hat festgestellt, dass der Brand vom Renault auf das Fahrzeug des Kl. übergriff, weil brennendes Benzin aus dem parkenden Renault auslief, aufgrund des Gefälles der Straße zu dem vor ihm parkenden Fahrzeug des Kl. floss und dieses entzündete. Damit steht aber nur fest, dass wegen der räumlichen Nähe der beiden parkenden Fahrzeuge zueinander der Brand vom Renault auf das Fahrzeug des Kl. übergreifen konnte. Die Ursache des Brandes des Renault selbst, wegen der es zum Austritt von brennendem Benzin kommen konnte, hat das BerGer. nicht identifiziert. Vielmehr hat es diese unter Berücksichtigung der von der Staatsanwaltschaft und vom LG eingeholten Sachverständigengutachten als ungeklärt

angesehen. Damit hat das BerGer. aber gerade keine Feststellungen getroffen, aus denen sich ergibt, dass der Brand auf einen Betriebsvorgang des Renault zurückzuführen wäre“

Der BGH führt außerdem zur Beweislast aus:

„Im Rahmen des § 7 I StVG – wie auch sonst bei einem haftungsbegründenden Geschehen – trägt der Anspruchsteller grundsätzlich die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatbestandsvoraussetzungen.

Nach den dargestellten Grundsätzen hat [...] nicht die Bekl. zu beweisen, dass der Brand auf einer anderen Ursache als dem Betrieb des Fahrzeugs beruht, sondern der Kl. hat als Anspruchsteller zu beweisen, dass der Brand bei dem Betrieb des Renault entstanden ist, also auf einen Betriebsvorgang oder eine Betriebseinrichtung des Renault zurückzuführen ist. Zwar kann der Umstand, dass eine Brandstiftung als Brandursache nicht in Betracht kommt, als Indiz dafür dienen, dass der Brand auf den Betrieb des Fahrzeugs zurückzuführen ist. Auch für Indiztatsachen trägt nach den angeführten Grundsätzen allerdings der Kl. als Anspruchsteller – und nicht die Bekl. – die Beweislast. Dass das BerGer. es als nicht erwiesen angesehen hat, dass der Brand am Renault auf Brandstiftung beruht, beinhaltet im Übrigen nicht zugleich die Feststellung, dass eine Brandstiftung als Brandursache nicht in Betracht kommt.“

Auch auf den im Straßenverkehrsrecht typischen Anscheinsbeweis geht der BGH ein. Dabei wird von einem typischen Geschehensablauf auf ein bestimmtes Ergebnis geschlossen.

„Dabei bedeutet Typizität nicht, dass die Ursächlichkeit einer Tatsache für den Erfolg bei allen Sachverhalten der Fallgruppe immer vorhanden sein muss; sie muss aber so häufig gegeben sein, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist. Der Anscheinsbeweis ist entkräftet, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs ergibt

Im Streitfall hat das BerGer. festgestellt, dass der am Fahrbahnrand in der Stadt E. abgestellte Renault nachts in Brand geriet. Dass eine Brandstiftung ausgeschlossen wäre, ist den Feststellungen des BerGer. nicht zu entnehmen. Das BerGer. hat lediglich den Nachweis einer Brandstiftung als nicht erbracht angesehen. Auf dieser Grundlage kommt nach der allgemeinen Lebenserfahrung als typische Brandursache nicht nur ein technischer Defekt am parkenden Fahrzeug in Betracht; es bleibt vielmehr die Möglichkeit einer Brandstiftung, die das BerGer. nicht ausgeschlossen hat. Die Feststellungen des BerGer. rechtfertigen die Anwendung eines Anscheinsbeweises, dass eine Betriebseinrichtung des Renault den Brand ausgelöst habe, daher nicht.“

Hinweise:

1. Das Straßenverkehrsrecht und insbesondere die Haftung nach § 7 I StVG ist in der Praxis von enormer Bedeutung und daher auch von hoher Examensrelevanz. Dabei spielen Voraussetzungen und Grenzen der Betriebsgefahr eine besondere Rolle.
2. Für Referendare besonders interessant sind auch die Ausführungen zum Anscheinsbeweis, den der BGH hier mit Recht verneint. Ein Fahrzeugbrand beruht nicht typischerweise auf einem Defekt einer Betriebseinrichtung oder einem Betriebsvorgang. Der Anscheinsbeweis spielt bei Fehlverhalten im Straßenverkehr aber eine enorme Rolle, die Entscheidung sollte daher Anlass bieten, diese Grundsätze zu wiederholen.



Prof. Dr. Christian F. Majer | Institut für Internationales und Ausländisches Privatrecht, Direktor.

E-Mail-Kontakt: ▶ majer@hs-ludwigsburg.de

► Inhaltsverzeichnis

Rezension

Verlag C.H. Beck

Schoch/Eifert (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Auflage (2023)

Übergreifende Darstellungen des besonderen Verwaltungsrechts bzw. auch nur ausgewählter Bereiche dieses Rechtsgebiets sehen sich stets vor die Herausforderung gestellt, neben den bundesrechtlich geregelten Materien auch die unterschiedlichen Länderrechtsmaterien mit ihren jeweiligen Besonderheiten sprichwörtlich „unter einen Hut“ zu bringen. Dies gilt insbesondere dann, wenn das jeweilige Werk auch didaktische Ziele verfolgt und deshalb darauf angewiesen ist, eine Balance zwischen notwendigem (zum Teil auch länderrechtsvergleichendem) Tiefgang und zugleich kompakter Darstellung herzustellen.

Das hier besprochene Werk erfüllt diesen Anspruch in gleichsam vorbildlicher Weise. Es wurde in der ersten Auflage von dem renommierten Freiburger Staatsrechtslehrer Friedrich Schoch allein herausgegeben; mit der zweiten Auflage ist Martin Eifert – Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin und Richter des Bundesverfassungsgerichts – als Mitherausgeber hinzugetreten. Dem Renommee der Herausgeber folgt auch der Kreis der Autoren, deren Expertise bei der Lektüre des Buches allgegenwärtig ist.

Das Werk gliedert sich in insgesamt sechs Kapitel, denen eine von *Eberhard Schmidt-Aßmann* (Heidelberg) verfasste Einleitung zum Verhältnis von besonderem und allgemeinem Verwaltungsrecht vorangestellt ist. Bereits hier wird erkennbar, dass das als „großes Lehr- und Studienbuch“ konzipierte Werk einen maßgeblichen Beitrag zur verwaltungsrechtlichen Systembildung leistet. Die nachfolgenden Kapitel behandeln die klassischen Materien des besonderen Verwaltungsrechts, nämlich das Polizei- und Ordnungsrecht (Bearbeitung: *Friedrich Schoch/Andrea Kießling*), das Kommunalrecht (Bearbeitung: *Hans-Christian Röhl*), das Baurecht (Bearbeitung: *Jens Kersten*), das Öffentliche Wirtschaftsrecht (Bearbeitung: *Peter M. Huber/Sebastian Unger*), das Umweltschutzrecht (Bearbeitung: *Martin Eifert*) und das Straßenrecht (Bearbeitung: *Peter Axer*).

Vor allem die genuin landesrechtlichen Materien wie das Polizei- und Ordnungsrecht, das Kommunalrecht und das Bauordnungsrecht – um nur die besonders examensrelevanten Gebiete herauszugreifen – bestechen in ihrer Darstellung durch eine durchweg gelungene länderrechtsvergleichende Perspektive. Um es einmal am Beispiel des Kommunalrechts zu illustrieren: Auf nahezu 140 Seiten werden nicht nur die maßgeblichen rechtlichen Wirkungsbereiche – von den verfassungsrechtlichen Grundlagen über die unterschiedlichen Kommunalverfassungssysteme in den Ländern bis hin zu Fragen der wirtschaftlichen Betätigung sowie des kommunalen Haushalts- und Abgabensrechts – eingehend behandelt. Es werden darüber hinaus vor allem auch stets die Unterschiede in den Ländern behandelt – sei es durch entsprechende Normverweise in den Fußnoten oder in den Ausführungen im jeweiligen Fließtext.

Dem Leser wird dadurch – freilich nicht nur im Kommunalrecht – der überaus erkenntnisbringende Weg durch die einzelnen Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts gewiesen. Denn dem

hier exemplarisch herausgegriffenen Bereich des Kommunalrechts folgen auch die übrigen landesrechtszentrierten Kapitel ebenso wie die bundesrechtlichen Materien wie etwa das Bauplanungsrecht, das Gewerberecht oder das Umweltschutzrecht.

Der Adressatenkreis reicht – wie es in der Werkbeschreibung anklingt – über Studierende und Referendarinnen und Referendare hinaus. Das Buch wendet sich „als Nachschlagewerk für die mit der Verwaltungspraxis befassten Angehörigen des öffentlichen Dienstes sowie die Rechtsanwalt- und Richterschaft“ ausdrücklich auch an Praktikerinnen und Praktiker. Genau hier punktet der „Schoch/Eifert“ ganz besonders: Es ist derzeit kaum ein anderes übergreifendes Werk zum besonderen Verwaltungsrecht verfügbar, das in der hier dargebotenen Breite und mit dem notwendigen Tiefgang auch der Praxis einen fundierten Einstieg oder aber auch eine verlässliche Vertiefung „aus einem Guss“ ermöglicht.

Man möchte angesichts des hohen Niveaus der einzelnen Bearbeitungen geradezu den Wunsch anbringen, das Werk bei einer der Folgeauflagen noch um weitere Materien des besonderen Verwaltungsrechts zu erweitern. Zu denken wäre an das Beamtenrecht bzw. das Bildungsverwaltungsrecht, etwa das Hochschul- und Wissenschaftsrecht oder sogar das landesrechtlich geprägte Schulrecht. Dies möge als eine vorsichtige Überlegung verstanden sein, deren Realisierung wegen des durchweg hohen Qualitätsanspruches des Werkes aber durchaus gewinnbringend sein könnte.

Zusammenfassend bleibt jedenfalls festzuhalten, dass der „Schoch/Eifert“ unter den übergreifenden Werken zum besonderen Verwaltungsrecht mit großer Brillanz hervorsteht. Das Werk ist sowohl für Studierende und den Referendardienst unbedingt zu empfehlen. Es erfüllt darüber hinaus auch in ausgezeichneter Weise die Funktion eines Nachschlage- und Vertiefungswerkes für die Praxis. Ihm gebührt daher das Prädikat „äußerst empfehlenswert“.



Prof. Dr. Arne Pautsch | Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg und dort zugleich Co-Direktor des Ludwigsburger Demokratie Instituts (LDI).

E-Mail-Kontakt: ▶ arne.pautsch@hs-ludwigsburg.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

1/2024	<i>Florian Feigl</i>	Die Wahlrechtsreform der Ampelkoalition	► lesen
4/2023	<i>Torsten Noak</i>	Das Bundesverfassungsgericht und das Zitiergebot: eine weiterhin „gestörte Beziehung“	► lesen
3/2023	<i>Nick Marquardt</i>	Die Auswahl von Insolvenzverwaltern unter besonderer Berücksichtigung von Diversitätsaspekten	► lesen
3/2023	<i>Sebastian Schuh</i>	Effektiver Umweltschutz	► lesen
2/2023	<i>Sven Kaltenbach/ Dominik Bok</i>	Der Versuch des Wohnungseinbruchdiebstahls	► lesen
1/2023	<i>Jonas Sauer</i>	Corona „ex post“	► lesen
1/2023	<i>Dominik Skauradszun Johannes Schröder</i>	Der Vertragsschluss in der Selbstbedienungssituation	► lesen
4/2022	<i>Maximilian A. Max</i>	Umweltschutz durch Verbandsklage im Zivilrecht?	► lesen
3/2022	<i>Hendrik Berndt</i>	Künstliche Intelligenz als eigene Rechtsperson - Die „KI-mbH“	► lesen
3/2022	<i>Felix Buchmann</i>	Die Auswirkungen des Gesetzes für faire Verbraucherverträge auf den Telekommunikationssektor	► lesen
2/2022	<i>Friederike Meurer</i>	Das neue Kaufrecht	► lesen
2/2022	<i>Jana Müser</i>	Bewährung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der Corona-Pandemie?	► lesen
1/2022	<i>Judith Klink-Straub</i>	Schuldrechtsreform 2.0	► lesen
1/2022	<i>Dr. Arne Pautsch Jana Müser</i>	Selbstvollziehendes Gesetz und Verwaltungsvollzugsvorbehalt	► lesen
4/2021	<i>Maria Spinnler</i>	Unterlassungsstrafbarkeit staatlicher Entscheidungsträger?	► lesen
3/2021	<i>Marie-Sophie Herlein</i>	Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der europäischen Integration	► lesen
2/2021	<i>Nora Rzadkowski</i>	Längst überfällig: Die Revidierte Europäische Sozialcharta ist in Kraftgetreten!	► lesen
2/2021	<i>Michael Hippeli</i>	Netiquette im digitalen Lehrbetrieb	► lesen
1/2021	<i>Michael Hippeli</i>	Struktur der strafprozessualen Verhandlungsunfähigkeit	► lesen
1/2021	<i>Christian F. Majer Arne Pautsch</i>	„Ugah, Ugah“ und die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis	► lesen
4/2020	<i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger – und kein Ende!	► lesen
4/2020	<i>Gesine Berthold</i>	Immunitätsausweise in Zeiten von Corona	► lesen
3/2020	<i>Michael Hippeli</i>	Smart Contracts	► lesen
3/2020	<i>Friederike Meurer</i>	Arbeitsrecht in Zeiten von Corona	► lesen
2/2020	<i>Leonie Schmitt</i>	Diskriminierung durch Maschinelles Lernen	► lesen
2/2020	<i>Matthias Müller</i>	Gemeinderatssitzungen per Video	► lesen
1/2020	<i>Florian Außem</i>	Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus	► lesen
1/2020	<i>Arne Pautsch</i>	Corona und Grundgesetz	► lesen
4/2019	<i>Jonas Rohde</i>	Zwangshaft gegenüber Amtsträgern	► lesen
3/2019	<i>Hans-Dieter Pfannenstiel Gordon von Miller</i>	Wölfe in Deutschland	► lesen
2/2019	<i>Christian Knoth</i>	Fluggastrechte in der Europäischen Union	► lesen

1/2019	<i>Arne Pautsch</i>	Geschlechterparität im Bundestag?	► lesen
4/2018	<i>Michael Hippeli</i>	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren	► lesen
3/2018	<i>Christian F. Majer</i>	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung	► lesen
2/2018	<i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger	► lesen
2/2018	<i>Arne Pautsch</i>	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg	► lesen
1/2018	<i>Antonia Braun</i>	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz	► lesen
4/2017	<i>Arne Pautsch</i>	Die Wahlpflicht	► lesen
4/2017	<i>Momme Buchholz Helge Hölken Elisa Kuhne</i>	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung	► lesen
3/2017	<i>Sascha Sebastian</i>	Die Inhaftierung „islamistischer Gefährder“ als menschenrechtliches Problem	► lesen
3/2017	<i>Benjamin Bungarten</i>	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers	► lesen
2/2017	<i>Susanne Bertow</i>	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?	► lesen
2/2017	<i>Markus Meißner Philipp Fitzek</i>	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)	► lesen
1/2017	<i>Tim P. Holler Christoph J. Bender</i>	Der Ehebegriff als Methodenproblem	► lesen
1/2017	<i>Torsten Noak</i>	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt	► lesen
4/2016	<i>Philipp Tolga Mavituna</i>	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagraphen	► lesen
4/2016	<i>Markus Meißner</i>	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen	► lesen
3/2016	<i>Sarah Bunk</i>	Ist Ämterpatronage strafbar?	► lesen
2/2016	<i>Christian F. Majer Guido Philipp Ernst</i>	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?	► lesen
1/2016	<i>Torsten Noak</i>	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben	► lesen
4/2015	<i>Sascha Brüggemann</i>	Anonymität im Internet	► lesen
3/2015	<i>Patrick Christian Otto</i>	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts	► lesen
3/2015	<i>Christian F. Majer</i>	Die Strafbarkeit der Zwangsheirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen	► lesen
2/2015	<i>Simon Pschorr</i>	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle	► lesen
2/2015	<i>Arne Pautsch</i>	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand	► lesen
1/2015	<i>Christian Picker</i>	Das neue Mindestlohngesetz	► lesen
4/2014	<i>Caprice Nina Doerbeck</i>	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?	► lesen
4/2014	<i>Sascha Brüggemann</i>	Datenkrake NSA	► lesen
3/2014	<i>Alexander Bechtel</i>	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?	► lesen
2/2014	<i>Christian F. Majer</i>	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung	► lesen
2/2014	<i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?	► lesen
1/2014	<i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?	► lesen

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