



Die vertiefte Auseinandersetzung mit der Grundsystematik und dem Gesetz (= Gesetzeslektüre!) kann sich dabei jedoch ganz besonders im Verwaltungsrecht lohnen und zu einem regelrechten Punktehagel führen.



DEIN STAATSEXAMEN.
DEIN JURCASE.
DEINE ENTSCHEIDUNG.



DIE NUMMER 1 BEI DER VERMIETUNG VON
GESETZESTEXTEN UND KOMMENTAREN!

5€

DEIN EXKLUSIVER
RABATT-CODE:

ASSESSORJURIS5

JURCASE.COM

#EXAMENSRELEVANT

INHALT

3

1	„Wer’s findet, darf’s behalten?“ „Wer’s glaubt, wird selig!“ (Sachenrecht)	5
2	Das strafunmündige Werkzeug? Vom Täter zum Anstifter (Strafrecht AT)	23
3	Who let the dogs out – Leinenzwang für Schnipsi (Verwaltungsrecht AT)	36
4	Der Eichenprozeßionsspinner im POR (Gefahrenabwehrrecht)	47
5	JurCase bietet: Kostenlose Aktenvorträge	61

INHALT

IHRE ZUKUNFT IM HERZEN VON MÜNSTER



Die erfolgreiche Vertretung vielfältiger und anspruchsvoller Mandate mit Hochkarat kennzeichnet das Schaffen von HLB Schumacher Hallermann.

Neben traditionellen Mandaten aus dem **Steuer-**, **Gesellschafts-** und **Wirtschaftsrecht** erwarten Sie bei uns avantgardistische Arbeitsfelder wie das **Glückspielrecht** sowie die juristische Auseinandersetzung mit **Gaming** und **eSport**.

Werden Sie Teil von etwas Größerem und widmen Sie Ihre Expertise unserem interdisziplinären Team aus Experten. Ihre Zukunft bei uns. Gleichgesinnt im Herzen von Münster.

Starten Sie mit uns durch als:

- › **Rechtsanwalt (m/w/d)**
- › **Referendar (m/w/d)**
- › **Wissenschaftlicher Mitarbeiter (m/w/d)**

Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung:

hlb-schumacher-hallermann.de/karriere



HLB Schumacher Hallermann GmbH

Rechtsanwaltsgesellschaft

Katharina Kuhn • An der Apostelkirche 4 • 48143 Münster

Tel. +49 (0) 251 / 28 08-274 • karriere@hlb-schumacher.de

HLB Schumacher Hallermann is an independent member of HLB, the global audit, tax and advisory network.





mit freundlicher Unterstützung von



In Kooperation mit der Kanzlei [HLB Schumacher Hallermann](#) präsentieren wir dir wieder vier examensrelevante Fälle. Im ersten Fall aus dem Bereich Zivilrecht geht es allgemein um Sachenrecht, konkret um Möglichkeiten des gesetzlichen Eigentumserwerbs, insbesondere den Eigentumserwerb durch „Fund“. Im zweiten Fall, dieser aus dem Bereich Strafrecht, geht es um die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme (mittelbare Täterschaft/Anstiftung). Der dritte und vierte Fall stammen indes aus dem Öffentlichen Recht. Während sich der dritte Fall im allgemeinen Verwaltungsrecht ansiedeln lässt (Bestimmtheit eines Verwaltungsaktes), beschäftigt sich der vierte Fall mit dem Verwaltungsrecht BT (Gefahrenabwehrrecht).

Wir danken Herrn Rechtsanwalt [Dr. Lennart Brüggemann](#) für die uns zur Verfügung gestellten Fälle aus seinem Projekt „Entscheidung des Monats“. Diese wurden unter seiner und der Supervision des wissenschaftlichen Mitarbeiters [Christian Lederer](#), durch die wissenschaftlichen Mitarbeiter [Tim Verhoeven](#), Dipl. Finanzwirt [Lukas Darijtschuk](#) und Mag. iur. [Paul Niklas Müller](#) aufbereitet.

HLB SCHUMACHER HALLERMANN PRÄSENTIERT

1 „WER’S FINDET, DARF’S BEHALTEN?“ „WER’S GLAUBT, WIRD SELIG!“ (SACHENRECHT)

Hinweis vom HLB-Team:

„Wer’s findet, darf’s behalten?“ „Wer’s glaubt, wird selig!“

*Ist höchstrichterliche Rechtsprechung zu sachenrechtlichen Rechtsproblemen auch rar gesätes Gut in der Rechtswissenschaft, so beschäftigt sich die gerichtliche Praxis zuweilen durchaus mit spannenden Fragestellungen um rechtliche Eigentums- und Besitzverhältnisse in kuriosen Sachverhalten. Aufgrund der dem Sachenrecht inhärenten Systematik, die den sorgfältigen Rechtsanwender mit bestechend unzweideutigen Resultaten belohnt, eignet sich das **Sachenrecht** hervorragend für die Prüfung im ersten und zweiten Staatsexamen; wie kein zweites Rechtsgebiet fragt es **System- und Methodenverständnis** ab.*

Zuletzt hatte das OLG Oldenburg (Beschluss vom 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319 = NJW-RR 2021, 272) in dem Studierenden wohl

eher unbekannten Kleid eines **Prozesskostenhilfverfahrens** über einen „glücklichen Finder“ zu entscheiden, der auf einem Friedhof in einem kuriosen Sachverhalt, welchen nur das Leben schreiben kann, zufällig Goldmünzen und Bargeld im Wert von etwa 600.000€ fand. In vorbildhafter Redlichkeit, informierte der pflichtbewusste Mitarbeiter eines Garten- und Landschaftsbauunternehmens die Polizei. Diese sackten die Goldmünzen buchstäblich ein. Zu den möglichen Herausgabeansprüchen des Finders nahm nun das Obergericht Stellung.

Die Entscheidung bietet Studierenden und Rechtsinteressierten einen wunderbaren Querflug hinweg durch das **Sachen- und Besitzrecht**. Sowohl der EdM-typische „**Aha-Effekt**“ als auch die Konfrontation mit unbekannten Fallkonstellationen und anschließender Katharsis sind garantiert. Diese Entscheidung zeigt dem Leser eindrücklich und ermutigend auf, dass es in der juristischen Fallbearbeitung häufig gerade nicht darauf ankommt, mit Detailwissen um die siebte Mindermeinung zu beeindrucken (wenngleich auch imponierend), sondern dass sich die Spreu vom Weizen bereits dort trennt, wo juristische Argumentation mit rechtswissenschaftlicher Methodik in unbekanntem Gefilde unternommen wird – das lieben übrigens nicht nur wir und ihr, sondern auch das Prüfungsamt! Die Gesetzeslektüre und ein grundlegendes Systemverständnis, welches wir euch im Bereich des **gesetzlichen Eigentumserwerbs** (§§ 946 ff. BGB) nicht zuletzt im **dogmatischen Vertiefungsteil** an die Hand reichen, helfen enorm bei der Rechtsanwendung im Angesicht des Unbekannten. Zudem sollte im Hinterkopf behalten werden, dass gerade der gesetzliche Eigentumserwerb auch im Strafrecht als inzidenter Bestandteil der Eigentumsdelikte (§§ 242 ff. StGB) Relevanz entfalten kann. Damit viel Freude an der hoffentlich aufschlussreichen Lektüre!

DIE HINTERGRÜNDE DER ENTSCHEIDUNG

Nach den Feststellungen des OLG Oldenburg¹ in dem von ihm zu entscheidenden Beschwerdeverfahren über Prozesskostenhilfe war der Antragsteller bei einem Gartenbauunternehmen beschäftigt, welches damit beauftragt war, auf einem Friedhofsgelände im Stadtgebiet der Antragsgegnerin Gebüsch und Strauchwerk zwischen dem Friedhofszaun und der daneben belegenen Grabreihe zu entfernen. Als der Chef des Antragstellers mit einem Minibagger einen Erdhaufen auf einen Anhänger lud, entdeckte der Antragsteller in der Baggerschaufel eine Kunststoffbox, die **105.800 € Bargeld** enthielt. Daraufhin verständigte er die Polizei. Noch vor dem Eintreffen der Polizei entdeckte der Antragsteller im oberen Erdreich hinter einer Grabstelle eine weitere Box mit **67 Goldmünzen**. Die eingetroffenen Polizeibeamten fanden in dem besagten Bereich zwei weitere Kunststoffboxen, die ebenfalls mit Goldmünzen gefüllt waren.

Diese sowie drei weitere mit Goldmünzen gefüllte Boxen, die der Antragsteller am Folgetag in den zwischenzeitlich auf das Gelände des Gartenbaubetriebs verbrachten Grünabfällen fand, stellte die Polizei sicher. In den Boxen befanden sich insgesamt **450 Goldmünzen**, die einen Gesamtwert von 500.000 € hatten. Das jüngste Prägejahr der aufgefundenen Goldmünzen war 2016. Es konnte nicht aufgeklärt werden, wer Eigentümer der Wertsachen war und wer diese dort abgelegt hat. Daraufhin nahm die Antragsgegnerin die Wertsachen in amtliche Verwahrung. Der Antragsteller begehrte die Herausgabe der sich in Verwahrung befind-

¹ Zum Sachverhalt im Ganzen OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 1 ff. = NJW-RR 2021, S. 272 ff. Siehe auch die Klausuraufbereitung von Werbeck, JA 2022, S. 405 ff.

lichen Wertsachen, schließlich sei er mit dem Fund Eigentümer geworden. Hilfsweise begehrt er im Falle der zwischenzeitlichen Verwertung die Herausgabe des Erlöses, äußerst hilfsweise Schadensersatz.²

DIE ENTSCHEIDUNG

Das OLG Oldenburg verneinte etwaig in Betracht kommende Herausgabeansprüche – sowohl in Bezug auf die Münzen und des Geldes als auch in Bezug auf den Erlös – und lehnte sodann einen Schadensersatzanspruch ab. Nicht einmal ein Finderlohn stehe dem Antragsteller zu.

I. HERAUSGABE DES BARGELDES UND DER MÜNZEN

Einen Anspruch auf Herausgabe des Bargeldes und der Münzen wies das OLG Oldenburg mit folgender Begründung ab:

1. KEIN ANSPRUCH AUS § 985 BGB

Für einen Herausgabeanspruch³ fehle es an der **Eigentümerstellung des Antragstellers**, er sei weder ursprünglich Eigentümer gewesen noch sei er es durch das Auffinden der Wertgegenstände geworden.⁴ Konkret in Betracht kamen hier drei Möglichkeiten, wie der Antrag-

steller Eigentum an den Münzen und an dem Bargeld erlangt haben konnte: Nach Ablauf der Sechs-Monats-Frist gem. **§ 973 BGB** („Fund“, dazu a), infolge der Aneignung einer herrenlosen Sache gem. **§ 958 BGB** (dazu b) oder aufgrund Schatzfundes gem. **§ 984 BGB** (dazu c). Alle drei Möglichkeiten des Eigentumserwerbs verneinte das OLG aber im Ergebnis.

A) KEIN EIGENTUMSERWERB GEM. § 973 BGB (FUND)

Die Vorschriften über den Fund (§§ 965 ff. BGB) sehen zwar grundsätzlich dann einen Eigentumserwerb des Finders vor, wenn sich nicht innerhalb von sechs Monaten nach der Anzeige des Fundes ein Empfangsberechtigter gemeldet hat (**§ 973 Abs. 1 BGB**).⁵ Allerdings lag nach der Auffassung des OLG Oldenburg bereits kein Fund i.S.d. §§ 965 ff. BGB vor.⁶ Ein Fund i.d.S. liegt nämlich nur vor, wenn die Sache **verloren** und damit „findbar“ ist.⁷ Verlorene Sachen sind nur solche, die **besitzlos** sind.⁸ Verlorene Sachen sind in diesem Zusammenhang von den **bloß versteckten Sachen**, auf die die §§ 965 ff. BGB jedenfalls keine direkte Anwendung finden, abzugrenzen; maßgeblich hierfür sind die besitzrechtlichen Verhältnisse: Solange derjenige, der die Sache versteckt hat, in Besitz der Sache bleibt, ist diese nicht „verloren“ i.S.d. **§ 965 Abs. 1 BGB**.⁹ Versteckte Sachen bleiben dabei

² OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 7.

³ Das OLG prüfte einen vertraglichen Herausgabeanspruch erst zum Ende und hält sich insoweit nicht an die klassische Prüfungsreihenfolge. Weil es sich um eine Entscheidungsbesprechung handelt, wird im Folgenden die Prüfungsreihenfolge des OLG Oldenburg dargestellt. Für eine saubere Prüfungsreihenfolge s. *Welbeck*, JA 2022, S. 405 (412 ff.).

⁴ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 12.

⁵ S. dazu im Allgemeinen: *Herrler* in: Grüneberg, BGB; 83. Aufl. 2024, § 973 Rn. 1 f.

⁶ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 13 ff.

⁷ *Kindl* in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 2023, § 965 Rn. 4.

⁸ *Herrler* in: Grüneberg, BGB; 83. Aufl. 2024, Vorbem. §§ 965 ff. Rn. 1.

⁹ Vgl. *Kindl* in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 2023, § 965 Rn. 4; OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 14.



grundsätzlich im Besitz desjenigen, der sie versteckt hat, solange das Versteck nicht vergessen ist.¹⁰ Gem. **§ 856 Abs. 1 BGB** endet der Besitz erst dadurch, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert (**§ 856 Abs. 1 BGB**), wobei eine vorübergehende Verhinderung in der Ausübung dieser tatsächlichen Sachherrschaft unbeachtlich ist (**§ 856 Abs. 2 BGB**).¹¹

Entsprechend dem vorstehend Gesagten kommt es hier also entscheidend darauf an, ob demjenigen, der die Boxen versteckt hat, die **Rückkehr an den Belegenheitsort** auf eine Weise möglich ist, die die Wiederausübung der tatsächlichen Sachherrschaft ermöglicht.¹² Der Antragsteller konnte im Verfahren jedoch nicht darlegen, dass die Wertsachen im Zeitpunkt des Auffindens besitzlos waren; vielmehr wies das OLG darauf hin, dass der Auffindeort und das jüngste Prägedatum der Goldmünzen (2016) nahelegen, dass diese

erst vor kurzem dort versteckt worden waren und derjenige, der sie dort versteckt hatte, nur vorübergehend an der Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft i.S.v. **§ 856 Abs. 2 BGB** gehindert war.¹³

In Ansehung der **besitzrechtlichen Verhältnisse** hat das OLG Oldenburg dabei zwischen den Münzen, die direkt auf dem **Friedhofsgelände** gefunden wurden, und den Münzen, die erst auf dem **Gelände des Gartenbaubetriebs** gefunden wurden, sauber differenziert, im Ergebnis in beiden Fällen einen „Fund“ im Rechtssinne aber verneint¹⁴:

AA) BESITZVERHÄLTNISSE AUF DEM FRIEDHOFSGELÄNDE

Besitzer der Boxen, die auf dem Friedhofsgelände im Bereich zwischen Friedhofsmauer und der anschließenden Grabreihe hinter einem Gebüsch bzw. der darunter befindlichen oberen Erdschicht abgelegt wurden, war bis zum Auffinden der Boxen derjenige, der sie **dort deponiert** hatte.¹⁵ Das jüngste Prägedatum von 2016 spreche nach Auffassung des OLG Oldenburg dafür, dass zumindest ein Teil der Goldmünzen erst vor kurzem dort abgelegt wurde.¹⁶ Auch der ungewöhnliche Auffindeort spreche dagegen, dass der letzte Besitzer die Gegenstände dort aus Versehen verloren haben könnte.¹⁷ Vielmehr könne man davon ausgehen, dass die Gegenstände dort absichtlich platziert wurden und gerade dem

¹⁰ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 14; *Kindl* in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 2023, § 965 Rn. 4.

¹¹ S. dazu etwa: *Schäfer* in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 856 Rn. 2 ff.

¹² OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 14; *Oechsler* in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 965 Rn. 4.

¹³ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 16.

¹⁴ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 22.

¹⁵ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 17.

¹⁶ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 17.

¹⁷ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 17.

Zugriff Dritter verborgen bleiben sollten.¹⁸ Sie waren schließlich an einem Ort abgelegt, der mit Büschen und Sträuchern zugewachsen war, die Boxen waren zudem teilweise mit Erde bedeckt.¹⁹

Allein der Umstand, dass sich der letzte Besitzer bis heute nicht gemeldet hat, lasse – so das OLG – nicht den Schluss zu, er habe den **Besitz bereits im Zeitpunkt des Auffindens** der Gegenstände **aufgegeben**.²⁰ Diesen Entschluss könne er auch erst nach dem Auffinden der Gegenstände gefasst haben, möglicherweise habe er sich deshalb nicht gemeldet, weil er seinerseits den Besitz an den Gegenständen nicht rechtmäßig erlangt haben könnte.²¹ Selbst der **Dieb** einer gestohlenen Sache bleibt solange Besitzer, solange ihm der Ort des Versteckes bekannt ist.²² Anhaltspunkte dafür, dass der letzte Besitzer den Ablageort vergessen haben könnte, gab es nicht.²³ Vielmehr läge, so das OLG, Gegenteiliges aufgrund des noch jungen Prägedatums einiger Münzen nahe.²⁴ Selbst wenn der letzte Besitzer inzwischen verstorben wäre, wäre der **Besitz auf die Erben** gem. **§ 857 BGB** übergegangen, und zwar auch dann, wenn die Erben

von dem Aufbewahrungsort keine Kenntnis gehabt haben.²⁵ Diese Sachherrschaft wurde auch nicht dadurch beendet, dass die Boxen infolge der Baggerarbeiten auf dem Friedhofsgelände bewegt wurden, solange sie sich örtlich im Bereich des ursprünglichen Verstecks befanden.²⁶

BB) BESITZVERHÄLTNISSE AUF DEM BETRIEBSGELÄNDE DES ARBEITSGEBERS

Was die Boxen betrifft, die erst auf dem Betriebsgelände des Gartenbauunternehmens gefunden wurden, seien diese nach Auffassung des OLG Oldenburg zu keinem Zeitpunkt besitzlos gewesen, weshalb der Antragsteller auch betreffend dieser Boxen kein Finder sein könne.²⁷ Auch wenn die tatsächliche Sachherrschaft des früheren Besitzers mit dem Verbringen des Grünabfalls mitsamt den Boxen zum Betriebsgelände endete, war inzwischen der **Arbeitgeber des Antragstellers Besitzer** geworden.²⁸ In wessen tatsächlicher Herrschaftsgewalt sich eine Sache befindet, hängt nämlich maßgeblich von der Verkehrsanschauung ab.²⁹ Das Betriebsgelände, auf welches der Grünabfall samt der Boxen verbracht wurde, ist dem **generellen Herrschaftsbereich**

¹⁸ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 17.

¹⁹ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 17.

²⁰ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 18.

²¹ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 18.

²² OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 18; *Oechsler* in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 965 Rn. 4; *Heinze* in: Staudinger, BGB, Stand: 30.06.2021, § 965 Rn. 3.

²³ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 19.

²⁴ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 19.

²⁵ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 19; OLG Hamburg, Beschl. v. 16.11.1981 – 1 U 83/81, MDR 1982,409; *Schäfer* in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 857 Rn. 8.

²⁶ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 20.

²⁷ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 21.

²⁸ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 21.

²⁹ BGH, Urt. v. 24.06.1987 – VIII ZR 379/86, NJW 1987, S. 2812 (2813); *Herrler* in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 854 Rn. 3.

des Arbeitgebers zuzuordnen.³⁰ Nach der Verkehrsauffassung erstreckte sich der generelle Besitzwille des Arbeitgebers im hiesigen Fall nach Auffassung des OLG auch auf die Wertgegenstände in den Boxen, auch wenn er keine Kenntnis hiervon hatte.³¹ Denn den Umständen nach war nicht ausgeschlossen, dass sich ggf. weitere Wertsachen in dem Grünabfall befinden könnten.³² Für einen generellen Besitzerwerbswillen spreche auch die Tatsache, dass sich der Arbeitgeber am nächsten Tag an der Nachsuche beteiligt hat.³³

B) KEIN EIGENTUMSERWERB GEM. § 958 BGB (ANEIGNUNG)

Ein Eigentumserwerb gem. **§ 958 BGB** durch Aneignung setzt voraus, dass diese Sache **herrenlos** ist.³⁴ Herrenlos sind Sachen, an denen Eigentum noch nie bestanden hat, aufgegeben oder sonst erloschen ist.³⁵ Es fehlten jedoch Anhaltspunkte dafür, dass der ursprüngliche Eigentümer sein **Eigentum aufgegeben** hat oder dieses sonst erloschen wäre.³⁶ Im Gegenteil sprächen nach Auffassung des OLG die Werthaltigkeit der Gegenstände sowie die Auffindeposition vielmehr dafür, dass der bisherige Eigentümer sein Eigentum

auch künftig behalten und nicht der potenziellen Aneignung durch Dritte preisgeben wolle.³⁷



C) KEIN EIGENTUMSERWERB GEM. § 984 BGB (SCHATZFUND)

Gem. **§ 984 BGB** erlangt derjenige, der eine Sache entdeckt, die so lange verborgen gelegen hat, dass der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (**Schatz**), zur Hälfte Eigentum; die andere Hälfte gebührt dem Eigentümer der Sache, in welcher der Schatz verborgen war.³⁸ Auch wenn der Eigentümer wie im hiesigen Fall nicht mehr zu ermitteln ist, liegt nicht zwangsläufig ein Schatz i.S.d. **§ 984 BGB** vor.³⁹ Denn ein solcher setzt voraus, dass der Eigentümer gerade *infolge der langen Zeitdauer*, nicht aber aus einem anderen Grund nicht mehr zu erreichen ist.⁴⁰ Die Nichtermittelbarkeit des Eigentümers beruhte hier jedoch nicht auf Zeitablauf – das jüngste Prägedatum datiert auf das

³⁰ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 21.

³¹ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 21.

³² OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 21.

³³ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 21.

³⁴ Oechsler in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 958 Rn. 3.

³⁵ Herrler in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 958 Rn. 1.

³⁶ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 23.

³⁷ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 23.

³⁸ Vgl. dazu im Allgemeinen: Kindl in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 2023, § 984 Rn. 2 ff.

³⁹ Vgl. Oechsler in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 984 Rn. 4.

⁴⁰ Herrler in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 984 Rn. 1; Oechsler in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 984 Rn. 4.

Jahr 2016 –, sondern auf anderen, letztlich nicht bekannten Umständen.⁴¹ Ein Schatzfund lag also nicht vor.

D) KEIN EIGENTUMSERWERB ANALOG § 973 BGB

Das OLG Oldenburg hat dann noch eine analoge Anwendung des **§ 973 BGB** erwogen, diese im Ergebnis aber abgelehnt.⁴² So sei bereits die analoge Anwendung gesetzlicher Eigentumserwerbstatbestände vor dem Hintergrund des **numerus clausus der Sachenrechte** zweifelhaft.⁴³ Jedenfalls fehle es aber an der für eine Analogie erforderlichen **planwidrigen Regelungslücke**, weil sich die Motive des Gesetzgebers ausdrücklich nur auf verlorene, nicht auf versteckte Sachen bezögen.⁴⁴ Ziel der **§§ 965 ff. BGB** ist es, die tatsächliche Herrenlosigkeit (= Besitzlosigkeit) der gefundenen Sache bei erfolglosen Nachforschungen zu beenden.⁴⁵ In diesem Fall gab es aber keine Besitzlosigkeit und damit auch kein Bedürfnis, diese tatsächliche Herrenlosigkeit zu beenden.

Ferner seien die **Interessenlagen** bei verlorenen und versteckten Sachen **nicht vergleichbar**.⁴⁶ Bei verlorenen Sachen sinkt mit zuneh-

mendem Zeitablauf die Wahrscheinlichkeit, dass sich der Berechtigte meldet; Berechtigte melden sich – wenn sie es überhaupt tun – in den ersten Monaten nach dem Verlust.⁴⁷ Nach Ablauf der Sechs-Monats-Frist des **§ 973 BGB** ist die Wahrscheinlichkeit, dass sich der Berechtigte meldet, dementsprechend gering und eine Neuordnung der Eigentumsverhältnisse gerechtfertigt.⁴⁸ Hat der Berechtigte die Sache dagegen versteckt, weiß er, wo sich die Sache befindet und kann diese ggf. über Jahre in dem Versteck unangetastet lassen; insoweit besteht kein Bedürfnis nach einer Neuregelung der Eigentumsverhältnisse.⁴⁹

E) KEIN EIGENTUMSERWERB ANALOG § 984 BGB

Eine analoge Anwendung des **§ 984 BGB** widerspräche dem **bewussten Ziel des Gesetzgebers**, so das OLG.⁵⁰ Ein allgemeines Okkupationsrecht desjenigen, der Schätze findet, wollte der Gesetzgeber gerade nicht schaffen; vielmehr ging es darum, eine Eigentumszuordnung zu ermöglichen⁵¹, wenn der Schatz eine

⁴¹ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 24.

⁴² OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 25.

⁴³ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 25.

⁴⁴ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 25 m.w.N. auf *Mugdan*, Mat. Bd. III; S. 212 unter 1., S. 213 unter 2.

⁴⁵ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 25 m.w.N. auf *Mugdan*, Mat. Bd. III; S. 212 unter 1., S. 213 unter 2.

⁴⁶ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 25.

⁴⁷ So die Erwägung des Gesetzgebers im Jahr 1976, als die Frist von einem Jahr auf sechs Monate verkürzt wurde, vgl. BT-Drs. 7/3559, S. 4, dort unter 3.

⁴⁸ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 25.

⁴⁹ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 25.

⁵⁰ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 25.

⁵¹ **FYI:** Die Erörterung einer analogen Anwendung des **§ 984 BGB** zeigt eindrücklich, inwieweit das Gericht zwecks systematischer Auslegung auf allgemeine Grundlagen des Sachenrechts zurückgreift; an dieser Stelle daher eine Erinnerung. Das deutsche Sachenrecht kennt **fünf Grundsätze**: **1.** Die Publizität (Offenkundigkeit des dinglich Berechtigten durch Publizitätsträger, wie Besitz und Grundbuch),

so lange Zeit verborgen lag, dass jede Hoffnung auf die Ermittlung des Eigentümers vergeblich ist.⁵² Im vorliegenden Fall war jedoch damit zu rechnen, dass der letzte Besitzer der Box die Sache wieder an sich nehmen wird.⁵³

2. KEIN ÖFFENTLICH-RECHTLICHER HERAUSGABEANSPRUCH

Dann erwog das OLG Oldenburg noch einen öffentlich-rechtlichen Herausgabeanspruch.⁵⁴ Ein solcher bedingt zuvörderst ein **öffentlich-rechtliches Verwahrverhältnis**.⁵⁵ Ein solches entsteht, wenn eine Behörde in Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben Gegenstände in Besitz nimmt, die im Eigentum einer Privatperson stehen.⁵⁶ Liefert der Finder die Fundsache an die zuständige Behörde ab, erwirbt

die 2. Absolutheit (Allgemeinverbindlichkeit; Wirksamkeit der dinglichen Rechte *inter omnes* statt nur *inter partes* wie im SchuldR), die 3. Spezialität (auch Bestimmtheitsgrundsatz: keine Rechte an Gattungssachen, es kann nur über individualisierte Gegenstände verfügt werden), 4. die beschränkte Zahl der Sachenrechte (Typenzwang; „*numerus clausus*“) und die 5. Abstraktionsprinzip (rechtliche Wirksamkeit von Kausalgeschäft und Verfügung unabhängig voneinander; Eselsbrücke: **PAS-TA**). Teilweise wird auch das Prioritätsprinzip, das in **§ 185 Abs. 2 S. 2 BGB** verankert ist, zu den Sachenrechtsgrundsätzen gezählt.

⁵² OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 25 m.w.N. auf *Mugdan*, Mat. Bd. III; S. 217 unter 1.

⁵³ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 25.

⁵⁴ Dazu *Gehrlein* in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 2023, § 688 Rn. 11 ff.; *Jülich/Herberger* in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 688 Rn. 47 ff.

⁵⁵ *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 688 Rn. 6.

⁵⁶ *Jülich/Herberger* in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 688 Rn. 47.

er mit dem Eigentum auch einen Herausgabeanspruch gegen die betreffende Gemeinde.⁵⁷ Wie jedoch bereits gezeigt, erlangt der Finder kein Eigentum an den Gegenständen, weil diese nicht besitzlos waren und deshalb gar kein Fund im Rechtssinne vorlag.⁵⁸ Das OLG Oldenburg fügt noch hinzu, dass sich auch aus dem zwischenzeitlich erlangten Besitz keine Empfangsberechtigung ergäbe, weil der Finder den Besitz mit der Übergabe an der Polizei freiwillig aufgegeben habe und ihm sein fehlendes Besitzrecht bei Besitzerwerb bekannt gewesen sei (**§ 1007 Abs. 3 S. 1 BGB**).⁵⁹

3. KEIN ANSPRUCH AUS § 695 BGB (VERWAHRUNGSVERTRAG)

Weil es auch an einem **privatrechtlichen Verwahrungsvertrag** fehle, komme ein Anspruch aus **§ 695 S. 1 BGB** nicht in Betracht.⁶⁰ Aus dem Umstand, dass der Antragsteller die Polizei verständigt hat und die Boxen so in den Gewahrsam der Antragsgegnerin gelangt sind, könne nach Auffassung des OLG **kein stillschweigendes Angebot** zum Abschluss eines Verwahrungsvertrags abgeleitet werden.⁶¹ Schließlich habe der Antragsteller mit der Anzeige bei der Polizei lediglich seinen gesetzlichen Pflichten als Finder nachkommen wollen, jedoch keinen Verwahrungsvertrag schließen wollen.⁶²

⁵⁷ *Oechsler* in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 973 Rn. 6.

⁵⁸ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 27.

⁵⁹ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 27.

⁶⁰ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 28.

⁶¹ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 28.

⁶² OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 28; dieses



Fachanwalts-Lehrgänge

// Hybrid

*Das Beste aus **zwei** Unterrichtswelten:*

→ Sie haben die Wahl - Präsenz- u./o. Online-Unterricht

- Mehr Planungssicherheit - auch wenn durch behördliche (oder andere) Vorgaben die Präsenzform nicht möglich ist
- Auch eine reine ONLINE-Teilnahme möglich (Klausuren müssen in Präsenzform geschrieben werden)
- Verschiedene Klausurorte deutschlandweit
- Mehr Flexibilität in Ihrer persönlichen Zeiteinteilung
- Wechsel Ihrer Unterrichtsform d.h. in Präsenz- u/o. Online-Form je Lehrgangseinheit möglich
Teilnahmeform kann bis 10 Tage vor der jeweiligen Lehrgangseinheit kostenfrei gewechselt werden
- Sparen Sie Zeit und Geld durch die Teilnahme an der Online-Form - keine Fahrt- und Übernachtungskosten, keine Parkgebühren, keine langen Anfahrtszeiten
- Sie können aber auch in Präsenzform teilnehmen, um sich persönlich mit den Referierenden und den Teilnehmenden vor Ort austauschen zu können.
- Qualifizierte, praxisorientierte, erfahrene Referentinnen & Referenten



ARBER
SEMINARE

Anwaltsfortbildung

ARBER-seminare.de | T. 07066 - 9008-0 | kontakt@arber-seminare.de

14
Fachbereiche
→ jetzt
informieren



4. KEIN ANSPRUCH AUS §§ 812 ABS. 1 S. 2 ALT. 2, 818 ABS. 1 BGB

Wegen eines gemeinsam angestrebten, aber **nicht eingetretenen Erfolgs** – der Erfolg könnte hier die Rückgabe der Wertsachen an den Berechtigten sein – besteht nach Auffassung des OLG Oldenburg auch kein Anspruch aus **§§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 818 Abs. 1 BGB**.⁶³ Es fehle an der erforderlichen **tatsächlichen Einigung** zwischen Antragsteller und -gegnerin über den Zweck der Leistung.⁶⁴ Eine solche Zweckabrede i.S.d. **§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB** liegt nur vor, wenn der Leistende dem Empfänger mindestens konkludent zu verstehen gibt, dass die Zuwendung nur in Erwartung des Eintritts des betreffenden Erfolgs gemacht wird, während der Empfänger mindestens konkludent erklären muss, dass er die Zweckbestimmung des Leistenden kennt und billigt.⁶⁵ Das

Auslegungsergebnis sollte in einer Klausur normativ an die §§ 133, 157 BGB angeknüpft werden.

⁶³ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 29.

⁶⁴ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 29.

⁶⁵ Wendehorst in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 2023, § 812 Rn. 93 m.w.N. auf st. BGH-Rspr.

OLG war der Auffassung, der Antragsteller habe die endgültige Rückgabe der Boxen nicht davon abhängig gemacht, dass diese tatsächlich an den ursprünglich Berechtigten zurückgegeben werden.⁶⁶ Die Antragsgegnerin habe mit der Entgegennahme der Wertsachen auch keine entsprechende Zustimmung zum Ausdruck gebracht.⁶⁷ Denn nach den Fundvorschriften wäre die Behörde nur dann zur Herausgabe an den Finder verpflichtet, wenn der Antragsteller infolge eines Eigentumserwerbs empfangsberechtigt gewesen wäre, was aber gerade nicht der Fall war.⁶⁸ Wegen der Gesetzesbindung der Verwaltung (**Art. 20 Abs. 3 GG**) kann die Entgegennahme daher nicht als Zustimmung dazu gewertet werden, dass die Sache an den nach den Fundvorschriften nicht empfangsberechtigten Finder herausgegeben werden.⁶⁹

5. KEIN ANSPRUCH AUS §§ 677, 683, 670 BGB („GOA“)

Für einen Anspruch auf Herausgabe der Wertsachen gem. **§§ 677, 683, 670 BGB** fehle es bereits an einem **Geschäft der Antragsgegnerin**, so das OLG.⁷⁰ Das Auffinden und Übergeben der Wertsachen an die Polizei sei kein Geschäft im Tätigkeitsbereich der Antragsgegnerin.⁷¹ Im Übrigen könne über **§ 670 BGB nur Aufwendungsersatz**, nicht jedoch die Her-

⁶⁶ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 29.

⁶⁷ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 29.

⁶⁸ S. bereits unter I.1.a).

⁶⁹ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 29.

⁷⁰ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 30.

⁷¹ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 30.

ausgabe der Wertsachen verlangt werden.⁷²

II. HERAUSGABE DES ERLÖSES

Weil dem Antragssteller unter Zugrundelegung des vorstehend Gesagten **keine Rechte an den Wertgegenständen** zustehen, haben auch die hilfsweise geltend gemachten Ansprüche auf Erlös⁷³ sowie auf Schadensersatz keine Aussicht auf Erfolg.⁷⁴

III. ANSPRUCH AUF FINDERLOHN

Der Antragsteller bekam nicht einmal einen Finderlohn zugesprochen, obwohl er eigentlich alles richtig gemacht hatte – das stellte auch das OLG Oldenburg fest: Dieses Ergebnis möge zwar „auf den ersten Blick dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderlaufen“⁷⁵, sei aber dennoch richtig, dies ergäbe sich aus dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers.⁷⁶

1. KEIN ANSPRUCH AUS § 971 ABS. 1 BGB

Einen Anspruch auf Finderlohn aus **§ 971 Abs. 1 BGB** hat nur derjenige, der auch **Fin-**

der im Rechtssinne ist.⁷⁷ Ein Fund in diesem Sinne lag aber gerade nicht vor.⁷⁸ Außerdem bestünde der Anspruch nur gegenüber dem Empfangsberechtigten, nicht aber gegenüber der Antragsgegnerin, hier der zuständigen Behörde.⁷⁹ Entschädigt werden soll der Finder, der die Rückführung der verlorenen Sache an den Berechtigten ermöglicht, was hier gerade nicht der Fall war.⁸⁰

2. KEINE ANALOGE ANWENDUNG DES § 971 ABS. 1 BGB

Nach Auffassung des OLG Oldenburg fehle es für eine analoge Anwendung des **§ 971 Abs. 1 BGB** bereits an einer **planwidrigen Regelungslücke**: Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers bezögen sich die Vorschriften über den Fund nur auf verlorene, **nicht auf versteckte Sachen**.⁸¹ Nach dem Sinn und Zweck der Fundvorschriften soll eine Rückführung verlorener Sachen an den Berechtigten ermöglicht werden.⁸² Bei versteckten Sachen weiß der Besitzer aber noch, wo sich diese befindet und das Herrschaftsverhältnis dauert fort. Ihm wird regelmäßig nicht geholfen, wenn ihm die Sache durch einen Dritten wieder zugeführt wird.⁸³

⁷² OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 30.

⁷³ **FYI**: Wenn es in der Klausur um die Herausgabe des Veräußerungserlöses geht, kommen (immer wieder) insb. die folgenden Ansprüche in Betracht: **1. § 285 BGB** (Anwendbarkeit auf das Rückgewährschuldverhältnis gem. § 346 I, IV sowie auf § 985 umstr.), **2. §§ 687 II 1, 681 S. 2, 667 BGB** (GoA), **3. § 816 I 1 BGB**, **4. §§ 812 I 1, 818 ff. BGB**.

⁷⁴ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 31.

⁷⁵ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 38.

⁷⁶ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 39 ff.

⁷⁷ *Oechlser* in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 971 Rn. 2.

⁷⁸ S. bereits unter I.1.a).

⁷⁹ *Oechlser* in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 971 Rn. 4.

⁸⁰ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 32.

⁸¹ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 33.

⁸² Vgl. *Oechlser* in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 965 Rn. 1; *Kindl* in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 2023, § 965 Rn. 1.

⁸³ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 33.

3. KEIN ANSPRUCH AUS § 978 ABS. 3 BGB

Ein Anspruch aus **§ 978 Abs. 3 BGB** besteht nur, wenn die Sache in den **Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde** oder einem dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalt aufgefunden wird.⁸⁴ Der Friedhof der Kirchengemeinde gehörte jedoch nicht zu den Geschäftsräumen der Antragsgegnerin.⁸⁵

4. KEINE ANALOGE ANWENDUNG DES § 978 ABS. 3 BGB

Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift komme nach Auffassung des OLG nicht in Betracht: Auch hier fehle es an einer **planwidrigen Regelungslücke**, weil vor Einführung dieser Vorschrift im Jahr 1976 derjenige, der Sachen in den Geschäftsräumen einer Behörde gefunden hat, leer ausging, unabhängig davon, ob die Sache an den Berechtigten zurückgeführt werden konnte oder die Behörde die Sache am Ende verwertet hat.⁸⁶ Der Gesetzgeber wolle mit der Einführung des Finderlohns für den speziellen Fall des Fundes in öffentlichen Behörden und Verkehrsanstalten gegenüber der vorherigen Rechtslage, nach der der Finder leer ausging, eine gewisse Besserstellung des ehrlichen Finders herbeiführen, keineswegs aber einen allgemeinen Anspruch auf Finderlohn schaffen, wenn Behörden gem. **§ 983 BGB** unanbringbare Sachen versteigern.⁸⁷ Ferner ließen **systematische Erwägungen**

einen Schluss auf einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers zu: **§ 983 BGB** verweist nur auf die **§§ 979-982 BGB**, nicht aber auf **§ 978 Abs. 3 BGB**. Hätte der Gesetzgeber einen grundsätzlichen Anspruch auf Finderlohn schaffen wollen, wenn Behörden unanbringbare Sachen verwerten, wäre eine gesetzliche Verweisung auch auf **§ 978 Abs. 3 BGB** angezeigt gewesen.⁸⁸

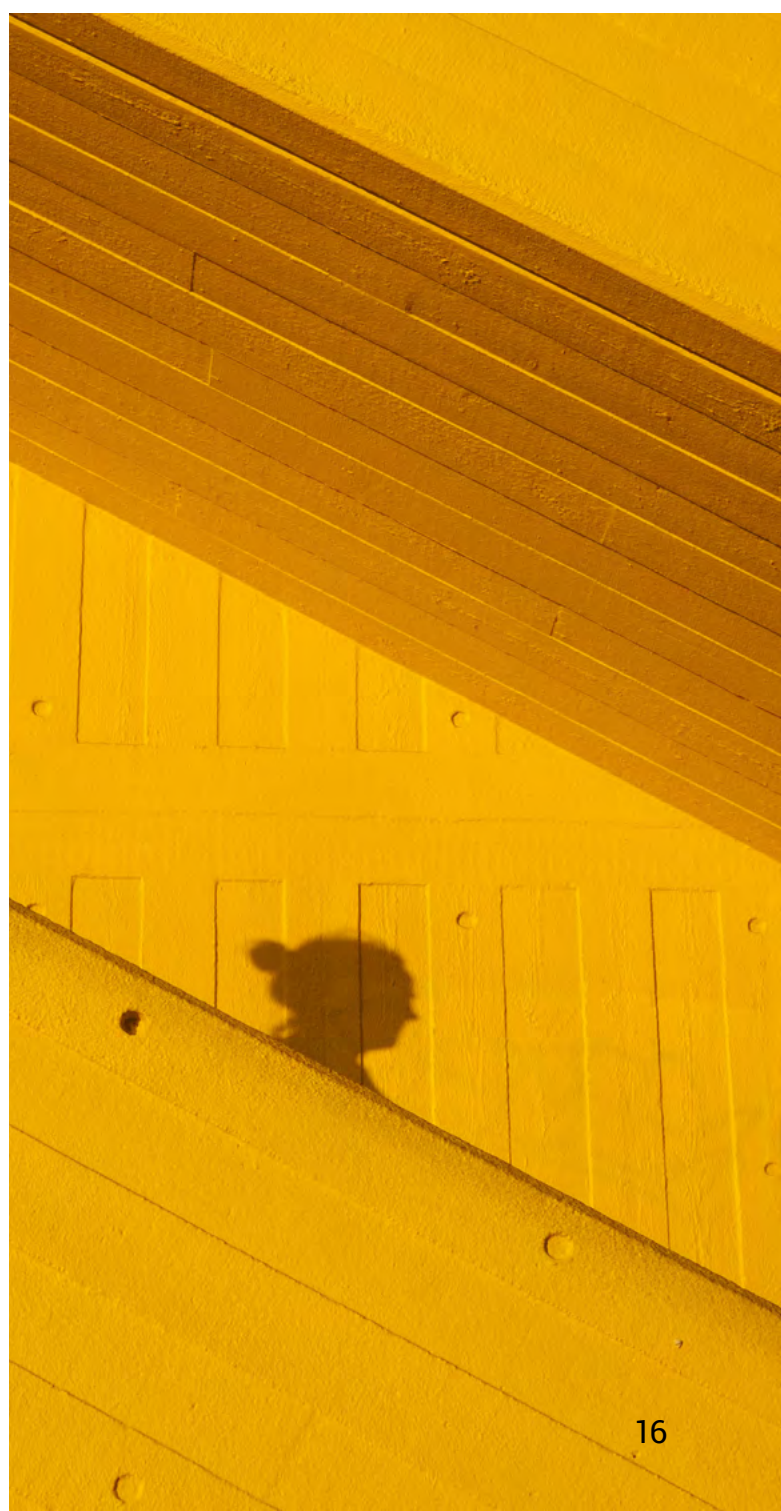
⁸⁸ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 37.

⁸⁴ *Kindl* in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 2023, § 978 Rn. 4; s. auch *Oechlser* in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 978 Rn. 1 f.

⁸⁵ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 34.

⁸⁶ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 35.

⁸⁷ OLG Oldenburg, Beschl. v. 07.10.2020 – 1 W 17/20, BeckRS 2020, 38319, Rn. 36.



DOGMATISCHE VERTIEFUNG

Der **gesetzliche Eigentumserwerb** wird von Studierenden in der Vorbereitung auf das Examen häufig allzu einseitig behandelt, namentlich kennen viele aufgrund einschlägiger Fallklassiker⁸⁹ nur die **§§ 946 ff. BGB**. Obiger Fall, den das OLG Oldenburg zu entscheiden hatte, zeigt, dass sich auch die Praxis hin und wieder mit den Vorschriften zum gesetzlichen Eigentumserwerb auseinandersetzen muss; nicht selten wird aus der „echten“ Praxis dann Klausurpraxis. So bieten die gesetzlichen Eigentumsvorschriften die Möglichkeit, unbekanntes Wissen und die Anwendung der allgemeinen Methodik abzufragen, die Prüfung solcher Vorschriften als Vorfrage für bekannte Anspruchsgrundlagen einzubauen oder sich mit den Folgeansprüchen auseinanderzusetzen. Deshalb sollen im Folgenden die Grundlagen des gesetzlichen Eigentumserwerbs dargestellt werden, hierbei mit besonderem Blick auf die Systematik und Abgrenzung der verschiedenen Erwerbstatbestände.

I. SYSTEMATISCHER ÜBERBLICK

Der Eigentumserwerb kraft Gesetzes kann in **fünf Kategorien** aufgeteilt werden:⁹⁰ Der wesentliche Teil der Systematik erschließt sich bereits demjenigen, der die Überschriften des 3. Titels („Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen“, **§§ 937 ff. BGB**) aufmerksam liest. An den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb gem. **§§ 929-936 BGB** schließen sich die gesetzlichen Erwerbstatbestände unmittelbar an, zumindest soweit es um bewegliche Sachen geht. Zunächst besteht die Möglichkeit der **Ersitzung**; die Ersit-

zung *beweglicher Sachen* ist in den **§§ 937-945 BGB** geregelt (2. Untertitel), Vorschriften zur Ersitzung *unbeweglicher Sachen* findet man in den **§§ 900, 901, 927 BGB**. An die **§§ 937-945 BGB** schließt sich in den **§§ 946 ff. BGB** der berüchtigte 3. Untertitel „**Verbindung, Vermischung, Verarbeitung**“ an. Regelungsgegenstand des 4. Untertitels (**§§ 953-957 BGB**) und zugleich die dritte Kategorie ist dann der **Erwerb von Erzeugnissen oder sonstigen Bestandteilen** einer Sache. Zur vierten Kategorie kann man die Vorschriften des 5. Untertitels („**Aneignung**“) und des 6. Untertitels („**Fund**“) zählen. Zuletzt gibt es noch den Erwerb **kraft Hoheitsakt**, von beweglichen Sachen gem. **§§ 816, 817 ZPO** (Geld gem. **§ 815 ZPO**) und von unbeweglichen Sachen gem. **§§ 90 ff. ZVG**.⁹¹ Die erbrechtliche Universalsukzession in **§ 1922 BGB** gilt dogmatisch nicht als gesetzlicher Eigentumserwerbstatbestand.

II. DIE ERWERBSTATBESTÄNDE IM EINZELNEN

Im Folgenden werden nun die Erwerbstatbestände in ihren wesentlichen Grundzügen erörtert:

1. ERSITZUNG

Die Ersitzung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Erwerb des Eigentums **automatisch durch Zeitablauf** erfolgt.⁹² Der Zweck der Ersitzung liegt in der Befriedigung, Beruhigung und Vereinfachung unklarer Rechtsbeziehungen;⁹³ Rechtssicherheit und -klarheit werden ge-

⁸⁹ FYI: dazu sehr eingängig Prof. Martin Fries ab Minute 09:54: <https://www.youtube.com/watch?v=YFprKAGN0uw>

⁹⁰ Aufteilung nach Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 (Übersicht vor Rn. 1).

⁹¹ Der Erwerb kraft Hoheitsakt ist Gegenstand des Zwangsvollstreckungsrechts und wird nicht näher dargestellt.

⁹² Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 1.

⁹³ Hamdorf in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 937 Rn. 7.

schaffen, indem ein dauerhaftes Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum (bei beweglichen Sachen) bzw. von formeller (Grundbuch) und materieller Rechtslage (bei unbeweglichen Sachen) verhindert wird.⁹⁴

Bei der Ersitzung ist danach zu unterscheiden, ob es um eine bewegliche Sache (dann **§§ 937-945 BGB**) oder um ein Grundstück (dann **§§ 900, 901, 927⁹⁵ BGB**) geht. Der Eigentumserwerb einer **beweglichen Sache** durch Ersitzung tritt ein, wenn jemand eine bewegliche Sache zehn Jahre in Eigenbesitz gehalten hat (**§ 937 Abs. 1 BGB**) und hinsichtlich seines Eigentums gutgläubig war (**§ 937 Abs. 2 BGB**).⁹⁶ Dabei sind die Voraussetzungen des Eigenbesitzes und der Gutgläubigkeit hervorzuheben: Gem. **§ 872 BGB** ist **Eigenbesitzer**, wer die Sache als ihm gehörend besitzt; dieser ist abzugrenzen vom Fremdbesitzer, der die Sache für einen anderen besitzt (bspw. der Besitzmittler gem. **§ 868 BGB**).⁹⁷ Der **gute Glaube**, den **§ 937 Abs. 2 BGB** für eine Ersitzung beweglicher Sachen vorschreibt, muss sich auf das Eigentum beziehen und während der gesamten Ersitzungszeit bestehen.⁹⁸ Ähnlich wie bei **§ 990 Abs. 1 BGB** schadet bei der Besitzerglangung schon grob fahrlässige Unkenntnis, während später nur noch positive Kenntnis schadet.⁹⁹ Rechtsfolge ist bei der Ersitzung

gem. **§ 937 BGB** ein **originärer Eigentumserwerb** bei gleichzeitigem Eigentumsverlust des ursprünglichen Eigentümers, wobei das Verhältnis zu schuldrechtlichen Rückgewähransprüchen trotz Ersitzung problematisch sein kann.¹⁰⁰

Der Eigentumserwerb einer **unbeweglichen Sache** durch Ersitzung tritt ein, wenn der Eigentümer eines Grundstücks 30 Jahre als Eigentümer (zu Unrecht) im Grundbuch eingetragen war und dieses Grundstück während dieser Zeit in Eigenbesitz gehabt hat (**§ 900 Abs. 1 BGB**).¹⁰¹ Über **§ 900 Abs. 2 BGB** ist die Ersitzung bestimmter anderer Grundstücksrechte möglich, sofern das jeweilige Recht zum Besitz am Grundstück berechtigt.¹⁰² In beiden Fällen darf **kein Widerspruch** eingetragen sein (**§ 900 Abs. 1 S. 3 BGB**). Im Unterschied zur Ersitzung beweglicher Sachen ist die Gutgläubigkeit des Eigenbesitzers hier indes unbeachtlich. **§ 901 BGB** regelt gewissermaßen den umgekehrten Fall der Ersitzung, nämlich das *Erlöschen* tatsächlich bestehender Rechte bei unrichtiger Grundbuchlöschung; insoweit kann man auch von einer „Ersitzung der Lastenfreiheit“ sprechen.¹⁰³

⁹⁴ Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 2, 8.

⁹⁵ Zum besonderen Fall der Kontratabularersitzung gem. § 927 BGB, auf die hier nicht näher eingegangen wird, s. Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 10.

⁹⁶ Herrler in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 937 Rn. 1.

⁹⁷ Vgl. dazu Schäfer in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 872 Rn. 1, 6.

⁹⁸ Kindl in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 2023, § 937 Rn. 6; Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 3.

⁹⁹ Kindl in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 2023, § 937

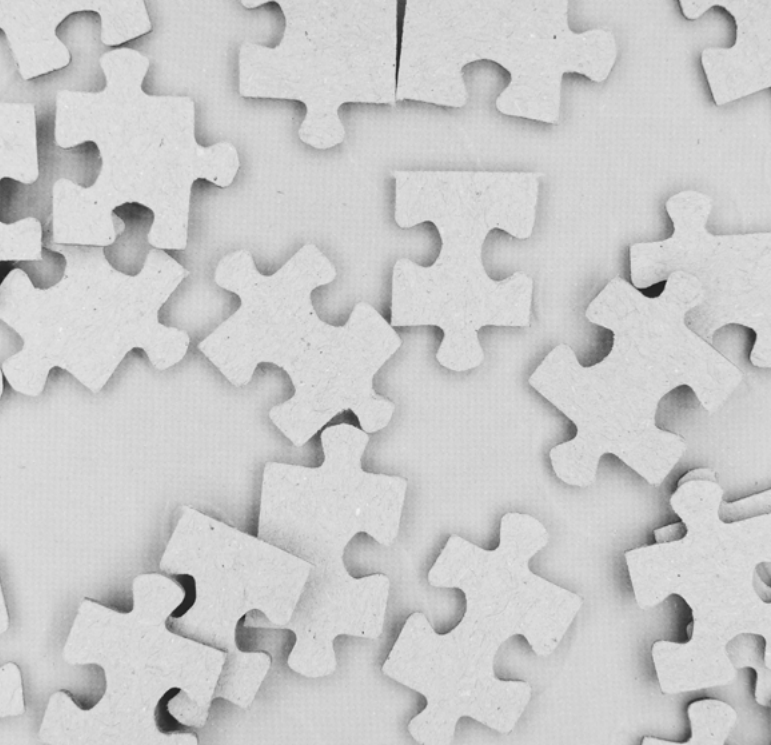
Rn. 6; der positiven Kenntnis steht das sich bewusste Verschließen vor der richtigen Erkenntnis gleich, s. Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 3.

¹⁰⁰ Vgl. dazu eingehend: Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 5 ff.

¹⁰¹ Herrler in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 900 Rn. 3.

¹⁰² Dazu zählt beispielsweise das Recht zum Sachbesitz bei Nießbrauch (§ 1036 Abs. 1 BGB) oder ein dingliches Wohnrecht (§ 1093 BGB).

¹⁰³ Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 9.



2. VERBINDUNG, VERMISCHUNG, VERARBEITUNG

Die **§§ 946-951 BGB** regeln die Verbindung, Vermischung, Vermengung und Verarbeitung. Weil gem. **§ 93 BGB** solche Sachen, die wesentlicher Bestandteil einer anderen Sache sind, nicht sonderrechtsfähig sind, an ihnen also kein Eigentum bestehen kann, wird bei bestimmten tatsächlichen Vorgängen – nämlich Verbindung, Vermischung, Vermengung und Verarbeitung – eine Neuordnung der Eigentumsverhältnisse zum **Zwecke der Rechtsklarheit** erforderlich.¹⁰⁴

Wird eine bewegliche Sache mit einem *Grundstück* dergestalt **verbunden**, dass sie gem. **§§ 93-95 BGB** wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, erwirbt der Grundstückseigentümer gem. **§ 946 BGB** das Eigentum an dieser verbundenen Sache. Werden mehrere *bewegliche Sachen* dergestalt miteinander verbunden, dass sie wesentliche Bestandteile (**§ 93 BGB**) einer einheitlichen Sache werden, werden die bisherigen Eigentümer grundsätzlich Miteigentümer dieser Sache und zwar nach dem Verhältnis des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Verbindung haben (**§ 947 Abs. 1 BGB**). Das Verhältnis der Miteigentümer

¹⁰⁴ Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 11.

untereinander ist dann in den **§§ 1008 ff.** und **§§ 741 ff. BGB** geregelt. Etwas anderes gilt, wenn eine der Sachen als Hauptsache anzusehen; dann erwirbt ihr Eigentümer Alleineigentum (**§ 947 Abs. 2 BGB**). Bei einer „**Hauptsache**“ können die übrigen Bestandteile fehlen, ohne dass das Wesen der Sache beeinträchtigt würde.¹⁰⁵

Ähnlich verhält es sich bei der untrennbaren¹⁰⁶ **Vermischung und Vermengung**¹⁰⁷ beweglicher Sachen gem. **§ 948 Abs. 1 i.V.m. § 947 BGB**: Grundsätzlich werden die ehemaligen Eigentümer Miteigentümer nach dem Wertverhältnis der vermischten oder vermengten Sachen, es sei denn, eine Sache ist als Hauptsache anzusehen.¹⁰⁸ Erfolgt eine Verbindung, Vermischung oder Vermengung, erlischt nicht nur das Eigentum an dieser Sache, sondern auch die Rechte Dritter an dieser Sache (**§ 949 S. 1 BGB**); erwirbt der Eigentümer aber an der neuen Sache Miteigentum oder sogar Alleineigentum, bestehen die Rechte Dritter an dieser Sache fort (**§ 949 S. 2, 3 BGB**).

Die **Verarbeitung** gem. **§ 950 BGB** ist den meisten Studierenden dann schon eher ein Begriff. Hier sei lediglich noch einmal ins Ge-

¹⁰⁵ BGH, Urt. v. 03.03.1956 - IV ZR 334/55, NJW 1956, S. 788 (789); *Füller* in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 947 Rn. 5.

¹⁰⁶ Der Untrennbarkeit steht es gleich, wenn die Trennung nur mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde, § 948 Abs. 2 BGB.

¹⁰⁷ Von „Vermischung“ spricht man, wenn es um Flüssigkeiten geht, „Vermengung“ betrifft feste Stoffe, s. Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 14.

¹⁰⁸ **FYI**: Sofern eine Sache als Hauptsache anzusehen ist, ist umstritten, ob **§ 947 Abs. 2 BGB** anwendbar ist und deshalb Alleineigentum besteht, s. dazu Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 15; besondere Probleme können bei der **Vermengung von Geld** auftreten, dazu Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 16.

dächtnis gerufen, dass sich die Frage, ob eine „neue bewegliche Sache“ vorliegt, nach der Verkehrsanschauung bemisst und namentlich auf Merkmale wie neuer Name, neue Funktion, neuer Verwendungszweck oder wesentliche Substanz- oder Formveränderung abzustellen ist.¹⁰⁹ Gerade bei der Subsumtion unter dieses Merkmal lassen Studierende in Klausuren häufig Punkte liegen.

Zum Zwecke eines **wirtschaftlichen Interessenausgleichs** erhält derjenige, der nach den **§§ 946-950 BGB** einen Rechtsverlust erleidet, eine Entschädigung (**§ 951 BGB**). Nach überwiegender Auffassung handelt es sich um eine Rechtsgrundverweisung, weil sonst der Anspruch auf Entschädigung auch bei einer vertraglichen Grundlage bestehen würde.¹¹⁰

3. ERWERB VON ERZEUGNISSEN UND SONSTIGEN BESTANDTEILEN EINER SACHE

Anders als bei den **§§ 946 ff. BGB**, bei denen eine Sache mit einer anderen verbunden, vermischt oder vermengt wird und deshalb wesentlicher Bestandteil (**§ 93 BGB**) einer Sache ist, regeln die **§§ 953 ff. BGB** gewissermaßen den umgekehrten Fall: Eine nach **§ 93 BGB** nicht sonderrechtsfähige Sache als wesentlicher Bestandteil einer Hauptsache wird von dieser **getrennt**. Die Rechtslage nach der Trennung regeln die **§§ 953-957 BGB**, jedoch **nur vorläufig**, Herausgabe und Erstattungsansprüche bestehen nach allgemeinen Regeln.¹¹¹

Den **Grundsatz** regelt **§ 953 BGB**: Das Eigen-

tum an der Sache setzt sich auch (zunächst) an den abgetrennten Bestandteilen fort.¹¹² Ausnahmen sind in den **§§ 954-957 BGB** zu finden, weshalb die **§§ 953 ff. BGB** häufig in umgekehrter Reihenfolge geprüft werden.¹¹³ Zunächst ist danach zu fragen, ob es eine obligatorische Aneignungsberechtigung vom Berechtigten (Eigentümer, Nießbraucher, Pächter) gibt (**§ 956 BGB**; für die Gestattung durch den Nichtberechtigten: **§ 957 BGB**). Sonst erwirbt der gutgläubige Eigen- und Nutzungsbesitzer (**§ 955 Abs. 1 u. 2 BGB**), im Übrigen der dinglich Nutzungsberechtigte (**§ 954 BGB**). Erst wenn keine der vorgenannten Ausnahmen einschlägig ist, erwirbt der Eigentümer der Sache das Eigentum (**§ 953 BGB**).

4. FUND UND ANEIGNUNG

Die **Aneignung** ist in den **§§ 958-964 BGB** geregelt, der **Fund** in den **§§ 965-984 BGB**. Zur Abgrenzung kann man auf folgenden Merksatz zurückgreifen: Herrenlose Sachen, also Sachen ohne Eigentümer, kann man sich aneignen, besitzlose Sachen, die einen Eigentümer haben, dagegen finden.¹¹⁴

Nimmt jemand eine **herrenlose** bewegliche Sache in Eigenbesitz, erwirbt er damit das Eigentum (**§ 958 Abs. 1 BGB**), sofern die Aneignung nicht gesetzlich verboten ist (z.B. Wilderei) und die Aneignung nicht das Aneignungsrecht eines anderen verletzt (z.B. des Jagdberechtigten), **§ 958 Abs. 2 BGB**.¹¹⁵ Gem. **§ 959 BGB** kann ein Eigentümer sein Eigentum durch

¹⁰⁹ Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 18.

¹¹⁰ Füller in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 951 Rn. 3; Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 21.

¹¹¹ Kindl in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 2023, § 953 Rn. 1; Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 25.

¹¹² Oechsler in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 953 Rn. 1.

¹¹³ Dazu Oechsler in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 953 Rn. 2 f.

¹¹⁴ Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 28.

¹¹⁵ Kindl in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 2023, § 958 Rn. 5, 6; Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 29.

sog. **Dereliktion**¹¹⁶ aufgeben. Während die An-eignung ein Realakt ist (keine Geschäftsfähigkeit erforderlich!), bedingt die Dereliktion unterdessen eine einseitige, nicht empfangs-bedürftige Willenserklärung, die Verfügungsmacht voraussetzt.¹¹⁷

Dass Gegenstand des Fundes nur **besitzlose Sachen** sein können, dürfte inzwischen hin-reichend erörtert sein. Der Eigentumserwerb des Finders erfolgt gem. **§ 973 Abs. 1 BGB** sechs Monate nach der Anzeige bzw. nach der Besitzergreifung (**§ 973 Abs. 2 BGB**). Ein Ausgleich für den Rechtsverlust des ursprüng-lichen Eigentümers erfolgt nach der Rechts-grundverweisung des **§ 977 BGB** auf das Be-reicherungsrecht.¹¹⁸

¹¹⁶ **FYI:** Zum Spezialproblem und Klausurklas-siker „**Sperrmüll**“: „Auch hat der Entsorgende insoweit seinen Besitzwillen aufgegeben, so-dass eine im Regelfall fortdauernde Zugriffs-und Abwehrmöglichkeit der für **§ 959 BGB** erforderlichen Besitzaufgabe nicht schadet. Letztlich hängt es aber sowohl beim gewöhn-lichen Hausabfall als auch bei Sperrmüll vom Einzelfall ab, ob ein Interesse daran besteht, dass dieser nicht durchwühlt wird. Das dürfte insbesondere bei persönlichen (Briefe, Fotos) oder vertraulichen geschäftlichen (Kontoaus-züge) Unterlagen anzunehmen sein“, *Brade/Vogel*, JA 2014, 412, beck-online); zum „**Contai-nern**“ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 5.8.2020 – 2 BvR 1985/19, 2 BvR 1986/19.

¹¹⁷ *Oechsler* in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2023, § 959 Rn. 3; Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 29.

¹¹⁸ **Verfasser:** Tim Verhoeven, Wissenschaftli-cher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Haller-mann

Supervision: Christian Lederer, Wissenschaft-licher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Haller-mann

Dr. Lennart Brüggemann, Rechtsanwalt bei HLB Schumacher Hallermann.



Neu ab 2024!

Digitaler
Stammtisch für
Berufseinsteiger!

ZORN
SEMINARE



Anwaltlicher Berufseinstieg

Rechtsanwaltliches Berufsrecht gemäß § 43 BRAO, § 5a BORA

Pflichtfortbildung!

- » 5 modular buchbare Webinare à 2,5 Std.
- » Bescheinigung zur Vorlage bei der Rechtsanwaltskammer
- » **Sonderkonditionen** für Studierende/Referendare

Fortbildung für die Anwaltschaft gemäß § 15 FAO

Wissen als Erfolgsmerkmal!

- » Webinare
- » Präsenzseminare
- » **Auslandsseminare:**
Mallorca, Portugal, Österreich
- » Selbststudium



Erfahren Sie mehr
www.zorn-seminare.de
recht@zorn-seminare.de





2 DAS STRAFUNMÜNDIGE WERKZEUG? VOM TÄTER ZUM ANSTIFTER (STRAFRECHT AT)

Hinweis vom HLB-Team:

Während sich die letzten beiden strafrechtlich gelagerten Entscheidungen des Monats mit dem Besonderen Teil befassen (verfügbar auf unserer Homepage), geht es hier um den – zum Teil mit Ehrfurcht wahrgenommenen – **Allgemeinen Teil des Strafrechts**. Die Abgrenzung von **Täterschaft & Teilnahme** ist einer der Klassiker des AT schlechthin: Seit gut zwei Jahrhunderten ringen Literanten und Rechtsprechung um eine trennscharfe und dogmatisch elegante Lösung. Sie begegnet den Studierenden im AT in bunten Kleidern – etwa im Rahmen des unechten Unterlassungsdelikts, in verschiedenen Beihilfe-Konstellationen sowie bei der mittelbaren Täterschaft in Abgrenzung zur Anstiftung. Letztere Differenzierung ist i.d.R. unproblematisch, weil das deliktische Minus des Vordermannes nach den meisten Strömungen eine Anstiftung regelmäßig ausschließt. Liegt das Minus jedoch auf Ebene der Schuld, wird die Abgrenzung prekär, da in diesem Falle eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat vorliegt und demnach nach den Regeln der limitierten Akzessorietät (§§ 26, 27 StGB)

auch eine Anstiftung in Betracht kommt.

Der BGH hat kürzlich in einer brisanten Entscheidung, die unseres Erachtens extrem nach „**Examenklassiker**“ (und behördlichem Recyclingpapier) riecht, seinerseits klargestellt, dass es im Falle eines schuldunfähigen Vordermannes seiner Ansicht nach darauf ankomme, ob dieser das Unrecht erkennen kann oder nicht (Urteil vom 13.09.2023 – 5 StR 200/23). Während bei schuldunfähigen Erwachsenen gerade gefordert ist, dass sie das Unrecht nicht erkennen können (§ 20 StGB), stellt das Gesetz bei Kindern auf eine starre Altersgrenze von 14 Jahren ab (§ 19 StGB). Bei Kindern ist daher nach Ansicht des BGH ohne Rücksicht auf die Altersgrenze auf die **individuelle Einsichtsfähigkeit** abzustellen. Der BGH bestätigte im selben Zuge auch seine Rechtsprechung zum unmittelbaren Ansetzen bei mittelbarer Täterschaft – ein weiterer Klassiker im Kontext des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

In dem Fall forderte der Hintermann und Schwager des geplanten Opfers, den 11-jährigen Sohn des geplanten Opfers auf, dessen Mutter zu töten. Das Kind solle abends, wenn die Mutter im Bett liege und schlafe, ein scharfes Messer aus der Küche holen und sie töten, weil die Mutter „schlechte Sachen“ gemacht habe. Er instruierte das Kind mit den deliktischen Details. Im Gegenzug würde das Kind Süßigkeiten und weitere Belohnungen erhalten; bestraft werden könne das

Kind nicht. Zum Schein ging das schuldunfähige „Vordermännlein“ darauf ein, warnte jedoch seine geliebte Mutter, sodass der Matrizid schließlich ausblieb.

*Im dogmatischen Vertiefungsteil wollen wir uns mit dem **unmittelbaren Ansetzen** befassen. Während die Grundkonstellation bereits im ersten Semester besprochen wird, ergeben sich bei den Beteiligungsformen erhebliche Abgrenzungsprobleme. Sodann ist im Rahmen der Beteiligung stets der **§ 28 StGB** im Blick zu behalten; hierzu streuen wir ebenso ein paar wichtige Lektionen ein. Viel Spaß bei der Lektüre!*

DIE HINTERGRÜNDE DER ENTSCHEIDUNG

Am 4. April 2018 floh die Geschädigte und spätere Nebenklägerin mit ihren Kindern vor dem Angeklagten – ihrem Schwager – in ein Frauenhaus. Wenige Tage später verließ ihr 11-jähriger Sohn das Frauenhaus, um seinen Vater, den Bruder des Angeklagten, zu besuchen.¹

Ende April 2018 holte der Angeklagte den Sohn der Nebenklägerin, dessen Alter ihm bewusst war, mit dem Auto aus der väterlichen Wohnung ab und fuhr mit ihm in die Innenstadt. Dabei forderte er ihn auf, nach der Rückkehr in das Frauenhaus, seine Mutter zu töten. Das Kind solle abends, wenn die Mutter im Bett liege und schlafe, ein scharfes Messer aus der Küche holen und sie töten, weil die Mutter „schlechte Sachen“ gemacht habe. Auf seinem Mobiltelefon zeigte der Angeklagte ihm zudem ein Video, in dem ein Mann eine andere Person erstach. Weitere Vorgaben zur Tat machte er nicht. Das Kind sollte die Tat eigenmächtig zu einer von ihm selbst bestimmten Zeit begehen. Der Angeklagte erklärte dem Kind, dass es noch klein sei und deshalb nicht bestraft werden könne, während er selbst eine große Strafe bekommen und ins Gefängnis kommen

¹ BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23, BeckRS 2023, 36742 Rn. 2.

würde, wenn er das mache. Im Gegenzug versprach der Angeklagte dem Kind Süßigkeiten, die Rückgabe von weggenommenen Spielsachen und den Kauf eines Motorrades. Der Junge ging auf das ernst gemeinte Ansinnen des Angeklagten zum Schein ein, weil er befürchtete, andernfalls seine Mutter nicht wiedersehen zu dürfen. Der Angeklagte brachte das Kind anschließend wieder in die väterliche Wohnung, ohne danach noch einmal Kontakt zu ihm aufzunehmen.²

Die geplante Rückkehr des Sohnes zu seiner Mutter „nur wenige Tage nach dem Geschehen“ scheiterte, weil diese das Frauenhaus bereits am 13. April 2018 verlassen hatte und unbekannten Aufenthalts war. Erst „um den 17.07.2018“ kehrte der Sohn wieder zu ihr zurück und offenbarte ihr sogleich das Ansinnen des Angeklagten.³

Das LG Kiel verurteilte den Angeklagten wegen **versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft**.⁴ Dagegen legte der Angeklagte Revision ein.

DIE ENTSCHEIDUNG

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des LG Kiel im Schuldspruch dahingehend geändert, dass der Angeklagte der **versuchten Anstiftung zum Mord** schuldig ist. Die rechtsfehlerfreien Feststellungen des LG Kiel belegen weder, dass der Angeklagte täterschaftlich handeln wollte (s. I.), noch, dass er nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Tat angesetzt hat (s. II.), begründen jedoch eine versuchte Anstiftung (s. III.).⁵

² BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23, BeckRS 2023, 36742 Rn. 3.

³ BGH Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23, BeckRS 2023, 36742 Rn. 4.

⁴ BGH Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23, BeckRS 2023, 36742 Rn. 5.

⁵ BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23,



I. ABGRENZUNG VON MITTELBARER TÄTERSCHAFT UND ANSTIFTUNG

Als mittelbarer Täter handelt, wer die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft innehat, das Geschehen also mit steuerndem Willen in den Händen hält.^{6 7}

Der Sohn der Nebenklägerin ist unstreitig schuldunfähig gemäß **§ 19 StGB**. Wie die Anstiftung von der mittelbaren Täterschaft bei Strafunmündigen abzugrenzen ist, wurde bisher nicht vom BGH entschieden.⁸ In der Literatur werden hierzu zwei Meinungen vertreten, welche der BGH lehrbuchartig ausführt.

Eine Strömung in der Literatur verlangt, dass bei **Strafunmündigen** stets eine mittelbare

BeckRS 2023, 36742 Rn. 5.

⁶ BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23, BeckRS 2023, 36742 Rn. 6.

⁷ **FYI:** Hierbei handelt es sich freilich um die (modifizierte) „**subjektive Theorie**“ des BGH zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. Die hLit bleibt ihrerseits bei den bekannten Kriterien der „**Tatherrschaftslehre**“. Demnach setzt die (normative) Tatherrschaft des mittelbaren Täters voraus, dass er den Strafbarkeitsmangel planvoll lenkend ausnutzt und dadurch die Tatbestandsverwirklichung „steuernd in den Händen“ hält.

⁸ BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23, BeckRS 2023, 36742 Rn. 7.

Täterschaft anzunehmen sei. Dies wird damit begründet, dass nur so eine trennscharfe Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung möglich sei, weil der Übergang zwischen dem voll verantwortlichen Täter und dem unverantwortlichen Werkzeug fließend sei. Außerdem wird darauf verwiesen, dass der Gesetzgeber durch die Wertung des **§ 19 StGB** die volle Verantwortung stets den Hintermann treffe und nicht das Kind, weshalb eine Prüfung der Einsichtsfähigkeit des Kindes unzulässig wäre.⁹

Die Gegenansicht stellt auf die konkrete Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Kindes ab. Sollte das Kind daher tatsächlich Einsichts- und Steuerungsfähig gewesen sein, würde nur eine Teilnahme des Hintermannes in Betracht kommen.¹⁰

Der BGH schließt sich hier der Gegenansicht an und fordert eine wertende Betrachtung des Gesamtgeschehens hinsichtlich der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit im konkreten Einzelfall. Der BGH stützt dies insbesondere darauf, dass bei der mittelbaren Täterschaft der Täter das Geschehen steuernd in den Händen halten muss. Ob dies der Fall ist muss nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden, statt anhand starrer Kriterien. Sollte das Kind bereits eine entsprechende Einsichtsfähigkeit haben, würde der Hintermann das Geschehen gerade nicht steuernd in den Händen halten, als da eben diese Einsichtsfähigkeit regelmäßig ein Zäsurrisiko dergestalt darstellt, dass sie das zu im Rahmen von **§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB** zu verlangende deliktische Minus kompensieren könne. Für die Beurteilung der Umstände des Einzelfalls stellt das Alter dabei lediglich ein Indiz dar.¹¹

⁹ BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23, BeckRS 2023, 36742 Rn. 9-11.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23, BeckRS 2023, 36742 Rn. 12.

¹¹ BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23, BeckRS 2023, 36742 Rn. 13.

Der Wortlaut und die Systematik lassen beide Auslegungen zu.¹² Die Historie spricht jedoch eher für die Auslegung des BGH. Das Reichsstrafgesetzbuch verlangte bei der Strafbarkeit des Teilnehmers eine strenge Akzessorietät¹³. Sinn und Zweck des Wechsels hin zur limitierten Akzessorietät war nicht zuletzt die Vermeidung von Strafbarkeitslücken bei schuldlos handelnden Vordermännern. Eine solche Strafbarkeitslücke wäre jedoch gar nicht vorhanden gewesen, wenn die Schuldlosigkeit des Vordermanns stets eine mittelbare Täterschaft zur Folge hätte.¹⁴

Der Gegenmeinung hält der BGH entgegen, dass **§ 19 StGB** keine entsprechende allgemeine Wertung enthält, weil der Gesetzgeber durch die Regelung des **§ 19 StGB** keine Strafbarkeit des Hintermannes regeln wollte und in **§ 3 Satz 1 JGG** ebenfalls eine Beurteilung zur konkreten Einsichtsfähigkeit erfolgen muss.¹⁵

Aus den Feststellungen des LG Kiel ergibt sich, dass der Angeklagte nicht an der Einsichtsfähigkeit des Kindes zweifelte, sondern diesem gerade erläuterte, dass er sonst ins Gefängnis kommen würde. Der BGH geht daher von einer Einsichtsfähigkeit des Kindes aus, weshalb er hier eine mittelbare Täterschaft ablehnt.

¹² BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23, BeckRS 2023, 36742 Rn. 15.

¹³ FYI: Diese strenge Akzessorietät galt bis zum Jahre 1943. Der Wandel hin zur **limitierten Akzessorietät** geschah unter konsequenter Umsetzung des Schuldprinzips (vgl. **§ 29 StGB**), wonach jeder Beteiligte ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen ausschließlich nach seiner eigenen Schuld bestraft werden sollte.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23, BeckRS 2023, 36742 Rn. 16-19.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, BeckRS 2023, 36742 Rn. 20-23.

II. UNMITTELBARES ANSETZEN BEI MITTELBARER TÄTERSCHAFT

Überdies bemängelt der BGH, dass der Angeklagte nach den landgerichtlichen Feststellungen noch nicht zur Tatbegehung unmittelbar angesetzt hat. **Unmittelbares Ansetzen** erfordert, dass der Täter eine Handlung vornimmt, die nach dem Tatplan und den Vorstellungen des Täters von der Tat in ungestörtem Fortgang ohne Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmündet und in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen soll (**§ 22 StGB**) und der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht es los!“ überschreitet.¹⁶

Bei einer mittelbaren Täterschaft ist dies nach Ansicht des BGH nur dann mit der Beeinflussung des Vordermannes gegeben, wenn diese in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Handlung des Vordermannes stehen soll. Ist dies nicht der Fall, setzt der mittelbare Täter erst dann unmittelbar an, wenn auch der Vordermann unmittelbar ansetzt (sog. **Gesamtlösung**).^{17 18}

¹⁶ BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23, BeckRS 2023, 36742 Rn. 27.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 13.09.2023 – 5 StR 200/23, BeckRS 2023, 36742 Rn. 28.

¹⁸ FYI: Vertreten werden neben der **Gesamtlösung** (Strenge Theorie), eine „**Einzellösung**“ (auch Einwirkungstheorie: Versuchsbeginn, wenn der mittelbare Täter auf den Tatmittler einwirkt), eine **differenzierende Theorie**, die den Versuchsbeginn nach der Gutgläubigkeit des Tatmittlers beurteilt sowie eine „**Allgemeine Theorie**“, die allgemeine Kriterien des unmittelbaren Ansetzens zur Täterschaft anwenden will (Materielle Gefährdung des Rechtsguts schon durch Einwirkung auf den Tatmittler? „Entlassen“ des Tatgeschehens aus dem Herrschaftsbereich und den Händen des mittelbaren Täters zugunsten des Tatmittlers? Einmünden ohne Zwischenakte und unmittelbare Rechtsgutsgefährdung?).

Da das Kind die Tathandlung hier erst nach einigen Tagen begehen sollte, hat der Angeklagte nicht unmittelbar zur Tat angesetzt.¹⁹

III. VERURTEILUNG WEGEN VERSUCHTER ANSTIFTUNG ZUM MORD

Auf Grund der oben angeführten Abgrenzung, würde bei einer Vollendung der Tat eine Anstiftung vorliegen. Der Angeklagte hat ernstlich versucht das Kind zur Begehung einer solchen Tat anzustiften, weshalb statt einer versuchten mittelbaren Täterschaft eine versuchte Anstiftung gemäß **§ 30 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB** vorliegt.

DOGMATISCHE VERTIEFUNG

Die Kenntnis von Meinungsstreitigkeiten im Strafrecht ist für alle Examenskandidaten unerlässlich. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass sich die Streitigkeiten selten aus dem Gesetz erkennen lassen, weshalb ein „spontanes Erkennen“ in der Klausur wohl eher die Seltenheit sein dürfte. Genauso wichtig wie die Kenntnis von Meinungsstreitigkeiten im Strafrecht ist, genauso lästig ist es auch diese zu lernen. Gerade auf Grund der Vielzahl ist es manchmal nicht so einfach, den Überblick zu behalten. Genau dort soll unsere dogmatische Vertiefung ansetzen. Das Tatbestandsmerkmal des unmittelbaren Ansetzens wird in **§ 22 StGB** beschrieben. Dort heißt es: „Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt“. Diese beiden Wörter sind Grundlage für die Bestimmung des Versuchs. Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Fra-

ge, ab wann eine Tat ins Versuchsstadium gerät, häufig diskutiert wird. Wer sich fragt, wie man ordentlich argumentieren soll, wenn der Gesetzeswortlaut nur zwei Wörter hergibt, ist dabei nicht alleine. Die dogmatische Vertiefung gibt daher einen kurzen, zusammenfassenden Überblick zur Frage „Wann setzt man unmittelbar an und wie begründe ich es in der Klausur ordentlich?“.

I. UNMITTELBARES ANSETZEN BEIM UNMITTELBAREN TÄTER BZW. ALLEINTÄTER

Das unmittelbare Ansetzen liegt nach der absolut herrschenden Meinung dann vor, wenn der Täter eine Handlung vornimmt, die nach seinem Tatplan ohne weitere wesentliche Zwischenakte in die tatbestandliche Handlung einmündet. Er muss also die Schwelle zum „Jetzt geht's los“ überschritten haben.²⁰ Diese Definition ist zwar für die Klausur unerlässlich, hilft jedoch im Rahmen der Subsumption nur bedingt. Man sollte sich daher vor Augen führen wie diese Definition zustande kommt.

1. HERLEITUNG DER DEFINITION

Im Wesentlichen wird man die oben genannte Definition auf drei Grundprinzipien aufbauen können. Die Zwischenaktstheorie, die Gefährdungstheorie und die Sphärentheorie.²¹

Die Zwischenaktstheorie stellt darauf ab, dass ein unmittelbares Ansetzen dann vorliegt, wenn der vom Täter in Gang gesetzte Kausalverlauf nach seiner Vorstellung ohne Zäsur und wesentliche Zwischenakte in die Rechtsgutverletzung übergehen soll.²² Die Ge-

¹⁹ **FYI:** Die vom BGH vertretene Lösung entspricht der sog. modifizierten Einzellösung. In der Literatur wird auch die sog. Gesamtlösung und die sog. Einzellösung vertreten. Mehr dazu im Rahmen der dogmatischen Vertiefung.

²⁰ Statt aller Rengier, Strafrecht AT, 15. Aufl., 2023, § 34, Rn. 22.

²¹ Rengier, Strafrecht AT, 15. Aufl., 2023, § 34, Rn. 24.

²² Cornelius, in: BeckOK StGB, 60. Edition



fährdungstheorie verlangt, dass der Täter sich eine unmittelbare Gefährdung des Rechtsguts vorstellt (vergleichbar mit einer abstrakten Gefahr). Die Sphärentheorie stellt währenddessen darauf ab, dass man eine unmittelbare Nähe zur Sphäre des Opfers herstellen muss (vergleichbar mit einer konkreten Gefahr).²³

Diese Grundprinzipien versuchen alle darzustellen, ab wann genau ein Handeln strafwürdig ist. Während die Zwischenaktstheorie auf eine eher subjektive Betrachtung abstellt, werden durch die Gefährdungstheorie und die Sphärentheorie eher objektive Ansatzpunkte in Betracht genommen. Für sich alleine gesehen, führt jedoch keine der drei Theorien zu einem adäquaten Ergebnis. Sollte man nur auf objektive Kriterien abstellen, vernachlässigt man das Merkmal „nach seiner Vorstellung“. Wenn man jedoch vollständig von objektiven Kriterien absieht, kommt man dazu, dass auch dann schon eine strafbare Handlung vorliegt, wenn das Rechtsgut erst mit wesentlicher Verspätung verletzt werden soll. Dies wäre mit dem Zweck des Strafrechts, nämlich dem Schutz von be-

Stand: 01.02.2024, § 22, Rn. 35.

²³ Cornelius, in: BeckOK StGB, 60. Edition Stand: 01.02.2024, § 22, Rn. 37.

stimmten Rechtsgütern, nicht mehr vereinbar.

Es ist daher notwendig diese Grundprinzipien miteinander zu kombinieren. Eine genaue Gewichtung der Prinzipien kann man dabei nicht vornehmen. Sie sind jedoch wichtig um ein sogenanntes „Störgefühl“ zu entwickeln.

2. ANWENDUNG AUF DEN KLAUSUR-FALL

Zur Verdeutlichung wie man in so einem Fall argumentieren kann, soll die Argumentation anhand der sogenannten Distanzfälle dargestellt werden.

BEISPIEL:

*A möchte B töten und schüttet daher eine tödliche Menge Gift in das morgendliche Glas Orangensaft des B. Da B noch schläft, verlässt A die Wohnung ca. 30 Minuten später. Als B eine Stunde später aufsteht und zum Frühstückstisch geht, sieht er das Glas Orangensaft und setzt sich an den Tisch. Da B heute keine Lust auf Orangensaft hat, schüttet er den Inhalt weg. Wann hat A unmittelbar angesetzt?*²⁴

Wenn man jetzt in der Klausur vergessen hat, wie sich der Meinungsstreit beim unmittelbaren Ansetzen darstellt, sollte man nicht in Panik geraten. Möglich sind drei Zeitpunkte, an denen der Versuch beginnen könnte: mit Einschütten des Giftes, mit Verlassen des Hauses und mit an den Tisch Setzen des B. Argumentativ kann man sich dem Problem nun wie folgt nähern.

Nach der Zwischenaktstheorie ist das unmittelbare Ansetzen schon mit dem Einfüllen des Giftes in das Glas gegeben, denn der Täter muss keine wesentlichen Zwischenakte mehr tätigen, bevor B getötet werden soll. Man könn-

²⁴ Nach Rengier, Strafrecht AT, 15. Aufl., 2023, § 34, Rn. 46.

te daher vertreten, dass das Einschütten des Giftes für das unmittelbare Ansetzen maßgeblich ist.

Sollte man eine abstrakte Gefahr im Sinne der Gefährdungstheorie für erforderlich halten, wird man annehmen müssen, dass eine Gefährdung des Rechtsguts des B erfolgt, wenn A das Haus verlässt, weil es dann alleine vom Zufall abhängt, was mit dem Gift passiert.

Sollte man eine konkrete Gefahr im Sinne der Sphärentheorie für erforderlich halten, wird man das unmittelbare Ansetzen erst dann annehmen können, wenn B sich an den Tisch setzt, da erst dann das Gift in die unmittelbare Sphäre des Opfers gelangt.

Kombiniert man nun die Ansätze wird man feststellen, dass die Zwischenaktstheorie nahezu vollständig verwirklicht ist, weil A nichts mehr tun muss als abzuwarten, dass B das Glas Orangensaft trinkt. Jedoch ergibt sich noch gar keine Gefahr, da A jederzeit das Glas entfernen könnte. Das Abstellen auf das Einfüllen des Giftes ist daher abzulehnen. Diese Möglichkeit entfällt erst, wenn A das Haus verlässt. Ab dann hängt es alleine vom Zufall ab was passiert. Eine konkrete Gefährdung im Sinne der Sphärentheorie wäre jedoch zu viel verlangt. Der Täter geht davon aus, dass nicht weiter passieren muss, bis die Rechtsgutsgefährdung eintritt und tut daher alles aus seiner Sicht notwendige. Ein weiteres nach hinten Rausschieben würde den Täter daher unzulässigerweise begünstigen, wenn B beispielsweise gar nicht frühstückt, weil er verschlafen hat. Das unmittelbare Ansetzen ist daher im Zeitpunkt des Verlassens des Hauses gegeben.

Vergleicht man nun die oben stehende Argumentation mit dem Meinungsstreit²⁵, stellt man fest, dass man ohne den Streit zu kennen alle vertretenen Ansichten angesprochen hat

²⁵ Ausführlich Rengier, Strafrecht AT, 15. Aufl., 2023, § 34, Rn. 48 ff.

und schlussendlich sogar die herrschende Meinung vertreten hat.²⁶

Mit der gleichen Argumentation lassen sich auch die sog. Haustürfälle (Gefährdung nur, wenn man dem Geschädigten gegenüberstehen würde), Fälle wo dem Geschädigten aufgelauert wird oder Fälle unter Eintritt von äußeren Bedingungen lösen.

II. UNMITTELBARES ANSETZEN BEI BESONDEREN DELIKTSFORMEN

Ausgehend von den oben genannten Ansätzen kommt man nun zu der Frage, wie man ein unmittelbares Ansetzen bei besonderen Deliktsformen bestimmt. Wesentliche Aspekte sind hierbei, wie sich das unmittelbare Ansetzen bei Qualifikationen (s. 1.), Regelbeispielen (s. 2.) und bei Unterlassungsdelikten (s. 3.) bestimmt.

1. UNMITTELBARES ANSETZEN BEI QUALIFIKATIONEN

Im Rahmen des unmittelbaren Ansetzens bei Qualifikationen sind zwei Konstellationen besonders hervorzuheben. Kann das unmittelbare Ansetzen zur Qualifikation bereits ein unmittelbares Ansetzen zum Grunddelikt sein und wann ist das unmittelbare Ansetzen zum Grunddelikt bereits ein unmittelbares Ansetzen zur Qualifikation?

Um sich dieser Frage zu nähern, ist zunächst festzustellen, dass es sich bei Qualifikationen um unselbstständige Abwandlungen eines Grunddelikts handelt, weshalb das unmittelbare Ansetzen für das Grunddelikt und die

²⁶ FYI: Zudem zeigt man dem Korrektor so, dass man nicht einfach auswendig gelernt hat, sondern das System verstanden hat. Eine solche Lösung dürfte daher deutlich besser bepunktet werden als eine Lösung mit eine Ansicht, andere Ansicht und weitere Ansicht.

Qualifikation unabhängig voneinander zu beurteilen sind.²⁷ Ein unmittelbares Ansetzen zum Grunddelikt liegt daher nur dann bereits mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Qualifikation vor, wenn man zur Verwirklichung des Gesamttatbestandes durch ein einheitliches Handeln ansetzt.²⁸ Gleiches gilt auch im umgekehrten Fall, wenn man fest entschlossen ist einen Qualifikationstatbestand zu verwirklichen, aber erst zum Grunddelikt angesetzt hat.²⁹

Führt man sich nun die oben genannten Ausführungen zu den Grundprinzipien vor Augen, kann es gar keine andere Lösung geben. Sollte man für Zwecke eines Banküberfalls zuhause eine Waffe einstecken, benötigt man noch wesentliche Zwischenakte zur Erfüllung des Grundtatbestandes des Raubs. Des Weiteren auch ist das Rechtsgut nicht unmittelbar verletzt. Gleiches gilt, wenn man fest entschlossen ist einen Meineid zu leisten, jedoch gar nicht zum Leisten der Eidesformel aufgefordert wird. Es fehlt daher an einem wesentlichen Zwischenakt in Form der Aufforderung des Gerichts.³⁰

Hat man daher die Grundprinzipien vor Augen, löst man diese Fälle intuitiv richtig.

²⁷ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, § 22, Rn. 58; Cornelius, in: BeckOK StGB, 60. Edition Stand: 01.02.2024, § 22, Rn. 47.

²⁸ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, § 22, Rn. 58; Engländer, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen/Saliger, Strafgesetzbuch, 6. Auflage 2023, § 22, Rn. 51.

²⁹ Engländer, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen/Saliger, Strafgesetzbuch, 6. Auflage 2023, § 22, Rn. 52.

³⁰ Beispiele nach Engländer, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen/Saliger, Strafgesetzbuch, 6. Auflage 2023, § 22, Rn. 51-52; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, § 22, Rn. 58.



2. UNMITTELBARES ANSETZEN BEI REGELBEISPIELEN

Bei Regelbeispielen gelten die Aussagen zur Qualifikation entsprechend.³¹ Ein weitergehendes Problem ergibt sich bei der Frage des Schuldspruches bei einem versuchten Regelbeispiel. Da dies nur einen bedingten Bezug zum unmittelbaren Ansetzen hat, wollen wir es bei einer vereinfachten Darstellung in Bezug auf den Diebstahl belassen.

	Diebstahl vollendet	Diebstahl versucht
Regelbeispiel vollendet	Besonders schwerer Fall des Diebstahls	Versuchter Diebstahl in besonders schwerem Fall
Regelbeispiel versucht	Einfacher Diebstahl	umstritten (h.M.: versuchter Diebstahl; Rspr.: versuchter Diebstahl in besonders schwerem Fall)

³¹ Engländer, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen/Saliger, Strafgesetzbuch, 6. Auflage 2023, § 22, Rn. 51.

3. UNMITTELBARES ANSETZEN BEIM UNTERLASSUNGSDELIK

Auch bei der Frage, wann der Täter zum Unterlassungsdelikt unmittelbar angesetzt hat, sollte man sich zunächst einmal fragen, wie man anhand der drei Grundprinzipien eine Strafbarkeit begründen würde.

Stellt man allein auf die Zwischenaktstheorie ab, müsste man auf die erste Möglichkeit der Rettung abstellen. Bereits in diesem Zeitpunkt wäre eine Rechtsgutsverletzung ohne wesentliche Zwischenakte möglich. Stellt man allein auf die Sphärentheorie ab, bräuchte man eine konkrete Gefahr des Rechtsguts, weshalb insoweit auf die letzte Rettungsmöglichkeit abzustellen ist. Stellt man allein auf die Gefährdungstheorie ab, bräuchte man eine abstrakte Gefahr, welche dann vorliegt, wenn die Gefahr für das Rechtsgut begründet oder erhöht wird.

Diese drei Ansätze entsprechen dabei den Meinungen, die zu dieser Frage vertreten werden. Argumentativ kann man hier wie bei den Distanzfällen vorgehen und würde zu dem Ergebnis kommen, dass man wohl eine Gefahrerhöhung als Kontrollverlust fordern muss und keine wesentlichen Zwischenakte mehr erforderlich sein dürfen. So kommt man zur herrschenden Meinung, welche diese Ansicht gerade darin begründet, dass sie systematisch korrekt zu den Distanzfällen ist und die anderen Ansichten ablehnt, weil diese die Strafbarkeit zu weit nach vorne oder hinten verlagern würden.³²

Es empfiehlt sich daher auch hier nicht den Streit auswendig zu lernen, sondern sich auf die Grundprinzipien zu stützen und sauber mit diesen zu argumentieren.

³² Ausführlich zum Streitstand Gaede, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, Strafgesetzbuch, 6. Auflage 2023, § 13, Rn. 23.

II. UNMITTELBARES ANSETZEN BEI TATBETEILIGUNGEN

Neben den Fragen zum unmittelbaren Ansetzen bei besonderen Deliktsformen, stellt sich die Frage von möglichen Besonderheiten auch bei Tatbeteiligungen als mittelbarer Täter (s. 1.) oder Mittäter (s. 2.).

1. UNMITTELBARES ANSETZEN BEIM MITTELBAREN TÄTER

Im Rahmen der mittelbaren Täterschaft werden in der Literatur, genauso wie bei den Distanzfällen und den Unterlassungsdelikten, drei verschiedene Ansätze diskutiert.

Die Einzellösung sieht das unmittelbare Ansetzen bereits mit dem Einwirken auf den Vordermann als gegeben an. Die Gesamtlösung sieht ein unmittelbares Ansetzen erst dann gegeben, wenn der Vordermann unmittelbar ansetzt. Die modifizierte Einzellösung sieht das unmittelbare Ansetzen nur dann bereits als mit der Einwirkung erfolgt, wenn die Tat im unmittelbaren Anschluss erfolgen soll.³³

Die Ansichten lassen sich dabei wieder im Wesentlichen den drei Grundprinzipien zuordnen. Die Gesamtlösung erfordert eine konkrete Gefährdung durch den Vordermann (Mischung aus Gefährdungstheorie und Sphärentheorie), die Einzellösung nur, dass keine wesentlichen Zwischenakte mehr auf Seiten des mittelbaren Täters erforderlich sind (Zwischenaktstheorie) und die modifizierte Einzellösung erfordert zumindest, dass durch das Einwirken eine abstrakte unmittelbare Gefahr für das Rechtsgut gegeben sein muss (Mischung aus Zwischenaktstheorie und Gefährdungstheorie).

Schlussendlich nehmen alle Ansichten eine unterschiedliche Gewichtung der Prinzipien an, dies führt im Endeffekt zu unterschiedli-

³³ Ausführlich zum Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, § 22, Rn. 54a.

chen Ergebnissen. Die Argumentation beruht jedoch auf den gleichen Prinzipien. Führt man sich dies vor Augen, kann man sich leicht erklären, warum der Gesamtlösung vorgeworfen wird, dass eine Vorverlagerung nicht gerechtfertigt ist, weil bereits dann das Unrecht verwirklicht ist. Es lässt sich auch erklären, warum der Einzellösung vorgeworfen wird, dass im Einzelfall keine Gefährdung gegeben sein könnte und daher den Beginn zu weit vorverlagern würde.

Es ist daher auch in diesem Fall nicht zwingend notwendig den Streit zu kennen. Es reicht aus, wenn man mit den Prinzipien argumentiert.



2. UNMITTELBARES ANSETZEN BEIM MITTÄTER

Das unmittelbare Ansetzen beim Mittäter lässt sich (für jeden Mittäter) nach den Grundsätzen des unmittelbaren Ansetzens beim Einzeltäter bestimmen. Das Sonderproblem bei der Mittäterschaft liegt darin, dass nach der strafrechtlichen Dogmatik den Mittätern die Tatbeiträge der anderen Täter zugerechnet werden. Das Problem liegt daher nicht bei der Bestimmung, ob ein einzelner Mittäter schon unmittelbar angesetzt hat. Fraglich und umstritten ist viel-

mehr die Frage, ob man das unmittelbare Ansetzen noch zurechnen kann. Die Konzepte der „Einzellösung“ und der „Gesamtlösung“ helfen daher als Schlagworte und sollten in einer Klausur unbedingt fallen, sind jedoch im Rahmen einer Argumentation völlig nutzlos.

Bei einer Mittäterschaft, in der beide bzw. alle Täter am Tatplan festhalten, ist daher mit der herrschenden Meinung von einer Zurechnung auszugehen, weshalb alle Mittäter unmittelbar ansetzen, sobald der erste Mittäter unmittelbar ansetzt (Gesamtlösung).³⁴ Gegen die Einzellösung (unmittelbares Ansetzen ist für jeden Mittäter einzeln zu beurteilen) spricht hier insbesondere, dass die Mittäterschaft eine Zurechnung von allen Tatbeiträgen vorsieht. Im Rahmen der Einzeltheorie wird teilweise vertreten, dass bei Tätern, deren Tatbeiträge nur im Vorbereitungsstadium anfallen, das unmittelbare Ansetzen des anderen zugerechnet wird. Es sprechen daher auch systematischen Gründen gegen sie.³⁵

Sollte man nur die Schlagworte der Einzellösung und der Gesamtlösung gelernt haben, wird es nahezu unmöglich das Problem bei einer vermeintlichen Mittäterschaft überzeugend zu lösen. Hier stellt sich die Frage nach den Grenzen der Möglichkeit der Zurechnung.

Der vermeintlichen Mittäterschaft liegt eine Konstellation zu Grunde, bei der sich ein Mittäter vom Tatplan gelöst hat, der andere Mittäter dies jedoch nicht weiß. Fraglich ist hierbei, ob der am Tatplan festhaltenden Mittäter unmittelbar ansetzt, auch wenn er seinen Tatbeitrag noch nicht erbracht hat, jedoch davon aus-

³⁴ Engländer, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, Strafgesetzbuch, 6. Auflage 2023, § 22, Rn. 91; Hoffmann-Holland, in: MüKoStGB, 4. Auflage 2020, § 22, Rn. 139; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, § 22, Rn. 55.

³⁵ Engländer, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, Strafgesetzbuch, 6. Auflage 2023, § 22, Rn. 91.

geht, dass der andere seinen Tatbeitrag schon erbracht hat. Auch hier geht es daher um Zu-rechnungsfragen. Wichtig ist dabei, dass bei der Mitunternehmerschaft immer nur objektive Tatbeiträge zugerechnet werden können.³⁶ Sollte daher gar keine Ausführungshandlung geschehen sein, kann dem sich Irrenden, also dem fälschlicherweise von einer Handlung ausgehenden, gar nichts zugerechnet werden. Der Irrende kann daher auch nicht unmittelbar angesetzt haben.³⁷

Der wirklich problematische Fall ist derjenige, in dem tatsächlich eine Ausführungshandlung von der Person getätigt wird, die sich bereits vom Tatplan losgelöst hat.³⁸ Im Wesentlichen muss man sich hier die Frage stellen, ob für eine Zurechnung des unmittelbaren Ansetzens die Voraussetzungen der Mittäterschaft subjektiv aus der Sicht des sich Irrenden zu beurteilen sind (so der 4. Senat des BGH³⁹) oder objektiv zu beurteilen sind (so der 2. und 3. Senat des BGH⁴⁰). Die herrschende Meinung in der Literatur schließt sich hier dem 2. und 3. Senat mit dem Argument an, dass auch der Versuch nicht rein subjektiv zu beurteilen ist, sondern auch eine objektive Komponente durch das unmittelbare Ansetzen erfordert.⁴¹

³⁶ Kindhäuser/Hilgendorf, in: Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, 9. Auflage 2022, § 25, Rn. 47.

³⁷ Engländer, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, Strafgesetzbuch, 6. Auflage 2023, § 22, Rn. 92.

³⁸ Ausführlich zum Streitstand Hoffmann-Holland, in: MüKoStGB, 4. Auflage 2020, § 22, Rn. 140 ff.

³⁹ BGH, Urt. v. 25.10.1994 – 4 StR 173/94, BGHSt 40, 299.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 02.06.1993 – 2 StR 158/93, NJW 1993, 2251; Beschl. v. 01.08.1986 – 3 StR 295/86, BeckRS 1986, 31096398.

⁴¹ Hoffmann-Holland, in: MüKoStGB, 4. Auflage 2020, § 22, Rn. 142.

Überzeugend scheint das Argument des 2. Senats, welcher darlegt, dass der Handelnde gar nicht ins Versuchsstadium eintreten wollte und damit dem sich Irrenden nichts zugerechnet werden kann.⁴²

Wichtig ist es, in der Klausur sich das Konzept der Mittäterschaft vor Augen zu führen und dann mit den Grundsätzen zu argumentieren. Man kommt damit immer zu einer vertretbaren Lösung ohne das Problem im Detail auswendig gelernt zu haben.

IV. EXKURS: ACTIO LIBERA IN CAUSA

Abschließen wollen wir die dogmatische Vertiefung mit einem Hinweis zur Verknüpfung. Das Prinzip der actio libera in causa ist, was den meisten Studenten vorenthalten wird, eigentlich eine Diskussion darum, wann man zur Tat unmittelbar ansetzt.⁴³

Die actio libera in causa stellt darauf ab, dass der Täter bereits mit dem Sich-Betrinken und damit in einem schuldfähigen Zustand in das Versuchsstadium eintritt. Ruft man sich nun das Prinzip der Sphärentheorie in den Kopf, müsste man sagen, dass der Täter sich noch gar nicht in die Nähe des Opfers begeben hat und damit das Rechtsgut gar nicht gefährdet ist. Unter diesem Aspekt wird die actio libera in causa auch teilweise abgelehnt.⁴⁴ Zieht man jedoch eine Parallele zu den Distanzfällen, erkennt man, dass der Täter in dem Zeitpunkt, wo er sich der freien Willensbildung entzieht (also mit Eintritt der Schuldunfähigkeit), die

⁴² BGH, Urt. v. 02.06.1993 – 2 StR 158/93, NJW 1993, 2251.

⁴³ Ausführlich zu allen Begründungsansätzen Kindhäuser/Hilgendorf, in: Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, 9. Auflage 2022, § 20, Rn. 14 ff.

⁴⁴ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, § 22, Rn. 56.

Kontrolle aus der Hand gibt. Es scheint daher überzeugend, diese Fälle den Distanzfällen gleichzustellen und damit im Rahmen des Tatbestandsmodells einen Beginn der Tat im schuldfähigen Zustand anzunehmen.

V. ZUSAMMENFASSUNG

Wie oben dargestellt lassen sich also nahezu alle Streitigkeiten beim unmittelbaren Ansetzen über allgemeine Grundprinzipien in strukturierter Weise und vom Korrektor wertgeschätzter Dogmatik auflösen. Sollte in der Klausur ein solcher Streit angelegt sein, wird dieser nicht zu übersehen sein. Wenn du die konkreten Meinungen nicht mehr im Kopf hast, brauchst du jedoch nicht in Panik zu verfallen. Wenn du die Grundkonzepte verstanden hast, reicht es aus, diese auf die Konstellation anzuwenden, die Informationen im Sachverhalt vollumfänglich für die gutachterliche Argumentation zu nutzen und allgemeine systematische Überlegungen anzustellen. Du kommst dann automatisch zu einer vertretbaren Lösung ohne den Meinungsstreit gekannt zu haben.⁴⁵

⁴⁵ **Verfasser:** Dipl. Finanzwirt Lukas Darijtschuk, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann

Supervision: Christian Lederer, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann

Dr. Lennart Brüggemann, Rechtsanwalt & Geschäftsführer bei HLB Schumacher Hallermann



CHATGPT- WEBINARE

Effiziente Arbeitshilfe im Kanzleialltag: So gelingt
der Einsatz von ChatGPT & Co. in der Kanzlei

Passend für jede Zielgruppe



Für Juristen

Entdecken Sie die nützlichsten Prompts für Ihre Kanzlei und vereinfachen Sie Ihre tägliche Arbeit.

Referent: Tom Braegelmann

**Jetzt
anmelden**



Für ReFas

Sparen Sie Zeit und Aufwand mit ChatGPT bei der Erstellung von E-Mails, Mandantenschreiben, Vertragsmustern und vielem mehr.

Referentin: Carmen Wolf

**Jetzt
anmelden**



Fachseminare
von Fürstenberg



LEGAL-TECH.DE
WIE KANZLEIEN NEUE CHANCEN NUTZEN



3 WHO LET THE DOGS OUT – LEINENZWANG FÜR SCHNIPSI (VERWALTUNGSR. AT)

Hinweis vom HLB-Team:

So beliebt das (allgemeine) Verwaltungsrecht bei den juristischen Prüfungsämtern und so relevant es in der Lebenswirklichkeit ist, so unbeliebt sind „VA“ und Klageverfahren vorm Verwaltungsgericht und so gefürchtet sind unbekannte Gesetze bei so manchem Prüfling. Die vertiefte Auseinandersetzung mit der Grundsystematik und dem Gesetz (= Gesetzeslektüre!) kann sich dabei jedoch ganz besonders im Verwaltungsrecht lohnen und zu einem regelrechten Punktehagel führen.

In beinahe jeder zweiten Examensklausur im Öffentlichen Recht wird das Wissen um die Grundlagen des Verwaltungsrechts auf den Prüfstand gestellt. Mag es auf den ersten Blick um völlig unbekannte Konstellationen gehen, kann gerade dies zum Vorteil des vorbereiteten Studierenden werden: Die Lösung des Falles steht regelmäßig zwischen den Zeilen des Sachverhalts und in den Zeilen des (vermeintlich unbekannten) Gesetzes. „Vermeintlich“, da auch dieses Gesetz bekannte Strukturen aufweisen wird. Hier segeln Studen-

tinnen und Studenten also tatsächlich wieder auf bekannten Gewässern. Das glaubt ihr nicht? Dann gleicht doch einmal das Inhaltsverzeichnis von Waffengesetz (WaffG) und Landeshundegesetz NRW (LHundG NW) gegeneinander ab. Lerneffekt garantiert.

Mit eben diesen Strukturen beschäftigten sich auch die Richter des VG Augsburg (Urt. v. 18.07.2023 – Au 8 K 23/346) bzw. des Bayerischen VGH (Beschl. v. 22.01.2024 – 10 ZB 23/1558). Sie hatten einen Fall zu entscheiden, in welchem sich der Kläger u.a. gegen die Auferlegung eines Leinenzwangs bzgl. seiner Hunde wandte.

Dogmatisch widmen wir uns einem AT-Klassiker des Verwaltungsrechts, der den Prüfling nebst der Gesetzeslektüre sicher durchs Examen bringen kann: Die Bestimmtheit von Verwaltungsakten.

DIE HINTERGRÜNDE DER ENTSCHEIDUNG

Der Kläger wendet sich in der Entscheidung gegen eine Anordnung zur Hundehaltung seines Hundes „Schnipsi“ (Leinenzwang).

Der Kläger ist Halter zweier Hunde, u.a. des Labrador-Mischlings mit Rufnamen „Schnipsi“, einem Rüden mit einer Schulterhöhe von

ca. 63 cm. Am 07.11.2022 kam es zu einem Beißvorfall, bei dem „Schnipsi“ ohne Leine und Aufsicht den Nachbarn des Klägers in den kleinen Finger biss. Der Finger musste daraufhin auf Grundgliedhöhe amputiert werden. Zudem geriet „Schnipsi“ am 11.12.2022 unangeleint mit einem anderen Hund in Konflikt, zu dem die Polizei hinzugerufen wurde. Dabei wurde keiner der Hunde verletzt.

Daraufhin verpflichtete die Beklagte den Kläger mit Bescheid vom 06.02.2023, seinen Hund „Schnipsi“ ab sofort in allen öffentlichen Anlagen und auf allen öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen **innerhalb des bebauten Zusammenhangs und im Umkreis von 100 m** an einer reißfesten Leine, deren Länge nicht mehr als 2 m betragen darf, sowie mit einem schlupfsicheren Halsband auszuführen (Ziffer 1. des Bescheides). Des Weiteren verpflichtete sie ihn dazu, seinen Hund in dem in Ziffer 1. genannten Bereich nur mit einem Maulkorb auszuführen (Ziffer 2. des Bescheides). Zur Begründung wurde u.a. auf den Vorfall vom 07.11.2022 (Beißvorfall) Bezug genommen. Die Beklagte führte darüber hinaus weitere Vorfälle an, in denen „Schnipsi“ verhaltensauffällig geworden sei. Neben dem Vorfall vom 11.12.2022 habe „Schnipsi“ auch am 23.08.2021 einen anderen Hund attackiert und in diesem Fall gebissen. Am 10.11.2022 habe „Schnipsi“ zudem versucht, über die Eingangstreppe durch die geöffnete Haustür in ein anderes Wohnhaus zu gelangen. Alle Vorfälle hätten gemein, dass „Schnipsi“ ohne Leine und allein unterwegs gewesen sei.

Aufgrund dieser Ereignisse sei zu besorgen, dass es auch künftig zu weiteren Vorfällen kommen werde. Daher gehe von „Schnipsi“ – **aufgrund seines Verhaltens und auch seiner Größe** – eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung aus.

Gegen den Bescheid vom 06.02.2023 hat der Kläger Klage vor dem Verwaltungsgericht (VG) Augsburg erhoben, soweit dieser einen Leinenzwang anordnet.

Er ist der Auffassung, der Beklagten fehle schon die **sachliche und örtliche Zuständigkeit** für die entsprechende Anordnung, da die Beklagte die Anordnungen für das gesamte bayrische Staatsgebiet und nicht nur das Gemeindegebiet getroffen habe. Auch gehe von „Schnipsi“ keine konkrete Gefahr aus. Der Beißvorfall vom 07.11.2022 sei ein Einzelfall gewesen, für den ihn als Halter jedoch keinerlei Verantwortung treffe. An diesem Tag sei ihm „Schnipsi“ weit außerhalb des „bebauten Zusammenhangs“ freilaufend außer Sicht gekommen und daraufhin allein nach Hause gelaufen. Zudem sei das wegen des Beißvorfalls eingeleitete Ermittlungsverfahren gegen ihn wegen fahrlässiger Körperverletzung – was zutreffend ist – mangels hinreichenden Tatverdachts gem. **§ 170 Abs. 2 StPO** eingestellt worden. Eine konkrete Gefahr könne auch nicht aus der Größe von „Schnipsi“ hergeleitet werden. Die Beklagte habe beim Erlass des Bescheides noch gar nicht gewusst, dass es sich bei „Schnipsi“ um einen „großen Hund“ handle. Das zeige sich schon daran, dass die Behörde ihre Ausführungen dahingehend – was zutreffend ist – erst in der mündlichen Verhandlung ergänzt habe. Im Übrigen sei die Anordnung der Leinenpflicht **gleichheitswidrig**, da es im Gemeindegebiet eine Vielzahl weiterer großer Hunde gebe, bei der die Gemeinde keine Leinenpflicht angeordnet habe.

DIE ENTSCHEIDUNG

Das VG Augsburg hat die Klage abgewiesen, da der Bescheid rechtmäßig sei.

Die gegen das Urteil des VG Augsburg eingelegte Berufung zum BayVGH wurde mit Beschluss vom 22.01.2024 als unzulässig zurückgewiesen.

Zur Begründung führten das VG Augsburg sowie der BayVGH insbesondere Folgendes aus: Rechtsgrundlage für die sicherheitsrechtliche Anordnung sei **Art. 18 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1**

LStVG. Danach können Gemeinden zur Verhütung von Gefahren für Leben, Gesundheit und Eigentum Anordnungen für den Einzelfall zur Haltung von Hunden treffen, wenn in dem zu betrachtenden Einzelfall eine **konkrete Gefahr** für die genannten Schutzgüter vorliegt.

Entgegen der Auffassung des Klägers sei die Beklagte für den Erlass des streitgegenständlichen Bescheids sachlich und örtlich zuständig, sodass dieser nicht gem. **Art. 44 BayVwVfG** nichtig sei. Unschädlich sei, dass die in dem Bescheid angeordneten Pflichten über den Wirkungskreis der zuständigen Gemeinde hinaus gelten (bspw. auch in Nachbargemeinden). Denn nach **Art. 4 Abs. 1 VGemO** nimmt die Verwaltungsgemeinschaft (**Fußnote lesen!**) alle Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises ihrer Mitglieder wahr.

Auch durfte die Beklagte aufgrund ihrer Erkenntnisse davon ausgehen, dass von dem Hund „Schnipsi“ eine konkrete Gefahr i.S. des **Art. 18 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 LStVG** ausgeht. Denn nach der Rechtsprechung ist von einer solchen konkreten Gefahr bereits dann auszugehen, wenn **große Hunde** auf öffentlichen Straßen und Wegen mit relevantem Publikumsverkehr frei herumlaufen, **auch wenn es in der Vergangenheit noch nicht zu konkreten Beißvorfällen gekommen ist**. Ist es bereits zu einem Beißvorfall oder sonstigen Schadensfällen durch den Hund gekommen, sei eine konkrete Gefahr zu bejahen, wenn nicht dargelegt werden könne, dass eine Wiederholung auch ohne Erlass einer sicherheitsrechtlichen Anordnung auszuschließen ist. Diese Voraussetzungen seien hier erfüllt. So handele es sich bei „Schnipsi“ mit einer Schulterhöhe von ca. 63 cm unstreitig um einen „großen Hund“. ¹ Auch habe sich der Hund öfters freilaufend

und unbeaufsichtigt im Gemeindegebiet – wo auch Publikums- und Autoverkehr stattfindet – aufgehalten. Ob „Schnipsi“ selbst als gefährlich einzustufen ist, sei dabei **irrelevant**. Denn jedenfalls sei mit hinreichender Sicherheit zu erwarten, dass Menschen vor einem unangeleiteten großen Hund Angst haben und es aufgrund unvorhersehbarer oder unkontrollierter Reaktionen von Mensch und/oder Hund zu erheblichen Gefahren für Leib und Leben kommen kann.²

Unabhängig von der Größe des Hundes sei es bereits zu mindestens einem erwiesenen Beißvorfall mit „Schnipsi“ am 07.11.2022 gekommen, bei dem dieser dem Nachbarn des Klägers in den kleinen Finger biss, sodass dieser amputiert werden musste. Die Beklagte durfte bei der von ihr vorzunehmenden Gefahrenprognose insoweit zu Recht von einer konkreten Gefahr durch „Schnipsi“ ausgehen. Dass ein etwaiges strafrechtliches Ermittlungsverfahren bezüglich dieses Vorfalls gem. **§ 170 Abs. 2 StPO** eingestellt wurde, spielt für diese Prognose keine Rolle.³

Zu Recht sei die Beklagte bei ihrer Prognoseentscheidung davon ausgegangen, dass eine Wiederholung ohne Erlass einer sicherheitsrechtlichen Anordnung nicht auszuschließen sei. Unstreitig kam es neben dem Beißvorfall am 11.12.2022 zu einer weiteren Attacke auf einen anderen Hund, bei dem „Schnipsi“ nicht angeleint war. Ferner zeige das Verhalten des Klägers, dass er wenig einsichtig ist, sodass von weiteren Gefahrensituationen ausgegangen werden muss.⁴

² BayVGh, Beschl. v. 22.01.2024 – 10 ZB 23/1558, BeckRS 2024, 1195, Rn. 9; VG Augsburg, Urt. v. 18.07.2023 – Au 8 K 23/346, Rn. 16.

³ VG Augsburg, Urt. v. 18.07.2023 – Au 8 K 23/346, Rn. 18.

⁴ VG Augsburg, Urt. v. 18.07.2023 – Au 8 K 23/346, Rn. 19.

¹ Der BayVGh bejaht dies ab einer Schulterhöhe von 50 cm (BayVGh, Beschl. v. 29.03.2006 – 24 CS 06/600, juris, Rn. 31; Urt. v. 09.11.2010 – 10 BV 06/3053, juris, Rn. 25).



Die Regelung in Ziffer 1. der Verfügung, die sich auf Plätze innerhalb des bebauten Zusammenhangs und im Umkreis von 100 m bezieht, sei auch **bestimmt genug** i.S. des **Art. 37 BayVwVfG**.⁵ Hinreichende Bestimmtheit eines Verwaltungsakts in diesem Sinne bedeute, dass aus der getroffenen Regelung, d.h. aus dem Entscheidungssatz im Zusammenhang mit den Gründen und sonstigen für die Betroffenen bekannten oder für sie ohne weiteres erkennbaren Umstände die Regelung, die den Zweck, Sinn und Inhalt des Verwaltungsakts ausmacht, so vollständig, klar und unzweideutig erkennbar sein muss, dass sie ihre Verhalten danach richten könne. Dabei genüge es, wenn sich die Erkennbarkeit aufgrund einer Auslegung des Verwaltungsakts unter Berücksichtigung der weiteren Umstände nach Treu und Glauben ergebe.⁶ Das sei hier der Fall. Die Anordnung bringe hinreichend klar zum Ausdruck, dass ein Leinenzwang für den **Innenbereich** (in Abgrenzung zum Außenbereich), d.h. den Bereich innerhalb einer Ortschaft bzw. im Zusammenhang bebauter Ortsteile, ange-

ordnet worden ist. Die Verwendung von **aus baurechtlichen Begriffen abgeleiteten Formulierungen** stehe dem nach ständiger Rspr. nicht entgegen.⁷ Auch die Entfernung von 100 m außerhalb des bebauten Zusammenhangs lasse sich leicht abschätzen und sei damit als ausreichend bestimmt anzusehen.⁸

Zuletzt habe die Beklagte auch ihr **Ermessen** fehlerfrei i.S.d. **§ 114 VwGO** ausgeübt. Insbesondere habe sie dabei auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des **Art. 8 LStVG** berücksichtigt. So wurde die Anordnung des Leinenzwangs auf den bebauten Bereich und einen Umkreis von 100 m beschränkt, sodass im Außenbereich grundsätzlich weiterhin ein Auslauf ohne Leine zulässig bleibe. Ebenfalls nicht zu beanstanden sei, dass eine Leinenlänge von maximal zwei Meter angeordnet worden ist. Denn nur so könne gewährleistet werden, dass der Halter in einer Gefahrensituation jederzeit in der Lage ist unverzüglich auf den Hund einzuwirken. Auch sei die Regelung nicht etwa deshalb unangemessen (oder **unbestimmt**⁹), weil sie – wie vom Kläger behauptet – die Nutzung eines Halsbandes vorschreibe. Die Beklagte habe in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll des Gerichts erklärt, dass für sie maßgeblich die Nutzung der Leine im Vordergrund stehe und ein Brustgeschirr dementsprechend ebenfalls in Betracht komme.¹⁰

⁵ BayVGh, Beschl. v. 22.01.2024 – 10 ZB 23/1558, BeckRS 2024, 1195, Rn. 10 ff.; VG Augsburg, Urt. v. 18.07.2023 – Au 8 K 23/346, Rn. 20.

⁶ BayVGh, Beschl. v. 22.01.2024 – 10 ZB 23/1558, BeckRS 2024, 1195, Rn. 11.

⁷ BayVGh, Beschl. v. 22.01.2024 – 10 ZB 23/1558, BeckRS 2024, 1195, Rn. 11.

⁸ VG Augsburg, Urt. v. 18.07.2023 – Au 8 K 23/346, Rn. 20.

⁹ BayVGh, Beschl. v. 22.01.2024 – 10 ZB 23/1558, BeckRS 2024, 1195, Rn. 14: „Abgesehen davon, dass zweifelhaft erscheint, dass es sich hierbei [...] um eine Frage der Bestimmtheit handelt...“

¹⁰ BayVGh, Beschl. v. 22.01.2024 – 10 ZB 23/1558, BeckRS 2024, 1195, Rn. 14; VG Augsburg, Urt. v. 18.07.2023 – Au 8 K 23/346, Rn. 21.

FÜR STUDIERENDE IN NRW:

In NRW gibt es „Verwaltungsgemeinschaften“ nicht! Dieses Problem kann so in einer Klausur daher nicht auftauchen. Das Argument des Klägers kann natürlich dennoch aufgegriffen werden. In NRW ließe sich dies jedoch über **§ 4 Abs. 5 LHundG NW** lösen. Demnach gilt die „Erlaubnis“ zum Halten gefährlicher Hunde (gem. **§ 3 Abs. 3 S. 1 Nr. 3, 4 LHundG NW** auch solche Hunde, die Menschen gebissen/ in gefährlicher Weise angesprungen haben) **im gesamten Landesgebiet**. Diese Erlaubnis kann gem. **§ 4 Abs. 4 Hs. 1 LHundG NW** auch mit „Auflagen“ (z.B. einer über **§§ 2 Abs. 2, 5 Abs. 2 LHundG NW** hinausgehenden Anleinpflicht) verbunden werden. Auch nachträglich kann die Behörde gem. **§ 12 Abs. 1 LHundG NW** entsprechende Anordnungen treffen.

Auch sei aus den oben genannten Gründen irrelevant, ob die Beklagte bei Erlass des Bescheides die genaue Größe des Hundes kannte; sie sei schon aufgrund der konkreten Vorfälle zum Einschreiten berechtigt gewesen. Jedenfalls habe sie ihre Ermessenserwägungen in der mündlichen Verhandlung in zulässiger Weise gem. **§ 114 Satz 2 VwGO** ergänzt.

Soweit der Kläger eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach **Art. 3 Abs. 1 GG** rügt, weil andere Hundehalter mit gefährlichen Hunden keine Leine nutzen müssten, begründe dies ebenfalls keinen Ermessensfehler. Zwar sei zutreffend, dass Sicherheitsbehörden ein den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes genügende Ermessensentscheidung treffen müssen. Allein die hier vom Kläger pauschal vorgetragene Behauptung zeige jedoch nicht auf, dass die entsprechenden Sachverhalte tatsächlich vergleichbar wären. Auch bestehe – entgegen der Auffassung des Klägers – keine Pflicht, aus Gleichbehandlungsgründen eine abstrakt-generelle Regelung für alle großen Hunde zu treffen anstatt bei Vorliegen konkreter Gefährdungssitu-

ationen sicherheitsbehördliche Anordnungen gem. **Art. 18 Abs. 2 LStVG** zu verfügen.¹¹

DOGMATISCHE VERTIEFUNG

Auch in dieser Entscheidung des Monats wenden wir uns einem Rechtsgebiet zu, dass man wohl als **essenziell** für jeden Ö-Recht-Examensdurchgang bezeichnen kann: dem **allgemeinen Verwaltungsrecht**. Dass dieses Rechtsgebiet zwingend beherrscht werden muss, sollte allen angehenden Examenskandidatinnen und Examenskandidaten klar sein. Um dies mit Zahlen zu belegen: Laut einer Auswertung der Universität zu Köln wurde in den Jahren 2015 bis 2019 in **41,9 %** aller Examensklausuren zum öffentlichen Recht Wissen zum allgemeinen Verwaltungsrecht abgefragt.¹² Es ist mithin nahezu sicher, dass Ihr damit im Examen konfrontiert werdet.

In dieser Ausgabe möchten wir uns daher – inspiriert von den obigen Entscheidungen – mit einem klassischen Problem des allgemeinen Verwaltungsrechts auseinandersetzen, nämlich der **Bestimmtheit von Verwaltungsakten**.

I. ALLGEMEINES

Gem. **§ 37 Abs. 1 VwVfG** gilt: „Ein Verwaltungsakt muss inhaltlich hinreichend bestimmt sein“. Das folgt eigentlich bereits aus dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot des **Art. 20 Abs. 3 GG** i.V.m. der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, erfährt in **§ 37 Abs. 1 VwVfG** aber nochmal eine einfachgesetzliche

¹¹ BayVGh, Beschl. v. 22.01.2024 – 10 ZB 23/1558, BeckRS 2024, 1195, Rn. 15; VG Augsburg, Urt. v. 18.07.2023 – Au 8 K 23/346, Rn. 21.

¹² Vgl. <https://klausurenkurs.uni-koeln.de/klausurenkurs/auswertung-der-examensklausuren>

Konkretisierung.¹³ Die Bestimmtheit trägt dabei insbesondere der **Individualisierungs- und Klarstellungsfunktion** sowie der **Titelfunktion** des VA Rechnung.¹⁴ Der VA muss daher grundsätzlich erkennen lassen, (1) was Regelungsgegenstand ist, (2) zwischen wem die Rechtsbeziehung geregelt wird und (3) welche Rechtsbeziehung geregelt wird.¹⁵ Welche Anforderungen daran zu stellen sind, lässt sich dabei nicht pauschal, sondern nur einzelfallbezogen beantworten. Allgemein kann man sich an folgender Definition orientieren: Ein VA ist bestimmt, wenn der behördliche Wille vollständig und unzweifelhaft zum Ausdruck kommt, damit der Adressat erkennt, was von ihm gefordert wird, damit er sein Verhalten danach ausrichten kann und der VA Grundlage einer zwangsweisen Durchsetzung sein könnte.¹⁶

Die Anforderungen an die Bestimmtheit dürfen dabei jedoch nicht ins Unermessliche getrieben werden. Dies zeigt der Begriff „**hinreichend bestimmt**“: Die Bestimmbarkeit des Verwaltungsakts genügt! Welches Maß an Konkretisierung dafür notwendig ist, hängt von der Art des VA, den Umständen des Erlasses und seinem Zweck ab. Maßstäbe können sich insbesondere aus dem jeweiligen Fachrecht ergeben.¹⁷

¹³ BVerwG, Urt. v. 27.06.2012 – 9 C 7/11, BeckRS 2012, 55846, Rn. 10; Schwarz in: HK-VerwR, 5. Aufl. 2021, § 37 Rn. 6.

¹⁴ U. Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs-VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 2; Schwarz in: HK-VerwR, 5. Aufl. 2021, § 37 Rn. 6

¹⁵ Schwarz in: HK-VerwR, 5. Aufl. 2021, § 37 Rn. 6; U. Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs-VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 2.

¹⁶ BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 C 21/12, BeckRS 2014, 45804 (Rn. 13); U. Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs-VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 2; Schwarz in: HK-VerwR, 5. Aufl. 2021, § 37 Rn. 7.

¹⁷ OVG NRW, Beschl. v. 26.09.2008 –

Wichtig ist, dass sich das Bestimmtheitsgebot nur auf den **verfügenden Teil des VA** einschließlich aller **Nebenbestimmungen** bezieht.¹⁸ So muss die Begründung des VA nicht hinreichend bestimmt sein, da sie seine Regelungswirkung unangetastet lässt. Auch ein „Hinweis auf gesetzliche Pflichten“ im Bescheid muss nicht näher bestimmt sein, da diese auch ohne Hinweis bestehen.¹⁹

Noch eine Anmerkung aus gegebenem Anlass: Aus **§ 23 Abs. 1 VwVfG** folgt, dass die Verwendung von **Fremdsprachen** im verfügenden Teil i.d.R. zur Unbestimmtheit des VA führt, wenn es sich nicht um allgemein bekannte Anglizismen handelt.²⁰ Entsprechendes gilt für die Verwendung bestimmter Formen „**gendergerechter Sprache**“, wenn sie das Verständnis der Verfügung erheblich erschwert.²¹

II. AUSLEGUNG VON VERWALTUNGSAKTEN

Nach ständiger Rechtsprechung ist der VA auch dann hinreichend bestimmt, wenn sich dessen Inhalt durch Auslegung ermitteln lässt.²² Für die Auslegung maßgeblich ist der

13 B 1395/08, BeckRS 2008, 39645; U. Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs-VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 5.

¹⁸ BSG, Urt. v. 23.03.2010 – B 8 SO 2/09, BeckRS 2010, 71083, Rn. 11; U. Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs-VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 3.

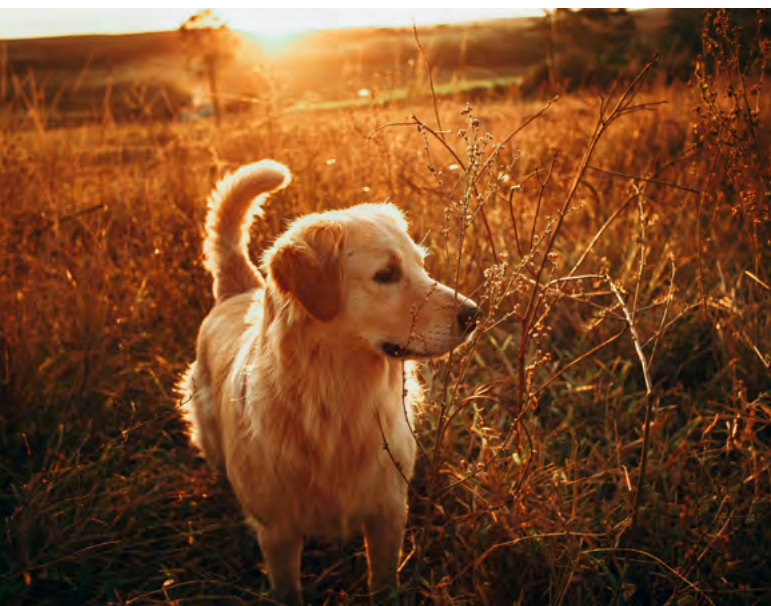
¹⁹ U. Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs-VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 3.

²⁰ Schönenbroicher in: NK-VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 37 Rn. 44; U. Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs-VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 6.

²¹ U. Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs-VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 6; weitergehend: Petzold/Chen in: NJOZ 2022, 225.

²² BVerwG, Beschl. v. 09.07.2019 – 9 B 29/18, BeckRS 2019, 18010, Rn. 9 ff.; Urt. v. 09.07.2020 – 3 C 20/18, BeckRS 2020, 27907, Rn. 12.

Empfängerhorizont des Betroffenen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben.²³



Die Auslegung beschränkt sich dabei nicht auf den „Leitsatz“ (also die Verfügung) des Verwaltungsakts. Auch die Begründung oder dem VA beigefügte Unterlagen können bei der Auslegung berücksichtigt werden. So genügt es, dass sich der Regelungsinhalt aus dem Bescheid insgesamt einschließlich der Begründung ergibt.²⁴ Das gilt jedoch **in beide Richtungen**: Ein „an sich“ klar formulierter verfügender Teil kann also auch deshalb unbestimmt sein, weil sein Inhalt nicht zur Begründung oder beigefügten Unterlagen passt.²⁵ Denklogisch kann der Verweis auf weitere Unterlagen in der Verfügung/Begründung dem VA auch nur dann zur Bestimmtheit verhelfen, wenn der

²³ BVerwG, Beschl. v. 13.09.1999 – 11 B 14/99, BeckRS 1999, 30072650; *Schönenbroicher* in: NK-VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 37 Rn. 17.

²⁴ OVG Thüringen, Beschl. v. 01.09.2000 – 4 ZKO 131/00, BeckRS 2000, 172438 (2. Leitsatz); *Tiedemann* in: BeckOK-VwVfG, 62. Ed. Stand: 01.01.2023, § 37 Rn. 5; *U. Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs-VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 7.

²⁵ Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 06.11.2008 – 13 B 1461/08, BeckRS 2008, 40991; OVG Niedersachsen, Beschl. v. 17.09.2007 – 12 ME 225/07, BeckRS 2007, 26831.

Betroffene auf diese Unterlagen Zugriff nehmen kann.²⁶

Erst wenn auch unter Anwendung der anerkannten Auslegungsgrundsätze keine Klarheit über den Behördenwillen geschaffen werden kann bzw. Widersprüchlichkeiten nicht beseitigt werden können, liegt Unbestimmtheit vor.²⁷ Auch Zweifel gehen zulasten der Behörde.²⁸

III. BESTIMMTHEIT HINSICHTLICH DER RECHTSNATUR, DER ERLASSENDE BEHÖRDE, DER BETROFFENEN UND DES INHALTS

Die Bestimmtheit bezieht sich bei VA insbesondere auf die Rechtsnatur, die erlassende Behörde, die Betroffenen und den Inhalt. Am klausurrelevantesten dürfte vermutlich die Bestimmtheit des Inhalts des VA sein. Es schadet jedoch nicht, auch die weiteren „Prüfungspunkte“ jedenfalls gedanklich durchzuprüfen, wenn die Bestimmtheit des VA mal problematisiert wird.

Zum einen bezieht sich die Bestimmtheit auf die **Rechtsnatur** des fraglichen Aktes.²⁹ Es muss hinreichend klar werden, dass es sich um einen VA handelt, also eine verbindliche

²⁶ BVerwG, Beschl. v. 22.04.1996 – 11 B 123/95, BeckRS 1997, 20110; BayVGh, Beschl. v. 17.03.2004 – 22 CS 04/362, BeckRS 2004, 21991, Rn. 5; *Tiedemann* in: BeckOK-VwVfG, 62. Ed. Stand: 01.01.2023, § 37 Rn. 7.

²⁷ OVG Thüringen, Beschl. v. 01.09.2000 – 4 ZKO 131/00, BeckRS 2000, 172438 (2. Leitsatz); *U. Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs-VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 7.

²⁸ *Schönenbroicher* in: NK-VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 37 Rn. 22; HessVGh, Urt. v. 22.09.1992 – 11 UE 2954/86, BeckRS 2005, 23161.

²⁹ *Schröder* in: Schoch/Schneider-VerwR, Werkstand: 4. EL November 2023, § 37 Rn. 26; *Schwarz* in: HK-VerwR, 5. Aufl. 2021, § 37 Rn. 10.

Einzelfallregelung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Das ist i.d.R. unproblematisch, wenn der Akt entsprechend als „Bescheid“, „Verfügung“, „Anordnung“ oder „Entscheidung“ gekennzeichnet ist.³⁰ Stutzig solltet Ihr werden, wenn sich der Bescheid mehr wie eine **Bitte** oder **Anregung** liest. Merkt euch: Ein respektvolles, höfliches und freundliches Verhalten gegenüber dem Bürger ist nicht zu beanstanden, darf aber nicht dazu führen, dass die **Verbindlichkeit** der Anordnung nicht hinreichend deutlich wird.³¹

Auch muss die **erlassende Behörde** hinreichend erkennbar sein. Ausdrücklich vorgesehen ist dies nach **§ 37 Abs. 3 VwVfG** nur für elektronische und schriftliche VA. So soll insbesondere die Möglichkeit von **Rechtsbehelfen** sichergestellt werden: Denn wer nicht weiß, welche Behörde den Bescheid erlassen hat, kann sich auch nicht mit einem entsprechenden Rechtsbehelf an jene Behörde wenden.³² Es ist aber auch bei **mündlichen VA** Bestimmtheitserfordernis, dass zumindest klar wird: der Verhaltensbefehl stammt von (irgendeiner) **Behörde**!³³ Denn die **VA-Qualität** lässt sich nur bestimmen, wenn deutlich wird, dass der Verhaltensbefehl von einer Behörde stammt. Dafür genügt bspw. schon der Zuruf „Polizei!“.

Selbstverständlich muss auch der **Adressat** der Maßnahme hinreichend erkennbar sein. Wird der VA an eine Einzelperson adressiert, genügt hier i.d.R. die Nennung des vollständigen Namens, Adresse und ggf. auch Geburtsdatum.³⁴ Bei **Personenmehrheiten** muss man etwas präziser arbeiten. Die Verwendung von Sammelbegriffen wie bspw. „die Eheleute Müller“, die „Erbengemeinschaft“ oder die „Wohnungseigentümergeinschaft“ sind grundsätzlich zulässig.³⁵ Es muss aber immer sichergestellt sein, dass die **Betroffenen** und auch die **nicht Betroffenen** hinreichend bestimmbar sind.

Zuletzt muss auch der **Inhalt der Regelung** ohne weiteres erkennbar sein. Hier gilt die schon genannte Formel: Der Adressat muss erkennen, was von ihm gefordert wird und der Verwaltungsakt muss – sofern er einen vollstreckbaren Inhalt hat – geeignet sein, Grundlage für Maßnahmen zu seiner zwangsweisen Durchsetzung zu sein.³⁶ Das heißt, dass der **Sachverhalt**, auf den sich die Regelung bezieht, und die **Rechtsfolge**, die bestimmt wird, hinreichend erkennbar sind. Zudem muss die Rechtsfolge auf den **konkreten Einzelfall** bezogen sein: Die bloße Wiederholung des Gesetztextes, insbesondere die schlichte Übernahme unbestimmter Rechtsbegriffe, erfüllt dieses Kriterium nicht, da die Wertungen hier dem Adressaten überlassen werden.³⁷ Im Übrigen kommt es stark auf den Einzelfall an.³⁸ Denkt aber auch hier daran, euch immer am **Empfängerhorizont des Adressaten** zu orientieren.

³⁰ Schwarz in: HK-VerwR, 5. Aufl. 2021, § 37 Rn. 10; Tiedemann in: BeckOK-VwVfG, 62. Ed. Stand: 01.10.2023, § 37 Rn. 9.

³¹ BVerwG, Urt. v. 12.01.1973 – VII C 3/71, BeckRS 1973, 30428071; Tiedemann in: BeckOK-VwVfG, 62. Ed. Stand: 01.10.2023, § 37 Rn. 9.

³² Tiedemann in: BeckOK-VwVfG, 62. Ed. Stand: 01.10.2023, § 37 Rn. 11.

³³ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 30.01.2009 – 5 ME 395/08, BeckRS 2009, 31337.

³⁴ Schönenbroicher in: NK-VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 37 Rn. 25.

³⁵ Tiedemann in: BeckOK-VwVfG, 62. Ed. Stand: 01.10.2023, § 37 Rn. 14; Schröder in: Schoch/Schneider-VerwR, Werkstand: 4. EL November 2023, § 37 Rn. 35.

³⁶ BVerwG, Beschl. v. 28.02.1990 – 4 B 174/89, BeckRS 1990, 597.

³⁷ BVerwG, Urt. v. 18.04.1997 – 8 C 45/95, BeckRS 1997, 22343.

³⁸ Vgl. zu den Besonderheiten im Baurecht und Polizei- und Ordnungsrecht bspw. Schönenbroicher in: NK-VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 37 Rn. 46 ff, 62 ff.

tieren! So wird eine Regelung, die medizinische Fachbegriffe enthält, für einen medizinischen Laien regelmäßig nicht verständlich sein. Ist Adressat indes eine Ärztin, wird der Regelungsinhalt kaum zu beanstanden sein.³⁹

Zudem dürfen sich die Regelungen innerhalb eines VA oder die Regelungen von zwei oder mehr VA **nicht widersprechen**. Ist dies der Fall, muss beachtet werden, dass widersprüchliche Regelungen **nicht** der Auslegung zugänglich sind! Denn der Inhalt der Regelung lässt sich hier überhaupt nicht bestimmen, da aus Widersprüchen Beliebiges abgeleitet werden kann.⁴⁰ Widersprüchlichkeit führt daher in aller Regel zur Unbestimmtheit des Verwaltungsakts.

IV. FEHLERFOLGEN UND HEILUNG

Die Verletzung des Bestimmtheitsgebots kann sowohl zur **Nichtigkeit** gem. **§ 44 Abs. 1 VwVfG** als auch zur **Rechtswidrigkeit** des Verwaltungsakts führen.⁴¹ Die Regel ist dabei die Rechtswidrigkeit, der VA ist also aufhebbar, soweit er nicht bestands- oder rechtskräftig ist.⁴² Zudem führt die Unbestimmtheit – selbst bei bestands- und rechtskräftigen VA – regelmäßig zur **Vollzugsunfähigkeit** des VA, er kann also nicht Grundlage einer zwangsweisen Durchsetzung sein.⁴³ Nichtigkeit wird hinge-

gen nur anzunehmen sein, wenn der Verstoß **besonders schwer und offensichtlich ist**.⁴⁴ So beispielsweise, wenn der VA vollkommen unverständlich und undurchführbar ist (z.B. wegen Widersprüchlichkeit) oder wenn nicht erkennbar wird, wer durch den VA verpflichtet werden soll.⁴⁵

Zumindest bei „nur rechtswidrigen“ VA kommt regelmäßig eine „**Heilung**“ in Betracht. Verwechselt dies jedoch nicht mit einer Heilung nach **§§ 45, 46 VwVfG**! Diese Vorschriften sind nicht anwendbar, da die fehlende Bestimmtheit einen „**materiellen**“ und nicht bloß „formellen“ Fehler darstellt.⁴⁶ Die Rspr. nimmt indes an, dass die Heilung der Unbestimmtheit durch eine **nachträgliche Präzisierung** in der **für den VA gebotenen Form** (z.B. durch klarstellenden VA) mit ex-tunc-Wirkung möglich sei.⁴⁷

Diese Nachbesserung ist zum einen wegen **§ 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO** durch den **Widerspruchsbescheid** im Widerspruchsverfahren möglich.⁴⁸ Es wurde jedoch auch für zulässig erachtet, dass die Ausgangsbehörde ihren unbestimmten VA durch einen „klarstellenden“

v. 11.05.2000 – 10 B 306/00, BeckRS 2000, 22009, Rn. 4 ff.

⁴⁴ *Schönenbroicher* in: NK-VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 37 Rn. 109; *Schwarz* in: HK-VerwR, 5. Aufl. 2021, § 37 Rn. 23.

⁴⁵ BaWü-VGH, Urt. v. 15.01.1990 – 1 S 3625/88, BeckRS 1990, 3513; OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 30.10.1989 – 12 B 86/89, BeckRS 1989, 3183.

⁴⁶ BVerwG, Urt. v. 29.03.1968 – IV C 27/67, BeckRS 1968, 105326.

⁴⁷ OVG NRW, Beschl. v. 14.12.2021 – 10 B 1542/21, BeckRS 2021, 39507, Rn. 7.

⁴⁸ HessVGH, Urt. v. 24.03.2000 – 11 TG 3096/99, BeckRS 2005, 23103; VGH BaWü, Urt. v. 27.03.2007 – 10 S 2221/05, BeckRS 2007, 23958.

³⁹ OVG NRW, Beschl. v. 08.09.2009 – 13 B 894/09, BeckRS 2009, 39002 (2. Leitsatz); Beschl. v. 20.01.2017 – 4 B 57/17, BeckRS 2017, 101002, Rn. 7 f.

⁴⁰ BayVGH, Urt. v. 08.01.1982 – 23 B 80 A/163, BeckRS 1982, 3939; VGH BaWü, Urt. v. 26.05.1987 – 11 S 1699/85, BeckRS 1987, 5133.

⁴¹ *Schwarz* in: HK-VerwR, 5. Aufl. 2021, § 37 Rn. 23; *U. Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs-VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 40.

⁴² *Schönenbroicher* in: NK-VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 37 Rn. 106.

⁴³ OVG NRW, Beschl. v. 16.01.1998 – 10 B 3029/97, BeckRS 2015, 48944; Beschl.

Bescheid konkretisiert.⁴⁹ Aus Sicht der Rspr. könne der VA sogar noch in der **mündlichen Verhandlung** vor dem Verwaltungsgericht im Wege der „Klarstellung“ nachträglich geheilt werden; dabei sei nicht einmal die für den VA vorgesehene Form einzuhalten, sodass die „Klarstellung“ **mündlich** erfolgen könne.⁵⁰

Die Möglichkeit der Heilung gilt natürlich nicht für nichtige VA: Etwas Nichtiges kann nicht geheilt werden.^{51 52}

⁴⁹ BVerwG, Beschl. v. 21.06.2006 – 4 B 32/06, BeckRS 2006, 24116; Urt. v. 14.12.1990 – 7 C 5/90, BeckRS 1990, 4938 (1. Leitsatz).

⁵⁰ BVerwG, Urt. v. 14.12.1990 – 7 C 5/90, BeckRS 1990, 4938 (1. Leitsatz); Urt. v. 20.04.2005 – 4 C 18/03, BeckRS 2005, 27251, Rn. 53 f.

⁵¹ *Schönenbroicher* in: NK-VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 37 Rn. 108; *Schröder* in: Schoch/Schneider-VerwR, Werkstand: 4. EL November 2023, § 37 Rn. 46.

⁵² **Verfasser:** Paul Niklas Müller, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann

Supervision: Christian Lederer, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann

Dr. Lennart Brüggemann, Rechtsanwalt & Geschäftsführer bei HLB Schumacher Hallermann.

Die Begleiter für das Referendariat und zur Vorbereitung auf das 2. Examen



RA Rechtsprechungs-Auswertung

Die „RA“ bietet Ihnen eine Zusammenstellung examensrelevanter Entscheidungen, speziell aufbereitet im Gutachtenstil für das 1. Examen und im Urteilsstil für Referendare.

RA Printausgabe - Einzelausgabe
RA Digital - Einzelausgabe

RA Print Abo - monatl. kündbar
RA Digital Abo - monatl. kündbar
RA Abo Plus - Print + Digital

Skripte

CRASHKURS Assex

Crashkurs Assex Anwaltsklausur - Zivilrecht
Crashkurs Assex Strafurteil - S2-Klausur
Crashkurs Assex Anklage & Einstellung - S1-Klausur

CRASHKURS

Crashkurs Zivilrecht
Crashkurs Strafrecht
Crashkurs Öffentl. Recht (länderspezifisch)
Crashkurs Arbeitsrecht
Crashkurs Handels- & Gesellschaftsrecht (MoPeG)



ASSEX Karteikarten

Die examensrelevanten Klausurthemen für Referendare im Karteikartenformat. Erhältlich in folgenden Rechtsgebieten:

Zivilrecht
Arbeits- und Wirtschaftsrecht
Strafrecht
Öffentliches Recht (länderspezifisch)



Weitere Informationen und Preise zu unseren Produkten finden Sie in unserem Onlineshop!
verlag.jura-intensiv.de



4 DER EICHENPROZESSIONSSPINNER IM POR - VON EICHEN, PROZESSEN UND GESPINSTERN (GEFAHRENABWEHRRECHT)

Hinweis vom HLB-Team:

Die Klausur im Gefahrenabwehrrecht ist im juristischen Examen ein regelrechter Klassiker im öffentlich-rechtlichen Teil. So heiß begehrt sie auch bei der Prüfungskommission ist, so sehr verunsichert sie manch einen Kandidaten in der Prüfungsvorbereitung. Das **Gefahrenabwehrrecht** stellt die Prüflinge vor verschiedenste materielle und prozessuale Herausforderungen: Angefangen beim allgemeinen Aufbau der Klausur (z.B. kann eine Rechtsverordnung eingebunden sein oder mehrere Bescheide ergehen, vgl. „Abschleppfall“), hinweg über prozessuale Schwierigkeiten (z.B. mehrere Maßnahmen in einem Bescheid und einer damit verbundenen Klage-, oder Antragshäufung im einstweiligen Rechtsschutz) hin zu einer unermesslichen materiellen Vielfalt. Egal ob Bau-, Kommunal-, Waffen-, Gewerbe- oder Versammlungsrecht – wie bei der Mitternachtsuppe am Silvesterabend gilt: Alles rein in den Topf und gut durchrühren. Wer jetzt einen kühlen Kopf bewahrt, kann im Rennen um die Punkte im Examen mit einem soliden System- und Grund-

verständnis im POR eine Pole Position einnehmen.

Ein derartiges Verständnis kann nicht zuletzt der Entscheidung des OVG Saarland (Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22) entnommen werden. Dieser lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Hinweise von Anwohnern legten einen **EichenprozeSSIONsspinnerbefall** in den Sommermonaten auf einem Privatgrundstück nahe. Die Besonderheit im Fall: Die befallenen Bäume (Eichen) sind als **Naturdenkmäler** ausgewiesen. Eine Beseitigung der Gespinste war gleichwohl nach Aussage der zuständigen Behörde möglich, wenn auch kostspielig, da vom baumschonenden Fachmann zu unternehmen. Die Gemeinde forderte sodann den Grundstückseigentümer, „die vom EichenprozeSSIONsspinner befallenen Eichen auf seinem Grundstück abzusaugen“. Gleichzeitig ordnete sie die **sofortige Vollziehbarkeit ihrer Anordnung** an. Für den Fall, dass der Eigentümer der Aufforderung binnen 10 Tagen nicht nachkomme, drohte die Gemeinde zudem die **Ersatzvornahme** an. Der Eigentümer hingegen wähnte die Gemeinde wegen der denkmalschutzrechtlichen Vorschriften zuständig und befolgte die Aufforderung nicht, woraufhin sich die Gemeinde der Sache annahm.

Ja, das POR ist vielseitig und stellenweise verwirrend, aber – und das ist ein extremer Vorzug

des POR aus der Perspektive von Studierenden – es ist auch hochgradig systematisiert. Das muss es im Lichte von Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 5.1 GG schließlich auch sein. Im dogmatischen Vertiefungsteil – seinem Namen würdig – behandeln wir also diesmal **einen von zwei zentralen Begriffen** im Polizei- und Ordnungsrecht: Wir widmen uns dem **Störerbegriff** und allen mit ihm verbundenen klausurtypischen Problemfällen.

DIE HINTERGRÜNDE DER ENTSCHEIDUNG

Der Kläger ist Eigentümer eines Grundstücks, auf dem mehrere **als Naturdenkmäler¹ ausgewiesene** Eichen stehen.² Eben diese wurden im Sommer von sog. Eichenprozessionsspinnern befallen – einer Raupenart, deren Larven in einem bestimmten Entwicklungsstadium über Brennhaare verfügen, die bei Kontakt mit menschlicher Haut oder Schleimhäuten zu toxischen Reaktionen führen können. Daraufhin forderte die Beklagte – eine Gemeinde in ihrer Eigenschaft als Ortspolizeibehörde – den Kläger sofort vollziehbar auf, die befallenen Eichen „abzusaugen oder durch andere geeignete Maßnahmen zu beseitigen“. Zur Begründung führte die Beklagte an, dass es in unmittelbarer Nähe des klägerischen Grundstücks vermehrt zu gesundheitlichen Beschwerden bei Menschen, insbesondere Anwohnern, gekommen sei. Alles deute darauf hin, dass die Gesundheitsbeschwerden auf einen Kontakt mit den Brennhaaren des Eichenprozessionsspinners zurückzuführen seien. Als Eigentümer des Grundstücks habe der Kläger als **Zustandsstörer** dafür Sorge zu tragen, dass von diesem keine Gefahren ausgehen.³

¹ Vgl. § 39 SNG (Saarländisches Naturschutzgesetz)

² OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640, Rn. 1.

³ OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640, Rn. 2 ff.

Nachdem sie einen klägerseitigen Widerspruch abgelehnt hatte, ließ die Beklagte den Eichenprozessionsspinner-Befall zunächst durch einen Fachbetrieb auf eigene Unkosten i. H. v. knapp 2.150 € entfernen⁴; anschließend erhob der Eigentümer Klage vor dem Verwaltungsgericht (VG) des Saarlandes.⁵

Zur Begründung trug der Kläger insbesondere vor, dass der Bescheid schon nicht hinreichend bestimmt sei.⁶ Er ließe nicht erkennen, ob nur die Raupen oder auch – wie in einem Parallelverfahren, dass der Kläger gegen die Beklagte betreibt – die befallenen Bäume beseitigt werden sollen. Gerade letzteres könne von ihm nicht verlangt werden, da er damit gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen würde.⁷ Auch gehe die Gefahr nicht von den Eichen, sondern den darin nistenden Eichenprozessionsspinnern aus. Die in seinem Eigentum stehenden Eichen seien daher schon nicht ursächliche Quelle der Gefahr, sondern die Nester der Raupe. Ohnehin sei der Umstand, dass sich – auch potenziell gesundheitsschädliche – Tiere in Bäumen niederlassen und vorbeikommende Passanten und Anwohner schädigen, allgemeines Lebensrisiko, mit dem die Betroffenen rechnen müssten und nicht seinem Verantwortungsbereich zuzuordnen. Deswegen sei die Feststellung der Beklagten, die Gesundheitsbeschwerden seien auf die Gespinstnester auf seinem Grundstück zurückzuführen, auch rein spekulativ. Die Betroffenen könnten mit den Brennhaaren genauso gut an anderer Stelle in Kontakt gekommen sein.

⁴ OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640, Rn. 4 f.

⁵ Vgl. VG Saarland, Urt. v. 31.05.2022 – 6 K 343/20, BeckRS 2022, 12507.

⁶ OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640, Rn. 3, 7, 12.

⁷ Vgl. § 28 Abs. 2 BNatSchG i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 1 SNG, § 3 NDVO (Verordnung über Naturdenkmale im Landkreis Merzig-Wadern).

Selbst wenn man einen Ursachenzusammenhang annehmen würde, sei zudem gem. **§ 5 NDVO**⁸ die untere Naturschutzbehörde für Pflege- und Unterhaltungsmaßnahmen an Naturdenkmälern verantwortlich, nicht er als Grundstückseigentümer. Das folge schon daraus, dass ihm der Alteichenbestand mit der Unterschutzstellung quasi wirtschaftlich entschädigungslos entzogen worden sei. Auch habe die Beklagte die Gefahrenlage für Anwohner selbst zu verantworten bzw. jedenfalls intensiviert, da die anliegenden Häuser entgegen den Bestimmungen des **LWaldG** mit zu geringem Abstand errichtet wurden. Zuletzt habe die Beklagte ihr Entschließungs- und Auswahlermessen fehlerhaft ausgeübt. Zur Vermeidung von Gefahren hätte eine Abspernung des befallenen Areals sowie das Aufstellen von Warnbeschilderung ausgereicht.

Nachdem die Klage vom VG Saarland abgewiesen wurde⁹, legte der Kläger Berufung beim Oberverwaltungsgericht Saarland ein, dass nunmehr darüber zu entscheiden hatte.

DIE ENTSCHEIDUNG

Die zulässige Berufung wurde vom OVG Saarland als unbegründet zurückgewiesen. Das VG Saarland habe die Klage zurecht abgewiesen, da der auf **§ 8 Abs. 1 SPolG**¹⁰ beruhende Bescheid der Beklagten rechtmäßig sei.¹¹

In formeller Hinsicht sei der Bescheid inhaltlich hinreichend bestimmt; insbesondere seien die Anforderungen des **§ 39 SVwVfG** ein-

gehalten worden. Denn die Anordnung, die befallenen Eichenbäume „abzusaugen oder durch andere geeignete Maßnahmen zu beseitigen“, ziele nach dem Gesamtzusammenhang eindeutig auf die Beseitigung des Eichenprozessionsspinners und nicht auf die – vom Kläger vorgetragene – Beseitigung der Eichenbäume ab. Das gelte schon mit Blick auf die Qualifizierung der Bäume als Naturdenkmäler i.S.v. **§§ 28 Abs. 2 BNatSchG, 3 Abs. 1 NDVO**. Auch aus dem Umstand, dass der Kläger in einem anderen Verfahren schon mal zur Fällung einzelner Bäume durch die Beklagte aufgefordert wurde, folge nichts anderes. Denn in diesen Verfahren ging es um die Standsicherheit einzelner abgestorbener Bäume und keinen Insektenbefall. Diesem Bescheid lag also ein gänzlich anderer Sachverhalt zugrunde.¹²

Auch materiell-rechtlich unterliegt der angefochtene Bescheid keinen Bedenken. Die Tatbestandsvoraussetzungen des **§ 8 Abs. 1 SPolG** lägen offensichtlich vor.¹³ Insbesondere konnte der Kläger in rechtlich nicht zu beanstandender Weise als Zustandsstörer zur Beseitigung der Gefahr herangezogen werden. Aus **§ 5 Abs. 1, 2 SPolG** folge, dass der Eigentümer eines Grundstücks dazu verpflichtet werden kann, von dem Grundstück **unmittelbar ausgehende Gefahren** zu beseitigen.¹⁴ Dabei sei vollkommen unerheblich, ob der Eigentümer den Zustand der Sache „beherrschen“ könne oder ihn generell irgendeine Verantwortlichkeit treffe. Die Zustandsstörerhaftung erfasse auch solche Fälle, in denen **höhere Gewalt** oder ein „Naturereignis“ – wie z.B. ein Tierbefall – die Sache in einen gefährlichen Zustand versetzt hat.

Der Annahme des Unmittelbarkeitserforder-

⁸ Verordnung über die Naturdenkmale im Landkreis Merzig-Wadern v. 01.10.2004, Amtsblatt 2004, 2196 ff. (im Folgenden: NDVO).

⁹ Vgl. VG Saarland, Urt. v. 31.05.2022 – 6 K 343/20, BeckRS 2022, 12507.

¹⁰ FYI: Die polizeiliche Generalklausel im Saarland ist vergleichbar mit **§ 8 Abs. 1 PolG NRW**.

¹¹ OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640, Rn. 18, 20.

¹² OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640, Rn. 21 f.

¹³ OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640, Rn. 23.

¹⁴ OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640, Rn. 24.



nisses stehe dabei auch ein – wie vom Kläger vorgetragen – **nachträgliches Heranrücken von Wohnbebauung oder Infrastruktur** nicht entgegen. Denn die Gefahr entstünde nicht durch das Heranrücken an damals noch nicht befallene Eichenbäume, sondern erst im Zeitpunkt des Schädlingsbefalls. Daran ändere auch **§ 14 Abs. 3 S. 1 LWaldG** nichts, der einen Mindestabstand von baulichen Anlagen zu Wäldern und Baumgruppen vorsehe. Der **Schutzzweck** dieser Norm sei schon ein völlig anderer. Denn damit solle ausschließlich etwaigen Schadensersatzrisiken des Waldbesitzers durch umstürzende Bäume (sog. Baumwurfgefahr) Rechnung getragen werden, nicht etwa einer möglichen Gefahr durch Schädlingsbefall.¹⁵

Nicht erforderlich sei hingegen, dass sich die Gefahr des Prozessionsspinner-Befalls auf dem klägerischen Grundstück bereits ausgewirkt habe. Ausreichend sei, dass von diesem überhaupt eine Gefahr ausgehe, was durch den Raupenbefall unstreitig der Fall sei. Deshalb müsse dem höchstspekulativen Einwand des Klägers, die Betroffenen könnten auch an anderer Stelle mit den Brennhaaren in Berührung gekommen sein, nicht weiter nachgegangen werden.¹⁶

¹⁵ OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640, Rn. 26.

¹⁶ OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 –

Die Beklagte hat zudem das ihr nach **§ 8 Abs. 1 SPolG** eingeräumte Ermessen fehlerfrei ausgeübt. Dabei sei zum einen zu berücksichtigen, dass die Eigentümerbefugnisse durch das Veränderungsverbot in **§§ 28 Abs. 2 BNatSchG, 3 Abs. 1, 2 NDVO** nicht unerheblich eingeschränkt würden. Allerdings begründen diese Regelungen – entgegen des klägerischen Vortrags – keine generelle Verlagerung der Verantwortlichkeit für Bestands- und Unterhaltungsmaßnahmen von Naturdenkmälern auf die untere Naturschutzbehörde. Eine solche folge auch **nicht** aus **§ 5 NDVO**. Das zeige schon **§ 14 Abs. 3 NDVO**, der einen Entschädigungsanspruch des Eigentümers regelt und insoweit den eingeschränkten Eigentümerbefugnissen im Fall der Unterschutzstellung Rechnung trage. Zwar lege diese Norm die Möglichkeit einer partiellen Verlagerung der Verantwortlichkeit nahe, dies komme aber – wenn überhaupt – nur dann in Betracht, wenn eine mildere, gleich effektive und den Eigentümer weniger belastende Maßnahme unter das Verbot des **§ 3 Abs. 1, 2 NDVO** falle und der Eigentümer deshalb auf die bspw. teurere Maßnahme zurückgreifen müsse. Da das hier in Rede stehende „Absaugen“ von Schädlingen fällt aber von vornherein nicht unter den Verbotstatbestand des **§ 3 Abs. 1 u. 2 NDVO**. Erst Recht sei kein weniger einschneidendes, gleich effektives Mittel zur Beseitigung des Eichenprozessionsspinner-Befalls ersichtlich.¹⁷

Damit müssen den mit **§§ 28 Abs. 2 BNatSchG, 3 Abs. 1, 2 NDVO** einhergehenden Härten im Rahmen der Ermessensausübung sowie der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werden. Beides sei hier jedoch geschehen. So sei die polizeirechtliche Verantwortlichkeit anderer Personen gem. **§§ 4, 5 SPolG** schon nicht ersichtlich. Auch sei kein baumschonenderes, weniger einschneidendes und gleichermaßen

2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640, Rn. 26.

¹⁷ OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640, Rn. 28.

zielführendes Mittel zur Beseitigung des Insektenbefalls ersichtlich.¹⁸

Zuletzt sei auch die im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu beachtende „**Opfergrenze**“ für Zustandsstörer nicht überschritten. Zur Bestimmung der Zumutbarkeitsgrenze könne nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Verhältnis des finanziellen Aufwands der geforderten Gefahrenabwehrmaßnahme zum Verkehrswert – hier also dem Verkehrswert des Grundstücks – dienen. Das „Absaugen“ der befallenen Eichen habe hier jedoch nur ca. 2.150 € gekostet, sodass der Wert des betroffenen Grundstücks diesen Betrag um ein Vielfaches übersteige. Von einer Überschreitung der Opfergrenze könne hier also keine Rede sein.¹⁹

DOGMATISCHE VERTIEFUNG

Während wir uns in den letzten Entscheidungen des Monats zum öffentlichen Recht eher mit „Randgebieten“ – dem Versammlungsrecht und dem Kommunalrecht – befasst haben, widmen wir uns diesmal einem Rechtsgebiet, das wohl in jedem Examensdurchgang relevant wird: dem **Gefahrenabwehrrecht**. Allein das Polizei- und Ordnungsrecht wurde in dem Zeitraum von 2015 bis 2019 in **29,0 %** aller Klausuren zum öffentlichen Recht abgefragt.²⁰ Hier sollte nicht unerwähnt bleiben, dass auch das Baurecht, Versammlungsrecht, Waffenrecht oder das Gewerbeamt klassische „Gefahrenabwehrrecht“ darstellen. Dass euch eine solche Klausur im Examen über den Weg läuft, ist also mindestens sehr wahrscheinlich. Zumindest das Polizei- und Ordnungsrecht

muss im Examen sitzen; hier darf man nicht auf Lücke lernen! Wenngleich sich die oben aufgezählten Rechtsgebiete unterscheiden, stehen sie im Wesentlichen auf einem ähnlichen „Fundament“. Das kann man sich beim Lernen zu Nutze machen. Zentrale Punkte des Gefahrenabwehrrechts sind beispielsweise der **Gefahrenbegriff** aber auch die **Störerauswahl**. Gerade letzteres bietet eine Vielzahl an kleinen Problemen, die sich regelmäßig in Examensklausuren wiederfinden. So dürfte beispielsweise der „Anscheins-“ oder „Verdachtsstörer“ jedem angehenden Examenskandidaten ein Begriff sein. Im dogmatischen Teil wollen wir uns daher mit den Grundlagen und den wichtigsten Problemen des „Störers“, die ihr im Examen beherrschen müsst, auseinandersetzen.

I. DIE STÖRER-AUSWAHL

Wird eine Zivilperson zur Gefahrenabwehr, z.B. mit Mitteln des Polizei- und Ordnungsrechts, in Anspruch genommen, stellt dies in aller Regel einen **Grundrechtseingriff** dar. Wegen des Vorbehalts des Gesetzes (**Art. 20 Abs. 3 GG**) bedarf es dafür einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage: Dem tragen die **§§ 4-6 PolG NRW, §§ 17-19 OBG NRW**²¹ Rechnung.

1. DER VERHALTENSSTÖRER (§ 4 POLG NRW, § 17 OBG NRW)

Verhaltensstörer ist, wessen Handeln oder pflichtwidriges Unterlassen eine Gefahrenquelle darstellt.²² Letzteres begründet eine gefahrenabwehrrechtliche Verantwortlichkeit indes nur dann, wenn eine entsprechende Pflicht

¹⁸ OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640, Rn. 28.

¹⁹ OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640, Rn. 28.

²⁰ <https://klausurenkurs.uni-koeln.de/klausurenkurs/auswertung-der-examensklausuren>

²¹ Vergleichbare Regelungen finden sich in jedem Landes-POR.

²² Poscher/Rustenberg, JuS 2011, 1082 (1083).

zum Handeln bestand.²³ Das setzt nach h.M. eine „**besondere, auf öffentlich-rechtlichen Normen beruhende Rechtspflicht** zu polizeimäßigem Handeln voraus.²⁴ Auf ein **Verschulden** des Störers kommt es hingegen nicht an, was schon zwangsläufig aus **§ 4 Abs. 2 PolG NRW, § 17 Abs. 2 OBG NRW** folgt; ausreichend ist, wenn dem Handelnden die Verursachung der Gefahr **zurechenbar** ist.²⁵ Ausgangspunkt ist auch hier – wie im Straf- und Zivilrecht – die **conditio-sine-qua-non-Formel**, die durch normative Erwägungen einzuschränken ist.²⁶

Vorherrschend ist an dieser Stelle die sog. **Theorie der unmittelbaren Verursachung**. Danach ist Verhaltensstörer nur, wessen Verhalten selbst unmittelbar die konkrete Gefahr oder Störung setzt und damit die Gefahrengrenze überschreitet.²⁷ Die bloß **mittelbare** Verursachung genügt grundsätzlich nicht.²⁸

²³ Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 4 Rn. 8.

²⁴ VGH Hessen, Urt. v. 25.03.2009 – 6 A 2130/08, BeckRS 2009, 138728, Rn. 59.

²⁵ BVerwG, Urt. v. 29.10.1982 – 4 C 4/80, BeckRS 1982, 2963; Poscher/Rustenberg, JuS 2011, 1082 (1083).

²⁶ Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 4 Rn. 6 f.

²⁷ BVerwG, Beschl. v. 28.02.2008 – 7 B 12/08, BeckRS 2008, 33763 (Rn. 3); OVG NRW, Urt. v. 20.09.2017 – 16 A 1920/09, BeckRS 2017, 133013, Rn. 69.

²⁸ OVG NRW, Urt. v. 20.09.2017 – 16 A 1920/09, BeckRS 2017, 133013, Rn. 69; Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 4 Rn. 7.

A) KLAUSURPROBLEM: DER SOG. „ZWECKVERANLASSER“ ALS VERHALTENSSTÖRER

Eine klausurrelevante Ausnahme von dem Grundsatz, dass der bloß mittelbare Verursacher nicht als „Störer“ in Anspruch genommen werden kann, ist die Rechtsfigur des sog. „**Zweckveranlassers**“. Als solcher wird bezeichnet, wer eine an sich neutrale Handlung vornimmt, die als solche die Gefahrenquelle nicht unmittelbar überschreitet, in **zurechenbarer Weise** aber einen **Dritten** zur Gefährdung/Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung veranlasst.²⁹ Unter welchen Voraussetzungen der Zweckveranlasser zum polizeipflichtigen Störer wird, ist dabei umstritten. Studierende sollten im Examen zumindest die folgenden Auffassungen kennen und darstellen:

Zum Teil wird eine sog. **subjektive Lehre** vertreten.³⁰ Danach setzt eine Zurechnung voraus, dass der Zweckveranlasser die **Absicht** (= *dolus directus* 1. Grades) hatte, das unmittelbar störende Verhalten hervorzurufen. Eine daran anknüpfende Lehre, die auch als sog. **eingeschränkt-subjektive Theorie**³¹ bezeichnet wird, will ausreichen lassen, dass der Zweckveranlasser die Verursachung eines unmittelbar störenden Verhaltens zumindest **billigend in Kauf nimmt** (= *dolus eventualis*), was auch nach **objektiven Kriterien** beurteilt werden kann.

Die wohl herrschende sog. **objektive Lehre** stellt allein auf den objektiven Verantwortungs- und Wirkungszusammenhang zwischen Veranlassung und unmittelbarem Störerverhalten

²⁹ VGH Hessen, Beschl. v. 07.07.2023 – 8 B 921/23, BeckRS 2023, 16421, Rn. 16; Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 4 Rn. 12.

³⁰ Selmer, JuS 1992, 97 (99); vgl. im Übrigen Wobst/Ackermann, JA 2013, 916 (917 Fn. 12).

³¹ Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 11.04.2007 – 7 A 678/07, BeckRS 2007, 23396.

ab.³² Maßgeblich ist, ob sich die unmittelbare Störung aus Sicht eines objektiven Dritten als **naheliegende Folge** des Verhaltens des Zweckveranlassers darstellt.³³

B) ZURECHNUNG FREMDEN VERHALTENS (§ 4 ABS. 2, 3 POLG NRW, § 17 ABS. 2, 3 OBG NRW)

Weniger bekannt sind die Vorschriften des **§ 4 Abs. 2 u. 3 PolG NRW** und **§ 17 Abs. 2 u. 3 OBG NRW (lesen!)**. Ohne auf diese kaum klausurrelevanten Normen näher einzugehen, sei hier nur das wichtigste kurz erwähnt. In jedem Fall müssen Studierende beachten, dass diese Normen nur eine „**Zusatzhaftung**“ begründen! Die handelnde Behörde darf die Erziehungsberechtigten, den Betreuer oder den Geschäftsherrn daher nur **neben** dem Minderjährigen/Betreuten/Verrichtungsgehilfen in Anspruch nehmen, wenn dieser auch **tatsächlich nach den §§ 4 ff. PolG NRW, §§ 17 ff. OBG NRW verantwortlich** ist.³⁴ Das muss in der Klausur dann auch geprüft werden!

Hier sei mir noch eine weitere Bemerkung zu der Inanspruchnahme von Minderjährigen/Geschäftsunfähigen erlaubt, die zwar nicht direkt an den „Störerbegriff“, gleichwohl aber an die Person des Störers anknüpft und ebenfalls

wegweisend für die Klausur ist. Bitte beachtet, dass diese Personengruppen zwar **Inhaltsadressat, nicht aber Bekanntgabeadressat** einer Maßnahme sein können.³⁵ Ein **Verwaltungsakt** kann daher nicht wirksam an einen Geschäftsunfähigen bzw. in seiner Geschäftsfähigkeit Beschränkten adressiert werden, sondern muss dessen gesetzlichen Vertreter gegenüber bekannt gegeben werden.³⁶ Anderenfalls wurde der VA nicht wirksam i.S. von **§ 41 Abs. 1 VwVfG** bekannt gegeben und hat – unabhängig davon, ob die handelnde Behörde dies hätte erkennen können – gem. **§ 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG** keine Wirksamkeit erlangt.³⁷ Heißt für die Maßnahme: Es muss sich in diesem Fall zwangsläufig um einen **Realakt** handeln. Dem muss insbesondere **prozessual** Rechnung getragen werden: Realakte werden mit der **allg. Leistungsklage** oder **Feststellungsklage** angegriffen. Auch im Vollstreckungsrecht muss dann berücksichtigt werden, dass nur ein **Sofortvollzug** nach **§ 50 Abs. 2 PolG NRW, § 55 Abs. 2 VwVG NRW** in Betracht kommt.³⁸

2. DER ZUSTANDSSTÖRER (§ 5 POLG NRW, § 18 OBG NRW)

Die Figur des Zustandsstörers trägt dem Umstand Rechnung, dass eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, neben persönlichem Verhalten einer Person, auch von der **Beschaffenheit einer Sache** oder dessen

³² OVG Niedersachsen, Urt. v. 24.09.1987 – 12 A 269/86, NVwZ 1988, 638 (639); OVG NRW, Beschl. v. 19.02.2018 – 4 A 218/16, BeckRS 2018, 3191, Rn. 25; Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 4 Rn. 14.2; Schoch, JURA 2009, 360 (363).

³³ Dieser Auffassung lässt sich gut mit den Argumenten folgen, dass subjektive Elemente dem POR generell fremd sind und die Effektivität der Gefahrenabwehr bei vorheriger Feststellung eines etwaigen „Vorsatzes“ erheblich beeinträchtigt wären.

³⁴ Goldhammer, JURA 2021, 638 (644); Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 4 Rn. 36 ff.

³⁵ Goldhammer, JURA 2021, 638 (639); Schenke, JuS 2016, 507 (507).

³⁶ BVerwG, Urt. v. 03.12.1965 – VII C 90/61, BeckRS 1965, 106342; Baer in: Schoch/Schneider-VwVfG, Werkstand: 3. EL August 2022, § 41 Rn. 50.

³⁷ BVerwG, Urt. v. 31.07.1984 – 9 C 156/83, BeckRS 1984, 1004; Ziekow in: Ziekow-VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 12 Rn. 12; Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs-VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 41 Rn. 50.

³⁸ Schenke, JuS 2016, 507 (510 f.).

„Lage im Raum“ ausgehen kann.³⁹ In diesem Fall kann die Behörde gem. **§ 5 PolG NRW, § 18 OBG NRW** den „Inhaber der tatsächlichen Gewalt“, den „Eigentümer“, einen „anderen Berechtigten“ (**gilt nur im PolG!**) oder den vormaligen Eigentümer zur Gefahrenabwehr in Anspruch nehmen.

Ausreichend ist, dass die Gefahr von der Sache „ausgeht“, diese also eine nicht wegzu-denkende, **unmittelbare Ursache** für das Entstehen der Gefahr setzt oder darstellt.⁴⁰ Auf ein **Verschulden** kommt es auch hier **nicht** an. Beispielsweise hat der Eigentümer die Lasten zu tragen, die daraus herrühren, dass andere oder die Natur Gefahren verursachen, die sich auf oder in der Sache materialisieren.⁴¹ Einschränkungen macht die Rechtsprechung kaum. Insbesondere hinzutretende **Kausalbeiträge Dritter** reichen nicht aus, um die Zustandsverantwortlichkeit entfallen zu lassen.⁴² Hier darf man in der Klausur wohl grundsätzlich davon ausgehen, dass – wenn mal eine „Ausnahme“ im Sachverhalt angedeutet wird

– diese nicht einschlägig ist.⁴³

Entsprechendes gilt für Gefahren, die von **Tieren** ausgehen. Hier muss einschränkend allerdings gesagt werden, dass **§ 5 Abs. 1 PolG NRW, § 18 Abs. 1 OBG NRW** nur solche Tiere erfasst, **die einen menschlichen „Herren“ haben**, der auf das Verhalten des Tieres in irgendeiner Weise einwirken kann oder es hält.⁴⁴ **Wildtiere** – beispielsweise in eine Siedlung eindringende Wildschweine oder mit Krankheitserregern infizierte Ratten – zählen zu den sog. **Naturgefahren** und begründen keine Zustandsverantwortlichkeit.⁴⁵ Anders verhält es sich, wie im obigen Fall aufgezeigt, bei einem Eichenprozessionsspinnerbefall, da hier die Verantwortlichkeit für Sachen (hier: die Eichen) greift.⁴⁶

Eine relevante Grenze der Zustandsverantwortlichkeit findet sich allerdings in **§ 5 Abs. 2 S. 2 PolG, § 18 Abs. 2 S. 2 OBG NRW**. Demnach ist der Eigentümer oder Berechtigte nicht zustandsverantwortlich, wenn der Inhaber der tatsächlichen Gewalt diese **ohne** bzw. **gegen den Willen des Eigentümers** ausübt. Man denke beispielsweise an den Diebstahl eines Kfz. Hier ist der Eigentümer/Berechtigte nicht für solche Gefahren verantwortlich, die erst während der angemessenen Nutzung von dem Fahrzeug ausgehen.⁴⁷ Zu Beachten ist jedoch,

³⁹ Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 5 Rn. 10; OVG NRW, Urt. v. 26.11.1999 – 21 A 891/98, BeckRS 2000, 20974.

⁴⁰ BayVGh, Beschl. v. 11.06.2019 – 10 CS 19/684, BeckRS 2019, 13751, Rn. 2 ff.; OVG NRW, Urt. v. 26.11.1999 – 21 A 891/98, BeckRS 2000, 20974.

⁴¹ Für zufällige Felsabgänge auf einem Grundstück: BVerwG, Beschl. v. 31.07.1998 – 1 B 229/97, BeckRS 1998, 22782; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 01.10.1997 – 11 A 12542/96, BeckRS 1997, 23278.

⁴² Für Lärmimmissionen durch einen „wildten Parkplatz“: OVG NRW, Urt. v. 26.11.1999 – 21 A 891/98, BeckRS 2000, 20974; Vermüllung einer Wohnung durch einen „Messi“: VG Arnberg, Beschl. 09.05.2008 – 3 L 336/08, BeckRS 2008, 35486; illegal betriebenes Wettbüro in der Wohnung: OVG NRW, Beschl. v. 16.11.2010 – 4 B 467/10, juris, Rn. 6.

⁴³ Eine Zustandsverantwortlichkeit wurde bspw. für den Fall abgelehnt, dass unbekannte Dritte einen Tierkadaver in einem großen Privatwald entsorgt haben, OVG NRW, Beschl. v. 13.06.2006 – 13 A 632/04, BeckRS 2006, 24019.

⁴⁴ Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 5 Rn. 12.

⁴⁵ Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 5 Rn. 12.

⁴⁶ OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 16.12.2021 – 3 M 169/21, BeckRS 2021, 40657, Rn. 3; OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640, Rn. 24.

⁴⁷ OVG NRW, Urt. v. 26.11.1999 – 21 A 891/98,



dass die Zustandsverantwortlichkeit des Eigentümers **wieder aufleben kann**, wenn sich der Dieb anschließend seiner Sachherrschaft wieder entledigt. Dann kann der Eigentümer/Berechtigte wieder als „Zustandsstörer“ in Anspruch genommen werden und muss für die Gefahren eintreten, die von dem – regelmäßig verkehrs- oder abfallrechtswidrig „entsorgten“ – Fahrzeug ausgehen.⁴⁸ Zudem soll nicht unerwähnt bleiben, dass die Inanspruchnahme des Zustandsstörers nach h.M. ausnahmsweise – wie schon im oben besprochenen Fall angeklungen – **unverhältnismäßig** sein kann, wenn eine bestimmte „**Schmerzgrenze**“ überschritten wird.⁴⁹ In diesem Fall setzt die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie der Inanspruchnahme des Eigentümers Grenzen.⁵⁰ Umstritten ist jedoch, ab wann

diese „Schmerzgrenze“ überschritten wird. Zumindest für den Fall, dass die Störung von einem Grundstück ausgeht, hat die Rspr. hier eine recht klare Formel entwickelt: Die Inanspruchnahme des Zustandsstörers ist unverhältnismäßig, wenn und soweit die Kosten der zur Gefahrenabwehr notwendigen Maßnahmen den **Verkehrswert** des betroffenen Grundstücks übersteigen.⁵¹ Das dürfte sich im Kern argumentativ auch auf andere Gegenstände übertragen lassen, soweit eine gewisse Bagatellgrenze überschritten wird.⁵²

3. DER NICHTSTÖRER (§ 6 POLG NRW, § 19 OBG NRW)

Auch der „Nichtstörer“ kann in Ausnahmefällen gem. **§ 6 PolG NRW, § 18 OBG NRW** polizeilich in Anspruch genommen werden. In der Klausur ist der Nichtstörer indes vergleichsweise selten und dient nur als „Auffangtatbestand“ für all diejenigen, die eine Verhaltens- oder Zustandsverantwortlichkeit zuvor abgelehnt haben. Daher sei in dieser Vertiefung nur auf die Vorschriften hingewiesen, aus denen sich im Übrigen auch gleich das Prüfschema für die Prüfung des „Nichtstörers“ ablesen lässt (vgl. **§ 6 Abs. 1 Nr. 1-4 PolG NRW**).

BeckRS 2000, 20974.

⁴⁸ VGH Hessen, Urt. v. 18.05.1999 – 11 UE 4648/96, BeckRS 2005, 23183, Rn. 36; Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 5 Rn. 19.

⁴⁹ **FYI – Achtung:** Das ist eine Frage, die in der **Verhältnismäßigkeit der Maßnahme** zu klären ist. Dies im Rahmen des Prüfungspunktes „Störer“ anzusprechen, wäre verfehlt.

⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 16.02.2000 – 1 BvR 242/91, BeckRS 2000, 30096311; BVerwG, Beschl. v.

22.02.2016 – 7 B 36/15, BeckRS 2016, 43730, Rn. 14 ff.; OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640 Rn. 28.

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 16.02.2000 – 1 BvR 242/91, BeckRS 2000, 30096311; BVerwG, Beschl. v. 22.02.2016 – 7 B 36/15, BeckRS 2016, 43730, Rn. 14 ff.; OVG Saarland, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640 Rn. 28.

⁵² Vgl. Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 5 Rn. 17.

**Entdecke unsere
Bildungsangebote und
baue deine Zukunft!**

Unsere Kooperationspartnerschaften:

 Rechtsanwaltskammer Hamm



 **GVP**
Gesamverband der Personaldienstleister

**Damit dein
Wissen wächst.**



feuw.fernuni-hagen.de

**Höher?
Weiter?
Bildung!**



4. SONDERFALL: DER ANSCHEINS- ODER VERDACHTSSTÖRER

Ebenfalls beliebtes Klausurproblem ist der sog. **Anscheins-** oder **Verdachtsstörer**. Dieser Rechtsfigur müsst ihr euch in der Klausur immer dann zuwenden, wenn ihr im Rahmen der „Gefahr“ nur eine **Anscheinsgefahr** bzw. einen **Gefahrenverdacht** festgestellt habt; man kann es in der Klausur also kaum übersehen.⁵³

Anscheinsstörer ist eine Person, die entweder durch ihr Verhalten eine Anscheinsgefahr⁵⁴ oder hinsichtlich einer real bestehenden Gefahr durch ihr Verhalten einen Verursacher-schein gesetzt hat.⁵⁵ Verdachtsstörer ist,

⁵³ **FYI:** Dem geht der Streit um den „subjektiven Gefahrenbegriff“ voran, vgl. hierzu: *Schenke*, JuS 2018, 505 (507 ff.).

⁵⁴ **FYI: Maßgeblicher Zeitpunkt** für die Rechtmäßigkeit der Gefahrenprognose ist eine **ex-ante-Betrachtung**. Liegt aus der Sicht eines fähigen, sachkundigen und besonnenen Beamten der Polizei bzw. der Ordnungsverwaltung zum Zeitpunkt des Einsatzes eine Gefahr vor, so ist diese Annahme dem weiteren Handeln zugrundezulegen. Stellt sich erst **im Nachhinein** heraus, dass **in Wirklichkeit keine Gefahr** vorlag, handelt es sich um eine sog. **Anscheinsgefahr**. Eine Anscheinsgefahr ist eine Gefahr, zu deren Abwehr die Polizei und die Ordnungsverwaltung auf der Grundlage einschlägiger gefahrenabwehrrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen tätig werden können. War jedoch **schon aus der ex-ante-Betrachtung** für einen fähigen, sachkundigen und besonnenen Beamten der Polizei bzw. der Ordnungsverwaltung **erkennbar, dass keine Gefahr besteht**, liegt eine sog. **Scheingefahr** vor. Ein polizei- und ordnungsbehördliches Handeln auf der Grundlage gefahrenabwehrrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen ist in diesem Falle **rechtswidrig**.

⁵⁵ VGH BaWü, Urt. v. 14.12.2010 – 1 S 338/10, BeckRS 2011, 45381; *Haurand* in: PdK NW K-30, Lsbl., 4. Fssg. Stand: Juli 2023, Kap. 3.5.3.2.

wer den Gefahrenverdacht verursacht hat.⁵⁶ Hier stellt sich im Rahmen der **§§ 4 ff. PolG, §§ 17 ff. OBG** die Frage, ob diese Personen überhaupt rechtmäßig als Störer in Anspruch genommen werden dürfen. Hier sollten euch folgende Auffassungen bekannt sein: Zum Teil wird vertreten, der Anscheins- oder Verdachtsstörer könne nur dann als „Störer“ i.S. des Polizei- und Ordnungsrechts herangezogen werden, wenn er die Anscheinsgefahr bzw. den Gefahrenverdacht **zurechenbar**, d.h. vorsätzlich oder fahrlässig, verursacht hat. Anderenfalls komme nur eine Inanspruchnahme als „Nichtstörer“ nach **§ 6 PolG NRW, § 19 OBG NRW** in Betracht.⁵⁷

Die herrschende Meinung geht indes davon aus, dass der Anscheins- bzw. Verdachtsstörer als **„normaler Störer“** i.S. des Polizei- und Ordnungsrechts **in Anspruch genommen werden kann**. Das gelte unabhängig davon, ob dieser die Sachlage schuldhaft verursacht hat; dem könne auf Sekundärebene (Kostentragungspflicht) Rechnung getragen werden.⁵⁸ Ob der Gefahrenverdacht gleich einer Gefahr im POR-Sinn ist und welche Maßnahmen den Ordnungshütern folglich gestattet sind, ist ebenso umstritten.⁵⁹ Im Falle eines Gefahrenverdachts

⁵⁶ *Schenke* in: JuS 2018, 505 (514); vgl. auch OVG NRW, Beschl. v. 14.06.2000 – 5 A 95/00, BeckRS 2000, 21932.

⁵⁷ Vgl. *Graulich* in: Liskin/Denninger-PolR, 7. Aufl. 2021, Rn. 201; *Schenke/Ruthig* in: VerwArch 87 (1996), 329 (331); *Schenke*, JuS 2018, 505 (515).

⁵⁸ OVG NRW, Beschl. v. 26.02.2013 – 2 A 1674/10, BeckRS 2013, 51220; OVG Saarland, Beschl. v. 02.07.2012 – 2 A 446/11, BeckRS 2012, 53487; VGH BaWü, Urt. v. 14.12.2010 – 1 S 338/10, BeckRS 2011, 45381; *Graulich* in: Liskin/Denninger-PolR, 7. Aufl. 2021, Rn. 201; *Barczak* in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 4 Rn. 4.1.

⁵⁹ **FYI:** In diesem Kontext ist zudem **umstritten**, ob der Gefahrenverdacht mit einer **Gefahr** im (POR-Sinne) gleichgesetzt werden kann. **Eine**

sind die Polizei und die Ordnungsverwaltung nur zur Vornahme sog. **Gefahrerforschungseingriffe** befugt. Dies sind vorläufige Maßnahmen, die nicht unmittelbar der Gefahrenbeseitigung, sondern der weiteren Erforschung des Sachverhalts und der Vorbereitung endgültiger Gefahrenabwehrmaßnahmen dienen (z.B. das Anhalten und Befragen von Störer-Verdächtigen); auch solche Maßnahmen bedürfen stets einer Ermächtigungsgrundlage⁶⁰.

Ansicht bejaht dies in jedem Falle: Sie erstellt eine Prognose nicht nur hinsichtlich der Frage der Schadenswahrscheinlichkeit, sondern auch hinsichtlich der Frage, ob eine Sachlage gegeben ist, die im Falle ihres tatsächlichen Vorliegens eine „Gefahr“ darstellen würde. **Eine andere Ansicht** nimmt dagegen eine Gefahr **nur dann an, wenn** eine ernsthafte Bedrohung wichtiger Schutzgüter nach der gegebenen Sachlage nicht ausgeschlossen werden kann. **Eine dritte Ansicht lehnt** eine Gleichsetzung des Gefahrenverdachts mit einer Gefahr strikt **ab**. Diese Ansicht steht auf dem Standpunkt, dass bei einem Gefahrenverdacht keine Gefahr vorliegen könne, weil der Beamte der Polizei bzw. der Ordnungsverwaltung – anders als bei der Anscheinsgefahr – nicht annehme, dass eine Gefahr vorliege. Auch das **Bundesverwaltungsgericht** geht in seiner jüngeren Rechtsprechung davon aus, dass im Falle des Gefahrenverdachts **keine Gefahr** vorliege; unter einem Gefahrenverdacht versteht es Sachverhalte, in denen es aus polizeilicher Sicht trotz Anhaltspunkten für das Vorliegen einer Gefahr noch an der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts mangelt.

⁶⁰ **FYI:** Z.B. § 16 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 IfSG: „ist anzunehmen, dass solche Tatsachen vorliegen“; § 39 Abs. 1 Nr. 2, § 40 Abs. 1 Nr. 2, 3, § 41 Abs. 3 Nr. 1 PolG NRW: „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ...“, pol. Generalklausel.

5. SONDERPROBLEM: RECHTSNACHFOLGE IN DIE VERHALTENSVERANTWORTLICHKEIT

Interessante Probleme stellen sich auch dann, wenn der „Störer“ verstirbt. Kann die Behörde in diesen Fällen auch gegen deren Rechtsnachfolger vorgehen, also beispielsweise nunmehr dem Erben auftragen, dass vom Erblasser rechtswidrig abgestellte Fahrzeug zu entsorgen? Wenngleich diese Thematik keinen Klausurklassiker darstellt, ist sie nach wie vor zwischen Lit. & Rspr. umstritten. Daher sollen im Folgenden zumindest die wichtigsten Grundsätze besprochen werden.

Nach der sog. **Buggingen-Entscheidungen** des BVerwG⁶¹ setzt die Rechtsnachfolge in Gefahrenabwehr- oder allgemeine öffentlich-rechtliche Pflichten **dreierlei** voraus: Es muss (1) eine Rechtsnachfolge stattgefunden haben (regelmäßig nach den Regeln des BGB oder gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des UmwG), (2) die in Rede stehenden Pflicht muss **nachfolgefähig** sein und (3) auch das öffentliche Recht muss einen Nachfolgetatbestand enthalten.⁶²

Ersteres dürfte in der Klausur regelmäßig vorgegeben bzw. ziemlich offensichtlich sein; theoretisch könnte man euch hier aber inzident Erbrecht prüfen lassen.⁶³

⁶¹ BVerwG, Ur. v. 16.03.2006 – 7 C 3/05, BeckRS 2006, 23552; BVerwG, Ur. v. 10.01.2012 – 7 C 6/11, BeckRS 2012, 48835, Rn. 15.

⁶² Vgl. zusammenfassend Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023; Wittreck, JURA 2008, 534 (537); Stückemann, JA 2015, 569 (570 ff.).

⁶³ **FYI:** Generell sollten sich Studierende im Klaren sein, dass in jeder Klausur grundsätzlich alles geprüft werden darf! Eine Regel wie „Im öffentlichen Recht darf nur öffentliches Recht geprüft werden“ gibt es nicht! Auch hier kann Basiswissen des Zivilrechts abgefragt werden, beispielsweise durch eine erbrechtliche Inzidentprüfung.

Hinsichtlich des zweiten Punktes ist etwas zu differenzieren. Als Grundsatz lässt sich aber festhalten, dass nur solche Gefahrenabwehrpflichten als nachfolgefähig einzustufen sind, die durch **vertretbare Handlungen** erfüllt werden und somit im Wege der Ersatzvornahme durchgesetzt werden können. Umgekehrt sind höchstpersönliche Handlungen und Pflichten **nicht** nachfolgefähig.⁶⁴

Im Übrigen ist danach zu differenzieren, ob nach einer Rechtsnachfolge in eine **Zustandsverantwortlichkeit** oder in eine **Verhaltensverantwortlichkeit** gefragt ist.

Die Rechtsnachfolge in die **Zustandsverantwortlichkeit** ist dabei vergleichsweise unproblematisch. Denn geht von einer Sache – beispielsweise einem Grundstück – eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne aus und wird nun im Wege der Gesamtrechtsnachfolge eine andere Person z.B. „Eigentümer“, ist diese von Beginn an ihrerseits unproblematisch Zustandsstörer i.S. von **§ 5 PolG NRW, § 18 OBG NRW**.⁶⁵ Auch rückt dieser nach h.M. in die Verfahrensposition des Vorgängers ein, wenn die Polizei gegen diesen bspw. schon eine Verfügung erlassen hat.⁶⁶

Schwieriger ist die Rechtsnachfolge in die **Ver-**

haltensverantwortlichkeit, da hier nicht lediglich eine Verfahrensposition vererbt, sondern das störende Verhalten des Vorgängers dem Rechtsnachfolger zugerechnet werden muss. Die Zurechnung wird von der wohl h.M. jedenfalls für den Fall bejaht, dass eine „**konkrete**“ bzw. „**titulierte**“ Polizeipflicht vorliegt.⁶⁷ „Tituliert“ ist eine Polizeipflicht dann, wenn ihr Inhalt gegenüber dem Bürger schon durch Verwaltungsakt o.ä. näher bestimmt, also quasi „verbriefte“ wurde.⁶⁸

Der Dritte Punkt stellt zumindest die Literatur vor die größten Probleme. Denn ein „**öffentlich-rechtlicher Nachfolgetatbestand**“ fehlt im PolG NRW sowie im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht – bis auf wenige Ausnahmen wie z.B. in **§ 4 Abs. 3 S. 1 BBodSchG** oder **§ 58 Abs. 3 BauO NRW** – regelmäßig. Aus diesem Grund steht die h.Lit. der Rechtsnachfolge in Polizeipflichten auch ablehnend gegenüber.⁶⁹ Die Rechtsprechung behilft sich hier mit der analogen Anwendung der **§§ 1922, 1967 BGB**⁷⁰, was dazu führt, dass Punkt (1) und Punkt (3) des Schemas quasi zusammenfallen.

⁶⁴ Riedel in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.11.2023, § 1922 Rn. 757; Nolte/Niestedt, JuS 2000, 1071 (1073); Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 4 Rn. 19; Einordnung von Unterlassungspflichten str., vgl. Dietlein in: Dietlein/Hellermann-ÖffR NW, 9. Aufl. 2022, § 3 Rn. 111.

⁶⁵ Riedel in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.11.2023, § 1922 Rn. 760 ff.; Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 4 Rn. 20; Nolte/Niestedt, JuS 2000, 1071 (1073); Stückemann, JA 2015, 569 (573).

⁶⁶ VGH BaWü, Urt. v. 04.07.2019 – 6 S 1269/18, BeckRS 2019, 19944, Rn. 29 ff.; Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 4 Rn. 20; Poscher/Rusteberg, JuS 2011, 1082 (1084).

⁶⁷ BVerwG, Urt. v. 22.01.1981 – IV C 62/66, BeckRS 1971, 105931; VGH BaWü, Urt. v. 28.04.1989 – 8 S 3669/88, BeckRS 1989, 1538; Riedel in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.11.2023, § 1922 Rn. 765; Stückemann, JA 2015, 569 (572).

⁶⁸ Nolte/Niestedt, JuS 2000, 1071 (1075); Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 4 Rn. 22.

⁶⁹ Stückemann, JA 2015, 569 (571); Riedel in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.11.2023, § 1922 Rn. 761, 763; vgl. auch Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 4 Rn. 18, 23.

⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 10.01.2012 – 7 C 6/11, BeckRS 2012, 48835, Rn. 15; OVG NRW, Urt. v. 17.08.2018 – 1 A 2675/15, BeckRS 2018, 20781, Rn. 33; BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 7 C 3/05, BeckRS 2006, 23552, Rn. 20, 24.

6. AUSWAHL IM FALL DER MEHRHEIT VON VERANTWORTLICHEN (STÖRERAUSWAHL)

Setzt die behördliche Befugnisnorm einen „Störer“ voraus, stellt sich auf Rechtsfolgen-seite zuletzt noch die Frage, ob die Behörde bei der **Störerauswahl** ermessensfehlerfrei vorgegangen ist. Hierzu sollten Studierende wissen, dass der Behörde hierbei ein **praktisch freies Ermessen** zusteht.⁷¹

Insbesondere besteht im Verhältnis von Verhaltens- und Zustandsstörer **kein festes Rangverhältnis** der Inanspruchnahme. Zwar liest man des Öfteren die Formel „Verhaltensstörer vor Zustandsstörer“, diese Rangfolge lässt sich aber weder den **§§ 4 ff. PolG NRW, §§ 17 ff. OBG NRW** entnehmen, noch ist sie von Verfassungswegen geboten.⁷² Sie entspringt vielmehr dem eigentlich leitenden Maxime für die Störerauswahl: der **Effektivität der Gefahrenabwehr**.⁷³ Denn regelmäßig kann der „Verhaltensstörer“ vor Ort sofort ermittelt und Zwecks Gefahrenabwehr in die Pflicht genommen werden; wer „Zustandsstörer“ ist, erschließt sich hingegen oftmals nicht unmittelbar. Entsprechendes gilt für den sog. **„Doppelstörer“**, also denjenigen, der zugleich Verhaltens- und Zustandsstörer ist. Auch hier dürfte regelmäßig einiges dafür sprechen, diesen primär in Anspruch zu nehmen, verpflichtend ist dies indes nicht.⁷⁴

⁷¹ Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 4 Rn. 32.

⁷² BVerfG, Beschl. v. 16.02.2000 – 1 BvR 242/91, BeckRS 2000, 30096311; VGH Hessen, Beschl. v. 06.01.2006 – 6 TG 1392/04, BeckRS 2006, 21378; Lepsius, JZ 2001, 22 (22); Poscher/Rustenberg, JuS 2011, 1082 (1087).

⁷³ Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 4 Rn. 32.

⁷⁴ Gornig/Hokema, JuS 2002, 21 (22); Barczak in: BeckOK-POR NW, 27. Ed. Stand: 01.11.2023, § 4 Rn. 32.

Ausgerüstet mit diesem Handwerkszeug, sollte euch die materielle Prüfung der Gefahrenabwehrklausur etwas weniger bedrohlich vorkommen. In unserer **August-Entscheidung von 2022**⁷⁵ haben wir uns zudem schwerpunktmäßig auf den **Begriff der Gefahr** im POR fokussiert. Wer also „auf Nummer sicher“ gehen möchte, dem sei diese Lektüre ergänzend ans Herz gelegt.⁷⁶

⁷⁵ <https://www.hlb-schumacher-hallermann.de/wp-content/uploads/2022/10/Entscheidung-des-Monats-August-2022.pdf>

⁷⁶ **Verfasser:** Paul Müller, Mag. iur. & Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann

Supervision: Christian Lederer, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann

Dr. Lennart Brüggemann, Rechtsanwalt bei HLB Schumacher Hallermann.



5 JURCASE BIETET: KOSTENLOSE AKTENVORTRÄGE

Nach den schriftlichen Klausuren müssen angehende Jurist:innen nur noch die mündliche Prüfung bestehen, um die juristische Ausbildung erfolgreich zu absolvieren. Dies gilt sowohl für das Erste als auch für das Zweite Examen.

Im Zweiten Staatsexamen teilt sich die mündliche Prüfung in allen Bundesländern (außer Bayern) jedoch in zwei Teile auf: den Aktenvortrag und das Prüfungsgespräch. Während das Prüfungsgespräch bereits aus dem Ersten Examen bekannt ist und die Vorbereitung mittels Protokolle möglich ist, handelt es sich bei dem Aktenvortrag um ein Novum. Hierbei ist ein kurzer Fall mündlich darzustellen, rechtlich zu lösen und ein Vorschlag für das weitere Handeln zu unterbreiten.

WARUM IST DAS GEZIELTE ÜBEN VON AKTENVORTRÄGEN WICHTIG?

Die Gesamtnote der mündlichen Prüfung kann – abhängig vom Bundesland – mit einer Gewichtung von bis zu 40% in die gesamte Examensnote einfließen und dadurch noch erheblichen Einfluss auf die Endnote nehmen. Die Beurteilung des regelmäßig vor dem Prüfungsgespräch stattfindenden Aktenvortrags fließt wiederum, je nach Bundesland, mit bis zu 16% in die Gesamtnote der mündlichen Prüfung mit ein. Er sollte daher nicht auf die leichte Schulter genommen werden.

i JURCASE INFORMIERT:

Eine Übersicht über die genaue Gewichtung der mündlichen Prüfung in deinem Bundesland findest du [HIER](#).

UNSERE SAMMLUNG AN KOSTENLOSEN ORIGINAL-AKTENVORTRÄGEN

Wir haben die Aktenvorträge nach Rechtsgebieten sortiert:

- Zivilrecht
- Strafrecht
- Öffentliches Recht
- Arbeitsrecht
- Familienrecht
- Sozialrecht
- Wirtschaftsrecht
- Steuern & Finanzen

**HIER ALLE
AKTENVORTRÄGE
AUFRUFEN UND KOSTENLOS
HERUNTERLADEN**

i JURCASE INFORMIERT:

In den meisten Bundesländern musst du Kommentare und Gesetzestexte für deine mündliche Prüfung bzw. den Aktenvortrag selbst organisieren und am Prüfungstag mitbringen. Deine vorgeschriebenen Hilfsmittel erfährst du in deiner Ladung oder in deiner Hilfsmittelverordnung. Mit dem JurCase Mietangebot für deine mündliche Prüfung und den Aktenvortrag kannst du dir die benötigten Gesetzestexte und Kommentare unkompliziert, kostengünstig und vor allem ganz individuell zusammenstellen. Miete nur das, was du auch wirklich benötigst! Informiere dich [HIER](#) über unser Angebot.



Jur § Case
JOBS

**REGISTRIERE DICH
JETZT & PROFITIERE
VON DEN NEUEN
JURCASE REWARDS!**

**EINLOGGEN,
PUNKTE SAMMELN &
PRÄMIEN SICHERN!**

HIER FINDEST DU WEITERE NÜTZLICHE FEATURES FÜR DEINE JURISTISCHE AUSBILDUNG UND DEN KARRIERESTART:



MIETANGEBOT



**E-MAIL-KURS ZUR
VORBEREITUNG AUF DAS
REFERENDARIAT**



JURCASE-SHOP



ARBEITGEBERPROFILE



WEBINARE



STELLENANZEIGEN



**LEITFADEN ZUM
REFERENDARIAT**



FALL DES MONATS



AKTENVORTRÄGE



ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS



EXAMENSERGEBNISSE



JURA-NOTENSKALA

SCHLUSSTEIL

Hinweis:

Dieses Digitalmagazin wird durch Partner:innen und Unterstützer:innen der juristischen Ausbildung finanziert und kann deshalb kostenlos angeboten werden.

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie sind als Leitfaden zu verstehen und sollen als Anregungen dienen. Herausgeberin und Autor:innen übernehmen jedoch keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Leitfaden enthaltenen Ausführungen.

Hinweis zum Urheberrecht:

Die Inhalte dieses Magazins wurden mit erheblichem Aufwand recherchiert und bearbeitet. Sie sind für den Leser:innen ausschließlich zur privaten Verwendung bestimmt. Dementsprechend gilt Folgendes:

- Die schriftliche (und auch elektronische) Verbreitung der Veröffentlichung der Informationen aus diesem Magazin darf nur unter vorheriger Zustimmung durch die Herausgeberin erfolgen. In einem solchen Fall ist die Herausgeberin als Quelle zu benennen.
- Unter „Informationen“ sind alle inhaltlichen Informationen sowie bildliche oder tabellarische Darstellungen von Informationen aus diesem Magazin zu verstehen.
- Jegliche Vervielfältigung der mit dem Magazin überlassenen Daten, insbesondere das Kopieren auf Datenträger sowie das Bereitstellen und / oder Übertragen per Datenfernübertragung ist untersagt.
- Ausgenommen hiervon sind die mit der Nutzung einhergehenden, unabdingbaren flüchtigen Vervielfältigungen sowie das Herunterladen oder Ausdrucken der Daten zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch. Vom Vervielfältigungsverbot ausgenommen ist ferner die Erstellung einer Sicherheitskopie, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzung des Leitfadens zum vertraglich vorausgesetzten, ausschließlich persönlichen Gebrauch notwendig ist. Sicherungskopien dürfen nur als solche verwendet werden.
- Es ist nicht gestattet, das Magazin im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit Dritten zur Verfügung zu stellen, sonst zugänglich zu machen, zu verbreiten und / oder öffentlich wiederzugeben.

JURCASE INFORMIERT:

Möchtest du dich zu einem Thema mitteilen oder hast du beim Lesen Lust bekommen selbst solche Erfahrungsberichte zu erstellen, dann melde dich bei unserem Redaktionsleiter Sebastian M. Klingenberg mit einer E-Mail an Redaktion@JurCase.com. Weitere Informationen zu diesem Thema findest du auch auf unserer [Homepage](#).

JURCASE GMBH

Münzstr. 27A
51379 Leverkusen
info@JurCase.com
02171 7056844

Geschäftsführender Gesellschafter:
Alexander Bangert

Amtsgericht Köln: HRB 89062
USt-IdNr.: DE308860378



IMPRESSUM