

## ZIVILRECHT

### **Problem: Abgrenzung zwischen Werk- und Mietvertrag**

#### **Einordnung: Anbringung von Werbung auf einem Kfz**

BGH, Urteil vom 07.11.2018, XII ZR 109/17

**Auf einen Vertrag über die Anbringung von Werbung auf einem Kraftfahrzeug gegen Entgelt sind die Vorschriften über den Mietvertrag anzuwenden. Ein besonderer Erfolg, der zur Einordnung als Werkvertrag führen könnte, ist in der Regel nicht vorgesehen.**

### **SACHVERHALT**

Die Klägerin vertreibt Werbeflächen auf Kraftfahrzeugen und anderen Gegenständen. Die Gegenstände erwirbt sie, um sie an soziale Institutionen zu verleihen. Der Beklagte unterzeichnete im Februar 2014 einen Vertrag über eine Werbefläche auf einem Fahrzeug, das einer Bildungseinrichtung zur Nutzung überlassen wurde. Vereinbart war ein Nettopreis von 1.760 € für eine Vertragslaufzeit von fünf Jahren.

Mit der Klage verlangte die Klägerin vom Beklagten die Bruttovergütung von 2.094 € nebst Zinsen, Mahn- und Inkassokosten. AG und LG wiesen die Klage ab. Auf die Revision der Klägerin hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung na das LG zurück.

### **LÖSUNG**

Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen sind auf den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag nicht die Vorschriften über den Werkvertrag, sondern die über den Mietvertrag anzuwenden. Maßgeblich für die Einordnung des Vertragstyps ist die rechtliche Qualifizierung der vertraglich geschuldeten Hauptleistungspflicht.

In der Zurverfügungstellung einer konkreten Werbefläche auf dem der Klägerin gehörenden Fahrzeug liegt eine Gebrauchsüberlassung gemäß § 535 BGB, bei der es einer Besitzverschaffung ausnahmsweise nicht bedarf. Die Überlassung einer Werbefläche auf einem in Benutzung der Bildungseinrichtung stehenden Kraftfahrzeug unterscheidet sich rechtlich nicht von der Reklame an Straßenbahnen, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung als Mietverhältnis qualifiziert worden ist. Soweit der Senat ähnlich gelagerte Werbegestattungen als Rechtspacht eingestuft hat, führt dies gem. § 581 II BGB ebenfalls zur Anwendung von Mietrecht. Dem steht auch nicht das Urteil des X. Zivilsenats des BGH vom 19.06.1984 (Az.: X ZR 93/83) entgegen.

Die Mietsache war hier durch Angabe einer genau bezeichneten Werbefläche in dem Vertrag hinreichend konkret bestimmt. Weiterer Bestimmungen zum konkreten Werbeerfolg bedurfte es entgegen der Ansicht des LG zur Wirksamkeit des Vertrags nicht. Die wesentliche Verpflichtung der Klägerin erschöpfte sich somit darin, dem Beklagten die Möglichkeit zu eröffnen, durch die Nutzung der Werbefläche im laufenden Geschäftsbetrieb der sozialen Institution für sich zu werben. Ein besonderer Erfolg, der zur Einordnung als Werkvertrag führen könnte, ist demgegenüber nicht vorgesehen.

## **Problem: Negativattest bei wirksamer Patientenverfügung zum Behandlungsabbruch**

### **Einordnung: Zur Notwendigkeit einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung**

BGH, Urteil vom 13.12.2018, XII ZB 107/18

Der Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme bedarf dann nicht der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1904 II BGB, wenn der Betroffene einen entsprechenden eigenen Willen bereits in einer wirksamen Patientenverfügung niedergelegt hat und diese auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. In diesem Fall hat der Betroffene diese Entscheidung selbst in einer alle Beteiligten bindenden Weise getroffen, so dass eine Einwilligung des Betreuers, die dem betreuungsgerichtlichen Genehmigungserfordernis unterfällt, in die Maßnahme nicht erforderlich ist. Wird das Gericht dennoch angerufen, weil eine der beteiligten Personen Zweifel an der Bindungswirkung einer Patientenverfügung hat und kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass eine wirksame Patientenverfügung vorliegt, die auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft, hat es auszusprechen, dass eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist (sog. Negativattest).

### **SACHVERHALT**

Die im Jahr 1940 geborene Betroffene erlitt im Mai 2008 einen Schlaganfall und befindet sich seit einem hypoxisch bedingten Herz-Kreislaufstillstand im Juni 2008 in einem wachkomatösen Zustand. Sie wird seitdem über eine Magensonde künstlich ernährt und mit Flüssigkeit versorgt. Bereits im Jahr 1998 hatte die Betroffene ein mit „Patientenverfügung“ betitelttes Schriftstück unterschrieben. In diesem war niedergelegt, dass u.a. dann, wenn keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht oder aufgrund von Krankheit oder Unfall ein schwerer Dauerschaden des Gehirns zurückbleibe, „lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben“ sollen.

Zu nicht genauer festgestellten Zeitpunkten von 1998 bis zu ihrem Schlaganfall hatte die Betroffene mehrfach gegenüber verschiedenen Familienangehörigen und Bekannten angesichts zweier Wachkoma-Patienten aus ihrem persönlichen Umfeld geäußert, sie wolle nicht künstlich ernährt werden, sie wolle nicht so am Leben erhalten werden, sie wolle nicht so daliegen, lieber sterbe sie. Sie habe durch eine Patientenverfügung vorgesorgt, das könne ihr nicht passieren. Im Juni 2008 erhielt die Betroffene einmalig nach dem Schlaganfall die Möglichkeit, trotz Trachealkanüle zu sprechen. Bei dieser Gelegenheit sagte sie ihrer Therapeutin: „Ich möchte sterben.“

Unter Vorlage der Patientenverfügung von 1998 regte der Sohn der Betroffenen im Jahr 2012 an, ihr einen Betreuer zu bestellen. Das AG bestellte daraufhin den Sohn und den Ehemann der Betroffenen zu jeweils alleinvertretungsberechtigten Betreuern. Der Sohn der Betroffenen ist, im Einvernehmen mit dem bis dahin behandelnden Arzt, seit 2014 der Meinung, die künstliche Ernährung und Flüssigkeitszufuhr solle eingestellt werden, da dies dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen der Betroffenen entspreche. Ihr Ehemann lehnt dies ab.

Das AG lehnte den Antrag der Betroffenen, vertreten durch ihren Sohn, auf Genehmigung der Einstellung der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr ab. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Betroffenen wies das LG zunächst zurück. Auf die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hob der BGH den Beschluss des LG auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LG zurück. Das LG holte ein Sachverständigengutachten zu der Frage ein, ob der konkrete Zustand der Betroffenen im Wachkoma ihr Bewusstsein entfallen lässt und ob in diesem Fall eine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht. Nachdem der Sachverständige sein Gutachten auch mündlich erläutert hatte, wies das LG die Beschwerde der Betroffenen nun mit der Maßgabe zurück, dass eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist.

Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde des Ehemanns der Betroffenen hatte vor dem BGH keinen Erfolg.

### **LÖSUNG**

Der Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme bedarf dann nicht der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1904 II BGB, wenn der Betroffene einen entsprechenden eigenen Willen bereits in einer wirksamen Patientenverfügung (§ 1901a I BGB) niedergelegt hat und diese auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. In diesem Fall hat der Betroffene diese Entscheidung selbst in einer alle Beteiligten bindenden Weise getroffen, so dass eine Einwilligung des Betreuers, die dem betreuungsgerichtlichen Genehmigungserfordernis unterfällt, in die Maßnahme

nicht erforderlich ist. Wird das Gericht dennoch angerufen, weil eine der beteiligten Personen Zweifel an der Bindungswirkung einer Patientenverfügung hat und kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass eine wirksame Patientenverfügung vorliegt, die auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft, hat es auszusprechen, dass eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist (sog. Negativattest).

Nach der Rechtsprechung des Senats entfaltet eine Patientenverfügung allerdings nur dann unmittelbare Bindungswirkung, wenn sich feststellen lässt, in welcher Behandlungssituation welche ärztlichen Maßnahmen durchgeführt werden bzw. unterbleiben sollen. Die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Patientenverfügung dürfen dabei jedoch nicht überspannt werden. Vorausgesetzt werden kann nur, dass der Betroffene umschreibend festlegt, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation will und was nicht. Maßgeblich ist nicht, dass der Betroffene seine eigene Biografie als Patient vorausahnt und die zukünftigen Fortschritte in der Medizin vorwegnehmend berücksichtigt. Nicht ausreichend sind jedoch allgemeine Anweisungen, wie die Aufforderung, ein würdevolles Sterben zu ermöglichen oder zuzulassen, wenn ein Therapieerfolg nicht mehr zu erwarten ist. Auch die Äußerung, „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ zu wünschen, enthält jedenfalls für sich genommen keine hinreichend konkrete Behandlungsentscheidung.

Im Einzelfall kann sich die erforderliche Konkretisierung bei einer weniger detaillierten Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben. Ob in solchen Fällen eine hinreichend konkrete Patientenverfügung vorliegt, ist dann durch Auslegung der in der Patientenverfügung enthaltenen Erklärungen zu ermitteln. Im vorliegenden Fall hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 08.02.2017 (XII ZB 604/15) ausgeführt, dass die Betroffene mit der Anknüpfung ihrer Regelungen zu den ärztlichen Maßnahmen, in die sie einwilligt oder nicht einwilligt, an die medizinisch eindeutige Feststellung, dass bei ihr keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht, hinreichend konkret eine Lebens- und Behandlungssituation beschrieben hat, in der die Patientenverfügung Geltung beanspruchen soll.

Vorliegend ist diese Lebens- und Behandlungssituation auch gegeben. Nach dem Inhalt des eingeholten neurologischen Sachverständigengutachtens besteht bei der Betroffenen eindeutig ein Zustand schwerster Gehirnschädigung, bei der die Funktionen des Großhirns – zumindest soweit es dessen Fähigkeit zu bewusster Wahrnehmung, Verarbeitung und Beantwortung von Reizen angeht – komplett ausgelöscht sind. Dieser Zustand ist nach Meinung des Sachverständigen irreversibel. Aufgrund dieser Feststellungen ist die Auffassung des LG, dass bei der Betroffenen keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht und damit die Lebens- und Behandlungssituation vorliegt, an die die Betroffene in ihrer Patientenverfügung den Wunsch geknüpft hat, dass lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben sollen, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Außerdem hat das LG umfassend und sorgfältig geprüft, ob die Patientenverfügung auch eine Einwilligung der Betroffenen in den Abbruch bereits eingeleiteter lebenserhaltender Maßnahmen beinhaltet. Hierbei hat es auf der Grundlage der schriftlichen Patientenverfügung zu Recht den Aussagen der vernommenen Zeugen besondere Bedeutung beigemessen, nach denen sich die Betroffene vor ihrer eigenen Erkrankung mehrfach dahingehend geäußert hatte, dass sie nicht künstlich ernährt werden wolle. Zudem hat sich das LG im Rahmen seiner Auslegungserwägungen eingehend mit der Frage befasst, ob die in der Patientenverfügung enthaltene Formulierung „aktive Sterbehilfe lehne ich ab“, dahingehend zu verstehen sein könnte, dass die Betroffene den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen ablehnt und diese Frage verneint. Weil die Betroffene für ihre gegenwärtige Lebenssituation eine wirksame Patientenverfügung erstellt hatte, ist diese bindend: Die Gerichte sind damit nicht zur Genehmigung des Abbruchs der lebenserhaltenden Maßnahmen berufen, sondern hatten die eigene Entscheidung der Betroffenen zu akzeptieren und ein Negativattest zu erteilen.

**Anmerkung:**

*Gleiches gilt für den Ehemann, der augenscheinlich seine eigenen Wünsche, Hoffnungen und Überzeugungen an die Stelle des Willens seiner Frau gestellt hat.*

## NEBENGEBIETE

### Arbeitsrecht

#### **Problem: Kündigung: Wann muss die Schwerbehindertenvertretung beteiligt werden?**

**Einordnung: Zustimmung des Integrationsamtes kann „vorgezogen“ werden**

BAG, Urteil vom 13.12.2018, 2 AZR 378/18

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen, die ein Arbeitgeber ohne Anhörung der Schwerbehindertenvertretung ausspricht, ist zwar gem. § 95 II 3 SGB IX (seit 2018: § 178 II 3 SGB IX) unwirksam. Die Kündigung ist allerdings nicht allein deshalb unwirksam, weil der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung entgegen § 95 II 1 SGB IX a.F. (seit 2018: § 178 II 1 SGB IX) nicht unverzüglich über seine Kündigungsabsicht unterrichtet oder ihr das Festhalten an seinem Kündigungsentschluss nicht unverzüglich mitgeteilt hat.

#### **SACHVERHALT**

Die beklagte Arbeitgeberin hatte im Dezember 2016 die behördliche Zustimmung zu einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der schwerbehinderten Klägerin beantragt. Das Integrationsamt erteilte die Zustimmung mit Bescheid vom 20.02.2017. Mit Schreiben vom 07. bzw. 15.03.2017 hörte die Beklagte den Betriebsrat sowie die Schwerbehindertenvertretung zu ihrer Beendigungsabsicht an. Am 24.03.2017 kündigte sie dann das Arbeitsverhältnis der Klägerin zum 30.09.2017.

Die Klägerin hielt die Kündigung wegen der späten Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung für unwirksam und erhob Kündigungsschutzklage. Arbeitsgericht und LAG gaben der Klage statt. Auf die Revision der Beklagten hat das BAG das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückverwiesen.

#### **LÖSUNG**

Zu Unrecht hatte das Berufungsgericht angenommen, die Kündigung sei nach § 95 II 3 SGB IX a.F. unwirksam, weil die Beklagte die Schwerbehindertenvertretung erst nach Abschluss des Verfahrens vor dem Integrationsamt und nach Anhörung des Betriebsrats beteiligt habe.

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen, die ein Arbeitgeber ohne Anhörung der Schwerbehindertenvertretung ausspricht, ist zwar gem. § 95 II 3 SGB IX (seit dem 01.01.2018: § 178 II 3 SGB IX) unwirksam. Der erforderliche Inhalt der Anhörung und die Dauer der Frist für eine Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung richten sich dabei nach den für die Anhörung des Betriebsrats geltenden Grundsätzen (§ 102 BetrVG). Die Kündigung ist allerdings nicht schon allein deshalb unwirksam, weil der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung entgegen § 95 II 1 SGB IX a.F. (seit dem 01.01.2018: § 178 II 1 SGB IX) nicht unverzüglich über seine Kündigungsabsicht unterrichtet oder ihr das Festhalten an seinem Kündigungsentschluss nicht unverzüglich mitgeteilt hat.

Der Senat konnte die Wirksamkeit der Kündigung allerdings anhand der bisher getroffenen Feststellungen noch nicht abschließend beurteilen.

*Damit sind drei rechtliche Fragen beantwortet:*

**Erstens:** Der Arbeitgeber hat die Wahl, ob er zuerst die Schwerbehindertenvertretung anhört oder zuerst einen Antrag auf Zustimmung zur Kündigung beim Integrationsamt stellt. Jedenfalls führt die nachträgliche (= nicht „unverzögliche“) Anhörung der SBV nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Hier besteht künftig kein Unterschied zwischen der Anhörung des Betriebsrats und der SBV, denn der Arbeitgeber hat (unstreitig) die rechtliche Möglichkeit, den Betriebsrat erst nach der Zustimmung des Integrationsamtes zu der geplanten Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers anzuhören. Diese Reihenfolge können Arbeitgeber künftig auch bei der Anhörung der Schwerbehindertenvertretung einhalten.

**Zweitens:** Der Arbeitgeber muss die Schwerbehindertenvertretung im Rahmen der Anhörung ebenso genau informieren wie den Betriebsrat. An dieser Stelle enthält die vom BAG gezogene Parallele zur Anhörung des Betriebsrats eine gute Nachricht für die Schwerbehindertenvertretung. Denn wenn sich der Arbeitgeber bei dem „Inhalt der Anhörung“ künftig ebenso große Mühe geben muss wie bei der Betriebsratsanhörung, muss er bei der Anhörung der Schwerbehindertenvertretung genauer arbeiten als das derzeit von einigen juristischen Autoren angenommen wird.

**Drittens:** Die Schwerbehindertenvertretung hat künftig ebenso lange Zeit wie der Betriebsrat, um zu einer Information über eine geplante Kündigung Stellung zu nehmen. Konkret sind das sieben Tage bei einer vom Arbeitgeber geplanten ordentlichen Kündigung (§ 102 II 1 und 2 BetrVG) und drei Tage bei einer außerordentlichen fristlosen Kündigung (§ 102 II 3 BetrVG).

## ÖFFENTLICHES RECHT

### **Problem: Taxigenehmigung nach schwerwiegender Straftat** **Einordnung: Gewerberecht/Personenbeförderungsrecht**

OVG Koblenz, Beschluss vom 17.12.2018, 7 A 10357/18.OVG

Rechtskräftige Verurteilungen wegen schwerer Verstöße gegen strafrechtliche Vorschriften begründen im Regelfall die Annahme der Unzuverlässigkeit des Betroffenen, die die Erteilung einer Taxigenehmigung ausschließt.

### **SACHVERHALT**

Der Kläger wurde im April 2015 wegen einer im Jahr 2011 begangenen vorsätzlichen Körperverletzung zum Nachteil eines ihm als Taxifahrer anvertrauten Fahrgastes sowie wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren auf Bewährung verurteilt. Nachdem die Geltungsdauer der ihm erteilten Taxigenehmigung im Jahr 2015 abgelaufen war und die beklagte Stadt Mainz seinen Antrag auf Wiedererteilung der Taxigenehmigung abgelehnt hatte, erhob er Klage.

### **LÖSUNG**

Die Klage hat keinen Erfolg.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Wiedererteilung der Taxigenehmigung, weil er als unzuverlässig anzusehen ist. Rechtskräftige Verurteilungen wegen schwerer Verstöße gegen strafrechtliche Vorschriften begründen im Regelfall die Annahme der Unzuverlässigkeit, wenn nicht aufgrund besonderer Umstände ein Ausnahmefall vorliegt. Das Gewicht des strafrechtlichen Verstoßes beurteilt sich dabei nicht allein nach dem verhängten Strafmaß, sondern auch nach den Tatumständen. Bei der Beurteilung ist zu berücksichtigen, dass sie der Prognose dient, ob von dem Betroffenen zukünftig gesetzmäßiges Verhalten als Inhaber eines Taxibetriebs zu erwarten ist. Dabei spielt auch die Nähe der Straftat zu der Funktion als Inhaber des Gewerbebetriebs eine wichtige Rolle. Danach stellt die vorsätzliche Körperverletzung gegenüber einem Fahrgast einen schweren Verstoß in diesem Sinn dar.

Aber auch die rechtskräftige Verurteilung wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls in drei Fällen ist als ein schwerer Verstoß einzustufen. Nach den Feststellungen des strafgerichtlichen Urteils hat der Tatbeitrag des Klägers an diesen Taten darin bestanden, dass er das Tatfahrzeug angemietet und seine Mittäter zu den einzelnen Tatobjekten gefahren hat. Diese Diebstahlstaten haben daher ebenfalls einen wesentlichen Bezug zu seiner beruflichen Stellung als Taxifahrer und -unternehmer aufgewiesen, da sein Tatbeitrag sich im Ergebnis als entgeltliche Beförderung von Personen – hier jedoch im kriminellen Bereich – darstellt.

Die vom Kläger angeführten Umstände, insbesondere die Strafaussetzung zur Bewährung und der zwischenzeitlich eingetretene Zeitablauf von über sieben Jahren seit der Tatbegehung, sind nicht geeignet, die fortbestehende Vermutung seiner Unzuverlässigkeit zu widerlegen.

## **Problem: Waffenrechtliche Unzuverlässigkeit eines „Reichsbürgers“**

### **Einordnung: Versammlungsfreiheit**

OVG Koblenz, Beschluss vom 03.12.2018, 7 B 11152/18.OVG

Eine waffenrechtliche Unzuverlässigkeit, die den Widerruf einer Waffenbesitzkarte rechtfertigt, ist regelmäßig anzunehmen, wenn eine Person über reine Sympathiebekundungen in Bezug auf die „Reichsbürgerbewegung“ hinaus ausdrücklich oder konkludent ihre Bindung an in der Bundesrepublik Deutschland geltende Rechtsvorschriften in Abrede oder unter einen Vorbehalt stellt.

### **SACHVERHALT**

Die Waffenbehörde des zuständigen Landkreises widerrief die den Antragstellern erteilten Waffenbesitzkarten mit der Begründung, sie seien waffenrechtlich unzuverlässig, wie sich aus mehreren von ihnen verfassten und an verschiedene Behörden gerichteten Schriftsätzen ergebe. Aus diesen folge zweifelsfrei, dass sie dem sog. „Reichsbürger“-Spektrum zuzuordnen seien. Dagegen wehren sich die Antragsteller mit einem Eilantrag.

### **LÖSUNG**

Der Antrag hat keinen Erfolg.

Die in den Schreiben der Antragsteller zu Tage getretenen Überzeugungen und daraus abzuleitenden Grundhaltungen, die geradezu typischerweise wesentliche Elemente der „Reichsbürgerbewegung“ enthielten, rechtfertigen die Prognose der waffenrechtlichen Unzuverlässigkeit.

Eine einheitliche „Reichsbürgerbewegung“ gibt es nach den vom Ministerium des Innern und für Sport Rheinland-Pfalz veröffentlichten Informationen allerdings nicht. Vielmehr existiert ein heterogenes Spektrum, deren kleinste gemeinsame Nenner und gleichsam weltanschauliche Klammern die Leugnung der völkerrechtlichen Legitimität der Bundesrepublik Deutschland und die Nichtanerkennung ihrer Rechtsordnung sind. Wer der Ideologie der „Reichsbürgerbewegung“ folgend die Existenz und Legitimation der Bundesrepublik Deutschland negiert und die auf dem Grundgesetz fußende Rechtsordnung generell nicht als für sich verbindlich anerkennt, gibt Anlass zu der Befürchtung, dass er auch die Regelungen des Waffengesetzes zum Umgang mit Waffen und Munition nicht strikt befolgen wird. Auch jenseits der Nähe zum eigentlichen „Reichsbürger“-Spektrum rechtfertigt eine Einstellung, die die Existenz und die Legitimation der Bundesrepublik Deutschland verneint und die Rechtsordnung nicht als für sich verbindlich betrachtet, die Annahme der waffenrechtlichen Unzuverlässigkeit.

Unabhängig von der Frage, ob die Antragsteller tatsächlich der „Reichsbürgerbewegung“ im engeren Sinne zuzuordnen sind oder hiervon losgelöst nur einen Teilbereich der dortigen Grundeinstellungen übernommen haben, rechtfertigen die von beiden Antragstellern abgegebenen schriftlichen Äußerungen gegenüber Behörden und Gerichten die Prognose ihrer waffenrechtlichen Unzuverlässigkeit. Den Schreiben der Antragsteller lässt sich entnehmen, dass sie sich wesentliche Elemente der „Reichsbürgerbewegung“ zu eigen gemacht haben.

Der Antragsteller zu 1) stellt die Geltung elementarer Gesetze – der Strafprozess- und Zivilprozessordnung sowie des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten – gänzlich und grundsätzlich in Abrede. Darüber hinaus leugnet er die Existenz der Bundesrepublik Deutschland und betrachte diese vielmehr als „Non-Government-Organisation“, „Organisation einer Modalität einer Fremdherrschaft“ bzw. als Unternehmen oder GmbH.

Der Antragsteller zu 2) hängt ebenfalls einem wesentlichen Element der von „Reichsbürgern“ vertretenen Ideologie an, indem er die Staatsgewalt nicht anerkennt und demzufolge nicht bereit ist, sich strikt an die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland einschließlich der Regelungen des Waffengesetzes zu halten. Dem von den Antragstellern geltend gemachten Gesichtspunkt, dass es während eines Zeitraums von über 15 Jahren keine Gesetzesverstöße im Zusammenhang mit waffenrechtlichen Geboten oder sonstige „Übergriffe“ gegeben hat, ist kein entscheidungserhebliches Gewicht beizumessen, zumal ein Restrisiko bei der Zuverlässigkeitsbeurteilung im Bereich des Waffenrechts nicht hingenommen werden muss.



## **Problem: Verbot eines Trauermarsches**

### **Einordnung: Versammlungsfreiheit**

OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 09.11.2018, 1 S 116.18

Das Verbot der von der Initiative „Wir für Deutschland“ für den am 09.11.2018 angemeldeten Demonstration „Trauermarsch für die Toten von Politik!“ ist rechtswidrig.

### **SACHVERHALT**

Der Polizeipräsident in Berlin hatte die Demonstration, mit der nach Angaben des Anmelders am Tag des Mauerfalls den Opfern an der Grenze der ehemaligen DDR gedacht werden soll, verboten, weil eine Gefahr für die öffentliche Ordnung bestehe. Hiergegen wehrt sich der Veranstalter mit seinem Eilantrag.

### **LÖSUNG**

Der Antrag hat Erfolg.

Ein auf die Gefahr für die öffentliche Ordnung gestütztes Verbot die Feststellung setzt voraus, dass von der konkreten Art und Weise der Durchführung der Versammlung Provokationen ausgehen, die dem Gedenken an die Pogrome vom 09.11.1938 eindeutig zuwider liefen. Die Versammlungsbehörde hat aber keine hinreichend konkreten Umstände für ein aggressives und provokatives Verhalten festgestellt, das andere davon abhalten könnte, sich ungestört dem Gedenken zuzuwenden. Allein die Zusammensetzung des erwarteten Teilnehmerkreises und dessen bloßes Auftreten reichen nicht aus, das Verbot zu erlassen, auch wenn die Wahl des Tages als Versammlungstermin von vielen Bürgern als unpassend und mit dem Gedenken an die Opfer des Nationalsozialismus unvereinbar wahrgenommen werden kann.

## Problem: Entlassung eines rechtsgesinnten Beamten auf Probe Einordnung: Beamtenrecht

VGH Kassel, Beschluss vom 22.10.2018, 1 B 1594/18

Ein Beamter auf Probe, der unter anderem an NPD-nahen Demonstrationen teilgenommen hat, darf wegen Zweifeln an seiner Bereitschaft, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten, entlassen werden.

### SACHVERHALT

Dem Antragsteller, einem Beamten auf Probe, wurde unter anderem vorgeworfen, an zwei Demonstrationen teilgenommen zu haben, an denen auch für ihn erkennbar Aktivisten der neonazistischen Szene und der NPD in nicht unerheblicher Zahl teilgenommen haben. So hatte er am 30.01.2016 an einer gegen die Asyl- und Flüchtlingspolitik der Bundesregierung gerichteten Demonstration unter dem Motto „Büdingen wehrt sich - Asylflut stoppen“ teilgenommen und dabei gemeinsam mit anderen Teilnehmern ein Transparent mit der Aufschrift „Asylbetrug macht uns arm“ geführt. Bei dieser Aufschrift handelte es sich um eine NPD-Kampagne aus dem Jahr 2015. Nach einer Lageeinschätzung des Bundesinnenministeriums wurde die Demonstration von der NPD beworben und führte u.a. zu besonderer medialer Aufmerksamkeit, weil sie ausgerechnet am 83. Jahrestag der Machtergreifung Adolf Hitlers stattfand und von der Veranstalterin ursprünglich als Aufzug mit Fackeln geplant war, was gerichtlich jedoch untersagt wurde. Außerdem hatte der Antragsteller bereits am 14.11.2015 an einer ähnlichen Demonstration in Wetzlar teilgenommen, sich zudem auch in verschiedenster Weise in den sozialen Medien u.a. über Flüchtlinge geäußert und dort Kontakte zu Persönlichkeiten der rechten Szene gepflegt. Weiterhin hat er Beiträge von Personen aus dem rechtsextremen Spektrum im sozialen Netzwerk Facebook „geliked“ und entsprechende „Likes“ von solchen Personen erhalten. Besondere Bedeutung hat, dass der Probebeamte, nachdem er vom Dienstherrn (nochmals) auf seine Beamtenpflichten hingewiesen worden war, auf seinem Facebookprofil zum Datum „20. April“ einen Beitrag öffentlich eingestellt hatte, dessen Interpretation als Verherrlichung von Adolf Hitler naheliegt. Er hatte „einer der bedeutendsten Personen der deutschen Geschichte“ zum Geburtstag gratuliert und dabei auszugsweise gepostet: „Egal wie laut die Menschen heute gegen Dich hetzen, damals hätten sie alle mitgemacht! Von vielen wirst Du gehasst, und von vielen jedoch genauso verehrt. Ganz egal wie oft sie Deinen Namen versuchen in den Dreck zu ziehen, ganz egal wie oft man versucht in irgendwelchen Pseudo-Dokumentationen die damalige Zeit als ‚soooo furchtbar‘ schlimm zu degenerieren. Du bist das, was sie niemals werden: Ein bedeutender Teil der deutschen Geschichte! In diesem Sinne: Alles Gute zum Geburtstag, Jasmin 'Blümchen' Wagner!“

Das Regierungspräsidium Darmstadt hatte gegen den Antragsteller aufgrund der Teilnahme an einer der Demonstrationen zunächst ein Disziplinarverfahren durchgeführt und eine Ermahnung ausgesprochen. Als nach und nach immer mehr Tatsachen bekannt wurden, wurde er erst von seinen Dienstpflichten entbunden und sodann am 05.10.2017 aus dem Beamtenverhältnis auf Probe entlassen. Durch sein Verhalten biete der Antragsteller keine Gewähr dafür, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten, und habe sich deshalb als im beamtenrechtlichen Sinne insgesamt ungeeignet erwiesen.

Der Antragsteller ersucht um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes.

### LÖSUNG

Der Antrag hat keinen Erfolg.

Der Antragsteller war wegen Nichtbewährung aus dem Dienst zu entlassen. Eine Gesamtschau der dem Beamten auf Probe zur Last gelegten Verhaltensweisen rechtfertigt, dass der Dienstherr Zweifel an der Bereitschaft des Beamten hegt, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten.

Um Missverständnissen vorzubeugen ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die bloße Teilnahme eines Beamten an einer die Asyl und Flüchtlingspolitik der Bundesregierung kritisierenden Versammlung und auch das Tragen eines Transparents mit der Aufschrift „Asylbetrug macht uns arm“ für sich genommen nicht schon den Schluss auf eine mangelnde Bereitschaft des Beamten zulassen, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzustehen.

## **Problem: Verbot eines AfD-Tweets**

### **Einordnung: Meinungsfreiheit**

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 24.10.2018, 6 U 65/18

Die Rhein-Neckar-Zeitung GmbH (RNZ GmbH) kann die von dem Schatzmeister des AfD Kreisverbandes Heidelberg auf seinem Twitter Account getätigte Äußerung, die RNZ GmbH unterstütze die Antifaschistische Initiative Heidelberg, nicht verbieten lassen.

### **SACHVERHALT**

Die Rhein-Neckar-Zeitung GmbH (RNZ GmbH) beantragte, den AfD Kreisverband Heidelberg und dessen Schatzmeister zur Unterlassung der Aussage zu verurteilen, „die RNZ GmbH unterstützt die Antifaschistische Initiative Heidelberg (AIHD)“. Diese Aussage verbreitete der Schatzmeister des AfD Kreisverbandes Heidelberg in einem Beitrag auf seinem Twitter Account zusammen mit weiteren Behauptungen und einer Videosequenz, in der die Aussage wiederholt wurde. Die RNZ GmbH ist der Ansicht, bei dieser Aussage handele es sich um eine Tatsachenbehauptung, die objektiv falsch und diffamierend sei.

### **LÖSUNG**

Der Antrag der RNZ GmbH hat keinen Erfolg.

Bei der angegriffenen Aussage handelt es sich nicht um eine Tatsachenbehauptung, sondern um ein – pauschales – Werturteil und damit um eine Meinungsäußerung. Meinungsäußerungen sind weitgehend durch das Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 I 1 GG) geschützt, während unwahre Tatsachenbehauptungen unzulässig sind. Eine konkret greifbare Tatsache, was mit der behaupteten „Unterstützung“ gemeint sein soll, lässt sich der Äußerung nicht entnehmen. Die Aussage ist zudem im Zusammenhang mit weiteren, klar wertenden Aussagen getroffen worden, so dass die Äußerung insgesamt als pauschales Werturteil, also eine Meinungsäußerung, zu beurteilen ist. Daher ist auch nicht darüber zu entscheiden, ob die Äußerung wahr oder unwahr ist. Bei der bei Meinungsäußerungen vorzunehmenden Abwägung des unternehmerischen Persönlichkeitsrechts der RNZ GmbH gegen das Interesse der Beklagten an der freien Rede überwiegt das Interesse der Beklagten. Ein Ausnahmefall, in dem auch eine Meinungsäußerung unzulässig ist, liegt nicht vor. So ist die Grenze zur sog. „Schmähekritik“ – also einer Äußerung, bei der die Diffamierung der Person nahezu alleiniger Inhalt ist – nicht überschritten. Auch in ihrer Pauschalität ist der Unterstützungsvorwurf nicht vorrangig auf eine Diffamierung der RNZ GmbH gerichtet. Für den Erhalt der wichtigen Funktion der Presse im demokratischen Staat als „Wachhund der Öffentlichkeit“ ist es im Übrigen unabdingbar, dass auch Missstände bei der Presse Gegenstand der öffentlichen Diskussion sein können. Ob die geäußerte Kritik berechtigt ist, ist für den Schutz der Meinungsäußerung nicht entscheidend. Bei der Abwägung ist auch berücksichtigt worden, dass die Beklagten im Rechtsstreit eine konkrete Berichterstattung – nämlich den Hinweis in der RNZ auf eine (Gegen-)Veranstaltung der AIHD bei gleichzeitigem Hinweis auf die anstehende Veranstaltung der AfD – als Grund für ihre umstrittene Äußerung nennen. Für die Zulässigkeit des vorliegenden Werturteils ist der Tatsachenkern – die RNZ berichte über eine Veranstaltung der AIHD – hinreichend.

## STRAFRECHT

## Problem: Abgrenzung Versuch von Vollendung bei Diebstahl in Selbstbedienungsgeschäft

Einordnung: Gewahrsamsenklaue im Selbstbedienungsgeschäft

KG, Beschluss vom 22.10.2018, (2) 161 Ss 59/18 (12/18)

Das sichtbare Wegtragen von Waren begründet innerhalb der Geschäftsräume noch keinen neuen Gewahrsam des Täters. Sofern er sich dabei noch innerhalb des durch Sicherungsmaßnahmen begrenzten Geschäftsbereichs aufhält, ist der Diebstahl daher nur versucht, nicht aber vollendet.

### SACHVERHALT

Der Angeklagte hielt sich in der Parfümerieabteilung des Kaufhauses Karstadt auf. Er entnahm den Auslagen vier Packungen mit Parfüm zum Gesamtverkaufspreis von 438,96 Euro und hielt die vier Packungen vor seinem Körper mit Armen und Händen. Mit den Packungen vor seinem Körper bewegte er sich langsam durch das Erdgeschoss, wobei er sich immer wieder umschaute und auch an einer Auslage stehen blieb. Er hatte Kopfhörer im Ohr und telefonierte. Eine Kasse steuerte er nicht an, sondern bewegte sich allmählich zum Ausgang, wobei er die Packungen weiterhin vor seinem Körper trug. Beim Verlassen des Geschäfts ertönte eine Warensicherungsanlage und der Angeklagte wurde von zwei Sicherheitsmitarbeitern festgehalten und ohne Widerstand ins Büro geführt. Der Angeklagte handelte, um das Parfüm ohne Bezahlung für sich zu behalten. Während der gesamten Zeit trug er eine Umhängetasche über der Schulter, deren Taschenfach sich in Hüfthöhe befand. Im Hauptfach war ein Pfefferspray sowie ein 11 cm langer Maulschlüssel, der an einem Ende spitz angeschliffen war. Diese Gegenstände führte der Angeklagte zur Selbstverteidigung bei sich.

### LÖSUNG

In dieser Handlung hat das Amtsgericht zu Unrecht einen vollendeten Diebstahl mit Waffen gesehen. Die Wegnahme im Sinne von § 242 I StGB ist erst dann vollendet, wenn der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie unbehindert durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits über die Sache nicht mehr verfügen kann. Im Selbstbedienungsladen liegt eine vollendete Wegnahme durch den Täter, der die Kassenzone noch nicht passiert hat, insbesondere vor, wenn der Täter Sachen geringen Umfangs einsteckt oder sie sonst verbirgt. Das war hier aber noch nicht geschehen, denn der Angeklagte trug die Flaschen mit dem Parfüm sichtbar vor seinem Körper, als er das Kaufhaus nach den getroffenen Feststellungen mit dem Parfüm verlassen wollte. Allein das „offene“ Wegtragen vor dem Körper begründete innerhalb der Gewahrsamsphäre des Ladeninhabers noch keine Gewahrsamsenklaue. Hiernach war die Wegnahme der Waren versucht aber noch nicht vollendet.

Dabei führte der Angeklagte auch Waffen im Sinne des § 244 I Nr. 1a StGB bei sich.

Das Pfefferspray ist ein von § 244 I Nr. 1a StGB erfasstes Tatmittel. Dabei bedarf keiner Entscheidung, ob es sich um eine „Waffe“ oder um „ein anderes gefährliches Werkzeug“ handelt. Jedenfalls handelt es sich aber um ein „anderes gefährliches Werkzeug“, weil das in der Dose enthaltene Pfefferspray nach seiner konkreten objektiven Beschaffenheit geeignet ist, einem Opfer erhebliche Körperverletzungen zuzufügen.

Aus den zu der Tat getroffenen Feststellungen ergibt sich, dass der Angeklagte das Pfefferspray während der gesamten Ausführungsphase des versuchten Diebstahls des Parfüms „bei sich geführt hat“. Für dieses Merkmal genügt, wenn der Täter den fraglichen Gegenstand bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich seiner jederzeit bedienen kann. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn sich der Gegenstand derart in räumlicher Nähe befindet, dass ein Zugriff ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne nennenswerte Schwierigkeiten möglich ist; dafür genügt in räumlicher Hinsicht Griffweite. Der Grund für die gegenüber dem Grundtatbestand höhere Strafdrohung liegt gerade in der mit dem Beisichführen eines gefährlichen Gegenstandes einhergehenden erhöhten abstrakt generellen Gefährlichkeit der Tatbegehung, die ihrerseits ihre Ursache in der latenten Gefahr des Einsatzes der fraglichen Gegenstände als Nötigungsmittel findet.

Auch bei dem spitz angeschliffenen Maulschlüssel handelt es sich – ähnlich wie bei einem Multifunktionswerkzeug – um einen gefährlichen Gegenstand. Denn er ist geeignet, Personen nicht unerhebliche Verletzungen zuzufügen. Die vorgenommene Manipulation hat das Amtsgericht ausreichend festgestellt. Einer Verwendungsabsicht bedarf es auch hier nicht.

## Problem: Voraussetzungen einer Verurteilung wegen Verabredung zum Mord

### Einordnung: Hinreichende Konkretisierung der Haupttat

BGH, Beschluss vom 21.11.2018, 1 StR 506/18

1. Bei der Verabredung eines Verbrechens nach § 30 II Alt. 3 StGB muss die in Aussicht genommene Tat zwar nicht bereits in allen Einzelheiten festgelegt, sie muss aber zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen konkretisiert sein. Auch wenn Zeit, Ort und Modalitäten der Ausführung im Einzelnen noch offen sein können, dürfen gleichwohl Tatzeit, Tatbeteiligte, Tatobjekt und sonstige Umstände der Tat nicht völlig im Vagen bleiben, weil sonst die Strafbarkeit zu weit ins Vorfeld der eigentlichen Tat vorverlagert würde.
2. Ein ins Auge gefasstes Tötungsdelikt ist dann noch nicht hinreichend konkretisiert, wenn weder die Tatzeit und die konkrete Begehungsform näher bestimmt worden sind, noch das Opfer - unter mehreren in Betracht kommenden Personen - benannt ist und die Erlangung von Geldmitteln zur Beschaffung einer oder mehrerer Waffen gesichert erscheint. Ein allgemeines Planungs- und Vorbereitungsstadium erfüllt noch nicht die Anforderungen des § 30 II Alt. 3 StGB.

### SACHVERHALT

Das LG hat den Angeklagten (A) wegen Verabredung zum Mord und wegen Bedrohung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und acht Monaten und den nicht revidierenden, zur Tatzeit noch heranwachsenden Mitangeklagten (H) wegen Verabredung zum Mord in Tateinheit mit sich Bereiterklären zum Erwerb von Kriegswaffen unter Einbeziehung weiterer Strafen aus früheren Verurteilungen zu einer Jugendstrafe von sechs Jahren und acht Monaten verurteilt. A hat gegen das Urteil auf die Verletzung materiellen Rechts gestützt Revision eingelegt.

### LÖSUNG

Die Strafbarkeit wegen Verabredung eines Verbrechens setzt nach § 30 II 3. Alt. StGB den Entschluss von mindestens zwei Personen zur Begehung eines bestimmten Verbrechens als Mittäter voraus. Die in Aussicht genommene Tat muss dabei nicht bereits in allen Einzelheiten festgelegt, sie muss aber – ebenso wie dies beim Tatplan für eine mittäterschaftliche Tatbestandsverwirklichung oder beim Anstiftervorsatz der Fall ist – zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen konkretisiert sein. Eine strafbare Verabredung wird danach zwar nicht dadurch ausgeschlossen, dass Zeit, Ort und Modalitäten der Ausführung im Einzelnen noch offen sind. Tatzeit, Tatbeteiligte, Tatobjekt und sonstige Umstände der Tat können indes nicht völlig im Vagen bleiben, weil sonst die Strafbarkeit zu weit ins Vorfeld der eigentlichen Tat vorverlagert würde. Besondere Anforderungen gelten vor allem dann, wenn es – wie vorliegend – bei der verabredeten Tat um eine Straftat gegen die Person geht.

Hieran gemessen war das vorliegend von den Angeklagten ins Auge gefasste Tötungsdelikt noch nicht hinreichend konkretisiert. Weder war nach den Feststellungen des Landgerichts die Tatzeit näher bestimmt noch die konkrete Begehungsform. Gesprochen wurde über einen Überfall auf die in der Justizvollzugsanstalt befindlichen S., B. und M., denen ein Mord am Bruder des Mitangeklagten zur Last gelegt wurde, sowie über ein Werfen von Handgranaten oder die Abgabe von Schüssen in die Werkstatt oder das Haus des Ma., dem Onkel von S. und B. Gerade in Anbetracht der erheblichen Schwierigkeiten des Mitangeklagten, die für den Erwerb der zur Tatbegehung erforderlichen Waffen nötigen Geldmittel zu beschaffen, war auch der Zeitpunkt der Tatbegehung noch ungewiss. Die Verabredung hatte sich auch noch nicht auf eine konkrete Person fokussiert, auf die der Angriff gerichtet sein sollte. Vielmehr standen nach den Feststellungen des Landgerichts S., B. und M. als mögliche Zielpersonen im Raum sowie deren Angehörige und etwa im Anwesen des Ma. aufhältige Personen. Es lag damit hinsichtlich des ins Auge gefassten Tötungsdelikts lediglich ein allgemeines Planungs- und Vorbereitungsstadium vor, das sich noch nicht auf eine den Anforderungen des § 30 II 3. Alt. StGB entsprechend konkretisierte Tat bezog.

#### Anmerkung für Referendare:

*Die Aufhebung des Urteils ist gemäß § 357 StPO auf den nicht revidierenden Mitangeklagten K. zu erstrecken. Auch dessen Verurteilung beruht auf der unzutreffenden Annahme, aus den getroffenen Feststellungen ergebe sich eine Verabredung der Angeklagten zur Begehung eines in seinen wesentlichen Grundzügen konkretisierten Tötungsdelikts. Da das Tatgeschehen und dessen rechtliche Bewertung hinsichtlich beider Angeklagter auch mit Blick auf den möglichen Verstoß gegen das Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen in einem untrennbaren Zusammenhang stehen, erstreckt sich die teilweise Aufhebung des Urteils auf die Verurteilung des Mitangeklagten K. insgesamt.*