

## ZIVILRECHT

### **Problem: Kein Abhandenkommen bei täuschungsbedingter Weggabe** **Einordnung: Gutgläubiger Erwerb einer beweglichen Sache**

OLG Hamm, Urteil vom 12.07.2018, 5 U 133/17

Der gutgläubige Erwerb ist ausgeschlossen, wenn die Sache dem Eigentümer abhandengekommen ist. Abhandengekommen ist die Sache aber dann nicht, wenn ein Eigentümer täuschungsbedingt, aber letztlich doch freiwillig die Sache einer anderen Person übergeben hat.

#### **SACHVERHALT**

Der Beklagte hatte eine Herrenarmbanduhr für 12.000 Euro erworben. Ein Jahr später wollte er die Uhr wieder verkaufen und traf sich dafür mit einem potenziellen Käufer in einem Hotel. Dieser wollte sich angeblich von einem in der Nähe befindlichen Experten die Echtheit der Uhr bestätigen lassen. Zu diesem Zweck übergab der Beklagte ihm die Uhr, behielt aber die Garantiekarte der Uhr bei sich. Der angebliche Käufer verließ daraufhin das Hotel und kehrte nicht zurück. Das Ermittlungsverfahren musste die Staatsanwaltschaft einstellen, weil sie den Täter nicht ermitteln konnte.

Später erwarb der Kläger die Uhr bei einem Kölner Gebrauchtuhrhändler ohne dazugehörige Garantiekarte. Anlässlich einer Revision der Uhr bei dem Hersteller konnte dieser feststellen, dass die Uhr zur Sachfahndung ausgeschrieben war, woraufhin die Polizei sie beschlagnahmte. Kläger und Beklagter streiten nun darüber, ob der Kläger das Eigentum an der Uhr von dem Kölner Gebrauchtuhrhändler erhalten konnte.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG gab der Berufung des Klägers statt.

#### **LÖSUNG**

Der Kläger hat von dem Kölner Gebrauchtuhrhändler das Eigentum an der Uhr erworben. Das war möglich, weil die Uhr dem Beklagten nicht abhandengekommen ist. Der Beklagte hat die Uhr an den angeblichen Käufer zwar täuschungsbedingt, aber doch freiwillig übergeben und damit jeden Zugriff auf die Uhr verloren.

Das Zurückbehalten der Garantiekarte führt zu keiner anderen Bewertung, da es einen Markt für Uhren ohne zugehörige Garantiekarte gibt.

Damit ist es möglich, dass schon der Gebrauchtuhrhändler wirksam das Eigentum an der Uhr und der Kläger die Uhr somit von einem Berechtigten erworben hat. Selbst wenn man aber die Nichtberechtigung des Gebrauchtuhrhändlers unterstellt, hat der Kläger zumindest gutgläubig Eigentum erworben, weil er sich nicht grob fahrlässig verhalten hat.

## NEBENGEBIETE

### Arbeitsrecht

#### **Problem: Vererblichkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs**

##### **Einordnung: Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs**

BAG, Urteil vom 22.01.2019, 9 AZR 45/16

Endet das Arbeitsverhältnis mit dem Tod des Arbeitnehmers, so haben dessen Erben nach § 1922 I BGB i.V.m. § 7 IV BUrlG Anspruch auf Abgeltung des von dem Erblasser nicht genommenen Urlaubs. Der Abgeltungsanspruch der Erben umfasst dabei nicht nur den Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub nach §§ 1, 3 I BUrlG von 24 Werktagen, sondern auch den Anspruch auf Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen nach § 125 I 1 SGB IX a.F. sowie den Anspruch auf Urlaub nach § 26 TVöD, der den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigt.

#### **SACHVERHALT**

Die Klägerin ist Alleinerbin ihres am 20.12.2010 verstorbenen Ehemanns (Erblasser), dessen Arbeitsverhältnis mit der Beklagten durch seinen Tod endete. Laut § 26 des auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren TVöD standen dem Erblasser in jedem Kalenderjahr 30 Arbeitstage Urlaub zu.

Mit Wirkung vom 18.8.2010 war der Erblasser als schwerbehinderter Mensch anerkannt worden. Er hatte danach gem. § 125 I 1, Abs. 2 SGB IX a.F. für das Jahr 2010 Anspruch auf anteiligen Zusatzurlaub von zwei Arbeitstagen. Die Klägerin verlangt die Abgeltung des Resturlaubs von insgesamt 25 Arbeitstagen, der ihrem verstorbenen Ehemann zum Zeitpunkt seines Todes für das Jahr 2010 noch zustand.

ArbG und LAG gaben der Klage statt. Die Revision der Beklagten hatte vor dem BAG keinen Erfolg.

#### **LÖSUNG**

Die Beklagte hat den nicht gewährten Urlaub des Erblassers mit einem Betrag i.H.v. rd. 6.000 € brutto abzugelten.

Urlaub, der wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommen werden kann, ist gem. § 7 IV BUrlG abzugelten. Die nach dem Unionsrecht gebotene Auslegung von §§ 1, 7 IV BUrlG ergibt, dass der Resturlaub auch dann abzugelten ist, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet. Der EuGH hat entschieden, dass der durch Art. 7 I der Arbeitszeitrichtlinie (Richtlinie 2003/88/EG) gewährleistete Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub nicht mit dem Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis untergehen darf, ohne dass ein Anspruch auf finanzielle Vergütung für diesen Urlaub besteht, der im Wege der Erbfolge auf den Rechtsnachfolger des Arbeitnehmers überzugehen hat (EuGH v. 6.11.2018 - C-569/16 und C-570/16, **RA-Telegramm 2018, 92**).

Daraus folgt für die richtlinienkonforme Auslegung von §§ 1, 7 IV BUrlG, dass die Vergütungskomponente des Anspruchs auf den vor dem Tod nicht mehr genommenen Jahresurlaub als Bestandteil des Vermögens Teil der Erbmasse wird. Der Abgeltungsanspruch der Erben umfasst dabei nicht nur den Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub nach §§ 1, 3 I BUrlG von 24 Werktagen, sondern auch den Anspruch auf Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen nach § 125 I 1 SGB IX a.F. sowie den Anspruch auf Urlaub nach § 26 TVöD, der den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigt. Dem TVöD lässt sich nicht entnehmen, dass dem Erben das Verfallrisiko für den tariflichen Mehrurlaub bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Tod des Arbeitnehmers zugewiesen ist.

## Arbeitsrecht

### **Problem: Arbeitnehmer können Aufhebungsverträge nicht gem. §§ 312 ff. BGB widerrufen**

#### **Einordnung: Klausurtyp der Aufhebungsvertragsklausur**

BAG, Urteil vom 07.02.2019, 6 AZR 75/18

Ein Arbeitnehmer, der in seiner Privatwohnung einen Aufhebungsvertrag unterschrieben hat, kann diesen nicht gem. § 312 I i.V.m. § 312g BGB widerrufen. Sein Arbeitgeber muss jedoch das Gebot fairen Verhandeln beim Vertragsschluss beachten.

#### **SACHVERHALT**

Die Klägerin war bei der Beklagten als Reinigungskraft beschäftigt. Sie schloss mit der Beklagten in ihrer Wohnung einen Aufhebungsvertrag, der die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorsah. Nach Darstellung der Klägerin war sie am Tag des Vertragsschlusses erkrankt. Sie hat den Aufhebungsvertrag wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung angefochten und ihn hilfsweise widerrufen.

Das LAG Niedersachsen hat die Klage abgewiesen. Das BAG hat dieses Urteil auf Revision der Klägerin aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückverwiesen.

#### **LÖSUNG**

Das LAG muss im zweiten Rechtsgang prüfen, ob die Beklagte bei Abschluss des Aufhebungsvertrags das Gebot fairen Verhandeln beachtet hat.

Diese arbeitsrechtliche Nebenpflicht ist verletzt, wenn eine Seite eine psychische Drucksituation schafft, die eine freie und überlegte Entscheidung des Vertragspartners erheblich erschwert. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn die Beklagte eine krankheitsbedingte Schwäche der Klägerin bewusst ausgenutzt hätte. Wäre dies der Fall, so ist die Klägerin (als Folge von § 280 I BGB) im Sinne der Naturalrestitution gem. § 249 I BGB so zu stellen, als hätte sie den Aufhebungsvertrag nicht geschlossen. Dies würde zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses führen.

Das LAG hat allerdings rechtsfehlerfrei erkannt, dass der Klägerin kein Widerrufsrecht gem. § 312 I i.V.m. § 312g BGB zusteht. Zwar sind Arbeitnehmer grds. Verbraucher i.S.d. §§ 312 ff. BGB. Im Gesetzgebungsverfahren ist jedoch der Wille des Gesetzgebers deutlich geworden, arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge nicht in den Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB einzubeziehen.

#### **Anmerkung:**

*Das BAG stellt klar, dass ein Widerruf eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrages grundsätzlich – selbst beim Abschluss in der Wohnung der Arbeitnehmerin – nicht in Betracht kommt.*

*Überaus fragwürdig ist jedoch die völlig neue „Idee“ des BAG, der Aufhebungsvertrag könne unwirksam sein, falls er unter Missachtung des „Gebots fairen Verhandeln“ zustande gekommen sei. Die könne insbesondere der Fall sein, wenn eine „krankheitsbedingte Schwäche“ ausgenutzt worden wäre. Soll dies nur beim Abschluss in der Privatwohnung gelten oder auch bei Aufhebungsverträgen am Arbeitsplatz? Wie soll das festzustellen sein? Liegt sie etwa schon bei minimalen Fiebergraden vor? Wer muss in solchen Fällen was beweisen? Bleibt abzuwarten, ob die Urteilsgründe diesbezüglich für Präzisierung oder für zusätzliche Rechtsunsicherheit sorgen. Anspruchsgrundlage in der Klausur wäre jedenfalls eine (Neben-) Pflichtverletzung des Arbeitsvertrags, also § 280 I BGB.*

## ÖFFENTLICHES RECHT

### Problem: Wahlrechtsausschlüsse für Betreute und andere Personen Einordnung: Staatsorganisationsrecht

BVerfG, Beschluss vom 29.01.2019, 2 BvC 62/14

Die Regelungen der Wahlrechtsausschlüsse für in allen ihren Angelegenheiten Betreute gemäß § 13 Nr. 2 des Bundeswahlgesetzes (BWahlG) und für wegen Schuldunfähigkeit in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebrachte Straftäter gemäß § 13 Nr. 3 BWahlG sind verfassungswidrig. Ein Ausschluss vom aktiven Wahlrecht kann zwar verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn bei einer bestimmten Personengruppe davon auszugehen ist, dass die Möglichkeit zur Teilnahme am Kommunikationsprozess zwischen Volk und Staatsorganen nicht in hinreichendem Maße besteht. § 13 Nr. 2 BWahlG genügt aber den Anforderungen an gesetzliche Typisierungen nicht, weil der Kreis der von der Regelung Betroffenen ohne hinreichenden sachlichen Grund in gleichheitswidriger Weise bestimmt wird. § 13 Nr. 3 BWahlG ist schon nicht geeignet, Personen zu erfassen, die regelmäßig nicht über die Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess verfügen.

#### SACHVERHALT

§ 13 Nr. 2 BWahlG sieht einen Wahlrechtsausschluss von Personen vor, für die ein Betreuer in allen Angelegenheiten nicht nur durch einstweilige Anordnung bestellt ist. § 13 Nr. 3 BWahlG schließt Personen vom Wahlrecht aus, die sich wegen einer im Zustand der Schuldunfähigkeit im Sinne des § 20 StGB begangenen Tat gemäß § 63 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus befinden. Die Beschwerdeführer zu 1., 2. und 4. bis 8., die teils dem erst- und teils dem letztgenannten Personenkreis zugehören und deshalb an der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag am 22. September 2013 nicht teilnehmen durften, wenden sich nach erfolglosem Einspruch gegen die Gültigkeit der Wahl beim Deutschen Bundestag mit ihrer Wahlprüfungsbeschwerde gegen diese Ausschlüsse und rügen einen Verstoß gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG und das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.

#### LÖSUNG

Der Wahlrechtsausschluss von Personen, für die zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten ein Betreuer nicht nur durch einstweilige Anordnung bestellt ist (§ 13 Nr. 2 BWahlG), verstößt sowohl gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG als auch gegen das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.

§ 13 Nr. 2 BWahlG schränkt den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl ein, ohne dass dieser Eingriff den Schutz gleichwertiger Verfassungsgüter in einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen an gesetzliche Typisierungen genügenden Weise bewirkt.

Indem § 13 Nr. 2 BWahlG Personen, für die ein Betreuer zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten bestellt ist, von der Ausübung des Wahlrechts ausschließt, ist die Gewährleistung, dass jeder Staatsbürger sein Wahlrecht in gleicher Weise ausüben kann, betroffen.

Dieser Eingriff in den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl ist nicht gerechtfertigt.

Zwar ist § 13 Nr. 2 BWahlG auf den Schutz eines der Allgemeinheit der Wahl gleichgewichtigen Verfassungsguts gerichtet. Die Regelung zielt auf die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes. Da der Wahlakt integrierende Wirkung nur auf der Basis freier und offener Kommunikation zwischen den Regierenden und den Regierten entfalten kann, kann ein Ausschluss vom aktiven Wahlrecht gerechtfertigt sein, wenn bei einer bestimmten Personengruppe davon auszugehen ist, dass die Möglichkeit zur Teilnahme am Kommunikationsprozess zwischen dem Volk und den Staatsorganen nicht in hinreichendem Umfang besteht.

Es ist jedoch bereits zweifelhaft, ob § 13 Nr. 2 BWahlG zur Erreichung dieses Ziels überhaupt geeignet ist. Im Ergebnis kann dies aber dahinstehen. Denn die Vorschrift verfehlt jedenfalls die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine gesetzliche Typisierung, weil sie den Kreis der von einem Wahlrechtsausschluss nach § 13 Nr. 2 BWahlG Betroffenen ohne hinreichenden sachlichen Grund in gleichheitswidriger Weise bestimmt.

§ 13 Nr. 2 BWahlG schließt eine Person vom Wahlrecht aus, wenn diese nicht nur krankheits- oder behinderungsbedingt unfähig ist, alle ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen, sondern wenn darüber hinaus aus diesem Grund ein Betreuer in allen Angelegenheiten bestellt wurde. Aufgrund des im Betreuungsrecht durchgängig geltenden Erforderlichkeitsgrundsatzes unterbleibt eine Betreuerbestellung aber, soweit der Betreuungsbedürftigkeit des Betroffenen auf andere Weise, insbesondere durch die Erteilung einer Betreuungs- oder Vorsorgevollmacht oder hinreichende Versorgung im

Familienkreis, Rechnung getragen werden kann. In diesem Fall ist § 13 Nr. 2 BWahlG nicht anwendbar und das Wahlrecht bleibt erhalten. Letztlich ist der Wahlrechtsentzug damit davon abhängig, ob wegen des Vorliegens eines konkreten Betreuungsbedarfs die Bestellung eines Betreuers erfolgt oder ob diese aufgrund fehlender Erforderlichkeit unterbleibt. Dieser im Tatsächlichen von Zufälligkeiten abhängige Umstand stellt aber keinen sich aus der Natur der Sache ergebenden Grund dar, der geeignet ist, die wahlrechtliche Ungleichbehandlung gleichermaßen Betreuungsbedürftiger zu rechtfertigen.

Demgegenüber kann auch nicht geltend gemacht werden, der Gesetzgeber knüpfe mit seiner Entscheidung an ein streng formales Merkmal an, das klar, einfach feststellbar und bei der Organisation von Wahlen besonders praktikabel sei. Zwar ist der Gesetzgeber berechtigt, die Durchführbarkeit der Massenveranstaltung Wahl durch typisierende Regelungen sicherzustellen, die nicht allen Besonderheiten Rechnung tragen müssen. Der Gesetzgeber muss solchen verallgemeinernden Regelungen aber realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab zugrunde legen. Zudem müssen die Vorteile der Typisierung im rechten Verhältnis zu der mit ihr notwendig verbundenen Ungleichheit stehen. Voraussetzung hierfür ist, dass die durch die Typisierung eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar sind, lediglich eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und das Ausmaß der Ungleichbehandlung gering ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Bei der Bundestagswahl 2013 waren insgesamt 81.220 Vollbetreute von einem Wahlrechtsausschluss gemäß § 13 Nr. 2 BWahlG betroffen. Welchen Anteil dieser Personenkreis an der Gesamtzahl der Personen hat, die zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten nicht in der Lage sind, ist nicht feststellbar. Auch der Gesetzgeber hat sich mit dieser Frage nicht befasst. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass die Gruppe der umfassend Betreuungsbedürftigen, bei der mangels Erforderlichkeit eine Betreuerbestellung unterbleibt, nicht wesentlich kleiner oder sogar größer ist als die Gruppe der vom Wahlrecht ausgeschlossenen Vollbetreuten. Der Eingriff in den Gleichheitssatz ist dabei auch nicht geringfügig, da den Betroffenen durch den Wahlrechtsausschluss das vornehmste Recht des Bürgers im demokratischen Staat dauerhaft entzogen wird.

Neben der Verletzung des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl verstößt § 13 Nr. 2 BWahlG auch gegen das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Die Regelung führt zu einer Schlechterstellung von Menschen mit Behinderungen. Dieser Eingriff in den Regelungsgehalt des Schlechterstellungsverbots gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist aus den vorstehenden Gründen nicht gerechtfertigt.

§ 13 Nr. 3 BWahlG verstößt ebenfalls gegen verfassungsrechtliche Anforderungen. Der Ausschluss des Wahlrechts von Personen, die sich aufgrund einer Anordnung nach § 63 in Verbindung mit § 20 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus befinden, ist weder mit dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG noch mit dem Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG vereinbar.

Auch § 13 Nr. 3 BWahlG greift in den Regelungsgehalt des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl ein, ohne dass dieser Eingriff durch zwingende Gründe gerechtfertigt wäre.

§ 13 Nr. 3 BWahlG ist bereits nicht geeignet, Personen zu erfassen, die typischerweise nicht über die Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess verfügen. Weder die Feststellung der Schuldunfähigkeit zum Tatzeitpunkt und die ihr zugrundeliegenden Krankheitsbilder gemäß § 20 StGB noch das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen für die Anordnung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB erlauben den Rückschluss auf das regelmäßige Fehlen der für die Ausübung des Wahlrechts und die Erfüllung der Integrationsfunktion der Wahl erforderlichen Einsichtsfähigkeit. Nach § 20 StGB handelt ohne Schuld, wer bei der Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Dass unter diesen Voraussetzungen zugleich typischerweise vom Fehlen der für die Ausübung des Wahlrechts erforderlichen Einsichtsfähigkeit ausgegangen werden kann, erschließt sich nicht, da die zur Begründung der Schuldunfähigkeit geeigneten Krankheitsbilder nicht regelmäßig mit der Unfähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess verbunden sind. Hinzu kommt, dass „Schuldunfähigkeit“ im Sinne von § 20 StGB kein dauerhafter und deliktsunabhängiger Zustand ist, sondern allein die geistige Verfassung einer Person bei Begehung der Tat beschreibt. Auch die in § 63 StGB vorausgesetzte länger andauernde und in die Zukunft reichende Beeinträchtigung der geistigen oder seelischen Gesundheit ändert nichts an dem Befund, dass die der Feststellung derartiger Beeinträchtigungen zugrundeliegenden Krankheitsbilder ungeeignet sind, die Annahme regelmäßig vorliegender wahlrechtlicher Entscheidungsunfähigkeit zu begründen.

Außerdem führt auch § 13 Nr. 3 BWahlG zu Ungleichbehandlungen, für die sachliche Gründe nicht ersichtlich sind. Im Ergebnis wird der Kreis der Regelungsbedingten in willkürlicher, die Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess unzureichend berücksichtigender Weise bestimmt. So bleibt das Wahlrecht erhalten, wenn von der Anordnung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nur deshalb abgesehen wird, weil von dem Schuldunfähigen keine Gefahr erheblicher Straftaten ausgeht. Dabei ist in solchen Fällen aber nicht auszuschließen, dass die wahlrechtliche Einsichts- und Entscheidungsfähigkeit in gleichem oder gar höherem Umfang eingeschränkt ist als bei einem gemäß § 13 Nr. 3 BWahlG vom Wahlrecht Ausgeschlossenen. Gleiches gilt in Fällen der Unterbringung

strafrechtlich nicht in Erscheinung getretener Personen wegen Fremd- oder Selbstgefährdung nach den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften. Auch in diesen Fällen bleibt, obwohl vergleichbare Diagnosen vorliegen können, das Wahlrecht unangetastet. Wird in Fällen, in denen die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus neben einer Freiheitsstrafe angeordnet wird, durch das zuständige Gericht gemäß § 67 Abs. 2 StGB bestimmt, dass die Strafe ganz oder teilweise vor der Maßregel zu vollziehen ist, bleibt das Wahlrecht bei unveränderter Einsichtsfähigkeit zunächst bestehen und entfällt erst mit Beginn des Maßregelvollzugs, ohne dass dafür eine wahlrechtlich tragfähige Begründung erkennbar wäre. Schließlich lebt das Wahlrecht eines schuldunfähigen, in der Psychiatrie Untergebrachten wieder auf, wenn er gemäß § 67a StGB nachträglich in eine Entziehungsanstalt überwiesen wird. Wird er allerdings anschließend wieder in ein psychiatrisches Krankenhaus zurücküberwiesen, entfällt das Wahlrecht von neuem.

§ 13 Nr. 3 BWahlG verstößt außerdem gegen das Verbot einer Benachteiligung wegen einer Behinderung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Der Wahlrechtsausschluss von Personen, die wegen einer im Zustand der Schuldunfähigkeit begangenen Straftat in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht sind, entzieht Menschen mit Behinderungen das zentrale demokratische Mitwirkungsrecht. Dieser Eingriff in den Schutzgehalt von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist aus den dargelegten Gründen nicht gerechtfertigt.

## **Problem: Automatisierte Kfz-Kennzeichenkontrolle nach dem Bayerischen PAG**

### **Einordnung: Polizeirecht**

BVerfG, Beschluss vom 18.12.2018, 1 BvR 142/15

Die automatisierte Kraftfahrzeugkennzeichenkontrolle nach dem Bayerischen Polizeiaufgabengesetz ist teilweise verfassungswidrig. In solchen Kontrollen liegen Grundrechtseingriffe gegenüber allen Personen, deren Kraftfahrzeugkennzeichen erfasst und abgeglichen werden, unabhängig davon, ob die Kontrolle zu einem Treffer führt (Änderung der Rechtsprechung). Diese Eingriffe sind nur teilweise gerechtfertigt.

### **SACHVERHALT**

In Bayern ist die Polizei dazu ermächtigt, automatisierte Kraftfahrzeugkennzeichenkontrollen durchzuführen. Dabei wird das Kennzeichen eines vorbeifahrenden Kraftfahrzeugs verdeckt von einem Kennzeichenlesesystem automatisiert erfasst, kurzzeitig gemeinsam mit Angaben zu Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung gespeichert und mit Kennzeichen aus dem Fahndungsbestand abgeglichen. Für den Abgleich wird eine eigene Abgleichdatei erstellt, die nach der bayerischen Praxis nur Kennzeichen enthält, die für den Zweck der jeweiligen Kennzeichenkontrolle zusammengestellt werden. Ergibt der Abgleich des Kennzeichens keinen Treffer, wird der Datensatz mitsamt dem erfassten Kennzeichen unverzüglich und automatisch vom Computer gelöscht (Nichttreffer). Sofern das Kennzeichenlesesystem einen Treffer meldet, überprüft ein Polizeibeamter an einem Computerbildschirm visuell, ob das aufgenommene Bild des Kennzeichens mit dem Kennzeichen aus dem Fahndungsbestand übereinstimmt. Ist dies beispielsweise wegen einer fehlerhaften Ablesung des Kennzeichens nicht der Fall (unechter Treffer), wird der gesamte Vorgang durch den Polizeibeamten manuell gelöscht. Bei einer Übereinstimmung (echter Treffer) werden die Daten gespeichert und gegebenenfalls weitere polizeiliche Maßnahmen eingeleitet.

Der Beschwerdeführer, der seinen Hauptwohnsitz in Bayern und einen weiteren Wohnsitz in Österreich hat, ist Halter eines auf ihn zugelassenen Kraftfahrzeugs, mit dem er zwischen seinen Wohnsitzen pendelt und auf Bundesautobahnen in Bayern unterwegs ist. Er befürchtete, in die durch das Gesetz ermöglichten Kennzeichenkontrollen zu geraten und sieht sich in seinem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verletzt. Die Fachgerichte hätten den Umfang des Schutzbereichs des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung verkannt, indem sie in Fällen des Nichttreffers und des unechten Treffers keinen Grundrechtseingriff angenommen hätten. Ein Grundrechtseingriff liege bereits darin, von einer Kennzeichenkontrolle erfasst zu werden. Die diesbezüglichen Rechtsgrundlagen seien formell verfassungswidrig, da es sich nicht um Regelungen der Gefahrenabwehr, sondern der Strafverfolgung handle, für die der Bund zuständig sei. Ferner verstießen die Rechtsgrundlagen zur Kennzeichenkontrolle gegen die verfassungsrechtlichen Gebote der Bestimmtheit und der Verhältnismäßigkeit.

### **LÖSUNG**

Die Verfassungsbeschwerde ist teilweise begründet.

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung trägt Gefährdungen und Verletzungen der Persönlichkeit Rechnung, die sich für den Einzelnen, insbesondere unter den Bedingungen moderner Datenverarbeitung, aus informationsbezogenen Maßnahmen ergeben. Der Schutzzumfang beginnt bereits auf der Stufe der Gefährdung des Persönlichkeitsrechts. Umfasst sind alle personenbezogenen Daten unabhängig davon, ob sie für sich genommen nur einen geringen Informationsgehalt haben, sensibel oder öffentlich zugänglich sind. Insofern gibt es unter den Bedingungen der elektronischen Datenverarbeitung kein schlechthin belangloses personenbezogenes Datum.

#### **Grundrechtseingriff**

Die Kennzeichenkontrolle greift jeweils durch die Erfassung der Kennzeichen, den Abgleich und die darauffolgende Verwendung der Daten in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Ein Eingriff liegt auch im Falle eines unechten Treffers und eines Nichttreffers vor. Soweit dem die Entscheidung des Senats vom 11. März 2008 (BVerfGE 120, 378) entgegensteht, wird daran nicht festgehalten.

Allerdings fehlt es nach der Rechtsprechung des Senats an einer Eingriffsqualität, sofern Daten ungezielt und allein technikbedingt zunächst miterfasst, aber unmittelbar nach der Erfassung technisch wieder anonym, spurenlos und ohne Erkenntnisinteresse für die Behörden ausgesondert werden. Hieran wird festgehalten. Maßgeblich ist, ob sich bei einer Gesamtbetrachtung mit Blick auf den durch den Überwachungs- und Verwendungszweck bestimmten Zusammenhang das behördliche Interesse an den betroffenen Daten bereits derart verdichtet hat, dass ein Betroffensein in einer einen Grundrechtseingriff auslösenden Qualität zu bejahen ist.

Dies ist bei einer Kennzeichenkontrolle jedoch gegenüber allen erfassten Personen der Fall. Die Einbeziehung der Daten auch von Personen, deren Abgleich letztlich zu Nichttreffern führt, erfolgt nicht ungezielt und allein technikbedingt, sondern ist notwendiger und gewollter Teil der Kontrolle und gibt ihr als Fahndungsmaßnahme erst ihren Sinn. Dem steht nicht entgegen, dass den Betroffenen im Nichttrefferfall weder Unannehmlichkeiten noch Konsequenzen erwachsen. Denn das ändert nichts daran, dass die Betroffenen überprüft werden, ob sie behördlich gesucht werden und ihre ungehinderte Weiterfahrt unter den Vorbehalt gestellt wird, dass Erkenntnisse gegen sie nicht vorliegen. Eine solche Maßnahme ist nicht erst hinsichtlich ihrer Folgen, sondern als solche freiheitsbeeinträchtigend. Zur Freiheitlichkeit des Gemeinwesens gehört es, dass sich die Bürgerinnen und Bürger grundsätzlich fortbewegen können, ohne dabei beliebig staatlich registriert zu werden, hinsichtlich ihrer Rechtschaffenheit Rechenschaft ablegen zu müssen und dem Gefühl eines ständigen Überwachtwerdens ausgesetzt zu sein.

### **Formelle Verfassungsmäßigkeit**

In formeller Hinsicht sind die angegriffenen Normen überwiegend mit der Verfassung vereinbar. Da die Regelungen der Gefahrenabwehr zuzuordnen sind, liegt die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern. Insbesondere handelt es sich bei den bayerischen Regelungen zur Kennzeichenkontrolle nicht um Regelungen der Strafverfolgung, für die der Bund eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz hat. Für die Abgrenzung zwischen Regelungen zur Gefahrenabwehr und zur Strafverfolgung kommt es auf eine genaue Bestimmung des Zwecks der Normen an. Die Kennzeichenkontrolle in Bayern ist nur in Fällen erlaubt, in denen eine Identitätsfeststellung zulässig ist und ist dabei auf die Gefahrenabwehr gerichtet. Die Kennzeichenkontrolle dient in Anknüpfung hieran der Abwehr von im Einzelfall auftretenden Gefahren, der Bekämpfung der Herausbildung und Verfestigung gefährlicher Orte, dem Schutz von gefährdeten Orten, der Unterstützung von polizeilichen Kontrollstellen sowie der Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität oder der Verhütung oder Unterbindung des unerlaubten Aufenthalts mittels der Schleierfahndung. Darüber hinaus liegt es auch in der Gesetzgebungskompetenz der Länder, die weitere Nutzung der Daten im Wege der Zweckänderung für andere Zwecke zu regeln. Denn hierin liegt noch keine abschließende Entscheidung, sondern nur eine Öffnung, die weitere gesetzliche Regelungen erfordert.

Dem Freistaat Bayern fehlt allerdings die Gesetzgebungskompetenz, soweit durch einen Verweis auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (BayPAG) die Kennzeichenkontrolle zur Verhütung oder Unterbindung der unerlaubten Überschreitung der Landesgrenze erlaubt ist. Diese Variante der Vorschrift ist eine Frage des Grenzschutzes, für die gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG ausschließlich der Bund die Gesetzgebungskompetenz innehat. Der Einsatz der Kennzeichenkontrollen zur Verhütung oder Unterbindung des unerlaubten Aufenthalts und zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität, wie er nach den beiden anderen Varianten des Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 BayPAG erlaubt ist, unterliegt keinen kompetenzrechtlichen Bedenken, da es sich um Regelungen der Gefahrenabwehr handelt.

### **Materielle Verfassungsmäßigkeit**

Im Hinblick auf die materielle Verfassungsmäßigkeit ergeben sich Maßgaben zur Regelung von Kennzeichenkontrollen aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

1. Polizeiliche Kontrollen zur gezielten Suche nach Personen oder Sachen im öffentlichen Raum setzen danach grundsätzlich einen objektiv bestimmten und begrenzten Anlass voraus. Die Durchführung von Kontrollen zu beliebiger Zeit und an beliebigem Ort ins Blaue hinein ist mit dem Rechtsstaatsprinzip grundsätzlich unvereinbar. Der Gesetzgeber hat eine Eingriffsschwelle vorzugeben, durch die das staatliche Handeln an vorhersehbare und kontrollierbare Voraussetzungen gebunden wird. Dies können einzelne Gefahren, typisierte Gefahrenlagen oder auch Situationen sein, in denen eine spezifisch gesteigerte Wahrscheinlichkeit besteht, gesuchte Personen oder Sachen aufzufinden. Es muss diesbezüglich aber stets ein auf einer hinreichenden Tatsachenbasis beruhender rechtfertigender Grund vorliegen. Abzugrenzen ist dies von Konstellationen, in denen polizeiliche Kontrollen – anders als hier – an ein gefährliches oder risikobehaftetes Tun anknüpfen wie etwa bei Verkehrskontrollen oder in weiten Bereichen etwa des Umwelt- oder Wirtschaftsverwaltungsrechts. Dort können auch anlasslose Kontrollen verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

2. Kennzeichenkontrollen müssen weiterhin durch einen im Verhältnis zum Grundrechtseingriff hinreichend gewichtigen Rechtsgüterschutz gerechtfertigt sein. Angesichts ihres Eingriffsgewichts müssen automatisierte Kennzeichenkontrollen danach dem Schutz von Rechtsgütern von zumindest erheblichem Gewicht oder sonst einem vergleichbar gewichtigen öffentlichen Interesse dienen. Hierzu zählen zunächst Leib, Leben und Freiheit der Person und der Bestand und die Sicherheit des Bundes und der Länder. Darüber hinaus kommen aber auch Rechtsgüter wie der Schutz von nicht erheblichen Sachwerten in Betracht. Der Gesetzgeber kann die Schwelle im Einzelnen näher konkretisieren.

3. Schließlich muss sich die gesetzliche Ausgestaltung der Kennzeichenkontrolle in einer Gesamtabwägung als zumutbar im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erweisen. Im Übrigen müssen die Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtsrechtliche Kontrolle erfüllt werden sowie Regelungen zur Datennutzung und -löschung getroffen sein.

Die angegriffenen Vorschriften genügen diesen Anforderungen nicht in jeder Hinsicht.

1. Soweit das Gesetz die Kennzeichenkontrolle allgemein zur Abwehr einer konkreten Gefahr vorsieht, mangelt es der Regelung an einer Beschränkung auf den Schutz von Rechtsgütern von zumindest erheblichem Gewicht oder einem vergleichbar gewichtigen öffentlichen Interesse.

2. Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist – sofern die Vorschriften im Lichte der Verfassung ausgelegt und angewendet werden – die Ermächtigung zu Kennzeichenkontrollen an gefährlichen und gefährdeten Orten.

3. Soweit Kennzeichenkontrollen an polizeilichen Kontrollstellen erlaubt werden, ist das verfassungskonform, weil die gesetzliche Regelung zur Einrichtung der Kontrollstelle ihrerseits bei verständiger Auslegung so zu verstehen ist, dass sie eine konkrete Gefahr voraussetzt. Damit fehlt es nicht an einem hinreichend konkreten Anlass. Dieser Anlass hat auch hinreichendes Gewicht. Kontrollstellen dürfen nach der angegriffenen Bestimmung nur zur Verhinderung schwerer Straftaten oder bestimmter versammlungsrechtlicher Straftaten eingerichtet werden; es handelt sich folglich um den Schutz von Rechtsgütern von erheblichem Gewicht. Soweit der Zugang zu einer Versammlung kontrolliert wird, greift die Regelung zwar zusätzlich auch in die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG ein; sie genügt aber auch insoweit den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

4. Die automatisierte Kennzeichenkontrolle ist auch als Mittel der Schleierfahndung grundsätzlich mit der Verfassung vereinbar. Zwar handelt es sich um eine Befugnis, die allein final durch eine weit gefasste Zwecksetzung definiert ist und mangels näheren Anlasses in dieser Weite grundsätzlich mit verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht vereinbar ist. Ihre Rechtfertigung ergibt sich hier aber aus den besonderen Bedingungen des Wegfalls der innereuropäischen Grenzkontrollen, für die sie zur Gewährleistung von Sicherheit einen Ausgleich darstellt. Erforderlich ist dafür aber eine hieran orientierte konsequente und klare Begrenzung der Zwecke und Orte solcher Kontrollen. Die angegriffenen Vorschriften genügen diesen Anforderungen nicht vollständig. Verfassungsrechtlich unbedenklich ist die Regelung, soweit die Kennzeichenkontrollen in einem Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von 30 km oder an öffentlichen Einrichtungen des internationalen Verkehrs durchgeführt werden dürfen. Die Befugnis zu Kontrollen allgemein auf Durchgangsstraßen im ganzen Land ist demgegenüber nicht hinreichend bestimmt und begrenzt und weist nicht den erforderlichen klaren Grenzbezug auf. Für die Beurteilung der Vorschriften als verhältnismäßig fallen überdies die einschränkenden Maßgaben des Unionsrechts ins Gewicht, denen der Gesetzgeber nach dem Stand der fachgerichtlichen Rechtsprechung noch Rechnung zu tragen hat.

5. Die angegriffenen Vorschriften genügen ferner im Wesentlichen den Maßgaben an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtsrechtliche Kontrolle. Verfassungsrechtlich zu beanstanden ist jedoch, dass das Gesetz keine Pflicht zur Dokumentation der Entscheidungsgrundlagen für den Einsatz der verdeckt erfolgenden automatisierten Kennzeichenkontrollen vorsieht. Eine Dokumentationspflicht befördert die Selbstkontrolle, ermöglicht die Aufsicht durch den Landesdatenschutzbeauftragten und erleichtert die verwaltungsgerichtliche Kontrolle.

6. Für den Kennzeichenabgleich dürfen bei verfassungskonformer Auslegung nicht alle im Gesetz insgesamt zum Abgleich eröffneten Fahndungsbestände herangezogen werden, sondern jeweils nur diejenigen Datensätze, die für den konkreten Zweck der Kennzeichenkontrolle Bedeutung haben können. Bei Zugrundelegung dieser Auslegung sind die angegriffenen Vorschriften zum Datenabgleich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit genügt die durch die angegriffenen Bestimmungen erfolgte abstrakte Umschreibung der zum Abgleich eröffneten Fahndungsbestände verfassungsrechtlichen Anforderungen.

7. Soweit das Gesetz eine Verwendung der Daten für weitere Zwecke als denen, die den Anlass der Kontrolle bildeten, erlaubt und damit insbesondere auch die Verwertung von Zufallserkenntnissen eröffnet, genügt die Regelung den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht vollständig. Nach verfassungsrechtlichen Maßstäben ist eine Zweckänderung allerdings grundsätzlich zulässig. Die entsprechenden Daten müssten aber neu auch für den geänderten Zweck mit vergleichbar schwerwiegenden Ermittlungsmaßnahmen erhoben werden dürfen. Eine weitere Nutzung ist daher nur zulässig, wenn sie dem Schutz von Rechtsgütern dient, die auch die Durchführung einer Kraftfahrzeugkennzeichenkontrolle rechtfertigen könnte. Dies ist bei den bayerischen Regelungen zur weiteren Verwendung der Daten der Kennzeichenkontrolle nicht sichergestellt.

## **Problem: Automatisierte Kfz-Kennzeichenkontrolle nach dem PolG BW und dem HSOG**

**Einordnung: Polizeirecht**

BVerfG, Beschluss vom 18.12.2018, 1 BvR 2795/09 und 1 BvR 3187/10

**Die polizeirechtlichen Vorschriften zur Kraftfahrzeugkennzeichenkontrolle in Baden-Württemberg und Hessen sind teilweise verfassungswidrig.**

### **SACHVERHALT**

Die Polizei in Baden-Württemberg und Hessen wird mit den angegriffenen Vorschriften dazu ermächtigt, durch den Einsatz von Kennzeichenlesesystemen verdeckt die Kennzeichen von Kraftfahrzeugen zu erfassen und diese mit zur Fahndung ausgeschriebenen Kennzeichen abzugleichen. Anders als nach der Verwaltungspraxis in Bayern wird bei Erstellung der Abgleichdatei in Baden-Württemberg und Hessen nicht nach dem Zweck der Kennzeichenkontrolle unterschieden, so dass der zum Abgleich herangezogene Datenbestand, der seine Grundlage insbesondere in den Sachfahndungsdaten des Schengener Informationssystems hat, nicht je nach Zweck der Aufstellung des Kennzeichenlesesystems variiert.

Die Beschwerdeführer wenden sich mit ihrer Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen die Regelungen der Kennzeichenkontrolle in den jeweiligen Landespolizeigesetzen selbst (Rechtssatzverfassungsbeschwerde). Sie seien Halter von Personenkraftwagen, mit denen sie regelmäßig auf den Straßen von Baden-Württemberg und Hessen unterwegs sind, und würden deshalb mit erheblicher Wahrscheinlichkeit unbemerkt in solche Kennzeichenkontrolle geraten. In diesen liege ein Eingriff in ihr Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Eine Rechtfertigung dieser Grundrechtseingriffe scheide aus, da die gesetzlichen Grundlagen der Kennzeichenkontrolle formell verfassungswidrig seien und gegen die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit verstießen.

### **LÖSUNG**

I. Die Rechtssatzverfassungsbeschwerden sind zulässig, auch wenn die Beschwerdeführer zuvor nicht den fachgerichtlichen Rechtsweg erschöpft haben.

Nach dem Subsidiaritätsgrundsatz sind Beschwerdeführer grundsätzlich dazu verpflichtet, alle Mittel zu ergreifen, die der geltend gemachten Grundrechtsverletzung abhelfen könnten. Dazu kann bei Verfassungsbeschwerden unmittelbar gegen ein Gesetz auch die Erhebung einer Feststellungs- oder Unterlassungsklage gehören. Das ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die fachgerichtliche Prüfung für den Beschwerdeführer günstigstenfalls dazu führen kann, dass das angegriffene Gesetz gemäß Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt wird. Entscheidend ist, ob die fachgerichtliche Klärung erforderlich ist, um zu vermeiden, dass das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidungen auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage trifft. Die Pflicht zur vorherigen Anrufung der Fachgerichte darf Beschwerdeführer dabei aber nicht vor unabsehbare Risiken hinsichtlich der ihnen zu Gebote stehenden Handlungsmöglichkeiten und der hierbei zu beachtenden Fristen stellen. Es bedarf insoweit einer rechtsschutzfreundlichen Auslegung.

Grundsätzlich waren die Beschwerdeführer danach verpflichtet, zunächst Unterlassungsklagen gegen die Kennzeichenkontrollen vor den Fachgerichten einzulegen. Dies war ihnen vorliegend jedoch nicht zumutbar, da in der letzten Entscheidung des Ersten Senats zu dem gleichen Thema bei gleicher prozessualer Ausgangslage die Möglichkeit einer Unterlassungsklage noch nicht einmal in Erwägung gezogen wurde. Hinzu kommt, dass inzwischen über den Kern des Beschwerdevorbringens von den Fachgerichten bis hin zum Bundesverwaltungsgericht entschieden wurde und eine Verweisung der Beschwerdeführer auf den Rechtsweg die Entscheidungsgrundlagen für die Beurteilung der Vorschriften heute daher nicht mehr verbreitern könnte.

II. Die Verfassungsbeschwerden sind zudem teilweise begründet.

1. Die Regelungen zur Kraftfahrzeugkennzeichenkontrolle greifen nach den Maßstäben, die der Senat in seinem ebenfalls heute veröffentlichten Beschluss zu entsprechenden Vorschriften des Freistaats Bayerns entwickelt hat, in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ein (*Anm. der Redaktion: die Entscheidung zu den bayerischen Vorschriften ist ebenfalls im RA-Telegramm 3/2019 abgedruckt*).

2. Hinsichtlich der Vereinbarkeit der angegriffenen Normen mit den formellen Anforderungen der Verfassung bestehen weithin keine Bedenken. Die Regelungen zur Kennzeichenkontrolle in beiden Ländern sind überwiegend der Gefahrenabwehr zuzuordnen, für welche die Länder die Gesetzgebungskompetenz innehaben.

Aus formellen Gründen nicht mit der Verfassung vereinbar ist jedoch, dass in Baden-Württemberg automatisierte Kennzeichenkontrollen zur Unterstützung von polizeilichen Kontrollstellen oder Kontrollbereichen zur Fahndung nach Straftätern vorgesehen sind. Hier fehlt dem Land schon für die Bestimmungen, die die Einrichtung solcher Kontrollstellen und -bereiche selbst regeln, die Gesetzgebungskompetenz. Es handelt sich um Regelungen zur Strafverfolgung, für die der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz hat und von der er auch abschließend Gebrauch gemacht hat. Entsprechend ist die Regelung der Kennzeichenkontrolle, die als tatbestandliche Voraussetzung auf diese Regelung verweist, verfassungswidrig. Es fehlt insoweit an einer hinreichend bestimmten und begrenzenden Anknüpfung für die Kennzeichenerfassung.

Formell nicht mit der Verfassung vereinbar sind auch die hessischen Regelungen zu automatisierten Kennzeichenkontrollen, soweit sie zur Unterstützung von polizeilichen Kontrollstellen zur Verhinderung von versammlungsrechtlichen Straftaten dienen, sowie wiederum auch die Regelung zur Einrichtung solcher Kontrollstellen selbst. Der Gesetzgeber darf solche Kontrollen zwar vorsehen. Weil in ihnen jedoch ein Eingriff in die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG liegt, muss das Gesetz das Grundrecht unter Angabe dessen Artikels nennen (sogenanntes Zitiergebot, vgl. Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG). Dem genügen die angegriffenen Vorschriften nicht.

3. In materieller Hinsicht sind die angegriffenen Vorschriften mit den aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgenden Anforderungen nicht in jeder Hinsicht vereinbar. Der Senat greift hierfür auf seine Maßstäbe für polizeiliche Kontrollen zurück, die er im ebenfalls heute veröffentlichten Beschluss zu entsprechenden Regelungen in Bayern ausgeführt hat (*Anm. der Redaktion: die Entscheidung zu den bayerischen Vorschriften ist ebenfalls im RA-Telegramm 3/2019 abgedruckt*).

a) Den Regelungen der Kennzeichenkontrolle in Baden-Württemberg und Hessen fehlt es hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzung der allgemeinen Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung an einer Beschränkung auf den Schutz von Rechtsgütern von zumindest erheblichem Gewicht oder einem vergleichbar gewichtigen öffentlichen Interesse.

b) Soweit die Kennzeichenkontrolle als Mittel der Schleierfahndung erlaubt wird, stellen die Regelungen beider Länder nicht sicher, dass derartige Kontrollen nur an Orten mit einem hinreichend klaren Grenzbezug erfolgen dürfen. Indem die Schleierfahndung in Baden-Württemberg allgemein auf Straßen von erheblicher Bedeutung für die grenzüberschreitende Kriminalität im ganzen Land eröffnet wird, ist der Grenzbezug für automatisierte Kennzeichenkontrollen nicht hinreichend bestimmt und begrenzt. Diesen Anforderungen werden auch die hessischen Regelungen nicht gerecht, soweit sie die Schleierfahndung auf allen Straßen im ganzen Land zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität eröffnen.

c) Im Übrigen sind die gesetzlichen Voraussetzungen für die Durchführung der Kennzeichenkontrolle in beiden Ländern, die sich wesentlich aus einem Verweis auf die Regelungen zur Identitätsfeststellung ergeben, verfassungsrechtlich weder hinsichtlich der Anforderungen an einen hinreichend bestimmten konkreten Anlass noch hinsichtlich der Anforderungen an einen hinreichend gewichtigen Rechtsgüterschutz zu beanstanden. Dies gilt für die Ermächtigung zur Kontrolle an gefährlichen und gefährdeten Orten, zum Schutz besonders gefährdeter Personen sowie zur Unterstützung polizeilicher Kontrollstellen zur Verhütung besonders schwerer Straftaten, wenn bereits die Einrichtung derartiger Kontrollstellen eine konkrete Gefahr voraussetzt.

d) Einer einschränkenden verfassungskonformen Auslegung bedürfen allerdings die Regelungen zum Datenabgleich. Sie müssen so verstanden werden, dass sich der Umfang des erlaubten Datenabgleichs jeweils auf diejenigen Fahndungsbestände beschränkt, die für den konkreten Zweck der Kennzeichenkontrolle von Bedeutung sind. Das in den Verfahren zum Ausdruck gekommene gegenläufige Verständnis in der Praxis genügt diesen Anforderungen nicht.

e) Die Vorschriften zur Verwendung der Daten für weitere Zwecke entsprechen den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Zweckänderung nicht. Nach dem Kriterium der Datenneuerhebung ist die Verwendung der Informationen nur zulässig, wenn diese auch für den geänderten Zweck mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln neu erhoben werden dürften. Dies stellen weder die baden-württembergischen noch die hessischen Regelungen ausreichend sicher.

## STRAFRECHT

## Problem: Error in persona für den Mittäter unbeachtlich

### Einordnung: Auswirkung des Irrtums des Tatausführenden auf Dritte

BGH, Urteil vom 01.08.2018, 3 StR 651/17

Der Irrtum des Handelnden über die Person des Angegriffenen (sog. error in persona) ist auch für den Mittäter (§ 25 II StGB) grundsätzlich unbeachtlich. Das gilt insbesondere dann, wenn die Identifizierung des Tatopfers (hier: bei der gefährlichen Körperverletzung und der versuchten räuberischen Erpressung) notwendiger Bestandteil des Tatplans und somit das Risiko einer Personenverwechslung im Tatplan angelegt ist. Weil Zurechnungsgrundlage der Tatplan ist, ist regelmäßig das Vorhersehbarkeitskriterium nicht heranzuziehen, das in Fällen eines Irrtums des Angestifteten zu beachten ist.

### SACHVERHALT

Der Angeklagte C. M. schlug den beiden Mitangeklagten vor, zwei unbekannt gebliebenen Männern Ecstasy-Pillen notfalls mit Gewalt abzunehmen. Diese Drogen wollte er überwiegend verkaufen und den Erlös für sich behalten. Die Mitangeklagten stimmten seinem Vorschlag zu. Der Angeklagte C. M. rief die Drogenhändler an und gab vor, die Betäubungsmittel kaufen zu wollen; um das Drogengeschäft abzuwickeln, sollten die den Angeklagten unbekannt Männer zur Wohnung des C. M. kommen, wo eine Party stattfand. Der Angeklagte C. M. gab dem Angeklagten S. einen Baseballschläger und begab sich in den Hof, nur wenige Meter vom Hausflur entfernt. Die anderen versteckten sich im dunklen Erdgeschoss; der Angeklagte M. M. stellte sich auf die Treppe, um den Drogenhändlern die Flucht in die oberen Stockwerke zu verwehren.

Zunächst erschien indes der Zeuge Sch., mit dem alle Angeklagten befreundet waren. Der Angeklagte C. M. begrüßte Sch. und sagte ihm, er könne sich zu den anderen Gästen in die Wohnung begeben. Für den Angeklagten C. M. war vorhersehbar, dass die anderen Sch. mit den Drogenhändlern verwechseln könnten. Er ging jedoch davon aus, dass sie Sch. rechtzeitig erkennen würden; er unterließ es daher, sie oder Sch. zu warnen. Die Angeklagten M. M. und S. hielten allerdings in der Dunkelheit Sch. für einen der Drogenhändler. Der Angeklagte S. schlug daher in Befolgung der Abrede dem Sch., der mit keinem Angriff rechnete, mit dem Baseballschläger auf die Nase, die dadurch brach. Sch. begab sich in die obere Wohnung und ließ von der Zeugin E. seine Nase richten.

### LÖSUNG

Der sogenannte „error in persona“, dem der Mitangeklagte S. beim ersten Angriff unterlag, wirkt sich auch beim Angeklagten C. M. als Mittäter (§ 25 II StGB) nicht aus; ihm wird S. s tatbestandsmäßige Handlung aufgrund des gemeinsamen Tatplans bei arbeitsteiligem Vorgehen zugerechnet.

Der Irrtum des Handelnden über die Person des Angegriffenen ist auch für den Mittäter unbeachtlich (BGHSt 11, 268, 270 ff. [sogenannter „**Verfolger-Fall**“]). Dies wird in der Literatur vornehmlich mit folgenden Argumenten begründet: Es handele sich bei diesem fahrlässigen Exzess nur um einen Motivfehler. Ausreichend sei, dass der Handelnde den Tatplan umsetzen wolle; mehr als eine „situationsangemessene Wahrnehmung“ könne der andere Mittäter, der die Ausführung eines Teils der Tat dem Handelnden überlasst, nicht verlangen („**subjektive Tatplan-Treue**“; S/S/Weißer, StGB, 25. Aufl., § 26 Rn 101).

Hier entsprach es dem Tatplan, die als Drogenhändler identifizierte Person anzugreifen. Der Angeklagte C. M. trug mit dem von ihm ersonnenen Tatplan maßgeblich zur Tat zu Sch. s Lasten bei. Er hätte etwa die Mitangeklagten und insbesondere seinen Mittäter S. auffordern müssen, entgegen der Abrede die eingetretene Person nicht anzugreifen. Dies wäre ihm angesichts seiner Teilhabe an der Tatherrschaft und seines Standorts unschwer möglich gewesen.

Abweichend von dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung hält eine **Mindermeinung** im Schrifttum die Personenverwechslung durch den handelnden Mittäter für beachtlich und schließt eine Zurechnung aus (Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., S. 100 f., 286 f., 311 f.; LK/Schünemann, StGB, 12. Aufl., § 25 Rn. 177; Dehne-Niemann, ZJS 2007, 351, 353 f.). Für den im Hintergrund bleibenden Mittäter käme eine Strafbarkeit allein wegen Verbrechensverabredung (§ 30 II StGB) in Betracht. Gegen die zitierte höchstrichterliche Rechtsprechung wird vornehmlich eingewandt:

Weiche der die tatbestandsmäßige Handlung vornehmende Mittäter absichtlich vom Tatplan ab, sei dies unstreitig ein (vorsätzlicher) Exzess, der dem anderen nicht zugerechnet werde. Ob aber absichtlich oder nur fahrlässig vom Tatplan abgewichen werde, könne nicht ausschlaggebend sein. Entscheidend sei, dass der Mittäter objektiv den Tatplan nicht einhalte. Tatsächlich sei die Tatplanfassung im Versuchsstadium steckengeblieben: Der Mittäter habe sich – anders als der Handelnde – bei Fassung des gemeinsamen Tatplans über die in Gang gesetzte Kausalreihe geirrt; damit fehle es an einer Willensübereinstimmung. Für den Mittäter im Hintergrund stelle sich damit der Irrtum beim Vordermann als wesentliche Abweichung vom Tatverlauf dar („**aberratio ictus**“).

### **Entgegen dieser abweichenden Meinung ist an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten:**

Nur die Unbeachtlichkeit des Irrtums auch für den anderen Mittäter wird dem Grundsatz gerecht, dass das Eintreten eines Mittäters ins Versuchsstadium für alle Mittäter den Versuchsbeginn darstellt (§ 22 StGB). Bei der Mittäterschaft treten alle Mittäter einheitlich in das Versuchsstadium, sobald einer von ihnen zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt, und zwar unabhängig davon, ob einzelne von ihnen ihren Tatbeitrag bereits im Vorbereitungsstadium erbracht haben. Diese Kriterien gelten auch für den untauglichen Versuch. Entscheidend ist die Vorstellung des Täters von der Tauglichkeit der Handlung, die als unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 StGB anzusehen ist. Die nach dem Täterplan maßgebliche Handlung, die zur unmittelbaren Tatbestandserfüllung führen soll und die nach natürlicher Auffassung auch zur Tatbestandserfüllung führen könnte, wenn sie geeignet wäre, ist hier so zu betrachten, als wäre sie tauglich (BGHSt 40, 299, 302).

Hier kommt zudem dem Umstand Bedeutung zu, dass die Angeklagten die Drogenhändler nicht kannten. Notwendiger Bestandteil des Tatplans war daher deren **Identifizierung**; damit war das **Risiko einer Personenverwechslung im Tatplan angelegt**. Der Tatplan bestand ebenso wie der Vorsatz des Angeklagten C. M. fort und gibt den „normativen Grund“ für die Zurechnung; einer Erneuerung oder bestätigenden Aktualisierung des Vorsatzes zum Zeitpunkt des Schlages bedurfte es nicht. Die eher auf eine tatsächliche Betrachtung zugeschnittene „aberratio ictus“ passt bei dieser Wertung nicht.

Der Angeklagte C. M. überließ dem Mitangeklagten S. den unmittelbaren Angriff; dann entlastete ihn dessen Identifizierungsfehler indes nicht. Nach § 16 I 1, § 224 I StGB muss sich der Vorsatz auf „einen anderen“ beziehen; weiterer Konkretisierungen zur Tatbestandserfüllung bedarf es weder beim handelnden noch bei einem anderen Mittäter, der aufgrund des gemeinsamen und umzusetzenden Tatplans strafbar ist. **Weil Zurechnungsgrundlage der Tatplan ist, ist das Vorhersehbarkeitskriterium nicht heranzuziehen, das in Fällen eines Irrtums des Angestifteten zu beachten ist** (dazu BGHSt 37, 214, 217 ff.).

Die vorstehend genannten Grundsätze gelten nicht nur für die gefährliche Körperverletzung (§ 224 I Nr. 2, 3, 4 StGB), sondern auch für die versuchte besonders schwere räuberische Erpressung (§§ 253, 255, 250 II Nr. 1, §§ 22, 23 I StGB). Dieses Vermögensdelikt weist mit dem zusätzlichen subjektiven Merkmal der Absicht, sich oder einen Dritten rechtswidrig zu bereichern, zwar eine Besonderheit auf (sogenannte „**überschießende Innentendenz**“). Dies ändert aber nichts an der Zurechnung:

Mittäter kann nur sein, wer mit Bereicherungsabsicht handelt. Wenn dieses Eingangskriterium indes erfüllt ist, ist eine Zurechnung wie bei „nicht kupierten“ Delikten möglich. Die Absicht als tatbezogenes Merkmal (BGHSt 22, 375, 380) ändert nichts an der Struktur des Tatplans als des entscheidenden Zurechnungskriteriums.

Hier handelte S. die ganze Zeit über in Drittbereicherungsabsicht, C. M. mit Bereicherungsabsicht zu eigenen Gunsten. Diese Absicht musste der Angeklagte C. M. zum Zeitpunkt des Schlags nicht „aktualisieren“. Nach den vorgenannten Grundsätzen über den Eintritt in das Versuchsstadium durch das Handeln eines Mittäters blieb es bei der Zurechnung. S. s Irrtum führte bezüglich des Vermögensdelikts zur Untauglichkeit seines Versuchs, weil Sch. kein Rauschgift im Besitz hatte. Weil er aber den Tatplan umzusetzen versuchte, haften seine Mittäter in vollem Umfang mit. S. s Personenverwechslung führte, was die räuberische Erpressung betrifft, mithin abschließend zur diesbezüglichen Versuchsstrafbarkeit.

## **Problem: Änderung der Rspr.: Konkurrenzen: Sachbeschädigung und Wohnungseinbruchsdiebstahl**

**Einordnung: Tateinheit zwischen § 303 StGB und Wohnungseinbruchsdiebstahl**

BGH, Beschluss vom 27.11.2018, 2 StR 481/17

Laut neuer Rechtsprechung des BGH steht bei (vollendetem) schwerem Bandendiebstahl oder Wohnungseinbruchsdiebstahl eine zugleich begangene Sachbeschädigung stets im Verhältnis der Tateinheit und tritt nicht im Wege der Gesetzeseinheit in Form der Konsumtion zurück.

### **SACHVERHALT**

Die Angeklagten brachen in Wohngebäude ein, wobei Sachschäden unterschiedlichen Ausmaßes entstanden. Das LG nahm auch bei den vollendeten Taten Tateinheit von schwerem Bandendiebstahl bzw. Wohnungseinbruchsdiebstahl mit Sachbeschädigung an. Dieser Rechtsauffassung schließen sich nach Anfrage des 2. Senats die übrigen Senate an.

### **LÖSUNG**

Die Sachbeschädigung tritt nicht im Wege der Gesetzeseinheit in Form der Konsumtion zurück, gleichgültig in welchem Verhältnis der verursachte Sachschaden zu dem Wert der Diebesbeute steht.

Dafür sprechen mehrere Punkte:

Eine Sachbeschädigung ist keine regelmäßige Begleittypik eines Einbruchdiebstahls, sondern hängt im Einzelfall vom Verhalten des Täters und der Beschaffenheit des Tatobjekts ab. Die Annahme von Konsumtion würde zudem zu einem systematischen Bruch mit den der Einbruchvariante gleichgestellten übrigen Begehungsvarianten führen. Außerdem sind die geschützten Rechtsgüter und Rechtsgutsträger in vielen Fällen nicht identisch, beispielsweise bei Mietwohnungen. Die konsequente Annahme von Idealkonkurrenz vermeidet aufwändige Feststellungen zu Eigentumsverhältnissen sowie praktische Abgrenzungsschwierigkeiten bezüglich der „Begleittypik“.