

Mit Redaktionsbeilage zum
73. Deutschen Juristentag in Bonn

AUFsätze

Rosa Hinzpeter-Schmidt
Die Einwilligung einer Minderjährigen in den
Schwangerschaftsabbruch

ÜBUNGSBLÄTTER
STUDENTEN

Tim Kupfer und Johannes Weiß
Störung der Geschäftsgrundlage

Wolfgang Neuefeind
Gefälligkeit und Rechtsbindung – ein Überblick – Teil II

Ingo Saenger und Maria Henke
Klausur Examinatorium Zivilrecht

Alina Hoffmann und Ron-Jo Koenen
Klausur Basics Strafrecht

Felix Ruppert und Antonia Walz
Klausur Examinatorium Strafrecht

Hans Zilles
Klausur Basics Öffentliches Recht

Emanuel Towfigh, Jan Keesen und Markus Hennig
Hausarbeit Basics Öffentliches Recht

ÜBUNGSBLÄTTER
REFERENDARE

Andreas Schröder
Besonderheiten der Befristungskontrollklage – Teil II

Kyra Schimanowski
Klausur Zivilrecht

RECHTSPRECHUNG

BGH: Coronabedingte Schließung von Fitness-Studios

BGH: Persönlichkeitsrecht

BGH: Der Rücktritt vom Versuch wegen eingetretener
Sekundärzielerreichung und gleichzeitig befürchteter
Primärzielverfehlung

LG Nürnberg-Fürth: „Stopp, stopp, stopp – bitte jetzt aufhören“

BVerfG: Ne bis in idem: einstweilige Anordnung des BVerfG
gegen den Vollzug eines Haftbefehls im Wiederaufnahme-
verfahren

BVerfG: Justizgewährleistungsanspruch: Sportgerichtshof muss
Öffentlichkeitsgrundsatz einhalten

VG Stuttgart: Feststellungsklage gegen verordnungsrechtliches
Nachtangelverbot

INHALT

HERAUSGEBER

Zivilrecht:

RiBGH a.D. Dieter Maihold, Karlsruhe
Prof. Dr. Christian Wolf, Universität Hannover

Strafrecht:

VRiOLG a.D. Prof. Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg, Regensburg
Prof. Dr. Hans Kudlich, Universität Erlangen-Nürnberg

Öffentliches Recht:

Prof. Dr. Dr. h. c. Stefan Muckel, Universität Köln
VRiBVerwG a.D. Prof. Dr. Rüdiger Rubel, Frankfurt

Referendarausbildung:

RA Torsten Kaiser, Lübeck
VRiOLG a.D. Prof. Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg, Regensburg

STÄNDIGE MITARBEITER

DER RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT

Zivilrecht:

RA Dr. habil. Christian Förster, Frankfurt/Main
Prof. Dr. Johannes Hager, Universität München
Prof. Dr. Marie Herberger, LL.M., Universität Bielefeld
Prof. Dr. Martin Löhnig, Universität Regensburg
Prof. Dr. Dirk Looschelders, Universität Düsseldorf
RA Prof. Dr. Hubert Schmidt, Trier/Koblenz
Prof. Dr. Paul T. Schrader, Universität Bielefeld
Prof. Dr. Roland Schwarze, Universität Hannover
Prof. Dr. Astrid Stadler, Universität Konstanz
Prof. Dr. Felipe Temming, Universität Hannover
Priv.-Doz. Dr. Christoph Weber, München
Prof. Dr. Christian Wolf, Universität Hannover

Strafrecht:

VRiOLG a.D. Prof. Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg, Regensburg
Prof. Dr. Christian Jäger, Universität Erlangen-Nürnberg
Prof. Dr. Hans Kudlich, Universität Erlangen-Nürnberg

Öffentliches Recht:

Prof. Dr. Timo Hebel, Universität Trier
Prof. Dr. Christian Hillgruber, Universität Bonn
Prof. Dr. Dr. h. c. Stefan Muckel, Universität Köln
Prof. Dr. Markus Ogorek, Universität Köln

BEIRAT

Präs. d. LG a.D. Dr. Monika Anders, Essen
Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Universität Köln
Prof. Dr. Marc Engelhart, Universität Frankfurt/Main
Prof. Dr. Volker Epping, Universität Hannover
Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit, Universität München
Prof. Dr. Dieter Henrich, Universität Regensburg
Prof. Dr. Elisa Hoven, Universität Leipzig
Prof. Dr. Andreas Hoyer, Universität Kiel
RiOLG Prof. Dr. Saskia Lettmaier, B.A. (Oxford), LL.M., S.J.D. (Harvard), Universität Kiel
VRiOLG Dr. Rainer Oberheim, Frankfurt/Main
Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu, Universität des Saarlandes
Vizepräs. d. VG a.D. Günter Proppe, Arnberg
Prof. Dr. Claus Roxin, Universität München
Prof. Dr. Ingo Saenger, Universität Münster
Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Paul Waßmer, Universität Köln
Prof. Dr. Gereon Wolters, Universität Bochum

JURISTISCHE ARBEITSBLÄTTER

Zeitschrift für
Studenten und
Referendare

Heft 9/2022
54. Jahrgang

Redaktion im Verlag: Bärbel Smakman (V.i.S.d.P.), Musan Pintol, Andrea Bertler, Dr. Anna Bloch, Dr. Ayla Sommer

Herstellung: Elma Böttcher

Manuskripte: Manuskripte sind an die Redaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag C.H.BECK an seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt.

Manuskripte sind einzusenden an: JAredaktion@vahlen.de

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Anzeigenabteilung: Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 400340, 80703 München.

Media-Beratung: Telefon (089) 3 81 89-687, Telefax (089) 3 81 89-589.
Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten: Telefon (089) 3 81 89-609, Telefax (089) 3 81 89-589, E-Mail: anzeigen@beck.de
Verantwortlich für den Anzeigenteil: *Bertram Mehling*

Verlag: Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 400340, 80703 München, Telefon (089) 3 81 89-0, Telefax (089) 3 81 89-398, Postbank München, IBAN: DE82 7001 0080 0006 2298 02, BIC: PBNKDEFFXXX
Der Verlag ist oHG. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

Erscheinungsweise: Monatlich zum Monatsbeginn.

Bezugspreise: Halbjährlich (inkl. JADirekt) € 76,00 (inkl. MwSt.) zzgl. Versandkosten, Vorzugspreis für NJW-Bezieher halbjährlich (inkl. JADirekt) € 49,00 (inkl. MwSt.). Einzelheft € 17,00 (inkl. MwSt.) zzgl. Versandkosten. Abonnementpreise gegen Vorlage einer Ausbildungsbescheinigung halbjährlich für Studenten und Referendare (inkl. JADirekt) € 49,00 (inkl. MwSt.) zzgl. Versandkosten. Der Abonnementpreis wird im Voraus in Rechnung gestellt. Abonnement und Bezugspreis beinhalten die Printausgabe sowie eine Lizenz für die Online-Ausgabe. Die Bestandteile des Abonnements sind nicht einzeln kündbar.

Bestellungen nehmen jede Buchhandlung und der Verlag entgegen.

Abbestellungen: Abbestellfristen finden Sie unter:
www.beck-shop.de/juristische-arbeitsblaetter/product/796790

Umschlag und Layout: Martina Busch, Fürstenfeldbruck

Satz: Druckerei C.H.BECK, Bergerstr. 3, 86720 Nördlingen

Druck: Druckerei Himmer GmbH, Steinerne Furt 95, 86167 Augsburg

ISSN: 0720-6356



705 ZIVILRECHT

Wiss. Mit. Rosa Hinzpeter-Schmidt
Die Einwilligung einer Minderjährigen in den Schwangerschaftsabbruch

ÜBUNGSBLÄTTER STUDENTEN

711 LERNBEITRAG ZIVILRECHT

Rechtsanwalt Tim Kupfer und Staatsanwalt Johannes Weiß
Störung der Geschäftsgrundlage

717 LERNBEITRAG ZIVILRECHT

Oberstaatsanwalt a. D. Wolfgang Neuefeind
Gefälligkeit und Rechtsbindung – ein Überblick – Teil II

720 KLAUSUR ZIVILRECHT

Professor Dr. Ingo Saenger und Ass. iur. Maria Henke
»Kohle« für Koalas – neue »Hausnummern« (auch) für die Kommanditistenhaftung«

727 KLAUSUR STRAFRECHT

Wiss. Mit. Alina Hoffmann und Wiss. Mit. Ron-Jo Koenen
»Wildes (Dazwischen-)Treten in der Kreisklasse«

734 KLAUSUR STRAFRECHT

Rechtsanwalt Dr. Felix Ruppert und
Stud. Hilfskraft Antonia Walz
»Von heißer Mode und modebedingten Sünden«

742 KLAUSUR ÖFFENTLICHES RECHT

Wiss. Mit. Hans Zilles
»Hotel Nordkorea«

751 HAUSARBEIT ÖFFENTLICHES RECHT

Professor Dr. Emanuel V. Towfigh, Wiss. Mit. Jan Keesen und
Stud. Hilfskraft Markus Hennig
»Schützenbruder Egon«

ÜBUNGSBLÄTTER REFERENDARE

757 LERNBEITRAG ZIVILRECHT

Rechtsanwalt Andreas Schröder
Besonderheiten der Befristungskontrollklage – Teil II

762 KLAUSUR ZIVILRECHT

Ref. jur. Kyra Schimanowski
»Ein Grundstück kommt selten allein«

RECHTSPRECHUNG

771 ZIVILRECHT

Coronabedingte Schließung von Fitness-Studios
BGH: 4.5.2022; XII ZR 64/21
Professorin Dr. Marie Herberger

772 Unwirksamkeit einer formularmäßigen Verkürzung der Verjährungsfrist für Sachmängel

BGH: 24.3.2022; III ZR 263/20
Professor Dr. Dirk Looschelders

774 Persönlichkeitsrecht

BGH: 3.5.2022; VI ZR 832/20
Professor Dr. Johannes Hager

777 Grenzwand, Nachbarwand oder Überbau: Darf der Nachbar daran etwas auf seiner Seite anbohren?

BGH: 12.11.2021; V ZR 25/21
Professor Dr. Paul T. Schrader

779 STRAFRECHT

Der Rücktritt vom Versuch wegen eingetretener Sekundärzielerreichung und gleichzeitig befürchteter Primärzielverfehlung
BGH: 3.5.2022; 3 StR 120/22
Professor Dr. Christian Jäger

782 »Stopp, stopp, stopp – bitte jetzt aufhören«

LG Nürnberg-Fürth: 27.5.2022; 12 Qs 24/22
Professor Dr. Hans Kudlich

785 ÖFFENTLICHES RECHT

Ne bis in idem: einstweilige Anordnung des BVerfG gegen den Vollzug eines Haftbefehls im Wiederaufnahmeverfahren

BVerfG: 14.7.2022; 2 BvR 900/22
Professor Dr. Dr. h. c. Stefan Muckel

787 Justizgewährleistungsanspruch: Sportgerichtshof muss Öffentlichkeitsgrundsatz einhalten

BVerfG: 3.6.2022; 1 BvR 2103/16
Professor Dr. Dr. h. c. Stefan Muckel

790 Feststellungsklage gegen verordnungsrechtliches Nachtangelverbot

VG Stuttgart: 13.7.2021; 5 K 1937/20
Professor Dr. Timo Hebel

Heftvorschau JA 10/2022

In der nächsten Ausgabe der JA finden Sie unter anderem folgende Beiträge:

AUFSATZ

- Prof. Dr. Alexander Scheuch und Marcel Scholz
»Steuerrechtliche Berührungspunkte des examensrelevanten Zivilrechts«

ÜBUNGSBLÄTTER STUDENTEN

- Prof. Dr. Achim Seifert und Jasmin Zipser
Klausur Zivilrecht »Von folgenreichen Missverständnissen und Anmaßungen«
- Dr. Felix Ruppert
Lernbeitrag Strafrecht »Vom richtigen Zweifeln. Sachverhalts-
ungewissheiten in der Fallbearbeitung – Teil I: Anwendungsbereich, Stufenverhältnisse und unechte Wahlfeststellung«

- Benedict Pietsch, M. A., M. iur., und Lea Maria Sommerfeld
Lernbeitrag Öffentliches Recht »Der Zweckveranlasser als unmittelbarer Verursacher«

ÜBUNGSBLÄTTER REFERENDARE

- Dr. Gerhard Dobmeier und Thomas Pohl
Lernbeitrag Zivilrecht »Der Weg zu einem erfolgreichen
Zweiten Juristischen Staatsexamen – Teil I: Vermeidung
typischer Fehler bei der Bearbeitung von zivilrechtlichen
Klausuren«
- Maximilian Reidel und Lukas Semmelmayr
Lernbeitrag Strafrecht »Die Widerspruchslösung –
ein ›Evergreen‹ des BGH«

18 AUS 70 JURA

18 aus 70 Fragen Jura Vahlen

In unserer Serie beantworten Autorinnen und Autoren des Verlags Franz Vahlen 18 aus 70 Fragen und geben dabei sehr viel über sich preis, das über die Angaben in einem klassischen Lebenslauf hinausgeht. Warum gerade 18 aus 70 Fragen? Die Zahlen sind an das Jahr 1870 angelehnt. Das ist das Jahr, in dem der Verlag Franz Vahlen gegründet wurde, der damit im Jahr 2020 sein 150-jähriges Jubiläum feierte. Für unseren Vahlen-Fragebogen haben wir uns unter anderem den »Proust'schen Fragebogen« zum Vorbild genommen. Ursprünglich ist dieser ein beliebtes Gesellschaftsspiel, das einen fast unendlichen Spielraum von Antwortmöglichkeiten gibt: Die Person kann alles über sich preisgeben oder ein Rätsel bleiben. Gedacht ist es als ein Spiel, ein launiger Zeitvertreib, um einen kurzen persönlichen Blick hinter den offiziellen Autorenlebenslauf zu werfen und unsere Autorinnen und Autoren etwas näher kennenzulernen. Aus 70 Fragen wählen wir für jeden Teilnehmer zufällig 18 Fragen aus. Von diesen können die Autorinnen und Autoren insgesamt fünf Fragen mit solchen aus dem Pool der übrigen 52 Fragen austauschen. Der vollständige Fragenkatalog ist auf unserer Homepage abrufbar.

In unserer aktuellen Ausgabe stellt sich erneut ein Mitglied unserer Rechtsprechungsautoren, Professor Dr. Markus Ogorek, LL.M. (Berkeley), unseren 18 Fragen.



Professor Dr. Markus Ogorek, LL.M. (Berkeley)

Herr Professor Ogorek ist Direktor des Instituts für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre der Universität zu Köln. Seine Themenschwerpunkte liegen im Verwaltungsrecht sowie im Staats- und Verfassungsrecht. Er ist unter anderem Mitglied der Staatsrechtslehrervereinigung und Vertrauensdozent für die Friedrich-Ebert-Stiftung sowie für die Studienstiftung des deutschen Volkes. Sein Einsatz für ein modernes Jurastudium ist zuletzt im Herbst 2021 mit dem Fellowship für innovative Lehre des NRW-Wissenschaftsministeriums ausgezeichnet worden. Den Leserinnen und Lesern der JA ist Herr Professor Ogorek zudem aus dem ein oder anderen Editorial bekannt.

dem GG Anwendungsvorrang (nicht gegenüber den Kerngrundsätzen der nationalen Verfassung EuGH BeckRS 2017, 133802 – Taricco II mAnm Pilz NJW 2018, 217). Vorliegend könnte daher die GRCh einschlägig sein. Diese ist gem. Art. 51 I 1 GRCh bei der Durchführung von EU-Recht durch die Mitgliedstaaten anwendbar. Fraglich ist, ob die Vollstreckung von EU-rechtlich determinierten nationalen VA nach nationalem Recht noch Durchführung von Europarecht ist. „Durchführung von Europarecht“ ist weit auszulegen (EuGH BeckEuRS 2010, 561495 – Åkerberg Fransson; EuGH BeckRS 2012, 80846; EuGH BeckEuRS 2010, 555230 – N. S.). Die Zwangsvollstreckung solcher VA dient der Durchführung von Europarecht. Also ist die GRCh anzuwenden. Da jedoch nicht europarechtlich angeordnet ist, wie die Durchführung von EU-Recht erfolgt, steht dem Mitgliedstaat ein eigener Gestaltungsspielraum zu. Innerhalb dessen kann der Mitgliedstaat seine eigene Verfassung berücksichtigen. Daher steht es dem Mitgliedstaat offen, die Umsetzung zu wählen, die am ehesten mit seiner Verfassung im Einklang steht. Um ein möglichst hohes Schutzniveau zu erreichen, muss der Mitgliedstaat eine europarechtskonforme Durchführung wählen, die mit seinem Verfassungsrecht am ehesten vereinbar ist (BVerfG NJW 2005, 2289 [2291]; 2010, 833 [835]; Sachs JuS 2005, 931 [933]). Daher kommen die Grundrechte des GG innerhalb des Entscheidungsspielraums parallel zur GRCh zum Tragen.

Da das EU-Recht nicht die Zwangsvollstreckung von EU-rechtlich determinierten nationalen VA regelt, ist Art. 2 I GG im Zwangsvollstreckungsverfahren anwendbar. Daher ist H in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit verletzt.

5. Ergebnis

Die Klage gegen die Zwangsgeldandrohung hat Aussicht auf Erfolg.

III. Endergebnis

Beide Klagebegehren sind zulässig. Die Klage gegen die Nutzungsuntersagung ist jedoch unbegründet. Die Klage gegen die Zwangsgeldandrohung ist begründet.

Professor Dr. Emanuel V. Towfigh, Wiss. Mit. Jan Keesen und Stud. Hilfskraft Markus Hennig, Wiesbaden*

„Schützenbruder Egon“

THEMATIK	Verwaltungsrecht,	Waffenrecht
SCHWIERIGKEITSGRAD	Mittel	
BEARBEITUNGSZEIT	Vier Wochen	

■ SACHVERHALT

Egon Eichenlaub (E) wohnt in der beschaulichen nordhessischen Stadt Bad Waldesruh (B), die dem gleichnamigen Landkreis angehört. Er ist leidenschaftlicher Sportschütze und blickt nicht nur auf eine vierzigjährige Mitgliedschaft im Verein „Gut Schuß e.V.“ zurück, sondern ist dort auch seit 20 Jahren im Vorstand tätig; bereits achtzehnmal war er Schützenkönig. Um sein Hobby standesgemäß ausüben zu können, ist E im Besitz von zehn Schusswaffen, für die ihm 1980 antragsgemäß Waffenbesitzkarten erteilt worden waren. Zudem wurde ihm im Juli 2003 der sog. kleine Waffenschein erteilt.

E engagiert sich daneben kommunalpolitisch: Seit dem Jahr 2000 ist er Mitglied der Nationalpartei (N). Seit 2002 hat er einen Sitz als Stadtverordneter der N in der Stadtverordnetenversammlung in B. Er ist außerdem Kassenwart im örtlichen Stadtverband der N. E nimmt regelmäßig nicht nur an Vorstandssitzungen, sondern auch an Wahlkampfveranstaltungen teil, nicht nur für die Kommunalwahl, sondern auch für Landtags-, Bundestags- und Europawahlen.

Im Januar 2017 kommt ein 2013 beantragtes Verbotsverfahren gegen die N zum Abschluss. In diesem war auf ein Verbot der N nach Art. 21 GG hingewirkt worden, da diese rassistisches und antisemitisches Gedankengut verbreite und Organisationsplattform für rechtsextremistische Gewalttaten sei. Das Bundesverfassungsgericht kommt in seiner Entscheidung zu dem Schluss, dass die N zwar auf die Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ausgerichtet sei, aufgrund ihrer Stärke als Splitterpartei mit Wahlergebnissen von ca. 0,1–0,5 % jedoch nicht ausreichende „Potentialität“ zur Umsetzung ihrer Ziele besitze. Es verbietet die N deshalb nicht.

Am 6.1.2021 hebt der Landrat des Landkreises Bad Waldesruh (L) – für E völlig unerwartet – die Waffenbesitzkarten sowie den Waffenschein des E auf. Zur Begründung führt er an, dass E aktives Mitglied „der vom BVerfG für verfassungswidrig erklärten N“ sei. Durch seine Tätigkeit als Vorstandsmitglied, als Mandatsträger und als aktiver Teilnehmer an Wahlkampfveranstaltungen habe er zum Ausdruck gebracht,

* Der Verfasser Towfigh ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Empirische Rechtsforschung und Rechtsökonomik an der EBS Law School in Wiesbaden, der Verfasser Keesen ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter, der Verfasser Hennig studentische Hilfskraft. Die Hausarbeit wurde im Frühlingstrimester 2020 im Rahmen der Großen Übung im Öffentlichen Recht gestellt, der Notendurchschnitt lag bei 8,13 Punkten. Die Nachweise in den Fußnoten beschränken sich aus Platzgründen auf ein Mindestmaß.

dass er sich mit dem Gedankengut der verfassungswidrigen Partei N identifiziere. Deshalb gingen Gefahren von ihm aus, denen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit nur mit einem Entzug von Waffenbesitzkarten und Waffenschein begegnet werden könne.

E ist empört. Im Rahmen des ordnungsgemäß durchgeführten Widerspruchsverfahrens trägt er vor, dass er ein unbescholtener Bürger ohne jegliche Vorstrafen sei. Durch seine vierzigjährige Mitgliedschaft im Schützenverein und seine zwanzigjährige Vorstandsarbeit habe er gezeigt, dass er verantwortungsvoll mit Waffen umgehe. Es lägen zudem keine in seiner Person begründeten Anhaltspunkte (wie eine Alkoholabhängigkeit) vor, die gegen seine Eignung zum Führen von Waffen sprächen. Zudem sei er zwar Mitglied der N, er lege jedoch Wert darauf, nur auf kommunaler Ebene aktiv zu sein. Hier sei die N – anders als die Bundes- und Landespartei – durchaus „ordentlich“, sie gestalte konstruktiv und ideologiefrei die örtliche Politik mit. Außerdem sei die N nach wie vor nicht vom BVerfG verboten worden, sodass auch zu seinen Gunsten das „Parteienprivileg“ gelte.

Mit Bescheid vom 6.3.2021 weist L den Widerspruch zurück. Die Aussagen von E seien „reine Schutzbehauptungen“, welche die im Ausgangsbescheid vorgebrachten Argumente nicht entkräfteten.

E ist empört und erhebt am 3.4.2021 vor dem zuständigen Verwaltungsgericht Klage.

Beurteilen Sie in einem umfassenden, auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Probleme eingehenden Gutachten – gegebenenfalls hilfsgutachtlich – die Erfolgsaussichten der Klage.

Bearbeitungshinweis: Gehen Sie davon aus, dass E waffenrechtlich sachkundig ist und ein Bedürfnis zum Besitz von Schusswaffen nachweisen kann. Der Entzug der Aufhebung des Waffenscheins ist nicht zu prüfen.

■ LÖSUNG

Die Klage des E hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. ZULÄSSIGKEIT

Die Klage des E muss zulässig sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs richtet sich mangels aufdrängender Sonderzuweisung nach § 40 I 1 VwGO. Zunächst muss eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen, die streitentscheidenden Normen müssen also öffentlich-rechtliche sein. Nach der modifizierten Subjektstheorie ist dies der Fall, wenn die Normen einen Hoheitsträger in seiner spezifischen Funktion berechtigen oder verpflichten.¹ §§ 5, 45 WaffG beinhalten eine solche Berechtigung, sodass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit iSd § 40 I VwGO vorliegt. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit handelt es sich auch um eine nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit, insbesondere stellt der Streit um Art. 21 IV GG nur eine Nebenfrage dar. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist mithin eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren (§ 88 VwGO). E möchte verhindern, dass ihm seine Waffenbesitzkarten entzogen werden. Zur Verfolgung dieses Begehrens kommt eine Anfechtungsklage (§ 42 I Var. 1 VwGO) in Betracht. Eine solche ist statthaft, wenn es sich bei der Aufhebung der Waffenbesitzkarten durch den Landrat um einen Verwaltungsakt (§ 35 S. 1 VwVfG) handelt.

Die dem E ordnungsgemäß erteilten Waffenbesitzkarten erfüllen die Merkmale eines Verwaltungsakts. Vorliegend sollen diese Waffenbesitzkarten aufgehoben werden. Die Aufhebungsentscheidung weist als *actus contrarius*² einen eigenen Regelungsgehalt auf (nämlich die Aufhebung des vorherigen Verwaltungsakts), ihr ist daher dieselbe Rechtsqualität zuzumessen: Sie stellt einen eigenen Verwaltungsakt iSd § 35 S. 1 VwVfG dar.³ Durch die Bezeichnung der Aufhebungen als „Bescheide“ kleidet die Behörde die Maßnahme ferner auch in die äußere Form eines Verwaltungsakts.⁴

Mithin ist die Anfechtungsklage statthaft. Klagegegenstand sind die ursprünglichen Verwaltungsakte in Form der Widerspruchsbescheide vom 6.3.2021 (§ 79 I Nr. 1 VwGO).

III. Klagebefugnis

E muss klagebefugt sein. Dies ist der Fall, wenn eine Verletzung des Klägers in seinen subjektiv öffentlichen Rechten nicht von vornherein ausgeschlossen ist und vom Kläger geltend gemacht wird, § 42 II VwGO. Subjektiv öffentliche Rechte sind dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht nur objektive Rechtspflichten statuieren, sondern auch hierauf gerichtete Ansprüche einräumen.⁵ In Betracht kommt zunächst die Verletzung des § 10 I, IV WaffG. Obgleich die Norm nicht eindeutig formuliert ist, spricht für die Anspruchsqualität dieser Vorschrift, dass dort von „Erlaubnis“ gesprochen wird, und die Voraussetzungen für die Erteilung in § 4 I WaffG ohne behördlichen Ermessensspielraum geregelt sind.⁶ Bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen besteht also ein subjektiv-rechtlicher Anspruch auf Erteilung einer Waffenbesitzkarte, womit bei Entzug der Waffenbesitzkarten eine Verletzung des E in seinen subjektiv öffentlichen Rechten mithin nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Jedenfalls ist eine Verletzung des E als Adressat eines belastenden Verwaltungsakts in seinen Rechten aus Art. 2 I GG nicht auszuschließen. E ist mithin klagebefugt.

IV. Erfolgloses Vorverfahren

E hat ein nach §§ 68 ff. VwGO erforderliches Vorverfahren erfolglos durchgeführt.

V. Klagefrist

Durch Klageerhebung am 3.4.2021 ist die Monatsfrist des § 74 I 1 VwGO gewahrt.

VI. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist nach dem Rechtsträgerprinzip (§ 78 I Nr. 1 VwGO) die Körperschaft, deren Behörde den

1 NK-VwGO/Sodan, Nomos Kommentar VwGO, 5. Aufl. 2018, § 40 Rn. 302.

2 Voßkuhle JuS 2014, 695 (695).

3 Schoch/Schneider/Schoch, VwVfG, 2020, VwVfG § 48 Rn. 16.

4 BVerwGE 122, 58 (59) = BeckRS 2005, 21895.

5 Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2022, § 9 Rn. 396.

6 Gade/Gade, WaffG, 3. Aufl. 2022, WaffG § 10 Rn. 13.

Verwaltungsakt erlassen hat. Hier erlässt der Landrat des Landkreises L den Verwaltungsakt. In Hessen nimmt der Landrat eine Doppelfunktion ein⁷ – als Behörde der *Selbstverwaltungskörperschaft Landkreis* und im Wege der Organelihe als unterste *Verwaltungsbehörde des Landes*. Zur Abgrenzung der Funktionen wird darauf abgestellt, in welcher Zuständigkeit der Landrat tätig wurde.⁸ Vorliegend handelt L gem. § 1 HessWaffGDurchfVO iVm § 85 I 1 Nr. 3 HSOG als Kreisordnungsbehörde, und Maßnahmen der Kreisordnungsbehörde sind dem jeweiligen Landkreis zuzurechnen.⁹ Daher ist der Landkreis L als Rechtsträger der Behörde Landrat richtiger Klagegegner.

VII. Beteiligter- und Prozessfähigkeit

E ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO beteiligten- und nach § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. L ist eine Gebietskörperschaft, die nach § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO beteiligtenfähig ist und sich nach § 62 III VwGO iVm § 45 I 1 HKO durch den Kreisausschuss vertreten lassen muss.

B. OBJEKTIVE KLAGEHÄUFUNG

Es könnte ein Fall der objektiven Klagehäufung iSd § 44 VwGO einschlägig sein. Hierfür müssten mehrere, zusammenhängende Klagebegehren gegeben sein. Vorliegend möchte E den Widerruf der zehn Waffenbesitzkarten (§ 45 II WaffG) verhindern. Diese wurden durch denselben Bescheid vom L aus gleichem Grund zurückgezogen. Somit existieren zehn zusammenhängende Klagebegehren des E, womit ein Fall der objektiven Klagehäufung vorliegt.

C. BEGRÜNDETHEIT

Die Klage ist begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 I VwGO).

I. Rechtmäßigkeit des Widerrufs

1. Ermächtigungsgrundlage

Es muss eine taugliche Ermächtigungsgrundlage vorliegen. Zu denken wäre an § 49 I HVwVfG. Dem geht jedoch § 45 WaffG als *lex specialis* vor.¹⁰ Vorliegend könnte es sich um eine Rücknahme (Abs. 1) oder einen Widerruf (Abs. 2) handeln. Da E 1980 seine Waffenbesitzkarten erhielt und im Jahre 2000 in die N eintrat, die streitentscheidende Tatsache also bei der Erteilung noch gar nicht vorlag, kommt nur ein Widerruf gem. § 45 II WaffG in Betracht. Dass Erteilung und Beitritt in die N zeitlich vor Inkrafttreten des WaffG liegen, steht dem nicht entgegen.¹¹

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

L muss für den Erlass des Verwaltungsakts zuständig gewesen sein. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 48 I 1 WaffG.¹² Hiernach können die Landesregierungen die zuständigen Behörden bestimmen. In Hessen sind hierfür gem. § 1 HessWaffGDurchfVO die Kreisordnungsbehörden zuständig. L handelte als Kreisordnungsbehörde und war folglich in sachlicher Hinsicht für den Widerruf zuständig. Die örtliche Zuständigkeit des L für den in der Stadt Bad Waldesruh im gleichnamigen Landkreis (L) wohnenden E, ergibt sich aus § 49 I iVm § 3 I Nr. 3 lit. a HVwVfG.

b) Verfahren

Zudem muss der Verwaltungsakt in einem ordnungsgemäßen Verfahren erlassen worden sein. Insbesondere musste eine Anhörung stattfinden (§ 28 I HVwVfG). Diese fand hier nicht statt, obwohl sie mangels Gefahr im Verzug nicht nach § 28 II Nr. 1 HVwVfG entbehrlich war. Der Verfahrensfehler führt grundsätzlich zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts.¹³ In Betracht kommt die Heilung durch Nachholung der Anhörung im Widerspruchsverfahren (§ 45 I Nr. 3 HVwVfG).¹⁴ Konkret hat E ein Gesuch an L gerichtet und damit die Möglichkeit einer in der Substanz vollwertigen Gelegenheit zur Stellungnahme¹⁵ wahrgenommen. Ob eine fehlende Anhörung im Widerspruchsverfahren geheilt werden kann und welche Anforderungen zu stellen sind, ist umstritten.¹⁶ Sind – wie hier – Ausgangsbehörde und Widerspruchsbehörde identisch, ist eine Heilung aber nach allgemeiner Ansicht möglich.¹⁷ In der Zurückweisung des Gesuchs und der Qualifizierung der Einlassungen als „reine Schutzbehauptungen“ kann eine ausreichende Auseinandersetzung mit dem Vortrag gesehen werden. Folglich wurde die notwendige Anhörung gem. § 45 I Nr. 3 HVwVfG nachgeholt. Dies geschah auch fristgerecht (§ 45 II HVwVfG). Der Verfahrensfehler ist geheilt worden.

c) Form

Der Verwaltungsakt muss formgemäß erlassen worden sein. Der „Bescheid“ erging schriftlich und damit in einer nach § 37 II HVwVfG zulässigen Form. Ein schriftlicher Verwaltungsakt ist ferner gem. § 39 I 1 HVwVfG mit einer Begründung zu versehen. Vorliegend führte L zur Begründung an, dass die N-Partei vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt worden sei. Diese Aussage ist problematisch, weil das BVerfG die N nicht verboten hat – obwohl sie nach seinen Feststellungen auf die Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerichtet ist. Fehlt es für ein Verbot einer verfassungspublen Partei lediglich an der Potentialität, so ist sie nicht *verfassungswidrig*, sondern *verfassungsfeindlich*.¹⁸ Somit liegt eine inhaltlich unzutreffende Begründung vor, die allerdings nicht die Form des Verwaltungsakts betrifft.¹⁹ Vielmehr müssen lediglich die Erwägungsgründe der Behörde deutlich werden, damit sich der Adressat mit der Einlegung etwaiger Rechtsbehelfe auseinandersetzen kann.²⁰ Die Begründung genügt mithin § 39 I 1 HVwVfG, die Anforderungen an die Form sind eingehalten.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Die Voraussetzungen des § 45 II WaffG müssen erfüllt sein.

7 Dietlein/Ogorek/Ogorek, Kommunalrecht Hessen, 10. Aufl. 2019, HKO § 55 Rn. 2.
 8 Koehl LKV 2018, 150 (153).
 9 Gornig/Horn/Will/Gornig, Öffentliches Recht in Hessen, 2018, Rn. 694.
 10 Gade/Gade, 3. Aufl. 2022, WaffG § 45 Rn. 1.
 11 BVerwG NVwZ 2007, 1201 (1202).
 12 Gade/Gade, 3. Aufl. 2022, WaffG § 48 Rn. 1.
 13 Knack/Henneke/Ritgen, VwVfG, 11. Aufl. 2020, VwVfG § 28 Rn. 105.
 14 Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Mayen, VwVfG, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 28 Rn. 68.
 15 Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 45 Rn. 76.
 16 HK-VerwR/Schwarz, Verwaltungsrecht Handkommentar, 5. Aufl. 2020, VwVfG § 45 Rn. 30.
 17 Beaucamp JA 2007, 117 (118).
 18 BK-GG/Towfigh/Keesen, Bonner Kommentar zum GG, 205. Akt. Juli 2020, Art. 21 Rn. 624.
 19 Knack/Henneke/Ruffert, 11. Aufl. 2020, VwVfG § 39 Rn. 22.
 20 HK-VerwR/Schwarz, 5. Aufl. 2020, VwVfG § 39 Rn. 23.

aa) Anwendbarkeit der Vorschrift. In § 1 I, III WaffG ist der Besitz von Waffen speziell geregelt,²¹ also sind die Normen des WaffG anwendbar.

bb) Widerrufsfähiger Gegenstand. Die 1980 ordnungsgemäß erteilten Waffenbesitzkarten (§ 10 I, II WaffG) stellen einen widerrufsfähigen Gegenstand dar.

cc) Versagungsgrund. Es müsste ein Versagungsgrund vorliegen. Dies ist der Fall, sofern eine der in § 4 WaffG genannten Voraussetzungen fehlt. E ist volljährig, sachkundig und kann ein Bedürfnis zum Besitz von Schusswaffen nachweisen. Eine Haftpflichtversicherung ist für Waffenbesitzkarten nach § 4 I Nr. 5 WaffG nicht nachzuweisen.²²

Möglicherweise könnte E aber durch den Eintritt in die N-Partei die erforderliche Zuverlässigkeit (§ 4 I Nr. 2 WaffG) verloren haben.²³ Bei der Zuverlässigkeit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff.²⁴

Nach Rechtsprechung und hM im Schrifttum (normative Ermächtigungslehre²⁵) ist auch die Auslegung und Anwendung solcher unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltung grundsätzlich voll gerichtlich überprüfbar; hierfür spricht insbesondere die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG. Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen²⁶ ist von einem Beurteilungsspielraum der Verwaltung auszugehen, der einer gerichtlichen Überprüfung nur hinsichtlich der Beachtung seiner Grenzen zugänglich ist. Im vorliegenden Fall ist eine solche Ausnahmekonstellation nicht einschlägig, mithin haben die Gerichte das Tatbestandsmerkmal eigenständig auszulegen und die Rechtsanwendung der Verwaltung vollumfänglich zu überprüfen.

Zunächst könnte ein absoluter Unzuverlässigkeitsgrund nach § 5 I Nr. 2 lit. a WaffG vorliegen. Hierfür sind Tatsachen notwendig, welche die Annahme rechtfertigen, dass mit Waffen missbräuchlich umgegangen wird.²⁷ Dies kann auch aus einer Zugehörigkeit zu einem Kollektiv gefolgert werden, sofern Strukturmerkmale der Gruppe darauf schließen lassen, dass die in Rede stehende Person zukünftig Verhaltensweisen des § 5 I Nr. 2 WaffG verwirklichen wird.²⁸ E ist Mitglied der N, jedoch ergeben sich allein hieraus noch keine Anhaltspunkte, weshalb gerade von ihm die Wahrscheinlichkeit zur Verwirklichung einer der normierten Verhaltensweisen droht. Eine absolute Unzuverlässigkeit scheidet somit aus.

Die Unzuverlässigkeit des E könnte jedoch gem. § 5 II WaffG widerlegbar vermutet werden. Hierzu kommt zunächst eine mögliche Mitgliedschaft des E in einer verfassungswidrigen Partei (§ 5 II Nr. 2 lit. b WaffG) in Betracht. E ist Mitglied in der N, diese wurde allerdings vom BVerfG nicht nach § 46 BVerfGG für verfassungswidrig erklärt, mithin ist § 5 II Nr. 2 lit. b WaffG nicht einschlägig. Die Unzuverlässigkeit könnte sich jedoch aus der Mitgliedschaft des E in einer Vereinigung iSd § 5 II Nr. 3 lit. b WaffG ergeben.

(1) Verhältnis von § 5 II Nr. 2 lit. b zu § 5 II Nr. 3 lit. b WaffG. Umstritten ist, ob Nr. 2 lit. b als *lex specialis* Nr. 3 lit. b vorgeht und insoweit einen Rückgriff verbietet. Eine Ansicht möchte Nr. 3 lit. b dahingehend auslegen, dass dieser keine politischen Parteien umfasst.²⁹ Gestützt wird dies unter anderem auf die Erwägung, dass der Gesetzgeber in Nr. 2 lit. b abschließend die Regelunzuverlässigkeit aufgrund einer Parteizugehörigkeit normiert habe.³⁰ Die gegenteilige Auffassung sieht in Nr. 2 lit. b hingegen eine Tatbestandsalternative.³¹

Für die erste Auffassung sprechen die Erwägungen des Gesetzgebers und die Parallelen zum Art. 21 IV GG, aus welcher die Nichtanwendbarkeit des Art. 9 II GG resultiert.³² Nr. 2 lit. b stellt eine einfachgesetzliche Umsetzung des in Art. 21 IV GG statuierten Parteienprivilegs im WaffG dar. Aus den Gesetzesentwürfen zu Nr. 3 lit. a geht zudem hervor, dass sich die Norm an Art. 9 II GG orientieren soll.³³ Es erscheint danach konsequent, dass auch selbiges Spezialitätsverhältnis gelten muss. Weiterhin würde Nr. 2 lit. b keinen eigenen Regelungsgehalt entfalten können, da die politische Partei jedenfalls vom Vereinigungsbegriff umfasst ist. Wenn der Gesetzgeber ausdrücklich die Parteien nennt, so liegt eine abschließende Regelung nahe.³⁴

Dem ist entgegenzuhalten, dass der Wortlaut des Nr. 3 lit. b keineswegs auf jenem von Nr. 2 lit. b aufbaut und sich keine Anhaltspunkte für ein Spezialitätsverhältnis finden lassen.³⁵ Nr. 2 lit. b knüpft an das *organisationsbezogene* Merkmal der Mitgliedschaft, Nr. 3 lit. b hingegen an das *tätigkeitsbezogene* Merkmal des „Verfolgens“ an, womit auch der Aufbau der Norm systematisch auf zwei gleichwertige Alternativen hindeutet.³⁶ Aufgrund der unterschiedlichen „Wohlverhaltensfristen“ in Nr. 2 und Nr. 3 lässt sich zudem das Argument eines fehlenden eigenen Regelungsgehalts entkräften, da insoweit ein eigener substantieller Anwendungsbereich entsteht.³⁷ Insbesondere der Normzweck steht einem Spezialitätsverhältnis entgegen. Das WaffG soll die Allgemeinheit vor den von einem unzuverlässigen Waffenbesitzer ausgehenden Gefahren schützen.³⁸ Eine Ausklammerung politisch organisierter Vereinigungen würde diesem gesetzgeberischen Zweck zuwiderlaufen und ausgerechnet Mitglieder von Parteien schützen, welche zwar mangels Potentialität zur Umsetzung ihrer Ziele nicht verboten sind, jedoch klare Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung an den Tag legen. Da Gefahren im Zusammenhang mit Waffenträgern auch von Individuen und nicht nur bei Kollektiven auftreten, wäre es insoweit widersprüchlich, gerade diese vom Schutz des der Allgemeinsicherheit dienenden Zwecks des WaffG auszunehmen.³⁹ Im Übrigen entspricht dieses Ergebnis auch dem neueren Willen des Gesetzgebers, welcher in den Gesetzesmaterialien zum 3. WaffRändG klarstellt, dass auch Parteien vom Vereinigungsbegriff umfasst sein sollen.⁴⁰

21 Gade/Gade, 2. Aufl. 2018, WaffG § 1 Rn. 1.

22 Gade WaffR-HdB/Gade, Handbuch Basiswissen Waffenrecht, 4. Aufl. 2017, 113.

23 Eifert JuS 2004, 565 (566); Steindorf, Waffenrecht, 11. Aufl. 2022, WaffG § 5 Rn. 8; Scheidler LKRZ 2012, 86 (87); Spitzlei/Hautkappe DÖV 2018, 973 (974); Gade WaffR-HdB/Gade, 4. Aufl. 2017, 113.

24 Steindorf, 11. Aufl. 2022, WaffG § 5 Rn. 8.

25 Voßkuhle JuS 2008, 117 (118).

26 Vgl. zu den verschiedenen Ausnahmekonstellationen: Voßkuhle JuS 2008, 117 (118).

27 Roth NVwZ 2018, 1772 (1773).

28 BVerwG NJW 2015, 3594 (3595).

29 BayVGH BeckRS 2010, 45428; VG Dresden GewArch 2016, 430 (430); Beaucamp DÖV 2012, 709 (713).

30 VG Dresden GewArch 2016, 430 (430).

31 Scheidler LKRZ 2012, 86 (90); BVerwGE 166, 45 = LKV 2019, 458 (460); BVerwG NVwZ-RR 2010, 225 (227); Waldhoff JuS 2019, 1230 (1232); Pießkalla NJOZ 2019, 817 (819); Spitzlei/Hautkappe DÖV 2018, 973 (978).

32 BK-GG/Towfigh/Keesen, 205. Akt. Juli 2020, Art. 21 Rn. 649.

33 BT-Drs. 14/7758, 128; VG Dresden GewArch 2016, 430 (430).

34 BayVGH BeckRS 2010, 45428; VG Dresden GewArch 2016, 430 (430).

35 BVerwGE 166, 45 (50) = BeckRS 2019, 20166; BVerwG NVwZ-RR 2010, 225 (226).

36 Waldhoff JuS 2019, 1230 (1232); BVerwG NVwZ-RR 2010, 225 (226).

37 Steindorf, 11. Aufl. 2022, WaffG § 5 Rn. 50; BVerwGE 166, 45 (51) = BeckRS 2019, 20166.

38 BT-Drs. 7417758, 50, 55; BVerwG NVwZ-RR 2010, 225 (226).

39 Scheidler LKRZ 2012, 86 (90).

40 BT-Drs. 19/15875, 36.

Mithin sprechen die besseren Argumente dafür, ein Spezialitätsverhältnis abzulehnen, womit kein genereller Vorrang der Nr. 2 lit. b vor der Nr. 3 lit. b besteht.

(a) Einfluss des Parteienprivilegs. Möglicherweise gebietet jedoch das Parteienprivileg aus Art. 21 IV GG eine verfassungskonforme Auslegung von § 5 II Nr. 3 lit. b WaffG mit einem anderen Ergebnis.

Aus dem Parteienprivileg ergibt sich die sog. Sperrwirkung vorherigen administrativen Eingreifens, die bis zu einer Entscheidung des BVerfG über die Verfassungswidrigkeit einer Partei verbietet, dass die Exekutive nachteilige Auswirkungen an die Parteimitgliedschaft knüpft.⁴¹ Das Parteienprivileg schützt nicht nur die Partei als solche, sondern auch die parteiverbundenen Tätigkeiten der Funktionäre und Anhänger, sofern sie mit allgemein erlaubten Mitteln arbeiten.⁴² Auch diese dürfen also aufgrund einer Parteimitgliedschaft von der Exekutive nicht benachteiligt werden.

Unter diesem Gesichtspunkt könnte die Anwendung des § 5 II Nr. 3 lit. b WaffG auf Mitglieder und Anhänger politischer Parteien problematisch sein. Schließlich müsste als Folge ein Gericht nicht mehr auf Nr. 2 lit. b abstellen, da Nr. 3 lit. b kein Parteiverbot erfordert und insoweit niedrigere Anforderungen stellt. Im Ergebnis könnten Verwaltung und Gerichte gleichsam die „Verfassungswidrigkeit“ der Partei feststellen, was der ausschließlichen Verbotszuständigkeit des BVerfG zuwiderliefe.⁴³

Einwenden lässt sich jedoch, dass Art. 21 IV GG insbesondere die Parteiorganisation und die spezifische Mitwirkung der Parteien an der politischen Willensbildung schützt. Der Besitz einer Waffe ist indessen für die Mitwirkung an der politischen Willensbildung (gerade) nicht erforderlich. Bei der Überprüfung, ob eine Partei „Bestrebungen gegen die verfassungsmäßige Ordnung“ vornimmt, handelt es sich ferner um eine Feststellung, die sich von der Feststellung des Parteiverbots nach Art. 21 IV GG unterscheidet, mithin gilt hier auch nicht die Verbotszuständigkeit des BVerfG.⁴⁴ Art. 21 IV GG gebietet mithin unmittelbar keine andere Auslegung von § 5 II Nr. 3 lit. b WaffG.

Das Parteienprivileg könnte aber mittelbar beeinträchtigt sein. Denn auch wenn der Waffenbesitz nicht unmittelbar der politischen Willensbildung dient, kann es für E Grund genug sein, sich nicht länger in einer Partei zu engagieren, wenn er durch die Mitgliedschaft als waffenrechtlich unzuverlässig eingestuft wird.⁴⁵ Daher werden Partei und Mitglieder zumindest mittelbar benachteiligt. Folglich ist in der alternativen Sichtweise der Nr. 2 lit. b und der Nr. 3 lit. b eine faktische Beeinträchtigung des Parteienprivileg gem. Art. 21 IV GG zu sehen.

Diese mittelbare Beeinträchtigung könnte jedoch gerechtfertigt sein. Grundsätzlich ist die Mitgliedschaft in einer nicht verbotenen Partei erlaubt, aus ihr dürfen niemandem Nachteile erwachsen.⁴⁶ In Betracht kommt aber eine Ausnahme von dieser Regel, sofern der Gesetzgeber aufgrund anderer Verfassungssätze berechtigt oder verpflichtet ist, eine anderweitige Regelung zu treffen, um den Grundsatz der Einheit der Verfassung zu wahren.⁴⁷ Vorliegend ist an die aus Art. 2 II 1 GG hergeleiteten Schutzpflichten des Staates für das Leben und die körperlichen Unversehrtheit zu denken. Hiernach gilt es, auch die Allgemeinheit vor den von unzuverlässigen Waffenbesitzern ausgehenden Gefahren zu schützen.⁴⁸ Diese Schutzpflichten könnten den Gesetzgeber

berechtigen, auch Mitglieder einer nur als verfassungsfeindlich eingestuften Partei als unzuverlässig anzusehen. Dann wäre auch die mittelbare Beeinträchtigung des Parteienprivilegs verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

(b) Verhältnismäßigkeit. Solche widerstreitenden Verfassungsbelange müssen im Rahmen der praktischen Konkordanz angemessen und schonend gewogen und ausgeglichen werden, eine entsprechende gesetzgeberische Ausgestaltung von § 5 II Nr. 3 lit. b WaffG muss den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen.

Legitimer Zweck der Regelung ist vorliegend der Schutz der Allgemeinheit vor unzuverlässigen Waffenbesitzern. Die Regelung ist auch geeignet, denn sie verhindert, dass Mitglieder einer verfassungspfeifen und auf die Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung hinarbeitenden Partei Waffen besitzen und potenziell auch in der politischen Auseinandersetzung gewaltsam einsetzen können; damit wird das Missbrauchsrisiko gesenkt, die Regelung fördert den angestrebten Zweck. Die Regelung muss auch erforderlich sein, es darf also kein gleich effektives, weniger einschränkendes Mittel geben. Dem Gesetzgeber steht dabei eine Einschätzungsprerogative zu,⁴⁹ die nur durch grob fehlerhafte Erwägungen überschritten wird.⁵⁰ Eine solche Überschreitung ist hier nicht erkennbar. Schließlich muss die Regelung angemessen sein, die aus dem Eingriff resultierenden Einschränkungen dürfen also nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen. Vorliegend steht dem Parteienprivileg (Art. 21 IV GG) der Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit (Art. 2 II GG) gegenüber.

Vorliegend könnte sich aus Art. 2 II GG eine konkrete Schutzpflicht des Gesetzgebers ergeben, die für eine extensive Auslegung von § 5 II Nr. 3 lit. b WaffG streiten würde. Dagegen spricht jedoch, dass eine solche nur anzunehmen ist, wenn eine konkrete Gefahr besteht und der Gesetzgeber evident zu wenig für die Gefahrabwehr getan hat. Beides ist in dieser Konstellation nicht ersichtlich.⁵¹ Hingegen droht eine Aushöhlung des Parteienprivilegs: Wird die Gefährlichkeit der Parteimitgliedschaft in einer erlaubten politischen Partei als Begründung für nachteilige administrative Maßnahmen genutzt, ist zu befürchten, dass diese Argumentation auch auf andere „gefährliche“ Tätigkeiten übertragen wird – etwa die Zusammenkunft in Gaststätten, das Führen eines Fahrzeugs oder anderer Aktivitäten von Mitgliedern politisch missbilligter Parteien.⁵² Dies soll das Parteienprivileg des Art. 21 GG gerade verhindern.⁵³

Diesen Erwägungen ist wiederum entgegenzuhalten, dass in besonderen Konstellationen auch andere nachteilige administrative Maßnahmen trotz des Parteienprivilegs möglich sind,

41 BK-GG/Towfigh/Keesen, 205. Akt. Juli 2020, Art. 21 Rn. 627 ff.

42 BK-GG/Towfigh/Keesen, 205. Akt. Juli 2020, Art. 21 Rn. 629.

43 VG Dresden GewArch 2016, 430 (431). Zur Verbotszuständigkeit des BVerfG BK-GG/Towfigh/Keesen, 205. Akt. Juli 2020, Art. 21 Rn. 626.

44 SächsOVG BeckRS 2018, 3375.

45 BVerwGE 166, 45 (53) = BeckRS 2019, 20166.

46 BK-GG/Towfigh/Keesen, 205. Akt. Juli 2020, Art. 21 Rn. 629.

47 BVerfGE 19, 206 (220) = BeckRS 1965, 104414; BVerfGE 33, 23 (29 ff.) = BeckRS 9998, 108135; BVerfGE 55, 274 (297 ff.) = BeckRS 9998, 104016; BVerwGE 166, 45 (53) = BeckRS 2019, 20166.

48 BVerwGE 166, 45 (53 f.) = BeckRS 2019, 20166.

49 Klatt/Meister JuS 2014, 193 (195).

50 Waldhoff JuS 2019, 1230 (1232).

51 Beaucamp DÖV 2018, 709 (713).

52 VG Dresden GewArch 2016, 430 (431).

53 VG Dresden GewArch 2016, 430 (431); BK-GG/Towfigh/Keesen, 205. Akt. Juli 2020, Art. 21 Rn. 627 ff.

wie die Einschränkung der politischen Betätigungsfreiheit von Beamten zeigt.⁵⁴ Die Regelung des § 5 II Nr. 3 lit. b WaffG trägt einer solchen Sonderkonstellation Rechnung, nämlich der lediglich von Waffen ausgehenden, einzigartigen Gefahr.⁵⁵ Eine ähnliche Gefahr besteht bei anderen erlaubten Parteiaktivitäten gerade nicht.⁵⁶ Mithin ist nicht zu befürchten, dass das Parteienprivileg durch eine Beeinträchtigung der Parteimitglieder auch in anderen Bereichen ausgehöhlt würde.

Außerdem differenziert § 5 II Nr. 3 lit. b WaffG nicht zwischen einer parteiinternen oder -externen Betätigung,⁵⁷ weshalb die Norm kein Sonderrecht gegenüber den Parteien ist, sondern der Umsetzung des Schutzes allgemeiner Rechtsgüter dient.⁵⁸ Außerdem wird durch die Möglichkeit einer *Widerlegung der Regelvermutung* der Gefahr einer starren Anwendung des § 5 II Nr. 3 lit. b WaffG wirkungsvoll begegnet, sodass auch auf diesem Wege dem Parteienprivileg Rechnung getragen werden kann.⁵⁹

Aus alledem folgt, dass § 5 II Nr. 3 lit. b WaffG Teil der verfassungsmäßigen Ordnung ist und Art. 2 I GG wirksam einschränkt. Die Vorschrift genügt insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Einer Anwendung des § 5 II Nr. 3 lit. b WaffG auf politische Parteien und deren Unterstützer steht somit nichts entgegen.

(2) Bestrebungen gegen die verfassungsmäßige Ordnung. Bei N müsste es sich um eine Vereinigung handeln, die gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichtete Bestrebungen verfolgt (§ 5 II Nr. 3 lit. b WaffG). Fraglich ist, was unter diesem auch in Art. 2 I GG und Art. 9 II GG normierten Begriff zu verstehen ist. Für die Auslegung kann insoweit auf Art. 9 II GG verwiesen werden, wonach die verfassungsmäßige Ordnung speziell die elementaren Verfassungsgrundsätze – wie den Schutz der Menschenwürde, das Demokratieprinzip und den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit – beinhaltet.⁶⁰ Vorliegend vertritt N rassistisches und antisemitisches Gedankengut. Das BVerfG hat laut Sachverhalt festgestellt, dass N auf die Beseitigung der freiheitlich demokratischen Grundordnung und der dazu gehörenden wesentlichen Prinzipien gerichtet sei. Sie verfolgt also gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichtete Bestrebungen.

Zweifelhaft ist, ob diese Bestrebungen der N ausreichend sind, obwohl das BVerfG ihr fehlende Potentialität attestiert hat. Potentialität liegt vor, wenn „konkrete Anhaltspunkte von Gewicht vorliegen, die es zumindest möglich erscheinen lassen, dass das ... Handeln einer Partei erfolgreich sein kann.“⁶¹ Im Rahmen des waffenrechtlichen Merkmals bedarf es dieses Erfolgsmoments hingegen gerade nicht, es genügt der fortlaufende Versuch, die verfassungsmäßige Ordnung zu untergraben, wie es für Vereinigungen im Nationalsozialismus typisch war.⁶² Darunter lassen sich also auch verfassungsfeindliche Parteien subsumieren.⁶³ Das BVerfG bezeichnet die N-Partei ausdrücklich als verfassungsfeindlich, sodass sie als Vereinigung gem. § 5 II Nr. 3 lit. b WaffG zu qualifizieren ist.

(3) Mitgliedschaft des E. Nach der Gesetzesänderung durch das 3. WaffRÄndG soll bereits die Mitgliedschaft in einer solchen Vereinigung zur Begründung der Regelunzuverlässigkeit genügen,⁶⁴ womit der Streit über die Anforderungen an das zuvor notwendige „qualitative Mehr“⁶⁵ entfällt. E ist seit 2000 Mitglied der N, womit die Regelvermutung greift.

(4) Widerlegung der Regelvermutung. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 5 II WaffG wird die Unzuverlässigkeit widerlegbar vermutet. Eine Widerlegung kommt in Betracht, wenn die Umstände des Verhaltens den Verstoß des Betroffenen ausnahmsweise in einem derartig milden Licht erscheinen lassen, dass die nach der Wertung des Gesetzgebers in der Regel durch eine solche Verfehlung begründeten Zweifel an der vorausgesetzten Vertrauenswürdigkeit des Betroffenen bezüglich des Umgangs mit Waffen nicht gerechtfertigt sind.⁶⁶ Zunächst bringt E vor, dass er seit 1980 Inhaber der Waffenbesitzkarten, seit 40 Jahren Mitglied des Schießvereins „Gut Schuß e. V.“ und seit 20 Jahren Mitglied der N sei. In dieser Zeit kam es zu keinem missbräuchlichen Verhalten und auch außerhalb des Parteiengagements gab es keine Anhaltspunkte für ein Vergehen.

Allerdings reicht ein bloßes waffenrechtskonformes Verhalten für die Widerlegung der Regelvermutung nicht aus, da dies ohnehin Voraussetzung für jeden Waffenbesitzer ist.⁶⁷ Vielmehr müssen Umstände vorliegen, welche einen Ausnahmefall kennzeichnen.⁶⁸ Dies kann ein darüberhinausgehendes positives Tun, wie die Teilnahme an einem Ausstiegsprogramm⁶⁹ oder die eindeutige Distanzierung von allen hetzenden und gewaltverherrlichenden Aussagen der Partei sowie ihrer Mitglieder sein.⁷⁰

E trägt in diesem Zusammenhang vor, dass er nur auf kommunaler Ebene tätig sei und N dort konstruktive und ideologiefreie Politik betreibe. Doch es ist zweifelhaft, ob dies schon für die Annahme eines Ausnahmefalls genügt. Vorliegend ist E als Stadtverordneter der N und Kassenwart des Stadtverbands der N tätig. Gerade durch dieses Engagement und der regelmäßigen Teilnahme an Vorstandssitzungen zeigt er eine tiefgehende Identifikation mit den Bestrebungen der N. Auch durch die Teilnahme an Wahlkampfveranstaltungen zeigt er den Willen zum aktiven Einstehen für die verfassungsfeindlichen Ziele der N.

All dies spricht dagegen, dass sich E aktiv von den verfassungsfeindlichen Bestrebungen seiner Partei distanziert. Daher kann E die Regelvermutung nach § 5 II WaffG nicht widerlegen.

dd) Nachträgliche Tatsachen. E erhielt die Waffenbesitzkarten bereits 1980, trat aber erst im Jahre 2000 der N bei, somit handelt es sich um eine nachträgliche Tatsache iSd § 45 II WaffG.

54 Dazu BK-GG/Towfigh/Keesen, 205. Akt. Juli 2020, Art. 21 Rn. 403 mwN.

55 Waldhoff JuS 2019, 1230 (1232); Pießkalla NJOZ 2019, 817 (819); BVerwGE 166, 45 (54 f.) = BeckRS 2019, 20166.

56 Steindorf, 11. Aufl. 2022, WaffG § 5 Rn. 48; Waldhoff JuS 2019, 1230 (1232); BVerwGE 166, 45 (54 f.) = BeckRS 2019, 20166.

57 BVerwG NVwZ-RR 2010, 225 (227); Waldhoff JuS 2019, 1230 (1232); BVerwGE 166, 45 (54) = BeckRS 2019, 20166; Scheidler LKRZ 2012, 86, 90.

58 SächsOVG = BeckRS 2018, 3375; Scheidler LKRZ 2012, 86 (90); Waldhoff JuS 2019, 1230 (1232); BVerwGE 166, 45 (54) = BeckRS 2019, 20166; BVerwG NVwZ-RR 2010, 225 (277).

59 BVerwGE 166, 45 (55) = BeckRS 2019, 20166.

60 BVerwGE 166, 45 (55 f.) = BeckRS 2019, 20166; Waldhoff JuS 2019, 1230 (1232).

61 BVerfGE 144, 20 (224 f.) = BeckRS 2017, 100243.

62 BVerwGE 166, 45 (56) = BeckRS 2019, 20166.

63 Zur Fallgruppe BK-GG/Towfigh/Keesen, 205. Akt. Juli 2020, Art. 21 Rn. 624.

64 BT-Drs. 19/15875, 36.

65 Vgl. etwa VG Leipzig BeckRS 2015, 54991.

66 BVerwG NVwZ 2009, 398 (398).

67 Vgl. etwa OVG Brem BeckRS 2015, 54893.

68 Vgl. SächsOVG BeckRS 2018, 3375.

69 Vgl. SächsOVG BeckRS 2018, 3375.

70 BVerwGE 166, 45 (63) = BeckRS 2019, 20166; HessVGH NVwZ 2018, 1813 (1816).

ee) Fristgerechter Entzug. Der Widerruf am 6.1. müsste fristgemäß erfolgt sein. Fraglich ist dabei, ob im Anwendungsbereich des WaffG überhaupt Aufhebungsfristen bestehen. Das WaffG selbst trifft keine Regelungen zur Frist für einen Entzug. Es ließe sich argumentieren, dass mangels spezialgesetzlicher Regelung und unabhängig vom Regelungsgegenstand mit zunehmendem Zeitablauf Rechtssicherheit zu gewährleisten ist, und dass § 49 III 2 HVwVfG Anwendung finde.⁷¹ Durch dessen Verweis auf § 48 IV HVwVfG würde ein Fristlauf von einem Jahr ab Kenntnis der Tatsachen einsetzen, welche vorliegend bereits verstrichen wäre. Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber im Waffenrecht zum Schutz von Rechtsgütern Dritter einen gesetzeswidrigen Zustand zu keiner Zeit hinnehmen möchte, es sich bei § 45 WaffG daher um eine abschließende Regelung handelt.⁷² Jedes andere Ergebnis würde in der Konsequenz eine dauerhafte Kontrolle der Waffenbesitzer verhindern, weshalb die Jahresfrist des § 48 IV iVm § 49 III 2 HVwVfG nicht anwendbar ist. Der Widerruf war folglich jederzeit möglich.

Aus diesem Grund scheidet auch eine Verwirkung des Widerrufsrechts aus.

b) Rechtsfolge

Beim Widerruf nach § 45 II WaffG handelt es sich um eine gebundene Entscheidung, sodass der Behörde kein Ermessensspielraum verbleibt.

c) Zwischenergebnis

Der Widerruf der Waffenbesitzkarten ist materiell rechtmäßig.

II. Rechtsverletzung

Der Bescheid mit den Widerrufs-Verwaltungsakten ist formell und materiell rechtmäßig, sodass eine aus einer Rechtswidrigkeit der Verwaltungsmaßnahmen resultierende Rechtsverletzung des Klägers ausgeschlossen ist.

D. ERGEBNIS

Die Klage ist zulässig, jedoch unbegründet. Sie wird keinen Erfolg haben.

71 Knack/Henneke/Peuker, 11. Aufl. 2020, VwVfG § 48 Rn. 93.
72 Gade/Gade, 3. Aufl. 2022, WaffG § 45 Rn. 6.

ÜBUNGSBLÄTTER REFERENDARE

ÜBUNGSBLÄTTER REFERENDARE LERNBEITRAG ZIVILRECHT · BEFRISTUNGSKONTROLLKLAGE – TEIL II

Rechtsanwalt Andreas Schröder, Regen*

Besonderheiten der Befristungskontrollklage – Teil II

Die Fortsetzung knüpft an den in JA 8/2022, 670 veröffentlichten Beitrag an.

C. BEGRÜNDETHEIT DER BEFRISTUNGSKONTROLLKLAGE

IV. Sachgrundlose Befristung gemäß § 14 II 1 TzBfG

Grundsätzlich¹ ist gem. § 14 II 1 Hs. 1 TzBfG eine kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Dabei kann das befristete Arbeitsverhältnis gem. § 14 II 1 Hs. 2 TzBfG im Rahmen der zwei Jahre maximal dreimal verlängert werden. Dieser Grundsatz wird durch § 14 II 2 TzBfG eingeschränkt, da eben diese sachgrundlose und demnach „erleichterte Befristung“ nur zulässig ist, wenn nicht bereits zuvor mit demselben Arbeitgeber ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestand. Wann „zuvor“ ein Arbeitsverhältnis bestand, wird dabei uneinheitlich beurteilt.

1. „Zuvor“ als lebenslanges Anschlussverbot

Nach der Rechtsprechung des BAG – bis zum Jahre 2011 – unterfällt dem § 14 II 2 TzBfG jedes vorherige Arbeitsverhältnis unabhängig vom zeitlichen Abstand des zuvor bestehenden Arbeitsverhältnisses. Das BAG stützt dies auf den klaren Wortlaut der Norm.² Ebenso vertrat auch die arbeitsrechtliche Literatur den Standpunkt, dass es sich um ein „lebenslanges“ Anschlussverbot handelt.³

2. Verbot der erleichterten Befristung innerhalb von drei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

An dieser streng wortlautgetreuen Auslegung des § 14 II 2 TzBfG orientierte sich das BAG bis zur Entscheidung vom 6.4.2011. In diesem Urteil wies das BAG ausdrücklich darauf hin, dass an der bisherigen Rechtsprechung für ein zeitlich unbefristetes Anschlussverbot nicht mehr festgehalten werden könne.⁴ Zum einen sei der Wortlaut des § 14 II 2 TzBfG, insbesondere das Tatbestandsmerkmal „bereits zuvor“, nicht eindeutig. Über den zeitlichen Rahmen lässt der Wortlaut mehrere Auslegungen zu. Insoweit kann mit „bereits zuvor“ auch „jemals zuvor“ oder „unmittelbar zuvor“ gemeint sein, weshalb die zeitliche Komponente kontextabhängig ist.⁵ Gegen ein „lebenslanges“ Anschlussverbot spricht dabei vor allem der Sinn und Zweck des § 14 II 2 TzBfG, welcher ein

* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Rechtsanwaltskanzlei Schröder in Regen. Der Autor dankt seinem Vater Rechtsanwalt Alois Schröder für die hilfreichen Diskussionen über den Beitrag.

1 Denkbar erscheint zwar ein vertraglicher Ausschluss der „erleichterten Befristung“ (vgl. MüKoBGB/Hesse, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, TzBfG § 14 Rn. 86), dies wird jedoch höchstwahrscheinlich im Fall der Examensklausur nicht der Fall sein, da damit ein gewichtiger Schwerpunkt der Klausur verloren ginge.
2 BAGE 137, 275 = NZA 2011, 905 (906) Rn. 14; BAGE 2009, 269 = NZA 2005, 218 (219).
3 BAGE 137, 275 = NZA 2011, 905 (906) Rn. 15; Kliemt NZA 2001, 296 (300). AA bereits damals Osnabrücke NZA 2003, 639 (642); Straub NZA 2001, 919 (926).
4 BAGE 137, 275 = NZA 2011, 905 (906) Rn. 16.
5 BAGE 137, 275 = NZA 2011, 905 (906) Rn. 17.

ÜBUNGSBLÄTTER REFERENDARE