



Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Doblerstrasse 15
D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)
Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel. (Stellv. Vorsitzender)
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
StA Dr. Ralf Dietrich
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
ELB Jochen Heinz
Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirchdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
Prof. Dr. Dominik Skauradszun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
MR Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
Prof. Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

ISSN 2195-044X
www.zeitschrift-jse.de
redaktion@zeitschrift-jse.de

Aus dem Inhalt

Beiträge

Friederike Meurer

Das neue Kaufrecht

Jana Müser

Bewährung des Verhältnismäßigkeitsprinzips
im Rahmen der Corona-Pandemie?

Fallbearbeitung

Thomas Funck/Niko Haug

Zivilrecht: „Familienstreitigkeiten“

Caprice Doerbeck

Strafrecht: „Verbotene Lektüre“

Henning Lorenz/Engin Turhan/

Samuel Rehberger

Strafrecht: „Aus dem Leben einer Frauenärztin“

Rechtsprechung

BGH

Eltern haften für Verletzungen ihrer Kinder

BGH

Vollendungszeitpunkt beim Raub

VG Halle/OVG Sachsen-Anhalt

Verbot von T-Shirts mit dominantem „Z“-Symbol
auf einer Demonstration

Inhaltsverzeichnis

Beiträge	Friederike Meurer Das neue Kaufrecht	Seite ▶ 54
	Jana Müser Bewährung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der Corona-Pandemie?	Seite ▶ 62
Klausuren	Thomas Funck/Niko Haug Fortgeschrittenenklausur Zivilrecht: „Familienstreitigkeiten“	Seite ▶ 71
	Caprice Doerbeck Schwerpunktbereichsklausur Strafrecht: „Verbotene Lektüre“	Seite ▶ 77
Hausarbeit	Henning Lorenz/Engin Turhan/Samuel Rehberger Anfängerhausarbeit Strafrecht: „Aus dem Leben einer Frauenärztin“	Seite ▶ 80
Rechtsprechung Zivilrecht	BGH Eltern haften für Verletzungen ihrer Kinder Urteil vom 19.01.2021 (<i>Stjepan Sirovina</i>)	Seite ▶ 88
Rechtsprechung Strafrecht	BGH Vollendungszeitpunkt beim Raub Urteil vom 04.05.2022 (<i>Alexander Bechtel</i>)	Seite ▶ 91
Rechtsprechung Öffentliches Recht	VG Halle/OVG Sachsen-Anhalt Verbot von T-Shirts mit dominantem „Z“-Symbol auf einer Demonstration Beschlüsse vom 26.04.2022 und 27.04.2022 (<i>Sascha Sebastian</i>)	Seite ▶ 95
Rezension	Arne Pautsch <i>Kyrill-Alexander Schwarz</i> , Verfassungsprozessrecht, 1. Auflage – Grundrisse des Rechts (2021)	Seite ▶ 102

Editorial

Anknüpfend an den **Beitrag** aus dem Letzten Heft über die neuen Regelungen für digitale Produkte im Kaufrecht beginnt auch diese Ausgabe mit einem Beitrag über neue europäische Vorgaben im deutschen Zivilrecht. In „*Das neue Kaufrecht*“ stellt MEURER die Änderungen der §§ 433 ff. BGB vor, welche durch die Warenkauf-Richtlinie der Europäischen Union notwendig geworden waren, und unterzieht diese einer ersten Bewertung.

Der Zweite **Beitrag** beschäftigt sich wie so viele Ausarbeitungen in den letzten zwei Jahren mit der Corona-Pandemie. Unter dem Titel „*Bewährung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der Corona-Pandemie?*“ geht MÜSER der Frage nach, welche die wesentlichen Anwendungsschwierigkeiten des titelgebenden Grundsatzes in der Zeit der Pandemiegesetzgebung waren und inwieweit es geboten erscheint, die Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu modifizieren, um sie auch weiterhin als rechtlichen Maßstab nutzen zu können.

In der Rubrik **Fallbearbeitung** kann das Heft dieses Mal mit gleich drei Ausarbeitungen aufwarten. In ihrer an Studierende der Fortgeschrittenenübung im **Zivilrecht** gerichteten **Klausur** „*Familienstreitigkeiten*“ liefern FUNCK und HAUG eine didaktische Aufbereitung einiger Grundfragen des Mobiliarsachenrechts. Konkret geht es um den Herausgabe- und den Unterlassungsanspruch des Eigentümers einer Sache. An Studierende des Schwerpunktbereichs im **Strafrecht** richtet sich sodann die **Klausur** „*Verbotene Lektüre*“ von DOERBECK. Inhaltlich geht es um eine Fragestellung aus dem Recht des Strafvollzugs, wobei auch der Rechtsweg bei einem Vorgehen gegen Entscheidungen der Strafvollstreckungskammer eine Rolle spielt. An Studierende der Anfängerübung im **Strafrecht** ist schließlich die **Hausarbeit** von LORENZ, TURHAN und REHBERGER gerichtet. „*Aus dem Leben einer Frauenärztin*“ bietet noch einmal einen didaktischen Rück- und Überblick über die Rechtsprobleme, welche die Anwendung des § 219a StGB aufwarf. Darüber hinaus zeigen die Autoren einige weitere Probleme auf, die der strafrechtliche Lebensschutz vor, während und (unmittelbar) nach der Geburt aufwerfen kann.

Aus der **Rechtsprechung** gibt es dieses Mal aus jedem Rechtsgebiet eine Entscheidung. Den Anfang macht wie immer das **Zivilrecht**. Hier waren dem VI. Zivilsenat des BGH die Fragen zur Entscheidung vorgelegt, ob sich bei einer Aufsichtspflichtverletzung der Eltern ein Anspruch des Kindes gegen diese aus § 1664 Abs. 1 BGB ergeben kann und ob eine Körperverletzung iSd. § 823 Abs. 1 BGB auch durch Verletzung einer (familienrechtlich begründeten) Obhutspflicht begangen werden kann. Ferner konkretisierte der Senat den Umfang der gebotenen Aufsicht über Minderjährige (SIROVINA). Im **Strafrecht** ging der 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofes der Frage nach, ob der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams – und damit die Vollendung der Wegnahmehandlung – voraussetzt, dass der (neue) Gewahrsam des Täters bereits endgültig gesichert ist (BECHTEL). Schließlich geht es im **Öffentlichen Recht** um einen Fall, der sowohl das VG Halle als auch das OVG Sachsen-Anhalt beschäftigte. Es war jeweils im Eilverfahren die Frage zu entscheiden, ob eine Demonstration stattfinden darf, wenn einige der Teilnehmer planen ein T-Shirt mit einem dominanten „Z“-Symbol zu tragen (SEBASTIAN).

Das Heft endet mit einer **Rezension** von Kyrill-Alexander Schwarz' Werk über die Grundrisse des Verfassungsprozessrechts, welches im letzten Jahr in der ersten Auflage erschienen ist (PAUTSCH).



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

► redaktion@zeitschrift-jse.de



Sascha Sebastian, M.mel.
Stellvertretender Schriftleiter

► schlussredaktion@zeitschrift-jse.de

Beitrag

Prof. Dr. Friederike Meurer

Das neue Kaufrecht

Die Umsetzung der europäischen Warenkauf-Richtlinie in §§ 433 ff. BGB



Friederike Meurer | Professorin für Arbeits- und Zivilrecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

E-Mail-Kontakt: ▶ friederike.meurer@hs-ludwigsburg.de

Inhaltsübersicht

Abstract

A) Einführung und Begriffsklärung

B) Änderungen im allgemeinen Kaufrecht

I. Die neue Definition des Sachmangels

1. Der subjektive Fehlerbegriff
2. Neu: Gleichrang von subjektivem und objektivem Fehlerbegriff

II. Sonstige Änderungen im allgemeinen Kaufrecht

1. Ergänzungen des Nacherfüllungsanspruchs
2. Regress des Verkäufers

C) Änderungen im Verbrauchsgüterkaufrecht

I. Neuregelungen in § 475 BGB (Anwendbare Vorschriften)

1. Unanwendbarkeit des § 442 BGB (Kein Gewährleistungsausschluss bei Kenntnis des Mangels)
2. Kein Ausschluss der Totalverweigerung
3. Frist und Art der Nacherfüllung
4. Neuregelungen für Rückgabe und Rückgewähr

II. Neuregelungen in § 476 BGB

(Abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers)

1. Strenge Anforderungen an negative Beschaffenheitsvereinbarungen (§ 476 Abs. 1 S. 2 BGB)
2. Vereinbarungen über die Verjährung

III. Neue Sonderregeln für den Kauf von Waren mit digitalen Elementen in §§ 475b ff. BGB

1. Abgrenzung zu Verträgen über digitale Produkte (§ 475a BGB)
2. Modifizierter Sachmangelbegriff, insbesondere Aktualisierungspflicht (§ 475b Abs. 2-4 BGB)
3. Sachmangelbegriff bei dauerhafter Bereitstellung der digitalen Elemente (§ 475c BGB)

IV. Sekundärrechte ohne erfolglosen Fristablauf (§ 475d BGB)

V. Sonderregeln für die Verjährung (§ 475e BGB)

VI. Neuregelung der Beweislastumkehr in § 477 BGB

VII. Sonderregelung für Garantien (§ 479 BGB)

D) Fazit

Abstract

Zum 1.1.2022 sind weitreichende Änderungen des Kaufrechts – insbesondere des Verbrauchsgüterkaufrechts – in Kraft getreten. Gemeinsam mit den zeitgleich eingeführten neuen Regeln zu Verträgen über digitale Produkte in §§ 327 ff. BGB und den am 28.5.2022 in Kraft getretenen neuen Vorgaben im Fernabsatzrecht

stellt dies die größte Reform des BGB seit der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 dar. Hintergrund sind drei europäische Richtlinien, die vor allem als Antwort auf die rechtlichen Fragen der Digitalisierung zu verstehen sind.¹ Die Umsetzung hat den deutschen Gesetzgeber vor nicht unerhebliche Herausforderungen gestellt. Es galt, die dogmatisch aufeinander aufbauenden Regelungen des BGB um die von Europa vorgegebenen neuen Rechtsgedanken zu ergänzen, ohne die bewährten Strukturen aufzugeben. Der folgende Beitrag will der Frage nachgehen, ob und inwieweit dies gelungen ist. Ausgehend von einer Darstellung der neuen Regelungen im Kaufrecht werden Abgrenzungsfragen erörtert und eine erste Bewertung gewagt. Die Ausführungen beschränken sich dabei auf das neue Kaufrecht. Hinsichtlich der Regelungen zu den Verträgen über digitale Produkte sei auf den bereits in Heft 1 erschienenen Beitrag von *Klink-Straub* verwiesen.²

A) Einführung und Begriffsklärung

Anlass und Hintergrund der Änderungen im Kaufrecht ist die EU-Richtlinie 2019/771 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs.³ Diese sog. Warenkauf-Richtlinie hat der deutsche Gesetzgeber mit dem „Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrages“ vom 25.6.2021⁴ umgesetzt. Obgleich die europäische Richtlinie nur im Verhältnis Verbraucher – Unternehmer gilt, hat der Gesetzgeber zugleich auch Änderungen im allgemeinen Kaufrecht vorgenommen. Insbesondere wurde der Begriff des Sachmangels in § 434 BGB neu gefasst. Die größten inhaltlichen Änderungen erfolgten aber – entsprechend der Intention der Warenkauf-Richtlinie, den Verbraucherschutz im Binnenmarkt zu stärken – im Verbrauchsgüterkaufrecht. Hervorzuheben ist hier vorab, dass komplett neue Vorgaben für sog. Waren mit digitalen Elementen eingeführt wurden. Waren mit digitalen Elementen sind dabei solche körperlichen Gegenstände, die nur zusammen mit einem digitalen Element funktionieren können. Für diese Fallgestaltungen gelten von nun an Sonderbestimmungen, die dem Verbraucher einen zusätzlichen Schutz bieten sollen.⁵ Sämtliche der neuen Regelungen finden auf alle Kaufver-

1 Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. 2019, L 136 S. 28; Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. 2019, L 136, L 136 S. 1 sowie Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. 2019, L 328 S. 7.

2 ▶ *Klink-Straub*, JSE 2022, 1 ff.

3 Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. 2019, L 136 S. 28

4 BGBl. I 2021, S. 2133 ff.

5 Vgl. hierzu §§ 475b bis e BGB und weiter unten unter ▶ C) III.

träge Anwendung, die nach dem 1.1.2022 abgeschlossen wurden.

B) Änderungen im allgemeinen Kaufrecht

Die größte Änderung im allgemeinen Kaufrecht stellt die Neuregelung des Sachmangelbegriffs in § 434 BGB dar. Daneben finden sich nur kleinere Modifikationen im Bereich des Nacherfüllungsanspruchs (§ 439 BGB) sowie des Verkäuferregresses (§§ 445a, b BGB). Wenngleich also nur wenige Vorschriften des allgemeinen Kaufrechts von der Gesetzesänderung betroffen sind, stellt die neue Fassung des § 434 BGB jedenfalls textlich eine wesentliche Abweichung von dem bislang geltenden Sachmangelbegriff dar.⁶

I. Die neue Definition des Sachmangels

Die Definition des Sachmangels ist weiterhin unverändert in § 434 BGB normiert. Nach dessen Absatz 1 ist eine Sache dann frei von Sachmängeln, „wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen dieser Vorschrift entspricht.“ Anders als nach der bisherigen Rechtslage besteht damit nunmehr kein Vorrang der vereinbarten Beschaffenheit mehr. Vielmehr statuiert das Gesetz einen Gleichrang der subjektiven Anforderungen, der objektiven Anforderungen und der Montageanforderungen.⁷ Praktische Auswirkungen dürfte diese – auf den ersten Blick fundamental wirkende – Änderung indes nur im Verbrauchsgüterkaufrecht haben. Bei Kaufverträgen zwischen zwei Unternehmen (§ 14 BGB) und zwischen zwei Verbrauchern (§ 13 BGB) haben die Vertragsparteien weiterhin die Möglichkeit einer sog. negativen Beschaffenheitsvereinbarung, dh. sie können eine Beschaffenheit vereinbaren, die von den objektiven Anforderungen abweicht und diesen insofern vorgeht.⁸ Handelt es sich hingegen um einen Verbrauchsgüterkauf – also einen Kaufvertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (§ 475 BGB) – werden an eine solche Vereinbarung sehr strenge Anforderungen gestellt (siehe dazu später im Detail⁹).

1. Der subjektive Fehlerbegriff

Im Hinblick auf den subjektiven Fehlerbegriff ergeben sich inhaltlich keine Änderungen: Eine Sache entspricht unverändert dann den subjektiven Anforderungen, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat (Nr. 1). Die Parteien müssen also hinsichtlich der Beschaffenheit der Sache eine Vereinbarung getroffen haben. Inhalt einer solchen Vereinbarung können nach der (neu ins Gesetz eingefügten) Aufzählung in § 434 Abs. 2 S. 2 BGB Art, Menge, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität und sonstige Merkmale der Sache sein. Eine Definition der dem BGB zuvor unbekanntem Begriffe der „Kompatibilität“ und „Interoperabilität“ kann der Warenkaufrichtlinie entnommen werden.¹⁰ Im Ergebnis geht es um Qualitätsanforderungen von physischen Waren, die mit der virtuellen Welt verknüpft werden (sog. Internet der Dinge), also z.B. die Fähigkeiten von Smartphones oder virtuellen Assistenten wie z.B. Alexa, Siri etc.¹¹

An das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung hat der BGH

bislang strenge Anforderungen gestellt.¹² Zwar kann eine solche Vereinbarung auch konkludent getroffen werden; sie muss aber eindeutig sein und sich aus konkreten Anhaltspunkten ergeben.¹³ Diese strengen Voraussetzungen finden allerdings keine Bestätigung in der Warenkaufrichtlinie und wurden auch nicht in die neue Formulierung des BGB aufgenommen. Es bestehen daher Zweifel, ob diese Voraussetzungen weiter aufrechterhalten werden können.¹⁴

Über die Vereinbarkeit mit einer Beschaffenheitsvereinbarung hinaus muss sich die Sache für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignen (§ 434 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Durch die Bezugnahme der Vorschrift auf den Vertrag wird deutlich, dass Voraussetzung auch hier eine vertragliche Einigung sein muss.

Schließlich muss die Kaufsache mit dem vereinbarten Zubehör und den vereinbarten Anleitungen, einschließlich Montage- und Installationsanleitungen übergeben werden (§ 434 Abs. 2 Nr. 3 BGB). Da hier ebenfalls auf eine Vereinbarung Bezug genommen wird, ergibt sich auch aus dieser – neu ins Gesetz eingefügten – Regel inhaltlich keine Änderung zur bisherigen Rechtslage.

2. Neu: Gleichrang von subjektivem und objektivem Fehlerbegriff

Zusätzlich zu den subjektiven Anforderungen müssen nunmehr auch die objektiven Anforderungen an die Kaufsache erfüllt sein. Was darunter genau zu verstehen ist, ist in § 434 Abs. 3 BGB normiert. Demnach muss sich die Sache für die gewöhnliche Verwendung eignen (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB), eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen derselben Art üblich ist (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB), der Beschaffenheit einer vom Verkäufer vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellten Probe oder eines entsprechenden Musters entsprechen (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB) und mit dem Zubehör einschließlich Verpackung, Montage- und Installationsanleitungen sowie anderen Anleitungen übergeben werden, deren Erhalt der Käufer erwarten kann (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 BGB).

Während sich die inhaltliche Definition, wann objektiv ein Mangel vorliegt damit nicht wesentlich von der alten Rechtslage unterscheidet, stellt das nunmehr normierte grundsätzliche Nebeneinander von subjektivem und objektivem Fehler einen deutlichen Systemwechsel zu dem bis zum 31.12.2021 geltenden Kaufrecht dar.¹⁵ In der Vergangenheit galt eine Sache auch dann als mangelfrei, wenn sie zwar nicht den objektiven Qualitätsstandards entsprach, die hiervon abweichenden Beschaffenheitsmerkmale aber zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart wurden. Nach der jetzt geltenden Rechtslage kann eine Sache hingegen auch mangelhaft sein, obwohl sie einer einvernehmlichen Beschaffenheitsvereinbarung entspricht. Ist Kaufgegenstand etwa ein gebrauchter PKW mit einem Lackschaden an der Fahrertür, wäre dieser auch dann mangelhaft, wenn dem Käufer der Lackschaden bekannt war und er den PKW mit dem Lackschaden erwerben wollte.

Dieser neue Gleichrang von subjektivem und objektivem Fehlerbegriff gilt indes gem. § 434 Abs. 3 S. 1 BGB ausdrücklich nur „soweit nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde.“ Im allge-

⁶ So Wilke VuR 2021, 283, 285.

⁷ Vgl. Begr. z. RegE, ▶ BT-Drs. 19/27424, S. 23.

⁸ Vgl. Lorenz, NJW 2021, 2065 (2066); Kirchhefer-Lauber, JuS 2021, 918.

⁹ Teil ▶ C) II. dieses Beitrags.

¹⁰ Nach Art. 2 Nr. 8 und 10 WKRL geht es um die „Fähigkeit der Waren, mit der Hardware und Software zu funktionieren, mit der Waren derselben Art in aller Regel benutzt werden, ohne dass die Waren, die Hardware oder die Software verändert werden müssen (Kompatibilität) bzw. die Fähigkeit, mit einer anderen Hardware oder Software zu funktionieren als derjenigen, mit der Sachen derselben Art benutzt werden (Interoperabilität).“

¹¹ Vgl. Lorenz, NJW 2021, 2065, 2066.

¹² Vgl. BGH, Urt. v. 27.9.2017, Az.: VIII ZR 271/16; Urt. v. 19.1.2018, Az.: V ZR 256/16

¹³ Vgl. BGH, Urt. v. 27.9.2017, Az.: VIII ZR 271/16; Urt. v. 25.1.2019, Az. V ZR 38/18.

¹⁴ Kirchfelder-Lauber, JuS 2021, 918 f.

¹⁵ Vgl. Kupfer/Weiß, VuR 2021, 95, 97; Langkamp, Das neue Schuldrecht 2022, 1. Aufl. (2022), S. 12.

meinen Kaufrecht – dh. bei Kaufverträgen, bei denen der Käufer kein Verbraucher ist – kann also einvernehmlich am Vorrang der subjektiven Beschaffenheitsvereinbarung festgehalten werden. Sofern also der oben genannte PKW mit Lackschaden im gewerblichen Geschäftsbetrieb (also zwischen zwei Unternehmen) oder nur zwischen Privatleuten (= Verbrauchern) verkauft wird, kann man sich darauf einigen, dass die Abweichungen von den objektiven Qualitätsstandards (hier: Lackschaden an der Fahrertür) für die Erfüllung des Kaufvertrags nicht entscheidend sein sollen. In der Praxis dürfte sich jedenfalls der Geschäftsverkehr schnell darauf einstellen und durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen weiterhin vorrangig auf den subjektiven Fehlerbegriff abstellen. Im Ergebnis fällt der Effekt der – zunächst grundlegend erscheinenden – Änderung des Mangelbegriffs im allgemeinen Kaufrecht daher in der Praxis nur wenig ins Gewicht.¹⁶ Anders sieht es im Verbrauchsgüterkaufrecht aus, da dort eine abweichende Vereinbarung nur unter sehr strengen Voraussetzungen möglich ist, wie im Einzelnen noch zu zeigen sein wird.¹⁷

Zusätzliche Anforderungen stellt § 434 BGB dann auf, wenn eine Montage durchzuführen ist. In diesem Fall ist die Sache nur mangelfrei, wenn sie den Montageanforderungen entspricht. Dies ist gem. § 434 Abs. 4 BGB nur dann der Fall, wenn die Montage sachgemäß durchgeführt worden ist (Nr. 1) oder die unsachgemäße Montage weder durch den Verkäufer erfolgte noch auf einem Mangel der vom Verkäufer übergebenen Montageanleitung beruht (Nr. 2). Ausweislich der Gesetzesbegründung sind hiermit jedoch keine sachlichen Änderungen im Vergleich zur bisherigen Regelung in § 434 Abs. 2 BGB aF. beabsichtigt.¹⁸

II. Sonstige Änderungen im allgemeinen Kaufrecht

Neben der soeben dargestellten Änderung des Sachmangelbegriffs in § 434 BGB sind im allgemeinen Kaufrecht nur wenige Normen von der Reform betroffen.¹⁹

1. Ergänzungen des Nacherfüllungsanspruchs

Einige Ergänzungen finden sich im Bereich des Anspruchs auf Nacherfüllung gem. § 439 BGB, wobei es sich hierbei um keine wirklich neuen Inhalte handelt. So wird nunmehr die Pflicht zum Ersatz von Aus- und Wiedereinbaukosten davon abhängig gemacht, dass die Kaufsache „montiert“ oder „installiert“ wurde, „bevor die Vertragswidrigkeit offenbar wurde“. Der Begriff „offenbar werden“ ist dem BGB bislang fremd und geht auf die Warenkaufrichtlinie zurück. Nach wohl hM. wird davon ausgegangen, dass dies eine objektivierte Sichtweise voraussetzt, bei der auf die Erkenntnismöglichkeit eines Durchschnittskäufers abzustellen ist.²⁰

Darüber hinaus wurde durch die Reform die bisher in § 439 Abs. 5 aF. BGB geregelte Rücknahmepflicht des Verkäufers in einen neuen Abs. 6 verschoben. Die bereits in der Vergangenheit nach hM. anerkannte Pflicht des Verkäufers zur Übernahme der durch die Rückgabe entstehenden Kosten wurde nunmehr in § 439 Abs. 6 S. 2 BGB ausdrücklich geregelt.²¹

In Absatz 5 findet sich nunmehr die – ebenfalls schon zuvor von der Rechtsprechung anerkannte²² – korrespondierende Pflicht

des Käufers, die Kaufsache dem Verkäufer zwecks Prüfung der Mangelhaftigkeit zur Verfügung zu stellen.

2. Regress des Verkäufers

Die Warenkaufrichtlinie sieht ausdrücklich vor, dass der Verkäufer berechtigt sein muss, ggf. bei dem oder den anderen Beteiligten der Lieferkette Rückgriff nehmen zu können, wenn er selbst dem Verbraucher aufgrund einer Vertragswidrigkeit haftet, die nicht auf ihn selbst zurück geht. Genauere inhaltliche Regelungen hinsichtlich dieses Rückgriffs enthält die Richtlinie jedoch nicht, so dass die Umsetzung weitgehend dem nationalen Recht überlassen wurde. Der deutsche Gesetzgeber hat die bisherigen Regelungen zum Verkäuferregress in § 445a BGB und § 445b BGB weitgehend beibehalten und vor allem redaktionelle Anpassungen an die Änderungen in § 439 BGB vorgenommen.²³

Eine nicht zu unterschätzende – auch inhaltliche Änderung – findet sich indes im Rahmen der speziellen Verjährungsregelung des Regressanspruchs in § 445b BGB. Wie auch nach der alten Rechtslage enthält § 445b BGB in seinem Abs. 2 zunächst weiterhin eine Ablaufhemmung der 2-jährigen Verjährungsfrist. Danach tritt die Verjährung unverändert frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Letztverkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat. Nach der bis zum 31.12.2021 geltenden Rechtslage endete diese Ablaufhemmung allerdings spätestens 5 Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem der Lieferant die Sache dem Letztverkäufer abgeliefert hatte. Mit der aktuellen Reform des Kaufrechts wurde diese Obergrenze nunmehr ersatzlos gestrichen. Hintergrund dieser Änderung ist vor allem die neu ins Gesetz aufgenommene Aktualisierungsverpflichtung bei Waren mit digitalen Elementen, die oftmals länger als für fünf Jahre bestehen kann.²⁴ Dieser Aktualisierungspflicht kann der Letztverkäufer aber nur nachkommen, wenn der Hersteller die Aktualisierungen auch entsprechend zur Verfügung stellt. Durch den Wegfall der Begrenzung der Verjährungshemmung sollen Hersteller hierzu motiviert werden.²⁵

C) Änderungen im Verbrauchsgüterkaufrecht

Die Legaldefinition des Verbrauchsgüterkaufs ist unverändert in § 474 Abs. 1 BGB geregelt. Weiterhin finden die besonderen Vorschriften der §§ 475 ff. BGB auf solche Kaufverträge ergänzend Anwendung, bei denen der Verkäufer ein Unternehmer und der Käufer ein Verbraucher ist. Maßgebender Kaufgegenstand ist allerdings nunmehr keine „bewegliche Sache“ mehr. Vielmehr wurde dieser Begriff im gesamten Verbrauchsgüterkaufrecht durch den Begriff „Ware“ i.S.v. § 241a Abs. 1 BGB ersetzt und damit ausgeweitet. Kaufgegenstand können danach nicht mehr nur Sachen iSd. § 90 BGB sein, sondern z.B. auch Wasser, Strom, Gas oder Fernwärme.²⁶

Enger gefasst wurde hingegen der Ausschlussbestand für den Verkauf im Rahmen von öffentlich zugänglichen Versteigerungen in § 474 Abs. 2 S. 2 BGB. Die besonderen Regeln des Verbrauchsgüterkaufrechts gelten bei solchen Verkäufen nunmehr nur dann nicht, wenn dem Verbraucher eine „klare und umfassende Information“ darüber, dass die Vorschriften der §§ 475 ff. BGB keine Anwendung finden, „leicht verfügbar gemacht wurde“. Offen bleibt bislang allerdings, wie detailliert eine solche Information auszugestalten ist.²⁷

16 Langkamp, Das neue Schuldrecht 2022, 1. Aufl. (2022), S. 20 ff.

17 Dazu unten ▶ C) II.

18 Begr. RegE. ▶ BT-Drs. 19/27424, S. 25; vgl. auch Lorenz, NJW 2021, 2065 (2066).

19 Langkamp, Das neue Schuldrecht 2022, 1. Aufl. (2022), S. 12.

20 Dazu ausführlich Hoffmann, NJW 2021, 2839 ff.

21 Wilke VuR 2021, 283, 285.

22 BGH, Urt. v. 10.3.2010, Az.: VIII ZR 310/08.

23 Siehe Lorenz, NJW 2021, 2065 (2067 f.).

24 Begr. RegE. ▶ BT-Drs. 19/27424, S. 28.

25 Begr. RegE. ▶ BT-Drs. 19/27424, S. 25; Langkamp, Das neue Schuldrecht 2022, 1. Aufl. (2022), S. 27.

26 Langkamp, Das neue Schuldrecht 2022, 1. Aufl. (2022), S. 30.

27 Ibid. S. 31; vgl. Wilke, VuR 2021, 283, 289, der nicht nur eine Informati-

Auch die weitere Struktur des Verbrauchsgüterkaufrechts bleibt unverändert bestehen: § 475 BGB enthält besondere Regelungen, die von den allgemeinen Vorschriften im Kaufrecht abweichen; in § 476 ist weiterhin geregelt, inwieweit individuelle vertragliche Vereinbarungen zulässig sind, die inhaltlich vom allgemeinen Kaufrecht abweichen und in § 477 BGB findet man - wie bisher - eine Vorschrift zur Beweislastumkehr. Inhaltlich hat die Schuldrechtsreform jedoch zu nicht unerheblichen Änderungen geführt. Darüber hinaus wurden mit den §§ 475b bis e BGB spezielle neue Vorschriften für Waren mit digitalen Elementen sowie mit § 475a BGB eine Regelung zur Abgrenzung zu Verbrauchsgüterkaufverträgen über digitale Produkte eingeführt.

I. Neuregelungen in § 475 BGB (Anwendbare Vorschriften)

Während die Absätze 1 und 2 des § 475 BGB keinen Änderungen unterworfen wurden, finden sich in den Absätzen 3 bis 6 teils weitreichende Neuregelungen.

1. Unanwendbarkeit des § 442 BGB (Kein Gewährleistungsausschluss bei Kenntnis des Mangels)

§ 475 Abs. 3 S. 2 BGB listet bestimmte Regelungen aus dem allgemeinen Kaufrecht auf, die im Verbrauchsgüterkaufrecht keine Anwendung finden sollen. Diese - auch bislang schon im Gesetz enthaltene Auflistung - wurde um die Nennung des § 442 BGB ergänzt. Nach dieser Vorschrift kann der Käufer keine Mängelrechte geltend machen, wenn er den Mangel bei Vertragsschluss kannte. Da die Warenkaufrichtlinie einen solchen Ausschluss bei reiner Kenntnis des Mangels jedoch nicht vorsieht, sondern einen Gewährleistungsausschluss nur unter den strengen Voraussetzungen einer ausdrücklichen Vereinbarung nach § 476 Abs. 1 S. 2 BGB zulässt (dazu sogleich), musste die Vorschrift des § 442 BGB im Bereich des Verbrauchsgüterkaufrechts für nicht anwendbar erklärt werden. Für die Praxis bedeutet dies, dass es zum Beispiel bei B-Ware oder Ausstellungsstücken nicht mehr reicht, Abweichungen wie etwa Gebrauchsspuren, Kratzer o.ä. über die Produktbeschreibung oder Ausschilderung der Ware kenntlich zu machen. Die Abweichung muss nunmehr ausdrücklich und gesondert vereinbart werden. Welche Anforderungen an eine solche Vereinbarung zu stellen sind, wird im Einzelnen noch zu erörtern sein.

2. Kein Ausschluss der Totalverweigerung

Die bisher in § 475 Abs. 4 und 5 aF. BGB enthaltenen Sonderregelungen wurden ersatzlos gestrichen. Bislang war es Verkäufern danach nicht gestattet, sich im Verbrauchsgüterkaufrecht auf das in § 439 Abs. 4 BGB vorgesehene sog. Totalverweigerungsrecht zu berufen. Dieses Recht erlaubt es dem Verkäufer, auch die Erfüllung der einzig möglichen oder einzig verbliebenen Nacherfüllungsvariante zu verweigern, wenn dies nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.

Ein solches Recht steht dem Verkäufer nunmehr - anders als bisher - auch dann zu, wenn es sich beim Käufer um einen Verbraucher handelt. Die Streichung der Sonderregelung für Verbraucher führt damit - anders als die sonstigen Neuregelungen - zu einer Verkürzung von Verbraucherrechten. Sie war erforderlich geworden, weil die Warenkaufrichtlinie ein solches Totalverweigerungsrecht auch im Verbrauchsgüterkaufrecht zulässt.²⁸

3. Frist und Art der Nacherfüllung

Eine weitere Richtlinienvorgabe betreffend die Nacherfüllung

on darüber fordert, was alles nicht gilt, sondern zusätzlich darüber, was stattdessen gilt, also über die allgemeinen Regeln des Kaufrechts.

²⁸ Lorenz, NJW 2021, 2065 (2069).

wurde durch Einfügung des neuen Absatz 5 in § 475 BGB umgesetzt. Danach hat der Unternehmer die Nacherfüllung innerhalb angemessener Frist ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher ihn über den Mangel unterrichtet hat, und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchzuführen. Ausweislich der deutschen Gesetzesbegründung kann zur Konkretisierung der „angemessenen Frist“ auf die bisherige Rechtsprechung und Literatur zur Dauer der in § 323 Abs. 1 BGB geregelten Frist zurückgegriffen werden.²⁹

4. Neuregelungen für Rückgabe und Rückgewähr

Der neu eingefügte § 475 Abs. 6 BGB enthält schließlich - ebenfalls in unmittelbarer Umsetzung der Warenkaufrichtlinie - ergänzende Vorgaben für den Rücktritt wegen eines Mangels der Ware. Danach hat der Unternehmer im Fall des Rücktritts oder bei Geltendmachung des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung die Kosten der Rücksendung zu tragen. Darüber hinaus bestimmt Satz 2 der Vorschrift, dass der Nachweis des Verbrauchers über die Rücksendung der tatsächlichen Rückgewähr der Ware gleichsteht. Dies bedeutet, dass der Unternehmer den Kaufpreis regelmäßig bereits dann zurück gewähren muss, wenn der Verbraucher ihm einen Einlieferungsbeleg vorlegt.³⁰

II. Neuregelungen in § 476 BGB (Abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers)

§ 476 Abs. 1 S. 1 BGB enthält - so wie auch nach der bis zum 31.12.2021 geltenden Rechtslage - ein Verbot von vertraglichen Vereinbarungen, mit denen die kaufrechtliche Gewährleistungshaftung zu Lasten des Verbrauchers beschränkt wird. Dieses Verbot hat insbesondere deshalb große praktische Bedeutung, weil es auch auf gebrauchte Sachen Anwendung findet. So ist es z.B. einem Gebrauchtwagenhändler nicht erlaubt, beim Verkauf von Gebrauchtwagen einen vollständiger Gewährleistungsausschluss mit dem Käufer (=Verbraucher) zu vereinbaren.³¹

Zulässig war es allerdings auch nach alter Rechtslage, Vereinbarungen über die Beschaffenheit der Kaufsache zu treffen, die unterhalb der objektiven Anforderungen lagen (= sog. negative Beschaffenheitsvereinbarung).³² Beim Gebrauchtwagenkauf konnte also in Bezug auf einen bestimmten Schaden des PKW - z.B. Lackschaden an der Fahrertür - vereinbart werden, dass dieser nicht als kaufrechtlicher „Mangel“ anzusehen war. Kaufgegenstand war dann im Beispiel der „PKW mit Lackschaden an der Fahrertür“. Durch die Vereinbarung wurde also der Lackschaden Teil der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes und konnte später nicht mehr als „Mangel“ gerügt werden. Grundsätzlich sind solche Vereinbarungen auch nach der nun aktuellen Gesetzeslage weiterhin möglich. Neu ins Gesetz aufgenommen wurden allerdings strenge Anforderungen an die Form solcher Vereinbarungen.

1. Strenge Anforderungen an negative Beschaffenheitsvereinbarungen (§ 476 Abs. 1 S. 2 BGB)

Nach dem neuen § 476 Abs. 1 S. 2 BGB ist die Vereinbarung einer Abweichung von den objektiven Anforderungen an die Vertragsgemäßheit einer Kaufsache nur dann möglich, wenn der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung „eigens“ von der Abweichung in Kenntnis gesetzt wurde (Nr. 1) und die Abweichung im Vertrag „ausdrücklich“ und „gesondert“ vereinbart

²⁹ Vgl. Begr. z. RegE, ▶ BT-Drs. 19/27424, S. 36; Langkamp, Das neue Schuldrecht 2022, 1. Aufl. (2022), S. 35.

³⁰ Kirchfelder/Lauber, JuS 2021, 918, 921.

³¹ Langkamp, Das neue Schuldrecht 2022, 1. Aufl. (2022), S. 35; ausführlich Tiedtke/Burgmann NJW 2005, 1153 ff.

³² Lorenz, NJW 2021, 2065, 2071.

wurde (Nr. 2). Vorausgesetzt wird danach zunächst, dass die Information über die Abweichung vor dem Vertragsschluss erfolgt – es handelt sich also um eine vorvertragliche Obliegenheit. Diese Information muss sodann „eigens“ für den Käufer erfolgen. Dies bedeutet, dass sie individuell zu erteilen ist. Eine allgemeine Produktbeschreibung, bei der die Abweichung als eine von mehreren Eigenschaften aufgeführt wird, reicht dafür nach allgemeiner Auffassung nicht.³³ Schließlich muss die Vereinbarung „ausdrücklich“ und „gesondert“ getroffen werden. Im Gegensatz zur bis zum 31.12.2021 geltenden Rechtslage reicht eine konkludente Vereinbarung nunmehr jedenfalls nicht mehr aus.³⁴ Auch eine Vereinbarung im Rahmen eines Formularvertrages oder im Rahmen separater AGB genügt nicht, da die Vereinbarung ja „gesondert“ zu treffen ist.

Ziel dieser neuen Regelung ist laut Gesetzesbegründung, Verbrauchern insbesondere beim Kauf von gebrauchten Sachen die Möglichkeit zu geben, eine Abweichung von den objektiven Anforderungen zu vereinbaren.³⁵ Andererseits soll durch die strengen Formvorgaben Rechtssicherheit geschaffen werden. Ob dies tatsächlich gelungen ist, wird sich in der Rechtsanwendung noch zeigen müssen. Schon jetzt steht allerdings fest, dass der Weg zu einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung deutlich komplizierter geworden ist.

2. Vereinbarungen über die Verjährung

In § 476 Abs. 2 BGB findet sich vom Grundsatz her unverändert die Vorgabe, dass Vereinbarungen über die Verkürzung von Verjährungsfristen nur sehr beschränkt zulässig sind. Bei neu hergestellten Sachen darf die Verjährung weiterhin nicht weniger als zwei Jahre betragen. Bei gebrauchten Sachen darf sie maximal auf ein Jahr verkürzt werden. Während sich damit die grundsätzlichen inhaltlichen Grenzen von verjährungsabändernden Vereinbarungen im Vergleich zur alten Rechtslage nicht geändert haben, sind bei der Verkürzung der Verjährung von gebrauchten Sachen strenge Formvorgaben neu ins Gesetz aufgenommen worden (§ 476 Abs. 2 S. 2 BGB). Diese Vorgaben entsprechen den Formvorgaben an eine negative Beschaffenheitsvereinbarung in § 476 Abs. 1 BGB, dh. der Verbraucher muss vor dem Vertragsschluss „eigens“ darüber in Kenntnis gesetzt worden sein und die Verkürzung der Verjährung muss „ausdrücklich und gesondert“ vereinbart worden sein (§ 476 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und 2 BGB). Dies schließt jedenfalls konkludente Vereinbarungen und Vereinbarungen in AGB aus.³⁶

III. Neue Sonderregeln für den Kauf von Waren mit digitalen Elementen in §§ 475b ff. BGB

Die weitreichendsten Neuregelungen im Verbrauchsgüterkaufrecht ergeben sich wohl aus den neu ins Gesetz eingefügten §§ 475b bis 475e BGB. Diese Vorschriften enthalten Sonderbestimmungen für den Kauf von Waren mit digitalen Elementen. Insbesondere wird für diese spezielle Art des Verbrauchsgüterkaufs ein eigener Sachmangelbegriff eingeführt, so dass es erstmals im Kaufrecht zu einer Differenzierung im Hinblick auf den Kaufgegenstand kommt.³⁷ Abzugrenzen ist der Kauf von Waren mit *digitalen Elementen* zudem von (Kauf-)Verträgen über *digitale Produkte*. Spezielle kaufrechtliche Vorschriften wurden indes

nur für den Kauf von Waren mit digitalen Elementen normiert. Für Verträge über digitale Produkte hat der Gesetzgeber mit Einfügung der §§ 327 ff. BGB hingegen eine eigene Vertragskategorie im allgemeinen Schuldrecht geschaffen und damit die Vorgaben der Digitale-Inhalte-Richtlinie ins nationale Recht umgesetzt.³⁸ Infolge dieser – sämtlich auf europäischen Vorgaben basierenden – Neuregelungen kommt es letztendlich zu einer „Dreiteilung“ des Verbrauchsgüterkaufrechts (Allgemeines Kaufrecht, Kaufrecht bei Waren mit digitalen Elementen und Kauf von digitalen Produkten). Dies kann zu komplizierten Abgrenzungsfragen führen und macht eine genaue Begriffsbestimmung erforderlich.

1. Abgrenzung zu Verträgen über digitale Produkte (§ 475a BGB)

Eine Legaldefinition einer „Waren mit digitalen Elementen“ findet sich in § 327a Abs. 3 S. 1 BGB. Es handelt sich dabei um Waren, „die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können.“

Der Begriff „digitale Produkte“ umfasst gem. § 327 Abs. 1 BGB wiederum sowohl „digitale Inhalte“ (z.B. Computerprogramme, Musikdateien, digitale Spiele etc.) als auch „digitale Dienstleistungen“ (z.B. Datenbanken, Social-Media- oder Messenger-Dienste wie Facebook oder WhatsApp). Ist Inhalt eines Vertrages alleine das digitale Produkt (was z.B. beim reinen Herunterladen einer Musikdatei der Fall ist), finden ausschließlich die §§ 327 ff. BGB Anwendung – dies gilt also auch dann, wenn es sich bei diesem Vertrag (wie oftmals) nach herkömmlicher Definition um einen Kaufvertrag handelt.

Ist das digitale Produkt jedoch mit einer (körperlichen) Ware verbunden, wird die Bewertung (noch) komplizierter. Die zum Zweck der Abgrenzung zwischen Verbrauchsgüterkaufrecht und §§ 327 ff. BGB neu ins Gesetz eingefügte Vorschrift des § 475a BGB differenziert hier wie folgt weiter: Handelt es sich bei der verkauften körperlichen Ware um einen Datenträger, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient (z.B. USB-Stick, DVD, CD), erklärt § 475a Abs. 1 BGB grundsätzlich die Regelungen der §§ 327 ff. BGB für anwendbar. Das (Verbrauchsgüter-)Kaufrecht wird hingegen weitgehend ausgeschlossen.

Hat die mit einem digitalen Produkt verbundene körperliche Ware jedoch auch eine eigenständige Funktion, muss weiter gefragt werden, ob die Ware diese Funktion auch ohne das digitale Produkt erfüllen kann. Nur, wenn dies nicht der Fall ist, handelt es sich um eine „Ware mit digitalen Elementen“, die rechtlich ausschließlich den speziellen Regelungen im Verbrauchsgüterkaufrecht unterfällt. Als Beispiel für solche „Waren mit digitalen Elementen“ nennt die Gesetzesbegründung Smartphones mit vorinstallierten Anwendungen oder ein Smart-TV, welches eine bestimmte Video-Anwendung enthält.³⁹

Kann die Ware indes ihre Funktion auch ohne das digitale Produkt erfüllen, kommt es gem. § 475 Abs. 2 BGB zu einer Zweiteilung in der rechtlichen Bewertung: Liegt ein Mangel der Ware selbst vor, kommt die kaufrechtliche Gewährleistung einschließlich der Regelungen über den Verbrauchsgüterkauf zur Anwendung. Bei Mängeln der digitalen Produkte sind demgegenüber weitgehend die §§ 327 ff. BGB anwendbar.

Die Vorfrage nach der Anwendbarkeit der neuen speziellen Re-

33 Vgl. BGH, Urt. v. 27.9.2017, Az.: VIII ZR 271/16; Urt. v. 25.1.2019, Az. V ZR 38/18.

34 Begr. z. RegE, ▶ **BT-Drs. 19/27424, S. 42**; zu den Umsetzungsschwierigkeiten der neuen Regelung bei Gebrauchtwarenverkäufen im Internet siehe *Güter/Booke*, MMR 2022, 92 ff.

35 Vgl. Begr. z. RegE, ▶ **BT-Drs. 19/27424, S. 42**.

36 Lorenz, NJW 2021, 2065, 2073.

37 Langkamp, Das neue Schuldrecht 2022, 1. Aufl. (2022), S. 44.

38 Siehe hierzu ▶ **Klink-Straub, JSE 2022, 1 ff.**

39 Begr. z. RegE, ▶ **BT-Drs. 19/27424, S. 30 f.**

gelungen für den Kauf von Waren mit digitalen Elementen in §§ 475b ff. BGB dürfte in der Praxis zu komplizierten Abgrenzungsfragen führen und für die meisten Verbraucher – deren Schutz die Normen ja dienen sollen – nur schwer nachvollziehbar sein. Ob das mit den Neuregelungen intendierte Ziel einer Anpassung des Verbraucherschutzes an die Veränderungen der Digitalisierung hierdurch letztlich erreicht werden kann, wird sich erst noch erweisen müssen.

2. Modifizierter Sachmangelbegriff, insbesondere Aktualisierungspflicht (§ 475b II-IV BGB)

Für Waren mit digitalen Elementen normiert § 475 b Abs. 2 bis 4 BGB einen (neuen) eigenständigen Sachmangelbegriff. Kern dieser speziellen Definition des Sachmangels ist die (dauerhafte) Aktualisierungspflicht der bereitzustellenden digitalen Elemente. Im Übrigen ist die Norm in Aufbau und Wortlaut dem (neuen) § 434 BGB nachgebildet und bestimmt, dass eine Ware mit digitalen Elementen frei von Sachmängeln ist, wenn sie bei Gefahrübergang und – in Bezug auf die Aktualisierungspflicht auch während des Aktualisierungszeitraums – den subjektiven und objektiven Anforderungen sowie den Montage- und Installationsanforderungen entspricht. Entsprechend der Neuregelung des allgemeinen Sachmangelbegriffs in § 434 BGB erfolgt eine Kumulation von subjektivem und objektivem Fehlerbegriff.⁴⁰ Abweichende negative Beschaffenheitsvereinbarungen sind auch hier nur unter denselben strengen Anforderungen zulässig wie im allgemeinen Verbrauchsgüterkaufrecht (geregelt in § 476 Abs. 1 S. 2 BGB).

Über diese – bereits oben im Einzelnen dargestellten – Voraussetzungen des allgemeinen (Verbrauchsgüter-)Kaufrechts hinaus, ist eine Ware mit digitalen Elementen aber nur dann als mangelfrei anzusehen, wenn die für die digitalen Elemente vereinbarten Aktualisierungen im vereinbarten Zeitraum bereitgestellt und funktionsfähig sind (§ 475b Abs. 3 BGB). Dauer und Umfang der Aktualisierungen richten sich also maßgeblich zunächst ebenfalls nach der Vereinbarung der Parteien. Darüber hinaus sind Zeitraum und Umfang der Digitalisierungen grundsätzlich aber auch objektiv zu bestimmen. Nach dem modifizierten objektiven Mangelbegriff in § 475 Abs. 4 BGB sind zusätzlich auch solche Aktualisierungen bereit zu stellen, die „für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich sind“. Diese Pflicht besteht für den Zeitraum, den der Verbraucher „aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann.“

Hinsichtlich der Frage, über welche Dauer und in welchem Umfang der Verbraucher Aktualisierungen erwarten kann, scheint – angesichts der unbestimmten Formulierung des Gesetzes – Streit vorprogrammiert. Die Gesetzesbegründung nennt einige Auslegungskriterien – wie Werbeaussagen, Höhe des Kaufpreises oder die übliche Nutzungs- und Verwendungsdauer. Dennoch ist damit zu rechnen, dass die Erwartungen hier im Einzelfall weit auseinander gehen können. Dies kann für die Gewährleistung einen entscheidenden Unterschied machen, denn bei einer fehlenden Aktualisierung kann eine Ware mit digitalen Elementen einen Sachmangel haben, selbst wenn sie zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelfrei war. Der bisher im Kaufrecht für die Mängelgewährleistung allein ausschlaggebende Zeitpunkt des Gefahrübergangs wird im speziellen Fall des Kaufs einer Ware mit digitalen Elementen also nach hinten verschoben, ohne dass

allgemein bestimmt werden kann, wie weitreichend diese zeitliche Verschiebung aussieht bzw. aussehen kann.

Eine Haftung des Verkäufers in Bezug auf die Aktualisierungspflicht scheidet allerdings dann aus, wenn der Verbraucher eine ihm bereitgestellte Aktualisierung nicht oder nur unsachgemäß installiert (§ 475b Abs. 5 BGB). Dieser Haftungsausschluss gilt wiederum nur dann, wenn der Unternehmer den Verbraucher über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und die Folgen des Unterlassens ihrer Installation informiert hat und die unsachgemäße Installation nicht auf eine mangelhafte Installationsanleitung zurückzuführen ist.

3. Sachmangelbegriff bei dauerhafter Bereitstellung der digitalen Elemente (§ 475c BGB)

In § 475c BGB findet sich schließlich eine ergänzende Regelung für den Fall, dass beim Kauf einer Ware mit digitalen Elementen eine *dauerhafte* Bereitstellung der digitalen Elemente über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum vereinbart ist. Eine solche dauerhafte Bereitstellung ist für den Kaufvertrag, der grundsätzlich auf den einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung ausgerichtet ist, untypisch. Da die Warenkaufrichtlinie solche Verträge dennoch ausdrücklich als Kaufverträge ansieht, musste der deutsche Gesetzgeber die ergänzende – der Vertrags-Typisierung des BGB grundsätzlich nicht entsprechende – Regelung ins BGB aufnehmen.⁴¹

Danach haftet der Unternehmer in diesem Fall während des Bereitstellungszeitraums, *mindestens aber für zwei Jahre* nach Ablieferung der Ware dafür, dass diese den Anforderungen des § 475b Abs. 2 BGB an die Sachmangelfreiheit entspricht. Zweck der Regelung ist es, eine Umgehung des Gewährleistungsrechts durch kurze Bereitstellungszeiträume zu vermeiden. Letztlich wird hierdurch aber eine Mindestbereitstellungsdauer von zwei Jahren festgeschrieben.⁴²

IV. Sekundärrechte ohne erfolglosen Fristablauf (§ 475d BGB)

Die Warenkaufrichtlinie regelt in Art. 13 abschließend die Voraussetzungen, unter denen ein Rücktritt vom Verbrauchsgüterkauf bei einem Mangel der Kaufsache möglich ist. Da diese Vorschriften von den bisherigen Regelungen des BGB in §§ 323 ff. und § 440 BGB abweichen, bedurfte es einer Modifizierung, die der deutsche Gesetzgeber in § 475d BGB umgesetzt hat. Aufgrund der in § 441 Abs. 1 S. 1 BGB angeordneten (unveränderten) Verknüpfung zwischen Minderung und Rücktritt, gelten die neuen Regelungen des § 475d BGB auch für die Minderung. Außerdem normiert § 475d Abs. 2 BGB die entsprechende Anwendung auf Schadensersatzansprüche. Diese Anordnung eines Gleichlaufs der Voraussetzungen für Rücktritt, Minderung und Schadensersatz war indes nicht zwingend durch die Warenkaufrichtlinie vorgegeben. Der deutsche Gesetzgeber befürchtete aber andernfalls – so ausdrücklich in der Gesetzesbegründung festgehalten – „erhebliche Rechtsunsicherheit und Verwirrung“, wenn für das Rücktrittsrecht und für den Schadensersatzanspruch wegen eines Mangels unterschiedliche Anforderungen bestünden.⁴³

Inhaltlich regelt § 475 d Abs. 1 BGB abschließend, in welchen Fällen abweichend von § 323 Abs. 2 BGB und § 440 BGB für den Rücktritt eine Fristsetzung bzw. das Abwarten des Fristablaufs zur Nacherfüllung entbehrlich ist.

⁴¹ Begr. z. RegE, ▶ BT-Drs. 19/27424, S. 34.

⁴² Langkamp, Das neue Schuldrecht 2022, 1. Aufl. (2022), S. 57.

⁴³ Begr. z. RegE, ▶ BT-Drs. 19/27424, S. 39.

⁴⁰ Siehe dazu oben ▶ B) I.

Eine Frist muss nach § 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht mehr gesetzt werden, wenn der „Unternehmer die Nacherfüllung trotz Ablaufs einer angemessenen Frist ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher ihn über den Mangel unterrichtet hat, nicht vorgenommen hat.“ Danach ist also zwar die Fristsetzung entbehrlich, nicht aber das *Abwarten einer Frist*. Anders als nach bisherigem Recht ist es nicht erforderlich, dass der Verbraucher die Nacherfüllung ausdrücklich verlangt. Die Frist beginnt automatisch im Zeitpunkt der Unterrichtung über den Mangel (dh. ohne, dass ausdrücklich eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen ist!). Wie lange die „angemessene Frist“ dann andauert, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen.⁴⁴

Während also in § 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB lediglich die Fristsetzung, nicht aber das Abwarten einer Frist entbehrlich ist, sind in den Nummern 2 bis 5 Fälle geregelt, in denen auch der Ablauf einer Frist nicht erforderlich ist. Dies ist gem. § 475d Abs. 1 Nr. 2 BGB der Fall, wenn sich trotz der vom Unternehmer versuchten Nacherfüllung ein Mangel zeigt. Dies bedeutet, dass – abweichend von der Regelung in § 440 S. 2 BGB im allgemeinen Kaufrecht – ein Rücktritt bereits nach dem ersten erfolglosen Nacherfüllungsversuch möglich ist. Das Abwarten einer Frist ist auch dann nicht erforderlich, wenn der Mangel „derart schwerwiegend ist, dass der sofortige Rücktritt gerechtfertigt ist“ (§ 475d Abs. 1 Nr. 3 BGB). Das Gleiche gilt, wenn der Unternehmer die ordnungsgemäße Nacherfüllung „verweigert“ hat (§ 475d Abs. 1 Nr. 4 BGB) oder es „nach den Umständen offensichtlich ist“, dass der Unternehmer nicht ordnungsgemäß nacherfüllen wird (§ 475d Abs. 1 Nr. 5 BGB).

Auch wenn die Intention zur Einführung der neuen Ausnahmetatbestände nachvollziehbar ist, dürfte fraglich sein, ob durch die hierdurch eintretende „Verkomplizierung“ der Systematik sowie die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe tatsächlich eine Stärkung der Verbraucherrechte erreicht werden kann. So lässt etwa die Bestimmung einer „angemessenen Frist“ (Nr. 1) oder die Feststellung, wann ein Mangel „derart schwerwiegend“ ist, dass ein sofortiger Rücktritt gerechtfertigt ist (Nr. 2) viel Auslegungsspielraum. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung hier eindeutige und nachvollziehbare Kriterien entwickelt, um eine praktikable und vorhersehbare Anwendung der neuen Vorschriften in der Praxis zu gewährleisten.

V. Sonderregeln für die Verjährung (§ 475e BGB)

Die Verjährung kaufrechtlicher Mängelgewährleistungsansprüche ist grundsätzlich weiterhin unverändert in § 438 BGB geregelt. Auch im Hinblick auf die Verjährungsdauer – bei beweglichen Waren zwei Jahre ab Ablieferung der Sache (§ 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB) – hat sich durch die Kaufrechtsreform nichts geändert. Um jedoch den Besonderheiten des Verbrauchsgüterkaufs – insbesondere bei Waren mit digitalen Elementen – Rechnung zu tragen, wurde ergänzend zu § 438 BGB die Vorschrift des § 475e BGB ins Gesetz aufgenommen. Danach wird der Ablauf der Verjährungsfrist unter bestimmten Voraussetzungen für eine gewisse Dauer gehemmt. So endet die zweijährige Verjährungsfrist beim Kauf von Waren mit digitalen Elementen für Mängel an dauerhaft bereitzustellenden digitalen Elementen nicht vor Ablauf von zwölf Monaten nach Ende des Bereitstellungszeitraums (§ 475e Abs. 1 BGB). Gleiches gilt bei Verletzungen der Aktualisierungspflicht. Hier endet die Verjährung nicht vor Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des Zeitraums der Aktualisierungspflicht (§ 475e Abs. 2 BGB). Bei langen Bereitstellungs-

bzw. Aktualisierungszeiträumen kann sich die Verjährungsfrist danach also nicht unerheblich verlängern. Maximale Grenze bleibt § 199 Abs. 4 BGB, wonach Ansprüche spätestens nach zehn Jahren verjähren.

Eine allgemeine Regelung zur Ablaufhemmung findet sich darüber hinaus in § 475 e Abs. 3 BGB. Danach tritt die Verjährung für einen Mangel, der sich innerhalb der Verjährungsfrist „gezeigt“ hat, nicht vor dem Ablauf von vier Monaten nach dem Zeitpunkt ein, in dem sich der Mangel erstmals „gezeigt“ hat. Mit dieser Regel, die nicht nur für Mängel an digitalen Elementen, sondern auch in Bezug auf Mängel der Ware selbst gilt, soll die effektive Geltendmachung von Gewährleistungsrechten auch dann sichergestellt werden, wenn sich der Mangel erst kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist zeigt.

Eine ähnliche Intention liegt auch der Regelung in § 475e Abs. 4 BGB zu Grunde. In Fällen, in denen der Verbraucher die Waren dem Unternehmer oder auf dessen Veranlassung einem Dritten zur Nacherfüllung übergeben hat, tritt die Verjährung von Ansprüchen wegen des geltend gemachten Mangels nicht vor Ablauf von zwei Monaten nach dem Zeitpunkt ein, in welchem dem Verbraucher die nachgebesserte oder ersetzte Ware zurückgegeben wurde. Da die Übernahme der Waren zur Nacherfüllung regelmäßig zugleich als „Verhandlung“ i.S.v. § 203 S. 1 BGB zu werten sein wird, dürfte die Bedeutung dieser Vorschrift gering sein, da nach § 203 S. 1 BGB ohnehin eine Ablaufhemmung von drei Monaten ab dem Ende der Verhandlungen eintritt.⁴⁵

VI. Neuregelung der Beweislastumkehr in § 477 BGB

Eine weitere Änderung mit wesentlicher praktischer Bedeutung findet sich schließlich in § 477 BGB: die bereits zuvor in dieser Vorschrift vorgesehene Beweislastumkehr wird zeitlich von einem Zeitraum von 6 Monaten (alte Fassung) auf nunmehr ein Jahr ab dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs ausgeweitet. Zeigt sich also binnen eines Jahres nach der Lieferung ein von den Anforderungen des § 434 BGB abweichender Zustand, so wird vermutet, dass die Ware bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. Lediglich beim Verkauf von Tieren bleibt es gem. § 477 Abs. 1 S. 2 BGB bei der bisherigen Frist von sechs Monaten.⁴⁶ Wie bislang gilt die Vermutung nicht, wenn sie „mit der Art der Ware oder des mangelhaften Zustands unvereinbar“ ist. Dies kann insbesondere bei verderblichen Waren der Fall sein.⁴⁷ Bei allen anderen Waren führt die Ausweitung des Zeitraums der Beweislastumkehr indes zu einer nicht unwesentlichen Ausweitung der Verbraucherrechte.⁴⁸

Für Waren mit digitalen Elementen gilt nach § 477 Abs. 2 BGB überhaupt keine feste Dauer der Beweislastumkehr. Vielmehr bestimmt die Vorschrift, dass die Beweislastumkehr hier für die Dauer des Bereitstellungszeitraums gilt, mindestens aber für einen Zeitraum von zwei Jahren ab Gefahrübergang.

VII. Sonderregelung für Garantien (§ 479 BGB)

Die unverändert in § 479 BGB geregelten Sonderregelungen für Garantieerklärungen wurden sprachlich an die Vorgaben der Warenkaufrichtlinie angepasst und inhaltlich leicht verschärft. So ist

⁴⁵ Ibid., S. 2072.

⁴⁶ Diese – in der Praxis vor allem beim Pferdekauf – relevante Abweichung war möglich, weil die Warenkaufrichtlinie den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, Verträge über den Verkauf lebender Tiere vom Anwendungsbereich auszuschließen; vgl. *Wilke* VuR 2021, 283 (292).

⁴⁷ *Langkamp*, Das neue Schuldrecht 2022, 1. Aufl. (2022), S. 72.

⁴⁸ Vgl. z.B. *Biermann*, DAR 2022, 234.

⁴⁴ *Lorenz*, NJW 2021, 2065, 2071.

in der Garantieerklärung insbesondere deutlich hervorzuheben, dass die Garantie eine Verpflichtung darstellt, die zusätzlich zur gesetzlichen Gewährleistung besteht und die Inanspruchnahme der ohnehin geltenden gesetzlichen Rechte hierdurch nicht eingeschränkt wird. Inhaltlich neu ist die Einführung eines Mindestinhalts einer vom Hersteller übernommenen Haltbarkeitsgarantie in § 479 Abs. 3 BGB. Danach hat der Verbraucher während des vereinbarten Garantiezeitraums gegen den Hersteller zumindest einen Anspruch auf Nacherfüllung gem. § 439 BGB.⁴⁹

D) Fazit

Die aktuelle Reform des Kaufrechts hat insbesondere zu umfangreichen Änderungen im Verbrauchsgüterkaufrecht geführt. Durch die Einführung des neuen Vertragstypus „Kauf von Waren mit digitalen Elementen“ und der im allgemeinen Schuldrecht angesiedelten Sonderregeln für Verträge über digitale Produkte stellen sich hier komplizierte Abgrenzungsfragen. Darüber hinaus ist das Verbrauchsgüterkaufrecht auch durch weitere umfangreiche Belehrungs- und Aufklärungspflichten unübersichtlich und komplizierter geworden. Zahlreiche unbestimmte, dem BGB bislang unbekannte Rechtsbegriffe erschweren die Rechtsanwendung und sorgen für Unsicherheit. Angesichts der weitgehenden Vollharmonisierung durch die Warenkaufrichtlinie hatte der deutsche Gesetzgeber indes kaum eigenen Gestaltungsspielraum. Zumindest im allgemeinen Kaufrecht dürften sich die auf den ersten Blick weitreichenden textlichen Änderungen (insbesondere bei der Definition des Sachmangelbegriffs) inhaltlich nur wenig auswirken, da hier regelmäßig (zulässige) abweichende Vereinbarungen vorliegen werden. Im Verbrauchsgüterkaufrecht wird man sich auf die neue Systematik einlassen und insbesondere darauf hoffen müssen, dass die Rechtsprechung mit einer verlässlichen und einheitlichen Judikatur bei der (praktischen) Rechtsanwendung behilflich ist. Ob die mit der Reform bezweckte Stärkung der Verbraucherrechte tatsächlich erreicht werden kann, bleibt dementsprechend abzuwarten.

► Inhaltsverzeichnis

⁴⁹ Lorenz, NJW 2021, 2065, 2071.



Beitrag

Jana Müser

Bewährung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der Corona-Pandemie?



Jana Müser | Studentin der Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und freie wissenschaftliche Hilfskraft an der Professur von Prof. Dr. Arne Pautsch (Hochschule Ludwigsburg).

E-Mail-Kontakt: ▶ jana.mueser@web.de

Inhaltsübersicht

Abstract

A) Maßlose Grundrechtsbeschränkungen?

B) Wissenschaftliche Unsicherheit in der Pandemie

I. Darstellung der wissenschaftlichen Unsicherheit

II. Auswirkungen auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit

1. Legitimer Zweck
2. Geeignetheit
3. Erforderlichkeit
4. Angemessenheit

III. Zwischenfazit

C) Beeinträchtigung des Grundrechtsschutzes in der Pandemie

I. Durch das hohe Schutzgut „Leben“

1. Hierarchie der Grundrechte
2. Besondere Gewichtung des Schutzguts „Leben“
3. Auswirkungen auf den Grundrechtsschutz

II. Durch die Einschätzungsprärogative

1. Prinzip der Folgerichtigkeit
 - a) Konsistenz
 - b) Kohärenz
 - c) Zwischenfazit

2. Fortlaufende Evaluierungspflicht

3. Zwischenfazit

III. Zwischenfazit

D) Hat sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip bewährt?

Abstract¹

In der Corona-Pandemie wurde die Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsprinzips immer wieder kritisiert. Der Beitrag befasst sich mit den wesentlichen Anwendungsschwierigkeiten des Verhältnismäßigkeitsprinzips und der Frage, inwieweit eine Modifizierung desselben notwendig ist, damit die Verhältnismäßigkeit weiterhin als rechtlicher Maßstab dienen kann.

A) Maßlose Grundrechtsbeschränkungen?

Seit Inkrafttreten des Grundgesetzes am 24. Mai 1949 waren nie derart viele Grundrechte der gesamten Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland über einen vergleichbar langen Zeitraum eingeschränkt, wie in der seit März 2020 andauernden Coro-

na-Pandemie.² Dabei betreffen die staatlichen Beschränkungen nahezu alle Lebensbereiche gleichzeitig. Diese Eingriffe des Staates in das alltägliche Leben empfinden viele Bürger³ als schwerwiegend, sodass die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen oftmals auf Unverständnis stoßen. Im sächsischen Grimme spitzte sich diese Unzufriedenheit im Dezember 2021 sogar so weit zu, dass es zu einem Fackel-Aufzug des rechtsextremen Spektrums vor dem Haus der Landesgesundheitsministerin Petra Köpping kam.⁴ Aber auch außerhalb dieses rechten Flügels taucht in den öffentlichen Diskussionen vermehrt die Frage auf, ob ein derart grundrechtsintensives staatliches Handeln überhaupt verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.⁵ In den Vordergrund der Debatte rückte insb. der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Bietet das Verhältnismäßigkeitsprinzip einen ausreichenden Schutz der Grundrechte? Konnte es sich in der ungewohnten Situation einer Pandemie bewähren? Oder braucht es vielmehr einen neuen Maßstab, um maßlose Grundrechtsbeschränkungen durch staatliche Akteure zu verhindern? Der Anspruch dieses Beitrags ist es, ebendiese Fragen zu beantworten. Der Fokus dieser Betrachtung liegt dabei nicht auf der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einzelner Corona-Bekämpfungsmaßnahmen. Stattdessen soll an einzelnen ausgewählten Beispielen auf die wesentlichen Schwierigkeiten eingegangen werden, die bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Pandemie auftreten. Anschließend wird anhand dieser Erkenntnisse der Frage nachgegangen, ob der Grundrechtsschutz beim Umgang mit solchen Anwendungsschwierigkeiten ausgehöhlt wird.

B) Wissenschaftliche Unsicherheit in der Pandemie

Bei Sars-CoV-2 handelt es sich um ein neu mutiertes Coronavirus, welches erstmals Ende 2019 in Wuhan in China aufgetreten ist.⁶ Folglich konnte die Forschung an dieser Virusvariante erst vor knapp zwei Jahren beginnen. Im Vergleich zu anderen Viren, welche teilweise seit mehreren Jahrzehnten erforscht werden, ist dies ein äußerst kurzer Zeitraum. Daher gab es insb. zu Beginn der Pandemie einen erheblichen Mangel an wissenschaftlichen Erkenntnissen, die für eine effektive Gefahrenabwehr hilfreich gewesen wären. Da es dem Gesetz- oder Ordnungsgeber nicht möglich ist, selbstständig die notwendigen wissenschaftlichen Erkenntnisse zu Infektionskrankheiten zu erlangen und auszuwerten, wurde das Robert-Koch-Institut (RKI) als Berater eingesetzt. Das RKI hat gem. § 4 Abs. 1 S. 1 Infektionsschutzge-

² Bearbeitungszeitpunkt: November/Dezember 2021; aktualisiert im Juni 2022.

³ Nachfolgend wird die männliche Form allein aus Gründen der sprachlichen Klarheit ohne Beachtung des tatsächlichen Geschlechts verwendet.

⁴ *Nejzchleba*, Fackelaufmarsch bei Petra Köpping - Kann man das nicht verhindern?, Zeit online, 09.12.2021, zugänglich unter: ▶ <https://www.zeit.de/2021/51/fackelaufmarsch-petra-koeppling-gesundheitsministerin-sachsen/> (letzter Zugriff am 04.06.2022).

⁵ Siehe zur öffentlichen Diskussion bspw. *Gensing*, Faktenfinder Corona-Maßnahmen – Streitpunkt Ausgangssperren, Tagesschau, 22.03.2021, zugänglich unter: ▶ <https://www.tagesschau.de/faktenfinder/ausgangssperren-corona-103.html> (letzter Zugriff am 04.06.2022).

⁶ RKI, Abteilung für Infektionsepidemiologie, Ergänzung zum Nationalen Pandemieplan – COVID-19 – neuartige Coronaviruserkrankung, 04.03.2020, S. 17.

¹ Der Aufsatz enthält Teile einer Seminararbeit, welche im Rahmen der Schwerpunktbereichsprüfung bei Herrn Prof. Dr. *Christian Winterhoff* im „Seminar zu den verfassungsrechtlichen Implikationen der Corona-Pandemie“ im Wintersemester 2021/2022 von der Autorin angefertigt wurde.

setz (IfSG) als nationale Behörde die Aufgabe, die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern, indem Forschungen bzgl. der Ursache, Diagnostik und Prävention betrieben sowie die erlangten Informationen an die Gefahrenabwehrbehörden gegeben werden.

I. Darstellung der wissenschaftlichen Unsicherheit

Damit im nächsten Schritt die rechtlichen Auswirkungen der empirischen Ungewissheit auf die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes betrachtet werden können, muss zunächst auf tatsächlicher Ebene ein Überblick zu den wesentlichen Unsicherheiten gegeben werden. Eine erhebliche Ungewissheit in der Wissenschaft bestand zu Beginn der Pandemie bzgl. der Art und Weise der Übertragung des Virus. Während man anfangs von einer Ausbreitung des Virus über Schmierinfektionen ausging,⁷ wurde mit fortschreitender Forschung im Mai 2020 erkannt, dass sich das Virus überwiegend über Aerosole verbreitet, was wiederum durch das Tragen von Masken und die Einhaltung von Abstandsregeln erschwert werden kann.⁸ Ebenso konnte die Bedrohlichkeit des Virus anfangs nicht bestimmt werden, da die Infektion bei einigen Menschen symptomlos verlief, bei einer erheblichen Zahl von Menschen wiederum einen schweren Verlauf bewirkte oder zum Tod führte.⁹ Forschungsergebnisse zeigten später, dass insb. ältere Menschen sowie Menschen mit Vorerkrankungen besonders stark gefährdet sind, einen schweren Verlauf zu erleiden oder infolge einer Corona-Infektion sogar zu sterben.¹⁰ Die Bedrohlichkeit des Virus konnte insb. durch zwei wissenschaftliche Entwicklungen besser eingeschätzt werden. Einerseits konnte durch die Einführung von Corona-Schnelltests Anfang 2020 mehr Sicherheit darüber gewonnen werden, wer infiziert ist.¹¹ Andererseits konnte seit der Entwicklung eines Impfstoffs im Dezember 2020 das Risiko eines schweren Verlaufs minimiert werden.¹² Gleichwohl kommt es immer wieder zu Impfdurchbrüchen, weshalb davon ausgegangen wird, dass der Impfschutz nach 6 Monaten durch eine „Booster-Impfung“ erneuert werden muss.¹³ Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die wissenschaftliche Unklarheit zu Beginn der Pandemie extrem hoch war und sich im weiteren Verlauf reduziert hat. Trotz allem bestehen weiterhin Wissenslücken. Diese werden insb. dadurch erhalten, dass sich die vermeintlich gesicherten Erkenntnisse mit Blick auf Virusmutationen als falsch herausstellen können.

II. Auswirkungen auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit

Wie sich die soeben dargestellten wissenschaftlichen Unsicherheiten konkret in der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Corona-Bekämpfungsmaßnahmen auswirken, soll im Folgenden dargestellt werden. Empirische Unsicherheiten gab es in vielen gesellschaftlichen Bereichen bereits vor der Pandemie, sodass in

der Rechtswissenschaft schon lange über einen Umgang mit ihnen diskutiert wurde.¹⁴

1. Legitimer Zweck

Zunächst ist zu untersuchen, ob sich die bestehende unsichere Faktenlage bereits auf die Bestimmung des legitimen Zwecks des staatlichen Handelns auswirkt. Durch das Ergreifen von Corona-Schutzmaßnahmen kommt der Staat in erster Linie seiner Pflicht zum Schutz des Lebens und der Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nach.¹⁵ Den staatlichen Schutzpflichten nachkommen zu wollen, ist ein durch die Verfassung gebilligter Zweck.¹⁶ Dabei kann der Staat frei darüber entscheiden, mit welcher Intensität er dieser Schutzpflicht nachkommen möchte, denn ihm steht ein Gestaltungsspielraum zu.¹⁷

Infolge der wissenschaftlichen Unklarheit steht jedoch nicht fest, welche Intensität des Gesundheitsschutzes der Staat faktisch erreichen kann. Der intensivste Schutz des Lebens und der Gesundheit könnte durch eine Auslöschung des Coronavirus erreicht werden. Allerdings ist das Erreichen dieses Schutzniveaus nach neueren wissenschaftlichen Erkenntnissen unmöglich, denn es können nie alle zwischenmenschlichen Kontakte zeitgleich verhindert werden.¹⁸ Manche Kontakte, die bspw. beim Einkauf von Lebensmitteln und bei der Arbeit in systemrelevanten Berufen entstehen, sind unvermeidbar. Folglich erschwert die empirische Ungewissheit die Festlegung eines legitimen Zwecks erheblich, jedoch kann sie durch den dem Staat ohnehin zustehenden Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Schutzintensität ausgeglichen werden.¹⁹ Er muss gerade kein festgelegtes Schutzniveau erreichen, damit das staatliche Handeln legitim ist. Die Bestimmung eines legitimen Zwecks ist demnach zumindest nicht unmöglich.

2. Geeignetheit

In der Geeignetheit müssen die staatlichen Maßnahmen den Schutz des Lebens und der Gesundheit zumindest fördern. Es besteht eine Unklarheit dahingehend, welche Maßnahmen welche Wirkung auf den Verlauf der Pandemie haben.²⁰ Aus einer ex ante Perspektive vor dem erstmaligen Erlass einer Bekämpfungsmaßnahme kann der Gesetz- oder Verordnungsgeber mangels Forschungsgrundlage die Wirkung des Mittels nicht bestimmen.²¹ Aus einer ex post Perspektive ist die Wirkung ebenfalls kaum feststellbar, da zum bestmöglichen Gesundheitsschutz immer mehrere Maßnahmen in Kombination erlassen werden und folglich die Veränderung des Pandemiegeschehens nicht auf eine Einzelmaßnahme zurückzuführen ist.²² Ob eine Einzelmaß-

7 RKI, Hinweise zu Reinigung und Desinfektion von Oberflächen außerhalb von Gesundheitseinrichtungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie, 03.07.2020, zugänglich unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Reinigung_Desinfektion.html?nn=13490888 (letzter Zugriff am 04.06.2022).

8 RKI, Epidemiologisches Bulletin 2020/19, 3 (3).

9 RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, 26.11.2021, zugänglich unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=F46AE7025FC1BD5BDDEA8E6B1FE865.internet01?nn=2386228 (letzter Zugriff am 04.06.2022).

10 Ibid.

11 RKI, Nationale Teststrategie, 06.12.2021, zugänglich unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Teststrategie/Nat-Teststrat.html (letzter Zugriff am 16.12.2021).

12 Erste Zulassung eines Impfstoffs von BioNTech Pfizer am 21.12.2020.

13 RKI, COVID-19 und Impfen: Antworten auf häufig gestellte Fragen (FAQ), 07.12.2021, zugänglich unter: <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html> (letzter Zugriff am 16.12.2021).

14 Siehe dazu bspw. *Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle (2015), S. 81 ff.

15 BVerfG NJW 2022, 139 (Rn. 168); teilweise hat das BVerfG die Pflicht zum Schutz des Lebens auch aus Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet (BVerfGE 88, 203 (251)) oder zitiert Art. 2 Abs. 2 GG iVm. Art. 1 Abs. 1 GG (BVerfGE 39, 1 (41)).

16 So auch *Murswiek*, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung, Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 „Corona-Pandemie“ des Landtags Rheinland-Pfalz, 18.08.2020, S. 10.

17 Vgl. BVerfGE 77, 170 (171, LS. 2); *Windhorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln (Hrsg.), Studienkommentar GG, 4. Aufl. (2020), Art. 20, Rn. 157; *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig (Begr.), 7. Aufl. (2021), Art. 2, Rn. 101; vgl. BVerfG zum Rauchverbot in Gaststätten: BVerfGE 121, 317 (350).

18 *Charisius*, Das Virus ist gekommen, um zu bleiben, Süddeutsche online, 13.02.2021, zugänglich unter: <https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/coronavirus-koexistenz-herdenimmunitaet-1.5204895> (letzter Zugriff am 04.06.2022); *Dapprich*, COVüR 2021, 717 (721).

19 *Dapprich*, COVüR 2021, 717 (718); *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 48. Edition (15.08.2021), Art. 20 Rn. 193.1.

20 Vgl. *Poscher*, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Hdb. Infektionsschutzrecht (2021), Kap. 4 Rn. 112.

21 Vgl. *Trute*, GSZ 2020, 93 (100).

22 Ibid.

nahme den legitimen Zweck also zumindest fördert, kann bei einer unsicheren Faktenlage nur selten bestimmt werden. Dies gilt insb. für den Beginn der Pandemie im März 2020. Damals wusste man noch nicht, dass das Tragen einer Maske vor einer Infektion schützen kann.

Um mit der fehlenden Sicherheit in der Geeignetheitsprüfung umzugehen, hat das BVerfG der Legislative einen Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum im Rahmen der Prüfung der Geeignetheit eines Mittels zugestanden (sog. Einschätzungsprärogative).²³ Auch die Exekutive kann von dem Einschätzungsspielraum Gebrauch machen, wenn die Legislative den Beurteilungsspielraum durch eine Verordnungsermächtigung an sie weitergegeben hat.²⁴ Die Einschätzungsprärogative ist Ausdruck des Gewaltenteilungsgrundsatzes (Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG), nach dem jeder staatlichen Gewalt ein originärer unüberprüfbarer Bereich zustehen soll.²⁵ Sie besteht im Rahmen der Geeignetheit, bei der Prognose, ob eine Maßnahme den legitimen Zweck erreichen kann.²⁶ Die Gefahrensituation und deren Eintrittswahrscheinlichkeit müssen im Rahmen dieser Prognose realistisch und plausibel beurteilt werden.²⁷ Der Gesetz- oder Verordnungsgeber kann dabei nicht nur für den wahrscheinlichsten Verlauf der Pandemie die passenden Maßnahmen ergreifen. Vielmehr können auch für unwahrscheinliche Verläufe Vorkehrungen getroffen werden.²⁸ Wissenschaftlich umstrittene Erkenntnisse dürfen dabei Grundlage der Prognoseentscheidung werden, solange diese nicht bewiesenermaßen falsch sind.²⁹ Hinsichtlich der Wirksamkeit des Mittels muss somit keine absolute Sicherheit gegeben sein.³⁰ Es genügt, dass das staatliche Handeln zum Zeitpunkt der Handlung (ex ante) sachgerecht und vertretbar war.³¹ Auf den Beginn der Pandemie übertragen bedeutet dies, dass auch wenn die Art der Verbreitung des Virus zunächst unklar war (Schmierinfektionen oder Aerosole), sowohl eine Pflicht zum Tragen einer Maske, als auch eine Pflicht zum Desinfizieren des Einkaufswagens geeignet waren, da beide aus einer ex ante Sicht des Gesetz- oder Verordnungsgebers das Ziel zumindest fördern konnten.³² Eine Prüfung der Geeignetheit wird im Ergebnis durch das Zugehen einer Einschätzungsprärogative ermöglicht.

3. Erforderlichkeit

Die Schwierigkeiten der Geeignetheit setzen sich in der Prüfung der Erforderlichkeit fort. Wenn die Effekte einer Maßnahme nicht bestimmbar sind, kann konsequenterweise nicht das in seiner Wirkung mildeste und effektivste Mittel ausgewählt werden. Auch hier muss dem Gesetz- oder Verordnungsgeber zum Um-

gang mit der empirischen Unsicherheit ein Prognosespielraum zugestanden werden.³³ Im Rahmen der Einschätzungsprärogative muss die Effektivität des geeigneten Mittels ebenfalls aus einer ex ante Perspektive beurteilt werden.³⁴ In die Entscheidungsfindung müssen nicht nur die unmittelbaren Folgen, sondern vielmehr auch die mittelbar ausgelösten Konsequenzen der Maßnahme miteinbezogen werden.³⁵ Gerade zu Beginn der Pandemie war die wissenschaftliche Grundlage sehr begrenzt, sodass kaum mildere Mittel gefunden werden konnten. Im Verlauf der Pandemie wurden aufgrund der ansteigenden wissenschaftliche Erkenntnisse immer mehr mildere Mittel gefunden, die zumindest alternativ bedacht werden müssen.³⁶ Die dennoch bestehende wissenschaftliche Unsicherheit kann auch in der Erforderlichkeit, durch eine Einschätzungsprärogative des Gesetz- oder Verordnungsgebers aufgefangen werden.³⁷

4. Angemessenheit

Wenn nicht festgestellt werden kann, welche Vor- und Nachteile die gewählte Maßnahme bewirkt, fällt es schwer diese ungewisse Wirkung in ein angemessenes Verhältnis zum legitimen Zweck zu setzen. Als Anhaltspunkt für eine Abwägungsentscheidung kann im Infektionsschutzrecht, als besonderes Gefahrenabwehrrecht, auf einen Grundsatz des Polizeirechts zurückgegriffen werden: Je größer die Gefahr ist, desto intensivere Maßnahmen dürfen getroffen werden.³⁸ Dabei sind die Schwere des Eingriffs, die Zahl der betroffenen Grundrechte und die zeitliche Dauer der Einschränkungen mit in die Betrachtung einzubeziehen.³⁹ Die Abwägungsentscheidung wird durch den Umstand erschwert, dass nicht nur die Grundrechte Einzelner, sondern die subjektiven Rechte der gesamten Bevölkerung berücksichtigt werden müssen.⁴⁰ Dadurch, dass das staatliche Handeln sowohl das Freiheits- als auch das Schutzinteresse aller Bürger betrifft, kann keines der Interessen absolut gelten.⁴¹ Die kollidierenden Interessen müssen in ein Verhältnis praktischer Konkordanz gesetzt werden.⁴²

Schon vor Beginn der Pandemie wurde der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dafür kritisiert, dass er das Ergebnis einer vorher kleinschrittigen Rechtsprüfung durch eine Abwägung von zu allgemein gehaltenen Rechtsgütern korrigiere und somit die richterliche Entscheidungsfindung nur noch von einer pauschalen Wertung abhänge.⁴³ Aus diesem Grund ist es wichtig, die kollidierenden Interessen so genau wie möglich zu definieren.⁴⁴ Eine Abwägung gegen die allgemein gehaltenen „Belange des Gesund-

23 BVerfGE 13, 237 (241); die Einschätzungsprärogative ist insb. anerkannt, wenn der Gesetzgeber durch sein Handeln der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG nachkommt, vgl. BVerfGE 96, 56 (64).

24 Zutreffend BVerfGE 53, 135 (145); Dederer/Gierhake/Preiß, COVuR 2021, 454 (458); aA. BVerwG NVwZ 2003, 95 (96); VGH Mannheim NVwZ-RR 2010, 55 (58); Poscher in: Huster/Kingreen (Hrsg.) Hdb. Infektionsschutzrecht (2021), Kap. 4 Rn. 113.

25 Dazu näher Kersten/Rixen, der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 1. Aufl. (2020), S. 48; zum Gewaltenteilungsgrundsatz vgl. Grzeszick, Dürrig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 95. Lieferung (Juli 2021), Art. 20 Rn. 50 ff.; Leisner, in: Sodan (Hrsg.), GG, 4. Aufl. (2018); Art. 20 Rn. 28 f.

26 BVerfGE 104, 337 (347 f.); Kingreen/Poscher, Grundrechte, 35. Aufl. (2019), § 6 Rn. 333.

27 Bickenbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers (2014), S. 397.

28 Komp/Thrun, JA 2021, 743 (747).

29 OVG Münster, Beschl. v. 18.8.2020 – 13 B 847/20, BeckRS 2020, 21590, Rn. 40.

30 BVerfGE 67, 157 (175).

31 BVerfGE 39, 219 (230); Katz/Sander, Staatsrecht, 19. Aufl. (2019), § 10 Rn. 214.

32 Vgl. Poscher, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Hdb. Infektionsschutzrecht, (2021), Kap. 4 Rn. 112.

33 Vgl. dazu BVerfGE 90, 145 (173); OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 23.3.2020 – OVG 11 S 12/20, Rn. 10; VG Greifswald, Beschl. v. 8.4.2020 – 4 B 339/20 HGW, Rn. 26; VG Saarland, Beschl. v. 30.3.2020 – 6 L 340/20, Rn. 19.

34 BVerfG NJW 2022, 139 (151), Rn. 186; Kluckert, in: Kluckert (Hrsg.), Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. (2021), § 2 Rn. 118.

35 Heusch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht (2003), S. 42.

36 Bspw. Maskenpflicht, 2G- und 3G-Regelungen, Abstandsregeln.

37 St. Rspr. BVerfGE 152, 68 (136); 155, 238 (280); BVerfG NJW 2022, 139 (154), Rn. 204.

38 OVG Magdeburg CoVuR 2020, 663, Rn. 21; Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665 (667).

39 Mangold, Staat und Gesellschaft in der Pandemie, in: Walter, Christian (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler 80 (2021), S. 26.

40 v. Frankenber, NVwZ 2021, 1427 (1430).

41 Ibid.

42 Im Rahmen der praktischen Konkordanz müssen die kollidierenden Rechtsgüter in einen Ausgleich gebracht werden, sodass beide zur „optimalen Wirkung gelangen können“. Siehe dazu Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1995), Rn. 72.

43 Dazu ausführlich Leisner, Der Abwägungsstaat (1997), S. 96 ff.

44 Murswiek, NVwZ-Extra 2021, 1 (6).

heitsschutzes“ genügt nicht.⁴⁵ Vielmehr müssen die konkreten Folgen in der Gesellschaft benannt werden, damit eine einzelfallbezogene Abwägung möglich wird.⁴⁶ Eine Schließung des Einzelhandels hätte konkret zur Folge, dass die sozialen Kontakte erheblich reduziert würden, was eine Verbreitung des Virus hemmen und dadurch die Gesundheit und das Leben aller schützen würde.⁴⁷ Auf der anderen Seite stünden konsequenterweise nicht nur die „Belange der Wirtschaft“. Es müssten mögliche Insolvenzen, insb. von kleineren Unternehmen, sowie trotz Geschäftsschließung anfallende Mietzahlungen beachtet werden. Hinzu kämen möglicherweise wegfallende Arbeitsplätze und die damit einhergehende Arbeitslosigkeit vieler Menschen. Dieses Beispiel verdeutlicht, dass durch eine ausführliche und präzise Abwägung der Rechtsgüter der legitime Zweck und das legitime Mittel leichter in ein angemessenes Verhältnis gesetzt werden können.⁴⁸

Diese Präzision der Abwägung ist jedoch in der Praxis aufgrund der Unvollständigkeit der wissenschaftlichen Erkenntnisse nur in einem begrenzten Umfang möglich.⁴⁹ Es ist für den Gesetz- oder Ordnungsgeber nicht im Vorhinein eindeutig, welche wirtschaftlichen Einbußen zu verzeichnen sind und wie viele Arbeitsplätze entfallen werden. Um dennoch eine Abwägungsentscheidung treffen zu können, muss dem Gesetz- und Ordnungsgeber auch hier eine Einschätzungsprärogative bzgl. der Schwere des Eingriffs, der Zahl der betroffenen Grundrechte und der zeitlichen Dauer der Einschränkungen zugestanden werden.⁵⁰ Diesen Einschätzungsspielraum räumt das BVerfG ein, indem es eine Verletzung der Angemessenheit nur annimmt, wenn sie sich deutlich aufdrängt.⁵¹ Letztendlich ermöglicht die Einschätzungsprärogative trotz unvollständiger wissenschaftlicher Erkenntnisse auch eine Prüfung der Angemessenheit.

III. Zwischenfazit

Folglich lässt sich festhalten, dass die empirische Unsicherheit in der Corona-Pandemie einen erheblichen Einfluss auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat. Die Anwendungsschwierigkeiten werden jedoch durch die Einschätzungsprärogative aufgefangen.

C) Beeinträchtigung des Grundrechtsschutzes in der Pandemie

Wenn die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf jeder Ebene allerdings nur noch von der Einschätzungsprärogative des Gesetz- oder Ordnungsgebers abhängt, besteht vor allem im Zusammenspiel mit dem „hohen Schutzgut“ des Lebens und der Gesundheit, die Gefahr, dass der Grundrechtsschutz beeinträchtigt wird.

45 Ibid.

46 Katz/Sander, Staatsrecht, 19. Aufl. (2019), § 10 Rn. 216.

47 RKI, Infektionsschutzmaßnahmen - Welchen Vorteil bringt Abstand halten bzw. die Beschränkung sozialer Kontakte?, 30.09.2021, zugänglich unter: ▶ https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ_Liste_Infektionsschutz.html (letzter Zugriff am 16.12.2021).

48 Zusätzlich zu der Konkretisierung der Rechtsgüter, müssen auch staatliche Ausgleichsmaßnahmen in die Abwägungsentscheidung miteinbezogen werden. Bspw. können durch staatliche Unternehmenshilfen, wie die Überbrückungs- und Soforthilfen, finanzielle Einbußen abgemildert werden. Nach der Rspr. können die starken Eingriffe in Art. 12 GG und Art. 14 GG der Unternehmer nur so angemessen sein. Vgl. dazu OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.02.2021 – 13 MN 52/21, Rn. 62; VG München, Beschl. v. 20.03.2020 – M 26 E 20.1209, Rn. 49.

49 Vgl. Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung, Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 „Corona-Pandemie“ des Landtags Rheinland-Pfalz, 18.08.2020, S. 13.

50 Anerkannt durch BVerfGE 83, 1 (19); 121, 317 (356 f.); 141, 82 (100); BVerfG NJW 2022, 139 (155), Rn. 217; zu den polizeirechtlichen Anhaltspunkten siehe Mangold, Staat und Gesellschaft in der Pandemie, in: Walter, Christian (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 80 (2021), S. 26.

51 Vgl. BVerfGE 44, 353 (373).

I. Durch das hohe Schutzgut „Leben“

Im Rahmen der Corona-Pandemie muss in der Angemessenheitsprüfung gegen den Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG) aller Menschen abgewogen werden. Diese Grundrechte erscheinen in den gesellschaftlichen Diskussionen und der gesetz- bzw. ordnungsgeberischen Praxis während der Pandemie als im besonderen Maße schützenswert. Sollte es zutreffen, dass diese Rechtsgüter pauschal ranghöher als die anderen Freiheitsgrundrechte stehen, hätte dies zur Folge, dass eine Güterabwägung stets zulasten aller anderen Freiheitsrechte ausfiele und damit deren Grundrechtsschutz verengt werden würde. Diese „Sonderstellung“ des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit müsste jedoch verfassungsrechtlich verankert sein.

1. Hierarchie der Grundrechte

Aus einer Hierarchie der Grundrechte zueinander, könnte sich eine solche Sonderstellung des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit ergeben. Unstreitig gibt es eine Hierarchie zwischen der Menschenwürde und den übrigen Freiheitsgrundrechten.⁵² Die Menschenwürde ist unantastbar, sodass ein Eingriff in den Schutzbereich niemals gerechtfertigt werden kann.⁵³ Alle anderen Grundrechte hingegen enthalten einen Gesetzesvorbehalt oder sind zumindest durch kollidierendes Verfassungsrecht einschränkbar.⁵⁴ So enthält auch Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG einen einfachen Gesetzesvorbehalt für Eingriffe in das Leben und die Gesundheit.⁵⁵ Daraus lässt sich schlussfolgern, dass es gerade keine Hierarchie der übrigen Grundrechte zueinander gibt, wenn jedes Grundrecht einschränkbar ist. Der Verfassungsgeber wollte keine starre Ordnung von „starken“ und „schwachen“ Grundrechten etablieren.⁵⁶ Daher müssen die Rechtsgüter gleichberechtigt im konkreten Einzelfall abgewogen werden.

2. Besondere Gewichtung des Schutzguts „Leben“

Auch wenn es keine starre Hierarchie der Grundrechte gibt, muss dennoch die Frage aufgeworfen werden, ob zumindest das Rechtsgut „Leben“ in einer Angemessenheitsabwägung pauschal höher als andere Freiheitsgrundrechte gewichtet werden muss. Es könnte sich eine von den anderen Grundrechten abweichende Stellung daraus ergeben, dass das menschliche Leben die Voraussetzung für die Ausübung eines jeden Grundrechts ist.⁵⁷ Wer nicht lebt, der kann sich weder versammeln, noch einem Beruf nachgehen oder einer Religion angehören.⁵⁸ Zudem enthält das Leben einen Schutzanteil des unantastbaren Art. 1 Abs. 1 GG,⁵⁹ denn „wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu“⁶⁰. Diese trotz fehlender Hierarchie der Grundrechte einzigartige Bedeutung des Schutzguts hat auch das BVerfG an-

52 Statt vieler Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 95. Lieferung (Juli 2021), Art. 1 Abs. 1 Rn. 4; Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung, Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 „Corona-Pandemie“ des Landtags Rheinland-Pfalz, 18.08.2020, S. 13, S. 11.

53 Statt vieler Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 3. Aufl. (2013), Art. 1 Rn. 128; Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 1, 7. Aufl. (2018), Art. 1 Rn. 33.

54 So zB. Art. 4 GG, bei dem umstritten ist, ob es eine ausdrücklich normierte Schranke gibt, wobei das BVerfG dies ablehnt, siehe dazu BVerfGE 33, 23 (30 f.); Kokott, in: Sachs (Hrsg.), GG, 19. Aufl. (2021), Art. 4 Rn. 132 ff., 139.

55 Rixen, in: Sachs (Hrsg.), GG, 19. Aufl. (2021), Art. 2 Rn. 164.

56 Vgl. Leisner, Der Abwägungsstaat (1997), S. 13.

57 BVerfGE 39, 1 (42).

58 Vgl. Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung, Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 „Corona-Pandemie“ des Landtags Rheinland-Pfalz, 18.08.2020, S. 11.

59 Vgl. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 1, 7. Aufl. (2018), Art. 2 Rn. 205.

60 BVerfGE 39, 1 (41).

erkannt. Es bezeichnete das menschliche Leben als „Höchstwert“ der Grundrechte und als „vitale Basis der Menschenwürde“.⁶¹ In dem das Leben die Ausübung der anderen Grundrechte erst ermöglicht, bildet es das „Fundament“ für die übrigen Grundrechte.⁶² Der Schutz des Lebens steht folglich zwar nicht hierarchisch über den anderen Grundrechten, ist aber dennoch im besonderen Maße als Fundamentalrecht schützenswert.

3. Auswirkungen auf den Grundrechtsschutz

Erörterungsbedürftig ist nun, wie sich diese Einordnung des Schutzguts Lebens in der Verhältnismäßigkeitsprüfung auswirkt. Der legitime Zweck des staatlichen Handelns ist sowohl der Schutz des Lebens als auch der Schutz der Gesundheit.⁶³ Eine Infektion mit dem Coronavirus schädigt zunächst die Gesundheit als Durchgangsstadium und führt dann bei schwersten Verläufen zum Tod.⁶⁴ Daher muss eine Abwägung der Rechtsgüter in der Angemessenheit nicht nur gegen eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit, sondern auch gegen eine Verletzung des Lebens erfolgen.

Die Sonderstellung des Lebens führt dabei nicht zwangsläufig dazu, dass alle anderen Freiheitsrechte in einer Abwägung pauschal zurücktreten müssen. Auch ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 GG kennt unterschiedliche Eingriffsstufen.⁶⁵ Folglich muss vor einer konkreten Abwägung festgestellt werden, ob gegen den sicheren Tod oder nur gegen ein Risiko des Eintritts des Todes abgewogen werden muss.⁶⁶ Für den Fall, dass der Tod sicher eintreten wird, hat das Leben aufgrund seines Charakters als Fundamentalrecht in der Abwägung einen höheren Stellenwert als alle anderen Grundrechte.⁶⁷ Die Gefahr der Verbreitung des Virus hat allerdings nicht unmittelbar den sicheren Tod zur Folge. Vielmehr geht es im Rahmen der Angemessenheit um eine Abwägung von möglichen Risiken für das Leben.⁶⁸ Damit erfolgt die Abwägung im Rahmen der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen nur gegen eine Wahrscheinlichkeit eines Gefahreintritts.⁶⁹ In der konkreten Gewichtung kann ein anderes Grundrecht schützenswerter sein. Je tiefer in die Freiheitsrechte eingegriffen werden soll, desto schwerer müssen die Gemeinwohlinteressen wiegen.⁷⁰ Für die Möglichkeit eines Überwiegens des entgegenstehenden Rechtsguts bei einer bloß niedrigen Gefahr für Gesundheit und Leben spricht der in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG enthaltene Gesetzesvorbehalt.⁷¹ Dieser impliziert, dass es Konstellationen geben muss, in denen der Schutz anderer Grundrechte vorrangig zum Schutz des Lebens und der Gesundheit ist. Anderenfalls würden tatsächliche Verletzungen des entgegenstehenden Grundrechts hinter einer

unwahrscheinlichen Verletzung des Schutzguts Leben zurücktreten.⁷² Allerdings darf nicht außer Acht gelassen werden, dass ein Eingriff in das Leben die irreversible Konsequenz des Todes zur Folge hat.⁷³ Um den Eintritt des Todes zu vermeiden, könnte es in der Praxis vorkommen, dass der Gesetz- oder Verordnungsgeber den Grad der Lebensgefährdung im Rahmen eines Entscheidungsspielraums zu hoch einschätzt.⁷⁴

II. Durch die Einschätzungsprärogative

Der Gesetz- oder Verordnungsgeber hat im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Coronamaßnahmen viele Wertungsfragen, ohne einen Rückgriff auf fundierte empirische Erkenntnisse, zu entscheiden, sodass sein Entscheidungsspielraum im Rahmen der Pandemiebekämpfung sehr weit reicht.⁷⁵ Durch diese Weite der Einschätzungsprärogative sind die Entscheidungen des Gesetz- oder Verordnungsgebers nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar.⁷⁶ Die gerichtliche Kontrolle ist bei Bestehen eines Prognosespielraums nur auf die Vertretbarkeit der Prognoseentscheidung gerichtet, wobei die Intensität der Kontrolle vom konkreten Einzelfall abhängt.⁷⁷ Um die dadurch in der Praxis mögliche Beeinträchtigung des Grundrechtsschutzes durch die weite Einschätzungsprärogative in Kombination mit einer zu hohen Bewertung des Art. 2 Abs. 2 GG zu vermeiden, können verschiedene Ansatzpunkte zur Einschränkung des weiten Prognosespielraums des Gesetz- oder Verordnungsgebers betrachtet werden. Diese Grenzen sollen der Legislative und der Exekutive einerseits Anhaltspunkte für die Ausübung ihres Entscheidungsspielraums geben, andererseits soll die Judikative anhand der Kriterien das Handeln des Gesetz- oder Verordnungsgebers trotz Bestehens der Einschätzungsprärogative überprüfen können.

1. Prinzip der Folgerichtigkeit

Der Prognosespielraum könnte durch eine Pflicht zur Einhaltung des „Prinzips der Folgerichtigkeit“ beschränkt werden. Dieser Grundsatz leitet sich aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowie aus dessen Willkürverbot und dem Rechtsstaats- und Bundesstaatsprinzip ab.⁷⁸ Durch das Erfordernis eines konsistenten und kohärenten Handelns sollen widersprüchliche Anweisungen des Staates an die Bürger vermieden werden.⁷⁹

a) Konsistenz

Dazu muss das staatliche Handeln zunächst konsistent sein. Ohne eine Beachtung der Konsistenzergwägungen wird bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit nur auf die Einzelmaßnahme abgestellt.⁸⁰ Dieses Vorgehen birgt in der Corona-Pandemie die Gefahr, dass der Staat zu viele Schutzmaßnahmen

61 Beide Zitate aus BVerfGE 39, 1 (42); BVerfG NJW 1999, 3399 (3401).

62 So auch Murswiek, Wie wiegt man Corona?, Verfassungsblog, 16.03.2021, zugänglich unter: <https://verfassungsblog.de/wie-wiegt-man-corona/> (letzter Zugriff am 04.06.2022).

63 BVerfG NJW 2022, 139 (149), Rn. 168.

64 RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, 26.11.2021, zugänglich unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=F46AE7025FC1BD5BDDEA8E6B1B1FE865.internet01?nn=2386228 (letzter Zugriff am 04.06.2022).

65 Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung, Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 „Corona-Pandemie“ des Landtags Rheinland-Pfalz, 18.08.2020, S. 12.

66 Vgl. Lepsius, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, Verfassungsblog, 06.04.2020, zugänglich unter: <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/> (letzter Zugriff am 04.06.2022).

67 Vgl. Rixen, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. (2021), Art. 2 Rn. 171.

68 Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung, Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 „Corona-Pandemie“ des Landtags Rheinland-Pfalz, 18.08.2020, S. 12.

69 Ibid.

70 BVerfGE 36, 47 (59); 40, 196 (227); BVerfG NJW 2022, 139 (155), Rn. 216.

71 Vgl. Rixen, in: Sachs (Hrsg.), 9. Aufl. (2021), GG, Art. 2 Rn. 174.

72 Vgl. Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung, Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 „Corona-Pandemie“ des Landtags Rheinland-Pfalz, 18.08.2020, S. 12.

73 Goldhammer/Neuhöfer, JuS 2021, 212 (214).

74 Weiterführend zur Frage der Gewichtung des Art. 2 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund der einrichtungsbezogenen Impfpflicht BVerfG NJW 2022, 1308; Rixen, Abschied von der Verhältnismäßigkeit?, 25.05.2022, zugänglich unter: <https://verfassungsblog.de/abschied-von-der-verhaeltnismaeassigkeit/> (letzter Zugriff: 04.06.2022).

75 So auch Katzenmeier, MedR 2020, 461 (463); vgl. generell zur Annahme eines weiten Entscheidungsspielraums des Gesetzgebers bei Prognoseentscheidungen Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. (2015), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 191 ff.

76 BVerfGE 77, 170 (215); 88, 203 (262); 90, 145 (173).

77 BVerfG NJW 2022, 139 (149), Rn. 171.

78 P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 95. Lieferung (Juli 2021), Art. 3 Abs. 1 Rn. 408.

79 Ibid.; Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle (2015), S. 130 f.

80 Mangold, Staat und Gesellschaft in der Pandemie, in: Walter, Christian (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 80 (2021), S. 21.

men zeitgleich erlässt.⁸¹ Bspw. kann sowohl der Erlass einer „Maßnahme A“ als auch der „Maßnahme B“ für sich allein betrachtet verhältnismäßig sein. Zur ausreichenden Verhinderung der Verbreitung des Virus hätte allerdings nur die „Maßnahme A“ oder nur die „Maßnahme B“ ausgereicht. Durch die Vielzahl der Maßnahmen wird der Bürger zu stark in seinen grundrechtlichen Freiheiten beeinträchtigt.⁸²

Daher liegt die Idee nahe, dem Gesetz- oder Verordnungsgeber eine „Konzeptbefolgungspflicht“ aufzuerlegen.⁸³ Dies bedeutet, dass jede Einzelmaßnahme des „Maßnahmenpakets“⁸⁴ zusätzlich zu ihrer eigenen Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit auch dahingehend geprüft werden muss, ob sie für das durch den Staat verfolgte Gesamtziel eine relevante Wirkung hat.⁸⁵ Die Einzelmaßnahmen müssen sich demnach zwingend in das Gesamtkonzept einfügen.⁸⁶ Durch ein solches Vorgehen wird der Freiraum bzgl. der Wahl des legitimen Mittels verengt. Eine Maßnahme darf nicht erlassen werden, wenn ein anderer staatlicher Akt die zu vermeidende Gefahr wiederum fördert.⁸⁷ Es wird verhindert, dass mehr Maßnahmen als zwingend notwendig erlassen werden, wodurch die Grundrechte geschützt werden.⁸⁸

Fraglich ist jedoch, welches Gesamtziel der Staat durch das Zusammenspiel der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen verfolgt. Wie oben bereits erwähnt, hat der Staat eine Entscheidungsfreiheit bzgl. der von ihm angestrebten Schutzintensität im Rahmen seiner Schutzpflicht. Das allgemeine Ziel des Lebens- und Gesundheitsschutzes ist gleichwohl zu weit und zu abstrakt, um eine präzise Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ermöglichen.⁸⁹ Daher muss dieses übergeordnete Ziel weiter konkretisiert werden.⁹⁰ Vom RKI und der Politik wird die Verhinderung der Überlastung des Gesundheitssystems angestrebt („flatten the curve“).⁹¹ Dieses Ziel wurde durch den Erlass des § 28a Abs. 3 S. 1 HS. 1 IfSG im November 2020 normiert. Es soll verhindert werden, dass das medizinische Personal gezwungen ist eine Triage-Entscheidung zu treffen.⁹² Damit ist die Verhinderung der Überlastung des Gesundheitssystems, das aus dem allgemeinen Gesundheitsschutz präzisiertere Gesamtziel, durch das die Schutzintensität festgelegt wurde.⁹³ Jede Einzelmaßnahme

muss die Verhinderung der Überlastung des Gesundheitssystems zumindest fördern und sich widerspruchsfrei in das Gesamtkonzept einfügen.⁹⁴

Eine Einzelmaßnahme fügt sich auch dann in das Gesamtkonzept ein, wenn sie selbst nur auf die Erreichung eines „Unterziels“ gerichtet ist. So soll bspw. die Schließung des Einzelhandels die Eindämmung der Verbreitung des Virus als ein weiteres „Unterziel“ durch die Reduzierung von Kontakten erreichen.⁹⁵ Dadurch soll die Zahl der Neuinfektionen verringert werden, sodass es zu weniger schweren Verläufen kommt. Die Menschen mit einem schweren Verlauf benötigen medizinische Behandlungskapazitäten, etwa durch freie Beatmungsgeräte.⁹⁶ Eben diese Behandlungskapazitäten sind jedoch begrenzt. Werden mehr Beatmungsgerät gebraucht als zur Verfügung stehen, ist das Gesundheitssystem überlastet. Letztendlich dient also das „Unterziel“ der Kontaktbeschränkung dazu die Überbelastung des Gesundheitssystems als Gesamtziel jedenfalls mittelbar zu verhindern. Die Einzelmaßnahmen müssen sich am Gesamtziel messen lassen, müssen dieses allerdings nicht unmittelbar erreichen.

b) Kohärenz

Das Erfordernis der Kohärenz schränkt den legislativen und exekutiven Entscheidungsspielraum dahingehend ein, dass alle Einzelmaßnahmen des Maßnahmenpakets in ihrem Zusammenwirken zur Verhinderung der Überlastung des Gesundheitssystems inhaltlich stimmig sein müssen.⁹⁷ Eine Kohärenz der Maßnahmen fehlt bspw., wenn eine Verordnung die Schließung von privaten Wettannahmestellen vorsieht, zeitgleich aber Wettannahmen in staatlich geführten Annahmestellen weiterhin erlaubt.⁹⁸ In beiden Unternehmen kommt es zu gleichartigen Kontakten. Entweder werden diese Kontakte staatlich als Hauptinfektionsquelle bewertet und an beiden Stellen untersagt oder die Kontakte sind nicht wesentlich für das Infektionsgeschehen, sodass die Wettannahme in beiden Unternehmen erlaubt werden muss.⁹⁹

c) Zwischenfazit

Das Prinzip der Folgerichtigkeit ist ein taugliches Konzept, um die Gefahr der Beeinträchtigung des Grundrechtsschutzes zu mindern. Die Kohärenz und Konsistenz der Zweck-Mittel-Relation unterliegen der gerichtlichen Kontrolle.¹⁰⁰ Dadurch können

81 Vgl. *Murswiek*, NVwZ-Extra 2021, 1 (14).

82 Vgl. *Detterbeck*, Öffentliches Recht, 10. Aufl. (2015), § 13 Rn. 308.

83 Anerkennung einer „Konzeptbefolgungspflicht“ durch das BVerfG bei Maßnahmen zum Nichtrauchererschutz in BVerfGE 121, 317 (LS. 1).

84 Zum Begriff siehe *Mangold*, Staat und Gesellschaft in der Pandemie, in: *Walter, Christian* (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 80 (2021), S. 20; *Murswiek*, NVwZ-Extra 2021, 1 (14); ein solches Maßnahmenpaket wäre z.B. der im März 2020 erlassene „Lockdown“.

85 OVG Lüneburg, Beschl. v. 03.03.2021 – 13 MN 78/21, Rn. 45; *Mangold*, Staat und Gesellschaft in der Pandemie, in: *Walter, Christian* (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 80 (2021), S. 21; *Trute*, GSZ 2020, 93 (100).

86 *Erdmann*, NVwZ 2020, 1798 (1800 f.).

87 *Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle (2015), S. 131.

88 So geht auch das BVerfG in seiner neuesten Entscheidung zur Bundesnotbremse vor, in der es die Verfassungsmäßigkeit der Einzelmaßnahmen mit Blick auf die Erreichung des Gesamtzwecks der Bundesnotbremse prüft. Siehe BVerfG NJW 2022, 139 (149), Rn. 173 ff.

89 *Dapprich*, COVurR 2021, 717 (720); *Volkman*, NJW 2020, 3153 (3158).

90 *Lepsius*, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, Verfassungsblog, 06.04.2020, zugänglich unter: <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/> (letzter Zugriff am 04.06.2022).

91 Vgl. *Murswiek*, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung, Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 „Corona-Pandemie“ des Landtags Rheinland-Pfalz, 18.08.2020, S. 10.

92 *Katzenmeier*, MedR 2020, 461 (464); auf die genauen Umstände der Triage-Entscheidung kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. dazu *Dederer/Gierhake/Pretz*, COVurR 2021, 522 (522 f.); *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 1. Aufl. (2020), S. 73 ff.

93 Auch das BVerfG ordnet das Ziel der Verhinderung der Überlastung des

Gesundheitssystems als Konkretisierung des allgemeinen Ziels des Lebens- und Gesundheitsschutzes ein, BVerfG NJW 2022, 139 (150) Rn. 175.

94 BVerfGE 67, 157 (173, 175, 178); *Detterbeck*, Öffentliches Recht, 10. Aufl. (2015), § 13 Rn. 303.

95 RKI, Infektionsschutzmaßnahmen - Welchen Vorteil bringt Abstand halten?, 30.09.2021, zugänglich unter: https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ_Liste_Infektionsschutz.html (letzter Zugriff am 16.12.2021).

96 RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, 26.11.2021, zugänglich unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=F46AE7025FC1BD5BDDEA8E6B1FE865.internet01?nn=2386228 (letzter Zugriff am 04.06.2022).

97 *Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle (2015), S. 131.

98 OVG Magdeburg COVurR 2021, 109 (116).

99 *Ibid.*; siehe auch *Michl*, Die Kohärenz als Begleitmusik, Verfassungsblog, 28.04.2020, zugänglich unter: <https://verfassungsblog.de/die-kohaerenz-als-begleitmusik-zum-infektionsschutzrechtlichen-tanz/> (letzter Zugriff am 04.06.2022) zur fehlenden Kohärenz bei der Wiederöffnung des Einzelhandels („800 qm Grenze“).

100 *Dapprich*, COVurR 2021, 717 (719); *Erdmann*, NVwZ 2020, 1798 (1801); *Mangold*, Staat und Gesellschaft in der Pandemie, in: *Walter, Christian* (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 80 (2021), S. 22; *Schrappé et al.*, Thesenpapier 3.0 zur Pandemie durch SARS-CoV-2/Covid-19 - Eine erste Bilanz, „Monitor Versorgungsforschung“, (Online First), MVF Online First, 1-23, zugänglich unter: https://www.monitor-versorgungsforschung.de/efirst/schrappé-et-al_covid-19-Thesenpapier-3-0 (letzter Zugriff am 04.06.2022), S. 14.

die Gerichte die Widerspruchsfreiheit der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen trotz Bestehens eines exekutiven oder legislativen Prognosespielraums überprüfen.

2. Fortlaufende Evaluierungspflicht

Ein weiterer Ansatz ist eine Verengung des Beurteilungsspielraums, indem der Gesetz- oder Verordnungsgeber zu einer „fortlaufenden Evaluierungspflicht“¹⁰¹ der aktuell geltenden Schutzmaßnahmen verpflichtet wird.¹⁰² Diese Überprüfung muss in dreierlei Hinsicht erfolgen.¹⁰³

Zunächst muss der Gesetz- oder Verordnungsgeber die neuen wissenschaftlichen Entwicklungen beachten und für deren Weiterentwicklung in Forschungen und Studien sorgen.¹⁰⁴ Sobald die Wirkung von Schutzmaßnahmen empirisch belegt ist, wird deutlich, welche Mittel den legitimen Zweck fördern und welches Mittel das effektivste ist, um dieses Ziel zu erreichen. Auch in der Angemessenheitsprüfung können dann sämtliche Folgen des Mittels konkret benannt und abgewogen werden. Dadurch verringert sich die empirische Ungewissheit dahingehend, dass eine weite Einschätzungsprärogative zur Ermöglichung der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht mehr notwendig ist.¹⁰⁵ Wenn die neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse die Unwirksamkeit von geltenden Maßnahmen beweisen, müssen diese Regelungen aufgehoben werden. Sie sind dann nicht mehr geeignet. Ebenso verhält es sich, wenn Erkenntnisse vorliegen, die zeigen, dass die Gefahrenlage nicht so bedrohlich ist, wie es vermutet wurde.¹⁰⁶ Mit dieser Erkenntnis kann sich die ursprüngliche Gewichtung der Rechtsgüter in der Angemessenheit verschieben, sodass andere Freiheitsgrundrechte gegenüber dem nur noch geringfügig bedrohte Schutzgut des Lebens und der Gesundheit überwiegen.

Der Gesetz- oder Verordnungsgeber muss zudem beobachten, wie die Maßnahmen in der Bevölkerung umgesetzt werden.¹⁰⁷ Maßnahmen, die erlassen, aber nicht umgesetzt und kontrolliert werden, können keinen Effekt auf die Entwicklung der Verbreitung des Virus haben. Der Entscheidungsspielraum wird dahingehend eingegrenzt, dass entweder die nicht eingehaltenen Maßnahmen stärker staatlich kontrolliert und sanktioniert oder andere besser befolgte Regelungen erlassen werden müssen.

Des Weiteren müssen die Maßnahmen immer zeitlich begrenzt erlassen werden.¹⁰⁸ Dieser Gedanke stammt ursprünglich aus dem Polizeirecht.¹⁰⁹ Je länger eine Maßnahme in Kraft bleibt, desto höhere Anforderungen sind an die Rechtfertigung der Maßnahme zu stellen.¹¹⁰ Dieses Prinzip gilt auch für Maßnahmen des Infektionsschutzrechts.¹¹¹ In der seit mehreren Jahren andauernden Pandemie ist es besonders wichtig, dass Grundrechtseinschränkungen nur zeitlich begrenzt gelten und nicht zu einem

Dauerzustand werden.¹¹² Es könnte über eine starre, für alle Maßnahmen geltende, zeitliche Grenze nachgedacht werden. Als angemessen erscheint eine Grenze von etwa vier Wochen. Dieser Zeitraum bietet sich an, weil die Inkubationszeit des Coronavirus ca. zwei Wochen beträgt und die Wirksamkeit einer Maßnahme erst nach Ablauf dieser Zeit geprüft werden kann.¹¹³ Danach müssen die Maßnahmen erneut zwei Wochen gelten, damit die Infektionen durch das Mittel ausreichend gesenkt werden können. Diese Grenze wurde auch Ende 2020 in § 28a Abs. 5 S. 2 HS. 1 IfSG festgelegt, da der Gesetzgeber das Problem der unbegrenzt geltenden Maßnahmen erkannt hat.

§ 28a Abs. 5 2 HS. 2 IfSG erlaubt zudem eine Verlängerung der geltenden Maßnahmen. Dies könnte zur Folge haben, dass die zeitliche Begrenzung der Maßnahmen ihren Hauptzweck – die Eingrenzung der Einschätzungsprärogative – verfehlt.¹¹⁴ Wenn der Verordnungsgeber immer wieder die Möglichkeit hat, die Maßnahmen zu verlängern, würden sich seine Handlungsoptionen, nicht verringern. Für eine zeitliche Begrenzung spricht dennoch, dass manche Maßnahmen, wie bspw. die Maskenpflicht oder Abstandsregeln, bewiesenermaßen einen andauernden positiven Effekt auf die Verhinderung der Verbreitung des Virus haben.¹¹⁵ Wenn diese Mittel nur vier Wochen in Anspruch genommen werden dürften, müsste man ein effektives und mildes Mittel streichen, nur weil die Maßnahme schon einmal in Kraft war. Dies beschränkt zwar die Einschätzungsprärogative auf wenige Mittel, führt im Zweifel allerdings zu strengeren Maßnahmen, ohne den Grundrechtsschutz zu verbessern. Die eine Verlängerungsoption ablehnende Ansicht verkennt, dass eine Aufrechterhaltung einer Maßnahme nach Fristablauf erneut durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber gerechtfertigt werden muss.¹¹⁶ Für eine Verlängerung muss staatlich begründet werden, dass die Intensität der Maßnahmen bei dem aktuellen Infektionsgeschehen noch erforderlich ist und dass keine mildereren und gleich effektiven Mittel erkennbar sind.¹¹⁷ Je länger die Maßnahmen anhalten, desto mehr Forschungsergebnisse können gewonnen werden und umso höhere Anforderungen sind an die Rechtfertigung zu stellen.¹¹⁸ Dadurch wird der Entscheidungsspielraum des Gesetz- oder Verordnungsgebers trotz der Möglichkeit, die Maßnahmen noch zu verlängern, eingeschränkt.¹¹⁹

3. Zwischenfazit

Eine fortlaufende Überprüfung der Maßnahmen ist eine effektive Möglichkeit die Einschätzungsprärogative nach und nach einzuschränken. Dieses Vorgehen wird dem Umstand gerecht, dass die Einschätzungsprärogative zu Beginn der Pandemie aufgrund vollständiger wissenschaftlicher Unsicherheit weiter sein musste als zum aktuellen Stand der Pandemie, da nun auf Forschungen und Erfahrungen aus den letzten Jahren zurückgegriffen werden kann. Je mehr Tatsachen es als Prognosegrundlage gibt, desto kleiner muss die Einschätzungsprärogative zum Schutz der

101 Siehe zum Begriff VGH München NVwZ 2020, 635 Rn. 638.

102 Vgl. Schmitz/Neubert, NVwZ 2020, 666 (668).

103 Modell der „Wissens-, Verhaltens- und Zeitkomponente“ ausführlich dargestellt bei Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 1. Aufl. (2020), S. 49 f.

104 Murswiek, NVwZ-Extra 2021, 1 (15).

105 Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 1. Aufl. (2020), S. 49 f.

106 Papier, DRiZ 2020, 180 (182).

107 Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 1. Aufl. (2020), S. 49.

108 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.4.2020 – 1 BvQ 28/20, BeckRS 2020, 5589, Rn. 14; BVerfG, Beschl. v. 7.4.2020 – 1 BvR 755/20, BeckRS 2020, 5317, Rn. 11; VGH München NVwZ 2020, 635, Rn. 63.

109 Siehe in Niedersachsen bspw. § 17a NPOG und § 21 NPOG.

110 Kingreen, Whatever it Takes?, Verfassungsblog, 20.03.2020, zugänglich unter: <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes/> (letzter Zugriff am 16.12.2021); VGH München NJW 2020, 1236, Rn. 63.

111 Vgl. Katzenmeier, MedR 2020, 461 (465); Greve, NVwZ 2020, 1786 (1791).

112 BVerfG NJW 2022, 139 (157), Rn. 233.

113 Vgl. zur exakten Inkubationszeit je nach Mutation RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, 26.11.2021, zugänglich unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html?jsessionid=F46AE7025FC1BD5BDDEA8E6B1BF865internet01?nn=2386228 (letzter Zugriff am 04.06.2022).

114 Vgl. dazu Schmitz/Neubert, NVwZ 2020, 666 (668).

115 RKI, Infektionsschutzmaßnahmen – Was ist beim Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes („OP-Maske“) in der Öffentlichkeit zu beachten?, 30.09.2021, zugänglich unter: https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ_Liste_Infektionsschutz.html (letzter Zugriff am 16.12.2021).

116 Papier, DRiZ 2020, 180 (182).

117 Kießling, in: Kießling (Hrsg.), IfSG, 2. Aufl. (2021), § 28a Rn. 169 f.

118 Katzenmeier, MedR 2020, 461 (465).

119 Vgl. Kießling, in: Kießling (Hrsg.), IfSG, 2. Aufl. (2021), § 28a Rn. 164.

Grundrechte sein.

III. Zwischenfazit

Die zwei dargestellten Möglichkeiten zur Beschränkung der Einschätzungsprärogative bieten zum einen dem Gesetz- oder Verordnungsgeber eine Orientierungshilfe und zum anderen der Judikative feste Kriterien, innerhalb derer eine gerichtliche Kontrolle möglich ist. In der Konsequenz wird der Gefahr der zu starken Beeinträchtigung des Grundrechtsschutzes entgegen gewirkt.

D) Hat sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip bewährt?

Auch wenn die Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zunächst nicht perfekt auf die Pandemie vorbereitet war, führen Anwendungsschwierigkeiten häufig zu einer dogmatischen Entwicklung einer Rechtsfigur. Durch eine Weiterentwicklung der Grenzen der Einschätzungsprärogative mithilfe des Prinzips der Folgerichtigkeit und der fortlaufenden Evaluierungspflicht geht das Verhältnismäßigkeitsprinzip verbessert aus der Pandemie hervor. Solange es keinen anderen Vorschlag für den Grundrechtsschutz in der Staatsrechtslehre gibt, ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die beste Möglichkeit, die Grundrechte des Grundgesetzes zu schützen. Obwohl die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen durch viele Bürger als maßlos wahrgenommen werden, ist zumindest aus rechtlicher Perspektive festzustellen, dass eine Überprüfung des staatlichen Handelns anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips zur Rechtfertigung der Eingriffe in die Grundrechte als Maßstab genügt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat sich als fundamentales Verfassungsprinzip und grundrechtsschützender Maßstab seit seiner Anerkennung durch das BVerfG bewährt und ist bis jetzt nicht an der Corona-Pandemie gescheitert.

► [Inhaltsverzeichnis](#)





KÖPFE

GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)
www.tsp-law.com/karriere

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

Fallbearbeitung - Zivilrecht

Thomas Funck, Wirtschaftsjurist/Niko Haug, Mag. iur.

„Familienstreitigkeiten“ Fortgeschrittenenklausur



Thomas Funck | Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Sportrecht (Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M.) an der Universität Bayreuth

E-Mail-Kontakt: ▶ thomas.funck@uni-bayreuth.de



Niko Haug | Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Sportrecht (Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M.) an der Universität Bayreuth

E-Mail-Kontakt: ▶ niko.haug@uni-bayreuth.de

Sachverhalt¹

Teil I (ca. 60 %)

Die beiden Studentinnen Anna (A) und Berta (B) wohnen zusammen in einer WG und sind seit ihrer Kindheit gut miteinander befreundet. Insbesondere eint sie ihre Begeisterung für Videospiele. Sie beschließen, gemeinsam die soeben erschienene Spielkonsole „PZ5“ zu erwerben. Dafür begeben sie sich zum Elektrofachhändler E. Mit einem Mitarbeiter (M) des E, der umfassend vertretungsbefugt ist, vereinbaren sie den Kauf einer „PZ5“ für 600 EUR. Den Kaufpreis bezahlen A und B sofort in bar, wobei jede von ihnen dem M 300 EUR übergibt. Da E zurzeit keine „PZ5“ vorrätig hat, verständigen sich A und B mit M darauf, dass die Konsole in den kommenden Tagen geliefert wird. Als Lieferadresse geben sie an:

Anna Haug
Funckstraße 189, Wohnungs-Nr. 6
95447 Bayreuth

Kurze Zeit später erfährt M, dass der E erst wieder in einigen Monaten „PZ5“-Lieferungen erwartet. Da er dennoch eine termingerechte Lieferung an A und B sicherstellen will, wendet er sich an den G, der einen Onlineshop für Elektrogeräte betreibt und dort die „PZ5“ ebenfalls für 600 EUR verkauft. Diesen bittet er – im Namen des E – um „Übernahme des Auftrages von A und B“, wobei er weder den Abschluss des Kaufvertrages mit A und B noch die bereits erfolgte Kaufpreiszahlung erwähnt. G, der bisher keine geschäftlichen Beziehungen zu E hatte, sagt zu. Da sich die Mitarbeiterin des G, die für das Ausstellen von Rechnungen zuständig ist, in Quarantäne befindet, veranlasst G zunächst nur die Lieferung der „PZ5“ an die Adresse von A, welche M ihm mitgeteilt hat. Die Rechnung will er einige Wochen später an A und B versenden lassen.

Wenige Tage später erhalten A und B freudig die Lieferung. Diese umfasst die „PZ5“, Zubehör, eine Bedienungsanleitung und einen Lieferschein, auf dem der G als „Lieferant“ ausgewiesen ist. Die „PZ5“ wird – wie von vorneherein geplant – im gemeinsamen Wohnzimmer der WG aufgestellt. In den folgenden Mo-

naten spielen sowohl A als auch B regelmäßig mit der Konsole. Ungefähr einen Monat nach dem Erhalt der „PZ5“ wird A eine Rechnung von G zugestellt, in der G die Kaufpreiszahlung für die „PZ5“ von A und B fordert. A antwortet G, dass der Kaufpreis bereits gegenüber E beglichen worden sei.

Ein halbes Jahr nach dem Erwerb der „PZ5“ gerät B in Geldnot. Während A für eine Woche auf Heimaturlaub im „Ländle“ ist, entfernt B die „PZ5“ aus dem WG-Wohnzimmer und veräußert (Kaufpreis: 400 EUR) und übergibt sie an C. Dabei behauptet B, die Konsole gehöre ihr.

Als A vom Heimaturlaub zurückkommt und feststellt, dass die „PZ5“ fehlt, ist sie außer sich und stellt B umgehend zur Rede. B gesteht alles. A begibt sich sofort zu C und verlangt die Herausgabe „ihrer PZ5“.

Hat A hinsichtlich der „PZ5“ einen Anspruch gegen C aus § 985 BGB?

Teil II (ca. 40 %)

Annas Oma Frieda (F) und Bertas Opa Gerd (G) wohnen in einer ländlichen Gegend und sind seit Jahrzehnten Nachbarn. Auf dem im Eigentum der F befindlichen Grundstück steht seit etwa 40 Jahren ein mittlerweile 15 Meter hoher Kastanienbaum, dessen Äste seit mindestens 20 Jahren auf das Nachbargrundstück des G ragen.

G fühlt sich durch das Laub der herübereagenden Äste gestört, welches regelmäßig seine Regenrinnen verstopft. Nachdem G im Herbst immer wieder die vollgestopften Regenrinnen entleeren musste, hat er es nun satt. Anfang Dezember fordert G die F daher auf, die überhängenden Äste innerhalb von zwei Monaten zurückzuschneiden. Nachdem F der Forderung nicht nachkommt, schneidet G die Äste im Februar selbst ab.

F ist entrüstet. Da durch ein erneutes Abschneiden der Äste ein Absterben des Baumes droht, verlangt F von G, dass dieser die Äste bei einem erneuten Herüberwachsen nicht noch einmal abschneidet. Außerdem werde G überhaupt nicht durch die überhängenden Äste gestört, sondern allenfalls durch das Laub, dessen Fall F jedoch nicht kontrollieren könne. Überdies habe sie sich darauf verlassen, dass G nach über 20 Jahren bezüglich der herübereagenden Äste keine Rechte mehr geltend machen würde.

Hat F gegen G einen Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, das Abschneiden herübereagender Äste in Zukunft zu unterlassen?

Bearbeiterhinweis:

1. Gehen Sie davon aus, dass A und B beim Erwerb der „PZ5“ **nicht** als (Außen)-GbR gehandelt haben (Teil 1).

¹ Die Klausur wurde im Wintersemester 2021/2022 in modifizierter Form als Abschlussklausur im Sachenrecht und zugleich als Zwischenprüfung im Zivilrecht (jeweils als Open-Book-Klausur) gestellt. Die Nichtbestehensquote lag bei 52%.

2. Naturschutzrechtliche² sowie landesnachbarrechtliche³ Vorschriften bleiben bei der Bearbeitung außer Betracht (Teil 2).

Gliederung

A) Teil I: Anspruch von A gegen C aus § 985 BGB

I. Anspruchsgegner = Besitzer

II. Anspruchsteller = Eigentümer

1. Ursprünglich

2. Übereignung des G an A und B

gem. § 929 S. 1 BGB durch Lieferung an A und B

3. Übereignung des G an E

gem. § 929 S. 1 BGB durch Lieferung an A und B

4. Übereignung des E an A und B

gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB durch Lieferung von G an A und B

a) Dingliche Einigung

b) Übergabe

aa) Vollständige Besitzaufgabe des Veräußerers

bb) Besitzerwerb durch den Erwerber

cc) Auf Veranlassung des Veräußerers

dd) Zwischenergebnis

c) Einigsein bei Übergabe

d) Berechtigung

e) Gutgläubiger Erwerb, §§ 929 S. 1, 932 BGB

f) Zwischenergebnis

5. Übereignung von B an C gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB

a) Voraussetzungen § 929 S. 1 BGB

b) Gutgläubiger Erwerb, §§ 929 S. 1, 932 BGB

c) Zwischenergebnis

6. Übereignung des Miteigentumsanteils von B an C

gem. §§ 929 S. 1, 747 S. 1 BGB

7. Zwischenergebnis:

III. Kein Recht zum Besitz des Anspruchsgegners

IV. Ergebnis

B) Teil II: Anspruch von F gegen G aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB

I. Anspruchsteller = Eigentümer

II. Eigentumsbeeinträchtigung

III. Anspruchsgegner = Störer

IV. Wiederholungsgefahr

V. Keine Duldungspflicht

1. Keine Beseitigung innerhalb angemessener Frist,

§ 910 Abs. 1 S. 2 BGB

2. Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstücks,

§ 910 Abs. 2 BGB

3. Ausschluss des Selbsthilferechts

wegen Absterben des Baumes

4. Ausschluss des Selbsthilferechts wegen Verwirkung

VI. Ergebnis

2 Eine Beschränkung des dem G möglicherweise zustehenden Selbsthilferechts nach § 910 BGB kann sich aus naturschutzrechtlichen Regelungen ergeben, s. hierzu BGH NJW-RR 2019, 1356 Rn. 14 f. mwN.; NJW 2021, 2882 (Rn. 28 ff.); *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, 62. Ed. (1.5.2022), § 910 Rn. 9 mwN.

3 Das dem G möglicherweise zustehende Selbsthilferecht nach § 910 BGB ist nicht ausgeschlossen, wenn die Beseitigung des Baumes nach landesnachbarrechtlichen Vorschriften nicht mehr verlangt werden kann, s. hierzu BGH NJW 2021, 2882 Rn. 9 und *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, 62. Ed. (1.5.2022), § 910 Rn. 10 mwN.

Gutachten

A) Teil I: Anspruch von A gegen C aus § 985 BGB

A könnte gegen C einen Anspruch auf Herausgabe der „PZ5“ gem. § 985 BGB haben.

I. Anspruchsgegner = Besitzer

C ist unmittelbarer Besitzer der Spielkonsole, § 854 Abs. 1 BGB.

II. Anspruchsteller = Eigentümer

1. Ursprünglich

Ursprünglicher Eigentümer der „PZ5“ war G.

2. Übereignung des G an A und B gem. § 929 S. 1 BGB durch Lieferung an A und B

Eine Übereignung nach § 929 S. 1 BGB setzt zunächst eine dingliche Einigung voraus. Die Lieferung des G stellt aus seiner Sicht ein konkludentes Angebot gerichtet auf den Abschluss einer dinglichen Einigung dar. Da ein Angebot eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, muss jedoch eine Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) erfolgen.⁴ Aus objektiver Empfängersicht stellt die Lieferung durch G eine Vertragserfüllung durch E dar. Da der Lieferung keine Rechnung beiliegt, können A und B nicht erkennen, dass G mit ihnen kontrahieren will. Dass G auf dem Lieferschein als „Lieferant“ ausgewiesen ist, ändert an dieser Beurteilung nichts. Denn es ist nicht unüblich, dass Lieferanten zur Vertragserfüllung eingeschaltet werden und die Lieferung nicht unmittelbar durch den Veräußerer erfolgt. Eine Übereignung von G an A und B scheidet folglich bereits an der dinglichen Einigung.

Hinweis

An dieser Stelle überzeugt es nicht, das klassische Argument des Geheißerwerbs anzuführen, G wolle nicht an A und B übereignen, da er das Innenverhältnis zwischen E, A und B nicht überblicken könne. Denn G will gerade mit A und B einen Kaufvertrag schließen und zur Erfüllung seiner daraus resultierenden Pflichten auch an A und B übereignen, was durch das spätere Übersenden der Rechnung an A deutlich wird.

3. Übereignung des G an E gem. § 929 S. 1 BGB durch Lieferung an A und B

Die dingliche Einigung könnte durch die Bitte des M, der E wirksam gem. § 164 Abs. 1 BGB vertritt, um „Übernahme des Auftrages von A und B“ und die Zusage von G zustande gekommen sein. An dieser Stelle kann die dingliche Ebene nicht isoliert von der schuldrechtlichen beurteilt werden. Vereinbaren E und G durch diese Erklärungen einen Kaufvertrag mit Direktlieferung von G an A und B, ist anzunehmen, dass sie konkludent und zusätzlich zum Kaufvertrag auch eine dingliche Einigung abschließen, um die Erfüllung des Kaufvertrages sicherzustellen. Maßgeblich ist somit, wie die Bitte um „Übernahme des Auftrages von A und B“ aus der Sicht eines objektiven Empfängers in der Person des G zu verstehen ist: Als Auftragsvermittlung durch E oder Angebote auf Abschluss eines Kaufvertrages und – zusätzlich und antizipiert – einer dinglichen Einigung zwischen E und G.

An einer Auftragsvermittlung hat E zwar kein wirtschaftliches Interesse. Dennoch gibt es denkbare und nachvollziehbare Gründe für eine Auftragsvermittlung. Beispielsweise könnten A und B Stammkundinnen sein, die E zufriedenstellen will. Für eine Auftragsvermittlung spricht auch, dass G kein Großhändler

4 *Musielak/Hau*, GK BGB, 17. Aufl. (2021), Rn. 136 f.

ist, sondern auf derselben Stufe der Verkaufskette steht wie E. Zudem besteht aus Sicht des G kein wirtschaftliches Interesse des E, von ihm für 600 EUR zu erwerben, um die „PZ5“ für 600 EUR weiterzuveräußern. Hinzu kommt, dass M weder den Kaufvertrag mit A und B noch die bereits erfolgte Kaufpreiszahlung erwähnt. Die vertraglichen Pflichten des E gegenüber A und B sind für G daher nicht erkennbar. Die besseren Argumente streiten folglich für eine Auslegung als Auftragsvermittlung, weswegen eine Übereignung von G an E abzulehnen ist.

4. Übereignung des E an A und B gem.

§§ 929 S. 1, 932 BGB durch Lieferung von G an A und B

a) Dingliche Einigung

E, vertreten durch M (§ 164 Abs. 1 BGB), und A und B schließen parallel zum Kaufvertragsabschluss antizipiert eine dingliche Einigung iSd § 929 S. 1 BGB. Dabei stehen A und B auf Erwerberseite, da ihr Verhalten so auszulegen ist, dass sie gemeinsam Eigentum erwerben wollen (gemeinsames Auftreten, geteilte Kaufpreiszahlung).

b) Übergabe

Eine Übergabe setzt eine vollständige Besitzaufgabe des Veräußerers sowie einen Besitzerwerb des Erwerbers auf Veranlassung des Veräußerers voraus.⁵

aa) Vollständige Besitzaufgabe des Veräußerers

Hat der Veräußerer keinen Besitz, genügt es, wenn er in der Lage ist, dem Erwerber Besitz zu verschaffen.⁶ Das Erfordernis der Besitzaufgabe kann durch die Aufgabe der Besitzverschaffungsmacht ersetzt werden.⁷ Dass E nie Besitz an der „PZ5“ hat, wäre damit unschädlich, sollte die Lieferung an A und B auf seine Veranlassung erfolgen.

bb) Besitzerwerb durch den Erwerber

A und B werden durch die Lieferung des G unmittelbare (Mit-)Besitzerinnen, § 854 Abs. 1 BGB.

cc) Auf Veranlassung des Veräußerers

Eine Übergabe auf Veranlassung des Veräußerers liegt u.a. vor, wenn ein Dritter, der weder Besitzdiener (§ 855 BGB) noch Besitzmittler (§ 868 BGB) des Veräußerers ist, dem Erwerber auf Veranlassung des Veräußerers den Besitz verschafft (sog. Geheißperson auf Veräußererseite).⁸ G verschafft A und B Besitz und handelt dabei weder als Besitzdiener noch als Besitzmittler des E. Für die Qualifikation als Geheißperson bedarf es allerdings einer wirklichen Unterordnung des Dritten unter das Geheiß des Veräußerers,⁹ da nur dann eine hinreichende Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers gegeben ist. G will A und B den Besitz jedoch im Rahmen einer eigenen Eigentumsübertragung verschaffen. Aus seiner Sicht ordnet er sich im Rahmen der Übergabe nicht punktuell E unter. Für A und B ist das allerdings nicht erkennbar, da der Lieferung keine Rechnung beiliegt und es nicht unüblich ist, dass Veräußerer und Lieferant personenverschieden sind. Aus ihrer Sicht handelt G auf Geheiß von E (sog. Scheingeheißperson).

Hinweis

Es besteht Verwechslungsgefahr mit einem klassischen Geheiß-

berwerb, bei welchem G als Geheißperson auf Veräußererseite fungieren würde.

Umstritten ist nun, ob eine tatsächliche Unterordnung erforderlich oder auf die Perspektive des Erwerbers abzustellen ist.¹⁰ Gegen die Maßgeblichkeit der Sicht des Erwerbers wird argumentiert, der gute Glaube des Erwerbers an ein Handeln auf Geheiß sei lediglich guter Glaube an einen Rechtsscheinträger, der als solcher nicht geschützt werde.¹¹ Zudem erlaube nur eine tatsächliche Unterordnung die Gleichstellung der Übergabe durch den Veräußerer selbst mit der Übergabe auf sein Geheiß hin.¹² Dem wird entgegengehalten, dass der gutgläubige Erwerb das Vertrauen des Rechtsverkehrs in einen Rechtsschein schützen solle, weswegen es für die Frage, ob der Veräußerer Besitzverschaffungsmacht hat, auf den Erkenntnishorizont des Erwerbers ankommen müsse.¹³ Die unterschiedliche Behandlung einer Lieferung, die ihrem Anschein nach auf Geheiß des Veräußerers erfolgt, und einer tatsächlich auf Geheiß des Veräußerers erfolgenden Lieferung sei nicht sachgerecht, da der Empfänger nicht wissen könne, welche Absichten der Lieferant verfolgt.¹⁴ Vielmehr liege es in der Hand des Lieferanten, deutlich zu machen, dass er ein Eigengeschäft tätigt.¹⁵

Die Argumente für die Maßgeblichkeit der Erwerberperspektive überzeugen. Der Rechtsscheinträger bei einem gutgläubigen Erwerb in der Konstellation des Geheißerwerbs liegt in der Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers,¹⁶ welche bereits für das Vorliegen der Übergabe erforderlich ist. Diesbezüglich darf nicht auf die tatsächliche Unterordnung der vermeintlichen Hilfsperson abgestellt werden, da ansonsten kein effektiver Verkehrsschutz in Fällen des – wirtschaftlich bedeutenden – Geheißerwerbs bestünde. Gelingt es einem nichtberechtigten Veräußerer, eine der beabsichtigten Neuordnung der Eigentumsverhältnisse entsprechende Besitzsituation herzustellen, hat er aus Erwerbersicht Besitzverschaffungsmacht.¹⁷ In diesen Fällen muss ein Erwerb vom Nichtberechtigten aus Verkehrsschutzgründen möglich sein.

dd) Zwischenergebnis

Eine Übergabe von E an A und B liegt vor, da G aus Sicht von A und B auf Geheiß des E liefert.

c) Einigsein bei Übergabe

Das Einigsein bei Übergabe ist zu bejahen.

d) Berechtigung

E ist nicht Eigentümer. Die Wirksamkeit der Verfügung ergibt sich auch nicht aus § 185 BGB.

e) Gutgläubiger Erwerb, §§ 929 S. 1, 932 BGB

Da auf Veräußererseite (E) und Erwerberseite (A und B) unterschiedliche Personen stehen, liegt ein Rechtsgeschäft iSe Verkehrsgeschäftes vor. A und B erwerben den Besitz auch von E. Zudem sind sie bezüglich seiner Berechtigung gutgläubig, da sie davon ausgehen, dass E zumindest vorübergehend Eigentum von G erworben hat (Parallelbetrachtung in der Laiensphäre). Die

¹⁰ Zu einem Meinungsüberblick s. *Klinck*, in: BeckOGK BGB (1.6.2022), § 932 Rn. 83 f.; *Vieweg/Lorz*, SachenR, 9. Aufl. (2022), § 5 Rn. 18.

¹¹ *Medicus/Petersen*, BürgerlR, 28. Aufl. (2021), Rn. 564.

¹² *Ibid.*

¹³ *Klinck*, in: BeckOGK BGB (1.6.2022), § 932 R. 84.

¹⁴ BGH NJW 1974, 1132 (1134).

¹⁵ *Wellenhofer* SachenR, 36. Aufl. (2021), § 8 Rn. 7.

¹⁶ *Klinck*, in: BeckOGK (1.6.2022), § 932 R. 84.

¹⁷ *Heinze*, in: Staudinger (2020), § 932 Rn. 24.

⁵ *Wellenhofer*, SachenR, 36. Aufl. (2021), § 7 Rn. 7 f.

⁶ *Heinze*, in: Staudinger BGB (2020), § 929 Rn. 62.

⁷ *Klinck*, in: BeckOGK BGB (1.6.2022), § 929 Rn. 98; *Oechsler*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. (2020), § 929 Rn. 55.

⁸ *Schulte-Nölke*, in: Schulze BGB, 11. Aufl. (2021), § 929 Rn. 20.

⁹ *Prütting*, SachenR, 37. Aufl. (2020), Rn. 377.

„PZ5“ ist G nicht abhandengekommen (§ 935 Abs. 1 BGB).

f) Zwischenergebnis

A und B haben von E gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB Eigentum erworben.

5. Übereignung von B an C gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB

a) Voraussetzungen § 929 S. 1 BGB

Eine dingliche Einigung und eine Übergabe zwischen B und C liegen vor. Fraglich ist die Berechtigung der B. B ist Miteigentümerin der „PZ5“. Steht mehreren das Eigentum an einer Sache nach Bruchteilen zu, gelten neben den §§ 1008 ff. BGB die §§ 741 ff. BGB.¹⁸ Gem. § 747 S. 1 BGB kann zwar jeder Miteigentümer über seinen Anteil verfügen; über den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen können Miteigentümer hingegen nur gemeinschaftlich verfügen, § 747 S. 2 BGB. Hinsichtlich der Übereignung der „PZ5“ handelt B folglich als Nichtberechtigte, da sie sich als Alleineigentümerin ausgibt und über die ganze Sache verfügen will.

b) Gutgläubiger Erwerb, §§ 929 S. 1, 932 BGB

Da kein Fall des § 185 BGB vorliegt, kommt ein gutgläubiger Erwerb gem. §§ 929 S.1, 932 BGB in Betracht. Die Übereignung zwischen B und C ist ein Rechtsgeschäft iSe Verkehrsgeschäftes. C erwirbt auch Besitz von B. Anhaltspunkte für eine Bösgläubigkeit (§ 932 Abs. 2 BGB) von C sind nicht ersichtlich.

Allerdings könnte die „PZ5“ abhandengekommen sein, § 935 Abs. 1 S. 1 BGB. Das Abhandenkommen erfasst jeden unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes.¹⁹ Die „PZ5“ stand vor der Veräußerung von B an C im gemeinsamen Wohnzimmer der WG. Nach der Verkehrsanschauung hatten A und B somit unmittelbaren Mitbesitz. Daran ändert auch der Heimaturlaub von A nichts. Denn gem. § 856 Abs. 2 BGB beendet eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft einen begründeten Besitz nicht. Wer seine Wohnung nicht endgültig, sondern für einen Urlaub verlässt, verliert seinen Besitz nicht.²⁰ Ansonsten würde der Schutz von Besitz (§§ 858 ff. BGB) und Eigentum (§ 935 BGB) ausgehöhlt werden.

Indem die „PZ5“ von B an C übergeben wird, verliert A ihren unmittelbaren Mitbesitz unfreiwillig. Soll Eigentum an der ganzen Sache übertragen werden, führt bereits ein Abhandenkommen gegenüber einem Miteigentümer zu einem Abhandenkommen gegenüber allen Miteigentümern.²¹ Denn durch eine solche Übereignung würden alle Eigentümer ihr Miteigentum verlieren, weswegen der Schutzgedanke des § 935 BGB für jeden einzelnen Miteigentümer greift. Es liegt somit ein Abhandenkommen iSd § 935 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

c) Zwischenergebnis

C hat kein Alleineigentum von B erworben.

6. Übereignung des Miteigentumsanteils von B an C gem. §§ 929 S. 1, 747 S. 1 BGB

Scheitert die Übertragung des Volleigentums an der fehlenden Berechtigung des verfügenden Miteigentümers, ist umstritten, nach welchen Maßstäben zu beurteilen ist, ob der Verfügende wirksam seinen Miteigentumsanteil übertragen hat. Die entscheidende Frage ist, ob in der Verfügung über den gesamten

Gegenstand gleichzeitig eine Verfügung der einzelnen Teilhaber über ihre Anteile liegt.²² Dagegen spricht, dass die Parteien regelmäßig nur von einem Verfügungsgegenstand ausgehen, was insbesondere bei Belastungen relevant ist.²³ Wird überzeugenderweise lediglich eine Verfügung über das gesamte Eigentum angenommen, bleibt für die Anwendung der Teilnichtigkeitsregel nach § 139 BGB kein Raum. Vielmehr ist nach § 140 BGB zu prüfen, ob die Verfügung über den ganzen Gegenstand in eine Verfügung über den Bruchteil des handelnden Miteigentümers umgedeutet werden kann.²⁴ Alternativ kommt eine ergänzende Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der dinglichen Einigung über den Übergang des Alleineigentums in Betracht.²⁵ Es gilt also, den hypothetischen Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu ermitteln.²⁶

Gegen einen auf die Übertragung des Miteigentumsanteils gerichteten Willen von B und C spricht, dass sich die Übertragung von Volleigentum und die Übertragung von Miteigentum in ihren Auswirkungen erheblich unterscheiden.²⁷ Während Volleigentum zum alleinigen Besitz berechtigt, verschafft Miteigentum dem C lediglich ein Recht auf Mitbesitz an der Konsole. Er müsste sich bezüglich der Nutzung der „PZ5“ ständig mit A abstimmen, was nicht praktikabel erscheint, da A und C sich nicht kennen. Daher ist eine dingliche Einigung zwischen B und C, gerichtet auf die Übertragung des Miteigentumsanteils von B, zu verneinen.

Hinweis

Das Erkennen und Lösen dieses Problems kann nur von (weit) überdurchschnittlichen Bearbeitungen erwartet werden. An dieser Stelle ist mit entsprechender Argumentation auch ein anderes Ergebnis vertretbar. So würde der Erwerb von Miteigentum die Rechts- und Verhandlungsposition von C gegenüber A erheblich stärken.

7. Zwischenergebnis:

Die Anspruchsstellerin A ist Miteigentümerin.

III. Kein Recht zum Besitz des Anspruchsgegners

Da der zwischen B und C geschlossene Kaufvertrag lediglich relative Wirkung entfaltet, hat C auch kein Recht zum Besitz gegenüber A.

IV. Ergebnis

A hat gegen C einen Anspruch auf Herausgabe gem. § 985 BGB. Die Herausgabe der „PZ5“ kann jedoch nur an beide Miteigentümerinnen gemeinschaftlich gefordert werden, §§ 1011 Hs. 2, 432 BGB.

B) Teil II²⁸: Anspruch von F gegen G aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB

F könnte gegen G einen Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB haben, das Abschneiden überhängender Äste in Zukunft zu unterlassen.

22 Dazu ausführlich *Eickelberg*, in: Staudinger BGB (2021), § 747 Rn. 72.

23 *Eickelberg*, in: Staudinger (2021), § 747 Rn. 72.

24 So die hM, s. BGH NJW 1994, 1470 (1471); *Eickelberg*, in: Staudinger (2021), § 747 Rn. 72; *Fehrenbacher*, in: BeckOGK BGB (15.2.2022), § 747 Rn. 25; *K. Schmidt*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. (2020), § 747 Rn. 31.

25 *Eickelberg*, in: Staudinger (2021), § 747 Rn. 77.

26 BGH BeckRS 1962, 31190184; *K. Schmidt*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. (2020), § 747 Rn. 31.

27 BGH BeckRS 1962, 31190184.

28 Der Sachverhalt ist angelehnt an BGH NJW 2021, 2882.

18 *Jauernig/Berger*, BGB, 18. Aufl. (2021), § 1008 Rn. 1.

19 *Oechsler*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. (2020), § 935 Rn. 3.

20 *Götz*, in: BeckOGK BGB (1.4.2022), § 856 Rn. 35.2.

21 BGH NJW 1995, 2097 (2099); *Oechsler*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. (2020), § 935 Rn. 3 mwN.

I. Anspruchsteller = Eigentümer

Anspruchstellerin F ist Eigentümerin ihres Grundstücks. Gemäß § 94 Abs. 1 S. 2 BGB erstreckt sich das Eigentum auch auf den Baum.

II. Eigentumsbeeinträchtigung

Durch das Abschneiden der herüberragenden Äste des Baumes der F würde G in die Befugnisse des Eigentümers nach § 903 S. 1 BGB in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes eingreifen. Eine (hypothetische) Eigentumsbeeinträchtigung liegt vor.

III. Anspruchsgegner = Störer

Störer ist, auf wessen Willen die Beeinträchtigung wenigstens mittelbar zurückgeht.²⁹ Wenn G die herüberragenden Äste erneut abschneiden würde, wäre die Eigentumsbeeinträchtigung unmittelbar auf seine Betätigung zurückzuführen. G ist damit (hypothetischer) (Handlungs-)Störer.

Hinweis

Bei der Prüfung der Eigentumsbeeinträchtigung und der Störereigenschaft ist nicht auf das bereits erfolgte Abschneiden der Zweige durch G abzustellen. Die Eigentumsbeeinträchtigung sowie die Störereigenschaft sind im Falle des Unterlassungsanspruchs hypothetisch zu prüfen.³⁰

IV. Wiederholungsgefahr

Vorliegend hat G die herüberragenden Äste bereits einmal abgeschnitten, sodass die nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB erforderliche Wiederholungsgefahr indiziert ist.³¹

Hinweis

Die Voraussetzungen des § 1004 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB sind unproblematisch gegeben und sollten daher in der Klausur in der gebotenen Kürze behandelt werden. Der Schwerpunkt in Teil II liegt in der Prüfung der Duldungspflicht gem. § 1004 Abs. 2 BGB.

V. Keine Duldungspflicht

Eine Duldungspflicht der F könnte sich aus § 910 BGB ergeben.

1. Keine Beseitigung innerhalb angemessener Frist, § 910 Abs. 1 S. 2 BGB

Für eine (zukünftige) Duldungspflicht der F ist gem. § 910 Abs. 1 S. 2 BGB eine angemessene Fristsetzung erforderlich. Sinn der Frist ist es, dem Eigentümer des Baumes die Möglichkeit zu geben, selbst den Rückschnitt vorzunehmen.³² Eine Frist bspw. von zwei Monaten, die G der F gewährte, würde der F dafür genügend Zeit geben und wäre daher angemessen.³³

Hinweis

Entscheidend für eine zukünftige Duldungspflicht ist das Setzen einer angemessenen Frist in der Zukunft. Hier ist nicht auf die von G in der Vergangenheit gesetzte Frist abzustellen.

29 BGHZ 90, 255 (266) mwN.

30 Spohnheimer, in: BeckOGK BGB (1.5.2022), § 1004 Rn. 262.

31 BGH NJW 2021, 2882 (Rn. 6); Raff, in: MüKoBGB, 8. Aufl. (2020), § 1004 Rn. 305 mwN.

32 Vollkommer, in: BeckOGK BGB (1.4.2021), § 910 Rn. 12.

33 Vgl. Ibid. Rn. 12.1.

2. Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstücks, § 910 Abs. 2 BGB

Dem Eigentümer steht gemäß § 910 Abs. 2 BGB kein Selbsthilferecht zu, wenn die Zweige die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtigen. Vorliegend fühlt sich G nicht unmittelbar durch die Äste gestört, sondern durch das herabfallende Laub. Fraglich ist, ob solche mittelbaren Beeinträchtigungen von § 910 Abs. 2 BGB umfasst sind.

Nach e.A.³⁴ erfasst § 910 Abs. 2 BGB nur die unmittelbar von den überhängenden Ästen ausgehenden Beeinträchtigungen. Mittelbare Beeinträchtigungen müssten geduldet werden, wenn sie nur unwesentlich (§ 906 Abs. 1 S. 1 BGB) oder ortsüblich (§ 906 Abs. 2 S. 1 BGB) seien. Neben dem Wortlaut von § 910 BGB, der sich nur auf den überhängenden Zweig selbst beziehe, wird mit der Systematik der §§ 906, 910 BGB argumentiert: § 906 BGB regle unwägbara Immissionen abschließend und angemessen, § 910 BGB hingegen regle nur den Sonderfall des hinüberwachsenden Zweigs selbst.³⁵ Andernfalls würde das Laub von überragenden Zweigen einem strengeren Abwehrmaßstab als das Laub von den übrigen Teilen des Baumes unterliegen.³⁶ Welches Laub von den überhängenden Ästen herrührt, sei zudem in der Praxis „kaum mit einiger Zuverlässigkeit“ feststellbar.³⁷ Nach dieser Ansicht könnte G keinen Rückschnitt der herüberragenden Äste verlangen, da der Laubfall in einer ländlichen Gegend ortsüblich ist.

Nach a.A.³⁸ werden auch mittelbare Beeinträchtigungen von § 910 Abs. 2 BGB erfasst. Eine Beschränkung des Selbsthilferechts auf unmittelbare Beeinträchtigungen lasse sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Telos der Vorschrift entnehmen, die den Nachbarn vor der Beeinträchtigung der Grundstücksnutzung durch Überhang schützen solle.³⁹ § 910 BGB stelle für die Beseitigung des Überhangs eine spezialgesetzliche und abschließende Regelung dar.⁴⁰

Es trifft zu, dass dem Wortlaut des § 910 BGB keine Beschränkung auf unmittelbare Beeinträchtigungen zu entnehmen ist – im Gegenteil. Bei mittelbaren Beeinträchtigungen wie z.B. durch Laubfall wird das Grundstück durch das Laub der überhängenden Zweige und somit durch die überhängenden Zweige beeinträchtigt. Dass für Laub, das von überhängenden Zweigen abfällt, mit § 910 Abs. 2 BGB ein strengerer Maßstab gilt als für Laubfall von den übrigen Teilen des Baumes, ist dadurch gerechtfertigt, dass der Nachbar die Äste über die Grenzen seines Grundstücks herauswachsen lässt.⁴¹ Das Risiko, ob feststellbar ist, woher das störende Laub stammt, trägt nach dem gesetzgeberischen Willen gemäß § 910 Abs. 2 BGB im vorliegenden Fall F und nicht G.

Es sind somit auch mittelbare Beeinträchtigungen von § 910 Abs. 2 BGB erfasst. Da die Regenrinnen durch das Laub der herüberragenden Äste verstopft werden, liegt eine Beeinträchtigung der Nutzung des Grundstücks durch die überhängenden Zweige vor.

34 LG Saarbrücken NJW-RR 1986, 1341; LG Krefeld BeckRS 2018, 9467 (Rn. 24) ff.; LG Berlin openJur 2021, 45266 (Rn. 31 ff.)

35 LG Krefeld BeckRS 2018, 9467 (Rn. 24 ff.)

36 LG Saarbrücken NJW-RR 1986, 1341; LG Krefeld BeckRS 2018, 9467 (Rn. 26).

37 LG Saarbrücken NJW-RR 1986, 1341 (1342).

38 BGH BeckRS 2004, 12782; NJW-RR 2019, 1356 Rn. 7 ff. mwN.; NJW 2021, 2882 Rn. 7; Lüke, in: Grziwotz/Lüke/Saller, 3. Aufl. (2020), Kap. 2 Rn. 379 f.; Vollkommer, in: BeckOGK BGB (1.4.2022), § 910 Rn. 20, 20.2.

39 BGH NJW-RR 2019, 1356 Rn. 7.

40 Ibid. Rn. 8; NJW 2021, 2882 Rn. 7.

41 BGH NJW-RR 2019, 1356 Rn. 9.

3. Ausschluss des Selbsthilferechts wegen Absterben des Baumes

Nach e.A.⁴² ist das Selbsthilferecht ausgeschlossen, wenn die Maßnahme zu einem Absterben des Baumes führt. Es fehle an einer (relevanten) Beeinträchtigung, wenn die vom Überhang ausgehende Beeinträchtigung im Vergleich zu den Folgen des Rückschnitts des Überhangs außer Verhältnis stehe und die Beseitigung des Überhangs deshalb unzumutbar sei.⁴³ Teilweise wird der Ausschluss des Selbsthilferechts auch mit dem nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis und der daraus folgenden Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme begründet.⁴⁴

Nach a.A.⁴⁵ besteht das Selbsthilferecht auch dann, wenn das Absterben des Baumes droht. Dafür spreche zunächst der Wortlaut, der eine Verhältnismäßigkeits- oder Zumutbarkeitsprüfung nicht vorsehe.⁴⁶ Zudem liefe eine solche Beschränkung des Selbsthilferechts dem Telos von § 910 BGB zuwider, da dieses einfach ausgestaltet sein und eine rasche Erledigung etwaiger Zwistigkeiten zwischen den Nachbarn ermöglichen solle.⁴⁷

Die Argumente für die zweitgenannte Ansicht überzeugen. Ein Ausschluss des Selbsthilferechts kann hier auch nicht mit Hinweis auf das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis begründet werden.⁴⁸ Die Rechte und Pflichten von Grundstücksnachbarn haben insbesondere durch die Vorschriften der §§ 905 ff. BGB eine Sonderregelung erfahren.⁴⁹ Auch ist das Ergebnis nicht unbillig. Wer ein Hinauswachsen seiner Äste über die eigenen Grundstücksgrenzen nicht verhindert, kann später nicht unter Verweis darauf, dass der Baum (nunmehr) droht, durch das Abschneiden der Zweige abzusterben, von seinem Nachbarn verlangen, das Abschneiden zu unterlassen.⁵⁰

4. Ausschluss des Selbsthilferechts wegen Verwirkung

Da die Äste des Baums die Grundstücksgrenze bereits seit 20 Jahren überragen, kommt eine Verwirkung nach § 242 BGB in Betracht.⁵¹ Dazu ist neben dem Verstreichen einer längeren Zeit (sog. Zeitmoment)⁵² erforderlich, dass der Berechtigte durch sein gesamtes Verhalten bei dem Verpflichteten das Vertrauen geschaffen hat, er werde sein Recht nicht mehr geltend machen (sog. Vertrauens- oder Umstandsmoment).⁵³ Vorliegend gab es jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass G sein Recht aus § 910 BGB nicht mehr geltend machen wollte. Eine Verwirkung liegt somit nicht vor.

Hinweis

Die in Teil II enthaltenen Probleme gehören nicht zu den (sachen-)rechtlichen Problemen, die Jurastudenten unbedingt kennen sollten. Entsprechend kann eine Streitdarstellung in der hier dargestellten Tiefe auch von überdurchschnittlichen Bearbeitern nicht verlangt werden. Da sich jedoch im Sachverhalt deutliche Hinweise für diese Problematiken finden (Bsp: „Außerdem werde G überhaupt nicht durch die überhängenden Äste gestört, sondern allenfalls durch das Laub“), kann ein Erkennen der Probleme von durchschnittlichen Bearbeitern und eine überzeugende Argumentation von überdurchschnittlichen Bearbeitern erwartet werden.

VI. Ergebnis

F hat gegen G keinen Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, das Abschneiden herüberragender Äste in Zukunft zu unterlassen.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

42 OLG Saarbrücken BeckRS 2007, 1483; OLG Köln BeckRS 2011, 19837; LG Hamburg BeckRS 2016, 7897 Rn. 15; OLG Brandenburg NJW 2018, 1975 Rn. 27 ff.; Lüke, in: Grziwotz/Lüke/Saller, 3. Aufl. (2020), Kap. 2 Rn. 388.

43 OLG Köln BeckRS 2011, 19837; Lüke, in: Grziwotz/Lüke/Saller, 3. Aufl. (2020), Kap. 2 Rn. 388.

44 OLG Brandenburg NJW 2018, 1975 (Rn. 27 f.).

45 BGH NJW 2021, 2882 (Rn. 23 ff.); Vollkommer, in: BeckOGK (1.4.2022), § 910 Rn. 17.

46 BGH NJW 2021, 2882 Rn. 24.

47 Ibid.

48 BGH NJW 2021, 2882 Rn. 27; Lüke, in: Grziwotz/Lüke/Saller, 3. Aufl. (2020), Kap. 2 Rn. 393.

49 BGH NJW 2020, 607 (Rn. 21) mwN.; NJW 2021, 2882 (Rn. 27).

50 BGH NJW 2021, 2882 (Rn. 25).

51 Fritzsche, in: BeckOK BGB (1.5.2022), § 910 Rn. 10 mwN.

52 Sutschet, in: BeckOK BGB (1.5.2022), § 242 Rn. 145.

53 BGH BeckRS 2017, 143987 (Rn. 22) mwN.; NJW 2021, 2882 (Rn. 10); Sutschet, in: BeckOK BGB (1.5.2022), § 242 Rn. 150 mwN.



Fallbearbeitung - Strafrecht

Dr. Caprice Doerbeck

„Verbotene Lektüre“

Schwerpunktbereichsklausur Strafrecht



Caprice Doerbeck | Richterin. Derzeit am Landgericht Stuttgart tätig.

Sachverhalt¹

H ist in einer JVA in BW inhaftiert. Es wird festgestellt, dass sich der Gefangene im Besitz eines Buches befindet. Dieses hat die JVA gem. § 58 Abs. 2 Nr. 2 BWJVollzGB III² als das Vollzugsziel sowie die Sicherheit und Ordnung der JVA gefährdend eingestuft und verfügt, dass das Buch herauszugeben sei. Im Rahmen einer Haftraumkontrolle wird es am 16.08.2020 der Zelle des H entnommen. Dieser hatte form- und fristgerecht einen Verpflichtungsantrag auf Überlassung des Buches gestellt.

Diesen hat die Strafvollstreckungskammer des LG R mit Beschluss vom 04.09.2020 zurückgewiesen, der dem H am 07.09.2020 zugestellt wurde. Dies wird wie folgt begründet:

„Das Buch enthält zahlreiche despektierliche Äußerungen über Vollzugsbedienstete, Mitarbeiter des psychologischen Dienstes und im Vollzug tätige Ärzte, es schürt pauschale Ressentiments gegenüber an der Erreichung des Vollzugsziels mitarbeitenden Personen und verstärkt gleichzeitig bei den Gefangenen bestehende Feindbilder.“

Sodann werden neun kurze Zitate der ersten 144 Seiten des 719 Seiten umfassenden Buches aufgeführt.

„Durch Stichproben ist erwiesen, dass das Buch inhaltlich weitgehend der Voraufgabe entspricht.“

Hinsichtlich weiterer Zitate verweist die Strafvollstreckungskammer auf drei Entscheidungen, die sich auf die zweite Auflage beziehen. Sie gibt an:

„Die vollzugsfeindliche Tendenz zieht sich wie ein roter Faden durch das gesamte Werk.“

Weitere Ausführungen enthält die Entscheidung nicht.

H hat gegen diese Entscheidung am 21.09.2020 Rechtsbeschwerde zur Niederschrift beim Rechtspfleger des LG R eingelegt, der das Protokoll unterschrieb. Nach der Erklärung über die Einlegung erfolgt unter der Überschrift „Gründe“ die Erklärung: „Der Antrag wird wortwörtlich aufgenommen“. Danach erfolgen Ausführungen zur Begründung, denen zu entnehmen ist, dass H die sachlich-rechtlichen Überprüfung und die vollständige Aufhebung der Entscheidung begehrt.

Prüfen Sie gutachterlich die Erfolgsaussichten der Rechtsbeschwerde durch das zuständige OLG S. Welche Entscheidung wird das OLG S treffen?

Gliederung

A) Zulässigkeit

I. Statthaftigkeit und Beschwer

II. Einlegung und Begründung

Problem: Fehlen ausdrücklicher Anträge und wortwörtliche Aufnahme des Protokolls

III. Zulassungsgrund

Problem: Unmöglichkeit der Überprüfung der Voraussetzungen des § 116 Abs. 1 StVollzG

IV. Zwischenergebnis

B) Begründetheit

I. § 58 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 BWJVollzGB III

Problem: Gefährdung der Sicherheit oder Ordnung der Anstalt

II. § 58 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 BWJVollzGB III

Problem: Grad der Gefährdung für das Vollzugsziel

III. § 58 Abs. 2 Nr. 3 BWJVollzGB III

IV. Zwischenergebnis

C) Ergebnis

Gutachten

Hinweis

Es ist nach den Erfolgsaussichten der Rechtsbeschwerde gefragt. Daher müssen in dieser Klausur die Zulässigkeit und Begründetheit geprüft werden.

A) Zulässigkeit

Die Rechtsbeschwerde muss zulässig sein.

I. Statthaftigkeit und Beschwer

Die Rechtsbeschwerde ist gem. § 116 I StVollzG gegen Entscheidungen der Strafvollstreckungskammern – vorliegend ein Beschluss der Strafvollstreckungskammer des LG R – statthaft. Die erforderliche Beschwer des Betroffenen³ ist gegeben.

II. Einlegung und Begründung

Die Rechtsbeschwerde ist gem. § 118 Abs. 1 StVollzG binnen eines Monats nach Zustellung der gerichtlichen Entscheidung bei dem iudex a quo einzulegen und zu begründen. Das Gesetz differenziert bei Form und Frist nicht zwischen der Einlegung und der Begründung des Rechtsmittels.⁴ Der Beschluss des LG R vom 04.09.2020 wurde dem Beschwerdeführer am 07.09.2020 zugestellt. Die Frist endete gem. §§ 120 Abs. 1 S. 2 StVollzG, 43 StPO

¹ Der Sachverhalt basiert auf OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.08.2020 – V 4 Ws 162/20, mAnm. ▶ [Doerbeck, JSE 2020, 188 ff.](#)

² Entspricht teilweise § 70 StVollzG.

³ [Laubenthal](#), in: [Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal](#), Strafvollzugsgesetz, 7. Aufl. (2020), 12. Kapitel J. Rn. 3.

⁴ [Peglau](#), NJW 2014, 2012 (2013).

am 07.10.2020. Die Einlegung und Begründung am 21.09.2020 erfolgte somit fristgemäß.

Gem. § 118 Abs. 1 2 StVollzG muss die Rechtsbeschwerde Anträge enthalten und erkennen lassen, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Aufhebung beantragt wird.⁵ Soweit es sich um eine Rechtsbeschwerde des Antragstellers handelt, muss diese gem. § 118 Abs. 3 StVollzG entweder durch eine von einem Rechtsanwalt unterzeichnete Schrift oder zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden.

Problem: Fehlen ausdrücklicher Anträge und wortwörtliche Aufnahme des Protokolls

An eine zu Protokoll der Geschäftsstelle erhobene Rechtsbeschwerde sind strenge Anforderungen zu stellen, um zu verhindern, dass das Rechtsbeschwerdegericht mit der Prüfung grundloser, unverständlicher oder sonst unzulässiger Anträge überhäuft wird.⁶

Vorliegend fehlt es an ausdrücklichen Anträgen. In diesem Fall kann es jedoch genügen, wenn sie sich aus dem Zusammenhang der Begründung ergeben.⁷ Diese ist der Auslegung fähig;⁸ Maßgebend ist die wirkliche rechtliche Bedeutung des Angriffs des Rechtsmittels wie er aus Sinn und Zweck des Vorbringens entnommen werden kann. Dem Protokoll ist zu entnehmen, dass H die Entscheidung zur sachlich-rechtlichen Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht stellen will und ihre vollständige Aufhebung begehrt.

Wird die Rechtsbeschwerde zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt, muss sich der Rechtspfleger an der Anfertigung der Begründung gestaltend beteiligen und die Verantwortung für den Inhalt tragen; eine bloße Übernahme vorgegebener Rügen genügt nicht.⁹ Zwar deutet die Formulierung „wortwörtlich aufgenommen“ darauf hin, dass der Rechtspfleger lediglich als Schreibkraft tätig geworden ist, da es aber unterschrieben wurde, trägt der Rechtspfleger die Verantwortung für die formgerechte Erklärung des H, den Beschluss anfechten und die Verletzung materiellen Rechts rügen zu wollen.¹⁰

III. Zulassungsgrund

Die Rechtsbeschwerde ist nach dem Wortlaut des § 116 Abs. 1 StVollzG nur zulässig, wenn es geboten ist, die Nachprüfung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zu ermöglichen.

Problem: Unmöglichkeit der Überprüfung der Voraussetzungen des § 116 Abs. 1 StVollzG

Darüber hinaus ist die Rechtsbeschwerde auch zulässig, wenn die tatsächlichen Feststellungen oder rechtlichen Erwägungen der angefochtenen Entscheidung so unzureichend sind, dass das Vorliegen der Voraussetzungen des § 116 I StVollzG nicht geprüft werden kann.¹¹ Der Beschluss leidet an Darstellungsmängeln, die es unmöglich machen, zu überprüfen, ob der Strafvollstreckungskammer zulassungsrelevante Rechtsfehler unterlaufen

sind.¹² Es fehlt an ausreichenden Feststellungen über den Inhalt des Buches, der für die Rechtmäßigkeitsbeurteilung der Maßnahme entscheidend ist.

IV. Zwischenergebnis

Die Rechtsbeschwerde ist zulässig.

B) Begründetheit

Die Rechtsbeschwerde könnte vorliegend schon deshalb begründet sein, wenn auf der Grundlage der Feststellungen nicht auszuschließen wäre, dass die Ablehnung des Antrags rechtswidrig war und H in seinen Rechten verletzt.

Nach § 58 I 1 BWJVollzGB III besteht ein Anspruch den Haftraum in angemessenem Umfang mit Büchern auszustatten.

I. § 58 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 BWJVollzGB III

Die JVA kann den Besitz eines Buches jedoch nach § 58 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 BWJVollzGB III wegen einer Gefährdung der Sicherheit oder Ordnung der Anstalt verbieten. Dafür müsste das angefochtene Urteil jedoch ausreichende tatsächliche Feststellungen dazu enthalten, ob das streitgegenständliche Buch die Sicherheit oder Ordnung der Anstalt gefährdet.

Problem: Gefährdung der Sicherheit oder Ordnung der Anstalt

Grundsätzlich genügt bereits eine abstrakte Gefahr für die Sicherheit oder Ordnung der JVA. Allerdings gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Abwägung zwischen dem Kontrollaufwand und den besonderen Interessen des Gefangenen, sodass eine Versagung trotz abstrakter Gefährdung unverhältnismäßig sein kann, wenn der Gefährdung durch mildere Mittel begegnet werden kann.

Gemessen daran kann eine Gefahr für die Sicherheit der Anstalt nach den Feststellungen der Strafvollstreckungskammer nicht festgestellt werden. Die Darstellungen sind auch nicht deshalb noch ausreichend, weil auf Rechtsprechung zur Voraufgabe des Buches verwiesen wird. Dieser Verweis geht schon deshalb fehl, weil sich aus den Darstellungen des Beschlusses nicht zweifelsfrei ergibt, dass die beiden Auflagen tatsächlich in den relevanten Passagen wortgleich sind. Zudem kann dies die erforderlichen eigenen Feststellungen der Strafvollstreckungskammer nicht ersetzen. § 115 Abs. 1 S. 3 StVollzG gestattet lediglich einen Verweis auf bei den Gerichtsakten befindliche Schriftstücke. Die Strafvollstreckungskammer muss sicherstellen, dass sich die Dokumente, auf die sie Bezug genommen hat, bei den Akten befinden, die im Fall einer Rechtsbeschwerde dem OLG zugeleitet werden.¹³ Es ist dem Rechtsbeschwerdegericht verwehrt, wie auch bei der insoweit vergleichbaren Revision, Erkenntnisse und Tatsachen heranzuziehen, die außerhalb der Feststellungen der Strafvollstreckungskammer als einziger Tatsacheninstanz liegen.¹⁴ Daher kann das OLG S auch nicht auf andere Weise von dem Inhalt des Buches Kenntnis nehmen und diesen überprüfen.

II. § 58 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 BWJVollzGB III

Es käme auch ein Verbot nach § 58 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 BWJVollzGB III in Betracht. Es ermöglicht das Verbot von Gegenständen, die das Ziel des Strafvollzuges gefährden. Gem. § 1 BWJVollzGB III ist es das Ziel des Vollzuges der Freiheitsstrafe, die Gefangenen zu befähigen, künftig ein Leben in sozialer Verantwortung ohne

5 Ibid.

6 OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.08.2020 – V 4 Ws 162/20, Rn. 9 mwN.

7 Laubenthal, in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal, Strafvollzugsgesetz, 7. Aufl. (2020), 12. Kapitel L. Rn. 4.

8 Vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 21.10.2013 – 4a Ws 211/13 (V), Rn. 8.

9 Vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.08.2020 – V 4 Ws 162/20, Rn. 8 mwN.

10 Vgl. auch Ibid.

11 KG Berlin, Beschl. v. 11.01.2016 – 2 Ws 303/15 Vollz, Rn. 8 f.; Arloth/Krä, StVollzG, 4. Aufl. (2017), § 116 Rn. 4; Euler, in: BeckOK Strafvollzugsrecht Bund, 17. Edit. (01.02.2020), § 116 Rn. 3.

12 Vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.08.2020 – V 4 Ws 162/20, Rn. 10.

13 Vgl. OLG Stuttgart, NStZ 1987, 295; Euler, in: BeckOK Strafvollzugsrecht Bund, 17. Edit. (01.02.2020), § 115 Rn. 8.

14 OLG Stuttgart, Beschl. v. 24.06.2020 – V 4 Ws 59/20, Rn. 10.

Straftaten zu führen.

Problem: Grad der Gefährdung für das Vollzugsziel

Fraglich ist, welcher Grad der Gefährdung erforderlich ist. Teilweise wird vertreten, dass für die Gefährdung des Vollzugsziels in gleicher Weise wie bei der Gefährdung der Sicherheit oder Ordnung der Anstalt eine abstrakte Gefahr ausreiche.¹⁵ Dagegen spricht jedoch, dass das auch unter dem Gesichtspunkt der Informationsfreiheit relevante Recht der Gefangenen auf Besitz von Büchern zu weit eingeschränkt wäre, wenn allein die abstrakte Gefahr der Gefährdung der Resozialisierung – auch bei anderen Gefangenen – zu einem zwingenden Ausschluss führen würde; anders als die Sicherheit und Ordnung ist das Ziel der Erreichung des Vollzugsziels schon seiner Natur nach auf die Person des jeweiligen Gefangenen bezogen.¹⁶ Der Ausschlussgrund erfordert daher eine konkreten Gefährdung der Resozialisierung des betreffenden Gefangenen als Ergebnis einer persönlichkeitsbezogenen Prognose.

Eine sachliche, vollständige und juristisch vertretbare Information der Gefangenen über ihre Rechte gefährdet weder das Vollzugsziel noch die Sicherheit oder Ordnung der JVA, auch sachlich gehaltene Kritik gefährdet die Resozialisierung nicht in relevanter Weise; erst wenn weitere Umstände hinzutreten, kann der Inhalt einer Schrift eine Gefahr im Sinne von § 58 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 BWJVollzGB III begründen.¹⁷

Eine Gefahr für die Ziele des Vollzugs hat die Strafvollstreckungskammer nicht hinreichend belegt. Sie behauptet zwar eine vollzugsfeindliche Tendenz. Die Zitate sind nur den ersten 144 Seiten des 719 Seiten umfassenden Buches entnommen. Wenn sich die beanstandeten Passagen auf einen Teil des Buches beschränken, muss jedoch erwogen werden, nur diese Seiten zu entnehmen oder die Stellen zu schwärzen.¹⁸

Der Verweis auf andere Entscheidungen, die sich nicht in der Akte befinden, kann Feststellungen nicht ersetzen.¹⁹

Die Voraussetzungen des § 58 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 BWJVollzGB III für den Ausschluss von Gegenständen, die das Ziel des Strafvollzugs gefährden, können nach den getroffenen Feststellungen nicht angenommen werden.

III. § 58 Abs. 2 Nr. 3 BWJVollzGB III

Zuletzt kommt ein Verbot nach § 58 Abs. 2 Nr. 3 BWJVollzGB in Betracht. Die Vorschrift beinhaltet eine gegenüber der Regelung des § 70 II Nr. 2 StVollzG neue Bestimmung und ermöglicht der JVA den Besitz eines Gegenstandes schon dann zu verbieten, wenn dessen Kontrolle auf eine mögliche missbräuchliche Verwendung mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre. Sie ist Ausdruck der gebotenen Abwägung zwischen dem Kontrollaufwand einerseits und den besonderen Interessen der Gefangenen andererseits.²⁰

Nach den getroffenen Feststellungen ist nicht ersichtlich, dass der Kontrollaufwand unverhältnismäßig ist, auch angesichts der Bedeutung der Informationsfreiheit (Art. 5 I 1 GG) und der Intention des Buches, in JVA verbreitet zu werden, ist eine zuverlässige Ermittlung des Inhalts nicht schon angesichts des Umfangs des Buches unverhältnismäßig, zumal das Ergebnis für eine

Mehrzahl von Fällen relevant werden kann.²¹

Es kann daher nicht angenommen werden, dass der Besitz des Buches gemäß § 58 Abs. 2 Nr. 3 BWJVollzGB III zwingend ausgeschlossen wäre.

IV. Zwischenergebnis

Ob die JVA zu Recht einen Ausschluss des Besitzes des Buches nach § 58 Abs. 2 BWJVollzGB III angenommen hat, kann auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht entschieden werden. Die Rechtsbeschwerde ist daher begründet.

C) Ergebnis

Die zulässige Rechtsbeschwerde hat mit der Sachrüge Erfolg, da auf der Grundlage der Feststellungen nicht auszuschließen ist, dass die Ablehnung des Antrags rechtswidrig war und H in seinen Rechten verletzt.

Hinweis

Neben den Erfolgsaussichten der Rechtsbeschwerde war in der Aufgabenstellung auch danach gefragt, welche Entscheidung das OLG S treffen wird. Daher sind auch die nachfolgenden (kurz zu haltenden) Ausführungen für eine vollständige Bearbeitung erforderlich.

Das OLG S wird gem. § 119 IV StVollzG den Beschluss der Strafvollstreckungskammer mit den Feststellungen **aufheben** und die Sache zur neuen Entscheidung **zurückverwiesen**.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

¹⁵ Vgl. KG, Beschl. v. 17.11.2017 – 2 Ws 99/17 Vollz, Rn. 40 f.

¹⁶ OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.08.2020 – V 4 Ws 162/20, Rn. 17.

¹⁷ Ibid., Rn. 18.

¹⁸ Ibid., Rn. 19.

¹⁹ Ibid., Rn. 20.

²⁰ Ibid., Rn. 21.

²¹ Ibid., Rn. 21.



Fallbearbeitung - Strafrecht

Henning Lorenz, M.mel./Engin Turhan, LL.M. (Istanbul)/Samuel Rehberger

„Aus dem Leben einer Frauenärztin“ Anfängerhausarbeit



Henning Lorenz | Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Prof. Dr. Henning Rosenau)

E-Mail-Kontakt: ▶ henning.lorenz@jura.uni-halle.de



Engin Turhan | Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Prof. Dr. Henning Rosenau)

E-Mail-Kontakt: ▶ engin_turhan@windowslive.com



Samuel Rehberger | Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Juniorprofessur für Kriminologie, Criminal Compliance, Risk Management & Strafrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Jun.-Prof. Dr. Lucia Sommerer)

E-Mail-Kontakt: ▶ samuel.rehberger@jura.uni-halle.de

Sachverhalt¹

Dr. B ist Fachärztin für Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Sie betreibt eine eigene Praxis und informiert auf einer Homepage über die dort angebotenen Leistungen. Hierzu zählt u. a. auch der Schwangerschaftsabbruch. In diesem Zusammenhang ist auf der Homepage zu lesen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche nur unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB vornimmt. Neben diesen rechtlichen Voraussetzungen informiert Dr. B weiter über die verschiedenen, in der Praxis angebotenen Arten der Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs (medikamentös, chirurgisch mit örtlicher Betäubung, chirurgisch mit Vollnarkose), ihre Besonderheiten, Vorteile und Risiken. Eines Tages im Sommer 2018 bekommt die Ärztin Post von der Staatsanwaltschaft. Ein selbsternannter „Lebensschützer“, der es sich zur Aufgabe gemacht hat, Schwangerschaftsabbrüche zu verhindern, hatte Strafanzeige gegen sie erstattet. Es läuft nunmehr ein Ermittlungsverfahren gegen Dr. B wegen Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft.

Ein Jahr später, im Sommer 2019, hat sich das Leben von Dr. B. sehr verändert. Das gegen sie geführte Ermittlungsverfahren hat sie in ihrem schon vorher gereiften Entschluss bestätigt, die Selbstständigkeit aufzugeben. Inzwischen hat sie – wie bereits früher in ihrem Berufsleben – eine Stelle als Oberärztin in leitender Position auf dem Gebiet der Geburtshilfe in der C-Klinik angetreten. Dort trifft sie auch auf die Schwangere A.

Bei A ist in der D-Klinik im Rahmen einer Untersuchung in der 22. Schwangerschaftswoche eine seltene monochoriale Zwillingsschwangerschaft mit dem noch selteneren fetofetalen Transfusi-

onssyndrom (FFTS) festgestellt worden. Dabei verbinden sich die Blutkreisläufe der Feten und es kann zu einem Ungleichgewicht des Blutaustausches und damit verbundenen negativen Folgen für beide oder einen der Zwillinge kommen. Im Falle der A hat sich bei einem der beiden eine schwere Hirnschädigung in Form einer Leukomalazie ausgebildet. Er ist deshalb in seiner Entwicklung hochgradig gestört, jedoch lebensfähig.

Angesichts dieses Befundes hat sich die Schwangere für einen Spätabbruch durch selektiven Fetozyd des geschädigten Zwillinges entschieden. Nachdem sie sich in der für diese Konstellation spezialisierten D-Klinik nicht gut betreut gefühlt hat, ist sie infolge einer Überweisung im C-Klinikum vorstellig geworden. Im Gespräch mit der zuständigen Ärztin Dr. B äußert A erneut ihren Wunsch nach einem Fetozyd. Daraufhin wird die konkrete Umsetzung besprochen. Dr. B zeigt das Risiko des selektiven Fetozyds durch Injektion von Kaliumchlorid für den gesunden Zwilling wegen des verbundenen Blutkreislaufs auf. Deshalb müsse letzterer zunächst im Wege eines Kaiserschnitts entbunden werden. Erst im Anschluss könne der Fetozyd stattfinden. Es wird entschieden, den Eingriff möglichst spät vorzunehmen. Damit soll dem gesunden Zwilling Zeit zur Entwicklungsreife gegeben werden. Ein Schreiben über die positive Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB forderte B von einem die A in der Schwangerschaft früher behandelnden Arzt an und erhält es rasch.

In der 34. Schwangerschaftswoche verspürt A schließlich das Einsetzen der Wehen. Ob es sich dabei schon um Eröffnungswehen gehandelt hat, kann später nicht mehr festgestellt werden. Sie wird stationär in der Klinik aufgenommen; wehenhemmende Mittel können keine Wirkung entfalten. Deshalb entschließt sich Dr. B nach Rücksprache mit A, den Eingriff jetzt vorzunehmen. Wie geplant wird der gesunde Zwilling per Kaiserschnitt entbunden, das Leben des anderen durch Injektion von Kaliumchlorid noch im eröffneten Uterus beendet.

Fallfrage: Wie hat sich B nach dem sechszehnten Abschnitt des StGB strafbar gemacht?

Bearbeiterhinweis: Es ist davon auszugehen, dass das Vorliegen der Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 StGB im Indikationsschreiben zutreffend festgestellt wurde.

¹ Die Hausarbeit ist zum Wintersemester 2021/22 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Rahmen der Strafrechtlichen Fallpraxis gestellt worden. Sie wurde von ca. 50 % der Teilnehmenden bestanden, von 50 % nicht bestanden. Der Notendurchschnitt betrug 4,98 Punkte. Die Note „sehr gut“ wurde von 4,54 %, die Note „gut“ von 6,0 % erreicht. Ein „vollbefriedigend“ erzielten 10,6 % der Teilnehmenden und ein „befriedigend“ 6,0 %. Noch „ausreichend“ waren 21,21 % der Arbeiten, während 51,65 % als „mangelhaft“ oder gar „ungenügend“ und damit als nicht bestanden gewertet wurden.

Gliederung

A) Strafbarkeit der B gem. § 219a Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB durch den Internetauftritt

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Öffentliches Verbreiten eines Inhalts
 - b) Anbieten
2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz
 - b) Handeln des Vermögensvorteils wegen
3. Tatbestandsausschluss gem. § 219a Abs. 4 StGB
 - a) Das Alternativen-Verständnis
 - b) Das Kumulativ-Verständnis
 - c) Streitentscheid
 - d) Zwischenergebnis
4. Zwischenergebnis

II. Ergebnis

B) Strafbarkeit der B gem. § 212 Abs. 1 StGB durch Verabreichung der Kaliumchlorid-Injektion

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Ein anderer Mensch
 - aa) Rspr. und hL.: Geburtsbeginn als maßgeblicher Zeitpunkt
 - bb) aA.: Geburtsvollendung als maßgeblicher Zeitpunkt
 - cc) Streitentscheid
 - (1) Grammatische Auslegung
 - (2) Historische Auslegung
 - (3) Systematische Auslegung
 - (4) Teleologische Auslegung
 - (5) Rechtspraktische Einwände
 - dd) Zwischenergebnis
 - b) Zwischenergebnis
2. Zwischenergebnis

II. Ergebnis

C) Strafbarkeit der B gem. § 218 Abs. 1 StGB durch Verabreichung der Kaliumchlorid-Injektion

I. Tatbestand

- II. Rechtswidrigkeit
- III. Ergebnis

D) Gesamtergebnis

Gutachten

Hinweis

Gegenstand der Hausarbeit ist die Werbung für den Schwangerschaftsabbruch und der Beginn des strafrechtlichen Lebensschutzes. Dabei liegt beiden Schwerpunkten jeweils aktuelle Rechtsprechung zugrunde. Bearbeiterinnen und Bearbeiter können bei Lösung des Falles in besonderem Maße die Methoden der Gesetzesauslegung einüben. Mittlerweile ist die vollständige Aufhebung des § 219a StGB durch den Bundestag beschlossen worden.² Angesichts der langen und hitzigen Debatte lohnt sich gleichwohl ein letzter Blick auf die umstrittene Vorschrift und ihre Probleme.

A) Strafbarkeit der B gem. § 219a Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB durch den Internetauftritt

B könnte sich der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft gemäß § 219a Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB schuldig³ gemacht haben, indem sie auf ihrer Homepage ihre Bereitschaft zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen erklärte und Informationen über die Eingriffe mitteilte.

I. Tatbestand

Darin könnte ein Anbieten eigener Dienste zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs gesehen werden (Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 Var. 1), das im Wege des öffentlichen Verbreitens eines Inhalts des Vermögensvorteils willens geschah (Abs. 1 S. 1 Var. 2).

1. Objektiver Tatbestand

a) Öffentliches Verbreiten eines Inhalts

§ 219a Abs. 1 StGB enthält einen Verweis auf § 11 Abs. 3 StGB, der klarstellt, was unter dem Begriff „Inhalt“ zu verstehen ist. Demnach sind u.a. auch Inhalte erfasst, die „unabhängig von einer Speicherung mittels Informations- oder Kommunikationstechnik übertragen werden“. Somit ist in dem Betreiben der Homepage die Verbreitung eines Inhalts iSd. § 11 Abs. 3 StGB zu sehen.⁴ Dies geschah im Internet, also gegenüber einem unüberschaubaren Adressatenkreis und somit öffentlich.⁵

b) Anbieten

Problematisch ist die Voraussetzung des Anbietens eigener Dienste zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs. Auslegungsbedürftig ist hier der Begriff des Anbietens.

Nach einer Ansicht ist dieser restriktiv auszulegen.⁶ Allein die öffentliche Zugänglichmachung von Informationen reicht demnach für ein tatbestandliches Handeln nicht aus. Es bedürfe vielmehr eines Handelns, das über eine neutrale Information hinausgeht. Die auf der Homepage der B verbreiteten Informationen, auch das Führen im Leistungsspektrum der Praxis, sind allein sachlicher Natur. Es wird lediglich über die Bereitschaft, Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen, informiert, ohne zu einem Praxisbesuch aufzufordern. Darin kann hiernach kein Anbieten gesehen werden.

² Zum Weg dahin näher *Lorenz/Turhan*, NK 2022, 129 ff.

³ Erst im Gesamtergebnis wird im Rahmen der Konkurrenzen festgestellt, wegen welcher Delikte sich die Beteiligten wirklich strafbar gemacht haben. Denn tritt ein Delikt erst im Wege der Konkurrenz zurück, würde man sich anderenfalls widersprechen: Die zunächst erfolgte Feststellung einer Strafbarkeit müsste im Nachhinein revidiert werden.

⁴ S. hierzu *Momsen/Momsen-Pflanz*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2020), § 219a Rn. 9; *Sinner*, in: *Matt/Renzikowski*, 2. Aufl. (2020), § 11 Rn. 57 ff.

⁵ Vgl. *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 53. Ed. (01.05.2022), § 219a Rn. 13.

⁶ *Frommel*, JR 2018, 239; *Wörner*, NStZ 2018, 416 (418).

Die hL. und Rspr. lassen dagegen auch das neutrale Bereiterklären für ein Anbieten iSd. § 219a Abs. 1 StGB genügen,⁷ sodass die B demnach eigene Dienste angeboten hat.

Die restriktive Auslegung stützt ihr Ergebnis in erster Linie auf die Überschrift der Strafvorschrift, „Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft“. Werbungen seien nur solche des Anbietens, Ankündigens und Anpreisens entsprechend § 184 Abs. 1 Nr. 5 StGB, womit neutrale Informationsbereitstellung ausgeschlossen seien.⁸

Dem lässt sich mit der hL. und Rspr. entgegenhalten, dass nach dem unmittelbaren Normzweck im Hinblick auf Schwangerschaftsabbrüche jeglicher – auch ansonsten im ärztlichen Standesrecht erlaubter – Wettbewerb um Patientinnen verhindert werden soll. Dies unterstreicht zum einen die Ausgestaltung des § 219a Abs. 1 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt. Zum anderen zeigt dies auch die Vorschrift des § 218 Abs. 1 StGB, wonach der Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich unter Strafe verboten ist.⁹

Hinweis

Kein valides Argument ist es wohl, wenn das OLG Frankfurt im Fall der Frauenärztin Hänel meint, mit Einfügung des § 219a Abs. 4 StGB sei der restriktiven Gegenauffassung der Boden entzogen, weil der Gesetzgeber durch Einfügung des Ausnahmetatbestands die Strafbarkeit der bloß sachlichen Information über das „Ob“ und das „Wie“ des Schwangerschaftsabbruchs praktisch festgelegt habe.¹⁰ Denn wenn man diese Argumentation für Altfälle, d.h. – wie hier – solche Fälle, die sich vor Inkrafttreten des § 219a Abs. 4 StGB am 29.3.2019 zugetragen haben, nutzt, werden § 2 Abs. 1 StGB und Art. 103 Abs. 2 GG übersehen: Strafbegründend oder -schärfend darf sich nur zur Zeit der Tat geltendes Recht auswirken. Gesetzesänderungen können sich nur strafmildern auswirken. Insofern darf der § 219a Abs. 4 StGB, der erst nach der Tat von Dr. B im Sommer 2018 ins Gesetz eingefügt wurde, nicht strafbegründend in der Auslegung herangezogen werden.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

In subjektiver Hinsicht handelte B vorsätzlich bezüglich der objektiven Tatumstände.¹¹

b) Handeln des Vermögensvorteils wegen

Zusätzlich müsste sie auch ihres Vermögensvorteils wegen gehandelt haben. Erforderlich ist ein Handeln mit *dolus directus* ersten Grades.¹² Darunter fällt insbesondere die Erwartung des ärztlichen Honorars. Nicht hinderlich ist dabei, dass der Täter auch noch andere Zwecke verfolgt.¹³

Durch die Verbreitung der Informationen über die rechtlichen und medizinischen Voraussetzungen des Schwangerschaftsabbruchs lässt sich für sich betrachtet kein vermögenswerter Gewinn erzielen. Darin allein kann somit kein Anstreben vermögenswerter Vorteile gesehen werden.

genswerter Vorteile gesehen werden.

B führt den Schwangerschaftsabbruch jedoch im Leistungsspektrum ihrer Praxis auf. Darin könnte, in Kombination mit den Informationen, eine angestrebte Patientenakquise gesehen werden. Wenn die Behandlung neuer Patientinnen bei Schwangerschaftsabbrüchen angestrebt wird, umfasst dies zwangsläufig auch das ärztliche Honorar, welches der Arzt wegen der Behandlung erhält. Eine angestrebte Patientenakquise ist damit zugleich das Anstreben eines Vermögensvorteils.

Allerdings bleibt zu klären, ob B überhaupt eine Patientenakquise angestrebt hatte. Teilweise wird bestritten, dass dies bereits in dem Zurverfügungstellen sachlicher Informationen und dem Angebot der Durchführung im Leistungsspektrum der Praxis zu sehen ist.¹⁴ Es handele sich dabei lediglich um ein neutrales Informieren. Dies gelte zumindest dann, wenn den Patienten an keiner Stelle nahegelegt wird, die Leistungen in der konkreten Praxis in Anspruch zu nehmen.

Generell und gerade auch im medizinischen Bereich spielt jedoch die Sachkompetenz des Arztes für Patienten bei der Arztauswahl eine große Rolle. Sinn der Verbreitung von Informationen über medizinische Eingriffe auf der praxiseigenen Homepage ist auch das Vermitteln des Eindrucks einer solchen Kompetenz. So wird den Patientinnen – was B als langjährig praktizierende Ärztin wusste – konkludent eben doch nahegelegt, bei Bedarf die eigene Praxis für die jeweiligen medizinischen Anliegen aufzusuchen. Damit wird durch die Angaben auf der Homepage jedenfalls auch eine Patientenakquise angestrebt. In der Folge bedeutet dies auch das Anstreben des mit der Behandlung anfallenden ärztlichen Honorars und damit eines Vermögensvorteils.¹⁵ Dass daneben gegebenenfalls auch andere Motive, wie der Schutz der Gesundheit und die Achtung der Selbstbestimmung der Patientinnen mitverfolgt werden, ändert an diesem Ergebnis nichts (s.o.), im Gegenteil: Diese sprechen noch mehr für eine erstrebte Patientenakquise, will und kann die anbietende Ärztin diese Ziele ganz konkret doch nur durch die eigene Tätigkeit an Patientinnen in ihrer Praxis erreichen. Daher handelte B ihres Vermögensvorteils wegen.

3. Tatbestandsausschluss gem. § 219 Abs. 4 StGB

Der Tatbestand des § 219a Abs. 1 StGB könnte nach § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB ausgeschlossen sein. B hat auf die Tatsache hingewiesen, Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis Abs. 3 StGB vorzunehmen. Deshalb greift grundsätzlich der eben dies voraussetzende Tatbestandsausschluss des § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB. Ob dies auch gilt, wenn neben der Bereitschaft zur Durchführung iSd. Nr. 1 („Ob“) auch über die Art und Weise der Schwangerschaftsabbrüche („Wie“) informiert wird, ist strittig. Denn letzteres könnte möglicherweise nur unter den Voraussetzungen der Nr. 2 tatbestandslos sein.

a) Das Alternativen-Verständnis

Nach dem sog. Alternativen-Verständnis genügt es jedoch, dass die Voraussetzungen einer Alternative (hier Nr. 1) erfüllt sind. Auf die Erfüllung der anderen Alternative (hier Nr. 2) kommt es dann nicht mehr an.¹⁶ Der Tatbestand des § 219a Abs. 1 StGB bliebe damit im Fall von B nach § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB ausgeschlossen.

7 ZB. LG Gießen, medstra 2020, 315 ff.; Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 219a Rn. 11.

8 Wolters/Greco, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 184 Rn. 57

9 LG Gießen medstra 2020, 315 (318 Rn. 80).

10 OLG Frankfurt NSTZ-RR 2021, 106 f. mit u.a. in diesem Punkt kritischer Anmerkung Lorenz/Turhan, medstra 2021, 117 (220 Rn. 65).

11 Zum Vorsatz s. Kindhäuser, AT, 8. Aufl. (2017), § 13 Rn. 1 ff.

12 Dazu Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 15 Rn. 66 f.

13 Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 219a Rn. 13.

14 Wörner, NSTZ 2018, 416 (419); zur rechtspolitischen Dimension Kröger, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2019), § 219a Rn. 7.

15 Berghäuser, JZ 2018, 497 (498); Frommel, JR 2018, 239 (240).

16 Lorenz/Turhan, JR 2020, 465 (469 f.); iE. wohl auch AG Kassel BeckRS 2019, 16678, Rn. 8.

b) Das Kumulativ-Verständnis

Die Gegenauffassung, das sog. Kumulativ-Verständnis, sieht Nr. 1 und 2 nicht in einem Alternativen-Verhältnis. Der Tatbestandsausschluss greift hiernach nur dann, wenn bei den einschlägigen Voraussetzungen einer Nummer nicht die Voraussetzungen der anderen Nummer umgangen werden.¹⁷ Informiert ein Arzt also – wie hier – unter den Voraussetzungen der Nr. 1 über das „Ob“, kann er darüberhinausgehend nur unter den Voraussetzungen der Nr. 2 über das „Wie“ informieren. B hat nicht nur auf die in Nr. 2 genannten Beratungsstellen hingewiesen, sondern selbst ausführlich über die verschiedenen Arten von Schwangerschaftsabbrüchen hingewiesen. Die Nichteinhaltung der Voraussetzungen der Nr. 2 bewirkt, dass ein Tatbestandsausschluss nicht in Betracht kommt.

c) Streitentscheid

Das Kumulativ-Verständnis kann sich maßgeblich auf den Willen des Gesetzgebers stützen. Dieser hat durch § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB die Erteilung von Informationen über die Durchführungsart allein den zuständigen Stellen zuweisen und regeln wollen, dass nur auf diese hingewiesen werden darf.¹⁸ Das Alternativen-Verständnis lässt diese gesetzgeberische Intention unberücksichtigt. Im Ergebnis wären dann bspw. die mit einem Anbieten einhergehende Verbreitung von Desinformationen oder politisierende Informationen tatbestandslos, wenn nur die Voraussetzungen der Nr. 1 erfüllt sind. Dies war mit Einführung des Abs. 4 erkennbar nicht gewollt.¹⁹

Wenngleich der Wille des Gesetzgebers zu den anerkannten Anhaltspunkte für die Auslegung zählt, sind seiner Bedeutung auch Grenzen gesetzt. Das Bindewort „oder“ könnte insoweit einer Auslegung des Kumulativ-Verständnisses entgegenstehen und sie als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG und damit als verfassungswidrig entlarven. Das dort verankerte Analogieverbot zieht die Grenze zwischen unzulässiger Analogie und zulässiger Gesetzesauslegung dort, wo eine Auslegung nicht mehr mit dem natürlichen Wortsinn des Gesetzeswortlauts vereinbar ist.²⁰ Diese Grenze gilt auch dann, wenn das Auslegungsergebnis erkennbar der gesetzgeberischen Intention zuwiderläuft.²¹ Etwas anderes kann nur gelten, wenn es sich – anders als hier – um offensichtliche Redaktionsfehler handelt.²²

Um das Auslegungsergebnis des Kumulativ-Verständnisses zu erreichen, bedarf es einer gedanklichen Modifizierung des Wortlauts. Dafür müsste die Nr. 1 eingangs um das Wort „nur“ und die Nr. 2 um das Wort „andererseits“ ergänzt werden. So würden die Nr. 1 und Nr. 2 in Relation gesetzt und der Tatbestandsausschluss voneinander abhängig gemacht. In der derzeitigen Formulierung findet sich diese Lesart, wie auch sonst der beschriebene Wille des Gesetzgebers, aber nicht wieder. Vielmehr regelt sie eindeutig, dass bei Erfüllung der Voraussetzungen einer der beiden Nummern der Tatbestand des Abs. 1 nicht gilt. Der Adressat muss sich aufgrund des Wortes „oder“ darauf verlassen können, nicht noch weitere Voraussetzungen (der jeweils anderen Nummer) erfüllen zu müssen. Das Kumulativ-Verständnis überschreitet daher den Wortlaut in strafbarkeitsausdehnender Weise und verstößt ge-

gen Art. 103 Abs. 2 GG.²³

d) Zwischenergebnis

Der von B grundsätzlich erfüllte Tatbestand des § 219a Abs. 1 StGB ist damit nach § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB ausgeschlossen.

Hinweis

Eine andere Argumentation ist nur bei Nichtberücksichtigung des Art. 103 Abs. 2 GG angesichts der gegenläufigen Rspr. denkbar. Allerdings sparen Bearbeiterinnen und Bearbeiter damit eine dezidierte Auseinandersetzung mit dem Wortlaut des § 219a Abs. 4 StGB aus und setzen sich dem Vorwurf einer im entscheidenden Punkt unvollständigen Lösung aus. Im Übrigen dürfen sich Bearbeiterinnen und Bearbeiter sich nicht durch die Natur der Vorschrift als Tatbestandsausschlussgrund irritieren lassen. Auch dieser führt bei einer verfehlten Auslegung iSd. Kumulativ-Verständnisses zu einer sonst zurückgenommenen Strafandrohung und wirkt damit strafbarkeitsbegründend.

4. Zwischenergebnis

B erfüllt damit im Ergebnis nicht den Tatbestand des § 219a Abs. 1 StGB.

II. Ergebnis

B hat sich nicht gem. § 219a Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB schuldig gemacht.

B) Strafbarkeit der B gem. § 212 Abs. 1 StGB durch Verabreichung der Kaliumchlorid-Injektion

B könnte sich eines Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie dem geschädigten Zwilling eine Kaliumchlorid-Injektion verabreichte.

I. Tatbestand

Der tatbestandliche Erfolg setzt die Tötung eines anderen Menschen voraus.

1. Objektiver Tatbestand

a) Ein anderer Mensch

Der geschädigte Zwilling muss daher ein Mensch iSd. § 212 Abs. 1 StGB sein. Daran könnte gezweifelt werden, weil die totbringende Handlung noch im eröffneten Uterus erfolgte. Unter welchen Voraussetzungen sich der Statuswechsel vom Angriffsobjekt des § 218 Abs. 1 StGB hin zu einem Menschen iSd. §§ 211 ff. StGB vollzieht, ist umstritten.

aa) Rspr. und hL.: Geburtsbeginn als maßgeblicher Zeitpunkt

Nach hM. in Lit. und Rspr. wird der Beginn der Geburt als maßgeblicher Zeitpunkt des Statuswechsels angesehen. Bei der natürlichen Geburt soll das maßgebliche Ereignis dann nach vorherrschender Sichtweise der Beginn der Eröffnungswehen sein.²⁴

Ausgehend hiervon wird bei der Geburt im Wege des Kaiserschnitts die maßgebliche Zäsur hin zum Menschsein in der Eröffnung des Uterus gesehen.²⁵ In dem sog. Berliner Zwillingsfall, der dem hiesigen Sachverhalt zugrunde liegt, hat der BGH diese De-

17 KG Berlin NSTZ 2020, 550 best. AG Berlin-Tiergarten, Beschl. v. 14.06.2019 – 253 Ds 143/18; OLG Frankfurt a.M. NSTZ-RR 2021, 106 f.

18 ▶ BT-Drs. 19/7693, S. 2, 7 f.

19 Ibid.

20 BVerfGE 73, 206 (235); Roxin/Greco, AT/I, 5. Aufl. (2020), § 5 Rn. 26 mwN.

21 Hassemer/Kargl, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 1 Rn. 77; Walter, ZIS 2016, 746 (748).

22 Dannecker/Schuhr, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2020), § 1 Rn. 167.

23 Vgl. Lorenz/Turhan, JR 2020, 465 (471).

24 BGHSt 10, 5; 32, 194; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), Vor §§ 211 ff. Rn. 13.

25 Kühl, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), Vor §§ 211 bis 222, Rn. 3; Rose-nau, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2019), Vor §§ 211 ff. Rn. 6.

definition ergänzt. Er verlangt zusätzlich in subjektiver Hinsicht, dass die Gebärmutter zu dem Zweck eröffnet wird, den Fetus dauerhaft vom Mutterleib zu trennen und damit die Schwangerschaft zu beenden.²⁶

Bei A konnte nicht festgestellt werden, welche Art der Wehen eingetreten waren. Darin konnte also noch kein natürlicher Geburtsbeginn gesehen werden. Allerdings wurde der Uterus eröffnet, was bei einer Geburt im Wege des Kaiserschnitts in objektiver Hinsicht ausreicht. Dies erfolgte subjektiv auch zu dem Zweck, die Schwangerschaft der A dauerhaft zu beenden. Der geschädigte Zwilling ist hiernach ein Mensch iSd. § 212 Abs. 1 StGB gewesen.

bb) aA.: Geburtsvollendung als maßgeblicher Zeitpunkt

Nach anderer Ansicht findet der Statuswechsel vom Angriffsobjekt des § 218 Abs. 1 StGB hin zu einem Menschen iSd. §§ 211 ff. StGB (bzw. einer Person iSd. §§ 223 ff. StGB) erst mit Vollendung der Geburt statt. Bei natürlichem Geburtsverlauf wird diese überwiegend bei vollständigem Austritt aus dem Mutterleib angenommen.²⁷ Parallel hierzu ist bei einer Geburt im Wege eines Kaiserschnitts das Entfernen des Kindes aus dem eröffneten Uterus notwendig.²⁸

Der geschädigte Zwilling wurde vor der Injektion nicht aus dem Mutterleib entfernt, sodass er hiernach kein Mensch iSd. § 212 Abs. 1 StGB war.

cc) Streitentscheid

Zur Begründung ihrer unterschiedlichen Ergebnisse greifen beide Auffassungen umfassend auf die klassischen Methoden der Gesetzesauslegung zurück.

Hinweis

Wenn es – wie hier – möglich ist, sollten Bearbeiterinnen und Bearbeiter iRv. Streitentscheiden ordentlich strukturiert die verschiedenen Auslegungsmethoden nacheinander abhandeln. Auf diesem Wege wird dem Prüfer/Korrektor zum einen gezeigt, dass das juristische Handwerkszeug beherrscht wird. Zum anderen wird der Eindruck einer vollständigen Auslegung unter allen denkbaren Gesichtspunkten vermittelt. Das erhöht die Überzeugungskraft für das am Ende für richtig befundene Ergebnis.

(1) Grammatische Auslegung

Für ein Ende der Schwangerschaft und den Beginn des menschlichen Lebens schon ab Eintritt der Eröffnungswehen wird grammatisch mit der medizinischen Terminologie argumentiert. Das Einsetzen der Eröffnungswehen stellt dort den Beginn der Geburt dar.²⁹ Da diese als eigenständige Phase nicht mehr der Schwangerschaft zuzuordnen sei, soll ab Beginn der Eröffnungswehen ein Abbruch der beendeten Schwangerschaft iSd. § 218 StGB ausgeschlossen sein. Erkennt man diese Zuordnung im Grundsatz an, so ist anknüpfend hieran bei einer Geburt im Wege des Kaiserschnitts der Geburtsbeginn in der Öffnung des Uterus folgerichtig.

Doch auch die Gegenauffassung beansprucht für sich den

Wortlaut, um ihr Ergebnis zu begründen. Während der Begriff „Mensch“ aus § 212 Abs. 1 StGB wenig hilfreich ist, bieten die §§ 218 ff. StGB Anhaltspunkte.

Abgestellt auf das „Schwangersein“, etymologisch zurückzuführen auf das lat. Wort „Graviditas“, ist der Zustand des „Beschwertseins“ der Frau durch das Kind entscheidend.³⁰ Dieser liegt aber auch noch in der Geburt vor, unabhängig davon, ob sie natürlich oder im Wege des Kaiserschnitts stattfindet. Dem natürlichen Wortsinn nach erscheint es schwerlich denkbar, dass jemand eine sich in der Geburt befindliche Frau, deren Eröffnungswehen gerade eingesetzt haben, nicht mehr als „schwanger“ bezeichnen würde. Kehrseite dessen ist die logische Konsequenz, dass auch nach Beginn der Eröffnungswehen bzw. Öffnung des Uterus noch eine Schwangerschaft iSd. § 218 StGB vorliegt.

Auch der Wortlaut des § 219 Abs. 1 StGB, der das von § 218 Abs. 1 StGB geschützte Angriffsobjekt als „das Ungeborene“ bezeichnet, stützt diese Argumentation. Zum Zeitpunkt des Beginns der Geburtswehen davon zu sprechen, das soeben noch „Ungeborene“ sei nun – das ist die logische Schlussfolgerung – ein „Geborenes“, erscheint mit dem natürlichen Wortsinn unvereinbar. Zum Teil wird mit Blick auf die hM. daher ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG angemahnt.³¹

(2) Historische Auslegung

Historisch argumentieren die hL. und Rspr. mit dem ehemaligen Straftatbestand der Kindstötung (§ 217 StGB aF; nicht § 217 StGB aF: Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung). Dieser stellte die Tötung eines unehelichen Kindes in oder gleich nach der Geburt unter Strafe. Damit sei klar gewesen, dass es sich in diesen Situationen nicht mehr um ein Angriffsobjekt des § 218 StGB handeln könne, mithin eine Zäsur hin zum Menschen stattgefunden hat. Mit der Streichung dieser Vorschrift habe der Gesetzgeber an dieser Rechtslage nichts ändern wollen.³²

Dieser Argumentation wird entgegengehalten, dass es schon zweifelhaft ist, ob § 217 StGB aF tatsächlich die Zäsur hin zum Menschen auf den Zeitpunkt des Geburtsbeginns legte. Denn es ist auch denkbar, den dort verwendeten Begriff des Kindes als einen Mittelbegriff anzusehen. Kurzum: Es ist zwanglos möglich gewesen, in der Geburt noch keinen und erst nach der Geburt einen Menschen anzunehmen.³³ Der Begriff des Kindes ist nicht mit dem des Menschen gleichzusetzen, spricht man doch allgemein auch von den ungeborenen und geborenen Kindern.

Letztlich kommt es auf diese Überlegung aber gar nicht an. Aus der früheren Rechtslage und ihrer Auslegung kann sich für das geltende Recht nichts mehr ergeben.³⁴ Ein ausdrücklicher Wille des Gesetzgebers, den Statuswechsel mit Beginn der Geburt zu markieren, ist nicht dokumentiert.

(3) Systematische Auslegung

Systematisch bemüht die Mindermeinung einen Gleichlauf zur zivilrechtlichen Regelungslage, die dem Menschen seine Rechtsfähigkeit gem. § 1 BGB erst mit der Vollendung der Geburt zuspricht. Die hM. führt in der Phase zwischen Beginn der Eröffnungswehen und Vollendung der Geburt (§ 1 BGB) zum Begriff einer „(noch) nicht rechtsfähigen Person“. Der Gleichlauf zum

26 BGH NJW 2021, 645 (648).

27 Merkel, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 218 Rn. 40 f.; Neumann, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vor § 211 Rn. 10.

28 Hoven, medstra 2020, 65 (66); dies., MedR 2021, 103 ff.; Lorenz/Bade, ZfL 2020, 429 ff.; Lorenz, JR 2021, 440 ff.

29 BGH NJW 2021, 645 (647).

30 Herzberg, in: Geilen-Symposium (2003), S. 39 (47); Lorenz/Bade, ZfL 2020, 428 (443).

31 Herzberg, in: Geilen-Symposium (2003), S. 39 (48).

32 Schneider, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), Vor § 211 Rn. 7.

33 Zum Ganzen Lorenz/Bade, ZfL 2020, 429 (440 ff. mwN).

34 Lorenz/Bade, ZfL 2020, 429 (442 mwN).

Zivilrecht ist geboten, weil es gerade die Rechtsfähigkeit eines Menschen, d. h. dessen Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, ist, die ihn juristisch als Person und Mensch kennzeichnet. Das Zuteilwerden von Rechten und Pflichten in beschränktem Maße, wie es in den §§ 1912, 1923, 1963, 2043 BGB auch für Ungeborene vorgesehen ist, spricht nicht gegen diese Sichtweise, sondern steht in Übereinstimmung mit dem geminderten Strafrechtsschutz der §§ 218 ff. StGB.

Dem hält die hM. entgegen, dass ein Divergieren von strafrechtlicher und zivilrechtlicher Rechtslage aufgrund des unterschiedlichen Regelungszwecks von Zivil- und Strafrecht nicht relevant ist.

(4) Teleologische Auslegung

Mit Blick auf den Telos der Vorschriften der §§ 211 ff. StGB (aber auch der §§ 223 ff. StGB) und des § 218 StGB erkennen beide Ansichten die Phase der Geburt als besonders gefahrenträchtig an und folgern hieraus eine erhöhte strafrechtliche Schutzbedürftigkeit. Die hM. leitet daraus ab, dass dem werdenden Kind der höhere Schutz der §§ 211 ff. StGB (und der §§ 223 ff. StGB) gerade auch vor fahrlässigen Handlungen bei geburtshilflichen Eingriffen durch eine extensivere Auslegung zu gewähren ist.³⁵ Die Gegenauffassung sieht hierin jedoch nur ein kriminalpolitisches Anliegen, das für die Auslegung des geltenden Rechts keine entscheidende Rolle spielen kann. Denn ob dieses sinnvolle Anliegen bereits durch die geltende Rechtslage erreicht wird, muss vor allem durch die klassischen Auslegungsmethoden und nicht anhand kriminalpolitischer Aspekte ermittelt werden. Anderenfalls setzt man sich dem Verdacht der Zirkelschlüssigkeit aus.³⁶ Es würde unter Berufung auf den Telos als tatbestandlich geschützt ausgewiesen, was als schutzwürdig erscheint. Damit verliert man die Ergebnisse der anderen Auslegungsmethoden aus dem Blick.

(5) Rechtspraktische Einwände

Neben den klassischen Methoden der Gesetzesauslegung können auch rechtpraktische Einwände erhoben werden. Hier kann gegen die hM. eingewandt werden, dass die Geburt kein zwingend kontinuierlicher Prozess ist. Das zeigt etwa die Tokolyse, also die medikamentöse Hemmung von Wehen.

Wenn die Eröffnungswehen gehemmt werden, müsste die hM. den Statuswechsel zum Menschen entweder revidieren oder behaupten, wer nun den Tod des Kindes verursache, würde einen Menschen töten und keine Schwangerschaft abbrechen. Angesichts der nach der Wehenhemmung mitunter noch tage- oder wochenlang fortdauernden Schwangerschaft wäre letzteres offensichtlich wortlautwidrig. Ersteres, also das Revidieren des Statuswechsels zum Menschen, ist dem Einwand ausgesetzt, dass in unserer Rechtsordnung allein der Tod, verstanden als irreversibler Hirntod, das Ende des Menschseins iSd. StGB markiert.³⁷

Diesen Einwänden entgeht man auch nicht, wenn man die Definition der hM. dahingehend abwandelt, die Wehen müssten im weiteren Verlauf zur Ausstoßung des Kindes führen. Denn es muss bereits im Zeitpunkt des Eintretens der Wehen feststehen, ob sich der Statuswechsel vollzogen hat oder nicht. Späte-

re Ereignisse, wie etwa die Entscheidung zur Tokolyse, müssen dabei unberücksichtigt bleiben. Anderenfalls würde man eine, im Strafrecht auch sonst unzulässige, Rückwirkungsfiktion betreiben.³⁸

Diese Überlegungen lassen sich auf die Geburt im Wege des Kaiserschnitts übertragen. Auch dieser leitet nicht zwingend die Geburt ein. Darauf hat der BGH in seiner Entscheidung zum Zwillingsfall aufmerksam gemacht.³⁹ Deshalb verlangt er in subjektiver Hinsicht, dass die Gebärmutter zu dem Zweck eröffnet wird, den Fetus dauerhaft vom Mutterleib zu trennen und damit die Schwangerschaft zu beenden (s.o.). Allerdings bleibt es auch unter dieser Voraussetzung möglich, dass die anfängliche Intention zur dauerhaften Trennung vom Mutterleib aufgegeben und das Kind zur weiteren Entwicklung im Mutterleib belassen wird.⁴⁰ Dann bestünde wiederum die geschilderte Problemlage: Sowohl die Beibehaltung des gewechselten Status als auch die Umkehr sind nicht überzeugend.

Schließlich kann auch der Lebensnotstand in der Geburt auf Grundlage der hM. nicht befriedigend gelöst werden. Wenn die Geburt aufgrund der physiologischen Gegebenheiten unmöglich ist (z. B. Wasserköpfigkeit des Kindes) und daher eine Lebensgefahr für Kind und Mutter besteht (in moderner Zeit kaum mehr vorstellbar), wurde diese Situation früher im Wege der Perforation, d.h. durch die Tötung des Kindes aufgelöst. Diese in der Rechtswissenschaft (und wohl auch insgesamt) konsentiertere Entscheidung zu Gunsten der Mutter ist unter der Prämisse, bei dem Kind handele es sich ebenso um einen Menschen iSd. StGB wie bei der Mutter, nicht haltbar (keine Rechtfertigung möglich; Konflikt: Leben gegen Leben). Wenn man dem Kind demgegenüber nur den Schutz der §§ 218 ff. StGB zukommen lässt, ist eine Rechtfertigung der Tötung über § 218a Abs. 2 StGB möglich.

Im Ganzen können daher die Argumente der Gegenauffassung überzeugen.

dd) Zwischenergebnis

Der Zwilling ist somit kein Mensch iSd. § 212 Abs. 1 StGB gewesen.

Hinweis

Selbstverständlich kann ebenso der hM. gefolgt werden und dem Zwilling der Status eines Menschen iSd. § 212 Abs. 1 StGB zugewiesen werden. Dann gelangt man zur Strafbarkeit der B. Der Rechtfertigungsgrund des § 218a Abs. 2 StGB greift dann nicht und eine analoge Anwendung ist abzulehnen.⁴¹ Eine Rechtfertigung über § 34 StGB scheitert an der Interessenabwägung (Leben gegen Leben). Schließlich gelangt man auch über einen Defensivnotstand (§ 228 BGB analog) nicht zur Rechtfertigung der B, da sich hierfür die Mutter selbst in Lebensgefahr oder zumindest der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung befunden haben müsste. Ohnehin scheint zweifelhaft, ob man den Zwilling iSe Defensivnotstands als für die Gefahr zuständig betrachten kann. Allerdings ist die Annahme eines minder schweren Falles nach § 213 StGB denkbar.⁴²

35 Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), Vor §§ 211 ff., Rn. 13 mwN.

36 Herzberg, in: Geilen-Symposium, 2003, S. 39 (58); Lorenz/Bade, ZfL 2020, 429 (436).

37 Vgl. Lorenz/Bade, ZfL 2020, 429 (449 mwN); zum Hirntod als Lebensende, Wessels/Beulke/Engländer, AT, Rn. 21. Wessels/Hettinger/Engländer, BT-1, 45. Aufl. (2021), Rn. 21. oder Wessels/Beulke/Satzger, AT, 51. Aufl. (2021), Rn. 21.

38 Herzberg, in: Geilen-Symposium, 2003, S. 39 (56); Lorenz, JR 2021, 340 (342 Fn. 28).

39 BGH NJW 2021, 645 (648).

40 Näher dazu, auch aus medizinischer Sicht, Lorenz, JR 2021, 340 (342).

41 Dazu BGH NJW 2021, 645 (649), zust. Jäger, JA 2021, 342 (344).

42 Einen solchen hat das Berliner Landgericht in seinem Urteil angenommen, s. LG Berlin, MedR 2020, 844 (846) mit u.a. in diesem Punkt krit. Anmerkung Duttge.

b) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB ist nicht verwirklicht.

II. Ergebnis

B hat sich keines Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

C) Strafbarkeit der B gem. § 218 Abs. 1 StGB durch Verabreichung der Kaliumchlorid-Injektion

Durch Verabreichung der Kaliumchlorid-Injektion könnte sich B jedoch eines Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB schuldig gemacht haben.

I. Tatbestand

Die Schwangerschaft der A war nicht beendet (s.o.). Durch die Verabreichung der Injektion ist der geschädigte Zwilling als Leibesfrucht abgestorben, sodass die Schwangerschaft abgebrochen wurde.⁴³

II. Rechtswidrigkeit

B handelte unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 StGB (s. Bearbeitervermerk),⁴⁴ sodass die Verabreichung der Kaliumchlorid-Injektion nicht rechtswidrig war.

III. Ergebnis

B hat sich keines Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

D) Gesamtergebnis

Im Ergebnis ist die B straflos.

► Inhaltsverzeichnis

⁴³ Vgl. hierzu *Joecks/Jäger*, *StuKo-StGB*, 13. Aufl. (2021), § 218 Rn. 2 ff.; *Kröger*, in: *LK-StGB*, 12. Aufl. (2019), § 218 Rn. 6.

⁴⁴ vertiefend dazu *Gropp/Wörner*, in: *MüKo-StGB*, § 218a, 4. Aufl. (2021), Rn. 41 ff.



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



Hohe Spezialisierung, direkte Mandatsarbeit, persönlicher Partnerkontakt und ein kollegiales Arbeitsumfeld gehören für uns ebenso zu Ihrem neuen Job in unserer Wirtschaftskanzlei wie die richtige Balance zwischen Arbeit und Privatleben. Wir suchen für unsere Teams in Stuttgart und Frankfurt am Main

Rechtsanwälte (m/w/d)

Referendare (m/w/d)

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d)

Bewerben Sie sich jetzt. Sie haben vorab Fragen?

Wir stehen Ihnen gerne persönlich zur Verfügung:

Sibylle Günther | +49 711 16445-307 | karriere@brp.de | www.brp.de/karriere



BRP Renaud und Partner mbB · Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater · Stuttgart Frankfurt · www.brp.de

*Mit unserem BRP-Kultur-Abo erhalten Sie freien Eintritt zu ausgewählten Kultur- und Konzertveranstaltungen.

Rechtsprechung - Zivilrecht

Bundesgerichtshof

Eltern haften für Verletzungen ihrer Kinder

Urteil vom 19. Januar 2021, Az.: VI ZR 210/18

1. Bei einer Aufsichtspflichtverletzung der Eltern kann sich ein Anspruch des Kindes gegen diese aus § 1664 Abs. 1 BGB ergeben. Daneben kann eine Körperverletzung iSd. § 823 Abs. 1 BGB auch durch Verletzung einer (familienrechtlich begründeten) Obhutspflicht begangen werden.

2. Der Umfang der gebotenen Aufsicht über Minderjährige bestimmt sich nach deren Alter, Eigenart und Charakter, wobei sich die Grenze der erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen danach richtet, was verständige Eltern nach vernünftigen Anforderungen in der konkreten Situation tun müssen, um Schädigungen zu verhindern.

(Amtliche Leitsätze)

A) Sachverhalt (vereinfacht)

S veranstaltete auf seinem Gelände ein Reitturnier, das ohne Zugangsbeschränkung und Eintrittsgeld von Zuschauern besucht werden konnte. Für das Abstellen von Pferdetransportern stellte er den Turnierteilnehmern verschiedene Wiesen zur Verfügung. Auf der Wiese parkte auch K (Klägerin) ihr Fahrzeug mit einem Pferdeanhänger weisungsgemäß. Nachdem die Wettkämpfe bestritten wurden, sicherte K ihr Pferd wieder in dem Pferdeanhänger.

Die Rampe am Heck des Pferdeanhängers und Luken im seitlichen Frontbereich waren wegen der hohen Lufttemperatur geöffnet. Danach verließ K das Pferd und den Pferdeanhänger.

Die B besuchten mit ihrem drei Jahre alten Kind Z das Turnier. Dort hielten sie sich im Bereich zwischen dem Springplatz und der Reithalle auf. Z begab sich unbemerkt zu dem Pferdeanhänger der K. Z stieg in den Pferdeanhänger, wo er von einem Huf des Pferdes der K am Kopf getroffen wurde. Z erleidet dadurch eine schwere Kopfverletzung.

K begehrt von B Freistellung von Schadensersatzansprüchen des Z im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs.

B) Die Entscheidung des Senates

Der (Freistellungs-)Anspruch der K gegen B könnte sich aus § 426 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben. Der Anspruch liegt vor, wenn K und B für die Forderungen des Z als Gesamtschuldner haften.

I. Gesamtschuld aus § 840 Abs. 1 BGB

Zwischen K und B könnte die Gesamtschuld aus § 840 Abs. 1 BGB einschlägig sein. Dies ist der Fall, wenn sie für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden nebeneinander verantwortlich sind. Nebeneinander verantwortlich sind u.a. mehrere nicht miteinander in Verbindung stehende Personen, die durch selbständige Einzelhandlungen denselben Schaden verursacht haben (sog. Nebentäter).¹

K und B könnten somit gegenüber Z gemäß § 840 Abs. 1 BGB

als Gesamtschuldner haften, wenn sie die Verletzung des Z durch selbständige Einzelhandlungen verursacht haben.

1. Haftung der B gegenüber Z aus § 823 Abs. 1 BGB

Z könnte einen Schadensersatzanspruch gegen seine Eltern aus § 823 Abs. 1 BGB haben.

a) haftungsbegründender Tatbestand (§ 823 Abs. 1 BGB)

Dazu müssten die Voraussetzungen des haftungsbegründenden Tatbestands gegeben sein.

aa) Rechtsgutsverletzung

Z hat eine Kopf- und somit eine Körper- und Gesundheitsverletzung erlitten. Somit liegt eine Rechtsgutsverletzung iSd. § 823 Abs. 1 BGB vor.

bb) kausale Verletzungshandlung

Dazu muss eine kausale Verletzungshandlung der B gegeben sein. B hat es unterlassen sicherzustellen, dass sich ihr dreijähriges Kind nicht von ihnen entfernt. Dieses Unterlassen stellt eine Verletzungshandlung gemäß § 823 Abs. 1 BGB dar, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestand. Die Pflicht zum Handeln ergibt sich aus §§ 1626, 1631 BGB. Hiernach sind die Eltern zur Aufsicht des Kindes verpflichtet.

Der BGH führt hierzu Folgendes aus:

„Der Umfang der gebotenen Aufsicht über Minderjährige bestimmt sich nach deren Alter, Eigenart und Charakter [...]. Das Maß der geschuldeten Aufsicht erhöht sich mit der Gefahrträchtigkeit der konkreten Situation [...]. Kleinkinder bedürfen ständiger Aufsicht, damit sie sich nicht in Gefahren in ihrer Umgebung aussetzen, die sie aufgrund ihrer Unerfahrenheit und Unbesonnenheit noch nicht erkennen und beherrschen können. [...] Aufgrund der Möglichkeit, dass ein unbeaufsichtigtes Kind unvermittelt in Kontakt mit Pferden habe kommen können, sei es vorzusehen gewesen, dass bei einem Entweichen von Kindern erhebliche Gefahren drohen könnten. Daher seien die Beklagten verpflichtet gewesen, ihr Kind unmittelbar bei sich zu behalten und auch ein Entfernen um wenige Meter nicht zuzulassen.“

Die Aufsichtspflicht gegenüber Z wurde verletzt, sodass das Unterlassen eine Verletzungshandlung iSd § 823 Abs. 1 BGB darstellt. Außerdem liegt die haftungsbegründende Kausalität vor.

cc) Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit ist indiziert. Rechtfertigungsgründe sind nicht gegeben.

dd) Verschulden

B müsste schuldhaft gehandelt haben, § 276 BGB.

(1) Vorsatz und Fahrlässigkeit

Indem B das dreijährige Kind nicht ordnungsgemäß beaufsich-

¹ Sprau, in: Grüneberg BGB, 81. Auflage (2022), § 840 Rn. 2

tigt haben, wurde die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, § 276 BGB.

(2) Haftungsprivileg, § 1664 BGB

Dennoch könnte das Haftungsprivileg aus § 1664 BGB vorliegen, wonach die Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge dem Kind gegenüber nur für die Sorgfalt einzustehen haben, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen.

Der BGH führt Folgendes dazu aus:

„[...] Wenn sich Eltern auf den Maßstab der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten berufen, trifft sie die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sie in eigenen Angelegenheiten eine geringere als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden pflegen. [...] Das Berufungsgericht hat insoweit [...] ausgeführt, die Beklagten hätten nicht den Beweis führen können, dass sie in diesen Angelegenheiten im Allgemeinen, aber auch bezüglich solcher Gefahren, die ihrem Kind in anderen Situationen drohten, sorgloser umgingen, als dies objektiv geboten sein.“

Die B haben nicht dargelegt, dass sie in eigenen Angelegenheiten einen geringeren Sorgfaltsmaßstab walten lassen, sodass § 1664 BGB nicht einschlägt.

Das Verschulden der B ist gegeben § 276 BGB.

b) Rechtsfolge (§ 823 Abs. 1. BGB)

B müssen dem Z den entstehenden Schaden gemäß §§ 249 ff. BGB ersetzen. Z hat einen Schadensersatzanspruch gegen B aus § 823 Abs. 1 BGB.

2. Haftung der B gegenüber Z aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 229 StGB

B haften auch dem Z gegenüber aus § 823 Abs. 2 iVm. § 229 StGB.

3. Haftung der B gegenüber Z aus § 1664 BGB

Außerdem könnte Z von B einen Schadensersatzanspruch aus § 1664 BGB haben.

a) Doppelfunktion des § 1664 BGB

Diese Norm stellt neben der Haftungserleichterung auch eine eigene selbständige Anspruchsgrundlage dar.

Der BGH führt Folgendes dazu aus:

„§ 1664 Abs. 1 BGB enthält eine Anspruchsgrundlage für Ersatzansprüche des Kindes gegen seine Eltern für den Fall einer Pflichtverletzung in Ausübung der elterlichen Sorge. [...] Die Pflicht der Eltern, für das minderjährige Kind zu sorgen (§ 1626 Abs. 1 S. 1 BGB), umfasst die Sorge für die Person des Kindes (§ 1626 Abs. 1 S. 2 BGB) und insbesondere die Pflicht, das Kind zu beaufsichtigen (§ 1631 Abs. 1 BGB). Daher kann sich bei einer Aufsichtspflichtverletzung der Eltern ein Anspruch des Kindes gegen diese aus § 1664 Abs. 1 BGB ergeben.“

b) Pflichtverletzung

Die B haben nicht dargelegt, dass sie in eigenen Angelegenheiten einen geringeren Sorgfaltsmaßstab anwenden, sodass eine schuldhaftige Pflichtverletzung gegeben ist (s.o.).

c) Rechtsfolge des § 1664 BGB

B müssen dem Z den entstehenden Schaden gemäß §§ 249 ff. BGB ersetzen. Z hat einen Schadensersatzanspruch gegen B aus

§ 1664 BGB.

4. Haftung der K gegenüber Z aus § 833 S. 1 BGB

Z könnte einen Schadensersatzanspruch gegen K aus § 833 S. 1 BGB haben.

a) Tatbestand des § 833 S. 1 BGB

Z hat eine Körper- und Gesundheitsverletzung erlitten, die durch ein Tier verursacht wurde (s.o.).

Außerdem müsste sich die spezifische Tiergefahr realisiert haben. Mit dem Ausschlagen des Pferdes hat sich die Unberechenbarkeit tierischen Verhaltens und folglich die spezifische Tiergefahr realisiert.

K ist auch Halterin des Pferdes.

Das Pferd ist ein Haustier und ist nicht dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt der Tierhalterin zu dienen bestimmt. Somit liegt ein Luxustier vor, sodass kein Verschulden der Tierhalterin erforderlich ist.

b) Rechtsfolge

K muss folglich dem Z den Schaden, der durch die Kopfverletzung entstanden ist, gemäß §§ 249 ff. BGB ersetzen.

Fraglich ist, ob ein Mitverschuldens nach § 254 BGB vorliegt und der Anspruch zu kürzen sein könnte.

aa) Mitverschulden des Z

Ein Mitverschulden des Z kommt nicht in Betracht, da die Deliktsfähigkeit des dreijährigen Z nicht gegeben ist, §§ 827, 828 BGB.

bb) Zurechnung des Mitverschuldens der B

Der Anspruch könnte durch ein Mitverschulden der Eltern des Z zu kürzen sein, § 254 Abs. 2 S. 2 iVm. § 278 BGB. B sind nach §§ 1626, 1629 BGB gesetzliche Vertreter des Z, sodass deren Mitverschulden dem Kind zugerechnet werden könnte.

Nach herrschender Meinung ist § 254 Abs. 2 S. 2 BGB ein Rechtsgrundverweis auf die § 278 BGB, § 831 BGB (und § 31 BGB) und liest sich als dritter Absatz des § 254 BGB. Eine Zurechnung kann danach nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen dieser Normen erfüllt sind.

Zwischen K und Z bestand zum Zeitpunkt des Schadensereignisses kein Schuldverhältnis, sodass eine Zurechnung über § 254 Abs. 2 S. 2 iVm. § 278 BGB ausscheidet.

Auch sind die Eltern des Z keine Verrichtungsgehilfen des eigenen Kindes, sodass hiernach auch eine Zurechnung nicht möglich ist.

Z hat einen (ungekürzten) Schadensersatzanspruch gegen K aus § 833 S. 1 BGB.

5. Haftung der K gegenüber Z aus § 823 Abs. 1 BGB

Z könnte einen Schadensersatzanspruch gegen K aus § 823 Abs. 1 BGB haben.

a) haftungsbegründender Tatbestand (§ 823 Abs. 1 BGB)

Dazu müssten die Voraussetzungen gegeben sein.

aa) Rechtsgutsverletzung

Eine Rechtsgutsverletzung ist gegeben (s.o.).

bb) kausale Verletzungshandlung (Verkehrssicherungspflicht)

Dazu muss eine kausale Verletzungshandlung der K gegeben sein. K hat es unterlassen, den Pferdeanhänger abzusichern. Dadurch hat K in ihrem Verantwortungsbereich eine Gefahrenlage geschaffen. Neugierige Personen könnten nämlich den geöffneten Pferdeanhänger betreten und von dem Pferd verletzt werden. Gegenüber Kindern besteht die Verkehrssicherungspflicht auch, wenn sie unbefugt mit der Gefahr in Kontakt geraten, weil sie aufgrund ihrer Unerfahrenheit nicht in der Lage sind, die Gefährlichkeit der Situation zu erkennen.² Somit bestand eine Verkehrssicherungspflicht des K.

Diese müsste auch K verletzt haben.

Dazu führt der BGH Folgendes aus:

„[...] Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren. Zu berücksichtigen ist, dass nicht jeder abstrakten Gefahr vorbeugend begegnet werden kann. [...] Daher reicht es anerkanntermaßen aus, diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betroffenen Verkehrskreise für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren und die den Umständen nach zuzumuten sind. [...] Allerdings darf sich der Verkehrssicherungspflichtige in gewissem Umfang darauf verlassen, dass die für ein Kind Verantwortlichen ein Mindestmaß an sorgfältiger Beaufsichtigung wahrnehmen. [...] Werden Gefahren für Kinder durch die gebotene Beaufsichtigung von dritter Seite gewissermaßen neutralisiert, so reduzieren sich entsprechend auch die Sicherheitserwartungen an den Verkehrssicherungspflichtigen, der auf eine solche Beaufsichtigung vertrauen darf. [...] Es sind keine Umstände und kein Vortrag festgestellt, wonach der Klägerin [...] bekannt gewesen wäre oder hätte bekannt sein müssen, dass (Klein-)Kinder sich unbefugt und ohne gehörige Aufsicht in den Bereich der von Turnierteilnehmern abgestellten Pferdetransporter sowie -anhänger begaben und diese sogar betreten.“

Folglich hat K keine Verkehrssicherungspflicht verletzt und es liegt keine kausale Verletzungshandlung iSd. § 823 Abs. 1 BGB vor.

Z hat nur einen Schadensersatzanspruch gegen die K aus § 833 S. 1 BGB.

K und B haften gegenüber Z gemäß § 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner, da sie die Verletzung des Z durch selbständige Einzelhandlungen verursacht haben.

II. Rechtsfolge des § 426 Abs. 1 S. 1 BGB

Als Rechtsfolge umfasst § 426 Abs. 1 S. 1 BGB einen anteiligen Anspruch auf Ausgleich im Innenverhältnis der Gesamtschuldner vor, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

Gemäß § 840 Abs. 3 BGB ist ein Dritter neben demjenigen, welcher nach den § 833 bis 838 BGB zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, für den Schaden in ihrem Verhältnis zueinander al-

lein verpflichtet, wenn der Dritte für den Schaden verantwortlich ist.

B haften aus § 823 Abs. 1 BGB und K haftet aus § 833 S. 1 BGB. Aus diesem Grund kann K von den B gemäß § 426 Abs. 1 S. 1 BGB eine 100 %-ige Freistellung von den Schadensersatzansprüchen des Z verlangen.

Abschließende Hinweise Studierende

1. Die Entscheidung des BGH weist eine sehr hohe Examensrelevanz auf.
2. Studierende und Rechtsreferendare sollten sich insbesondere den § 840 Abs. 3 BGB nochmals in Erinnerung rufen. Dieser führt - aufgrund des Wertungsgefälles - dazu, dass derjenige, der aus Verschulden haftet, im Verhältnis zu demjenigen, der aus Gefährdung haftet, in ihrem Verhältnis zueinander allein für den Ersatz des Schadens verpflichtet ist.
3. Außerdem muss beachtet werden, dass der Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB schon mit der Begründung der Gesamtschuld entsteht und nicht erst die Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist. Dies ist insbesondere für die Verjährung des Anspruchs relevant.



Stjepan Sirovina | Rechtsreferendar im Bezirk des OLG Stuttgart. Er befindet sich zur Zeit in der Wahlstation bei der Anwaltsboutique HFK Rechtsanwälte Heiermann Franke Knipp und Partner mbB.

E-Mail-Kontakt: ▶ sir.ovina1994@gmail.com

► Inhaltsverzeichnis

² Sprau, in: Grüneberg BGB, 81. Auflage (2022), § 823 Rn. 47

Rechtsprechung - Strafrecht

Bundesgerichtshof

Vollendungszeitpunkt beim Raub

Urteil vom 04. Mai 2022, Az.: 6 StR 628/21

Der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams und damit die Vollendung der Wegnahmehandlung setzt nicht voraus, dass der (neue) Gewahrsam des Täters bereits endgültig gesichert ist.

(Leitsatz des Bearbeiters)

A) Sachverhalt

A und B wurden von einem unbekannt gebliebenen Dritten darauf aufmerksam gemacht, dass O in seiner Wohnung einen Rucksack mit erheblichen Mengen an Bargeld und Betäubungsmitteln aufbewahre. Sie kamen mit dem Unbekannten überein, den Rucksack für diesen aus der Wohnung zu holen, wobei ihnen klar war, dass O den Rucksack nicht einfach so herausgeben würde. Daher sollte O mit Schlägen gefügig gemacht werden. A und B versprachen sich für ihren Dienst eine Belohnung von der unbekannt gebliebenen Person. Während der Unbekannte im Auto vor dem Wohnhaus des O – einem Mehrfamilienhaus – wartete, begaben sich A und B zur Wohnung des O. A trug Handschuhe, die auf der Oberseite mit Quarzsandeinlagen verstärkt waren, um die Wucht der Schläge zu verstärken. B hatte ein Bündel Kabelbinder eingesteckt, um O gegebenenfalls zu fesseln. Auf das Klingeln an der Wohnungstür öffnete O und wurde von A umgehend mit zwei heftigen Faustschlägen ins Gesicht attackiert. Als O begann, lauthals um Hilfe zu schreien, hielt B ihm den Mund zu und brachte ihn im Verlauf einer Rangelei zu Boden. A hatte unterdessen in der Küche einen Rucksack mit 2.218,50 Euro, 22 MDMA-Tabletten und 57,7 Gramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 10 Gramm THC gefunden und an sich genommen. Durch die Geräusche aus der Wohnung des O alarmiert, waren inzwischen die in der Wohnung unterhalb des O lebenden S, die Schwester des O, und F, deren Freund, zur Wohnungstür des O geeilt, die aber wieder verschlossen war. Daraufhin kletterte F auf den Balkon der Wohnung des O, um diesem zu Hilfe zu kommen. O gelang es denn auch, sich für einen Moment loszureißen und die Balkontüre zu öffnen, sodass F in die Wohnung gelangen konnte. A ergriff daraufhin mit dem Rucksack die Flucht, rannte aus der Wohnungstür und durch das Treppenhaus zur Eingangstür des Mehrfamilienhauses, die indes zwischenzeitlich von der M, der ebenfalls im Hause lebenden Mutter des O, verschlossen worden war. Dort wurde A kurze Zeit später von F bis zum Eintreffen der Polizei fixiert. B konnte bereits in der Wohnung überwältigt werden.¹

B) Gang des Verfahrens

Das Landgericht verurteilte A und B wegen *versuchten* besonders schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung. Die Staatsanwaltschaft beanstandete daraufhin mit der Sachrüge die unterbliebene Verurteilung wegen *vollendeten* besonders schweren Raubes, woraufhin der Senat den Schuldspruch entsprechend änderte.

C) Die Entscheidung des Senats

I. Strafbarkeit von A und B wegen besonders schweren Raubes

A und B könnten sich durch die gegenüber O geführten Schläge, dessen Zu-Boden-Ringen sowie die Ansichnahme des Rucksacks aus der Wohnung des O wegen besonders schweren Raubes in Mittäterschaft gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 a) Var. 2, b), Abs. 2 Nr. 1 Var. 2, 25 Abs. 2 strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Grundtatbestand, § 249 Abs. 1

(1) Nötigungskomponente

Sowohl in den von A verübten Schlägen (mit den Quarzhandschuhen) als auch in dem Zu-Boden-Ringen des O durch B liegt eine – von eigener Kraftaufwendung getragene – physische Zwangswirkung und damit Gewalt iSd. § 249 Abs. 1.

(2) Diebstahlskomponente

Zur Annahme eines vollendeten Raubes müssten A und B zudem eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Voraussetzung vollendeter Wegnahme ist, dass

„fremder Gewahrsam gebrochen und neuer Gewahrsam begründet ist“.

Konkretisierend hält der Senat fest:

„Das ist der Fall, wenn der Täter die tatsächliche Sachherrschaft derart erlangt, dass er sie ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser über die Sache nicht mehr verfügen kann, ohne seinerseits die Verfügungsgewalt des Täters zu brechen. Maßgeblich sind insoweit die Anschauungen des täglichen Lebens.“

Weiter betont der Senat, dass bei leicht beweglichen Sachen schon das bloße Wegtragen eine vollendete Wegnahme zu begründen vermag, ohne dass dieses Wegtragen vom „Erfolg“ der endgültigen Sicherung des (Täter-)Gewahrsams gekrönt sein muss:

„Danach genügt bei leicht beweglichen Sachen regelmäßig schon ein Ergreifen und Festhalten bzw. das offene Wegtragen als Wegnahmehandlung. Hat der Täter einen solchen Gegenstand an sich gebracht, erlangt er jedenfalls dann die ausschließliche Sachherrschaft darüber, wenn er den umschlossenen Herrschaftsbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers verlassen hat. Die Beobachtung des Tathergangs bzw. alsbaldige Entdeckung des Täters und seine Festnahme stehen der Tatvollendung nicht entgegen. Dadurch wird lediglich die Rückgabe der Sache an den bisherigen Gewahrsamsinhaber ermöglicht; bereits gesicherter Gewahrsam des Täters ist für die Vollendung der Wegnahme nicht erforderlich [...]“.

¹ Die Darstellung beschränkt sich auf die Strafbarkeit von A und B nach dem StGB.

Die in den vorstehenden Ausführungen abstrakt umrissenen Anforderungen an die – zur Tatbestandverwirklichung ausreichende (!) – *Vollendung* der Wegnahme legt der Senat sodann an den konkreten Fall an und subsumiert wie folgt:

„Danach hatten die als Mittäter handelnden Angeklagten den Gewahrsam des Geschädigten H. an [dem Rucksack] sowie den darin befindlichen Betäubungsmitteln und dem Bargeld spätestens zu dem Zeitpunkt gebrochen und neuen Gewahrsam begründet, als der Angeklagte G. die Wohnung H. verlassen hatte und zur Hauseingangstür hintergelaufen war. Dass die Angeklagten auf frischer Tat betroffen wurden und G. das Haus wegen der verschlossenen Haustür nicht verlassen konnte, hinderte nicht die Vollendung der Tat, sondern lediglich deren Beendigung durch die Sicherung der Beute.“

Hinweis

Mit Blick auf die Tatobjekte könnte in einer Klausur kurz thematisiert werden, inwieweit vom Opfer illegal besessene Betäubungsmittel tauglicher Gegenstand der Eigentumsdelikte (namentlich der §§ 242, 249) sind. Betäubungsmittel können eingedenk des § 134 BGB (iVm. den Verbotsnormen des BtMG) zwar nicht rechtsgeschäftlich zu Eigentum erworben werden, sind aber jedenfalls originär eigentumsfähig (vgl. insbesondere §§ 950, 953 BGB). Gleichwohl ist die Freiheit, mit dem Eigentum nach Belieben zu verfahren, bei Betäubungsmitteln durch die zahlreichen Verbotsnormen des BtMG (vgl. §§ 29 ff. BtMG) derart reduziert, dass das Eigentum als inhaltlich entleert betrachtet und – anknüpfend daran – eine teleologische Reduktion der Eigentumsdelikte erwogen werden kann.² Rspr. und h.L. erteilen einer solchen Sichtweise freilich eine Absage und knüpfen rein an das formale Bestehen der Eigentumsposition (jedenfalls beim Hersteller der Betäubungsmittel) an.³ Der Senat thematisiert die Tauglichkeit der Betäubungsmittel als Tatobjekte des § 249 vorliegend mit keinem Wort.

In einer Klausur wären zudem die Voraussetzungen der Mittäterschaft nach Maßgabe des § 25 Abs. 2 etwas ausführlicher anzusprechen, als es der Senat tut (vgl. den Passus „die als Mittäter handelnden Angeklagten“). Dass hier iE. eine gemeinschaftliche Tatbegehung, getragen von einem gemeinsamen Tatplan, vorliegt, steht außer Zweifel.

(3) Zusammenhang zwischen Nötigungskomponente und Wegnahme

A und B wendeten die Gewalt auch zum Zwecke der Wegnahme an (sog. Finalzusammenhang). Soweit ein – davon unabhängiger und objektiv zu bestimmender – zeitlicher und örtlicher Zusammenhang gefordert wird⁴, ist dieser vorliegend gleichfalls gegeben.

bb) Qualifikationsnormen

(1) § 250 Abs. 1

Bei den von A getragenen Quarzhandschuhen könnte es sich um ein gefährliches Werkzeug iSd. § 250 Abs. 1 Nr. 1 a) Var. 2 handeln. Dieses müsste A *beisichgeführt* haben. Der Werkzeugbegriff iRd. §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a) Var. 2, 250 Abs. 1 Nr. 1 a) Var. 2 ist

höchst umstritten, nachdem die – vom Gesetzgeber ursprünglich so beabsichtigte – Orientierung an § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 eingedenk der dort vorausgesetzten *Verwendung* des Werkzeugs fehlerhaft. In der Folge haben sich bezüglich der §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a) Var. 2, 250 Abs. 1 Nr. 1 a) Var. 2 verschiedene Ansichten herausgebildet.⁵ Nach der abstrakt-objektiven Betrachtungsweise kommt es (nur) darauf an, ob der Gegenstand im Falle seines Einsatzes gegen Personen geeignet ist, nicht nur unerhebliche Verletzungen herbeizuführen. Nach der situationsbezogenen abstrakt-objektiven Betrachtungsweise ist der Gesichtspunkt der objektiven Gefährlichkeit um die Frage zu ergänzen, ob das Beisichführen des Gegenstandes in der Tatsituation – vom Standpunkt eines objektiven Beobachters – einzig den Zweck haben kann, im Bedarfsfalle zu Verletzungszwecken eingesetzt zu werden. Die konkret-subjektive Betrachtungsweise verlangt demgegenüber einen Verwendungsvorbehalt dergestalt, dass der Täter den Gegenstand im Bedarfsfall so einsetzen möchte, dass er nach Beschaffenheit und konkreter Verwendung geeignet ist, nicht nur unerhebliche Verletzungen hervorzurufen.

Der Senat geht auf den Werkzeug-Begriff iRd. § 250 nicht ein, sondern setzt schlicht voraus, dass es sich bei den Quarzhandschuhen um ein gefährliches Werkzeug handelt.⁶ Letztlich gelangt man vorliegend nach sämtlichen Auffassungen zu dem Ergebnis, dass die Quarzhandschuhe gefährliches Werkzeug iSd. Norm sind.

Bei den von B mitgeführten Kabelbindern handelt es sich überdies um ein sonstiges Werkzeug oder Mittel iSd. § 250 Abs. 1 Nr. 1 b).⁷

(2) § 250 Abs. 2

Indem A den O mit den Quarzhandschuhen schlug, hat er auch ein gefährliches Werkzeug iSd. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 verwendet.

b) Subjektiver Tatbestand

A und B handelten vorsätzlich sowohl hinsichtlich des Grundtatbestandes als auch hinsichtlich sämtlicher qualifizierender Umstände. Zudem handelten sie – mit Blick auf den unbekannt gebliebenen „Auftraggeber“ – mindestens mit Drittzueignungsabsicht.⁸

c) Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung und entsprechender Vorsatz

Die Zueignung war objektiv rechtswidrig. Anhaltspunkte für einen diesbezüglich fehlenden Vorsatz von A und/oder B sind nicht ersichtlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe (iwS.) sind nicht ersichtlich.

3. Ergebnis

A und B haben sich durch die gegenüber O geführten Schläge, dessen Zu-Boden-Ringen sowie die Ansichnahme des Rucksacks aus der Wohnung des O wegen besonders schweren Raubes in Mittäterschaft gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 a) Var. 2, b),

² Schmitz, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 242 Rn. 17 f.; umfassend zur Fragestellung Bechtel, JR 2017, 197 ff.

³ BGH NStZ-RR 2018, 15; Eisele, BT II, 6. Aufl. (2021), Rn. 24; Schmidt, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 242 Rn. 8; Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 242 Rn. 19.

⁴ Dazu Rengier, BT I, 24. Aufl. (2022), § 7 Rn. 29.

⁵ Im Überblick Ibid., § 4 Rn. 19 ff.

⁶ Vgl. auch BGH, Beschl. v. 18.09.2013 – 5 StR 403/13.

⁷ Vgl. auch Sander, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 250 Rn. 40 (mwN.).

⁸ Zur Abgrenzung von Selbst- und Drittzueignung in Fällen, in denen der Täter im Auftrag eines Dritten tätig wird und sich davon einen – mittelbaren – wirtschaftlichen Nutzen verspricht, vgl. Rengier, BT I, 24. Aufl. (2022), § 2 Rn. 158 ff.

Abs. 2 Nr. 1 Var. 2, 25 Abs. 2 strafbar gemacht.

Auf Konkurrenzebene verdrängt § 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 (Verwenden des gefährlichen Werkzeugs) § 250 Abs. 1 Nr. 1 a) Var. 2 (Beisichführen des gefährlichen Werkzeugs) und § 250 Abs. 1 Nr. 1 b) (Beisichführen eines sonstigen Werkzeugs oder Mittels).⁹

II. Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung

A und B haben sich durch die gegenüber O geführten Schläge sowie das Zu-Boden-Ringen des O zudem wegen mittäterschaftlich begangener gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nr. 4, 25 Abs. 2 strafbar gemacht.

Abschließende Hinweise

Die Entscheidung zeigt mustergültig, dass bei den Wegnahmedelikten der §§ 242, 249 sauber zwischen Vollendungs- und Beendigungszeitpunkt zu differenzieren ist. Bereits die Vollendung der Wegnahme genügt zur Annahme eines vollendeten Diebstahls oder Raubes. Zudem wird mit Blick auf die den Raub qualifizierenden Umstände die Problematik des „gefährlichen Werkzeugs“ virulent. In einer Klausur sind die insoweit vertretenen Ansichten darzulegen, um sodann – nach Subsumtion – über die Entscheidungserheblichkeit der Streitfrage zu befinden. Während bei den vorliegend verwendeten Quarzhandschuhen relativ eindeutig ist, dass es sich nicht bloß um – ggf. zufällig mitgeführte – Alltagsgegenstände handelt, bereiten andere Gegenstände (am Gürtel mitgeführtes Taschenmesser, Werkzeug o.Ä.) insoweit größere Probleme. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass sich der BGH beim Begriff des gefährlichen Werkzeugs iRd. § 250 Abs. 2 (Nr. 1 Var. 2) nicht konsequent an den iRd. § 250 Abs. 1 (Nr. 1 a) Var. 2) gefundenen Ergebnissen orientiert, mithin im Einzelfall das Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs iSd. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 bejaht, obwohl ein Beisichführen iSd. § 250 Abs. 1 Nr. 1 a) Var. 2 verneint wurde.¹⁰ Wird freilich – wie hier – bereits das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs (iSd. § 250 Abs. 1) bejaht, liegt im Einsatz dieses Gegenstandes immer auch ein Verwenden (iSd. § 250 Abs. 2).



Ass. iur. Dr. **Alexander Bechtel** | Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht (Prof. Dr. Jörg Eisele) an der Eberhard Karls Universität Tübingen

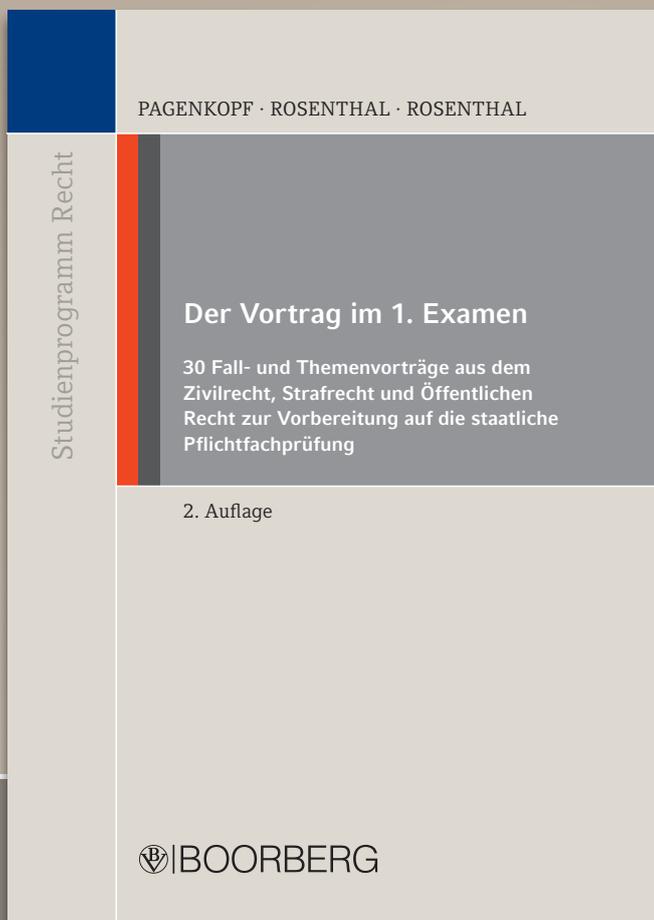
E-Mail-Kontakt: ▶ alexander.bechtel@uni-tuebingen.de

▶ Inhaltsverzeichnis

⁹ Zum Vorrang des § 250 Abs. 2 gegenüber § 250 Abs. 1 vgl. BGH, Beschl. v. 30.10.2013 – 2 StR 282/13.

¹⁰ Zu dieser Vorgehensweise des BGH *Rengier*, BT I, 24. Aufl. (2022), § 8 Rn. 17 ff.

So gelingt der Vortrag.



Pagenkopf · Rosenthal · Rosenthal
Der Vortrag im 1. Examen
30 Fall- und Themenvorträge aus dem Zivilrecht, Strafrecht und Öffentlichem Recht zur Vorbereitung auf die staatliche Pflichtfachprüfung
2021, 2. Auflage, 222 Seiten, DIN A4, € 29,80
Reihe Studienprogramm Recht
ISBN 978-3-415-06990-9

Der Themen- oder Sachvortrag ist in einigen Bundesländern seit mehr als 10 Jahren fester Bestandteil der ersten juristischen Staatsprüfung. Für Studierende in der Examensvorbereitung hat der Vortrag somit eine enorme Bedeutung, die immer noch weiter zunimmt.

Das Buch enthält **30 aktuelle und daueraktuelle Vorträge**, die examensrelevante Probleme aus dem Bereich des Bürgerlichen Rechts, des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts behandeln.

Das Autorenteam geht mit dem nötigen Blick für das Wesentliche auf die wichtigsten Rahmenbedingungen eines erfolgreichen Vortrags ein. Die Leserinnen und Leser erhalten wertvolle **Tipps zur richtigen Zeiteinteilung**. Die Aspekte der Rhetorik und die Beherrschung der Fachsprache werden ebenso behandelt wie die nicht zu unterschätzende Bedeutung der Prüfungsangst.



Leseprobe unter
www.boorberg.de/9783415069909

WWW.BOORBERG.DE

 **BOORBERG**

RICHARD BOORBERG VERLAG FAX 0711/7385-100 · 089/4361564 TEL 0711/7385-343 · 089/436000-20 BESTELLUNG@BOORBERG.DE

Rechtsprechung - Öffentliches Recht

Verwaltungsgericht Halle
Oberverwaltungsgericht Sachsen-Anhalt

Verbot von T-Shirts mit dominantem „Z“-Symbol auf einer Demonstration

Beschluss vom 26. April 2022, Az.: 1 B 223/22 HAL

Beschluss vom 27. April 2022, Az.: 3 M 45/22

1. Die Auslegung eines Verbotsgesetzes im Lichte der Bedeutung der Versammlungsfreiheit als Recht der kollektiven Meinungsäußerung darf nicht dazu führen, dass kollektive Rechtsverstöße eine Privilegierung gegenüber Rechtsbrüchen des Individuums erfahren.

2. Maßstab für das Bestehen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit ist die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung und nicht die subjektive Zurechenbarkeit und persönliche Vorwerfbarkeit. Bei drohenden Verstößen gegen eine Strafnorm kommt es daher allein auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestands und die Abwesenheit einer Rechtfertigungslage an.

3. Das öffentliche Tragen eines Kleidungsstücks welches überdimensional den Buchstaben „Z“ in der Darstellungsform eines groben Pinselstriches hervorhebt, erfüllt – auch wenn es in eine andere aus der Ferne nicht mehr wahrnehmbare Gestaltung eingekleidet ist – den objektiven Tatbestand der Billigung eines Angriffskrieges

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt¹

S. L. hat bei der zuständigen Versammlungsbehörde in der Stadt H in Sachsen-Anhalt eine Demonstration unter dem Motto

„Gegen die Diskriminierung von Zitronenlimonade“

angemeldet, welche eine Woche später stattfinden soll. Gegenstand der Versammlung sollte es sein,

„[...] gegen die Einleitung von strafrechtlichen Ermittlungsverfahren wegen Verwendung des Buchstabens ‚Z‘ auch in den Fällen, in denen keine Befürwortung des russischen Angriffes ausgedrückt wird, und gegen etwaige hierauf bezogene Anweisungen von Ministerien an die Ermittlungsbehörden zu protestieren.“

Bei der Demonstration sollen von einigen der Teilnehmer eigens angefertigte T-Shirts mit der Aufschrift „mmmhhh Zitronenlimonade“ getragen werden, auf denen der Buchstabe Z – gegenüber den anderen Buchstaben – überdimensional groß und in Form eines groben weißen Pinselstriches dargestellt ist. Aus Sicht eines Zuschauers ist damit aus der Ferne lediglich das „Z“ zu erkennen, nicht aber die restliche Aufschrift.

Es ist nicht die erste Demonstration dieser Art, die von S. L. veranstaltet wird. Auf vergangenen Demonstrationen führte er jedoch statt der T-Shirts ein Transparent mit der Aufschrift „Frieden mit

Russland“ sowie eine russische Nationalflagge mit sich. Für die nun angemeldete Demonstration sichert er in einer E-Mail an die Versammlungsbehörde jedoch zu, dass

„[...] es zwar provokante und damit auch zugleich parodistische Darstellungen in Form von Redebeiträgen und Musikdarbietungen geben werde, die jedoch keinen Bezug zum Russland-Ukraine-Konflikt herstellen, oder den russischen Überfall auf die Ukraine thematisieren werden.“

Kurze Zeit nach der Anmeldung erhält S. L. von der Versammlungsbehörde ein Schreiben, welches ihm

„eine Verwendung des ‚Z‘-Symbols, welche bei lebensnaher Auslegung im Gesamtkontext eine Gutheißung des russischen Angriffskrieges zulässt“

untersagt. Darüber hinaus wird von der Behörde die sofortige Vollziehung der Maßnahme angeordnet.

Hiergegen erhebt S. L. form- und fristgemäß Widerspruch bei der zuständigen Behörde und stellt gleichzeitig einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruches beim zuständigen Gericht.

B) Verfahrensgang

Das VG Halle gab dem Antrag des S. L. mit Beschluss vom 26.04.2022 statt, da es eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch die Verwendung der T-Shirts im vom Antragssteller beschriebenen Sinne nicht zu erkennen vermochte.²

Der hiermit nicht einverstandene Antragsgegner machte von seinem Beschwerderecht gegen den Beschluss des VG Gebrauch (§ 146 VwGO), wofür das OVG Sachsen-Anhalt zur Entscheidung berufen war.

C) Die Entscheidung des Senates³

Begründet ist die Beschwerde, soweit die angefochtene Entscheidung formell oder materiell rechtswidrig ist. In der Sache geht es damit um die Frage, ob das VG Halle den Antrag des A auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruches korrekt beschieden hat.

Da es sich um einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung – also einen Fall des § 80 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VwGO – handelt, ist dieser begründet, wenn das Ergebnis einer Interessenabwägung ergibt, dass das Interesse des Antragsstellers an der Aussetzung der Vollziehung (Aussetzungsinteresse) das Interes-

² VG. Halle, Beschl. v. 26.04.2022 – 1 B 223/22 HAL, insbes. Rn. 8 ff.

³ Keine der beiden Entscheidungen enthält Ausführungen zur Zulässigkeit der jeweiligen Rechtsbehelfe, denn es stellen sich diesbezüglich auch keinerlei Probleme. Die Ausführungen beschränken sich daher auf die Begründetheit der Beschwerde.

¹ Der Autor dankt Herrn Jan Rosenstein für die kritische Durchsicht des Manuskriptes und seine hilfreichen Hinweise und Anmerkungen.

se der Allgemeinheit an der sofortigen Vollziehung (Vollzugsinteresse) überwiegt.

Die Interessenabwägung richtet sich in erster Linie nach einer summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache. Allerdings führt auch die rechtswidrige Anordnung der sofortigen Vollziehung zum Erfolg des Antrages.

Der von S. L. erhobene Widerspruch hat Erfolg, soweit der angegriffene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und ihn in seinen Rechten verletzt (vgl. § 113 Abs. 1 VwGO).

I. Die Rechtmäßigkeit der erteilten Beschränkung

Die S. L. erteilte Beschränkung ist rechtmäßig, wenn sie formeller und materieller Hinsicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht.

1. Formelle Rechtmäßigkeit der Beschränkung

Der Sachverhalt lässt keine Anhaltspunkte erkennen, dass es im Hinblick auf Zuständigkeit, Form oder Verfahren Probleme gab.

2. Materielle Rechtmäßigkeit der Beschränkung

Materiell rechtmäßig ist die Beschränkung, wenn es für ihren Erlass eine Rechtsgrundlage gibt, die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage erfüllt sind und weder die Rechtsgrundlage noch die Beschränkung selbst gegen höherrangiges Recht verstoßen.

a) Rechtsgrundlage für Versammlungsbeschränkungen

Rechtsgrundlage für den Erlass der Beschränkung einer Versammlung ist § 13 Abs. 1 VersammlG LSA, der lautet:

§ 13 Beschränkungen, Verbote, Auflösung

(1) Die zuständige Behörde kann die Versammlung oder den Aufzug von bestimmten Beschränkungen abhängig machen oder verbieten, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist. [...]

Die Begriffe der Öffentlichen Sicherheit und der Gefahr sind in § 3 SOG LSA legaldefiniert:

§ 3 SOG LSA Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes ist

1. Öffentliche Sicherheit:

die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie des Bestandes, der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt; [...]

3. a) Gefahr:

eine konkrete Gefahr, das heißt eine Sachlage, bei der im einzelnen Falle die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird; [...]

b) Prüfungsmaßstab des Gerichts und grundrechtliche Dimension

Bevor der Senat zur eigentlichen Prüfung übergeht, stellt er zunächst den Maßstab der Prüfung klar:

„Eine Versammlungsbeschränkung auf das Vorliegen einer unmittelbaren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zu stützen, erfordert eine von der Behörde angestellte Gefahrenprognose, nach der tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die bei verständiger Würdigung eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts ergeben. Bloße Verdachtsmomente und Vermutungen reichen

*für sich allein nicht aus.“*⁴

Ebenfalls Teil dieses Maßstabs ist die grundrechtliche Dimension des Sachverhaltes. Denn als Freiheit der kollektiven Meinungsäußerung, ist auch bei möglichen Verletzungen der Versammlungsfreiheit die Wechselwirkungslehre⁵ zu beachten, welche besagt, dass grundrechtseinschränkende Gesetze stets im Lichte der Bedeutung eben jenes Grundrechts auszulegen sind, welches durch sie eingeschränkt werden soll:

*„Im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes berücksichtigt das Gericht, ob die für die Beurteilung der Gefahrenlage herangezogenen Tatsachen unter Berücksichtigung des Schutzgehalts des Art. 8 GG in nachvollziehbarer Weise auf eine unmittelbare Gefahr hindeuten [...] [...] Zur Rechtsordnung zählen auch die Normen des Strafrechts, wobei diese stets unter Beachtung der Wertentscheidungen des Art. 8 GG zu interpretieren und anzuwenden sind.“*⁶

c) Schutzbereich der Versammlungsfreiheit in Art. 8 Abs. 1 GG

Zum Schutzbereich der Versammlungsfreiheit führt das Gericht sodann das Folgende aus:

*„Art. 8 Abs. 1 GG schützt die Freiheit, mit anderen Personen zum Zwecke einer gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung örtlich zusammen zu kommen. Als Freiheit zur kollektiven Meinungskundgabe ist die Versammlungsfreiheit für eine freiheitlich demokratische Staatsordnung konstituierend. In ihrer idealtypischen Ausformung sind Demonstrationen die gemeinsame körperliche Sichtbarmachung von Überzeugungen, bei der die Teilnehmer in der Gemeinschaft mit anderen eine Vergewisserung dieser Überzeugungen erfahren und andererseits nach außen - schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und die Wahl des Ortes - im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen.“*⁸

d) Die Schranken der der Versammlungsfreiheit

Schrankenlos gilt die Versammlungsfreiheit nicht:

*„Nach Art. 8 Abs. 2 GG kann dieses Recht für Versammlungen unter freiem Himmel durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden. Derartige Beschränkungen sind im Lichte der grundlegenden Bedeutung von Art. 8 Abs. 1 GG auszulegen. Eingriffe in die Versammlungsfreiheit sind nur zum Schutz gleichgewichtiger anderer Rechtsgüter unter strikter Wahrung der Verhältnismäßigkeit zulässig [...]“*⁹

aa) Kollektive vs. individuelle Rechtsverstöße

Die Auslegung des einschlägigen Verbotsgesetzes im Lichte der Bedeutung der Versammlungsfreiheit als Recht der kollektiven Meinungsäußerung darf indes nicht dazu führen, dass kollektive Rechtsverstöße eine Privilegierung gegenüber Rechtsbrüchen

4 OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27.04.2022 – 3 M 45/22, Rn. 3

5 Siehe nur BVerfGE 7, 198 (208 f.); 93, 266 (292); 99, 185 (195); 124, 300 (332).

6 Vgl. zB. BVerfG, Beschl. v. 4.9.2009 - 1 BvR 2147/09, Rn. 103 f. mwN.

7 OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27.04.2022 – 3 M 45/22, Rn. 3 f.

8 Ibid., Rn. 4

9 Vgl. zB. BVerfG, Beschl. v. 17.4.2020 - 1 BvQ 37/20, Rn. 17 f. mwN.

10 OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27.04.2022 – 3 M 45/22, Rn. 4.

des Individuums erfahren. Der Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Handlung bleibt insofern gleich:

„Indes kann die Versammlungsfreiheit Verhaltensweisen, die dem Einzelnen verboten sind, nicht deshalb rechtfertigen, weil sie in der Form einer Versammlung praktiziert werden. Art. 8 GG gewährleistet - unter Rückbesinnung auf seine historische Entstehung - zwar ein ‚politisches Kampfrecht‘ und ein ‚Recht auf ‚Ordnungsstörung‘, dass die Grundrechtsträger zur Herausforderung und Irritation der bestehenden politischen und sozialen Ordnung ermächtigt. Er gibt ihnen aber nicht das Recht, im Rahmen des Kollektivs Dinge zu tun, die sie als Einzelne nicht tun dürften [...]“. Mithin muss sich das Verhalten der Versammlungsteilnehmer am geltenden Recht messen lassen.“¹²

bb) Die Beurteilung potentiell strafbaren Verhaltens im Rahmen einer Gefahrenprognose

Da Maßstab für das Bestehen einer Gefahr allerdings die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung ist, und nicht – wie im Strafrecht – die subjektive Zurechenbarkeit und persönliche Vorwerfbarkeit, kommt es bei drohenden Verstößen gegen eine Strafnorm allein auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestands und die Abwesenheit einer Rechtfertigungslage an:

„[...] Präventiv-polizeiliches [...] Einschreiten dient auch im Kontext des Versammlungsrechts ausschließlich dazu, objektive Verstöße gegen die Rechtsordnung zu verhindern [...]. Bei drohenden Verstößen kommt es daher lediglich auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes und das Fehlen von strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen an, nicht hingegen auch auf Vorsatz, Fahrlässigkeit und Schuld [...]“¹³. Das Gefahrenabwehrrecht, zu dem auch das Versammlungsrecht zu zählen ist, dient auch dem Schutz der erfassten Rechtsgüter vor Gefahren, die ggf. von unvorsätzlich Handelnden oder gar Schuldunfähigen ausgehen. Ob das in Rede stehende Handeln im Rahmen einer Versammlung im Ergebnis tatsächlich strafrechtlich zu ahnden ist, bleibt daher der abschließenden Bewertung der Strafverfolgungsbehörden einschließlich der Strafgerichte vorbehalten.“¹⁴

cc) Verstoß gegen § 140 Abs. 1 Nr. 2 StGB iVm. § 138 Abs. 1 Nr. StGB und § 13 VStGB

In Frage kommt insbesondere ein Verstoß gegen § 140 Abs. 1 Nr. 2 StGB iVm. § 138 Abs. 1 Nr. StGB und § 13 VStGB (Billigung eines Angriffskrieges). Diese lauten:

§ 140 StGB Belohnung und Billigung von Straftaten

Wer eine der in § 138 Absatz 1 Nummer 2 bis 4 und 5 letzte Alternative [...]

2. in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Absatz 3) billigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 13 VStGB Verbrechen der Aggression

(1) Wer einen Angriffskrieg führt oder eine sonstige Angriffshandlung

begeht, die ihrer Art, ihrer Schwere und ihrem Umfang nach eine offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen darstellt, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft. [...]

(3) Eine Angriffshandlung ist die gegen die Souveränität, die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit der Charta der Vereinten Nationen unvereinbare Anwendung von Waffengewalt durch einen Staat. [...]

(1) Die russische „Spezialoperation“ in der Ukraine als Angriffskrieg

„Dass die Invasion Russlands in die Ukraine den Tatbestand des Angriffskriegs (§ 13 VStGB) verwirklicht, liegt für den Senat auf der Hand“¹⁵

Der Senat beschränkt sich insofern auf einen Verweis auf die Fachpresse¹⁶ und die Anmerkung, dass dieser Punkt zwischen den Beteiligten nicht streitig ist. Letzteres ist dabei eine etwas unerwartete Feststellung, da die Frage, ob objektiv gegen die Rechtsordnung verstoßen wurde, nicht zur Disposition der Parteien steht. Nichtsdestotrotz dürfte es an diesem Ergebnis mit Blick auf die Definition in § 13 Abs. 3 VStGB und die im Verfahren gebotene summarische Prüfung nichts auszusetzen.

(2) Das Tragen des T-Shirts auf der Versammlung als Billigen eines Angriffskrieges

Inwiefern S. L. eben jenen Angriffskrieg durch das Tragen des von ihm entworfenen T-Shirts auf der geplanten Demonstration „billigt“ ist ungleich schwerer zu beantworten.

„Billigen‘ i. S. v. § 140 Abs. 1 Nr. 2 StGB bedeutet Gutheißen einer konkreten Straftat. Erforderlich ist [...] die eindeutige, aus sich verständliche Kundgabe eigener Zustimmung, die nach dem Sinn der (u. U. nur schlüssigen) Erklärung, nicht nach der Verwendung bestimmter Worte zu beurteilen ist und sich aus der Form der Darstellung ergeben kann [...]“¹⁷. Dabei kommt es darauf an, dass eine Durchschnittsperson zu der Schlussfolgerung kommen würde, durch dieses Verhalten solle eine positive Bewertung der Straftat zum Ausdruck gebracht werden. Bei einer symbolsprachlichen Äußerung - wie hier im Fall des ‚Z‘ - ist auf eine Durchschnittsperson abzustellen, die die gängigen Bedeutungsmöglichkeiten der Verwendung dieses Symbols kennt [...]“^{18, 19}

Zum Bedeutungsgehalt des lateinischen Z in Bezug auf die russische „Spezialoperation“ („специальная военная операция“) in der Ukraine führt das Gericht sodann aus:

„Das ‚Z‘ ist eines von mehreren Zeichen auf Militärfahrzeugen der Streitkräfte Russlands, die seit Februar 2022 an dem russischen Angriff auf die Ukraine beteiligt sind. Das ursprünglich militärische Zeichen wird in der russischen Gegenwartskultur auch in inzwischen abgewandelter Form als Symbol der Unterstützung und zur Staatspropaganda für den Angriffskrieg auf das Nachbarland verwendet. Laut Angaben des russischen Verteidigungsministeriums stehe der Buchstabe ‚Z‘ demnach für den russischen Ausdruck ‚Za Pobedu‘ [за победу], was übersetzt ‚Auf den Sieg‘ [sic!; ‚Für den Sieg‘] bedeutet. Dieser habe sich in Russland zum Symbol der Unterstützung für die russische Armee und Regierung entwickelt, auch viele

¹¹ S. Barczak, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, Versammlungsrecht des Bundes und der Länder, 2. Aufl. (2020), § 15 Rn. 100 mwN.

¹² OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27.04.2022 – 3 M 45/22, Rn. 4

¹³ Vgl. zum Vorstehenden erneut Barczak, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, Versammlungsrecht des Bundes und der Länder, 2. Aufl. (2020), § 15 Rn. 100 f. mwN.

¹⁴ OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27.04.2022 – 3 M 45/22, Rn. 5.

¹⁵ Ibid., Rn. 8.

¹⁶ Stein, ▶ Legal Tribune Online v. 16.03.2022.

¹⁷ Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 130 Rn. 8.

¹⁸ Vgl. Stein, ▶ Legal Tribune Online v. 16.03.2022.

¹⁹ OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27.04.2022 – 3 M 45/22, Rn. 9

russische Militärfahrzeuge in der Ukraine sind mit dem Buchstaben versehen [...]“²⁰ „²¹

Da das Design, welches S. L. auf der Demonstration zu tragen gedenkt, sich jedoch nicht lediglich in einer Abbildung des aus der Berichterstattung über den Krieg bekannten Buchstaben erschöpft, muss sich der Senat auch mit der Wirkung auseinandersetzen, die gerade die konkrete Gestaltung auf informierte Durchschnittsperson haben kann:

„Aufgrund der optischen Gestaltung des T-Shirt-Drucks - überdimensionale Hervorhebung des Buchstaben „Z“, zudem im Stil der zwischenzeitlich allgemein bekannten typischen, von den russischen Armeekräften verwendeten Form eines groben Pinselstrichs, eingekleidet in eine nach der Darstellungsform deutlich untergeordnete und somit aus größerer Entfernung kaum wahrnehmbare Wortschöpfung „mmmhhh [...] -itronenlimonade“ - ist für einen objektiven Betrachter allein das deutlich dominierende „Z“ wahrnehmbar. Dies gilt insbesondere für sich zufällig in der Nähe des Versammlungsortes aufhaltende bzw. diesen lediglich passierende Personen. [...] Eine durchschnittlich informierte Person [besitzt] angesichts der seit Beginn des Angriffs Russlands auf die Ukraine intensiven täglichen medialen Berichterstattung Kenntnis von der Symbolkraft des großen „Z“ [...] und [erlangt] in Anbetracht der vorstehend beschriebenen T-Shirt-Gestaltung den Eindruck [...], dass der Verwender eines solchen T-Shirts damit seine persönliche Überzeugung zum Ausdruck bringt, er billige den Angriffskrieg.“²²

Doch auch wenn man die anderen Designelemente des T-Shirts als untergeordnet erachtet, so ist das Tragen des streitgegenständlichen Kleidungsstückes doch weiterhin das Demonstrationsgeschehen insgesamt eingebettet und soll hierbei – nach dem Willen des Veranstalters – eine bedeutende Rolle spielen. Mit Blick insbesondere auf das Thema der geplanten Veranstaltung meint der Senat daher:

„Die Eindeutigkeit dieser Wahrnehmung des [...] öffentlichkeitswirksamen Einsatzes der T-Shirts durch durchschnittlich informierte Dritte wird [auch] nicht durch das Versammlungsthema ‚Gegen die Diskriminierung der Zitronenlimonade‘ in Frage gestellt. Außenstehende, sich nur zufällig in der Nähe der Versammlung aufhaltende Passanten werden angesichts der verwendeten T-Shirts mit der beschriebenen Gestaltung ohne Weiteres einen Bezug zum Russland-Ukraine-Konflikt und zu einer Billigung durch die T-Shirt-Träger bzw. Versammlungsteilnehmer herstellen. Das Versammlungsthema gerät hierbei in den Hintergrund. Durch die dominierende Wirkung der T-Shirts mit dem überdimensionalen ‚Z‘ tritt die vom Antragsteller angegebene Intention der Versammlung, die darin bestehe, die ‚inflationäre‘ Einleitung von strafrechtlichen Ermittlungsverfahren wegen Verwendung des ‚Z‘-Symbols in Situationen, in denen ‚ersichtlich keine Befürwortung des russischen Angriffskrieges ausgedrückt werden soll‘, zu kritisieren, für eine Durchschnittsperson vielmehr in keiner Weise zutage. Da der Antragsteller die ‚Z‘-Symbolik optisch wahrnehmbar in den Vordergrund

stellt, ist aus der maßgeblichen Sicht einer außenstehenden Durchschnittsperson auch nicht erkennbar, dass die Verwendung der T-Shirts - wie der Antragsteller vorgibt - Teil einer sich Mitteln der Parodie bedienenden Protestform ist. Die vom Antragsteller behauptete erkennbare fehlende Ernstlichkeit der „Z“-Symbolverwendung wird gerade nicht hinreichend deutlich.“²³

Nicht überzeugt ist der Senat zudem von der Beteuerung des Beschwerdeführers, Symbole und Transparente, die auf vergangenen von ihm veranstalteten Demonstrationen einen Bezug zum russischen Angriffskrieg hergestellt haben, nicht mehr zu verwenden:

„Vor diesem Hintergrund ist es auch unmaßgeblich, ob der Antragsteller bei der Versammlung anders als bei früheren Versammlungen zu anderen Themen [!] keine Russlandfahne zu verwenden beabsichtigt und auch nicht [...] seine persönliche Meinung zum Russland-Ukraine-Konflikt und dessen Ursachen [ausdrücklich] verbal kundtun wird. [...] [A]llein durch seine fortwährenden Beteuerungen im Rahmen der von ihm veranstalteten Versammlungen, er wolle mit seinen Äußerungen keinesfalls den Angriffskrieg auf die Ukraine gutheißen, [stellt er] den von ihm negierten thematischen Zusammenhang der jeweiligen Versammlung zu dem Konflikt gerade her[...]“

Im Ergebnis bejaht der Senat damit die Gefahr, dass es auf der Versammlung zur strafbaren Billigung eines Angriffskrieges kommen kann. Er stützt diese Prognose aber letzten Endes allein auf das Verwenden eines bestimmten Symbols und die Tatsache, dass der Veranstalter der Demonstration beteuert, dass der strafbarkeitsbegründende Bezug zwischen Symbolverwendung und Angriffskrieg von ihm und von anderen Teilnehmern gerade nicht hergestellt werden soll.

Die Tragfähigkeit dieser – ergebnisorientierten – Argumentation erscheint nicht zuletzt dann fragwürdig, wenn man die Würdigung der Vorinstanz in die Betrachtung einbezieht, welche das Merkmal der „Billigung“ iSd. § 140 Nr. 2 StGB noch abgelehnt hatte.

In der dortigen Auseinandersetzung mit dem Begriff wies man – anders als später der Senat - ausdrücklich darauf hin, dass das Verbreiten der bildlichen Darstellung einer Tat allein noch kein Billigen sein kann.²⁴ Das widerspricht zwar nicht den Ausführungen des Senates, da auch dieser nicht nur das „Z“, sondern auch die Begleitumstände berücksichtigt hat. Allerdings unterscheidet sich die Würdigung eben jener Begleitumstände in den beiden Entscheidungen doch recht deutlich.

So gewichtete die Kammer das Motto der Demonstration mit Blick auf vergangene Veranstaltungen des – in diesem Verfahren – Antragsstellers deutlich höher, indem sie feststellte, dass dieser in erster Linie gegen die Verfolgungspraxis der Ermittlungsbehörden speziell gegen die gegen ihn selbst nach vergangenen Kundgebungen demonstrierte.²⁵ Auch dürfe nicht übersehen werden, dass – anders als auf früheren Demonstrationen – eben auf die Flagge und das „Frieden mit Russland“ Transparent verzichtet werden solle. Es wären aber genau jene Symbole, die den T-Shirts erst das notwendige Gepräge geben um sie zwingend als (positi-

20 Vgl. AFP, auf: [timesofisrael.com](https://www.timesofisrael.com) v. 9.3.2022 und Dies., auf: [france24.com](https://www.france24.com) v. 8.3.2022.

21 OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27.04.2022 – 3 M 45/22, Rn. 9

22 Ibid., Rn. 10

23 Ibid.

24 Ibid., Rn. 9 unter Verweis auf Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 140 Rn. 7.

25 VG Halle, Beschl. v. 26.04.2022 – 1 B 223/22 HAL, Rn. 10

ve) Positionierung im Hinblick auf den russischen Angriffskrieg zu verstehen²⁶:

„Damit hat der Antragsteller ein von seinen bisherigen Versammlungen abweichendes Versammlungsformat angekündigt, sodass Ausführungen der Antragsgegnerin im angefochtenen Bescheid zu früheren Kundgebungsinhalten des Antragstellers für die angemeldete Versammlung nicht aussagekräftig sind.“²⁷

Der Einwand der Kammer ist nicht von der Hand zu weisen. Vermutlich findet er deshalb in der Entscheidung des Senates allenfalls am Rande Erwähnung.

(3) Die Eignung zur Friedensstörung

Die Tathandlung des § 140 StGB erschöpft sich indes nicht in der Billigung des Angriffskrieges. Die Handlung muss vielmehr geeignet sein, den öffentlichen Frieden – das Schutzgut der Norm – zu stören.

Dass dies durch die geplante Verwendung der T-Shirts der Fall sein wird, liegt für den Senat auf der Hand, wenn er nur kurz feststellt:

„[...] [D]ie nach summarischer Prüfung im objektiven Tatbestand gegebene Billigung eines Angriffskrieges durch die Versammlung des Antragstellers [ist] auch geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören. Eine Eignung zur Friedensstörung verlangt weniger als die infolge der Billigung eingetretene tatsächliche Störung und wird bei einem Angriff auf den Wertekonsens der Rechtsgemeinschaft bejaht [...]“²⁸. Bei der Billigung eines Angriffskrieges in der hier vorliegenden Art und Weise ist dies ohne Weiteres anzunehmen. Auf die Anzahl der Teilnehmer der Versammlung [...] kommt es hiernach nicht an.“²⁹

Ob das tatsächlich so offensichtlich ist, erscheint indes fraglich. „Öffentlicher Friede“ ist ein objektiv feststellbarer Zustand allgemeiner Rechtssicherheit, der es den Bürgern ermöglicht, frei von Furcht, friedlich zusammenzuleben und sich subjektiv aufgrund des Vertrauens in die Fortdauer eben dieses Zustandes ihrer Ruhe und ihres Friedens sicher zu sein.³⁰ Von einer Störung geht man deshalb dann aus, wenn das Vertrauen einer nicht unbeträchtlichen Personenmehrheit in diese Rechtssicherheit erschüttert ist und ein gesellschaftliches Klima geschaffen wurde, welches durch allgemeine Unruhe, Unsicherheit oder Ausgrenzung und Diffamierung von Bevölkerungsteilen gekennzeichnet ist.³¹

Bei der Subsumtion im zu entscheidenden Fall ist jedoch gleich dreierlei zu berücksichtigen:

1. § 140 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Es wird nicht die tatsächliche Friedensstörung sanktioniert, sondern ein Verhalten, das geeignet ist, zum beschriebenen Zustand zu führen, wenn es von staatlicher Seite nicht unterbunden wird.
2. Es handelt sich um eine Prüfung im Rahmen des Gefahrenabwehrrechts, sodass es nicht auf die Verwirklichung des Deliktes ankommt, sondern auf die Gefahr, dass das Delikt verwirklicht werden könnte.
3. Im Einstweiligen Rechtsschutzverfahren erfolgt die Beurteilung beider

²⁶ Ibid., Rn. 10 aE.

²⁷ Ibid., Rn. 10

²⁸ Vgl. *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 140 Rn. 5a mwN.

²⁹ OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27.04.2022 – 3 M 45/22, Rn. 13

³⁰ RGSt 15, 116 (117); BGHSt 16, 49 (56) mwN.

³¹ *Sebastian/Briske*, AfP 2013, 101 (108) mwN. und VG Halle, Beschl. v. 26.04.2022 – 1 B 223/22 HAL, Rn. 11

Fragen nur anhand einer summarischen Prüfung, dh. eine Beurteilung des Sachverhaltes ohne umfassende Beweisaufnahme.

Geboten wäre also – schon allein aus Gründen der Bestimmtheit – eine doppelte Gefahrenprognose. Doch auch die Vorinstanz blieb bei dieser Frage denkbar knapp:

„Des Weiteren bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Verwendung der T-Shirts als Kundgebungsmittel geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören. [es folgt die Definition, s.o.]. Dass das Verhalten des Antragstellers geeignet wäre, derartige Wirkungen hervorzurufen, [...] ist in Anbetracht der angemeldeten geringen Teilnehmerzahl von 21 Personen nach Aktenlage [...] nicht erkennbar.“³²

Die Meinungsverschiedenheit zwischen beiden Instanzen besteht also letztlich in der Anzahl der Zuhörer. Während die Kammer noch meinte, dass eine Kundgebung mit lediglich 21 Zuhörern, die nicht die erste ihrer Art vor Ort ist, kaum geeignet sein dürfte, die Bevölkerung einer Stadt mit ca. 240.000 Einwohnern ob eines Gefühls fehlender Rechtssicherheit in einen Zustand permanenter Angst zu versetzen, geht der Senat davon aus, dass es auf die Anzahl der Personen generell nicht ankommen könne.

Wenn indes schon die Meinungsäußerung gegenüber einer Einzelperson (oder möglicherweise gänzlich abseits eines aktiven Publikums) genügen kann, um von einer potenziellen Gefährdung des gesellschaftlichen Klimas in signifikanten Teilen der Bundesrepublik auszugehen, verkommt die Vorschrift des § 140 Abs. 1 Nr. 2 StGB zum reinen Äußerungsdelikt, als das sie nicht konzipiert ist. Und das kann auch nicht mit dem Verweis auf die weiterhin bestehende Möglichkeit der fachgerichtlichen Überprüfung abgetan werden, da es sich um die Frage der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes handelt, welche gerade auch im Rahmen der Gefahrenabwehr der relevante Aspekt ist.

(4) Zwischenergebnis

Hält man es dennoch mit dem Senat, so ist nach der gebotenen summarischen Prüfung die Gefahr einer objektiven Verletzung von § 140 Abs. 1 Nr. 2 StGB gegeben, sodass die Versammlungsbehörde von einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgehen durfte.

dd) Kein Aufzwingen einer Meinung

Der Einwand, der Beschwerdeführer werde durch die Auflagen dazu gezwungen, sich in bestimmter Art und Weise zum russischen Angriffskrieg zu äußern, handelt der Senat relativ kurz ab:

„Die Auflagen zielen [auch] nicht darauf ab, es dem Antragsteller zu untersagen, seine Meinung zu dem Konflikt auch öffentlich kundzutun. Vielmehr geht es allein darum, eine Gefahrenlage abzuwenden, die auf die Verwendung des „Z“-Symbols in der beschriebenen Weise zurückgeht.“

Alternativ hätte man hier – folgerichtig – erneut auf § 140 Abs. 1 Nr. 2 StGB abstellen können, der generell Äußerungen verbietet, mit denen ein Angriffskrieg gebilligt wird. Es wäre damit nicht die Auflage, die dem S. L. eine bestimmte Positionierung verbietet, sondern das Gesetz. Und da das Gesetz jede Billigung eines jeden Angriffskrieges untersagt, dürften an seiner Verfassungsgemäßheit als allgemeines Gesetz damit keine Zweifel bestehen.

³² VG Halle, Beschl. v. 26.04.2022 – 1 B 223/22 HAL, Rn. 11

ee) Verhältnismäßigkeit der Auflage

Die Auflage ist in der erteilten Form auch Verhältnismäßig:

„[...] Es ist weder vorgetragen noch sonst erkennbar, auf welche andere Weise als durch die Untersagung der Verwendung des „Z“-Symbols die drohende Gefahrenlage beseitigt werden könnte, die gerade aus der Symbolverwendung erwächst. In diesem Zusammenhang ist auch in Rechnung zu stellen, dass der Antragsteller auch ohne die Verwendung des Z-Symbols nicht daran gehindert ist, seine Kritik an der Einstufung der Verwendung des Buchstabens „Z“ durch die Strafverfolgungsbehörden als strafbar zu äußern. Dies ist auch ohne Weiteres über Wortbeiträge oder über die Benennung des Buchstabens „Z“ ohne Hervorhebung als Symbol möglich.“³³

ff) Bestimmtheit

Auch sei die Auflage nicht unbestimmt iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 VwVfG LSA iVm. § 37 Abs. 2 VwVfG, da aus ihr selbst und der beiliegenden Begründung ohne Weiteres zur erkennen sei, welches Verhalten dem Beschwerdeführer untersagt sei.³⁴

3. Zwischenergebnis

Anders als noch die 1. Kammer des VG Halle geht der 3. Senat des OVG Sachsen-Anhalt damit davon aus, dass die angegriffene Beschränkung rechtmäßig ist, und der Widerspruch wohl keinen Erfolg hätte.

II. Abwägung zwischen Aussetzungs- und Vollzugsinteresse

Worauf das Gericht aber im Gegensatz zur Vorinstanz verzichtet, ist die im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO anzustellende Abwägung zwischen Aussetzungs- und Vollzugsinteresse. Das VG Halle führte hierzu aus:

„[W]enn die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen die Auflage [...] nicht wiederhergestellt würde, sich aber nach Durchführung des Haupt-sacheverfahrens herausstellte, dass die Beschränkung der Versammlung verfassungswidrig war, wäre der Antragsteller in seinem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 Abs. 1 GG verletzt. Diese Grundrechtsverletzung wäre von erheblichem Gewicht nicht nur im Hinblick auf den Antragsteller, dem die Ausübung seiner grundrechtlichen Freiheit in Bezug auf ein essentielles Element der angemeldeten Versammlung, nämlich der Verwendung der hierfür eigens bedruckten T-Shirts, verwehrt worden wäre, sondern angesichts der Bedeutung der Versammlungsfreiheit für eine freiheitliche Staatsordnung auch im Hinblick auf das demokratische Gemeinwesen insgesamt [...]“³⁵.

Für den gegenteiligen Fall, dass dem Eilantrag stattgegeben und sich hinterher herausstellen würde, dass die Beschränkung der Versammlung wegen unmittelbarer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit rechtmäßig war, stünde zwar eine Strafbarkeit des Antragstellers selbst und weiterer Versammlungsteilnehmer wegen Billigung eines Angriffskrieges gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB, § 13 VStGB im Raum. Dieser Tatvorwurf würde jedoch im Rahmen eines Ermittlungsverfah-

rens und eines eventuell folgenden Strafprozesses einer abschließenden Klärung zugeführt werden. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass bei Durchführung der angemeldeten Versammlung ohne Beachtung der angefochtenen Auflagen eine Verletzung von überragend wichtigen Rechtsgütern wie das Leben und die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) der 21 angemeldeten Versammlungsteilnehmer selbst oder außenstehender Dritter zu besorgen wäre [...]“³⁶.

Der Antragsgegnerin bleibt es im Übrigen unbenommen, im Falle einer Billigung des Angriffskrieges Russlands durch den Antragsteller im Rahmen seiner laufenden Versammlung einzuschreiten (§ 13 Abs. 4 VersammlG LSA).“

Dem ist nicht viel hinzuzufügen. Bei 21 erwarteten Versammlungsteilnehmern wäre es ein leichtes für die Polizei einzuschreiten, wenn ein Bezug zwischen Versammlung und Angriffskrieg hergestellt wird, der über das T-Shirt hinausgeht und auch die fachgerichtliche Klärung der Strafbarkeit wäre dem Rechtsfrieden langfristig eher zuträglich als ein auf vage Prognosen gestütztes präventives Verbot.

D) Anmerkung

Die Delikte zum strafrechtlichen Schutz des öffentlichen Friedens sind von Haus aus schwer greifbar. Anders als das übrige Staatsschutzstrafrecht in dessen Dunstkreis sie sich bewegen, sanktionieren sie keine Angriffe auf die verfasste Staatlichkeit, sondern sollen – als abstrakte Gefährdungsdelikte – die Gefahr eines gewaltfördernden Klimas des Hasses, also ein sozialpsychologisches Phänomen, unterbinden.³⁷ Es ist insoweit auch vom strafrechtlichen „Klimaschutz“ die Rede.³⁸ Sie zielen darauf ab, gruppenbezogene Menschenwürdeverletzungen bereits in einem frühen Stadium durch die Sanktionierungsandrohung zu unterbinden, um so dem Ingangsetzen aus der Geschichte hinlänglich bekannter Eigendynamiken entgegenzuwirken.³⁹ Es handelt sich um das zu einer Verhaltensnorm verdichtete „Wehret den Anfängen!“.

Dass ein solch scharfes Schwert mit Vorsicht zu handhaben ist, liegt auf der Hand. Das gilt umso mehr, als die überaus komplexe Prognoseentscheidung, die die Anwendung der Norm einem Strafrichter selbst nach begangener Rechtsverletzung noch abverlangt, in das Stadium der Gefahrenabwehr vorverlegt ist und dort im Wege des Eilverfahrens entschieden werden muss.

Und unter diesem Gesichtspunkt dürfte es wohl die Entscheidung des VG Halle sein, deren Abwägung zwischen den betroffenen Positionen, der Situation eher gerecht wird als die Nachfolgeentscheidung des OVG Sachsen-Anhalt. Letztere statuiert effektiv und vor allem präventiv ein Versammlungsverbot, obwohl bei dem nur sehr kleinen Kreis der erwarteten Teilnehmer und keiner erwarteten Gegendemonstration ein polizeiliches Einschreiten auf Grundlage des sachsen-anhaltinischen Versammlungsgesetzes ohne weiteres möglich wäre. Der Senat benutzt zudem die Tatsache, dass seine Entscheidung keinerlei Präjudizwirkung in einem späteren Strafverfahren haben wird, als Argument dafür die Rechte des Beschwerdeführers bereits präventiv beschneiden zu können, wenn tatsächlich genau das Gegenteil der Fall ist. Das

³⁶ Vgl. Ibid.

³⁷ Vgl. OLG Celle NStZ 1997, 495 (496) und Sebastian/Briske, AfP 2013, 101 (104).

³⁸ ZB. Streng, in: FS-Lackner (1987), S. 501 (508); kritisch: Jakobs, ZStW 1985, 751 (774 ff.).

³⁹ Streng, in: FS-Lackner (1987), S. 501 (508).

³³ OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27.04.2022 – 3 M 45/22, Rn. 14.

³⁴ Ibid., Rn. 15.

³⁵ Vgl. zu allem auch: BVerfG, Beschl. v. 5.12.2020 - 1 BvQ 145/20.

Schaffen von Rechtsfrieden und die Stärkung des Vertrauens der Bevölkerung in eine effektive Strafverfolgung ist Sache der Strafgerichte⁴⁰ und es ist kein Grund ersichtlich, warum hier nicht die konkrete Situation hätte abgewartet werden können. Denn sollte es auf der Demonstration tatsächlich zu strafbaren Handlungen kommen, ist das Bild der einschreitenden Polizei und eine spätere Verurteilung des Täters sicher ein stärkeres Signal im Hinblick auf den öffentlichen Frieden als ein präventives Verbot auf überschaubarer Indiziengrundlage.

Mit Blick auf den Rang, den die Versammlungsfreiheit im System der Grundrechte im demokratischen Rechtsstaat genießt, dürfte daher die eher restriktive Handhabung des VG Halle dem Grundrechtsschutz in besserem Maße gerecht werden, indem sie der Polizei vor Ort aufgibt, die Lage genau zu beobachten, ggf. einzuschreiten⁴¹ und eine spätere Strafverfolgung einzuleiten, um nicht langfristig Gefahr zu laufen, künftig jeden Protest zu ersticken, der die Gesellschaft aufwühlt oder in Sorge versetzt.

Und die nachträglichen Entscheidungen wird es geben. Bereits jetzt finden sich in der Presse zahlreiche Beispiele für Fälle der Verwendung des „Z“-Symbols, die zur Anzeige gebracht wurden⁴² und mit Niedersachsen, Bayern, Berlin und Nordrhein-Westfalen haben die Innenministerien von gleich vier Bundesländern angekündigt, die öffentliche Verwendung des Buchstaben „Z“ konsequent strafrechtlich zu verfolgen, wenn er ersichtlich zur öffentlichen Billigung des russischen Angriffskrieges verwendet werde.⁴³ Auch das Bundesinnenministerium twitterte erst kürzlich:

„Der russische Angriffskrieg gegen die Ukraine ist eine Straftat. Wer diesen Angriffskrieg öffentlich billigt, kann sich strafbar machen. Das gilt auch für das Zeigen des „Z“-Symbols“⁴⁴

Wie diese Verfahren ausgehen werden, ist schwer vorherzusagen. Das ist das Wesen eines schwer greifbaren Schutzgutes wie dem „öffentlichen Frieden“, bei dem auch die Gegebenheiten vor Ort in besonderem Maße relevant sein können. Die soweit ersichtlich einzige bisher veröffentlichte Entscheidung stammt vom AG Bautzen und hatte eine Frau zum Gegenstand, die auf einer Demonstration ein farblich abgehobenes „Z“ aus Klebeband auf ihrer Kleidung trug und auf Nachfrage der Polizei angab, „Russland unterstützen“ zu wollen und dass es sich nicht um einen Angriffskrieg handele, sondern um einen „Verteidigungskrieg gegen die NATO“.⁴⁵

Hier lehnte das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens nach § 170 Abs. 2 StPO ab, da eine Strafbarkeit nach § 140 Nr. 2 StGB

nicht gegeben sei. Die etwas abenteuerliche Begründung, die sehr viel Verständnis für Russlands „Ringeln [...] mit der NATO und der EU und deren Osterweiterung“ hat und der Angeschilderten trotz ausdrücklicher Bezugnahme auf den Ukraine-Krieg eine maximal wohlwollende Interpretation ihrer Aussagen zugeht, dürfte in der Rechtsprechung außerhalb Sachsens jedoch eher keine Nachahmer finden.

Was den Beschwerdeführer im hier besprochenen Verfahren angeht, so hat dieser in der Zwischenzeit die von ihm angemeldete Demonstration durchführen können. Dabei trug er nicht, das T-Shirt mit der Aufschrift „mmmhhh Z-itronenlimonade“, sondern eine abgewandelte Form mit einem um 90 Grad gedrehten „Z“, sodass die Aufschrift nun lautet „mmmhhh N-itronenlimonade“. Ein polizeiliches Einschreiten blieb aus.

Abschließende Hinweise für Studierende

Die Entscheidungen sind aus vielerlei Hinsicht interessant für Studierende in der Examensvorbereitung. Zunächst handelt es sich um ein sehr aktuelles Thema, welches sich sowohl im Straf- als auch im Verwaltungsrecht ansiedeln lässt. Es ist damit geradezu prädestiniert für eine mündliche Prüfung, in der insbesondere auch die Fähigkeit geprüft werden soll, die Querbezüge zwischen den einzelnen Rechtsdisziplinen souverän zu navigieren.

In der Sache sind aber auch Themen wie die saubere Prüfung des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO und der gegen Entscheidungen des VG zulässigen Rechtsbehelfe Prüfungsthemen auf die immer wieder gern zurückgegriffen wird und die hier anzustellenden Prognoseentscheidungen liefern einen fruchtbaren Boden für eigene Argumentationen und Lösungsansätze.

Schließlich können am Fall einige Grundzüge des Versammlungsrechts abgeprüft werden, wie bspw. sein Verhältnis zum (allgemeinen) Gefahrenabwehrrecht oder das – von keiner der Instanzen thematisierte – Uniformierungsverbot. Die hier im Zentrum der Diskussion stehende Abgrenzung der Meinungsäußerung **über** Rechtsverstöße vom Rechtsverstoß **als** Meinungsäußerung kann zudem leicht auf andere Konstellationen übertragen werden. Man denke zum Beispiel an eine Demonstration gegen ein drohendes Burqa-Verbot⁴⁶ auf der alle Teilnehmer ihr Gesicht verschleiern und so gegen das Vermummungsverbot verstoßen. Oder eine Demonstration für die Cannabislegalisierung auf der die – noch – verbotene Substanz ausgiebig und öffentlich konsumiert wird.⁴⁷



Ass. iur. Sascha Sebastian, M.Mel. | Hannover

E-Mail-Kontakt: ▶ kritik.sebastian@outlook.com

▶ Inhaltsverzeichnis

⁴⁰ Lindemann, Voraussetzungen und Grenzen legitimen Wirtschaftsstrafrechts (2012), S. 5; Amelung, in: FS-Eser (2005), S. 3 (7); Grundlegend auch: Parsons, The Social System (1951), S. 249 ff.

⁴¹ Vgl. VG Halle, Beschl. v. 26.04.2022 – 1 B 223/22 HAL, Rn. 7: „Wegen der grundlegenden Bedeutung der Versammlungsfreiheit darf die Behörde insbesondere bei dem Erlass von Auflagen insoweit keine zu geringen Anforderungen an die Gefahrenprognose stellen, zumal ihr bei irriger Einschätzung die Möglichkeit einer späteren Auflösung der Versammlung nach § 13 Abs. 4 VersG LSA verbleibt“ mwN.

⁴² Bingener, in: ▶ [faz.net](https://www.faz.net) vom 30.03.2022 nennt die Folgenden: „In Würzburg wurden fünf ‚Z‘ an eine Kirche gesprüht. In Hildesheim wurden Autos ukrainischer Flüchtlinge mit dem ‚Z‘ beschmiert. In Rinteln wiederum brachte eine russischstämmige Familie das ‚Z‘ sowie eine russische Fahne an ihrem Auto an“; In Bremen brachten ein Mann und eine Frau das „Z“-Symbol, „CCCP“ für Sowjetunion und „Putin“ mit weißer Farbe auf Poller und Stromkästen auf (▶ [butenunbinnen.de](https://www.butenunbinnen.de) v. 04.04.2022).

⁴³ Zimmermann, ▶ [Zeit online](https://www.zeitonline.de) v. 27.03.2022.

⁴⁴ ▶ https://twitter.com/BMI_Bund/status/1508443796802965504.

⁴⁵ AG Bautzen, Beschl. v. 10.06.2022, Az.: 41 Ds 220 Js 10638/22, S. 1 f.

⁴⁶ Zur rechtlichen Würdigung eines solchen: Sebastian, ZAR 2017, 153 ff.

⁴⁷ So ähnlich geschehen 2015 in Stuttgart: ▶ <http://www.piratenpartei-stuttgart.de/absage-des-smoke-in-am-10-10-2015-in-stuttgart/>

Rezension

C.H. Beck

Kyrill-Alexander Schwarz, Verfassungsprozessrecht, 1. Auflage – Grundrisse des Rechts (2021)

In der juristischen Studienliteratur finden sich Darstellungen zum Verfassungsprozessrecht nur in überschaubarer Zahl. Wer sich etwa als Studentin bzw. Student oder bei der Vorbereitung auf juristische Staatsprüfungen mit der bedeutsamen Materie vertraut machen oder diese vertiefen möchte, ist – von wenigen Standardwerken der Lehrbuchliteratur abgesehen (so vor allem Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, zuletzt erschienen in 11. Auflage 2018; Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, zuletzt erschienen in 5. Auflage 2020, oder Gersdorf, Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung, zuletzt erschienen in 5. Auflage 2019) – auf die gängigen Kommentare zum Grundgesetz und vor allem zum BVerfGG oder die eingeführten, aber zum Teil wesentlich umfangreicheren Handbücher oder Spezialwerke verwiesen (insbesondere Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, zuletzt erschienen in 4. Auflage 2020; Zuck/Eisele, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, jüngst erschienen in 6. Auflage 2022).

Mit dem von dem Würzburger Staatsrechtslehrer Kyrill-Alexander Schwarz, einem versierten Kenner des Verfassungsrechts, herausgebrachten und in der Beck'schen Reihe der Grundrisse des Rechts erschienenen Lehrbuch zum Verfassungsprozessrecht steht dem einschlägigen Leserkreis ein weiterer Titel zur Seite, der – dies darf gleich zu Beginn angemerkt werden – die Erwartungen an einen „Grundriss“ deutlich übertrifft.

Mit seinem neuen Lehrbuch komplettiert Schwarz nicht nur die Reihe der eingangs genannten Parallelwerke; es gelingt dem Autor darüber hinaus in besonderer Weise, neue Akzente zu setzen und Vertiefungen vorzunehmen, die für eine gesamtheitliche Befassung mit dem Verfassungsprozessrecht unabdingbar sind. Besonders sticht dies im ersten Teil („Grundlagen des Verfassungsprozessrechts“) hervor, und zwar in den §§ 1 bis 4. Hier liefert der Verfasser einen überaus fundierten Einblick sowohl in die Entwicklung als auch in das „System“ der Verfassungsgerichtsbarkeit, ohne dabei abzuschweifen. Im Gegenteil: Die notwendigen historischen Entwicklungslinien werden ebenso herausgearbeitet wie die Bezüge zur Europäischen Union und zum internationalen Menschenrechtsschutz. Mehr als nur oberflächliche Einblicke gewährt Schwarz dem Leser auch in das „Innenleben“ des Bundesverfassungsgerichts, bei denen auch die eminent wichtigen „Wissenschaftlichen Mitarbeiter“ aus gutem Grund nicht ausgespart werden (der augenzwinkernde Hinweis auf die Betitelung als „Dritter Senat“ soll auch hier nicht verschwiegen werden). Allein dies belegt schon die Kundigkeit des Autors selbst mit Blick auf vermeintliche Detailspekte.

Das als Lehrbuch konzipierte und daher auf eine kondensierte Darstellung angelegte Werk überzeugt auch im Übrigen: nämlich in den Kernbereichen der verfassungsgerichtlichen Verfahren, denen die Teile 2 bis 7 gewidmet sind. Schwarz gelingt vor allem die gliederungsmäßige Aufteilung der verfassungsprozessualen Verfahren, die ganz im Sinne einer verfassungsprozessualen Systembildung vollzogen wird: Während im zweiten Teil die

„Verfahren der objektiven Rechtsfeststellung“ – und damit die abstrakte Normenkontrolle, das Kompetenzfreigabeverfahren, die konkrete Normenkontrolle, das Normenqualifikationsverfahren, das völkerrechtliche Verifikationsverfahren und die Divergenzvorlage – behandelt werden, widmet sich der Verfasser im dritten Teil im gebotenen Umfang den auch in praxi besonders bedeutenden Verfassungsbeschwerdeverfahren. Es schließen sich als kontradiktorische Verfahren im vierten Teil vor allem das bundesverfassungsgerichtliche Organstreitverfahren und der Bund-Länder-Streit an, ohne dass die anderen föderativen Streitigkeiten nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG ausgespart blieben.

Dem Anspruch, eine umfassende Betrachtung des Verfassungsprozessrechts vorzulegen, wird der Verfasser auch im Übrigen gerecht: Denn sowohl die sog. „Verfassungsschutzverfahren“ als auch die „Sonstigen Verfahren“, bei denen der Autor vor allem auch die Wahlprüfungsbeschwerde (Art. 41 Abs. 2 GG) beleuchtet, werden in den Teilen 5 und 6 behandelt. Auch der in der Verfassungsgerichtspraxis nicht unbedeutende Einstweilige Rechtsschutz nach § 32 BVerfGG erfährt eine gebührende Berücksichtigung.

Alles in allem ist Schwarz ein vorzügliches Werk zum Verfassungsprozessrecht gelungen. Wenn aus Sicht des Rezensenten kritische Anmerkungen – oder vielleicht eher Desiderata mit Blick auf die zweite Auflage – angebracht werden dürfen, so betreffen diese einen nur gestreiften, aber doch bedeutsamen Aspekt des Verfassungsprozessrechts insgesamt: nämlich die Wechselbeziehungen zwischen Landesverfassungsprozessrecht und Bundesverfassungsprozessrecht. Ohne dies zu einem Malus des hier besprochenen Werkes zu erheben (zumal die Bezüge ja an geeigneter Stelle auch in Teilen hergestellt werden), wäre es ein veritabler Gewinn für das vorliegende Werk, würde künftig wenigstens in Grundzügen auch die Rolle der Landesverfassungsgerichte noch stärker berücksichtigt. Dem Rezensenten schwebt dabei – freilich dem einschlägigen Forschungsinteresse geschuldet – natürlich auch die Rolle der Landesverfassungsgerichte in Verfahren der direkten Demokratie vor, die nicht erst in den vergangenen Jahren an Bedeutung gewonnen haben. Dies möge jedoch als Randnotiz und Anregung verstanden sein.

Das hier besprochene Werk verdient in der Gesamtschau großes Lob. Es reiht sich in die (wie eingangs gezeigt: überschaubare) Lehrbuchliteratur zum Verfassungsprozessrecht nicht nur nahtlos ein. Schwarz hat vielmehr einen deutlichen „Treffer“ über das Erwartbare hinaus gelandet – nicht nur für die „studierende Zunft“.



Prof. Dr. Arne Pautsch | Professur für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften and der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg

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

▶ **Inhaltsverzeichnis**

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
Dr. Alexander Bechtel
Prof. Dr. Sarah Bunk
Richterin Dr. Caprice Doerbeck
RA Dr. Pius O. Dolzer
Jonas Eberhardt
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
Nina Fischer, Maître en Droit (Marseille)
RA Steffen Follner
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
RR Dr. Christine Keilbach
Prof. Dr. Christian F. Majer
(Schriftleiter)
Prof. Dr. Torsten Noak
Marcus Nonn
Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel.
(Stellvertretender Schriftleiter)
Julia Zaiser

Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Doblerstrasse 15
D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand

Prof. Dr. Christian F. Majer
(*Vorsitzender*)
Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel.
(*Stellv. Vorsitzender*)
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
(*Schatzmeister*)
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
(*Ressortleiter Strafrecht*)
Prof. Dr. Arne Pautsch
(*Ressortleiter Öffentliches Recht*)

12. Jahrgang (2022)

ISSN 2195-044X

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
StA Dr. Ralf Dietrich
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
ELB Jochen Heinz
Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirchdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
Prof. Dr. Dominik Skauradzsun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
MR Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
Prof. Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>
E-Mail: ▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:
▶ **Thümmel, Schütze & Partner** | ▶ **BRP Renaud & Partner** | ▶ **Boorberg Verlag**

Beiträge aus früheren Ausgaben

1/2022	Judith Klink-Straub	Schuldrechtsreform 2.0	► lesen
1/2022	Dr. Arne Pautsch Jana Müser	Selbstvollziehendes Gesetz und Verwaltungsvollzugsvorbehalt	► lesen
4/2021	Maria Spinnler	Unterlassungsstrafbarkeit staatlicher Entscheidungsträger?	► lesen
3/2021	Marie-Sophie Herlein	Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der europäischen Integration	► lesen
2/2021	Nora Rzadkowski	Längst überfällig: Die Revidierte Europäische Sozialcharta ist in Kraftgetreten!	► lesen
2/2021	Michael Hippeli	Netiquette im digitalen Lehrbetrieb	► lesen
1/2021	Michael Hippeli	Struktur der strafprozessualen Verhandlungsunfähigkeit	► lesen
1/2021	Christian F. Majer Arne Pautsch	„Ugah, Ugah“ und die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis	► lesen
4/2020	Torsten Noak	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger – und kein Ende!	► lesen
4/2020	Gesine Berthold	Immunitätsausweise in Zeiten von Corona	► lesen
3/2020	Michael Hippeli	Smart Contracts	► lesen
3/2020	Friederike Meurer	Arbeitsrecht in Zeiten von Corona	► lesen
2/2020	Leonie Schmitt	Diskriminierung durch Maschinelles Lernen	► lesen
2/2020	Matthias Müller	Gemeinderatssitzungen per Video	► lesen
1/2020	Florian Außem	Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus	► lesen
1/2020	Arne Pautsch	Corona und Grundgesetz	► lesen
4/2019	Jonas Rohde	Zwangshaft gegenüber Amtsträgern	► lesen
3/2019	Hans-Dieter Pfannenstiel Gordon von Miller	Wölfe in Deutschland	► lesen
2/2019	Christian Knoth	Fluggastrechte in der Europäischen Union	► lesen
1/2019	Arne Pautsch	Geschlechterparität im Bundestag?	► lesen
4/2018	Michael Hippeli	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren	► lesen
3/2018	Christian F. Majer	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung	► lesen
2/2018	Torsten Noak	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger	► lesen
2/2018	Arne Pautsch	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg	► lesen
1/2018	Antonia Braun	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz	► lesen
4/2017	Arne Pautsch	Die Wahlpflicht	► lesen
4/2017	Momme Buchholz Helge Hölken Elisa Kuhne	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung	► lesen
3/2017	Sascha Sebastian	Die Inhaftierung „islamistischer Gefährder“ als menschenrechtliches Problem	► lesen
3/2017	Benjamin Bungarten	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers	► lesen
2/2017	Susanne Bertow	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?	► lesen

2/2017	Markus Meißner Philipp Fitzek	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)	► lesen
1/2017	Tim P. Holler Christoph J. Bender	Der Ehebegriff als Methodenproblem	► lesen
1/2017	Torsten Noak	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt	► lesen
4/2016	Philipp Tolga Mavituna	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen	► lesen
4/2016	Markus Meißner	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen	► lesen
3/2016	Sarah Bunk	Ist Ämterpatronage strafbar?	► lesen
2/2016	Christian F. Majer Guido Philipp Ernst	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?	► lesen
1/2016	Torsten Noak	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben	► lesen
4/2015	Sascha Brüggemann	Anonymität im Internet	► lesen
3/2015	Patrick Christian Otto	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts	► lesen
3/2015	Christian F. Majer	Die Strafbarkeit der Zwangsheirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen	► lesen
2/2015	Simon Pschorr	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle	► lesen
2/2015	Arne Pautsch	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand	► lesen
1/2015	Christian Picker	Das neue Mindestlohngesetz	► lesen
4/2014	Caprice Nina Doerbeck	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?	► lesen
4/2014	Sascha Brüggemann	Datenkrake NSA	► lesen
3/2014	Alexander Bechtel	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?	► lesen
2/2014	Christian F. Majer	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung	► lesen
2/2014	Philipp K. Kauffmann	In dubio pro – Selbstanzeige?	► lesen
1/2014	Andreas Lohbeck	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?	► lesen
4/2013	Philipp Kauffmann	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat	► lesen
4/2013	Stanyo Dinov	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan	► lesen
3/2013	Sebastian Brüggemann	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit	► lesen
2/2013	Joachim Renzikowski	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.	► lesen
1/2013	Andreas Lohbeck	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht	► lesen
1/2013	Hartmut Kilger Christian F. Majer	Die Ethik und die Rechtsanwälte	► lesen
4/2012	Tobias Rist	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern	► lesen
3/2012	Christian F. Majer	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten	► lesen
2/2012	Paul Popescu	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe	► lesen

1/2012	<i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen	▶ lesen
1/2012	<i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?	▶ lesen
1/2011	<i>Dominik Skauradszun Felix Hornfischer</i>	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten	▶ lesen
1/2011	<i>Werner Walk Nils Wiese</i>	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung	▶ lesen

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –
Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter
▶ www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer re-view“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an redaktion@zeitschrift-jse.de. Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift „**Jura Studium & Examen (JSE)**“ richtet sich, wie im Namen schon angedeutet, vorwiegend an Jura-Studenten und Rechtsreferendare. Sie ist aber keine klassische Ausbildungszeitschrift und will zu diesen auch nicht in Konkurrenz treten. Didaktische Beiträge, Überblicksaufsätze, Grundfälle, Grundlagenbeiträge und dergleichen werden in ihr nicht zu finden sein.

Stattdessen enthält sie in ihrem Aufsatzteil Beiträge zu Themen mit aktuellem politischen oder rechtspolitischen und auch -ethischen Hintergrund. Solche Themen sind zugleich häufig von hoher Examensrelevanz, insbesondere in der mündlichen Prüfung; sie sind jedoch auch beliebter Gegenstand von Examensklausuren. Unabhängig davon sind sie auch für Studenten und Referendare von allgemeinem Interesse. Die Zeitschrift möchte so auch die Teilhabe der Studenten und Referendare an der aktuellen juristischen Debatte ermöglichen und fördern. Nicht zuletzt möchte die Zeitschrift Themen mit rechtsethischem Bezug ein Forum geben. Die Beiträge werden vom jeweils fachlich zuständigen Beirat begutachtet („peer-review“).

Dabei ist eine gewisse Aktualität naturgemäß von besonderer Bedeutung. Wir erklären dem Autor daher eine Garantie der zeitnahen Veröffentlichung: wenn ein Beitrag angenommen wird, wird er in der nächsten oder übernächsten Ausgabe veröffentlicht. Der Autor kann ansonsten anderweitig disponieren und den Beitrag ggfs. zu einem späteren Zeitpunkt nochmals einreichen.

Die Zeitschrift setzt einen besonderen Schwerpunkt auf Examenskandidaten, wie schon im Namen zum Ausdruck gebracht. Sie enthält daher die zwar nicht nur, aber vor allem für die Examensvorbereitung wichtigen Klausuren zur Übung. Dabei liegt der Schwerpunkt auf Klausuren aus Examensklausurenkursen und dem Original-Staatsexamen.

Von zentraler Bedeutung in der Examensvorbereitung ist auch die Kenntnis der aktuellen examensrelevanten Rechtsprechung. Die Zeitschrift enthält daher die wichtigsten aktuellen Urteile, knapp und übersichtlich unter Verwendung von Originalzitate aufbereitet.

Die Zeitschrift ist so konzipiert, dass ihre Lektüre von der ersten bis zur letzten Seite für den Leser von Relevanz ist. Auf Beiträge, die nur einen kleinen Kreis interessieren, wird daher weitgehend verzichtet. Beispielsweise sind Klausuren aus dem Schwerpunktbereich von untergeordneter Bedeutung – sie sind für die Mehrzahl der Leser nicht von Relevanz. Dasselbe gilt für Berichte über Auslandsstudien und Praktika – auf sie wird daher vollständig verzichtet. Verzichtet werden soll letztendlich auch auf allgemeine wissenschaftliche Beiträge und Urteilsanmerkungen. Sie sollen den einschlägigen Fachzeitschriften vorbehalten bleiben.

ISSN 2195-044X



9 772195 044008