



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)
RD Jochen Heinz
ORR 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 Skauradzun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
RiLG 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 Prof. Dr. Rüdiger Wulf

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

AUS DEM INHALT

BEITRÄGE

Gesine Berthold

Immunitätsausweise in Zeiten von Corona

Torsten Noak

Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger –
und kein Ende!

KLAUSUREN

Michael Hippeli

Strafrecht: „Corona-Demos“

Michael Hippeli

Rechtsberatung: „Corona-Bußgeld“

RECHTSPRECHUNG

BGH

Vorhandensein von Vorerkrankungen als Mangel eines Tieres

BGH

Qualifikationsspezifischer Risikozusammenhang
im Rahmen des § 251 StGB

BVerfG

Bestandsdatenauskunft II

VGH Baden-Württemberg

Beherbergungsverbot wegen Unverhältnismäßigkeit
außer Vollzug gesetzt

INHALTSVERZEICHNIS

Beiträge

Gesine Berthold

Immunitätsausweise in Zeiten von Corona

Seite ▶ 138

Torsten Noak

Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger –
und kein Ende!

Seite ▶ 148

Klausuren

Michael Hippeli

Fortgeschrittenenklausur Strafrecht:
„Corona-Demos“

Seite ▶ 154

Michael Hippeli

Assessorexamensklausur – Rechtsberatung:
„Corona-Bußgeld“

Seite ▶ 165

Rechtsprechung Zivilrecht

BGH

Vorhandensein von Vorerkrankungen als Mangel eines Tieres
Urteil vom 30.10.2019 (*Christine Keilbach*)

Seite ▶ 174

Rechtsprechung Strafrecht

BGH

Qualifikationsspezifischer Risikozusammenhang
im Rahmen des § 251 StGB
Beschluss vom 17.03.2020 (*Alexander Bechtel*)

Seite ▶ 177

BGH

Tätige Reue nach Brandstiftung durch Rettung des Opfers
Beschluss vom 27.05.2020 (*Maximilian Nussbaum*)

Seite ▶ 181

AG Stuttgart

Zum Begriff des öffentlichen Raums iSd. Corona-VO
Beschluss vom 08.09.2020 (*Guido Philipp Ernst*)

Seite ▶ 186

OLG Stuttgart

Untersagung des Besitzes eines vollzugskritischen Buches
im Strafvollzug
Beschluss vom 11.08.2020 (*Caprice Doerbeck*)

Seite ▶ 188

Rechtsprechung Öffentliches Recht

BVerfG

Bestandsdatenauskunft II
Beschluss vom 27.05.2020 (*Julia Zaiser*)

Seite ▶ 192

VGH Baden-Württemberg

Beherbergungsverbot wegen Unverhältnismäßigkeit
außer Vollzug gesetzt
Beschluss vom 15.10.2020 (*Jonas Eberhardt*)

Seite ▶ 201

Rezension

Christian F. Majer

Möllers, Juristische Methodenlehre
3. Aufl. (2020)

Seite ▶ 205

EDITORIAL

Das Jahr endet – leider wenig überraschend – mit einer andauernden globalen Pandemie. Diese beherrscht nicht nur weitestgehend den Nachrichtenzyklus und aufgrund eines anhaltenden Lockdowns auch das Privatleben vieler Menschen im Lande. Sie führt auch dazu, dass ein nicht unerheblicher Teil des juristischen Schrifttums dieser Tage dominiert wird von SARS-CoV-2. Gleichwohl besteht mit der langsam anlaufenden Impfkampagne die Hoffnung, dass zumindest das neue Jahr nicht von Fallzahlen und Inzidenzwerten beherrscht wird.

Ganz in diesem Sinne beschäftigt sich der erste **Beitrag** im Heft mit einer Frage, die mit zunehmender Verbreitung eines Impfschutzes noch große Relevanz erlangen dürfte. Unter dem Titel „*Immunitätsausweise in Zeiten von Corona - Sonderrechte für Gesunde?*“ setzt sich BERTHOLD damit auseinander, wie derartige Nachweise rechtlich und ethisch zu bewerten sind.

Im zweiten Beitrag in diesem Heft befasst sich sodann NOAK in „*Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger – und kein Ende!*“ mit der Frage der Unionsrechtskonformität des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II im Lichte einer aktuellen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes.

Beide **Klausuren** entstammen dieses Mal zumindest im weitesten Sinne dem **Strafrecht** und haben einen Bezug zur Corona-Pandemie. Zunächst richtet sich HIPPELI mit „*Corona-Demos*“ an Studenten der Fortgeschrittenübung und bereitet für diese einige strafrechtliche Einschränkungen der Äußerungsfreiheit didaktisch auf, sowie im zweiten Teil auch einige Probleme des Schutzes von Körper und Gesundheit im Zusammenhang mit Covid-19. Ebenfalls von HIPPELI ist die zweite Klausur. In „*Corona-Bußgeld*“ werden für Rechtsreferendare einige Fragen des **Bußgeldrechts** bei Verstößen gegen staatliche Maßnahmen zum Gesundheitsschutz vorgestellt. Konkret in Form einer rechtsberatenden Aufgabenstellung.

Den Anfang bei der **Rechtsprechung** macht eine **zivilrechtliche** Fragestellung. Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes war hier dazu berufen, zu entscheiden, inwiefern das Vorhandensein von Vorerkrankungen eines Tieres dessen Mangelhaftigkeit im Sinne des Kaufrechts begründen kann (KEILBACH)

Auch im **Strafrecht** geht es zunächst um zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. Zunächst sollte der 3. Strafsenat darüber befinden, ob der qualifikationsspezifische Zurechnungszusammenhang im Rahmen des § 251 StGB auch bei Todes-eintritt infolge eines an eine Patientenverfügung an-knüpfernden Unterlassens der Weiterbehandlung des Tatopfers fortbesteht (BECHTEL). Sodan war dem 1. Strafsenat die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob § 306e Abs. 1 StGB ist auf die Qualifikation des § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB analog anzuwenden, wenn der Täter – anstatt den Brand zu löschen – die (konkrete) Lebensgefahr für das Opfer freiwillig durch anderweitige Rettungshandlungen beseitigt (NUSSBAUM). In einer aktuellen Entscheidung des AG Stuttgart geht es sodann darum, inwiefern auch ein PKW „öffentlicher Raum“ im Sinne der baden-württembergischen Coronaverordnung sein kann (ERNST) und schließlich hatte der 4. Strafsenat des OLG Stuttgart mit der Unter-sagung des Besitzes eines vollzugskritischen Buches im Strafvollzug zu befassen (DOERBECK).

Das **Öffentliche Recht** beginnt dieses Mal mit einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts. Dieses musste sich einmal mehr mit der Verfassungsgemäßheit einer Auskunft über Bestandsdaten auseinandersetzen (ZAI-SER). In der zweiten Entscheidung ging es sodann vor dem Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg um die Frage, inwiefern ein landesweites Beherbergungsverbot zur Eindämmung einer Infektionskrankheit verhältnismäßig ist (EBERHARDT).

Das Heft endet mit einer Rezension der neuesten Auflage des Werkes „Juristische Methodenlehre“ von Möllers (MAJER).

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

Sascha Sebastian, M.mel.
Stellvertretender Schriftleiter

BEITRAG

Ri'nVG Dr. Gesine Berthold*

Immunitätsausweise in Zeiten von Corona

Sonderrechte für Gesunde?

Gliederung

Abstract

A) Immunitätsausweise: Medizinische Grundlagen

- I. Immunität
- II. Nachweis der Immunität
 1. Antikörpertest
 2. Impfbescheinigung
 3. Zwischenergebnis

B) Immunitätsausweise im Kontext des Infektionsschutzgesetzes

- I. Infektionsschutzrecht als Gefahrenabwehrrecht
 1. Maßnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten
 2. Maßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten
 3. Maßnahmen im Kontext der COVID-19-Pandemie
- II. Ermessen und Störerauswahl
- III. Funktion von Immunitätsausweisen
 1. Tatbestand
 2. Rechtsfolge
 3. Ermessen
 4. Bewertung

C) Ethische und rechtliche Grenzen von Immunitätsausweisen

- I. Gerechtigkeit: keine Verstärkung der Impf-Ungleichheit
- II. Autonomie: kein faktischer Impfpflicht
- III. Akzeptanz und Solidarität

D) Fazit

Abstract

Mit dem „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ (Zweites Bevölkerungsschutzgesetz) hat die Bundesregierung am 29. April 2020 eine Formulierungshilfe für die Regierungsfractionen vorgelegt, welche unter anderem die Regelung für einen Immunitätsausweis enthielt.¹ Ein solcher Immunitätsausweis würde Menschen nach überstandener COVID-19-Infektion bzw. einer Impfung den Nachweis ermöglichen, dass sie eine Immunität entwickelt haben und die Krankheit daher nicht weiterverbreiten können. Dieser Entwurf löste in der Öffentlichkeit ein großes, überwiegend kritisches Echo aus. Teilnehmer sogenannter „Hygienedemonstrationen“ sahen hierin einen Beleg für die bevorstehende Einführung einer Impfpflicht. Aber auch in der Wissenschaft mehrten sich kritische Stimmen. Der sog. „Corona-Pass“ sei „inhuman“ und „verfassungswidrig“², führe zu „sozialer Stigmatisierung“³ und gefährde sogar den Infektionsschutz, weil derzeit kein wissenschaftlicher Nachweis dafür bestehe, dass Personen nach einer überstandenen COVID-19-Erkrankung dauerhaft immun seien.⁴ Aufgrund der weitreichenden Kritik wurde der Vorschlag eines Immunitätsausweises zwar in den Beratungen zum Zweiten Bevölkerungsschutzgesetz aus dem Gesetzesentwurf gestrichen⁵ und auch beim jüngst verabschiedeten Dritten Bevölkerungsschutzgesetz⁶ nicht wieder aufgegriffen. Gleichwohl rückt die Frage, in welchem Umfang geimpfte oder immune Personen von den gegenwärtigen infektionsschutzrechtlichen Beschränkungen ausgenommen werden können, mit der unmittelbar bevorstehenden Zulassung⁷ von Impfstoffen gegen COVID-19 wieder in den Vordergrund.⁸

Die Frage, welche Rolle individuelle Gesundheitszeugnisse bei der Abwehr pandemiebedingter Freiheitseinschränkungen spielen können, stellt sich jedoch auch ohne Rücksicht auf die Impfungen, deren flächendeckende Verabreichung noch viele Mo-

* Die Autorin ist Referentin am Ministerium der Justiz und für Europa Baden-Württemberg. Der Aufsatz gibt ausschließlich ihre persönliche Auffassung wieder. Die Autorin dankt Frau Dr. med. Patricia Aden für wertvolle Hinweise.

¹ https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Daten/3_Downloads/Gesetze_un_d_Verordnungen/GuV/S/Entwurf_Zweites_Gesetz_zum_Schutz_der_Bevolkerung_bei_einer_epidemischen_Lage_von_nationaler_Trageweite.pdf, abgerufen am 18.12.2020.

² *Boehme Nessler*, Die Zeit, Artikel vom 05.05.2020, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-05/immunitaetsausweis-coronavirus-antikoerpertest-grundrechte-verfassungsrechtler-volker-boehme-nessler>, abgerufen am 18.12.2020.

³ *Drosten*, Coronavirus Update Folge 36 vom 28.05.2020, <https://www.ndr.de/nachrichten/info/36-Coronavirus-Update-Die-Rolle-von-Kindern-ist-nicht-geklart,podcastcoronavirus200.html>, abgerufen am 18.12.2020.

⁴ WHO, Kurzmitteilung vom 24.04.2020, <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/immunity-passports-in-the-context-of-covid-19>, abgerufen am 18.12.2020

⁵ vgl. Zweites Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19. Mai 2020, BGBl. I 2020 Nr. 23 vom 22.05.2020, 1018, in welcher die entsprechende Regelung fehlt.

⁶ Vgl. Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020, BGBl. I 2020 Nr. 52 vom 18.11.2020, 2397.

⁷ Nach Mitteilung der Bundesregierung wird mit der Zulassung der ersten Impfstoffe noch im Dezember 2020 gerechnet, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/coronavirus-impfung-faq-1788988>, abgerufen am 18.12.2020.

⁸ Hierzu grundlegend Deutscher Ethikrat, Immunitätsbescheinigungen in der Covid-19-Pandemie, Stellungnahme vom 22.09.2020, S. 9; <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-immunitaetsbescheinigungen.pdf>, abgerufen am 18.12.2020.

nate in Anspruch nehmen wird. Zum einen ist durch das Wiederaufflammen des Infektionsgeschehens seit dem Herbst der Anteil derjenigen Personen gestiegen, die aufgrund durchstandener COVID-19-Erkrankung bzw. Infektion mit SARS-CoV-2 möglicherweise immun gegen das Virus sind und eine Befreiung von infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen begehren. Zum anderen stehen schon nach derzeitiger Regelung eine Reihe von Freiheitseinschränkungen unter dem Vorbehalt der Vorlage eines Gesundheitszeugnisses im Sinne eines negativen „Corona-Tests“ (zum Begriff vgl. unter II.1). So ist ein Reiserückkehrer aus dem Ausland bei Vorlage eines hinreichend aktuellen negativen Testergebnisses von der Quarantänepflicht befreit⁹ und eine Kontaktperson eines SARS-CoV-2 Infizierten kann durch Vorlage eines negativen „Corona-Tests“ unter bestimmten Umständen die Dauer einer Quarantäneanordnung verkürzen.¹⁰ Entsprechende Sonderrechte für negativ getestete Personen galten auch in den zwischenzeitlich aufgehobenen bzw. ausgelaufenen Beherbergungsverboten für Reisende aus Risikogebieten.¹¹

Wie aus diesen Beispielen ersichtlich wird, sind wie auch immer geartete „Sonderrechte“ für nachweislich nicht infizierte Personen bzw. für Immune einerseits ethisch begründungsbedürftig und haben das Potenzial, die Gesellschaft zu spalten. Andererseits können sie aber dazu dienen, epidemiebedingte Freiheitseinschränkungen auf das im Einzelfall notwendige Maß zu reduzieren und damit die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft im Epidemiefall zu sichern. Diesem Spannungsfeld widmet sich der vorliegende Artikel.

A) Immunitätsausweise: Medizinische Grundlagen

I. Immunität

Als Immunität bezeichnet man in der Medizin einen Zustand, in dem der Organismus vor Krankheitserregern geschützt ist. Der Schutz kommt durch unterschiedliche Abteilungen des Immunsystems zustande. Das unspezifische Immunsystem wehrt allgemein Krankheitserreger ab, z. B. durch die Haut- und Schleimhautbarriere oder durch Stoffe, die eindringende Mikroorganismen schädigen. Das spezifische Immunsystem dagegen ist gegen bestimmte Erreger gerichtet. Die spezifische Immunität muss der Körper durch den Kontakt mit dem Erreger erst erwerben. Dabei erkennt der Organismus auf der Hülle des Krankheitserregers bestimmte Antigene, über die er den Erreger identifiziert. Die Abwehrmaßnahmen richten sich gegen diese Antigene, indem der Körper im Blut nachweisbare Antikörper bildet,

welche die Antigene blockieren (humorale Immunität). Zugleich werden Zellen aktiviert, die die eingedrungenen Krankheitserreger angreifen und Informationen darüber speichern, um bei einem zweiten Kontakt mit demselben Erreger schnell reagieren zu können (zelluläre Immunität). Das immunologische Gedächtnis ist die Grundlage für eine länger andauernde Immunität. Die Dauer der Immunität ist bei den verschiedenen Infektionskrankheiten unterschiedlich, sie kann wenige Wochen oder auch ein Leben lang dauern.

II. Nachweis der Immunität

Eine Immunität des Organismus kann entweder durch einen Antikörpertest oder durch die Bestätigung einer durchgeführten Impfung nachgewiesen werden.

1. Antikörpertest

Bei einem Antikörpertest werden im Serum des Blutes Antikörper gegen den Mikroorganismus nachgewiesen. Aus diesem Nachweis kann geschlossen werden, dass der Organismus sich mit dem Virus auseinandergesetzt hat – entweder auf natürlichem Wege durch eine Infektion oder künstlich herbeigeführt durch eine Impfung. Bei einer ausreichenden Konzentration von Antikörpern ist grundsätzlich von einer Immunität auszugehen.

In welchem Maße bei einer Infektion mit SARS-CoV-2 Antikörper gebildet werden, wie sie wirken und wie lange sie eine Immunität vermitteln, ist derzeit noch nicht ausreichend erforscht.¹² Aktuelle Untersuchungen belegen, dass fast alle symptomatisch an COVID-19 Erkrankten Antikörper bilden.¹³ Hierbei gibt es eine Vielzahl von Antikörpertypen, welche auf unterschiedliche Weise wirken. Ob und in welchem Maße die verschiedenen Antikörper Schutz gegen eine erneute Infektion mit SARS-CoV-2 bieten, ist noch nicht geklärt. Allerdings wurde in Labortests gezeigt, dass Personen nach durchstandener SARS-CoV-2 Infektion spezifische Antikörper entwickeln, die das Virus neutralisieren können und mit großer Wahrscheinlichkeit zu einer Immunität des Probanden führen.¹⁴ Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt eine Studie aus New York, die zeigt, dass fast alle Personen mit einer nachgewiesenen COVID-19-Erkrankung Antikörper gebildet hatten.¹⁵ Eine weitere Frage ist, wie lange die Bildung von Antikörpern anhält. Bei den ebenfalls durch Coronaviren verursachten Erkrankungen SARS-1 und MERS geht man von drei Jahren aus. Auch wenn Langzeiterfahrungen naturgemäß noch nicht vorliegen, bestehen nach derzeitigem

⁹ vgl. § 1 Abs. 7 Nr. 5 der niedersächsischen Verordnung zur Quarantänemaßnahmen für Ein- und Rückreisende zur Eindämmung des Corona-Virus (Niedersächsische Quarantäne-Verordnung) vom 06.11.2020, <https://www.niedersachsen.de/Coronavirus/vorschriften-der-landesregierung-185856.html>, abgerufen am 18.12.2020.

¹⁰ vgl. § 4 Abs. 4 Nr. 3 der baden-württembergischen Verordnung des Sozialministeriums zur Absonderung von mit dem Virus SARS-CoV-2 infizierten oder krankheitsverdächtigen Personen und deren Haushaltsangehörigen (Corona-Verordnung Absonderung – CoronaVO Absonderung) vom 01.12.2020, <https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/aktuelle-infos-zu-corona/uebersicht-corona-verordnungen/coronavo-absonderung/>, abgerufen am 18.12.2020.

¹¹ Beherbergungsverbote für Personen aus Risikogebieten wurden in großer Zahl wegen voraussichtlicher Rechtswidrigkeit außer Vollzug gesetzt, vgl. etwa VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 15.10.2020 – 1 S 3156/20; OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27.10.2020 – 3 R 205/20; BayVGH, Beschl. v. 28.07.2020 – 20 NE 20.1609.

¹² BZgA, Krankheitsverlauf und Immunität, <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/fragen-und-antworten/krankheitsverlauf-und-immunitaet.html>, abgerufen am 18.12.2020.

¹³ Ärzteblatt.de, Artikel vom 11.05.2020, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/112734/COVID-19-Fast-alle-Patienten-mit-bestaetigter-Erkrankung-entwickeln-eine-Immunitaet>, abgerufen am 18.12.2020.

¹⁴ Eckert, Ärzteblatt.de, Artikel vom 12.06.2020, <https://www.aerzteblatt.de/archiv/214379/COVID-19-Was-Antikoerper-aussagen-koennen>; Deutsche Apothekerzeitung.de, Artikel vom 01.12.2020, Wie lange ist man immun?, <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2020/12/01/wie-lange-ist-man-immun>, jeweils abgerufen am 18.12.2020.

¹⁵ Ärzteblatt.de, Artikel vom 11.05.2020, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/112734/COVID-19-Fast-alle-Patienten-mit-bestaetigter-Erkrankung-entwickeln-eine-Immunitaet>, abgerufen am 18.12.2020.

Stand der Forschung Hinweise darauf, dass nach einer durchstandenen Infektion mit SARS-CoV-2 eine dauerhafte und robuste Immunität erreicht wird.¹⁶ Für den beabsichtigten rechtlichen Zweck ist eine eindeutige Definition dessen, was unter Immunität verstanden wird, unerlässlich und setzt eine – möglichst europaweite – Standardisierung von Tests voraus.

Der Antikörpertest ist nicht zu verwechseln mit dem „Corona-Test“, der das Ziel hat, eine akut vorliegende Infektion mit SARS-CoV-2 auszuschließen. Grundlage einer solchen Bescheinigung ist ein sog. PCR-Test¹⁷, bei dem auf der Basis eines Nasen-Rachen-Abstrichs die Viruskonzentration in den Sekreten bestimmt wird. Hierdurch kann mit hoher Zuverlässigkeit¹⁸ nachgewiesen werden, ob zum Zeitpunkt des Abstrichs eine Infektion vorlag. Eine Aussage über eine zurückliegende Infektion oder eine zukünftige Immunität ist damit – anders als beim Antikörpertest – allerdings nicht möglich.¹⁹

2. Impfbescheinigung

Neben dem Antikörpertest kann die Immunität auch durch die Bescheinigung einer Impfung festgestellt werden. Die Immunität wird in diesem Fall nicht durch serologische Untersuchungen des Patienten auf einen Antikörper nachgewiesen, sondern beruht auf der Annahme der Wirksamkeit des Impfstoffes, die im Zulassungsverfahren nachgewiesen werden muss.²⁰ Eine Immunität infolge einer Impfung darf allerdings nur unter der Voraussetzung angenommen werden, dass diese nach den Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (STIKO) durchgeführt wurde.²¹ Die Impfeempfehlungen dieser Kommission sind auch bei Standardimpfungen ständig im Fluss, wie die jährlichen Aktualisierungen der Impfeempfehlungen durch die STIKO zeigen.²²

Derzeit entwickeln mehr als 227 Arbeitsgruppen weltweit Impfstoffe gegen SARS-CoV-2, wobei unterschiedliche Technologien zum Einsatz kommen. 47 Impfstoffe sind in der klinischen Phase, mehr als 155 werden in präklinischen Studien erprobt.²³

Als erstes Land meldete Russland am 11. August 2020 die Zulassung eines Impfstoffes „Sputnik V“. Diese Zulassung erfolgte allerdings nicht nach den weltweit gültigen Standards.²⁴ Am 2. Dezember hat Großbritannien als erstes Land die temporäre Notfallzulassung für den COVID-19 Impfstoff des Mainzer Pharmaunternehmens BioNTech und seines US-Partners Pfizer erteilt. Entsprechende Zulassungsanträge für diesen Impfstoff und das Konkurrenzprodukt des Herstellers Moderns wurden am 30.11.2020 bei der Europäischen Arzneimittelagentur gestellt.²⁵ Studien haben ergeben, dass die Impfstoffkandidaten zuverlässig vor einer symptomatischen COVID-19-Erkrankung schützen.²⁶ Unklar ist indes, ob die Impfung auch verhindert, dass der Geimpfte sich mit dem SARS-CoV-2-Erreger ansteckt und diesen weitergibt (sog. sterilisierende Immunität).²⁷

3. Zwischenergebnis

Aus den vorstehenden Erläuterungen ergibt sich, dass sowohl der Antikörpernachweis als auch der Nachweis einer Impfung grundsätzlich taugliche Mittel sein können, um die Immunität einer Person gegen einen Erreger festzustellen. Für SARS-CoV-2 gilt das allerdings unter dem Vorbehalt, dass die abschließenden Studien über die Dauer und Wirksamkeit neutralisierender Antikörper ebenso ausstehen, wie verlässliche Aussagen zur Frage, ob die Impfstoffe eine sterilisierende Immunität vermitteln. Solange beides nicht zuverlässig nachgewiesen werden kann, widerspricht es der effektiven Gefahrenabwehr, allein aufgrund der durchgeführten Impfung bzw. aufgrund einer durchstandenen COVID-19-Erkrankung einen Immunitätsausweis auszustellen. Vor diesem Hintergrund fehlt der Einführung eines Immunitätsausweises entsprechend der im Entwurf²⁸ zu § 22 IfSG vorgesehenen Immunitätsdokumentation derzeit die wissenschaftliche Grundlage.²⁹ Aufgrund der intensiven Forschungsbemühungen ist jedoch zu erwarten, dass diese mittelfristig vorliegen werden.

¹⁶ Kamps/Hoffmann, Covid Reference International, 5. Aufl. (Dezember 2020), S. 311, <https://amadeo.com/CovidReference05.pdf>, abgerufen am 18.12.2020.

¹⁷ Die Abkürzung steht für „polymerase chain reaction“ (Polymerase Kettenreaktion). Durch dieses Verfahren wird das genetische Material des Abstrichs vervielfältigt und Gensequenzen des Virus untersucht, s. Quarks.de, Artikel vom 12.08.2020, <https://www.quarks.de/gesundheit/medizin/corona-test-wie-funktioniert-der-test/>, abgerufen am 18.12.2020.

¹⁸ Schlenger, Ärzteblatt.de, Artikel vom 12.06.2020, <https://www.aerzteblatt.de/archiv/214370/PCR-Tests-auf-SARS-CoV-2-Ergebnisse-richtig-interpretieren>, abgerufen am 18.12.2020.

¹⁹ Daneben besteht noch der Antigen-Test, mit welchem nicht das Erbmateriale des Virus, sondern Eiweißfragmente (Proteine) des Virus nachgewiesen werden. Er dient dem Nachweis, ob die getestete Person zum Zeitpunkt der Testung das Virus weitergeben kann.

²⁰ Zum Zulassungsverfahren für Impfstoffe vgl. Schwani, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2002, 338 – 343.

²¹ Die STIKO ist beim Robert-Koch-Institut eingerichtet und hat die gesetzliche Aufgabe, Empfehlungen zur Durchführung von Schutzimpfungen zu geben, vgl. § 20 Abs. 2 Satz 1 und 2 Infektionsschutzgesetz (IfSG).

²² Vgl. etwa die Empfehlungen der STIKO für 2020/2021 vom 20.08.2020, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgaben/34_20.pdf, abgerufen am 12.12.2020. Nach Zulassung eines Arzneimittels wird dessen Sicherheit durch den Zulassungsinhaber und die zuständige Behörde fortlaufend überprüft (sog. Pharmakovigilanz). So können auch selten auftretende Nebenwirkungen entdeckt werden.

²³ Vgl. die detaillierte Übersicht auf vfs.de, Artikel vom 11.12.2020, Impfstoffe zum Schutz vor der Coronavirus-Infektion Covid-19,

<https://www.vfa.de/de/arzneimittel-forschung/woran-wir-forschen/impfstoffe-zum-schutz-vor-coronavirus-2019-ncov>, abgerufen am 18.12.2020.

²⁴ In der undatierten Stellungnahme des Paul-Ehrlich-Instituts wird deshalb von einer „Notzulassung“ gesprochen, vgl. <https://www.pei.de/Shared-Docs/Downloads/DE/newsroom/dossiers/zulassung-covid-19-russland.pdf>, abgerufen am 18.12.2020.

²⁵ <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/treatments-vaccines-covid-19#medicines-undergoing-evaluation-section>, abgerufen am 18.12.2020.

²⁶ Der Impfstoffkandidat des Herstellers BioNTech/Pfizer zeigte in klinischen Studien eine Wirksamkeit von 95 % bezüglich der Verhinderung einer COVID-19-Erkrankung, der Impfstoffkandidat des Herstellers Moderna zeigte eine Wirksamkeit von 94,1%, vfs.de, Artikel vom 18.12.2020, Impfstoffe zum Schutz vor der Coronavirus-Infektion Covid-19, <https://www.vfa.de/de/arzneimittel-forschung/woran-wir-forschen/impfstoffe-zum-schutz-vor-coronavirus-2019-ncov>, abgerufen am 18.12.2020.

²⁷ Simmank/Schumann/Fischer/Lüdemann, Zeit.de, Artikel vom 12.12.2020, Was die Impfung kann, die Deutschland bekommen soll, <https://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2020-12/corona-impfstoff-biontech-usa-wirksamkeit-nebenwirkungen-europa-faq>, abgerufen am 18.12.2020.

²⁸ S. Fn. 1.

²⁹ So auch: Deutscher Ethikrat, Immunitätsbescheinigungen in der Covid-19-Pandemie, Stellungnahme vom 22.09.2020 (s. Fn. 8), S. 9.

B) Immunitätsausweise im Kontext des Infektionsschutzgesetzes

I. Infektionsschutzrecht als Gefahrenabwehrrecht

Der Zweck des Infektionsschutzgesetzes ist es, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern, § 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG). Damit ist das Infektionsschutzrecht Gefahrenabwehrrecht. Ausgehend von bestimmten infektionsschutzrechtlichen Gefährdungslagen ermöglicht das IfSG Maßnahmen gegen Betroffene oder Gruppen von Betroffenen zur Überwachung (§ 6 ff. IfSG), Verhütung (§§ 16 ff. IfSG) und Bekämpfung (§§ 24 ff. IfSG) von übertragbaren Krankheiten.³⁰ Die Rechtsgrundlagen für Maßnahmen zur Verhütung und der Bekämpfung stehen in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander, so dass der Anwendungsbereich von §§ 16 ff. IfSG nur eröffnet ist, solange eine übertragbare Krankheit noch nicht aufgetreten ist; danach greifen Maßnahmen nach §§ 24 ff. IfSG.³¹

Neben den genannten Maßnahmen, deren Durchführung den nach Landesrecht bestimmten Behörden obliegt (§ 54 IfSG) regelt § 5 IfSG ergänzende Befugnisse des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG), wenn und solange der Bundestag eine epidemische Lage von nationaler Tragweite feststellt (§ 5 Abs. 1 IfSG)³², wie es am 25.03.2020 geschehen ist.³³ Die hiernach möglichen Maßnahmen des BMG umfassen Anordnungen gegenüber Einreisenden aus Risikogebieten, Maßnahmen zur Sicherstellung der Versorgung mit Arzneimitteln und zur Aufrechterhaltung der Versorgung in medizinischen und pflegerischen Einrichtungen.

1. Maßnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten

Bei der Verhütung von übertragbaren Krankheiten stehen Maßnahmen im Vordergrund, welche auf die Generalklausel (§ 16 Abs. 1 IfSG) oder auf § 17 IfSG („Besondere Maßnahmen“) gestützt werden können. Werden Tatsachen festgestellt, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können, oder ist anzunehmen, dass solche Tatsachen vorliegen, trifft die zuständige Behörde gem. § 16 Abs. 1 IfSG die „notwendigen Maßnahmen“ zur Abwendung der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren. Anders als bei den Tatbeständen zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten (s. unten) setzen Verhütungsmaßnahmen nicht voraus, dass im örtlichen Zuständigkeitsbereich³⁴ der Behörde Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden. Ausreichend ist eine konkrete Gefahr eines Auftretens der Infektion.³⁵ Eine konkrete Gefahr liegt nach den allgemeinen Grundsätzen des Gefahrenabwehr- und Polizeirechts bei einer Sachlage vor, die im Einzelfall aus der (ex-ante) Sicht eines verständigen Amtswalters in naher Zukunft die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts in sich birgt.³⁶ Damit können sich Verhütungsmaßnahmen – anders als Maßnahmen zur

Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten – beispielsweise auch auf Meldungen der Weltgesundheitsorganisation über ein neu aufgetretenes Virus oder Mitteilung eines Infektionsgeschehens in einem Nachbarland stützen, wenn anzunehmen ist, dass dieses sich auch nach Deutschland und in den Zuständigkeitsbereich der Behörde ausbreiten kann. Als „notwendige Maßnahmen“ sind grundsätzlich alle Maßnahmen denkbar, welche zur Abwehr der Gefahr erforderlich sind.³⁷ In den Fällen des § 16 Abs. 1 IfSG sind die Behörden berechtigt, zur Durchführung von Ermittlungen oder zur Überwachung von angeordneten Maßnahmen Grundstücke, Räume, Anlagen und Einrichtungen sowie Verkehrsmittel aller Art zu betreten und Bücher oder sonstige Unterlagen einzusehen und daraus Abschriften, Ablichtungen oder Auszüge anzufertigen (§ 16 Abs. 2 IfSG). § 17 IfSG ermächtigt die Behörde zu Eingriffsmaßnahmen in Bezug auf gefahrenträchtige Gegenstände (Abs. 1) und tierische Gesundheitsschädlinge (Abs. 2). § 17 Abs. 4 und 5 IfSG ermächtigen die Landesregierungen, durch Rechtsverordnung Verhütungsmaßnahmen zu erlassen oder deren Erlass an andere Stellen zu delegieren.

2. Maßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten

Sofern die sachlich zuständige Behörde bezogen auf ihren örtlichen Zuständigkeitsbereich Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider feststellt, oder Obduktionen ergeben, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, schlägt die Verhütung in die Bekämpfung um (§ 24 ff. IfSG). Die Behörde ergreift nach § 28 Abs. 1 IfSG die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Die § 28 Abs. 1 IfSG beispielhaft aufgezählten („insbesondere“) Schutzmaßnahmen (Veranstaltungs- und weitere Ansammlungsbeschränkungen sowie -verbote, Schließung von Badeanstalten oder bestimmter Gemeinschaftseinrichtungen) sind nicht abschließend.³⁸ Nach § 29 Abs. 1 IfSG können die in § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG genannten Personen einer Beobachtung unterworfen werden, womit deren Pflicht verbunden ist, erforderliche Untersuchungen zu dulden, den Anordnungen des Gesundheitsamts Folge zu leisten und den Beauftragten des Gesundheitsamts Zutritt zur Wohnung zu gestatten (§ 29 Abs. 2 IfSG). § 30 Abs. 1 IfSG regelt die „Absonderung“ in einem Krankenhaus oder einer für die betreffende Krankheit besonders geeigneten Einrichtung. Nach § 31 Abs. 1 IfSG kann den oben genannten Personen (Satz 1) sowie bei Gefahr der Weiterverbreitung auch sonstigen Personen, die den Krankheitserreger in sich oder an sich tragen (Satz 2) die Ausübung bestimmter Tätigkeiten ganz oder teilweise untersagt werden. § 32 IfSG ermächtigen die Lan-

³⁰ S. hierzu ausführlich *Giesberts/Gayger/Weyand*, NVwZ 2020, 417.

³¹ OVG Lüneburg, Urteil vom 03.02.2011 – 13 LC 198/08; BVerwG, NJW 1972, 458 (459), jeweils zu den entsprechenden und im Wesentlichen identischen Vorgängervorschriften § 10 Abs. 1 bzw. § 34 Abs. 1 BSeuchG.

³² Umfassend geändert durch das Zweite Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19.05.2020, BGBl. I 2020 Nr. 23 vom 22.05.2020, 1018.

³³ Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 154. Sitzung am 25.03.2020, 19169 (C), Tagesordnungspunkt 6a). Die dogmatische Einordnung dieser

Feststellung kann hier dahinstehen, dürfte aber Art. 80a Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 115a Abs. 1 Satz 1 GG entsprechen.

³⁴ *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1099).

³⁵ *Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, 230. EL (Mai 2020), § 16 Rn. 1.

³⁶ Allg. Definition, vgl. nur BVerwG, NJW 1974, 808 (809).

³⁷ *Giesberts/Gayger/Weyand*, NVwZ 2020, 417 (419).

³⁸ Vgl. schon die Gesetzesbegründung zu § 34 BSeuchG aF., BT-Drs. 8/2468, 27.

desregierungen, durch Rechtsverordnung Verhütungsmaßnahmen zu erlassen oder deren Erlass an andere Stellen zu delegieren.

3. Maßnahmen im Kontext der COVID-19-Pandemie

Vor Ausbruch der COVID-19-Pandemie bestanden die nach dem Infektionsschutzgesetz ergriffenen Maßnahmen vor allem darin, bei Auftreten einer Infektionskrankheit die hiervon (verdachts- halber) betroffenen Personen zu isolieren und eine Weiterverbreitung der Krankheit dadurch gezielt zu verhindern. Auch soweit zur Beherrschung von lokalen Masernausbrüchen Maßnahmen gegen einen weiteren Personenkreis ergriffen wurden (z.B. Schulbetretungsverbote für nicht geimpfte Kinder), wurden diese Maßnahmen auf § 28 Abs. 1 IfSG gestützt, was erforderte, dass diese Personen zumindest zum Kreis der Ansteckungsverdächtigen gehörten.³⁹ In einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite verschiebt sich dieses Ziel dahingehend, die Kontakte in der Bevölkerung ganz allgemein zu minimieren, um eine weitere Verbreitung des Virus unabhängig von einer bestimmten Ansteckungsquelle zu verhindern.

In der aktuellen COVID-19-Pandemie wurden von den zuständigen Behörden bundesweit verschiedenste Maßnahmen mit dem Ziel erlassen, das öffentliche Leben „herunterzufahren“ (sog. lock down), besonders vulnerable Personen zu schützen und einer Überlastung des Gesundheitssystems vorzubeugen.⁴⁰ Diese Verbote, die zunächst überwiegend auf §§ 16 Abs. 1 sowie § 28 Abs. 1 IfSG - und teilweise ergänzend auf die Polizeigesetze der Länder⁴¹ - gestützt wurden, ergingen zunächst vor allem durch Allgemeinverfügungen (§ 35 Satz 2 VwVfG) der örtlichen Ordnungsbehörden. Die Allgemeinverfügungen setzten teilweise Weisungen um, welche die für Gesundheit zuständigen Landesministerien durch entsprechende Erlasse erteilt hatten⁴², erfolgten teilweise aber auch auf eigene Initiative der zuständigen Kommunen.⁴³ Im weiteren Verlauf erließen die Landesregierungen Rechtsverordnungen auf der Grundlage von § 17 Abs. 4 bzw. § 32 IfSG, um die Schutzmaßnahmen landesweit zu vereinheitlichen. Zu den ergriffenen Regelungen gehörten Ausgangsbeschränkungen, Schulschließungen, Veranstaltungsverbote, das Verbot von Ansammlungen ab einer bestimmten Personenzahl, die Untersagung von Veranstaltungen in Kultur, Sport- und Freizeitstätten, die Untersagung des Betriebs von Vergnügungs- und Gastronomiebetrieben, das Verbot, Altenheime und Pflegeeinrichtungen zu betreten. Vor dem Hinter-

grund, dass immer mehr Gerichte die fehlende Ermächtigungsgrundlage für diese sehr weitreichenden Corona-Maßnahmen moniert hatten⁴⁴, wurde am 18. November 2020 unter großer medialer Beachtung der neue § 28a IfSG eingeführt.⁴⁵ Dieser enthält einen Katalog von insgesamt 17 nicht abschließenden Maßnahmen, die für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite in Verbindung mit § 28 Abs. 1 IfSG angeordnet werden können, wobei die zu ergreifenden Schutzmaßnahmen sich insbesondere an der Anzahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohnern richten (§ 28a Abs. 3 Satz 4 IfSG).⁴⁶ Gestützt auf diese Regelung wurde am 14. Dezember 2020 in Sachsen und im 16. Dezember 2020 im Rest des Landes das gesellschaftliche Leben wieder heruntergefahren.⁴⁷

II. Ermessen und Störerauswahl

Wird eine infektionsschutzrechtliche Gefährdungslage nach § 16 Abs. 1 oder § 24 ff. IfSG festgestellt, hat die Behörde kein Ermessen hinsichtlich des „ob“ des Eingreifens (sog. Entschließungsermessen), sondern ist zum Handeln verpflichtet.⁴⁸ Hinsichtlich von Art und Umfang der Verhütungsmaßnahmen – „wie“ des Eingreifens – ist der Behörde hingegen Ermessen eingeräumt (sog. Auswahlermessen).⁴⁹ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass sich die Bandbreite der Schutzmaßnahmen, die bei Auftreten einer übertragbaren Krankheit in Frage kommen können, nicht im Vorfeld bestimmen lässt.⁵⁰

Maßnahmen nach dem IfSG können sich zum einen gegen Personen richten, bei denen konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie für eine Weiterverbreitung der Infektion verantwortlich sind. Hierunter fallen Kranke, Krankheitsverdächtige, Ausscheider und Ansteckungsverdächtige, die in § 2 IfSG definiert sind. Ein Kranker ist eine Person, die an einer übertragbaren Krankheit erkrankt ist (§ 2 Nr. 4 IfSG); Krankheitsverdächtiger ist eine Person, bei der Symptome bestehen, welche das Vorliegen einer bestimmten übertragbaren Krankheit vermuten lassen (§ 2 Nr. 5 IfSG). Ein Ausscheider ist eine Person, die Krankheitserreger ausscheidet und dadurch eine Ansteckungsquelle für die Allgemeinheit sein kann, ohne krank oder krankheitsverdächtig zu sein (§ 2 Nr. 6 IfSG). Schließlich ist ein Ansteckungsverdächtiger eine Person, von der anzunehmen ist, dass sie Krankheitserreger aufgenommen hat, ohne krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein (§ 2 Nr. 7 IfSG). Die Aufnahme von Krankheitserregern ist im Sinne von § 2 Nr. 7 IfSG anzunehmen, wenn der Betroffene mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Kontakt zu einer infizierten Person oder einem

³⁹ OVG Lüneburg, Urteil vom 03.02.2011 – 13 LC 198/08.

⁴⁰ Vgl. Allgemeinverfügung der Landeshauptstadt Dresden über Ausgangsbeschränkungen sowie über die Einschränkung der Besuchsrechte in Krankenhäusern und vergleichbaren Einrichtungen vom 21.03.2020 zum Schutz besonders vulnerabler Personen vom 13.03.2020; Allgemeinverfügung der Stadt Köln zum Verbot von Veranstaltungen und bestimmten Gaststätten vom 14.03.2020.

⁴¹ ZB. im Hinblick auf Vollstreckungsmaßnahmen, vgl. Allgemeinverfügung der Landeshauptstadt Stuttgart zum Schutz besonders vulnerabler Personen vom 13.03.2020.

⁴² Vgl. Allgemeinverfügung der Stadt Köln zum Verbot von Veranstaltungen und bestimmten Gaststätten vom 14.03.2020.

⁴³ Vgl. Allgemeinverfügung der Stadt Erfurt über erforderliche Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus Sars-CoV-2 vom 22.04.2020 (Maskenpflicht).

⁴⁴ Vgl. VerfGH Saarland, Beschl. v. 28.08.2020 – Lv 15/20; BayVGh, Beschl. v. 29.10.2020 – 20 NE 20.2360; offen gelassen OVG Lüneburg, Beschl. v. 06.11.2020 – 13 MN 411/20.

⁴⁵ vgl. Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020, BGBl. I 2020 Nr. 52 vom 18.11.2020, 2397.

⁴⁶ Hierzu kritisch *Eibenstein*, COVuR 2020, 856-864.

⁴⁷ Vgl. etwa die Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 und COVID-19

(Sächsische Corona-Schutz-Verordnung – SächsCoronaSchVO) vom 11. Dezember 2020 ►<https://www.coronavirus.sachsen.de/download/SMS-Saechsische-Corona-Schutz-Verordnung-2020-12-11.pdf>, abgerufen am 18.12.2020.

⁴⁸ *Schmidt*, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise (2020), § 16 Rn. 67.

⁴⁹ Zu § 16 Abs. 1 IfSG vgl. schon die Gesetzesbegründung zum inhaltlich wesentlich gleichlautenden § 10 Abs. 1 BSeuchG aF., BT-Drs. 8/2468, 27; zu § 28 Abs. 1 IfSG vgl. BR-Drs. 566/99,169.

⁵⁰ BVerwG, NJW 2012, 2823 (2825).

infizierten Gegenstand hatte.⁵¹ Hierbei muss die Annahme, die Person habe Krankheitserreger aufgenommen, wahrscheinlicher sein als das Gegenteil. Für die Beurteilung sind die Eigenheiten der Krankheit, epidemiologische Erkenntnisse und Wertungen sowie die jeweiligen Erkenntnisse über Zeitpunkt, Art und Umfang der möglichen Exposition und über die Empfänglichkeit der Person für den Erreger zu berücksichtigen. Eine bloß entfernte Wahrscheinlichkeit reicht nicht aus.⁵² Diese Personen sind nach den allgemeinen Grundsätzen des Gefahrenabwehr- und Polizeirechts als Störer anzusehen.⁵³

Zum anderen können auch sonstige Dritte als „Nichtstörer“ in Anspruch genommen werden, wenn ein Tätigwerden allein gegenüber „Störern“ eine effektive Gefahrenabwehr nicht gewährleistet, beispielsweise um sie vor Ansteckung zu schützen.⁵⁴ Solcherlei ausgerichtete Maßnahmen, vom Abstandsgebot bis zum Gottesdienstverbot, standen im Zuge des sog. „lock down“ im Vordergrund, richteten sie sich doch an die Allgemeinheit, ohne an einen konkreten Verdacht einer Erkrankung oder Ansteckung anzuknüpfen. Entsprechendes gilt in abgestuftem Maße auch für Maßnahmen, die sich generell an Personen mit erhöhtem Infektionsrisiko wenden (z.B. Testpflicht, Beherbergungsverbot und Quarantäneanordnung für Personen aus sog. Risikogebieten), da auch in diesen Gebieten selten eine Inzidenz erreicht sein wird, welche den Schluss rechtfertigen würde, dass der Reisende mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Kontakt zu einer infizierten Person hatte.⁵⁵

Die Unterscheidung zwischen „Störern“ und „Nichtstörern“ trifft bei der Coronaviruspandemie auf tatsächliche Schwierigkeiten. Denn nach aktuellem Erkenntnisstand kann eine Übertragung des Virus durch eine infizierte Person schon bis zu vier Tage vor Symptombeginn oder auch bei einem asymptomatischen Verlauf der Erkrankung stattfinden. Ohne eine vollständige Testung der Bevölkerung kann die zuständige Behörde vor diesem Hintergrund nicht erkennen, ob sich unter den vermeintlichen „Nichtstörern“ nicht in Wahrheit zahlreiche unerkannt Infizierte befinden, die als (Handlungs-)Störer das Virus weitergeben.⁵⁶

Daher würden bevölkerungsbezogene Maßnahmen, die sich nur auf den in § 24 IfSG genannten Personenkreis – d.h. mindestens ansteckungsverdächtige Personen – beschränken, nicht den Anforderungen der effektiven Gefahrenabwehr genügen.⁵⁷ Damit führen die epidemiologischen Besonderheiten des SARS-CoV-2 derzeit zu einer Situation, in welcher aufgrund von tatsächlichen Erkenntnisschwierigkeiten regelhaft auch und vor allem Personen in Anspruch genommen werden, die mit großer Wahrscheinlichkeit nicht infiziert sind. Hierauf wird zurückzukommen sein.

III. Funktion von Immunitätsausweisen

Im Kontext des Infektionsschutzrechts können Immunitätsausweise auf verschiedenen Ebenen wirken.

1. Tatbestand

Zunächst ist ein Eingreifen auf Ebene des Tatbestands von § 28 IfSG denkbar, soweit die zuständige Behörde verpflichtet wird, bei der Feststellung von Krankheitsverdächtigen und Ansteckungsverdächtigen einzuschreiten. Hier könnte ein Immunitätsausweis den bestehenden Krankheits- oder Ansteckungsverdacht entkräften, so dass die Pflicht der Behörde zum Einschreiten entfiel. Aufgrund des derzeitigen bundesweiten Infektionsgeschehens und der ohnehin bestehenden Handlungspflicht der zuständigen Behörden dürfte diese Fallgruppe aktuell keine Bedeutung haben. Sie ist aber nach lokaler Bewältigung der Epidemie denkbar.

Beispiel

Die zuständige Behörde erhält Kenntnis davon, dass die Geschäftsreisende A an einer Messe im Ausland teilgenommen hat, bei der es zu einem Ausbruch des Coronavirus kam. Wenn A einen Immunitätsausweis vorlegen kann, ist sie nicht ansteckungsverdächtig. Die Behörde muss nichts weiter unternehmen.

Da der Krankheits- oder Ansteckungsverdacht auch durch einen ad hoc durchgeführten PRC-Test entkräftet werden könnte, ist der Vorteil eines Immunitätsausweises hier recht gering. Er besteht lediglich darin, dass die Behörde ohne die zeitliche Verzögerung durch die Testung die Gefährdungslage beurteilen kann.

2. Rechtsfolge

Daneben könnte der Immunitätsausweis auf der Rechtsfolgenreihe eingreifen, wenn sich die Maßnahme nur gegen bestimmte Personengruppen im Sinne von § 28 Abs. 1 IfSG richten darf, namentlich gegen Krankheits- und Ansteckungsverdächtige. Hier würde der Immunitätsausweis dazu dienen, einen behördlich bestehenden Krankheits- oder Ansteckungsverdacht zu entkräften.

Beispiel

Altenpfleger B hat einen zunächst unerkannt an COVID erkrankten Heimbewohner ohne Schutzausrüstung gepflegt. Nun leidet er unter hohem Fieber. Die Behörde betrachtet B daher als krankheitsverdächtig und erwägt die Anordnung der Absonderung (§ 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG). Legt B einen Immunitätsausweis vor, ist der Krankheitsverdacht in Bezug auf COVID entkräftet. Die Behörde darf keine Absonderung anordnen.

Auch in dieser Fallgruppe könnte der Ansteckungs- oder Krankheitsverdacht durch einen PCR-Test entkräftet werden. Zum oben beschriebenen Vorteil für die Behörde tritt hier ein Vorteil für den Betroffenen hinzu: Anders als bei einer ad hoc Testung muss er nicht bis zur Auswertung des Testergebnisses vorübergehende Maßnahmen erdulden, sondern gilt von Anfang an als nicht infiziert mit SARS-CoV-2.

⁵¹ Häberle/Lutz, Infektionsschutzgesetz (2020), § 2 Rn. 1.

⁵² BVerwG, NJW 2012, 2823 (2826).

⁵³ BVerwG, NJW 2012, 2823 (2825); Niedersächs. OVG, Beschl. v. 29.05.2020 – 13 MN 185/20.

⁵⁴ VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 13.05.2020 – 1 S 1314/20 (Rn. 28); BVerwG, NJW 2012, 2823.

⁵⁵ In diese Richtung auch Schmidt, COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise (2020), § 17 Rn. 42.

⁵⁶ Rixen, NJW 2020, 1097 (1101).

⁵⁷ OVG NRW, Beschl. v. 07.08.2020 – 13 B 785/20.NE. Die Unterscheidung zwischen Störern und Nichtstörern wird vor diesem Hintergrund für die Coronaviruspandemie teilweise gänzlich in Zweifel gezogen, vgl. VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 13.05.2020 – 1 S 1314/20 (Rn. 28).

3. Ermessen

Weiterhin könnte der Immunitätsausweis auf Ermessensebene Bedeutung entfalten. Zum einen bietet er der Behörde einen Anknüpfungspunkt für die Erwägung, ob im Hinblick auf die effektive Gefahrenabwehr eine Maßnahme gegen eine bestimmte Person getroffen werden soll, obwohl sie SARS-CoV-2 nicht übertragen kann.

Beispiel

C wohnt in einem Mehrfamilienhaus, in dem es zu einem Corona-Ausbruch gekommen ist. Die Behörde erwägt die Anordnung der häuslichen Quarantäne für C als Nichtstörer. Dieser wehrt sich dagegen mit dem Argument, er habe einen Immunitätsausweis.

Zum anderen kann er bei der Erwägung greifen, ob bestimmte Personen im Hinblick auf ihre Immunität von einer allgemein zu treffenden Maßnahme nach § 28 Abs. 1 iVm. § 28 a IfSG ausgenommen werden sollen.

Beispiel

D ist Inhaber eines Immunitätsausweises. Er ist der Meinung, die aufgrund einer Rechtsverordnung geltende Maskenpflicht dürfe für ihn nicht mehr gelten, da er SARS-CoV-2 nicht weitergeben könne.

Die Vorlage eines Immunitätsausweises bewirkt in beiden Fällen zunächst, dass die betreffende Person bzw. Personengruppe nicht krankheits- bzw. ansteckungsverdächtig, somit also Nichtstörer ist. Wie bereits gezeigt wurde, stehen bei der Bewältigung der Coronavirus-Krise jedoch bevölkerungsbezogene Maßnahmen im Vordergrund, welche ohnehin nicht an einen konkreten Infektionsverdacht anknüpfen, sondern sich gegen Nichtstörer wenden.

Der Immunitätsausweis ermöglicht in diesem Kontext eine Eingrenzung des Adressatenkreises von bevölkerungsbezogenen Maßnahmen. Denn während bei der großen Gruppe der Nichtstörer keine konkreten Anhaltspunkte für eine Infektion bestehen, diese aber gleichwohl möglich ist, steht bei den Inhabern eines Immunitätsausweises fest, dass sie das Virus nicht weitergeben können.

Diese Erwägungen lagen dem inzwischen zurückgezogenen Entwurf⁵⁸ des § 28 Abs. 1 Satz 3 IfSG zugrunde, welche der Behörde aufgab, bei der Anordnung und Durchführung von Schutzmaßnahmen nach § 28 Abs. 1 und 2 in angemessener Weise zu berücksichtigen, ob und inwieweit eine Person, welche die betreffende Krankheit nicht oder nicht mehr übertragen kann, von den Schutzmaßnahmen ausgenommen werden kann, wobei der Nachweis der mangelnden Übertragungsfähigkeit durch ein ärztliches Zeugnis oder eine Immunitätsdokumentation zu erbringen war.

4. Bewertung

Wie sich aus den oben erörterten Fallbeispielen ergibt, kann ein Immunitätsausweis auf verschiedenen Ebenen der behördlichen Entscheidung über die Anordnung einer Maßnahme eingreifen. Wenig problematisch sind die unter 1. und 2. erörterten Fallgruppen. Hier übernimmt ein Immunitätsausweis lediglich die

Funktion eines vorweggenommenen Coronatests, was der Behörde eine schnellere Reaktion ermöglicht und den Betroffenen unter Umständen davon verschont, bis zum Vorliegen eines Testergebnisses behördliche Schutzmaßnahmen zu erdulden. Da das Ergebnis eines PCR-Tests in der Regel spätestens nach 48 Stunden vorliegt, ist der Vorteil von Inhabern eines Immunitätsausweises gegenüber den Nichtinhabern überschaubar.

Anders liegt es in der unter 3. dargestellten Fallgruppe, insbesondere in der Variante, in der bei bevölkerungsbezogenen Schutzmaßnahmen die Inhaber von Immunitätsausweisen aus der Gruppe der Nichtstörer herausgehoben werden. Diese Differenzierung kann nachweislich Immunen erhebliche Vorteile in einer Situation bieten, in welcher aufgrund von tatsächlichen Erkenntnisschwierigkeiten regelhaft auch und vor allem Personen in Anspruch genommen werden, die mit großer Wahrscheinlichkeit nicht infiziert sind. Ungeachtet aller ethischen und rechtlichen Detailprobleme, die sich aus der Sonderbehandlung von Immunen als „Nichtstörer erster Klasse“ ergeben können (hierzu sogleich), ist die Berücksichtigung der Immunität einer Person beim Erlass infektionsschutzrechtlicher Maßnahmen grundsätzlich rechtlich geboten. Das ergibt sich zum einen aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Verhältnismäßigkeitsprinzip, welches die Verpflichtung des Staates umfasst, zur Erreichung des legitimen Zwecks aus allen geeigneten das mildeste Mittel zu wählen (Erforderlichkeit).⁵⁹ Hieraus folgt die Verpflichtung, den Kreis der Betroffenen der Schutzmaßnahmen nicht weiter zu fassen, als es erforderlich ist. Ob eine Regel mit Ausnahmen gleich effektiv ist wie eine Anordnung nach der Maßgabe „*Einer für alle, alle für einen*“, bedarf der näheren Untersuchung (s. hierzu C). Der Staat darf sich dieser Frage aber nicht von vorne herein verschließen. Eine Pflicht, die Immunität einer Person bei der Verhängung von infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen in die Ermessenserwägungen einzustellen, ergibt sich überdies aus Art. 3 Abs. 1 GG, der auch das Verbot umfasst, Ungleiches ohne rechtfertigenden Grund gleich zu behandeln.⁶⁰ Denn im Hinblick auf die Effektivität der Gefahrenabwehr unterscheiden sich Immune von Nichtstörern mit unklarem Infektionsstatus, da nur von letzteren die abstrakte Gefahr einer Weitergabe des Virus ausgeht.

Daher darf die Behörde die Immunität einer Person gegen die Krankheit, zu deren Bekämpfung bevölkerungsbezogene Maßnahmen ergriffen werden, nicht völlig ausblenden, sondern hat stets zu erwägen, ob eine Ausnahmeregelung für diese Personen möglich ist, ohne den Zweck der Regelung zu gefährden oder sonstiges Recht zu verletzen. Im Hinblick auf diese Erwägungen ist es grundsätzlich zu begrüßen, dass dem Bürger mit der Immunitätsdokumentation ein rechtssicherer Nachweis seiner fehlenden Ansteckungsfähigkeit an die Hand gegeben wird, mit welcher er die Berücksichtigung dieses Belanges durch den Staat erreichen kann.⁶¹

⁵⁸ Vgl. Fn. 1.

⁵⁹ Huster/Rux, in: BeckOK GG, 45. Ed. (15.05.2020), Art. 20, Rn. 196; BVerfG, NJW 1971, 1255 (1256).

⁶⁰ Vgl. nur BVerfG, NJW 2000, 418 (419).

⁶¹ So Deutscher Ethikrat, Immunitätsbescheinigungen in der Covid-19-Pandemie, Stellungnahme vom 22.09.2020 (s. Fn. 8), Empfehlungen der Position A, S. 24, aA. die Empfehlungen der Position B, S. 51.

C) Ethische und rechtliche Grenzen von Immunitätsausweisen

Aus der Feststellung, dass die Immunität einer Person bei der Anordnung von infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen zu beachten ist, folgt jedoch noch nicht, dass Immune grundsätzlich von bevölkerungsbezogenen Schutzmaßnahmen auszunehmen sind. Vielmehr steht der Anspruch des Immunen auf Berücksichtigung dieses Belanges im Spannungsverhältnis zu ethischen und rechtlichen Belangen⁶², die im Folgenden unter den Begriffen Gerechtigkeit, Autonomie und Akzeptanz skizziert werden sollen. Hierbei wird bewusst darauf verzichtet, die Grenzen des Immunitätsausweises für die Fülle der denkbaren Anwendungsfälle im Detail auszuloten. Vielmehr werden Kriterien vorgestellt, welche bei einer Entscheidung über die Möglichkeit und Reichweite von Ausnahmeregelungen zu beachten sind.

I. Gerechtigkeit: keine Verstärkung der Impf-Ungleichheit

Aufgrund der derzeit verfolgten Strategie, eine weitere Ausbreitung von SARS-CoV-2 einzudämmen, wird die natürlich erlangte Immunität gegen das Virus voraussichtlich eine geringe Rolle spielen. Vor diesem Hintergrund wird ein Immunitätsausweis in den meisten Fällen nur im Hinblick auf eine durchgeführte Impfung ausgestellt werden können, sofern diese tatsächlich eine sterilisierende Immunität vermitteln kann. Der Impfstoff wird kurzfristig jedoch nicht in solchen Mengen produziert werden können, dass für jede impfwillige Person in der Bevölkerung eine Impfdosis zur Verfügung steht. Vor diesem Hintergrund hat die STIKO eine Empfehlung zur COVID-19-Impfung erarbeitet, welche ein kaskadenartiges Vorgehen (Stufe 1 bis 6) vorsieht. Zur prioritär zu versorgenden Gruppe (Stufe 1) gehören besonders vulnerable Personen (Personen ab 80 Jahren und Bewohnerinnen und Bewohner von Senioren- und Altenpflegeheimen) und Tätige in der Senioren- und Altenpflege sowie unter bestimmten Voraussetzungen medizinisches Personal.⁶³ Aus dieser begrenzten Verfügbarkeit der Impfstoffe ergibt sich eine rechtliche und ethische Grenze für die Eröffnung von Sonderrechten für Immune. Diese ergibt sich daraus, dass der Staat die Ungleichheit zwischen Geimpften und Nichtgeimpften dadurch selbst veranlasst, dass er das knappe Gut des Impfstoffs bevorzugt an gewisse Personengruppen abgibt, es anderen aber (zunächst) vorenthält. Dieser Umstand wird dadurch verschärft, dass Nichtgeimpfte in Folge der Eindämmungsmaßnahmen auch nur eingeschränkt die Möglichkeit haben, auf legalem Wege eine Immunität durch Ansteckung zu erwerben. Sonderrechte für Geimpfte bei bevölkerungsbezogenen Schutzmaßnahmen tragen das Potenzial in sich, die grundsätzlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung beim Zugang zur Impfung zu perpetuieren. Zusammen mit dem Umstand, dass bei bevölkerungsbezogenen Schutzmaßnahmen eine Fülle von Freiheitsrechten

beeinträchtigt sind⁶⁴ und dass die Betroffenen mangels verfügbarer Impfstoffe keine Möglichkeit haben, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Differenzierungskriterien zu beeinflussen, führt dies nach der vom BVerfG angewendeten „Stufenlos-Formel“ zur Anwendung eines strengen Prüfungsmaßstabs, der über eine Willkürkontrolle hinaus geht.⁶⁵

Eine infektionsschutzrechtliche (weitere) Ungleichbehandlung von Personen infolge des Impfstatus wird in Zeiten der Impfstoffknappheit gemessen an Art. 3 Abs. 1 GG daher nur dann verhältnismäßig sein, wenn über den unmittelbaren Ansteckungsschutz hinausgehende Vorteile grundsätzlich nur dann gewährt werden, wenn diese dem Allgemeinwohl dienen oder im Hinblick auf die Grundrechtsbetroffenheit des Geimpften geboten sind. Daher sollten Sonderrechte für Personen, die aus Allgemeinwohlgründen geimpft wurden – etwa der Stufe 1 zuzuordnende Personen in der Altenpflege – grundsätzlich nur so weit gehen, wie es der Zweck der Impfpriorisierung verlangt (z.B. vorrangiger Einsatz in einer COVID-19-Station). Eine darüberhinausgehende Abschöpfung von Freiheitsvorteilen durch diese Personen und auch die Sonderbehandlung von Personen, die aus ethischen Gründen bevorzugt geimpft werden, muss demgegenüber auf enge Ausnahmefälle beschränkt sein. Insbesondere wird man eine Sonderregelung zugunsten dieser Personen nicht damit begründen können, die Schutzmaßnahmen seien ihnen gegenüber aufgrund ihrer Immunität nicht notwendig. Abgesehen davon, dass die Aspekte der Akzeptanz und Solidarität für die Notwendigkeit einer grundsätzlich bevölkerungsweiten Maßnahme sprechen können (s. hierzu unter III), dürfte aus der unmittelbaren Ungleichbehandlung, die in der Impfpriorisierung liegt, die Verpflichtung folgen, deren mittelbare Folgewirkungen auf das unabdingbare Maß zu beschränken. Daher ist im Einzelfall zu erwägen, ob die Nachteile, die dem Immunen durch die Verweigerung einer Ausnahme erwachsen, außer Verhältnis stehen zu den Vorteilen der Allgemeinheit, wozu auch der Gemeinwohlbelang der Einebnung impfbezogener Ungleichheiten gehört. Im Hinblick auf diese Erwägungen dürfte eine Ausnahmeregelung (nur) bei einer besonderen Grundrechtsbetroffenheit des Immunen in Betracht kommen.⁶⁶

II. Autonomie: kein faktischer Impfbzwang

Sobald ein wirksamer, eine sterilisierende Immunität vermittelnder Impfstoff in der Bevölkerung verfügbar ist, treten Fragen der Gleichbehandlung stärker in den Hintergrund. Denn mit Ausnahme der kleinen Gruppe derer, die sich aus gesundheitlichen Gründen nicht impfen lassen kann, hat es jede Person dann selbst in der Hand, ihren Impfstatus, der als Differenzierungskriterium für infektionsschutzrechtliche Maßnahmen dient, zu beeinflussen. In dieser Situation entfaltet der Aspekt der Autonomie eine zentrale Bedeutung. Er wird in der Ethik verstanden als der Wert, Entscheidungen für sich treffen und eigenverantwortlich handeln zu können sowie frei von Zwang zu sein.⁶⁷ Der

⁶² Der Problembereich des Datenschutzrechts soll hierbei ausgeklammert werden. Vgl. aber die Stellungnahme des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 30.04.2020, https://www.bfdi.bund.de/DE/Home/Kurz-meldungen/2020/08_Infektionsschutzgesetz.html, abgerufen am 18.12.2020.

⁶³ Beschluss der STIKO für die Empfehlung der COVID-19-Impfung und die dazugehörige wissenschaftliche Begründung vom 14.01.2021 (online vorab),

https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/02_21.pdf?__blob=publicationFile, abgerufen am 18.12.2020.

⁶⁴ Vgl. nur *Pautsch*, JSE 2020, 1 (4 ff.).

⁶⁵ Zur Bedeutung der Beeinflussbarkeit von Differenzierungskriterien vgl. BVerfG, NJW 2019, 1793 (1796).

⁶⁶ ZB. das Betreten eines Pflegeheims zur Sterbebegleitung eines nahen Angehörigen.

⁶⁷ Schröder-Bäck, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2019, 472 (473).

Begriff deckt sich inhaltlich mit dem von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, wobei zusätzlich, da hier die Entscheidung für oder gegen eine Impfung betroffen ist, auch das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) betroffen ist.

Die Berücksichtigung von berechtigten Belangen Immuner stehen in einem Spannungsfeld zur Impfautonomie des Einzelnen, da sie einen mehr oder weniger starken Anreiz für die Durchführung einer Impfung setzen. Der Impfanreiz schlägt dann in eine faktische Impfpflicht um, wenn die Geltung der Maßnahmen für die nicht geimpften Bevölkerungsgruppen zu einer Stigmatisierung oder unverhältnismäßigen Einschränkung führt.⁶⁸ Eine gesetzlich nicht konturierte, faktische Impfpflicht würde nicht nur das Misstrauen in der Bevölkerung gegen Impfungen verstärken, sondern widerspräche auch dem Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG. Die Grenze zwischen angemessener Berücksichtigung der Belange von Immunen und einer unangemessenen Besserstellung, welche in einen faktischen Impfwang umschlägt, ist nicht leicht zu ziehen. Vor dem Hintergrund, dass Geimpfte nicht nur sich selbst schützen, sondern zur Herdenimmunität und damit auch zum Schutz nicht Geimpfter beitragen, ist es angemessen und zur Anreizsteuerung sinnvoll⁶⁹, ihnen dort vorsichtig Vorteile zu gewähren, wo eine über die allgemeine Handlungsfreiheit hinausgehende Grundrechtsbetreffenheit vorliegt, etwa bei dem Besuch eines Ehegatten in einem Pflegeheim (Art. 6 Abs. 1 GG) oder der Teilnahme an gottesdienstlichen Handlungen (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG). In allen anderen Fällen sollte auf eine Sonderregelung zugunsten Immuner verzichtet werden, um den Abstand zwischen der gesellschaftlichen Teilhabe beider Personengruppen nicht zu vertiefen (hierzu s. bereits unter I) und einer Stigmatisierung nicht Geimpfter vorzubeugen. Unabdingbar ist darüber hinaus, dass bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit bevölkerungsbezogener Schutzmaßnahmen die Belange von nicht geimpften Personen nicht abgewertet werden; die Maßnahmen müssen sich auch ohne gedanklichen Rückgriff auf die Möglichkeit, infolge einer Impfung von ihnen verschont zu werden, als verhältnismäßig erweisen.

III. Akzeptanz und Solidarität

Schließlich sind Sonderrechte für Immune im Hinblick auf das Kriterium der „Erforderlichkeit“ (hierzu auch unter B) III. 4.) daran zu messen, ob die Ausnahme die Wirksamkeit der allgemeinbezogenen Maßnahme beeinträchtigt, in dem ihre Akzeptanz geschwächt wird. Das gilt insbesondere für Maßnahmen im Bereich des sog. „social distancing“ (Abstandsgebot, Verbot von Ansammlungen, Maskenpflicht), welche der Bevölkerung ein Verhalten auferlegt, das unseren überkommenen sozialen Gepflogenheiten massiv widerspricht. Ohne sozialwissenschaftlichen Untersuchungen vorzugreifen darf vermutet werden, dass die Akzeptanz dieser Maßnahmen vor allem darauf beruht, dass die Abweichung von sonst üblichen Umgangsformen in der Sondersituation der Pandemie nicht erklärt werden muss, sondern durch das verbindende Erlebnis der Krise als neue Konvention

erlebt wird. Es ist zu vermuten, dass dieser gesellschaftliche Konsens durch die Schaffung von Sonderrechten für Immune aufgeweicht würde. Hierdurch würde voraussichtlich ein starker sozialer Anreiz für Nichtimmune geschaffen, zur Vermeidung einer sonst drohenden Stigmatisierung zu den gewohnten Umgangsformen zurückzukehren, was die Wirksamkeit der Maßnahmen beeinträchtigen würde. Darüber hinaus birgt die Aufweichung des gesellschaftlichen Konsenses die Gefahr einer Spaltung der Gesellschaft, und das in einer Phase, in der sie in besonderem Maße auf Solidarität angewiesen ist. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass SARS-CoV-2 nach dem aktuellen Stand der Forschung vor allem für ältere und vorerkrankte Personen gefährlich ist. Da die Gesellschaft gegenwärtig eine beispiellose Solidaritätsanstrengung zum Schutz besonders vulnerabler Personengruppen unternimmt, birgt jede Ausnahme den Anlass für das Bestreben, den Kreis der Solidaritätsverpflichteten weiter zu einzugrenzen.⁷⁰ Dieser Aspekt könnte dafür sprechen, Immune insbesondere von Maßnahmen des „social distancing“ nicht auszunehmen, die im gesellschaftlichen Alltag eine hohe Sichtbarkeit haben, zumal und soweit keine über die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) hinausgehende Grundrechtsbetreffenheit vorliegt.

D) Fazit

Sobald die hinreichenden wissenschaftlichen Grundlagen vorliegen, ist der Immunitätsausweis ein sinnvolles Instrument, um die Inanspruchnahme von Nichtstörern im Epidemiefall zu beschränken, Freiheitsrechte zu sichern und die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft zu erhalten. Besondere Bedeutung können Immunitätsausweise bei der von der Behörde zu treffenden Ermessensentscheidung entfalten, ob bestimmte Personen im Hinblick auf ihre Immunität von einer bevölkerungsbezogenen Schutzmaßnahme ausgenommen werden sollen. Solche Ausnahmen zugunsten Immuner müssen in Zeiten eines nicht allgemein verfügbaren Impfstoffs sehr streng gehandhabt werden, weil sie das Potenzial haben, die durch die Impfpriorisierung staatlicherseits geschaffene Ungleichbehandlung weiter zu vertiefen. Sonderrechte für Immune müssen aber auch bei allgemeiner Verfügbarkeit eines Impfstoffs in jedem Fall so ausgestaltet werden, dass die Autonomie des Einzelnen in Bezug auf die Impfentscheidung gewahrt und ein faktischer Impfwang vermieden wird. Schließlich sind Sonderrechte im Hinblick auf die Effektivität der Gefahrenabwehr daran zu messen, ob die Akzeptanz der Schutzmaßnahmen und die Solidarität in der Bevölkerung durch die Ausnahmeregelungen gefährdet werden. Ausgehend von diesen Kriterien sollten Ausnahmen schonend gewährt werden, insbesondere dort, wo eine besondere Grundrechtsbetreffenheit vorliegt oder wo Ausnahmen dazu dienen, die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft in der Epidemie aufrecht zu erhalten. Die Konturen etwaiger Sonderrechte für Immune bedürfen angesichts ihrer Bedeutung für den sozialen Zusammenhalt in der Krise und des Gewichts der betroffenen Grund-

⁶⁸ Vgl. hierzu Deutscher Ethikrat, Immunitätsbescheinigungen in der Covid-19-Pandemie, Stellungnahme vom 22.09.2020 (s. Fn. 8), S. 40.

⁶⁹ <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-immunitaetsbescheinigungen.pdf>, abgerufen am 18.12.2020.

⁶⁹ Schröder-Bäck, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2019, 472 (474).

⁷⁰ Vgl. hierzu Deutscher Ethikrat, Immunitätsbescheinigungen in der Covid-19-Pandemie, Stellungnahme vom 22.09.2020 (s. Fn. 28), S. 42, der von „Erosionseffekten“ spricht.

rechte letztlich einer Regelung durch den Gesetzgeber, der bereits jetzt eine engagierte, breite und ehrliche gesellschaftliche Debatte vorausgehen muss. Hierzu soll dieser Artikel beitragen.

► **Inhaltsverzeichnis**



BEITRAG

Prof. Dr. Torsten Noak, LL.M.*

Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger – und kein Ende!

Der EuGH erklärt § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II für unionsrechtswidrig

Gliederung

Abstract

A) Inhalt und Werdegang des Ausschlussgrundes

- I. Inhalt des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II
- II. Weg des Ausschlussgrundes ins Gesetz

B) Das Urteil des EuGH

- I. Gleichbehandlungsanspruch gemäß Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 VO (EU) 492/2011
 1. Anwendungsbereich
 2. Einschränkung durch Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie (RL) 2004/38?
- II. Gleichbehandlungsanspruch gemäß Art. 4 VO (EU) 883/2004

C) Übertragbarkeit der Gründe auf § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII

D) Abschließende Bewertung

Abstract

Dies ist der mittlerweile dritte Beitrag zu den existenzsichernden Leistungen für Unionsbürger in der JSE.¹ Der letzte von vor gut zwei Jahren endete mit der Prognose, dass die Rechtsunsicherheiten andauern könnten² – und genauso ist es gekommen. Damals ging es um die von Urteilen des Bundessozialgerichts motivierten Umgestaltungen des § 7 Abs. 1 SGB II und des § 23 Abs. 3 SGB XII, die am 29. Dezember 2016 in Kraft getreten sind. Eine der Reformen betraf Personen, die ihr Aufenthaltsrecht allein (oder in Verbindung mit dem Freizügigkeitsgrund der Arbeitsuche, § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU) aus Art. 10 „VO (EU) Nr. 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union“³ ableiten; sie sollten gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII von der Grundversicherung für Arbeitsuchende und der Sozialhilfe ausgeschlossen werden.⁴ Dies, sagt jetzt der EuGH mit Urteil vom 6. Oktober 2020,⁵ verstößt gegen das Recht der Europäischen Union. Grund genug, sich den Inhalt des Ausschlussgrundes und seinen Weg ins Gesetz in Erinnerung zu rufen (Punkt A) und seine „Erledigung“ von Seiten des EuGH nachzuzeichnen (Punkt B). An-

schließend (Punkt C) geht es um die Übertragbarkeit der Urteilsgründe auf das SGB XII, bevor ein abschließendes Fazit gezogen wird (Punkt D).

A) Inhalt und Werdegang des Ausschlussgrundes

I. Inhalt des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II

Der Vollständigkeit halber sei dies auch hier⁶ noch einmal ausgeführt. Art. 10 der VO Nr. 492/2011, auf den der Ausschlussgrund Bezug nimmt, lautet:

„Die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist, können, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen. Die Mitgliedstaaten fördern die Bemühungen, durch die diesen Kindern ermöglicht werden soll, unter den besten Voraussetzungen am Unterricht teilzunehmen.“

Die VO (EU) Nr. 492/2011 ist eine Konkretisierung der in Art. 21 und Art. 45 AEUV niedergelegten Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf der Ebene des Sekundärrechts. Vordergründig gewährt Art. 10 ein Recht der hier wohnenden Kinder eines im Bundesgebiet beschäftigten oder beschäftigt gewesenen EU-Bürgers auf Teilnahme am allgemeinen (Schul-)Unterricht oder einer Lehrlings- und Berufsausbildung. Gleichzeitig beruht darauf aber auch ein Recht der Kinder und der die elterliche Sorge tatsächlich wahrnehmenden Elternteile auf Aufenthalt in der BRD, und zwar eines, das von eigenen ausreichenden Existenzmitteln und einem Krankenversicherungsschutz nicht abhängig ist.⁷ „Der Leistungsausschluss betrifft folglich gleichermaßen die Schüler/Auszubildenden, ihre Eltern, die ihr Aufenthaltsrecht von ihnen ableiten, sowie ggf. weitere zur Bedarfsgemeinschaft gehörende Familienmitglieder.“⁸

II. Weg des Ausschlussgrundes ins Gesetz

Im Jahre 2015 stand beim EuGH die Entscheidung der Rechtssache „Alimanovic ./ Jobcenter Neukölln“⁹ an. In dem Verfahren ging es um den heute in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. b) SGB II (und parallel in § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 SGB XII) geregelten

* Der Autor ist Professor für Sozialrecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

¹ Siehe zuvor ▶Noak, JSE 2016, 4 und ▶JSE 2018, 66.

² Siehe ▶Noak, JSE 2018, 66 (72).

³ Vollständig lautet die in den Normen zitierte Bezeichnung folgendermaßen: „Artikel 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. L 141 vom 27.5.2011, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABl. L 107 vom 22.4.2016, S. 1) geändert worden ist“.

⁴ Siehe ▶Noak, JSE 2018, 66 (71 f.).

⁵ EuGH Ur. v. 6. Oktober 2020 – C-181/19 („J.D. ./ Jobcenter Krefeld“).

⁶ Siehe bereits ▶Noak, JSE 2018, 66 (71) mwN.

⁷ Siehe dazu etwa EuGH Ur. v. 23. Februar 2010 – C 480-08 („Teixeira“).

⁸ Geiger, in: Münder/Geiger, Sozialgesetzbuch II, 7. Aufl. (2021), § 7 Rn. 40.

⁹ EuGH Ur. v. 15. September 2015 – C 67-14.

Fall, dass das Aufenthaltsrecht eines dem Grunde nach erwerbsfähigen Leistungsberechtigten sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Der dazugehörige Sachverhalt lag – verkürzt – so, dass sich Frau *Nazifa Alimanovic*, eine schwedische Staatsangehörige, und ihre Kinder *Sonita*, *Valentina* und *Valentino* nach zwischenzeitlicher Rückkehr nach Schweden ab 2010 wieder in der Bundesrepublik Deutschland aufhielten. Frau *Alimanovic* war für kurze Zeit erwerbstätig, verlor dann aber ihren Arbeitsplatz. Nicht in der Lage, den Lebensunterhalt aus eigenem Einkommen oder Vermögen zu bestreiten, beantragte sie Leistungen für den Lebensunterhalt nach §§ 19 ff. SGB II, woraufhin ihr und *Sonita* Arbeitslosengeld II (§ 19 Abs. 1 S. 1 SGB II) und *Valentina* und *Valentino* Sozialgeld (§ 19 Abs. 1 S. 2 SGB II) gewährt wurde. Im weiteren Verlauf widerrief das Jobcenter Neukölln die Bewilligung und begründete dies im Kern damit, Frau *Alimanovic* könne sich mit Blick auf ihr Aufenthaltsrecht lediglich auf den Aspekt der Arbeitsuche berufen.¹⁰ Deshalb greife bei ihr und ihren Kindern der Ausschlussgrund des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II a. F. (heute: S. 2 Nr. 2 Buchst. b). Die Vereinbarkeit des Ausschlussgrundes mit dem Recht der EU war damals umstritten,¹¹ weshalb es nicht verwundert, dass die Problematik, festgemacht am Fall „*Alimanovic*“, von Seiten des Bundessozialgerichts¹² dem EuGH vorgelegt wurde.

Bevor das – inhaltlich enttäuschende¹³ – Urteil des EuGH in der Sache erging, stellte der Generalanwalt beim EuGH, *Melchior Wathelet*, seine Schlussanträge.¹⁴ Diese erwähnten erstmals das Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011. *Wathelet* ließ wissen:

„Nach ständiger Rechtsprechung steht den Kindern eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Aufnahmemitgliedstaat erwerbstätig ist oder gewesen ist, und dem Elternteil, der die elterliche Sorge für die Kinder tatsächlich wahrnimmt, ein Recht auf Aufenthalt in diesem Staat auf der Grundlage allein von Art. 10 der Verordnung Nr. 492/2011 zu. Dieses Aufenthaltsrecht der Kinder wird in der Rechtsprechung als „eigenständiges“ Recht eingestuft, da es allein an das Recht auf Zugang zur Ausbildung gebunden ist; der Gerichtshof hat ausdrücklich klargestellt, dass die Richtlinie 2004/38 das Recht der in Ausbildung befindlichen Kinder und des die elterliche Sorge wahrnehmenden Elternteils auf Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat nicht davon abhängig macht, dass diese über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen oder – allgemeiner – dass die in der Richtlinie 2004/38 festgelegten Voraussetzungen erfüllt werden.

Wenn nachgewiesen ist – was vom vorlegenden Gericht zu überprüfen ist –, dass *Valentina* und *Valentino Alimanovic* ihrer Schulausbildung in einer in Deutschland gelegenen Einrichtung regelmäßig nachkommen, haben sie – und ihre Mutter, *Nazifa Alimanovic* – demzufolge [...] ein Recht auf Aufenthalt im deutschen Hoheitsgebiet. Unter diesen Bedingungen fände § 7 Abs. 1

Satz 2 Nr. 2 SGB II weder auf den Fall von Frau *Alimanovic* noch auf den Fall ihrer zwei jüngeren Kinder Anwendung, da diese Vorschrift nur für Personen, „deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen“ gilt.“

Die Passage sorgte im Schrifttum für Aufsehen. War es dem Generalanwalt nach gefühlten hunderten Gerichtsurteilen und dutzenden wissenschaftlichen Aufsätzen zu dem Thema doch gelungen, einen bislang nicht erkannten, gleichzeitig aber hochgradig relevanten rechtlichen Aspekt in den Diskurs einzubringen. Aufgegriffen wurde der Gedanke dann gut ein Jahr später vom Bundessozialgericht in einem der Urteile vom 3. Dezember 2015, in dem es die Vorinstanz anwies, den Fall sehr genau dahingehend zu prüfen, ob nicht ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 in Frage komme, das, so das BSG, zusammen mit dem Freizügigkeitsgrund der Arbeitsuche ein Leistungsrecht begründen könne.¹⁵

Das war dem Gesetzgeber dann zu viel. Im Entwurf zum „Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch“ vom 7. November 2016 benannte er die Bezugnahme des BSG auf Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 als „Problem“, das zu „Mehrbelastungen bei den für die Leistungen zuständigen Kommunen geführt“ habe,¹⁶ und stellte die in § 7 SGB II und § 23 SGB XII einzuführenden Ausschlussgründe vor. Mit europäischen Vorgaben, insbesondere der europäischen Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38 EG, wählte er sich im Einklang: Immerhin dürften nicht erwerbstätige Unionsbürger unter bestimmten Voraussetzungen von Leistungen ausgeschlossen werden, was ausgehöhlt würde, wenn entsprechende Regelungen der Freizügigkeitsrichtlinie für Personen, die nicht mehr erwerbstätig seien und von der Nachwirkungsfiktion des § 2 Abs. 3 FreizügG/EU nicht erfasst würden, nicht gälten, wenn und solange diese schulpflichtige Kinder hätten. Der Leistungsausschluss umfasse ohnehin nur einen kleinen Personenkreis, da Voraussetzung des Aufenthaltsrechts aus Artikel 10 VO (EU) Nr. 492/2011 eine vorangegangene Erwerbstätigkeit eines Elternteils sei, die gegebenenfalls zu einem Nachwirken des Arbeitnehmerstatus geführt habe.

Am 29. Dezember 2016 traten die Ausschlussgründe in Kraft.¹⁷ Wie nicht anders zu erwarten, entwickelte sich eine lebhaftere Kontroverse um deren Konformität mit dem Unionsrecht,¹⁸ die darin mündete, dass das LSG Nordrhein-Westfalen dem EuGH die Problematik mit Beschluss vom 14. Februar 2019 zur Vorabentscheidung vorlegte.¹⁹

B) Das Urteil des EuGH

Dieses erging, wie gesagt, am 6. Oktober 2020 und enthält zwei Begründungsansätze, mit denen § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c)

¹⁰ Das Jobcenter reagierte damit auf den nachträglich seitens der Bundesregierung beim Europarat hinterlegten Vorbehalt, der, bezogen auf das Europäische Fürsorgeabkommen, Privilegien der Bürger der Vertragsstaaten mit Blick auf Leistungen nach dem SGB II negieren sollte; s. dazu ▶*Noak*, JSE 2016, 4 (10 f.).

¹¹ Siehe zahlreiche Nachweise bei ▶*Noak*, JSE 2016, 4 (5 ff.).

¹² Siehe dazu den Beschl. v. 12. Dezember 2013 – B 4 AS 9/13.

¹³ Siehe dazu ▶*Noak*, JSE 2016, 4 (8).

¹⁴ Siehe die Schlussanträge unter Celex-Nr. 62014CC0067.

¹⁵ Siehe BSG NZS 2016, 472 (474).

¹⁶ Siehe BT-Drs. 18/10211, S. 1.

¹⁷ Umgesetzt durch das „Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch“ vom 22. Dezember 2016; siehe BGBl. I, S. 3155.

¹⁸ Nachweise bei *Geiger*, in: Münder/Geiger, Sozialgesetzbuch II, 7. Aufl. (2021), § 7 Rn. 40.

¹⁹ Siehe LSG Nordrhein-Westfalen Beschl. v. 14. Februar – L 19 AS 1104/18.

SGB II für nicht mit Unionsrecht vereinbar erklärt wird. Diese seien im Folgenden nachgezeichnet.

I. Gleichbehandlungsanspruch

gemäß Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011

1. Anwendungsbereich

Zunächst geht der EuGH auf Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 „VO (EU) 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union“ ein und macht in diesen einen Gleichbehandlungsanspruch aus. Die Absätze lauten:

„(1) Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, darf aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung, nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer.“

(2) Er genießt dort die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer.“

Das Gericht wirft die Frage auf, ob die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts im Sinne der §§ 19 ff. SGB II, „soziale Vergünstigungen“ im Sinne des zitierten Art. 7 Abs. 2 sind, und bejaht sie: „Soziale Vergünstigungen“ seien solche, die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpften oder nicht – den inländischen Arbeitnehmern im Allgemeinen gewährt würden, und zwar hauptsächlich wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnorts im Inland, und deren Erstreckung auf die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats seien, deshalb als geeignet erschienen, deren Mobilität innerhalb der Union und daher auch ihre Integration im Aufnahmemitgliedstaat zu fördern. Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts bezweckten, den Lebensunterhalt ihrer Empfänger sicherzustellen, und trügen so zu deren Integration im Aufnahmemitgliedstaat bei.²⁰

Mit Recht sieht der EuGH auch den persönlichen Anwendungsbereich eröffnet, denn § 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 nimmt mit dem Personalpronomen „Er“ Bezug auf den Absatz 1 und erstreckt sich damit auf „Arbeitnehmer“, die im Aufnahmemitgliedstaat arbeitslos geworden sind. Er gewährt also Schutz über den bloßen Zeitraum der Beschäftigung hinaus.²¹ Deshalb können die Rechte des Arbeitnehmers und seiner Familienangehörigen aus der VO (EU) Nr. 492/2011 unter bestimmten Umständen auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortgelten. Und das betrifft auch und besonders das in Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 vorgesehene Recht auf Gleichbehandlung im Bereich der Gewährung sozialer Vergünstigungen.

„Nur so kann verhindert werden, dass ein Unionsbürger, der beabsichtigt, gemeinsam mit seiner Familie den Herkunftsmitgliedstaat zu verlassen, um in einem anderen Mitgliedstaat zu arbeiten und dort seine Kinder zur Schule zu schicken, dem Risiko ausgesetzt ist, bei Verlust der Arbeitnehmereigenschaft den Schulbesuch der Kinder unterbrechen und ins Herkunftsland zurückkehren zu müssen.“

[...] Somit genießt ein Kind, wenn es im Aufnahmemitgliedstaat ein Aufenthaltsrecht aufgrund von Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 hat, ebenso wie sein Elternteil, der die elterliche Sorge tatsächlich wahrnimmt, das Recht auf Gleichbehandlung nach Art. 7 Abs. 2 dieser Verordnung auch dann, wenn der Elternteil seine Arbeitnehmereigenschaft verloren hat.“²²

Subsumierend stellt der EuGH schließlich fest, dass es tatsächlich eine Ungleichbehandlung gegenüber Inländern im Bereich der sozialen Vergünstigungen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 darstellt, wenn Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats ihr Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 herleiten und gemäß einer innerstaatlichen Bestimmung wie § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II von jeglichem Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ausgeschlossen werden.²³

2. Einschränkung durch Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie (RL) 2004/38?

Der EuGH untersucht sodann die Frage, ob der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsanspruchs nicht durch die Schranke des Art. 24 Abs. 2 der RL 2004/38 verkleinert sein könnte. Dies stand auch dem Gesetzgeber in der oben zitierten Passage aus den Materialien²⁴ vor Augen. Zur Erinnerung hier noch einmal Art. 24 RL 2004/38:

„(1) Vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen genießt jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats. Das Recht auf Gleichbehandlung erstreckt sich auch auf Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt genießen.“

(2) Abweichend von Absatz 1 ist der Aufnahmemitgliedstaat jedoch nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b) einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens, zu gewähren.“

Eine solche Beschränkung überzeugt den EuGH indes nicht, und das aus guten Gründen: Bereits der Wortlaut des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38, dass die Mitgliedstaaten „abweichend von Absatz 1“ bestimmten Kategorien von Personen die Gewährung eines Anspruchs auf Sozialhilfe versagen können, steht dem entgegen. Die Ausnahme ist nur auf Personen anwendbar, die unter jenen

²⁰ Siehe EuGH Urt. v. 6.10.2020 – C-181/19 („J.D. ./ Jobcenter Krefeld“), Rn. 41 f.

²¹ Siehe Ibid., Rn. 43 ff.

²² Ibid., Rn. 52 ff.

²³ Siehe Ibid., Rn. 73.

²⁴ S.o. bei Fn. 16.

Abs. 1 fallen, also Unionsbürger, die sich „aufgrund dieser Richtlinie“ im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhalten.²⁵ Dazu gehören die hier behandelten Personen nicht, denn diese befinden sich aufgrund Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 in der BRD.

Sinn und Zweck des Art. 24 Abs. 2 RL, spricht: das finanzielle Gleichgewicht des Sozialhilfesystems der Mitgliedstaaten zu wahren, indem verhindert wird, dass Personen, die ihr Aufenthaltsrecht ausüben, die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats unangemessen in Anspruch nehmen (vgl. ErwG 10 der RL 2004/38), verbietet ebenfalls eine Ausweitung auf die Adressaten des Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011, die mit den in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 beschriebenen Personen und Sachverhalten nicht vergleichbar sind. Denn Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 erfasst nur Personen, die, bevor sie im Aufnahmemitgliedstaat arbeitslos wurden, dort gearbeitet und ihre Kinder eingeschult haben.²⁶

II. Gleichbehandlungsanspruch gemäß Art. 4 VO (EU) Nr. 883/2004

Einen zweiten zielführenden Begründungsansatz findet der EuGH in der sog. Wanderarbeiterverordnung.²⁷ Deren persönlicher Anwendungsbereich ist eröffnet. Denn sie gilt gemäß ihrem Art. 2 Abs. 1 für Unionsbürger und deren Angehörige, für die „die Rechtsvorschriften gelten“, die also in ein System sozialer Sicherheit eines anderen Mitgliedsstaates eingebunden sind oder waren (Art. 1 Buchst. 1 VO (EU) 883/2004). Hierfür genügt ein Bezug zu einem Sozialversicherungs- oder Familienleistungssystem.²⁸ Darunter fällt der besprochene Personenkreis regelmäßig, weil wegen der vorhergehenden Erwerbstätigkeit eine Einbindung in die Arbeitslosenversicherung besteht und für die Kinder Kindergeld bezogen wird. Darüber hinaus erfasst die VO (EU) Nr. 883/2004 die Grundsicherungsleistungen des SGB II auch sachlich, nämlich als „besondere beitragsunabhängige Geldleistungen“ gemäß Art. 3 Abs. 3, 70 Abs. 1, Abs. 2 VO (EU) Nr. 883/2004, die explizit in Anhang X dieser VO aufgeführt sind.²⁹ Greifen die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen der VO, gilt ihr Art. 4, der eine Gleichbehandlung vorschreibt:

„Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates.“

Hierzu der EuGH:

„Indessen stellt es eine Ungleichbehandlung gegenüber Inländern im Bereich der Leistungen der sozialen Sicherheit dar, wenn Personen, die [...] Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats sind und ihr Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der Verordnung Nr. 492/2011 herleiten, gemäß [...] § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c SGB II von jeglichem Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ausgeschlossen werden.“

²⁵ Ibid., Rn. 62; siehe dazu bereits ▶Noak, JSE 2018, 66 (71 f.).

²⁶ Ibid., Rn. 67.

²⁷ Siehe Ibid., Rn. 80 ff.

C) Übertragbarkeit der Gründe auf § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII

Zu erörtern ist noch, ob die Begründung des Urteils auf den Parallelausschlussgrund des § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII übertragen werden kann. Hierbei ist zu differenzieren: Der unter B. I. erörterte Gleichbehandlungsanspruch gemäß Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 gilt auch für die Adressaten des SGB XII. Wer als Ausländer nicht erwerbsfähig ist, deshalb gemäß § 21 S. 1 SGB XII dem Regime des SGB XII unterfällt und dem Grunde nach Ansprüche auf Hilfe zum Lebensunterhalt gemäß §§ 23 Abs. 1 S. 1, 27 ff. SGB XII hat, kann – natürlich – womöglich ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 herleiten, denn die jetzige fehlende Erwerbstätigkeit schließt eine frühere Arbeitnehmereigenschaft nicht aus. Deshalb hat der Gesetzgeber den Ausschlussgrund ja auch in § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII implementiert. Gilt der Gleichbehandlungsanspruch des Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 auch bezogen auf die betroffenen Adressaten des SGB XII (und Argumente dagegen sind nicht ersichtlich), hat dies zur Folge, dass auch § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII für unionsrechtswidrig erklärt werden muss.

Deshalb ist es nur eine Randnotiz, dass der zweite Begründungsstrang des EuGH über Art. 4 VO (EU) Nr. 883/2004 auf die Leistungen gemäß §§ 23 Abs. 1, 27 ff. SGB XII nicht übertragen werden kann. Denn die dort vorgesehenen Hilfen zum Lebensunterhalt fallen sachlich nicht unter die, wie sie auch genannt wird, „Wanderarbeiterverordnung“, was seinen Grund darin findet, dass Hilfen zum Lebensunterhalt keine „besonderen beitragsunabhängigen Leistungen“ im Sinne des Art. 3 Abs. 3, 70 Abs. 1, Abs. 2 VO (EU) Nr. 883/2004 darstellen. Denn sie sind – anders etwa als die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (§§ 41 ff. SGB XII) – in Anhang X der VO nicht aufgeführt.

D) Abschließende Bewertung

Das Urteil des EuGH überzeugt. Dies zum einen *inhaltlich*, denn es stärkt die Arbeitnehmerfreizügigkeit, eine tragende Säule der Europäischen Union. Die Personen, die von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II ausgeschlossen werden, sind solche, die jedenfalls schon einmal „beschäftigt“ waren, also einen Bezug zum deutschen Arbeitsmarkt hatten, denn es geht um Kinder von (ehemaligen) Arbeitnehmern und die das Personensorgerecht wahrnehmenden Personen, die aufgrund dieser Tatsache ein eigenständiges Aufenthaltsrecht in der BRD haben. Die „Beschäftigung“ bildet also das Fundament der Privilegierung. Zur Arbeitnehmerfreizügigkeit gehört, sagt ErwG 6 der VO (EU) Nr. 492/2011 unter expliziter Verwendung der Terminologie „Menschenwürde“, den Arbeitnehmer mit Blick auf die Integration der Familie im Aufnahmeland gleich zu behandeln. Die Adressaten des Ausschlussgrundes unterscheiden sich zudem signifikant von denen des Urteils „Dano“/. Jobcenter Leipzig³⁰, in dem Personen, die keinen Bezug zum Arbeitsmarkt und deshalb auch kein Aufenthaltsrecht haben, thematisiert werden. Und auch die Abgrenzung zu denen, die ein Aufenthaltsrecht *lediglich* aus dem Gesichtspunkt der Arbeitsuche haben, wird deutlich, denn bei denen fehlt die Verfestigung des Aufenthalts durch schulpflichtige Kinder. Die ungestörte, konstante und substantielle

²⁸ Schreiber, NZS 2012, 647 (649).

²⁹ Ausführlich hierzu ▶Noak, JSE 2016, 4 (6).

³⁰ EuGH Urt. v. 11.11.2014 – C 333-13.

Schul- und Ausbildung hat eine eigene unionsrechtliche Dimension, wie etwa Art. 3 Abs. 2 EUV, Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2, 24 Abs. 2 GRCh beweisen. Daran seine Rechtsordnung *auszurichten*, sollte jedem EU-Mitgliedsstaat Anspruch sein, nicht, wie offenbar der Bundesregierung im Jahre 2016, diese unionsrechtlichen Vorgaben durch Schaffung von Ausschlussgründen wie § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II und § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII zu *umgehen*.

Zum anderen ist das Urteil auch *juristisch* überzeugend. Anders als noch im Urteil „Alimanovic ./ Jobcenter Neukölln“³¹, als der EuGH die Problematik auflöste, indem er die gegen sein Ergebnis streitenden Argumente einfach verschwieg,³² verarbeitet er die vorliegende Problematik methodisch sauber unter Berücksichtigung der drei relevanten Auslegungskriterien Wortlaut, Systematik und Historie.³³ Die Entscheidung hebt sich damit wohlthuend von vielen aus der EU-Jurisdiktion ab, die zwar sprachlich wohlklingend, inhaltlich und argumentativ aber eher beliebig daherkommen.³⁴

► Inhaltsverzeichnis



³¹ S.o. Fn. 9.

³² Kritisch dazu auch Janda, unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eugh-urteil-c6714-alimanovic-sozialleistungen-hartz-iv-arbeitssuche/> (zuletzt aufgerufen: 26. November 2020).

³³ Überzeugend gegen die Auswüchse der sog. teleologischen Auslegung Schlehofer, JuS 1992, 572 (576): „Wenn Sinn und Zweck des Gesetzes das Ergebnis der Auslegung sind, können sie nicht gleichzeitig ihr Mittel sein.“

³⁴ Dazu Lange, EuR 2008, 1 (19); Rebhahn, Entwicklungen des Arbeitsrechts der EU (2012), S. 3, unter: https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Sonstige/Zentrum_fuer_Europaeisches_Wirtschaftsrecht/Schriftenreihe/heft2012rebhahn.pdf.



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

KLAUSUR – ZIVILRECHT

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)*

„Corona-Demos“ Fortgeschrittenenklausur

Sachverhalt

Teil I

Ingrid Bamberger (IB) lebt in Köln. Laut ihrer Kanzleihomepage ist sie seit 1995 als Rechtsanwältin tätig und betreibt entfernt von ihrem Wohnort in Heidelberg seit 1999 eine Kanzlei für Arzt-, Medizin- und Gesundheitsrecht.

Die sog. Corona-Krise erreichte Deutschland von China ausgehend im März 2019 mit voller Wucht. Corona bezeichnet einen Virus, der als Ursache der sog. COVID-19-Pandemie gilt. Der Corona-Virus wird insbesondere durch Tröpfcheninfektion direkt von Mensch zu Mensch übertragen. Eine Tröpfcheninfektion ist eine Ansteckung, bei der erregerehaltiges Sekret aus den Atemwegen auf die Schleimhäute anderer Menschen gelangt. Dies geschieht durch direkten Kontakt oder mittelbar über die Luft als aerogene Übertragung. Daneben ist eine Virusübertragung – allerdings wohl in deutlich geringerem Maße – offenbar durch Kontaktübertragung als Schmierinfektion möglich. Dies bedeutet, dass kontaminierte Flächen berührt und in der Folge in irgendeiner Form auf die Schleimhäute des jeweiligen Menschen übertragen werden, etwa indem kontaminierte Finger oder Handflächen dann in die Nähe der Gesichtsschleimhäute gelangen. Der Corona-Virus kann beim befallenen Menschen die COVID-19-Krankheit auslösen, die insbesondere zu schweren Lungenentzündungen bis hin zu Lungenversagen und Tod führen kann. Allerdings bricht die COVID-19-Krankheit laut Robert-Koch-Institut nur bei 55 – 85 % der vom Corona-Virus infizierten Personen aus.¹ Die übrigen Personen bemerken regelmäßig keinerlei Symptome und lassen sich daher auch nicht testen, so dass die Infizierung durch den Corona-Virus dann unerkannt bleibt. Bei rd. 81 % der registrierten Infektionen verläuft die Krankheit nur mit Fieber oder einer leichten Lungenentzündung; bei etwa 14 % der Fälle verläuft sie schwerer, und in etwa 5 % so schwer, dass eine intensivstationäre Betreuung notwendig und der Zustand kritisch bzw. lebensbedrohlich ist.²

Bundesregierung, Landesregierungen, Landkreise und Kommunen reagierten anfangs wie folgt auf die Corona-Krise bzw. COVID-19-Pandemie: Ab dem 13.03.2020 wurden zuerst Großveranstaltungen verboten. Ab dem 16.03.2020 kam es zur Schließung der Kindergärten, Kindertagesstätten und Schulen. Ab dem 23.03.2020 wurden je nach Bundesland umfassende Kontaktverbote oder Ausgangsbeschränkungen eingeführt und Gastronomiebetriebe, Hotels, Dienstleistungsbetriebe und der Einzelhandel geschlossen (erster Shut down oder Lock down). Geöffnet blieben lediglich Supermärkte, Banken, Apotheken, Arztpra-

xen und Tankstellen sowie der Mitnahmeservice von Gastronomiebetrieben. Außerdem wurde eine allgemeine Maskenpflicht bezogen auf bestimmte öffentlich zugängliche, geschlossene Räume eingeführt. Sämtliche Maßnahmen erfolgten auf Basis der jeweiligen Corona-Verordnungen der Landesregierungen, z.T. ergänzt durch kommunale Verordnungen auf Basis des jeweiligen Landespolizeigesetzes. Die Kompetenz zu den Corona-Verordnungen der Landesregierungen folgt aus dem Infektionsschutzgesetz des Bundes (IfSG), welches die Landesregierungen nach § 32 IfSG hierzu ermächtigt. Nach der letzten Novellierung im November 2020 sind die möglichen Einzelmaßnahmen insbesondere zur Wahrung des Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG im neuen § 28a IfSG aufgeführt. Zu Lockerungen des ersten Lock Downs kam es ab Mitte Mai 2020, insbesondere die Kontaktverbote und Ausgangsbeschränkungen dauerten dabei jedoch bundesweit noch bis Juni 2020 an. Im November 2020 kam es zu einem erneuten Lock Down (light), welcher Mitte Dezember 2020 zu einem harten Lock Down, jedoch mit Weihnachtserleichterungen, bis zum 10.01.2021 ausgeweitet wurde.

IB veröffentlichte am 03.04.2020 auf ihrer Kanzleihomepage eine Pressemitteilung. Hierin kündigte sie eine Normenkontrollklage gegen die Corona-Verordnung des Landes Baden-Württemberg an. Ferner heißt es in dieser Pressemitteilung, dass die Maßnahmen der Bundes- und Landesregierung eklatant verfassungswidrig seien und in bisher nie gekanntem Ausmaß eine Vielzahl von Grundrechten der Bürgerinnen und Bürger in Deutschland verletzt. Dies gelte für alle Corona-Verordnungen der 16 Bundesländer. Insbesondere seien diese Maßnahmen nicht durch das Infektionsschutzgesetz gerechtfertigt. IB kündigte an, dass sie bis zum BVerfG ziehen werde. Ihr Normenkontrollantrag wurde jedoch ebenso abgewiesen wie ein Eilantrag zum BVerfG.

Am 07.04.2020 veröffentlichte IB auf ihrer Homepage ein 19seitiges Schreiben, in dem sie u.a. erklärte, dass der Shut Down der größte Rechtsskandal der Bundesrepublik sei. Die Landesregierungen beseitigten mit den Corona-Verordnungen die verfassungsmäßige Ordnung. Landesregierung und Polizei erfüllten die Straftatbestände § 344 StGB (Verfolgung Unschuldiger), § 240 StGB (Nötigung) und § 111 StGB (öffentliche Aufforderung zu Straftaten). Die Kontaktverbote/Ausgangsbeschränkungen führten dazu, dass Versammlungen im öffentlichen Raum von über zwei Personen hinaus untersagt seien, so dass gegen die Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung nicht demonstriert werden könne. Es bestehe nun für alle Deutschen das

* Der Autor ist Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

¹ Vgl. www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html (zuletzt abgerufen am 22.12.2020).

² Vgl. de.wikipedia.org/wiki/COVID-19-Pandemie_in_Deutschland (zuletzt abgerufen am 22.12.2020).

Recht zum Widerstand nach Art. 20 Abs. 4 GG. Dies bedeute zunächst, dass alle Corona-Verbote in allen Bundesländern wegen Verfassungswidrigkeit unwirksam seien. Nur wer von den Gesundheitsämtern als Kranker, Krankheitsverdächtiger, Ansteckungsverdächtiger oder Ausscheider bezüglich des Corona-Virus festgestellt sei, müsse sich noch an die Corona-Regeln halten. Das Schreiben schließt mit einem Appell an die Bundesregierung und die Landesregierungen, alle erlassenen verfassungswidrigen Corona-Verordnungen mit sofortiger Wirkung aufzuheben und den Lock Down sofort zu beenden. Alle Bürger seien eingeladen, sich am Ostersonntag um 15 Uhr zu einer bundesweiten friedlichen Demonstration unter dem Motto „Coronaio 2020 – Nie wieder mit uns. Wir stehen heute auf!“ zu versammeln. Die Demonstration solle aber iSd. § 14 Abs. 1 VersG zuvor der jeweils zuständigen Behörde angezeigt werden.

In der Folge erhielt IB am 09.04.2020 ein Schreiben des Polizeipräsidiums Mannheim, wonach gegen sie aufgrund ihres Schreibens vom 07.04.2020 strafrechtlich ermittelt werde und ihre Kanzleihomepage vermittels des Telekommunikationsanbieters einstweilig abgeschaltet werden würde. Gleichzeitig erhielt sie eine polizeiliche Vorladung zu einer Beschuldigtenanhörung für den 15.04.2020 um 11 Uhr bei der Kripo Heidelberg. Zuvor wurde sie laut Angaben auf ihrer Kanzleihomepage am Ostersonntag durch Polizei mit Handschellen in die Gefängnispsychiatrie Heidelberg verbracht³, aber zwei Tage später am 14.04.2020 wieder hieraus entlassen. Erneut wurde sie auf Basis eines Unterbringungsbeschlusses von Seiten des AG Köln vom 24.04.2020 bis 22.05.2020 in der Psychiatrie der LVR-Klinik Köln festgehalten. IB berichtet in diesem Zusammenhang von massiver körperlicher Gewalt, Fixierung, mehrfacher Unterbringung in einem Isolationszimmer und Zwangsmedikation. Nachdem sie schon zuvor in die rechte Ecke hin- und als Verschwörungstheoretikerin dargestellt worden sei, sei die Zwangsunterbringung offenbar das letzte Mittel des deutschen Staates gewesen, politisch unliebsame Gegner wie sie mundtot zu machen. Anlass für die letztgenannte Unterbringung sollen ihrer Ansicht nach ein Diebstahl von Süßigkeiten in einer Tankstelle in der Kölner Innenstadt, das Umstoßen eines Blumenkübels sowie ein Verstoß gegen das Rauchverbot am 24.04.2020 gewesen sein, was sie in der Sache bestreitet.

Bitte prüfen Sie in einem Gutachten, ob sich IB mit ihrem Schreiben vom 07.04.2020 strafbar gemacht hat!

Teil II

IB hatte auf ihrer Kanzleihomepage auch „zu Solidarität“ im Zusammenhang mit ihrer Vorladung am 15.04.2020 aufgerufen. Daraufhin versammelten sich an jenem Tag ab 10:30 Uhr unterschiedlichen Angaben zufolge zwischen 80 und 200 Personen vor dem Gebäude der Kripo in Heidelberg, um mit Trillerpfeifen

³ Genauere Angaben zu den von der Polizei hierfür genannten Gründen finden sich in einem Artikel vom 17.04.2020 auf www.lto.de (zuletzt abgerufen am 22.12.2020). Von der exakten Verlinkung wird aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes abgesehen, da der Link den Klarnamen der realen Person enthält.

⁴ Die Maskenpflicht trat in Baden-Württemberg aber erst durch die Sechste Verordnung der Landesregierung zur Änderung der Corona-Verordnung (GBl. BW 2020, S. 192 ff.) am 27.04.2020 in Kraft und betraf in verbindlicher Weise ohnehin nur den öffentlichen Nahverkehr und den Einzelhandel.

⁵ Vgl. zu den gesamten Ereignissen am 15.04.2020 samt Nachwirkungen den entsprechenden Bericht vom 30.04.2020 auf www.heidelberg24.de (zuletzt abgerufen am 22.12.2020). Von der exakten Verlinkung wird erneut aus

und Plakaten ihre Solidarität mit IB und deren politischen Zielen zu bekunden. Diese Personen, die mittlerweile überwiegend der sog. Querdenker-Bewegung zugerechnet werden, bezweifeln entweder, dass es überhaupt einen Corona-Virus gibt oder aber die Rechtmäßigkeit und/oder Sinnhaftigkeit der Corona-Maßnahmen. Der laut der Corona-Verordnung des Landes Baden-Württemberg vorgegebene Abstand zwischen Personen im öffentlichen Raum von 1,5m wurde von den Beteiligten vollständig ignoriert, ebenso jedwede Maskenpflicht⁴. Die Polizei schritt nach eigener Aussage „aus Gründen der Verhältnismäßigkeit“ nicht ein, um die Versammlung aufzulösen. Gegen 12 Uhr löste sich die Versammlung nach einer Hommage an IB und einer von ihr nach ihrer Anhörung verlesenen „Proklamation“ an ihre Anhänger wieder auf. Das Dezernat Staatsschutz des Polizeipräsidiums Mannheim wertete in der Folge Kameraaufnahmen aus, um die einzelnen Versammlungsteilnehmer zu identifizieren und strafrechtlich zu verfolgen.⁵

In den nächsten zwei Wochen wird bei 50 Teilnehmern der Versammlung vom 15.04.2020 Corona festgestellt. Als Auslöser (sog. Super-Spreader) wird Manuel Feldbach (MF) festgestellt, der am 15.04.2020 bereits seit mehreren Tagen an typischen Corona-Symptomen litt, was ihm auch bewusst war. Er selbst ging davon aus, dass er vl. nicht nur erkältet sei, sondern sich evtl. mit dem Corona-Virus infiziert habe. Jedoch ging er davon aus, dass „schon alles gut gehen werde“. Von den 50 Infizierten versterben zwei ältere Teilnehmer der Versammlung an COVID-19. Fünf weitere Teilnehmer lagen zeitweilig auf der Intensivstation und mussten künstlich beatmet werden, bei dreien davon ergeben sich schwere Lungenschäden, die eine lebenslange gesundheitliche Beeinträchtigung bedeuten. 30 Teilnehmer (darunter MF) zeigten leichte Symptome ähnlich einer Grippe und sind mittlerweile ebenso wie die zwei überlebenden Personen, die auf der Intensivstation lagen, wieder vollständig genesen. Bei den übrigen 13 infizierten Teilnehmern der Versammlung zeigten sich zu keinem Zeitpunkt irgendwelche Symptome, auch sie sind als vollständig genesen anzusehen.

Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von MF und IB in Bezug auf die Ereignisse in Teil II.!

Auszüge aus Gesetzes- und Verordnungstexten

A) Verordnung der Landesregierung Baden-Württemberg über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 (Corona-Verordnung – CoronaVO BW) idF. gültig ab dem 29.03.2020 bis zum 10.04.2020 (GBl. BW 2020, Nr. 8, S. 153 ff.)⁶

§ 3 Verbot des Aufenthalts im öffentlichen Raum, von Veranstaltungen und sonstigen Ansammlungen

(1) Der Aufenthalt im öffentlichen Raum ist nur alleine, mit einer weiteren nicht im Haushalt lebenden Person oder im Kreis der Angehörigen

Gründen des Persönlichkeitsschutzes abgesehen, da der Link den Klarnamen derjenigen real betroffenen Person enthält, die hier als IB geführt wird.
⁶ Vgl. zu den Corona-Verordnungen der Länder die Übersicht unter de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_infolge_der_COVID-19-Pandemie_erlassenen_deutschen_Gesetze_und_Verordnungen (zuletzt abgerufen am 22.12.2020). Die Regelungstechnik der Bundesländer war dabei sehr unterschiedlich und ist für den Laien kaum überblickbar. Einzelne Bundesländer stechen dabei in punkto Überregulierung und Komplexität regelrecht hervor.

des eigenen Haushalts gestattet. Zu anderen Personen ist im öffentlichen Raum, wo immer möglich, ein Mindestabstand von 1,5 Metern einzuhalten.

§ 9 Ordnungswidrigkeiten

Ordnungswidrig iSd. § 73 Abs. 1a Nr. 24 des IfSG handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen § 3 Abs. 1 sich im öffentlichen Raum aufhält.

B) Infektionsschutzgesetz (IfSG) idF. gültig bis zum 17.11.2020

§ 28 Schutzmaßnahmen

(1) Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen. Eine Heilbehandlung darf nicht angeordnet werden. Die Grundrechte der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG), der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) werden insoweit eingeschränkt.

§ 32 Erlass von Rechtsverordnungen

Die Landesregierungen werden ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen. Die Grundrechte der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG), der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG) der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) und des Brief- und Postgeheimnisses (Art. 10 GG) können insoweit eingeschränkt werden.

§ 73 Bußgeldvorschriften

(1a) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

24. einer Rechtsverordnung nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 Buchstabe c bis f oder g oder Nr. 8 Buchstabe c, § 13 Abs. 3 Satz 1, § 17 Abs. 4 Satz 1 oder Abs. 5 Satz 1, § 20 Abs. 6 Satz 1 oder Abs. 7 Satz 1, § 23 Abs. 8 Satz 1 oder Satz 2, § 32 Satz 1, § 38 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 3 oder 5 oder § 53 Abs. 1 Nr. 2 oder einer vollziehbaren Anordnung auf Grund einer solchen Rechtsverordnung zuwiderhandelt, soweit die Rechtsverordnung für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist.

§ 74 Strafvorschriften

Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine in § 73 Abs. 1 oder Abs. 1a Nr. 1 bis 7, 11 bis 20, 22, 22a, 23 oder 24 bezeichnete vorsätzliche Handlung begeht und dadurch eine in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 genannte Krankheit oder einen in § 7 genannten Krankheitserreger verbreitet.

§ 75 Weitere Strafvorschriften (seit dem 20.05.2020 geltend)

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. einer vollziehbaren Anordnung nach § 30 Abs. 1 Satz 1, auch iVm. einer Rechtsverordnung nach § 32 Satz 1, zuwiderhandelt.

§ 75 a.F. (zwischen 28.03.2020 und 19.05.2020 geltend)

Weitere Strafvorschriften

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. einer vollziehbaren Anordnung nach § 28 Abs. 1 Satz 2, § 30 Abs. 1 oder § 31, jeweils auch iVm. einer Rechtsverordnung nach § 32 Satz 1, zuwiderhandelt.

Gliederung

A) Teil I

I. Strafbarkeit der IB wegen § 111 StGB

1. Tatbestand

- a) Objektiver Tatbestand
 - aa) Aufforderung
 - bb) Öffentlichkeit der Aufforderung
 - cc) Gegenstand der Aufforderung
 - (1) Rechtswidrige Tat aus dem StGB?
 - (2) Rechtswidrige Tat aus dem VersG?
 - (3) Rechtswidrige Tat aus den Corona-Verordnungen?
 - (4) Rechtswidrige Tat aus dem IfSG?
- b) Zwischenergebnis

2. Ergebnis

II. Strafbarkeit der IB wegen § 164 Abs. 1 StGB

1. Tatbestand

- a) Objektiver Tatbestand
 - aa) Tathandlung des Verdächtigen
 - bb) Gegenstand der Verdächtigung
 - cc) Tatopfer
- b) Zwischenergebnis

2. Ergebnis

III. Ergebnis Teil I

B) Teil II

I. Strafbarkeit des MF

1. Strafbarkeit des MF wegen § 211 StGB

- a) Tatbestand
 - aa) Objektiver Tatbestand
 - (1) Objektiver Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB
 - (2) Mordmerkmale der 2. Gruppe aus § 211 StGB
 - bb) Subjektiver Tatbestand
 - cc) Zwischenergebnis
- b) Ergebnis

2. Strafbarkeit des MF aus § 227 StGB

- a) Tatbestand
 - aa) Grunddelikt, §§ 223 ff. StGB
 - bb) Zwischenergebnis
- b) Ergebnis

3. Strafbarkeit des MF wegen § 222 StGB

- a) Tatbestand
 - aa) Erfolgseintritt
 - bb) Kausalität
 - cc) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung
 - dd) Objektive Zurechnung des Erfolges
 - ee) Zwischenergebnis
- b) Ergebnis

4. Strafbarkeit des MF wegen § 229 StGB

5. Strafbarkeit des MF wegen §§ 223 Abs. 1, 226 StGB

6. Ergebnis MF

II. Strafbarkeit der IB

C) Gesamtergebnis

Gutachten

Hinweis

Der Fall entstammt weitestgehend der Realität. Zum Schutz der Persönlichkeitsrechte der hinter IB stehenden echten Person wurde ihre Kanzleihomepage bewusst nicht genannt. Sämtlicher zitierter Inhalt ist allerdings auf dieser Kanzleihomepage vorzufinden und wurde vorliegend lediglich in geraffter Form in den Fall eingeführt. Die Causa IB ging sogar durch die internationale Presse, wobei die journalistische Darstellung zwischen einer geistigen Verwirrung und Paranoia auf Seiten von IB oder aber von staatlicher Verfolgung wegen des Anprangerns tatsächlich verfassungswidriger Zustände in Deutschland während der Corona-Krise variierte. Auch die Versammlung vor dem Polizeigebäude hat es gegeben. Lediglich die Angaben im letzten Absatz von Teil II des Sachverhalts sind rein fiktional, entsprechen aber typischen Geschehensabläufen und Gefahrenlagen von sog. Corona-Demos.

A) Teil I

Laut Bearbeitungshinweis ist in Teil I einzig das Schreiben vom 07.04.2020, welches IB auf ihrer Kanzleihomepage veröffentlicht hat, strafrechtlich zu würdigen.

I. Strafbarkeit der IB wegen § 111 StGB

IB könnte sich dadurch, dass sie entgegen den Corona-bedingten Kontaktbeschränkungen und Ausgangsverboten bundesweit zu einer friedlichen Demo am Ostersonntag 2020 aufgerufen hat, wegen einer öffentlichen Aufforderung zu Straftaten iSd. § 111 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Dann müsste IB zunächst den Tatbestand des § 111 StGB verwirklicht haben.

a) Objektiver Tatbestand

Sodann müsste IB den objektiven Tatbestand erfüllt haben. Den objektiven Tatbestand aus § 111 Abs. 1 StGB erfüllt, wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften zu einer rechtswidrigen Tat auffordert.

aa) Aufforderung

Die Aufforderung setzt dabei seitens des Äußernden eine bestimmte Erklärung voraus, woraus sich der Wille des Täters erkennen lässt, von dem Aufgeforderten ein bestimmt bezeichnetes Tun oder Unterlassen zu verlangen.⁷ Die konkrete Erklärung muss dabei aus Sicht des Täters bewusst den Eindruck der Ernstlichkeit iS. eines Appells zu strafbaren Handlungen machen und die Schwelle bloßer Information, politischer Meinungsäußerung oder Provokation überschreiten.⁸ Daran gemessen wird man dem Demo-Aufruf von IB einen solchen Aufforderungscharakter entnehmen können. Denn IB wollte mit dem Aufruf ausweislich des Kontextes erreichen, dass sich eine Vielzahl von Menschen gerade aufgrund ihres Aufrufs im gesamten Bundesgebiet versammelt, um gegen die Corona-Maßnahmen zu demonstrieren und zugleich zu protestieren.

⁷ Barton, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 3. Aufl. (2020), § 111 Rn. 5; Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 111 Rn. 2a.

⁸ OLG Köln MDR 1983, 338; Dallmeyer, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 111 Rn. 4; Barton, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 3. Aufl. (2020), § 111 Rn. 5.

bb) Öffentlichkeit der Aufforderung

Allerdings müsste die Aufforderung durch IB entweder öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften erfolgt sein. Vorliegend kommt bei einer Einstellung eines Schreibens mit entsprechendem Inhalt auf einer Homepage entweder das Merkmal öffentlich oder das Merkmal durch Verbreiten von Schriften in Betracht.

In Rede steht bei einem Schreiben wie dem von IB zunächst das Verbreiten von Schriften. Der Begriff der Schriften wird in § 11 Abs. 3 StGB legal definiert. Danach ist nicht eng am Wortlaut einer Schrift stehen zu bleiben, sondern Schriften stehen Ton- und Bildträgern, Datenspeichern, Abbildungen und anderen Darstellungen in denjenigen Vorschriften gleich, die auf diesen Absatz verweisen. Vorliegend dürfte sich ein hochgeladenes Schreiben zumindest unter diesen weiten Schriftenbegriff fassen lassen. Somit liegt mit dem Schreiben vom 07.04.2020 eine verbreitungsfähige Schrift vor. IB müsste diese aber auch tatsächlich verbreitet haben. Das Verbreiten einer Schrift liegt jedenfalls in einer mit der körperlichen Weitergabe der Schrift verbundenen Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, die Schrift ihrer Substanz nach einem größeren Personenkreis zugänglich zu machen.⁹ Das Merkmal des Verbreitens von Schriften stellt also grundsätzlich auf die physische Weitergabe ab. Im Internet ist jedoch eine rein physische Weitergabe unmöglich.¹⁰ Daher verzichtet die Rechtsprechung in diesem Bereich – folgend aus dem erweiterten Schriftenbegriff in § 11 Abs. 3 StGB – auf das Kriterium der Körperlichkeit bei der Weitergabe.¹¹ Ein Verbreiten von Dateien im Internet liegt demnach etwa dann vor, wenn die zu übertragende Schrift im Arbeitsspeicher auf dem Rechner eines anderen Internetnutzers angekommen ist.¹² Dabei ist unerheblich, ob die Möglichkeit des Zugriffs auf die Schrift tatsächlich genutzt und ob diese als Datei auf einem Speichermedium aufgezeichnet wird.¹³ Entscheidend ist also der potenzielle Abruf der jeweiligen Schrift iW.S.¹⁴ Im Ergebnis ist damit bereits das Merkmal des Verbreitens von Schriften erfüllt.

Darüber hinaus könnte IB aber ihre Aufforderung zugleich auch öffentlich vorgenommen haben. Öffentlich erfolgt eine Aufforderung dann, wenn sie von einem größeren, nach Zahl und Zusammensetzung unbestimmten und nicht durch persönliche Beziehungen verbundenen Personenkreis zur Kenntnis genommen werden kann.¹⁵ Hinsichtlich des Tatmittels zur öffentlichen Aufforderung fehlt es an einer tatbestandlichen Eingrenzung, so dass alle Medien in Betracht kommen, mittels derer ein Gedankeninhalt sinnlich wahrnehmbar gemacht werden kann.¹⁶ Demzufolge kommt auch eine Aufforderung über das Internet in Be-

tracht, wobei allerdings erforderlich ist, dass ein größerer Adressatenkreis erreicht werden kann, was etwa bei einem wenig besuchten Chatforum nicht der Fall wäre¹⁷. Da über IB bis zum maßgeblichen 07.04.2020 bereits hinreichend in der Presse berichtet wurde und ihre Kanzleihomepage – jedenfalls bis zu ihrer polizeilichen Sperrung – frei zugänglich war (und mittlerweile auch wieder ist), ist das Merkmal öffentlich jedenfalls dem Grunde nach erfüllt. Soweit das Merkmal öffentlich darüber hinaus verlangt, dass eine unmittelbare Einwirkung auf potentielle Täter besteht¹⁸, ergeben sich auch hiernach vorliegend keinerlei Bedenken. Schließlich ist jeder das Schreiben der IB vom 07.04.2020 lesende Internetnutzer unmittelbar auch eine derjenigen Personen, die zu einer Corona-Demo aufgefordert werden sollte. Damit ist das Merkmal öffentlich auch insgesamt erfüllt.

cc) Gegenstand der Aufforderung

Allerdings ist fraglich, ob IB mit dem Demo-Aufruf wirklich zu einer rechtswidrigen Tat aufgefordert hat. Eine rechtswidrige Tat iSd. § 111 Abs. 1 StGB ist schließlich nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verletzt.¹⁹ Problematisch ist, woraus sich eine solche rechtswidrige Tat (Straftat) im Hinblick auf eine verbotene Versammlung während der Corona-Krise ergeben sollte.

(1) Rechtswidrige Tat aus dem StGB?

Die rechtswidrige Tat iSd. § 111 Abs. 1 StGB, zu der aufgefordert wurde, könnte zunächst dem StGB entstammen. Das StGB enthält jedoch keinerlei einschlägige Strafvorschriften. Insbesondere liegt kein Fall des Landfriedensbruchs iSd. § 125 StGB vor, denn Landfriedensbruch definiert sich in allen Varianten über eine ausgeübte Gewalttätigkeit. Dagegen hat die IB ausdrücklich zu einer friedlichen Demo aufgerufen.

(2) Rechtswidrige Tat aus dem VersG?

Ferner könnte an eine rechtswidrige Tat iSd. § 111 Abs. 1 StGB aus dem VersG gedacht werden. Das VersG beinhaltet in den §§ 21 – 28 VersG zwar Strafvorschriften, diese beziehen sich aber insbesondere auf Straftaten während bzw. im Zuge einer laufenden Versammlung. Eine Strafbarkeit der etwaigen Demo-Teilnehmer nach dem VersG gerade wegen des Versammelns scheidet vorliegend somit aus.

(3) Rechtswidrige Tat aus den Corona-Verordnungen?

Womöglich könnte die rechtswidrige Tat iSd. § 111 Abs. 1 StGB aber aus den Corona-Verordnungen herrühren. Jedoch enthielt und enthält die Corona-VO BW keinerlei Strafvorschriften. Genauso sieht es auch in den Corona-Verordnungen der anderen Bundesländer aus.

⁹ Vgl. BGH NJW 1995, 2125; v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 80a Rn. 7.

¹⁰ Gercke, CR 2010, 798 (800); Hambel, ZJS 2019, 10 (12).

¹¹ Vgl. BGH NJW 2001, 3558 (3559), Wittmer/Steinbach, MMR 2019, 650 (651); kritisch Bornemann, MMR 2012, 157 (158 f.), der auf eine dann eintretende Konturlosigkeit des Verbreitens verweist. Im Internet könnten rein technisch betrachtet keine Schriften weitergegeben werden. Vielmehr werde lediglich eine Information weitergegeben, die physisch etwas völlig anderes sei.

¹² BGH NJW 2001, 3558 (3559); Hörnle, NJW 2002, 1008 (1009 f.); Gercke, CR 2010, 798 (800); Wittmer/Steinbach, MMR 2019, 650 (651).

¹³ Vgl. BGH NJW 2001, 3558 (3559), Wittmer/Steinbach, MMR 2019, 650 (651).

¹⁴ Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 111 Rn. 26.

¹⁵ KG JR 1984, 249; Bosch, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 111 Rn. 17; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 186 Rn. 25.

¹⁶ Bosch, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 111 Rn. 17; Barton, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner, StGB, 3. Aufl. (2020), § 111 Rn. 7; Franke, GA 1984, 452 (458 f.).

¹⁷ Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 111 Rn. 7; Keller/Liesching, in: Paschke/Berlit/Meyer, Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 3. Aufl. (2016), § 111 StGB Rn. 15; Heckmann, in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, 6. Aufl. (2019), Kap. 8 Rn. 428.

¹⁸ OLG Karlsruhe NSTZ 1993, 389 (390); OLG Celle NSTZ 2013, 720 (721); Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 111 Rn. 22 f.; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 111 Rn. 7.

¹⁹ Dallmeyer, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 111 Rn. 4; Barton, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner, StGB, 3. Aufl. (2020), § 111 Rn. 4; Hambel, ZJS 2019, 10 (12).

(4) Rechtswidrige Tat aus dem IfSG?

Damit rücken als letztes die Strafvorschriften nach dem IfSG in den Blick. Fraglich ist hier aber bereits ex ante, ob der Demo-Aufruf überhaupt den Bestimmtheitsanforderungen genügen kann. Denn bei § 111 StGB ist es erforderlich, dass die Straftat, zu der aufgerufen wird, hinreichend bestimmt ist.²⁰ An eine derartige Konkretisierung der Straftat sind zwar keine allzu großen Anforderungen zu stellen, jedoch müssen aus der jeweiligen Aufforderung des Täters zumindest der Deliktstypus und die groben Konturen des Delikts erkennbar sein.²¹

Vorliegend kann es in Bezug auf das IfSG wohl nur darum gehen, dass Demo-Teilnehmer etwa iSd. § 3 Abs. 1 Corona-VO BW gegen das dort angeordnete Aufenthaltsverbot verstoßen sollten. Zu einer Unterschreitung des hierin ebenfalls bezeichneten Mindestabstands hatte IB dagegen explizit nicht aufgerufen. Derartige Verstöße gegen das Aufenthaltsverbot müssten dann aber ihrerseits nach dem IfSG strafbar sein.

Dabei kommt zunächst eine Strafbarkeit nach § 74 IfSG iVm. §§ 73 Nr. 24, 32 Abs. 1 IfSG in Betracht. Dritte, die gegen ein landesrechtlich aus den Corona-Verordnungen vorgegebenes Aufenthaltsverbot im öffentlichen Raum verstoßen, wenn sie sich zu mehr als zwei Personen aus unterschiedlichen Haushalten dort einfinden, würden sich also strafbar machen, wenn sie damit zugleich vorsätzlich gegen Vorgaben der Corona-Verordnungen der Länder auf Basis von § 32 Abs. 1 IfSG verstoßen würden.

Ob IB hiernach zu einer Straftat aufgerufen haben könnte, ist allerdings aus mehrerlei Gründen kritisch zu sehen. Zum einen ergibt sich vorliegend ein Extremfall der Problematik von Blankettstrafnormen. In diesem Sinne sind einerseits lediglich „einfache“ Blankette zulässig, in denen das Strafgesetz selbst das strafwürdige Verhalten umschreibt und lediglich zur Konturierung technischer Details auf eine Rechtsverordnung verweist, andererseits aber auch solche Blankette, die einen statischen Verweis auf feste Gesetze oder Verordnungen herstellen.²² Vorliegend sind diese Standards aber definitiv nicht gewahrt. Vielmehr hat der Bundesgesetzgeber nämlich vorliegend gestattet, dass letztlich nicht einmal der Landesgesetzgeber, sondern sogar die jeweilige Corona-Verordnung erlassende Landesregierung festlegt, ob eine Strafbarkeit vorliegt oder nicht. Damit wird die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des Strafrechts nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG umgangen. Zwar ist es im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung möglich, dass die Länder rechtssetzend tätig werden, sofern der Bund die jeweilige Materie nicht abschließend regeln wollte.²³ Allerdings werden vorliegend dann letztlich Bundesgesetzen durch Landesregierungen konkretisiert und im Übrigen auch mitunter im Wochentempo verändert. Dies hat zur Folge, dass es für den Bürger kaum vorhersehbar sein kann, ob er sich

jeweils strafbar macht oder nicht. Schließlich muss er bei einem Teilblankett sämtliche Merkmale der blankettausfüllenden Norm kennen, um seinerseits vorsätzlich handeln zu können.²⁴ Das heißt nichts anderes, als dass jeder Täter des § 74 IfSG sämtliche Merkmale auch der §§ 73 Nr. 24, 32 Abs. 1 IfSG sowie der sich permanent verändernden Corona-Verordnungen der Länder kennen müsste. Dies fällt aber bereits selbst dem geschulten Juristen schwer, für den Durchschnittsbürger dürfte eine solche Kenntniserlangung sogar nahezu unmöglich sein. Schon allgemein ergibt sich bei Blankettstrafnormen ein Bestimmtheitsproblem mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG, bei den Strafnormen des IfSG aber umso eher.²⁵

Problematisch ist ferner, dass § 74 IfSG ein Erfolgsdelikt²⁶ ist, so dass überhaupt nur dann zu einer Straftat iSd. § 74 IfSG aufgefördert werden kann, wenn es im Bereich des Möglichen liegt, dass der Taterfolg (Verbreitung der Krankheit oder des Krankheitserregers) und zwar in kausaler und vorsätzlicher Weise erreicht werden kann. Insgesamt scheidet damit eine Strafbarkeit iSd. § 74 IfSG iVm. §§ 73 Nr. 24, 32 Abs. 1 IfSG als rechtswidrige Tat iSd. § 111 Abs. 1 StGB aus.

Fraglich ist ferner, ob dann nicht aber eine Strafbarkeit der Demo-Teilnehmer iSd. § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG iVm. §§ 28 Abs. 1 Satz 2, 32 Abs. 1 IfSG als rechtswidrige Tat iSd. § 111 Abs. 1 StGB in Betracht kommt. Verstöße gegen Aufenthaltsverbote aus den Corona-Verordnungen der Länder sind jedenfalls vollziehbare Anordnungen iSd. §§ 28 Abs. 1 Satz 2, 32 Abs. 1 IfSG.²⁷ Problematisch ist aber, dass diejenige Fassung von § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG, welche auf die §§ 28 Abs. 1 Satz 2, 32 Abs. 1 IfSG verwies, nur zwischen dem 28.03.2020 und dem 19.05.2020 galt. Danach war dies nicht mehr der Fall. Der Zeitraum 28.03.2020 – 19.05.2020 deckt zwar den Zeitpunkt ab, in dem IB zu einer Demo und damit zu einem Verstoß gegen Ausgangsverbote aus den Corona-Verordnungen der Länder aufgefordert hatte (07.04.2020). Grundsätzlich gilt bei Strafnormen dabei auch, dass es auf die Strafbarkeit nach demjenigen Strafgesetz ankommt, das zur Zeit der Tat gilt/galt.²⁸ Dies würde in der Causa IB bedeuten, dass Dritte zum Zeitpunkt der Aufforderung von Seiten der IB sehr wohl eine Straftat hätten begehen können, wenn sie der Aufforderung gefolgt wären. Folge davon wäre, dass die IB ihrerseits zu einer rechtswidrigen Tat iSd. § 111 Abs. 1 StGB aufgefordert hätte.

Hiervon ist jedoch eine entscheidende Ausnahme zu machen. Nach der sog. Meistbegünstigungsklausel ist bei täterbegünstigenden materiellen Gesetzesänderungen zwischen Beendigung der Tat und der Entscheidung des Gerichts das jeweils mildeste Gesetz als Ganzes anzuwenden, das zwischen der Tat und der Entscheidung gilt oder gegolten hat, sei es auch nur vorübergehend.²⁹ Bei Blankettstrafnormen darf dabei kein isolierter Günstigkeitsvergleich vorgenommen werden, sondern es sind auch

²⁰ OLG Oldenburg NJW 2006, 3735 (3736); Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 111 Rn. 4a.

²¹ BayObLGSt 1992, 15 (19); Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 111 Rn. 15 f.; Bosch, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 111 Rn. 13.

²² Vgl. vertieft Hoven, NStZ 2016, 377 (379).

²³ Vgl. Maiwald, ZRP 2006, 18 (19); Dannecker/Pfaffendorf, NZWiSt 2012, 252 (258).

²⁴ Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 16 Rn. 60; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 15 Rn. 99 ff.

²⁵ Vgl. allgemein Degenhart, in: Sachs, GG, 8. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 65 ff.; speziell Rau, in: Schmidt, COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Aufl. (2020), § 18 Rn. 3; Pechorr, jurisPR-StrafR 10/2020 Anm. 3.

²⁶ Rau, in: Schmidt, COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Aufl. (2020), § 18 Rn. 16; Häberle/Lutz, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 229. ErgL. (Oktober 2020), § 74 IfSG Rn. 4.

²⁷ Häberle/Lutz, in: Häberle/Lutz, IfSG, 1. Aufl. (2020), § 75 Rn. 3 f.; Deutscher, ZAP 2020, 489 (495); Lorenz/Oglakcioglu, KriPoZ 2020, 108 (115).

²⁸ Schmitz, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 2 Rn. 22; v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 2 Rn. 2;

²⁹ v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 2 Rn. 5; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB,

die zugehörigen Ausfüllungsnormen zu berücksichtigen.³⁰ Diese aus § 2 Abs. 3 StGB hergeleiteten Maßstäbe gelten dabei nicht nur im Kernstrafrecht nach dem StGB, sondern auch im Nebenstrafrecht, denn es käme ansonsten „einer Vergewaltigung der materiellen Gerechtigkeit nahe, wenn der Richter noch ein Gesetz anwenden müsste, zu dessen Strenge der Gesetzgeber sich im Entscheidungszeitpunkt nicht mehr bekennt“³¹. Daran gemessen ergibt sich, dass Täter des § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG a.F. wegen des Meistbegünstigungsprinzips nach dem 19.05.2020 nicht mehr für solche Taten bestraft werden können, die mittlerweile nicht mehr strafbar sind.³²

Hinweis

Nicht anwendbar dürfte das Meistbegünstigungsprinzip aber in einer Situation wie vorliegend wohl dann sein, wenn der Gesetzgeber hätte erkennen lassen, dass er in einem bestimmten Zeitraum jedenfalls ausdrücklich eine Bestrafung des Täters erreichen wollte, später aber wegen einer veränderten Sachlage wie einer abnehmenden Gefährlichkeit der strafwürdigen Umstände nicht mehr. Allerdings hat der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Änderung des § 75 IfSG herausgestrichen, dass die Rechtslage auch vor dem 19.05.2020 unbefriedigend gelöst war und schon damals besser (nur) als Ordnungswidrigkeit hätte geahndet werden sollen.³³ Insoweit hat der Gesetzgeber klargestellt, dass er zum fraglichen Zeitpunkt zwar eine Strafnorm gesetzt hatte, das tatbestandliche Verhalten aber an und für zu keinem Zeitpunkt strafwürdig war.

Fraglich ist nun aber, ob der Umstand, dass etwaige Demo-Teilnehmer, die sich ggf. von IB hierzu haben auffordern lassen³⁴ und wegen der Geltung des Meistbegünstigungsgrundsatzes nicht mehr bestraft werden können, auch auf IB durchschlägt. Anders gewendet: Hat IB dann gleichwohl zu einer rechtswidrigen Tat aufgefordert oder entfällt auch die rechtswidrige Tat an sich? Beides lässt sich argumentativ vertreten. Zum einen könnte angeführt werden, dass die Anwendung des mildesten Gesetzes auf die Demo-Teilnehmer ganz offensichtlich nur zu einem Wegfallen der Strafbarkeit ex nunc führt. Zum anderen erscheint es als ein Aspekt materieller Gerechtigkeit, dass nicht beim näher am Unwert stehenden Täter die Strafbarkeit entfallen kann, diese aber etwa beim Anstifter iSd. § 26 StGB (oder eben auch beim Aufforderer iSd. § 111 StGB) fortbestehen kann. Die besseren Argumente sprechen wohl für die letztgenannte Ansicht. Zudem hat der Gesetzgeber nachträglich bekannt, dass er die Bestrafung von sich ansammelnden Personen und damit auch Teilnehmern an Demos während Corona eigentlich von Anfang an für nicht gerechtfertigt hielt. Somit wäre es wirklich merkwürdig, wenn man mittelbar wirkende Personen wie Anstifter und Aufforderer zu solchen Ansammlungen/Demos dann aber entgegen diesem gesetzgeberischen Willen bestrafen

29. Aufl. (2018), § 2 Rn. 3.

³⁰ BVerfG NJW 1995, 315 (316); Schmitz, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 2 Rn. 39; Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 2 Rn. 24.

³¹ Vgl. BVerwG NVwZ 2005, 96 (97); Hassemer/Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 2 Rn. 21.

³² So auch Peglau, jurisPR-StrafR 7/2020 Anm. 1.

³³ Begr. RegE zum Zweiten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BT-Drs. 19/18967 v. 05.05.2020, S. 61.

würde. Faktisch muss § 111 Abs. 1 StGB dann teleologisch reduziert werden. Damit kommt auch keine Strafbarkeit Dritter im Zusammenhang mit § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG a.F. als rechtswidrige Tat iSd. § 111 StGB in Betracht.

b) Zwischenergebnis

IB hat bereits den objektiven Tatbestand des § 111 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

2. Ergebnis

IB hat sich somit nicht wegen einer öffentlichen Aufforderung zu Straftaten iSd. § 111 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit der IB wegen § 164 Abs. 1 StGB

IB könnte sich aber dadurch, dass sie in ihrem Schreiben vom 07.04.2020 die Landesregierung und die Polizei beschuldigt hat, dass diese die Straftatbestände § 344 StGB (Verfolgung Unschuldiger), § 240 StGB (Nötigung) und § 111 StGB (öffentliche Aufforderung zu Straftaten) verwirklicht hätten, wegen falscher Verdächtigung iSd. § 164 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Nach § 164 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer einen anderen bei einer Behörde oder einem zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Amtsträger oder militärischen Vorgesetzten oder öffentlich wider besseres Wissen einer rechtswidrigen Tat oder der Verletzung einer Dienstpflicht in der Absicht verdächtigt, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen ihn herbeizuführen oder fort dauern zu lassen.

1. Tatbestand

Dann müsste IB den Tatbestand des § 164 Abs. 1 StGB erfüllt haben.

a) Objektiver Tatbestand

Dies setzt weiterhin voraus, dass der objektive Tatbestand des § 164 Abs. 1 StGB verwirklicht wurde. IB müsste dann einen anderen durch Tatsachen verdächtigt haben.

aa) Tathandlung des Verdächtigens

Zunächst einmal müsste IB jemanden verdächtigt haben. Tathandlung des § 164 Abs. 1 StGB ist also das Verdächtigen, dh. das Begründen eines neuen oder Umlenken bzw. Verstärken eines bereits bestehenden Verdachts.³⁵ IB hat Polizei und Landesregierung der Begehung von bestimmten Straftaten verdächtigt, somit einen Verdacht gegen sie begründet. Damit ist das Merkmal des Verdächtigens erfüllt.

bb) Gegenstand der Verdächtigung

Weiterhin müsste sich die Tathandlung des Verdächtigens auf einen bestimmten Gegenstand richten. Insoweit muss sich der begründete Verdacht auf eine bereits begangene rechtswidrige Tat iSd. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB (also eine Straftat) oder eine disziplinarisch ahnbare Verletzung einer Dienstpflicht beziehen.³⁶

³⁴ Ob die Aufforderung von IB zu einem Erfolg geführt hat oder nicht, spielt letztlich aber nur beim Strafraumen eine Rolle, denn nach § 111 Abs. 2 StGB wird auch das erfolglose Auffordern bestraft.

³⁵ BGH NJW 1960, 1678 (1679); BGH NJW 2015, 1705; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 164 Rn. 3; Bosch/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 164 Rn. 5.

³⁶ Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 164 Rn. 5; Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 164 Rn. 5.

Vorliegend hat die IB behauptet, Landesregierung und Polizei hätten die Straftatbestände § 344 StGB (Verfolgung Unschuldiger), § 240 StGB (Nötigung) und § 111 StGB (öffentliche Aufforderung zu Straftaten) verwirklicht, also eine rechtswidrige Tat iSd. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB begangen. Straftaten sind (auch) für Landesbeamte zugleich Dienstvergehen (vgl. §§ 8 ff. LDG BW), so dass auch hiernach – zumindest in Bezug auf die Polizei – ein tauglicher Verdächtigungsgegenstand vorliegt.

cc) Tatopfer

Weiterhin müsste aber auch ein taugliches Tatopfer vorliegen.

Die Verdächtigung iSd. § 164 Abs. 1 StGB muss sich dabei gegen eine bestimmte oder wenigstens bestimmbare existierende andere Person richten.³⁷ Eine bestimmbare Person liegt vor, wenn der Täter eine individuell eng begrenzte Personengruppe verdächtigt und dabei jedes Mitglied dieser Gruppe als potentiell Tatverdächtigen hinstellt, so dass die Behörde allein auf Grund der Anzeige in der Lage ist, ein Verfahren gegen irgendein Mitglied einzuleiten.³⁸

Vorliegend ist jedenfalls die Kollektivbezeichnung „Polizei“ zu unbestimmt, um dahingehend ein Verfahren einzuleiten. Nicht viel anders verhält es sich mit der Bezeichnung „die Landesregierung“. Denn wer unter der Landesregierung Baden-Württembergs zu verstehen ist, ist nicht eindeutig zu bestimmen. So bleibt etwa unklar, ob IB damit den Ministerpräsidenten und die Landesminister meint oder insgesamt das Kabinett Kretschmann II, zu dem auch die Staatssekretäre zählen.

b) Zwischenergebnis

IB hat somit bereits den objektiven Tatbestand des § 164 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

2. Ergebnis

IB hat sich somit nicht wegen einer falschen Verdächtigung iSd. § 164 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Ergebnis Teil I

Bezogen auf Teil I hat sich die IB daher nicht strafbar gemacht.

B) Teil II

Weiterhin gilt es die Strafbarkeit von MF und IB hinsichtlich der Ereignisse am 15.04.2020 zu würdigen.

I. Strafbarkeit des MF

In Bezug auf MF sind Tötungs- und Körperverletzungsdelikte zu untersuchen.

Hinweis

In der Praxis wird allerdings in Fällen wie diesem aus rein praktischen Gründen wohl eher keine Verurteilung zustande kommen. Denn typischerweise gibt es Nachweisprobleme dahingehend, woher die Infizierung mit dem Corona-Virus genau stammt und ob der Verbreiter hinreichende Kenntnis davon besaß, der er selbst infiziert war und damit das Virus weitergeben konnte.

³⁷ BGH NJW 1959, 2172; Ruß, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 164 Rn. 20; Zopfs, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 164 Rn. 16.

³⁸ Zopfs, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 164 Rn. 16; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 164 Rn. 2.

1. Strafbarkeit des MF wegen § 211 StGB

MF könnte sich dadurch, dass er am 15.04.2020 an einer Demo in Heidelberg teilnahm und dabei in Kenntnis des Umstands, dass er evtl. mit dem Corona-Virus infiziert ist, weder Abstandsregelungen einhielt noch einen Mund- und Nasenschutz trug, wodurch sich in der Folge zwei weitere Demo-Teilnehmer infizierten und später an COVID-19 verstarben, wegen Mordes iSd. § 211 StGB in zwei Fällen strafbar gemacht haben.

a) Tatbestand

MF müsste zunächst iSd. § 211 StGB tatbestandsmäßig gehandelt haben.

aa) Objektiver Tatbestand

Sodann müsste MF den gesamten objektiven Tatbestand des Morddelikts verwirklicht haben, somit den objektiven Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB sowie ggf. objektive Mordmerkmale der dann in Rede stehenden 2. Gruppe aus § 211 StGB.

(1) Objektiver Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB

Zunächst muss es durch eine Tathandlung des MF zu einem Tötungserfolg an mindestens einem anderen Menschen gekommen sein, damit der objektive Tatbestand des Totschlags iSd. § 212 Abs. 1 StGB erfüllt ist. MF hat auf der Demo am 15.04.2020 erwiesenermaßen zwei weitere Teilnehmer mit dem Corona-Virus angesteckt, die in Folge dessen an COVID-19 verstorben sind.

Der objektive Tatbestand des Totschlags iSd. § 212 Abs. 1 StGB ist damit erfüllt.

(2) Mordmerkmale der 2. Gruppe aus § 211 StGB

Fraglich ist weiter, ob vorliegend objektive Mordmerkmale der 2. Gruppe aus § 211 StGB vorliegen.

Dann müsste MF bei der Weitergabe des Corona-Virus auf der Demo am 15.04.2020 heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln gehandelt haben.

Heimtückisch handelt zunächst, wer in feindseliger Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt.³⁹ Vorliegend fehlt es bereits daran, dass MF gar kein Bewusstsein für eine Tötung hatte, so dass ein gezieltes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit der Tatopfer bereits nicht in Betracht kommt. Heimtücke liegt somit insgesamt nicht vor.

Grausam tötet ferner, wer dem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung, Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen.⁴⁰ Hiernach fehlte dem MF wohl schon in jedem Falle die entsprechende Gesinnung, so dass auch das Merkmal der Grausamkeit ausscheidet.

Allerdings könnte MF mit gemeingefährlichen Mitteln gehandelt haben. Mit gemeingefährlichen Mitteln tötet ein Täter dann, wenn er die von ihm eingesetzten Mittel in der konkreten Tatsituation unter Berücksichtigung seiner persönlichen Fähigkeit nicht so beherrscht, dass eine Gefährdung einer Mehrzahl

³⁹ BGH GrS 9, 385 (390); BGHSt 32, 382 (383 f.); BGHSt 50, 16 (28); BGH NStZ-RR 2017, 78; Wenkel, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 211 Rn. 7.

⁴⁰ BGHSt 3, 180 (181); BGH StV 1997, 565 (566); Mitsch, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 3. Aufl. (2020), § 211 Rn. 60.

von Personen an Leib oder Leben nicht ausgeschlossen erscheint.⁴¹ Daran gemessen ist zu sehen, dass die Tatsituation in Bezug auf das Medium Corona-Virus für den MF jederzeit beherrschbar war, etwa indem er Abstand gehalten und/oder eine Maske getragen hätte. Folge davon ist, dass nicht von einem gemeingefährlichen Mittel gesprochen werden kann.

Mordmerkmale der 2. Gruppe aus § 211 StGB liegen daher insgesamt nicht vor.

bb) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht muss MF zunächst Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestands des § 212 Abs. 1 StGB besessen haben. Zudem müssten, da es an Mordmerkmalen der 2. Gruppe aus § 211 StGB fehlt, subjektive Merkmale der 1. und/oder der 3. Gruppe aus § 211 StGB hinzutreten, um den Totschlag dann zum Mord zu qualifizieren.

Allerdings ist vorliegend bereits fraglich, ob hinsichtlich des MF von Tötungsvorsatz ausgegangen werden kann. Zwar genügt insoweit bedingter Vorsatz.⁴² Allerdings hat der BGH in Bezug auf das hinsichtlich der Letalitätsschwere noch deutlich gefährlichere HI-Virus bereits entschieden, dass bedingter Tötungsvorsatz aufgrund der sog. Hemmschwellentheorie regelmäßig (eigentlich immer, es sei denn es gibt klar gegenläufige Indizien) zu verneinen ist, selbst wenn die objektive Gefährlichkeit auf Seiten des Täters erkannt wird.⁴³ Derartige gegenläufige Indizien für einen klaren Tötungsvorsatz sind vorliegend nicht erkennbar. Somit ist iSd. gerade bei Virusinfektionen, die von Mensch zu Mensch übertragen werden, noch einmal besonders festgeschriebenen Hemmschwellentheorie zu erblicken, dass MF keinen Tötungsvorsatz hatte.

Daher fehlt es bereits am subjektiven Tatbestand des Totschlags, so dass es auf subjektive Mordmerkmale der 1. und/oder der 3. Gruppe aus § 211 StGB gar nicht mehr ankommt.

cc) Zwischenergebnis

Damit ist insgesamt der Tatbestand nicht gegeben.

b) Ergebnis

MF hat sich daher nicht wegen Mordes iSd. § 211 StGB in zwei Fällen strafbar gemacht.

2. Strafbarkeit des MF aus § 227 StGB

Weiterhin könnte sich MF dann aber hinsichtlich des mit zuvor identischen Sachverhalts wegen Körperverletzung mit Todesfolge iSd. § 227 StGB in zwei Fällen strafbar gemacht haben.

a) Tatbestand

Dann müsste zunächst der Tatbestand vorliegen.

aa) Grunddelikt, §§ 223 ff. StGB

Erforderlich wäre sodann, dass MF ein taugliches Grunddelikt iSd. §§ 223-226a StGB begangen hat.

Objektiv müsste MF dann eine andere Person körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird.⁴⁴ Gesundheitsschädigung ist das Steigern oder Hervorrufen eines pathologischen Zustands.⁴⁵ Die Infektion mit einem womöglich letalen Virus beeinträchtigt die körperliche Unversehrtheit und ruft einen pathologischen Zustand hervor. Die beiden letztlich an COVID-19 verstorbenen Demo-Teilnehmer haben jedenfalls als Durchgangsstadium zum Tod Symptome der Lungenerkrankung gezeigt. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen wäre, kommt es – dann aber mehr bezogen auf die Gesundheitsschädigung – weder auf erkennbare Symptome noch auf ein Schmerzempfinden an.⁴⁶ Im Ergebnis liegt der objektive Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB vor.

Weiterhin könnte objektiv betrachtet auch ein Qualifikationsdelikt einschlägig sein. So könnte die Körperverletzung durch Weitergabe des Corona-Virus von MF an die zwei verstorbenen Demo-Teilnehmer zunächst iSd. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen begangen worden sein. Während Gifte ihre Wirkung auf chemischem oder chemisch-physikalischem Wege entfalten, wirken andere gesundheitsschädliche Stoffe etwa auf thermische, mechanische oder biologische Weise.⁴⁷ Bei Krankheitsserregern in Form von Viren wird insbesondere mit Blick auf das HI-Virus von einem anderen gesundheitsschädlichen Stoff⁴⁸, teilweise auch von Gift⁴⁹ ausgegangen. Dies lässt sich auch auf das Corona-Virus übertragen. Allerdings müsste MF den gesundheitsschädlichen Stoff den Tatopfern auch beigebracht haben. Beibringen ist ein solches Einführen der Stoffe in oder Auftragen der Stoffe auf den Körper eines anderen, durch welches die Stoffe ihre schädigende Eigenschaft zu entfalten in der Lage sind.⁵⁰ Hierbei genügt bei Viren etwa die Herstellung eines äußeren Körperkontaktes, sodass ein Eindringen der Viren in den Körper des anderen nicht erforderlich ist.⁵¹ Damit liegt § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB objektiv vor.

⁴¹ BGH NStZ 2006, 167 (168); BGH NStZ-RR 2017, 143; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 211 Rn. 11; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 211 Rn. 29.

⁴² BGH NJW 1960, 1261; BGHSt 57, 183 (188); BGH NStZ-RR 2020, 143 (145); Mitsch, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 3. Aufl. (2020), § 212 Rn. 9.

⁴³ Vgl. BGH NJW 1989, 781; BGH 1990, 129 (130); BGH NStZ 2017, 342; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 212 Rn. 3; Rau, in: Schmidt, COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Aufl. (2020), § 18 Rn. 36; Müller, JA 2013, 584 (587 f.); Deutscher, ZAP 2020, 489 (498).

⁴⁴ BGH NJW 1991, 2918 (2919); BGH StV 2001, 680; Dölling, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 223 StGB Rn. 4.

⁴⁵ BGH NJW 1989, 781 (782 ff.); BGH NJW 1998, 833 (835); Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 223 Rn. 8; Deutscher, ZAP 2020, 489 (495).

⁴⁶ Vgl. BGHSt 36, 1 (6); BGH NStZ 2009, 34 (35); BGH NStZ 2015, 269 ff.; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 223 Rn. 5; Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 223 Rn. 13; Pörner, JuS 2020, 498 (499).

⁴⁷ Hardtung, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 224 Rn. 9; Pörner, JuS 2020, 498 (499 f.).

⁴⁸ Hardtung, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 224 Rn. 8; Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 224 Rn. 9; Zöller, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 3. Aufl. (2020), § 224 Rn. 4.

⁴⁹ Schünemann, in: Eser-FS, 2005, S. 1141 (1150).

⁵⁰ BGHSt 15, 114; BGHSt 32, 130 (132 f.); BGH NStZ-RR 2018, 209; Zöller, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 3. Aufl. (2020), § 224 Rn. 6; Rau, in: Schmidt, COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Aufl. (2020), § 18 Rn. 42.

⁵¹ Hardtung, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 224 Rn. 10; Rau, in: Schmidt, COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Aufl. (2020), § 18 Rn. 42.

Hinweis

In einer Klausur wäre die Prüfung von § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB absolut praxisgerecht. Die Rechtsprechung macht es sich bei der viralen Ansteckung jedoch einfach und springt unmittelbar auf § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB (lebensgefährdende Behandlung), übergeht damit also regelmäßig die Prüfung von § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Zudem könnte auch der Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllt sein. Dann müsste die Weitergabe des Corona-Virus eine lebensgefährdende Behandlung darstellen. Jedenfalls nach hM. genügt es, dass die Art der Behandlung nach den Umständen des Einzelfalls objektiv generell geeignet ist, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen.⁵² Nur eine Mindermeinung verlangt zudem auch eine konkrete Lebensgefahr.⁵³ Letzten Endes braucht dieser Streit nicht entschieden zu werden. Denn vorliegend sind zwei Tatopfer letztlich auch am Corona-Virus verstorben, so dass eine konkrete Lebensgefahr vorlag. Damit ist jedenfalls auch der Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllt.

Problematisch ist vorliegend aber, dass die §§ 223-226a StGB sämtlich eine zumindest bedingt vorsätzlich begangene Körperverletzung voraussetzen.⁵⁴ Vorsatz ist in diesem Zusammenhang schon dann gegeben, wenn der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Körperverletzungserfolgs als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und damit in der Weise einverstanden ist, dass er die Tatbestandsverwirklichung billigend in Kauf nimmt oder sich um des erstrebten Zieles willen wenigstens mit ihr abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch unerwünscht sein; das für den Vorsatz erforderliche Wissen muss im Zeitpunkt der Tathandlung in aktuell wirksamer Weise vorhanden sein; bloßes nicht in das Bewusstsein gelangtes Wissen oder ein nur potentiell bewusstes Bewusstsein reicht nicht aus.⁵⁵

Hinweis

Letztlich geht es hier um einen Klassiker der juristischen Ausbildung im 1. Semester, nämlich die Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz. Verkürzt wird dies in der sog. Frank'schen Formel mit „es wird schon gutgehen“ (bewusste Fahrlässigkeit) vs. „na wenn schon“ (bedingter Vorsatz) dargestellt.

Vorliegend hatte es MF entfernt für möglich gehalten, dass er womöglich mit dem Corona-Virus infiziert ist und somit eine Gefahr der Weitergabe des Virus mit evtl. schwerwiegenden (auch letalen) Folgen besteht. Jedoch war ihm dies nicht egal, sondern er vertraute darauf, dass schon nichts passieren wird. Dies spricht dafür, dass er nur fahrlässig gehandelt hat. Denn es fehlte dem MF das für eine Vorsatztat neben dem kognitiven Element letztlich unerlässliche voluntative Element⁵⁶.

bb) Zwischenergebnis

Hinsichtlich § 227 StGB fehlt es damit schon am tauglichen Grunddelikt einer vorsätzlichen Körperverletzung.

b) Ergebnis

Eine Strafbarkeit des MF wegen Körperverletzung mit Todesfolge iSd. § 227 StGB scheidet demnach aus.

3. Strafbarkeit des MF wegen § 222 StGB

Womöglich könnte sich MF dann aber hinsichtlich des mit zuvor identischen Sachverhalts wegen fahrlässiger Tötung iSd. § 222 StGB in zwei Fällen strafbar gemacht haben.

a) Tatbestand

Dann müsste MF zunächst iSd. § 222 StGB tatbestandlich gehandelt haben. Dies setzt voraus, dass MF mit Fahrlässigkeit den Tod zumindest eines Menschen verursacht hat.

aa) Erfolgseintritt

Zunächst bedarf es eines Tötungserfolgs. Zwei Demo-Teilnehmer sind auch zu Tode gekommen, der Erfolgseintritt ist somit gegeben.

bb) Kausalität

Weiterhin müsste eine Kausalität zwischen dem Handeln des MF und dem Erfolgseintritt bestehen. Nach den vorliegenden Feststellungen hatte der seinerseits mit Corona infizierte MF am 15.04.2020 die beiden maßgeblichen Demo-Teilnehmer mit dem Corona-Virus angesteckt, was in diesen Fällen zum Ausbruch der COVID-19-Krankheit und damit zum Tod der beiden Demo-Teilnehmer führte. Damit liegt auch die erforderliche Kausalität vor.

cc) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung

Sodann müsste MF bei objektiver Voraussehbarkeit eine objektive Sorgfaltspflichtung begangen haben, als er die beiden vorliegend maßgeblichen Demo-Teilnehmer mit dem Corona-Virus ansteckte.

Art und Maß der anzuwendenden Sorgfalt bestimmen sich dabei nach den Anforderungen, die bei objektiver Betrachtung einer Gefahrenlage ex ante an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und sozialen Rolle des Handelnden zu stellen sind.⁵⁷ Die vorliegend diese allgemeinen Maßstäbe konkretisierenden Verhaltensnormen können ua. § 3 Abs. 1 Corona-VO BW entnommen werden. Danach hätte MF aus Sorgfaltsgründen in Bezug auf die Verhinderung einer Gesundheitsgefährdung anderer Menschen an keiner Ansammlung teilnehmen und schon gar nicht den gebotenen Mindestabstand von 1,5m unterschreiten dürfen. Erst recht nicht, wenn er bereits damit rechnen musste, das Corona-Virus in sich zu tragen. Eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung liegt damit vor.

Weitere Voraussetzung der an dieser Stelle insgesamt zu prüfenden Fahrlässigkeit ist die objektive Vorhersehbarkeit und Ver-

⁵² BGHSt 36, 1 (9); BGH, NStZ-RR 2010, 176 (177); BGH NJW-Spezial 2019, 474; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 224 Rn. 12; Cornelius/Birner, JA 2020, 188 (192).

⁵³ Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 224 Rn. 28.

⁵⁴ BGH NStZ 2015, 460 f.; Paeffgen/Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 227 Rn. 4; Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 227 Rn. 1.

⁵⁵ BGH NStZ 2004, 201 (202); BGH NStZ 2015, 460.

⁵⁶ Vgl. BGH NStZ 1988, 175; Pörner, JuS 2020, 498 (501).

⁵⁷ BGH NStZ 2003, 657 (658); BGH NStZ 2005, 446 (447); Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 222 Rn. 15.

meidbarkeit des Taterfolgs infolge der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung. MF konnte am 15.04.2020 sehr wohl wissen, dass die Weitergabe des Corona-Virus zum Tod von Menschen führen konnte, wobei ein solcher Tod bei Einhaltung der Corona-VO BW vermeidbar gewesen wäre.

Wie schon an anderer Stelle festgestellt, handelte der MF dabei auch mit bewusster Fahrlässigkeit, da er die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung kannte, aber pflichtwidrig damit rechnete, dass diese nicht eintreten wird.

Insgesamt liegen damit die Voraussetzungen der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung vor.

dd) Objektive Zurechnung des Erfolges

Der Taterfolg müsste dem MF aber auch objektiv zurechenbar sein. Dh. die Sorgfaltspflichtverletzung des MF müsste für den Erfolgseintritt relevant gewesen sein.

Der in diesem Zusammenhang zunächst zu fordernde Pflichtwidrigkeitszusammenhang, also die Kausalität der Pflichtwidrigkeit für den Erfolgseintritt ist zu bejahen. Denn ohne das Handeln von MF wären die beiden anderen Demo-Teilnehmer nicht verstorben.

Fraglich ist aber, ob nicht doch eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung der betroffenen Demo-Teilnehmer vorlag. Insofern ist dem Täter der Taterfolg dann nicht objektiv zurechenbar und als bloße Mitwirkung am Taterfolg zu qualifizieren, wenn dem Opfer das Infektionsrisiko bekannt ist und es sich selbstbestimmt diesem Risiko aussetzt.⁵⁸ Die Demo-Teilnehmer wussten gerade aufgrund des Themas der Demo offensichtlich um die Gefährlichkeit des Corona-Virus und hatten sich dementsprechend zu dieser Demo begeben, keine Mindestabstände eingehalten und keine Schutzmasken getragen. Daher liegt ein Fall der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung vor, der Taterfolg ist dem MF daher objektiv nicht zurechenbar.

Hinweis

Anders wäre dies im Lichte der auf den Fall übertragbaren HIV-Rechtsprechung nur dann, wenn die Tatopfer sich des Risikos nicht bewusst waren und der Täter damit überlegenes Wissen um die Gefährlichkeit gehabt hätte. Dies kann aber dann ausgeschlossen werden, wenn die Tatopfer gerade zu einer Art Corona-Demo gegangen sind und sich dort auch selbst nicht schützten (etwa mit einer FFP2-Maske und/oder mit der Wahrung des Mindestabstands), obwohl sie die Gefahr kannten. Diese Trennlinien verschwimmen aber jedenfalls dort, wo das Wissen um die Gefährlichkeit des Virus stark unterschiedlich verteilt ist.

ee) Zwischenergebnis

Daher ist schon der Tatbestand des § 222 StGB nicht erfüllt.

b) Ergebnis

MF hat sich daher auch nicht wegen fahrlässiger Tötung iSd. § 222 StGB strafbar gemacht.

4. Strafbarkeit des MF wegen § 229 StGB

Konsequenterweise muss unter dem Blickwinkel der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung auch eine Strafbarkeit des MF wegen fahrlässiger Körperverletzung iSd. § 229 StGB an sämtlichen infizierten Demo-Teilnehmern ausscheiden.

5. Strafbarkeit des MF wegen §§ 223 Abs. 1, 226 StGB

Schließlich müsste an eine schwere Körperverletzung iSd. §§ 223, Abs. 1, 226 StGB von Seiten des MF in Bezug auf diejenigen drei Demo-Teilnehmer gedacht werden, deren Lunge jeweils dauerhaft geschädigt wurde.

Nach den bisherigen Prüfungen kommt aber auch hiernach denklösig keine Strafbarkeit des MF in Betracht. Denn es fehlt im Grundtatbestand bereits an der vorsätzlichen Herbeiführung der Körperverletzung und bei der nach § 18 StGB mindestens fahrlässig herbeizuführenden schweren Folge stellt sich erneut das Problem der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung. Mussten die Demo-Teilnehmer aufgrund ihres eigenverantwortlichen Handelns sogar mit der Möglichkeit ihres Todes rechnen, dann war die Möglichkeit einer schweren Gesundheitsschädigung auf der Ebene darunter erst recht in Betracht zu ziehen.

6. Ergebnis MF

MF hat sich somit insgesamt nicht strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit der IB

Da es in Bezug auf den MF an einer teilnahmefähigen Haupttat fehlt, hat sich auch die IB hiernach nicht strafbar gemacht.

Darüber hinaus ist in Bezug auf rein eigene Strafbarkeiten erkennbar, dass die IB für den 15.04.2020 lediglich zu „Solidarität“ mit ihr aufgerufen hatte. Daraus ist aber noch nicht ableitbar, dass sie hiermit gerade zu einer Demo aufgerufen hätte, die womöglich wieder iSd. § 75 IfSG strafbar gewesen wäre, so dass es erneut auf § 111 StGB ankommen könnte. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, ergäbe sich aber kein von Teil I abweichendes Ergebnis.

Die IB ist daher auch in Bezug auf die Ereignisse in Teil II strafflos.

C) Gesamtergebnis

Es ergeben sich weder in Teil I noch in Teil II Strafbarkeiten in Bezug jeweils auf IB bzw. MF und IB.

► Inhaltsverzeichnis



⁵⁸ Vgl. *Rau*, in: Schmidt, COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Aufl. (2020), § 18 Rn. 44; *Weißberger*, HRRS 2020, 166 (180); *Deutscher*, ZAP 2020, 489 (496).

KLAUSUR – STRAFRECHT

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)*

„Corona-Bußgeld“ Assessorexamensklausur - Rechtsberatung

Sachverhalt

Manfred Heimberger (MH) lebt seit 2019 in Bad Homburg. Er ist hobbymäßiger Boule-Spieler. Unter anderem spielt er ab und an mit drei anderen Bad Homburgern am Samstagvormittag im Kurpark von Bad Homburg. Seit dem verstärkten Auftreten des Corona-Virus Mitte März 2020 ruhen jedoch die Boule-Aktivitäten von MH. Schließlich will er sich an die bestehenden rechtlichen Vorgaben zu Kontaktverboten halten. Dergestalt hat die Hessische Landesregierung am 14.03.2020 gestützt auf § 32 Infektionsschutzgesetz (IfSG) die Dritte Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus (3. HessCorona-VO) erlassen, die bestimmte Kontaktverbote enthält. Insbesondere dürfen sich nach § 1 Abs. 2 Satz 1 3. Hess. Corona-VO nicht mehr als zwei Personen zusammen im öffentlichen Raum aufhalten, sofern diese Personen nicht im selben Haushalt leben. Zudem hat die Stadt Bad Homburg am 17.03.2020 gestützt auf § 11 des Hessischen Sicherheits- und Ordnungsgesetzes (HSOG) eine kommunale Allgemeinverfügung¹ erlassen, wonach die Gruppenbildung von mehr als fünf Personen u.a. im Kurpark von Bad Homburg mit sofortiger Wirkung verboten ist.

Am Freitag, den 17.04.2020, kontaktiert die Boule-Spielerin Kerstin Lindemann (KL) die drei anderen Personen der Boule-Gruppe, darunter MH. Sie schlägt für den nächsten Tag um 12 Uhr ein seit Mitte März 2020 erstmaliges Boule-Spielen im Kurpark vor. Schließlich habe doch das BVerfG² die entsprechende Hess. Corona-VO am 15.04.2020 „kassiert“. Ihr sei sowieso klar, dass die ganzen Kontaktverbote und Ausgangsbeschränkungen der Länder reine Panikmache sind. Schließlich sei die vom Corona-Virus ggf. ausgelöste Covid 19-Lungenerkrankung lediglich eine natürliche Mutation von Covid 18 aus dem Vorjahr. Außerdem würden an einer normalen Grippe jedes Jahr sowieso zehntausende Menschen alleine in Deutschland sterben. Von daher sei es nur allzu verständlich, dass nun das BVerfG eingeschritten ist. Endlich werde die Versammlungsfreiheit wiederhergestellt und man könne daher wieder Boule spielen.

MH und die anderen Mitspieler verlassen sich auf diese Aussage von KL. Am nächsten Tag treffen sie sich zu viert im Kurpark und fangen um 12 Uhr mit dem Boule-Spielen an. Gegen 12:30 Uhr kommt eine Security-Streife am Spielort im Kurpark vorbei. Die beiden Security-Leute erklären, dass sie über einen privaten Sicherheitsdienst für die Stadt Bad Homburg arbeiten und am Wochenende im Auftrag des Ordnungsamts den Kurpark bestreifen, um etwaige Verstöße gegen Corona-Verbote festzustellen. Vorliegend würden sie von einem eklatanten Verbot gegen die Kontaktbeschränkungen ausgehen. Daher forderten sie alle

vier Personen auf, sich auszuweisen. Für den Fall der Weigerung kündigten sie an, dann telefonisch Vollzugsbeamte herbeizurufen. KL will dies zwar ausdiskutieren, das interessiert die Security-Leute aber wenig. Letzten Endes weisen sich alle vier Boulespieler aus, die Ausweisdaten werden notiert.

Insbesondere KL ist erbost und rechnet nun damit, dass da noch etwas nachkommt. MH kennt eine Rechtsanwältin, die sich in Corona-Fragen bestens auskennt, da sie gegen die hessische und die rheinland-pfälzische Regelung zu Kontaktverboten bereits jeweils ein Normenkontrollverfahren iSd. § 47 VwGO betrieben hat. Gleich am kommenden Montag sucht er daher Rechtsanwältin Jessica Heil (JH) in ihrer Mainzer Kanzlei auf, um sich von ihr rechtlich beraten zu lassen.

Bitte prüfen Sie in einem Gutachten, was JH ihrem Bekannten MH raten wird und entwerfen Sie ein entsprechendes Mandantenschreiben an MH! Der Sachbericht ist nicht zu fertigen!

Gesetzes-, Verordnungs- und Regelungstexte (relevante Auszüge) zum Zeitpunkt 18.04.2020:

Hinweis

Dargestellt werden soll die Original-Rechtslage zum Tatzeitpunkt 18.04.2020. Auf die beachtenswerte IfSG-Novelle vom 18.11.2020 sowie Änderungen auf Landesebene wird im Gutachten selbst vergleichend Bezug genommen.

A) IfSG

§ 28 Schutzmaßnahmen

(1) Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen. Eine Heilbehandlung darf nicht angeordnet werden. Die Grundrechte der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG), der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) werden insoweit eingeschränkt.

* Der Autor ist derzeit im Zuge einer Abordnung Mitarbeiter des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

¹ Allgemeinverfügung der Stadt Bad Homburg v. 17.03.2020, nachzulesen unter: www.bad-homburg.de/medien/bindata/zentrale-verwaltung/Corona-Krise_Allgemeinverfuegung_v_17.03.2020_inkl_Anlaegen_fuer_Internet.pdf (zuletzt abgerufen am 22.12.2020).

² BVerfG JuS 2020, 474 ff. mAnm. Sachs.

§ 32 Erlass von Rechtsverordnungen

Die Landesregierungen werden ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen. Die Grundrechte der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG), der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG), der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) und des Brief- und Postgeheimnisses (Art. 10 GG) können insoweit eingeschränkt werden.

§ 73 Bußgeldvorschriften

(1a) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

24. einer Rechtsverordnung nach § 5 Abs. 2 Nummer 4 Buchstabe c, d, e, g oder Nummer 8 Buchstabe c, § 13 Abs. 3 Satz 1, § 17 Abs. 4 Satz 1 oder Abs. 5 Satz 1, § 20 Abs. 6 Satz 1 oder Abs. 7 Satz 1, § 23 Abs. 8 Satz 1 oder Satz 2, § 32 Satz 1, § 38 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 3 oder 5 oder § 53 Abs. 1 Nr. 2 oder einer vollziehbaren Anordnung auf Grund einer solchen Rechtsverordnung zuwiderhandelt, soweit die Rechtsverordnung für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist.

§ 75 Weitere Strafvorschriften

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. einer vollziehbaren Anordnung nach § 28 Abs. 1 Satz 2, § 30 Abs. 1 oder § 31, jeweils auch in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 32 Satz 1, zuwiderhandelt.

B) 3. HessCorona-VO³**§ 1**

(1) Der Kontakt zu anderen Menschen außerhalb der Angehörigen des eigenen Hausstandes ist auf das absolut nötige Minimum zu reduzieren.

(2) Aufenthalte im öffentlichen Raum sind nur alleine, mit einer weiteren nicht im eigenen Haushalt lebenden Person oder im Kreise der Angehörigen des eigenen Hausstandes gestattet. Bei Begegnungen mit anderen Personen ist ein Mindestabstand von 1,5 Metern einzuhalten. Öffentliche Verhaltensweisen, die geeignet sind, das Abstandsgebot des Satz 2 zu gefährden, wie etwa gemeinsames Feiern, Grillen oder Picknicken, sind unabhängig von der Personenzahl untersagt.

(3) Das Verbot des Abs. 2 Satz 1 gilt nicht für

1. Zusammenkünfte von Personen, die aus geschäftlichen, beruflichen, dienstlichen, schulischen oder betreuungsrelevanten Gründen unmittelbar zusammenarbeiten müssen, sowie Sitzungen und Gerichtsverhandlungen,

1a. Zusammenkünfte von Glaubensgemeinschaften zur gemeinschaftlichen Religionsausübung, wenn

a) ein Mindestabstand von 1,5 Metern zwischen Personen, ausgenommen zwischen Angehörigen eines Hausstandes, eingehalten wird, sofern keine geeigneten Trennvorrichtungen vorhanden sind,

b) keine Gegenstände zwischen Personen, die nicht einem gemeinsamen Hausstand angehören, entgegengenommen und anschließend weitergegeben werden,

c) geeignete Hygienekonzepte entsprechend den Empfehlungen des Robert Koch-Instituts zur Hygiene, Steuerung des Zutritts und der Vermeidung von Warteschlangen getroffen und umgesetzt werden und

d) Aushänge zu den erforderlichen Abstands- und Hygienemaßnahmen gut sichtbar angebracht sind,

2. die Begleitung und Betreuung minderjähriger oder unterstützungsbedürftiger Personen,

3. den öffentlichen Personennahverkehr und vergleichbare Betriebe und Einrichtungen, in denen ein bestimmungsgemäßes Zusammentreffen für kurze Zeit unvermeidbar ist,

4. die Abnahme von Prüfungen, insbesondere Staatsprüfungen und Laufbahnprüfungen,

5. Blutspenden.

§ 2

Für den Vollzug dieser Verordnung sind abweichend von § 5 Abs. 1 des Hessischen Gesetzes über den öffentlichen Gesundheitsdienst vom 28.09.2007 (GVBl. I S. 659), zuletzt geändert durch Gesetz vom 03.05.2018 (GVBl. S. 82), neben den Gesundheitsämtern die örtlichen Ordnungsbehörden zuständig, wenn die Gesundheitsämter nicht rechtzeitig erreicht oder tätig werden können, um eine bestehende Gefahrensituation abwenden zu können.

§ 3

Ordnungswidrig iSd. § 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. dem Verbot nach § 1 Abs. 2 Satz 1, sich in der Öffentlichkeit zusammen mit mehr als einer Person, die nicht dem eigenen Hausstand angehört, aufzuhalten, zuwiderhandelt,

2. nach § 1 Abs. 2 Satz 3 untersagte Verhaltensweisen begeht [...].

C) Bußgeldkatalog zur HessCorona-VO⁴

für den Aufenthalt im öffentlichen Raum zusammen mit mehr als einer Person außerhalb des Kreises des eigenen Hausstandes, Grillen, Feiern, Picknicken im Park für alle Teilnehmer

200 €

für die Teilnahme an touristischen, kulturellen oder sportlichen Angeboten jeglicher Art wie zum Beispiel Fitnesskurse, Stadtführungen, Schiffsreisen, etc.

200 €

³ 3. Hessische Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus v. 14.03.2020 in der konsolidierten Fassung v. 30.03.2020, nachzulesen unter www.hessen.de/sites/default/files/media/3vo_corona.pdf (zuletzt abgerufen am 22.12.2020).

⁴ Hessischer Corona-Bußgeldkatalog v. 02.04.2020, nachzulesen unter: www.hessen.de/sites/default/files/media/hessen.de_land/kurz_und_kompakt_-_corona-bussgelder.pdf (zuletzt abgerufen am 02.05.2020; am 22.12.2020 war der historische Bußgeldkatalog allerdings nicht mehr abrufbar).

Gliederung

I. Handlungsvorschlag

II. Sachbericht

III. Auslegung des Mandantenbegehrens

IV. Etwaige rechtliche Konsequenzen

1. Verstoß gegen Corona-Verbot
2. Wirksamkeit der 3. Hess. CoronaVO
3. Sanktion des Verstoßes

V. Ergebnis

VI. Weitere Überlegungen/weiteres Vorgehen

Hinweis

Der Fall ist weitestgehend real. Zur Verwirklichung der wohl logischen weiteren Abfolge ist es nur deshalb nicht gekommen, da MH im wirklichen Leben Jurist ist und im Vorfeld seine rechtlichen Bedenken gegen das Boule-Spielen geäußert hat, woraufhin dieses dann doch nicht stattfand. Tatsächlich wird der Kurpark von Bad Homburg seit dem Auftreten von Corona intensiv durch private Sicherheitsdienste bestreift.

Gutachten

I. Handlungsvorschlag

Ich schlage vor, zunächst nichts weiter zu unternehmen und auf ein etwaiges Anhörungsschreiben zuzuwarten.

II. Sachbericht

[erlassen]

III. Auslegung des Mandantenbegehrens

Das Rechtsschutzziel⁵ von MH ist es offenbar, zunächst in Erfahrung zu bringen, ob aus der Aufnahme der Personalien im Kurpark Bad Homburg am 18.04.2020 weitere rechtliche Konsequenzen für ihn und seine drei Mitspieler drohen. Im bejahenden Fall wird es ihm auf die Information ankommen, ob er sich hiergegen (ggf. bereits vorbeugend) mit Aussicht auf Erfolg zur Wehr setzen kann. In diesem Fall müssten anwaltlich weitere Schritte unternommen werden.

IV. Etwaige rechtliche Konsequenzen

Rechtliche Konsequenzen welcher Art auch immer könnten u.a. MH indes nur drohen, wenn das Boule-Spielen im Kurpark Bad Homburg gegen ein Corona-Verbot verstoßen hat, dieses Verbot zum fraglichen Zeitpunkt am 18.04.2020 auch wirksam war und dieser Verstoß auch entsprechend sanktioniert ist.

1. Verstoß gegen Corona-Verbot

Möglich erscheint, dass die Boule-Gruppe um MH in irgendeiner Form gegen das Kontaktverbot aus der 3. HessCorona-VO⁶ verstoßen hat, als sie sich am 18.04.2020 zum Boule-Spielen im Kurpark Bad Homburg eingefunden hat.

Fraglich ist sodann, auf welches Verbot man vorliegend abstellen muss. Es könnte sich einerseits um ein Betretungsverbot iSd. §§ 28 Abs. 1 Satz 1, 32 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 iVm. § 1 Abs. 2 Satz 1 3. Hess. Corona-VO handeln. Insoweit würde es sich um ein Betretungsverbot im Hinblick auf einen Aufenthalt im öffentlichen Raum unter der Auflage von höchstens zwei Personen handeln, die nicht demselben Haushalt angehören.

Andererseits könnte es aber auch um eine Beschränkung oder ein Verbot der Ansammlung von Menschen iSd. §§ 28 Abs. 1 Satz 2, 32 IfSG iVm. idF. geltend am 18.04.2020 iVm. § 1 Abs. 2 Satz 1 3. Hess. Corona-VO handeln. Dann ginge es um die verbotene Ansammlung von mehr als zwei Personen, die nicht demselben Haushalt angehören. Zugleich könnte das Boule-Spielen dann zudem eine iSd. § 1 Abs. 2 Satz 3 3. Hess. Corona-VO untersagte Verhaltensweise darstellen. Denn durch das Boule-Spielen könnte das Abstandsgebot von 1,5 Metern gefährdet werden.

Vorliegend dürfte es am ehesten um die verbotene Ansammlung von mehr als zwei Personen gehen, die nicht im selben Haushalt leben. Hierfür spricht, dass sich der entscheidende Wortlaut aus § 1 Abs. 2 Satz 1 3. Hess. Corona-VO („insbesondere Personen verpflichten, ... bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten“) wohl auf bestimmte sachliche Schutzbedingungen (bspw. dem Tragen einer Schutzmaske) bezieht, allerdings nicht auf eine bestimmte Personen-

⁵ Wesen einer derartigen Anwaltsklausur ist es eigentlich immer, zunächst herauszufinden, was der Mandant eigentlich will, vgl. *Kaiser/Köster/Segmüller*, Die öffentlich-rechtliche Klausur im Assessorexamen, 5. Aufl. (2019), S. 219; *Barczak*, JA 2013, 937 (938).

⁶ Um das Kontaktverbot aus der kommunalen Allgemeinverfügung der Stadt Bad Homburg kann es vornherein nicht gehen, da diese Allgemeinverfügung erst ab fünf Personen Kontaktverbote ausspricht, während die Boule-Gruppe um MH insgesamt nur aus vier Personen besteht.

anzahl. Wäre dies anders und würde man den Begriff „Bedingungen“ in § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 auch auf eine bestimmte Personenanzahl beziehen wollen, bräuchte es die Variante „sonstige Ansammlungen von Menschen“ in § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 nicht mehr, da derartige Ansammlungen schon von § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 erfasst wären. Daher geht es vorliegend jedenfalls um eine verbotene Ansammlung von mehr als zwei Personen, die nicht im selben Haushalt wohnen (§§ 28 Abs. 1 Satz 2, 32 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 iVm. § 1 Abs. 2 Satz 1 3. Hess. Corona-VO).

Allerdings erscheinen dabei nicht zugleich auch die §§ 28 Abs. 1 Satz 2, 32 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 iVm. § 1 Abs. 2 Satz 3 3. Hess. Corona-VO einschlägig. Denn anders als die in § 1 Abs. 2 Satz 3 3. Hess. Corona-VO genannten Regelbeispiele (Feiern, Grillen oder Picknicken) liegt es beim Boule-Spielen nicht unbedingt nahe, dass das Abstandsgebot iSd. § 1 Abs. 2 Satz 2 3. Hess. Corona-VO (1,5 Meter) zwangsläufig verletzt wird. Die einzelnen Spieler können sich beim Werfen der Boule-Kugeln und beim Einsammeln der Kugeln vielmehr so postieren, dass sie fortwährend das Abstandsgebot einhalten. Dies gilt zumal, da eine Gruppe aus nur vier Spielern vergleichsweise übersichtlich ist und sich auf großen Flächen wie in Parks üblich gut verteilen kann. Im Ergebnis wird es also alleine um das Ansammlungsverbot iSd. §§ 28 Abs. 1 Satz 2, 32 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 iVm. § 1 Abs. 2 Satz 1 3. Hess. Corona-VO gehen.

MH und seine Boule-Gruppe haben am 18.04.2020 auch gegen dieses Ansammlungsverbot verstoßen. Denn aus den vorliegenden Angaben ergibt sich mittelbar, dass die vier Personen mehr als zwei Haushalten angehörten. Zudem handelte es sich beim Kurpark Bad Homburg zweifellos um öffentlichen Raum, in dem dieses Ansammlungsverbot auch in räumlicher Hinsicht galt. Zudem liegt erkennbar keine tatbestandliche Ausnahme iSd. § 1 Abs. 3 3. Hess. Corona-VO vor.

2. Wirksamkeit der 3. Hess. CoronaVO

Fraglich ist allerdings, ob die 3. Hess. CoronaVO am maßgeblichen 18.04.2020 noch wirksam war, insbesondere gegenüber MH und seiner Boule-Gruppe.

Womöglich hat nämlich KL mit ihrer Ansicht recht, wonach das BVerfG am 15.04.2020 die 3. Hess. CoronaVO außer Kraft gesetzt hat. Wäre dem so, gäbe es gar keine taugliche Ermächtigungsgrundlage für ein Vorgehen der Behörden u.a. gegen MH.

Schließlich wäre § 28 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 nach einem Entfallen der 3. Hess. CoronaVO wohl nicht geeignet, für sich allein eine taugliche Rechtsgrundlage darzustellen. Denn § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 ermächtigt zwar die zuständige Behörde u.a. bei Ansteckungskrankheiten

Maßnahmen wie Ansammlungsverbote an bestimmten Orten oder generell in der Öffentlichkeit zu treffen. Hierdurch ist aber nicht exakt festgelegt, wie eine Ansammlung zu verstehen ist, wie genau der Verbotsort bestimmt wird usw.

Insgesamt wird es daher bislang für fraglich gehalten, ob § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 (aber auch § 28 Abs. 1 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 insgesamt) überhaupt den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG wahrt. Schließlich müssen gerade bei Gesetzen, die in Grundrechte eingreifen, Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden.⁷

Von daher ist aufgrund der Bestimmtheitsbedenken schon mit guten Gründen zu bezweifeln, ob § 28 Abs. 1 Satz 2 idF. geltend am 18.04.2020 IfSG eine ausreichende Rechtsgrundlage für gravierende Grundrechtsbeschränkungen i.S. eines Versammlungsverbots darstellen kann.⁸

Hinweis

Mit dem am 18.11.2020 beschlossenen Dritten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite⁹ hat der Gesetzgeber diesen Bestimmtheitsbedenken nun Rechnung getragen. Der neue § 28a IfSG (Besondere Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2) präzisiert nun die in Betracht kommenden Grundrechtseinschränkungen, so dass keine Corona-Maßnahmen mehr auf Grundlage einer unbestimmten Generalklausel getroffen werden müssen. Auch die Strafvorschriften des IfSG wurden ausdrücklich „aus Gründen des Bestimmtheitsgrundsatzes“ angepasst.

Frappant ist ferner, dass sich im gesamten § 28 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 – von der bloß abstrakten Zitierung des Art. 8 GG in § 28 Abs. 1 Satz 4 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 einmal abgesehen – keinerlei inhaltliche dogmatische Stütze für ein Versammlungsverbot findet.¹⁰

Hinweis

Auch dieser bisherige handwerkliche Fehler wurde nun im November 2020 im neuen § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 IfSG behoben.

Gerade mit Blick auf dieses für die politische Willensbildung und die demokratische Teilhabe enorm wichtige Grundrecht¹¹ – ist ein derart laxer Umgang i.S. einer Art völligen Freifahrtsscheins für schrankenlose Grundrechtseingriffe nicht hinnehmbar. Jenseits dessen wird selbst für das Verbot von kleineren Ansammlungen wie vorliegend bezweifelt, ob § 28 Abs. 1 Satz 2

⁷ BVerfGE 100, 313 (359 f.); BVerfGE 110, 33 (53); BVerfGE 113, 348 (375); BVerfG NJW 2007, 2464 (2466); nun ausdrücklich bei § 28 Abs. 1 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 die Bestimmtheit verneinend etwa VG Hamburg, Beschl. v. 10.11.2020 – 13 E 4550/20.

⁸ Verneinend Edenharter, VerfBlog v. 19.03.2020 und Klafki, JuWissBlog v. 18.03.2020, jeweils nachzulesen unter: www.verfassungsblog.de (zuletzt abgerufen am 22.12.2020); Hamed, Frankfurter Rundschau v. 06.04.2020, nachzulesen unter: www.fr.de/politik/coronakrise-deutschland-kontaktsperre-koennte-rechtswidrig-sein-13611821.html (zuletzt abgerufen

am 22.12.2020); bejahend OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 4408; offen gelassen und als klärungsbedürftig im Hauptsacheverfahren ansehend etwa VGH Mannheim BeckRS 2020, 6351; VG Ansbach BeckRS 2020, 6627.

⁹ Gesetzesmaterialien abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/guv-19-1p/drittes-bevoelkerungsschutzgesetz.html (zuletzt abgerufen am 22.12.2020); das faktische Eingeständnis der bisherigen Unbestimmtheit findet sich allerdings nur im Referentenentwurf.

¹⁰ Sachs, JuS 2020, 474 (475).

¹¹ Vgl. BVerfGE 69, 315 (347); Schneider, in: Epping/Hillgruber, GG, 3. Aufl. (2020), Art. 8 Rn. 1.

IfSG idF. geltend am 18.04.2020 hierfür ohne Anpassungen nutzbar gemacht werden kann.¹² Denn für Ansammlungsverbote hierauf basierend fehlt es schon an der Zitierung des maßgeblich betroffenen Grundrechts (Art. 2 Abs. 1 GG) in § 28 Abs. 1 Satz 4 IfSG idF. geltend am 18.04.2020.

Hinweis

Ansammlungsverbote finden sich nun seit November 2020 in § 28a Abs. 1 und Abs. 2 IfSG in mehrfacher Weise, allerdings wurde nun erneut die Zitierung des Art. 2 Abs. 1 GG vergessen und insbesondere in Art. 7 des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite ausschließlich auf die mögliche Einschränkung der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2, Art. 8, Art. 11 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 GG abgestellt, die aber allesamt keine Ansammlungsverbote abdecken! Auch wurde der weiterhin geltende § 28 IfSG zwar um die Zitierung des Art. 2 Abs. 2 GG erweitert, nicht jedoch um Art. 2 Abs. 1 GG.

Die Regelung für Ansammlungsverbote in § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 regelt jedenfalls nicht zugleich Versammlungen (dazu sogleich im Detail).

Der Streit, ob § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 für sich genommen überhaupt eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für das Verbot von Ansammlungen sein kann, kann jedoch womöglich dahinstehen, sofern § 1 Abs. 2 Satz 1 3. Hess. Corona-VO am 18.04.2020 immer noch in Kraft war. Dazu ist allerdings festzuhalten, dass das BVerfG am 15.04.2020 lediglich im Wege einer einstweiligen Anordnung festgestellt hat, dass den Versammlungsbehörden im Lichte von § 1 Abs. 1 3. Hess. Corona-VO ein Ermessen hinsichtlich des Erlasses von Versammlungsverboten eingeräumt ist, welches zunächst verkannt wurde. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Beschwerdeführers gegen die kommunale Verbotsverfügung bezüglich einer angemeldeten Versammlung wurde daher wiederhergestellt. Damit wurden allerdings – entgegen der Ansicht von KL – weder die 3. Hess. Corona-VO insgesamt noch der hierin v.a. streitbefangene § 1 iSd. § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO mit allgemein verbindlicher Wirkung für unwirksam erklärt. Die 3. Hess. Corona-VO war somit am 18.04.2020 weiterhin vollumfänglich in Kraft.

Dazu kommt, dass es sich bei der Boule-Gruppe – erneut entgegen der Ansicht von KL – ehemals nicht um eine Versammlung iSv. Art. 8 GG handelt, sondern um eine bloße Ansammlung, wozu sich das BVerfG aber gar nicht weiter geäußert hat. Auch hiernach lässt sich also aus der entsprechenden Entscheidung des BVerfG weiter nichts ableiten. Bei einer Versammlung handelt es sich jedenfalls um eine qualitativ andere Art der Zusammenkunft von Menschen als bei einer Ansammlung. Denn bei einer Versammlung sind die Personen in besonderer Weise durch ein gemeinsames auf die Meinungskundgabe bezogenes Element miteinander verbunden (sog. enger Versammlungsbe-griff).¹³ Jenseits dessen liegt eine bloße Ansammlung vor. Bloßes Boule-Spielen hat auch bei wertender Betrachtung nichts mit

Meinungskundgabe zu tun, so dass mehrere Boule-Spieler allenfalls als Ansammlung zu begreifen sind.

Im Ergebnis war § 1 Abs. 2 Satz 1 3. Hess. Corona-VO am 18.04.2020 immer noch in Kraft und auch gegenüber den vier Boule-Spielern wirksam.

3. Sanktion des Verstoßes

Fraglich ist weiterhin, wie der feststehende Verstoß der vier Boule-Spieler gegen das bestehende Ansammlungsverbot sanktioniert wird.

Zwar ist klar, dass entweder eine Straftat oder eine Ordnungswidrigkeit vorliegen wird. Allerdings ist die Systematik dabei einigermaßen unklar.

So erläutert § 3 3. Hess. Corona-VO, dass ein Verstoß gegen das Ansammlungsverbot von mehr als zwei Personen aus nicht demselben Haushalt eine Ordnungswidrigkeit darstellt. Nach dem Bußgeldkatalog zur § 3. Hess. Corona-VO würde das ein Bußgeld von je 200 € für MH und die anderen Boule-Spieler bedeuten. Allerdings verweist § 3 3. Hess. Corona-VO auf § 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG idF. geltend am 18.04.2020, der u.a. rein auf Rechtsverordnungen nach § 32 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 abstellt. Dieser Verweis dürfte zumindest undeutlich, wenn nicht gar rechtlich fehlerhaft sein. Denn bei Lichte besehen dürften Rechtsverordnungen (und Allgemeinverfügungen) alleine ohnehin nicht ausreichend sein, um hiermit Grundrechte einzuschränken. Dies besagt bereits der Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG (Zitiergebot), welcher festlegt, dass eben das beschränkende Gesetz das eingeschränkte Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen muss. Demgegenüber darf die Exekutive alleine keine massiven Grundrechtseinschränkungen per Rechtsverordnung oder Allgemeinverfügung vornehmen, hier gilt über das Erfordernis eines formellen Gesetzes klar der Parlamentsvorbehalt.¹⁴ Etwa in der 3. Hess. Corona-VO wird auch das Zitiergebot nicht abgebildet, denn dort finden sich keinerlei Hinweise auf einschränkbare Grundrechte. Selbst wenn man dem vorgelagert auf § 32 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 reflektieren wollte, welcher in Satz 3 auf einschränkbare Grundrechte verweist, so kann auch dies nicht ausreichen. Denn dort ist kein Grundrecht genannt, welches ein reines Ansammlungsverbot betrifft. Ein Verbot von Ansammlungen ist schließlich ein Fall der allgemeinen Handlungsfreiheit iSd. Art. 2 Abs. 1 GG¹⁵, welcher aber in § 32 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 gar nicht fixiert ist.

Bei aller Umstrittenheit, ob § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 für Grundrechtseinschränkungen geeignet sein kann, so ist doch zumindest herauszustreichen, dass dieser ein formelles Gesetz darstellt, über dessen Ausgestaltung der parlamentarische Gesetzgeber entschieden hat. Es ist also für Grundrechtseingriffe zumindest zu fordern, dass auf die §§ 28 Abs. 1 Satz 2, 32 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 iVm. § 1 Abs. 2 Satz 1 3. Hess. Corona-VO abzustellen ist. Wohl aber fehlt es mit Blick auf das Verbot von Ansammlungen auch hier an einer Fixierung

¹² Vgl. *Ruscheier/Peters*, Verfblog v. 22.03.2020, nachzulesen unter: www.verfassungsblog.de (zuletzt abgerufen am 22.12.2020); *Guckelberger*, NVwZ 2020, 607.

¹³ Vgl. BVerwG NJW 2001, 2459 (2460); BVerwG NVwZ 2007, 1431 (1432 ff.); VGH München BayVBl. 2009, 629.

¹⁴ VGH Kassel RÜ 2014, 536; zutreffend auch *Pautsch*, JSE 2020, 1 (5 f.).

¹⁵ Vgl. VGH Kassel BeckRS 2020, 5242; VGH Kassel BeckRS 2020, 5627; *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Okt. 2019, Art. 8 Rn. 188; *Pautsch*, JSE 2020, 1 (3).

des Art. 2 Abs. 1 GG, welche im Lichte des Zitiergebots unerlässlich wäre. Jedenfalls handelt es sich bei dem Verstoß gegen das Ansammlungsverbot dann aber dessen ungeachtet gleich um eine Straftat iSd. § 75 Abs. 1 IfSG idF. geltend am 18.04.2020 und nicht um eine Ordnungswidrigkeit iSd. § 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG idF. geltend am 18.04.2020.

Hinweis

auf diese Finesse werden die zuständigen hessischen Gesundheitsämter (und teilweise auch Ordnungsämter) aber vermutlich nicht kommen und schematisch § 3 3. Hess. Corona-VO anwenden.

V. Ergebnis

MH und die anderen Boule-Spieler werden vss. damit rechnen müssen, dass ihr Verstoß gegen das bestehende Ansammlungsverbot als Ordnungswidrigkeit bewertet werden wird.

VI. Weitere Überlegungen/weiteres Vorgehen

Es kann nicht ohne weiteres gesagt werden, was auf MH und die anderen Boule-Spieler zukommt. Jedenfalls ist eher nicht damit zu rechnen, dass strafrechtliche Ermittlungen eingeleitet werden. Dies wäre zwar möglich, wenn die hessischen Behörden dogmatisch korrekt handeln würden. Allerdings ist aufgrund ihrer bisherigen Entäußerungen nicht damit zu rechnen, dass sie sich der Möglichkeit der Verfolgung des Verstoßes gegen das Ansammlungsverbot als Straftat bewusst sind.

Wesentlich wahrscheinlicher ist eine Bewertung des Sachverhalts als Ordnungswidrigkeit. Für Ordnungswidrigkeiten gilt indes, dass die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach § 47 Abs. 1 OWiG im pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörde liegt, wobei sie das Verfahren jederzeit einstellen kann. Im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens sind stets sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, namentlich die Bedeutung und Auswirkungen der Tat, der Grad der Vorwerfbarkeit, die Wiederholungsgefahr (auch durch andere), die Häufigkeit gleichartiger Verstöße, die TäterEinstellung zur Rechtsordnung, die Folgen der Tat für den Betroffenen sowie das Nachtatverhalten.¹⁶ Auch die Anwendungshinweise/Richtlinien für den Vollzug der Ge- und Verbote aus den Corona-Verordnungen von Seiten des Hessischen Sozial- und des Hessischen Innenministeriums vom 02.04.2020¹⁷ weisen auf dieses Opportunitätsprinzip hin. Daher ist es möglich, dass es zu keinerlei Weiterverfolgung kommt. Dabei ist insbesondere zu sehen, dass die an und für sich zuständigen Gesundheitsämter derzeit ohnehin mit Corona überlastet sind (Tests, Nachverfolgung, Verteilung von Patienten auf Krankenhäuser, Beschaffung von Masken und Schutzkleidung, Pressearbeit, Meldungen an das übergeordnete Ministerium u.v.m.) und an der Verfolgung von diesbezüglichen Ordnungswidrigkeiten schon deswegen kein gesteigertes Interesse haben dürften. Die beschriebene Überlastung ist dabei zwar kein rechtlich valides Argument, bildet aber die Natur des Faktischen ab. In zahlreichen Behörden bildet sich seit langem die bestehende Realität von Unterbesetzung und Überlastung

auch darin ab, dass Ordnungswidrigkeiten in hohen zweistelligen Prozentbereichen so lange nicht verfolgt werden, bis sie verjährt sind.

Für den Fall, dass es gleichwohl zu einer Verfolgung als Ordnungswidrigkeit kommt, ist auf die immer noch vorhandenen Möglichkeiten im Bußgeldverfahren zu verweisen. Da vor einem etwaigen Bußgeldbescheid nach § 55 Abs. 1 OWiG eine Anhörung des Betroffenen erfolgen muss, wäre zumindest bei einer solchen Anhörung vorzutragen, dass der vorliegende Verstoß gegen das Ansammlungsverbot fahrlässig erfolgt ist, insbesondere mit Blick auf den Irrtum über die Reichweite der Entscheidung des BVerfG vom 15.04.2020. Womöglich wird zumindest dann der Verstoß gegen das Ansammlungsverbot nicht weiter verfolgt. Zumal wenn es sich wie vorliegend eher nicht um einen Fall handelt, wo vorsätzlich gegen Corona-Verbote verstoßen wurde.

Sollte gleichwohl ein Bußgeld von 200 € pro Person verhängt werden, so wäre fraglich, ob die vom Land Hessen festgesetzten statischen Regelsätze bei einer Überprüfung durch Einspruch iSd. § 69 OWiG und/oder durch gerichtliche Überprüfung durch das Amtsgericht Bad Homburg iSd. § 70 OWiG Bestand haben werden. Denn derart statische Regelsätze berücksichtigen in keinsten Weise den jeweiligen Einzelfall und damit die individuelle Schwere der Schuld etwa dahingehend, ob fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt wurde.

Hinweis

Selbst im aktuellen Hessischen Bußgeldkatalog hat man im November 2020 – warum auch immer – dieses doch auf der Hand liegende rechtliche Problem nur teilweise entschärft. Manche Bußgelder, es gibt nun verschiedene Bußgeldsätze für verschiedene Katalog-Tatgruppen, sind mittlerweile mit einem Bußgeldrahmen versehen, manche allerdings immer noch nicht!

Zugleich dürfte die etwaige Festsetzung eines Bußgeldes gegen MH und die anderen Boule-Spieler auch anderweitig aus Rechtsgründen anfechtbar sein. So hat das OLG Frankfurt im Januar 2020 entschieden, dass der Einsatz von privaten Dienstleistern zur Überwachung des ruhenden Verkehrs gesetzeswidrig ist (Private dürfen keine hoheitlichen Aufgaben wahrnehmen).¹⁸ Dies hatte zur Folge, dass die ausgestellten Strafzettel (Knöllchen) bzw. die nachfolgenden Bußgeldbescheide ungültig waren. Dieser Fall lässt sich sehr gut schematisch auf die vorliegende Konstellation übertragen. Es ist nämlich davon auszugehen, dass die Überwachung des Parkraums ebenso eine hoheitliche Aufgabe ist wie die Überwachung der Corona-Verbote. Hinsichtlich der Corona-Verbote dürfte sogar ein erst Recht Schluss nahe liegen. Schließlich sind hier evident Grundrechtspositionen betroffen. Zwar könnte argumentiert werden, dass die privaten Security-Leute im Kurpark Bad Homburg doch lediglich die Personalien notiert hatten, ein etwaiger Bußgeldbe-

¹⁶ Bücherl, in: Graf, StPO, 3. Aufl. (2018), § 47 Rn. 8; Mitsch, in: KK-StPO, 5. Aufl. (2018), § 47 Rn. 107 ff.

¹⁷ Nachzulesen unter: www.hessen.de/sites/default/files/media/staatskanzlei/2020-04-02_anwendungshinweise_bzw_richtlinien_vollzug_ge-_u_verbote_aus_corona-voen.pdf (zuletzt abgerufen am 02.05.2020; am 19.11.2020 allerdings nicht mehr abrufbar).

¹⁸ OLG Frankfurt NJW 2020, 696 ff. mit Anm. Brenner; zum fließenden Verkehr zuvor im Ergebnis gleichlaufend OLG Frankfurt NJW 2017, 1974; OLG Frankfurt BeckRS 2019, 27630.

scheid ginge nach § 2 3. Hess. Corona-VO vom zuständigen örtlichen Gesundheitsamt aus, also von einer Behörde. Mit dieser Hilfsargumentation wurde jedoch im OLG Frankfurt-Verfahren 2020 auch die Stadt Frankfurt nicht gehört. Denn es kommt nach Ansicht des OLG entscheidend darauf an, wer einen Gesetzesverstoß/die Ordnungswidrigkeit als Grundlage der regelmäßig folgenden Ahndung feststellt, nicht wer in der Folge die Bußgeldbescheide ausstellt.

Insgesamt bestünden damit, so dies überhaupt erforderlich wird, gleich mehrere Möglichkeiten, sich mit Aussicht auf Erfolg gegen verhängte Bußgelder zu wehren.

B) Mandantenscheiben¹

RECHTSANWÄLTIN JESSICA HEIL



[Anschrift der Kanzlei]

Mainz, 21.04.2020
[Aktenzeichen]

Herrn Manfred Heimberger,
[Adresse]

Betreff: Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Corona-Verbote
Bezug: Unser Gespräch vom 20.04.2020

Sehr geehrter Herr Heimberger,

ich habe die Sache nun rechtlich geprüft. Leider muss ich Ihnen zunächst mitteilen, dass tatsächlich von einem Verstoß gegen das Ansammlungsverbot wegen Corona auszugehen ist.

Gleichwohl sollten wir abwarten, ob das für Ordnungswidrigkeiten hier zuständige örtliche Gesundheitsamt die Sache überhaupt weiterverfolgt. Aufgrund der derzeitigen Überlastung ist es vorstellbar, dass das Gesundheitsamt im Rahmen seines Verfolgungsermessens iSd. § 47 OWiG entweder überhaupt nicht weiter tätig wird oder aber allenfalls die schweren Fälle (Vorsatz!) weiterverfolgt. So sieht es aber in ihrem Fall gerade nicht aus, hier wäre eher von einem fahrlässigen und zudem einmaligen Verstoß auszugehen.

Falls doch noch etwas nachkommt, kommen Sie bitte mit dem dann zunächst auf sie zukommenden Anhörungsschreiben zu mir. Dann sollten wir schon bei der Anhörung auf die besonderen Aspekte des Einzelfalls hinweisen. Außerdem gehe ich davon aus, dass wir uns, falls doch ein Bußgeld von dann vss. 200 € pro Person verhängt wird, zumindest aufgrund neuester OLG-Rechtsprechung dagegen erfolgreich zur Wehr setzen können. Denn im vorliegenden Fall ist problematisch, dass private Security-Mitarbeiter den Verstoß gegen das Ansammlungsverbot festgestellt haben. Das könnte Ihnen und den anderen Boule-Spielern dann womöglich helfen. Wir müssten dann mit Einspruch und ggf. der Beantragung einer Entscheidung des Amtsgerichts Bad Homburg gegen den Bußgeldbescheid vorgehen.

Mit freundlichen Grüßen

Jessica Heil

Rechtsanwältin

¹ Vgl. zur Abfassung eines Mandantenschreibens *Kaiser/Köster/Segmüller*, Die öffentlich-rechtliche Klausur im Assessorexamen, 5. Aufl. (2019), S. 217 f.; *Kintz*, JuS 2014, 256 ff.; *Eckel*, JuS 2019, 568 ff.

Abschließende Hinweise

Ein wirklich schwerer Fall, der enorme Transferleistungen abverlangt. Im Wesentlichen geht es aber um Wissen aus dem 1. Semester Staatsorganisationsrecht: Durch Rechtsverordnungen darf keine Bundes- oder Landesregierung schwerwiegende Grundrechtseingriffe vornehmen. Dieses Recht steht nur dem Parlament zu, welches dann ein formelles Gesetz erlassen muss, das hinreichend bestimmt die Grundrechtseingriffe festlegt, die Verhältnismäßigkeit wahrt (Befristung!) und die betroffenen Grundrechte zitiert.

Schon zum Zeitpunkt der Konzeption dieser Klausur Anfang Mai 2020 war es förmlich mit Händen zu greifen, dass die entsprechenden Verordnungen der Landesregierungen allesamt verfassungswidrig sind. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat sich in der Folge nicht gerade mit Ruhm bekleckert, da die Eilanträge gegen die Maßnahmen gestützt auf die Corona-Verordnungen der Landesregierungen nahezu immer „durchgewunken“ wurden. Zwar wurden stets Bedenken geäußert, bei einer nur summarischen Prüfung in Eilverfahren seien die Maßnahmen aber noch in Ordnung. Damit wurde die Prüfung schwerster Grundrechtseingriffe auf eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren mehrere Jahre später verschoben. Ein wirkliches Armutszeugnis!

Nun mit der IfSG-Novelle im November 2020 kam das faktische Eingeständnis von Legislative und Exekutive, dass die verfassungsrechtlichen Bedenken aus dem Frühjahr 2020 eigentlich alle stimmen. Ein erstaunlicher und mithin rechtsstaatlich bedenklicher Vorgang. Acht Monate lang wurde in zahlreiche Grundrechte erheblich eingegriffen, ohne dass die rechtlichen Grundlagen hierfür ausreichend waren. Nun ist zwar vieles besser geworden. Allein schon die Klausur zeigt allerdings auf, dass auch das geänderte IfSG ein Schnellschuss war und immer noch erhebliche rechtliche Mängel bestehen. Gegen Ansammlungsverbote und entsprechende Bußgelder könnte man natürlich auch jetzt noch wirksam vorgehen, denn der neue § 28a IfSG ist immer noch unvollständig geregelt (Zitiergebot!).

► Inhaltsverzeichnis





MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

Qualität und Klasse zeichnen nicht nur unsere Juristinnen und Juristen aus. Auch unsere Mandanten gehören zu den Besten ihrer Bereiche. Ihre Ansprüche sind ebenso hoch wie individuell. Darum schaffen wir ein vielfältiges Angebot an Fachbereichen und Persönlichkeiten und bieten Ihnen exzellente Mandate, internationale Projekte und ein kollegiales Miteinander.

Wenn Sie für Ihr Talent das ganz besondere Umfeld suchen, sollten wir uns unterhalten.

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E robert.krywalski@cms-hs.com

Berlin | Brüssel | Dresden | Düsseldorf | Frankfurt/Main | Hamburg | Köln | Leipzig | Moskau | München | Shanghai | Stuttgart

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Vorhandensein von Vorerkrankungen als Mangel eines Tieres

Urteil vom 30.10.2019, Az.: VIII ZR 69/18

1. Der Verkäufer eines Tiers hat, sofern eine anderslautende Beschaffenheitsvereinbarung nicht getroffen wird, (lediglich) dafür einzustehen, dass das Tier bei Gefahrübergang nicht krank ist und sich auch nicht in einem (ebenfalls vertragswidrigen) Zustand befindet, aufgrund dessen bereits die Sicherheit oder zumindest die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass es alsbald erkranken wird (Bestätigung von BGH NJW 2018, 150 Rn. 26 mwN) und infolgedessen für die gewöhnliche (oder die vertraglich vorausgesetzte) Verwendung nicht mehr einsetzbar wäre.

2. Demgemäß wird die Eignung eines klinisch unauffälligen Pferds für die gewöhnliche oder die vertraglich vorausgesetzte Verwendung als Reitpferd nicht schon dadurch beeinträchtigt, dass aufgrund von Abweichungen von der „physiologischen Norm“ eine (lediglich) geringe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass das Tier zukünftig klinische Symptome entwickeln wird, die seiner Verwendung als Reitpferd entgegenstehen (Bestätigung von BGH NJW 2007, 1351 Rn. 14; NJW 2018, 150 Rn. 24).

3. Die vorgenannten Grundsätze gelten auch für folgenlos überstandene Krankheiten und Verletzungen, wie ausgeheilte Rippenfrakturen eines als Reittier verkauften erwachsenen Pferds, das nach Ablauf des Heilungsprozesses klinisch unauffällig ist. Weder kommt es insoweit darauf an, ob die vollständig ausgeheilten Rippenfrakturen auf einem „traumatischen Ereignis“ beruhen, noch kann die Verletzung eines Tiers in jeder Hinsicht einem Schaden an einer Sache, etwa einem Kraftwagen, gleichgestellt werden.

(Amtliche Leitsätze)

A) Sachverhalt

A erwarb von B nach einem Proberitt einen Wallach. Der Kaufpreis belief sich auf 17.000 Euro zuzüglich weiterer 1.000 Euro für eine vom Tierarzt (T) vorgenommene Ankaufsuntersuchung, bei der keine erheblichen Gesundheitsmängel festgestellt worden waren.

Später stellte sich bei einer weiteren tierärztlichen Untersuchung heraus, dass das Pferd schon mehrere Rippenfrakturen hatte, welche allerdings ohne Komplikationen vollständig ausgeheilt sind.

A machte in der Folgezeit geltend, dass die Rippenfraktur des Pferdes ein Sachmangel sei und verlangte von B die Rückzahlung des Kaufpreises.

B verweigerte die Rückzahlung, da eine vollständig ausgeheilte Rippenfraktur kein Sachmangel sei, der sich wertmindernd auf das Pferd auswirke.

B) Die Entscheidung der Kammer/des Senates

Fraglich ist, ob A vom Kaufvertrag gem. §§ 437 Nr. 2, 434 Abs. 1, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1, 348 BGB zurücktreten kann. Voraussetzung ist das Vorliegen eines Sachmangels.

I. Mangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB

Den Parteien steht es frei im Vertrag eine Beschaffenheit zu vereinbaren. An eine solche sind jedoch stets strenge Anforderungen zu stellen. Diese kommt nur in eindeutigen Fällen in Betracht. Im vorliegenden Fall haben die Parteien keine Beschaffenheitsvereinbarung (Freiheit von ausgeheilten Vorverletzungen des Pferdes) getroffen.

II. Mangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB

Fraglich ist, ob eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung in Betracht kommt. Auf die vertraglich vorausgesetzte Verwendung kommt es dann an, wenn die Beschaffenheit nicht vereinbart ist. Dabei reicht eine konkludente Übereinstimmung der Parteien aus, um einen bestimmten Verwendungszweck in den Vertrag einzubeziehen. Für die Beurteilung, ob nach dem Vertrag eine bestimmte Verwendung von den Parteien vorausgesetzt wurde, sind neben dem Vertragsinhalt die Gesamtumstände zu berücksichtigen.

Im vorliegenden Fall ist keine außerhalb der Beschaffenheit des Pferdes liegende Vereinbarung über die Nutzung ersichtlich.

III. Mangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB

- übliche Beschaffenheit eines Tieres -

Das Pferd wäre nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB mangelhaft, wenn es sich mit Rücksicht auf die Vorverletzungen für die gewöhnliche Verwendung, die unter den hier gegebenen Umständen mit der iSd § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB vertraglich vorausgesetzten Verwendung als Reitpferd übereinstimmt, nicht eignen oder eine Beschaffenheit nicht aufweisen würde, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB).

„Der Verkäufer eines Tiers hat, sofern eine anderslautende Beschaffenheitsvereinbarung nicht getroffen wird, (lediglich) dafür einzustehen, dass das Tier bei Gefahrübergang nicht krank ist und sich auch nicht in einem (ebenfalls vertragswidrigen) Zustand befindet, aufgrund dessen bereits die Sicherheit oder zumindest die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass es alsbald erkranken wird (Senat NJW 2018, 150 Rn. 26; s. bereits Senat BGHZ 167, 40 = NJW 2006, 2250 Rn. 37) und infolgedessen für die gewöhnliche (oder die vertraglich vorausgesetzte) Verwendung nicht mehr einsetzbar wäre.“

Nach Ansicht des Senats darf ein Käufer eines Pferdes ohne dahingehende Beschaffenheitsvereinbarung nicht erwarten, dass

er ein Tier mit „Idealnormen“ erwirbt. Bei Tieren handelt es sich um Lebewesen, die einer ständigen Entwicklung unterliegen und eben mit individuellen Anlagen ausgestattet sind. Ein Käufer muss somit damit rechnen, dass das Tier gewöhnliche physiologische Abweichungen aufweist, wie sie für Lebewesen typisch sind.

Vor diesem Hintergrund hat der Senat bereits mehrfach ausgesprochen,

„dass die Eignung eines klinisch unauffälligen Pferds für die gewöhnliche oder die vertraglich vorausgesetzte Verwendung als Reitpferd nicht schon dadurch beeinträchtigt wird, dass aufgrund von Abweichungen von der „physiologischen Norm“ eine (lediglich) geringe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass das Tier zukünftig klinische Symptome entwickeln wird, die seiner Verwendung als Reitpferd entgegenstehen (Senat NJW 2007, 1351 Rn. 14; NJW 2018, 150 Rn. 24). Ebenso wenig gehört es zur üblichen Beschaffenheit eines Tiers, dass es in jeder Hinsicht einer biologischen oder physiologischen „Idealnorm“ entspricht (Senat NJW 2007, 1351 Rn. 19; NJW 2018, 150).“

Der Verkäufer eines Tiers haftet demnach nicht für den Fortbestand des bei Gefahrübergang gegebenen Gesundheitszustandes.

IV. Mangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB

- Mangelhaftigkeit wegen abgeheilter Vorerkrankungen und Verletzungen -

Fraglich ist, ob eine Mangelhaftigkeit wegen abgeheilte Vorerkrankungen und Verletzungen und der damit verbundenen erhöhten Wahrscheinlichkeit für Komplikationen im weiteren Lebensverlauf des Tieres angenommen werden kann.

Das wäre dann der Fall, wenn man die Veräußerung eines Pferdes mit ausgeheilte Rippenfraktur letztlich wie einen Fall behandeln würde, bei dem ein Fahrzeug mit einem reparierten Unfallschaden als unfallfrei verkauft wird.

Ein solcher Vergleich kann jedoch nach Ansicht des Senats nicht gezogen werden:

„Denn für eine Übertragung dieser Rechtsprechung zur Unfallwageneigenschaft von Kraftfahrzeugen auf Tiere besteht kein Anlass. Die Verletzung eines Tiers kann jedenfalls nicht in jeder Hinsicht einem Schaden an einer Sache, etwa einem Kraftwagen, gleichgestellt werden (vgl. bereits BT-Drs. 11/5463, 5).“

Ein Mangel wäre also nur dann zu bejahen, wenn im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung zumindest eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür bestanden hätte, dass das Pferd nicht mehr zum Reiten eingesetzt werden kann. Dies war vorliegend jedoch nicht der Fall. Da die Verletzung vollständig und ohne Komplikationen ausgeheilt ist, besteht gerade keine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Pferd nicht mehr als Reitpferd eingesetzt werden kann.

Der Einwand des A, dass der übliche Käufer einen solchen Makel des Pferdes nicht erwarten würde, verfängt ebenfalls nicht. Allein maßgeblich ist die objektive Käufererwartung. Hierzu führt der Senat aus:

„§ 434 I 2 Nr. 2 BGB stellt vielmehr darauf ab, welche Beschaffenheit der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann, und erklärt damit die objektiv berechnete Käufererwartung für maßgebend (Senat NJW 2007, 1351 Rn. 21; NJW 2009, 2056 Rn. 11; BGHZ 181, 170 = NJW 2009, 2807 Rn. 14; Senat NJW 2011, 2872 Rn. 12; NJW 2016, 3015 Rn. 42). Etwaige Preisabschläge beim Weiterverkauf, die darauf zurückzuführen sind, dass „auf dem Markt“ bei der Preisfindung von einer besseren als der üblichen Beschaffenheit von Sachen der gleichen Art ausgegangen wird, vermögen einen Mangel iSd § 434 I 2 Nr. 2 BGB jedoch nicht zu begründen.“

Auch der Umstand, dass es sich bei derartigen Rippenfrakturen um ein seltenes Ereignis handle, ändere nichts an der Einschätzung.

„Denn unter Berücksichtigung der zuvor genannten Grundsätze betreffend die beim Kauf eines Tiers hinzunehmenden Abweichungen von der „Idealnorm“ kann es für die Frage, ob der Befund einer (ausgeheilten) Rippenfraktur negativ von der Beschaffenheit abweicht, die bei Pferden überhaupt oder jedenfalls bei Pferden der betreffenden Altersgruppe und Preiskategorie üblich ist und die der Käufer erwarten darf (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB), nicht entscheidend darauf ankommen, wie häufig derartige Verletzungen bei Pferden auftreten (s. Senat NJW 2018, 150 Rn. 28).“

C) Ergebnis

Da kein Mangel vorliegt, hat A keinen Anspruch gegen B auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgewähr des Pferdes aus §§ 437 Nr. 2, 434 Abs. 1, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1, 348 BGB.

Abschließende Hinweise

1. Die Thematik des Vorhandenseins von Vorerkrankungen als Mangel eines Tieres ist ein beliebtes Klausurthema.
2. Die Entscheidung konkretisiert den Mangelbegriff bei Pferden und lässt deutlich werden, dass es sich bei Tieren um Lebewesen handelt, die – anders als Sachen – einer ständigen Entwicklung unterliegen und mit individuellen Anlagen ausgestattet sind.
3. Zudem macht die Entscheidung des BGH nochmals deutlich, dass die Verletzung eines Tieres nicht mit einem Schaden an einem Kraftfahrzeug gleichgestellt werden kann.

RR Dr. **Christine Keilbach**

Regierungspräsidium
Stuttgart

► **Inhaltsverzeichnis**

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 – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Qualifikationsspezifischer Risikozusammenhang im Rahmen des § 251 StGB

Beschluss vom 17. März 2020, Az.: 3 StR 574/19

Der qualifikationsspezifische Zurechnungszusammenhang im Rahmen des § 251 StGB besteht auch bei Todeseintritt infolge eines an eine Patientenverfügung anknüpfenden Unterlassens der Weiterbehandlung des Tatopfers fort.

(Leitsatz des Bearbeiters)

A) Sachverhalt

Die unter Niereninsuffizienz und Diabetes leidende 84jährige O war mit ihrem Rollator unterwegs, um einige Erledigungen zu machen. Unter anderem hob sie bei der Bank 600 € ab, die sie in ihrer Handtasche, welche sich im Korb des Rollators befand, verstaute. Den Gurt der Handtasche führte sie um den Griff des Rollators. Während sich O auf dem Heimweg befand, näherte sich von hinten der T auf seinem Fahrrad, wobei er wahrnahm, dass der Handtaschengurt um den Griff gewunden war. Dennoch griff er im Vorbeifahren nach der Handtasche und zog so kräftig an ihr, dass der O ihre Gehhilfe entglitt, sie das Gleichgewicht verlor und mit dem Kopf auf dem Pflaster aufschlug. T entfernte sich mitsamt der Tasche. O erlitt infolge des Sturzes ein Schädel-Hirn-Trauma mit einer massiven subduralen Blutung, sodass sie sechs Tage nach dem Vorfall zur Druckentlastung des Gehirns unter Vollnarkose operiert werden musste. Bedingt durch den Blutverlust während der Operation wie auch ihre Vorerkrankungen, erlangte O das Bewusstsein nach der Operation nicht wieder. Ihr Gesundheitszustand verschlechterte sich in den folgenden Tagen immer weiter, sodass die behandelnden Ärzte und die Familienangehörigen unter Beachtung der Patientenverfügung der O wie auch ihres vor der Operation ausdrücklich erklärten Wunsches beschlossen, nur noch palliative Behandlungsmaßnahmen durchzuführen. Die O verstarb letztlich 13 Tage nach der Tat.

B) Verfahrensgang

Das Landgericht hatte den T wegen Raubes mit Todesfolge zu einer Freiheitsstrafe von 11 Jahren verurteilt. Dagegen wendete er sich mit seiner auf eine Verfahrensrüge wie auch auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revision. Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs verwarf die Revision gemäß § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet.

C) Die Entscheidung des Senates

I. Strafbarkeit des T gemäß § 249 Abs. 1 StGB

T könnte sich durch das kräftige Ziehen an der Handtasche der O und deren Ansichnahme wegen Raubes gemäß § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis

Der Senat setzte sich in seiner Entscheidung gar nicht erst mit dem (Grund-)Delikt des § 249 Abs. 1 StGB auseinander, sondern wandte sich umgehend und ausschließlich der Erfolgsqualifikation des § 251 StGB und dem insoweit zu problematisierenden Zurechnungszusammenhang zu – dies ist denn auch nicht zu beanstanden, hat sich der BGH als Revisionsgericht doch auch in Ansehung der Sachrüge (Rüge der Verletzung sachlichen Rechts) nicht – nochmals – mit sämtlichen Tatbeständen und deren Voraussetzungen zu befassen, welche das Tatgericht rechtsfehlerfrei auf den festgestellten Sachverhalt angewendet hat.

In einer Klausur, in der eine *umfassende Begutachtung* der Strafbarkeit gefordert ist, ist freilich zunächst die Verwirklichung des § 249 Abs. 1 StGB festzustellen, bevor die – daran anknüpfende – Erfolgsqualifikation des § 251 StGB in den Blick zu nehmen ist.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Die Handtasche wie auch deren Inhalt waren für T fremde, bewegliche Sachen. Durch das Ergreifen der Tasche sowie deren Mitnahme hat er zudem fremden Gewahrsam gebrochen und neuen – eigenen – Gewahrsam begründet, mithin auch eine Wegnahme iSd. § 249 Abs. 1 StGB begangen.

Der Raubtatbestand setzt weiter voraus, dass der Täter die Sache mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben wegnimmt. Unter Gewalt iSd. Vorschrift ist der durch Anwendung von (auch nur geringer) körperlicher Kraft verursachte körperlich wirkende Zwang gegen eine Person, der dazu bestimmt ist, geleisteten oder erwarteten Widerstand zu verhindern oder zu überwinden, zu verstehen.¹ Das kräftige Ziehen an der Handtasche bedeutete einen körperlichen Kraftaufwand seitens des T, der sich auf die O, die sich an dem über den Gurt mit der Tasche verbundenen Rollator festhielt, dergestalt auswirkte, dass ihr die Gehilfe entglitt und sie infolgedessen stürzte. Dabei liegt kein Fall des bloßen Ausnutzens des Überraschungseffekts zur (leichteren) Wegnahme vor, sondern ein Einsatz von Kraft als

¹ Vgl. nur Eisele, BT II, 5. Aufl. (2019), Rn. 306.

widerstandsbrechendes Mittel²: Der Gurt der Tasche war – für T wahrnehmbar – um den Rollatorgriff gewunden, sodass T ein jedenfalls in mittelbarer Verbindung zum Körper der O stehendes (Wegnahme-)Hindernis überwinden musste, um Gewahrsam an der Tasche zu erlangen.

Danach hat T den objektiven Tatbestand erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich hinsichtlich sämtlicher objektiver Tatbestandsmerkmale. Insbesondere nahm er, nachdem er die Verbindung zwischen Handtasche und Rollator wahrgenommen hatte, die infolge seines Handelns eintretende (negative) Zwangswirkung auf den Körper der O und damit die *gewaltsame* Wegnahme in seinen Vorsatz auf.

Auch handelte er – mindestens hinsichtlich des in der Tasche befindlichen Geldes³ – mit Zueignungsabsicht.

c) Objektive Rechtswidrigkeit der Zueignung und diesbezüglicher Vorsatz

Einen (fälligen und einredefreien) Anspruch auf die Tasche oder deren Inhalt hatte T nicht. Dies war ihm auch bewusst.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründe (im weiteren Sinne) greifen vorliegend nicht ein.

3. Ergebnis

T hat sich durch das kräftige Ziehen an der Tasche und deren Ansichnahme wegen Raubes gemäß § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des T gemäß § 251 StGB

T könnte sich durch dasselbe Verhalten wegen Raubes mit Todesfolge gemäß § 251 StGB strafbar gemacht haben.

1. Erfüllung des Grunddelikts

T hat durch sein Verhalten den Tatbestand des § 249 Abs. 1 StGB verwirklicht (s.o. I.).

2. Eintritt der schweren Folge

Auch ist die schwere Folge in Gestalt des Todes (der O) – kausal zurückführbar auf die Einwirkung durch T – eingetreten.

3. Objektive Zurechenbarkeit

Dem gewaltvollen Einwirken auf einen von einer älteren, offensichtlich auf eine Gehilfe angewiesenen Dame genutzten Rollator (und damit auf die Standfestigkeit der Dame selbst) haftet objektiv die Gefahr eines Sturzes an, dessen mögliche Folgen – eingedenk der objektiv wahrnehmbaren Konstitution des Opfers – auch letaler Natur sein können.

4. Gefahrspezifischer Zusammenhang

Fraglich ist aber, ob sich im Tod der O auch die dem Grundtatbestand anhaftende eigentümliche – hier: „raubspezifische“ – Gefahr niedergeschlagen hat. Zu dessen Notwendigkeit führt der

Senat unter Hinweis auf die eine „*einschränkende Auslegung*“ gebietende „*deutlich erhöhte Strafdrohung für den Raub mit Todesfolge*“ aus:

„Dem speziellen Unrechtsgehalt des § 251 StGB ist nur genügt, wenn sich die dem Raub innewohnende Gefahr für die betroffenen Rechtsgüter in einer über den bloßen Ursachenzusammenhang hinausgehenden Weise in der Todesfolge niedergeschlagen hat.“

Sodann steckt der Senat (abstrakt) die Grenzen ab, innerhalb dessen die Bejahung des gefahrspezifischen Zurechnungszusammenhangs denkbar ist:

„Wird der Tod des Opfers unmittelbar durch eine Nötigungshandlung bewirkt, die der Ermöglichung der Wegnahme dient, so liegt der qualifikationsspezifische Gefahrzusammenhang regelmäßig vor [...].“

Aber auch darüber hinaus könne der Zusammenhang bejaht werden,

„wenn die den Tod des Opfers herbeiführende Handlung zwar nicht mehr in finaler Verknüpfung mit der Wegnahme steht, sie mit dem Raubgeschehen aber derart eng verbunden ist, dass sich in der Todesfolge die der konkreten Raubtat eigene besondere Gefährlichkeit verwirklicht [...].“

Demgegenüber könne der Risikozusammenhang unterbrochen werden,

„wenn die tödliche Folge erst durch das Eingreifen eines Dritten [...] oder ein eigenverantwortliches Handeln des Opfers selbst [...] herbeigeführt wurde.“

Dabei betont der Senat mit Blick auf mögliche Unterbrechungen freilich, dass das Eingreifen eines Dritten oder eine Einflussnahme durch das Opfer selbst nicht zwingend zum Zurechnungsausschluss führen, sondern nach der Feststellung des Hinzutretens weiterer Umstände stets eine differenzierte Betrachtung geboten sei:

„Inwieweit solche von einem Dritten oder dem Opfer selbst verantworteten Eingriffe in den tödlichen Verlauf zur Folge haben, dass sich die Tathandlung des Grunddelikts im qualifizierten Erfolg nicht mehr niederschlägt, muss für jeden in Betracht kommenden Straftatbestand nach dessen Sinn und Zweck sowie unter Berücksichtigung der von ihm erfassten Sachverhalte in differenzierender Wertung ermittelt werden [...].“

Konkretisierend soll insoweit zu berücksichtigen sein

„das Gewicht und die Bedeutung des Eingriffs für den weiteren Geschehensablauf [...]. Insoweit ist etwa von Belang, ob die Realisierung der spezifischen Todesgefahr durch das Eingreifen des Opfers nur beschleunigt oder durch diese

² Zu den sog. Handtaschen-Fällen *Eisele*, BT II, 5. Aufl. (2019), Rn. 310; *Renigier*, BT I, 22. Aufl. (2020), § 7 Rn. 12 ff.; aA. mit Blick auf den konkreten Fall *Mitsch*, NJW 2020, 3671.

³ In Ermangelung näherer Angaben zur inneren Willensrichtung des Täters mit Blick auf das „Behältnis“ (die Handtasche) kann entweder das Vorliegen

von Zueignungsabsicht hinsichtlich Tasche und Tascheninhalt oder nur hinsichtlich des Tascheninhalts angenommen werden; zur Differenzierung *Renigier*, BT I, 22. Aufl. (2020), § 7 Rn. 14.

erst geschaffen wurde [...]. Auch darf die rechtliche Bewertung einer hinzutretenden Handlung eines Dritten – etwa ein eigenständiges schuldhaftes Verhalten – oder des Opfers selbst nicht außer Betracht bleiben.“

Nach diesen abstrakten – fast lehrbuchartigen – Darlegungen macht sich der Senat an die Subsumtion unter den konkreten Sachverhalt und differenziert dabei – wie es auch in Prüfungsarbeiten zu handhaben ist – nach den unterschiedlichen in Betracht kommenden Unterbrechungsfaktoren:

a) Todeseintritt erst infolge der Operation

Zunächst könnte man sich fragen, ob der Zurechnungszusammenhang deshalb nicht mehr besteht, weil der Tod nicht unmittelbare Folge der bei dem Sturz erlittenen Hirnblutung war, sondern letztlich infolge der mit großem Blutverlust einhergehenden und durch die schlechte (Gesamt-)Konstitution des Opfers beeinträchtigten Operation eintrat.

Dem erteilt der Senat indes eine Absage:

„Der im Krankenhaus unternommene Behandlungsversuch wurde mit dem Ziel durchgeführt, der mit der Tat in Gang gesetzten Risikoverwirklichung Einhalt zu gebieten. Dass diese Bemühungen fehlschlügen, beruhte nicht auf einem eigenständigen, von den behandelnden Ärzten verantworteten neuen Risiko für das Leben der dann Verstorbenen. Vielmehr war ein möglicher tödlicher Ausgang der medizinisch indizierten und lege artis durchgeführten Operation bereits zum Zeitpunkt der Tat in der Konstitution des Raubopfers angelegt.“

Mit anderen Worten: Der Zurechnungszusammenhang entfällt nicht bereits deshalb, weil sich bei einer notwendigen und lege artis durchgeführten Behandlung Komplikationen ergeben. Dies gilt umso mehr in Fällen, in denen Komplikationen konstitutionsbedingt zu erwarten stehen.

b) Nichtvornahme (weiterer) lebenserhaltender Maßnahmen auf Basis einer Patientenverfügung

Sodann setzt sich der Senat mit der Frage auseinander, ob der Zurechnungszusammenhang deshalb unterbrochen sein könnte, weil lebensverlängernde Maßnahmen mit Blick auf die nach der Operation durchgängig bewusstlose Patientin unter Einbeziehung ihrer Patientenverfügung unterlassen wurden.

Dabei stellt er ausdrücklich klar, dass es hier *nicht* um die Konstellation geht, in welcher *„ein durch eine Raubtat Geschädigter vernünftigen Gründen zuwider eine durchaus erfolgversprechende Behandlung ablehnt“*.

Vielmehr gehe es vorliegend um die

„eigenverantwortliche Entscheidung, auf eine ‚Maximaltherapie‘ im Sinne einer apparategestützten Lebensverlängerung verzichten zu wollen“, welche bei „wertender Betrachtung auch aus rechtlichen Gründen eine zurechnungsunterbrechende Wirkung nicht zu entfalten“

vermöge:

„Der eigenverantwortlich in der Patientenverfügung niedergelegte Wille der Verstorbenen ist als Ausdruck ihres verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts zu werten, wonach ein Patient in jeder Lebensphase, auch am Lebensende, das Recht hat, selbstbestimmt zu entscheiden, ob er ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen will. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf selbstbestimmtes Sterben umfasst das Recht, nach freiem Willen lebenserhaltende Maßnahmen abzulehnen und auf diese Weise einem zum Tode führenden Krankheitsgeschehen seinen Lauf zu lassen [...].“

Der Wille des (Straftat-)Opfers, nicht weiter behandelt zu werden, sei nach alledem als eine

„aus der Schwere der Verletzung folgende und mit der Rechtsordnung in Einklang stehende Reaktion zu werten.“

Die behandelnden Ärzte seien wiederum an diesen Willen rechtlich gebunden:

„Der Arzt, der in Umsetzung einer Patientenverfügung einen moribunden Zustand nicht durch intensivmedizinische Maßnahmen verlängert, beugt sich damit in Übereinstimmung mit den rechtlichen Vorgaben lediglich dem Patientenwillen. Eine Zurechnungsunterbrechung folgt hieraus nicht.“

Schließlich sei das Vorhandensein eines entsprechenden Patientenwillens auch für den Täter objektiv vorhersehbar:

„Der Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen lag auch im Rahmen des nach der Lebenserfahrung Erwartbaren. Damit, dass ein betagtes Opfer sich bei einer Raubhandlung wie der abgeurteilten schwere Kopfverletzungen zuzieht, ist ebenso zu rechnen wie mit dem Vorliegen einer Patientenverfügung oder dem sonst von dem Patienten geäußerten Willen, nicht an lebenserhaltende Apparate angeschlossen zu werden.“

Weder die Rückbindung des letztlich zum Unterlassen weiterer lebenserhaltender Maßnahmen führenden Zustandes an die – notwendige – Operation noch das auf eine Patientenverfügung gestützte Unterlassen selbst vermögen den gefahrspezifischen Zusammenhang zwischen Grunddelikt und Todeserfolg also zu unterbrechen.

5. Leichtfertigkeit

Leichtfertiges Handeln setzt einen gesteigerten Grad an Fahrlässigkeit hinsichtlich des Eintritts der schweren Folge voraus. Erforderlich ist eine qualifizierte Pflichtwidrigkeit, mithin das Verkennen des möglichen Todeseintritts aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit.⁴ Eingedenk der – erkennbaren – Konstitution des Opfers stellt sich das Vorgehen des T als besonders gleichgültig mit Blick auf mögliche letale Folgen dar.

6. Ergebnis

T hat sich durch sein Verhalten wegen Raubes mit Todesfolge gemäß § 251 StGB strafbar gemacht.

⁴ Vgl. etwa Eisele, BT II, 5. Aufl. (2019), Rn. 383; Rengier, BT I, 22. Aufl. (2020), § 9 Rn. 10.

III. Tötungs- und Körperverletzungsdelikte

Ein Tötungsvorsatz des T ist hier nicht ersichtlich. Sollte ein diesbezüglicher (Eventual-)Vorsatz des Täters dagegen einmal vorliegen, stehen die §§ 212, 211 StGB in Tateinheit zu § 251 StGB, um auszudrücken, dass der Tod auch die tatbestandstypische Folge eines Raubes ist.⁵

§ 227 StGB tritt dagegen stets hinter den vollendeten § 251 StGB zurück, um die schwere Folge nicht doppelt in Ansatz zu bringen.⁶

Abschließende Hinweise

Der gefahrspezifische Zusammenhang kann bei verschiedenen Delikten aus dem Besonderen Teil eine Rolle spielen, so namentlich auch bei § 227 StGB (Körperverletzung mit Todesfolge). Die Entscheidung des 3. Strafsenats belegt – in Auseinandersetzung mit § 251 StGB – einmal mehr, dass es insoweit keine streng schematischen Lösungen gibt. Zwar sind bestimmte, immer wiederkehrende – potenziell – zurechnungsunterbrechende Faktoren (Eingreifen eines Dritten; Eingreifen des Opfers selbst) zu erkennen und zu benennen. Doch ist stets in einem zweiten Schritt zu fragen, ob das in Rede stehende Drittverhalten eine neuen, gänzlich eigenständigen und rechtlich als solchen zu bewertenden Geschehensablauf in Gang setzt oder nur – ggf. im Rahmen eines rechtlich geordneten Verfahrens (vgl. die Patientenverfügung) – an die durch das Täterhandeln geschaffene (akute) Gefahrenlage anknüpft; dabei besteht (wie so oft) ein gewisser Wertungsspielraum, der – wie hier – auch durch außerhalb des Straftatbestandes selbst liegender Vorgaben, wie das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht, ausgefüllt werden kann und muss.

Ass. iur. Dr. *Alexander Bechtel*

Akademischer Mitarbeiter

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und
Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und
Computerstrafrecht (*Prof. Dr. Jörg Eisele*)
Eberhard Karls Universität Tübingen

► **Inhaltsverzeichnis**

⁵ Eisele, BT II, 5. Aufl. (2019), Rn. 396.

⁶ Ibid.

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Tätige Reue nach Brandstiftung durch Rettung des Opfers

Beschluss vom 27. Mai 2020, Az.: 1 StR 118/20

§ 306e Abs. 1 StGB ist auf die Qualifikation des § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB analog anzuwenden, wenn der Täter – anstatt den Brand zu löschen – die (konkrete) Lebensgefahr für das Opfer freiwillig durch anderweitige Rettungshandlungen beseitigt.

(Amtlicher Leitsatz)

A) Sachverhalt

„Der zum Tatzeitpunkt 65-jährige Angeklagte und die 17-jährige Geschädigte, zwischen denen sich eine Liebesbeziehung entwickelt hatte, verabredeten, sich gemeinsam das Leben zu nehmen. Am Abend des 29. Oktober 2018 hielten sich beide in dem im Eigentum des Angeklagten stehenden Wohnwagen auf, der vom Angeklagten für vorübergehende Aufenthalte und Urlaubsreisen genutzt wurde. Zwischen 22 und 23 Uhr verteilte der Angeklagte im Innenraum des Wohnwagens Benzin und entzündete dieses. Der Teppich fing sofort Feuer und die Flammen breiteten sich auf Grund der vorhandenen Stoffe und brennbaren Materialien binnen kürzester Zeit unkontrolliert aus, so dass der Fluchtweg durch die Eingangstür versperrt war. Zudem griff das Feuer bereits auf den in unmittelbarer Nähe des Wohnwagens geparkten Pkw des Angeklagten über. In dieser Situation beschloss der Angeklagte, die Geschädigte und sich zu retten. Trotz des in der beengten Räumlichkeit bereits stark ausgebreiteten Feuers gelang es dem Angeklagten, das Fenster in der Front des Wohnwagens aufzuklappen, der Geschädigten durch dieses herauszuhelfen und sodann selbst zu entkommen. Wohnwagen und Pkw brannten sodann innerhalb kürzester Zeit vollständig aus. Die Geschädigte erlitt Verbrennungen an Rücken, Unterarm, Knie und einer Wade. Sie verblieb fünf Tage im Klinikum L.“

B) Verfahrensgang

Das Landgericht Heilbronn verurteilte den Angeklagten wegen besonders schwerer Brandstiftung, § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten. Der Verurteilte wendete sich gegen diese Entscheidung mit einer Verfahrensrüge und einer Sachrüge. Die Verfahrensrüge wurde jedoch verspätet erhoben und ist daher unwirksam, §§ 344 Abs. 2, § 345 Abs. 1 S. 1 StPO.

C) Die Entscheidung des Senates

Das Rechtsmittel erzielt mit der Sachrüge einen Teilerfolg: Das angegriffene Urteil wird

„im Schuldspruch dahingehend abgeändert, dass der Angeklagte der besonders schweren Brandstiftung in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung schuldig ist.“ [Der Strafausspruch wird aufgehoben.] „Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.“

I. Schuldausspruch

Unberührt lässt der Senat die Verurteilung gem. § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB. Aus dem Beschluss wird jedoch nicht ersichtlich, an welchen Grundtatbestand im Rahmen des § 306a StGB der Senat die Qualifikation des § 306b Abs. 2 StGB anknüpft.

Zwar könnte man überlegen, ob es sich bei dem Wohnwagen um eine „andere Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient“ iSv. § 306a Abs. 1 Nr. 1 handelt. So soll der Tatbestand nicht nur Gebäude, Schiffe oder Hütten, sondern auch ungewöhnliche Formen des Wohnens, wie Wohn- oder Künstlerwagen schützen. Der Wohnwagen dient nämlich, wie die Bezeichnung schon nahelegt, mindestens vorübergehend als Mittelpunkt der privaten Lebensführung. Dass dieser Raum ggf. über längere Zeiträume nicht genutzt wird, dürfte mit einem Blick darauf, dass Ferienhäuser ebenso dem Schutz der Norm unterfallen, wenig Beachtung finden.¹ Für den § 306a Abs. 1 StGB ist als abstraktes Gefährungsdelikt – anders als bei § 306 Abs. 1 StGB als Spezialfall der Sachbeschädigung² – nicht von Relevanz, dass der Wohnwagen im Eigentum des Angeklagten stand. Jedoch hat der Angeklagte den Wohnungszweck des Wohnwagens durch das Anzünden konkludent beendet (sog. Entwidmung), weshalb eine Anknüpfung an § 306a Abs. 1 StGB ausscheiden muss.³

Als Grundtatbestand kommt sodann der § 306a Abs. 2 StGB in Betracht, der wiederum auf die Tatobjekte des § 306 Abs. 1 Nrn. 1-6 StGB verweist. Fraglich ist jedoch, ob es sich bei dem Wohnwagen um eine Hütte iSv. Nr. 1 oder ein Kraftfahrzeug iSv. Nr. 4 handeln kann. Kraftfahrzeuge iSv. Nr. 4 sind Landfahrzeuge, die durch Maschinenkraft bewegt werden und nicht ausschließlich an Bahngleise gebunden sind.⁴ Problematisch ist hier jedoch, dass es sich nicht um ein Wohnmobil, sondern um einen Wohnwagen handelt, der durch ein anderes Kraftfahrzeug und nicht mittels eigenen Kraftantriebs bewegt wird. Solche Anhänger

¹ Vgl. BGH NStZ 2010, 519; dazu auch die Gesetzesmaterialien BT-Drucks. 13/8587, S. 68, 86, 88.

² Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 306 Rn. 11.

³ Vgl. dazu Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 21. Aufl. (2020), § 40 Rn. 32 f.; zur konkludenten Entwidmung auch Seitz/Nussbaum, JuS 2019, 1060 (1063 f.).

⁴ Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 306 Rn. 8.

sind ihrerseits keine Kraftfahrzeuge.⁵ Hütten sind zumindest teilweise umschlossene Räume, die eine hinreichende Erdverbundenheit aufweisen und Menschen zugänglich sind. Im Hinblick auf Größe, Festigkeit und Dauerhaftigkeit sind geringere Anforderungen als bei Gebäuden iSv. § 306 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB zu stellen.⁶ Eine ausreichende Erdverbundenheit kann bei Wohn- und Bauwägen grundsätzlich anzunehmen sein, jedoch nur dann, wenn sie durch ihr Eigengewicht auf dem Boden ruhen und nicht jederzeit bewegbar sind. Dann bilden sie einen für Menschen zugänglichen Raum iSd. Vorschrift.⁷ Entscheidend kommt es also darauf an, ob der Wohnwagen mit Rädern ausgestattet ist und daher dauerhaft und ohne weiteres mobil gemacht werden kann oder ob er etwa auf Blöcken ruht.⁸ Dazu fehlen Feststellungen und es bleibt diese Frage in der Senatsentscheidung iE. offen, weswegen es vorliegend hiermit sein Bewenden haben muss.

Hinweis

In einer Klausur wäre zu erwarten, dass der Sachverhalt an dieser Stelle präzisiert ist, etwa statt eines Wohnwagens ein Wohnmobil gewählt wird oder nähere Angaben zur Beschaffenheit des Wohnwagens gemacht werden.

Unterstellt man, es handelt sich bei dem Wohnwagen mangels Mobilität um eine Hütte iSv. § 306 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB, bleibt es unbeachtlich, dass diese im Eigentum des Verurteilten stand. Der Schutzzweck des § 306a Abs. 2 StGB und die Inbezugnahme der einzelnen Nummern des § 306 Abs. 1 StGB sprechen nämlich dafür, den Verweis auf die abschließend aufgezählten Tatobjekte zu begrenzen und sie nicht auf das Merkmal der Fremdheit zu erstrecken. Anders als § 306 StGB dient § 306a Abs. 2 StGB nicht dem Eigentumsschutz, sondern dem Schutz der Gesundheit von Menschen. Daher können konkrete Gefährdungen anderer Personen durchaus erfasst werden, obwohl es sich um tätereigene oder herrenlose Tatobjekte handelt.⁹ Die Geschädigte ist durch das Inbrandsetzen des Wohnwagens in die konkrete Gefahr der Gesundheitsschädigung gem. § 306a Abs. 2 StGB und die konkrete Gefahr des Todes gem. § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB geraten, indem sich die Flammen im Wohnwagen rasant ausbreiteten und eine Rettung mit Hilfe des Verurteilten nur noch durch das Frontfenster gelang.

Fraglich ist, ob eine Einwilligung der Geschädigten einer Strafbarkeit wegen besonders schwerer Brandstiftung entgegensteht. Die Geschädigte wollte nämlich im Zeitpunkt des Inbrandsetzens aus dem Leben scheiden. Davon als Durchgangsstadien

umfasst sind der Willen bezüglich einer Gesundheitsgefährdung und -schädigung sowie der konkreten Todesgefahr.

Hinweis

In solchen Konstellationen sollte zumindest gedanklich geprüft werden, ob es sich um eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung oder eine einverständliche Fremdgefährdung handelt. Eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung käme in Betracht, wenn der Geschädigte Tatherrschaft über das Geschehen hätte und sich in einem Zustand freier Willensbildung befindet. Eine solche Selbstgefährdung würde bereits den objektiven Zurechnungszusammenhang unterbrechen.¹⁰

Die Einwilligung in eine vorsätzliche Tötung durch Verbrennen ist mit Blick auf die Wertung des § 216 StGB jedoch unwirksam. Die Unwirksamkeit umfasst auch die Einwilligung in die die vorsätzliche Herbeiführung der konkreten Todesgefahr gem. § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB.¹¹ Daher ergibt sich eine Strafbarkeit gem. § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB.

Hinweis

Eine Einwilligung in die schwere Brandstiftung gem. § 306a Abs. 2 StGB und die besonders schwere Brandstiftung § 306b Abs. 1 StGB ist, anders als bei § 306a Abs. 1 StGB, grundsätzlich möglich, da es sich um individualgefährdende Delikte handelt.¹² Solche Einwilligungen, die nicht an der Schranke des § 216 StGB scheitern, können jedoch gem. § 228 StGB unwirksam sein, wenn die Verletzungshandlung sittenwidrig ist, also gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Nach der hM. ist zur Konkretisierung dieser unbestimmten Formel nicht primär an die Motive der Handlung, sondern mit Blick auf das Rechtsgut der §§ 223 ff. StGB an die Schwere der (drohenden) Verletzung anzuknüpfen. Die Einwilligung ist nach hM. grundsätzlich dann sittenwidrig und daher unwirksam, wenn das Opfer in die Gefahr des Todes oder der schweren Körperverletzung gebracht wird.¹³ Der § 228 StGB entfaltet aufgrund der Schutzrichtung der §§ 306a Abs. 2, 306b Abs. 1 StGB ausnahmsweise auch für die (besonders) schwere Brandstiftung seine die Einwilligung limitierende Wirkung.¹⁴

Der Senat wendet sich schließlich auf Konkurrenzebene gegen die Tateinheitliche Verurteilung gem. § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB und § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

⁵ Der Kraftfahrzeugbegriff des § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB deckt sich dabei weitgehend mit der Legaldefinition des § 248b Abs. 4 StGB. Vgl. dazu Kühl, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 248b Rn. 2; Hohmann, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 248b Rn. 7.

⁶ Radtke, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 306 Rn. 25.

⁷ Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 306 Rn. 4; Radtke, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 306 Rn. 25.

⁸ Diese Feststellung war auch schon entscheidend bei BGH BeckRS 2018, 20315 Rn. 12 f.; vgl. zu der Einordnung eines Bauwagens BGH BeckRS 2005, 7133; BGH BeckRS 2020, 10009 ließ dahinstehen, ob der Wohnwagen mit Rädern ausgestattet war, da ein Holzvorbau vorhanden war, der selbst die Voraussetzungen des § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllt; ferner ausführlich OLG Karlsruhe NSTZ 1981, 482.

⁹ BT-Drucks. 13/8587, S. 88; BGH NSTZ 1999, 32 (33); Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 306 a Rn. 17; vgl. zu der Doppelfunktion des § 306a Abs. 2 StGB als Gefährderfolgsqualifikation des § 306 Abs. 1 StGB und als eigenständiger Tatbestand Radtke, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 306a Rn. 1; Radtke, Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998, S. 310-312.

¹⁰ Vgl. dazu Rönnau, JuS 2019, 119.

¹¹ Vgl. Wolters, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2015), Vor § 306 Rn. 12.

¹² Radtke, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 306a Rn. 59, § 306b Rn. 32; Wolters, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2015), § 306a Rn. 26.

¹³ Zum Anknüpfungspunkt des Sittenwidrigkeitsurteils des § 228 StGB vgl. instruktiv Bott/Volz, JA 2009, 421.

¹⁴ Zu der Anwendbarkeit des § 228 StGB im Rahmen der Brandstiftungsdelikte Heintschel-Heinegg, in: BeckOK-StGB, 47. Ed. (08.2020), § 306b Rn. 24; Radtke, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 306b Rn. 32.

„Das Landgericht hat übersehen, dass die der Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB zu Grunde liegende abstrakte Lebensgefährdung durch die Qualifikation der vorsätzlichen konkreten Lebensgefährdung in § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB verdrängt wird [...]. Dies gilt allerdings nicht für den Grundtatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB, dessen Tatvariante der Gesundheitsbeschädigung weder im Grundtatbestand des § 306a StGB noch in dem Qualifikationsmerkmal einer konkreten Todesgefahr gemäß § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB enthalten ist. Die vorsätzliche Körperverletzung steht in Tateinheit zur besonders schweren Brandstiftung gemäß § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB [...]“

Hinweis

In einer Klausur wäre zudem die versuchte Tötung auf Verlangen gem. §§ 216, 22, 23 Abs. 1 StGB zu prüfen. Der Angeklagte wollte die Geschädigte auf ihren ausdrücklichen und ernsthaften Wunsch hin durch den Brand töten und setzte durch das Anzünden des Benzins unmittelbar zum Versuch an. Allerdings ist der Angeklagte gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB vom beendeten Versuch zurückgetreten, indem er die Geschädigte aus dem Frontfenster schaffte und so ihren Tod verhinderte.

II. Strafausspruch

Kern der Entscheidung ist die Aufhebung des Strafausspruches, da das Landgericht im Rahmen der Strafzumessung eine Milde rung nach § 306e StGB abgelehnt hatte. Das Landgericht stellte dabei auf den Wortlaut der Vorschrift ab und verneinte die tätige Reue des Angeklagten mangels Löschen des Feuers. Der Senat setzte sich mit der Frage auseinander, ob § 306e StGB in entsprechender Anwendung für die Qualifikationstatbestände des § 306a Abs. 2 StGB und § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB eine eigenständige Bedeutung zukommen könne, wenn der Täter die Abwendung der Gefahr zwar nicht durch Löschung des Brandes, sondern durch sonstige Handlungen erreichen konnte. Dabei zeichnete der Senat lehrbuchhaft zunächst den, bis zu diesem Beschluss nicht gerichtlich entschiedenen, Streitstand des Schrifttums nach, um nachfolgend seine Stellungnahme abzugeben.

Hinweis

Die Brandstiftungsdelikte sehen für bestimmte Tatbestände die Möglichkeit einer strafmildernden oder sogar strafbefreienden tätigen Reue vor, da es vergleichsweise früh zu einer Vollendung der §§ 306 ff. StGB kommt. Daher lassen sich auch einige für den Rücktritt vom Versuch entwickelte Gedanken für die tätige Reue fruchtbar machen.¹⁵

1. Keine tätige Reue

„Nach einer Ansicht ist § 306e StGB nicht auf § 306a Abs. 2 StGB und § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB anwendbar, da § 306e StGB an das Brandobjekt anknüpfe. § 306e StGB stelle auf den Schaden an den angezündeten oder durch Brandlegung zerstörten Gegenständen ab, wohingegen Schutzgut

der Qualifikationen in § 306a Abs. 2 StGB und § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB Leib und Leben eines anderen Menschen sei. Es lasse sich mit dem Wortlaut - „den Brand löscht, bevor ein erheblicher Schaden entsteht“ - nicht vereinbaren, die Beseitigung der Gesundheits- oder Lebensgefahr als Ansatz für die tätige Reue zu nehmen. Denn der Gesetzgeber habe von einer solchen Regelung keinen Gebrauch gemacht, obwohl diese im Regierungsentwurf [des 6. StRG] noch vorgesehen gewesen sei (vgl. Wolff in LK-StGB, 12. Aufl., § 306e Rn. 6 Fn. 13, Rn. 11; iE. auch Fischer, StGB, 67. Aufl., § 306e Rn. 4).“

2. Analoge Anwendung des § 306e StGB

„Demgegenüber befürworten andere Stimmen in der Literatur eine analoge Anwendung von § 306e StGB, wenn der Täter im Fall der konkreten Gefährdungsdelikte zwar nicht den Brand löscht, aber andere Verhaltensweisen zeigt, die zur Bewahrung des tatbestandlich geschützten Rechtsguts (der Gesundheit oder des Lebens der anderen Person) führen. Denn die sicherste Möglichkeit zur Bewahrung des geschützten Rechtsguts werde häufig gerade nicht im Löschen des Feuers, sondern im sofortigen Wegziehen der Person aus dem Gefahrenbereich liegen. Es sei „unsinnig“, nur die weniger effektive Vorgehensweise zu belohnen und den Täter dadurch womöglich gar zur Wahl des weniger aussichtsreichen Mittels zu motivieren (vgl. Wolters in SK-StGB, 9. Aufl., § 306e Rn. 15; Stein in Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, Rn. 104).“

3. Analoge Anwendung der §§ 314a Abs. 2, Abs. 3, 320 Abs. 2, Abs. 3 StGB

„Eine weitere Auffassung befürwortet eine analoge Anwendung von § 314a Abs. 2 und 3, § 320 Abs. 2 und 3 StGB in der Konstellation, dass der Täter andere Maßnahmen zur Rettung der gefährdeten Person unternimmt, wobei insofern unterschiedliche Ansätze vertreten werden. So wollen einige §§ 314a, 320 StGB analog anwenden, wenn der Täter die Lebensgefahr oder Gefahr der Gesundheitsschädigung auf andere Weise als durch das Löschen des Brandes abwendet [...] (Radtke in MüKo-StGB, 3. Aufl., § 306e Rn. 12; Dietmeier in Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., § 306e Rn. 3; Schroeder, GA 1998, 571, 575). [...]“

4. Stellungnahme des Senats

Der Senat folgt der zweiten Ansicht und begründet eine Analogie zu § 306e StGB in schulmäßiger Weise.

a) Kein Analogieverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG

Der Senat legt dar, wieso das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG bei Analogien zu Gunsten des Täters keine Anwendung findet.¹⁶

„Das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG steht nicht entgegen. Nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ist eine Analogie zu Gunsten des Täters zu-

¹⁵ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 21. Aufl. (2020), § 40 Rn. 99 ff.

¹⁶ Vgl. dazu auch Hecker, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 1 Rn. 30 ff.; Schmitz, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 1 Rn. 73; Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020) § 1 Rn. 21.

lässig [...]. So können Tatbestandseinschränkungen vorgenommen oder die Vorschriften des Allgemeinen Teils analog angewendet werden, wenn dies zur Straffreiheit oder zu einer Strafmilderung führt. Gleiches gilt im Bereich der Rechtsfolgen. Grenzen können sich insoweit im Hinblick auf die Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3 GG ergeben, wenn das Gesetz erkennbar eine endgültige Regelung getroffen hat und damit die allgemeinen Voraussetzungen einer Analogie nicht vorliegen, nicht aber aus § 1 StGB und Art. 103 Abs. 2 GG [...].“

b) Planwidrige Regelungslücke

Zunächst geht der Senat auf die Entstehungsgeschichte der Vorschriften zur tätigen Reue in §§ 306e, 314a, 320 StGB ein, um darzulegen, dass es sich um eine planwidrige Regelungslücke innerhalb des § 306e StGB handelt.

„Die Gesetzesbegründung steht [der entsprechenden Anwendung des § 306e StGB] nicht entgegen. Ein Wille des Gesetzgebers, die Fälle des § 306a Abs. 2 StGB und § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB vom Anwendungsbereich des § 306e StGB auszunehmen, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen. [...] Der Gesetzentwurf der Bundesregierung [im Rahmen des 6. StRG] sah eine Neuordnung des Brandstiftungsstrafrechts in dem bisherigen § 306 StGB und in den neuen §§ 306a und 306b StGB-E vor. Diese drei Vorschriften sollten an die Stelle der bisherigen §§ 306 bis 309 StGB treten. § 310 StGB aF sowie die weiteren Regelungen der tätigen Reue in §§ 311e, 315 Abs. 6, § 315b Abs. 6, § 316c Abs. 4 und § 323 Abs. 5 StGB aF sollten für den gesamten Abschnitt „Gemeingefährliche Straftaten“ durch eine einheitliche Regelung der tätigen Reue in § 320 Abs. 2 Nr. 1, 3, Abs. 3 Nr. 1 StGB-E abgelöst werden (BT-Drucks. 13/8587, S. 47, 52). [...] Die Auflistung in § 320 StGB-E sei [nach der Kritik des Bundesrates] unübersichtlich, erschwere die Rechtsanwendung und berge so die Gefahr der Revisionsanfälligkeit in sich (BT-Drucks. 13/8587, S. 75). Entsprechend sah die anschließende Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses eine gesonderte Regelung der tätigen Reue für die §§ 306 ff. in § 306e StGB, für die §§ 307 ff. in § 314a StGB und für die §§ 315 ff. in § 320 StGB vor (BT-Drucks. 13/8991, S. 12, 23 ff.). Eine Begründung für den unterschiedlichen Wortlaut in § 306e StGB einerseits und §§ 314a, 320 StGB andererseits, die - anders als § 306e StGB - tätige Reue bei den Qualifikationen in Gestalt konkreter Gefährdungsdelikte durch das Abwenden der Gefahr vorsehen, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen. [...].“

Hinweis

Eine derartige Argumentation wird in einer Prüfung kaum erwartet werden, da die (umfassende) Kenntnis der Gesetzgebungsmaterialien nicht vorausgesetzt werden kann.

Dass § 306e StGB anders als die §§ 314a, 320 StGB nicht allgemein an die Abwendung der Gefahr anknüpft, sondern auf die Löschung des Brandes abstellt, lasse sich mit den unterschiedlichen Tathandlungen der Straftatbestände erklären.

„Denn die §§ 306 ff. StGB knüpfen allein an das Inbrandsetzen einer Sache beziehungsweise die Brandlegung durch den Täter an, wohingegen die §§ 307 ff. StGB auf eine Vielfalt von Handlungen, wie das Herbeiführen einer Explosion durch Freisetzen von Kernenergie, das Freisetzen ionisierender Strahlen, das Bewirken von Kernspaltungsvorgängen oder das Herbeiführen einer Überschwemmung abstellen. [...] Bereits auf Grund der vorhandenen unterschiedlichen Arten der gefahrverursachenden Tathandlungen bietet sich im Rahmen der §§ 307 ff., 315 ff. StGB für die Regelung der tätigen Reue eine allgemeine Formulierung der „Gefahrabwendung“ an, um alle Tathandlungen zu erfassen. Dies ist bei den §§ 306 ff. StGB, die lediglich das Inbrandsetzen bzw. die Brandlegung vorsehen, nicht erforderlich. Zum anderen können die Tathandlungen nach §§ 307 ff., 315 ff. StGB nicht mehr rückgängig gemacht, sondern - im Fall der Unternehmensdelikte - nur von ihnen abgesehen oder - im Fall der konkreten Gefährdungsdelikte - die entstandene Gefahr und damit die Folgen der Tat beseitigt werden. Entsprechend knüpft die tätige Reue nach §§ 314a, 320 StGB an die freiwillige Aufgabe der Tatausführung oder die sonstige Abwendung der Gefahr an. Dies ist im Falle der §§ 306 ff. StGB ebenfalls anders, da dort die Tathandlung des Inbrandsetzens durch das Löschen des Brandes quasi wieder rückgängig gemacht und bereits hierdurch die Gefahr abgewendet werden kann.“

„Durch die vom Gesetzgeber in § 306e StGB gewählte Formulierung bleibt aber unberücksichtigt, dass es Situationen geben kann, in denen eine andere Gefahrbeseitigung als das Löschen des Brandes effektiver sein kann, etwa wenn ein Löschen nicht mehr ohne Weiteres möglich ist, die Gefahr aber durch Verbringung der Person aus dem Gefahrenbereich unproblematisch abgewendet werden kann. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber nur bei den Brandstiftungsdelikten andere Formen der Gefahrabwendung ausschließen wollte, sondern diese Konstellation bei den §§ 306 ff. StGB übersehen hat; somit liegt eine planwidrige Regelungslücke vor.“

c) Vergleichbarkeit der Fälle

Sodann begründet der Senat, dass diese planwidrige Regelungslücke aufgrund der Ähnlichkeit des nicht geregelten mit dem gesetzlich geregelten Fall zu schließen ist.

„[...] Denn das in § 306e StGB geforderte Löschen des Brandes stellt lediglich einen besonderen Fall der Gefahrabwendung dar. Es ist jedoch mit dem Gebot der Gerechtigkeit nicht zu vereinbaren, dem Täter die Möglichkeit einer Strafmilderung oder eines Absehens von Strafe zu versagen, wenn er eine effektivere Methode zur Abwendung der Gefahr wählt und dadurch das gleiche Ergebnis erzielt wie mit dem Löschen des Brandes.“

Besonders eindrücklich werden diese Erwägungen, führt man sich am vorliegenden Fall vor Augen, dass Löscharbeiten des engen und bereits in Flammen stehenden Wohnwagens vom

Wortlaut erfasst wären, obwohl diese um einiges zeitaufwendiger und weniger aussichtsreich gewesen wäre, als die Geschädigte aus dem Wohnwagen zu schaffen.¹⁷

d) § 306e StGB statt §§ 314a, 320 StGB

Zuletzt spricht sich der Senat dafür aus, aufgrund der spezifischen Schutzgüter den § 306e StGB als dogmatischen Ausgangspunkt für eine analoge Anwendung zu wählen.

„[...] Der Gesetzgeber hat die Brandstiftungsdelikte gesondert in den §§ 306 bis 306d StGB einschließlich einer speziellen Vorschrift für die tätige Reue in § 306e StGB geregelt. Hierdurch sollte eine speziell auf die - im Vergleich zu den §§ 307 ff. und §§ 315 ff. StGB - unterschiedlichen Schutzgüter abgestimmte übersichtliche Regelung geschaffen werden (vgl. BT-Drucks. 13/8587, S. 75). Die analoge Anwendung der Vorschrift des § 306e StGB trägt diesem Ansatz Rechnung.“

Darüber hinaus übt der Senat Kritik an der Auffassung, eine analoge Anwendung der §§ 314a, 320 StGB könne dann vorgenommen werden, wenn der Täter die gefährdete Person davor bewahrt, dass eine abstrakte Gefahr in die von §§ 306a Abs. 2, 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB tatbestandlich geforderte konkrete Gefahr umschlägt¹⁸.

„Würde die Anwendung der tätigen Reue auf die Fälle beschränkt werden, in denen die Tatbestandsvoraussetzung einer konkreten Gefahr ausbleibt, liefe die Regelung - mangels Anwendungsfalls - ins Leere. Eine solche Einschränkung erscheint lediglich [...] im Hinblick auf abstrakte Gefährdungsdelikte, nicht jedoch bei konkreten Gefährdungsdelikten sinnvoll.“

Diese Kritik dürfte jedoch weniger den dogmatischen Anknüpfungspunkt der §§ 314a, 320 StGB und mehr die Frage betreffen, ob das Umschlagen einer abstrakten in eine konkrete Gefahr oder einer konkreten Gefahr in eine Schädigung zu verhindern ist.

Abschließende Hinweise für Studenten

Die Entscheidung dürfte sich gut als Ausgangspunkt für Examensklausuren und insbesondere für mündliche Prüfungen eignen, lassen sich doch an ihr strukturelle Kenntnisse über gemeingefährliche Straftaten und methodische Fähigkeiten bei der Bildung von Analogien überprüfen. Die Attraktivität für Prüfungen ist dadurch erhöht, dass der Senat die analoge Anwendung von § 306e StGB lehrbuchhaft begründet und sich der BGH innerhalb kurzer Zeit nach BGH NJW 2019, 243 ein zweites Mal zur tätigen Reue in der Brandstiftung äußert. Daher darf der Beschluss als Anlass genommen werden, die Kenntnisse zu den systematisch interessanten Brandstiftungsdelikten aufzufrischen. Einen fallorientierten Überblick bietet dazu Seitz/Nussbaum, JuS 2019, 1060.

Dipl.-Jur. Maximilian Nussbaum

Wissenschaftlicher Mitarbeiter
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht,
Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie
(Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. [LSE])
Leibniz Universität Hannover

► Inhaltsverzeichnis

¹⁷ Vgl. zu einem ähnlichen Beispiel Wolters, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2015), § 306e Rn. 15; vgl. auch Radtke, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 306e Rn. 12; Radtke, Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998, S. 420 f.

¹⁸ Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 306e Rn. 12.

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Amtsgericht Stuttgart

Zum Begriff des öffentlichen Raums iSd. Corona-VO

Beschluss vom 8. September 2020, Az.: 4 Owi 177 Js 68534/20

Ein Privatfahrzeug ist kein öffentlicher Raum im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 2 CoronaVO BW in der vom 20. April 2020 bis 26. April 2020 geltenden Fassung

(Amtlicher Leitsatz)

A) Sachverhalt

„Der Betroffenen wurde vorgeworfen, sie habe gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 [...] CoronaVO¹ [...] verstoßen, indem sie sich am 24.04.2020 um 8:30 in S. im H. Tunnel in Fahrtrichtung stadteinwärts mit mehr als einer weiteren Person, die nicht zu den Angehörigen ihres eigenen Hausstandes gehörte, im öffentlichen Raum aufgehalten habe. Ausweislich der Strafanzeige befand sich die Betroffene mit vier anderen Personen, die alle einen unterschiedlichen Wohnsitz hatten, in einem Privat-PKW.“

B) Die Entscheidung

Das Amtsgericht sprach die Betroffene frei. Es konnte ein ordnungswidriges Handeln nach § 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG iVm. §§ 3 Abs. 1 Satz 1, 9 Nr. 1 Corona-VO² nicht erkennen.³ Der „vorgeworfene Sachverhalt [stellt] keinen Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 Corona-VO“ dar.

Die entsprechenden Normen lauten (in damaliger Fassung):

§ 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG⁴
Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig einer Rechtsverordnung nach [...] § 32 Satz 1⁵, [...] oder einer vollziehbaren Anordnung auf Grund einer solchen Rechtsverordnung zuwiderhandelt, soweit die Rechtsverordnung für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist.

§ 3 Abs. 1 Satz 1 Corona-VO
Der Aufenthalt im öffentlichen Raum ist [...] nur alleine, mit einer weiteren nicht im Haushalt lebenden Person oder im Kreis der Angehörigen des eigenen Haushalts gestattet.“
§ 9 Nr. 1 Corona-VO

Ordnungswidrig im Sinne des § 73 Absatz 1a Nummer 24 des Infektionsschutzgesetzes handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 3 Absatz 1 Satz 1 sich im öffentlichen Raum aufhält.

a) Das Amtsgericht hält fest, dass der „gemeinsame Aufenthalt von fünf Personen in einem Privat-Pkw [...] keinen Aufenthalt im öffentlichen Raum“ darstellt. Es führt dazu aus:

„aa) Öffentlicher Raum im Sinne der Corona-VO sind der öffentliche Verkehrsraum i.S.v. § 2 LBO⁶, öffentliche Verkehrsmittel (Bahn, Bus, Taxi) oder öffentliche Gebäude soweit sie öffentlich zugänglich sind, nicht aber private Wohnräume oder andere vom öffentlichen Raum klar abgegrenzte Bereiche (privater Garten, Terrasse o.a.).

bb) Ein Privatfahrzeug wie der in diesem Fall genutzte Pkw ist nicht dem öffentlichen Raum zuzuordnen, denn es ist im Gegensatz zu einem öffentlichen Verkehrsmittel nicht öffentlich zugänglich. Über den Zugang zu einem Privat-Pkw bestimmen nach dessen Nutzungszweck wie auch nach der Verkehrsanschauung ausschließlich der Pkw-Halter und/oder der Pkw-Führer.“

Hinweis

Für das Amtsgericht kam es demnach (mit Recht) nicht auf die zivilrechtliche Eigentumsfrage an und gelangt recht zielstrebig zum Ergebnis.

In der Literatur wird darüberhinausgehend für die Auslegung des „öffentlichen Raums“ auf das Versammlungs- und Straßenverkehrsrecht zurückgegriffen.⁷

So wird eine Versammlung allgemein unbeachtlich ihres Ortes als öffentlich angesehen, wenn sie grundsätzlich für jedermann zugänglich, die Teilnahme nicht auf einen individuell bestimmten Personenkreis beschränkt, sondern jedermann gestattet ist⁸

¹ Verordnung der (baden-württembergischen) Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-Cov-2 (Corona-Verordnung – CoronaVO). Im Folgenden ist mit „Corona-VO“ – soweit nicht explizit anders benannt – stets die baden-württembergische und stets jene in der am 24. April 2020 geltenden Fassung gemeint.

² Zur Gesetzestechnik *Ernst*, Blankettstrafgesetze und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen (2018), S. 6 ff.

³ Eine solche Ordnungswidrigkeit kann nach § 73 Abs. 2 IfSG (in Abweichung von § 17 Abs. 1 OwiG) mit einer Geldbuße von bis zu 25.000 Euro geahndet werden (= Höchstmaß für vorsätzliches Handeln, vgl. § 17 Abs. 2 OwiG).

⁴ In der am 24. April 2020 geltenden Fassung. Im Laufe der Pandemie wurden §§ 73 ff. IfSG mehrfach reformiert, wobei anfangs in § 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG die Norm des § 32 IfSG aufgenommen worden ist (G. v. 27.3.2020, BGBl. I 587), um unmittelbare Verstöße gegen die Eindämmungsverordnungen überhaupt ahnden zu können.

⁵ Die Eingangsformel der Corona-VO lautet: „Auf Grund von § 32 in Verbindung mit den § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 und § 31 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. Februar 2020 (BGBl. I S. 148) geändert worden ist, wird verordnet.“

⁶ Diese Ausführungen krit. *Kirschey*, jurisPR-StrafR 23/2020 Anm. 4 als „wenig aufhellend“. Denn die „baurechtlichen Normen, konkret § 2 Abs. 8 Satz 1, Abs. 9 Satz 1 LBO BW, setzen den Begriff des öffentlichen Verkehrsraums ihrerseits nur voraus, um den Begriff von Stellplätzen bzw. Werbeanlagen zu definieren“.

⁷ *Rau*, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise (2020), § 19 Rn. 25; *Kirschey*, jurisPR-StrafR 23/2020 Anm. 4.

⁸ Dazu *Gröpl/Leinenbach*, JA 2018, 8 (10); *Brade/Czellnik*, JuS 2020, 768 (771); *Rau*, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise (2020), § 19 Rn. 25.

Ein Verkehrsraum ist allgemein nach höchstrichterlicher Rechtsprechung „dann öffentlich, wenn er entweder ausdrücklich oder mit stillschweigender Duldung des Verfügungsberechtigten für jedermann oder aber zumindest für eine allgemein bestimmte größere Personengruppe zur Benutzung zugelassen ist und auch so benutzt wird [...]. Umfasst werden demnach nicht nur Verkehrsflächen, die nach dem Wegerecht [...] dem allgemeinen Straßenverkehr gewidmet sind, sondern auch solche, deren Benutzung durch eine nach allgemeinen Merkmalen bestimmte größere Personengruppe ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse am Straßengrund oder auf eine verwaltungsrechtliche Widmung durch den Berechtigten ausdrücklich oder faktisch zugelassen wird“.⁹

Diese Kriterien auf einen „Privat-Pkw“ übertragend ist zu notieren, dass selbiger gerade nicht für jedermann zugänglich bzw. zur Benutzung überlassen oder gewidmet ist, sondern nur für einen eng umrissenen Kreis an Personen, nämlich den Insassen.

b) „Außerhalb des öffentlichen Raumes war am 24.04.2020 indes ein Zusammenkommen von bis zu fünf Personen unabhängig von verwandtschaftlichen Beziehungen oder einer häuslichen Gemeinschaft nach § 3 Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 2 Corona-VO [...] erlaubt.“

Abschließende Hinweise

1. Das Amtsgericht gelangt zu einem Freispruch und zwar aufgrund Auslegung des § 3 Abs. 1 Satz 1 Corona-VO. Insofern kann jedenfalls im Ergebnis dahinstehen, ob hierzu auch die grundsätzlich im Ordnungswidrigkeitenrecht geltende Lex-mitior-Regel (§ 4 Abs. 4 S. 1 OWiG) aufgrund der sich im Zeitpunkt der Entscheidung zum Mildereren gewandelten Rechtslage gezwungen hätte.¹⁰

2. Einerseits erlangt vorliegende Entscheidung vor dem Hintergrund der Pandemie Relevanz. Denn immerhin ist sie eine der – soweit ersichtlich einzigen – beiden¹¹ Entscheidungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Corona-VO Baden-Württemberg. Und anders als die in letzter Zeit geltende (mildere) Fassung der Corona-VO beinhaltet die ab 1. Dezember 2020 geltende Fassung der baden-württembergischen Corona-VO (vergleichbar entsprechender Verordnungen anderer Bundesländer)¹² bußgeldbewehrte Abstandsregeln im öffentlichen Raum (§ 2 Abs. 2 iVm. § 19 Nr. 1 Corona-VO¹³). Für die Auslegung hat vorliegender Beschluss ein Ergebnis vorgezeichnet.

3. Andererseits ist die amtsgerichtliche Entscheidung ein erneutes Beispiel dafür, wie mit Hilfe klassischen juristischen Handwerkszeugs Lösungen gefunden werden können. – Nicht nur wie hier in der Praxis, sondern ebenso in

der Prüfung. Jedenfalls für letztere böte sich – je nach Schwerpunktsetzung – ein eingehenderes Heranziehen der Auslegungsmethoden an. Grund genug für geeignete Repetition!¹⁴

RiLG Dr. Guido Philipp Ernst

Ministerium der Justiz und für Europa
Baden-Württemberg

Arbeitsgemeinschaftsleiter für Rechtsreferendare
Landgericht Stuttgart

Lehrbeauftragter
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen
Ludwigsburg

► **Inhaltsverzeichnis**

⁹ BGH NJW 2004, 1965 mwN.; vgl. im hiesigen Kontext auch Peglau, jurisPR-StrafR 7/2020 Anm. 1 IV. 3; Rau, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise (2020), § 19 Rn. 25.

¹⁰ Weiterführend Lorenz, COVuR 2020, 611 (614) mN.

¹¹ Die andere Entscheidung: AG Reutlingen, NJW-Spezial 2020, 570.

¹² So regelt beispielsweise § 1 Abs. 1 hessische Verordnung zur Beschränkung von sozialen Kontakten und des Betriebes von Einrichtungen und von Angeboten aufgrund der Corona-Pandemie (vom 30. November 2020, Stand 01.12.2020) bußgeldbewährt (§ 8 Nr. 1 aaO) Zusammenkünfte im „öffentlichen Raum“, vergleichbar auch § 2 Abs. 1 und 2 Verordnung zum Schutz vor

Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 NRW (vom 30. November 2020) mit der Bußgeldbewährung in § 18 Abs. 2 Nr. 1 aaO, wobei § 1 Abs. 4 eine Legaldefinition des öffentlichen Raums enthält („Öffentlicher Raum im Sinne dieser Verordnung sind alle Bereiche mit Ausnahme des nach Art. 13 Absatz 1 des Grundgesetzes geschützten Bereichs.“).

¹³ Verordnung der (baden-württembergischen) Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 (Corona-Verordnung – CoronaVO) vom 30. November 2020.

¹⁴ Dazu mwN. ►BGH JSE 2016, 198 (199 f.) mAnm. Ernst; vgl. ferner BGH, Beschl. v. 27.05.2020 - 1 StR 118/20 (in diesem Heft ►S. 181 mAnm. Nussbaum)

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Oberlandesgericht Stuttgart

Untersagung des Besitzes eines vollzugskritischen Buches im Strafvollzug

Beschluss vom 11. August 2020, Az.: V 4 Ws 162/20

Zu den Voraussetzungen, unter denen eine Justizvollzugsanstalt gemäß § 58 Abs. 2 JVollzGB III BW Gefangenen den Besitz eines Buches, das den Strafvollzug kritisch darstellt und Ratschläge an Gefangene erteilt, in ihren Hafträumen wegen Gefährdung der Sicherheit oder Ordnung der Anstalt, wegen Gefährdung des Ziels des Strafvollzugs oder wegen eines unverhältnismäßigen Kontrollaufwands auf eine mögliche missbräuchliche Verwendung verbieten kann.

(Amtlicher Leitsatz)

A) Sachverhalt

„Der Antragsteller befindet sich im geschlossenen Strafvollzug der Antragsgegnerin. In seinem Haftraum besaß er ein Buch [Die Antragsgegnerin verfügte,] dass der Besitz dieses Buches im Haftraum des Antragstellers nicht zugelassen werde und der Antragsteller das Buch herauszugeben habe. Zur Begründung führte die Antragsgegnerin aus, der Besitz des Buches gefährde die Sicherheit und Ordnung der Anstalt sowie die Erreichung des Vollzugsziels. Es weise eine ‚vollzugsfeindliche Tendenz‘ auf; nur einzelne Passagen hätten einen reinen Informationscharakter. Es enthalte zahlreiche despektierliche Äußerungen über Mitarbeiter der Justizvollzugsanstalten und schüre pauschale Ressentiments. Ferner bringe es die Gefahr, dass sowohl der Antragsteller als auch Mitgefangene durch das Buch veranlasst würden, sich von der Mitarbeit an Maßnahmen der Resozialisierung abzuwenden, eine feindselige Haltung gegenüber dem Vollzug zu entwickeln und das Vollzugsziel dadurch zu gefährden. Sie verwies auf Rechtsprechung, nach der das Verbot des Besitzes des Buches bzw. seiner Voraufgabe der rechtlichen Überprüfung in Strafvollzugsverfahren standhielt. Im konkreten Fall [...] seien keine Gesichtspunkte ersichtlich, die eine andere Bewertung begründen würden. Selbst wenn der Antragsteller das Buch bereits gelesen haben sollte, bestünde weiterhin die Möglichkeit der Weitergabe an andere Gefangene.“ Kurze Zeit später „kontrollierte ein Bediensteter der Antragsgegnerin den Haftraum des Antragstellers und entnahm das Buch [...], 3. Auflage, dem Haftraum.

Der Antragsteller hat einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei der Strafvollstreckungskammer des Landgerichts Ravensburg gestellt. Er hat vorgetragen, er habe das Buch bei dem Verlag bestellt. [...] Ein Bediensteter der Antragsgegnerin habe die Sendung in seiner Anwesenheit geöffnet, das Buch kontrolliert, ihm ausgehändigt und in die Liste seiner Privatgegenstände eingetragen. In gleicher

Weise habe er vor etwa zweieinhalb Jahren die Voraufgabe des Buches bestellt und erhalten. Der Antragsteller ist der Ansicht gewesen, durch den Entzug des in Freiheit allgemein zugänglichen Buches sei er in seinem Grundrecht auf Informationsfreiheit [...] verletzt. In der Justizvollzugsanstalt hätten in der Vergangenheit einige Gefangene das Buch besessen, was den Bediensteten der Antragsgegnerin auch bekannt gewesen sei. Eine Gefährdung sei davon nicht ausgegangen. Der Inhalt des Buches sei weder beleidigend noch vollzugsfeindlich. Da § 94 JVollzGB I die Informationsfreiheit nicht als eingeschränktes Grundrecht nenne, sei das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt und die Antragsgegnerin dürfe auf Grundlage des § 58 Abs. 2 JVollzGB III den Besitz des Buches nicht verbieten. Zuletzt hat der Antragsteller sinngemäß beantragt, die Antragsgegnerin zu verpflichten, ihm das streitgegenständliche Buch (zum Besitz im Haftraum) zu überlassen.

Die Antragsgegnerin hat sinngemäß beantragt, den Antrag des Antragstellers zurückzuweisen. Sie hat vorgetragen, sie könne zwar die Vorgänge, wie der Antragsteller das Buch und seine Voraufgabe erhalten habe, nicht mehr rekonstruieren. Der Erwerb des Buches sei aber nicht durch eine Verfügung der Vollzugsleitung genehmigt worden [...]. Hinsichtlich der inhaltlichen Bewertung des Buches hat die Antragsgegnerin an ihrer Auffassung festgehalten.

Das Landgericht Ravensburg hat den Antrag des Antragstellers auf gerichtliche Entscheidung [...] zurückgewiesen. Es sei unerheblich, ob die Antragsgegnerin dem Antragsteller, als sie ihm ursprünglich das Buch überlassen hat, eine Erlaubnis zu dessen Besitz erteilt habe, da die vom Antragsteller beanstandete Maßnahme der Antragsgegnerin jedenfalls deren Widerruf im Sinne des § 58 Abs. 4 JVollzGB III sei. Dieser sei nach den gleichen Maßstäben wie die Erlaubniserteilung zu beurteilen. Das Buch enthalte ‚zahlreiche despektierliche Äußerungen über Vollzugsbedienstete, Mitarbeiter des psychologischen Dienstes und im Vollzug tätige Ärzte‘, es schüre ‚pauschale Ressentiments gegenüber an der Erreichung des Vollzugsziels mitarbeitenden Personen‘ und verstärke ‚gleichzeitig bei den Gefangenen bestehende Feindbilder‘. Die Strafvollstreckungskammer hat neun kurze Zitate aufgeführt, die auf den ersten 144 Seiten des 719 Seiten umfassenden Buches zu finden sind. Wie sich durch Stichproben bestätigt habe, entspreche die dritte Auflage weitgehend der zweiten Auflage. Hinsichtlich weiterer Zitate hat die Strafvollstreckungskammer auf drei Entscheidungen verwiesen, die sich auf

die zweite Auflage beziehen. Die vollzugsfeindliche Tendenz ziehe sich 'wie ein roter Faden durch das gesamte Werk' und das gesamte Druckwerk werde von einer 'negativen Tendenz' beherrscht.

Gegen diesen Beschluss der Strafvollstreckungskammer wendet sich der Antragsteller mit seiner zu Protokoll der Rechtspflegerin des Landgerichts Ravensburg erklärten Rechtsbeschwerde. Nach der Erklärung über die Einlegung der Rechtsbeschwerde erfolgt unter der Überschrift 'Gründe' die Erklärung: 'Der Antrag wird wortwörtlich aufgenommen'. Danach erfolgen Ausführungen zur Begründung.¹

B) Die Entscheidung

I. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde

Die Rechtsbeschwerde müsste zunächst zulässig sein.

Hinweis

Die Rechtsbeschwerde ist ein revisionsähnliches Rechtsmittel, mit der keine zweite Tatsacheninstanz, sondern eine reine Rechtsprüfung der Entscheidung der Strafvollstreckungskammer erreicht wird und über die nur entschieden wird, wenn ein Zulassungsgrund vorliegt.¹

1. Zuständigkeit, Statthaftigkeit und Beschwer

Das Oberlandesgericht Stuttgart ist für die Entscheidung gemäß §§ 121 Abs. 1 Nr. 3 GVG, 117 StVollzG zuständig. Die Rechtsbeschwerde ist vorliegend auch statthaft. Sie ist gem. § 116 Abs. 1 StVollzG gegen Entscheidungen der Strafvollstreckungskammern zulässig. Vorliegend wird ein Beschluss der Strafvollstreckungskammer des Landgerichts Ravensburg angefochten. Im Zeitpunkt der Einlegung der Rechtsbeschwerde bedarf es einer Beschwer des Betroffenen.² Der Beschwerdeführer ist durch die Entscheidung des Landgerichts beschwert.

2. Form- und fristgerechte Einlegung, Anträge und Begründung

Die Rechtsbeschwerde ist gem. § 118 Abs. 1 StVollzG bei dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird (iudex a quo), binnen eines Monats nach Zustellung der gerichtlichen Entscheidung einzulegen und zu begründen. Von einer Wahrung der Frist ist vorliegend auszugehen.

„Zwar enthält die Rechtsbeschwerde entgegen § 118 Abs. 1 Satz 2 StVollzG keinen ausdrücklichen Antrag und entgegen § 118 Abs. 2 Satz 1 StVollzG keine Erklärung, ob die Sachrüge oder eine Verfahrensrüge erhoben wird. Dem Protokoll über die Einlegung der Rechtsbeschwerde ist noch zu entnehmen, dass der Antragsteller die Entscheidung zur sachlich-rechtlichen Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht stellen will und ihre vollständige Aufhebung begehrt. Wird die Rechtsbeschwerde zu Protokoll des Rechtspflegers als Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt und begründet, muss sich der Rechtspfleger an der Anfertigung der Begründung gestaltend beteiligen und die Verantwortung für ihren Inhalt übernehmen. Daran fehlt es, wenn der Rechtspfleger als bloße Schreibkraft

des Antragstellers tätig wird und vom Antragsteller vorgegebene Rügen ungeprüft übernimmt [...]. Zwar deutet die die Begründung einleitende Formulierung 'der Antrag wurde wortwörtlich aufgenommen' darauf hin, dass die Rechtspflegerin lediglich als Schreibkraft tätig geworden ist. Da das Protokoll aber von der Rechtspflegerin unterschrieben wurde und sie nicht nur die Abgabe der Erklärung des Antragstellers beurkundet, übernimmt sie die Verantwortung für die formgerechte Erklärung des Antragstellers, den Beschluss der Strafvollstreckungskammer anfechten und die Verletzung materiellen Rechts rügen zu wollen.

Der Senat weist jedoch auf Folgendes hin: Die Rechtsbeschwerde muss nach § 118 Abs. 1 StVollzG Anträge enthalten und erkennen lassen, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Aufhebung beantragt wird [...]. An eine zu Protokoll der Geschäftsstelle nach § 118 Abs. 3 Fall 2 StVollzG erhobene Rechtsbeschwerde sind strenge Anforderungen zu stellen, um zu verhindern, dass das Rechtsbeschwerdegericht mit der Prüfung grundloser, unverständlicher oder sonst unzulässiger Anträge überhäuft wird. Die Begründung des Beschwerdeführers darf der Rechtspfleger nur zugrunde legen, wenn er für deren Inhalt und Form auch die Verantwortung übernehmen kann [...]. Der Rechtspfleger muss die ihm vorgetragenen Anträge auf Form und Inhalt prüfen, den Antragsteller belehren, auf Vermeidung offenbar unzulässiger Anträge hinwirken und zulässigen Anträgen einen angemessenen und klaren Ausdruck geben. Eine Rechtsbeschwerde ist grundsätzlich unzulässig, wenn der Urkundsbeamte sich den Inhalt des Protokolls vom Antragsteller diktieren lässt oder wenn der Beschwerdeführer auf der wörtlichen Protokollierung einer von ihm schriftlich vorformulierten Rechtsbeschwerdebegründung besteht [...]. Nimmt der Rechtspfleger diese Funktion nicht wahr, kann in einem derartigen Verhalten ein behördliches Verschulden gesehen werden und dem Antragsteller daher eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren sein [...].⁴

3. Zulassungsgrund

Gem. § 116 Abs. 1 StVollzG ist ein Zulassungsgrund erforderlich.

„Die Rechtsbeschwerde wird nach § 116 Abs. 1 Fall 2 StVollzG zugelassen, weil es geboten ist, die Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zu ermöglichen. Eine Rechtsbeschwerde ist bereits dann zulässig, wenn die tatsächlichen Feststellungen oder rechtlichen Erwägungen der angefochtenen Entscheidung so unzureichend sind, dass das Rechtsbeschwerdegericht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 116 Abs. 1 StVollzG nicht überprüfen kann [...].

Wegen der Darstellungsmängel, an denen der angefochtene Beschluss leidet, kann der Senat nicht prüfen, ob der Strafvollstreckungskammer zulassungsrelevante Rechtsfehler unterlaufen sind. Über den Inhalt des streitgegen-

¹ Laubenthal, in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal, Strafvollzugsgesetz, 7. Aufl. (2020), 12. Kap. J. Rn. 1; Peglau, NJW 2014, 2012 (2013).

² Laubenthal, in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal, Strafvollzugsgesetz, 7. Aufl. (2020), 12. Kap. J. Rn. 3.

ständlichen Buches, der für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme von entscheidender Bedeutung ist, hat die Strafvollstreckungskammer keine ausreichenden Feststellungen getroffen.“

II. Begründetheit der Rechtsbeschwerde

Die Rechtsbeschwerde könnte vorliegend schon deshalb begründet sein, „weil auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht auszuschließen ist, dass die Ablehnung des Antrags des Antragstellers, ihm den Besitz des streitgegenständlichen Buches zu gestatten und es ihm wieder auszuhändigen, rechtswidrig war und ihn in seinen Rechten verletzt.“

1. Anspruch auf Besitz des Buches

„Der Antragsteller hat gemäß § 58 Abs. 1 Satz 1 JVollzGB III einen Anspruch seinen Haftraum in angemessenem Umfang mit Büchern auszustatten. Ob die Antragsgegnerin zu Recht einen Ausschluss des Besitzes des streitgegenständlichen Buches nach § 58 Abs. 2 JVollzGB III angenommen hat, kann auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht entschieden werden.“

a) Kein Verstoß gegen das Zitiergebot

„Anders als der Antragsteller meint, ist die Vorschrift des § 58 Abs. 2 JVollzGB III nicht wegen eines Verstoßes gegen das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG nichtig und kann Grundlage für Eingriffe in das Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) sein. Das Zitiergebot ist auf allgemeine Gesetze im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG nicht anwendbar [...], weshalb das Grundrecht auf Informationsfreiheit in § 94 JVollzGB I zu Recht nicht zitiert ist.“

b) Gefährdung der Sicherheit oder Ordnung der Anstalt

„Ob die Strafvollstreckungskammer zu Recht angenommen hat, dass die Antragsgegnerin den Besitz des Buches nach § 58 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 JVollzGB III wegen einer Gefährdung der Sicherheit oder Ordnung der Anstalt verbieten konnte, kann auf Grundlage der unzureichenden tatsächlichen Feststellungen nicht beurteilt werden. Der Ausschluss eines Gegenstandes besteht zwar grundsätzlich bereits bei einer abstrakten Gefahr für die Sicherheit oder Ordnung der Justizvollzugsanstalt. Allerdings werden Auslegung und Anwendung des § 58 Abs. 2 JVollzGB III dadurch bestimmt, dass der Strafvollzug die Grund- und Menschenrechte der Gefangenen zu achten hat (§ 2 Abs. 1 Satz 1 JVollzGB III) und das Leben im Vollzug soweit möglich den allgemeinen Lebensverhältnissen anzugleichen ist (§ 2 Abs. 2 JVollzGB III); dementsprechend unterliegen Auslegung und Anwendung der Vorschrift in besonderer Weise dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz [...]. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet mithin eine Abwägung zwischen dem Kontrollaufwand und den besonderen Interessen des Gefangenen. Demnach kann eine Versagung trotz abstrakter Gefährdung unverhältnismäßig sein, wenn der Gefährdung durch mildere Mittel begegnet werden kann [...].

Zu den allgemeinen Gesetzen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG, die die Meinungs- und Informationsfreiheit einschränken

können, gehört auch § 58 Abs. 2 JVollzGB III. Die daraus folgende Einschränkung des Grundrechts des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG muss jedoch ihrerseits der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts Rechnung tragen. Aus diesem Grund ist Art. 5 Abs. 2 GG so auszulegen und anzuwenden, dass die besondere Bedeutung der Meinungs- und Informationsfreiheit als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit und konstitutive Voraussetzung des freiheitlichen demokratischen Staates zur Geltung kommt [...].

Gemessen daran kann eine Gefahr für die Sicherheit der Anstalt nach den Feststellungen der Strafvollstreckungskammer nicht festgestellt werden. [...] Der Verweis auf [...] sich nicht in der Akte befindenden Entscheidungen kann [...] die erforderlichen eigenen Feststellungen der Strafvollstreckungskammer nicht ersetzen. § 115 Abs. 1 Satz 3 StVollzG gestattet lediglich einen Verweis auf bei den Gerichtsakten befindliche Schriftstücke. Darüber hinaus bleibt unklar, ob diese Passagen auch in der streitgegenständlichen 3. Auflage des Buches enthalten sind.“

c) Gefährdung des Vollzugsziels

„Die Voraussetzungen des § 58 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 JVollzGB III für den Ausschluss von Gegenständen, die das Ziel des Strafvollzugs gefährden, können nach den bislang getroffenen Feststellungen nicht angenommen werden. Das Ziel des Strafvollzugs besteht nach § 1 JVollzGB III darin, den Gefangenen zu befähigen, künftig ein Leben in sozialer Verantwortung ohne Straftaten zu führen. Der Ausschlussgrund erfordert eine konkreten Gefährdung der Resozialisierung des betreffenden Gefangenen als Ergebnis einer persönlichkeitsbezogenen Prognose [...].“

„Eine konkrete Gefahr für das Vollzugsziel kann zwar auch vom Schriften ausgehen, deren Inhalt sich in der Weise gegen den Strafvollzug, sein Personal oder seine Maßnahmen richtet, dass die Resozialisierung gefährdet wird [...]. Eine sachliche, vollständige und juristisch vertretbare Information der Gefangenen über ihre Rechte gefährdet aber weder das Vollzugsziel noch die Sicherheit oder Ordnung der Justizvollzugsanstalt. Auch sachlich gehaltene Kritik gefährdet die Resozialisierung nicht in relevanter Weise [...]. Nur wenn weitere Umstände hinzutreten, kann der Inhalt einer Schrift eine Gefahr im Sinne von § 58 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 JVollzGB III begründen. Eine solchermaßen relevante Gefahr kann bestehen, wenn sich die Information eignet, bei Gefangenen eine generell ablehnende oder gar aggressive Haltung gegenüber den Beschäftigten der Justizvollzugsanstalt hervorzurufen oder zu verstärken, oder ihre Motivation, an Maßnahmen der Resozialisierung mitzuwirken, zu beeinträchtigen oder Rechtsbehelfe zu verfahrensfremden Zwecken zu nutzen [...].

Eine Gefahr für die Ziele des Vollzugs hat die Strafvollstreckungskammer nicht hinreichend belegt. Sie behauptet eine vollzugsfeindliche Tendenz. Die zum Beleg mitgeteilten Zitate stützen diese Annahme zwar teilweise. Sie tragen aber für sich alleine nicht den Schluss, dass von dem Gesamtwerk eine Gefahr, wie sie § 58 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 JVollzGB III voraussetzt, ausgeht. Die Zitate sind nur den

ersten 144 Seiten des 719 Seiten umfassenden Buches entnommen. Wenn sich die beanstandeten Passagen auf einen Teil des Buches beschränkten, hätte erwogen werden müssen, nur diese Seiten zu entnehmen oder die relevanten Seiten aus dem betroffenen Bereich zu schwärzen.

Der Verweis auf andere Entscheidungen, die sich nicht in der Akte befinden, kann, wie ausgeführt, die Feststellungen nicht ersetzen. [...] Zum einen ist der Senat aber daran gehindert, selbst Feststellungen zu treffen. Zum anderen kann letztlich nicht beurteilt werden, ob die in dem Beschluss des Kammergerichts zitierten Textpassagen im streitgegenständlichen Buch auch tatsächlich enthalten sind.“

d) Unverhältnismäßiger Kontrollaufwand

„Schließlich kann nach den Feststellungen der Strafvollstreckungskammer auch nicht angenommen werden, dass der Besitz des Buches jedenfalls gemäß § 58 Abs. 2 Nr. 3 JVollzGB III zwingend ausgeschlossen ist. Die Vorschrift beinhaltet eine gegenüber der Regelung des § 70 Abs. 2 Nr. 2 StVollzG neue Bestimmung [...] und ermöglicht der Justizvollzugsanstalt den Besitz eines Gegenstandes schon dann zu verbieten, wenn dessen Kontrolle auf eine mögliche missbräuchliche Verwendung mit einem unverhältnismäßigem Aufwand verbunden wäre. Die Vorschrift ist Ausdruck der gebotenen Abwägung zwischen dem Kontrollaufwand einerseits und den besonderen Interessen der Gefangenen andererseits [...]. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung können auch der Sicherheitsgrad der Anstalt und die konkreten örtlichen und persönlichen Verhältnisse des Gefangenen berücksichtigt werden [...]. Nach den bislang getroffenen Feststellungen ist nicht ersichtlich, dass der Kontrollaufwand unverhältnismäßig ist. Angesichts der Bedeutung der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) und der Intention des Buches, in Justizvollzugsanstalten 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 wird.“

2. Hilfsweise: Überprüfung des Widerrufs einer früher erteilten Erlaubnis

„Auch die Hilfsweise von der Strafvollstreckungskammer angestellte Erwägung, die Antragsgegnerin könne eine eventuelle Erlaubnis zum Besitz des Buches ohne Weiteres widerrufen, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis nicht vorlägen, schließt eine Verletzung des Antragstellers in seinen Rechten nicht aus. Der für den Fall, dass Ausschlussgründe des § 58 Abs. 2 JVollzGB III vorliegen, mögliche Widerruf der Erlaubnis gemäß § 58 Abs. 4 JVollzGB III steht im Ermessen der Justizvollzugsanstalt. Während das Bestehen eines Ausschlussgrundes zwingend zu einer Versagung des Besitzes, der Überlassung und der Nutzung des Gegenstandes führt [...], muss die Justizvollzugsanstalt beim Widerruf einer zuvor erteilten Erlaubnis eine Ermessensentscheidung treffen. Bei der Ermessensentscheidung ist maßgeblich der Vertrauensschutz zu berücksichtigen, der einen Widerruf einer einmal

erteilten Erlaubnis allein wegen einer abstrakten Gefährdung in der Regel ausschließt [...].

Die Strafvollstreckungskammer durfte bei ihren Hilfsweise angestellten Erwägungen nicht offen lassen, ob die Antragsgegnerin, wie sie behauptet, dem Antragsteller den Besitz des Buches beziehungsweise seiner Voraufgabe gestattet hatte. Bei der Ermessensentscheidung spielt auch eine Rolle, ob [...] andere Gefangene das Buch ebenfalls in Besitz hatten, ohne dass die Antragsgegnerin darin einen Anlass zum Einschreiten gesehen hat. Da die getroffenen Feststellungen nicht belegen, dass die Antragsgegnerin dem Antragsteller den Besitz des Buches gestattet hat, leidet die Hilfsweise angestellten Erwägungen zum Widerruf einer eventuellen Erlaubnis an durchgreifenden Rechtsfehlern. Die Strafvollstreckungskammer darf nur im Fall einer – hier fern liegenden – Ermessensreduzierung auf Null die Frage der Erlaubniserteilung offen lassen und den Anspruch des Antragstellers mit der Begründung verneinen, die Besitzerlaubnis wäre in jedem Fall zu widerrufen gewesen.“

III. Ergebnis

„[Die zulässige] Rechtsbeschwerde hat mit der Sachrüge vorläufig Erfolg, weil auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht auszuschließen ist, dass die Ablehnung des Antrags des Antragstellers, ihm den Besitz des streitgegenständlichen Buches zu gestatten und es ihm wieder auszuhändigen, rechtswidrig war und ihn in seinen Rechten verletzt. Weder hat die Antragsgegnerin auf Grundlage der getroffenen Feststellungen den Anspruch auf den Besitz des Buches rechtsfehlerfrei verneint noch hält die Hilfsweise von der Strafvollstreckungskammer angestellte Überprüfung zum Widerruf einer möglicherweise früher erteilten Erlaubnis rechtlicher Nachprüfung stand.“

Daher ist der Beschluss des Landgerichts mit den Feststellungen aufzuheben und die „Rechtssache zur neuen Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsbeschwerde, an die Strafvollstreckungskammer zurückverwiesen.“

C) Abschließende Hinweise zur Entscheidung

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts dürfte für Referendare und Studenten, die einen strafrechtlichen Schwerpunktbereich gewählt haben, interessant sein. Der Fall veranschaulicht sehr schön den Aufbau einer Rechtsbeschwerde nach §§ 116 ff. StVollzG. Gerade für mündliche Prüfungen sollten auch die Parallelen der Rechtsbeschwerde zur Revision bekannt sein. Schließlich findet eine Prüfung des § 58 JVollzGB III statt. Die Ausführungen sind deshalb besonders interessant, weil § 58 Abs. 2 Nr. 3 JVollzGB III eine gegenüber der Regelung des § 70 Abs. 2 StVollzG neue Bestimmung enthält.

Ass. iur. Dr. **Caprice Doerbeck**

Richterin
Stuttgart

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG

ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

Bestandsdatenauskunft II

Beschluss vom 27. Mai 2020, Az.: 1 BvR 1873/13

1. Der Gesetzgeber muss bei der Einrichtung eines Auskunftsverfahrens für Bestandsdaten von Telekommunikationsdiensteanbietern auf Grundlage jeweils eigener Kompetenzen für sich genommen verhältnismäßige Rechtsgrundlagen sowohl für die Übermittlung als auch für den Abruf der Daten schaffen. Erst beide Rechtsgrundlagen gemeinsam, die wie eine Doppeltür zusammenwirken müssen, berechtigen zu einem Austausch personenbezogener Daten (sog. Doppeltürprinzip).

2. Bereits die Übermittlungsregelungen für Bestandsdaten müssen die Verwendungszwecke der einzelnen Befugnisse gemessen an ihrem Eingriffsgewicht selbst hinreichend normenklar begrenzen und die Datenabfrage damit an tatbestandliche Eingriffsschwellen und einen hinreichend gewichtigen Rechtsgüterschutz binden. Eine normenklare Begrenzung der Verwendungszwecke erst zusammen mit den Abrufregeln kommt nur in Betracht, wenn die Datenöffnung Materien betrifft, die allein im Kompetenzbereich des Bundes liegen, und wenn die getroffenen Übermittlungs- und Abrufregelungen – nach Maßgabe der Anforderungen der Normenklarheit – eine in ihrem Zusammenwirken abschließende Zweckbestimmung der Datenverwendung treffen.

3. Trotz ihres gemäßigten Eingriffsgewichts bedürfen die allgemeinen Befugnisse zur Übermittlung und zum Abruf von Bestandsdaten für die Gefahrenabwehr und die Tätigkeit der Nachrichtendienste grundsätzlich einer im Einzelfall vorliegenden konkreten Gefahr und für die Strafverfolgung eines Anfangsverdachts.

Im Hinblick auf das erhöhte Eingriffsgewicht bei der Zuordnung dynamischer IP-Adressen muss die Datenabfrage zusätzlich dem Schutz oder der Bewehrung von Rechtsgütern von hervorgehobenem Gewicht dienen. Es bedarf ferner einer nachvollziehbaren und überprüfbaren Dokumentation der Entscheidungsgrundlagen.

4. Die gesetzliche Bestimmung der Eingriffsschwelle und des Schutzguts stehen in einem Wechselverhältnis. Weniger gewichtige Eingriffe – wie sie die allgemeine Bestandsdatenauskunft begründet – können daher bereits beim Vorliegen einer konkretisierten Gefahr gerechtfertigt werden, sofern sie dem Schutz von Rechtsgütern von zumindest erheblichem Gewicht dienen. Eingriffe mit erhöhtem

Eingriffsgewicht – wie die Zuordnung dynamischer IP-Adressen – können beim Vorliegen einer konkretisierten Gefahr nur gerechtfertigt werden, sofern die Auskunft auf den Schutz von zumindest besonders gewichtigen Rechtsgütern gerichtet ist.

5. Der mit den Abrufregeln verfolgte Zweck darf seinerseits nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen. Die Abrufregelungen müssen hinreichend bestimmt und normenklar eine qualifizierte Ermächtigungsgrundlage für den Datenabruf schaffen und unter Berücksichtigung ihres Eingriffsgewichts und den jeweils verfolgten Zwecken hinreichende Verwendungsregeln enthalten. Die Befugnisse zum Datenabruf sind darüber hinaus – aus Gründen der Normenklarheit – auch an die in den Übermittlungsregelungen begrenzten Verwendungszwecke gebunden. Dabei steht es dem Gesetzgeber der Abrufregelung frei, den Abruf der Daten an weitergehende Anforderungen zu binden.

(Leitsätze der Bearbeiterin)

A) Sachverhalt - verkürzt und vereinfacht -

Die Entscheidung des ersten Senates des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) hatte mehrere Rechtsatzverfassungsbeschwerden zum Gegenstand, die sich gegen § 113 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) sowie gegen mehrere Fachgesetze des Bundes richteten.

Hinweis

Im Jahr 2013 hatten sich 6.000 Menschen hinter die Verfassungsbeschwerde des Piraten-Politikers Patrick Breyer, mittlerweile Mitglied des Europäischen Parlaments, und Katharina Nocun, ehemalige politische Geschäftsführerin der Piratenpartei Deutschland, versammelt.¹

Der durch die Rechtsatzverfassungsbeschwerden angegriffene § 113 TKG berechtigt Anbieter von Telekommunikationsdiensten zur Übermittlung von Bestandsdaten im sogenannten manuellen Auskunftsverfahren. Die weiteren angegriffenen Normen regeln den Abruf dieser Daten durch verschiedene Sicherheitsbehörden des Bundes, wie etwa das Bundeskriminalamt (BKA), die Bundespolizei (BPOL) und das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) bei privaten Telekommunikationsunternehmen.

¹ Sehl, in: LTO Legal Tribune Online vom 16.07.2020 -

► <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-1bvr1873131-tkg->

tmg-telemedien-bestandsdaten-sicherheit-auskunft-bka-polizei-passwoerter/.

Zu den Bestandsdaten gehören unter anderem Name, Geburtsdatum, Rufnummer, Anschlusskennung und Mobilfunkendgerätenummer eines Anschlussinhabers, die nach § 111 TKG gespeichert werden müssen. Bestandsdaten sind ferner die, von den Diensteanbietern zu betrieblichen Zwecken gespeicherten, Kundendaten (§ 95 TKG), für die keine Pflicht zur Speicherung besteht. Hierunter fallen üblicherweise die Anschrift der Vertragspartner, die Art des kontrahierten Dienstes aber auch rechnungsrelevante Daten, wie zum Beispiel Rechnungsanschrift, Bankverbindung, Lastschriftermächtigung und besondere Tarifmerkmale. § 113 Abs. 1 Satz 2 TKG erweitert den Anwendungsbereich insoweit, dass auch die vom Diensteanbieter vergebenen Zugangssicherungs_codes (PIN und PUK) erteilt werden, die einen Zugriff auf Speichereinrichtungen wie SIM-Karten oder Endgeräte wie etwa Mobiltelefone oder Tablets ermöglichen können.

Hinweis

Die Beschwerdeführer kritisieren in diesem Zusammenhang insbesondere, dass staatliche Behörden so auch Zugriff auf Zugangsdaten der Endgeräte erhalten können. Insbesondere, da die von den Nutzerinnen und Nutzern selbst vergebenen Zugangsdaten durch die von Hersteller vergebenen Zugangssicherungs_codes (PIN und PUK) teilweise umgangen werden können.

Bestandsdaten dürfen gemäß § 113 Abs. 1 Satz 3 TKG auch anhand einer sog. „dynamischen IP-Adresse“ bestimmt werden, die vereinfacht als „Telefonnummer“ des Computers beschrieben werden kann. Es wird hierbei zwischen einer statischen und einer dynamischen IP-Adresse unterschieden. Eine statische IP-Adresse ist einem bestimmten Anschlussinhaber fest zugewiesen, während eine dynamische IP-Adresse dem Anschlussinhaber bei jeder neuen Aufnahme der Netzwerkverbindung neu zugewiesen wird².

Damit die Anbieter ermitteln können, welche IP-Adresse zum angefragten Zeitpunkt einem bestimmten Anschlussinhaber zugeordnet war, müssen sie die bei ihnen gespeicherten Verkehrsdaten auswerten. In der Praxis ist die Ermittlung der Bestandsdaten anhand von dynamischen IP-Adressen allerdings oft nicht möglich, wenn die Verkehrsdaten beim Anbieter schon gelöscht sind. Eine Speicherung ohne konkreten Anlass ist gemäß § 96 Abs. 1 Satz 2, § 100 Abs. 1 TKG jedenfalls bis zu sieben Tage nach Ende der Verbindung zulässig. Diensteanbieter dürfen jedoch gemäß § 113c Abs. 1 Nr. 3 TKG auch Verkehrsdaten auswerten, zu deren Speicherung sie gemäß § 113a Abs. 1, § 113b Abs. 1 und 3 TKG seit dem 1. Juli 2017 verpflichtet sind³. Die Bundesnetzagentur sieht allerdings derzeit von Anordnungen und sonstigen Maßnahmen zur Durchsetzung der Speicherungsverpflichtung ab. In Reaktion auf diese Erklärung der Bundesnetzagentur sehen fast alle Diensteanbieter vorerst ebenfalls davon ab die Vorratsdatenspeicherung umzusetzen.⁴

² BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 – 1 BvR 1299/05.

³ BGBl. 2015 I 2218.

⁴ Auch das OVG verneint derzeit aufgrund der Erklärung der BNetzA gegenwärtig das Rechtsschutzinteresse für den Erlass einstweiliger Anordnungen zugunsten weiterer Diensteanbieter: OVG Münster, Beschl. v. 25.8.2017 – 13 B 762/17, Rn. 19.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 – Az.: 1 BvR 1299/05.

Inhaltlich rügen die Beschwerdeführer mit den Rechtssatzverfassungsbeschwerden insbesondere eine ungerechtfertigte Verletzung des in Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, sowie des Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 Abs. 1 GG.

B) Historie

Die angegriffenen Vorschriften hatte der Gesetzgeber am 20. Juni 2013, (in Kraft getreten am 1. Juli 2013) zur Umsetzung des Beschlusses des BVerfG vom 24. Januar 2012⁵ – sog. Bestandsdatenauskunft I – neu gefasst. Das BVerfG hatte § 113 Abs. 1 Satz 1 TKG in seiner Fassung vom 22. Juni 2004 (im Folgenden: § 113 Abs. 1 Satz 1 TKG a.F.) teilweise für verfassungswidrig erklärt und das Fehlen fachrechtlicher Abrufregelungen beanstandet. Ferner hat das BVerfG das sog. „Doppeltürprinzip“ entwickelt. Hiernach muss der Gesetzgeber

„nicht nur die Tür zur Übermittlung von Daten öffnen, sondern auch die Tür zu deren Abfrage. Erst beide Rechtsgrundlagen gemeinsam, die wie eine Doppeltür zusammenwirken müssen, berechtigen zu einem Austausch personenbezogener Daten“⁶.

Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung soll die Neufassung des § 113 TKG die erste der zwei notwendigen Türen darstellen und ist daher ausdrücklich als bloße Öffnungsklausel ausgestaltet.⁷ § 113 Abs. 2 Satz 1 TKG bestimmt, dass der Abruf der Daten ebenfalls einer qualifizierten Rechtsgrundlage bedarf. Die vom BVerfG für den Datenaustausch geforderte zweite Tür für die Abfrage der Daten wurde nicht im TKG, sondern in den verschiedenen Regelungen des Fachrechts umgesetzt. Des Weiteren wurde mit § 113 Abs. 1 Satz 3 TKG eine Rechtsgrundlage dafür geschaffen, Bestandsdaten auch anhand einer dynamischen IP-Adresse zu bestimmen. Zudem wurde für den Abruf von Zugangsdaten ein Richtervorbehalt vorgesehen.

Hinweis

Trotz der umfassenden Neuregelungen des § 113 TKG und der entsprechenden Normen in den Fachgesetzen beanstanden die Beschwerdeführer das Fehlen einer eindeutigen und normenklaren gesetzlichen Regelung.⁸

C) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Die Verfassungsbeschwerden haben Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet sind.

I. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerden sind überwiegend zulässig.

1. Zuständigkeit, Beteiligten-/Beschwerdefähigkeit

Die Zuständigkeit für Rechtssatzverfassungsbeschwerden ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG. Die Beschwerdeführer sind auch beschwerdebefugt (§ 90 Abs. 1 BVerfGG).

⁶ Ibid.

⁷ Vgl. BT-Drs. 17/12034, 12.

⁸ *Sehl*, in: LTO Legal Tribune Online vom 16.07.2020 –

► <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-1bvr1873131-tkg-tmg-telemedien-bestandsdaten-sicherheit-auskunft-bka-polizeipasswoerter/>.

2. Beschwerdegegenstand

Die Beschwerdeführer richten ihre Rechtssatzverfassungsbeschwerden gegen Übermittlungs- und Abrufregelungen von Bestandsdaten im manuellen Auskunftsverfahren.⁹

3. Form und Frist

Die Verfassungsbeschwerden¹⁰ sind teilweise verfristet. Hierbei ist unerheblich, dass die Beschwerdeführer bereits die Vorgängerregelung fristgemäß angegriffen haben, denn ihre Verfassungsbeschwerde erstreckt sich nicht automatisch auf die an ihre Stelle getretene Norm.¹¹

Hinweis

Bei einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz oder einen sonstigen Hoheitsakt beträgt die Frist zur Einlegung der Verfassungsbeschwerde ein Jahr (§ 93 Abs. 3 BVerfGG). Die Frist beginnt mit dem Inkrafttreten oder dem Erlass des Hoheitsaktes.

4. Rechtsschutzbedürfnis

Den Verfassungsbeschwerden fehlt teilweise das Rechtsschutzbedürfnis, da die Regelungen bereits teilweise außer Kraft getreten sind und auch nicht ansonsten die Klärung verfassungsrechtlicher Fragen von grundsätzlicher Bedeutung unterbliebe.¹²

5. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdeführer sind auch beschwerdebefugt.

Hinweis

Beschwerdebefugnis besteht, wenn zumindest nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung besteht und der/die Beschwerdeführer/in durch den Akt der öffentlichen Gewalt selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen ist. An dieser Stelle der Klausur besteht für den Bearbeiter stets die Gefahr, durch zu lange Ausführungen die Klausur zu „kopflastig“ auszugestalten. Allerdings ist es empfehlenswert die möglicherweise betroffenen Grundrechte an dieser Stelle genau darzustellen, da hierdurch das Fundament für die spätere Begründetheitsprüfung gelegt wird. Ausführliche Überlegungen an dieser Stelle der Klausur sind daher keineswegs „verlorene Zeit“.

a) Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Die Beschwerdeführer nutzen Mobilfunkkarten, Festnetzanschlüsse und Internetzugangsdienste. Es besteht daher die Möglichkeit, dass die Beschwerdeführer durch die angegriffenen Vorschriften in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG sowie in ihrem Grundrecht auf Wahrung des Telekommunikationsgeheimnisses nach Art. 10 Abs. 1 GG verletzt sind.

⁹ Mit den Verfassungsbeschwerden werden folgende Normen angegriffen: § 113 TKG, §§ 7 Abs. 3-7, 20 b Abs. 3-7 und 22 Abs. 2-4 BKAG, § 22 a BPolG, §§ 7 Abs. 5-9, 15 Abs. 2-6 ZFdG, § 8 d BVerfSchG, § 2 b BNDG und § 4 b MADG, jeweils in der Fassung vom 20.6.2013 sowie gegen §§ 10, 40 BKAG in der Fassung vom 1.6.2017, § 4 BNDG in der Fassung vom 23.12.2016 und §§ 7 Abs. 7, 15 Abs. 4 ZFdG in der Fassung vom 3.12.2015. Die Verfassungsbeschwerden erstrecken sich nicht auf §§ 95 ff. TKG und §§ 111, 113 a ff. TKG.

¹⁰ Gegen § 4 BNDG in der Fassung vom 23.12.2016 und §§ 7 Abs. 7, 15 Abs. 4 ZFdG in der Fassung vom 3.12.2015.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 06.10.1992 - 1 BvR 1586/89, 1 BvR 487/92.

b) Unmittelbare Betroffenheit

Des Weiteren sind die Beschwerdeführer von den angegriffenen Vorschriften unmittelbar betroffen.

Klausurhinweis: Die unmittelbare Betroffenheit fehlt, wenn nicht der Akt selbst möglicherweise in die Grundrechte des Beschwerdeführers eingreift, sondern der Eingriff erst durch einen weiteren Umsetzungsakt erfolgt. Vorliegend war problematisch, dass die Sicherheitsbehörden zunächst bei den Telekommunikationsanbietern die jeweiligen Bestandsdaten abfragen müssen und somit ein weiterer Umsetzungsakt vonnöten ist.

Allerdings besteht hier die Möglichkeit,

„dass die Beschwerdeführer weder von dem an einen Diensteanbieter gerichteten Auskunftsverlangen noch von der Auskunftserteilung selbst verlässlich Kenntnis erlangen, da eine Information über die durchgeführte Maßnahme nicht zwingend vorgeschrieben ist“¹³.

c) Selbst und gegenwärtige Betroffenheit

Die Beschwerdeführer sind ferner durch die angegriffenen Regelungen auch selbst und gegenwärtig betroffen.

Hinweis

Die Beschwerdeführer müssen in eigener Person betroffen sein, damit wird die „Popularbeschwerde“ ausgeschlossen. Ferner müssen sie schon oder noch betroffen sein.¹⁴

In diesem Zusammenhang ist wiederum problematisch, dass die Beschwerdeführer keine verlässliche Kenntnis von den Vollzugsakten erlangen und sie daher nicht dartun können, ob sie gegenwärtig von der Maßnahme betroffen sind. Zudem werden Abfragen der Sicherheitsbehörden bei den Telekommunikationsanbietern im Rahmen der Strafverfolgung getätigt. Das Erfordernis eines konkreten Vortrags hinsichtlich einer Abfrage wäre daher wohl schwerlich mit dem im Strafrecht vorherrschenden Grundsatz vereinbar, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten¹⁵ (nemo tenetur se ipsum accusare). Es ist daher ausreichend, dass die Beschwerdeführer darlegen, *„mit einiger Wahrscheinlichkeit von solchen Maßnahmen berührt zu werden.“* Dies ist ihnen vorliegend gelungen.

6. Subsidiarität

Des Weiteren genügen die Verfassungsbeschwerden auch den Anforderungen der Subsidiarität, da die Beurteilung der angegriffenen Normen allein spezifisch verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen, die das BVerfG zu beantworten hat.¹⁶ Einer vorangehenden fachgerichtlichen Überprüfung bedarf es nicht.

¹² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.11.1989 - 2 BvR 3/88.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 - 1 BvR 2795/09, 1 BvR 3187/10; BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 - 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09; BVerfG, Urt. v. 24. 4. 2013 - 1 BvR 1215/07; BVerfG, Urt. v. 11. 3. 2008 - 1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07.

¹⁴ *Grünwald*, in: BeckOK BVerfGG, Walter/Grünwald, 9. Ed. (01.01.2020), § 90 Rn 94, 103.

¹⁵ So auch bereits in: BVerfG, Beschl. v. 24. 1. 2012 - 1 BvR 1299/05

¹⁶ Vgl. auch: BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 - 1 BvR 2795/09, 1 BvR 3187/10; BVerfG, Urt. v. 6.12.2016 - 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12; BVerfG, Beschl. v. 12.05.2009 - 2 BvR 890/06.

7. Prüfungskompetenz im Hinblick auf Unionsrecht

Die angegriffenen Vorschriften haben zwar teilweise Bezüge zu datenschutzrechtlichen Bestimmungen in Richtlinien und Verordnungen der Europäischen Union. Allerdings sind die Regelungen am Maßstab des Grundgesetzes überprüfbar,¹⁷ da sie nicht auf zwingenden Vorgaben des Unionsrechts beruhen und kein vollständig vereinheitlichendes Unionsrecht umsetzen. Auch die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) steht einer Überprüfung der Regelungen durch das BVerfG nicht entgegen, da diese zwar die unionsrechtliche Vereinheitlichung des Datenschutzes anstrebt, die Einzelregelungen den Mitgliedstaaten jedoch erhebliche Gestaltungsspielräume belassen. Da es sich insoweit um innerstaatliche Normen im nicht voll vereinheitlichten Bereich handelt, prüft das BVerfG die angegriffenen Normen am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes.

II. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerden sind überwiegend begründet.

1. Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG

Die Regelungen zur Übermittlung und zum Abruf von Bestandsdaten, also § 113 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 TKG sowie die damit korrespondierenden fachrechtlichen Abrufregelungen, greifen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG ein.

a) Schutzbereich

Der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG ist eröffnet. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.¹⁸ Das Grundrecht ist insbesondere betroffen,

„wenn die Entfaltung der Persönlichkeit dadurch gefährdet wird, dass personenbezogene Informationen von staatlichen Behörden in einer Art und Weise genutzt und verknüpft werden, die Betroffene weder überschauen noch beherrschen können.“¹⁹

Hierunter fallen auch personenbezogene Informationen zu den Modalitäten und der Bereitstellung von Telekommunikation.²⁰

b) Eingriff

Vorschriften, die zum Umgang mit personenbezogenen Daten durch staatliche Behörden ermächtigen, begründen in der Regel verschiedene, aufeinander aufbauende Eingriffe. Es ist zwischen der Erhebung, Speicherung und Verwendung von Daten zu unterscheiden.²¹ Bei der Regelung eines Datenaustauschs zur staatlichen Aufgabenwahrnehmung ist darüber hinaus aber auch

zwischen der *Datenübermittlung* seitens der auskunfterteilenden Stelle und dem *Datenabruf* seitens der auskunftsuchenden Stelle zu unterscheiden. Die § 113 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 TKG, die die Diensteanbieter auf Verlangen einer abrufberechtigten Behörde verpflichten, über die von ihnen nach den §§ 95 und 111 TKG gespeicherten Daten Auskunft zu erteilen, begründen einen eigenständigen Grundrechtseingriff.²² Ein hiervon zu unterscheidender, eigenständiger Eingriff liegt in den mit § 113 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 TKG korrespondierenden Abrufregelungen des Bundes.²³

2. Art. 10 Abs. 1 GG

§ 113 Abs. 1 S. 3 TKG sowie die damit korrespondierenden fachrechtlichen Abrufregelungen die eine Zuordnung dynamischer IP-Adressen ermöglichen, greifen in den spezielleren Art. 10 Abs. 1 GG ein. Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG kommt neben Art. 10 Abs. 1 GG nicht zur Anwendung, da dieses Grundrecht auf die Telekommunikation eine spezielle Garantie enthält und die allgemeine Vorschrift verdrängt.²⁴

a) Schutzbereich

Der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG, der das Telekommunikationsgeheimnis²⁵ gewährleistet, ist eröffnet. Dabei sind von dem Grundrecht nicht nur die Inhalte der Kommunikation erfasst, sondern vielmehr auch die Vertraulichkeit der näheren Umstände des Kommunikationsvorgangs, zu denen insbesondere gehört,

„ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Telekommunikationseinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist.“²⁶

Der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG schützt jedoch allein die Vertraulichkeit konkreter Telekommunikationsvorgänge und ist daher für statische IP-Adressen nicht eröffnet.²⁷ Für die Identifizierung einer dynamischen IP-Adresse müssen die Diensteanbieter hingegen in einem Zwischenschritt die entsprechenden Verbindungsdaten ihrer Kunden sichten und dafür auf konkrete Telekommunikationsvorgänge zugreifen. Diese von den Diensteanbietern gespeicherten Telekommunikationsverbindungen unterliegen dem Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses.²⁸

b) Eingriff

§ 113 Abs. 1 S. 3 TKG ermöglicht die Zuordnung *dynamischer* IP-Adressen zu ihren Anschlussinhabern und greift daher in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG ein. Gegenstand der Auskunft ist zwar allein der Anschlussinhaber der abgefragten IP-Adresse und damit ein Bestandsdatum. Soweit die Diensteanbieter hierüber Auskunft zu geben haben, müssen sie aber zunächst auf die

¹⁷ Das BVerfG übt grundsätzlich keine Kontrolle über unionsrechtliches Fachrecht aus und überprüft dieses Recht nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes, solange die Unionsgrundrechte einen wirksamen Schutz der Grundrechte generell bieten, vgl. BVerfG, Beschl. v. 7. 6. 2000 - 2 BvL 1/97 (Bananenmarkt-Entscheidung); BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 - 1 BvR 276/17 (Recht auf Vergessen II).

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 12.04.2005 - 2 BvR 1027/02.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007 - 1 BvR 1550/03.

²⁰ So bereits in: BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 - 1 BvR 1299/05; vgl. auch: EuGH, Urt. v. 02.10.2018 - C-207/16.

²¹ BVerfG, Urt. v. 14.7.1999 - 1 BvR 2226/94, 2420/95 u. 2437/95; BVerfG, Urt. v. 11.03.2008 - 1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07; BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 - 1 BvR 256/00.

²² So bereits in: BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 - 1 BvR 1299/05.

²³ Vgl. Ibid.

²⁴ Die Maßgaben, die das BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt hat, lassen sich jedoch weitgehend auf die speziellere Garantie des Art. 10 GG übertragen, BVerfG, Urt. v. 2.03.2010 - 1 BvR 256/08.

²⁵ Das Telekommunikationsgeheimnis schützt die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mithilfe des Telekommunikationsverkehrs vor einer Kenntnisnahme durch die öffentliche Gewalt, BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 - 1 BvR 256/08.

²⁶ Siehe auch: BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 - 1 BvR 256/08.

²⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 - 1 BvR 1299/05.

²⁸ Ibid.

von ihnen gespeicherten Verkehrsdaten zugreifen und diese auswerten. Der Schutzbereich des Art. 10 GG ist bereits eröffnet, da die Regelung

„eine Folgeverwendung von Daten ermöglicht, die einmal in Form eines Eingriffs in Art. 10 Abs. 1 GG erhoben worden sind“²⁹.

Des Weiteren begründen die angegriffenen fachrechtlichen Abbrufregelungen einen eigenständigen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG, soweit sie zur Abfrage anhand einer dynamischen IP-Adresse bestimmter Bestandsdaten ermächtigen.

3. Rechtfertigung

a) Schranke

Hinweis

Einschränkungen des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung müssen auf einer gesetzlichen Grundlage erfolgen, die dem Gebot der Normenklarheit entsprechen muss. Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG enthält einen einfachen Gesetzesvorbehalt.³⁰

b) Schranke-Schranke

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage

(1) Zuständigkeit

Die angegriffenen Vorschriften sind formell verfassungsgemäß. Insbesondere steht dem Bund für § 113 TKG kraft Sachzusammenhangs zu seiner Kompetenz für das Telekommunikationsrecht nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG, die Gesetzgebungskompetenz zu.³¹ Des Weiteren kann der Bund die angegriffenen Abbrufregelungen auf der Grundlage ihm zustehender Gesetzgebungskompetenzen erlassen.³²

(2) Zitiergebot

Die angegriffenen Regelungen über die Zuordnung dynamischer IP-Adressen genügen dem für Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis geltenden Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG. Im Übrigen findet das Zitiergebot keine Anwendung.³³

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Die angegriffenen Übermittlungsbefugnisse in § 113 TKG genügen in materieller Hinsicht nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 sowie des Art. 10 Abs. 1 GG. Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Telekommunikationsgeheimnis bedürfen

„einer gesetzlichen Grundlage, welche die Datenverwendung auf spezifische Zwecke hinreichend begrenzt. Alle angegriffenen Befugnisse sind zudem am Grundsatz der Normenklarheit und Bestimmtheit zu messen, der der Vorhersehbarkeit von Eingriffen für die Bürgerinnen und Bürger,

einer wirksamen Begrenzung der Befugnisse gegenüber der Verwaltung sowie der Ermöglichung einer effektiven Kontrolle durch die Gerichte dient.“³⁴

- Übermittlungsregelungen in § 113 TKG -

(1) Legitimer Zweck, geeignet, erforderlich

Die Regelungen dienen einem legitimen Zweck der Effektivierung der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr sowie der Erfüllung der Aufgaben der Nachrichtendienste.³⁵ Die in § 113 TKG gewährten Übermittlungsbefugnisse sind zum Erreichen dieser Zwecke auch geeignet.

„Sie schaffen Aufklärungsmöglichkeiten, die sonst nicht bestünden, und die angesichts der zunehmenden Bedeutung der Telekommunikation auch für die Vorbereitung und Begehung von Straftaten in vielen Fällen erfolversprechend sind.“

Dies gilt, obwohl (potenzielle) Straftäter Internetcafés nutzen oder die ihnen zugewiesene IP-Adresse durch Nutzung spezieller Programme verschleiern können. Durch die angegriffenen Regelungen wird die Zweckerreichung jedenfalls gefördert. Die verschiedenen Befugnisse sind auch erforderlich. Andere Mittel, die gleich effektiv die Informationsmöglichkeiten der Behörden in weniger einschneidender Weise ermöglichten, sind nicht ersichtlich.

(2) Verhältnismäßig im engeren Sinne

„Mit den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sind die Übermittlungsregelungen nur vereinbar, wenn sie die Verwendungszwecke der einzelnen Befugnisse gemessen an ihrem Eingriffsgewicht selbst hinreichend normenklar begrenzen.“

Diesen Anforderungen genügen die angegriffenen Übermittlungsregelungen nicht.

Hinweis

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist eine Abwägung nach der (1) Wertigkeit der widerstreitenden Grundrechte, sowie (2) nach der Eingriffsintensität des jeweils betroffenen Grundrechts vorzunehmen.

(a) Verhältnis des verfolgten Zwecks zum Eingriffsgewicht

Zunächst müsste der mit den Übermittlungsregelungen verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen.³⁶

²⁹ BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 - 1 BvR 256/08.

³⁰ Durner, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 91. EL (April 2020), Art. 10 Rn 169.

³¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 - 1 BvR 1299/05; BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 - 1 BvR 256/08.

³² Dem Bund steht die Gesetzgebungskompetenz für die angegriffenen fachrechtlichen Regelungen zu: vgl. hierzu im Einzelnen: BVerfG, Beschl. v. 27.5.2020 - 1 BvR 1873/13, 1 BvR 2618/13, Rn 110 ff.

³³ BVerfG, Beschl. v. 12.10.2011 - 2 BvR 236/00.

³⁴ Vgl. auch: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 6.10.2015 - C-362/14; BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 - 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09

³⁵ Diese legitimen Zwecke können einen Eingriff sowohl in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als auch in das Telekommunikationsgeheimnis grundsätzlich rechtfertigen - BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 - 1 BvR 256/08; BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 - 1 BvR 1299/05; EuGH, Urt. v. 02.10.2018 - C-207/16.

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 - 1 BvF 1/13; BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 - 1 BvF 1/13.

„Das Eingriffsgewicht wird vor allem durch Art, Umfang und denkbare Verwendung der Daten sowie die Gefahr ihres Missbrauchs bestimmt³⁷“, also durch „die Zahl der Betroffenen und die Intensität der Beeinträchtigungen, die sich vor allem nach der Aussagekraft und den Verwendungsmöglichkeiten der Daten bestimmt. Auch die Heimlichkeit einer staatlichen Eingriffsmaßnahme führt zur Erhöhung des Eingriffsgewichts³⁸.“

Der Gesetzgeber hat zudem die „erforderlichen Verwendungszwecke und Eingriffsschwellen sowie die für die Gewährleistung der Zweckbindung gegebenenfalls erforderlichen Folgeregelungen verbindlich festzulegen³⁹“. Die Übermittlungsregelungen – als erste Tür – müssen die Verwendungszwecke bereits hinreichend begrenzen.⁴⁰ Dem Gesetzgeber der Abrufregelung – als zweiter Tür – steht es frei, den Abruf der Daten an (noch) höhere Anforderungen zu binden.

„Unzulässig ist es dagegen, unabhängig von solchen Zweckbestimmungen einen Datenvorrat zu schaffen, dessen Nutzung je nach Bedarf und politischem Ermessen der späteren Entscheidung verschiedener staatlicher Instanzen überlassen bleibt⁴¹.“

Verfassungsrechtlich geboten ist ferner die Gewährleistung der Datensicherheit.

(b) § 113 Abs. 1 S. 1 TKG

Diesen Anforderungen genügen die angegriffenen Befugnisse zur allgemeinen Übermittlung von Bestandsdaten nicht. Die Reichweite des § 113 Abs. 1 S. 1 TKG ist mangels begrenzender Eingriffsschwellen unverhältnismäßig,

„da Auskünfte bereits dann erteilt werden können, wenn sie in irgendeinem Zusammenhang zu der staatlichen Aufgabenwahrnehmung stehen und einen Einzelfallbezug erkennen lassen, ohne dass ein auf tatsächliche Anhaltspunkte gestützter Eingriffsanlass vorausgesetzt wird. Eröffnet sind damit vielfältige und in jeder Hinsicht unbegrenzte Verwendungen.“

Die erforderlichen Eingriffsschwellen können § 113 TKG⁴² auch nicht im Wege der Auslegung entnommen werden, da hier der Wortlaut der Norm und der eindeutige gesetzgeberische Wille entgegen steht.⁴³

(aa) Eingriffsgewicht des § 113 Abs. 1 S. 1 TKG

Die in § 113 Abs. 1 S. 1 TKG eröffnete allgemeine Bestandsdatenauskunft begründet einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung mit nicht sehr großem Gewicht. Die Auskunft beschränkt sich inhaltlich auf

„eng begrenzte Daten, die weder höchstpersönliche Informationen erfassen noch die Erstellung von Persönlichkeits- oder Bewegungsprofilen ermöglichen⁴⁴.“

Zudem wirkt sich eingriffsmindernd aus, dass die Diensteanbieter nicht verpflichtet sind einen über § 111 TKG hinausgehenden Datenbestand anzulegen. Das Eingriffsgewicht wird auch nicht durch die individualisierte Zuordnung einer statischen IP-Adresse erhöht, da die Zuweisung von IP-Adressen weiterhin ganz überwiegend dynamisch erfolgt.⁴⁵ Ferner wird das Eingriffsgewicht durch die Unzulässigkeit von automatisierten Datenabfragen begrenzt (§ 113 Abs. 3 TKG). Dies gilt auch bei Nutzung einer elektronischen Schnittstelle. Eingriffserhöhend wirkt sich jedoch die Heimlichkeit der Maßnahme aus.

(bb) Unverhältnismäßiger Eingriff

Trotz des geringen Eingriffsgewichts ist die Übermittlungsbefugnis aufgrund ihrer Reichweite, die durch keine Eingriffsschwellen begrenzt ist, unverhältnismäßig.

„Auch Auskünfte über Daten, deren Aussagekraft und Verwendungsmöglichkeiten eng begrenzt sind, dürfen nicht ins Blaue hinein zugelassen werden⁴⁶.“

„Erforderlich ist demnach bezogen auf die Gefahrenabwehr grundsätzlich eine im Einzelfall vorliegende konkrete Gefahr iSd der polizeirechtlichen Generalklauseln. [...] Bezogen auf die Strafverfolgung genügt das Vorliegen eines Anfangsverdachts.⁴⁷ Diese verfassungsrechtlichen Anforderungen gelten grundsätzlich für alle Eingriffsermächtigungen mit präventiver Zielrichtung, also auch für die Verwendung der Daten durch Nachrichtendienste.⁴⁸

Der Gesetzgeber ist jedoch

„von Verfassungs wegen aber nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen.“

Daher kann auch eine **konkretisierte Gefahr** ausreichen.

„Eine solche Absenkung der Eingriffsschwellen ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit aber untrennbar verbunden mit erhöhten Anforderungen an die konkret geschützten Rechtsgüter“. [...] „Weniger gewichtige Eingriffe – wie sie die allgemeine Bestandsdatenauskunft begründet – können daher beim Vorliegen einer konkretisierten Gefahr bereits dann zu rechtfertigen sein, wenn sie dem Schutz von Rechtsgütern von zumindest erheblichem Gewicht dienen“.

³⁷ Vgl. auch: BVerfG, Urt. v. 15-12-1983 - 1 BvR 209/83

³⁸ So auch in: BVerfG, Beschl. v. 4. 4. 2006 - 1 BvR 518/02; BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 - 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09.

³⁹ Gebot der Zweckbindung - BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2007 - 1 BvR 1550/03

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 - 1 BvR 256/08.

⁴¹ BVerfG, Urt. v. 14.07.1999 - 1 BvR 2226/94, 2420/95, 2437/95; BVerfG, Urt. v. 2. 3. 2010 - 1 BvR 256/08; BVerfG, Beschl. v. 24. 1. 2012 - 1 BvR 1299/05.

⁴² So noch bei der Vorgängerregelung, BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 - 1 BvR 1299/05.

⁴³ vgl. BT-Drs. 17/12034, 5.

⁴⁴ EGMR, Urt. v. 30.1.2020 - Nr. 50001/12 - Breyer v. Germany; BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 - 1 BvR 1299/05.

⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 - 1 BvR 1299/05; Hey/Pauly/Kartheuser, ZD 2012, 455

⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 - 1 BvR 1299/05.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 - 1 BvR 256/08.

„Demgegenüber kann im Bereich der Strafverfolgung eine in tatsächlicher Hinsicht unterhalb des Anfangsverdachts liegende Eingriffsschwelle zur Vornahme von grundrechtsrelevanten Eingriffen nicht genügen“;

da dies bereits die Verdachtsstufe mit den geringsten in der Strafprozessordnung vorgesehenen tatsächlichen Voraussetzungen ist.⁴⁹ Würden die Voraussetzungen noch weiter zurückgenommen, wären nur noch vage Anhaltspunkte gefordert.

(c) § 113 Abs. 1 S. 2 TKG

Die Vorschrift entspricht inhaltlich § 113 Abs. 1 S. 2 TKG a.F., den das BVerfG mit Beschluss vom 24. Januar 2012 für unvereinbar mit Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG erklärt hat.⁵⁰ Das BVerfG ist daher nicht gehalten die bereits entschiedenen verfassungsrechtlichen Fragen erneut zu erörtern.⁵¹

(d) § 113 Abs. 1 S. 3 TKG

Die in § 113 Abs. 1 S. 3 TKG neu geschaffene Befugnis, auch anhand einer dynamischen IP-Adresse bestimmte Bestandsdaten zu übermitteln, genügt nicht den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit und verstößt damit gegen Art. 10 Abs. 1 GG. Die Regelung setzt weder einen Anfangsverdacht noch eine auf tatsächliche Anhaltspunkte gestützte konkrete Gefahr voraus und nimmt keine - für die Zuordnung dynamischer IP-Adressen erforderliche - Begrenzung der Befugnis auf einen hinreichend gewichtigen Rechtsgüterschutz und die Verhütung zumindest schwerer Straftaten vor.

(aa) Eingriffsgewicht des § 113 Abs. 1 S. 3 TKG

„§ 113 Abs. 1 S. 3 TKG hat gegenüber der allgemeinen Bestandsdatenauskunft ein erhöhtes Eingriffsgewicht. Er begründet einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG und hat im Hinblick auf die Aussagekraft und Verwendungsmöglichkeiten sowohl der zu beauskunftenden Bestandsdaten als auch der zu deren Bestimmung von den Diensteanbietern auszuwertenden Verkehrsdaten eine erheblich größere Persönlichkeitsrelevanz.“

Eine dynamische IP-Adresse gibt zugleich Auskunft über den Inhalt des Kontakts, da diese notwendigerweise die Information enthält von welchem Anschluss aus diese IP-Adresse zu einer bestimmten Zeit genutzt wurde. Insoweit geht mit der Abfrage einer IP-Adresse eine größere Persönlichkeitsrelevanz einher, als durch die Abfrage des Inhabers einer Telefonnummer.⁵² Zudem werden durch die Diensteanbieter auch Verkehrsdaten ausgewertet, denen von vornherein eine höhere Persönlichkeitsrelevanz zukommt als reinen Bestandsdaten.⁵³

Eingriffsmildernd wirkt sich hingegen aus, dass die um Auskunft ersuchenden Behörden keine Kenntnis der Verkehrsdaten erhalten, da diese durch die Diensteanbieter ausgewertet werden. Die Behörden erhalten dann lediglich personenbezogene Auskünfte über den Inhaber eines bestimmten Anschlusses, rufen diese

aber nicht selbst ab. Damit bleibt der Erkenntniswert der Auskünfte punktuell.

„Systematische Ausforschungen über einen längeren Zeitraum oder die Erstellung von Persönlichkeits- und Bewegungsprofilen lassen sich allein auf Grundlage solcher Auskünfte gerade nicht verwirklichen“.⁵⁴

Ferner eröffnet § 113 Abs. 1 S. 3 TKG auch keine spezifischen Missbrauchsgefahren.

(bb) Unverhältnismäßiger Eingriff

„Unter Berücksichtigung seines gleichwohl erhöhten Eingriffsgewichts erfüllt § 113 Abs. 1 S. 3 TKG die sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot ergebenden Anforderungen an eine hinreichende Begrenzung der Verwendungszwecke für die zu beauskunftenden Daten nicht.“

Erforderlich sind auch hier wiederum

„qualifizierte Eingriffsschwellen, die einen Anfangsverdacht oder eine konkrete Gefahr auf einzelfallbezogener Tatsachenbasis voraussetzen. Letzteres gilt für die Nachrichtendienste ebenso wie für alle zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zuständigen Behörden⁵⁵. [...] „Dem Eingriffsgewicht der individualisierten Zuordnung dynamischer IP-Adressen entspricht es jedoch, dass sie zu ihrer Rechtfertigung jeweils auf Gründe gestützt werden muss, die dem Schutz oder der Bewehrung von Rechtsgütern von hervorgehobenem Gewicht dienen.“ [...] „Zu den Rechtsgütern von hervorgehobenem Gewicht zählen jedenfalls die durch das Strafrecht geschützten Rechtsgüter. Der Gesetzgeber kann die Bestandsdatenauskunft aber auch zur Verfolgung oder Verhinderung anderer hinreichend gewichtiger Delikte zulassen, für deren Bekämpfung eine Zuordnung von IP-Adressen von Bedeutung ist, was besonders gewichtige Ordnungswidrigkeiten einschließen kann.“ [...]

„Die gesetzliche Bestimmung der Eingriffsschwelle und des Schutzzguts stehen allerdings in einem Wechselverhältnis,“

sodass auch hier lediglich eine **konkretisierte Gefahr** ausreichen kann, sofern die Auskunft auf den Schutz von zumindest **besonders gewichtigen Rechtsgütern** gerichtet ist. Dies ist gegeben, wenn die Auskunft auf die Verhütung von zumindest schweren Straftaten bezogen ist. Welche Straftatbestände hiervon umfasst sein sollen, hat der Gesetzgeber abschließend mit der Öffnung der Datenbestände festzulegen. Für die Nachrich-

⁴⁹ BVerfG, Urt. v. 03.03.2004 - 1 BvR 2378/98 u. 1 BvR 1084/99; BVerfG, Beschl. v. 12.10.2011 - 2 BvR 236/08.

⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 - 1 BvR 1299/05.

⁵¹ Dies gilt, sofern keine Gründe für eine wesentliche Änderung der für die verfassungsrechtliche Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse vorliegen - BVerfG, Beschl. v. 15.07.1997 - 1 BvL 20/94.

⁵² BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 - 1 BvR 256/08.

⁵³ Aus Verkehrsdaten lassen sich bei umfassender Erhebung und Auswertung grundsätzlich aussagekräftige Persönlichkeits- und Bewegungsprofile erstellen - BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 - 1 BvR 256/08; Hierfür können nicht nur die nach § 96 TKG gespeicherten Verkehrsdaten, sondern auch die für zehn Wochen (§ 113 b Abs. 1 Nr. 1 TKG) anlasslos und systematisch gespeicherten Verkehrsdaten ausgewertet werden - BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 - 1 BvR 256/08.

⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 - 1 BvR 256/08.

⁵⁵ Ibid.

tendienste muss jedoch eine derartige Begrenzung der Rechtsgüter nicht ausdrücklich angeordnet werden⁵⁶, da der Aufgabenbereich der Nachrichtendienste von vorneherein auf schwere Straftaten beschränkt ist.

Gegen die angegriffenen Übermittlungsregelungen bestehen hingegen keine Bedenken im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gebotene Datensicherheit.

- Fachgesetzliche Abrufregelungen -

Die mit § 113 TKG korrespondierenden Abrufregelungen genügen in materieller Hinsicht weitgehend nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 und des Art. 10 Abs. 1 GG.

„Da Übermittlung und Abruf personenbezogener Daten je eigenständige Grundrechtseingriffe begründen, müssen auch die einzelnen Abrufregelungen in Abhängigkeit von dem jeweils betroffenen Grundrecht und ihrem Eingriffsgewicht den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit sowie der Normenklarheit und Bestimmtheit genügen.“

(1) Legitimer Zweck, geeignet, erforderlich

Die angegriffenen Abrufregelungen dienen legitimen Zwecken und sind hierfür geeignet und erforderlich. Insbesondere bedarf es nicht – wie von den Beschwerdeführern gefordert – einer Subsidiaritätsklausel, wonach zunächst die Diensteanbieter unmittelbar auf Auskunft über die *Inhaltsdaten* in Anspruch genommen werden müssen, bevor eine Abfrage der *Zugangsdaten* (PIN, PUK) erfolgen darf, da dies nicht gleich geeignet wäre. Die Diensteanbieter sind nicht im Besitz der Endgeräte und haben daher keinen Zugriff auf die Inhaltsdaten.

(2) Verhältnismäßig im engeren Sinne

„Den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne genügen die angegriffenen Abrufregelungen, wenn der mit ihnen verfolgte Zweck seinerseits nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs steht. Die angegriffenen Regelungen müssen hinreichend bestimmt und normenklar eine qualifizierte Ermächtigungsgrundlage für den Datenabruf schaffen. Sie müssen unter Berücksichtigung ihres Eingriffsgewichts und den jeweils verfolgten Zwecken hinreichende Verwendungsregeln enthalten und insoweit für sich genommen verhältnismäßig ausgestaltet sein. Die Befugnisse zum Datenabruf sind darüber hinaus – aus Gründen der Normenklarheit – auch an die in den Übermittlungsregelungen begrenzten Verwendungszwecke gebunden. Im Übrigen folgen aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für alle Abrufregelungen gewisse übergreifende Anforderungen an Transparenz, individuellen

Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle sowie an Regelungen zur Datennutzung und -löschung.“ [...]

„Die fachrechtlichen Regelungen, die allgemein zum Abruf von Bestandsdaten ermächtigen⁵⁷, genügen diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen weitgehend nicht. Den übergreifenden verfahrensrechtlichen Anforderungen wird demgegenüber insoweit Genüge getan.“ [...] *„Die angegriffenen Befugnisse zum Abruf von Zugangsdaten⁵⁸ sind für sich genommen hinreichend begrenzt und verhältnismäßig. Sie genügen auch den übergreifenden verfahrensrechtlichen Anforderungen.“ [...]* *„Die Regelungen zum Abruf von Bestandsdaten, die anhand einer dynamischen IP-Adresse bestimmt werden⁵⁹ sind ganz überwiegend nicht hinreichend eingegrenzt und schon deshalb unverhältnismäßig⁶⁰. [...]* *„Die angegriffenen Regelungen genügen im Wesentlichen den aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgenden übergreifenden Maßgaben an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle. Sie enthalten auch tragfähige Regelungen zur Nutzung der Daten sowie zur Datenlöschung.“*

Insbesondere bedarf es für die allgemeine Bestandsdatenauskunft aufgrund ihrer vergleichsweise geringen Eingriffsintensität keiner **Benachrichtigungspflichten**. Verfassungsrechtlich zu beanstanden ist allerdings, dass den Behörden beim Abruf von anhand dynamischer IP-Adressen bestimmter Bestandsdaten keine **Dokumentationspflichten** auferlegt werden. Gesetzlich geregelte **Berichtspflichten** gegenüber Parlament und Öffentlichkeit bedarf es nicht. Eine vorherige Kontrolle durch eine unabhängige Stelle, etwa in Form einer **richterlichen Anordnung**, ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlich nicht geboten.⁶¹ Die Regelungen zur **Sicherheit, weiteren Nutzung und Löschung der Daten** durch die abfragenden Behörden genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Des Weiteren ergeben sich - unabhängig davon, inwieweit das BVerfG auch für eine solche Prüfung zuständig wäre - aus den Unionsgrundrechten keine weiteren Maßgaben.

III. Rechtsfolge

Die Vorschriften sind, „soweit sie verfassungswidrig sind, nicht für nichtig zu erklären, [...] da der Gesetzgeber die Vorschriften ohne weiteres nachbessern kann und damit den Kern der mit ihnen verfolgten Ziele auf verfassungsmäßige Weise verwirklichen. Angesichts der Bedeutung, die der Gesetzgeber der Bestandsdatenauskunft für die staatliche Aufgabenwahrnehmung beimessen darf, ist unter diesen Umständen deren vorübergehende Fortgeltung eher hinzunehmen als deren Nichtigkeitserklärung.“

⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09

⁵⁷ Gemeint sind: § 10 Abs. 1 S. 1 BKAG, §§ 7 Abs. 5 S. 1, 15 Abs. 2 S. 1 ZFdG, § 8 d Abs. 1 S. 1 BVerfSchG sowie § 2 b S. 1 BNDG und § 4 b S. 1 MADG, soweit sie auf § 8 d Abs. 1 S. 1 BVerfSchG verweisen.

⁵⁸ §§ 10 Abs. 1 S. 2, 40 Abs. 1 S. 2 BKAG, § 22 a Abs. 1 S. 2 BPolG, §§ 7 Abs. 5 2, 15 Abs. 2 S. 2 ZFdG, § 8 d Abs. 1 S. 2 BVerfSchG sowie § 2 b S. 1 BNDG und § 4 b S. 1 MADG, soweit sie auf § 8 d Abs. 1 S. 2 BVerfSchG verweisen.

⁵⁹ §§ 10 Abs. 2, 40 Abs. 2 BKAG, § 22 a Abs. 2 BPolG, §§ 7 Abs. 6, 15 Abs. 3 ZFdG, § 8 d Abs. 2 S. 1 BVerfSchG sowie § 2 b S. 1 BNDG und § 4 b S. 1 MADG, soweit sie auf § 8 d Abs. 2 S. 1 BVerfSchG verweisen.

⁶⁰ Allein § 40 Abs. 2 BKAG genügt, soweit er auf § 39 Abs. 2 Nr. 2 BKAG Bezug nimmt, insoweit den verfassungsrechtlichen Anforderungen; er erfüllt jedoch seinerseits nicht die übergreifenden verfahrensrechtlichen Anforderungen.

⁶¹ Von daher begegnet es keinen Bedenken, dass die Abrufregelungen einfachrechtlich nur für den Abruf von Zugangsdaten einen Richtervorbehalt bzw. im nachrichtendienstlichen Bereich eine vorherige Überprüfung durch die G 10-Kommission vorsehen und der für den Abruf von Zugangsdaten vorgesehene Richtervorbehalt zahlreiche Ausnahmen kennt.

Hinweis

Die Feststellung einer Verfassungswidrigkeit gesetzlicher Vorschriften führt grundsätzlich zu deren Nichtigkeit (§ 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG). Allerdings kann sich das BVerfG, wie sich aus § 31 Abs. 2 S. 2 und 3 BVerfGG ergibt, auch darauf beschränken, eine verfassungswidrige Norm nur für mit dem Grundgesetz unvereinbar zu erklären und eine befristete Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung anordnen⁶². Das BVerfG hat die angegriffenen Regelungen vorliegend mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärt und deren Fortgeltung bis zum Ablauf des 31.12.2021 angeordnet. Die Regelungen sind derzeit nach Maßgabe der Gründe weiter anwendbar. Allerdings sieht die Bundesnetzagentur von Maßnahmen zur Durchsetzung der Speicherungsverpflichtung ab. In Reaktion hierauf sehen die Diensteanbieter ebenfalls davon ab die Vorratsdatenspeicherung umzusetzen.

Abschließende Hinweise

Derzeit ist noch eine weitere Verfassungsbeschwerde von sechs Landtagsabgeordneten der Piratenpartei gegen das schleswig-holsteinische Landesgesetz zur Bestandsdatenauskunft und gegen das Telemediengesetz (TMG) anhängig.⁶⁵ Das Bundesverwaltungsgericht hat zudem zwischenzeitlich in diesem und einem weiteren Verfahren dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob das Unionsrecht der Vorratsdatenspeicherung in der Ausgestaltung durch §§ 113a f. TKG entgegensteht.⁶⁶ Die rechtspolitische Debatte zu den Regelungen der Bestandsdatenauskunft wird daher voraussichtlich auch in Zukunft nicht abflachen. Es ist somit zu erwarten, dass die Entscheidung ebenfalls in Klausuren und im mündlichen Examen zum Prüfungsgegenstand gemacht wird.

E) Abschließende Hinweise zur Entscheidung

Bereits zum zweiten Mal hat das BVerfG nunmehr die Regelungen zur Bestandsdatenauskunft für verfassungswidrig erklärt. Die erneute Verfassungswidrigkeit der Regelungen beruht offenbar auf einem Missverständnis der ersten Entscheidung des BVerfG (Bestandsdatenauskunft I), durch den Gesetzgeber.⁶³ Dennoch kann die Entscheidung als Ausdruck der Rollenverantwortung im gewaltenteiligen Staat aufgefasst werden.⁶⁴ Die angegriffenen Übermittlungsregelungen, sowie die betroffenen fachrechtlichen Abrufregeln müssen daher abermals einer Novellierung unterzogen werden. Dies sollte bestenfalls zeitnah gelingen, da das BVerfG lediglich eine Fortgeltung der, für die mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärten, Regelungen bis zum 31.12.2021 angeordnet hat.

RR Julia Zaiser

Justiziarin
Bundespolizeidirektion
Stuttgart

► **Inhaltsverzeichnis**

⁶² Vgl. auch BVerfG, Urt. v. 10.02.2004 - 2 BvR 834/02 u. 1588/02.

⁶³ *Graulich*, in: NVwZ-Beilage 2020, 47 (54).

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Vgl. ► <http://www.landtag.ltsh.de/pressticker/2017-05-30-12-44-12-7585/>; Der Beschluss in einstweiligen Rechtsschutzverfahren ist bereits ergangen: OVG Münster, Beschl. v. 22.6.2017 - 13 B 238/17; vgl. auch *Sehl*, in:

LTO Legal Tribune Online vom 16.07.2020 -

► <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-1bv11873131-tkg-tmg-telemedien-bestandsdaten-sicherheit-auskunft-bka-polizei-passwoerter/>.

⁶⁶ BVerwG, Beschlüsse vom 25.09.2019 - 6 C 12.18 - und - 6 C 13.18.

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

Beherbergungsverbot wegen Unverhältnismäßigkeit außer Vollzug gesetzt

Beschluss vom 15.10.2020 – Az.: 1 S 3156/20

1. Das in § 2 Abs. 1 Corona VO Beherbergungsverbot geregelte Verbot der Beherbergung von Gästen, die sich in einem Gebiet innerhalb der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten oder darin ihren Wohnsitz haben, in dem die sog. 7-Tages-Inzidenz den Schwellenwert von 50 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner überschritten hat, ist voraussichtlich unangemessen und daher rechtswidrig.

2. Die Landesregierung hat nicht dargelegt, dass im Zusammenhang mit der Beherbergung ein besonders hohes Infektionsrisiko besteht, dem mit so drastischen Maßnahmen wie einer Beschränkung der Freizügigkeit begegnet werden müsste.

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt

Die Antragssteller sind eine Familie aus dem Kreis Recklinghausen in Nordrhein-Westfalen, die vom 16. bis 23. Oktober 2020 einen Aufenthalt in einem Ferienhaus im Landkreis Ravensburg in Baden-Württemberg gebucht haben. Die Familie wendet sich mit ihrem Eilantrag gegen die „Corona-Verordnung Beherbergungsverbot“ des Landes Baden-Württemberg, die seit dem 15. Juli 2020 (in geänderter Fassung seit dem 29. August 2020) in Kraft ist. Das Verbot untersagt die Beherbergung von Gästen, die sich in einem Land-, Stadtkreis oder einer kreisfreien Stadt innerhalb der Bundesrepublik aufgehalten oder dort ihren Wohnsitz haben, in denen 50 oder mehr neue COVID-19-Fälle pro 100.000 Einwohner in den vorangegangenen sieben Tagen (sog. 7-Tages-Inzidenz) gemeldet wurden. Das Beherbergungsverbot umfasst nicht nur Hotels und Gasthöfe, sondern auch Ferienwohnungen und Campingplätze. Eine Ausnahme besteht für Gäste, die ein aktuelles (d.h. nicht älter als 48 Stunden), negatives Corona-Testergebnis vorweisen können. Die Antragssteller sind von dem Verbot betroffen, da der Kreis Recklinghausen am 10. Oktober 2020 die 7-Tages-Inzidenz überschritten hat.

Die Antragssteller tragen zur Begründung vor, das Beherbergungsverbot sei unverhältnismäßig und willkürlich. Zum einen gebe es mildere Mittel als ein Verbot, um dem Coronavirus zu begegnen, z.B. die Einhaltung bestehender Hygiene- und Abstandsregeln, zum anderen sei es ihnen bei vorangegangenen Testungen in der Familie nie gelungen, ein Testergebnis in weniger als 48 Stunden zu erhalten. Darüber hinaus seien die finanziellen Belastungen durch die Testkosten für die gesamte Familie iHv. 774,55 EUR erheblich. Ferner sei nicht bekannt, dass die innerdeutsche Reise einer Familie in ein ausschließlich von

ihr bewohntes Ferienhaus zur Verbreitung des Virus beigetragen hätte.

Das Land hält die Corona-Verordnung Beherbergungsverbot hingegen für verhältnismäßig. In zahlreichen Ferienregionen, zB. Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern, habe das Beherbergungsverbot zu sehr guten Ergebnissen geführt. Zudem rechtfertige der bundesweite Anstieg von Neuinfektionen auf ein Niveau von 5000 nachgewiesenen Neuinfektionen pro Tag die Maßnahme. Ferner könne das Verbot dazu beitragen, ein weiteres Einschleppen von Infektionen nach Baden-Württemberg zu vermeiden. Die Testkapazitäten in den jeweiligen Gebieten könne das Land Baden-Württemberg nicht beeinflussen. Dass für den Test Kosten anfielen, sei für die Zumutbarkeit der Maßnahme nicht relevant. Zudem würden die privaten Interessen der Familie nicht das öffentliche Interesse, Gefahren für Leib und Leben der Bevölkerung zu verringern, überwiegen.

B) Die Entscheidung des Senats

Nach der Einschätzung des 1. Senats ist der Eilantrag der Familie nach § 47 Abs. 6 VwGO zulässig und begründet.

I. Zulässigkeit

Im Rahmen der Zulässigkeit prüft der Senat kurz die relevanten Sachentscheidungs Voraussetzungen. Ein Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO ist zulässig, wenn ein in der Hauptsache gestellter bzw. noch zu stellender Normenkontrollantrag gem. § 47 Abs. 1 VwGO voraussichtlich zulässig ist und die Voraussetzungen des § 47 Abs. 6 VwGO vorliegen. Nach Einschätzung des VGH ist nicht von vornherein nach jeder Betrachtung ausgeschlossen, dass die Antragssteller durch das Beherbergungsverbot gem. § 2 Abs. 1 CoronaVO Beherbergungsverbot in ihrem Grundrecht auf Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG) und ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) verletzt werden. Die Antragssteller seien mithin antragsbefugt. Zudem bestehe auch ein Rechtsschutzinteresse, da die Antragssteller ihre Rechtsstellung im Erfolgsfall verbessern könnten.

II. Begründetheit

Im Rahmen der Begründetheit geht der Senat zunächst ausführlich auf den Prüfungsmaßstab des Verfahrens nach § 47 Abs. 6 VwGO ein:

„Prüfungsmaßstab [...] sind zunächst die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags in der Hauptsache, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen. Ist danach der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet, ist der

Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht im Sinne von § 47 Abs. 6 VwGO zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Ergibt diese Prüfung, dass ein Normenkontrollantrag in der Hauptsache voraussichtlich begründet wäre, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug der streitgegenständlichen Satzung oder Rechtsvorschrift zu suspendieren ist. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug der Rechtsvorschrift vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist.

Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens nicht abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden: Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, der Normenkontrollantrag aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, also so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist.

1. Ermächtigungsgrundlage

Für den Erlass des Beherbergungsverbots gem. § 2 Abs. 1 CoronaVO Beherbergungsverbot bedarf es einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage. Gem. § 32 S. 1 iVm. § 28 Abs. 1 a.F. (Fassung vom 28.03.2020) IfSG¹ kann die Landesregierung per Verordnung Schutzmaßnahmen treffen, die zur Verhinderung der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit notwendig sind. Das Coronavirus ist eine solche übertragbare Krankheit. Nach § 32 S. 2 IfSG können die Landesregierungen die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen. Das hat die Landesregierung in § 16 ihrer CoronaVO vom 23. Juni 2020 getan und das Wirtschafts- und das Sozialministerium ermächtigt, durch gemeinsame Rechtsverordnung für „das Beherbergungsgewerbe“ Regelungen zum Schutz vor Ansteckungen mit dem Coronavirus zu treffen.

2. Verstoß gegen Grundrechte

Das Beherbergungsverbot könnte jedoch in unverhältnismäßiger Weise in das Grundrecht aus Art. 11 Abs. 1 GG eingreifen und daher verfassungswidrig sein.

a) Schutzbereich

Der Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 GG müsste eröffnet sein.

Art. 11 Abs. 1 GG schützt die Freizügigkeit aller Deutschen, d.h. das Recht, unbehindert durch die deutsche Staatsgewalt an jedem Ort innerhalb des Bundesgebiets Wohnsitz

und Aufenthalt zu nehmen. Aufenthalt meint dabei das vorübergehende Verweilen an einem Ort. In Abgrenzung zur Fortbewegungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG und der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2) muss der Aufenthalt im Rahmen von Art. 11 Abs. 1 GG eine gewisse Dauer und soziale Relevanz besitzen. Ganz überwiegend wird (zumindest) das vorübergehende Verlassen des bisherigen Lebenskreises gefordert. Dies ist beim vorübergehenden Verlassen des Wohnorts zum Zwecke des Urlaubs erfüllt.

Der Schutzbereich des Grundrechts auf Freizügigkeit ist somit eröffnet.

b) Eingriff

Aufgrund des Beherbergungsverbots werden die Antragssteller daran gehindert, in einem Beherbergungsgewerbe zu übernachten. Die geplante Reise ist daher nicht oder nur bei Vorliegen einer der Ausnahmetatbestände des § 2 Abs. 2 CoronaVO Beherbergungsverbot möglich. Es liegt daher ein „gravierender Eingriff“ in den Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 GG vor.

c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff in den Schutzbereich könnte allerdings gerechtfertigt sein. Art. 11 Abs. 1 GG darf nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes und unter anderem nur für den Fall eingeschränkt werden, dass dies zur Bekämpfung von Seuchengefahr erforderlich ist (Art. 11 Abs. 2 Var. 3 GG). Darüber hinaus müsste das Gesetz in jeder Hinsicht verhältnismäßig sein.

aa) Legitimer Zweck

Das Beherbergungsverbot müsste einem legitimen Zweck dienen.

Der Verordnungsgeber verfolgt damit das Ziel, die Pandemie des Virus SARS-CoV-2 (Coronavirus) zum Schutze der Gesundheit der Bürgerinnen und Bürger (und damit eine Seuchengefahr iSd. Art. 11 Abs. 2 GG) zu bekämpfen. Zu diesem Zweck sollen Infektionsgefahren wirksam und zielgerichtet reduziert, Infektionswege nachvollziehbar gemacht und die Aufrechterhaltung der medizinischen Versorgungskapazitäten gewährleistet werden.

Das Beherbergungsverbot dient somit einem legitimen Zweck.

bb) Geeignetheit

Das Beherbergungsverbot müsste zur Erreichung des legitimen Zwecks auch geeignet sein.

Ein Gesetz ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der erstrebte Erfolg gefördert werden kann, wobei dem Gesetzgeber bei der Beurteilung der Eignung ein Beurteilungsspielraum zusteht.

Für den VGH ist an dieser Stelle maßgeblich, dass sich SARS-CoV-2 nach den bisherigen Erfahrungen in Deutschland und anderen Staaten besonders leicht im Wege der Tröpfcheninfektion und über Aerosole verbreitet, so dass sich weitere Ansteckungen nur durch eine konsequente Kontaktminimierung verhindern ließen. Durch das Beherbergungsverbot werde die Mobilität von Gästen aus Risikogebieten reduziert. Das Verbot diene daher der Sicherstellung der Verfolgbarkeit von Infektionsketten und

¹ Zum aktuellen Stand des Infektionsschutzgesetzes s. auch unten C) Fazit.

trage allgemein zu einer Kontaktreduzierung bei. Mithin verlangsamt es die Ausbreitung des Coronavirus.

Das Beherbergungsverbot ist somit auch zur Erreichung des erstrebten Erfolgs geeignet.

cc) Erforderlichkeit

Ferner müsste das Verbot zur Erreichung des legitimen Zwecks erforderlich sein.

Ein Gesetz ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können, wobei dem Gesetzgeber auch insoweit ein Beurteilungsspielraum zusteht.

Dazu verweist der Senat auf die von den Antragsstellern vorgebrachten alternativen Maßnahmen (Mund-Nasen-Bedeckung, Abstandsregeln, Hygienekonzepte, „Corona-Warn-App“ etc.), die zwar weniger belastend seien, die „potentielle Eintragung eines Infektionsherds“ allerdings auch nicht vollständig ausgeschlossen werden könne, so dass die vorgeschlagenen Maßnahmen nicht die gleiche Effektivität aufwiesen.

Das Verbot ist somit auch erforderlich.

dd) Angemessenheit

Das Beherbergungsverbot müsste aber auch angemessen sein. Dafür haben Eingriffszweck und Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen.²

(1) Qualifizierung des verfolgten Zwecks und der Eingriffsintensität des Verbots

Der VGH bewertet zunächst das Gewicht der mit dem Verbot verfolgten Ziele. Die Regelung diene dazu, – auch konkrete – Gefahren für das Leben und die körperliche Unversehrtheit einer möglicherweise großen Zahl von Menschen zu verhindern sowie insgesamt die „Leistungsfähigkeit des deutschen Gesundheitssystems“ zu gewährleisten. Die Landesregierung verfolge somit den Schutz von hochrangigen Verfassungsgütern und komme ihrer grundsätzlichen Schutzpflicht aus Art. 2 II S. 1 GG nach.

Das Gericht verweist bei der Bewertung zudem auf die aktuelle Risikobewertung des Robert-Koch-Instituts (RKI) vom 07. Oktober 2020. Dem RKI zufolge sei das ansteigende bundesweite Infektionsgeschehen insbesondere auf Feiern im Familien- und Freundeskreis und Gruppenveranstaltungen zurückzuführen und die Gesundheitsgefährdung in Deutschland weiterhin hoch, für Risikogruppen sogar sehr hoch. Die Einschätzungen des RKI veranlassen den Senat, die von der Landesregierung mit dem Verbot verfolgten Zwecke mit einem „sehr hohen Gewicht“ zu bewerten.

Demgegenüber steht das Beherbergungsverbot, das Reisen aus Risikogebieten in Deutschland „de facto unmöglich“ mache und daher eine „drastische Maßnahme“ darstelle.

In der Folge setzt der VGH den mit einem hohen Gewicht bewertete Eingriffszweck in Verhältnis zur Eingriffsintensität zum **gegenwärtigen Zeitpunkt** der Pandemie.

(2) Private Feiern im Familien- und Freundeskreis als „Treiber“ der Pandemie

Zentral weist der VGH daraufhin, dass im Zusammenhang mit der Beherbergung keine Ausbruchsgeschehen bekannt seien.

... vielmehr ist aktueller „Treiber“ der Pandemie das Feiern in größeren Gruppen oder der Aufenthalt in Bereichen, wo die Abstands- und Hygieneregeln aufgrund räumlicher Enge, z.B. in der Schule oder in verschiedenen Wohnsituationen (z.B. Pflegeheimen oder Flüchtlingsunterkünften), nicht eingehalten werden.

In Beherbergungsbetrieben gelten zudem bereits Infektionsschutzvorgaben (§ 14 Nr. 12 CoronaVO). Die Betriebe seien verpflichtet, die Hygieneanforderungen (§ 4 CoronaVO) einzuhalten, ein Hygienekonzept (§ 5 CoronaVO) zu erstellen sowie Gästedaten zu erheben und zu speichern (§ 6 CoronaVO). Diese Regelungen habe die Landesregierung gerade erlassen, um die Infektionsgefahr zu reduzieren.

(3) Fortlaufende und differenzierte Prüfungspflicht des Verordnungsgebers

Abschließend setzt sich der VGH mit dem Argument der Landesregierung auseinander, in Anbetracht steigender Infektionszahlen sei „*aktuell nicht die Zeit [...] Beschränkungen zurückzunehmen*“ und ordnet die Aussage verfassungsrechtlich ein.

Der Verordnungsgeber ist durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtet, fortlaufend und differenziert zu prüfen, ob konkrete Grundrechtseingriffe auch weiterhin zumutbar sind. Dabei hat er auch in den Blick zu nehmen, ob das Gesamtkonzept von Beschränkungen und Lockerungen noch in sich stimmig und tragbar ist.

Weiter stellt der VGH fest, dass die zunächst umfassenden Beschränkungen zur Bekämpfung des Corona-Virus nach und nach wieder aufgehoben worden seien. Gaststätten und Bars könnten – wenn auch unter Schutzvorkehrungen – wieder geöffnet werden und stünden grundsätzlich allen Personengruppen, unabhängig von einem Aufenthalt in einem innerdeutschen Risikogebiet, offen.

Dass gerade Beherbergungsbetriebe, in denen nicht zwangsläufig eine große Zahl fremder Menschen aufeinandertreffen, sondern Gäste in abgeschlossenen Räumlichkeiten ggf. mit einer überschaubaren Personenanzahl übernachten und deren Kontaktdaten hinterlegt sind, davon ausgenommen sind, erschließt sich nicht.

Zudem sei es der Familie nicht zumutbar, ein negatives, nicht älter als 48 Stunden altes Corona-Testergebnis vorzulegen. Es erscheine nicht hinreichend gewährleistet, einen solchen Test so kurzfristig durchführen zu lassen.

d) Zwischenergebnis

Der Eingriffszweck steht somit in keinem angemessenen Verhältnis zu der Eingriffsintensität des Verbots.

² BVerfGE 101, 331 (347); 117, 163 (182); VGH Mannheim BeckRS 2020, 27524.

3. Erlass einer einstweiligen Anordnung

Das Gericht kann nach § 47 Abs. 6 VwGO eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn die Interessen des Antragsstellers deutlich überwiegen.

Die Antragsteller haben glaubhaft gemacht, dass die angefochtene, aller Voraussicht nach rechtswidrige und deshalb unwirksame Regelung sie in ihrer Freizügigkeit nach Art. 11 Abs. 1 GG empfindlich trifft. Diese Belange überwiegen die gegenläufigen Interessen des Antragsgegners. Deswegen sind zwar von, wie gezeigt, sehr hohem Gewicht. Denn die infektionsschutzrechtlichen Regelungen dienen dem Schutz von Leib und Leben einer Vielzahl von Coronavirus Betroffener und der damit verbundenen Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems Deutschlands. Hieraus folgt aber nicht, dass die Antragsteller Beschränkungen v.a. ihres Grundrechts auf Freizügigkeit nach Art. 11 Abs. 1 GG durch eine voraussichtlich rechtswidrige Regelung bis zum Abschluss eines Haupt-sacheverfahrens hinnehmen müssten.

III. Ergebnis

Aufgrund der Erfolgsaussichten in der Hauptsache überwiegen die Interessen der antragsstellenden Familie diejenigen Interessen, die von der Landesregierung vorgetragen wurden.

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung ist daher im Sinne von § 47 Abs. 6 VwGO dringend geboten. Die Regelungen zum Beherbergungsverbot aus § 2 CoronaVO Beherbergungsverbot sowie die dazugehörige Ausnahmeregelung aus § 3 sind somit mit vorläufiger Wirkung außer Vollzug zu setzen.

C) Abschließende Hinweise zur Entscheidung

Die Beherbergungsverbote der Bundesländer waren vor allem im Herbst 2020 Gegenstand heftiger Diskussionen.³ Die Entscheidung des VGH hatte Signalwirkung weit über Baden-Württemberg hinaus. Unter anderem Sachsen, Bayern und das Saarland setzten in der Folge das Beherbergungsverbot selbst außer Kraft. In anderen Bundesländern, beispielsweise in Niedersachsen und Brandenburg, wurde es wie in Baden-Württemberg gerichtlich gekippt.⁴

Anfang November mutet die Entscheidung des VGH Mannheim von Mitte Oktober bereits historisch an. So lehnt der VGH am 5. November 2020 einen Eilantrag von Urlaubern gegen das erneut verhängte Beherbergungsverbot vom 2. November 2020 ab.⁵ In einer Pandemielage mit nunmehr „diffusem Infektionsgeschehen“ könne es sachliche Gründe für ein Verbot geben, um einen vollständigen „Lockdown“ zu vermeiden, so das Mannheimer Gericht. Allerdings lässt der VGH offen, inwieweit, gerade vor dem Hintergrund bereits länger anhaltender erheblicher Grundrechtseingriffe, solche Regelungen überhaupt von der Regierung erlassen werden dürfen oder dem Parlament vorbehalten sind. Der November-Beschluss lenkt den Blick somit auch auf die Frage nach dem Parlamentsvorbehalt. Wesentliche Entscheidungen müssen demnach von der Legislative getroffen werden. Ob diesen Maßstäben die Corona-Verordnung vom 2. November 2020 noch gerecht wird, dürfte voraussichtlich Gegenstand

zukünftiger gerichtlicher Entscheidungen sein, denen an dieser Stelle nicht vorgegriffen werden soll. Der Bundesgesetzgeber hat jedenfalls versucht, diesen verfassungsrechtlichen Bedenken zu begegnen und am 18. November 2020 im neu geschaffenen § 28a Abs. 1 IfSG einen Maßnahmenkatalog verabschiedet, der in Nr. 12 auch die Untersagung oder Beschränkung von Übernachtungsangeboten vorsieht. Ob diese Gesetzesänderung nunmehr den Vorgaben des Parlamentsvorbehalts und den Anforderungen an die Bestimmtheit genügt, bleibt abzuwarten.

Für Studierende bietet die Entscheidung die Gelegenheit, sich mit Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes (insbes. des Prüfungsmaßstabs) sowie des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Zeiten der Corona-Pandemie auseinanderzusetzen.

cand. iur. **Jonas Eberhardt**

Student
Eberhard Karls Universität
Tübingen

► **Inhaltsverzeichnis**

³ <https://www.tagesschau.de/inland/beherbergungsverbot-corona-101.html> (zuletzt abgerufen 18.11.2020).

⁴ OVG Lüneburg BeckRS 2020, 26667.

⁵ VGH Mannheim BeckRS 2020, 29935.

REZENSION

Verlag C.H.Beck, München

Juristische Methodik und politische Streitthemen

Zugleich eine alternative Rezension zu Möllers, *Juristische Methodenlehre* - 3. Aufl. (2020)

Nach dem Konzept dieser Zeitschrift sollen darin Themen mit „politischem oder rechtspolitischem / -ethischem Bezug“ besondere Beachtung finden. Unter die erstgenannten Themen fallen all diejenigen, die mit einem gesteigerten Interesse der nichtjuristischen Öffentlichkeit sowie der politischen Entscheidungsträger einhergehen. Gerade solche Themen fördern den Rechtsanwender in besonderem Maße, ist hier die Versuchung, außerrechtliche (politische, moralische oder emotionale) Wertungen einfließen zu lassen, doch besonders groß.

Sie stellen daher auch die juristische Methodenlehre bisweilen vor besondere Herausforderungen. Ein Anwendungsfall dessen ist im Hinblick auf die häufig in diesen Fällen vorliegende Grundrechtsrelevanz die im Einzelnen zwischen den Senaten des Bundesverfassungsgerichts streitige verfassungskonforme Rechtsfortbildung. Sie wird von Möllers gründlich dargestellt (§ 11 Rn. 64 ff.). Allerdings wird selbstverständlich auch das Grundproblem der Rechtsfortbildung sorgfältig dargestellt und diskutiert (§ 13). Dabei stellt Möllers dem Rechtsanwender ein Fünf-Stufen-System zur Lösung vor. Er stellt klar, dass es eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips darstelle, wenn ein Gericht positive Sozialgestaltung („social engineering“) betreiben will (§ 13 Rn. 87).

Besonderes Augenmerk verdient in dieser Hinsicht auch das Verhältnis des nationalen Rechts zum Europa- und Völkerrecht. Möllers stellt das Thema in einem eigenen Kapitel dar (§ 12). Dabei ist das Thema der richtlinienkonformen Rechtsetzung problematisch, es wird von Möllers eingehend diskutiert (§ 12 Rn. 54 ff.). Ein wenig knapp geraten sind hingegen seine Ausführungen betreffend das Verhältnis zum Völkerrecht resp. der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung (§ 12 Rn. 130 ff.).

Dasselbe gilt für das oben angesprochene Verhältnis von Recht und Moral (§ 2 Rn. 15 ff.). Ausführlich behandelt werden hingegen die klassischen Disziplinen der Methodenlehre wie etwa die anerkannten Methoden der Auslegung (§§ 4, 5). Daneben werden auch die Fragen im Zusammenhang mit Rechtsquellen (§§ 2, 3) sowie das Verhältnis von Legislative, Exekutive und Judikative (§ 7) und die Rechtsdogmatik (§ 9) dargestellt. Dabei nimmt Möllers auch zur Frage der Einschränkungen der Privatautonomie durch das Verfassungsrecht Stellung. Zu Recht spricht er sich für eine restriktive und zurückhaltende Handhabung der Verfassungsnormen im Zivilrecht aus (§ 9 Rn. 41). Besondere Behandlung erfahren die Rechtsfiguren des beweglichen Systems (§ 8) und der Abwägung (§ 10). In seinem letzten Kapitel skizziert Möllers eine „Moderne Juristische Methodenlehre“, welche sich zwischen der klassischen juristischen Methodenlehre und der sog. postmodernen Methodenlehre bewegt; der letztgenannten wirft er zu Recht vor, in ihrer Kritik über das Ziel hinauszuschießen (§ 14 Rn. 3).

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass das Werk für jeden, der sich mit juristischer Methodenlehre beschäftigt, ein hervorragendes Nachschlagewerk und Lehrbuch darstellt, welches er mit Gewinn nutzen wird. Die Beschäftigung mit dem Werk sei vor allem denjenigen, die sich mit den oben genannten Themen mit politischem Hintergrund (welche im Fokus dieser Zeitschrift stehen) beschäftigen, nachdrücklich ans Herz gelegt. Nur die korrekte Anwendung juristischer Methoden kann bei der Lösung derartiger Fälle für den nötigen Rechtsfrieden sorgen, welcher hier heute mehr denn je Bedeutung hat.

Prof. Dr. *Christian F. Majer*

Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und
Ordnungswidrigkeitenrecht
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen
Ludwigsburg

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
 Dr. Alexander Bechtel
 Prof. Dr. Sarah Bunk
 Richterin Dr. Caprice Doerbeck
 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
 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*)

10. Jahrgang (2020)

ISSN 2195-044X

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
 RiLG Dr. Ralf Dietrich
 Prof. Dr. Jörg Eisele
 RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
 Prof. Dr. Volker Haas
 RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
 RD Jochen Heinz
 ORR 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
 RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
 RiLG 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 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:
 ▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Thümmel, Schütze & Partner | ▶ BRP Renaud & Partner

Beiträge in früheren Ausgaben

3/2020 <i>Michael Hippeli</i>	Smart Contracts
3/2020 <i>Friederike Meurer</i>	Arbeitsrecht in Zeiten von Corona
2/2020 <i>Leonie Schmitt</i>	Diskriminierung durch Maschinelles Lernen
2/2020 <i>Matthias Müller</i>	Gemeinderatssitzungen per Video
1/2020 <i>Florian Außem</i>	Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus
1/2020 <i>Arne Pautsch</i>	Corona und Grundgesetz
4/2019 <i>Jonas Rohde</i>	Zwangshaft gegenüber Amtsträgern
3/2019 <i>Hans-Dieter Pfannenstiel/ Gordon von Miller</i>	Wölfe in Deutschland
2/2019 <i>Christian Knoth</i>	Fluggastrechte in der Europäischen Union
1/2019 <i>Arne Pautsch</i>	Geschlechterparität im Bundestag?
4/2018 <i>Michael Hippeli</i>	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren
3/2018 <i>Christian F. Majer</i>	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung
2/2018 <i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger
2/2018 <i>Arne Pautsch</i>	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg
1/2018 <i>Antonia Braun</i>	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz
4/2017 <i>Arne Pautsch</i>	Die Wahlpflicht
4/2017 <i>Momme Buchholz/Helge Hölken/ Elisa Kuhne</i>	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung
3/2017 <i>Sascha Sebastian</i>	Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem
3/2017 <i>Benjamin Bungarten</i>	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers
2/2017 <i>Susanne Bertow</i>	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?
2/2017 <i>Markus Meißner/Philipp Fitzek</i>	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)
1/2017 <i>Tim P. Holler/Christoph J. Bender</i>	Der Ehebegriff als Methodenproblem
1/2017 <i>Torsten Noak</i>	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt
4/2016 <i>Philipp Tolga Mavituna</i>	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen
4/2016 <i>Markus Meißner</i>	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen
3/2016 <i>Sarah Bunk</i>	Ist Ämterpatronage strafbar?

2/2016 <i>Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst</i>	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?
1/2016 <i>Torsten Noak</i>	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
4/2015 <i>Sascha Brüggemann</i>	Anonymität im Internet
3/2015 <i>Patrick Christian Otto</i>	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
3/2015 <i>Christian F. Majer</i>	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
2/2015 <i>Simon Pschorr</i>	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
2/2015 <i>Arne Pautsch</i>	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
1/2015 <i>Christian Picker</i>	Das neue Mindestlohngesetz
4/2014 <i>Caprice Nina Doerbeck</i>	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
4/2014 <i>Sascha Brüggemann</i>	Datenkrake NSA
3/2014 <i>Alexander Bechtel</i>	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
2/2014 <i>Christian F. Majer</i>	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
2/2014 <i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?
1/2014 <i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
4/2013 <i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
4/2013 <i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
3/2013 <i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
2/2013 <i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
1/2013 <i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
1/2013 <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwälte
4/2012 <i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
3/2012 <i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
2/2012 <i>Paul Popescu</i>	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
1/2012 <i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen

- 1/2012** | *Nicolas Sonder* Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
- 1/2011** | *Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer* Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
- 1/2011** | *Werner Walk/Nils Wiese* Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– 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 review“ 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

ISSN 2195-044X



9 772195 044008