

<b>Editorial</b>	Oliver Marks	<b>Warum ich kein Feuerlöscher mehr sein will</b>
<b>Lernbeitrag</b>	Rocky Glaser	<b>Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Verordnungsermächtigungen</b>
<b>Entscheidungen</b>	Erik Simon Söchtig	<b>Störung der Geschäftsgrundlage bei Ladenschließungen auf Grund der Covid-19-Pandemie – BGH XII ZR 8/21</b>
	Jolanda Fiss	<b>Einrichtungs- und unternehmensbezogene Impflpflicht – 1 BvR 2649/21</b>
	Kevin Schmolowski	<b>Verbotenes „Alleinrennen“ mit Todesfolge – BGH 4 StR 225/20</b>
<b>Studienpraxis &amp; Fallbearbeitung</b>	Joshua Gerdes	<b>Hausarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht, 14 Punkte</b>
	Nils Grimmig	<b>Kurzarbeit in Europarecht I, 16 Punkte</b>
	Michelle Fiekens & Sarina Kahre-Krüger	<b>Abschlussklausur Strafrecht Grundkurs I</b>
<b>Varia</b>	Ian Maywald & Miles Thomsen	<b>Bewerbungsleitfaden der KPMG Law – für Eure erfolgreiche Bewerbung</b>
	Kent Wilke	<b>Freiwilliger Wehrdienst: Gute Sache oder Zeitverschwendung?</b>

Seiten 100 bis 105

**Kurz & Knapp**

Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!



# Dein Karrierestart

Wir suchen Dich (m/w/d) für unser Team.  
Bewirb Dich – [bewerbung@ksb-intax.de](mailto:bewerbung@ksb-intax.de)

**KSB INTAX – Hannover · Celle · Lüneburg**

**Bitte wende Dich an:**

Thomas Stillahn  
Partner  
T +49 (0) 511.85404-63  
[bewerbung@ksb-intax.de](mailto:bewerbung@ksb-intax.de)



**KSB INTAX**  
Rechtsanwälte  
Wirtschaftsprüfer  
Steuerberater  
Notare

[www.ksb-intax.de](http://www.ksb-intax.de)

## VERLAG

Hanover Law Review e.V.  
Königsworther Platz 1  
30167 Hannover  
Postfach 32

Registernummer  
VR 202863  
Amtsgericht Hannover

[www.hanoverlawreview.de](http://www.hanoverlawreview.de)

## INFO

Erscheinungsweise: Quartalsweise zum Quartalsende  
Erscheinungsort: Hannover

Die Inhalte dieser Zeitschrift sind urheberrechtlich geschützt. Eine Veröffentlichung oder Verwertung, insbesondere durch Wiedergabe im Vortrag, Datenverarbeitung, Kopie oder andere Reproduktion bedarf in den Grenzen des UrhG der Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers.

## DRUCK

Esf-Print ([esf-print.de](http://esf-print.de))  
Rigistraße 9  
12277 Berlin

## ZITIERVORSCHLAG

amerikanisch:  
Autor, 1 Han LR 2021, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:  
Autor, Han LR 2021, Anfangsseite (Fundstellenseite)

## KONZEPT, SATZ &amp; DESIGN

Dr. Tim Brockmann  
Jari Kohne  
Oliver Marks

## KONTAKT

[redaktion@hanoverlawreview.de](mailto:redaktion@hanoverlawreview.de)

## REDAKTION

Schriftleitung  
Jari Kohne  
Oliver Marks  
Hanover Law Review e.V.  
Königsworther Platz 1  
30167 Hannover  
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:

Vanessa Ahrndt, Sirin Al Hakim, Alina Amin, Btissam Boulakhrif, Anika Brämer, Julia Brandt, Anna Bredemeier, Emilia Derbertin, Robin Dudda, Anna Engel, Jolanda Fiss, Malte Gauger, Rocky Glaser, Patrick Glatz, Nils Grimmig, Lucas Haak, Antonia Hagedorn, Nathalie Hamm, Sina John, Clara Kittelmann, Simon Künnen, Johanna Lange, Felix Lücke, Finja Maasjost, Lisa Mariß, Amani Mehdami, Joshua Mensak, Alrun Meyer, Raja Mudrak, Daniel Müller, Sophia Mustafoska, Tim Nix, Anna Ordina, Lilly Pietsch, Yael Prantl, Aron Rössig, Marie-Christin Runkel, Eric Scheu, Laura Schlunk, Patrick Semrau, Kevin Schmolowski, Moritz Stamme, Mark Steffen, Rim Talal, Jonas Vonjahr, Simon Weber, Celina Weddige, Henrik Wichmann, Roman-Hendrik Wilms, Jasmin Wulf und Jendrik Wüstenberg.

## WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Prof. Dr. Timo Rademacher, M.Jur (Oxford)  
Prof. Dr. Christian Wolf  
Prof. Dr. Sascha Ziemann

## HANOVER LAW REVIEW

Die Hanover Law Review versteht sich selbst als studentische, überparteiliche und unabhängige Ausbildungszeitschrift.

Entsprechend dem Leitsatz: **Lernen, lehren & veröffentlichen** setzt sie den eigenen Veröffentlichungsschwerpunkt im Gebiet der Lehre.

Die Hanover Law Review ermutigt engagierte Studierende zur Einsendung von Entscheidungsanmerkungen und Beiträgen zur Studienpraxis, sowie zur Mitarbeit im Verein und in der Redaktion.

Hierbei soll nicht nur die eigene Erkenntnis mit Kommilitoninnen und Kommilitonen geteilt werden, es wird auch die Möglichkeit gegeben, erste Erfahrungen in der Veröffentlichungspraxis zu sammeln.

Einsendungen, Beiträge und Interessensbekundungen sind ausdrücklich erbeten.

## UNTERSTÜTZERINNEN UND UNTERSTÜTZER

Unser Dank gilt allen Unterstützerinnen und Unterstützern, die das Erscheinen der Zeitschrift möglich gemacht haben. Insbesondere sind wir

**Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M.,**  
**Prof. Dr. Hermann Butzer,**  
**Dr. Nassim Eslami,**  
**Ass. Jur. David Faber, LL.M.,**  
**Prof. Dr. Claas Friedrich Germelmann, LL.M.**  
**Dr. Sven Hasenstab,**  
**Dr. Thomas Keß**  
**Prof. Dr. Veith Mehde,**  
**Prof. Dr. Timo Rademacher, M.Jur.,**  
**Prof. Dr. Christian Wolf,**  
**Prof. Dr. Sascha Ziemann,**  
**Kanzlei Pfeiffer • von der Heyde und**  
**KSB INTAX v. Bismarck PartGmbB**

zu herzlichem Dank verpflichtet. Die Zeitschrift lebt von der freiwilligen Mitarbeit und der selbstlosen Unterstützung aller Beteiligten. Ohne die - besonders wichtige - ideelle Unterstützung in Form von Beiträgen, Veröffentlichungszusagen und Beratungstätigkeit hätte die Hanover Law Review schwerlich eine Zukunft.

Wir freuen uns sehr über die Bereitschaft unserer Unterstützerinnen und Unterstützer, einen Teil zum Gelingen der studentischen Initiative "Hanover Law Review e.V." beizutragen. Auch in Zukunft vertrauen wir auf die überobligatorische Hilfe und Mitarbeit unserer Leserinnen und Leser und hoffen auf spannende und lehrreiche Beiträge.

## Warum ich kein Feuerlöscher mehr sein will

Februar 2022. Eine besondere Zeit liegt hinter mir. Die Zeit der Examensvorbereitung, des täglich frühen Aufstehens, des minutiösen Befolgens von Lern- und Tagesplänen, der allwochenendlichen Probeklausuren. „Jetzt nehme ich mir endlich mal wieder Zeit für Dinge, die mich interessieren“, denke ich mir. Dinge, die nichts mit Rechtswissenschaft zu tun haben, die ich aus meinen Gedanken gestrichen habe, um Platz zu machen für das, was über anderthalb Jahre mehr Raum eingenommen hat in meinem Leben als sonst etwas. Nun also habe ich mich den Examensklausuren gestellt und mündliche Prüfung und Schwerpunkt sind noch so fern, dass ich mir Zeit für mich nehmen kann.

So dachte ich jedenfalls. Wie ich schnell feststellen musste, ist vieles liegen geblieben in der letzten Zeit und es hat sich eine beachtliche To Do-Liste angestaut, die abgearbeitet werden wollte. Während ich auf das Examen hingearbeitet habe, nur diesen einen Fixpunkt vor Augen, ist das Leben um mich herum nicht stehengeblieben, wie ich mir jetzt eingestehen muss. Alles um mich herum hat sich weiterentwickelt, während ich in meiner Blase gelebt habe. Es ist für Nichtjuristen nicht leicht zu verstehen, was die „Erste juristische Staatsprüfung“, wie das Examen offiziell heißt, mit den Studenten macht. Ich habe das selbst oft erfahren, an meinen Eltern, die der Meinung waren, kein anderer Mensch könne oder würde so viel lernen und ich würde mich völlig unnötig verrückt machen. An meinem Freund, mit dem ich in einer Fernbeziehung lebe und dem es schwer fiel zu verstehen, wie ich in unserer ohnehin knapp bemessenen Zeit lieber Bücher wälzen als mit ihm das schöne Wetter genießen konnte.

„Du lebst wirklich die full experience oder?“, fragte mich eine Freundin einmal, als ich erzählte, dass ich in der Examensvorbereitung eine Fernbeziehung eingegangen war. Sie hatte recht, es war strapaziös. Ungeplante Zeit existierte nicht für mich in den letzten anderthalb Jahren. Aber meine Beziehung half mir auch, mit dem Druck umzugehen. Sie gab mir eine zweite Blase, in der ich weit weg war von allem, was mit Jura zu tun hatte, in der ich nichts leisten musste. Ich kann nicht sagen, ob es dadurch leichter oder schwerer geworden ist. Aber es hat mir etwas gegeben, zu dem ich zurückkehren konnte, nachdem ich festgestellt hatte, dass mein Leben nach dem Meilenstein der schriftlichen Prüfung nicht einfach vorbei ist.

Und dabei hatte alles so gut angefangen. Eingeschüchtert von den Gerüchten über die Examensvorbereitung habe ich mir einen Lernplan gemacht, der bewusst Zeit gelassen hat, um Freunde zu treffen und Ruhepausen einzulegen. Nicht mehr als sieben Stunden am Tag, einen Tag in der Woche frei, so die Regel. Die Vorlage dazu kam von der Website der LMU München. Das hat mehr als ein Semester lang wirklich gut funktioniert. Ich habe mich nicht überfordert und es hat mir Spaß gemacht, meine Wissenslücken zu schließen. Mit dem Antrag auf Zulassung zum Examen aber erschienen mir die Prüfungen plötzlich so real, dass ich die Lernpausen nicht mehr durchhalten konnte. Das Lernen wurde das Einzige, was mich noch entspannte oder wenigstens ablenkte. Ohne das Gefühl, produktiv zu sein, wurde ich unzufrieden und unsicher.

Seit den letzten Klausuren sind mittlerweile drei Monate vergangen. Es hat sich alles als viel weniger schlimm entpuppt, als ich es mir vorgestellt hatte, was auch einer wirklich vorbildlichen Prüfungsleitung geschuldet ist, die die Ruhe in Person war. Ich bin in den letzten Monaten an mehreren Stellen über die Wichtigkeit von Entspannung und Stressreduktion gestolpert; auch eine meiner Vorgängerinnen in der Chefredaktion der HanLR, Patricia Meinking, schrieb in ihrem Editorial der dritten Ausgabe 2021 darüber. Das habe ich mir zu Herzen genommen und daher versucht, neue Fokusse zu setzen fernab des Studiums. Das gestaltete sich gar nicht so leicht; immerhin stehen die Ergebnisse noch aus und auch die mündliche Prüfung und das Schwerpunktstudium wollen noch absolviert werden.

Es hat einige Zeit gedauert, bis andere Lebensinhalte zurückkehren konnten. Ich weiß noch genau, wie ich mich gefreut habe, als ich zum ersten Mal ganz ohne schlechtes Gewissen einen Kaffee trinken konnte, als ich meine Freunde wieder getroffen habe, ohne zu planen, wann ich wieder zu Hause sein muss.

In dieser Zeit ist auch mein Interesse für fachfremde Inhalte zurückgekommen. War ich früher ein begeisterter Leser, ist mir diese Leidenschaft im Studium einer Textwissenschaft weitestgehend abhandengekommen, doch nun habe ich mein Interesse für Politik, Wirtschaft, Naturwissenschaft wiederentdeckt. In der Nature habe ich

einen Artikel zum Thema Governance gelesen: Geoff Mulgan zieht dort seine Lehren aus dem Umgang der Politik mit der COVID-19-Pandemie. Den Entscheidungsträgern, so seine These, mangelt es nicht an dem nötigen Fachwissen zum Umgang mit den Problemen der heutigen Zeit. Sie seien jedoch kaum noch in der Lage, dieses Wissen zu verknüpfen und zur Gestaltung der Gesellschaftsordnung einzusetzen. Stichwort: Maskenpflicht in Restaurants nur beim Toilettengang.

Mulgan übt jedoch noch weitere Kritik: Die Regierungen würden zunehmend zu Feuerlöschern verkommen. Die Politik der letzten Jahre habe sich lediglich von einer Krise zur nächsten gewandt, sei überfordert und gestaltungsmüde. Flüchtlingskrise, Klimakrise, jetzt der Krieg in der Ukraine. Allesamt wichtige, schwierige Themen unserer Zeit. Doch wo bleiben die Ideen für die Zukunft unserer Gesellschaft? Wo bleibt das Originelle, vielleicht sogar das Revolutionäre? Das Problem scheint nicht allorts gleichermaßen ausgeprägt zu sein. Wenn in China große strategische Pläne zur Ausrichtung des Landes vorgestellt werden, „Made in China 2025“ etwa oder die „Neue Seidenstraße“, wo bleibt da die deutsche, die europäische Antwort? Haben wir uns zu sehr darauf versteift, das zu verwalten, was schon da ist, anstatt offen zu sein für neue Entwicklungen und bei deren Gestaltung eine aktive Rolle zu spielen?

Das Problem betrifft nicht lediglich die großen wirtschaftlichen und politischen Akteure, sondern findet sich auch im Inneren der Gesellschaften wieder. Was sagt es über uns aus, wenn wir nur noch auf Krisen schauen, anstatt auf Entwicklungsmöglichkeiten und Chancen? Lehrermangel, Pflegenotstand, marodes Rentensystem. Deutschland krank an vielen Stellen, gewinnt man den Eindruck, wenn man die Schlagzeilen liest. Und da ist sicher etwas dran. Nicht vergessen sollte man aber auch wegweisende Errungenschaften der letzten Jahre: Die Einführung der Ehe für alle, die endlich gesellschaftlichen Realitäten Rechnung trägt. Fridays for Future als eine der größten politischen Bewegungen der letzten Zeit, mit Bürgern, die Verantwortung übernehmen wollen für ihren Planeten.

Was können wir daraus für uns selbst mitnehmen? Im individuellen Bereich zeigt die aktuelle Popularität von Trends wie Meditation, ASMR, Clean Eating und Self Care, dass die Pandemie-Zeit mit ihren Lockdowns und Abstandsgeboten

Spuren hinterlassen hat in der Bevölkerung und viele Menschen das Gefühl haben, wieder zu sich zurückfinden zu müssen. Für Juristen, unter denen psychische Erkrankungen wie Angststörungen, posttraumatische Belastungsstörungen und ähnliche Phänomene verbreitet sind,<sup>1</sup> sollte das umso mehr gelten.

Selbstoptimierung kann aber auch einfach eine Frage des Ansatzes sein, wie ich nunmehr selbst an mir beobachten konnte: Als ich angefangen habe zu meditieren, habe ich mich von einem Video von Mady Morrison führen lassen, gerade eine der größten Ikonen der Selfcare-Branche in Deutschland. Ihr Ansatz: „Ich habe genug, ich leiste genug, ich bin genug.“ Ein Mantra zu rezitieren, fühlte sich für mich als einen von rational-wissenschaftlichem Denken geprägten Menschen merkwürdig an; ich verbuchte derartige Praktiken in einer Ecke esoterischen Geschwurbels. Die Botschaft aber hat mir tatsächlich geholfen. Die Erkenntnis, nicht alles kontrollieren zu können und mir selbst zuzugestehen, das auch nicht zu müssen, hat mir eine neue Perspektive geöffnet. Inmitten des permanenten Drucks, den Social Media, unser eigenes Umfeld, aber auch wir selbst uns erzeugen, kann das Beste, was wir für uns tun können, das bloße Loslassen sein.

Für mich war nach der Erfahrung aus dem Examen besonders wichtig, den Spaß an dem, was ich tagtäglich tue, an der Juristerei zurückzugewinnen. Schon in der schulischen Oberstufe habe ich festgestellt, dass das Lernen um ein Vielfaches effektiver funktioniert, wenn man Interesse für die Inhalte aufbringen kann und mit Spaß an die Sache herangeht. Voraussetzung dafür ist aber, sich nicht zu überanspruchern. Die Erschöpfung nicht als Gegner zu sehen, sondern als Warnsignal. In einer wohlständigen Gesellschaft wie der unseren ist eines unserer größten Privilegien, nach links und rechts schauen zu können, kreativ zu werden, zu scheitern und neu anzufangen. Das Netz, das unser Sozialstaat spannt, können wir nutzen, um eigene Wege zu ergründen und neue Lösungen zu finden. Das kommt sowohl uns selbst, als auch unseren Mitmenschen zugute. Letztendlich macht es uns auch zu besseren Juristen, denn es erlaubt uns erst, langfristig am Ball zu bleiben und mehr zu werden, als bloße Subsumtionsautomaten, die vielleicht eines Tages Legal Tech zum Opfer fallen.

Mein Fazit aus der Examenszeit lautet also: Ich will die Freude an meiner Arbeit beibehalten. Ich will mich nicht

<sup>1</sup> Schneider, <https://www.lto-karriere.de/jura-studium/stories/detail/bundesfachschaft-jura-umfrage-psychischer-druck-im-jurastudium-2022-angst-abruf-v.13.05.2022>); Monpetain, <https://taz.de/Mehr-Hilfesuchende-an-den-Unis/!5586724/> (Abruf v. 13.05.2022).

allein von scheinbar unlösbaren Problemen wie der juristischen Prüfung beherrschen lassen, sondern wieder eigene Pläne für mein Leben machen. Ich will kein Feuerlöscher mehr sein.

*Oliver Marks  
für die Redaktion*

## LERNBEITRAG

<b>Dipl.-Jur. Rocky Glaser, LL.B.</b>	Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Verordnungsermächtigungen	Seiten <b>72 bis 77</b>
---------------------------------------	---	-------------------------

## ENTSCHEIDUNGEN

<b>stud. iur. Erik Simon Söchtig</b>	Störung der Geschäftsgrundlage bei Ladenschließungen auf Grund der Covid-19-Pandemie - BGH XII ZR 8/21	Seiten <b>78 bis 83</b>
<b>stud. iur. Jolanda Fiss</b>	Erfolgloser Eilantrag zur Außervollzugsetzung der „einrichtungs- und unternehmensbezogenen Nachweispflicht“ nach § 20a IfSG - 1 BvR 2649/21	Seiten <b>84 bis 92</b>
<b>stud. iur. Kevin Schmolowski</b>	Verbotenes „Alleinrennen“ mit Todesfolge - BGH 4 StR 225/20	Seiten <b>93 bis 98</b>

## KURZ &amp; KNAPP

<b>Ass. Jur. David Faber, LL.M.</b>	Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht - 2/2022	Seiten <b>100 bis 101</b>
<b>Prof. Dr. Hermann Butzer &amp; cand. iur. Daniel Müller</b>	Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht - 2/2022	Seiten <b>102 bis 103</b>
<b>Prof. Dr. Sascha Ziemann &amp; stud. iur. Hannah Hölzen</b>	Rechtsprechungsübersicht Strafrecht - 2/2022	Seiten <b>104 bis 105</b>

## STUDIENPRAXIS &amp; FALLBEARBEITUNG

<b>stud. iur. Joshua Gerdes</b>	Hausarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht, 14 Punkte	Seiten <b>108 bis 119</b>
<b>stud. iur. Nils Grimmig</b>	Kurzarbeit in Europarecht I, 16 Punkte	Seiten <b>120 bis 126</b>
<b>Dipl.-Jur. Michelle Fiekens &amp; Dipl.-Jur. Sarina Kahre-Krüger</b>	Abschlussklausur Strafrecht Grundkurs I	Seiten <b>127 bis 134</b>

## VARIA

<b>Dr. Ian Maywald &amp; Miles Thomsen, LL.M.</b>	Bewerbungsleitfaden der KPMG Law - für Eure erfolgreiche Bewerbung	Seiten <b>135 bis 137</b>
<b>stud. iur. Kent Wilke</b>	Freiwilliger Wehrdienst: Gute Sache oder Zeitverschwendung?	Seiten <b>138 bis 140</b>



## Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Verordnungsermächtigungen

Dipl.-Jur. Rocky Glaser, LL.B. – Öffentliche Verwaltung

Der Autor ist Rechtsreferendar am OLG Celle und Doktorand an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover (Prof. Dr. Veith Mehde).

Der Beitrag behandelt die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Gesetze, die die Exekutive zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen. Nach einer Darstellung der Grundlagen der entsprechenden Rechtsetzungsdelegation wird der Fokus zunächst auf den bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigungen liegen. Abschließend wird auf die landesrechtliche Situation eingegangen.

### A. Einleitung

Gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG gilt für die Ausübung der staatlichen Gewalt des Bundes der Grundsatz der Gewaltenteilung. Dieser verwirklicht rechtsstaatliche Machtbegrenzung sowie demokratische Repräsentation und gewährleistet eine rationale Aufgabenerfüllung.<sup>1</sup> Dem Parlament obliegt als Träger der Legislative die Gesetzgebung, also der Erlass formeller Gesetze nach den verfassungsrechtlichen Regeln der Ausübung gesetzgebender Gewalt. Jedoch ist die Gewaltenteilung des Grundgesetzes nicht absolut, insbesondere können gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen durch Parlamentsgesetz zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt werden. Die Rechtsverordnung wurde herkömmlich materiell als untergesetzlicher und allgemeinverbindlicher Rechtssatz definiert, der von der Exekutive auf der Grundlage einer parlamentsgesetzlichen Delegation der Rechtsetzungsbefugnis erlassen wird.<sup>2</sup> Nach dem heute vorherrschenden formalisierten Verordnungsbegriff ist jedoch nicht nach dem Inhalt der Norm abzugrenzen, stattdessen ist die Erfüllung formaler Kriterien hinsichtlich des rechtsetzenden Organs

sowie des Verfahrens und der Form bei Verordnungserlass maßgeblich.<sup>3</sup>

### B. Grundlagen

Streitig war, ob für exekutive Rechtsverordnungen ein gesetzlicher Totalvorbehalt aus Art. 80 GG folgt oder der Exekutive eine eigenständige verfassungsrechtliche Kompetenz zum Verordnungserlass zukommen kann.<sup>4</sup> In Anbetracht des Wortlauts des Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG und der Historie des Grundgesetzes ist diese Frage heute zulasten der Exekutive beantwortet.<sup>5</sup> Der grundgesetzliche Totalvorbehalt ist vor dem Hintergrund der Endphase der Weimarer Republik zu verstehen, welche durch eine faktische Verlagerung der Rechtsetzungshoheit vom Parlament hin zur Exekutive gekennzeichnet war.<sup>6</sup> Das Parlament darf sich heute gerade nicht durch eine Art „Blankoermächtigung“ an die Exekutive seiner Verantwortung für die Gesetzgebung entledigen und damit selbst entmachten.<sup>7</sup> Die Verordnungsermächtigungen sind vor diesem Hintergrund als abgeleitete Rechtsetzungskompetenz zu verstehen, der Legislative verbleibt das Zugriffsrecht auf die Regelungsmaterie.<sup>8</sup> Demgemäß setzt der Erlass einer Rechtsverordnung spätestens zur Zeit ihrer Ausfertigung grundsätzlich eine in Kraft getretene Verordnungsermächtigung in Form eines formellen Gesetzes voraus.<sup>9</sup> Fehlt eine solche oder ist die Ermächtigung verfassungswidrig und nichtig, so ist die Rechtsverordnung verfassungs- und rechtswidrig.<sup>10</sup> Von der damit verbundenen Nichtigkeitsfolge wird nur dann abgesehen, soweit erhebliche Rechtsunsicherheit eintreten würde oder der sonst eintretende Zustand

<sup>1</sup> Kloppfer, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, § 10 III Rn. 49; Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 12 Rn. 2ff.

<sup>2</sup> Uhle in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 24 Rn. 1 m.w.N.

<sup>3</sup> Vgl. Bauer in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 16 m.w.N.

<sup>4</sup> Überblick bei Schmidt-Aßmann, Die Rechtsverordnung in ihrem Verhältnis zu Gesetz und Verwaltungsvorschrift, in: Kirchhof/Lehner/Raupach/Rodi (Hrsg.), Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, 2000, 470 (480ff.); Uhle in: Kluth/Krings (Fn. 2), § 24 Rn. 18ff.

<sup>5</sup> Ossenhühl in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 16.

<sup>6</sup> Voßkuhle/Wischmeyer, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Rechtsverordnung, JuS 2015, 311 (312).

<sup>7</sup> BVerfGE 150, 1 (99f.) = NVwZ 2018, 1703.

<sup>8</sup> Vgl. BVerfGE 114, 196 (232) = NVwZ 2006, 191; Brenner in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 29; zur problematischen Frage parlamentarischer Teilhabe an der Ordnungsgebung durch Gesetz Uhle in: Epping/Hillgruber, GG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 Rn. 54ff.

<sup>9</sup> BVerfGE 34, 9 (21ff.) = VerwRspr 1973, 391; Nierhaus in: Bonner Kommentar, Grundgesetz, 214. EL 2021, Art. 80 Rn. 411; beachte für vorkonstitutionelle Gesetze Art. 123ff. GG und die Übergangsregelungen der Art. 119 S. 1, 127, 132 Abs. 4 GG.

<sup>10</sup> Vgl. Uhle in: Epping/Hillgruber (Fn. 8), Art. 80 Rn. 29; ausführlich zu Rechtsverordnungen etwa Hollo, Rechtsverordnungen, JURA 2022, 42; Krüger, Die Rechtsverordnung – eine Handlungsform der Verwaltung mit hoher Relevanz im Studium, VR 2015, 342; Meßerschmidt, Rechtsverordnungen: Rechtmäßigkeit und Rechtsschutz, JA 2016, 747.

der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als der bisherige.<sup>11</sup>

*Fall 1 (Abw. zu BVerwGE 164, 290): Eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums der Verteidigung macht Soldatinnen und Soldaten abhängig vom Geschlecht unterschiedliche Vorgaben zum äußeren Erscheinungsbild. Eine geeignete gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ist nicht vorhanden. Trotz der Rechtswidrigkeit der Rechtsverordnung ist diese für eine Übergangsfrist wie bis dahin praktiziert anzuwenden, um dem Gesetzgeber genügend Zeit für eine Neuregelung zu geben. Die Vorgabe hat unerlässliche Bedeutung für die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte, da das erfolgreiche Auftreten der Bundeswehr im In- und Ausland auch von ihrem Aussehen abhängt und ein einheitliches Aussehen sowohl als sichtbares Zeichen der Einbindung in die militärische Gemeinschaft als auch der inneren Geschlossenheit dient. Im Übrigen ist sorgfältig zu prüfen, inwieweit eine Geltung aus verfassungsrechtlichen Gründen eingeschränkt werden muss. Im vorliegenden Fall wurden derartige Gründe verneint.*

### **C. Verfassungsmäßigkeit einer bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigung**

Vor diesem Hintergrund werden zunächst die besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen an bundesgesetzliche Verordnungsermächtigungen erörtert.

#### **I. Formelle Verfassungsmäßigkeit**

In formeller Hinsicht ergeben sich keine Besonderheiten. Es gelten die allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gesetze. Aus der Gesetzgebungskompetenz fließt gleichzeitig die Kompetenz zum Erlass von Verordnungsermächtigungen.<sup>12</sup>

#### **III. Materielle Verfassungsmäßigkeit**

In materieller Hinsicht treten neben die allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen spezielle Vorgaben. Zu denken ist zunächst an Parlamentsvorbehalte.

Darüber hinaus werden die Vorgaben des Art. 80 GG zu Verordnungsermächtigungen relevant.

#### **1. Keine verfassungsrechtliche Delegationssperre außerhalb des Art. 80 GG**

Es darf keine Delegationssperre außerhalb des Art. 80 GG einschlägig sein. Das Grundgesetz weist gewisse Entscheidungen dem Parlament zu, wobei ein umfassendes Verbot der Rechtsetzungsdelegation nicht in jedem Fall nachfolgt. Inwieweit die Rechtsetzungsdelegation durch grundgesetzliche Parlamentsvorbehalte gesperrt ist, richtet sich nach dem Einzelfall. Zunächst ist ein Parlamentsvorbehalt ggf. in der Form eines Gesetzesvorbehalts festzustellen. Anschließend bedarf es der Auslegung, ob und inwieweit die Rechtsetzungsdelegation tatsächlich gesperrt ist.<sup>13</sup> So folgert das BVerfG beispielsweise aus Art. 82 Abs. 2 GG, dass der Ordnungsgeber über das Inkrafttreten eines formellen Gesetzes nicht disponieren dürfe (sog. Inkraftsetzungsermächtigung).<sup>14</sup> Problematisch erscheint die Behandlung der Wesentlichkeitsdoktrin. Zwar sei nicht jede Rechtsetzungsdelegation derart wesentlich, dass stets ein Parlamentsvorbehalt ausgelöst werde.<sup>15</sup> Bei Bejahung des Parlamentsvorbehalts sollen sich die darüber hinaus ergebenden Anforderungen an die Regelungsdichte jedoch mit dem noch zu erörternden Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG decken.<sup>16</sup> Die dogmatischen Schlussfolgerungen bleiben vor der historischen Linie des BVerfG unklar, in der Literatur findet sich eine Vielzahl an Auffassungen.<sup>17</sup> Unter der Annahme eines separaten Inhalts der Institute müssen bei Wesentlichkeit einer Entscheidung die daraus folgenden Anforderungen an die Regelungsdichte an dieser Stelle geprüft werden. Im Folgenden wird hinsichtlich der Wesentlichkeitsdoktrin und des Bestimmtheitsgebotes des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG hingegen ein einheitlicher Ansatz bezüglich der Anforderungen an die Regelungsdichte gewählt, der nicht nur aus Effizienzgesichtspunkten heraus vorzugswürdig erscheint. Beide Institute dienen letztlich demselben Ziel, nämlich der Legislative unter der Gewaltenteilung des

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 41, 251 (259ff.) = NJW 1976, 1309; 79, 245 (250f.) = BeckRS 1988, 3625 Rn. 22; zur dahinterstehenden Wertung auch die Weitergeltungsanordnung des BVerfG bei Nichtigkeit formeller Gesetze vgl. *Bethge* in: Schmidt-Bleibtret/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 61. EL 2021, § 31 Rn. 227ff.

<sup>12</sup> BVerfGE 101, 1 (31) = NJW 1999, 3253.

<sup>13</sup> Vgl. *Bauer* in: Dreier (Fn. 3), Art. 80 Rn. 21 Fn. 100 m.w.N.

<sup>14</sup> BVerfGE 42, 263 (283) = NJW 1976, 1783; BVerfGE 45, 297 (326) = NJW 1977, 2349; vgl. auch *Lepa*, Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung durch Rechtsverordnung, AöR 105 (1980), 337 (355f.); *Salzwedel*, Das Inkrafttreten von Gesetzen unter aufschiebender Bedingung, in: Carstens (Hrsg.), Festschrift für Hermann Jahrreiß zum 80. Geburtstag, 1974, 195 (195ff.).

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 150, 1 (100) = NVwZ 2018, 1703; *Brenner* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 8), Art. 80 Rn. 37.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 150, 1 (99) = NVwZ 2018, 1703.

<sup>17</sup> Vgl. *Cremer*, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und Parlamentsvorbehalt – Dogmatische Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), 248 (255ff.); *Nierhaus* in: Bonner Kommentar (Fn. 9), Art. 80 Rn. 93ff.; *Cremer*, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und Parlamentsvorbehalt – Dogmatische Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), 248 (255ff.).

Grundgesetzes entsprechende Geltung zu verschaffen. Eine adäquate Berücksichtigung aller Aspekte erfordert die wechselseitige Inbezugnahme.<sup>18</sup>

## 2. Keine Delegationssperre durch Art. 80 GG

In Art. 80 GG finden sich besondere Voraussetzungen für die Rechtsetzungsdelegation in Form der Verordnungsermächtigung.

### a) Richtiger Ermächtigungsadressat, Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG

Gemäß der enumerativen Aufzählung des Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG kann die Erstermächtigung nur gegenüber der Bundesregierung, einem Bundesminister oder den Landesregierungen als Erstdelegatar erfolgen.<sup>19</sup> Im Übrigen kann eine Weiterermächtigung vorgesehen sein, die den Subdelegatar aufgrund abschließender Aufzählung in Absatz 1 jedoch nicht vorwegnehmen darf, vgl. Art. 80 Abs. 1 S. 4, Abs. 4 GG.<sup>20</sup> Die gesetzlich vorgesehene Beteiligung Dritter an der Ordnungsgebung ist grundsätzlich zulässig, soweit sie unter der Schwelle eines Mitentscheidungsrechts bleibt.<sup>21</sup> Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage bei Mitwirkungsvorbehalten zugunsten des Parlaments, hier sind jedenfalls Zustimmungs- und Vetovorbehalte denkbar.<sup>22</sup>

### b) Bestimmtheitsgebot, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG

Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung müssen im Gesetz bestimmt sein, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG. Die Anforderungen sind nicht separat, sondern in ihrer Gesamtheit als Gebot hinreichender Bestimmtheit zu verstehen, welches sich auch durch Auslegung aus dem Kontext des gesamten Gesetzes ergeben kann.<sup>23</sup> Das BVerfG neigt demgemäß zu einer einheitlichen Prüfung im Rahmen einer Einzelfallauslegung und zieht in deren Rahmen unterstützend drei Konkretisierungsformeln heran. Demnach hat das Parlament über den Inhalt und die Grenzen einer späteren Rechtsverordnung zu entscheiden und festzulegen, welchem Ziel die Rechtsetzungsdelegation dient (Selbstentscheidungsvorbehalt).<sup>24</sup> Aus dem Gesetz heraus muss sich zudem bestimmen lassen, welches Programm verordnungsrechtlich umgesetzt bzw. erreicht werden soll

(Programmfestsetzungspflicht) und es muss vorhersehbar sein, wann von der Ermächtigung Gebrauch gemacht und welchen Inhalt eine auf dieser Grundlage ergehende Rechtsverordnung haben wird (Vorhersehbarkeitsformel).<sup>25</sup> Die Bestimmtheit kann generell fehlen, andererseits kann eine grundsätzlich bestimmte Ermächtigung auch gewisse Regelungsinhalte von ihrer Reichweite her wegen gesteigerter Anforderungen im Einzelfall schlicht nicht abdecken. Im Folgenden sollen im Rahmen der Abwägung besonders zu berücksichtigende Umstände gesondert hervorgehoben werden.

#### aa) Eigenart der Regelungsmaterie

Maßgeblich ist zunächst die Eigenart des jeweiligen Regelungsgegenstands.<sup>26</sup> Gerade bei komplexen Sachverhalten oder absehbaren Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse sind geringere Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen.<sup>27</sup> Eine Regulierung unter Berücksichtigung aller Umstände würde ggf. an einer komplexen Realität vorbeiführen und der Bestimmtheit der Regelungsmaterie entgegenlaufen.<sup>28</sup>

*Fall 2 (vgl. BVerwGE 89, 121): Der Außenwirtschaftsverkehr darf kraft bundesgesetzlicher Ermächtigung durch Rechtsverordnung beschränkt werden, um u.a. eine Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker oder eine erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik zu verhüten. Derartig abstrakte Tatbestandsmerkmale in Form unbestimmter Rechtsbegriffe sind zulässig, da der Staat andernfalls partiell handlungsunfähig wäre. Die denkbaren Sachverhalte sind derart vielgestaltig und schnelllebig, dass eine präzisere Fassung nicht möglich erscheint.*

#### bb) Wesentlichkeit der Regelungsmaterie

Die wesentlichen Entscheidungen muss das Parlament selbst treffen, die daraus resultierenden Anforderungen an die Regelungsdichte müssen spätestens an dieser Stelle besonders berücksichtigt und zu den übrigen Erwägungen in ein entsprechendes Verhältnis gebracht werden. Soweit das formelle Gesetz die wesentlichen Entscheidungen

<sup>18</sup> Vgl. Voßkuhle, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, JuS 2007, 118 (119).

<sup>19</sup> BVerfGE 8, 155 (163) = NJW 1959, 235; Brenner in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 8), Art. 80 Rn. 53.

<sup>20</sup> Zu den weitergehenden Problemen Remmert in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 95. EL 2021, Art. 80 Rn. 82ff.

<sup>21</sup> BVerfGE 28, 66 (83f.) = BeckRS 1970, 104599, Rn. 62ff.

<sup>22</sup> Überblick bei Bauer in: Dreier (Fn. 3), Art. 80 Rn. 28; Uhle in: Epping/Hillgruber, (Fn. 8), Art. 80 Rn. 54ff.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfGE 38, 348 (357ff.) = NJW 1975, 727; Uhle, Parlament und Rechtsverordnung, 1999, 87f.: „Untermaßverbot“; krit.: von Danwitz, Rechtsverordnungen, JURA 2002, 93 (98).

<sup>24</sup> BVerfGE 2, 307 (334) = NJW 1953, 1177; BVerfGE 5, 71 (76f.) = NJW 1956, 1065.

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 1, 14 (60) = NJW 1951, 877; Remmert in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 20), Art. 80 Rn. 67 zu Widersprüchlichkeiten.

<sup>26</sup> BVerfGE 150, 1 (101f.) = NVwZ 2018, 1703.

<sup>27</sup> BVerfGE 150, 1 (102) = NVwZ 2018, 1703.

<sup>28</sup> BVerfGE 49, 89 (137) = NJW 1979, 359.

enthält, sind ergänzende Regelungen durch Rechtsverordnungen nicht schlechthin ausgeschlossen und grundsätzlich möglich.<sup>29</sup> Dies gilt selbst dann, soweit ein Einfluss der zu erlassenden Rechtsverordnung auf höherrangiges Recht vorgesehen ist (sog. gesetzesändernde Rechtsverordnung). Derartige Ermächtigungen sind zulässig, soweit das formelle Gesetz nur subsidiären Geltungsanspruch hat und hierfür ein sachlicher Grund gegeben ist sowie der Parlamentsvorbehalt wegen Wesentlichkeit im Übrigen geachtet wird.<sup>30</sup>

Fall 3 (vgl. BVerfGE 123, 39): Bei der Bundestagswahl sollen elektronische Wahlgeräte eingesetzt werden. Die Regelung der wesentlichen Voraussetzungen für den Einsatz von Wahlgeräten kann dem Ordnungsgeber verfassungsrechtlich nicht übertragen werden. Die näheren Vorgaben bedürfen hingegen keiner parlamentarischen Detailregelung. Die jeweiligen Anforderungen an die Wahlgeräte hängen in starkem Umfang von der Art des jeweiligen Wahlgerätes ab. So unterscheiden sich beispielsweise die Anforderungen für den Einsatz elektronisch gesteuerter Wahlgeräte von den Anforderungen, die an den Einsatz von ausschließlich mechanischen Wahlgeräten zu stellen sind.

### cc) Grundrechtseingriffe

Je intensiver durch die Ermächtigung in Grundrechte eingegriffen wird, desto detaillierter muss die Verordnungsermächtigung inhaltlich ausfallen.<sup>31</sup> Die Grundrechte reichen insoweit in die besonderen Anforderungen an Verordnungsermächtigungen hinein.

Fall 4 (vgl. BVerfGE 58, 257): Bei der Nichtversetzung von Schülerinnen und Schülern in die nächsthöhere Klassenstufe ist zumindest bei den weiterführenden Schulen nach einer damit einhergehenden leistungsbedingten Schulentlassung zu differenzieren. Der zwangsweise Ausschluss ist eine einschneidende Maßnahme für den weiteren Berufs- und Lebensweg und besonders grundrechtsensibel, der die Bestimmtheitsanforderungen bei der Rechtssetzungsdelegation umfänglich steigert. Dagegen erhöht die Nichtversetzung ohne Ausscheiden aus der Schule lediglich die

Ausbildungszeit der Betroffenen um ein Jahr und kann sogar einen positiven Einfluss auf diese haben. Vor dem Hintergrund der praktischen Ausformung der Versetzung ist die Delegation ihrer näheren Voraussetzungen ohne Schulentlassung an den Ordnungsgeber zulässig.

Besonders problematisch sind Grundrechtseingriffe durch generalklauselartige Ermächtigungen. Soweit die Möglichkeit der Präzisierung in ihrem sachlichen Gehalt gegeben ist, sollen jedoch auf ihrer Grundlage zumindest Eingriffe geringerer Intensität in Betracht kommen.<sup>32</sup>

Fall 5 (vgl. BVerfGE 54, 143): Die zuständige Behörde erlässt ein Taubenfütterungsverbot als Gefahrenabwehrverordnung, so wie es bereits vielfach andersorts zum Schutz von Eigentum und vor Verunreinigungen praktiziert wird. Sie stützt den Erlass auf die entsprechende Rechtsgrundlage des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts in Form einer Generalklausel. Man könnte hier vertreten, dass bei typischen und typisierbaren Maßnahmen die Pflicht zur Standardisierung im Gesetz greift und Generalklauseln als Ermächtigung auscheiden müssen.<sup>33</sup> Die Qualität des Grundrechtseingriffs ist jedoch zu beachten.<sup>34</sup> Die zum Erlass von Gefahrenabwehrverordnungen ermächtigenden Landesgesetze wurden durch jahrzehntelange Anwendung entsprechend der vorhanden gewesenen Möglichkeit in ihrem Gehalt präzisiert und weisen daher zumindest bei Eingriffen geringerer Intensität die notwendige Regelungsdichte auf.<sup>35</sup>

Bei neuartigen und unvorhergesehenen Sachlagen dürfen eingriffsintensive Maßnahmen für einen Übergangszeitraum auf Generalklauseln gestützt werden, um dem Gesetzgeber die Zeit für den Erlass spezieller Eingriffsgrundlagen zu verschaffen.<sup>36</sup> Im Ergebnis werden die Bestimmtheitsanforderungen vorübergehend abgesenkt. Freilich sind in diesem Zusammenhang viele Fragen unbeantwortet und daher unterschiedliche Ansichten vertretbar, insbesondere hat das BVerfG noch keine abschließende Stellungnahme abgegeben. Man kann unter Verweis auf die Entscheidung des BVerfG zum allgemeinen Gefahrenabwehrrecht bezweifeln, ob ein derartiger

<sup>29</sup> BVerfGE 136, 69 (114ff.) = NVwZ 2014, 1219.

<sup>30</sup> Vgl. BVerfG NJW 1998, 669 (670) m.w.N.; s. auch Lepa (Fn. 14), AöR 105 (1980), 337 (352ff.) m.w.N.

<sup>31</sup> BVerfGE 58, 257 (277f.) = NJW 1982, 921.

<sup>32</sup> Vgl. BVerfGE 38, 61 (84) = NJW 1975, 31; BVerfGE 54, 143 (144f.) = NJW 1980, 2572; BVerfGE 101, 1 (31ff.) = NJW 1999, 3253; BVerfGE 106, 1 (19) = NVwZ 2003, 595.

<sup>33</sup> Butzer, Flucht in die polizeiliche Generalklausel?, VerwArch 93 (2002), 506 (523); Kießling, Die dogmatische Einordnung der polizeilichen Gefährderansprache in das allgemeine Polizeirecht, DVBl 2012, 1210 (1270).

<sup>34</sup> Vgl. BVerfGE 110, 33 (55) = NJW 2004, 2213; BVerwGE 129, 142 (148ff.) = NVwZ 2007, 1439.

<sup>35</sup> BVerfGE 54, 143 (144f.) = NJW 1980, 2572.

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE 20, 128 = ZD 2013, 126; vgl. auch BVerwGE 164, 290 = NJW 2019, 1291; OVG Münster COVuR 2020, 423 (427).

Übergangszeitraum ein Hauptsacheverfahren abdecken würde.<sup>37</sup> Die Annahme eines zeitabhängigen Umschlagens bei der Beurteilung von Maßnahmen in der Vergangenheit erscheint jedoch widersprüchlich, der zufällige Zeitpunkt des Rechtsschutzbegehrens würde maßgeblich werden. Anderes kann sich aus den unterschiedlichen Prüfungsmaßstäben im Eilrechtsschutz und Hauptsacheverfahren ergeben. Für die Bestimmung des Übergangszeitraums empfiehlt sich nach bisheriger Konstruktion eine umfassende Einzelfallabwägung unter Berücksichtigung der Kriterien der hinreichenden Bestimmtheit. Nach Abschluss der Übergangszeit reichen Generalklauseln für tiefgreifende Grundrechtseingriffe grundsätzlich jedenfalls nicht mehr aus. Während im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht bei Typisierung und erhöhter Eingriffsintensität regelmäßig standardisierte Eingriffsgrundlagen mit speziellen Tatbeständen und Rechtsfolgen geschaffen werden müssen, kommen im Einzelfall aber wohl auch anderweitige Möglichkeiten der Schärfung in Betracht. Es verbleibt insoweit bei den allgemeinen Ausführungen.

*Fall 6: Zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie haben die Länder in ihrer grundgesetzlichen Vollzugskompetenz auf die Generalklauseln des IfSG zurückgegriffen und vielfältige Grundrechtseingriffe auch durch Rechtsverordnung vorgenommen. Nach Verstreichen eines gewissen Übergangszeitraums sah sich der Bundesgesetzgeber verfassungsrechtlich in der Pflicht, die Eingriffstatbestände zu schärfen. Er flankierte die Generalklauseln unter anderem durch an die Pandemie gebundene Regelbeispiele, Befristungs- und Begründungspflichten. Angesichts der funktionalen Gewaltenteilung des Grundgesetzes ist zur Beurteilung der Generalklauseln als Verordnungsermächtigung eine umfassende Einzelfallauslegung bezüglich der hinreichenden Bestimmtheit vorzunehmen. Während der Maßstab zu Beginn der Pandemie aufgrund des Konstrukts des Übergangszeitraums erheblich abgesenkt war, gilt dies für deren weiteren Verlauf nicht mehr. Die Eigenart der Regelungsmaterie dürfte aufgrund des Erfordernisses schneller Interventionen im Ungewissen aber niedrigere Anforderungen als beispielsweise im Polizei- und Ordnungsrecht durchaus rechtfertigen und*

*eine Schärfung der Generalklauseln genügen lassen. Letztlich ist dies für den Einzelfall gesondert zu prüfen.*

#### **dd) Absenkung des Bestimmtheitsmaßstabs aufgrund Parlamentsbeteiligung**

Regelmäßig wird in Erwägung gezogen, den Bestimmtheitsmaßstab aufgrund weitergehender Regelung einer Parlamentsbeteiligung abzusenken. Das BVerfG stand derartigen Vorstößen bislang ablehnend gegenüber. Ein grundsätzlich zulässiger Zustimmungsvorbehalt des Bundestags bei Verordnungserlass soll an den Bestimmtheitsanforderungen nichts ändern.<sup>38</sup> Bei Vollzug einer bundesgesetzlichen Ermächtigung durch die Länder stellt sich die Frage, ob der parlamentarische Landesgesetzgeber durch ordnungsvertretende Gesetze gem. Art. 80 Abs. 4 GG die Bestimmtheitsanforderungen senken kann bzw. sogar muss.<sup>39</sup> Ein Minus an Demokratie und Rechtsstaat bei Erlass ermächtigender Gesetze lässt sich jedoch nicht durch ein Plus an Stelle des Vollzugs beheben.

#### **D. Besonderheiten bei landesgesetzlicher**

##### **Ermächtigungsgrundlage**

Die dargestellten Erwägungen sind großteilig auf landesrechtliche Ermächtigungen zu übertragen. Die rechtliche Grundlage bildet das Homogenitätsprinzip gem. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaats- bzw. Demokratieprinzip, soweit nicht ohnehin entsprechende landesverfassungsrechtliche Regelungen bestehen.<sup>40</sup> Das Homogenitätsprinzip überträgt die wesentlichen Strukturmerkmale des Art. 20 Abs. 1 GG, die also einer Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 3 GG entzogen sind, auf die verfassungsgemäße Ordnung der Länder.<sup>41</sup> Hierzu gehören jedenfalls der gesetzliche Totalvorbehalt sowie das Bestimmtheitsgebot.<sup>42</sup> In der Literatur wird mit Ausnahme der Weiterermächtigung ein vollständiger Gleichlauf der Anforderungen an die Verordnungsermächtigung postuliert.<sup>43</sup> Darüber hinaus sind ggf. zusätzliche Anforderungen der einschlägigen Landesverfassung zu beachten. Problematisch erscheinen die Bestimmungen der vor Inkrafttreten des Grundgesetzes entstandenen Länderverfassungen des Freistaates Bayern (Art. 55 Nr. 2) und des Landes Hessen

<sup>37</sup> Vgl. Brocker, Exekutive versus parlamentarische Normsetzung in der Corona-Pandemie, NVwZ 2020, 1485 (1486f.) in Bezug auf BVerfGK 20, 128 = ZD 2013, 126.

<sup>38</sup> BVerfGE 8, 274 (322f.) = BeckRS 1958, 236 Rn. 193.

<sup>39</sup> Dafür etwa Pautsch/Haug, Parlamentsvorbehalt und Corona-Verordnungen – ein Widerspruch, NJ 2020, 281 (282, 285f.); Sannwald in: Schmidt/Bleibtreu/Hofmann/Hennecke, GG, 14. Aufl. 2017, Art. 80 Rn. 132; dagegen Brocker (Fn. 37), NVwZ 2020, 1485 (1488); Dette/Burfeind, Ordnungsvertretende Gesetze nach Artikel 80 Abs. 4 GG – Ein größerer Gestaltungsspielraum für die Landesparlamente?, ZG 1998, 257 (268); Nierhaus in: Bonner Kommentar (Fn. 9), Art. 80 Rn. 826.

<sup>40</sup> Voßkuhle/Wischmeyer (Fn. 6), JuS 2015, 311 (313).

<sup>41</sup> Ipsen, Staatsrecht I, 33. Aufl. 2021, § 13 Rn. 712.

<sup>42</sup> BVerfGE 41, 251 (265f.) = NJW 1976, 1309; BVerfGE 73, 388 (400) = NJW 1987, 943.

<sup>43</sup> Vgl. Brenner in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 8), Art. 80 Rn. 25.

(Art. 118) jeweils mangels einer der Bestimmtheitsklausel sowie der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen (Art. 124) mangels eines ausdrücklichen Gesetzesvorbehalts.<sup>44</sup> Die Normenhierarchie ist insoweit zu beachten.

#### **E. Fazit**

Den Schwerpunkt der besonderen Voraussetzungen an eine Verordnungsermächtigung bildet regelmäßig die notwendige Bestimmtheit. Die Handlungsfähigkeit der Exekutive ist diesbezüglich mit der Gesetzgebungsfunktion der Legislative in einen angemessenen verfassungsrechtlichen Ausgleich zu bringen. Dabei darf die Reichweite organisatorischer und funktioneller Gewaltenteilung unter dem Grundgesetz nicht verkannt werden. Die in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG normierte organisatorische und funktionelle Trennung und Gliederung der Gewalten zielt auch darauf ab, dass staatliche Entscheidungen möglichst von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen zur Aufgabenerfüllung verfügen.<sup>45</sup> Daher verbleibt es der Judikative, das Verhältnis und die Befugnisse gesetzgebender und vollziehender Gewalt unter Berücksichtigung dargestellter Erwägungen im Einzelfall zu bestimmen und insbesondere den Drahtseilakt zu meistern, die Exekutive einerseits kurzfristig zur Aufgabenerfüllung handlungsfähig zu halten sowie andererseits nicht den Pfad zur Notverordnungscompetenz zu ebneten.

<sup>44</sup> Remmert in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 20), Art. 80 Rn. 41; die hessische Regelung soll jedoch mit dem GG vereinbar sein, vgl. BVerfGE 34, 52 = NJW 1973, 451.

<sup>45</sup> Vgl. BVerfGE 68, 1 (86) = NJW 1985, 603; BVerfGE 95, 1 (15) = NJW 1997, 383; 98, 218 (251f.) = NJW 1998, 2515.

## Störung der Geschäftsgrundlage bei Ladenschließungen auf Grund der Covid-19-Pandemie

stud.iur. Erik Simon Söchtig

BGH, Urt. v. 12. 01. 2022 – XII ZR 8/21

§§ 275 Abs. 1, 313 Abs. 1, 326 Abs. 1, 536 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 240 § 2, Art. 240 § 7 EGBGB

### Sachverhalt

Zwischen Mieter M und Vermieter V besteht seit 2013 ein Mietvertrag über ein Gebäude mit dazugehörigen Parkplätzen in der Stadt S im Bundesland B. Die Vermietung des Objektes an M erfolgte nach dem Mietvertrag „ausschließlich zu gewerblichen Zwecken zur Nutzung als Verkaufs- und Lagerräume eines Einzelhandelsgeschäftes für Textilien aller Art sowie Waren des täglichen Ge- und Verbrauchs“. Die monatliche Bruttomiete beträgt 8.000 €. Zusätzlich zu der geschuldeten Miete trägt M die im Mietvertrag näher bestimmten Nebenkosten.

Im März 2020 erließ das zuständige Ministerium eine wirksame und rechtmäßige Allgemeinverfügung zur Eindämmung des Infektionsgeschehens der Covid-19-Pandemie. Auf Grund dieser Allgemeinverfügung war es unter anderem auch M untersagt, das Geschäft im Monat April 2020 für den Kundenverkehr zu öffnen. Nach schriftlicher Ankündigung vom 24. März 2020 zahlt M die Miete für den gesamten Monat April nicht. M war der Ansicht, es könne nicht sein, dass er Miete für einen Zeitraum zahlen müsse, in dem er die Mietsache nicht nutzen konnte. V hingegen verlangt weiterhin die volle Miete von M, da die Ladenschließung schließlich nur Sache von M sei. Er wolle nicht für das unternehmerische Risiko von M eintreten.

§ 5 Nr. 3 des Mietvertrags enthält folgende Regelung: „Wenn die Gas-, Strom- und Wasserversorgung oder Entwässerung durch einen nicht von dem Vermieter zu vertretenden Umstand unterbrochen wurde oder wenn Überschwemmungen oder sonstige Katastrophen eintreten, steht dem Mieter ein Recht auf Minderung oder Schadensersatz nicht zu.“

### Kann V die Miete von M verlangen und wenn ja, in welcher Höhe?

**Hinweis:** Auf Art. 240 EGBGB wird hingewiesen. Art. 240 § 1-4 EGBGB trat am 01. April 2020 in Kraft, Art. 240 § 7 EGBGB am 01. Januar 2021.

### EINORDNUNG

Durch die staatlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie gerieten viele kleine und mittelständische Betriebe in existenzielle Probleme. Insbesondere Unternehmen, die auf Kundenverkehr angewiesen sind, standen unvorbereitet vor dem Problem, für ein Objekt Miete zahlen zu müssen, mit dem kein Umsatz mehr erzielt werden kann. Neben einer Reduzierung der monatlichen Kosten kann die Frage, ob die gesamte Miete gezahlt werden muss, auch entscheidend dafür sein, ob staatliche Hilfen in Anspruch genommen werden können. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und mehrmals ungewöhnlich

schnell eingegriffen.<sup>1</sup> Unglücklicherweise hat sich seit den ersten staatlichen Maßnahmen eine sehr diverse Rechtsprechung darüber entwickelt, wie sich die staatlichen Beschränkungen und neu erlassenen Vorschriften auf Mietverhältnisse auswirken.<sup>2</sup> Mit der hier besprochenen Entscheidung hat sich der BGH erstmalig mit dieser Problematik beschäftigt und die Annahme einer Störung der Geschäftsgrundlage bei Schließungsanordnungen bestätigt.

<sup>1</sup> Vgl. BT-Drucks. 19/18110 S. 1; BT-Drucks. 19/25322 S. 13ff.

<sup>2</sup> Vgl. LG Heidelberg BeckRS 2020, 19165; LG München II BeckRS 2020, 34263; LG München I BeckRS 2021, 453; OLG Hamm NZM 2021, 848.

## LEITSÄTZE

1. Die durch die COVID-19-Pandemie bedingte Schließung eines Einzelhandelsgeschäfts führt nicht zu einem Mangel der Mietsache im Sinne von § 536 Abs. 1 S. 1 BGB. Dem Vermieter wird dadurch die vertraglich geschuldete Leistung zur Überlassung und Erhaltung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand auch nicht ganz oder teilweise unmöglich.

2. Im Fall einer Geschäftsschließung, die auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie beruht, kommt grundsätzlich ein Anspruch des Mieters von gewerblich genutzten Räumen auf Anpassung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB in Betracht.

3. Bei der Prüfung, ob dem Mieter ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist, verbietet sich eine pauschale Betrachtungsweise. Maßgeblich sind vielmehr sämtliche Umstände des Einzelfalls. Daher sind auch die finanziellen Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich der pandemiebedingten Nachteile erlangt hat.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

### Anspruch V gegen M auf Zahlung der Miete i.H.v. 8.000 € gem. § 535 Abs. 2 BGB

I. Anspruch entstanden

II. Anspruch nicht erloschen

1. Minderung der Miete gem. § 536 BGB

a) Wirksamer Mietvertrag

**b) Mangel**

**aa) Eine Ansicht**

**bb) Andere Ansicht**

**cc) Stellungnahme**

c) Zwischenergebnis

2. Befreiung von der Gegenleistung gem.

§§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB

3. Störung der Geschäftsgrundlage

- Schließung als Störung der Geschäftsgrundlage?

**a) Anwendbarkeit**

**aa) Gesetzlich abschließende Regelung**

**bb) Vertragliche abschließende Regelung**

cc) Zwischenergebnis

b) Umstand als Geschäftsgrundlage

c) Reales Element

d) Hypothetisches Element

**e) Normatives Element**

**f) Rechtsfolge**

4. Zwischenergebnis

III. Anspruch nicht untergegangen

IV. Ergebnis

V könnte gegen M einen Anspruch aus dem Mietvertrag auf Zahlung der Miete in Höhe von 8.000 € gem. § 535 Abs. 2 BGB haben.

### I. Anspruch entstanden

Zwischen V und M besteht seit 2013 ein wirksamer Mietvertrag. Der aus dem Mietverhältnis entstandene Anspruch auf Mietzahlung für den Monat April 2020 ist gem. § 556b Abs. 1 BGB auch fällig geworden, sodass der Anspruch des V gegen M zunächst entstanden ist.

### II. Anspruch nicht erloschen

Der entstandene Anspruch des V könnte jedoch wieder erloschen sein.

#### 1. Minderung der Miete

Das wäre der Fall, wenn M die Miete gem. § 536 Abs. 1 BGB gemindert hat. Dafür müssten die Voraussetzungen des § 536 Abs. 1 BGB vorliegen.

#### a) Mietvertrag

Zwischen M und V bestand seit 2013, also auch im April 2020, ein wirksamer Mietvertrag (s.o.).

#### b) Mangel

Ebenfalls müsste die Mietsache gem. § 536 Abs. 1 BGB mangelhaft gewesen sein. Ein solcher Mangel i.S.d. § 536 BGB liegt dann vor, wenn die Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit abweicht.<sup>3</sup> Die Haftung für einen entsprechenden Mangel setzt des Weiteren voraus, dass die Mietsache mit einem Fehler behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zur vertragsgemäßen Nutzung mindert oder aufhebt.<sup>4</sup>

Umstritten ist, ob eine Allgemeinverfügung mit dem Inhalt der Untersagung einer Öffnung des Geschäftes zum Zweck der Pandemiebekämpfung einen Mangel i.S.d. § 536 BGB darstellt.

<sup>3</sup> Blank/Börstinghaus in: Blank/Börstinghaus, Miete – Das gesamte BGB-Mietrecht. Kommentar, 6. Aufl. 2020, BGB § 536 Rn. 3.

<sup>4</sup> Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 13. Auflage 2018, § 22 Rn. 410.

Hinweis: Die Darstellung des Problems als Meinungsstreit beruht auf dem Verlauf der bisherigen Rechtsprechung und der Darstellung durch den Senat. Da anzunehmen ist, dass die Gerichte, die bisher einen Mietmangel angenommen haben, wegen der hier besprochenen Entscheidung nicht länger an ihrer Rechtsprechung festhalten werden, könnte es sich in Klausuren und Hausarbeiten anbieten, auf die Darstellung des Problems als Meinungsstreit zu verzichten. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Literatur nunmehr dem BGH anschließt.

#### aa) Eine Ansicht

Teilweise wird ein Mietmangel bei einer Schließungsanordnung auf Grund einer Allgemeinverfügung zur Bekämpfung einer epidemischen Lage angenommen.<sup>5</sup> Die Schließungsanordnung knüpfe unmittelbar an die Mietsache und deren Lage im Pandemiegebiet an und begründet sich weder auf persönlichen noch betrieblichen Umständen des Mieters.<sup>6</sup> Demnach ergäbe sich in dem vorliegenden Fall ein Mangel i.S.d. § 536 BGB.

#### bb) Andere Ansicht

Die gegenläufige Ansicht (mittlerweile wohl die herrschende Meinung) verneint einen Mietmangel bei einer Schließungsanordnung auf Grund einer Allgemeinverfügung zur Bekämpfung einer epidemischen Lage.<sup>7</sup> Die pandemiebedingte Untersagung des gewöhnlichen Betriebes der Mietsache sei lediglich ein Gebrauchshindernis und daher das alleinige Verwendungsrisiko des Mieters.<sup>8</sup> Danach liegt nach dieser Ansicht kein Mangel vor.

#### cc) Stellungnahme

Die beiden Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme erforderlich ist. Grundsätzlich können öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen auch nach der Überlassung des Mietobjektes einen Mietmangel begründen, wenn sie dem vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache entgegenstehen.<sup>9</sup> Allerdings bleibt die Voraussetzung hierfür auch weiterhin, dass die öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkung

auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruht.<sup>10</sup> Somit darf die Gebrauchsbeschränkung nicht auf den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters selbst begründet sein und demnach zumindest nicht in den alleinigen Risikobereich des Mieters fallen. Gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Vermieter nur die Pflicht, dem Mieter den Mietgegenstand während der gesamten Vertragslaufzeit so zu erhalten, dass die vertragliche Nutzung des Mietobjektes weiterhin möglich ist. Die Möglichkeit mit dem angemieteten Objekt auch Gewinne zu erzielen, gehört dabei zu den typischen betrieblichen Risiken des Mieters.<sup>11</sup> Zudem verfolgt die Allgemeinverfügung zur Eindämmung des Infektionsgeschehens der Covid-19-Pandemie alleine den Zweck, Zusammenkünfte von Menschen zu verhindern und so mögliche Übertragungswege zu minimieren. Darüber hinaus sind keinerlei Gründe für die behördliche Schließungsanordnung ersichtlich. Damit ist allein die Verwendung des Mietobjektes als Verkaufsfläche der Anknüpfungspunkt für die Allgemeinverfügung und nicht die konkrete Beschaffenheit oder Lage der Mietsache.<sup>12</sup> Dem Vermieter hingegen wird die Überlassung der Mietsache an den Mieter durch die Allgemeinverfügung auch nicht untersagt.<sup>13</sup> Letztlich bleibt die Untersagung der Nutzung der Mietsache für den Publikumsverkehr ein Gebrauchshindernis im alleinigen Risikobereich des Mieters. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Vermieter das entsprechende Risiko vertraglich übernommen hat. Von einer derartigen Risikoübernahme durch den Vermieter kann mangels entsprechender Angaben allerdings nicht ausgegangen werden. Die zweitgenannte Ansicht argumentiert überzeugender. Die Mietsache ist somit nicht mangelhaft.

#### c) Zwischenergebnis

M konnte die Miete somit nicht gem. § 536 Abs. 1 BGB mindern.

#### 2. Befreiung von der Gegenleistung gem. §§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB

M könnte jedoch gem. §§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB von der Erbringung der Gegenleistung, also der Mietzahlung,

<sup>5</sup> LG Kaiserslautern BeckRS 2021, 7514; Teichmann in: Jauernig/Stadler, 18. Aufl. 2021, BGB § 536 Rn. 12a.

<sup>6</sup> Ebd.

<sup>7</sup> OLG Karlsruhe NJW 2021, 945 (946); OLG München NJW 2021, 948 (949); Sittner, Mietrechtspraxis unter Covid-19, NJW 2020, 169 (1171); Streyl, Pandemiebedingte Risikotragung im Mietverhältnis, NZM 2020, 817 (819).

<sup>8</sup> Ebd.

<sup>9</sup> BGH NJW 2017, 1104 (1105).

<sup>10</sup> LG Frankfurt a. M. NJOZ 2021, 266 (267); Streyl (Fn. 7) NZM 2020, 817 (819).

<sup>11</sup> BGH NJW 2011, 3151 (3152); OLG München NJW 2021, 948.

<sup>12</sup> Vgl. OLG Dresden NJW 2021, 953 (957).

<sup>13</sup> OLG Frankfurt a. M. NZM 2021, 395 (398).

befreit sein. Dafür müsste für V die Bereitstellung der Mietsache gem. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich sein. Fraglich wäre bereits, ob § 275 BGB als Regelung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht überhaupt noch Anwendung finden kann, wenn, wie hier, die Mietsache nicht mangelhaft ist und das besondere Leistungsstörungenrecht des Mietrechts nicht greift.<sup>14</sup> Indem dem Vermieter die Bereitstellung der Mietsache durch die Allgemeinverfügung zur Eindämmung des Infektionsgeschehens der Covid-19-Pandemie jedoch sowieso nicht unmöglich wird, kann die Frage der Anwendbarkeit des allgemeinen Störungsrechts insoweit dahinstehen. M ist daher nicht gem. §§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB von der Erbringung der Gegenleistung befreit.

### 3. Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 BGB

M könnte gegen V allerdings einen Anspruch auf Anpassung des Mietvertrages gem. § 313 Abs. 1 BGB haben. Das wäre der Fall, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nachträglich schwerwiegend geändert hätten und die Parteien den Vertrag nicht in der jetzigen Form geschlossen hätten.<sup>15</sup>

#### a) Anwendbarkeit

Dafür müsste die Störung der Geschäftsgrundlage überhaupt anwendbar sein. § 313 BGB ist gegenüber (allen) anderen Regelungen subsidiär.<sup>16</sup> Ein Anspruch auf Anpassung des Mietvertrages kommt daher nur dann in Betracht, wenn es keine abschließende andere gesetzliche oder vertragliche Regelung gibt.

#### aa) Gesetzlich abschließende Regelung

Die sich aus der Corona-Pandemie ergebende Problematik der Kontaktbeschränkungen und die damit verbundenen Einkommensausfälle könnten durch die am 01. April 2020 in Kraft getretenen Art. 240 § 1-4 EGBGB und Art. 5 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht in Verbindung mit den besonderen Gewährleistungsrechten abschließend geregelt worden sein. Damit bestünde für eine Anwendung des § 313 BGB kein Raum. Art. 240 § 2 EGBGB enthält dabei spezifische

Vorschriften zu Miet- und Pachtverhältnissen. Allerdings trifft das Gesetz nach seinem Wortlaut lediglich Aussagen zum Kündigungsrecht des Vermieters. Im Umkehrschluss geht das Gesetz demnach davon aus, dass die Zahlungspflicht des Mieters grundsätzlich weiter bestehen soll.<sup>17</sup> Ob der Mieter jedoch die volle Miete zu entrichten hat, lässt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnehmen. Ebenfalls spricht der Zweck des Gesetzes gegen eine abschließende Regelung. Mieter und Pächter sollen lediglich vor dem unverschuldeten Verlust der Existenzgrundlage durch die Pandemie bewahrt werden.<sup>18</sup> Eine vom Gesetzgeber gewollte einseitige Risikoverlagerung der Pandemie auf den Mieter lässt sich somit nicht ermitteln. Zudem ist aus systematischen Gesichtspunkten bedenklich, einen derartigen Rückschluss aus einer mieterschützenden Vorschrift zu ziehen, so dass aus dieser letztlich eine Vorschrift zu Gunsten des Vermieters werden würde.<sup>19</sup> Eine abschließende gesetzliche Regelung, die zur Unanwendbarkeit der Störung der Geschäftsgrundlage führen würde, existiert demnach nicht.<sup>20</sup>

#### bb) Vertragliche abschließende Regelung

Allerdings könnten V und M eine vertragliche Regelung getroffen haben, nach der das Risiko für eine Schließung des Mietobjektes auf Grund einer Allgemeinverfügung zur Eindämmung des Infektionsgeschehens der Covid-19-Pandemie einseitig auf Seiten des Mieters M liegen soll. Eine solche vertragliche Regelung könnte § 5 Nr. 3 des Mietvertrages darstellen. Dies ist durch Auslegung gem. §§ 133, 157, 242 BGB zu ermitteln.<sup>21</sup> Nach § 5 Nr. 3 hat M keinen Anspruch auf Minderung und Schadensersatz, wenn die Gas-, Strom- und Wasserversorgung oder Entwässerung durch einen nicht von dem Vermieter zu vertretenden Umstand unterbrochen wurde oder wenn Überschwemmungen oder sonstige Katastrophen eintreten. Demnach bezieht sich der Wortlaut des § 5 Nr. 3 des Mietvertrages nur auf Mängel- oder Schadensersatzansprüche des M. Selbst wenn die Covid-19-Pandemie eine sonstige Katastrophe im Sinne einer zufälligen Umweltkatastrophe nach § 5 Nr. 3 des Mietvertrages darstellen würde, kann eine allgemeine Risikoverteilung auf den Mieter mit dem

<sup>14</sup> Wenn ein Mangel vorliegt, sind die §§ 536 ff. BGB nach ganz h.M. spezieller. Hier würde sich allerdings das Problem einer vom Schuldner nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung stellen. Zu dieser Problematik ausführlich: *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Auflage 2005, § 10 Rn. 1 ff.

<sup>15</sup> *Finkenauer* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage 2019, § 313 Rn. 54ff.

<sup>16</sup> Vgl. *Stadler* in: *Jauernig/Stadler* (Fn. 5), § 313 Rn. 7.

<sup>17</sup> Vgl. *BT-Drucks.* 19/18119 S. 35.

<sup>18</sup> *Ebd.*

<sup>19</sup> Vgl. *Widerhold* in: *BeckOK BGB*, 61. Ed. 01.02.2022, EGBGB Art. 240 § 2 Rn. 10.

<sup>20</sup> A.A.: *LG München II BeckRS* 2020, 34263.

<sup>21</sup> *Klose*, Mietrechtliche Folgen der COVID-19-Pandemie, *NZM* 2021, 832 (833).

Verzicht sämtlicher Ansprüche gegen den Vermieter, einschließlich einer Vertragsanpassung nach § 313 BGB, nicht angenommen werden.

### cc) Zwischenergebnis

Eine abschließende gesetzliche oder vertragliche Regelung, die zum Ausschluss eines Anspruches des M auf Anpassung des Mietvertrages gem. § 313 Abs. 1 BGB führt, besteht daher nicht. § 313 Abs. 1 BGB ist somit weiterhin anwendbar.

### b) Umstand als Geschäftsgrundlage

Zunächst müsste ein Umstand vorliegen, der zur Grundlage des Mietverhältnisses geworden ist. Die Geschäftsgrundlage eines Vertrages wird durch die bei Vertragsabschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen der Parteien oder die dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände gebildet, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut.<sup>22</sup> Der Mietvertrag zwischen M und V wurde mit dem Zweck abgeschlossen, ein Einzelhandelsgeschäft zu betreiben. Bei Vertragsabschluss 2013 ist nicht ersichtlich, dass die Parteien mit einer Pandemie und entsprechenden hoheitlichen Maßnahmen gerechnet haben. Vielmehr musste von einer weitestgehend möglichen Öffnung für den Kundenverkehr ausgegangen werden. Mit der Pandemie und der Allgemeinverfügung haben sich daher die politischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Mietvertrages geändert (sog. *Große Geschäftsgrundlage*<sup>23</sup>).

### c) Reales Element

Weiterhin müsste das sogenannte „reale Element“ gegeben sein.<sup>24</sup> Das bedeutet, dass sich der Umstand (s.o.) schwerwiegend geändert haben müsste. Dies könnte gem. Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB zu vermuten sein. Problematisch ist jedoch, dass Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB erst am 01. Januar 2021 in Kraft getreten ist. Die Vorschrift könnte eine echte Rückwirkung entfalten und dürfte daher nicht auf Sachverhalte angewandt werden, die vor Inkrafttreten der

Vorschrift bereits abgeschlossen waren.<sup>25</sup> Überwiegend wird allerdings angenommen (auch in der Gesetzesbegründung<sup>26</sup>), dass Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB auch auf bereits abgeschlossene Sachverhalte angewendet werden kann, solange sie noch nicht rechtskräftig entschieden worden sind.<sup>27</sup> Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB findet jedoch nur auf das „reale Element“ Anwendung und hat daher einen sehr begrenzten Regelungsgehalt.<sup>28</sup> Die Frage kann also dahinstehen.

Hinweis: Der BGH bleibt in seiner Entscheidung die Antwort schuldig, „warum“ die Frage dahinstehen kann. Als Argumentation in der Klausur könnte Folgendes dienen: Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB beinhaltet im Grunde keine eigenständige Regelung, sondern stellt nur die Rechtslage fest, die ohnehin besteht. Es handelt sich somit lediglich um eine Klarstellung.<sup>29</sup>

Hintergrund des Art. 240 § 7 EGBGB war nämlich, dass der Gesetzgeber der bis dato sehr unterschiedlichen Rechtsprechung in den verschiedenen LG- und OLG-Bezirken entgegenwirken und schnell für Rechtsklarheit sorgen wollte.<sup>30</sup>

### d) Hypothetisches Element

Es müsste auch das hypothetische Element vorliegen. Indem zumindest M den Vertrag nicht so wie ursprünglich vereinbart abgeschlossen hätte, wenn Einschränkungen auf Grund einer Pandemie zu befürchten gewesen wären, liegt auch das hypothetische Element vor.

### e) Normatives Element

Letztendlich dürfte das Risiko für den schwerwiegend veränderten Umstand, also die Möglichkeit das Geschäft zu öffnen, nicht aus der Risikosphäre einer Vertragspartei stammen. Grundsätzlich liegt das Verwendungsrisiko und damit auch die Möglichkeit mit dem Mietobjekt Gewinne zu erzielen im Bereich des Mieters (s.o.). Die hoheitlichen Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung gehen jedoch über das normale unternehmerische Risiko eines Gewerbetreibenden hinaus und begründen sich auch nicht in einer unternehmerischen Entscheidung.<sup>31</sup> Das Risiko für den

<sup>22</sup> BGH NJW 2012, 1718 (1720).

<sup>23</sup> Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 17. Auflage 2013, § 37 Rn. 12.

<sup>24</sup> Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil (Fn. 23), § 37 Rn. 11.

<sup>25</sup> Vgl. Deutgen/Frohn, Folgen des Lockdowns für das Gewerberaummietrecht: Störung der Geschäftsgrundlage von Miet- und Pachtverträgen, JM 2021, 193 (194).

<sup>26</sup> BT-Drucks. 19/25322 S. 24.

<sup>27</sup> OLG Karlsruhe NJW 2021, 945 (946); Lorenz in: BeckOK BGB, 61. Ed. 01.02.2022, EGBGB Art. 240 § 7 Rn. 1.

<sup>28</sup> BT-Drucks. 19/25322, S. 20; Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 27), EGBGB Art. 240 § 7 Rn. 2.

<sup>29</sup> Vgl. BT-Drucks. 19/25322 S. 19–21.

<sup>30</sup> Vgl. BT-Drucks. 19/25322 S. 14f.

<sup>31</sup> OLG München NJW 2021, 948 (951).

schwerwiegend veränderten Umstand liegt daher nicht alleine in der Risikosphäre des M.

#### f) Rechtsfolge

Auch wenn die Voraussetzungen der Störung der Geschäftsgrundlage vorliegen, ergibt sich hieraus nicht automatisch ein Anspruch auf die Anpassung des Vertrages. Vielmehr muss durch eine Gesamtbetrachtung ermittelt werden, inwieweit dem Mieter das Festhalten am ursprünglichen Vertrag nicht zugemutet werden kann.<sup>32</sup> Auch mögliche oder getroffene Maßnahmen zur Abmilderung der Folgen der Beschränkungen, wie staatliche Hilfen oder die Einrichtung eines Lieferservices, müssen dabei berücksichtigt werden. Auf der anderen Seite müssen auch die Interessen des Vermieters an dem Festhalten des ursprünglichen Vertrages in die Gesamtabwägung einfließen.<sup>33</sup> Mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt hat sich hier das Lebensrisiko einer Pandemie realisiert, das für den Mieter und Vermieter gleich bestand. Somit muss eine Vertragsanpassung, die ein hälftiges Entgegenkommen beider Vertragsparteien beinhaltet vorgenommen werden.

auf die Falllösung auswirkt. Der Fall kann durch leichte Änderung im Sachverhalt gut an verschiedene Schwierigkeitsstufen angepasst werden, sodass eine Beschäftigung mit dem Thema für alle Semester attraktiv ist.

#### 4. Zwischenergebnis

Der Anspruch des V auf Zahlung der Miete von April 2020 ist daher in Höhe von 50 %, also 4.000 €, untergegangen.

#### III. Ergebnis

V hat somit einen Anspruch gegen M auf Zahlung der Miete für April 2020 in Höhe von 4.000 € gem. § 535 Abs. 2 BGB.

#### FAZIT

Mit der hier besprochenen Entscheidung hat der BGH erstmalig über die Problematik der Auswirkungen der Corona-Pandemie auf einen Gewerbemietvertrag entschieden. Damit ergibt sich für die Praxis eine eindeutigere Rechtslage und so auch eine bessere unternehmerische Planungssicherheit. Für das Studium ist der Fall auf Grund seiner Mischung aus allgemeinem Schuldrecht, Mietrecht sowie der Einbeziehung des EGBGB besonders interessant. Da jetzt eine BGH-Rechtsprechung zu den hier besprochenen Problemen vorliegt, dürfte diese Fall-Konstellation auch sehr interessant für Prüfungsämter und Klausuren in den Grundkursen und großen Übungen geworden sein, da sich die neue Schuldrechtsreform nicht

<sup>32</sup> OLG Karlsruhe NJW 2021, 945 (947).

<sup>33</sup> BGH NJW-RR 2020, 523 (524).

## Erfolgloser Eilantrag zur Außervollzugsetzung der „einrichtungs- und unternehmensbezogenen Nachweispflicht“ nach § 20a IfSG

Dipl.-Jur., Dipl.-Finw. Jolanda Fiss

BVerfG, Beschl. v. 10.02.2022 - 1 BvR 2649/21

§ 32 BVerfGG, Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art. 12, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 103 Abs. 2 GG

### Sachverhalt (vereinfacht)

Am 31.12.2019 wurde die WHO über Fälle von Lungenentzündungen mit unbekannter Ursache in der chinesischen Stadt Wuhan informiert. Am 07.01.2020 wurde als Ursache ein neuartiges Coronavirus bezeichnet. Im Januar des Jahres 2020 entwickelte sich die Krankheit zu einer Epidemie in China und am 11.03.2020 erklärte die WHO die bisherige Epidemie offiziell zu einer weltweiten Pandemie.

Zur Eindämmung der weltweiten Pandemie wurde das IfSG zum 12.12.2021 dahingehend geändert, dass Personen, die in bestimmten Einrichtungen oder Unternehmen wie Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen tätig sind, zum Schutz der dort befindlichen vulnerablen Gruppen entweder geimpft oder genesen i.S.d. § 2 Nr. 2 oder Nr. 4 der COVID-19-SchAusnahmV sein müssen, es sei denn, sie können auf Grund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus geimpft werden. Bis zum 15.03.2022 haben die in den bestimmten Einrichtungen oder Unternehmen des Gesundheitswesens und der Pflege tätigen Personen der Leitung der Einrichtung oder des Unternehmens einen Impf- oder Genesenennachweis respektive ein ärztliches Zeugnis über das Bestehen einer medizinischen Kontraindikation vorzulegen.

Sofern ein solcher Nachweis nicht vorgelegt wird oder Zweifel an seiner Echtheit bzw. inhaltlichen Richtigkeit bestehen, hat die Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens unverzüglich das Gesundheitsamt zu benachrichtigen. Dieses kann gegenüber Personen, die trotz Anforderung keinen Nachweis innerhalb angemessener Frist vorlegen, ein Betretungsverbot oder ein Tätigkeitsverbot verfügen (§ 20a Abs. 5 S. 3 IfSG).

Darüber hinaus sind verschiedene Regelungen des § 20a IfSG bußgeldbewehrt, vgl. § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h IfSG.

Im Eilrechtsschutz sowie mit Verfassungsbeschwerden vor dem BVerfG wenden sich nun überwiegend im medizinischen oder pflegerischen Einrichtungen und Unternehmen selbstständig, angestellt oder verbeamtet Tätige gegen diese Gesetzesänderung. Sie sind ungeimpft oder lehnen eine weitere Impfung ab, einige von ihnen waren bereits an COVID-19 erkrankt. Weiterhin wenden sich Leiter einer Einrichtung oder eines Unternehmens i.S.d. § 20a Abs. 1 S. 1 IfSG gegen § 20a IfSG, die als Arbeitgeber weiterhin ungeimpfte Personen beschäftigen wollen. Übrige Personen, die sich gegen die Regelung im Eilrechtsschutz wenden, sind solche Personen, die sich bei ungeimpften Ärzten, Zahnärzten oder sonstigen medizinischen Dienstleistern in Behandlung befinden.

Mit ihrem Antrag begehren sie die Außervollzugsetzung des § 20a IfSG, sowie des § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h IfSG. Die Antragssteller tragen zur Begründung ihres Antrags auf einstweilige Anordnung vor, dass die Verfassungsbeschwerde im Hauptverfahren offensichtlich erfolgversprechend sei, zumindest jedoch würde eine Folgenabwägung zu ihren Gunsten ausgehen. Hätte die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache Erfolg und würde der Antrag auf einstweilige Anordnung abgelehnt werden, so seien ernstzunehmende Impfnebenwirkungen und Impfschäden infolge der unumkehrbaren Impfung zu befürchten. Eine Abweisung des Eilantrags führe zu massiven, irreparablen Grundrechtsverstößen (u.a. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 103 Abs. 2, Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2, Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 und 7, Art. 19 Abs. 4 und Art. 33 Abs. 2, 5 GG). Würde dagegen die einstweilige Anordnung erlassen, ohne dass die Verfassungsbeschwerde

später Erfolg hätte, seien die als vulnerabel eingestuften Personengruppen nicht in einem Maße gefährdet, dass dies die Ablehnung einer einstweiligen Anordnung rechtfertigen könnte.

### **Haben die Eilanträge der Antragsteller jeweils Aussicht auf Erfolg?**

**Auf §§ 20a, 73 IfSG wird hingewiesen.**

#### **EINORDNUNG**

Das BVerfG kann im Eilrechtsschutz einen Zustand durch einstweilige Anordnung regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist, vgl. § 32 BVerfGG.

Im vorliegenden Fall wurde die Impfpflicht für bestimmte Personengruppen näher beleuchtet. Das BVerfG hat entschieden, dass für bestimmte Personengruppen, die im Rahmen ihrer Tätigkeit mit vulnerablen Personen in Kontakt treten, eine Impfpflicht zu ihrem Schutze nicht vorläufig ausgesetzt wird.

#### **ORIENTIERUNGSSÄTZE**

1.

a. Die Einführung einer einrichtungs- und unternehmensbezogenen Nachweispflicht in § 20a IfSG als solche begegnet unter Berücksichtigung der in diesem Verfahren eingeholten Stellungnahmen, vor allem der sachkundigen Dritten zum Zeitpunkt dieser Entscheidung, keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

b. Allerdings bestehen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der in § 20a IfSG gewählten gesetzlichen Regelungstechnik. Es handelt sich hier um eine doppelte dynamische Verweisung, da zunächst der Gesetzgeber auf die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung verweist, die ihrerseits auf Internetseiten des Paul-Ehrlich-Instituts und des Robert Koch-Instituts verweist. Insofern stellt sich die Frage, ob und inwieweit eine bindende Außenwirkung der dynamisch in Bezug genommenen Regelwerke hier noch eine hinreichende Grundlage im Gesetz findet.

2. Im Rahmen der bei offenem Ausgang der Hauptsache gebotenen Folgenabwägung überwiegen die Gründe, die gegen eine Außervollzugsetzung der einrichtungs- und unternehmensbezogenen Nachweispflicht sprechen.

a. Trotz der Irreversibilität der Impfung werden den in Einrichtungen i.S.d. § 20a Abs. 1 S. 1 IfSG Tätigen damit keine derart hohen Gesundheitsrisiken auferlegt, dass sie im Rahmen einer Folgenabwägung deutlich die Risiken, die für vulnerable Personen entstehen, überwiegen. Zudem bleibt es den von der Nachweispflicht betroffenen Personen unbenommen, sich gegen eine Impfung zu entscheiden. Dass die damit einhergehenden beruflichen Nachteile schon in der begrenzten Zeit bis zur Entscheidung in der Hauptsache irreversibel oder nur erschwert revidierbar wären oder sonst sehr schwer wögen, ist aber nicht zu besorgen.

b.

aa. Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass die Pandemie nach wie vor durch eine besondere Infektionsdynamik mit hohen Fallzahlen geprägt ist, mit der eine große Infektionswahrscheinlichkeit und dadurch ein entsprechend hohes Gefährdungspotential für vulnerable Personen einhergeht. Für diese ist auch im Hinblick auf die Omikron-Variante des Virus weiterhin eine möglichst frühzeitige Unterbrechung von Übertragungsketten besonders wichtig, zu der ausweislich der weitgehend übereinstimmenden Stellungnahmen der angehörten sachkundigen Dritten eine COVID-19-Impfung in einem relevanten Maß beitragen kann.

bb. Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass sich die vulnerablen Personen grundsätzlich nur eingeschränkt selbst gegen eine Infektion schützen können und sie zudem auf die Inanspruchnahme der Leistungen, welche die der Gesundheit und Pflege dienenden Einrichtungen und Unternehmen i.S.d. § 20a Abs. 1 S. 1 IfSG erbringen, ganz überwiegend angewiesen sind.

cc. In der begrenzten Zeit bis zur Entscheidung in der Hauptsache ist daher bei Erlass der einstweiligen Anordnung zu erwarten, dass der Kontakt vulnerabler Gruppen mit Personen ohne Impfschutz die Zahl der – insofern irreversiblen – Infektionen mit schweren oder sogar tödlichen Krankheitsverläufen erhöht.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

## A. Zulässigkeit

## I. Zuständigkeit des BVerfG

## II. Beschwerdefähigkeit

## III. Beschwerdegegenstand/Statthaftigkeit des Verfahrens

## IV. Beschwerdebefugnis

## 1. Mögliche Grundrechtsverletzung

## 2. Konkrete Betroffenheit

## a. Selbstbetroffenheit

## b. Gegenwärtigkeit

## c. Unmittelbarkeit

## d. Zwischenergebnis

## V. Keine Vorwegnahme der Hauptsache

## VI. Form und Frist

## VII. Zwischenergebnis

## B. Begründetheit

## I. Anforderungen an eine einstweilige Anordnung

## II. Zweistufiges Verfahrens

## 1. Erste Stufe

## a. Offensichtliche Unzulässigkeit des Hauptsacheverfahrens

## b. Offensichtliche Unbegründetheit des Hauptsacheverfahrens

## 2. Zweite Stufe

## a. Ablehnung der einstweiligen Anordnung, Verfassungsbeschwerde hat Erfolg

## b. Einstweilige Anordnung ergeht, Verfassungsbeschwerde hat keinen Erfolg

## c. Ergebnis der Folgenabwägung

## C. Ergebnis

Die einzelnen Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung haben Aussicht auf Erfolg, sofern diese zulässig und soweit diese begründet sind.

**A. Zulässigkeit**

Die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung könnten zulässig sein.

**I. Zuständigkeit des BVerfG**

Das BVerfG müsste zuständig sein. Die Zuständigkeit für die einstweilige Anordnung richtet sich nach dem in der Hauptsache einschlägigen Verfahren.<sup>1</sup> Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90ff. BVerfGG ist das BVerfG für die Entscheidung über die Verfassungsbeschwerden zuständig, sodass auch im Eilverfahren nach § 32 BVerfGG das BVerfG zuständig ist.

**II. Beschwerdefähigkeit, § 90 Abs. 1 i.V.m. § 32 BVerfGG**

Die Zulässigkeit des Eilantrags orientiert sich an dem Hauptsacheverfahren.<sup>2</sup> Demnach müssten die Antragssteller im Hauptverfahren beschwerdefähig sein. Dies kann nach § 90 Abs. 1 i.V.m. § 32 BVerfGG jedermann sein, d.h. jeder, der Träger von Grundrechten oder den in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG aufgeführten grundrechtsgleichen Rechten ist.<sup>3</sup> Bei den Antragsstellern handelt es sich um natürliche Personen, sodass diese Grundrechtsträger und damit beschwerdefähig i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG sind.

**III. Beschwerdegegenstand/Statthaftigkeit des Verfahrens**

Darüber hinaus müsste für die einstweilige Anordnung im Hauptverfahren ein tauglicher Beschwerdegegenstand vorliegen. Tauglicher Beschwerdegegenstand i.S.v. § 90 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. § 32 BVerfGG ist jeder Akt der öffentlichen Gewalt. In Betracht kommen alle Akte der Legislative, Exekutive oder Judikative, vgl. Art. 1 Abs. 3 GG.<sup>4</sup>

Die Beschwerdeführer wenden sich gegen Regelungen des IfSG und somit gegen ein formelles Gesetz. Es handelt sich mithin um einen Akt der Legislative, sodass ein tauglicher Beschwerdegegenstand nach § 90 Abs. 1 i.V.m. § 32 BVerfGG vorliegt.

**IV. Beschwerdebefugnis**

Die Antragssteller müssten zudem beschwerdebefugt sein. Erforderlich ist dafür die Geltendmachung der Verletzung eigener Grundrechte oder grundrechtsgleicher Rechte. Darüber hinaus bedarf es einer Selbst-, gegenwärtigen und unmittelbaren Betroffenheit der Beschwerdeführenden durch den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt.<sup>5</sup>

Die Antragssteller rügen im Rahmen ihrer Verfassungsbeschwerde eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1; Art. 2 Abs. 1,

<sup>1</sup> Grafshof in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand: 61. EL Juli 2021, § 32 BVerfGG Rn. 1.

<sup>2</sup> Walter in: BeckOK BVerfGG, 12. Edition, Stand 01.12.2021, § 32 BVerfGG Rn. 17.

<sup>3</sup> Epping, Grundrechte, Rn. 153.

<sup>4</sup> Epping (Fn. 4), Rn. 175.

<sup>5</sup> Burghart in Leibholz/Rinck, Grundgesetz – Rechtsprechung des BVerfG Kommentar, Art. 93 GG Rn. 601-603.

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1; Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 103 Abs. 2; Art. 2 Abs. 2 S. 1; Art. 3 Abs. 1; Art. 4 Abs. 1; Art. 6 Abs. 2; Art. 10 Abs. 1; Art. 11 Abs. 1; Art. 12 Abs. 1; Art. 13 Abs. 1 und 7; Art. 19 Abs. 4 und Art. 33 Abs. 2 und 5 GG.

### 1. Mögliche Grundrechtsverletzung

Eine Grundrechtsverletzung darf nicht von vornherein offensichtlich ausgeschlossen sein, sie muss zumindest möglich erscheinen.<sup>6</sup>

Eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, sowie der Verletzung der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG und der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 103 Abs. 2 GG erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen.<sup>7</sup> Insoweit kann dahinstehen, ob auch eine Verletzung der anderen gerügten Grundrechte möglich ist.

In Bezug auf die Beschwerdeführer, die sich bei ungeimpften Ärzten, Zahnärzten oder sonstigen medizinischen Dienstleistern in Behandlung befinden und diese fortführen wollen, kommt eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht. Art. 2 Abs. 1 GG schützt jedes menschliche Verhalten.<sup>8</sup> Damit fällt unter den Schutzbereich auch die freie Wahl des behandelnden Arztes. Das BVerfG ist in seiner Entscheidung nur auf die o.g. drei Grundrechte eingegangen. Eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit, der Berufsfreiheit oder des Grundsatzes *nulla poena sine lege*<sup>9</sup> ist in Bezug auf diejenigen Beschwerdeführer, die sich weiterhin von ungeimpften medizinischen Dienstleistern behandeln lassen wollen, nicht möglich.

### 2. Konkrete Betroffenheit

Neben einer möglichen Grundrechtsverletzung ist außerdem erforderlich, dass die Beschwerdeführer durch den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sind.<sup>10</sup>

#### a. Selbstbetroffenheit

Eine Antragsstellung ist nur dann möglich, sofern der Antragssteller selbst durch den staatlichen Akt betroffen ist.

Diejenigen Antragssteller, die Nachweise gegenüber den

in § 20a IfSG genannten Einrichtungen erbringen müssen und diejenigen, die eine solche Kontrolle bei den von ihnen Beschäftigten durchführen müssen, sind im vorliegenden Fall selbst Adressaten der Norm.<sup>11</sup> Als Adressaten der Norm sind sie durch den staatlichen Akt mithin selbst betroffen.

Problematisch erscheint die Selbstbetroffenheit in den Fällen, in denen die Antragssteller solche sind, die sich bei ungeimpften Ärzten, Zahnärzten oder sonstigen medizinischen Dienstleistern in Behandlung befinden. Sie selbst haben keine Nachweise zu erbringen und sind daher nicht als direkte Adressaten der Norm zu sehen, sodass eine Selbstbetroffenheit zu verneinen wäre. Eine Selbstbetroffenheit kann in diesen Fällen jedoch dann bejaht werden, wenn sie durch eine an Dritte gerichtete Vorschrift einen Beschwerdeführer nicht nur reflexartig, sondern diesen in rechtlich erheblicher Weise berührt. Dies kann dann bejaht werden, wenn das an den Dritten gerichtete Verbot mittelbar auch darauf gerichtet ist, die Freiheit von Grundrechtsträgern einzuschränken, die als solche nicht Normadressaten sind.<sup>12</sup>

§ 20a IfSG regelt indes nicht, dass Personen, die dies wünschen, sich nicht von ungeimpft tätigen Personen i.S.d. § 20a IfSG behandeln lassen dürfen. Auch spricht § 20a IfSG selbst kein Betretungsverbot bzw. Tätigkeitsverbot aus, sondern ermächtigt nach § 20a Abs. 5 IfSG nur das Gesundheitsamt ein solches auszusprechen. Demnach ist § 20a IfSG selbst nicht darauf gerichtet, durch das an Dritte gerichtete Verbot mittelbar auch diejenige Freiheit von Grundrechtsträgern einzuschränken, die als solche nicht Normadressaten sind. Insofern scheidet eine Selbstbetroffenheit hinsichtlich dieses Personenkreises aus.

#### b. Gegenwärtigkeit

Darüber hinaus müsste eine gegenwärtige Betroffenheit gegeben sein. Eine solche ist dann gegeben, wenn der Akt der öffentlichen Gewalt aktuelle grundrechtsbeeinträchtigende Rechtswirkung entfaltet, d.h. Rechtswirkungen gegenüber dem Beschwerdeführer entfaltet, die sich bereits realisiert haben, noch fortwirken oder sich mit Sicherheit in der Zukunft realisieren werden.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> BVerfGE 129, 49 (67); Epping (Fn. 4), Rn. 179.

<sup>7</sup> BVerfG, Urt. v. 10.02.2022 - 1 BvR 2649/21, Rn. 13.

<sup>8</sup> Epping (Fn. 4), Rn. 560.

<sup>9</sup> Lat. „Keine Strafe ohne Gesetz“ – Epping (Fn. 4), Rn. 960.

<sup>10</sup> Burghart in Leibholz/Rinck (Fn. 6), Art. 93 GG Rn. 601-603.

<sup>11</sup> Grünewald in: BeckOK BVerfGG (Fn. 3), § 90 BVerfGG Rn. 103.

<sup>12</sup> Burghart in: Leibholz/Rinck (Fn. 4), Art. 93 GG Rn. 601.

<sup>13</sup> Grünewald in: BeckOK BVerfGG (Fn. 3), § 90 BVerfGG Rn. 94.

Nach § 20a Abs. 2 IfSG müssen Personen, die in den in § 20a Abs. 1 S. 1 IfSG genannten Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind, der Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens bis zum 15.03.2022 einen Nachweis über die Impfung bzw. deren medizinische Kontraindikation oder den Genesenenstatus vorlegen.

Die Änderungen des IfSG nach § 20a IfSG und § 73 IfSG sind bereits in Kraft getreten und die Beschwerdeführer sind ebenfalls bereits vor Ablauf des 15.03.2022 dazu angehalten, den Nachweispflichten nachzukommen bzw. die Nachweise zu überprüfen. Damit liegt eine gegenwärtige Betroffenheit solcher Personen, die zum Nachweis verpflichtet wie auch solcher, die zur Überprüfung verpflichtet sind, vor.

#### **Anmerkung:**

Antragssteller, die sich von einem ungeimpften Arzt, Zahnarzt oder medizinischen Dienstleister behandeln lassen wollen, können dieses bis zum 16.03. ohne Weiteres tun. Erst ab dem 16.03. ist es dem Gesundheitsamt möglich, ein Betretungsverbot oder Tätigkeitsverbot zu verfügen. Demnach können die Antragssteller zum Zeitpunkt des Antrags auf einstweilige Anordnung ihren behandelnden Arzt, Zahnarzt oder medizinischen Dienstleister noch frei wählen. Es könnte demnach an einer gegenwärtigen Betroffenheit mangeln. Eine gegenwärtige Betroffenheit kann jedoch auch dann angenommen werden, wenn die materiellen Rechtswirkungen der Norm zwar erst in Zukunft eintreten werden, der Adressatenkreis aber bereits feststeht und sich deutlich abzeichnet, in welcher Weise die Beschwerdeführer betroffen sein werden.<sup>14</sup> Bei Verfügung eines Betretungsverbots bzw. Tätigkeitsverbots ist es Patienten der behandelnden Ungeimpften nicht mehr möglich, ihren Arzt, Zahnarzt oder medizinischen Dienstleister frei zu wählen. Die Möglichkeit des Erlasses eines solchen Tätigkeitsverbots bzw. Betretungsverbots ist in naher Zukunft zu befürchten, so dass bereits im Zeitpunkt der Antragsstellung von einer gegenwärtigen Betroffenheit ausgegangen werden kann.

Eine andere Ansicht ist nach Dafürhalten der Verfasserin möglich.

#### **c. Unmittelbarkeit**

Die Antragssteller müssen darüber hinaus durch die Vorschrift unmittelbar betroffen sein. Eine unmittelbare Betroffenheit ist dann gegeben, wenn die Einwirkung auf die Rechtsstellung nicht erst mittels eines weiteren Aktes eintritt oder von einem solchen abhängig ist.<sup>15</sup>

Die Vorschriften des IfSG betreffen sowohl diejenigen, die der Impf- und Nachweispflicht ggü. ihrem Arbeitgeber oder ihrem Unternehmen i.S.d. § 20a IfSG nachkommen müssen, als auch diejenigen, die die Nachweise überprüfen müssen. Demnach ist in Bezug auf diese Antragssteller eine unmittelbare Betroffenheit zu bejahen.

#### **Anmerkung:**

Diejenigen Antragssteller, die eine Behandlung durch einen ungeimpften Arzt, Zahnarzt oder sonstigen medizinischen Dienstleister begehren, haben selbst keine Meldepflicht bzw. Impfpflicht zu erfüllen, sodass deren unmittelbare Betroffenheit fraglich erscheint.

Erforderlich ist in dem Fall, dass sofern ein Akt der öffentlichen Gewalt sich an Dritte richtet, der Beschwerdeführer selbst in rechtlich erheblicher Weise betroffen sein muss und nicht nur mittelbar faktisch.<sup>16</sup> Erforderlich ist dahingehend „eine hinreichend enge Beziehung zwischen der Grundrechtsposition des Beschwerdeführers und der Maßnahme“.<sup>17</sup>

Im vorliegenden Fall sind diejenigen, die sich einer Behandlung bei ungeimpften Ärzten, Zahnärzten oder sonstigen medizinischen Dienstleistern unterziehen wollen daran gehindert, sofern diese nicht weiter praktizieren dürfen. Sie können mithin ihre Wahl nicht frei treffen. Aufgrund dieser Beziehung zwischen Patient und Arzt könnte eine hinreichend enge Beziehung zwischen der Grundrechtsposition derjenigen Antragssteller und der Maßnahme zu bejahen sein.

Zu beachten ist jedoch, dass nach § 20a Abs. 5 IfSG ein Betretungsverbot bzw. Tätigkeitsverbot für Personen nach § 20a IfSG erst ausgesprochen wird, wenn der Impfnachweis bzw. Genesenennachweis nicht erbracht wird. Die Entscheidung darüber steht im Ermessen des Gesundheitsamtes. Solange eine solche Entscheidung noch nicht getroffen ist, ist es den Betroffenen

<sup>14</sup> Burghart in: Leibholz/Rinck (Fn. 6), Art. 93 GG Rn. 603.

<sup>15</sup> Grünewald in: BeckOK BVerfGG (Fn. 3), § 90 BVerfGG Rn. 99.

<sup>16</sup> Kment in Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 93 GG Rn. 29.

<sup>17</sup> BVerfGE 108, 370 (384).

weiterhin möglich einen ungeimpften Arzt, Zahnarzt oder entsprechend sonstige medizinische Einrichtung aufzusuchen.

Die Entscheidung des Gesundheitsamtes kann bei Nichtbefolgung der Norm nicht ohne Weiteres vorhergesagt werden. Im Rahmen einer Ermessensentscheidung sind sämtliche Umstände des Einzelfalls in die Entscheidung mit einzubeziehen.<sup>18</sup> Stünde bspw. ein Krankenhaus aufgrund hoher Infektionszahlen oder einer hohen Anzahl an ungeimpften Beschäftigten kurz davor die Behandlung und Betreuung der Patienten nicht mehr gewährleisten zu können und könnte dieser Umstand dadurch beseitigt werden, dass das ungeimpfte Personal weiter tätig werden dürfte, ist es durchaus denkbar, dass in diesem Fall kein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot ausgesprochen wird.

Unter Berücksichtigung dieses Umstandes ist die Möglichkeit zukünftiger Behandlungen durch ungeimpftes medizinisches Personal von einer weiteren wesentlichen Entscheidung, der des Gesundheitsamtes, abhängig. Eine unmittelbare Betroffenheit derjenigen Kläger, die sich von ungeimpftem medizinischem Personal behandeln lassen möchten, ist also zu verneinen.

## V. Rechtsschutzbedürfnis

Der einstweilige Rechtsschutz hat primär Sicherungsfunktion; es soll verhindert werden, dass bereits durch die einstweilige Anordnung vollendete Tatsachen geschaffen werden. Eine Vorwegnahme der Hauptsache ist demnach grundsätzlich nicht zulässig.<sup>19</sup> Eine Vorwegnahme besteht vor allem dann, wenn der Streitgegenstand des Hauptverfahrens durch ein einmaliges oder nur durch eine kurze Zeit währendes Geschehen bestimmt wird.<sup>20</sup>

Bis zum 15.03. haben die Bediensteten der in § 20a IfSG genannten Einrichtungen Nachweise über ihren Genesenstatus bzw. die Gültigkeit ihres Impfbzertifikats zu erbringen. Diese Nachweise sind stets nur für einen bestimmten Zeitraum gültig; danach bedarf es eines erneuten Vorlegens der Nachweise bzw. einer Kontrolle der Nachweise. Es handelt sich demnach um einen sich stetig wiederholenden Vorgang und mithin nicht um ein einmaliges Ereignis; eine Vorwegnahme der Hauptsache ist folglich nicht gegeben.

## VI. Form und Frist

Die Anträge auf eine einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG wurden form- und fristgerecht innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten (§§ 23 Abs. 1, 92, 93 Abs. 3 i.V.m. 32 BVerfGG) des IfSG erhoben.

## VII. Zwischenergebnis

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung seitens derjenigen Antragssteller, die die Impf- und Meldepflicht nach § 20a IfSG erfüllen müssen und derjenigen, die zur Kontrolle der Meldepflichten angehalten sind, ist zulässig.

Unzulässig ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung derjenigen Antragssteller, die sich weiterhin von ungeimpften Ärzten, Zahnärzten oder sonstigen medizinischen Einrichtungen behandeln lassen wollen.

## B. Begründetheit

Die Anträge sind begründet, soweit der Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist (§ 32 Abs. 1 BVerfGG).

## I. Prüfungsmaßstab

Wegen der weittragenden Folgen einer verfassungsrechtlichen Anordnung ist regelmäßig ein strenger Maßstab bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 BVerfGG vorliegen, anzulegen.

Aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG folgt der bekannte Grundsatz der Gewaltenteilung. Durch die Möglichkeit des BVerfG den Vollzug eines Gesetzes auszusetzen, erfolgt ein erheblicher Eingriff in die originäre Zuständigkeit des Gesetzgebers.<sup>21</sup> Aufgrund dessen müssen die für eine vorläufige Regelung sprechenden Gründe schon im Regelfall so schwer wiegen, dass sie den Erlass einer einstweiligen Anordnung unabdingbar machen. Sofern der Antrag auf Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes gerichtet ist, müssen die dafür vorgetragenen Gründe ein ganz besonderes Gewicht haben und in Ausmaß und Schwere deutlich die Nachteile überwiegen, die im Falle der vorläufigen Außerkraftsetzung eines sich als verfassungsgemäß erweisenden

<sup>18</sup> Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, § 8 Rn. 325, 326.

<sup>19</sup> Graßhof in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 2), § 32 BVerfGG Rn. 48.

<sup>20</sup> Graßhof in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 2), § 32 BVerfGG Rn. 48.

<sup>21</sup> BVerfGE 157, 332 (374).

Gesetzes einträten.<sup>22</sup>

Stehen die jeweiligen Nachteile der abzuwägenden Folgenkonstellationen einander etwa gleichwertig gegenüber, so gebietet sich mit Blick auf die Gewaltenteilung nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG die notwendige Zurückhaltung des BVerfG, das angegriffene Gesetz auszusetzen, bevor geklärt ist, ob es mit dem Grundgesetz vereinbar ist.<sup>23</sup>

Ob eine einstweilige Anordnung ergeht, ist im Rahmen eines zweistufigen Verfahrens zu prüfen. Auf der ersten Stufe ist zu prüfen, ob das Hauptverfahren von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist.<sup>24</sup> Sollte das Ergebnis der Prüfung sein, dass eins der beiden vorgenannten Ergebnisse gegeben ist, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen.<sup>25</sup> Sofern das Hauptverfahren nicht von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, ist auf der zweiten Stufe eine Folgenabwägung vorzunehmen.<sup>26</sup>

### 1. Erste Stufe

Es ist zu prüfen, ob das Hauptsacheverfahren von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist.

#### a. Offensichtliche Unzulässigkeit des Hauptsacheverfahrens

Das Hauptverfahren dürfte nicht offensichtlich unzulässig sein. Neben den bereits geprüften Voraussetzungen ergeben sich keine weiteren nennenswerten Punkte, sodass hier von einer Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde im Hauptsacheverfahren auszugehen ist. Damit ist das Hauptverfahren nicht als von vornherein unzulässig zu erachten (bis auf den o.g. Fall).

#### Anmerkung:

Die „Offensichtliche Unzulässigkeit des Hauptsacheverfahrens“ kann auch im „Rechtsschutzbedürfnis“ im Rahmen der Zulässigkeit geprüft werden.

#### b. Offensichtliche Unbegründetheit des Hauptsacheverfahrens

Die Verfassungsbeschwerde im Hauptsacheverfahren dürfte nicht von vornherein offensichtlich unbegründet sein.

Vorliegend könnte sich ein Problem im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit des § 20a IfSG ergeben. Problematisch erscheint dahingehend, dass der Gesetzgeber zunächst auf die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung verweist, welche ihrerseits wiederum auf die Internetseiten des Paul-Ehrlich-Instituts und des Robert-Koch-Instituts verweisen. Es stellt sich insoweit die Frage, ob und inwieweit eine bindende Außenwirkung der dynamisch in Bezug genommenen Regelwerke hier noch eine hinreichende Grundlage im Gesetz findet und sofern diese Frage zu bejahen ist, ob und inwieweit ein tragfähiger Sachgrund auch dafür vorliegt, dass nicht dem Verordnungsgeber selbst die Konkretisierung des vorzulegenden Impf- oder Genesenennachweises und damit auch der geimpften und genesenen Personen im Sinne des Gesetzes bestimmt, sondern dies den Bundesinstituten überlassen wird.

Für das Vorliegen der offensichtlichen Unbegründetheit ist entscheidend, ob das Gericht im Zeitpunkt seiner Entscheidung der Auffassung ist, dass kein Gesichtspunkt erkennbar ist, der für den gestellten Antrag erfolgversprechend ist.<sup>27</sup> Im vorliegenden Fall lassen sich die aufgeworfenen Rechtsfragen aber nicht ohne Weiteres beantworten. Der Antrag kann daher nicht als offensichtlich unbegründet angesehen werden.<sup>28</sup>

### 2. Zweite Stufe

Bei einem offenen Ausgang des Hauptsacheverfahrens ist eine Folgenabwägung in der Weise vorzunehmen, dass die Nachteile, die einträten, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge mit den Nachteilen abzuwägen sind, die eintreten würden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache aber der Erfolg zu versagen wäre.<sup>29</sup>

Insoweit ist von entscheidender Bedeutung, ob die

<sup>22</sup> BVerfGE 122, 342 (361), 157, 394 (402 f.).

<sup>23</sup> BVerfGE 157, 393 (402f.).

<sup>24</sup> BVerfGE 153, 65 (87); Walter in: Walter/Grünewald (Fn. 3), 10. Edition, Stand: 01.01.2021, § 32 Rn. 42ff.

<sup>25</sup> Grafshof in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 2), § 32 Rn. 97.

<sup>26</sup> Walter in: Walter/Grünewald (Fn. 3), 10. Edition, Stand: 01.01.2021, § 32 Rn. 42ff.

<sup>27</sup> Barcark in: Barcark, BVerfG-Kommentar, § 32 Rn. 43.

<sup>28</sup> BVerfG, Urt. v. 10.02.2022 – 1 BvR 2749/21, Rn. 14.

<sup>29</sup> BVerfGE 80, 360 (365); Grafshof in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 2), § 32 BVerfGG Rn. 108.

Nachteile irreversibel oder auch nur sehr erschwert revidierbar sind, um das Aussetzungsinteresse durchschlagen zu lassen. Dabei sind in der Folgenabwägung auch solche Auswirkungen einzubeziehen, die nicht die Beschwerdeführenden betreffen, sondern es sind hierbei alle von dem Gesetz Betroffenen mit einzubeziehen.<sup>30</sup>

#### **a. Ablehnung der einstweiligen Anordnung, Verfassungsbeschwerde hat Erfolg**

Sofern eine einstweilige Anordnung nicht erginge und die Verfassungsbeschwerde später Erfolg hätte, sind die folgenden Positionen miteinander aufzuwägen: Kommen die betroffenen Menschen der Impfpflicht nach und willigen damit in die Impfung ein, so löst diese Impfung eine körperliche Reaktion aus und das körperliche Wohlbefinden kann zumindest vorübergehend beeinträchtigt sein. In Einzelfällen kann es darüber hinaus auch möglich sein, dass schwerwiegende Impfreaktionen eintreten, welche im seltenen Ausnahmefall auch tödlich enden können. Außerdem ist zu beachten, dass eine Impfung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Es muss dabei jedoch auch betont werden, dass das Gesetz nicht verlangt, dass eine Impfung unbedingt erforderlich ist. Für diejenigen Personen, die sich nicht impfen lassen wollen, besteht auch die Möglichkeit des Wechsels der bislang ausgeübten Tätigkeit oder des Arbeitsplatzes bzw. letztlich auch die Aufgabe des Berufs.<sup>31</sup>

#### **b. Einstweilige Anordnung ergeht, Verfassungsbeschwerde hat keinen Erfolg**

Sofern auf der andere Seite die einstweilige Anordnung erginge, die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache jedoch keinen Erfolg hätte, so wären die folgenden Rechtspositionen betroffen: Menschen höheren Alters, sowie Menschen mit Vorerkrankungen, einem geschwächten Immunsystem oder mit Behinderungen (vulnerable Gruppen) wären dann in der Zeit bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde einer deutlich größeren Gefahr ausgesetzt, sich mit dem SARS-CoV-2 zu infizieren und deshalb schwer oder gar tödlich zu erkranken. Dabei ist davon auszugehen, dass Angehörige vulnerabler Gruppen sich grundsätzlich leichter infizieren, weil bei ihnen – auch im Falle einer Impfung – ein von vornherein reduzierter und

im Laufe der Zeit schneller abnehmender Immunschutz besteht, sodass sie im Falle einer Infektion ein erhöhtes Risiko haben, schwer oder gar tödlich zu erkranken.<sup>32</sup> Dagegen kann davon ausgegangen werden, dass COVID-19-Impfungen einen relevanten Schutz vor einer Infektion auch mit der Omikron-Variante des Virus bewirken bzw. vor einem schweren Verlauf effektiv schützen.<sup>33</sup> Würde die einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht vorläufig außer Vollzug gesetzt, so besteht die Gefahr, dass Personen, die in den in § 20a Abs. 1 S. 1 IfSG genannten Einrichtungen und Unternehmen tätig sind, sich selbst infizieren und dann das Virus auf vulnerable Personen übertragen. In der Folge müsste damit gerechnet werden, dass sich auch in der Zeit bis zu einer Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde mehr Menschen, die den vulnerablen Gruppen zuzurechnen sind, mit dem Virus infizieren, schwer an COVID-19 erkranken oder gar versterben.<sup>34</sup>

#### **c. Ergebnis der Folgenabwägung**

Die den in Rede stehenden Beschwerdeführenden drohenden Nachteile überwiegen in ihrem Ausmaß und ihrer Schwere nicht diejenigen Nachteile, die bei einer vorläufigen Außerkraftsetzung der angegriffenen Regelung für vulnerable Personen zu besorgen wären. Trotz der Irreversibilität der Impfung werden den Betroffenen damit aber keine derart hohen Gesundheitsrisiken auferlegt, dass sie im Rahmen einer Folgenabwägung deutlich die Risiken, die für vulnerable Personen entstehen, überwiegen. Insbesondere ist dabei zu beachten, dass schwerwiegende Nebenwirkungen oder gravierende Folgen, die über die durch die Verabreichung des Impfstoffs induzierte Immunantwort hinausgehen, nach derzeitigem Kenntnisstand sehr selten sind.<sup>35</sup> Ferner ist zu beachten, dass es den Personen offen steht, eine Impfung abzulehnen. Mit der Entscheidung sich nicht impfen zu lassen können aber dann berufliche Nachteile einhergehen.<sup>36</sup>

Durch eine besondere Infektionsdynamik aufgrund der Omikron-Variante, die mit hohen Fallzahlen und der großen Wahrscheinlichkeit einhergeht, sich mit dem Virus zu infizieren, besteht hier das Risiko, dass sich vulnerable Gruppen infizieren. Für den Schutz dieser Gruppe ist eine möglichst frühzeitige Unterbrechung von Übertragungsketten

<sup>30</sup> BVerfG, Urt. v. 10.02.2022 – 1 BvR 2749/21, Rn. 11.

<sup>31</sup> BVerfG, Urt. v. 10.02.2022 – 1 BvR 2749/21, Rn. 16.

<sup>32</sup> [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikogruppen.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikogruppen.html); Stand: 22.03.2022.

<sup>33</sup> [https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ\\_Liste\\_Wirksamkeit.html](https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Liste_Wirksamkeit.html); Stand: 22.03.2022.

<sup>34</sup> BVerfG, Urt. v. 10.02.2022 – 1 BvR 2749/21, Rn. 17-19.

<sup>35</sup> [https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Impfen/Nebenwirkungen/nebenwirkungen\\_node.html](https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Impfen/Nebenwirkungen/nebenwirkungen_node.html); Stand: 22.03.2022.

<sup>36</sup> BVerfG, Urt. v. 10.02.2022 – 1 BvR 2749/21, Rn. 21.

besonders wichtig. Bei diesem Punkt ist auch zu beachten, dass sich vulnerable Personen grundsätzlich nur eingeschränkt selbst gegen eine Infektion schützen können und sie zudem auf die Inanspruchnahme der Leistungen, die die der Gesundheit und Pflege dienenden Einrichtungen und Unternehmen i.S.d. § 20a Abs. 1 S. 1 IfSG einbringen, zumeist angewiesen sind. Ein Ausweichen der Gruppen von vulnerablen Personen vor ungeimpften Tätigen ist, da zumeist die Leistungen der Einrichtungen und Unternehmen essentielle menschliche Grundbedürfnisse betreffen, nicht möglich.<sup>37</sup>

Der sehr geringen Wahrscheinlichkeit von schwerwiegenden Folgen einer Impfung steht die deutlich höhere Wahrscheinlichkeit einer Beschädigung von Leib und Leben vulnerabler Gruppen gegenüber. Bei der Folgenabwägung der jeweils zu erwartenden Nachteile muss daher das Interesse der Beschwerdeführenden zurücktreten, bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde weiterhin ungeimpft in den betroffenen Einrichtungen und Unternehmen tätig zu sein.<sup>38</sup>

Aufgrund der vorgenannten Argumentation ist letztlich zu dem Ergebnis zu kommen, dass die Nachteile überwiegen, mit denen bei einer vorläufigen Außerkraftsetzung der angegriffenen Regelung für den Zeitraum bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu rechnen wäre.

### C. Ergebnis

Die Anträge auf einstweilige Anordnung sind unbegründet und haben damit keinen Erfolg.

## FAZIT

Mit der Entscheidung werden verfassungsrechtliche Aspekte zur einstweiligen Anordnung und die Anforderungen an eine Folgenabwägung thematisiert. Die Entscheidung hat zum Gegenstand ein Thema, das im vergangenen Jahr wohl mit zu den Meistdiskutierten gehörte. Die Frage einer Impfpflicht taucht in diesem Zusammenhang nicht das erste Mal auf. Bereits im Jahr 1959 beschäftigte sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Impfpflicht für Kinder gegen Masern (Az. I C 170.56). Das Gericht hat in diesem Zuge eine Impfpflicht bei besonders ansteckenden Krankheiten, die Leben und Gesundheit anderer Menschen schwer gefährden, als zulässig erachtet. Unter diesem

Aspekt und den o.g. Argumenten ist es durchaus denkbar, dass die nach § 20a IfSG statuierte Impfpflicht bestehen bleibt. Die Entscheidung im Hauptsacheverfahren ist jedoch noch abzuwarten.

### Redaktioneller Hinweis:

In der nach Redaktionsschluss ergangenen Entscheidung in der Hauptsache hat das BVerfG die einrichtungsbezogene Nachweispflicht für verfassungskonform erklärt und die Verfassungsbeschwerde als zulässig, aber unbegründet zurückgewiesen.

<sup>37</sup> BVerfG, Urt. v. 10.02.2022 – 1 BvR 2749/21, Rn. 22.

<sup>38</sup> BVerfG, Urt. v. 10.02.2022 – 1 BvR 2749/21, Rn. 25.

## Verbotenes “Alleinrennen” mit Todesfolge

stud. iur. Kevin Schmolowski

BGH, Beschl. v. 17.02.2021 – 4 StR 225/20

§§ 211 Abs. 2, 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 5 StGB

### Sachverhalt

A mietete am Tattag einen Jaguar F-Type R mit 550 PS und einer Höchstgeschwindigkeit von 300 km/h. Zusätzlich zu seinem technischen Interesse ging es dem A darum, bekannten und unbekanntem Personen durch eine Aufmerksamkeit erweckende Fahrweise zu imponieren. Nachdem A den ganzen Tag bereits mehrfach mit überhöhter Geschwindigkeit fuhr, stark beschleunigte und abbremste, den Auspuff zum Knallen brachte und auf der Autobahn bereits auf 274 km/h beschleunigte, holte A um 23:37 Uhr einen Bekannten (B) ab, um mit diesem noch eine Runde zu drehen. Zunächst fuhren sie über die R-Straße zu einem Einkaufsmarkt. Die R-Straße ist eine beleuchtete, vorfahrtsberechtigte Straße mit einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h. Sie verläuft in einer langgezogenen Rechtskurve, wobei mehrere Stichstraßen vorhanden sind. Dem A war darüber hinaus bewusst, dass aufgrund des dort liegenden Kinos sowie der Gastronomiebetriebe auch zur Nachtzeit mit Fußgängern zu rechnen war. Nach dem Erreichen des Einkaufsmarktes gab der A – wie von Anfang an beabsichtigt – Vollgas, um die möglichst maximale Geschwindigkeit zu erreichen. Hiermit beabsichtigte der A seinen Beifahrer zu beeindrucken und seine Fähigkeiten, mit dem Fahrzeug gefährliche Situationen zu bewältigen, unter Beweis zu stellen. Andere Verkehrsteilnehmer waren A völlig egal und er nahm deren Gefährdung zumindest billigend in Kauf. Im Anschluss beschleunigte der A auf 163 km/h, bremste jedoch vor Erreichen der Unfallkreuzung leicht auf 150 km/h ab, um den Pkw in der Kurve zu halten. Der Z, welcher an der Kreuzung hinter der Kurve abbiegen wollte, war noch nicht zu sehen. Als A dann den abbiegenden Z wahrgenommen hatte, hätte eine Kollision durch eine Gefahrenbremsung nicht mehr verhindert werden können. Dementsprechend entschloss sich A auf die Gegenseite auszuweichen. Nachdem A hierbei die Kontrolle über den Pkw nicht weiter innehatte, prallte der Pkw mit beiden linken Rädern gegen den Bordstein, überfuhr einen Grünstreifen und fuhr letztlich mit einer Geschwindigkeit von mindestens 90 km/h an einer Parkplatzausfahrt frontal in die Beifahrerseite des von R gesteuerten Pkw. R erlitt hierdurch schwerste Verletzungen, welche noch am Unfallort zum Tod führten.

**Hat sich A gem. § 211 oder § 315d StGB strafbar gemacht?**

### EINORDNUNG

In dem zugrunde liegenden Fall befasste sich der BGH erstmalig mit der Thematik der sog. „Alleinraser“-Fälle. Behandelt wird die Problematik der Auslegung des Begriffs der „höchstmöglichen Geschwindigkeit“ sowie des Absichtserfordernisses. Die Frage nach einem bedingten Tötungsvorsatz wurde in der vorliegenden Entscheidung nach einer knappen Begründung abgelehnt, weshalb auch im Rahmen des folgenden Gutachtens ein Schwerpunkt auf die Strafbarkeit gem. § 315d StGB gelegt wird. Mithin ist diese Entscheidung von besonderer Bedeutung für alle Studierenden, da sich diese mit den examensrelevanten Straßenverkehrsdelikten beschäftigt.

### LEITSÄTZE

1. Zur Auslegung der Strafnorm des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB.
2. Die Absicht des Täters, nach seinen Vorstellungen auf einer nicht ganz unerheblichen Wegstrecke die nach den situativen Gegebenheiten maximal mögliche Geschwindigkeit zu erreichen, muss nicht Endziel oder Hauptbeweggrund des Handelns sein; es reicht vielmehr aus, dass der Täter das Erreichen der situativen Grenzgeschwindigkeit als aus seiner Sicht notwendiges Zwischenziel anstrebt, um ein weiteres Handlungsziel zu erreichen.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

## A. Strafbarkeit des A gem. § 211 StGB

## I. Tatbestandsmäßigkeit

## 1. Objektiver Tatbestand

- a) Taterfolg: Tod eines anderen Menschen
- b) Kausalität
- c) Objektive Zurechnung
- d) Tatbezogene Merkmale der 2. Gruppe

**2. Subjektiver Tatbestand**

## II. Ergebnis

## B. Strafbarkeit des A gem. § 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 5 StGB

## I. Tatbestandsmäßigkeit

## 1. Objektiver Tatbestand

- a) Grunddelikt, § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB
- b) Qualifikation, § 315d Abs. 2 StGB

## 2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz bzgl. Grunddelikt sowie Qualifikation
- b) Absicht: Erreichen höchstmöglicher Geschwindigkeit**

## 3. Erfolgsqualifikation, § 315d Abs. 5 StGB

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

## III. Ergebnis

**A. Strafbarkeit des A gem. § 211 Abs. 2 StGB**

A könnte sich wegen Mordes gem. § 211 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit mindestens 90 km/h frontal in die Beifahrerseite des von R gesteuerten Pkw fuhr und R dabei starb.

**I. Tatbestandsmäßigkeit**

Dafür müsste A tatbestandsmäßig gehandelt haben.

**1. Objektiver Tatbestand**

Hierzu müsste A zunächst den objektiven Tatbestand verwirklicht haben.

**a) Taterfolg: Tod eines anderen Menschen**

Ein anderer Mensch müsste getötet worden sein. R kam ums Leben. Der Taterfolg ist somit eingetreten.

**b) Kausalität**

Die Handlung des A müsste kausal für den Tod des R gewesen sein. Kausal im Sinne der Äquivalenztheorie ist jede Handlung, welche nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg entfiel.<sup>1</sup> Wäre der A nicht mit 90 km/h frontal in den Pkw des R gefahren, wäre R auch nicht gestorben. Mithin war die Handlung des A kausal.

**c) Objektive Zurechnung**

Der tatbestandliche Erfolg müsste dem A auch objektiv zurechenbar sein. Dies ist der Fall, wenn der Täter eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen hat, welche sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.<sup>2</sup> Indem A mit einer Geschwindigkeit von 90 km/h in den Pkw des R fuhr, hat A eine rechtlich relevante Gefahr für das Leben des R geschaffen, welche sich im konkreten tatbestandlichen Erfolg, also dem Tod des R, verwirklicht hat. Der Erfolg ist dem A objektiv zurechenbar.

**d) Tatbezogenes Merkmal der 2. Gruppe: Gemeingefährliche Mittel**

A könnte mit einem gemeingefährlichen Mittel gehandelt haben. Dieses Merkmal ist erfüllt, wenn der Täter ein Mittel einsetzt, welches in der konkreten Situation eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann, weil die Ausdehnung der Gefahr nicht in der Gewalt des Täters liegt, wobei dieses Merkmal auch erfüllt sein kann, wenn es sich bei der Natur des Mittels nicht um ein gemeingefährliches Mittel handelt.<sup>3</sup> Dementsprechend kommt es auf eine Anwendung im Einzelfall an, wobei eine generelle Gefährlichkeit ausreichend ist.<sup>4</sup> Die Fahrweise des A war riskant. Vor allem aufgrund der Geschwindigkeit, welche weit über der zugelassenen Höchstgeschwindigkeit liegt, kann eine Mehrzahl von Menschen an Leib oder Leben gefährdet werden. Die Umgebung ist auch zur Nachtzeit gut besucht. Auch musste A einem anderen Pkw ausweichen. Somit stellt der Pkw des A im konkreten Einzelfall ein gemeingefährliches Mittel dar.

**2. Subjektiver Tatbestand**

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist das Wissen und Wollen aller Umstände des gesetzlichen Tatbestandes.<sup>5</sup> Fraglich ist hier, ob es sich im vorliegenden Fall um bedingten Vorsatz oder um bewusste Fahrlässigkeit

<sup>1</sup> Heger in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, Vor § 13 Rn. 9.

<sup>2</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, § 6 Rn. 258.

<sup>3</sup> LG Berlin NSTZ 2017, 471 (477).

<sup>4</sup> Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 69. Aufl. 2022, § 211 Rn. 59.

<sup>5</sup> Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 4.

handelt. Bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*) liegt vor, wenn der Täter den Erfolg für möglich hält und mit dem Eintritt des Erfolges dahingehend einverstanden ist, dass er diesen billigend in Kauf nimmt, der Erfolgseintritt ihm also gleichgültig ist.<sup>6</sup> Im vorliegenden Fall hätte dies zur Folge, dass eine Strafbarkeit gem. § 211 Abs. 2 StGB angenommen werden müsste. Bewusst fahrlässig handelt wiederum, wer die Tatbestandverwirklichung zwar für möglich hält, mit dieser aber nicht einverstanden ist und dementsprechend ernsthaft auf deren Ausbleiben vertraut.<sup>7</sup> Sollte man annehmen, dass A bewusst fahrlässig handelte, wäre eine Strafbarkeit gem. § 211 Abs. 2 StGB abzulehnen. Zu beachten ist, dass der Unfall erst nach der Einkaufsstraße stattfand. Zudem erfolgte der Unfall nach einem Ausweichmanöver des A. A war bewusst, dass es zu einer Kollision mit dem ersten Pkw kommen würde, wenn er nicht ausweicht. Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass A einen Unfall für möglich hielt, aber trotzdem auf dessen Ausbleiben hoffte, indem er auswich und nur infolgedessen in den Pkw des R fuhr. Es handelt sich dementsprechend um bewusste Fahrlässigkeit. A handelte nicht vorsätzlich. Der subjektive Tatbestand des § 211 Abs. 2 StGB ist nicht erfüllt.

## II. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Mordes gem. § 211 Abs. 2 StGB strafbar gemacht, indem er mit mindestens 90 km/h frontal in die Beifahrerseite des von R gesteuerten Pkw fuhr und R dabei starb.

### B. Strafbarkeit des A gem. § 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 5 StGB

A könnte sich wegen eines verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge gem. § 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 5 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit mindestens 90 km/h frontal in die Beifahrerseite des von R gesteuerten Pkw fuhr und R dabei starb.

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

A müsste hierzu tatbestandsmäßig gehandelt haben.

##### 1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand müsste von A verwirklicht worden sein.

#### a) Grunddelikt, § 315d Abs. 1 StGB

Hierfür müsste zunächst das Grunddelikt des § 315d Abs. 1 StGB erfüllt sein.

##### aa) Im Straßenverkehr

Das Merkmal „im Straßenverkehr“ müsste erfüllt sein. Beschränkt ist dieses Merkmal auf den öffentlichen Straßenverkehr, wobei der Begriff des Straßenverkehrs dem des StVG entspricht und Vorgänge im öffentlichen Raum einschließt.<sup>8</sup> A befand sich auf der innerörtlichen R-Straße. Mithin handelte es sich um einen Vorgang im öffentlichen Raum. Das Merkmal „im Straßenverkehr“ ist erfüllt.

##### bb) Tathandlung des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

A müsste sich als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit grob verkehrswidrig und rücksichtslos fortbewegt haben.

##### (1) Sich-Fortbewegen als Kraftfahrzeugführer

A müsste sich als Kraftfahrzeugführer i.S.d. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB fortbewegt haben. Hierunter ist eine Bewegung von einem Ort zu einem anderen zu verstehen, wobei Täter nur der Führer des Fahrzeugs sein kann.<sup>9</sup> Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass A den Pkw selbst steuerte und in Bewegung setzte. Mithin bewegte sich A als Kraftfahrzeugführer fort.

##### (2) Mit nicht angepasster Geschwindigkeit

A müsste sich mit nicht angepasster Geschwindigkeit fortbewegt haben. Ob mit nicht angepasster Geschwindigkeit gefahren wurde, ist anhand der konkreten Verkehrssituation (bspw. Verkehrs- und Sichtverhältnisse) zu beurteilen.<sup>10</sup> Die Überschreitung vorhandener Geschwindigkeitsbegrenzungen stellt allein ein Indiz dar.<sup>11</sup> Im vorliegenden Fall kann aufgrund der beleuchteten Straße von guten Sichtverhältnissen ausgegangen werden. Allerdings fährt A mit 150 km/h in eine Kurve, welche er nicht einsehen konnte, sodass er den anderen Verkehrsteilnehmer Z nicht sehen konnte. Auch war in der Nachtzeit mit Fußgängern zu rechnen. Darüber hinaus überschritt der A die Geschwindigkeitsbegrenzung von 50 km/h nicht nur leicht. Selbst nach mehreren Fahrmanövern fuhr er noch mit 90 km/h in die Beifahrerseite des R. Demzufolge bewegte sich A mit nicht angepasster

<sup>6</sup> BGH BeckRS 2018, 2754 Rn. 17.

<sup>7</sup> Dawidowicz, FD-StrafR 2014, 359147, Anm. zu BGH, Urt. v. 30.04.2014 – 2 StR 383/13.

<sup>8</sup> König in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 17 (§§ 306 – 322), 13. Aufl. 2021, § 315b Rn. 4ff.

<sup>9</sup> Fischer (Fn. 4), § 315d Rn. 13.

<sup>10</sup> Hecker in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 8.

<sup>11</sup> OLG Celle NZV 2013, 252 (253); Kusche, Die Strafbarkeit illegaler Rasereien im Straßenverkehr nach § 315d StGB n.F., NZV 2017, 414 (417).

Geschwindigkeit fort.

### (3) Grob verkehrswidrig und rücksichtslos

Des Weiteren müsste sich A grob verkehrswidrig und rücksichtslos fortbewegt haben. Grob verkehrswidrig meint dabei ein ausgesprochen schweres, sehr gefährliches, gegen Verkehrsvorschriften verstoßendes Verhalten.<sup>12</sup> Rücksichtslos handelt darüber hinaus, wer sich trotz Bewusstsein seiner Pflichten im Straßenverkehr aus eigensüchtigen Beweggründen über diese hinwegsetzt<sup>13</sup> und „unbekümmert um die Folgen seines Verhaltens drauflosfährt“<sup>14</sup>. A fuhr dem Sachverhalt zu Folge deutlich zu schnell, was in einer besonders gefährlichen Situation resultierte. Zusätzlich war sich A seiner eigentlichen Pflichten im Straßenverkehr bewusst, um jedoch zu imponieren, fuhr er ungeachtet der möglichen Konsequenzen mit besonders hoher Geschwindigkeit. Dementsprechend handelte A grob verkehrswidrig und rücksichtslos.

### cc) Zwischenergebnis

Demzufolge hat A den objektiven Tatbestand des Grunddelikts verwirklicht.

### b) Qualifikation, § 315d Abs. 2 StGB

A müsste die Qualifikation des § 315d Abs. 2 StGB erfüllt haben. Hierzu müsste A Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet haben. Erforderlich ist eine Gefahr des Todes oder einer nicht unerheblichen Verletzung der körperlichen Unversehrtheit, wobei dieses Merkmal vor allem erfüllt ist, wenn es zu einer Verletzung gekommen ist.<sup>15</sup> Auch muss die Gefahr konkret sein, wobei vor allem sog. „Beinahe-Unfälle“ umfasst sind.<sup>16</sup> Zudem können auch Mitfahrer konkret gefährdet werden, sofern diese keine Tatbeteiligten sind.<sup>17</sup> Zusätzlich handelt es sich um fremde Sachen, wenn diese im Eigentum oder Miteigentum einer anderen Person stehen.<sup>18</sup> Von einem bedeutenden Wert wird ab EUR 750,00 ausgegangen.<sup>19</sup> Vorliegend ist der R gestorben, weshalb eine Gefahr des Todes zweifellos vorlag. Auch lässt sich aus dem Sachverhalt keine Tatbeteiligung des B erkennen, weshalb auch bei diesem von einer konkreten Gefahr für

das Leben auszugehen ist. Je nach Wert lag auch eine Gefahr für eine Sache von bedeutendem Wert für den Pkw des Z sowie des R vor. Mithin lagen Gefahren für das Leben eines anderen Menschen sowie für fremde Sachen von bedeutendem Wert vor. A verwirklichte dementsprechend auch die Qualifikation des § 315d Abs. 2 StGB.

### 2. Subjektiver Tatbestand

A müsste außerdem den subjektiven Tatbestand erfüllt haben.

#### a) Vorsatz bzgl. des Grunddelikts

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist das Wissen und Wollen aller Umstände des gesetzlichen Tatbestandes.<sup>20</sup> A wusste, was er tat. Es kam ihm gerade darauf an mit erhöhter Geschwindigkeit zu fahren, um sein Können unter Beweis zu stellen. Mithin handelte A vorsätzlich.

#### b) Vorsatz bzgl. der Qualifikation

A müsste darüber hinaus auch bezüglich der Qualifikation des § 315d Abs. 2 StGB, also hinsichtlich der konkreten Gefährdung, vorsätzlich gehandelt haben. Dem Sachverhalt entsprechend waren A die anderen Verkehrsteilnehmer völlig egal und er nahm deren Gefährdung zumindest billigend in Kauf. Demzufolge handelte A mit Eventualvorsatz und somit vorsätzlich.

#### c) Absicht: Erreichen höchstmöglicher Geschwindigkeit, § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

Außerdem müsste A die bisher angeführten Merkmale erfüllt haben, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Fraglich ist, was hierunter zu verstehen ist. Einerseits könne man von einem Renncharakter ausgehen, wobei der Fahrer sein Fahrzeug an die technischen und physikalischen Grenzen ausfahren müsste.<sup>21</sup> Im vorliegenden Fall liegt die technische Höchstgeschwindigkeit des Fahrzeugs bei 300 km/h. A überschritt eine Geschwindigkeit von 170 km/h nicht. An die Grenzen des technisch Möglichen brachte A sein Fahrzeug demnach nicht. Jedoch ist nicht von einer „höchst“-möglichen, sondern vielmehr von einer „möglichst hohen“ Geschwindigkeit auszugehen.<sup>22</sup>

<sup>12</sup> Kulhanek in: v. Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, 52. Ed. 2022, § 315d Rn. 36.

<sup>13</sup> Pegel in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 315c Rn. 82.

<sup>14</sup> BGH NJW 1954, 729 (729).

<sup>15</sup> Pegel in: MüKo-StGB (Fn. 13), § 315c Rn. 91.

<sup>16</sup> Joecks/Jäger, Studienkommentar zum Strafgesetzbuch, 13. Aufl. 2021, § 315c Rn. 17.

<sup>17</sup> BGH NSTZ 2013, 167 (167); BGH NSTZ-RR 1998, 150 (150).

<sup>18</sup> Weidemann in: BeckOK StGB (Fn. 12), § 303 Rn. 7.

<sup>19</sup> BGH NSTZ 2011, 215 (215); anderer Ansicht: Joecks/Jäger (Rn. 16), § 315c Rn. 20.

<sup>20</sup> Roxin/Greco (Fn. 5), § 12 Rn. 4.

<sup>21</sup> LG Stade NZV 2018, 483 (483).

<sup>22</sup> Fischer (Fn. 4), § 315d Rn. 17.

Demnach müsste die Absicht des Täters darauf gerichtet sein, in dem konkreten Einzelfall die maximal mögliche Höchstgeschwindigkeit zu erreichen.<sup>23</sup> Da es sich um eine Kurve handelte, erscheint eine Geschwindigkeit von fast 170 km/h als maximal. Demnach handelt es sich um eine höchstmögliche Geschwindigkeit. Problematisch könnte darüber hinaus das Absichtserfordernis („um ... zu erreichen“) sein. Eine Ansicht vertritt, dass die Erreichung der höchstmöglichen Geschwindigkeit der Hauptbeweggrund sein müsse.<sup>24</sup> Eine andere Ansicht vertritt jedoch, dass es genüge, wenn es sich um ein Zwischenziel handelt und der Täter u.U. auch andere Zwecke verfolgt.<sup>25</sup> Im vorliegenden Fall beabsichtigte A laut Sachverhalt die maximal höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Mithin war dies sein Hauptbeweggrund, weshalb ein Streitentscheid nicht notwendig ist. Demzufolge handelte A mit der Absicht eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen.

### 3. Erfolgsqualifikation des § 315d Abs. 5 StGB

Des Weiteren müsste A die Erfolgsqualifikation des § 315d Abs. 5 StGB erfüllt haben.

#### a) Eintritt der schweren Folge

Es müsste die in § 315d Abs. 5 StGB genannte schwere Folge eingetreten sein. Hierzu müsste im Falle des Abs. 2 ein Mensch getötet, eine schwere Gesundheitsschädigung eingetreten oder eine Gesundheitsschädigung an einer großen Zahl von Menschen verursacht worden sein. Im vorliegenden Fall ist ein Mensch, der R, gestorben. Die schwere Folge ist somit eingetreten.

#### b) Kausalität zwischen Grunddelikt und schwerer Folge

Die Verwirklichung des Grunddelikts müsste für den Eintritt der schweren Folge kausal gewesen sein. Hätte sich A nicht grob verkehrswidrig und rücksichtslos fortbewegt, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, hätte er auch nicht Leib und Leben eines anderen Menschen sowie Sachen von bedeutendem Wert gefährdet. Die Gefährdung kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Tod des R, also die schwere Folge, entfiel. Die Verwirklichung des Grunddelikts war somit kausal für den Eintritt der schweren Folge.

#### c) Tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang

Des Weiteren müsste ein besonders enger Zusammenhang zwischen der Begehung des Grunddelikts sowie der schweren Folge vorliegen. Erforderlich ist hierfür, dass der konkreten Tatbestandsverwirklichung die spezifische Gefahr anhaftet, die besondere Folge zu bewirken und diese Gefahr sich realisiert.<sup>26</sup> Die Verwirklichung des § 315d Abs. 2 StGB umfasst die Gefahr das Leib und Leben von Menschen zu gefährden. Die Gefahr für Leib und Leben eines Menschen realisierte sich auch in dem Tod des R. Der tatbestandsspezifische Gefahrzusammenhang liegt demnach vor.

#### d) Wenigstens Fahrlässigkeit bzgl. schwerer Folge

A müsste im Sinne des § 18 StGB wenigstens fahrlässig bezüglich des eingetreten schweren Erfolgs gehandelt haben. Hierbei ist ein Handeln erforderlich, welches die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt.<sup>27</sup> A fuhr mit 170 km/h in eine Kurve, welche er nicht einsehen konnte. Dies tat A nur, um zu imponieren. A verletzte so die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und handelte bezüglich der eingetretenen schweren Folge zumindest fahrlässig.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig. Der Tod des R war für den A zudem subjektiv vorhersehbar und subjektiv vermeidbar. Im Hinblick auf die schwere Folge handelte A demgemäß auch subjektiv fahrlässig. Somit handelte A auch schuldhaft.

## III. Ergebnis

A hat sich wegen eines verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge gem. § 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 5 StGB strafbar gemacht, indem er mit mindestens 90 km/h frontal in die Beifahrerseite des von R gesteuerten Pkw fuhr und R dabei starb.

## FAZIT

Eine nähere Auseinandersetzung mit den „Raser-Fällen“ ist vor allem im Hinblick auf die juristische Ausbildung sehr empfehlenswert, da diese zahlreiche Klausurmöglichkeiten bieten. Vor allem die vorliegende Entscheidung des BGH ist interessant, da man an dieser eine Prüfung der Erfolgsqualifikation des § 315d Abs. 5 StGB gut

<sup>23</sup> BGH NJW 2021, 1173 (1175); OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2787).

<sup>24</sup> Hecker in: Schönke/Schröder (Fn. 10), § 315d Rn. 9.

<sup>25</sup> BGH NJW 2021, 1173 (1175).

<sup>26</sup> Engländer, Der Gefahrzusammenhang bei der Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen, NSTz 2018, 135 (136).

<sup>27</sup> Sternberg-Lieben/Schuster in: Schönke/Schröder (Fn. 10), § 15 Rn. 116; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 131.

nachvollziehen kann. Zur Vertiefung der Geschwindigkeitsbegriffe im Rahmen des § 315d StGB bietet sich *Jansen*, Im Rausch der Geschwindigkeit(-sbegriffe), NZV 2019, 285 an. Jedoch können nicht nur die Straßenverkehrsdelikte einen Schwerpunkt in einer solchen Fallkonstellation darstellen, sondern unter Umständen auch Tötungsdelikte. Die im Rahmen dieser Entscheidung nur sehr kurze Abgrenzung der bewussten Fahrlässigkeit von dem bedingten Vorsatz kann ebenfalls einen Klausurschwerpunkt bilden. Zur Vertiefung der Problematik ist der Lernbeitrag von *Nicolai*, Die Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit in der Strafrechtsklausur, JA 2019, 31 zu empfehlen.



## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ZIVILRECHT

**BGH, Urteil vom 4. Mai 2022, XII ZR 64/21 (Abgrenzung von §§ 275, 313 BGB; vorübergehende Unmöglichkeit)**

Musste ein Betreiber eines Fitnessstudios auf Grund hoheitlicher Maßnahmen seinen Betrieb für einen gewissen Zeitraum schließen, so steht einem ehemaligen Mitglied dieses Studios bei erfolgter Rücktrittserklärung gemäß §§ 275 Abs. 1, § 326 Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 i.V.m. § 46 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Rückzahlung der für den Zeitraum der Schließung entrichteten Monatsbeiträge zu. Für den Zeitraum der coronabedingten Schließungen kann der Betreiber dem Rückzahlungsanspruch des Mitglieds nicht entgegenhalten, der Vertrag sei wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB dahingehend anzupassen, dass sich die vereinbarte Vertragslaufzeit um die Zeit, in der das Fitnessstudio geschlossen werden musste, verlängert.

Gemäß § 275 Abs. 1 BGB ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. Rechtliche Unmöglichkeit ist gegeben, wenn ein geschuldeter Erfolg aus Rechtsgründen nicht herbeigeführt werden kann oder nicht herbeigeführt werden darf. Dies ist hier der Fall, weil der Betreiber seine Hauptleistungspflicht – die Bereitstellung der Trainingsfläche – nicht erfüllen darf.

Die temporäre Schließung stellt auch keinen Fall der lediglich vorübergehenden Unmöglichkeit dar, welche nicht unter § 275 BGB fiele. Ein nur zeitweiliges Erfüllungshindernis ist dann einem dauernden gleichzustellen, wenn durch das Hindernis die Erreichung des Vertragszwecks in Frage gestellt ist und der einen oder anderen Partei bei billiger Abwägung der beiderseitigen Belange nicht mehr zugemutet werden könnte, die Leistung dann noch zu fordern oder zu erbringen. Bei einem auf Dauer abgeschlossenen Fitnessstudiovertrag schuldet der Betreiber des Fitnessstudios seinem Vertragspartner die Möglichkeit, fortlaufend die Studiofläche zur sportlichen Ertüchtigung zu nutzen. Der Zweck liegt mithin in der ständigen Verfügbarkeit, um individuelle sportliche Ziele verwirklichen zu können. Dieser Vertragszweck kann für den Zeitraum der Schließung nicht erreicht werden. Die von dem Betreiber geschuldete Leistung ist deshalb wegen Zeitablaufs nicht mehr nachholbar.

Die Einschlägigkeit des § 275 BGB steht dabei auch einem Anpassungsanspruch auf Verlängerung des Vertrages um die Zeit der Schließung gem. § 313 BGB entgegen. Eine Anpassung vertraglicher Verpflichtungen an die tatsächlichen Umstände kommt grundsätzlich dann nicht in Betracht, wenn das Gesetz in den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung die Folge der Vertragsstörung bestimmt. Daher scheidet eine Anwendung des § 313 BGB aus, soweit der Tatbestand des § 275 Abs. 1 BGB erfüllt ist. Ein Anspruch des Betreibers auf die begehrte Vertragsanpassung scheidet für Coronaschließungen zudem deshalb aus, weil mit Art. 240 § 5 Abs. 2 EGBGB eine speziellere Vorschrift besteht, die im vorliegenden Fall einem Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze zur Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage entgegensteht.

**LG Frankfurt a. M., Urteil vom 08.04.2022, 2-03 O 188/21 (Unterlassungsanspruch ggü. Host-Providern bzgl. kerngleicher Verletzungen im Zusammenhang mit APR-Verletzungen)**

Host-Provider wie Facebook müssen nach Kenntniserlangung von Verletzungen des APR Dritter durch ihre Nutzer selbstständig weitere identische oder kerngleiche Verletzungen durch dieselben oder andere Nutzer unterbinden, ohne dass weitere jeweilige Hinweise durch den Verletzten erforderlich sind.

Die Reichweite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts steht wegen seiner Eigenschaft als Rahmenrecht nicht absolut fest. Sie muss grundsätzlich durch eine Abwägung der widerstreitenden grundrechtlich geschützten Belange bestimmt werden, bei der die besonderen Umstände des Einzelfalls sowie die betroffenen Grundrechte und Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention interpretationsleitend zu berücksichtigen sind. Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist dabei rechtswidrig, wenn das Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt. Es gibt dabei keinen Rechtfertigungsgrund dafür, jemandem eine falsche Äußerung in den Mund zu legen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt sowohl vor unrichtigen, verfälschten als auch entstellten Wiedergaben einer Äußerung.

Host-Provider, wie Facebook, sind regelmäßig mittelbare Störer bei Verletzungen des APR Dritter durch die Nutzer des Dienstes. Mittelbarer Störer ist, wer in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Beeinträchtigung des Rechtsguts beiträgt. Dabei kann als Beitrag auch die Unterstützung oder Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten genügen, sofern der in Anspruch Genommene die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hatte – wie hier durch Löschung der Posts durch Facebook.

Der Host-Provider muss zur Vermeidung einer Haftung als mittelbarer Störer zwar grundsätzlich nicht alle von den Nutzern ins Netz gestellten Beiträge vor der Veröffentlichung auf eventuelle Rechtsverletzungen überprüfen (Notice and take down). Er ist aber verantwortlich, sobald er Kenntnis von einem konkreten rechtswidrigen Inhalt erlangt. Ab dem Zeitpunkt seiner Kenntnis ist der Host-Provider aber nicht nur dazu verpflichtet, den konkreten Inhalt unverzüglich zu sperren, sondern hat auch Vorsorge zu treffen, dass es möglichst nicht zu weiteren gleichartigen Rechtsverletzungen kommt. Dabei ist es gerade nicht erforderlich, dass der Verletzte einen Hinweis auf die Rechtsverletzung für jede weitere (kerngleiche) Rechtsverletzung wiederholt.

---

**LG Koblenz, Urteil vom 20.01.2022, 3 O 325/20 (Gefährdungshaftung nach dem HaftPflG bei Verletzungen im Samba-Zug)**

Die Beklagte zu 1) bietet mit einem Sonderzug samt Partywagen Eisenbahnfahrten an; die Beklagte zu 2) betreibt das dabei genutzte Schienennetz. Als der Kläger mit dem Sonderzug unterwegs war und sich gerade auf der Tanzfläche des Partywagens befand, wurde der Zug durch eine technische Einrichtung plötzlich zwangsgebremst. Der Kläger stürzte in Folge der Bremsung und zog sich einen Bänderriss zu. Die Heilbehandlungskosten nebst Schmerzensgeld verlangte der Kläger von den Beklagten.

Die Beklagten haften nach § 1 HaftPflG als Gesamtschuldner auf den geforderten Schadensersatz. Auf die Frage, warum eine Zwangsbremmung ausgelöst worden sei, kommt es dabei im Schadensersatzprozess der Klägerin nicht an. Denn beide Unternehmen seien als Bahnbetriebsunternehmer im Sinne des Haftpflichtgesetzes anzusehen und hafteten gegenüber dem Kläger als Gesamtschuldner. Die rechtliche Trennung von Zugbetreiber auf der einen und Schienenbetreiber auf der anderen Seite dürfe nämlich nicht dazu führen, dass der bei einem Unfall geschädigte Bahnreisende feststellen müsse, welcher Betriebsteil für einen Unfall die Verantwortung trage. Diese Frage betreffe ausschließlich die interne Haftungsverteilung zwischen den beiden Bahnunternehmen.

Im konkreten Fall müsse der Kläger sich auch kein Mitverschulden gem. § 254 Abs. 1 BGB entgegenhalten lassen. Fahrgästen, die sich in dem für Feiern eingerichteten Wagen auf der Tanzfläche aufhielten, könne man nicht vorwerfen, sich nicht festgehalten zu haben, zumal es keine entsprechenden Haltemöglichkeiten gäbe. Die Zwangsbremmung stelle im Übrigen auch keinen Fall „höherer Gewalt“ dar, der die Haftung der Beklagten ausschließe.

---

**OLG Dresden, Urteil vom 17.05.2021, 4 U 382/21 (Nutzungswille für Nutzungsausfallersatz nach Verkehrsunfall)**

Dem Eigentümer, der die Möglichkeit der Nutzung seines PKW in der Folge eines Verkehrsunfalls einbüßt, steht ein Anspruch auf Entschädigung des Nutzungsausfalls gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB zu, wenn eine fühlbare Beeinträchtigung der Nutzung vorliegt. Dies setzt einen Nutzungswillen und eine zumindest hypothetische Nutzungsmöglichkeit voraus. Schafft sich ein Geschädigter jedoch über einen längeren Zeitraum kein Ersatzfahrzeug an, ohne dass dies auf eine Verzögerung der Schadensregulierung durch den Schädiger oder nachweisbare Finanzierungsschwierigkeiten des Geschädigten beruht, fehlt es am Nutzungswillen. Gerade dann, wenn über die übliche Wiederbeschaffungszeit hinaus Nutzungsausfall geltend gemacht wird, muss für den Nutzungswillen darlegt werden, dass man nicht die Mittel für eine Ersatzbeschaffung hat. Dazu gehört etwa ein frühzeitiger Hinweis auf die finanzielle Situation an den Schädiger beziehungsweise dessen Haftpflichtversicherung. Der Geschädigte muss zudem erläutern, warum er ein Fahrzeug nicht

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ÖFFENTLICHES RECHT

**BVerfG - 1 BvR 1619/17, Urt. v. 26.4.2022 (Verfassungswidrigkeit des BayVerfSchG)**

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsprüfung sind die Überwachungsbefugnisse der Verfassungsschutzbehörden nach dem BayVerfSchG insbesondere am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen. Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ergeben sich dabei für die Ausgestaltung von Überwachungsbefugnissen einer Verfassungsschutzbehörde teilweise andere Anforderungen als für das Handeln von Polizeibehörden. Verfassungsschutzbehörden haben die Aufgabe, Aufklärung im Gefahrenvorfeld zu betreiben und verfügen nicht über eigene polizeiliche Zwangsbefugnisse. Dementsprechend sind Überwachungsbefugnisse der Verfassungsschutzbehörden von geringerem Eingriffsgewicht als polizeiliche Überwachungsbefugnisse, was grundsätzlich eine Modifizierung der Eingriffsvoraussetzungen begründen kann. Strengere Anforderungen sind jedoch an die Übermittlung von Daten und Informationen durch eine Verfassungsschutzbehörde an andere Behörden zu stellen. Ansonsten böte der Umstand, dass die Verfassungsschutzbehörde selbst nicht über Zwangsbefugnisse verfügt, den Überwachten kaum Schutz. Die Übermittlung personenbezogener Daten und Informationen durch eine Verfassungsschutzbehörde an eine andere Behörde begründet einen eigenen Grundrechtseingriff. Welche Anforderungen jeweils an die Übermittlungsschwelle zu stellen sind, richtet sich danach, an welche Stelle übermittelt wird und ob bzw. über welche Eingriffsbefugnisse diese verfügt. (a) Die Übermittlung an eine Gefahrenabwehrbehörde setzt voraus, dass sie dem Schutz eines besonders gewichtigen Rechtsguts dient, für das wenigstens eine hinreichend konkretisierte Gefahr besteht. (b) Die Übermittlung an eine Strafverfolgungsbehörde kommt nur zur Verfolgung besonders schwerer Straftaten in Betracht und setzt voraus, dass ein durch bestimmte Tatsachen begründeter Verdacht vorliegt, für den konkrete und verdichtete Umstände als Tatsachenbasis vorhanden sind. (c) Die Übermittlung an eine sonstige Stelle ist nur zum Schutz eines besonders gewichtigen Rechtsguts zulässig. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Übermittlungsschwelle unterscheiden sich nach dem Eingriffsgewicht, das auch davon abhängt, welche operativen Anschlussbefugnisse die empfangende Behörde hat. (d) Eine Übermittlung an eine Verfassungsschutzbehörde kommt in Betracht, wenn hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie die Information zur Aufklärung einer bestimmten, nachrichtendienstlich beobachtungsbedürftigen Aktion oder Gruppierung im Einzelfall benötigt.

**BVerfG - 2 BvE 9/20, Beschl. v. 22.3.2022 (Wahl der Bundestagsvizepräsidenten)**

Das Recht einer Fraktion aus § 2 Abs. 1 S. 2 GO-BT, im Präsidium mit mindestens einem Vizepräsidenten vertreten zu sein, steht unter dem Vorbehalt des Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG, der eine Wahl des Bundestagspräsidenten und seiner Stellvertreter anordnet. Die Wahl nach Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG ist frei. Folglich scheidet auch ein Recht der Fraktionen aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auf Steuerung und Einengung der Wahl nach Art. 40 Abs. 1 S. 1 GG durch prozedurale Vorkehrungen aus.

**StGH Niedersachsen - StGH 1/21, Urt. v. 8.2.2022 (Verletzung von Auskunftspflichten)**

Bestehen Anfragen nach Art. 24 Abs. 1 NV aus mehreren Fragen bzw. werden verschiedene Einzelinformationen begehrt, hat die Landesregierung die Möglichkeit von Teilantworten zu prüfen. Eine Pflicht zu Teilantworten besteht immer dann, wenn dies dem in der Anfrage zum Ausdruck kommenden Informationsinteresse der Abgeordneten bei objektiver Betrachtung entspricht und der geltend gemachte Verweigerungsgrund Teilantworten nicht bereits tatbestandlich entgegensteht. Zur Bestimmung des Informationsinteresses muss die Landesregierung den wesentlichen Inhalt der Frage und deren Begründung aufgreifen, den wirklichen Willen und das daraus erkennbare Informationsbedürfnis des Fragestellers ermitteln und danach Art und Umfang einer möglichen Teilantwort ausrichten. Verbleiben nach der Auslegung Zweifel, kann die Regierung nachfragen oder die vollständige Antwort verweigern. Dabei muss sie herausstellen, dass sie Teilantworten nicht von der Fragestellung umfasst sieht. Im Rahmen der nach Art. 24 Abs. 3 S. 1 NV anzustellenden Prognose muss die Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen Dritter nicht unmittelbar als Folge der Antwort eintreten;

die prognostische Entscheidung der Landesregierung kann ein mögliches, durch die Antwort ausgelöstes nachfolgendes Gefährdungsverhalten Dritter einbeziehen.

---

**BVerfG – 1 BvR 2194/21, Beschl. v. 7.4.2022 (Verfassungsmäßigkeit der echten Rückwirkung in Art. 316j EGStGB)**

Die vom Gesetzgeber durch Art. 316j Nr. 1 EGStGB angeordnete Rückbewirkung von Rechtsfolgen für Fälle, in denen die steuerrechtliche Verjährung schon eingetreten war, ist ausnahmsweise zulässig. Sie ist durch gegenüber den Interessen der Betroffenen überragende Belange des Gemeinwohls gerechtfertigt. Das Interesse der Allgemeinheit, durch Steuerhinterziehungen in großem Ausmaß eingetretene, in die Gegenwart fortwirkende Störungen der Vermögensordnung zu beseitigen und so der Rechtsgemeinschaft zu verdeutlichen, dass sich Straftaten (hier Cum-Ex-Geschäfte) nicht lohnen, geht dem Interesse der Betroffenen, durch Steuerdelikte erlangte Vermögenswerte nach Eintritt der steuerrechtlichen Verjährung behalten zu dürfen, vor.

---

**BVerwG – 8 C 35.20, Urt. v. 20.1.2022 (Widmungsbeschränkung kommunaler Einrichtung)**

Die Beschränkung des Widmungsumfangs einer kommunalen öffentlichen Einrichtung, die deren Nutzung allein aufgrund der Befassung mit einem bestimmten Thema ausschließt, verletzt das Grundrecht der Meinungsfreiheit. Der Grundrechtseingriff ist nicht deshalb gerechtfertigt, weil er dem Schutz eines auch sonst in der Rechtsordnung geschützten Rechtsguts diene. Nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Durchführung von Diskussionsveranstaltungen, die sich mit der BDS-Kampagne befassen, regelmäßig mit der Gefahr strafbarer Handlungen, etwa von Äußerungsdelikten nach § 130 oder § 185 StGB, verbunden wäre.

---

**OVG Hamburg – 5 Bs 59/22, Beschl. v. 26.4.2022 (Voraussetzungen sog. Hotspotgebiete nach § 28a Abs. 8 IfSG)**

Die Entwicklung der nach § 28a Abs. 3 S. 4 und S. 5 IfSG bedeutsamen Indikatoren der 7-Tage-Hospitalisierungs-Inzidenz und der 7-Tage-Infektions-Inzidenz im Monat März 2022 in Hamburg sowie die Entwicklung der infektionsbedingten Ausfälle beim Krankenhauspersonal lassen es zum Zeitpunkt des Verordnungserlasses am 31.3.2022 als jedenfalls nachvollziehbar erscheinen, eine sich dynamisch ausbreitende Infektionslage anzunehmen, weil auf Grund einer besonders hohen Anzahl von Neuinfektionen und eines besonders starken Anstiegs an Neuinfektionen eine Überlastung der Krankenhauskapazitäten drohte.

---

**OVG Niedersachsen – 14 MN 171/22, Beschl. v. 11.3.2022 (Maskenpflicht in Clubs)**

Die in § 12 Abs. 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung vom 23.2.2022 in der ab dem 4.3.2022 gültigen Fassung angeordnete Maskenpflicht in Diskotheken, Clubs, Shisha-Bars und ähnlichen Einrichtungen ist zwar vor dem Hintergrund der aktuellen Infektionslage geeignet und erforderlich. Sie erweist sich als aber unangemessen, weil der Verordnungsgeber ohne nachvollziehbaren Grund keine Ausnahmen geregelt hat.

---

**OVG Sachsen-Anhalt – 3 M 45/22, Beschl. v. 27.4.2022 (Verwendung der Z-Symbolik bei Versammlungen)**

Präventivpolizeiliches, d. h. Gefahren für die öffentliche Sicherheit abwehrendes Einschreiten dient auch im Kontext des Versammlungsrechts ausschließlich dazu, objektive Verstöße gegen die Rechtsordnung zu verhindern und nicht Straftaten zu verfolgen und zu ahnden. Bei drohenden Verstößen kommt es daher lediglich auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes und das Fehlen von strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen an, nicht hingegen auch auf Vorsatz, Fahrlässigkeit und Schuld. Die Verwendung von T-Shirts als Kundgebungsmittel, die überdimensional den Buchstaben „Z“ hervorheben, der im Stil der zwischenzeitlich allgemein bekannten typischen, von den russischen Armeekräften verwendeten Form eines groben Pinselstrichs gezeichnet ist und in eine nach der Darstellungsform deutlich untergeordnete und somit aus größerer Entfernung kaum wahrnehmbare Wortschöpfung „mmh...-itronenlimonade“ eingekleidet ist, erfüllt nach summarischer Prüfung den objektiven Straftatbestand der Billigung eines Angriffskrieges gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 2 StGB i. V. m. § 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB und § 13 VStGB.

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT STRAFRECHT

**BGH 2 StR 109/20, Urt. v. 31.03.2021 (Garantenstellung bei Geschwistern)**

Der Schwester S der Angeklagten A wurde aufgrund ihrer Diabetes Typ I-Erkrankung ein Blutzuckermessgerät in den Oberarm eingesetzt. Entgegen den ärztlichen Vorgaben wurde der Sensor nicht ausgetauscht. Aufgrund eines Insulinmangels kam es daraufhin zu einer Stoffwechsellage. S erbrach blutig, ihre Atmung wurde schwerer und das Bewusstsein trübte ein. Trotz Wahrnehmung des Krankheitsverlaufes rief die Familie keinen Arzt, sondern hüllte S lediglich in eine Decke, wo sie in den Armen ihrer Schwester starb.

Das LG hatte A vom Vorwurf der unterlassenen Hilfeleistung gem. § 323c Abs. 1 StGB freigesprochen, weil die Erforderlichkeit der Hilfeleistung im Todeszeitpunkt nicht gegeben sei. Der BGH stellte jedoch fest, dass bereits der sich verschlechternde Gesundheitszustand ein Auslöser für eine Handlungspflicht gewesen sein könnte. Weiterhin sei ein Totschlag durch Unterlassen gem. §§ 212, 13 StGB und dabei insbesondere ein Tötungsvorsatz der Angeklagten nicht hinreichend gewürdigt worden. Zu beachten sei, dass zwar im Einzelfall Tötungsvorsatz fehlen könne, wenn der Täter nicht nur vage auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolges vertraue. Das Vertrauen auf einen glimpflichen Ausgang dürfe aber nicht auf einer bloßen Hoffnung beruhen, sondern müsse tatsachenbasiert sein. Sollte sich kein Tötungsvorsatz feststellen lassen, wäre aber zumindest eine Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 227, 13 StGB in Betracht zu ziehen. Die notwendige Garantenstellung der Schwester bestehe jedoch nicht schon wegen ihrer Verwandtschaft in Seitenlinie. Sie komme aber kraft tatsächlicher Übernahme einer Schutzfunktion in Betracht. Maßgeblich seien dafür die innerhalb der Familie getroffenen Absprachen über die Betreuung und Beaufsichtigung.

**BGH 6 StR 137/21, Beschl. v. 04.05.2021 (Subventionsbetrug bei Corona-Soforthilfen)**

Der Angeklagte A beantragte für seine nicht existierenden Kleingewerbe Corona-Hilfen aus den Soforthilfeprogrammen des Bundes und der Bundesländer. Die eingereichten Antragsformulare waren unterschiedlich ausgestaltet. In den Formularen der „Version 1“ wurden subventionserhebliche Tatsachen ausdrücklich genannt, in den Formularen der „Version 2“ wurde darauf hingewiesen, dass alle in diesem Antrag anzugebenden Tatsachen subventionserheblich sind.

Das LG sprach A wegen Subventionsbetruges gem. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB schuldig. Der BGH hatte in der Revision des A zu entscheiden, ob gem. § 264 Abs. 9 Nr. 1 StGB in den Antragsformularen die Tatsachen ausdrücklich als subventionserheblich bezeichnet wurden. Die Strafbarkeit wegen Subventionsbetruges setzt voraus, dass sich die Angaben auf subventionserhebliche Tatsachen beziehen. Sinn und Zweck der Subventionserheblichkeit sei es, sicherzustellen, dass die Vergabevoraussetzungen für den Subventionsempfänger und etwaige Täuschungshandlungen für den Subventionsgeber und die Strafverfolgungsorgane möglichst klar erkennbar seien. Das Antragsformular der „Version 1“ genüge diesen Anforderungen, da die subventionserheblichen Tatsachen ausdrücklich genannt worden seien. Dies gelte ebenfalls für das Antragsformular der „Version 2“, da sich der Verweis zweifelsfrei auf die konkret abgefragten Angaben bezogen und beim Subventionsnehmer für die nötige Klarheit gesorgt habe.

**BGH 4 StR 19/20, Beschl. v. 05.05.2021 (Zurechnung des Todes von Berufsrettern bei fahrlässig verursachter Explosion)**

Der Angeklagte A war mit der Zerlegung einer stillgelegten Gasleitung beauftragt. Trotz ordnungsgemäßer Markierung verwechselte er die entsprechende Leitung mit einer gasführenden Rohrleitung, woraufhin das austretende Gas sich an den Funken des Trennschleifers entzündete. Als die Werkfeuerwehr den Unfallort erreichte, ereigneten sich zwei heftige Explosionen, durch die vier Feuerwehrleute getötet wurden. Zudem starb ein unbeteiligter Matrose, der durch die Druckwelle ins Hafenbecken geschleudert wurde und dabei aufgrund seiner Bewusstlosigkeit ertrank.

Der BGH hatte zu entscheiden, ob die Zurechnung des Todes der Berufsretter durch eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung unterbrochen wurde. Ein Erfolg sei nicht zuzurechnen, wenn dieser die Folge einer bewussten, eigenverantwortlichen Selbstgefährdung sei. Die objektive Zurechnung sei hingegen zu bejahen, wenn der Täter durch seine

deliktische Handlung die naheliegende Möglichkeit einer bewussten Selbstgefährdung dadurch geschaffen habe, dass er eine erhebliche Gefahr für ein Rechtsgut des Opfers begründet und damit ein einsichtiges Motiv für gefährliche Rettungsmaßnahmen gesetzt habe. Dies gelte erst recht für den Berufsretter, da seine Rechtspflicht den psychischen Druck zum Eingreifen erhöhe und damit die Eigenverantwortlichkeit einschränke. Danach sei der durch die Rettungsmaßnahmen verursachte Tod der Berufsretter dem A zuzurechnen. Etwaige Organisationsmängel des Unternehmens ließen zudem den Zusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem Erfolg unberührt, da sich keiner von mehreren sorgfaltswidrig handelnden Verursachern zu seiner Entlastung auf die Sorgfaltspflichtverletzung des anderen berufen könne.

---

#### **BGH 4 StR 141/21, Beschl. v. 07.07.2021 (Exzesstat bei der Körperverletzung mit Todesfolge)**

In einer körperlichen Auseinandersetzung zwischen dem Angeklagten A und dem späteren Tatopfer O brach O dem A unter Verwendung eines Sandhandschuhs das Nasenbein. Am nachfolgenden Tag suchte A in Begleitung weiterer Personen den O auf, um für die erlittene Verletzung die Zahlung eines Blutgeldes zu fordern und ihn für sein vorheriges Tun handgreiflich zu bestrafen. Am Treffpunkt verletzten A und seine Begleiter den O mit einem Schlagwerkzeug gemäß dem zuvor gemeinsam gefassten Tatentschluss. Einer der Angreifer fügte dem R in Abweichung von dem Tatplan mit einem Messer 20 Stich- und Schnittverletzungen zu, die zu seinem Tod durch Verbluten führten.

Die Verurteilung des A wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 Abs. 1 StGB hielt der rechtlichen Überprüfung durch den BGH nicht stand, da der durch die Messerstiche eingetretene Tod des O dem A nicht zuzurechnen sei. Bei einer gemeinschaftlich begangenen Körperverletzung setze die Strafbarkeit eines Mittäters nicht voraus, dass er selbst eine unmittelbar zum Tod führende Verletzungshandlung ausführe. Vielmehr reiche es aus, einen Beitrag zum Verletzungsgeschehen zu leisten. Wenn der Tod durch einen über das gemeinsame Wollen hinausgehenden und deshalb als Exzeshandlung zu qualifizierenden Gewaltakt verursacht worden sei, komme eine Zurechnung des Todes als qualifizierender Erfolg nur in Betracht, wenn den gemeinschaftlich verübten Gewalthandlungen bereits die spezifische Gefahr eines tödlichen Ausgangs anhafte. Bei Zugrundelegung dieser Grundsätze werde die Zurechnung des Todes von den Urteilsgründen nicht getragen, da der Einsatz des Messers von dem gemeinsamen Tatentschluss nicht umfasst gewesen sei und den gemeinschaftlich verübten Angriffen nicht die spezifische Gefahr einer tödlichen Eskalation angehaftet habe.

---

#### **LG Kaiserslautern 5 Qs 68/21, Beschl. v. 26.8.2021 (Zum Verhältnis von Betrug, Computerbetrug und Diebstahl an der Selbstbedienungskasse eines Supermarkts)**

Die Angeschuldigte A hatte Waren im Supermarkt entwendet, indem sie die Gegenstände in den Einkaufswagen geladen und den Einkaufsbereich an einer Selbstbedienungskasse passierte, ohne die Ware zu scannen. Bevor sie das Geschäft verlassen konnte, wurde sie vom Ladendetektiv D gestellt.

Das LG urteilte, dass A nicht des Betruges oder des Computerbetruges hinreichend verdächtig sei, sondern des Diebstahls. Für einen versuchten Betrug durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1 und 2, 13 Abs. 1, 22 StGB mangle es an einem Getäuschten, für einen Computerbetrug gem. § 263a StGB an einer tauglichen Tathandlung. Deshalb sei bei der Nichtbezahlung von Ware an einer Selbstbedienungskasse ein Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB verwirklicht. Die Ware bleibe für A fremd, da wegen des Unterlassens des Bezahlvorgangs keine Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB stattgefunden habe. Zudem sei die Ware weggenommen worden, da A ohne das Einverständnis des Geschäftsinhabers den Supermarkt verlassen wollte. Das generelle Einverständnis in einen Gewahrsamsübergang werde nur unter der Bedingung erteilt, dass die Selbstbedienungskasse ordnungsgemäß bedient werde. Es handele sich aber um einen versuchten Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 2, 22 StGB, da A vor Verlassen des Supermarktes aufgehalten worden sei.

---

## Vorbemerkungen zur Kategorie Studienpraxis

Die im folgenden Abschnitt dargestellten Sachverhalte und Lösungen sind, bis auf kleine redaktionelle Änderungen in Rechtschreibung und Überschriftenfettung, Originale.

Vielen Studierenden fällt es schwer, die juristische Benotungskultur nachzuvollziehen, der Vergleich eigener Leistungen und Noten mit den hier veröffentlichten Beispielen aus unserer Rubrik **Studienpraxis** kann helfen und eine Orientierungshilfe sein. Mehr aber auch nicht.

Die veröffentlichten Lösungen sollen, zusammen mit der zugehörigen Note und knappen Anmerkungen, eine bessere Orientierung bei der Hausarbeiten- und Klausurvorbereitung ermöglichen. Während zahlreiche Ausbildungszeitschriften Musterklausuren mit Musterlösungen veröffentlichen, bietet die hiesige Rubrik bewusst Studierendenklausuren.

Die Lösungen sind von Kommilitoninnen und Kommilitonen unter Zeitdruck, unter dem bekannten Lernstress der Klausurenphase und wahrscheinlich auch mit 400 Mitstreiterinnen und Mitstreitern im gleichen Raum im Hochsommer erstellt worden – echte Bedingungen eben.

**Diese Authentizität der Beiträge ist Chance und Gefahr zugleich.**

Es besteht die Chance, sich mit der Leistung zu identifizieren. Musterlösungen und entsprechende Veröffentlichungen von Mustertexten in Ausbildungszeitschriften sind sinnvoll, aber als Vorlage für die Studienpraxis wenig realistisch. Möglicherweise wird aber bei der Lektüre dieses Abschnitts deutlich, dass nicht jedes Gutachten einer Musterlösung gleichen muss, um eine ordentliche Benotung zu erreichen.

Die abgedruckten Lösungen enthalten möglicherweise kleine Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen und sind trotzdem überdurchschnittlich gut bewertet worden.

Damit besteht die erste Chance zur Erkenntnis: Gute Leistungen sind nicht unerreichbar. Folglich besteht die Chance, in einer der nächsten Ausgaben die eigene Leistung zu veröffentlichen. Bei gewissenhafter Vorbereitung,

gutem Judiz und ordentlichem Time-Management steht einer guten Note nichts im Wege.

Es besteht die Gefahr, dass die Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen, die mit jeder Authentizität einhergehen, falsche Vorbilder sind.

Wer unreflektiert andere Leistungen übernimmt, produziert keine eigene Erkenntnis, sondern reproduziert nur fremdes Wissen. Deswegen ist jedes hier abgedruckte Gutachten auch eine Aufgabe an die Leserinnen und Leser. Bei jeder Zeile müssen sich selbst die folgenden Fragen gestellt werden:

- Ist dieser Teil der Bearbeitung repräsentativ für die Gesamtnote?

- Welche Teile der Bearbeitung sind meiner Meinung nach besonders gut gelungen?

- Konnte ich die Schwerpunkte des Gutachtens nach der Lektüre des Sachverhaltes ermitteln? Deckt sich meine Einschätzung mit der gewählten Argumentationstiefe in der Bearbeitung?

- Ist der Sachverhalt über- oder unterdurchschnittlich anspruchsvoll? Können bei der Benotung, insbesondere inhaltlich einfacher Fragenkomplexe, Form und Stil besonders in die Bewertung einfließen?

- Was könnte ich (ehrlicherweise) besser als der Lösungsvorschlag, an welchen Punkten hätte ich selbst weniger geschickt geprüft und formuliert?

- Wäre ich in der Lage, ein derartiges Gutachten auch in der Stresssituation einer Abschlussklausur zu produzieren?

Es besteht außerdem die Gefahr, eine Art mathematische Vergleichbarkeit in der Benotung juristischer Leistungen zu suchen, die es nicht gibt.

Die Idee: „Wenn das 13 Punkte sind, ist das meine letzte Klausur aber auch!“ trägt nicht, sie ist Ausdruck der Suche einer einfachen Antwort auf eine komplizierte (Benotungs-)Frage.

Die Rechtswissenschaft wird in der universitären Ausbildung nicht umsonst den Geisteswissenschaften und nicht den Naturwissenschaften zugeordnet.

Die Bewertung einer Begutachtung ist nicht prognosefähig, eine stoische (aber transparente) Unterscheidung in „falsch“ und „richtig“, „vertretbar“ oder „unvertretbar“ gibt es nicht, von einigen Extremfällen abgesehen.

Die Bewertung der Herleitung einer Argumentation, die Schwerpunktsetzung, Formulierungsvermögen und Überzeugungskraft sind „weiche“ Bewertungskriterien, die sich einer absoluten Vergleichbarkeit (und Überprüfbarkeit) entziehen.

Auch, wenn die hier abgedruckte Leistung 12 oder mehr Punkte erreicht hat, heißt das nicht, dass dieses beim nächsten Mal wieder der Fall sein muss.

Rechtsprechungslinien können sich ändern, Literaturmeinungen werden ausdifferenziert, verworfen oder gewinnen an Einfluss, für die eigene Bearbeitung kann mehr oder weniger Zeit zur Verfügung stehen oder der Prüfer hat einen außergewöhnlich guten (oder schlechten) Tag.

Die Redaktion bittet deswegen alle Leserinnen und Leser, bei der Lektüre dieses Abschnitts gewissenhaft vorzugehen.

Die Veröffentlichung von Studienleistungen ist Mittel zum Zweck - nicht Selbstzweck.

Trotzdem, gerade deswegen, wollen wir weiterhin qualitativ hochwertige Beiträge in unserer Rubrik Studienpraxis veröffentlichen.

Hierzu brauchen wir Hilfe: Wenn Du überdurchschnittliche (Benotung mit mind. 12 Punkten) Studienleistungen hast, die Du gern veröffentlichen möchtest, sprich uns bitte unter

*redaktion@hanoverlawreview.de*

an.

Ähnliches gilt für die sogenannten “Studienklausuren”. Nach unserem ersten Jahr haben wir uns entschieden, umfangreiche Klausuren und deren Lösungen selbst zu erstellen, zu lektorieren und abzudrucken.

Wir wollen so einem Gedanken der Hanover Law Review noch weiter Rechnung tragen. Nicht nur die Leserinnen und Leser unserer Zeitschrift sollen dazulernen können, auch unsere Redaktionsmitglieder. Das angeleitete Konzipieren eines Sachverhaltes, das (mit Fußnoten belegte) Lösen und die resultierende Auseinandersetzung mit den entsprechenden Problemen, Meinungsstreitigkeiten, Definitionen und Subsumtionen sind äußerst lehrreich.

*Wir wünschen viel Erfolg und Freude bei der Lektüre.*

## Hausarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht, 14 Punkte

stud. iur. Joshua Gerdes

Die Hausarbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht gestellt und ist mit 14 Punkten bewertet worden. Herzlicher Dank gebührt Herrn Professor Dr. Veith Mehde, Mag. rer.

Der 27-jährige A lebt von Geburt an in Hannover. Er nahm seit 2016 an Aktionen der mittlerweile verbotenen Vereinigung „Hanover Beyond Reform (BeRe)“ teil. Privat gab es einige Änderungen in dem Leben des A. Er brach seine Ausbildung ab und distanzierte sich von seiner Familie, zu der er sonst einen regen Kontakt pflegte. Zur selben Zeit nahm A Kontakt zum Netzwerk um den Agitator B auf, der bereits 2017 als Gefährder eingestuft worden war und den Sicherheitsbehörden als zentrale Figur des immer noch aktiven BeRe-Rekrutierungsnetzwerks in Deutschland gilt. Während einer Kundgebung im Jahr 2019 wurde A dadurch auffällig, dass er auf Gegendemonstranten aggressiv einschrie. Auf einer anderen Kundgebung wurde eine körperliche Auseinandersetzung dadurch ausgelöst, dass A lautstark rief, Andersdenkende seien nichts wert. In beiden Fällen erfolgte eine Verurteilung wegen Beleidigung.

Am 01.12.2019 wollte A für längere Zeit ins Ausland reisen, um sich dort mit Gleichgesinnten zu vernetzen. Aufgrund einer Einreiseverweigerung musste A zurück nach Deutschland fliegen. Auf dem Weg vom Flughafen zurück überfuhr A ein Stoppschild, was von zwei Polizeibeamten beobachtet wurde. Sie hielten den A daraufhin an und verlangten seine Fahrzeugpapiere. Aufgrund des nervösen Verhaltens des A und seines auffälligen Blicks in Richtung seines Gepäcks baten die Polizeibeamten den A darum auszusteigen. Währenddessen klingelte das Mobiltelefon des A. Er nahm das Telefonat an und unterhielt sich – augenscheinlich in der Annahme, die Polizisten könnten ihn nicht verstehen – in einer fremden Sprache. Einer der anwesenden Polizeibeamten verfügt über entsprechende Sprachkenntnisse und konnte das Gespräch verfolgen. Daher konnte er hören, wie der A seinem Gesprächspartner von der Einreiseverweigerung berichtete und dass dies nichts an ihrem Plan ändern solle. Sie könnten „die Sache“ gleichwohl schon sehr bald durchführen. Auf dem hannoverschen Hauptbahnhof werde es wohl die meisten Menschen betreffen. Dieses Gespräch verunsicherte den Polizeibeamten und er durchsuchte in rechtmäßiger Weise das Gepäck des A. Die Polizeibeamten fanden darin eine größere Summe Bargeld, militärische Bekleidung und eine Armbinde mit dem Symbol der BeRe. Aufgrund der Gesamtschau sichtigten die Polizeibeamten ebenfalls in rechtmäßiger Weise das Mobiltelefon des A. Darauf fanden sie Videos mit Kriegshandlungen sowie Fotos von schwarz gekleideten Personen, die mit Schnellfeuerwaffen bewaffnet waren und mit Handgranaten posierten. Außerdem fanden sie einen Chatverlauf, in dem A dem B „jederzeitigen Gehorsam“ zusichert und den Abbruch des Kontakts zu seiner Familie schildert. In einem weiteren Chat fordert A einen unbekanntem Empfänger auf, den Hauptbahnhof in Hannover in den nächsten Wochen „auf keinen Fall aufzusuchen“.

Da den Polizeibeamten die BeRe und ihre verbotenen Aktivitäten bekannt waren und um A aufzuhalten, nahmen sie den A daraufhin um 15:45 Uhr fest. Sie gingen nicht davon aus, dass A bereits Straftaten begangen habe. A wurde darauf hingewiesen, dass er sich zu der Sache äußern könne. Die Polizeibeamten beantragten um 16:30 Uhr eine richterliche Entscheidung beim zuständigen Amtsgericht. Die Amtsrichterin R entschied, dass der A zunächst für 14 Tage in Gewahrsam genommen werden könne. Vor Ablauf der 14 Tage verfügte R eine Verlängerung der Ingewahrsamnahme für weitere 14 Tage. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass dies erforderlich sei, um die Straftat hinreichend sicher zu unterbinden. Außerdem sei der Zeitraum notwendig, um den Gesprächspartner des A ausfindig zu machen, über den weitere Hinweise erlangt werden könnten. Sämtliche Entscheidungen der R ergingen formell ordnungsgemäß.

Mit einem ausführlich begründeten Bescheid vom 27.02.2020 und nach erfolgter Anhörung wurden A sodann die Kosten der 28 Tage dauernden Unterbringung im Gewahrsam durch die zuständige Behörde des Landes auferlegt. A sieht sich in seinen Rechten verletzt. Er ist der Meinung, dass er nicht hätte festgenommen werden dürfen und vor allem nicht für 28 Tage. Eine solche Vorschrift, die eine Ingewahrsamnahme sogar für 35 Tage ermögliche, könne ja

wohl nicht rechtmäßig sein und verstoße insbesondere gegen die EMRK. Selbst wenn das Gesetz nicht verfassungs- oder konventionswidrig sei, so müsse es jedenfalls die präventive Ingewahrsamnahme sein, die das VG nach der neuesten Rechtsprechung des OVG Lüneburg auch inzident überprüfen könne. Erst recht könne es nicht angehen, dass er die Kosten für eine rechtswidrige Maßnahme zu zahlen habe. Es sei zwar richtig, dass er der BeRe angehöre und mit ihr sympathisiere, von seinen ideologischen Überzeugungen könne jedoch nicht auf eine Gewaltbereitschaft geschlossen werden. Außerdem behauptet er – wofür es aber keinerlei Hinweise gibt –, dass „das mit dem Anschlag gar nicht ernst gemeint war“.

Hat die fristgemäß erhobene Klage des A vor dem Verwaltungsgericht Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitervermerk: Auf sämtliche im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ist vollständig – gegebenenfalls auch in Form eines Hilfgutachtens – einzugehen. Finden sich im Sachverhalt keine Hinweise zu einzelnen Verfahrensschritten, so ist zu unterstellen, dass die Vorschriften insofern beachtet wurden. Es ist davon auszugehen, dass den entscheidenden Personen Sachverständigengutachten darüber vorlagen, dass eine soziale Isolation die Neigungen zu extremistischen Aktionen mitbegründen kann. Weiterhin ist davon auszugehen, dass R die strafrechtlichen Verurteilungen des A wegen Beleidigung bekannt waren und ihr die Urteilsgründe vorlagen. Außerdem ist zu unterstellen, dass noch kein dringender Tatverdacht i.S.v. § 112 StPO vorlag.

## BEARBEITUNG

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

### A. Zulässigkeit der Klage

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender oder abdrängender Sonderzuweisung bestimmt sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 VwGO. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt nach der modifizierten Subjektstheorie vor, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.<sup>1</sup> Die Streitigkeit entscheidet sich vorliegend anhand von Normen des NVwKostG sowie des NPOG, die ausschließlich Träger hoheitlicher Gewalt berechtigen und verpflichten, sodass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit handelt es sich auch um eine nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit. Somit ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet.

#### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, § 88 VwGO. A sieht sich durch die Heranziehung für die Kosten, der aus seiner Sicht rechtswidrigen Ingewahrsamnahme, in seinen Rechten verletzt. A begehrt

somit die Aufhebung des Kostenbescheids vom 27.02.2020, sodass die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO die statthafte Klageart sein könnte. Der angegriffene Kostenbescheid weist alle Merkmale eines Verwaltungsakts i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 NVwVfG<sup>2</sup> auf, sodass für das Begehren des A die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft ist.

#### III. Klagebefugnis

A müsste nach § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt sein. Hierfür müsste eine subjektive Rechtsverletzung des A möglich erscheinen. Als Adressat des belastenden Verwaltungsakts besteht zumindest die Möglichkeit einer Verletzung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG. A ist somit klagebefugt.

#### IV. Vorverfahren

Die Durchführung eines Vorverfahrens ist gem. § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 1 NJG nicht erforderlich. Eine Ausnahme des § 80 Abs. 1 NJG liegt nicht vor.

#### V. Klagefrist

Die Klage ist ausweislich des Sachverhalts fristgemäß erhoben worden.

<sup>1</sup> Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2020, Rn. 1324.

<sup>2</sup> Auf diesen Zusatz wird nachfolgend verzichtet.

## VI. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 79 Abs. 2 NJG die Behörde, die den angefochtenen Kostenbescheid erlassen hat.

## VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

A ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die laut Sachverhaltsangaben zuständige Behörde ist nach § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 79 Abs. 1 NJG beteiligtenfähig und wird gem. § 62 Abs. 3 VwGO vor Gericht vom Behördenleiter vertreten.

## VIII. Zwischenergebnis

Die Klage des A ist zulässig.

### B. Begründetheit der Klage

Die Klage des A ist begründet, soweit der Kostenbescheid rechtswidrig und A hierdurch in seinen Rechten verletzt ist, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

#### I. Ermächtigungsgrundlage

Die Ermächtigungsgrundlage für den Kostenbescheid stellen die §§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 3 Abs. 1 S. 1, 5 Abs. 1 NVwKostG i.V.m. Nr. 108.2.2 der Anlage zu der Verordnung über die Gebühren und Auslagen für Amtshandlungen und Leistungen (AllGO) dar. Hiernach werden für Amtshandlungen in Angelegenheiten der Landesverwaltung Kosten (Gebühren und Auslagen) von demjenigen erhoben, der zu der Amtshandlung Anlass gegeben hat.

#### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Kostenbescheid müsste formell rechtmäßig sein. Ausweislich des Sachverhalts hat die zuständige Behörde A den Kostenbescheid auferlegt. Eine Anhörung des A i.S.d. § 28 Abs. 1 VwVfG ist vor Erlass des belastenden Verwaltungsakts durchgeführt worden. Der Bescheid vom 27.02.2020 erging schriftlich und wurde ausführlich begründet, sodass auch das Begründungserfordernis schriftlicher Verwaltungsakte nach § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG gewahrt ist.

#### III. Materielle Rechtmäßigkeit

##### 1. Tatbestand: Amtshandlung gem.

##### §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 NVwKostG

Der Kostenbescheid müsste materiell rechtmäßig sein. Gem. §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 S. 1, 5 Abs. 1 NVwKostG werden für Amtshandlungen der Landesverwaltung Kosten

von demjenigen erhoben, der Anlass zu ihnen gegeben hat. Die Kostenhöhe bestimmt sich hierbei nach der Anlage zu der Verordnung über die Gebühren und Auslagen für Amtshandlungen und Leistungen (AllGO). Nach der Nr. 108.2.2 des Anhangs zu der AllGO ist je angefangener Tag im polizeilichen Gewahrsam eine Gebühr in Höhe von 35 € zu veranlagern. Die Ingewahrsamnahme des A durch die Polizeibeamten stellt eine Amtshandlung der Landesverwaltung und somit eine taugliche gebührenpflichtige Amtshandlung i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 NVwKostG dar. Eine gebührenfreie Amtshandlung i.S.d. § 2 NVwKostG liegt nicht vor. Allerdings sind gem. § 11 Abs. 1 NVwKostG Kosten, die dadurch entstanden sind, dass die Behörde unrichtig gehandelt hat, zu erlassen. Folglich ist die Ingewahrsamnahme als Kostengrund auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen.

##### a) Umfang der gerichtlichen Überprüfung

Fraglich ist, in welchem Umfang eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung der vorausgegangenen Ingewahrsamnahme möglich ist. Der Landesgesetzgeber hat sich mit § 19 Abs. 4 S. 1 NPOG i.V.m. §§ 58 ff. FamFG dafür entschieden den Rechtsschutz unmittelbar gegen die Ingewahrsamnahme den Amtsgerichten im Wege der abdrängenden Sonderzuweisung nach § 40 Abs. 1 S. 2 VwGO anzuvertrauen. Die nachgelagerte Prüfung der Rechtmäßigkeit des auf der Ingewahrsamnahme beruhenden Kostenbescheids wird dagegen den Verwaltungsgerichten zugewiesen. Diese gesetzgeberische Entscheidung führt bei einer Kette von Hoheitsakten im Ergebnis zu einer Rechtswegspaltung.<sup>3</sup> Fraglich ist daher, ob es dem Verwaltungsgericht verwehrt ist, als Vorfrage die Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme zu prüfen. Gegen eine Inzidentprüfungskompetenz des Verwaltungsgerichts im Kostenerstattungsverfahren könnte sprechen, dass der Gesetzgeber in § 19 Abs. 3 S. 1 NPOG die Zuständigkeit für Freiheitsentziehungssachen den ordentlichen Gerichten zugewiesen hat. Diese Zuweisung rechtfertigt sich durch Erwägungen der Prozessökonomie sowie der größeren Sach- und Ortsnähe der Amtsgerichte.<sup>4</sup> Die frühere Rechtsprechung des OVG Lüneburgs folgte aus dem vom Gesetzgeber eingeräumten „Entscheidungsmonopol“ der ordentlichen Gerichtsbarkeit, dass es dem Verwaltungsgericht verwehrt sei im Rahmen der Anfechtungsklage gegen den Heranziehungsbescheid inzident die Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme als

<sup>3</sup> BVerfG NVwZ 2010, 1482 (1484).

<sup>4</sup> Vgl. BVerwG NVwZ 2015, 830 (832); OVG Lüneburg BeckRS 2019, 25124 Rn. 27.

Vorfrage zu prüfen.<sup>5</sup> Für eine Beschränkung der Inzidentprüfungskompetenz des Verwaltungsgerichts spricht darüber hinaus, dass vorliegend die Richterin R bereits gem. § 19 Abs. 1 S. 1 NPOG über die Zulässigkeit und Fortdauer der Ingewahrsamnahme entschieden hat. Gegen die amtsrichterliche Anordnung des Gewahrsams wurden seitens des A keine Rechtsmittel i.S.d. § 19 Abs. 4 S. 1 NPOG i.V.m. §§ 58 ff. FamFG eingelegt, sodass die Entscheidung rechtskräftig geworden und somit dem Verwaltungsgericht eine inzidente Prüfung der Ingewahrsamnahme verwehrt sein könnte. Für eine Inzidentprüfungskompetenz des Verwaltungsgerichts spricht jedoch, dass das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG es gebietet, im Rahmen des Kostenerstattungsverfahrens auch die die Erhebung verursachende Amtshandlung einer gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen, wenn sich die polizeiliche Maßnahme vor Ablauf einer Rechtsbehelfsfrist erledigt.<sup>6</sup> Zudem spricht § 17 Abs. 2 S. 1 GVG, der über § 83 S. 1 VwGO auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit Anwendung findet, dafür, dass eine Überprüfung durch das Verwaltungsgericht trotz der amtsrichterlichen Entscheidung möglich sein muss.<sup>7</sup> Gem. § 17 Abs. 2 S. 1 GVG entscheidet das Gericht des zulässigen Rechtswegs den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten. Dies umfasst nach allgemeinem Verständnis auch rechtswegfremde Vorfragen, soweit gesetzlich nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist und die an sich zuständigen Gerichte über die streitige Vorfrage nicht mit materieller Rechtskraftbindung entschieden haben.<sup>8</sup> Die Frage der Rechtmäßigkeit der polizeilichen Ingewahrsamnahme stellt hierbei eine solche entscheidungserhebliche Vorfrage i.S.d. § 17 Abs. 2 S. 1 GVG dar.<sup>9</sup> Gem. § 45 FamFG erwachsen die der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesenen Entscheidungen in Freiheitsentziehungssachen jedoch lediglich in formelle und nicht in materielle Rechtskraft.<sup>10</sup> Für eine gesetzliche Ausnahme von der grundsätzlichen Verpflichtung zur Inzidentprüfung auch rechtswegfremder Vorfragen finden sich in den einschlägigen Regelungen des FamFG keine Anhaltspunkte.<sup>11</sup> Zudem finden sich im FamFG keine den §§ 322, 325 ZPO vergleichbaren Vorschriften zur materiellen

Rechtskraft.<sup>12</sup> Für eine Einschränkung der verwaltungsgerichtlichen Inzidentprüfungskompetenz besteht im Übrigen kein Bedürfnis, da die Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme im Kostenerstattungsverfahren nur als Vorfrage zu prüfen ist und deren verwaltungsgerichtliche Beurteilung weder in Rechtskraft erwächst, noch sonst eine irgendwie geartete Gestaltungs- oder Feststellungswirkung entfaltet.<sup>13</sup> Hier hat das Verwaltungsgericht über einen Kostenbescheid zu entscheiden, der auf einer Amtshandlung beruht, über deren Zulässigkeit und Fortdauer bereits eine amtsrichterliche Entscheidung ergangen ist. Mit Ablauf der Rechtsmittelfrist ist die Entscheidung des Amtsgerichts gem. § 45 FamFG in formelle Rechtskraft erwachsen, konnte also nicht mehr mit Rechtsmitteln angegriffen werden.<sup>14</sup> Dies hat somit zur Folge, dass wenn sich bei einer Kette von Hoheitsakten eine Rechtswegaufspaltung ergibt, es dem angerufenen Gericht nicht verwehrt ist, Vorfragen zu prüfen, die, wären sie die Hauptfrage, in den Zuständigkeitsbereich eines anderen Gerichts fielen.<sup>15</sup> Mögliche Erwägungen der Prozessökonomie und die größere Sach- und Ortsnähe der Zivilgerichte vermögen eine den gesetzlichen Bestimmungen nicht zu entnehmende Ausnahme nicht zu rechtfertigen.<sup>16</sup> Folglich ist die Ingewahrsamnahme inzident auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen.

## **b) Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme**

### **aa) Ermächtigungsgrundlage**

Die Ingewahrsamnahme ist mit einem Eingriff in die Freiheit der Person (Art. 104, Art. 2 Abs. 2 GG) verbunden und bedarf aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes einer Rechtsgrundlage. Die Ermächtigungsgrundlage für die Ingewahrsamnahme des A stellt § 18 Abs. 1 Nr. 2 a) i.V.m. § 21 S. 2 Nr. 1, S. 3 NPOG dar. Hiernach können die Verwaltungsbehörden und die Polizei eine Person bis zu 35 Tage in Gewahrsam nehmen, wenn dies unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung einer terroristischen Straftat zu verhindern. Die Ermächtigungsgrundlage dürfte zudem nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. An der formellen Verfassungsmäßigkeit bestehen keine Zweifel.

<sup>5</sup> OVG Lüneburg NVwZ-RR 2006, 34 (35); Mehde in: Hartmann/Mann/Mehde, Landesrecht Niedersachsen, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 120.

<sup>6</sup> BVerfG NVwZ 2010, 1482 (1484); OVG Lüneburg BeckRS 2019, 25124 Rn. 25.

<sup>7</sup> BVerfG NVwZ 2010, 1482 (1484); OVG Lüneburg BeckRS 2019, 25124 Rn. 26.

<sup>8</sup> BVerwG NVwZ 2015, 830 (831); OVG Lüneburg BeckRS 2019, 25124 Rn. 26.

<sup>9</sup> BVerfG NVwZ 2010, 1482 (1484).

<sup>10</sup> BVerwG NVwZ 2015, 830 (832); OVG Lüneburg BeckRS 2019, 25124 Rn. 28.

<sup>11</sup> BVerwG NVwZ 2015, 830 (832); OVG Lüneburg BeckRS 2019, 25124 Rn. 27.

<sup>12</sup> BVerwG NVwZ 2015, 830 (832).

<sup>13</sup> BVerwG NVwZ 2015, 830 (832); OVG Lüneburg BeckRS 2019, 25124 Rn. 27.

<sup>14</sup> OVG Lüneburg BeckRS 2019, 25124 Rn. 28.

<sup>15</sup> BVerwG NVwZ 2015, 830 (831); OVG Lüneburg BeckRS 2019, 25124 Rn. 26.

<sup>16</sup> BVerwG NVwZ 2015, 830 (832); OVG Lüneburg BeckRS 2019, 25124 Rn. 27.

Verfassungsrechtliche Bedenken könnten jedoch hinsichtlich des Präventivgewahrsams als solchem sowie der maximal möglichen Gewahrsamsdauer bestehen.

### (1) Verfassungsmäßigkeit des Präventivgewahrsams

In Betracht kommt ein Verstoß gegen das Recht auf Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG. Der Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, der die Freiheit der Person als „unverletzlich“ bezeichnet, sowie die zusätzlichen Anforderungen des Art. 104 GG heben hervor, dass die Freiheit der Person einen hohen Rang innerhalb der Grundrechte genießt.<sup>17</sup> Aus der Bedeutung des Grundrechts folgt, dass Einschränkungen nur aus besonders gewichtigen Gründen gerechtfertigt sein können.<sup>18</sup> Freiheitsentziehungen können etwa zum Schutz der Allgemeinheit oder der Rechtsgüter anderer zulässig sein.<sup>19</sup> Hierbei muss allerdings eine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit erfolgen.<sup>20</sup> Mit der Normierung eines Unterbindungs- bzw. Präventivgewahrsams haben die Landesgesetzgeber der Polizeigesetze eine legislative Abwägung der Verhältnismäßigkeit vorgenommen, die bisher nicht auf grundsätzliche Kritik vom Grundgesetz her gestoßen ist.<sup>21</sup> So stellt sich auch § 18 Abs. 1 Nr. 2 NPOG als Ausfluss der Abwägung zwischen der Freiheit der Person sowie dem Schutz der Allgemeinheit und deren Rechtsgüter dar. Durch die hohen tatbestandlichen Voraussetzungen hinsichtlich der zeitlichen Nähe und der Wahrscheinlichkeit des Gefahrentritts, berücksichtigt § 18 Abs. 1 Nr. 2 NPOG auch die Bedeutung der Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG. Die Ermächtigungsgrundlage § 18 Abs. 1 Nr. 2 NPOG für den Unterbindungsgewahrsam ist folglich mit dem Grundgesetz vereinbar und materiell verfassungsgemäß.

### (2) Verfassungsmäßigkeit der Dauer des Präventivgewahrsams

Auf verfassungsrechtliche Bedenken stößt hingegen § 21 NPOG, der die Gewahrsamsdauer regelt. § 21 S. 2 Nr. 1, S. 3 NPOG ermöglicht es eine Person, von der die unmittelbar bevorstehende Begehung einer terroristischen Straftat i.S.d. § 2 Nr. 15 NPOG erwartet wird, bis zu 35 Tage in

Gewahrsam zu nehmen. Vor der Novellierung sah § 21 S. 2 Hs. 2 Nds. SOG eine maximale Gewahrsamsdauer von 10 Tagen vor. Hierbei muss jedoch berücksichtigt werden, dass sich die maximal möglichen 35 Tage ausschließlich auf terroristische Straftaten beziehen. Hinsichtlich „gewöhnlicher“ Straftaten ist es bei höchstens 10 Tagen geblieben. Aufgrund der Eingriffsintensität des Präventivgewahrsams ist im Rahmen einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung das öffentliche Interesse an der Verhinderung schwerer Straftaten mit dem Eingriff in die Freiheit der Person des Einzelnen abzuwägen.<sup>22</sup> Dabei erfordert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass der Eingriff nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe steht.<sup>23</sup> Hierbei ist zunächst festzustellen, dass der nunmehr maßgebliche § 21 S. 2 Nr. 1, S. 3 NPOG eine erhebliche Steigerung um mehr als das Dreifache im Vergleich zur Vorgängerregelung darstellt. Die maximal mögliche Gewahrsamsdauer ist zudem vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Eingriff in die Freiheit der Person umso intensiver ist, je länger er dauert.<sup>24</sup> Das BVerfG hat zwar bisher noch nicht abschließend über die Gewahrsamshöchstdauer zu Gefahrenabwehrzwecken entschieden. In einer älteren Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit eines Unterbindungsgewahrsams hat es jedoch ausgeführt, dass präventive Freiheitsentziehungen nur solange zulässig, wie sie zur Unterbindung der Anlasshandlungen erforderlich und zumutbar seien; daher könnten sie „in aller Regel nur von kurzer Dauer“ sein.<sup>25</sup> In einem späteren Verfahren hat das BVerfG zum bayerischen Unterbringungsgesetz die Auffassung vertreten, der Staat dürfe auf konkrete Gefahrensituationen lediglich mit den situationsbezogenen Instrumenten des Polizeirechts reagieren, zu denen auch der bis zu 14-tägige Polizeigewahrsam gehöre.<sup>26</sup> Dagegen wäre eine „längerfristige Verwahrung eines psychisch gesunden und strafrechtlich nicht oder nur unerheblich vorbelasteten Bürgers zum Zweck der Abwehr einer von ihm ausgehenden Gefahr der Begehung von Straftaten mit dem Grundgesetz nicht vereinbar“.<sup>27</sup> Soweit andere Gerichte über die verfassungsrechtlich zulässige Höchstdauer des

<sup>17</sup> BVerfG NJW 1973, 1363 (1364); BVerfG NJW 1977, 1525 (1525); BVerfG NJW 2012, 1784 (1784).

<sup>18</sup> BVerfG NJW 1973, 1363 (1364); BVerfG NJW 1977, 1525 (1525); BVerfG NJW 2012, 1784 (1784).

<sup>19</sup> BVerfG NJW 1982, 691, (693); BVerfG BeckRS 2020, 11742 Rn. 72; Lang in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online Kommentar zum GG, 44. Edition 2020, Art. 2 Rn. 87c.

<sup>20</sup> BVerfG BeckRS 2020, 11742 Rn. 72; BVerfG NJW 1982, 691 (693); Lang in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG (Fn. 19), Art. 2 Rn. 87c.

<sup>21</sup> Waechter, Unterbindungsgewahrsam mit EMRK unvereinbar, NVwZ 2014, 995 (995).

<sup>22</sup> Michaelis, Der polizeiliche Präventivgewahrsam, JA 2014, 198 (201).

<sup>23</sup> BVerfG NJW 2012, 1784 (1785).

<sup>24</sup> Gesetzgebungs- und Beratungsdienst des niedersächsischen Landtags, Vorlage 32 vom 26.10.2018 zu Drs. 18/850, S. 58.

<sup>25</sup> BVerfG, Beschluss vom 26.06.1997 - 1 BvR 126/91 -, juris Rn. 14.

<sup>26</sup> BVerfG NJW 2004, 750 (753).

<sup>27</sup> BVerfG NJW 2004, 750 (753).

Unterbindungsgewahrsams zu entscheiden hatten, war eine Höchstdauer von 14 Tagen zu prüfen, die jeweils mit der Begründung für verfassungsrechtlich zulässig erachtet worden sind, es seien Gefahrenlagen von solcher Dauer denkbar.<sup>28</sup> Ein bis zu 35 Tage andauernder Gewahrsam stellt einen noch erheblicheren und intensiveren Eingriff in die Freiheit der Person dar. Zudem kann bei einem fünfwöchigen Gewahrsam nicht von einer „kurzen Dauer“, wie es das BVerfG fordert<sup>29</sup>, ausgegangen werden. Überdies fehlt es im Gesetzesentwurf zum NPOG an einer Begründung, welche Gefahrenlagen denkbar seien, die eine derart lange Gewahrsamsdauer erforderlich machten.<sup>30</sup> Im Ländervergleich erscheinen die stark unterschiedlichen Höchstdauern zudem beliebig.<sup>31</sup> Dies wird umso deutlicher, wenn man sich für eine vergleichende Betrachtung die bundesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen für den Präventivgewahrsam vor Augen führt. Gem. § 57 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BKAG i.V.m. § 42 Abs. 1 BPolG kann das Bundeskriminalamt (BKA) zur Abwehr unmittelbar bevorstehender Gefahren des internationalen Terrorismus eine Person bis zu vier Tage in Gewahrsam nehmen. Dass sich die terroristische Bedrohungslage in Deutschland seit der BKAG-Novelle im Jahr 2017, in der ein maximal viertägiger Gewahrsam als ausreichend erachtet worden ist, nachhaltig verschärft hat und nun eine maximal 35-tägige Dauer erforderlich machen soll, leuchtet nicht ein.<sup>32</sup> Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, warum niedersächsische Polizeibeamte mehr als achtfach länger zur Gefahrenabwehr benötigen als ihre Kollegen vom BKA oder der Bundespolizei.<sup>33</sup> Gegen eine Ausdehnung der Gewahrsamsdauer spricht im Übrigen, dass nur wenn die dem Polizeigewahrsam immanente Kurzfristigkeit beachtet wird, ein Konflikt mit den bundesrechtlichen Regelungen zur Untersuchungshaft gem. §§ 112 ff. StPO vermieden werden kann.<sup>34</sup> Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr gem. § 112a StPO hat rein präventiven Charakter und erfordert als Tatbestandsvoraussetzung unter anderem den

dringenden Tatverdacht schwerwiegender Delikte.<sup>35</sup> Diese strengen Voraussetzungen der bundesrechtlichen StPO dürfen nicht dadurch umgangen werden, dass stattdessen längerfristiger Gewahrsam auf Grundlage des Polizeirechts ermöglicht wird.<sup>36</sup> Dies gilt gleichermaßen, wenn die Polizei zur Verhinderung noch nicht begangener Straftaten tätig geworden ist, da die Reichweite der polizeilichen Befugnis zur Ingewahrsamnahme beim Präventivgewahrsam nicht länger sein kann als beim Repressivgewahrsam.<sup>37</sup> Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass die höherrangigen und abschließenden bundesrechtlichen Institute der Abschiebungshaft (vgl. § 62 AufenthG) oder der Untersuchungshaft (§§ 112 ff. StPO) umgangen werden könnten, indem der polizeirechtliche Präventivgewahrsam quasi „vorgeschaltet“ wird, um die Tatbestandsvoraussetzungen der bundesgesetzlichen Regelungen erst zu schaffen.<sup>38</sup> Bedenklich ist auch das im Vergleich zum Strafverfahren deutlich geringere Schutzniveau des Betroffenen.<sup>39</sup> So fehlen Personen im Präventivgewahrsam strafprozessuale Gewährleistungen, wie das Recht auf Pflichtverteidigung sowie die Unschuldsvermutung.<sup>40</sup> Der brandenburgische Gesetzgeber etwa hat auf diese Kritik im Gesetzgebungsverfahren reagiert und in § 28d Abs. 3 BPolG dem Betroffenen bei einem mehr als viertägigen Gewahrsam einen Anspruch auf Beordnung eines anwaltlichen Beistands zugestanden.<sup>41</sup> Eine derartige Regelung, die zumindest geeignet ist verfassungsrechtliche Bedenken eines über 14 Tage hinausgehenden Gewahrsams zu reduzieren, hat im NPOG jedoch keinen Einzug erhalten. Vor dem Hintergrund der ergangenen Entscheidungen des BVerfG stößt eine Gewahrsamshöchstdauer von 35 Tagen zumindest auf verfassungsrechtliche Bedenken.<sup>42</sup> Für eine Ausdehnung der Gewahrsamshöchstdauer spricht allerdings, dass es der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative unterliegt Höchststrafen für die Gewahrsamsdauer festzulegen.<sup>43</sup> Seit dem Anschlag auf den Berliner Breitscheidplatz könnte

<sup>28</sup> SächsVerfGH LKV 1996, 273 (277); BayVerfGH NVwZ 1991, 664 (670).

<sup>29</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.06.1997 – 1 BvR 126/91 –, juris Rn. 14.

<sup>30</sup> GBD LT-Nds. (Fn. 24), Vorlage 32 vom 26.10.2018 zu Drs. 18/850, S. 59.

<sup>31</sup> Racher in: Denninger/Graulich, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, E Rn. 548.

<sup>32</sup> Vgl. Kulle/Möhle, „28 Days later“, JA 2020, 517 (521).

<sup>33</sup> Vgl. Kulle/Möhle (Fn. 32), JA 2020, 517, (521).

<sup>34</sup> Racher in: Denninger/Graulich, Hdb.-POR (Fn. 31), E Rn. 552.

<sup>35</sup> Racher in: Denninger/Graulich, Hdb.-POR (Fn. 31), E Rn. 552.

<sup>36</sup> Racher in: Denninger/Graulich, Hdb.-POR (Fn. 31), E Rn. 552.

<sup>37</sup> Racher in: Denninger/Graulich, Hdb.-POR (Fn. 31), E Rn. 552.

<sup>38</sup> GBD LT-Nds. (Fn. 24), Vorlage 32 vom 26.10.2018 zu Drs. 18/850, S. 60.

<sup>39</sup> Vgl. Scharlau, Amnesty International Stellungnahme zu LT-Drs. 18/850, S. 14.

<sup>40</sup> Vgl. Scharlau, Amnesty International Stellungnahme zu LT-Drs. 18/850, S. 14.

<sup>41</sup> Roggan, Brandenburgische Polizeirechtsnovelle von 2019 – Erläuterungen und Würdigung aus verfassungsrechtlicher Perspektive, LKV 2019, 241 (249).

<sup>42</sup> GBD LT-Nds. (Fn. 24), Vorlage 32 vom 26.10.2018 zu Drs. 18/850, S. 58.

<sup>43</sup> Knemeyer, Polizeigewahrsam und Richterentscheid – Zur Neufassung der gesetzlichen Regelung in Bayern, NVwZ 1990, 138 (141).

sich der Gesetzgeber neuen terroristischen Bedrohungen ausgesetzt sehen. Bei der älteren Rechtsprechung muss berücksichtigt werden, dass die Entscheidungen in einer Zeit vor terroristischen Bedrohungslagen, wie sie etwa seit den Anschlägen auf Charlie Hebdo 2015 oder 2016 auf den Berliner Breitscheidplatz in Europa vorherrschen, ergangen sind. Das von den Landesgesetzgebern wahrgenommene gesteigerte Sicherheitsbedürfnis hat schließlich dazu geführt, dass fast alle Bundesländer in der jüngeren Vergangenheit die Höchstfristen des Polizeigewahrsams ausgedehnt haben.<sup>44</sup> Auch der niedersächsische Gesetzgeber hat daher ein Bedürfnis gesehen den Präventivgewahrsam auszuweiten, um terroristische Straftaten hinreichend sicher unterbinden zu können.<sup>45</sup> Die Sicherheit des Staates vor terroristischen Gefahren wurde vom BVerfG in jüngerer Vergangenheit auch ausdrücklich als gewichtiges Rechtsgut klassifiziert.<sup>46</sup> Für die Ausdehnung der Gewahrsamshöchstdauer spricht zudem, dass ein länger andauernder Unterbindungsgewahrsam zum Schutz vor schweren Gefahren für Leben und Gesundheit anderer Ausdruck der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist.<sup>47</sup> Überdies muss beachtet werden, dass die Gewahrsamshöchstfrist nicht als Regelfrist verstanden werden darf.<sup>48</sup> Vielmehr ergibt sich aus polizeilichen Grundsätzen, dass der Gewahrsam nur so lange zulässig ist, wie die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, § 4 Abs. 3 NPOG. Die verfassungsrechtlichen Bedenken können zudem dadurch abgemildert werden, dass dem 35-tägigen Gewahrsam insgesamt drei Richtervorbehalte vorausgehen, in denen die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme streng geprüft wird. Vor diesem Hintergrund sowie der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers und der Tatsache, dass das BVerfG zur Gewahrsamshöchstdauer noch nicht abschließend Stellung genommen hat, wird die Ermächtigungsgrundlage als noch verfassungsgemäß erachtet.

### **(3) Zwischenergebnis zur Vereinbarkeit höherrangigem Recht**

Die Ermächtigungsgrundlage ist somit mit dem Grundgesetz vereinbar.

## **bb) Formelle Rechtmäßigkeit**

### **(1) Allgemeine Voraussetzungen**

Gem. § 18 Abs. 1 NPOG können sowohl die Verwaltungsbehörden als auch die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen. Für den Fall, dass die Verwaltungsbehörden nicht oder nicht rechtzeitig tätig werden können, um die Gefahrenabwehr möglichst effektiv zu gewährleisten, besteht abweichend von § 1 Abs. 1 S. 1 NPOG gem. § 1 Abs. 2 S. 1 NPOG eine Eilkompetenz der Polizei. Vorliegend wusste die zuständige Verwaltungsbehörde nichts von der Lage, wie sie sich plötzlich im Laufe des Geschehens für die Polizeibeamten darstellte. Die Anzeichen, die sich den Polizeibeamten darboten erforderten vielmehr ein schnelles Eingreifen, um eine effektive Gefahrenabwehr sicher zu stellen. Somit war die Polizei gem. § 1 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1 NPOG sachlich zuständig. Es ist anzunehmen, dass A auf dem Rückweg vom Flughafen im Gebiet der Region Hannover angetroffen wurde, sodass sich die örtliche Zuständigkeit aus §§ 100 Abs. 1 S. 1, S. 2, 90 Abs. 2 Nr. 3 NPOG ergibt. A wurde von den Polizeibeamten darauf hingewiesen, dass er sich zu der Sache äußern könne, sodass eine Anhörung i.S.d. § 28 Abs. 1 VwVfG erfolgt ist. Die Ingewahrsamnahme bedarf gem. § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG keiner besonderen Form.

### **(2) Richtervorbehalt**

§ 19 Abs. 1 S. 1 NPOG normiert einfachgesetzlich den nach Art. 104 Abs. 2 GG erforderlichen Richtervorbehalt. Hiernach haben die Verwaltungsbehörden oder die Polizei unverzüglich eine richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung zu beantragen, wenn es aufgrund einer Maßnahme nach § 18 NPOG zu einer Freiheitsentziehung kommt. Unverzüglich bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die richterliche Entscheidung ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, nachgeholt werden muss.<sup>49</sup> In der Rechtsprechung ist eine Dauer von zwei bis drei Stunden als ausreichend erachtet worden.<sup>50</sup> Die Polizeibeamten nahmen A am 01.12.2019 um 15:45 fest und beantragten um 16:30 desselben Tags die richterliche Entscheidung beim zuständigen Amtsgericht. Bis zur Antragsstellung verging somit weniger als eine Stunde, sodass eine Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer der

<sup>44</sup> Rachor in: Denninger/Graulich, Hdb.-POR (Fn. 31), E Rn. 548.

<sup>45</sup> LT-Drs. 18/850 S. 48.

<sup>46</sup> BVerfG NJW 2016, 1781, (1790).

<sup>47</sup> Rachor in: Denninger/Graulich, Hdb.-POR (Fn. 31), E Rn. 551; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 3 Rn. 146.

<sup>48</sup> Rachor in: Denninger/Graulich, Hdb.-POR (Fn. 31), E Rn. 552.

<sup>49</sup> BVerfG NJW 2002, 3161, (3162); Waechter in: Möstl/Weiner, Beck'scher Online Kommentar zum NPOG, 16. Edition 2020, § 19 Rn. 23.

<sup>50</sup> OVG Münster NJW 1980, 138 (139); VG Gera, Urteil vom 10. Oktober 2002 – 1 K 194/01.GE –, juris, Rn. 12.

Ingewahrsamnahme unverzüglich beantragt wurde. Darüber hinaus ist ausweislich des Bearbeitervermerks zu unterstellen, dass der Antrag die gem. § 19 Abs. 1 S. 2 NPOG erforderlichen Angaben sowie eine Begründung enthielt. Ebenso ist mangels Angaben hierzu im Sachverhalt und ausweislich des Bearbeitervermerks zu unterstellen, dass A gem. § 20 Abs. 1, 2 NPOG über die Gründe seiner Ingewahrsamnahme, Rechtsbehelfsmöglichkeiten sowie das Recht eine Vertrauensperson zu kontaktieren belehrt worden ist. Ferner ergingen ausweislich des Sachverhalts sämtliche Entscheidungen der zuständigen Richterin R formell ordnungsgemäß. Folglich war die Ingewahrsamnahme des A formell rechtmäßig.

### cc) Materielle Rechtmäßigkeit

#### (1) Tatbestandsvoraussetzungen der Ingewahrsamnahme

##### (a) Unmittelbar bevorstehende Begehung einer terroristischen Straftat i.S.d. § 2 Nr. 15 NPOG

Gem. § 18 Abs. 1 Nr. 2 a) i.V.m. § 21 S. 2 Nr. 1, S. 3 NPOG darf eine Person bis zu 35 Tage in Gewahrsam genommen werden, wenn dies unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer terroristischen Straftat zu verhindern. A müsste somit die Begehung einer unmittelbar bevorstehenden terroristischen Straftat i.S.d. § 2 Nr. 15 NPOG geplant haben. Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme ist die Schadensprognose, die aus der „ex-ante-Sicht“ der Beamten vorgelegen hat.<sup>51</sup> Ein Beurteilungsspielraum der Polizei besteht insoweit nicht, sodass hinsichtlich der Prognoseentscheidung eine volle gerichtliche Überprüfung erfolgt.<sup>52</sup> Es müssen nachvollziehbare Tatsachen vorliegen, die die Schadensprognose stützen, dass sofort oder in allernächster Zeit und mit hoher Wahrscheinlichkeit der Schaden eintreten wird.<sup>53</sup> Allgemein plausible Einschätzungen basierend auf Erfahrungswissen oder bloße nicht weiter substantiierbare Eindrücke reichen hingegen nicht aus.<sup>54</sup>

Im Rahmen der Verkehrskontrolle boten sich den zwei Polizeibeamten eine Reihe von Verdachtsmomenten. Zunächst verhielt sich A gestresst und blickte auffällig häufig in Richtung seines Gepäcks. Während eines darauf folgenden Telefonats unterhielt sich A mit einem Gesprächspartner in einer fremden Sprache. Aufgrund von

entsprechenden Sprachkenntnissen konnte einer der Polizisten das Gespräch mitverfolgen, in dessen Verlauf A von einer Einreiseverweigerung erzählte und berichtete, dass dies jedoch nichts an ihrem Plan ändern solle. Sie könnten „die Sache“ gleichwohl schon sehr bald durchführen. Der Inhalt des Telefonats weckt den Verdacht, er plane etwas, von dem niemand mitbekommen soll. Hierfür spricht unter anderem, dass er, mutmaßlich in der Absicht nicht verstanden werden zu können, sich in einer fremden Sprache verständigt. Die Äußerung, die Einreiseverweigerung solle nichts an ihrem Plan ändern und man könne „die Sache“ gleichwohl schon sehr bald durchführen nähren den Verdacht, dass der von A verwendete Begriff „die Sache“ vielmehr eine Umschreibung bzw. neutral anmutende Formulierung für ein illegales Vorhaben sein soll. Des Weiteren erzählt er am Telefon, dass es auf dem hannoverschen Hauptbahnhof wohl die meisten Menschen betreffen werde. Hieraus ist zwar nicht unmittelbar erkennbar, was am Hauptbahnhof geschehen soll, jedoch drängt sich der Verdacht weiter auf, dass möglicherweise Menschen zu Schaden kommen könnten. Die daraufhin erfolgte rechtmäßige Durchsuchung des Gepäcks förderte eine größere Summe Bargeld, militärische Bekleidung und eine Armbinde der verbotenen Vereinigung „Hanover Beyond Reform“ (BeRe) zu Tage. Darüber hinaus sichteten die Beamten zur weiteren Gefahrerforschung das Mobiltelefon des A. Hierbei stießen sie auf Videos mit Kriegshandlungen sowie Fotos von schwarz gekleideten Personen, die mit Schnellfeuerwaffen bewaffnet waren und mit Handgranaten posierten. Die aufgefundene größere Summe Bargeld im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Vorhaben des A für eine längere Zeit ins Ausland zu reisen deutet darauf hin, dass er sich ins Ausland absetzen wollte. Hierfür spricht unter anderem auch, dass A in einem auf dessen Mobiltelefon gefundenen Chat dem „Rekrutierungschef“ (B) der BeRe den Abbruch des Kontakts zu seiner Familie schildert. Der Abbruch des Kontakts zu seiner Familie sowie der Abbruch der Ausbildung stellen typische Merkmale eines Radikalisierungsprozesses dar. Zudem lassen die vorgefundene militärische Bekleidung sowie die Armbinde der BeRe darauf schließen, dass er sich mit Gleichgesinnten weiter radikalieren wollte. Die auf dem Mobiltelefon befindlichen Videos mit Kriegshandlungen sowie

<sup>51</sup> OLG Celle BeckRS 2011, 23250; VG Köln BeckRS 2007, 39357; *Waechter* in: Möstl/Weiner, BeckOK NPOG (Fn. 49), § 18 Rn. 37.

<sup>52</sup> OLG Celle BeckRS 2011, 23250; OLG Braunschweig BeckRS 2018, 21569 Rn. 9; OVG Lüneburg BeckRS 2019, 25124 Rn. 30; *Waechter* in: Möstl/Weiner, BeckOK NPOG (Fn. 49), § 18 Rn. 37.

<sup>53</sup> BVerwG NJW 1974, 807 (809); OVG Lüneburg NVwZ-RR 2014, 552 (554); *Waechter* in: Möstl/Weiner, BeckOK NPOG (Fn. 49), § 18 Rn. 37; *Rachor* in: Denninger/Graulich, Hdb.-POR (Fn. 31), E 488.

<sup>54</sup> OLG Hamm NVwZ-RR 2008, 321 (322); *Waechter* in: Möstl/Weiner, BeckOK NPOG (Fn. 49), § 18 Rn. 37; *Rachor* in: Denninger/Graulich, Hdb.-POR (Fn. 31), E 488; *Guckelberger*, Der präventiv-polizeiliche Gewahrsam, JURA 2015, 926 (931).

Fotos von schwarz gekleideten Personen, die mit Schnellfeuerwaffen und Handgranaten bewaffnet posierten, stützen den nunmehr gewonnen Eindruck, dass sich A einer terroristischen Gruppierung anschließen wollte und für gewaltsame Auseinandersetzungen große Sympathien hegte. Dieser Eindruck wird zudem dadurch bestärkt, dass A dem B „jederzeitigen Gehorsam“ zusicherte, was dafür spricht, dass er bereit war, sich den Befehlen des „Anführers“ zu untergeben. Die Tatsache, dass er in einem anderen Chat an einen unbekanntem Empfänger schrieb, er solle in den nächsten Wochen den Hauptbahnhof nicht aufsuchen, kann als Warnung an einen vermutlich Gleichgesinnten verstanden werden. Zudem spricht die Warnung in der Zusammenschau mit der Absicht am Bahnhof möglichst viele Menschen zu treffen dafür, dass A am Hauptbahnhof einen Anschlag plant, bei dem so viele Menschen wie möglich ums Leben kommen sollen. In der Vergangenheit trat A zudem durch zwei Verurteilungen wegen Beleidigung strafrechtlich in Erscheinung. Zwar handelt es sich bei Beleidigungsdelikten nicht um Straftaten gegen das Leben oder die körperliche Unversehrtheit, jedoch brachte A jeweils auf Kundgebungen durch aggressives Anschreien der Gegendemonstranten zum Ausdruck, dass er Andersdenkende für wertlos hält. Es scheint somit nach allen Erkenntnissen, die unter anderem aus den Gefahrforschungseingriffen der Beamten gewonnen werden konnten, möglich, dass A eine Straftat am Hauptbahnhof Hannover verüben will. Hierbei müsste es sich ferner um eine terroristische Straftat i.S.d. § 2 Nr. 15 NPOG handeln. Eine terroristische Straftat liegt vor, wenn einschlägige Straftatbestände des abschließenden Katalogs aus § 2 Nr. 15 lit. a-d NPOG verwirklicht werden sollen.<sup>55</sup> Hinzu kommt, dass der potenzielle Täter subjektiv eine erhebliche Einschüchterungswirkung gegenüber der Bevölkerung bzw. Nötigungs- oder Beeinträchtigungswirkung gegenüber dem Staat oder einer internationalen Organisation beabsichtigen muss.<sup>56</sup> Darüber hinaus muss die unmittelbar bevorstehende Tat objektiv potenziell erhebliche Schädigungswirkung haben.<sup>57</sup> A will am Hauptbahnhof so viele Menschen wie möglich treffen und töten, sodass die Straftatbestände der §§ 211, 212, 223 StGB verwirklicht wären. Ein Anschlag auf den Hauptbahnhof

würde zudem in weiten Teilen der Bevölkerung zu großer Verunsicherung führen, da ein erheblicher Teil auf die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel angewiesen ist. Die Auswahl des Anschlagsziels lässt somit darauf schließen, dass A in subjektiver Hinsicht eine Einschüchterung der Bevölkerung sowie eine Beeinträchtigung des Staates erreichen wollte. Da der hannoversche Hauptbahnhof zudem als Verkehrsknotenpunkt täglich von vielen Tausenden Menschen genutzt wird und somit einen existentiellen Teil staatlicher Infrastruktur darstellt, wäre auch in objektiver Hinsicht eine erhebliche Schädigungswirkung gegeben. Somit erfüllt die von A geplante Tat alle Merkmale einer terroristischen Straftat i.S.d. § 2 Nr. 15 NPOG. Des Weiteren müsste die Begehung der terroristischen Straftat gem. § 18 Abs. 1 Nr. 2 a) NPOG unmittelbar bevorstehend haben. Der Begriff „unmittelbar bevorstehend“ ist hierbei gleichzusetzen mit dem Begriff der „gegenwärtigen Gefahr“ i.S.d. § 2 Nr. 2 NPOG.<sup>58</sup> Hieraus folgt, dass hinsichtlich der zeitlichen Nähe sowie der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts strenge Anforderungen zu stellen sind.<sup>59</sup> Gem. § 2 Nr. 2 NPOG liegt eine gegenwärtige Gefahr vor, wenn die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Zwar ist der Grundsatz, dass an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je größer und folgenschwerer der zu erwartende Schaden ist, auch bei der Ingewahrsamnahme einer Person anwendbar, jedoch unter Beachtung der Schwere des Eingriffs.<sup>60</sup> A gab in dem Telefonat zu verstehen, dass sie „die Sache“ gleichwohl schon sehr bald durchführen könnten. Hierbei nannte er zwar keinen konkreten Zeitpunkt, jedoch kann man nach dem allgemeinen Sprachgebrauch davon ausgehen, dass damit eine Spanne von wenigen Tagen oder sogar nur wenigen Stunden gemeint sein kann. Zudem warnte A einen unbekanntem Empfänger, den Hauptbahnhof in den nächsten Wochen nicht aufzusuchen. Dies spricht dafür, dass eine terroristische Straftat auf den Hauptbahnhof in allernächster Zeit zu erwarten war. Allein aufgrund der Zugehörigkeit zu einer Gruppe kann nicht auf die Gewaltbereitschaft einer Person geschlossen werden.<sup>61</sup> Allerdings treten vorliegend neben die zu Tage tretende Sympathie

<sup>55</sup> Ullrich in: Möstl/Weiner, BeckOK NPOG (Fn. 49), § 2 Rn. 153.

<sup>56</sup> Ullrich in: Möstl/Weiner, BeckOK NPOG (Fn. 49), § 2 Rn. 154.

<sup>57</sup> Ullrich in: Möstl/Weiner, BeckOK NPOG (Fn. 49), § 2 Rn. 154.

<sup>58</sup> OLG Celle BeckRS 2011, 23250; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2014, 552 (554); Waechter in: Möstl/Weiner, BeckOK NPOG (Fn. 49), § 18 Rn. 39.

<sup>59</sup> OVG Lüneburg NVwZ-RR 2014, 552 (554); Waechter in: Möstl/Weiner, BeckOK NPOG (Fn. 49), § 18 Rn. 37; Mehde in: Hartmann/Mann/Mehde, LandesR Nds. (Fn. 5), § 4 Rn. 117; Guckelberger (Fn. 54), JURA 2015, 926 (931).

<sup>60</sup> OLG Celle BeckRS 2011, 23250.

<sup>61</sup> OLG Braunschweig BeckRS 2018, 21569 Rn. 10.

des A für die Aktivitäten der BeRE eine Reihe weiterer Indizien, wie die Videos auf dem Handy des A, die eine Gewaltbereitschaft wahrscheinlich machen. Die Behauptung, er habe es nicht ernst gemeint, war als innere Tatsache nicht erkennbar und im Zeitpunkt der Ingewahrsamnahme nicht geeignet die Prognoseentscheidung der Beamten zu widerlegen. Angesichts der Schwere eines Anschlags am Hauptbahnhof und der damit einhergehenden Schäden, können in Anwendung der Je-desto-Formel Unsicherheiten, ob die Tat mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre, hingenommen werden. Die Gesamtschau der Tatsachen ergibt folglich, dass die Begehung einer terroristischen Straftat durch A unmittelbar bevorstand i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 2 a) NPOG.

#### **(b) Unerlässlichkeit der Ingewahrsamnahme**

Die Ingewahrsamnahme des A müsste ferner unerlässlich gewesen sein, um die Begehung der Straftat zu verhindern. Der Begriff „unerlässlich“ ist hierbei nicht gleichbedeutend mit erforderlich, sondern geht darüber hinaus.<sup>62</sup> Eine Maßnahme ist demnach nur dann unerlässlich, wenn die Gefahrenabwehr nur auf diese Weise möglich und nicht durch eine andere Maßnahme ersetzbar ist.<sup>63</sup> Vorliegend kommt neben einem Aufenthaltsverbot gem. § 17 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 NPOG für den Bereich des Hauptbahnhofs auch die speziellere und auf terroristische Gefährder ausgerichtete Aufenthaltsvorgabe gem. § 17b Abs. 1 NPOG als milderes Mittel in Betracht. Hiermit wäre zwar auch ein Eingriff in die Freiheit der Person verbunden, allerdings in deutlich geringerer Intensität als dies beim Gewahrsam der Fall ist. Hiergegen spricht jedoch, dass auch eine Aufenthaltsvorgabe missachtet werden könnte und erst im Wege des unmittelbaren Zwangs gem. §§ 64 ff. NPOG durchgesetzt werden müsste. Zudem könnte hierdurch nicht verhindert werden, dass A Kontakt zu potentiellen Mittätern oder Mitwissern aufnimmt, wie möglicherweise dem unbekanntem Empfänger nach dem die Polizei noch sucht. Insbesondere vor dem Hintergrund einer effektiven Gefahrenabwehr ist eine Aufenthaltsvorgabe zwar milder in der Eingriffsintensität, aber nicht gleich wirksam. Folglich war die Ingewahrsamnahme des A unerlässlich.

#### **(2) Verantwortlichkeit**

A ist Verhaltensstörer i.S.d. § 6 Abs. 1 NPOG und somit richtiger Adressat.

#### **(3) Ermessen bzgl. der Ingewahrsamnahme**

§ 18 NPOG räumt der handelnden Behörde einen Ermessensspielraum ein. Die gerichtliche Überprüfung beschränkt sich hierbei gem. § 114 VwGO auf Ermessensfehler.<sup>64</sup> Anhaltspunkte für Ermessensfehler sind nicht ersichtlich.

#### **(4) Verhältnismäßigkeit**

Die Ingewahrsamnahme müsste verhältnismäßig gewesen sein, § 4 NPOG.

##### **(a) Legitimer Zweck**

Mit der Ingewahrsamnahme des A verfolgte die Polizei das Ziel, die Begehung einer terroristischen Straftat zu verhindern und hierdurch die Sicherheit des Staates sowie das Leben Unbeteiligter zu schützen. Die Ingewahrsamnahme erfolgte somit zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter, was einen legitimen Zweck darstellt.

##### **(b) Geeignetheit**

Die Ingewahrsamnahme diene auch diesem Zweck, sodass sie geeignet war.

##### **(c) Erforderlichkeit**

Die Ingewahrsamnahme des A müsste erforderlich gewesen sein, § 4 Abs. 1 NPOG. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen zur Unerlässlichkeit verwiesen werden. Die Ingewahrsamnahme war mithin auch erforderlich.

##### **(d) Angemessenheit**

Schließlich müsste die Ingewahrsamnahme auch verhältnismäßig im engeren Sinn sein. Der Eingriff darf zu dem erstrebten Zweck nicht außer Verhältnis stehen.<sup>65</sup> Hierbei ist eine Güterabwägung zwischen den Belangen des Pflichtigen sowie denjenigen der Allgemeinheit vorzunehmen.<sup>66</sup> Sowohl die Freiheit der Person des A, als auch die Sicherheit des Staates sowie der Schutz von Leben und Gesundheit anderer stellen hochrangige Rechtsgüter dar. Die Eingriffsintensität auf Seiten des A wiegt durch den 28-tägigen Gewahrsam schwer. Allerdings muss die Schwere des Eingriffs vor dem Hintergrund gesehen

<sup>62</sup> BVerfG NJW 1991, 1283 (1284); OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2007, 15767; *Rachor* in: Denninger/Graulich, Hdb.-POR (Fn. 31), E. Rn. 487.

<sup>63</sup> OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2007, 15767; *Waechter* in: Möstl/Weiner, BeckOK NPOG (Fn. 49), § 18 Rn. 44.

<sup>64</sup> *Decker* in: Posser/Wolff, Beck'scher Online Kommentar zur VwGO, 54. Edition 2020, § 114 Rn. 26.

<sup>65</sup> *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2020, § 10 Rn. 30.

<sup>66</sup> *Kingreen/Poscher*, POR (Fn. 65), § 10 Rn. 30.

werden, dass der Staat durch den Präventivgewahrsam seinen Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nachkommt. Zudem wären durch einen Anschlag auf den Hauptbahnhof nicht nur eine Vielzahl von Menschenleben, sondern auch eine Infrastruktureinrichtung von wesentlicher Bedeutung für das Allgemeinwesen gefährdet, was zu einer erheblichen Beeinträchtigungswirkung staatlicherseits führen würde. Zudem war der 28-tägige Gewahrsam erforderlich, um den unbekanntem Empfänger der Chatnachricht, sowie den Gesprächspartner zu ermitteln, über den weitere Erkenntnisse zur geplanten Tat erlangt werden könnten. Aufgrund der potentiell verheerenden Folgen eines Anschlags auf den Hauptbahnhof überwiegt das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit gegenüber der Freiheit des A. Die Ingewahrsamnahme war folglich auch angemessen.

### **(5) Vereinbarkeit mit der EMRK**

Die präventive Ingewahrsamnahme dürfte zudem nicht gegen die EMRK verstoßen. In Betracht kommt ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b, c EMRK.

#### **(a) Rechtsstellung und Bindungswirkung der EMRK**

Als völkerrechtlicher Vertrag, dem der Bundesgesetzgeber gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG durch förmliches Gesetz zugestimmt hat, steht die EMRK in der deutschen Rechtsordnung im Rang eines Bundesgesetzes.<sup>67</sup> Darüber hinaus entfaltet die Rechtsprechung des EGMR über Art. 20 Abs. 3 GG Bindungswirkung für alle Träger öffentlicher Gewalt.<sup>68</sup> Da der Präventivgewahrsam hauptsächlich in den Landespolizeigesetzen geregelt ist, ist die EMRK wegen Art. 31 GG für das Landesrecht auch in der Form einfachen Bundesrechts Maßstab.<sup>69</sup>

#### **(b) Rechtfertigung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b, c MRK**

Im Gegensatz zu Art. 2 Abs. 2 GG enthält Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK einen abschließenden Katalog materieller Rechtfertigungsgründe für Freiheitsentziehungen.<sup>70</sup>

Voraussetzung für die Konventionskonformität einer Freiheitsentziehung ist somit, dass sie sich auf einen der Rechtfertigungsgründe stützen lässt.<sup>71</sup> Als Rechtfertigungsgründe für den polizeilichen Präventivgewahrsam kommen lediglich Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b und c EMRK in Betracht. In der früheren deutschen Rechtsprechung sowie in Teilen der Literatur wurde angenommen, dass der deutsche gefahrenabwehrrechtliche Präventivgewahrsam auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK gestützt werden könne.<sup>72</sup> Hierfür wurde angeführt, dass der Wortlaut der 2. Variante des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK eine Freiheitsentziehung auch zur Verhinderung einer Straftat ermögliche.<sup>73</sup> Soweit darüber hinaus die Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde erforderlich sei, entspräche der Richtervorbehalt in §§ 18, 19 Nds. SOG a.F. dieser Anforderung.<sup>74</sup> Der EGMR hat hingegen die Auffassung vertreten, der Präventivgewahrsam könne nur auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b EMRK gestützt werden.<sup>75</sup> Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK hingegen komme nicht in Betracht, da der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c mit Art. 5 Abs. 3 EMRK zusammen zu lesen sei und eine Einheit bilde.<sup>76</sup> Der in Art. 5 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 EMRK verwendete Begriff des „Urteils“ meine ein Strafurteil, sodass eine Freiheitsentziehung nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK nur im Zusammenhang mit einem Strafverfahren zulässig sei.<sup>77</sup> Die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit eines polizeilichen Präventivgewahrsams sei hingegen in Art. 5 Abs. 4 EMRK geregelt.<sup>78</sup> Gegen diese Lesart wurde eingewandt, dass die 2. Variante des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK obsolet sei, wenn Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK die Präventivhaft nur dann zulasse, wenn sich der Betroffene bereits mit der Vorbereitung einer Straftat strafbar gemacht habe, da diese Fälle bereits von der 1. Variante erfasst würden.<sup>79</sup> Trotz dieser Kritik überzeugt die Auslegung des EGMR durch Erwägungen des Wortlauts und des Telos und ist aus Gründen der Rechtsklarheit zu begrüßen.<sup>80</sup> Der EGMR macht trotz dieses Auslegungsergebnisses deutlich, dass Art. 5 EMRK nicht so auszulegen sei, dass der Polizei

<sup>67</sup> BVerfG NJW 2004, 3407, (3408); BVerfG NJW 2011, 1931 (1935); Zehetgruber, Die EMRK, ihre Rechtsstellung sowie die Entscheidungen des EGMR im Stufenbau der deutschen Rechtsordnung, ZJS 2016, 52 (52).

<sup>68</sup> BVerfG NJW 2004, 3407, (3408); Zehetgruber (Fn. 67), ZJS 2016, 52, (53); Michaelis (Fn. 22), JA 2014, 198, (200).

<sup>69</sup> Heidebach, Der polizeiliche Präventivgewahrsam auf konventionsrechtlichem Prüfstand, NVwZ 2014, 554, (555).

<sup>70</sup> Heidebach (Fn. 69), NVwZ 2014, 554 (555).

<sup>71</sup> Heidebach (Fn. 69), NVwZ 2014, 554 (555).

<sup>72</sup> VGH BW NVwZ-RR 2005, 540 (540); OVG Bremen NVwZ 2001, 221 (221); VG Schleswig NJW 2000, 970 (971); VG Hannover NVwZ-RR 2012, 925 (926); Heinemann/Hilker, Zur Vereinbarkeit von Präventivhaft mit Art. 5 EMRK, DVBl. 2012, 1467 (1473).

<sup>73</sup> VG Hannover NVwZ-RR 2012, 925 (926).

<sup>74</sup> VG Hannover NVwZ-RR 2012, 925 (926).

<sup>75</sup> EGMR NVwZ 2014, 43 (49).

<sup>76</sup> EGMR NVwZ 2014, 43 (44); Grabenwerter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 21 Rn. 23.

<sup>77</sup> EGMR NVwZ 2014, 43 (46); Schaks/Schneider, Zur menschenrechtlichen Zulässigkeit des polizeirechtlichen Präventivgewahrsams, LKV 2014, 203 (205).

<sup>78</sup> EGMR NVwZ 2014, 43 (46).

<sup>79</sup> Heidebach (Fn. 69), NVwZ 2014, 554, 556; Heinemann/Hilker (Fn. 72), DVBl. 2012, 1467 (1469).

<sup>80</sup> Schaks/Schneider (Fn. 77), LKV 2014, 203 (205).

die Erfüllung staatlicher Schutzpflichten unmöglich gemacht werden solle.<sup>81</sup> Der polizeiliche Präventivgewahrsam kann stattdessen unter den Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b EMRK zur „Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung“ gerechtfertigt sein.<sup>82</sup> Der Begriff der Verpflichtung muss hierbei eng verstanden werden.<sup>83</sup> Hierunter fallen etwa ein vorangegangener Platzverweis oder die Identitätsfeststellung.<sup>84</sup> Vereinzelt wurde hieraus gefolgert, der Präventivgewahrsam könne somit nur noch als Vollstreckungsgewahrsam vorangegangener Verfügungen rechtmäßig sein.<sup>85</sup> Der EGMR hat jedoch die allgemeine Pflicht Straftaten zu unterlassen als ausreichend erachtet, wenn der Ort, Zeit und die potentiellen Opfer der bevorstehenden Straftat hinreichend konkretisiert sind.<sup>86</sup> Grundsätzlich müsse dem Betroffenen vor der Freiheitsentziehung die Möglichkeit gegeben werden, die ihm mitgeteilte Verpflichtung freiwillig zu befolgen.<sup>87</sup> Dies sei jedoch entbehrlich, wenn der Betroffene eindeutige und aktive Schritte unternommen habe, die vermuten lassen, dass er die Verpflichtung nicht befolgen werde.<sup>88</sup> Der Sichtweise des EGMR ist zuzustimmen. Hierfür spricht, dass es fraglich ist, ob sich das Gelegenheit geben zur freiwilligen Befolgung der Verpflichtung praktikabel umsetzen lässt, wenn die Begehung der Straftat unmittelbar bevorsteht.<sup>89</sup> Insoweit hätte eine vorhergehende Aufforderung den Charakter einer bloßen Formalie.<sup>90</sup> Vorliegend ist der Ingewahrsamnahme des A keine polizeiliche Verfügung zur Konkretisierung einer gesetzlichen Pflicht voran gegangen. Allerdings war aus den Umständen bereits erkennbar, dass A in allernächster Zeit einen Anschlag auf den Hauptbahnhof verüben wollte. Hierdurch waren Ort, Zeit und potentielle Opfer der Straftat hinreichend konkretisiert, sodass die allgemeine Pflicht keine Straftaten zu begehen ausreichte. Zudem war die unmittelbar bevorstehende Begehung des Anschlags nur dadurch zu verhindern, dass ihm vorher nicht die Gelegenheit zur freiwilligen Befolgung der Verpflichtung gegeben wurde. Überdies hat A durch seine Vorbereitungsaktionen aktive Schritte zur Tatbegehung unternommen. Folglich war die Ingewahrsamnahme des A durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b EMRK gerechtfertigt.

### c) Zwischenergebnis zur Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme

Die Ingewahrsamnahme des A war formell und materiell rechtmäßig.

### 2. Richtige Rechtsfolge bzgl. des Kostenbescheids

Eine gebührenpflichtige Amtshandlung liegt somit vor. Die §§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 3 Abs. 1 S. 1 NVwKostG sehen eine gebundene Entscheidung vor, sodass die Heranziehung für die Kosten die richtige Rechtsfolge darstellt. A hat i.S.d. § 1 Abs. 1 NVwKostG Anlass zu der Ingewahrsamnahme gegeben und ist daher als gem. § 5 Abs. 1 S. 1 NVwKostG als Kostenschuldner heranzuziehen.

### 3. Ergebnis

Der Kostenbescheid ist rechtmäßig und verletzt A somit nicht in seinen subjektiven Rechten.

### C. Endergebnis

Die Klage des A ist zulässig, jedoch unbegründet. Sie hat keine Aussicht auf Erfolg und wird abgewiesen.

## ANMERKUNGEN

Die Zulässigkeitsprüfung blieb ohne Beanstandungen mit der Ausnahme, dass auf § 23 EGGVG und § 19 NPOG als mögliche abdrängende Sonderzuweisungen nicht eingegangen wurde. Im Rahmen der Begründetheit wurde angemerkt, dass die Ingewahrsamnahme als einschlägige Amtshandlung von der vorläufigen Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO als repressive polizeiliche Maßnahme abzugrenzen und es aufbautechnisch stringenter gewesen wäre, die EMRK angesichts der Bedeutung als Auslegungshilfe für das Grundgesetz bereits früher im Rahmen der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage zu thematisieren. Hervorgehoben wurde die ausgewogene und argumentativ hochwertige Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage sowie der konkreten Ingewahrsamnahme.

<sup>81</sup> EGMR NVwZ 2014, 43 (47).

<sup>82</sup> EGMR NVwZ 2014, 43 (47).

<sup>83</sup> EGMR NVwZ 2014, 43 (47).

<sup>84</sup> Meyer-Ladewig in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 5 Rn. 36.

<sup>85</sup> Waechter (Fn. 21), NVwZ 2014, 995 (997).

<sup>86</sup> EGMR NVwZ 2014, 43 (47).

<sup>87</sup> EGMR NVwZ 2014, 43 (48).

<sup>88</sup> EGMR NVwZ 2014, 43 (47).

<sup>89</sup> Vgl. Heidebach (Fn. 69), NVwZ 2014, 554 (558).

<sup>90</sup> Vgl. Heidebach (Fn. 69), NVwZ 2014, 554 (558).

## Kurzarbeit in Europarecht I, 16 Punkte

stud. iur. Nils Grimmig, 16 Punkte

Die Kurzarbeit ist in der Veranstaltung Europarecht I im Wintersemester 2020/2021 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt dabei Professor Dr. Claas Friedrich Germelmann, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

### **Sachverhalt**

A ist Fischer und befischt seit 2010 die zu den Gewässern der EU gehörenden Fischgründe in der Nordsee. Er verwendet dabei Fangvorrichtungen, wie sie in der 2018 im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassenen Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung, Bekämpfung und Unterbindung der illegalen, nicht gemeldeten und unregulierten Fischerei gestattet und vorgesehen sind. Allerdings verwendet er seit jeher die Vorrichtungen nicht in der von der Verordnung vorgesehenen Weise, sondern so, dass sein Ertrag durch die von ihm verwendete Fangmethode optimiert wird. Er behält dabei nur die jeweils besten Fische; die weniger guten werden nach dem Fang wieder ins Meer geworfen. Diese Methode ist in der Verordnung im Interesse des Schutzes der Fischbestände verboten. Die Verordnung sieht weiter vor, dass die Mitgliedstaaten für Verstöße gegen die unionsrechtlichen Vorgaben zur Verwendung von Fangvorrichtungen und zur Fangmethode „angemessene und hinreichend abschreckende Sanktionen vorsehen und umsetzen müssen“. Hinsichtlich der Schwere des Verstoßes bestimmt die Verordnung, dass diese von der zuständigen Behörde des Mitgliedstaats unter Berücksichtigung der Schadenshöhe und des Ausmaßes des Verstoßes einschließlich etwaiger Wiederholungstaten festgestellt werden muss. Zur Orientierung enthält die Verordnung einen Katalog an Sanktionsarten, welche je nach Schwere des Verstoßes in folgender Form verhängt werden können: Geldbußen, Beschlagnahme der verbotenen Fanggeräte und der rechtswidrig getätigten Fänge, Beschlagnahme des Fischereifahrzeugs, Suspendierung oder Entzug der Fanglizenz. In Umsetzung dieser unionsrechtlichen Vorgaben sieht das nationale Strafrecht des Mitgliedstaates M als Regelfolge für die Ahndung eines Verstoßes gegen die unionsrechtlichen Vorschriften zur Verwendung von Fangvorrichtungen bei einer Verurteilung zu einer Geldstrafe die Beschlagnahme und Einziehung aller auf dem zur Begehung der Straftat verwendeten Schiff befindlichen Fische und Fanggeräte vor.

Vor dem Strafgericht des Mitgliedstaats M, das mit einem 2020 eröffneten Strafverfahren gegen A befasst ist, rügt A die Verhältnismäßigkeit der Eingriffe sowohl des unionsrechtlichen Verbots als auch der Sanktionsregelung sowie des nationalen Strafrechts in seine Grundrechte.

### **1. Zu Recht?**

### **2. Er regt vor dem Strafgericht die Vorlage der Verordnung und der nationalen Regelung zum EuGH an. Wie würde der EuGH entscheiden?**

**Anmerkung:** Der Sachverhalt ist an das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 11. Februar 2021 in der Rs. C-77/20 - K.M. angelehnt.

## BEARBEITUNG

**Aufgabe 1**

Das unionsrechtliche Verbot, die unionsrechtliche Sanktionsregelung sowie das nationale Strafrecht des Mitgliedsstaates M könnten gegen Grundrechte des A verstoßen.

**A. Unionsrechtliches Verbot**

Zunächst ist fraglich, ob das Verbot der von A verwendeten Fangmethode in der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung, Bekämpfung und Unterbindung der illegalen, nicht gemeldeten und unregulierten Fischerei (Fischerei-VO) Grundrechte des A verletzt.

**I. Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1, 16 GrCh**

Das Verbot könnte die Berufsfreiheit gemäß Art. 15 Abs. 1 GrCh und die unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 verletzen.

**1. Anwendungsbereich der Grundrechtecharta**

Zunächst müsste die Grundrechtecharta anwendbar sein. Diese gilt gemäß Art. 51 Abs. 1 GrCh für die Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union sowie für die Mitgliedsstaaten bei Durchführung des Unionsrechts. Hier wurde die Fischerei-VO von Rat und Europäischem Parlament – also Unionsorganen gemäß Art. 13 Abs. 2 EUV – erlassen. Mithin ist die Grundrechtecharta hier anwendbar.

**2. Schutzbereich**

Es müssen der personelle und sachliche Schutzbereich eröffnet sein.

**a) Personell**

In personeller Hinsicht umfassen sowohl Art. 15 Abs. 1 GrCh als auch Art. 16 GrCh jedermann. Dies ist zumindest jede natürliche Person unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit. A ist natürliche Person. Der personelle Schutzbereich ist für beide Grundrechte eröffnet.

**b) Sachlicher Schutzbereich**

Weiter muss der sachliche Schutzbereich eröffnet sein.

**aa) Berufsfreiheit**

Die Berufsfreiheit umfasst sowohl die Berufsausübung als auch die Berufswahl. Beruf ist dabei jede selbständige oder unselbständige Tätigkeit von gewisser Dauer und gewissem

wirtschaftlichem Wert, die gegen Entgelt erbracht wird und nicht völlig untergeordnet oder unwesentlich ist. A ist Fischer und befischt seit 2010 Teilgebiete der Nordsee. Er ist folglich selbständig für eine gewisse Dauer – hier über 10 Jahre – tätig. Fischer verkaufen den gefangenen Fisch in der Regel; anderes ist hier nicht anzunehmen. Die Tätigkeit wird also gegen Entgelt erbracht. Schließlich sind auch keine anderen Erwerbsmöglichkeiten des A ersichtlich. Mithin ist seine Tätigkeit nicht völlig untergeordnet oder unwesentlich. Es handelt sich bei seiner Fischerei also um einen Beruf. Der sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit nach Art. 15 Abs. 1 GrCh ist eröffnet.

**bb) Unternehmerische Freiheit**

Die unternehmerische Freiheit umfasst jede unternehmerische Betätigung. Unternehmerisch tätig wird, wer selbständig und dauerhaft eine anbietende Tätigkeit am Markt gegen Entgelt erbringt. Wie bereits dargelegt ist A als Fischer selbständig und dauerhaft tätig. Er erbringt seine Leistung auch gegen Entgelt und als anbietende Tätigkeit am Markt. Der sachliche Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit ist also eröffnet. Mithin sind der personelle und sachliche Schutzbereich der Art. 15 Abs. 1, 16 GrCh eröffnet.

**3. Beeinträchtigung**

Diese Grundrechte müssten auch beeinträchtigt sein. Eine solche liegt in jeder negativen Antastung eines Grundrechts, also sowohl bei einer unmittelbaren als auch mittelbaren Verkürzung des Schutzbereiches vor. Vorliegend statuiert die Fischerei-VO ein Verbot der von A verwendeten Fangmethode. Dies verkürzt den Schutzbereich der Art. 15 Abs. 1, 16 GrCh, indem A nicht mehr selber und frei entscheiden kann, welche Methode er mit Blick auf einen optimierten Ertrag anwendet. Hinsichtlich des Art. 15 Abs. 1 GrCh ist weiter zu differenzieren, ob die Berufswahl oder -ausübung betroffen ist. Hier wird indes lediglich eine einzelne Fangmethode verboten. A kann seinen Beruf als Fischer dennoch ausüben. Es liegt folglich eine Beeinträchtigung der Berufsausübung, nicht der Berufswahl vor. Die Grundrechte des A aus Art. 15 Abs. 1, 16 GrCh sind durch das Verbot beeinträchtigt worden.

**4. Rechtfertigung**

Die Beeinträchtigung könnte jedoch gerechtfertigt sein, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, den Wesensgehalt der Grundrechte nicht berührt und verhältnismäßig ist.

**a) Gesetzliche Grundlage**

Zunächst ist fraglich, ob die Fischerei-VO eine geeignete Schranke für Art. 15 Abs. 1, 16 GrCh darstellt. Ein spezieller Gesetzesvorbehalt ist diesen Grundrechten nicht zu entnehmen. Demnach ist gemäß Art. 52 Abs. 1 GrCh als einfachem Gesetzesvorbehalt eine gesetzliche Grundlage zu fordern. Eine gesetzliche Grundlage kann jede abstrakt-generelle Regelung des Primär- und Sekundärrechts sein. Die Verordnung ist nach Art. 288 Abs. 2 AEUV ein Rechtsakt und stellt Sekundärrecht dar. Die Fischerei-VO ist folglich eine gesetzliche Grundlage und mithin eine geeignete Schranke.

**b) Anforderungen an die gesetzliche Grundlage****aa) Wesensgehalt**

Zunächst könnte der Wesensgehalt der Art. 15 Abs. 1, 16 GrCh gemäß Art. 52 Abs. 1 S. 1 a.E. GrCh betroffen sein. Dieser ist indes bereits gewahrt, wenn die betroffenen Grundrechte nicht als solche ausgehebelt werden. Hier handelt es sich bei dem Verbot der Fangmethode um eine bloße Regelung der Modalitäten der Fischerei. Die Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit werden nicht als solche ausgehebelt. Der Wesensgehalt ist gewahrt.

**bb) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Schließlich könnte jedoch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß Art. 52 Abs. 1 S. 2 GrCh verstoßen worden sein.

**(1) Legitimer Zweck**

Fraglich ist, ob die Ordnungsgeber einen legitimen Zweck verfolgen. Dieser liegt gemäß Art. 52 Abs. 1 S. 2 aE GrCh bei dem Gemeinwohl dienenden Zielen vor, wenn sie nicht im Widerspruch zur Unionsrechtsordnung stehen. Hier verfolgen die Ordnungsgeber das Ziel des Schutzes der Fischbestände. Dieses ist primärrechtlich als Bestandteil des Umweltschutzes sowohl als Zielrichtung des Binnenmarktes in Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV – die Fischerei gehört gemäß Art. 38 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 Var. 2 AEUV zum Binnenmarkt – als auch als eigenständige Schutzgewährleistung in Art. 191 Abs. 1 AEUV sowie in Art. 37 GrCh gewährleistet. Es handelt sich hierbei um dem Gemeinwohl dienende Zwecke, die nicht im Widerspruch zur Unionsrechtsordnung stehen. Die Ordnungsgeber verfolgen legitime Zwecke.

**(2) Geeignetheit**

Die ergriffene Maßnahme muss geeignet zur Erreichung des verfolgten Zwecks sein. Geeignet ist dabei jede

Maßnahme, die die Zweckerreichung zumindest fördert. Hier wird verboten, dass nur die besten Fische behalten werden und die weniger guten wieder zurück in das Meer geworfen werden. Diese Methode kann indes zu einer Überfischung der Meeresbestände führen. Einmal gefangene Fische tragen in jedem Fall Schäden davon, sei es durch den verspäteten Rückwurf in das Meer und daraus entstehenden Sauerstoffmangel oder durch Verletzungen, die von dem Netz, den anderen Fischen oder Kanten am Schiffdeck verursacht werden. Darüber hinaus bedeutet der Rückwurf von weniger guten Fischen und der Fang der besten Fische im Sinne der Evolutionstheorie eine signifikante Schwächung der Eigenschaften zukünftiger Nachkommen. Das Verbot dieser Methode fördert folglich zumindest die Erhaltung des Fischbestands. Es stellt mithin eine geeignete Maßnahme dar.

**(3) Erforderlichkeit**

Weiter muss das Verbot auch zur Zweckerreichung erforderlich sein. Erforderlich ist die Maßnahme, wenn kein mildereres, aber gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht. Ein mildereres Mittel könnte der bloßer Appell an die Fischer und die Aufklärung darüber sein, dass diese Methode den Fischbestand gefährdet. Dies stellt das Unterlassen der Methode indes in das Belieben der Fischer. Es ist nicht gleich geeignet wie ein absolutes Verbot. Weitere mildere Mittel sind nicht ersichtlich. Mithin ist die Maßnahme auch zur Zweckerreichung erforderlich.

**(4) Angemessenheit**

Schließlich darf der verfolgte Zweck nicht außer Verhältnis zu der gewählten Maßnahme stehen. Es ist eine umfassende Abwägung der sich gegenüberstehenden Rechtsgüter vorzunehmen. Auf der einen Seite sind die Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit des A beeinträchtigt. Er kann seine Fangmethode nicht mehr frei zur Optimierung des Ertrags wählen. Auf der anderen Seite ist der Fischbestand durch diese Fangmethode gefährdet. Dieser ist durch die Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV, Art. 191 Abs. 1 AEUV und Art. 37 GrCh primärrechtlich abgesichert. Abstrakt ist zwar festzuhalten, dass der Umweltschutz aus den o.g. Rechtsgrundlagen ein Allgemeinrechtsgut darstellt und nicht wie Art. 15 Abs. 1, 16 GrCh den Unionsbürgern subjektive Rechte verleiht und daher nicht abstrakt gleichrangig ist. Hier im Konkreten ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Verbot der Fangmethode einen marginalen Eingriff in die Berufsfreiheit und die unternehmerische Freiheit bedeutet. Die Fischer können ihrer Tätigkeit weiterhin

nachgehen. Es handelt sich nur um eine Berufsausübungsregelung. Außerdem besteht ein herausragendes Interesse der Union und des Gemeinwohls an dem Schutz der Fischbestände in den Meeren. Diese Frage wird umso drängender, je weiter der Klimawandel und die damit einhergehenden Umweltveränderungen voranschreiten. Außerdem haben auch die Fischer ein Interesse daran, dass ihre Geschäftsgrundlage nicht verschwindet, sondern erhalten bleibt. Insofern überwiegt hier im Konkreten der Umweltschutz die Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit des A so stark, dass das abstrakte Ungleichgewicht überwunden werden kann. Der verfolgte Zweck steht mithin nicht außer Verhältnis zu der gewählten Maßnahme. Die Beeinträchtigung der Art. 15 Abs. 1, 16 GrCh ist unionsrechtlich gerechtfertigt.

## II. Ergebnis

Das Verbot verletzt mithin nicht die Grundrechte des A.

### B. Sanktionsregelung

Weiterhin ist fraglich, ob die Sanktionsregelung der Fischerei-VO gegen die Grundrechte des A verstößt.

#### I. Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1, 16, 17 Abs. 1 GrCh

Die Sanktionsregelung könnte gegen Art. 15 Abs. 1, 16, 17 Abs. 1 GrCh verstoßen.

##### 1. Anwendungsbereich

Wie geprüft, ist die Grundrechtecharta gemäß Art. 51 Abs. 1 GrCh anwendbar.

##### 2. Schutzbereich

Wie oben geprüft sind die Schutzbereiche der Art. 15 Abs. 1, 16 GrCh eröffnet. Art. 17 Abs. 1 GrCh umfasst in personeller Hinsicht ebenfalls jedermann. A ist natürliche Person. Der personelle Schutzbereich des Art. 17 Abs. 1 GrCh ist mithin eröffnet. In sachlicher Hinsicht umfasst Art. 17 Abs. 1 GrCh die Nutzung, den Besitz und die Verfügung über rechtmäßig erworbenes Eigentum. Hier ist A mangels entgegenstehender Angaben rechtmäßiger Eigentümer seines Fischereifahrzeugs und seiner Fangvorrichtungen. Die gefangenen Fische wurden indes rechtswidrig erworben. Mithin ist der sachliche Schutzbereich des Art. 17 Abs. 1 GrCh nur hinsichtlich des Fischereifahrzeugs und der Fangvorrichtungen eröffnet.

### 3. Beeinträchtigung

Fraglich ist jedoch, ob die Sanktionsregelung in der Fischerei-VO eine Beeinträchtigung darstellt. Hier ist zu berücksichtigen, dass die Fischerei-VO nicht beabsichtigt, die Sanktionen unmittelbar gegenüber den Unionsbürgern gelten zu lassen. Sie verpflichtet lediglich die Mitgliedsstaaten dazu, angemessene und hinreichend abschreckende Sanktionen vorzusehen und umzusetzen, um das Verbot der Fangmethode durchzusetzen. Eine solche Umsetzungsregelung hat der Mitgliedsstaat M auch bereits vorgenommen. Die in der Fischerei-VO vorgesehene Sanktionsregelung stellt weiter lediglich einen Katalog dar. Daraus ist ersichtlich, dass die Sanktionen nicht bereits gelten sollen, sondern sich an die Mitgliedsstaaten als Hinweise für die Umsetzung der dann geltenden Sanktionsregelung der Mitgliedsstaaten richtet. Folglich stellt die Sanktionsregelung der Fischerei-VO keine Beeinträchtigung der Art. 15 Abs. 1, 16, 17 Abs. 1 GrCh dar.

## II. Ergebnis

Die Sanktionsregelung verstößt nicht gegen Art. 15 Abs. 1, 16, 17 Abs. 1 GrCh.

### C. Nationales Strafrecht

Schließlich ist fraglich, ob die Regelung des nationalen Strafrechts des Mitgliedsstaats M gegen Grundrechte des A verstößt.

#### I. Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1, 16, 17 Abs. 1 GrCh

Es könnte zunächst ein Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1, 16, 17 Abs. 1 GrCh vorliegen.

##### 1. Anwendungsbereich

Fraglich ist, ob die Grundrechtecharta hier anwendbar ist. Es könnte eine Durchführung des Rechts der Union durch einen Mitgliedsstaat nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh vorliegen. M hat die Strafrechtsnorm in Umsetzung der Fischerei-VO erlassen. Mithin handelt M in Durchführung des Rechts der Union. Die Grundrechtecharta ist anwendbar.

##### 2. Schutzbereich

Wie oben geprüft sind die Schutzbereiche der Art. 15 Abs. 1, 16, 17 Abs. 1 GrCh eröffnet. Bei Art. 17 Abs. 1 GrCh jedoch nur hinsichtlich der Fangvorrichtungen.

### 3. Beeinträchtigung

Fraglich ist, ob das nationale Strafrecht eine Beeinträchtigung darstellt. Wie oben geprüft sind die Art. 15

Abs. 1, 16 GrCh beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung des Art. 17 Abs. 1 GrCh kann indes in Form eines Entzugs des Eigentums oder einer bloßen Nutzungsregelung vorliegen. Der Eigentumsentzug liegt aber nur vor, wenn das Eigentum dauerhaft ganz oder teilweise auf den Staat oder einen Dritten kraft Gesetzes übergeht. Die hier vorgesehene Beschlagnahme und Einziehung erfolgt dagegen nicht dauerhaft und betrifft nur den Entzug des Besitzes, nicht des Eigentums. Ein Eigentumsentzug liegt mithin nicht vor. Eine Nutzungsregelung ist indes gegeben, wenn der Eigentümer in seiner Verfügungsmacht beschränkt wird. Hier kann A über sein Eigentum für den Zeitraum der Einziehung und Beschlagnahme nicht verfügen. Es liegt eine Nutzungsregelung und damit auch eine Beeinträchtigung des Art. 17 Abs. 1 GrCh vor.

#### 4. Rechtfertigung

Die Beeinträchtigung könnte jedoch gerechtfertigt sein.

##### a) Gesetzliche Grundlage

Sie müsste auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Das nationale Strafrecht stellt eine abstrakt-generelle Regelung dar. Mithin beruht sie auf einer gesetzlichen Grundlage.

##### b) Anforderungen an die gesetzliche Grundlage

###### aa) Wesensgehalt

Es könnte der Wesensgehalt der Art. 15 Abs. 1, 16, 17 Abs. 1 GrCh betroffen sein. Hier sind indes lediglich Berufsausübungsregelungen und eine Nutzungsregelung getroffen worden. Es handelt sich um Modalitäten der Grundrechte, nicht um die Aushebelung der Grundrechte als solche. Der Wesensgehalt ist nicht betroffen.

###### bb) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Es könnte gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß Art. 52 Abs. 1 S. 2 GrCh verstoßen worden sein.

##### (1) Legitimer Zweck

M muss einen legitimen Zweck verfolgen. Er möchte die Fischerei-VO umsetzen und für angemessene und hinreichend abschreckende Sanktionen zur Durchsetzung des dort statuierten Verbotes zu sorgen. Seine Pflicht zur Umsetzung und Beachtung des Unionsrechts resultiert aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit und Unions-treue nach Art. 4 Abs. 3 EUV. Es handelt sich hierbei um dem Gemeinwohl dienende Zwecke, die nicht im Widerspruch zur Unionsrechtsordnung stehen. M verfolgt einen legitimen Zweck.

##### (2) Geeignetheit

Die ergriffene Maßnahme muss geeignet zur Erreichung des verfolgten Zwecks sein. Die Sanktion der Beschlagnahme und Einziehung der gefangenen Fische und der Fanggeräte führt dazu, dass die erneute Missachtung des Verbots erschwert und eine abschreckende Wirkung erzielt wird. Das Ziel wird also gefördert. Die Strafnorm stellt eine geeignete Maßnahme dar.

##### (3) Erforderlichkeit

Weiter muss das Verbot auch zur Zweckerreichung erforderlich sein. Ein milderes Mittel ist nicht ersichtlich. Das Verbot ist auch zur Zweckerreichung erforderlich.

##### (4) Angemessenheit

Schließlich darf der verfolgte Zweck nicht außer Verhältnis zu der gewählten Maßnahme stehen. Im Grundsatz kann auf die oben vorgenommene Abwägung verwiesen werden. Hier ist jedoch weiterhin zu berücksichtigen, dass nunmehr auch das Eigentumsrecht des A beeinträchtigt ist. Indes liegt hier nur eine Nutzungsregelung und damit auch ein vergleichsweise schwacher Eingriff vor. Andererseits ist jedoch festzuhalten, dass die Sanktionsregelung zur Durchsetzung eines verhältnismäßigen Verbotes ergeht. Ein Verbot ohne entsprechende Sanktionierung bewegt sich indes an der Grenze zur Wirkungslosigkeit. Mithin ist die Sanktionsregelung als solche angemessen. Fraglich ist aber, ob die Einziehung und Beschlagnahme der Fanggeräte übermäßig in die Grundrechte des A eingreift. Diese Regelung ist indes auf die direkt zur Straftat verwendeten Mittel beschränkt und umfasst z.B. nicht einmal das verwendete Schiff oder eine Entziehung der Fanglizenz. Dem A ist in einem solchen Fall die Berufsausübung weiterhin möglich, ohne große Einschränkungen dulden zu müssen. Der verfolgte Zweck steht mithin nicht außer Verhältnis zu der gewählten Maßnahme. Die Beeinträchtigung der Art. 15 Abs. 1, 16, 17 Abs. 1 GrCh ist unionsrechtlich gerechtfertigt.

##### II. Verstoß gegen Art. 49 Abs. 1, Abs. 2 GrCh

Es könnte ein Verstoß gegen Art. 49 Abs. 1, Abs. 2 GrCh vorliegen. Demnach darf die Strafnorm nicht Rückwirkung haben und muss überhaupt auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Eine Rückwirkung ist hier nicht ersichtlich. Bei der Feststellung von Wiederholungstaten darf jedoch in europarechtskonformer Auslegung lediglich auf Taten ab dem Inkrafttreten der Norm zurückgegriffen werden. Die Strafnorm ist weiter eine gesetzliche Grundlage. Es liegt also kein Verstoß gegen Art. 49 Abs. 1, Abs. 2 GrCh vor.

**III. Verstoß gegen Art. 49 Abs. 3 GrCh**

Die Sanktionsregelung könnte aber gegen Art. 49 Abs. 3 GrCh verstoßen. Dies ist der Fall, wenn sie zur Straftat unverhältnismäßig ist. Art. 49 Abs. 3 GrCh ist dabei eine spezielle Ausgestaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aus Art. 52 Abs. 1 S. 2 GrCh und daher im Aufbau ähnlich zu prüfen. Wie oben geprüft liegt ein legitimer Zweck vor, die Maßnahme ist geeignet und sie ist erforderlich. Auch in Bezug auf die Angemessenheit kann im Grundsatz nach oben verwiesen werden. Es sind zwar die Besonderheiten des Art. 49 Abs. 3 GrCh zu berücksichtigen. Demnach ist der besondere strafrechtliche Einschlag zu berücksichtigen. Hier ist aber eine sehr beschränkte und im Vergleich zum Sanktionskatalog der Fischerei-VO sehr geringe Strafsanktion vorgesehen. Es werden nur die direkt von der Straftat betroffenen Tatmittel eingezogen. Die Sanktionsregelung ist auch angemessen zur Straftat. Sie verstößt mithin gegen keine Grundrechte des A.

**Aufgabe 2**

Fraglich ist, wie der EuGH über die Vorlage des nationalen Strafgerichts gemäß Art. 267 AEUV entscheiden würde.

**A. Annahmefähigkeit****I. Zuständigkeit, Verfahren, Form**

Der EuGH ist gemäß Art. 256 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 19 Abs. 3 lit. a) EUV zuständig. Der Vorlagegegenstand muss sich nach Art. 267 Abs. 1 lit. a), lit. b) AEUV auf die Auslegung des gesamten Unionsrechts oder auf die Gültigkeit von Unionssekundär- und tertiärrecht beziehen. Hier soll die Fischerei-VO als Sekundärrecht dem EuGH vorgelegt werden. Es soll eine Auslegung dahingehend erfolgen, ob die Vorsehung einer Regelfolge als Sanktion möglich ist und ob die Fischerei-VO mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Ein zulässiger Vorlagegegenstand liegt vor. Die nationale Strafnorm stellt indes keinen Unionsrechtsakt und somit keinen zulässigen Vorlagegegenstand dar. Das Strafgericht des M ist ein Gericht i.S.d. Art. 267 Abs. 2 AEUV und damit vorlageberechtigt. Fraglich ist, ob das Strafgericht ein Vorlagerecht i.S.d. Art. 267 Abs. 2 AEUV hat. Dies ist der Fall, wenn es Zweifel an der Gültigkeit oder Auslegung von Unionsrecht hat und diese Vorlagefrage entscheidungserheblich ist. Legt das Strafgericht vor, muss es also Zweifel äußern. Entscheidungserheblich ist eine Vorlagefrage, wenn das Urteil des nationalen Gerichts bei Unanwendbarkeit des EU-Rechts oder anderer Auslegung anders ausfallen muss. Hier ist die Strafbarkeit nur aufgrund der Fischerei-VO überhaupt normiert wurden. Die Vorlagefrage

ist also auch entscheidungserheblich. Das Strafgericht des M ist vorlageberechtigt. Die Vorlagefrage muss vom Strafgericht bei Auslegungsfragen abstrakt und ausschließlich auf die Auslegung bezogen und bei der Gültigkeitsfrage konkret formuliert werden. Besondere Formerfordernisse sind mit Ausnahme von Art. 23 Abs. 1 EuGH-Satzung nicht zu wahren.

**II. Umgehung der Nichtigkeitsklagefrist**

Fraglich ist, ob eine Umgehung der Nichtigkeitsklagefrist des Art. 263 Abs. 6 AEUV droht. Dann wäre die Vorlage nach Art. 267 AEUV unzulässig. Dies ist der Fall, wenn eine tatsächlich unterlassene Erhebung der Individualnichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV offensichtlich zulässig wäre und die Frist von 2 Monaten nach Art. 263 Abs. 6 AEUV abgelaufen ist. Die Fischerei-VO datiert von 2018, die Frist ist in 2020 also abgelaufen. A hat auch die Nichtigkeitsklageerhebung unterlassen. Die offensichtliche Zulässigkeit könnte jedoch scheitern, wenn A nicht gemäß Art. 263 Abs. 6 AEUV individuell betroffen war. Nach der Plaumann-Formel ist individuell betroffen, wer von dem Rechtsakt wegen bestimmter, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und daher in ähnlicher Weise individualisiert wird wie ein Adressat. Die Fischerei-VO richtet sich potentiell an einen unbegrenzten Adressatenkreis. Insbesondere ist dieser nicht in zeitlicher Hinsicht abgeschlossen. Jeder, der das Verbot missachtet, tritt in den Kreis der Betroffenen hinzu. A war vor dem Strafverfahren nicht individuell betroffen. Die Nichtigkeitsklage war nicht offensichtlich zulässig. Es droht keine Umgehung der Nichtigkeitsklagefrist. Mithin ist die Vorlagefrage annahmefähig.

**B. Beantwortung**

Fraglich ist, wie der EuGH die Frage beantwortet.

**I. Auslegung**

Zunächst ist fraglich, ob die Fischerei-VO dahingehend ausgelegt werden kann, dass sie die Festlegung einer Regelfolge als Sanktion zulässt. Nach dem Wortlaut haben die Mitgliedsstaaten angemessene und hinreichend abschreckende Sanktionen vorzusehen. Die Strafe muss so dann unter Berücksichtigung der Schwere des Verstoßes, der Schadenshöhe sowie etwaiger Wiederholungstaten festgestellt werden. Eine Regelfolge als Sanktion schreibt hingegen als Regel immer die gleiche Sanktion vor. Nur in Ausnahmefällen kann davon abgewichen werden. Dies widerspricht dem Wortlaut der Fischerei-VO, die eine

dezidierte Abwägung der vorgenannten Kriterien fordert. Die Fischerei-VO kann mithin nicht dahingehend ausgelegt werden, dass sie die Festlegung einer Regelfolge als Sanktion zulässt.

## II. Gültigkeit der Fischerei-VO

Fraglich ist, ob die Fischerei-VO gültig ist. Das ist nicht der Fall, wenn sie gegen höherrangiges Recht verstößt. Es könnte ein Verstoß gegen Grundrechte in Betracht kommen. Wie oben geprüft verstößt die Fischerei-VO jedoch nicht gegen Art. 15 Abs. 1, 16, 17 Abs. 1, 49 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 GrCh. Weiter könnte eine Unzuständigkeit als Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift in Betracht kommen. Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV darf die Union nur in den ihr in den Verträgen zugewiesenen Bereichen tätig werden. Das Strafrecht ist jedoch im Wesentlichen den Mitgliedsstaaten zugeordnet. Art. 81 ff. AEUV regeln die ausnahmsweisen Zuständigkeiten der Union in diesem sensiblen Bereich abschließend. Nach Art. 83 Abs. 1 AEUV dürfen materielle Regeln zu Straftaten nur für besonders schwere Kriminalität von der Union erlassen werden. Dazu gehört zum Beispiel Terrorismus, nicht das Verbot einer bestimmten Fangmethode in der Fischerei. Mithin ist die Union unzuständig für den Erlass der Fischerei-VO in der Form einer Strafbarkeits- und Sanktionsregelung. Die Fischerei-VO verstößt gegen höherrangiges Recht.

## III. Ergebnis

Der EuGH wird dem Strafgericht antworten, dass die Fischerei-VO nicht die Auslegung zulässt, dass eine Regelfolge als Sanktion angeordnet werden kann sowie dass die Fischerei-VO gegen höherrangiges Recht verstößt und daher ungültig ist.

## ANMERKUNGEN

Aus formaler Sicht ist nichts zu beanstanden. Die Klausurtechnik und den Gutachtenstil beherrscht der Verfasser sicher. Das Gutachten ist weitestgehend logisch und stringent gegliedert. Zu der Frage 1 wurde angemerkt, dass die Bearbeitung vollauf gelungen ist. Insbesondere wurde hervorgehoben, dass neben der Verordnung als solcher auch die Rechtmäßigkeit der nationalen Regelung sowie Art. 49 Abs. 3 GRCh geprüft wurde. Beides wurde von vielen anderen Bearbeitungen übersehen.

Zu der Frage 2 wurde angemerkt, dass übersehen wurde, dass hinsichtlich der Regelung im nationalen Recht eine

Auslegungsvorlage vorliegt. Zudem hätte das Gutachten mit Zwischenüberschriften sauberer gegliedert werden können. Ansonsten ist die Bearbeitung der Frage 2 ebenfalls sehr ansprechend. Hervorgehoben wurde schließlich noch die gelungene Inzidentprüfung der Nichtigkeitsklage. Insgesamt fällt der Gesamteindruck der Arbeit positiv aus und alle Probleme des Falles wurden erkannt sowie überzeugend gelöst. Die Maximalpunktzahl wurde lediglich aufgrund kleinerer Unsauberkeiten in der Zulässigkeit und Begründetheit zu Frage 2 nicht erreicht. Zudem wies die Klausur einen gewissen Schwierigkeitsgrad auf, der eine im Verhältnis zu anderen Klausuren eher großzügigere Bewertung verlangt.

## Abschlussklausur Strafrecht Grundkurs 1

Dipl. Jur. Michelle Fiekens und Dipl. Jur. Sarina Kahre-Krüger

Die Abschlussklausur ist in der Veranstaltung Strafrecht Grundkurs 1 im Wintersemester 2020/2021 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen Michelle Fiekens und Sarina Kahre-Krüger im Auftrag von Prof. Dr. Susanne Beck gestellt worden.

### **Sachverhalt**

Wildhüter H lebt in einer Hütte auf dem Gelände eines Internats. Die Hütte ähnelt einer kleinen Wohnung; dort ist alles vorhanden, was man zum Leben benötigt. H lehrt an dem Internat, in dem junge Zauberer und Hexen ausgebildet werden, das Fach „Pflege magischer Geschöpfe“, was ihm sehr viel Freude bereitet. Auch sonst fühlt er sich in seinem Umfeld sehr wohl und versteht sich sowohl mit seinem Vorgesetzten, Schulleiter D, den meisten seiner Kolleginnen und Kollegen sowie Schülerinnen und Schülern sehr gut. Lediglich die neue Lehrerin und stellvertretende Schulleiterin U mag der H überhaupt nicht. Auch die U konnte den H noch nie leiden. Daher möchte sie dem H schaden.

Eines Abends sucht die U den H in seiner Hütte auf. Um von H in seine Hütte gelassen zu werden, bedient sich die U eines Zaubertranks (sog. „Vielsafttrank“). Nach dessen Einnahme sieht die U aus wie der Schulleiter D, der den H sehr oft in seiner Hütte auf eine gute Tasse Tee besucht. Als H öffnet und die U, die wie D aussieht, erblickt, lässt H in einem Irrtum über die Identität des Besuchers die U erfreut in seine Hütte ein. U setzt sodann direkt ihren von Anfang an verfolgten Plan in die Tat um: Sie tritt an H heran und gibt diesem eine Ohrfeige. H ist zwar verdattert und seine Wange kribbelt etwa eine Minute leicht, ansonsten fragt sich der gutmütige H aber nur, was das Ganze überhaupt soll.

Hoch erfreut darüber, dass sie ihren Plan umgesetzt hat, möchte sich U nun zur Tür der Hütte des H begeben. Noch bevor sie sich umdrehen kann, hört sie den Hund F des H lautstark knurren. Als sich U zum knurrenden und bereits zähnefleischenden F umdreht, setzt dieser bereits zum Sprung an. U nimmt in letzter Sekunde den auf dem Tisch des H direkt neben ihr befindlichen Steinkrug und schleudert ihn gegen F. F wird an der Pfote getroffen und zuckt zurück. Ein anderes Mittel stand der U nicht zur Verfügung. Auch hätte reine körperliche Kraft ihrerseits für eine Abwehr nicht ausgereicht. Ein Fliehen war gleichermaßen nicht möglich. Die U hielt dabei Verletzungen des F für möglich und nahm diese billigend in Kauf. Dass der Steinkrug dabei kaputt gehen könnte, hat sie ebenfalls für möglich gehalten. Aufgrund des starken Aufpralls zersplittert der Krug in kleine Einzelteile. F zieht sich erhebliche Schnittwunden an seiner Pfote, sowie einen Knochenbruch zu. U verlässt eilig die Hütte des H. Die Pfote des F muss tierärztlich versorgt werden, sodass F für einige Zeit einen Verband tragen und die Pfote ruhighalten muss. F kann seinen Tätigkeiten als Wachhund einige Wochen nur eingeschränkt nachgehen und den H nicht mit in den verbotenen Wald begleiten.

### **Strafbarkeit der U nach dem StGB?**

#### **Bearbeitungsvermerk:**

Von der Anwendbarkeit des StGB ist auszugehen.

Es sind nur vorsätzliche, vollendete Begehungsdelikte zu prüfen.

Beleidigungsdelikte und Unterlassungsdelikte sind nicht zu prüfen.

Alle ggf. erforderlichen Strafanträge gelten als gestellt.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

**A. Strafbarkeit der U gemäß § 123 Abs. 1 StGB<sup>1</sup>**

U könnte sich gemäß § 123 Abs. 1 Var. 1 wegen Hausfriedensbruchs strafbar gemacht haben, indem sie in der Gestalt des D die Hütte des H betrat.

**I. Tatbestand**

Der Tatbestand müsste erfüllt sein.

**1. Objektiver Tatbestand**

Zunächst müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

**a) Tatobjekt: Wohnung**

Zunächst müsste es sich bei der Hütte des H um eine Wohnung handeln. Eine Wohnung ist eine Räumlichkeit, die bestimmungsgemäß zur dauernden oder vorübergehenden Unterkunft von Menschen dient.<sup>2</sup> Die Hütte des H ist eine Räumlichkeit, die bestimmungsgemäß zur dauernden Unterkunft von Menschen dient. H lebt in der Hütte auf dem Gelände des Internats. Eine Wohnung liegt vor.

**b) Tathandlung: Eindringen**

U müsste in die Wohnung des H eingedrungen sein. Eindringen bedeutet das körperliche Betreten gegen oder ohne den Willen des Berechtigten.<sup>3</sup> U hat die Hütte des H körperlich betreten, indem sie hineingegangen ist. Fraglich ist jedoch, ob das gegen den Willen des H als Berechtigtem geschah. H hat die U nämlich bewusst in seine Hütte gelassen. Er dachte, bei der U handele es sich um den D, dessen Gestalt die U mithilfe des Zaubertrankes angenommen hatte. Es könnte somit ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegen.

Für ein tatbestandsausschließendes Einverständnis sind die natürliche Willensfähigkeit des Berechtigten sowie eine bewusste und freiwillige innere Zustimmung im Tatzeitpunkt, die weder ausdrücklich noch konkludent erklärt werden muss, nötig.<sup>4</sup> In Bezug auf die natürliche Willensfähigkeit des H als Berechtigten bestehen hier keine Zweifel. Grundsätzlich hat der H auch freiwillig im Inneren zugestimmt, die U hereinzulassen. Problematisch könnte hier jedoch sein, dass die U aufgrund des

zuvor eingenommenen Zaubertrankes so aussah wie der D, den der H eigentlich hereinbitten wollte. H unterliegt mithin einem Irrtum. Fraglich ist, ob ein tatbestandsausschließendes Einverständnis aufgrund eines solchen Irrtums entfallen kann. Das tatbestandsausschließende Einverständnis ist tatsächlicher Natur.<sup>5</sup> Die Täuschung der U, durch die der H einem Irrtum unterlegen ist, berührt die faktische Wirksamkeit der freiwilligen Verfügung des H über sein geschütztes Hausrecht nicht.<sup>6</sup> Denn H wollte die Person faktisch in seine Hütte lassen. Nach h.M. schließt die erschlichene Zustimmung des H ein Eindringen der U aus. Der Irrtum des H ist damit für das tatbestandsausschließende Einverständnis unbeachtlich. Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis liegt vor.<sup>7</sup> Es mangelt mithin an einem Eindringen.

**2. Zwischenergebnis**

Aufgrund des tatbestandsausschließenden Einverständnisses des H ist bereits der objektive Tatbestand des § 123 Abs. 1 nicht erfüllt.

**II. Ergebnis**

U hat sich nicht wegen Hausfriedensbruchs nach § 123 Abs. 1 strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit der U gemäß § 223 Abs. 1<sup>8</sup>**

U könnte sich wegen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 strafbar gemacht haben, indem sie dem H eine schallende Ohrfeige verpasst hat und dessen Wange einige Minuten lang sehr leicht kribbelt.

**I. Tatbestand**

Der Tatbestand müsste erfüllt sein.

**1. Objektiver Tatbestand**

Zunächst müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein. Dieser setzt eine kausale und objektiv zurechenbare körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung voraus.

<sup>1</sup> Alle §§ ohne weitere Kennzeichnung sind solche des StGB.

<sup>2</sup> Vgl. Feilcke in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 11; ausführlich dazu Koranyi, Der Schutz der Wohnung im Strafrecht, JA 2014, 241 (241ff.).

<sup>3</sup> Rackow in: v. Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch, 51. Ed. 2021, § 123 Rn. 12.

<sup>4</sup> Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 23 Rn. 40ff.

<sup>5</sup> So auch Rengier, Strafr AT (Fn. 4), § 23 Rn. 42.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu ausführlich bspw. bei Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 30 Rn. 10 m.w.N.

<sup>7</sup> Vgl. zur a. A. Kindhäuser/Schramm, Strafrecht Besonderer Teil I, 10. Aufl. 2021, § 33 Rn. 23 (zitiert nach Rengier, Strafr BT II [Fn. 6], § 30 Rn. 10).

<sup>8</sup> Ausführlich zu den Körperverletzungsdelikten siehe Rengier, Strafr BT II (Fn. 6), § 13ff.

**a) Körperliche Misshandlung**

Es könnte eine körperliche Misshandlung vorliegen. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt.<sup>9</sup> Eine Ohrfeige kann grundsätzlich als üble, unangemessene Behandlung eingestuft werden.<sup>10</sup>

Fraglich ist jedoch, ob dadurch eine nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit gegeben ist. Die Wange des H schmerzt ein paar Minuten sehr leicht und er ist verdattert, weitere Auswirkungen zeigt die Ohrfeige der U allerdings nicht. Bagatellfälle sollen nicht unter den Tatbestand des § 223 Abs. 1 fallen; ein Übertreten der Bagatellschwelle kann aus der Dauer oder Intensität der Einwirkung resultieren.<sup>11</sup> Der Grad der Beeinträchtigung ist grundsätzlich aus Sicht eines objektiven Betrachters zu bestimmen.<sup>12</sup> In der Regel hat eine Ohrfeige eine mehr als bloß unerhebliche Beeinträchtigung des Wohlbefindens zur Folge.<sup>13</sup> Ein bloßes kurzes leichtes Kribbeln kann aber im konkreten Fall nicht die genannte Bagatellgrenze überschreiten. Eine erhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit ist damit hier abzulehnen. Es liegt keine körperliche Misshandlung vor.<sup>14</sup>

**b) Gesundheitsschädigung**

Es könnte aber eine Gesundheitsschädigung gegeben sein. Eine Gesundheitsschädigung ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand abweichenden, krankhaften Zustandes.<sup>15</sup> Ein leichtes, kurzweiliges Kribbeln in der Wange kann nicht als krankhafter Zustand gewertet werden. Damit scheidet im vorliegenden Fall auch eine Gesundheitsschädigung aus.<sup>16</sup>

**2. Zwischenergebnis**

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

**II. Ergebnis**

U hat sich nicht wegen Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 strafbar gemacht.

**C. Strafbarkeit der U gemäß § 303 Abs. 1**

U könnte sich wegen Sachbeschädigung gemäß § 303 Abs. 1 strafbar gemacht haben, indem sie einen Steinkrug nach F warf und dieser dadurch einen Knochenbruch und Schnittwunden an seiner Pfote erlitt.<sup>17</sup>

**I. Tatbestand**

Dafür müsste U tatbestandsmäßig gehandelt haben.

**1. Objektiver Tatbestand**

Zunächst müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

**a) Fremde Sache**

Zunächst müsste der Hund F eine für U fremde Sache sein. Sachen sind alle körperlichen Gegenstände.<sup>18</sup> Damit der Hund F als fremde Sache qualifiziert werden kann, müsste diesem die Eigenschaft als körperlicher Gegenstand zugesprochen werden können.<sup>19</sup> Der strafrechtliche Sachbegriff erfasst, im Gegensatz zum zivilrechtlichen Sachbegriff aus §§ 90, 90a BGB, auch Tiere, womit sie taugliches Tatobjekt einer Sachbeschädigung sein können.<sup>20</sup> Die zivilrechtliche Wertung, die in § 90a BGB statuiert, dass Tiere keine Sachen sind, wird durch den strafrechtlichen Sachbegriff auch nicht unterlaufen.<sup>21</sup> Denn es finden nach § 90a S. 3 BGB die für Sachen geltenden Regelungen auf Tiere entsprechende Anwendung.<sup>22</sup> Insoweit bleibt auch die Sacheigenschaft von Tieren im Sinne des § 303 erhalten und zugleich die gesetzgeberische Wertung aus § 90a BGB berücksichtigt.<sup>23</sup> Der Hund F stellt mithin eine Sache dar.

<sup>9</sup> *Hardtung* in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 223 Rn. 26.

<sup>10</sup> So auch *Eschelbach* in: BeckOK StGB (Fn. 3), § 223 Rn. 18.

<sup>11</sup> Vgl. *Hardtung* in: MüKo StGB (Fn. 9), § 223 Rn. 22.

<sup>12</sup> Ebd.

<sup>13</sup> So bereits BGH NJW 1990, 3156 (3157).

<sup>14</sup> Eine andere Ansicht ist hier allerdings ebenso gut vertretbar.

<sup>15</sup> *Eschelbach* in: BeckOK StGB (Fn. 3), § 223 Rn. 24.

<sup>16</sup> Auch hier ist mit entsprechender Argumentation eine andere Ansicht vertretbar. Es erscheint mit guter Begründung auch vertretbar, § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB anzusprechen.

<sup>17</sup> Zu der Behandlung von Tieren im StGB siehe *Graul*, Zum Tier als Sache i.S. des StGB, JuS 2000, 215 (215ff.).

<sup>18</sup> *Weidemann* in: BeckOK StGB (Fn. 3), § 303 Rn. 4f.

<sup>19</sup> BayOBLG NJW 1992, 2306 (2307); *Bergmann*, Übungsfall: Ein Hundeleben, ZJS 2011, 260 (261); *Graul* (Fn. 17), JuS 2000, 215 (219f.); *Weidemann* in: BeckOK StGB (Fn. 3), § 303 Rn. 4ff.; *Wieck-Noodt* in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 303 Rn. 8ff.

<sup>20</sup> *Bergmann* (Fn. 19), ZJS 2011, 260 (261); *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 2 Rn. 4; siehe auch *Graul* (Fn. 17), JuS 2000, 215 (219f.).

<sup>21</sup> Vgl. *Bergmann* (Fn. 19), ZJS 2011, 260 (261); *Steinberg/Epe*, Übungsfall: Die Sandvipere, ZJS 2016, 370 (370).

<sup>22</sup> Vgl. *Wieck-Noodt* in: MüKo StGB (Fn. 19), § 303 Rn. 8ff.; ausführlich dazu *Küper*, Die „Sache mit den Tieren“ oder: Sind Tiere strafrechtlich noch „Sachen“?, JZ 1993, 435 (435ff.); *Schöpe*, Anfängerklausur – Strafrecht: AT – Die Wanderspinne in der Hundepension, JuS 2017, 44 (45f.).

<sup>23</sup> *Bergmann* (Fn. 19), ZJS 2011, 260 (261); *Fischer*, Strafgesetzbuch, 68. Aufl. 2021, § 303 Rn. 4; *Schöpe* (Fn. 22), JuS 2017, 44 (45f.); *Wieck-Noodt* in: MüKo StGB (Fn. 18), § 303 Rn. 9ff.; a.A. *Schöpe*, der die Vorschrift analog anwenden will: *Schöpe* (Fn. 22), JuS 2017, 44 (45f.).

Fremd ist eine solche darüber hinaus, wenn sie im Allein-, Mit-, oder Gesamthandseigentum eines anderen steht.<sup>24</sup> Vorliegend gehört der Hund F dem H, sodass dieser auch für U fremd war. Bei dem Hund F handelt es sich somit um eine fremde Sache für U.

### b) Tathandlung

U müsste hierzu eine Tathandlung begangen haben. Als solche kommen das Zerstören oder Beschädigen in Betracht.

#### aa) Zerstören

Der Hund könnte im Sinne des § 303 Abs. 1 zerstört worden sein. Zerstört ist eine Sache, wenn sie in ihrer Sachsubstanz vollständig vernichtet oder ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit vollständig aufgehoben wird.<sup>25</sup> Der Hund F hat lediglich einen gebrochenen Knochen sowie Schnittwunden an seiner Pfote und ist daher nicht vollständig vernichtet. Des Weiteren ist die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit des F als Wachhund auch nicht vollständig aufgehoben. So kann F seinen Tätigkeiten als Wachhund noch eingeschränkt nachgehen, indem er das Internat sowie die „magischen Geschöpfe“ bewacht. Eine Zerstörung liegt daher nicht vor.

#### bb) Beschädigen<sup>26</sup>

Der Hund F könnte aber beschädigt worden sein. Beschädigt ist eine Sache, wenn durch die körperliche Einwirkung ihre Substanz nicht unerheblich verletzt wird (Substanzverletzung) oder ihre bestimmungsmäßige Brauchbarkeit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird (Funktionsbeeinträchtigung).<sup>27</sup> Darüber hinaus ist die Erheblichkeitsschwelle überschritten, wenn ein nennenswerter Aufwand an Zeit, Kosten und Mühe erforderlich ist, um die Sache wiederherzustellen beziehungsweise die Funktionsbeeinträchtigung zu beseitigen.<sup>28</sup>

Der Hund F kann mit einer gebrochenen Pfote und mehreren Schnittwunden schwer laufen. Aufgaben, die F als Hund ausüben könnte, wie die Hilfe beim Durchsuchen nach bestimmten Geschöpfen im verbotenen Wald, sowie die Begleitung des H bei der „Pflege der magischen Geschöpfe“, können bis zur Heilung von dessen Pfote nur

noch eingeschränkt ausgeführt werden. Die Heilung eines Knochenbruchs sowie die der Schnittwunden sind mit Zeit und nicht unwesentlichen Heilbehandlungskosten verbunden. So kann F den H erst wieder uneingeschränkt begleiten, wenn der Knochenbruch und die Schnittwunden geheilt sind. Eine Funktionsbeeinträchtigung sowie dessen Erheblichkeit liegt damit vor. Darüber hinaus ist F durch den Knochenbruch auch in seiner Substanz selbst verletzt.<sup>29</sup> U hat damit eine fremde Sache beschädigt.

#### c) Kausalität

Die Handlung der U, also der Wurf mit dem Steinkrug, müsste kausal für den Erfolg, die gebrochene Pfote des F und dessen Schnittwunden, sein. Eine Handlung ist dann nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel kausal, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg in seiner konkreten Form entfiel.<sup>30</sup> Hätte U nicht mit voller Wucht einen Steinkrug nach F geworfen, so hätte sich F keinen Knochenbruch und Schnittverletzungen zugezogen. Der Wurf des Steinkruges kann somit nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Knochenbruch und die Schnittverletzungen entfielen. Die Handlung der U war somit für den Erfolg kausal.

#### d) Objektive Zurechnung

Der Erfolg müsste U objektiv zurechenbar sein. Objektiv zurechenbar ist ein Erfolg, wenn der Täter durch die Handlung eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im konkreten tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert.<sup>31</sup> Indem U einen Steinkrug auf F warf und diesen damit an der Pfote traf, schuf sie eine rechtlich relevante Gefahr für dessen Funktionsbeeinträchtigung als Hütehund. Darüber hinaus hat sich dies im tatbestandsmäßigen Erfolg, der gebrochenen Pfote und den Schnittwunden, realisiert. Somit ist U der Erfolg objektiv zurechenbar.

<sup>24</sup> Fischer, StGB (Fn. 23), § 303 Rn. 4; Weidemann in: BeckOK StGB (Fn. 3), § 303 Rn. 7; Wieck-Noodt in: MüKo StGB (Fn. 19), § 303 Rn. 15.

<sup>25</sup> Vgl. Rainer/Zaczyk in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 303 Rn. 9; Wieck-Noodt in: MüKo StGB (Fn. 19), § 303 Rn. 37f.

<sup>26</sup> Es ist auch vertretbar, direkt auf die Beschädigung einzugehen, da eine Zerstörung hier recht fernliegend ist.

<sup>27</sup> Bergmann, Übungsfall: Remperei am Glühweinstand, ZJS 2015, 114 (115); Fischer, StGB (Fn. 23), § 303 Rn. 6f.; Reinhardt, Übungsfall: Ärger nach dem Physikern, ZJS 2015, 222 (224f.); Weidemann in: BeckOK StGB (Fn. 3), § 303 Rn. 8.

<sup>28</sup> Vgl. Reinhardt (Fn. 27), ZJS 2015, 222 (224f.); Wieck-Noodt in: MüKo StGB (Fn. 19), § 303 Rn. 19f.

<sup>29</sup> Rainer/Zaczyk in: Kindhäuser et al. (Fn. 25), § 303 Rn. 9; Weidemann in: BeckOK StGB (Fn. 3), § 303 Rn. 9ff.

<sup>30</sup> Ähnlich Blaue, Übungsfall: Untreue mit bitterem Ende, ZJS 2016, 750 (750f.); Duttge in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 160ff.; Wagner/Drachler, Übungsfall: Die Party bei den Jacks, ZJS 2011, 530 (531).

<sup>31</sup> Ausführlich hierzu Blaue (Fn. 30), ZJS 2016, 750 (750f.); Rengier, Straf AT (Fn. 4), § 13 Rn. 46ff.; Wagner/Drachler (Fn. 30), ZJS 2011, 530 (531).

## 2. Subjektiver Tatbestand

U müsste vorsätzlich gehandelt haben. Als Vorsatz wird der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale verstanden.<sup>32</sup> Dolus eventualis liegt vor, wenn der Täter den Erfolgseintritt für möglich hält und diesen zumindest billigend in Kauf nimmt.<sup>33</sup> Vorliegend warf U den Steinkrug nach F, um den Angriff des F abzuwehren. Ihr war dabei bewusst, dass sich F Verletzungen zufügen könnte, sie fand sich jedoch damit ab und nahm diese billigend in Kauf. U hielt somit die die Verletzungen des F für möglich um den Angriff abzuwehren. Folglich handelte sie zumindest mit dolus eventualis und damit vorsätzlich.

## 3. Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt.

## II. Rechtswidrigkeit

U müsste rechtswidrig gehandelt haben.

### 1. Notwehr, § 32

U könnte durch Notwehr gemäß § 32 gerechtfertigt sein. Es müsste eine Notwehrlage, also ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff vorliegen.<sup>34</sup> Ein Angriff ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter individueller Güter oder Interessen.<sup>35</sup> Bei F als Hund handelt es sich jedoch um eine Sache. Die Verletzungsgefahr geht folglich nicht von einem Menschen aus. Ein Angriff und damit eine Notwehrlage liegen letztlich nicht vor. Die Handlung des U ist nicht durch Notwehr gerechtfertigt.

### 2. Defensivnotstand, § 228 BGB<sup>36</sup>

U könnte aber durch den Defensivnotstand gemäß § 228 BGB gerechtfertigt gehandelt haben.

### a) Notstandslage

Dafür müsste zunächst eine Notstandslage vorliegen, also eine von einer fremden Sache ausgehende drohende Gefahr für ein beliebiges Rechtsgut.<sup>37</sup> Der Hund F ist eine fremde Sache. Eine Gefahr droht, wenn nach den tatsächlichen Umständen der Eintritt eines Schadens nahe liegt.<sup>38</sup> Der Hund F war kurz davor, die U aufgrund der vorherigen Situation und der erteilten Backpfeife an H zu attackieren. Der Eintritt eines Schadens in Form von körperlichen Verletzungen der U lag damit sehr nahe. Eine drohende Gefahr und eine Notstandslage sind somit gegeben.

### b) Notstandshandlung

Zudem müsste eine Notstandshandlung vorliegen.

#### aa) Beschädigung oder Zerstörung der gefährlichen Sache

Die fremde Sache, von der die Gefahr ausgeht, müsste beschädigt oder zerstört sein.<sup>39</sup> Hier geht die drohende Gefahr von F aus, der wegen des Wurfes von U mit dem Steinkrug auch verletzt und damit beschädigt wurde. Somit wurde die fremde Sache, von der die Gefahr ausgeht, beschädigt.

#### bb) Erforderlichkeit

Die Notstandshandlung müsste auch erforderlich gewesen sein. Dies ist sie, wenn sie zur Gefahrenabwehr geeignet ist und das mildeste zur Verfügung stehende Gegenmittel darstellt.<sup>40</sup> Die Handlung ist geeignet, wenn sie den Angriff entweder sofort ganz beendet oder ihm wenigstens ein Hindernis in den Weg legt.<sup>41</sup>

Der Angriff des F gegenüber U, um den H zu schützen, stand kurz bevor. U konnte sich nur noch mit dem Steinkrug helfen, so dass der Wurf mit dem Steinkrug und die dadurch begründete Verletzung des F geeignet war, die Gefahr abzuwehren.

Es ist weiterhin das Verteidigungsmittel zu wählen, welches bei gleicher Wirksamkeit den geringsten Schaden

<sup>32</sup> Ausführlich hierzu Fischer, StGB (Fn. 23), § 15 Rn. 2ff.; Kudlich in: BeckOK StGB (Fn. 3), § 15 Rn. 11ff.; Rengier, Strafr AT (Fn. 4), § 14 Rn. 5ff.; Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, Vorsatz im Strafrecht, JuS 2012, 976 (976ff.).

<sup>33</sup> Vgl. Fischer, StGB (Fn. 23), § 15 Rn. 11f.; Joecks/Kulhanek in: MüKo StGB (Fn. 30), § 16 Rn. 31f.; Sternberg-Lieben/Schuster in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 72; Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben (Fn. 32), JuS 2012, 976 (978).

<sup>34</sup> Vgl. Bergmann (Fn. 19), ZJS 2011, 260 (262); Erb in: MüKo StGB (Fn. 30), § 32 Rn. 34; Fischer, StGB (Fn. 23), § 32 Rn. 16f.; Momsen/Savic in: BeckOK StGB (Fn. 3), § 32 Rn. 1ff.; Stemler, Die Notwehr, ZJS 2010, 347 (347ff.).

<sup>35</sup> Erb in: MüKo StGB (Fn. 30), § 32 Rn. 55ff.; Momsen/Savic in: BeckOK StGB (Fn. 3), § 32 Rn. 1ff.; Stemler (Fn. 34), ZJS 2010, 347 (347ff.).

<sup>36</sup> Ausführlich zu den Rechtfertigungsgründen des BGB siehe Schreiber, Die Rechtfertigungsgründe des BGB, JURA 1997, 29 (29ff.); siehe auch Bergmann (Fn. 19), ZJS 2011, 260 (264); Dennhardt in: Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Ed. 2021, § 228 Rn. 1ff.

<sup>37</sup> Erklärend zu § 228 BGB siehe Bergmann (Fn. 19), ZJS 2011, 260 (264); Dennhardt in: BeckOK BGB (Fn. 36), § 228 Rn. 4ff.; Mansel in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 228 Rn. 1ff.; Rengier, Strafr AT (Fn. 4), § 20 Rn. 7ff.; Steinberg/Epe (Fn. 21), ZJS 2016, 370 (371f.).

<sup>38</sup> So auch Dennhardt in: BeckOK BGB (Fn. 36), § 228 Rn. 4; Erb in: MüKo StGB (Fn. 30), § 34 Rn. 74.

<sup>39</sup> Bergmann (Fn. 19), ZJS 2011, 260 (265); Grothe in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 228 Rn. 7f.; Rengier, Strafr AT (Fn. 4), § 20 Rn. 7ff.

<sup>40</sup> Vgl. Bergmann (Fn. 19), ZJS 2011, 260 (265); Grothe in: MüKo BGB (Fn. 39), § 228 Rn. 9.

<sup>41</sup> Bergmann (Fn. 19), ZJS 2011, 260 (265); Dennhardt in: BeckOK BGB (Fn. 36), § 228 Rn. 8f.; Grothe in: MüKo BGB (Fn. 39), § 228 Rn. 9.

anrichtet.<sup>42</sup> U konnte den Steinkrug nur noch in letzter Sekunde an sich nehmen, um ihn zu werfen. Die Verwendung eines mildereren Mittels, wie die reine physische Kraftentfaltung der U oder das Verlassen der Hütte, war laut Sachverhalt für U nicht möglich. Ein mildereres Mittel stand der U somit nicht zur Verfügung. Die Notstandshandlung war mithin erforderlich.

### c) Abwägung

Der angerichtete Schaden dürfte zudem nicht außer Verhältnis zur Gefahr stehen, d.h. das geschützte Rechtsgut darf nicht wesentlich weniger wert sein als das beeinträchtigte Rechtsgut.<sup>43</sup> Bei Sachgütern kommt es in der Regel auf die Werterelation an; jedoch sind auch ideelle Gesichtspunkte zu berücksichtigen.<sup>44</sup> Hier stehen sich die körperliche Unversehrtheit der U, die in Art. 2 Abs. 2 GG geschützt ist und die Beschädigung der Pfote des Hundes F, welcher als Sache gewertet wird und grundrechtlichen Schutz über das Eigentum des H nach Art. 14 Abs. 1 GG genießt, gegenüber.

Auch gilt es zu berücksichtigen, dass der Hund F für den H einen ideellen Wert als Gefährte und treuer Begleiter an seiner Seite hat, sodass gegenüber der körperlichen Unversehrtheit der U, der ideelle Wert neben die rein heilbare Beschädigung der Sache tritt. Hinzu kommt das Vorverhalten der U, die Backpfeife gegenüber H, welches innerhalb der Abwägung Berücksichtigung finden muss. U hat sich durch die Backpfeife selbst in die Lage gebracht, sodass ihr vorwerfbares Vorverhalten als Faktor mit in die Abwägung aufgenommen werden muss. Im Rahmen der Abwägung gilt es, die widerstreitenden Interessen aneinander sorgfältig abzuwägen, um zu einem interessengerechten Ergebnis zu gelangen. Die Handlung der U wäre demnach nur erforderlich, wenn das auf ihrer Seite geschützte Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit gegenüber der Beeinträchtigung des Rechtsguts – der Beschädigung der Sache und Beeinträchtigung des Eigentums des H – auf der anderen Seite zu überwiegen scheint. Dem beeinträchtigten Rechtsgut, der heilbaren Pfote, steht der potenziell angerichtete Schaden in Form von schweren Verletzungen der U gegenüber. Die körperliche Unversehrtheit stellt eines der ranghöchsten grundrechtlich geschützten Rechtsgüter dar und ist aus diesem

Grund besonders zu schützen.<sup>45</sup> Durch einen Angriff wäre die körperliche Unversehrtheit der U in einem erheblichen Maße beeinträchtigt. Verletzungen durch Hundebisse stellen ein enormes Gesundheitsrisiko dar. Zwar hat sich U durch ihr vorwerfbares Verhalten selbst in die Lage gebracht, sodass ihr vorwerfbares Verhalten im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen ist. Insoweit ist neben der Beschädigung der Pfote des Hundes F, dem grundrechtlichen Schutz über das Eigentum des H nach Art. 14 Abs. 1 GG und dessen ideellen Wert auch das vorwerfbare Vorverhalten der U in die Abwägung mit einzubeziehen. Aufgrund der potenziell schwerwiegenden Verletzungen durch einen Angriff des F und der heilbaren Verletzungen des F auf der anderen Seite, wiegt der drohende Schaden bei U jedoch insgesamt schwerer als die Beeinträchtigung des Rechtsguts. Aufgrund der drohenden schwerwiegenden Verletzungen und des hochrangigen Grundrechtsschutzes der körperlichen Unversehrtheit ändert auch das Vorverhalten der U nichts. Der angerichtete Schaden in Form der Verletzung der Pfote des F steht daher nicht außer Verhältnis zu den drohenden körperlichen Schäden der U. Das geschützte Rechtsgut ist damit nicht wesentlich weniger wert als das beeinträchtigte.

### d) Subjektives Rechtfertigungselement

U müsste in Kenntnis der Notstandslage und mit Rettungswillen gehandelt haben.<sup>46</sup> U wusste, dass ihre körperliche Unversehrtheit durch den Angriff des F bedroht war und dass der Wurf zu Schäden an F führen könnte. Sie handelte somit nur, um die Gefahr von ihr abzuwenden, und folglich mit Rettungswillen. Das Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements ist somit zu bejahen.

### e) Zwischenergebnis

U ist gemäß § 228 BGB gerechtfertigt.

## 3. Zwischenergebnis

U handelte nicht rechtswidrig.

## III. Ergebnis

U hat sich nicht wegen Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 bezüglich des Hundes F strafbar gemacht.

<sup>42</sup> Bergmann (Fn. 19), ZJS 2011, 260 (265); Dennhardt in: BeckOK BGB (Fn. 36), § 228 Rn. 8; Steinberg/Epe (Fn. 21), ZJS 2016, 370 (372).

<sup>43</sup> Vgl. hierzu OLG Hamm NJW-RR 2001, 237 (238); Rengier, StrafR AT (Fn. 4), § 20 Rn. 7ff.; Steinberg/Epe (Fn. 21), ZJS 2016, 370 (372).

<sup>44</sup> Bergmann (Fn. 19), ZJS 2011, 260 (265); Ellenberger in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl. 2022, § 228 Rn. 8. Zur Abwägung von Sachen und Wertigkeit auch OLG Hamm NJW-RR 1995, 279 (279ff.).

<sup>45</sup> Siehe dazu Lang in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 49. Ed. 2021, Art. 2 Rn. 55ff.; Manssen, Staatsrecht II, 18. Aufl. 2021, § 12 Rn. 313.

<sup>46</sup> So auch Bergmann (Fn. 19), ZJS 2011, 260 (266); Dennhardt in: BeckOK BGB (Fn. 36), § 228 Rn. 11; Grothe in: MüKo BGB (Fn. 39), § 228 Rn. 11f.

#### D. Strafbarkeit der U gemäß § 303 Abs. 1 bezüglich des Steinkrugs

U könnte sich wegen Sachbeschädigung gemäß § 303 Abs. 1 strafbar gemacht haben, indem sie einen Steinkrug auf F warf und dieser dabei in kleine Teile zerbrach.

#### I. Tatbestand

U müsste hierzu tatbestandsmäßig gehandelt haben.

##### 1. Objektiver Tatbestand

Dazu müsste zunächst der objektive Tatbestand erfüllt sein.

##### a) Fremde Sache

Der Steinkrug müsste eine für U fremde Sache sein.<sup>47</sup> Der Steinkrug ist ein körperlicher Gegenstand und steht im Eigentum des H. Damit befindet sich dieser weder im Alleineigentum der U noch ist er herrenlos. Somit ist der Steinkrug eine für U fremde Sache.

##### b) Tathandlung: Zerstören

Der Steinkrug könnte zerstört worden sein.<sup>48</sup> Er ist in viele kleine Scherben zerbrochen, so dass seine Brauchbarkeit als Trinkgefäß vollständig aufgehoben ist. Eine Zerstörung liegt mithin vor.<sup>49</sup>

##### c) Kausalität

Die Handlung der U müsste für den Erfolg kausal sein.<sup>50</sup> Hätte U den Steinkrug nicht auf F geworfen, wäre dieser nicht in Richtung Boden gefallen und nicht in viele kleine Scherben zerbrochen. Das Werfen des Steinkruges kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass dessen Zerbrechen entfiel. Die Handlung ist somit kausal für den Erfolg.

##### d) Objektive Zurechnung

Der Erfolg müsste U auch objektiv zurechenbar sein.<sup>51</sup> Mit dem Wurf des Steinkruges hat U eine rechtlich relevante Gefahr für dessen Substanz geschaffen, die sich im

konkreten tatbestandsmäßigen Erfolg, dem Zerbrechen in viele kleine Scherben, realisiert hat. Daher ist U der Erfolg objektiv zurechenbar.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand müsste erfüllt sein. U müsste vorsätzlich gehandelt haben.<sup>52</sup> U hatte es als möglich vorausgesehen, dass der Steinkrug kaputt geht, dies aber billigend in Kauf genommen. Sie handelte somit vorsätzlich und zumindest mit *dolus eventualis*. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

#### 3. Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt.

#### II. Rechtswidrigkeit

Des Weiteren müsste U auch rechtswidrig gehandelt haben.

#### 1. Aggressivnotstand, § 904 BGB

U könnte durch einen Aggressivnotstand gemäß § 904 BGB gerechtfertigt gehandelt haben.

##### a) Notstandslage

Dafür müsste zunächst eine Notstandslage vorliegen, also eine gegenwärtige Gefahr für ein beliebiges Rechtsgut.<sup>53</sup> Eine Gefahr ist ein Zustand, der jederzeit in eine konkrete Rechtsgutsbeeinträchtigung umschlagen kann.<sup>54</sup> Eine gegenwärtige Gefahr ist ein Zustand, dessen Weiterentwicklung den Eintritt oder die Intensivierung eines Schadens ernstlich befürchten lässt, sofern nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden.<sup>55</sup> F setzte bereits zum Angriff gegenüber U an. Es war – ohne ein sofortiges Handeln der U – ein Schaden für ihre körperliche Unversehrtheit ernstlich zu befürchten. Eine gegenwärtige Gefahr lag daher vor.

<sup>47</sup> Siehe hierzu bereits Weidemann in: BeckOK StGB (Fn. 3), § 303 Rn. 4ff.; Wieck-Noodt in: MüKo StGB (Fn. 19), § 303 Rn. 8ff.

<sup>48</sup> Siehe hierzu bereits Rainer/Zaczyk in: Kindhäuser et al. (Fn. 25), § 303 Rn. 9; Wieck-Noodt in: MüKo StGB (Fn. 19), § 303 Rn. 37f.

<sup>49</sup> Aus diesem Grund ist auch keine Beschädigung mehr zu prüfen.

<sup>50</sup> Siehe hierzu bereits Blaue (Fn. 30), ZJS 2016, 750 (750f.); Duttge in: MüKo StGB (Fn. 30), § 15 Rn. 160ff.; Wagner/Drachslers (Fn. 30), ZJS 2011, 530 (531).

<sup>51</sup> Siehe hierzu bereits Blaue (Fn. 30), ZJS 2016, 750 (750f.); Rengier, Strafr AT (Fn. 4), § 13 Rn. 46ff.; Wagner/Drachslers (Fn. 30), ZJS 2011, 530 (531).

<sup>52</sup> Siehe hierzu bereits Kudlich in: BeckOK StGB (Fn. 3), § 15 Rn. 11ff.; Rengier, Strafr AT (Fn. 4), § 14 Rn. 5ff.; Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben (Fn. 32), JuS 2012, 976 (976ff.).

<sup>53</sup> Ausführlich zu § 904 BGB (auch) im Strafrecht siehe Rengier, Strafr AT (Fn. 4), § 20 Rn. 4ff.; siehe auch Brückner in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8, 8. Aufl. 2020, § 904 Rn. 4ff.; Fritzsche in: BeckOK BGB (Fn. 36), § 904 Rn. 2ff.; Reinhardt (Fn. 27), ZJS 2015, 222 (226).

<sup>54</sup> Brückner in: MüKo BGB (Fn. 53), § 904 Rn. 4ff.; Fritzsche in: BeckOK BGB (Fn. 36), § 904 Rn. 5.

<sup>55</sup> Brückner in: MüKo BGB (Fn. 53), § 904 Rn. 4ff.; Fritzsche in: BeckOK BGB (Fn. 36), § 904 Rn. 7.

**b) Notstandshandlung**

Darüber hinaus muss auch die Notstandshandlung den Anforderungen des § 904 BGB genügen.

**aa) Einwirkung auf eine fremde Sache, von der die Gefahr nicht ausgeht**

U müsste in eine fremde Sache eingegriffen haben, von der die Gefahr nicht ausgeht.<sup>56</sup> Von dem Steinkrug des H ging keine Gefahr aus, sondern vom Hund F. Damit hat U in eine fremde Sache eingegriffen, von der die Gefahr nicht ausging.

**bb) Erforderlichkeit**

Der Eingriff in die Sache müsste außerdem erforderlich zur Gefahrenabwehr gewesen sein. Dies ist sie, wenn die Handlung zur Gefahrenabwehr geeignet ist und das mildeste zur Verfügung stehende Gegenmittel darstellt.<sup>57</sup> Aufgrund des Wurfes mit dem Steinkrug und der daraus folgenden Verletzung ließ F von dem Angriff ab, so dass der Wurf mit dem Steinkrug geeignet war. Daneben müsste U mit dem Wurf auch das mildeste Mittel gewählt haben. Anders als bei der Notwehr müssen beim Notstand Ausweichmöglichkeiten wahrgenommen werden, da der Notstand nicht auf dem Rechtsbewährungsprinzip beruht. Es geht vielmehr um eine Festlegung von Grenzen, innerhalb derer ein Notstandstäter in rechtlich geschützte Interessen unbeteiligter Dritter eingreifen darf.<sup>58</sup> Der Täter muss hierbei alle Möglichkeiten der Gefahrenabwehr in Betracht ziehen. Insbesondere kommen auch diejenigen Abwendungsmöglichkeiten in Betracht, die bei der Notwehr mangels Verteidigungscharakters als Abwehrhandlungen ausgeschieden sind.<sup>59</sup> Ausweichmöglichkeiten wie das Verlassen des Hauses oder andere körperliche Abwehr standen der U nicht zur Verfügung. Die Notstandshandlung war daher erforderlich.

**c) Zwischenergebnis**

Somit handelte U durch § 904 BGB gerechtfertigt.

**2. Zwischenergebnis**

U handelte nicht rechtswidrig.

**III. Ergebnis**

U hat sich nicht wegen Sachbeschädigung gemäß § 303 Abs. 1 bezüglich des Steinkruges strafbar gemacht.

**E. Gesamtergebnis**

U ist insgesamt straflos.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> Vgl. Berger in: Jauernig (Fn. 37), § 904 Rn. 1ff.; Brückner in: MüKo BGB (Fn. 53), § 904 Rn. 1.

<sup>57</sup> Fritzsche in: BeckOK BGB (Fn. 36), § 904 Rn. 12.

<sup>58</sup> So auch Rengier, Strafr AT (Fn. 4), § 19 Rn. 22.

<sup>59</sup> Dazu Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 8 Rn. 76.

<sup>60</sup> Hier wäre je nach Lösung auch ein anderes Gesamtergebnis vertretbar gewesen.

## Bewerbungsleitfaden der KPMG Law – für Eure erfolgreiche Bewerbung

Dr. Ian Maywald, Partner KPMG Law München und  
Miles Thomsen, LL.M., Associate KPMG Law München

### A. Einleitung

Der Bewerbungsprozess gliedert sich bei KPMG Law – wie auch bei anderen Kanzleien – erfahrungsgemäß in zwei Schritte: Eine Bewerbung und ein Vorstellungsgespräch.

Eine Bewerbung zu erstellen und einzureichen, ist ein großer Schritt für die Gestaltung Eures Arbeitslebens und damit Eurer Zukunft. Sie ist der Türöffner für die Position bzw. Stelle, auf die Ihr Euch bewirbt. Die Bewerbung gewährt einen Einblick in Eure Person, Euren Charakter und Eure Fähigkeiten. Mit ihrer Einreichung präsentiert Ihr Euch also selbst, um Interesse zu wecken. Überzeugt Ihr mit Eurer Bewerbung, so werdet Ihr zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, um die bereits gewonnenen Eindrücke noch einmal zu manifestieren und einen persönlichen Eindruck zu hinterlassen. Beidem ist immanent, dass Ihr Euch der Gefahr und der damit verbundenen Angst eines möglichen Scheiterns aussetzen müsst.

Mit diesem Beitrag möchten wir Euch helfen, dass Eure Bewerbungen und Vorstellungsgespräche Euch die Türen öffnen, durch die Ihr schreiten möchtet. Gleichzeitig möchten wir die Angst vor einem Scheitern nehmen, denn auch dies wäre Teil des Berufslebens und lässt sich durch eine gute Vorbereitung hoffentlich verhindern.

### B. Bewerbung

Wie eingangs erwähnt, ist im ersten Schritt des Prozesses eine aussagekräftige Bewerbung zu erstellen. Diese gliedert sich in der Regel in ein Bewerbungsanschreiben und die eigentlichen Bewerbungsunterlagen.

#### I. Anschreiben

Das Anschreiben dient dazu, Interesse zu wecken und bestimmte wesentliche Punkte hervorzuheben. Diesem Zweck immanent ist daher ein professionelles und authentisches Auftreten. Aber was ist damit gemeint?

Professionalität bedeutet, etwas als Beruf auszuüben. Natürlich ist es schwierig oder gar widersprüchlich, sich an dieser Definition zu orientieren, sofern man selbst noch Student:in mit wenig bis keiner Berufserfahrung ist. Genau dieser Aspekt ist jedoch entscheidend, da die Bewerbung bei KPMG Law auf eine juristische Tätigkeit

abzielt und Jura bzw. die juristische Profession eine solche ist, die Sprache und logisches Denken als Werkzeuge benutzt. Präzise und professionelle Artikulation sowie eine logische Struktur sind daher unerlässlich. Das Anschreiben sollte widerspiegeln, dass Ihr Euch dieser Werkzeuge bedienen könnt. Ferner bedeutet professionell, dass Ihr Euch mit der konkreten Position und deren Anforderungen beschäftigt und Euch über diese informiert habt. Als Beispiel: Da KPMG Law auch im Wirtschaftsrecht berät, ist es empfehlenswert, wirtschaftlich interessiert zu sein und dies auch zu zeigen. Aber keine Sorge, sollte Wirtschaftsrecht nicht Euer Steckenpferd oder Interesse sein, dann gibt es noch viele andere Fachgebiete bei KPMG Law.

Authentizität bedeutet Echtheit im Sinne von Ursprünglichkeit oder simpel ausgedrückt: Glaubwürdigkeit. Wie oben erwähnt, gewährt Ihr einen Einblick in Eure Person und in Euren Charakter. Dies dient dazu, zu verstehen, ob Ihr in das Team passt und den Anforderungen gewachsen seid bzw. in diese hineinwachsen könnt. Da Ihr Euren Lebenslauf miteinreicht, bedeutet Authentizität, dass die Angaben, welche im Lebenslauf gemacht wurden, mit Inhalt gefüllt werden müssen. Dabei ist es wichtig, nicht monoton jeden Punkt des Lebenslaufes wiederzugeben, sondern die Fakten und Erfahrungen dahinter glaubhaft zu machen und Schwerpunkte zu setzen. Glaubwürdig ist ein:e Bewerber:in, wenn sich diese:r mit dem identifiziert, worauf sie oder er sich bewirbt bzw. mit dem, was die oder der Bewerber:in angegeben hat.

Grundsätzlich sollte das Anschreiben im Aktiv formuliert sein, Floskeln vermieden werden und im besten Fall eine Seite nicht überschreiten. Natürlich ist das Anschreiben ohne Rechtschreibfehler und mit korrekter Grammatik abzufassen.

Orientiert Euch an folgenden Fragen:

Wie seid Ihr auf die Stelle aufmerksam geworden?

Warum interessiert Ihr Euch genau für die Stelle? Stellt Bezug her.

Warum seid Ihr die richtige Person für die Stelle? Was bringt Ihr mit?

Selbst wenn Ihr keine fachlichen Qualifikationen

mitbringt, so könnt Ihr immer noch eine lernwillige und fleißige Persönlichkeit – nämlich Euch – mitbringen. „*Learning on the Job*“ ist ohnehin unumgänglich und auch – zumindest bei KPMG Law – gewollt.

## II. Unterlagen

Die einzureichenden Unterlagen bestehen grundsätzlich aus dem Lebenslauf, den relevanten Zeugnissen und den weiteren Unterlagen zu Euren Qualifikationen. Diese sollen Eure Fähigkeiten (Hard Skills und Soft Skills) darlegen.

### 1. Der Lebenslauf

Während das Anschreiben durch Schrift und Ausdruck einen Einblick gewährt, bietet der (tabellarische) Lebenslauf einen optischen und faktischen Eindruck.

Professionelle Fotos sind unentbehrlich: Ein sympathisches Lächeln oder Gesichtsausdruck gepaart mit einem souveränen und seriösen Auftreten. Heutzutage besteht aber auch die Möglichkeit, den Lebenslauf ohne Foto einzureichen. Allerdings schafft ein Foto Nähe sowie Vertrauen und die juristische bzw. anwaltliche Tätigkeit beinhaltet die Zusammenarbeit mit anderen Menschen.

Optisch sollte der Lebenslauf bündig und übersichtlich sein. Wenn Ihr gut mit den jeweiligen Programmen umzugehen wisst, dann könnt Ihr natürlich selbst einen Lebenslauf erstellen. Ansonsten gilt: „Buy what you cannot make“. Es gibt preiswerte Internetseiten, auf denen sich ein ansprechendes Format bzw. eine Vorlage für den Lebenslauf erstellen lässt.

Inhaltlich sollte der Lebenslauf alle wichtigen Stationen Eures (beruflichen) Lebens enthalten. Diese Stationen sind in umgekehrter chronologischer Reihenfolge mit Datum aufzuführen, beginnend mit der aktuellsten Erfahrung. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass nicht relevante oder nicht bereichernde Stationen weggelassen werden können und diese auch weggelassen werden sollten. Die gemachten Erfahrungen sollten unter entsprechenden Überschriften wie bspw. „Ausbildung“, „Praktika und Berufserfahrung“ oder „Sprachkenntnisse“ zusammengefasst und gegliedert werden. Es wird später Eure Aufgabe sein, komplexe Sachverhalte strukturiert aufzuarbeiten und die unwesentlichen Inhalte wegzulassen. Genau diese Fähigkeiten illustriert Ihr durch einen gut formatierten und nur die wesentlichen Punkte enthaltenden Lebenslauf. Was für die jeweilige Position bzw. Tätigkeit, auf die sich beworben wird, relevant ist, müsst Ihr aus dem Pool der Möglichkeiten entscheiden.

Erwähnt auch Eure Interessen und Hobbys. Diese gewähren

einen weiteren Blick in Eure Person, Euren Charakter und Eure Fähigkeiten. Betreibt Ihr Teamsport, so demonstriert dieser Umstand, dass Ihr Euch in einem Team zurechtfinden könnt und Euch als ein partizipierender Teil dessen versteht. Lest Ihr viele Fachbücher oder engagiert Euch ehrenamtlich, so demonstriert Ihr Lernwilligkeit bzw. Bescheidenheit und den Willen, sich für etwas einzusetzen. Ferner schaffen Hobbies und Interessen die Basis für Rapport und damit gute menschliche Interaktion (Soft Skills).

### 2. Die Zeugnisse

Jede Ausbildung, jede Erfahrung und jede Tätigkeit, welche Ihr in Eurem Lebenslauf aufführt, sollte durch entsprechende Zeugnisse belegt werden. Auch das bedeutet Authentizität.

Ob das Original (was in aller Regel nicht der Fall sein wird), beglaubigte Kopien oder einfache Kopien einzureichen sind, wird von der jeweiligen ausschreibenden Stelle wohl angegeben. Bei KPMG Law reicht bspw. ein gut lesbarer Scan.

Zu den Noten ist folgendes zu sagen: Dass gute Noten Euch die Türen öffnen, ist ein Axiom. Gute Noten demonstrieren Disziplin, die Fähigkeit sich in Sachverhalte einzuarbeiten, diese unter Zeitdruck zu lösen sowie grundsätzliches juristisches Verständnis. Aus diesem Grund sind gute Noten gern gesehen und erhöhen Eure Chancen signifikant. Sie sind aber kein Muss, da für eine gute Note unter Umständen auch ein Quäntchen Glück benötigt wird. Noten allein lassen keinen holistischen Blick zu. Wie in diesem Artikel beschrieben, ist die Mischung aus den Noten und Eurer Persönlichkeit ausschlaggebend. Sind Eure Noten solide und passt Eure Persönlichkeit, dann öffnet diese Kombination viele Türen, insbesondere bei KPMG Law.

### 3. Diverse andere Qualifikationen

Die Ausbildung an einer Schule oder an einer Universität ist nicht die einzige Möglichkeit, Kenntnisse zu erwerben und Fähigkeiten zu verbessern. Ein Sprachkurs an der Universität oder einer externen Institution sowie die Teilnahme an einem Mootcourt zeugen von Interesse, Einsatz und Lernwilligkeit. Dies sind alles wichtige Attribute, welche eine Person am Arbeitsplatz demonstrieren sollte. Sie sind daher unbedingt mit in den Lebenslauf aufzunehmen und bei KPMG Law gern gesehen.

#### 4. Format

In welchem Format die Bewerbung eingereicht wird, hängt von der jeweiligen Position bzw. Stelle ab, auf die Ihr Euch bewerbt. Werden *Hard Copies* eingereicht, so achtet auf ein sauberes Format, welches frei von Eselsohren ist.

Werden *Soft Copies* eingereicht, so ist darauf zu achten, dass die eingescannten Dokumente gerade gescannt, gut lesbar und richtig im Dateinamen benannt sind.

Dies alles sind kleine Nuancen, die auf Qualität und Gründlichkeit schließen lassen.

#### C. Vorstellungsgespräch

Hat die Bewerbung Eindruck hinterlassen – wovon wir ausgehen – so erfolgt die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch. Das Vorstellungsgespräch dient dazu, die aus der Bewerbung gewonnen Eindrücke persönlich zu verifizieren bzw. diese zu vertiefen.

Das Format kann in Person oder via digitaler Tools wie Teams oder Zoom stattfinden. Gleich welches Format gewählt wird, die Prämissen bleiben dieselben: Ein professionelles und authentisches Auftreten ist gefordert. Wie viele Personen teilnehmen – bspw. ein:e Partner:in oder mehrere – kann nicht einheitlich gesagt werden. Bei KPMG Law ist es in der Regel Euer oder Eure zukünftig zuständige:r Partner:in sowie die oder der bereichsleitende Partner:in. Dieser Umstand sollte Euch keine Angst machen, sondern dafür genutzt werden, dass Ihr ein offenes trilaterales Gespräch führt. In der heutigen komplexen Welt sind bilaterale Gespräche mit Mandant:innen oder Teammitgliedern eher die Ausnahme. Ein Tipp: Traut Euch und stellt die Fragen, die Euch interessieren (diese könnt Ihr auch vorbereiten).

Professionell bedeutet in diesem Zusammenhang ein souveränes, seriöses und sympathisches Auftreten. Hierbei ist auf aufrechte, offene Haltung zu achten. Ihr müsst in der Lage sein, Augenkontakt zu suchen und diesen aufrecht zu erhalten. Für manche ist dieser Umstand unangenehm, jedoch ist Augenkontakt unerlässlich. Falls Ihr nicht wisst, wie Ihr diesen am Besten sucht, so fokussiert Euch auf ein Auge des Gegenübers. Augenkontakt bedeutet nicht, Euer Gegenüber anzustarren. Professionell bedeutet ferner, langsam und deutlich zu sprechen und vorbereitet zu sein. Ob fachliche Gesprächsthemen initiiert werden, kann vorab nicht gesagt werden. Auf jeden Fall solltet Ihr Euch mit den aktuellen Themen des jeweiligen Gebietes vertraut machen. Dabei ist es wie immer empfehlenswert, gut vorbereitet zu sein. Findet das Vorstellungsgespräch digital statt, so müsst Ihr diesen Umstand bedenken. Blickkontakt

in diesem Falle bedeutet, Euren Blick direkt in die Kamera-linse zu richten. Achtet darauf, dass Euer Oberkörper etwa bis kurz über dem Bauchnabel zu sehen ist.

Authentizität für das Vorstellungsgespräch bedeutet, dass die Angaben aus Eurem Lebenslauf in Bezug auf Fähigkeiten und Charakter wiedergespiegelt werden sollten. Es bedeutet aber auch, Euch nicht zu verstellen. Seid wie ihr seid – in einem professionellen Rahmen, denn das Vorstellungsgespräch dient auch zur Evaluierung, ob Ihr in das (unser) Team bzw. die Struktur passt. Verstellt Ihr Euch, so wird dieser Umstand früher oder später auffallen. Das ist nicht glaubwürdig und nicht authentisch.

Zuletzt noch ein allgemeiner Hinweis: Nervosität ist nicht vermeidbar. Geht mit diesem Umstand souverän um. Ein Versprecher oder ein kleiner Fauxpas sind keine „Deal Breaker“. Zum einen sind alle Menschen in solchen Situationen nervös – vielleicht ist Euer gegenüber auch nervös, da die Person Euch auf jeden Fall einstellen möchte und daher selbst hofft, einen guten Eindruck zu hinterlassen. Zum anderen zeigt der Umgang mit der Nervosität bzw. Fehlern oder Versprechern Souveränität und Selbstreflexion. Das ist professionell. Seid offen für alle Fragen – auch solche in Bezug auf Eure Hobbys und Interessen. Gewährt dem Gegenüber einen authentischen und professionellen Einblick. Wenn Ihr Fragen habt, dann stellt diese. Euer Gegenüber wird in der Regel das Gespräch führen. Verfallt allerdings nicht zu sehr in eine Passivrolle, sondern seid im gegebenen Rahmen der Professionalität und des Respekts aktiv und partizipiert.

#### D. Fazit

Durch das Bewerbungsverfahren gewinnt das Unternehmen einen Eindruck von Euch und kann sich ein Urteil darüber bilden, ob Euer Gesamtpaket zu der jeweiligen Position bzw. Tätigkeit und dem dahinterstehenden Team passt. Das Bild, welches Ihr abgeben möchtet, soll professionell, authentisch und damit überzeugend sein. Habt keine Angst vor Abweisung – diese Angst hat jeder Mensch. Fasst den Mut, macht diesen wichtigen Schritt für Eure Zukunft und wenn es doch mal zu einer Absage kommt – was völlig normal ist – dann reflektiert und lernt daraus. Kein Meister ist vom Himmel gefallen. Wir freuen uns auf Euch. Wenn Ihr Fragen habt, dann wendet Euch gerne an die Redaktion, die diese an die Verfasser weiterleitet.

## Freiwilliger Wehrdienst: Gute Sache oder Zeitverschwendung? Ein Erfahrungsbericht.

stud. jur. Kent Wilke

Der Autor ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Sozialrecht an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover (Prof. Dr. Butzer).

Die Bundeswehr ist seit Beginn des völkerrechtswidrigen Angriffskrieges Russlands auf die Ukraine wieder in den Fokus der öffentlichen Debatte gerückt. 100 Mrd. Euro sollen in die Ausrüstung der Soldatinnen und Soldaten investiert werden.<sup>1</sup> Gleichzeitig wäre nur jeder fünfte Deutsche bereit, im Konfliktfall zu den Waffen zu greifen.<sup>2</sup> Seit Aussetzung der allgemeinen Wehrpflicht im Jahr 2011<sup>3</sup> fehlt vielen der Bezug zur Bundeswehr. Besonders im Studium ist mir aufgefallen, dass einige meiner Kommilitonen entweder die Bundeswehr romantisieren oder verteufeln, obwohl sie selbst keinen persönlichen Kontakt mit eben jener hatten. Ich habe mich nach meinem Abitur dazu entschieden, diesen Kontakt als Alternative zum unmittelbaren Start ins Studium zu suchen. Dieser kleine Beitrag soll einen Einblick in die Motivation und Erfahrungen eines freiwillig Wehrdienstleistenden geben.

### A. Wieso habe ich mich freiwillig gemeldet?

Vorab: Ich habe mich nicht freiwillig gemeldet, weil ich – dem Werbeslogan der Bundeswehr nach – Deutschland dienen wollte. Jedenfalls war dies nicht mein erster Gedanke, als ich mich bei der Bundeswehr beworben habe. Rein praktisch bietet der freiwillige Wehrdienst eine gute Möglichkeit, einen Einblick in die Arbeitswelt unserer Streitkräfte zu gewinnen, ohne sich langfristig<sup>4</sup> verpflichten zu müssen. Aufstehen zur „Unzeit“ und Dienst bei grundsätzlichem Gehorsam (vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 SG) auszuüben, ist nichts für jeden. Nach meinem Abitur stand für mich auch noch in den Sternen, ob ich damit zurechtkommen werde. Gleichzeitig war für mich die Bundeswehr, zum Zeitpunkt meiner Bewerbung, durch die attraktiven Gehalts- und Ausbildungsperspektiven ein potenzieller langfristiger Arbeitgeber.

Ein weiterer Aspekt, warum ich mich freiwillig gemeldet habe, war ein Ideeller: Ich wollte mit Menschen, die einen anderen Lebenslauf aufweisen, in Kontakt kommen. Zum Zeitpunkt meiner Bewerbung wusste ich schon, dass ich studieren will. Egal, ob bei der Bundeswehr oder im zivilen Bereich. Dies hätte zur Folge gehabt, dass ich – rein statistisch gesehen<sup>5</sup> – mein gesamtes Leben mit sehr ähnlichen Lebensläufen wie dem Meinen in Kontakt gekommen wäre. Eine recht traurige Lebensaussicht, wenn man bedenkt, dass sich eine Gesellschaft aus gemeinsamen Kontakten und Erfahrungen nährt.

### B. Was habe ich erlebt?

#### I. Die Grundausbildung

In meinen ersten drei Monaten bei der Bundeswehr habe ich die sogenannte *Allgemeine Grundausbildung* an der Schule für Feldjäger und Stabsdienst der Bundeswehr in Hannover durchlaufen. Diese Zeit war geprägt durch Einführung in die militärische Etikette und Drill, aber auch Gemeinschaft mit den Kamerad:innen meines Ausbildungszuges. Gemeinschaft mit Menschen, die, wie ich mir erhofft hatte, aus völlig unterschiedlichen Lebenslagen kamen: Ein ausgebildeter Drucker, eine Mutter, eine ausgebrannte Studierende der Philosophie, ein aspirierender Doktorand der Theologie und ein Schulabbrecher. Dies soll nur eine kleine oberflächliche Aufzählung sein. Jedenfalls waren wir ein bunt gemischter Haufen, der die Grundausbildung gemeinsam anging. Die gemeinsame Zeit mit meinen Stubenkameraden werde ich – im positiven Sinne – vermutlich nicht so schnell vergessen. Nie vergessen werde ich zudem die Erste-Hilfe-Ausbildung, bei der unter Stress simuliert wurde, wie es ist, wenn man tatsächlich einen Verletzten in einer Notsituation versorgen muss.

<sup>1</sup> Vgl. bspw. Szymanski, Schutzwesten für alle, <https://www.sueddeutsche.de/politik/bundeswehr-ausruestung-regierung-sofortprogramm-1.5562954> (Abruf v. 09.04.2022).

<sup>2</sup> Gallup, WIN/Gallup International's Global Survey Shows Three in Five Willing to Fight for Their Country, <https://www.gallup-international.bg/en/33483/win-gallup-internationals-global-survey-shows-three-in-five-willing-to-fight-for-their-country/> (Abruf v. 09.04.2022).

<sup>3</sup> Bundestag, Aussetzung der allgemeinen Wehrpflicht beschlossen, [https://www.bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2011/33831649\\_kw12\\_de\\_wehrdienst-204958](https://www.bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2011/33831649_kw12_de_wehrdienst-204958) (Abruf v. 09.04.2022).

<sup>4</sup> Bei Offizierslaufbahn: 13 bis 17 Jahre Verpflichtung, <https://www.bundeswehrkarriere.de/offizier-mit-studium/151100> (Abruf v. 07.04.2022).

<sup>5</sup> 21. Sozialerhebung des Deutschen Studentenwerks, <https://www.arbeiterkind.de/news/sozialerhebung-des-deutschen-studentenwerks> (Abruf v. 07.04.2022).

Kein Vergleich zum Erste-Hilfe-Kurs, den man für den zivilen Führerschein ablegen muss.

Gleichzeitig zehrten diese drei Monate auch an der Substanz. Schon nach – im Vergleich zu früheren Grundausbildungsverhältnissen wenigen – drei Tagen im Wald bei Gefechtsübung, wurden ein warmes Bett, Heizung und Dusche von etwas Selbstverständlichem zum Luxus. Ein Gedanke, der bei mir zwar vorher schon etabliert war, mir jedoch durch die Erfahrung eingebläut wurde. So war mir nie bewusst, wie kalt ein ca. einen halben Meter tiefes Erdloch im Wald, bei Nacht und im Winter sein kann oder wie schwer es ist, mit Schlafmangel, ausgezehrt und mit 15 Kilogramm zusätzlichem Gewicht einen klaren Kopf zu behalten. Diese Zeit war psychisch wie physisch anspruchsvoll. Auch mit meinen Kamerad:innen war nicht immer alles im Lot, da man in den stressigen Situationen schnell aneinandergeriet. Andererseits helfen mir diese Erfahrungen auch heute noch im alltäglichen Leben, entspannter mit Stress umzugehen.

## II. Die Stammeinheit

Nach den drei Monaten Grundausbildung kam ich zu meiner sogenannten Stammeinheit, in welcher ein vergleichsweise entspannter Umgangston herrschte. Auch waren die Dienstzeiten so geregelt wie im zivilen Sektor. Die Einheit, die für die Spezialisierung von ausgebildeten Militärpolizisten zuständig war, empfing mich wohlwollend und ich fand schnell Anschluss. Insbesondere die Mannschafter, d.h. diejenigen Soldat:innen, die mit mir die unterste Dienstgradgruppe teilten, führten mich geduldig an die Arbeit heran. Meine Aufgabe war primär die Unterstützung der Ausbildung, welche häufig auf dem Truppenübungsplatz in Bergen stattfand, insbesondere durch Verschieben von Material von Hannover nach Bergen und zurück. Bei den Übungen war ich häufig zur Sicherung der Zufahrt zur Schießbahn eingesetzt. Eine recht monotone und – man muss es so sagen – langweilige Aufgabe, deren Wahrnehmung jedoch unumgänglich war für das Stattfinden der Schießübungen. Während diesen Stunden als Torposten verfestigte sich mein Wunsch zu studieren. Nicht, weil die Bezahlung als Gefreiter<sup>6</sup> bzw. Obergefreiter<sup>7</sup> ungenügend oder das Arbeitsklima unangenehm gewesen wäre, sondern weil mir das kognitive Arbeiten fehlte. Auch in meiner Stammeinheit bestätigte sich mein

Bild, dass in der Bundeswehr sehr unterschiedliche Charaktere zusammen Dienst leisten. So beeindruckte mich insbesondere eine Kameradin, die in zweiter Generation in Deutschland lebt und zusammen mit drei ihrer Geschwister bei der Bundeswehr dient.<sup>8</sup>

## III. Der Dienst an der Waffe

Zu guter Letzt: Zum Dasein einer Soldatin und eines Soldaten gehört auch der Dienst an der Waffe. Das ist aufregend, jedoch nicht aus „Sensationsgier“. Solch eine Einstellung wurde von meinen Ausbildern, falls bei Kamerad:innen wahrgenommen, sofort klar angesprochen. Beim Schießen übernimmt man Verantwortung für eine Kriegswaffe und damit für die körperliche Integrität von sich und seinen Kamerad:innen. Eine Verantwortung, die man nur selten im zivilen Bereich erhält. Dementsprechend professionell sind alle Ausbilder in der Grundausbildung und in der Stammeinheit mit dieser umgegangen. Der sichere Umgang mit der Waffe hat mir dabei viel Spaß gemacht, weil es gerade nichts mit Rücksichtslosigkeit zu tun hat, sondern im Gegenteil Rücksicht erfordert. Rücksicht auf sich, seine Kamerad:innen und Dritte.

## C. Wieso bin ich nicht bei der Bundeswehr geblieben?

Es wäre für mich gangbar gewesen, als Offizier bei der Bundeswehr zu bleiben und mein Studium dort zu absolvieren. Das eben angesprochene kognitive Arbeiten wäre mir auch auf diesem Wege möglich gewesen. Jedoch konnte mich ein Punkt damals nicht überzeugen, mein Studium aufzunehmen. Ein Umstand, der mir durch viele Gespräche mit Kamerad:innen besonders bewusst wurde: Die Bundeswehr kann einen durch die Welt schicken, ohne dass man als Soldat:in viel dagegen unternehmen kann. Dies hat seinen Sinn und Zweck, jedoch für einen familienverbundenen Menschen wie mich, war dies zum Zeitpunkt meiner Entscheidung keine wünschenswerte Perspektive.

## D. Würde ich alles noch einmal so machen?

Kurzum: Ja. Meine Zeit bei der Bundeswehr will ich nicht missen. Sie war lehrreich und hat mir etwas fürs Leben mitgegeben. Disziplin, Ordnung und Resilienz sind für das Studium der Rechtswissenschaften meiner Ansicht nach unumgängliche Qualitäten, die mir in meinem freiwilligen Wehrdienst vermittelt wurden. Gleichzeitig weiß ich, dass

<sup>6</sup> Besoldungsgruppe A3, Stufe 1 + Amtszulage = 2.370,74 € + 43, 61 €. Vgl. Bundesbesoldungsgesetz Anlage I, IV und IX.

<sup>7</sup> Besoldung A4, Stufe 1 = 2.420,35 €, vgl. Bundesbesoldungsgesetz Anlage I und IV.

<sup>8</sup> 14,4 % aller Soldatinnen und Soldaten haben einen Migrationshintergrund, wobei der Anteil bei den Mannschaften mit 26% höher liegt (Stand: 2016), vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung, Jeder vierte einfache Soldat hat Migrationshintergrund, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundeswehr-jeder-vierte-einfache-soldat-hat-migrationshintergrund-14321511.html> (Abruf v. 09.04.2022).

der freiwillige Wehrdienst nicht für jeden das Richtige ist und nicht jeder ihn absolvieren muss, um ein erfolgreiches sowie glückliches Leben zu führen.

#### **E. Ein kleiner Appell zum Schluss**

Der Slogan der Bundeswehr „Wir. Dienen. Deutschland.“ wirkt zugegebenermaßen sehr pathetisch und romanisiert den Dienst beim Bund. Ich denke jedoch, dass er einen wahren Kern enthält. Einen Grundsatz, nach dem wir alle in Deutschland leben sollten: Wir sollten unserem Gemeinwesen, unserer res publica, dienen. Egal, ob bei der DLRG, studentischen Initiativen, der Tafel oder in der Flüchtlingshilfe. Diese Gesellschaft lebt vom Dienst an ihr und sie ist, wie eine warme Dusche, ein warmes Bett oder ein Dach über dem Kopf, keine Selbstverständlichkeit.





# HANOVER LAW REVIEW