

# HANOVER LAW REVIEW

ISSN: 2568-6550

## Editorial

Patricia Meinking

**Stress - Ein heimlicher Begleiter**

## Entscheidungen

Robin Dudda

**Staatshaftungsrecht - Kein Amtshaftungsanspruch bei unwirksamer Mietenbegrenzungsverordnung - BGH III ZR 25/20**

Felicia Maas

**Widerrufsrecht bei Bürgschaften - BGH XI ZR 219/19**

Anna Ordina

**Grundrechtsschutz in Anbetracht des Klimawandels - BVerfG 1 BvR 2656/18**

## Studienpraxis & Fallbearbeitung

Nils Grimmig

**Klausur im Grundkurs Strafrecht I, 15 Punkte**

Clara Parusel

**Kurzarbeit im Staatsorganisationsrecht, 14 Punkte**

Yael Prantl

**Kurzarbeit in der Großen Übung im Öffentlichen Recht, 13 Punkte**

Patricia Meinking & Bastian Orłowski

**Klausurstrategien Teil I - Examensklausur**

## Varia

Victoria Fricke & Stefan Kaufhold

**Lernplan für die Examensvorbereitung - Ein Wegweiser**

Jari Kohne

**Eine Einführung in LegalTech und Vorstellung der studentischen Initiative eLegal**

Maximilian Nussbaum

**Strafrecht und Corona - Ein imaginäres Prüfungsgespräch**

Prof. Dr. Timo Rademacher Interview

Seiten 166 bis 171

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  
Finja Maasjost

## REDAKTION

Schriftleitung  
Finja Maasjost  
Patricia Meinking  
Hanover Law Review e.V.  
Königsworther Platz 1  
30167 Hannover  
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:

Sirin Al Hakim, Alina Amin, Btissam Boulakhrif, Julia Brandt, Robin Dudda, Anna Engel, Jolanda Fiss, Malte Gauger, Rocky Glaser, Patrick Glatz, Nils Grimmig, Lucas Haak, Antonia Hagedorn, Nathalie Hamm, Adam Hetka, Frederike Hirt, Sina John, Clara Kittelmann, Jari Kohne, Simon Können, Johanna Lange, Felix Lücke, Felicia Maas, Lisa Mariß, Oliver Marks, Joshua Mensak, Daniel Müller, Anna Ordina, Lilly Pietsch, Yael Prantl, Aron Rössig, Marie-Christin Runkel, Eric Scheu, Laura Schlunk, Moritz Stamme, Mark Steffen, Rim Talal, Jonas Vonjahr, Celina Weddige, Jasmin Wulf und Jendrik Wüstenberg.

## KONTAKT

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

## 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.

- Die Redaktion

## UNTERSTÜTZERINNEN UND UNTERSTÜTZER

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

**Prof. Dr. Hermann Butzer,  
Dipl. Jur. David Faber, LL.M.,  
Dr. Sven Hasenstab,  
Prof. Dr. Veith Mehde,  
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.

## Stress - Ein heimlicher Begleiter

*Wenn Du es eilig hast, geh langsam.  
Wenn Du es noch eiliger hast, mach einen Umweg.*

– Japanisches Sprichwort –

### Aus meinem Leben

Ich schlage die Augen auf und betrachte mein Zimmer. Das erste, was mir auffällt, ist mein leerer Schreibtisch. Seit Monaten standen dort immer der Schönfelder, daneben der Sartorius und im schlimmsten Fall noch einige unsortierte Zettel und Karteikarten. *Verrückt, denke ich – jetzt ist auch dieser Meilenstein endlich geschafft.*

Gestern war meine mündliche Prüfung für das Erste Staatsexamen. Und so richtig begreife ich es noch gar nicht. Monatelanges „Am-Schreibtisch-hocken“, gepaart mit langen Lerngruppeneinheiten. Bewusst entspannt habe ich mich seit zweieinhalb Jahren nicht mehr, fällt mir auf. Auch wenn ich mir mal Freizeit genommen habe, war da immer dieser Druck im Hinterkopf – *eigentlich könntest du jetzt auch am Schreibtisch sitzen, so richtig hast du das mit der forderungsentkleideten Hypothek noch nicht verstanden.*

Und plötzlich nichts mehr davon. Kein Fall, der noch auf mich wartet. Keine Karteikarte, die ich mir nochmal ansehen muss. Ja, da ist der Schwerpunkt, für den ich Vorlesungen besuche. Aber vergleichbar ist es dennoch nicht. Ich stelle mir morgens keinen Wecker und habe abends endlich wieder Zeit für mich.

*Zeit für mich.*

Ich stehe auf und merke erneut die fieseren Rückenschmerzen, die mich schon seit geraumer Zeit plagen. Gleichzeitig werfe ich einen Blick auf meine seit Wochen vor mir her geschobene To-Do-Liste. Um sie überhaupt lesen zu können, muss ich richtig die Augen zusammenkniffen. *Vielleicht solltest du mal wieder zum Augenarzt, denke ich mir. Ob das Erschöpfungsanzeichen sind? Nein, so ein Quatsch, ich bin doch nicht erschöpft.* Schnell schiebe ich den Gedanken wieder weg, als wäre er mir unangenehm. Rückenschmerzen können auch mal so kommen, vielleicht vom Sport, und die Augen werden mit der Zeit nun mal schlechter.

Puh – nach Entspannung schaut meine To-Do-Liste aber zumindest erstmal nicht aus. Ein Punkt nach dem anderen, der darauf wartet, endlich abgehakt zu werden. Für

die Prüfung gesammelte Minusstunden auf der Arbeit aufnehmen, die Kaffeemaschine entkalken, meinen Mobilfunkvertrag kündigen... Und nicht zuletzt das Editorial für ebendiese Ausgabe schreiben. Der Stressabfall, den ich nach der letzten großen Prüfung eigentlich erwartet habe, bleibt (mal wieder) aus.

Wieso kriege ich das bloß nie hin? Wieso suche ich immer weiter nach dem nächsten großen Projekt, dem ich nach-eifern kann?

*Fast forward* – eineinhalb Wochen, eine Bandscheibenvorfalldiagnose und eine neue Brille später.

Ich spreche mit meinem Freund und erzähle, dass ich nicht weiß, was Inhalt dieses Editorials sein soll. Ich habe überhaupt keine Ideen. Der kreative Einfall, auf den ich nach meinen Prüfungen gehofft hatte, bleibt aus.

„Schreib doch über Stress im Studium“, schlägt er vor.

Stress!?

Etwas – so habe ich mir zumindest lange eingeredet –, was ich eigentlich nur in den seltensten Momenten spüre. Oder mir zu spüren erlaube. Wenn mal die Examensvorbereitung, eine Deadline für die *Hanover Law Review*, eine zu planende Redaktionsphase, eine Prüfung für den neuen Trainerschein und ein Arbeitstag in der Kanzlei zusammenfallen. Aber so ist es eben nicht, muss ich mir eingestehen. Stress ist nicht nur in diesen Momenten da. Er kann schnell zu einem ständigen Begleiter werden. Und das Fiese ist, dass er sich häufig über lange Zeit heimlich einschleicht. Immer wieder dachte ich, meine Kapazitätsgrenzen wären doch noch nicht erreicht. Eigentlich könnte ich dieses oder jenes Projekt auch noch in Angriff nehmen. Und so lange ich nicht am Limit arbeite, bin ich noch nicht *gut genug*.

Und plötzlich stehe ich da, mit einem „kaputten“ Rücken und müden Augen. Mein Körper sagt ziemlich deutlich: *Mach mal eine Pause!* Und nun endlich nehme ich mir bewusst die Zeit, um genau das zu machen.

Vielleicht also doch ein gutes Thema für dieses Editorial.

Auf der spontanen Suche nach geeigneter Literatur treffe ich zufällig auf „Burn On: Immer kurz vorm Burn Out“<sup>1</sup> von Bert te Wildt und Timo Schiele. Interessiert lese ich die ersten Seiten und erschrecke ein bisschen, als ich mich zu großen Teilen wiedererkenne. Es überkommt mich in Gänze.

*Darüber muss ich schreiben!*

### **Wie Stress sich seinen Weg in unsere Nacken bahnt**

Das Jurastudium ist hart. Man braucht in der Tat einen langen Atem und ein Herz für die Materie, erkläre ich immer, wenn jemand mitleidig bemerkt, dass mein Studium ja so lang sei. Vom ersten Semester an beginnt – wenn man es mal ganz eng nimmt – die Vorbereitung auf den ultimativen Endgegner – *das Staatsexamen*. Und von da an ist es mit den richtigen Pausen eigentlich auch vorbei. Vorlesungen sowie Seminare während des Semesters, Klausuren, Hausarbeiten und Pflichtpraktika in den Semesterferien, und dabei den Gedanken ans Staatsexamen irgendwie immer im Nacken.

Das für sich genommen ist aber noch nicht genug. Zum einen geht es darum, seinen Lebenslauf „aufzupumpen“. Weise ich nach der Hochschulreife ein „einfaches“ Studium vor, ohne soziales Engagement, ein paar Nebenjobs, vielleicht noch ein Auslandssemester und zig Hobbies, bin ich fast schon unattraktiv. Diesen Eindruck haben zumindest – ich wage, mich aus dem Fenster zu lehnen – viele von uns. Und wahrscheinlich ist er nicht (ganz) unberechtigt. Zum anderen aber geht es nicht nur darum, das Jurastudium *irgendwie* zu schaffen. Nein, für eine „gute“ berufliche Laufbahn stellt man sich auch die Frage, *wie gut* das Examen wird.

Das juristische Studium prägt schon lange keine Leistungs-, sondern eine Erfolgsgesellschaft. Jede im Studium erbrachte Leistung und jeder noch so gute Lerntag sind am Ende völlig egal, es kommt nur auf das Ergebnis an; auf den Erfolg, der am Ende der langen Reise steht. Da ist es nicht verwunderlich, dass Stress sich (manchmal leise) einen Weg in unser Leben bahnt. Nicht nur bei mir, sondern auch bei Mitstudierenden habe ich erlebt bzw. erlebe ich noch immer, wie nach und nach immerzu neue Projekte ihren Platz im Alltag finden (müssen). To-Do-Listen, die mit der Zeit immer länger werden (manchmal auch 182 unerledigte Erinnerungen auf dem Smartphone – ich übertreibe nicht),

stehen an der Tagesordnung. Dass das spurlos an uns (allen) vorbeizieht, wage ich zu bezweifeln.

Stress hat – so glaube ich – bereits einen festen Platz neben uns oder sogar, um sich erneut der Metapher zu bedienen, in unseren Nacken. Oft werden Entspannungsphasen immer weiter hinausgeschoben. „*Wenn ich diese Klausur geschafft habe, wenn diese Hausarbeit geschrieben ist, wenn ich diese große Übung bestanden habe, dann lege ich mal richtig die Füße hoch*“. Das höre ich in meinem Umfeld immer wieder. Frei nach dem Motto: „Gelebt wird später, erst einmal haben wir zu funktionieren.“<sup>2</sup> Und dafür existieren Freizeit und Entspannung auch nicht mehr um ihrer selbst willen, sondern um Energie zu tanken, damit danach weiter „gehustlet“ werden kann. Wir sind mit Gedanken bei dem, was wir noch zu erledigen haben, Freizeit an sich hat keine Berechtigung mehr, sondern dient immer einem höheren (Arbeits-)Zweck, und es gelingt uns selten, in diesem Leben anzukommen.<sup>3</sup>

Während meiner Recherche spreche ich bei einem Kaffee mit Regine Rühling, die psychologische Psychotherapeutin in Thüringen ist.

### **Regine, warum ist Stress so gefährlich?**

Also ich sage immer: Stress ist wie Gift. Spürt der Körper Stress, wird die sogenannte Stressachse, also die Hypothalamus-Hypophysen-Nebennierenrinden-Achse aktiviert. Dabei werden Adrenalin, Kortisol und blutzuckersteigende Hormone ausgeschüttet und das Herz-Kreislauf-System wird angeregt. Das hat eigentlich den Zweck, dass der Körper bei Gefahr gut funktioniert. Es folgt die sogenannte Kampf-oder-Flucht-Reaktion. Dafür wendet der Körper unheimlich viel Kraft auf. Die Muskulatur wird durchblutet, damit man viel Power hat. Gleichzeitig werden andere Bereiche, die man bei Gefahr eben nicht braucht, gedämpft.

Hat man jetzt dauerhaft Stress, ist das, als stünde man dauerhaft unter Strom. Es ist, als würde man 180 km/h fahren, obwohl man nur 80 km/h bräuchte. Das hat zur Folge, dass andere Bereiche in Mitleidenschaft gezogen werden. Körperteile oder Organe, die ohnehin stressanfällig sind, leiden dann noch mehr. Und das dauerhaft. Bei vielen gehört der Magen dazu, bei einigen auch der Rücken oder

<sup>1</sup> Die Autoren beschreiben in ihrem Buch ein völlig neues (psychisches) Krankheitsbild, über dessen Anerkennung man sich naturgemäß streiten kann. Eine ausführliche Erläuterung würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Insofern möchte ich hier zumindest wärmstens eine Buchempfehlung aussprechen.

<sup>2</sup> Zitat aus: Wildt/Schiele, Burn On: Immer kurz vorm Burn Out, Das unerkannte Leiden und was dagegen hilft, S. 11.

<sup>3</sup> Wildt/Schiele (Fn. 2), S. 66, 84, 86.

der Darm. Manche sprechen von Druck im Kopf oder Problemen im Knochengerüst. Der Körper ist bei Dauerstress also langfristig vollkommen überfordert.

Schön fasst dies auch Dr. med. Claudia Croos-Müller in ihrem Buch „Kopf hoch: Das kleine Überlebensbuch – Soforthilfe bei Stress, Ärger und anderen Durchhängern“ zusammen. Sie beschreibt im letzten Kapitel insbesondere, dass bestimmte Areale im Gehirn bei chronischem Stress nicht mehr optimal arbeiten können.<sup>4</sup>

**Erlebst Du in Deinem Berufsalltag auch, dass Stress sich über lange Zeit heimlich einschleicht, bis Du unbemerkt Deine Kapazitätsgrenzen überschreitest und Dich am Ende der Körper wieder wachrüttelt?**

Ja. Stress ist lange leise, bis der Körper zusammenbricht. Ich selbst erlebe es dann oft so, dass ich total erschöpft und kaputt bin. Ich habe überhaupt keine Konzentration mehr. Oft merke ich den Stress auch daran, dass ich falsch oder schief sitze. Und natürlich hat das zur Folge, dass man an Rückenschmerzen und Verspannungen leidet.

Gerade, als ich damals anfang zu arbeiten, fuhr ich ein sehr stressiges Konzept. Ich hatte vormittags drei Termine und nachmittags auch nochmal drei. Das war dann wirklich blöd, weil ich keine Pausen mehr hatte. Und dabei sind Pausen wirklich wichtig.

**Was meinst Du, warum wird Dauerstress von vielen lange nicht bemerkt?**

Naja, wir leben nun mal in einer Leistungsgesellschaft. Uns wird von vornherein beigebracht, dass wir immer am Limit oder am besten noch darüber arbeiten sollen. Ich finde es zum Beispiel für unsere Gesellschaft auch bezeichnend, dass im aktuellen Katalog der Psychischen Erkrankungen<sup>5</sup> Burn Out gar nicht aufgezählt ist.

Oft wissen wir einfach gar nicht mehr, wie es geht, auf uns selbst zu schauen. Es geht immer nur darum, zu *machen*, und dabei *immer gut* oder eigentlich sogar *immer besser* als andere zu sein.

**Was kann man machen, um Stress früher zu bemerken und einem eventuellen absoluten Zusammenbruch vorzubeugen?**

Ich habe mal einen Kurs zur achtsamkeitsbasierten Stressreduktion (sogenannte *Mindfulness-Based-Stress-Reduction*) gemacht, den ich ganz toll fand. Das war eine achtwöchige Ausbildung, in der wir uns ganz viel selbst

beobachten sollten. Es ging dabei systematisch darum, wie man sich selbst versorgt. Dazu haben wir viel Achtsamkeit praktiziert. Achtsamkeit bedeutet, absichtsvoll im gegenwärtigen Augenblick und freundlich zu sich selbst zu sein, zu merken, wenn man abschweift und sich liebevoll zurückzubringen. Das hilft bei der Stressbewältigung. Ich selbst mache es so, dass ich mich wirklich von der Arbeit zurücknehme, wenn ich merke, dass ich zu erschöpft bin. Ich sage mir dann „Stopp, morgen ist auch noch ein Tag, ich mache jetzt nichts mehr“. Und oft geht es dann am nächsten Tag ganz leicht.

Aber Achtsamkeit lernt man auch nicht von jetzt auf gleich, sondern sollte regelmäßig praktiziert werden. Gut ist, wenn man immer wieder innehält und sich fragt: Wie geht es mir eigentlich gerade? Wie sitze ich? Bin ich gut versorgt? Wenn man das Gefühl hat, man *soll* oder *muss* jetzt gerade etwas machen, kann man sich immer kurz fragen: Muss bzw. soll ich wirklich? Was ist dafür der Beweis? Und oft gibt es den nicht. Das kann eine Menge Druck und Stress nehmen.

Empfehlen kann ich auch die *Body2Brain*-App. Da kann man über verschiedene Buttons, zum Beispiel über den Button „gestresst“ und „Zuhause“, einfache und kurze Übungen machen, die entspannen. Ich höre oft, dass diese stressreduzierenden Übungen „Pillepalle“ seien, aber das sind sie gerade nicht.

**Ich kenne auch oft das Gefühl, dass ich mich entscheide, heute mal eine Stunde länger Pause zu machen oder früher mit dem Lernen aufzuhören, und dann kommt sofort der Gedanke, dass andere mehr machen und besser sind als ich. Und dass ich zu wenig mache.**

Genau, das kennt jeder und passiert schnell. Auch da kann es helfen, sich die Frage zu stellen: Woher weiß ich überhaupt, dass *ausgerechnet* ich jetzt zu wenig mache? Vielleicht haben andere auch erst zwei Stunden später mit dem Lernen angefangen oder brauchen nun mal fünf Anläufe, um das Gelesene zu verstehen, während ich nur zwei oder drei brauche. Gerade in der Uni erlebt man oft, dass jeder jedem etwas vormacht. Und das erzeugt solchen Stress. Man kann sich dann immer fragen: Schaffen die anderen wirklich mehr, nur weil sie da länger sitzen?

<sup>4</sup> Croos-Müller, Kopf hoch: Das kleine Überlebensbuch – Soforthilfe bei Stress, Ärger und anderen Durchhängern, S. 38.

<sup>5</sup> Gemeint ist die Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 10. Revision, German Modification (ICD-10-GM).

**Hast Du Empfehlungen, falls man tatsächlich merkt, dass der Stress oder der Druck gerade doch zu viel ist?**

Normaler Druck ist ja erstmal nicht so schlimm. Zum Problem wird er erst, wenn er dauerhaft da ist. Gut ist es dann natürlich immer, sich Hilfe zu holen. Ob das erstmal ein Freund oder eine Freundin ist, mit der man sich austauscht, oder auch gleich jemand Professionelles, kann dann jeder für sich selbst entscheiden.

**Ich erlebe in meinem Umkreis immer noch oft die – wenn auch unbewusste – Überzeugung, dass man sich Hilfe nicht nehmen darf.**

Ja, das scheint immer noch in den Köpfen verankert zu sein. Ich habe mal eine Frau nach einem Arbeitsunfall behandelt, die mir von ihrem behandelnden Arzt erzählte. Als dieser sie nach ihrer Psychotherapie fragte, äußerte er die Überzeugung, dass jeder in seinem Leben mal eine Therapie gemacht haben sollte. Und damit hat er recht. Denn Psychotherapie heißt ja nicht gleich krank, sondern dass ich mir etwas Gutes tue. So, dass ich auf eine bestimmte Art und Weise weiterkomme.

**Ein Wort zum Schluss**

Auf sich selbst zu achten, ist in der Examensvorbereitung mindestens genauso wichtig wie die Aneignung des Prüfungsstoffes selbst. Wer dies nicht tut, ist vielleicht bereits vor dem Examen am Ende seiner Kräfte, an den relevanten Prüfungstagen zu erschöpft, um die bestmögliche Leistung abzuliefern, oder erlebt im Nachgang ein böses Erwachen. Zu merken, wann es gerade zu viel ist, und sich berechnete Pausen zu nehmen, bedarf einiger Übung. Kleinigkeiten – wie etwa in meinem Fall die Leerung des Kalenders oder die Abschaffung von To-Do-Listen und starren Lernplänen – können dabei bereits unbewusst von Druck befreien und langfristig zufriedener machen. Und wer zufrieden ins Examen geht, hat bereits die Hälfte gewonnen – oder?

Die *Hanover Law Review* möchte es sich in Zukunft zur Aufgabe machen, Euch auch in dieser Hinsicht an die Hand zu nehmen. Wir möchten weg vom Bild der *unermüdlichen Erfolgreichen* und mehr *Menschlichkeit*. Denn das Menschsein zeichnet sich nicht zuletzt, sondern auch gerade dadurch aus, dass es uns nicht 365 Tage im Jahr gut geht. Und in diesen Momenten darf man sich eine Pause oder auch Hilfe nehmen. Das möchten wir – auch mithilfe kommender Varia-Beiträge – zur Normalität werden lassen.

Patricia Meinking  
im Namen der Redaktion



## ENTSCHEIDUNGEN

|                                |  |                           |
|--------------------------------|--|---------------------------|
| <b>stud. iur. Robin Dudda</b>  | Staatshaftungsrecht - Kein Amtshaftungsanspruch bei unwirksamer Mietenbegrenzungsverordnung - BGH III ZR 25/20 | Seiten <b>142 bis 145</b> |
| <b>stud. iur. Felicia Maas</b> | Widerrufsrecht bei Bürgschaften - BGH XI ZR 219/19   | Seiten <b>146 bis 151</b> |
| <b>stud. iur. Anna Ordina</b>  | Grundrechtsschutz in Anbetracht des Klimawandels - BVerfG 1 BvR 2656/18  | Seiten <b>152 bis 164</b> |

## KURZ &amp; KNAPP

|  |  |                           |
|--|--|---------------------------|
| <b>Dipl. Jur. David Faber, LL.M.</b>                           | Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht - 3/2021         | Seiten <b>166 bis 167</b> |
| <b>Prof. Dr. Sascha Ziemann &amp; stud. iur. Hannah Hölzen</b> | Rechtsprechungsübersicht Strafrecht - 3/2021         | Seiten <b>168 bis 169</b> |
| <b>Prof. Dr. Hermann Butzer &amp; stud. iur. Daniel Müller</b> | Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht - 3/2021 | Seiten <b>170 bis 171</b> |

## STUDIENPRAXIS

|  |   |                           |
|--|---|---------------------------|
| <b>stud. iur. Nils Grimmig</b>                                       | Klausur im Grundkurs Strafrecht I, 15 Punkte                    | Seiten <b>174 bis 180</b> |
| <b>stud. iur. Clara Parusel</b>                                      | Kurzarbeit im Staatsorganisationsrecht, 14 Punkte               | Seiten <b>181 bis 185</b> |
| <b>stud. iur. Yael Prantl</b>  | Kurzarbeit in der Großen Übung im Öffentlichen Recht, 13 Punkte | Seiten <b>186 bis 190</b> |
| <b>stud. iur. Patricia Meinking &amp; Ass. Iur. Bastian Orłowski</b> | Klausurstrategien Teil I - Examensklausur                       | Seiten <b>191 bis 200</b> |

## VARIA

|  |  |                           |
|--|--|---------------------------|
| <b>stud. iur. Victoria Fricke &amp; stud. iur. Stefan Kaufhold</b> | Lernplan für die Examensvorbereitung - Ein Wegweiser                             | Seiten <b>201 bis 208</b> |
| <b>stud. iur. Jari Kohne</b>                                       | Eine Einführung im LegalTech und Vorstellung der studentischen Initiative eLegal | Seiten <b>209 bis 212</b> |
| <b>Dipl. Jur. Maximilian Nussbaum</b>                              | Strafrecht und Corona - Ein imaginäres Prüfungsgespräch                          | Seiten <b>213 bis 224</b> |
| <b>Prof. Dr. Timo Rademacher</b>                                   | Interview  | Seiten <b>225 bis 227</b> |

## Staatshaftungsrecht – Kein Amtshaftungsanspruch bei unwirksamer Mietenbegrenzungsverordnung

stud. iur. Robin Dudda

BGH, Urt. v. 28.01.2021 – III ZR 25/20

§ 556d BGB, § 839 BGB, Art. 34 GG

### Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht):

Die Klägerin macht gegen das beklagte Land einen Amtshaftungsanspruch aus Art. 34 S. 1 GG iVm § 839 Abs. 1 S. 1 BGB geltend. Die Klägerin stützt ihr Begehren auf die Unwirksamkeit der von der Landesregierung am 17.11.2015 erlassenen Mietenbegrenzungsverordnung i.S.d. § 556d Abs. 2 BGB (im Folgenden: Mietenbegrenzungsverordnung 2015).

Die von der Klägerin gemietete Wohnung befindet sich in einem durch die Mietenbegrenzungsverordnung 2015 als Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt i.S.d. § 556d Abs. 2 BGB festgelegtem Gebiet. Die zwischen der Klägerin und der Vermieterin vereinbarte Miete überstieg die ortsübliche Vergleichsmiete um 10%. Sofern die Mietenbegrenzungsverordnung wirksam ist, stünde der Klägerin also ein entsprechender Rückzahlungsanspruch gegen ihre Vermieterin zu.

Mit Urteil vom 27.03.2018 wurde die Mietenbegrenzungsverordnung 2015 indes für unwirksam erklärt, da die vorgeschriebene Begründung fehlte.<sup>1</sup>

Mit der gegen das Land gerichteten Klage macht die Klägerin einen Schaden in Gestalt des bei Wirksamkeit der Mietenbegrenzungsverordnung 2015 bestehenden Rückzahlungsanspruchs gegen die Vermieterin geltend. Der Erlass der fehlerhaften Verordnung sei die durch das Land verletzte Amtspflicht.

Ist die Klage begründet?

<sup>1</sup> BGHZ 223, 30.

### EINORDNUNG

Das Staatshaftungsrecht steht bei den meisten Studierenden nicht hoch im Kurs und wird entsprechend häufig „auf Lücke“ gelernt. Das ist riskant, zumal das Recht der öffentlichen Ersatzleistungen in Grundzügen nach § 16 Abs. 3 Nr. 5 NJAVO zum Pflichtfachstoff gehört. Zudem lässt sich ein Großteil der staatshaftungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen gut meistern, wenn man die haftungsrechtliche Systematik verstanden und die Gemeinsamkeiten der einzelnen Anspruchsgrundlagen durchschaut hat.<sup>1</sup> Gerade aus aktueller Sicht stellen sich spannende Fragen im Staatshaftungsrecht in Gestalt der Entschädigungsansprüche für Betriebsschließungen während der Covid-19-Pandemie.<sup>2</sup>

Die besprochene Entscheidung setzt sich mit dem prüfungsrelevantesten Anspruch aus dem Staatshaftungsrecht, dem Amtshaftungsanspruch nach Art. 34 S. 1 GG iVm. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB auseinander und behandelt dessen wichtige Grundprinzipien.

Während der ersten juristischen Pflichtfachprüfung ist eine reine staatshaftungsrechtliche Klausur untypisch. Weiterhin ist der besprochene Fall für eine fünfstündige Klausur nicht umfangreich genug. Gleichwohl eignet er sich gut als Teilfrage, um das staatshaftungsrechtliche Verständnis zu prüfen.

<sup>1</sup> Dazu sehr lehrreich Sauer, Staatshaftungsrecht, JuS 2012, 695 (800).

<sup>2</sup> Hierzu Fischer-Uebler/Gölzer/Schaub, Die Covid-19-Pandemie und das Staatshaftungsrecht - Entschädigungsansprüche für Betriebsschließungen zur Pandemiebekämpfung, JA 2021, 491.

## LEITSATZ

Mietern, die infolge der Unwirksamkeit der Hessischen Mietbegrenzungsverordnung vom 17.11.2015 eine höhere Miete zu entrichten haben, steht gegen das Land Hessen kein Amtshaftungsanspruch zu.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

- I. Ausübung eines öffentlichen Amtes
- II. Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht
  - 1. Amtspflichtverletzung
  - 2. Drittbefugtheit**
  - a) Drittbefugtheit beim Erlass eines Maßnahmen- oder Einzelfallgesetzes
  - b) Eingriff in eine geschützte Grundrechtsposition**
  - c) Drittbefugtheit wegen eines etwaig enttäuschten Vertrauens in die Wirksamkeit der Verordnung
- III. Ergebnis

Die Klage ist begründet, wenn die Klägerin einen Anspruch gegen das beklagte Land in Höhe des nicht bestehenden Rückzahlungsanspruchs gegen die Vermieterin hat. Ein solcher könnte sich aus Art. 34 S. 1 GG i.V.m. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben.

**I. Ausübung eines öffentlichen Amtes**

Die Landesregierung müsste beim Erlass der Verordnung in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt haben. Im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs muss die handelnde Person nicht Beamter im statusrechtlichen Sinne sein, es genügt vielmehr, wenn der Amtswalter öffentlich-rechtlich und somit als Beamter im haftungsrechtlichen Sinne handelt.<sup>3</sup>

Die Landesregierung hat bei dem Erlass der Verordnung in ihrer Funktion als Ordnungsgeber und damit öffentlich-rechtlich gehandelt. Mithin ist sie in Ausübung ihres öffentlichen Amtes tätig geworden.

**II. Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht**

Problematisch erscheint, ob die Landesregierung eine Amtspflicht verletzt hat, die gerade gegenüber der Klägerin bestand.

**1. Amtspflichtverletzung**

Die relevante Amtspflicht beurteilt sich aus dem amtlichen Verhältnis zum Staat und nicht aus den Rechtspflichten gegenüber dem Bürger.<sup>4</sup> Die wichtigste Amtspflicht ist der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gem. Art. 20 Abs. 3 GG.<sup>5</sup> § 556d Abs. 2 BGB fordert für die Mietbegrenzungsverordnung eine Begründung. Diese hat die Landesregierung nicht vorgenommen und mithin gegen einfaches Recht verstoßen. Dadurch wurde der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verletzt, weshalb eine Amtspflichtverletzung vorliegt.

**2. Drittbefugtheit**

Diese Amtspflicht müsste gerade gegenüber der Klägerin bestanden haben. Ob die Geschädigte „Dritter“ i.S.d. Vorschrift ist, richtet sich gem. der ständigen Rechtsprechung des Senats danach, ob die Amtspflicht, wenn auch nicht notwendig allein, so doch auch den Zweck hat, gerade ihr Interesse wahrzunehmen.<sup>6</sup> Folglich kommt es auf den Schutzzweck der Amtspflicht an.<sup>7</sup>

Aufgrund ihres abstrakt-generellen Charakters dienen Gesetze grundsätzlich nur dem Allgemeininteresse.<sup>8</sup> Das bedeutet, dass der Normgeber beim Erlass von Rechtsnormen im Grundsatz lediglich im Allgemeininteresse und gerade nicht im Interesse bestimmter Personen tätig wird.<sup>9</sup>

**a) Drittbefugtheit beim Erlass eines Maßnahme- oder Einzelfallgesetzes**

Ausnahmsweise kann bei Maßnahme- oder Einzelfallgesetzen eine Drittbefugtheit vorliegen, wenn bestimmte Belange Einzelner unmittelbar berührt werden.<sup>10</sup>

Die Mietbegrenzungsverordnung 2015 müsste bestimmte Belange Einzelner berühren. Das ist der Fall, wenn Interessen einer Einzelperson oder eines individuell bestimmten Personenkreises betroffen sind.<sup>11</sup>

<sup>3</sup> Danwitz in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 34 Rn. 57; Szyszczak in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 3. Aufl. 2020, Art. 34 Rn. 5.

<sup>4</sup> Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2021, Rn. 1065.

<sup>5</sup> Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 26 Rn. 16.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 28.01.2021 - III ZR 25/20, Rn. 11.

<sup>7</sup> BGHZ 106, 323 (331).

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 28.01.2021 - III ZR 25/20, Rn. 12.

<sup>9</sup> Ebd.

<sup>10</sup> BGH NJW 1971, 1172 (1174).

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 28.01.2021 - III ZR 25/20, Rn. 14.

Die Geltung der Mietenbegrenzungsverordnung 2015 ist gem. § 556d Abs. 2 BGB räumlich beschränkt. Aufgrund dieses räumlich und personell begrenzten Geltungsbereichs könnte der Drittbezug vorliegen.<sup>12</sup> Die zeitliche Begrenzung der Geltungsdauer der Verordnung ist dabei ohne Bedeutung.<sup>13</sup> Trotz des grundsätzlich räumlich und personell begrenzten Geltungsbereichs der Verordnung werden an das Vorliegen eines Maßnahme- oder Einzelfallgesetzes erhöhte Anforderungen gestellt. Daher muss der räumlich und sachlich begrenzte Geltungsbereich derart eng sein, dass die Betroffenen einen überschaubaren und individuell bestimmten Personenkreis bilden.<sup>14</sup>

Die Mietenbegrenzungsverordnung umfasst in räumlicher Hinsicht 16 hessische Gemeinden, einschließlich der fünf einwohnerstärksten des Landes. Mithin ist der betroffene Personenkreis unüberschaubar und individuell nicht begrenzt.<sup>15</sup> Vielmehr dient die Verordnung trotz der grundsätzlichen räumlichen Begrenzung einzig dem Allgemeininteresse.<sup>16</sup> Somit sind die Voraussetzungen eines Maßnahme- oder Einzelfallgesetzes nicht erfüllt.

#### **b) Drittbezogenheit wegen Eingriffs in eine geschützte Grundrechtsposition**

Gleichwohl könnte sich eine Drittrichtung der Amtspflicht aus einem Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Position ergeben. Grundrechte sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, weshalb den Verordnungsgeber die Pflicht trifft, nicht gegen Grundrechte zu verstoßen.<sup>17</sup>

Möglicherweise lässt sich aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG eine solche grundrechtlich geschützte Position ableiten, die das Recht umfasst, als durchschnittlich verdienender Bürger im städtischen Raum Wohnraum finden und anmieten zu können.<sup>18</sup>

Unabhängig davon, ob eine solche grundrechtlich geschützte Position der Klägerin besteht und ob die Landesregierung zum Erlass einer wirksamen Mietenbegrenzungsverordnung verpflichtet war, müsste die Klägerin

für einen Amtshaftungsanspruch „Dritte“ i.S.d. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB sein.

Trotz einer möglichen Grundrechtsverletzung könnte dieser Drittbezug fehlen, wenn nicht aus jedem Verstoß die Verletzung einer drittgerichteten Amtspflicht folgt.

Teilweise wird eine Drittbezogenheit schon dann angenommen, wenn der Normgeber durch grundrechtswidrige Normgebung subjektive Rechte der betreffenden Grundrechtsinhaber verletzt. Aus jeder subjektiven Rechtsverletzung folge eine Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht.<sup>19</sup> Gem. Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG ist auch der Normgeber an die Grundrechte gebunden, entscheidend für eine Drittbezogenheit sei daher lediglich die Verletzung eines subjektiven Rechts; hingegen sei unbeachtlich durch welchen Hoheitsträger die Verletzung erfolgt.<sup>20</sup> Zudem werde bei einer Verneinung der Haftung für normatives Unrecht die Akzessorietät des Sekundär- und Primärrechtsschutzes verletzt.<sup>21</sup> Weiterhin habe die Annahme einer Drittbezogenheit infolge eines Grundrechtsverstoßes den Vorteil größerer Praktikabilität sowie Handlungssicherheit im Vergleich zu dem ungenauen Kriterium des Einzel- bzw. Maßnahmegesetzes.<sup>22</sup> Schließlich sei die Haftung des Normgebers durch das Verschuldenserfordernis des Haftungsanspruchs auf Ausnahmefälle beschränkt.<sup>23</sup>

Diese Auffassung könnte abzulehnen sein.<sup>24</sup> Ob dies der Fall ist, wird durch eine Auslegung des Gesetzes beantwortet. Systematisch ist § 839 BGB im Deliktsrecht verortet, das grundsätzlich nur Schadensersatzansprüche des unmittelbar Verletzten kennt.<sup>25</sup> Historisch hat niemand an den Gesetzgeber als Schadensverursacher bei der Normierung der Amtshaftung gedacht, er kann somit grundsätzlich nicht in den Kreis der potentiellen Schädiger aufgenommen werden.<sup>26</sup> Der Sinn des Drittbezugs in § 839 Abs. 1 S. 1 BGB ist seine haftungsbegrenzende Wirkung.<sup>27</sup> Der Kreis der potentiell Ersatzberechtigten wird also von vornherein beschränkt.<sup>28</sup>

<sup>12</sup> Ebd.

<sup>13</sup> Ebd.

<sup>14</sup> Ebd.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 28.01.2021 - III ZR 25/20, Rn. 17

<sup>16</sup> Ebd.

<sup>17</sup> Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1067.

<sup>18</sup> So die Auffassung der Revision, vgl. BGH, Urt. v. 28.01.2021 - III ZR 25/20, Rn. 19.

<sup>19</sup> Papier/Shirvani in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Schuldrecht Besonderer Teil IV, 8. Aufl. 2020, § 839 Rn. 285.

<sup>20</sup> Papier/Shirvani in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 91 April 2020, Art. 34 Rn. 185; Windhorst, Staatshaftungsrecht, JuS 1995, 892 (895).

<sup>21</sup> Windhorst (Fn. 20), JuS 1995, 892 (895).

<sup>22</sup> Haverkate Amtshaftung bei legislativem Unrecht und die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, NJW 1973, 441 (443).

<sup>23</sup> Wieland in: H. Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 34 Rn. 49.

<sup>24</sup> Vgl. Reinert in: BeckOK BGB, 58. Edition, Stand 01.05.2021, § 839 Rn. 97.

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 28.01.2021 - III ZR 25/20, Rn. 21.

<sup>26</sup> Ebd., Rn. 25.

<sup>27</sup> Ebd., Rn. 24.

<sup>28</sup> Ebd.

Würde danach bereits aus dem Grundrechtsverstoß die Drittgerichtetheit der Amtspflichtverletzung folgen, hätte die in § 839 Abs. 1 S. 1 BGB beabsichtigte Haftungsbegrenzung keine Wirkung.<sup>29</sup> Das ist vor allem dann bedenklich, wenn der Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG auf Vorschriften beruht, die ausschließlich im Allgemeininteresse erlassen wurden.<sup>30</sup>

Weiterhin hätte eine Anerkennung von Amtshaftungsansprüchen für normatives Unrecht für die Staatsfinanzen weitreichende Folgen.<sup>31</sup> Nach ganz überwiegender Mehrheit existiert auch in anderen europäischen Staaten keine Haftung für normatives Unrecht, sodass auch ein Rechtsvergleich gegen eine solche Haftung nach deutschem Recht spricht.<sup>32</sup>

Die besseren Argumente sprechen mithin gegen die erste Auffassung. Im Ergebnis folgt daher nicht aus jedem Grundrechtsverstoß die Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht.<sup>33</sup> Der Gesetzgeber kann vielmehr die Voraussetzungen eines Amtshaftungsanspruches näher ausgestalten.<sup>34</sup> Dies ist in § 839 BGB geschehen. Die Amtspflichtverletzung liegt in der Verletzung der Begründungspflicht des § 556 Abs. 2 BGB und der daraus folgenden Unwirksamkeit der Verordnung. Diese Pflicht bestand jedoch nur gegenüber der Allgemeinheit, sodass die Klägerin unabhängig von einer grundrechtlich geschützten Position im Ergebnis nicht „Dritte“ i.S.d. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB ist.

### c) Drittbezogenheit wegen eines etwaig enttäuschten Vertrauens in die Wirksamkeit der Verordnung

Schließlich könnte sich ein Amtshaftungsanspruch aus dem enttäuschten Vertrauen der Klägerin in die Wirksamkeit der Mietenbegrenzungsverordnung 2015 ergeben.

Doch unabhängig von dem Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes muss auch hier eine Drittbezogenheit gegeben sein. Rechtsverordnungen enthalten normalerweise generelle und abstrakte Regeln, durch die der Normgeber ausschließlich Aufgaben gegenüber der Allgemeinheit wahrnimmt, weshalb die Drittbezogenheit fehlt und ein allgemeiner Anspruch auf Entschädigung für Aufwendungen, die im Vertrauen auf die Wirksamkeit einer Rechtsnorm gemacht worden sind, nicht bestehen kann.<sup>35</sup> Hier soll die

Pflicht zur Begründung einer Mietenbegrenzungsverordnung i.S.d. § 556d BGB die Entscheidungen der Regierung transparent und nachvollziehbar machen.<sup>36</sup> Diese Transparenzpflicht besteht allerdings lediglich gegenüber der Allgemeinheit, sodass diesbezüglich kein Drittbezug vorliegt.<sup>37</sup> Es kann folglich dahinstehen, ob überhaupt ein objektiv schutzwürdiges Vertrauen der Klägerin in die Wirksamkeit der Verordnung bestand. Selbst bei der Bejahung eines solchen Vertrauens würde der geforderte Anspruch nicht bestehen.

### 3. Ergebnis

Somit steht der K gegen das beklagte Land kein Amtshaftungsanspruch aus Art. 34 S. 1 GG i.V.m. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB in Höhe des nicht bestehenden Rückzahlungsanspruchs gegen die Vermieterin zu. Weitere Anspruchsgrundlagen kommen nicht in Betracht. Die Klage ist unbegründet.

### FAZIT

Diese Entscheidung behandelt mit dem Amtshaftungsanspruch im Kontext des normativen Unrechts einen Klassiker und ist daher für die Prüfungsämter interessant. Um einen solchen Fall zu lösen, sind keine vertieften Kenntnisse des Staatshaftungsrechts erforderlich. Vielmehr muss man sich vor allem mit dem Sinn und Zweck des Amtshaftungsanspruches auseinandersetzen, um im Rahmen der Drittbezogenheit der Amtspflichtverletzung zu dem richtigen Ergebnis zu gelangen. Gerade beim Punkt der Drittbezogenheit hat der BGH zum Teil lehrbuchartig anhand der Auslegungskriterien ausgeführt, welche Aspekte relevant sind. Gleichwohl kann das Ergebnis auf den ersten Blick überraschend sein. Denn gerade bei einer möglichen Grundrechtsverletzung durch den Staat sind nicht nur Abwehrrechte, sondern ebenfalls Entschädigungsansprüche für die Geschädigten von Bedeutung. Diese Ansicht wird auch im Rahmen des normativen Unrechts eine starke Literaturlauffassung bleiben. Im Ergebnis hat der BGH überzeugend auf den fehlenden Drittbezug abgestellt und mithin einen Schadensersatzanspruch verneint.

<sup>29</sup> BGH NJW 1989, 101 (101); Wöstmann in: Staudinger, Amtshaftungsrecht, 2020, § 839 Rn. 178.

<sup>30</sup> BGH, Urt. v. 28.01.2021 - III ZR 25/20, Rn. 24; Wöstmann (Fn. 29), § 839 Rn. 178.

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 28.01.2021 - III ZR 25/20, Rn. 26.

<sup>32</sup> Danwitz (Fn. 3), Art. 34 Rn. 113.

<sup>33</sup> BGH NJW 1994, 2415 (2416).

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 28.01.2021 - III ZR 25/20, Rn. 26.

<sup>35</sup> Ebd., Rn. 28.

<sup>36</sup> Ebd., Rn. 30.

<sup>37</sup> Ebd.

## Widerrufsrecht bei Bürgschaften

stud. iur. Felicia Maas

BGH, Urt. v. 22.09.2020 – XI ZR 219/19

§§ 765ff. BGB, §§ 312ff. BGB

### Sachverhalt:

Die Klägerin B, eine Bank, räumte der K-GmbH mit Vertrag vom 22.12.2015 einen Kontokorrentkredit über EUR 300.000,00 zu einem Zinssatz von 7,5 % p.a. ein. Der Beklagte A war geschäftsführender Alleingesellschafter der K-GmbH. Er übernahm zugunsten der Klägerin eine Bürgschaft bis zu einem Höchstbetrag von EUR 170.000,00, die sämtliche Ansprüche aus dem Kreditvertrag sicherte. Die Bürgschaftserklärung unterzeichnete der Beklagte in Anwesenheit eines Mitarbeiters der Klägerin am 22.12.2015 in den Geschäftsräumen der K-GmbH. Über ein Widerrufsrecht wurde er nicht belehrt.

Nachdem ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der K-GmbH gestellt worden war, kündigte die Klägerin den Kontokorrentkredit mit Schreiben vom 26.04.2016 fristlos und stellte einen Saldo i.H.v. EUR 295.779,65 zur Rückzahlung fällig. Mit Schreiben vom 01.06.2016 forderte sie den Beklagten zur Zahlung dieses Betrages zuzüglich Zinsen bis zum 29.06.2016 auf und nahm ihn damit auf Zahlung aus einer selbstschuldnerischen Höchstbetragsbürgschaft in Anspruch. Die Prozessbevollmächtigten des Beklagten bestätigten dessen grundsätzliche Haftung aus der Bürgschaft zunächst, erklärten aber mit Schreiben vom 21.09.2016 den Widerruf seiner auf Abschluss des Bürgschaftsvertrages vom 22.12.2015 gerichteten Willenserklärung.

Hat die Bank gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung aus der Bürgschaft?

### EINORDNUNG

Hinsichtlich der Frage, ob Bürgschaften Verbraucherverträge i.S.d. § 312 Abs. 1 BGB sind, herrschte seit Inkrafttreten der Neufassung der §§ 312ff. BGB am 13.06.2014 Rechtsunsicherheit. Diese ist darauf zurückzuführen, dass nach der neuen Fassung des § 312 Abs. 1 BGB ein Verbrauchervertrag vorliegt, wenn dieser „eine entgeltliche Leistung des Unternehmers“ zum Gegenstand hat. Die bis zum 13.06.2014 geltende Fassung des § 312 Abs. 1 BGB dagegen verlangte lediglich das Vorliegen einer „entgeltlichen Leistung“. Verstärkt wurde dies dadurch, dass die Grundlage dieser Neuregelung, die Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU, die Bürgschaft nicht ausdrücklich nennt. Aufgrund des engeren Wortlauts des § 312 Abs. 1 BGB und mit Blick auf die unionsrechtlichen Vorgaben war es daher in der Literatur strittig, ob Bürgschaftsverträge, obwohl hier der Bürge einseitig zur Leistung verpflichtet wird, in den Anwendungsbereich der §§ 312ff. BGB fallen.<sup>1</sup>

Das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg hat im vorliegenden Fall das Bestehen eines Widerrufsrechts des Bürgen angenommen und die Klage der Bürgschaftsgläubigerin, eine Bank, abgewiesen. Die Revision zum BGH wurde zugelassen.<sup>2</sup>

Mit Urteil vom 22.09.2020 (Az. XI ZR 219/19) hat der XI. Zivilsenat des BGH nunmehr zu Gunsten der Bank entschieden und ein Bestehen eines Widerrufsrechts des Bürgen abgelehnt.<sup>3</sup>

### LEITSÄTZE

1. Die Übernahme einer Bürgschaft ist kein auf eine entgeltliche Leistung des Unternehmers gerichteter Vertrag.
2. Ein Widerrufsrecht des Bürgen nach § 312g Abs. 1 BGB besteht daher nicht.

<sup>1</sup> Busch in: BeckOGK, Stand: 01.06.2021, § 312 Rn. 18; Wendehorst in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 312 Rn. 34.

<sup>2</sup> OLG Hamburg BKR 2020, 412 (412).

<sup>3</sup> BGH NJW 2020, 3649 (3650).

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

**A. Anspruch B gegen A auf Zahlung aus der Bürgschaft gem. § 765 Abs. 1 BGB**

## I. Anspruch entstanden

1. Bestehen einer zu sichernden Forderung
2. Wirksamer Bürgschaftsvertrag, § 765 Abs. 1 BGB
3. Zwischenergebnis

## II. Keine Einrede nach § 771 BGB

## III. Anspruch erloschen, § 355 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 312g Abs. 1 BGB

## 1. Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 495 BGB

## 2. Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 312g Abs. 1 BGB

## a) Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB

## aa) Verbrauchervertrag gem. § 310 Abs. 3 BGB

## bb) Vertrag über eine entgeltliche Leistung des Unternehmens B

## b. Zwischenergebnis

**3. Analoge Anwendung von § 312 Abs. 1 BGB****4. Richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung des § 312 Abs. 1 BGB**

## 5. Zwischenergebnis

## B. Ergebnis

**A. Anspruch B gegen A auf Zahlung aus der Bürgschaft gem. § 765 Abs. 1 BGB**

B könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung von EUR 170.000,00 gem. § 765 Abs. 1 BGB haben.

**I. Anspruch entstanden**

Hierfür müsste der Anspruch auf Zahlung von EUR 170.000,00 zunächst entstanden sein.

**1. Bestehen einer zu sichernden Forderung**

Aufgrund der Eigenschaft der Bürgschaft als akzessorische Sicherheit ist zunächst das Bestehen einer zu sichernden Forderung gem. § 767 Abs. 1 S. 1 BGB erforderlich. Hier diente die Bürgschaft des A der Sicherung des Kontokorrentkredits über EUR 300.000,00 zu einem Zinssatz von 7,5% p.a. und somit dem Anspruch der B gegen A auf Darlehensrückzahlung gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB. Nachdem ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das

Vermögen der K-GmbH gestellt worden war, kündigte B den Kontokorrentkredit fristlos und stellte ein Saldo i.H.v. EUR 295.779,65 zur Rückzahlung fällig. Mithin besteht eine zu sichernde Forderung i.H.v. EUR 295.779,65.

**2. Wirksamer Bürgschaftsvertrag, § 765 Abs. 1 S. 1 BGB**

Ferner müsste zwischen B und A ein wirksamer Bürgschaftsvertrag gem. § 765 Abs. 1 S. 1 BGB zustande gekommen sein. Die Bürgschaft wird durch Vertrag zwischen dem Gläubiger der zu sichernden Forderung und dem Bürgen ohne Mitwirkung des Schuldners begründet.<sup>4</sup> Der Vertragsschluss erfolgt durch Angebot und Annahme i.S.d. §§ 145ff. BGB, dabei bedarf es gem. § 766 S. 1 BGB der Schriftform.<sup>5</sup> Indem A die Bürgschaftserklärung am 22.12.2015 unterzeichnete, wahrte er das Schriftform Erfordernis nach § 766 S. 1 BGB, sodass, unabhängig davon, ob A Kaufmann i.S.d. § 1 HGB ist und daher die Bürgschaft nach § 350 HGB auch formlos wirksam wäre, ein wirksamer Bürgschaftsvertrag gem. § 765 Abs. 1 S. 1 BGB zustande gekommen ist.

**3. Zwischenergebnis**

Folglich ist der Anspruch der B gegen A auf Zahlung von EUR 170.000,00 gem. § 765 Abs. 1 BGB zunächst wirksam entstanden.

**II. Keine Einrede nach § 771 BGB**

Darüber hinaus dürfte dem Anspruch der B keine Einrede des A entgegenstehen. Nach § 771 S. 1 BGB kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (Einrede der Vorausklage).<sup>6</sup> Diese ist jedoch gem. § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB grundsätzlich ausgeschlossen, sofern über das Vermögen des Hauptschuldners das Insolvenzverfahren eröffnet ist.<sup>7</sup>

Ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Hauptschuldnerin, der K-GmbH, wurde gestellt, sodass gem. § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist. Eine Einrede der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit nach § 770 BGB ist nicht ersichtlich. Mithin stehen dem Anspruch der B keine Einreden des A entgegen.

**Hinweis:**

Die Einrede ist grds. als rechtshindernde Einrede unter „Anspruch durchsetzbar“ zu prüfen. Hier wurde die Prüfung der Übersichtlichkeit halber vorgezogen.

<sup>4</sup> Habersack in: MüKoBGB (Fn. 1), § 765 Rn. 10.

<sup>5</sup> Ebd.

<sup>6</sup> Stadler in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage 2021, § 771.

<sup>7</sup> Stadler in: Jauernig (Fn. 6), § 773 Rn. 4.

### III. Anspruch erloschen

Der Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB könnte aber gem. § 355 Abs. 1 S. 1 BGB mit Wirkung *ex nunc* wieder erloschen sein, sofern A mit Schreiben vom 21.09.2016 die auf Abschluss des Bürgschaftsvertrages vom 22.12.2015 gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen hätte.

#### 1. Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 495 BGB

In Betracht kommt zunächst ein Widerrufsrecht des A aus § 495 Abs. 1 BGB.

Fraglich ist, ob die §§ 491ff. BGB auf die Bürgschaft überhaupt anwendbar sind. Von den §§ 491ff. BGB ist lediglich der Verbraucherdarlehensvertrag umfasst.<sup>8</sup> Bei der Bürgschaft handelt es sich aber weder um einen Kreditvertrag noch um eine sonstige Finanzierungshilfe i.S.d. Verbraucherkreditgesetzes<sup>9</sup>, sondern um einen einseitig verpflichtenden Vertrag zur Absicherung fremder Schuld, also ein Kreditsicherungsmittel.<sup>10</sup> Damit sind die Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes zumindest dann nicht auf Bürgschaften anzuwenden, wenn die gesicherte Forderung keinen Verbraucherkredit im Sinne dieses Gesetzes betrifft.<sup>11</sup>

Hier ist die K-GmbH Darlehensnehmer und daher nicht, wie nach § 491 Abs. 2 S. 1 BGB für das Vorliegen eines Verbraucherdarlehensvertrages erforderlich, Verbraucher im Sinne des § 13 BGB. Somit mangelt es bereits an einem Verbraucherkredit, weshalb die §§ 491ff. BGB nicht auf die Bürgschaft des A anwendbar sind.

Mithin besteht kein Widerrufsrecht des A aus § 495 Abs. 1 BGB.

#### 2. Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 312g Abs. 1 BGB

Indem der Bürgschaftsvertrag zwischen A und B außerhalb der Geschäftsräume der B unter gleichzeitiger Anwesenheit eines Mitarbeiters der B unterzeichnet wurde, könnte allerdings ein Widerrufsrecht des A nach § 312g Abs. 1 BGB in Betracht kommen. Dieses besteht nur, sofern die Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB vorliegen, kein Fall des § 312 Abs. 2 BGB besteht, die Voraussetzungen des § 312b BGB erfüllt werden und das Widerrufsrecht letztlich nicht nach § 312g Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist.

<sup>8</sup> Berger in: Jauernig (Fn. 6), § 491 Rn. 2.

<sup>9</sup> Im Folgenden handelt es sich um Entscheidungen, die zum Verbraucherkreditgesetz ergingen. Durch die Aufnahme dieser Vorschriften ins BGB durch die Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2001 hat sich in der Sache jedoch nichts geändert.

<sup>10</sup> OLG Stuttgart NJW 1997, 3450 (3450).

<sup>11</sup> BGH NJW 1998, 1939 (1939).

<sup>12</sup> Busch in: BeckOGK (Fn. 1), § 312 Rn. 7.

<sup>13</sup> Wendehorst in: MüKoBGB (Fn. 1), § 312 Rn. 15.

<sup>14</sup> BGH NJW 2006, 431 (431).

<sup>15</sup> Merkt in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Auflage 2018, § 13 Rn. 332.

#### a) Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB

Gem. § 312 Abs. 1 BGB ist für das Widerrufsrecht nach § 355 BGB i.V.m. §§ 312g Abs. 1, 312b Abs. 1 BGB ein Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB erforderlich, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat.<sup>12</sup>

#### aa) Verbrauchervertrag gem. § 310 Abs. 3 BGB

Daher müsste es sich bei dem Vertrag zwischen A und B um einen Verbrauchervertrag gem. § 310 Abs. 3 BGB handeln. Ein solcher liegt bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher vor.<sup>13</sup> Die B betreibt als Kreditinstitut Bankgeschäfte i.S.d. § 1 Abs. 1 KWG und handelte somit bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB als Unternehmer.

Fraglich ist, ob A als geschäftsführender Alleingesellschafter der K-GmbH Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist.

Verbraucher ist nach der Legaldefinition des § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

Laut ständiger Rechtsprechung des BGH ist der Geschäftsführer einer GmbH weder Kaufmann i.S.d. § 1ff. HGB noch Unternehmer gem. § 14 BGB.<sup>14</sup> Dem steht auch nicht entgegen, dass A als Geschäftsführer gem. § 35 GmbHG zur Vertretung der GmbH berechtigt ist, denn für die Unternehmereigenschaft ist ein Betreiben des Unternehmens erforderlich, welches sowohl die Vertretung als auch die Haftung umfasst, vgl. §§ 13, 35 GmbHG. Gem. § 13 Abs. 2 GmbHG haftet für Verbindlichkeiten der Gesellschaft lediglich das Gesellschaftsvermögen.<sup>15</sup> Somit liegt mangels persönlicher Haftung gerade kein Betreiben eines Unternehmens durch A vor. Damit hat A den Bürgschaftsvertrag mit B zu Zwecken abgeschlossen, die nicht überwiegend der gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Mithin ist B auch als geschäftsführender Alleingesellschafter Verbraucher i.S.d. § 13 BGB.

Folglich liegt ein Verbrauchervertrag zwischen A und B nach § 310 Abs. 3 BGB vor.



### bb) Vertrag über eine entgeltliche Leistung des Unternehmers B

Des Weiteren müsste Gegenstand des Verbrauchervertrages eine entgeltliche Leistung des Unternehmers sein. Fraglich ist, ob ein Bürgschaftsvertrag diese Voraussetzung erfüllt.

Nach einer Ansicht ist die Bürgschaftsübernahme als entgeltliche Leistung einzuordnen.<sup>16</sup> Somit lägen die Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB vor.

Demgegenüber ist nach einer anderen Ansicht die Bürgschaftsübernahme gerade nicht als entgeltliche Leistung einzuordnen.<sup>17</sup> Dieser Ansicht zufolge lägen die Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB gerade nicht vor.

Für die erste Auffassung spricht, dass § 312 BGB der Umsetzung der Verbraucherrichtlinie 2011/38/EU diene.<sup>18</sup> Bei unionskonformer Auslegung der Norm habe der Bürgschaftsvertrag eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand.<sup>19</sup> Diese sei darin zu sehen, dass der Unternehmer dem Hauptschuldner den durch die Bürgschaft gesicherten Kredit gewähre oder ein zur Rückzahlung fälliges Darlehen stunde.<sup>20</sup> Aufgrund der Vorgaben der Verbraucherrichtlinie sei der in § 312 Abs. 1 BGB verwendete Begriff des Entgelts weit zu verstehen und nicht beschränkt auf die Zahlung eines Geldbetrages.<sup>21</sup> Daher seien auch nicht pekuniäre Gegenleistungen des Verbrauchers, die – wie die Bürgschaft – einen Marktwert hätten, umfasst.<sup>22</sup>

Ferner habe der EuGH mit seinem Urteil vom 17.03.1998 – C 45/96 bereits entschieden, dass ein Bürgschaftsvertrag grundsätzlich unter die Richtlinie fallen könne.<sup>23</sup> Soweit der EuGH die Anwendbarkeit der Richtlinie auf Bürgschaften beschränkt habe, die eine Schuld absicherten, die ebenfalls von einem Verbraucher in einer Haustürsituation

begründet worden sei, gelte dies nach der Rechtsprechung des BGH nicht für das deutsche Recht.<sup>24</sup> An dieser Rechtsprechung könne festgehalten werden. Zwar habe die Verbraucherrechtlicherichtlinie eine Vollharmonisierung zum Ziel, sie sei aber weiter formuliert und belasse den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, für Verträge, die nicht in ihren Anwendungsbereich fielen, der Richtlinie entsprechende nationale Rechtsvorschriften beizubehalten oder einzuführen.<sup>25</sup> Darüber hinaus stehe die Rechtsprechung des BGH in Einklang mit den Gesetzesmaterialien zu § 312 BGB, welche keinen Hinweis darauf enthielten, dass mit der Neufassung der Vorschrift die Bürgschaft oder andere Sicherungsgeschäfte vom Widerrufsrecht hätten ausgeschlossen werden sollen.<sup>26</sup>

Dagegen und für die letzte Auffassung spricht, dass es für die Anwendbarkeit der §§ 312b, 312g BGB nicht genüge, entgegen der bis zum 12.06.2014 geltenden Rechtslage, dass der Bürge sein Leistungsversprechen in der dem Gegner erkennbaren Erwartung abgibt, ihm selbst oder einem bestimmten Dritten werde daraus irgendein Vorteil erwachsen.<sup>27</sup> § 312 Abs. 1 BGB setzt hiervon abweichend in seiner ab dem 13.06.2014 geltenden Fassung voraus, dass der Unternehmer gegen ein vereinbartes Entgelt des Verbrauchers die vertragscharakteristische Leistung erbringt.<sup>28</sup> Eine entgeltliche Leistung unterfällt der Vorschrift ihrem eindeutigen Wortlaut nach nicht.<sup>29</sup> Soweit bis zum 12.06.2014 teilweise vertreten wurde, dass die Bürgschaft als gegenseitiger Vertrag in dem Sinne ausgestaltet werden kann, dass die Übernahme der Bürgschaft die Gegenleistung für eine vom Gläubiger zu erbringende Leistung bildet<sup>30</sup>, müsse heute die entgeltliche Leistung des Unternehmers aus dem Verbrauchervertrag, für welchen das Widerrufsrecht nach § 355 BGB i.V.m. § 312g Abs. 1 BGB in

<sup>16</sup> OLG Hamburg BKR 2020, 412 (414).

<sup>17</sup> BGH NJW 2020, 3649 (3650).

<sup>18</sup> OLG Hamburg BKR 2020, 412 (414).

<sup>19</sup> Ebd.

<sup>20</sup> OLG Hamburg BKR 2020, 412 (414); Busch in: BeckOGK (Fn. 1), § 312 BGB Rn. 18; Koch in: Erman BGB, 15. Auflage 2017, § 312 Rn. 15; Wendehorst in: MüKoBGB (Fn. 1), § 312 BGB Rn. 34, 35; Grüneberg in: Palandt, BGB, 78. Auflage, § 312 Rn. 5.

<sup>21</sup> OLG Hamburg BKR 2020, 412 (414); Busch in: BeckOGK (Fn. 1), § 312 Rn. 11.

<sup>22</sup> Ebd.

<sup>23</sup> Vgl. EuGH NJW 1998, 1295 (1296), zitiert nach juris, Rn. 18 – 20.

<sup>24</sup> BGH NJW 2006, 845 (846).

<sup>25</sup> OLG Hamburg BKR 2020, 412 (414).

<sup>26</sup> Ebd.

<sup>27</sup> BGH NJW 2020, 3649 (3651).

<sup>28</sup> Busch in: BeckOGK (Fn. 1), § 312 Rn. 12; Hölldampf in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Auflage, § 4 Rn. 13; Kehl, Kreditsicherheiten und Außengeschäftsraumrecht – Zugleich Erwiderung auf Schinkels, BGH WM 2018 (2018, 2022); Koch in: Erman BGB, 16. Auflage, § 312 Rn. 8; Loewenich, 312 Abs. 1 BGB und von Verbrauchern gestellte Bürgschaften sowie andere von Verbrauchern gestellte Sicherheiten, WM 2015, 113 (113); Schinkels, Verbraucherbürgschaft und Verbraucherverkauf als Außergeschäftsraum- oder Fernabsatzvertrag i.S.d. Verbraucherrechte-Richtlinie? WM 2017, 113 (113); Wendehorst in: MüKo BGB (Fn. 1), § 312 Rn. 28.

<sup>29</sup> Busch in: BeckOGK (Fn. 1), § 312 Rn. 12; Hölldampf in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts (Fn. 28), § 4 Rn. 13; Kehl (Fn. 28), WM 2018 (2018, 2022); Koch in: Erman BGB (Fn. 28), § 312 Rn. 8; Loewenich (Fn. 28), WM 2015, 113 (113); Schinkels, (Fn. 28), WM 2017, 113 (113); Wendehorst in: MüKo BGB (Fn. 1), § 312 Rn. 28.

<sup>30</sup> Koch in: Erman BGB (Fn. 28), § 312 Rn. 15; Wendehorst in: MüKo BGB (Fn. 1), § 312 Rn. 34.

Anspruch genommen wird, geschuldet werden.<sup>31</sup> Dies ergebe sich aus § 312 Abs. 1 BGB, der einen Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB als Rechtsgrund voraussetzt. Dem zufolge reiche es gerade nicht, dass die Leistung des Unternehmers aufgrund eines separaten, nicht dem § 310 Abs. 3 BGB unterfallenden Vertrags an einen Dritten erbracht wird.<sup>32</sup> Letztere Ansicht überzeugt, weshalb es an einer entgeltlichen Leistung des Unternehmers als Gegenstand des Verbrauchervertrages fehlt.

#### b) Zwischenergebnis

Mangels Vorliegen der Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB, besteht kein Widerrufsrecht des A nach § 312g Abs. 1 BGB.

### 3. Analoge Anwendung § 312 Abs. 1 BGB

Fraglich ist, ob § 312 Abs. 1 BGB auf die Übernahme einer Verbraucherbürgschaft aus Schutzzweckerwägungen im Wege einer Analogie ausgeweitet werden kann, sodass die Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB erfüllt wären.

Eine analoge Anwendung erfordert sowohl eine planwidrige Regelungslücke, als auch eine vergleichbare Interessenlage.<sup>33</sup> Dabei könnte es vorliegend bereits an der Planwidrigkeit der Regelungslücke fehlen. Mit der Neuregelung der §§ 312ff. BGB durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013 wollte der Gesetzgeber ausschließlich Verbraucherverträge erfassen, die als Austauschvertrag mit einer Gegenleistungspflicht des Verbrauchers ausgestaltet sind.<sup>34</sup> Dies folgt aus der Begründung des Gesetzentwurfs. Danach sollte ein Verbrauchervertrag nur dann § 312 Abs. 1 BGB unterfallen, wenn sich der Unternehmer zur Lieferung einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung und der Verbraucher zur Erbringung eines Entgelts verpflichtet, wobei sich das Merkmal des Entgelts nicht auf die Zahlung eines Geldbetrages beschränkte,

sondern auch sonstige Leistungen des Verbrauchers einbezog.<sup>35</sup> Verträge, in denen der Verbraucher die für den Vertragstypus charakteristische Leistung schuldet, sollten demgegenüber ebenso wenig erfasst werden<sup>36</sup> wie unentgeltliche Verbraucherverträge<sup>37</sup>.

Dass dem Gesetzgeber bei der Neufassung des § 312 Abs. 1 BGB die höchstrichterliche Rechtsprechung bis zum 12.06.2014 nicht vorgelegen hat, ist nicht ersichtlich.<sup>38</sup> Die Diskussion über die Widerruflichkeit von Bürgschaften war aufgrund der Entscheidung des EuGH<sup>39</sup> allgemein bekannt. Trotz dessen hat der Gesetzgeber dies bei der Neufassung des § 312 Abs. 1 BGB nicht zum Anlass genommen, das Widerrufsrecht auf den einseitig den Verbraucher verpflichtenden Bürgschaftsvertrag zu erstrecken.<sup>40</sup> Dem Gesetzgeber war dabei bewusst, dass Art. 4 der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 grundsätzlich die Möglichkeit eröffnete, die Richtlinie auch auf von ihr nicht erfasste Verträge anzuwenden.<sup>41</sup>

Somit fehlt es bereits an der Planwidrigkeit der Regelungslücke. Mithin kann § 312 Abs. 1 BGB nicht auf die Übernahme einer Verbraucherbürgschaft aus Schutzzweckerwägungen im Wege einer Analogie ausgeweitet werden.

### 4. Richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung des § 312 Abs. 1 BGB

Schließlich könnten die §§ 312 Abs. 1, 312b Abs. 1, 312g Abs. 1 BGB aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung oder Rechtsfortbildung auf Bürgschaftsverträge erstreckt werden.

Soweit § 312 Abs. 1 BGB eine Leistung eines Unternehmers als Gegenstand des Verbrauchervertrages voraussetzt, entspricht dieser der Verbraucherrichtlinie 2011/83/EU.<sup>42</sup> In Art. 9 der Richtlinie ist das Widerrufsrecht für im Fernabsatz oder außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossene Verbraucherverträge geregelt. Danach steht dem Verbraucher eine Frist zum Widerruf von 14 Tagen

<sup>31</sup> BT-Drs 17/13951, S. 72; Kropf, Anwendbarkeit des Fernabsatzrechts auf von Verbrauchern bestellte Kreditsicherheiten nach dem 13.6.2014, WM 2015, 1699 (1702); Meier, Sind Bürgschaften wieder unwiderruflich?, ZIP 2015, 1156 (1159).

<sup>32</sup> BT-Drs 17/13951, S. 72; Kropf (Fn. 31), WM 2015, 1699 (1702); Meier (Fn. 31), ZIP 2015, 1156, 1159.

<sup>33</sup> Danwerth, Analogie und teleologische Reduktion – zum Verhältnis zweier scheinbar ungleicher Schwestern, ZfPW 2017, 230 (233).

<sup>34</sup> BT-Drs 17/12637, S. 72; vgl. BAGE 165, 315 Rn. 18ff., 28; Nobbe in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Auflage, § 91 Rn. 46.

<sup>35</sup> Ebd.

<sup>36</sup> BT-Drs 17/12637, S. 45; BT-Drs 17/13951, S. 72; BR-Drs 817/12, S. 73; vgl. Hölldampf in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts (Fn. 28), § 4 Rn. 13; Kropf (Fn. 31) WM 2015, 1699 (1702).

<sup>37</sup> BT-Drs 17/13951, S. 71f.; vgl. Antrag der Fraktion Bündnis90/Die Grünen, BT-Drs 17/13967, S. 2; Plenarprotokoll 17/247.

<sup>38</sup> BGH NJW 2020, 3649 (3651).

<sup>39</sup> EuGH, Urt. v. 17.03.1998 – Rs. C-45/96 – Verbraucherschutz im Falle von außer Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen – Bürgschaft, ECLI:EU:C:1998:111.

<sup>40</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2018, 1204 (1204).

<sup>41</sup> BT-Drs 17/12637, S. 48.

<sup>42</sup> Loewenich (Fn. 28) WM 2015, 113 (114); ders., Zum Anwendungsbereich der Verbraucherrichte-Richtlinie als Hintergrund der Auslegung des § 312 Abs. 1 BGB, WM 2016, 2011 (2016); Schinkels (Fn. 28), WM 2017, 113 (115, 118).

zu, wobei Art. 9 Abs. 2 das Ende der Widerrufsfrist für die vom Widerrufsrecht erfassten Verträge im Einzelnen festsetzt. Demnach besteht das Widerrufsrecht bei Dienstleistungsverträgen i.S.v. Art. 2 Nr. 6, bei Kaufverträgen i.S.v. Art. 2 Nr. 5 sowie bei Verträgen über die Lieferung von Wasser, Gas oder Strom, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden, von Fernwärme oder von digitalen Inhalten, die nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden.<sup>43</sup> Nach wie vor vermitteln einseitig den Verbraucher verpflichtende Verträge nach Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie 2011/83/EU grundsätzlich kein Widerrufsrecht. Sie unterfallen nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie, da sie keine Leistung des Unternehmers zum Vertragsgegenstand haben.<sup>44</sup>

Das Verhältnis von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2011/83/EU entspricht auch ihrem Schutzzweck. Die Richtlinie zielt gerade nicht darauf ab, sämtliche Verträge, in denen sich als Vertragspartner ein Verbraucher und ein Unternehmer gegenüberstehen, einzubeziehen.<sup>45</sup> Vielmehr liegt dem mit der Richtlinie geschaffenen Schutzsystem der Gedanke zugrunde, dass der Verbraucher sich bei Abschluss von Verträgen zu kommerziellen Zwecken in bestimmten Situationen gegenüber dem Unternehmer in einer geschwächten Verhandlungsposition befindet.<sup>46</sup> Mit dem Widerrufsrecht zum Außergeschäftsraumvertrag sollte der Nachteil ausgeglichen werden, dass die Initiative zu den Vertragsverhandlungen in der Regel vom Gewerbetreibenden ausgeht und der Verbraucher auf die Verhandlungen außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden nicht vorbereitet ist oder psychisch unter Druck steht.<sup>47</sup> Dies birgt die Gefahr, dass der Verbraucher Waren kauft oder Dienstleistungen in Anspruch nimmt, die er ansonsten nicht kaufen oder in Anspruch nehmen würde, beziehungsweise Verträge über Waren und Dienstleistungen zu überhöhten Preisen schließt, weil er keine Möglichkeit hat, Qualität und Preis des Angebots mit anderen Angeboten zu vergleichen.<sup>48</sup>

Diese Überlegungen stellen danach auf eine Leistung des Unternehmers ab. Hieran knüpfen die Informationspflichten des Unternehmers nach Art. 6 und die Pflichten des Verbrauchers nach Art. 14 der Richtlinie an. Die

Regelungen gehen ebenfalls von einer Verpflichtung des Unternehmers zur Lieferung von Waren, Erbringung von Dienstleistungen oder Lieferung von Versorgungsleistungen aus.

Mithin lässt sich auch im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung oder Rechtsfortbildung kein Widerrufsrecht nach § 355 BGB i.V.m. §§ 312g Abs. 1, 312b Abs. 1 BGB begründen.

## 5. Zwischenergebnis

Der Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB ist folglich nicht gem. § 355 Abs. 1 S. 1 BGB mit Wirkung *ex nunc* wieder erloschen.

## B. Ergebnis

B hat gegen A einen Anspruch auf Zahlung von EUR 170.000,00 gem. § 765 Abs. 1 BGB.

## FAZIT

Angesichts dessen, dass seit Inkrafttreten der Neufassung der §§ 312ff. BGB am 13.06.2014 Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Frage herrschte, ob Bürgschaften Verbraucherverträge i.S.d. § 312 Abs. 1 BGB sind, ist das Urteil des BGH, welches auf der genauen Subsumtion des § 312 Abs. 1 BGB beruht und ferner mit den Motiven des Gesetzgebers und der umgesetzten EU-Richtlinie begründet wurde, erfreulich.

Der BGH ist der Ansicht, dass sich entscheidungserhebliche Fragen des Unionsrechts nicht stellen. Die Frage, ob die Richtlinie 2011/83/EU – entsprechend § 312 Abs. 1 BGB – eine Leistung des Unternehmers voraussetzt, ist nach dem BGH angesichts des Wortlauts, der Regelungssystematik und des Regelungszwecks der Richtlinie ohne Weiteres zu beantworten, sodass für Zweifel kein Raum bleibt („*acte clair*“).

Im Hinblick auf die zahlreichen Literaturmeinungen, die dies anders sehen,<sup>49</sup> hätte die Anrufung des EuGH nach Art. 267 AEUV für Rechtssicherheit bezüglich dieser umstrittenen Frage gesorgt. Der BGH sah für eine Anrufung des EuGH nach Art. 267 AEUV allerdings keinen Anlass.

<sup>43</sup> Vgl. Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 2011/83/EU; Loewenich, (Fn. 28), WM 2015, 113 (115).

<sup>44</sup> BGH, Urt. v. 22.09.2020 – XI ZR 219/19; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Auflage, I. Bürgschaft, Rn. 934b.

<sup>45</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 30.05.2013, Rs. C-488/11 – Asbeek Brusse und de Man Garabito, ECLI:EU:C:2013:341, Rn.30, NJW 2013, 2579 (2580); BGH, Urt. v. 22.09.2020 – XI ZR 219/19.

<sup>46</sup> BGH, Urt. v. 22.09.2020 – XI ZR 219/19.

<sup>47</sup> Ebd.

<sup>48</sup> So schon Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 85/577/EWG; Erwägungsgrund 21 der Richtlinie 2011/83/EU; vgl. EuGH, Urt. v. 07.08.2018, Rs. C-485/17 – Verbraucherzentrale Berlin, ECLI:EU:C:2018:642, Rn. 36, WRP 2018, 1183 (1185); BGH, Urt. v. 22.09.2020 – XI ZR 219/19.

<sup>49</sup> Busch in: BeckOGK BGB (Fn. 1), § 312 Rn. 19.1; Grüneberg in: Palandt (Fn. 20), § 312 Rn. 5; Kehl (Fn. 28), WM 2018, 2018, 2027 f.; Schinkels (Fn. 28), WM 2017, 113, 118f.

## Grundrechtsschutz in Anbetracht des Klimawandels

Dipl.-Jur. Anna Ordina

BVerfG, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20

Art. 2 Abs. 2 S. 1, 20a GG, KSG

### **Sachverhalt (vereinfacht)**

Nach überwiegender Ansicht der Wissenschaft droht durch zunehmende menschliche Treibhausgasemissionen der sog. Klimawandel, der sich vor allem durch einen globalen Temperaturanstieg auszeichnet. Dieser Anstieg, so zu befürchten, geht mit vielfältigen Gefahren für die globale Um- und Tierwelt sowie die Weltbevölkerung einher. Das Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) reagiert auf die vom Gesetzgeber gesehene Notwendigkeit verstärkter Klimaschutzanstrengungen und soll vor den Auswirkungen des weltweiten Klimawandels schützen (§ 1 S. 1 KSG). Grundlage des KSG ist nach § 1 S. 3 KSG zum einen die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland nach dem am 4. November 2016 in Kraft getretenen Übereinkommen von Paris, wonach der Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen ist, sowie zum anderen das Bekenntnis des deutschen Staates auf dem Klimagipfel der Vereinten Nationen vom 23. September 2019 in New York, Treibhausgasneutralität bis 2050 als langfristiges Ziel zu verfolgen. Nach § 3 Abs. 1 KSG werden die Treibhausgasemissionen bis zum Zieljahr 2030 im Vergleich zum Jahr 1990 schrittweise um mindestens 55 % gemindert. In § 4 Abs. 1 S. 3 KSG i.V.m. Anlage 2 sind die der Minderungsquote für das Zieljahr 2030 entsprechenden zulässigen Jahresemissionsmengen in verschiedenen Sektoren geregelt. Eine Regelung über 2030 hinaus enthält das Gesetz nicht. Vielmehr legt nach § 4 Abs. 6 KSG die Bundesregierung im Jahr 2025 für weitere Zeiträume nach dem Jahr 2030 jährlich absinkende Emissionsmengen durch Rechtsverordnung fest.

Gegen diese Regelungen wendet sich eine Gruppe von mehreren natürlichen Personen, die jeweils vor dem BVerfG Verfassungsbeschwerden erheben. Die Beschwerdeführenden machen vor allem geltend, die Bundesrepublik habe mit § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG i.V.m. Anlage 2 keine ausreichenden Regelungen zur künftigen Reduktion von Treibhausgasen unternommen, die jedoch alsbald erforderlich seien, um die Erderwärmung zu reduzieren oder wenigstens bei deutlich unter 2 °C anzuhalten.

Dies sei notwendig, weil bei einem Temperaturanstieg um mehr als 1,5 °C Millionen von Menschenleben sowie das Überschreiten von Kipppunkten mit unabsehbaren Folgen für das Klimasystem auf dem Spiel stünden. Mit der im KSG geregelten Reduktion von CO<sup>2</sup>-Emissionen könne das der Temperaturschwelle von 1,5 °C des Pariser Klimaabkommen entsprechende „CO<sup>2</sup>-Restbudget“ nicht eingehalten werden. Die Beschwerdeführenden machen geltend, dass die staatlichen Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 und aus Art. 14 Abs. 1 GG nicht gewahrt würden. Weiterhin verstoße der Gesetzgeber mit seinen Vorschriften gegen das Grundrecht auf menschenwürdige Zukunft und gegen ein Grundrecht auf das ökologische Existenzminimum, welches dogmatisch aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20a GG und aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet werde. Hinsichtlich der von den Beschwerdeführenden als „Vollbremsung“ bezeichneten künftigen Belastung durch Emissionsminderungspflichten für Zeiträume nach 2030 berufen sich die Beschwerdeführenden auf die Freiheitsgrundrechte. Durch die bis 2030 zulässigen Emissionen würde es zu erheblichen Einschränkungen ihrer grundrechtlichen Freiheiten aufgrund der nach 2030 verbleibenden Emissionsmöglichkeiten kommen, da es danach keinen Spielraum mehr gäbe, die Emissionen schrittweise zu senken.

### **Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG)**

#### **§ 1 Zweck des Gesetzes**

<sup>1</sup>Zweck dieses Gesetzes ist es, zum Schutz vor den Auswirkungen des weltweiten Klimawandels die Erfüllung der nationalen Klimaschutzziele sowie die Einhaltung der europäischen Zielvorgaben zu gewährleisten. <sup>2</sup>Die ökologischen, sozialen und ökonomischen Folgen werden berücksichtigt. <sup>3</sup>Grundlage bildet die Verpflichtung nach dem Übereinkommen von

Paris aufgrund der Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen, wonach der Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2 Grad Celsius und möglichst auf 1,5 Grad Celsius gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen ist, um die Auswirkungen des weltweiten Klimawandels so gering wie möglich zu halten, sowie das Bekenntnis der Bundesrepublik Deutschland auf dem Klimagipfel der Vereinten Nationen am 23. September 2019 in New York, Treibhausgasneutralität bis 2050 als langfristiges Ziel zu verfolgen.

### § 3 Nationale Klimaschutzziele

(1) <sup>1</sup>Die Treibhausgasemissionen werden im Vergleich zum Jahr 1990 schrittweise gemindert. <sup>2</sup>Bis zum Zieljahr 2030 gilt eine Minderungsquote von mindestens 55 Prozent.

### § 4 Zulässige Jahresemissionsmengen, Verordnungsermächtigung

(1) [...] <sup>3</sup>Die Jahresemissionsmengen für den Zeitraum bis zum Jahr 2030 richten sich nach Anlage 2. <sup>4</sup>Im Sektor Energiewirtschaft sinken die Treibhausgasemissionen zwischen den angegebenen Jahresemissionsmengen möglichst stetig. <sup>5</sup>Für Zeiträume ab dem Jahr 2031 werden die jährlichen Minderungsziele durch Rechtsverordnung gemäß Absatz 6 fortgeschrieben. <sup>6</sup>Die Jahresemissionsmengen sind verbindlich, soweit dieses Gesetz auf sie Bezug nimmt. <sup>7</sup>Subjektive Rechte und klagbare Rechtspositionen werden durch dieses Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes nicht begründet.

[...]

(6) <sup>1</sup>Im Jahr 2025 legt die Bundesregierung für weitere Zeiträume nach dem Jahr 2030 jährlich absinkende Emissionsmengen durch Rechtsverordnung fest. [...]

## EINORDNUNG

Das Bundesverfassungsgericht überprüfte die Regelungen des KSG auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin.

Damit wurden die verfassungsrechtlichen Aspekte der Regelungen zum Klimawandel beleuchtet. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass das KSG, welches vor den Auswirkungen des globalen Klimawandels schützen soll, zu kurz greife. Die Regelungen des KSG seien insofern mit den Grundrechten unvereinbar, als hinreichende Maßgaben für die Emissionsreduktion ab dem Jahr 2031 fehlen. Hierdurch sei durch die darauf notwendigen Emissionsminderungspflichten praktisch jegliche Freiheit potenziell betroffen, da nahezu alle menschlichen Lebensbereiche mit der Emission von Treibhausgasen verbunden seien und somit nach 2030 drastische staatliche Einschränkungen drohten.

## LEITSÄTZE

1. Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schließt den Schutz

vor Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgüter durch Umweltbelastungen ein, gleich von wem und durch welche Umstände sie drohen. Die aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgende Schutzpflicht des Staates umfasst auch die Verpflichtung, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen. Sie kann eine objektivrechtliche Schutzverpflichtung auch in Bezug auf künftige Generationen begründen.

2. Art. 20a GG verpflichtet den Staat zum Klimaschutz. Dies zielt auch auf die Herstellung von Klimaneutralität.

a) Art. 20a GG genießt keinen unbedingten Vorrang gegenüber anderen Belangen, sondern ist im Konfliktfall in einen Ausgleich mit anderen Verfassungsrechtsgütern und Verfassungsprinzipien zu bringen. Dabei nimmt das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel weiter zu.

b) Besteht wissenschaftliche Ungewissheit über umweltrelevante Ursachenzusammenhänge, schließt die durch Art. 20a GG dem Gesetzgeber auch zugunsten künftiger Generationen aufgegebenen besondere Sorgfaltspflicht ein, bereits belastbare Hinweise auf die Möglichkeit

gravierender oder irreversibler Beeinträchtigungen zu berücksichtigen.

c) Als Klimaschutzgebot hat Art. 20a GG eine internationale Dimension. Der nationalen Klimaschutzverpflichtung steht nicht entgegen, dass der globale Charakter von Klima und Erderwärmung eine Lösung der Probleme des Klimawandels durch einen Staat allein ausschließt. Das Klimaschutzgebot verlangt vom Staat international ausgerichtetes Handeln zum globalen Schutz des Klimas und verpflichtet, im Rahmen internationaler Abstimmung auf Klimaschutz hinzuwirken. Der Staat kann sich seiner Verantwortung nicht durch den Hinweis auf die Treibhausgasemissionen in anderen Staaten entziehen.

d) In Wahrnehmung seines Konkretisierungsauftrags und seiner Konkretisierungsprärogative hat der Gesetzgeber das Klimaschutzziel des Art. 20a GG aktuell verfassungsrechtlich zulässig dahingehend bestimmt, dass der Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen ist.

e) Art. 20a GG ist eine justiziable Rechtsnorm, die den politischen Prozess zugunsten ökologischer Belange auch mit Blick auf die künftigen Generationen binden soll.

3. Die Vereinbarkeit mit Art. 20a GG ist Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung staatlicher Eingriffe in Grundrechte.

4. Das Grundgesetz verpflichtet unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen. Subjektivrechtlich schützen die Grundrechte als intertemporale Freiheitssicherung vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasminde- rungslast in die Zukunft. Auch der objektivrechtliche Schutzauftrag des Art. 20a GG schließt die Notwendigkeit ein, mit den natürlichen Lebensgrundlagen so sorgsam umzugehen und sie der Nachwelt in solchem Zustand zu hinterlassen, dass nachfolgende Generationen diese nicht nur um den Preis radikaler eigener Enthalt- samkeit weiter bewahren könnten.

Die Schonung künftiger Freiheit verlangt auch, den Übergang zu Klimaneutralität rechtzeitig einzuleiten. Konkret

erfordert dies, dass frühzeitig transparente Maßgaben für die weitere Ausgestaltung der Treibhausgasreduktion formuliert werden, die für die erforderlichen Entwicklungs- und Umsetzungsprozesse Orientierung bieten und diesen ein hinreichendes Maß an Entwicklungsdruck und Planungssicherheit vermitteln.

5. Der Gesetzgeber muss die erforderlichen Regelungen zur Größe der für bestimmte Zeiträume insgesamt zugelassenen Emissionsmengen selbst treffen. Eine schlichte Parlamentsbeteiligung durch Zustimmung des Bundestags zu Verordnungen der Bundesregierung kann ein Gesetzgebungsverfahren bei der Regelung zulässiger Emissionsmengen nicht ersetzen, weil hier gerade die besondere Öffentlichkeitsfunktion des Gesetzgebungsverfahrens Grund für die Notwendigkeit gesetzlicher Regelung ist. Zwar kann eine gesetzliche Fixierung in Rechtsbereichen, die ständig neuer Entwicklung und Erkenntnis unterworfen sind, dem Grundrechtsschutz auch abträglich sein. Der dort tragende Gedanke dynamischen Grundrechtsschutzes (grundlegend BVerfGE 49, 89 (137)) kann dem Gesetzeserfordernis hier aber nicht entgegengehalten werden. Die Herausforderung liegt nicht darin, zum Schutz der Grundrechte regulatorisch mit Entwicklung und Erkenntnis Schritt zu halten, sondern es geht vielmehr darum, weitere Entwicklungen zum Schutz der Grundrechte regulatorisch überhaupt erst zu ermöglichen.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

### A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden

#### I. Zuständigkeit des BVerfG

#### II. Beschwerdefähigkeit

#### III. Beschwerdegegenstand

#### IV. Beschwerdebefugnis

1. Keine vollständige Determinierung durch Unionsrecht

2. Staatliche Schutzpflichten des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG

a) Mögliche Grundrechtsverletzung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

b) Mögliche Grundrechtsverletzung des Art. 14 Abs. 1 GG

c) Konkrete Betroffenheit

aa) Selbstbetroffenheit

bb) Gegenwärtigkeit

- cc) Unmittelbarkeit
  - 3. Grundrecht aus Art. 20a GG
  - 4. Grundrecht auf ein ökologisches Existenzminimum
  - 5. Künftig eingeschränkte Freiheitsausübung
  - a) Möglichkeit der Grundrechtsverletzung
  - b) Konkrete Betroffenheit
  - aa) Selbstbetroffenheit
  - bb) Gegenwärtigkeit
  - cc) Unmittelbarkeit
  - dd) Zwischenergebnis
  - V. Rechtswegerschöpfung und Grundsatz der Subsidiarität
  - VI. Form und Frist
  - VII. Zwischenergebnis
- B. Begründetheit**
- I. Schutzpflichten gegenüber Beschwerdeführenden
  - 1. Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG
  - 2. Verletzung der Schutzpflicht
  - a) Voraussetzungen
  - aa) Eignung der getroffenen Schutzvorkehrungen
  - bb) Völlig unzulängliche Schutzvorkehrungen
  - cc) Erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleibende Schutzvorkehrungen
  - b) Zwischenergebnis
  - 2. Schutzpflicht aus Art. 14 Abs. 1 GG
  - a) Schutzpflicht
  - b) Verletzung
- III. Intertemporale Freiheitssicherung**
- 1. Schutzbereich der Grundrechte
  - 2. Eingriff in den Schutzbereich
  - 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
  - a) Vereinbarkeit mit Art. 20a GG
  - b) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
  - aa) Notwendigkeit grundrechtsschonender Vorkehrungen
  - bb) Unzureichende Regelung durch § 4 Abs. 6 KSG
  - 4. Zwischenergebnis
- C. Ergebnis**

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

## A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerden müssten zunächst zulässig sein.

### I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90ff. BVerfGG für die Entscheidung über die Verfassungsbeschwerden zuständig.

### II. Beschwerdefähigkeit, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Die Beschwerdeführenden müssten im Verfassungsbeschwerdeverfahren beschwerdefähig sein. Dies ist i.S.v. § 90 Abs. 1 BVerfGG jedermann, d.h. jeder, der Träger von Grundrechten oder den in § 90 Abs. 1 BVerfGG aufgeführten grundrechtsgleichen Rechten ist.<sup>1</sup> Da es sich bei den Beschwerdeführenden um natürliche Personen handelt, sind diese Grundrechtsträger und damit beschwerdefähig i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG.

### III. Beschwerdegegenstand

Es müsste ein tauglicher Beschwerdegegenstand vorliegen. Tauglicher Beschwerdegegenstand i.S.v. § 90 Abs. 1 BVerfGG ist jeder Akt der öffentlichen Gewalt. In Betracht kommt jede öffentlich-rechtliche Handlung der Legislative, Exekutive oder Judikative entgegen Art. 19 Abs. 4 GG, vgl. Art. 1 Abs. 3 GG.<sup>2</sup>

Die Beschwerdeführenden wenden sich gegen Regelungen des KSG und somit gegen ein formelles Gesetz. Bei diesen Vorschriften handelt es sich um Akte der Legislative, mithin um taugliche Beschwerdegegenstände nach § 90 Abs. 1 BVerfGG. Damit liegt ein zulässiger Verfassungsbeschwerdegegenstand vor.

### IV. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdeführenden müssten auch beschwerdebefugt sein. Hierfür müssten sie geltend machen, in einem ihrer Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein, eine Grundrechtsverletzung darf nicht von vornherein ausgeschlossen sein<sup>3</sup> („Möglichkeitstheorie“) und sie müssten durch den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Morgenthaler in: BeckOK Grundgesetz, 47. Edt., Stand: 15.02.2021, Art. 93 Rn. 54.

<sup>2</sup> Vgl. Walter in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 93 Rn. 341, 343.

<sup>3</sup> BVerfGE 129, 49 (67).

<sup>4</sup> BVerfGE 79, 1 (13f.).

## 1. Keine vollständige Determinierung durch das Unionsrecht

Die Grundrechte des GG müssten in diesem Fall zunächst überhaupt anwendbar sein. Die Beschwerdeführenden wenden sich gegen Akte der deutschen öffentlichen Gewalt, die ausweislich Art. 1 Abs. 3 GG einer umfassenden Grundrechtsbindung unterliegen. Zwar könnte das KSG teilweise gleichwohl als Durchführung von Unionsrecht im Sinne von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh anzusehen sein. Der Gesetzgeber ging davon aus, mit dem KSG den Rahmen zur Umsetzung der Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus der Klimaschutzverordnung zu schaffen.<sup>5</sup> Dies schließt jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>6</sup> und des Europäischen Gerichtshofs<sup>7</sup> eine Überprüfung am Maßstab des Grundgesetzes nicht aus. Die angegriffenen Vorschriften sind nicht vollständig unionsrechtlich determiniert.

Der unionsrechtliche Hintergrund des Klimaschutzgesetzes steht der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden nicht entgegen.

## 2. Staatliche Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG

### a) Mögliche Grundrechtsverletzung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Die beanstandeten Vorschriften könnten gegen staatliche Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verstoßen. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gewährt neben dem Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit auch den Schutz vor Beeinträchtigungen durch Umweltbelastungen.<sup>8</sup> Dies umfasst auch Gefahren, die der Klimawandel für das menschliche Leben und die Gesundheit hervorruft.<sup>9</sup> Der Gesetzgeber könnte seine Schutzpflicht durch unzureichenden Schutz vor Gesundheitsbeeinträchtigungen und Lebensgefahren durch den Klimawandel verletzt haben. Zwar steht der deutsche Staat nicht in der alleinigen Verantwortung und die mit dem Klimawandel einhergehenden Gefahren können auch durch diesen nicht allein aufgehalten werden, indes ist ein eigener Beitrag Deutschlands möglich und notwendig. Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen und daher möglich, dass die gerügten Vorschriften die

Beschwerdeführenden in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verletzen.

### b) Mögliche Grundrechtsverletzung des Art. 14 Abs. 1 GG

Die Beschwerdeführer könnten als Eigentümer vom Klimawandel bedrohter Grundstücke eine Verletzung der Schutzpflicht für das Eigentum aus Art. 14 Abs. 1 GG geltend machen. Das Grundrecht auf Eigentum in Art. 14 Abs. 1 GG umfasst eine staatliche Schutzpflicht.<sup>10</sup>

Da infolge des Klimawandels auch in Deutschland Eigentum, insbesondere landwirtschaftlich genutzte Flächen und Immobilien, auf unterschiedliche Weise Schaden nehmen können, schließt Art. 14 Abs. 1 GG eine Schutzpflicht des Staates hinsichtlich der Eigentumsgefahren des Klimawandels ein.<sup>11</sup> Eine Grundrechtsverletzung aus Art. 14 Abs. 1 GG ist mithin nicht ausgeschlossen und möglich.

### c) Konkrete Betroffenheit

Die Beschwerdeführenden müssten von der möglichen Grundrechtsverletzung auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.

#### aa) Selbstbetroffenheit

Die Beschwerdeführenden sind selbst betroffen, indem sie sich auf ihre eigenen Grundrechte berufen und nicht die Rechte noch nicht geborener Menschen oder gar ganzer künftiger Generationen geltend machen.

#### bb) Gegenwärtigkeit

Die Beschwerdeführenden wären gegenwärtig betroffen, wenn die mögliche Verletzung der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG fortbesteht und deren Rechtsstellung einschränkt. Vorschriften, die erst im Laufe ihrer Vollziehung zu einer nicht unerheblichen Grundrechtsgefährdung führen, können schon selbst in Widerspruch zur Verfassung geraten.<sup>12</sup> Dies gilt dann, wenn der in Gang gesetzte Verlauf unumkehrbar ist.<sup>13</sup> Die durch die anthropogenen Treibhausgasemissionen verursachte Erderwärmung ist nach heutigem Stand zu weiten Teilen unumkehrbar und es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Klimawandel noch zu Lebzeiten

<sup>5</sup> Vgl. BT-Drs. 19/14337.

<sup>6</sup> Vgl. BVerfGE 152, 152 (168 Rn. 39) m.w.N. Recht auf Vergessen I.

<sup>7</sup> Vgl. EuGH, Urteil v. 26.02.2013, C-617/10 (Åkerberg), EU:C:2013:105, Rn. 29.

<sup>8</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89 (140f.) = NJW 1979, 359.

<sup>9</sup> BVerfG, NJW 2021, 1723 (1724).

<sup>10</sup> Vgl. BVerfGE 114, 1 (56) = NJW 2005, 2363.

<sup>11</sup> BVerfG, NJW 2021, 1723 (1735).

<sup>12</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89 (141) = NJW 1979, 359.

<sup>13</sup> Vgl. auch BVerfGE 140, 42 (58) = NJW 2016, 229 (230) m.w.N.



der Beschwerdeführenden in der Art voranschreitet, dass deren durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechte beeinträchtigt werden.<sup>14</sup>

Die Beschwerdeführenden sind durch die Regelungen über die bis 2030 zulässigen Treibhausgasemissionen in § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 Abs. 1 S. 2 KSG i.V.m. Anlage 2 gegenwärtig betroffen.

### cc) Unmittelbarkeit

Weiterhin müssen die Beschwerdeführenden durch die Vorschriften unmittelbar betroffen sein. Dies ist dann einschlägig, wenn die Einwirkung auf die Rechtsstellung nicht erst vermittels eines weiteren Akts bewirkt wird oder vom Ergehen eines solchen Akts abhängig ist.<sup>15</sup> Die Vorschriften bis 2030 gelten auch ohne weitere Zwischenakte unmittelbar gegenüber den Beschwerdeführenden. Wohingegen § 4 Abs. 6 KSG die Festlegung von Jahresemissionsmengen für Zeiträume nach 2030 betrifft und lediglich eine Verordnungsermächtigung enthält. Für die künftige Verordnung ist mittels einer späteren Verfassungsbeschwerde verfassungsrechtlicher Schutz zu suchen.<sup>16</sup> Insoweit sind die Beschwerdeführenden auch unmittelbar betroffen.

### 3. Grundrecht aus Art. 20a GG

Weiterhin könnte ein Verstoß gegen Art. 20a GG vorliegen. Dies setzt voraus, dass Art. 20a GG subjektive Rechte enthält. Der Schutzauftrag des Art. 20a GG umfasst auch den Klimaschutz.<sup>17</sup> Jedoch enthält Art. 20a GG keine subjektiven Rechte.<sup>18</sup> Vorschläge zur Aufnahme eines subjektiven Umweltgrundrechts in die Verfassung wurden wiederholt diskutiert.<sup>19</sup> Mit der Verfassungsreform von 1994 hat sich der verfassungsändernde Gesetzgeber jedoch dagegen entschieden.<sup>20</sup> Auch systematisch lässt sich erkennen, dass Art. 20a GG außerhalb des Grundrechtsteils der Verfassung steht und in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, der die mit der Verfassungsbeschwerde als verletzt rügbaren Rechte aufzählt, ist Art. 20a GG nicht genannt. Das BVerfG hat die Norm dementsprechend wiederholt als Staatszielbestimmung

bezeichnet.<sup>21</sup> Auf Art. 20a GG kann die Beschwerdebefugnis für eine Verfassungsbeschwerde nicht unmittelbar gestützt werden.

### 4. Grundrecht auf ein ökologisches Existenzminimum

Des Weiteren rügen die Beschwerdeführenden eine Verletzung ihres „Grundrechts auf ein ökologisches Existenzminimum“ bzw. „auf menschenwürdige Zukunft“.

Dabei ist zunächst fraglich, woraus sich dieses Grundrecht dogmatisch herleiten lässt. Einen Anhaltspunkt könnte das durch Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG gewährleistete menschenwürdige Existenzminimum<sup>22</sup> darstellen, welches auch ökologische Mindeststandards voraussetzt.<sup>23</sup> Deutschland ist dem Pariser Abkommen beigetreten und der Gesetzgeber ist nicht untätig geblieben. Dass der Staat Anforderungen verletzt hat, die zur Vermeidung existenzbedrohender Zustände katastrophalen oder gar apokalyptischen Ausmaßes an ihn gerichtet sein könnten, kann nicht festgestellt werden. Er hat im KSG konkrete Maßgaben zur Reduktion von Treibhausgasen festgelegt. Auf dieser Grundlage erscheint es bei entsprechender Anstrengung möglich, dass – soweit Deutschland zur Lösung des Problems beitragen kann – jedenfalls der Eintritt katastrophaler Zustände verhindert wird.<sup>24</sup> Daher kann die Streitfrage der Existenz dahinstehen.

Die Vorschriften haben die geltend gemachten Rechte insofern nicht verletzt.

### 5. Künftig eingeschränkte Freiheitsausübung

Die Beschwerdeführenden könnten in ihren Freiheitsrechten verletzt sein, indem die in § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG i.V.m. Anlage 2 zugelassenen CO<sup>2</sup>-Emissionsmengen zu großzügig bemessen sind, sodass nach 2030 mit strengeren Regelungen zu rechnen ist, damit das Ziel der Klimaneutralität bis 2050 noch erreicht werden kann. Das Ausmaß der damit verbundenen künftigen Grundrechtsrestriktionen werden durch die genannten Vorschriften bereits jetzt mitbestimmt.<sup>25</sup>

<sup>14</sup> Stürmlinger, Klimaschutz durch Grundrechte – gerichtliche Kontrolle staatlicher Klimaschutzmaßnahmen, EurUP 2020, 169 (179); Kahl, Klimaschutz und Grundrechte, JURA 2021, 117 (125).

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 140, 42 (58).

<sup>16</sup> BVerfG, NJW 2021, 1723 (1726).

<sup>17</sup> BVerfGE 137, 350 (368f., 378); BVerfGE 155, 238 (278).

<sup>18</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.05.2001 – 1 BvR 481/01, Rn. 18; Gärditz in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 93. EL August 2020, Art. 20a GG, Rn. 24 m.w.N.

<sup>19</sup> Vgl. BT-Drs. 10/990; BT-Drs. 11/663.

<sup>20</sup> BVerfG, NJW 2021, 1723 (1727).

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 128, 1 (48); BVerfGE 134, 242 (339).

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 125, 175 (222ff.).

<sup>23</sup> Vgl. dazu Buser, Ein Grundrecht auf Klimaschutz? Möglichkeiten und Grenzen grundrechtlicher Klimaklagen in Deutschland, DVBl 2020, 1389 (1391f.); Rupp, Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes (Vortrag), JZ 1971, 401 (402); Wachter, Umweltschutz als Staatsziel, NuR 1996, 321 (321f.).

<sup>24</sup> BVerfG, NJW 2021, 1723 (1727).

<sup>25</sup> BVerfG, NJW 2021, 1723 (1728).

**a) Möglichkeit der Grundrechtsverletzung**

Diese Vorwirkung auf künftige Freiheit eröffnet die Möglichkeit, dass die Beschwerdeführenden in ihren Grundrechten verletzt werden könnten.

Potenziell betroffen ist praktisch jegliche Freiheit, da heute nahezu alle Bereiche menschlichen Lebens mit der Emission von Treibhausgasen verbunden sind und damit nach 2030 von drastischen Einschränkungen bedroht sein könnten. Es könnte an hinreichenden Vorkehrungen zur Schonung künftiger Freiheiten fehlen. § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG i.V.m. Anlage 2 regeln, welche CO<sup>2</sup>-Emissionsmenge bis 2030 zugelassen ist, und bestimmen damit zugleich, wie viel vom CO<sup>2</sup>-Restbudget verbraucht werden darf. Sie sind damit Ursache der hier in Betracht gezogenen Grundrechtsbeeinträchtigung und können auch in dieser Hinsicht die Verfassungsbeschwerdebefugnis begründen.

**b) Konkrete Betroffenheit**

Die Beschwerdeführer müssten auch durch die nach 2030 drohenden Grundrechtseingriffe selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.

**aa) Selbstbetroffenheit**

Die Beschwerdeführenden müssten selbst betroffen sein.

Die Beschwerdeführenden können die nach 2030 erforderlichen Maßnahmen zur Reduktion der CO<sup>2</sup>-Emissionen selbst noch erleben. Es handelt sich auch nicht um unzulässige sog. Popularverfassungsbeschwerden. Allein der Umstand, dass eine sehr große Zahl von Personen betroffen ist, steht einer individuellen Grundrechtsbetroffenheit nicht entgegen.<sup>26</sup> Die Beschwerdeführenden berufen sich auch hier auf ihre eigenen Grundrechte. Die Beschwerdeführenden sind selbst betroffen.

**bb) Gegenwärtigkeit**

Die Beschwerdeführenden müssten zudem gegenwärtig betroffen sein. Die beschriebene Gefahr künftiger Freiheitsbeschränkungen begründet gegenwärtig eine Grundrechtsbetroffenheit, indem § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG i.V.m. Anlage 2 Treibhausgasemissionen bis 2030 in einem sehr hohen Maße erlauben, sodass die heute möglicherweise unumkehrbar in Gang gesetzte Grundrechtsbeeinträchtigung mit einer späteren

Verfassungsbeschwerde gegen dann erfolgende Freiheitsbeschränkungen nicht mehr ohne Weiteres erfolgreich angegriffen werden könnte.<sup>27</sup>

**cc) Unmittelbarkeit**

Schließlich müssen die Beschwerdeführenden unmittelbar betroffen sein.

Hier droht die eigentliche Grundrechtsbeeinträchtigung zwar erst infolge zukünftiger Regelungen, indes ist sie jedoch im jetzigen Recht unumkehrbar angelegt, sodass die Unmittelbarkeit der Betroffenheit heute zu bejahen ist. Die Beschwerdeführenden sind daher auch beschwerdebefugt, soweit sie geltend machen, dass ihnen nach 2030 eine verfassungswidrige Gefährdung ihrer grundrechtlich geschützten Freiheiten droht.

**dd) Zwischenergebnis**

Die Beschwerdeführenden sind beschwerdebefugt.

**V. Rechtswegerschöpfung und Grundsatz der Subsidiarität****1. Erschöpfung des Rechtswegs**

§ 90 Abs. 2 BVerfGG verlangt vor der Erhebung der Verfassungsbeschwerde, dass der fachgerichtliche Rechtsweg erschöpft wird. Ein Rechtsweg unmittelbar gegen die angegriffenen gesetzlichen Bestimmungen existiert nicht, vgl. § 93 Abs. 3 BVerfGG.

**2. Grundsatz der Subsidiarität**

Ein Rechtsweg gegen Bundesgesetze wie das KSG ist nicht gegeben, sodass insoweit der durch das BVerfG entwickelte Grundsatz der Subsidiarität gewahrt werden muss. Hiernach haben die Beschwerdeführenden vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde grundsätzlich alle nach Lage der Dinge zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten zu ergreifen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in dem unmittelbar mit ihr zusammenhängenden sachnächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen.<sup>28</sup> Die Anforderungen dieses in § 90 Abs. 2 BVerfGG zum Ausdruck kommenden Grundsatzes beschränken sich nicht darauf, nur die zur Erreichung des unmittelbaren Prozessziels förmlich eröffneten Rechtsmittel zu ergreifen, sondern verlangen, alle Mittel zu ergreifen, die der geltend gemachten Grundrechtsverletzung abhelfen können. Damit soll erreicht

<sup>26</sup> Vgl. VG Berlin NVwZ 2020, 1289 (1293).

<sup>27</sup> Vgl. dazu BVerfGE 140, 42 (58) m.w.N.

<sup>28</sup> StRspr., vgl. BVerfG NZM 2016, 685 (686) m.w.N.

werden, dass das BVerfG nicht auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage weitreichende Entscheidungen treffen muss, sondern zunächst die für die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts primär zuständigen Fachgerichte die Sach- und Rechtslage vor einer Anrufung des BVerfG aufgearbeitet haben.<sup>29</sup>

Für die Beschwerdeführenden besteht jedoch keine zumutbare fachgerichtliche Rechtsschutzmöglichkeit. Eine gegen die angegriffenen Regelungen gerichtete Feststellungsklage vor den Verwaltungsgerichten dürfte nicht zulässig sein.<sup>30</sup> Die Inanspruchnahme fachgerichtlichen Rechtsschutzes ist im Übrigen auch dann nicht geboten, wenn von der vorherigen Durchführung eines Gerichtsverfahrens weder die Klärung von Tatsachen noch die Klärung von einfachrechtlichen Fragen zu erwarten ist, auf die das BVerfG bei der Entscheidung der verfassungsrechtlichen Fragen angewiesen wäre, sondern deren Beantwortung allein von der Auslegung und Anwendung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe abhängt.<sup>31</sup> Auch danach war eine Anrufung der Fachgerichte nicht erforderlich, weil hiervon keine Vertiefung oder Verbreiterung des tatsächlichen und rechtlichen Materials zu erwarten wäre. Insbesondere sind keine Fragen der Auslegung des einfachen Rechts entscheidungserheblich.

Somit wurde der Grundsatz der Subsidiarität gewahrt.

## VII. Form und Frist

Die Verfassungsbeschwerden wurden form- und fristgerecht innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten des KSG (§§ 23 Abs. 1, 92, 93 Abs. 3 BVerfGG) erhoben.

## VIII. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführenden sind jeweils zulässig.

## B. Begründetheit der Verfassungsbeschwerden

Die Verfassungsbeschwerden sind gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG begründet, soweit die Beschwerdeführenden durch §§ 3, 4 KSG i.V.m. Anlage 2 in ihren Grundrechten

aus Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art. 14 Abs. 1 GG oder ihren Freiheitsrechten verletzt sind.

## I. Schutzpflichten gegenüber Beschwerdeführenden

In Betracht kommt ein Verstoß gegen grundrechtliche Schutzpflichten.

### 1. Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Zunächst müsste eine staatliche Schutzpflicht des Staates gegenüber den Beschwerdeführenden vorliegen.

Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schließt den Schutz vor Beeinträchtigungen und insbesondere vor Schädigungen grundrechtlicher Schutzgüter durch Umweltbelastungen ein, gleich von wem und durch welche Umstände sie drohen.<sup>32</sup> Den Staat trifft durch das Grundrecht auf den Schutz von Leben und Gesundheit in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch die Pflicht, Schutz vor den Gefahren des Klimawandels zu gewährleisten.<sup>33</sup> Er muss dem erheblichen Gefahrenpotenzial des Klimawandels durch Maßnahmen begegnen, die in internationaler Einbindung dazu beitragen, die menschengemachte Erwärmung der Erde anzuhalten und den daraus resultierenden Klimawandel zu begrenzen. Dass der deutsche Staat diesen Klimawandel wegen der globalen Wirkung und des globalen Charakters seiner Ursachen nicht allein, sondern nur in internationaler Einbindung anhalten kann, steht der Annahme der grundrechtlichen Schutzpflicht nicht prinzipiell entgegen.<sup>34</sup> Ergänzend sind positive Schutzmaßnahmen (sogenannte Anpassungsmaßnahmen) erforderlich, die die Folgen des Klimawandels lindern.<sup>35</sup>

### 2. Verletzung der Schutzpflicht

Der Staat müsste die Schutzpflicht durch die angegriffenen Vorschriften in §§ 3, 4 KSG verletzt haben. Ob ausreichende Maßnahmen getroffen sind, um grundrechtliche Schutzpflichten zu erfüllen, ist verfassungsgerichtlich nur begrenzt überprüfbar.<sup>36</sup> Die aus den Grundrechten folgenden subjektiven Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe einerseits und die sich aus der objektiven Bedeutung der

<sup>29</sup> BVerfGE 150, 309 (326).

<sup>30</sup> Vgl. dazu BVerwGE 136, 54 (58ff.).

<sup>31</sup> Vgl. BVerfGE 88, 384 (400); 91, 294 (306); 98, 218 (244); 143, 246 (322); 150, 309 (326f.); 155, 238 (267).

<sup>32</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89 (140f.); *Sparwasser/Engel/Vofßkuhle*, Umweltrecht, 5. Aufl. 2003, S. 51f.

<sup>33</sup> Vgl. auch VG Berlin, Urt. v. 31.10.2019 - 10 K 412.18, Rn. 70; Groß, Verfassungsrechtliche Klimaschutzverpflichtungen, EurUP 2019, 353 (361); Bickenbach, Subjektiv-öffentliches Recht auf Klimaschutz? Die Erderwärmung vor den Gerichten, JZ 2020, 168 (170f.).

<sup>34</sup> Vgl. Groß, Die Ableitung von Klimaschutzmaßnahmen aus grundrechtlichen Schutzpflichten, NVwZ 2020, 337 (340f.); Kahl (Fn. 14), Jura 2021, 117 (127f.); Meyer, Grundrechtsschutz in Sachen Klimawandel?, NJW 2020, 894 (899).

<sup>35</sup> S. dazu insbesondere Bundesregierung, Deutsche Anpassungsstrategie an den Klimawandel 2008, [www.bmu.de/download/deutsche-anpassungsstrategie-an-den-klimawandel](http://www.bmu.de/download/deutsche-anpassungsstrategie-an-den-klimawandel) (Abruf v. 20.07.2021); UBA, Monitoringbericht 2019 zur Deutschen Anpassungsstrategie an den Klimawandel, [www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltbundesamt-2019-monitoringbericht-2019-zur](http://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltbundesamt-2019-monitoringbericht-2019-zur) (Abruf v. 20.07.2021).

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE 77, 170 (214f.); 79, 174 (202).

Grundrechte ergebenden Schutzpflichten andererseits unterscheiden sich insofern grundlegend voneinander, als das Abwehrrecht in Zielsetzung und Inhalt ein bestimmtes staatliches Verhalten verbietet, während die Schutzpflicht grundsätzlich unbestimmt ist.<sup>37</sup> Die Entscheidung, in welcher Weise Gefahren entgegengewirkt werden soll, die Aufstellung eines Schutzkonzepts und dessen normative Umsetzung sind Sache des Gesetzgebers, dem grundsätzlich auch dann ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt, wenn er dem Grunde nach verpflichtet ist, Maßnahmen zum Schutz eines Rechtsguts zu ergreifen.<sup>38</sup> Damit liegt, wenn eine Schutzpflicht dem Grunde nach besteht, die Frage der Wirksamkeit staatlicher Schutzmaßnahmen allerdings nicht außerhalb verfassungsgerichtlicher Kontrolle.

#### a) Voraussetzungen

Das BVerfG stellt die Verletzung einer Schutzpflicht fest, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet (aa.) oder völlig unzulänglich sind (bb.), das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben (cc.).<sup>39</sup>

#### aa) Eignung der getroffenen Schutzvorkehrungen

Der Gesetzgeber hat mit den hier angegriffenen Bestimmungen des KSG Anstrengungen unternommen, zur Begrenzung des Klimawandels beizutragen. Die getroffenen Regelungen sind nicht offensichtlich ungeeignet, die Schutzgüter des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu schützen.

#### bb) Völlig unzulängliche Schutzvorkehrungen

Völlig unzulänglich wäre es, wenn der Gesetzgeber dem Klimawandel freien Lauf ließe und den grundrechtlichen Schutzauftrag allein durch Anpassungsmaßnahmen umsetzen würde.<sup>40</sup> Bei der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten ergänzen sich Emissionsminderung und Anpassungsmaßnahmen und stehen in einem untrennbaren Zusammenhang. Allein durch Anpassungsmaßnahmen ließen sich Lebens- und Gesundheitsgefahren

auch in Deutschland nicht dauerhaft hinreichend begrenzen.<sup>41</sup> Der Gesetzgeber muss Leben und Gesundheit also insbesondere durch Beiträge zur Bekämpfung des Klimawandels schützen. Dies tut er mit dem KSG und in anderen Gesetzen, durch die der Ausstoß von Treibhausgasemissionen beschränkt wird.

#### cc) Erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleibende Schutzvorkehrungen

Die Regelungen des KSG könnten jedoch erheblich hinter dem durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gebotenen Schutzniveau zurückbleiben.

Nach § 1 S. 3 KSG liegt dem KSG die Verpflichtung nach dem Pariser Abkommen zugrunde, den Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen („Paris-Ziel“). Die Beschwerdeführenden machen indessen geltend, dass die aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgende Schutzpflicht nur erfüllt werden könne, wenn das Ziel verfolgt werde, die Erderwärmung auf höchstens 1,5 °C zu begrenzen. Dass eine durchschnittliche Erderwärmung um mehr als 1,5 °C erhebliche Klimafolgen hätte, entspricht verbreiteter Einschätzung.<sup>42</sup> Diese ist insbesondere auf den IPCC-Sonderbericht über die Folgen einer globalen Erwärmung um 1,5 °C von 2018 gestützt.<sup>43</sup>

Wenn der Gesetzgeber dem nationalen Klimaschutzrecht gleichwohl die Verständigung der Vertragsstaaten des Pariser Übereinkommens zugrunde gelegt hat, die Erderwärmung auf deutlich unter 2 °C und möglichst 1,5 °C zu begrenzen, mag dies danach politisch als zu wenig ambitioniert beurteilt werden. Angesichts der erheblichen Unsicherheit, die der IPCC selbst durch die Angabe von Spannbreiten und Ungewissheiten dokumentiert hat, bleibt dem Gesetzgeber bei der Erfüllung seiner grundrechtlichen Schutzpflicht derzeit jedoch ein erheblicher Entscheidungsspielraum<sup>44</sup>, zumal er die Erfordernisse des Gesundheitsschutzes auch mit entgegenstehenden Belangen in Einklang zu bringen hat.<sup>45</sup>

<sup>37</sup> BVerfG, NJW 2021, 1723 (1732).

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 96, 56 (64); 121, 317 (356).

<sup>39</sup> Vgl. BVerfGE 142, 313 (337f.) m.w.N.

<sup>40</sup> Vgl. Rechtbank Den Haag, Urt. v. 24.06.2015, C/09/456689/HA ZA 13-1396, Rn. 4.75; Hoge Raad der Niederlande, Urt. v. 20. 12.2019, 19/00135, Rn. 7.5.2.

<sup>41</sup> Vgl. Groß (Fn. 34), NVwZ 2020, 337 (341); Kahl (Fn. 14), Jura 2021, 117 (128).

<sup>42</sup> Vgl. nur BMU, Klimaschutz in Zahlen, Ausgabe 2019, S. 10.

<sup>43</sup> IPCC, Special Report, Global Warming of 1.5 °C, 2018, s. auch IPCC, Sonderbericht, 1,5°C Globale Erwärmung, Zusammenfassung für politische Entscheidungsträger, 2018, jeweils [www.ipcc.ch/sr15/](http://www.ipcc.ch/sr15/) (Abruf v. 20.07.2021).

<sup>44</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89 (131); 83, 130 (141f.).

<sup>45</sup> Vgl. BVerfGE 88, 203 (254).

Wenn Regierung und Gesetzgeber danach davon ausgehen, dass bei einer Begrenzung des Anstiegs der Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2 °C und möglichst 1,5 °C (§ 1 S. 3 KSG) die Folgen des Klimawandels in Deutschland durch Anpassungsmaßnahmen so weit gelindert werden könnten, dass das durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gebotene Schutzniveau gewahrt wird, überschreiten sie jedenfalls gegenwärtig nicht ihren durch die grundrechtliche Schutzpflicht belassenen Entscheidungsspielraum.<sup>46</sup>

### b) Zwischenergebnis

Ein Verstoß gegen die Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG liegt nicht vor.

## 2. Schutzpflicht aus Art. 14 Abs. 1 GG

### a) Schutzpflicht

Auch das Grundrecht auf Eigentum in Art. 14 Abs. 1 GG umfasst eine staatliche Schutzpflicht.<sup>47</sup>

Da infolge des Klimawandels auch in Deutschland Eigentum, insbesondere landwirtschaftlich genutzte Flächen und Immobilien, auf unterschiedliche Weise Schaden nehmen können, schließt Art. 14 Abs. 1 GG eine Schutzpflicht des Staates hinsichtlich der Eigentumsgefahren des Klimawandels ein.

### b) Verletzung

Es lässt sich derzeit nicht feststellen, dass die grundrechtliche Schutzpflicht durch die von den Beschwerdeführenden beanstandeten Regelungen verletzt ist. Auch insoweit liegt angesichts des Spielraums des Gesetzgebers bei der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten ein Verfassungsverstoß erst dann vor, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen, die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich wären, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückblieben.<sup>48</sup>

Weiten Spielraum hat der Gesetzgeber insbesondere dabei, wie er die Belange der durch den Klimawandel gefährdeten Eigentümer und die einem strengeren Klimaschutz entgegenstehenden Belange zu einem angemessenen Ausgleich bringt. Es ist derzeit nicht erkennbar, dass dieser

durch die angegriffenen Regelungen überschritten ist.

Die Vorschriften in §§ 3, 4 KSG verstoßen daher nicht gegen grundrechtliche Schutzpflichten.

## II. Intertemporale Freiheitssicherung

Die §§ 3, 4 KSG könnten jedoch gegen Grundrechte in ihrer Abwehrfunktion verstoßen, wenn durch die bis 2030 gesetzlich zugelassenen Emissionen nach 2030 Grundrechtseingriffe drohen, die verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt sind.

### 1. Schutzbereich der Grundrechte

Der Schutzbereich der Grundrechte müsste betroffen sein. Das Grundgesetz schützt sämtliche menschlichen Freiheitsbetätigungen durch spezielle Freiheitsgrundrechte und jedenfalls durch die als dem grundlegenden allgemeinen Freiheitsrecht<sup>49</sup> in Art. 2 Abs. 1 GG verbürgte allgemeine Handlungsfreiheit<sup>50</sup>. Geschützt ist auch die aktuell noch hohe Zahl an Verhaltensweisen des täglichen Lebens, des Arbeitens und des Wirtschaftens, die unmittelbar oder mittelbar dazu führen, dass CO<sup>2</sup>-Emissionen in die Erdatmosphäre gelangen. Als intertemporale Freiheitssicherung schützen die Grundrechte die Beschwerdeführenden hier vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasmindерungslast in die Zukunft.

### 2. Eingriff in den Schutzbereich

Fraglich ist, ob die heute geltenden gesetzlichen Regelungen bereits einen Eingriff in den Schutzbereich darstellen. Die Entscheidung des Gesetzgebers, bis zum Jahr 2030 die in § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG i.V.m. Anlage 2 geregelte Menge an CO<sup>2</sup>-Emissionen zuzulassen, entfaltet eingriffsähnliche Vorwirkung auf die durch das Grundgesetz geschützte Freiheit der Beschwerdeführenden.<sup>51</sup> Die Vorschriften, die jetzt CO<sup>2</sup>-Emissionen zulassen, begründen eine unumkehrbar angelegte rechtliche Gefährdung künftiger Freiheit, indem sich mit jeder CO<sup>2</sup>-Emissionsmenge, die heute zugelassen wird, das verfassungsrechtlich vorgezeichnete Restbudget irreversibel verkleinert und CO<sup>2</sup>-relevanter Freiheitsgebrauch stärkeren, verfassungsrechtlich gebotenen Restriktionen

<sup>46</sup> BVerfG NJW 2021, 1723 (1735).

<sup>47</sup> Vgl. BVerfGE 114, 1 (56).

<sup>48</sup> Vgl. BVerfGE 141, 313 (337f.) m.w.N.

<sup>49</sup> Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 309ff.; Eifert in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 18 Rn. 39ff. m.w.N.

<sup>50</sup> Grundlegend BVerfGE 6, 32 (36f.).

<sup>51</sup> BVerfG NJW 2021, 1723 (1737).

ausgesetzt sein wird.<sup>52</sup> Für den Zeitraum nach 2030 sieht § 4 Abs. 6 KSG eine Verordnungsermächtigung vor.

Konkret herbeigeführt wird die Gefährdung also durch jene Regelungen, die festlegen, welche CO<sup>2</sup>-Emissionsmengen heute zulässig sind. Die durch § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG i.V.m. Anlage 2 zugelassenen Jahresemissionsmengen haben damit eine unausweichliche, eingriffsähnliche Vorwirkung auf die nach 2030 bleibenden Möglichkeiten, von der grundrechtlich geschützten Freiheit tatsächlich Gebrauch zu machen.

Diese Vorwirkung wirkt nicht bloß faktisch, sondern auch rechtlich: Es ist das Verfassungsrecht selbst, das mit jedem Anteil, der vom endlichen CO<sup>2</sup>-Budget verzehrt wird, umso dringender aufgibt, weitere CO<sup>2</sup>-relevante Freiheitsausübung zu unterbinden. Diese rechtlich vermittelte eingriffsähnliche Vorwirkung aktueller Emissionsmengenregelungen bedarf wegen der gegenwärtig weitestgehend irreversiblen Wirkung der einmal zugelassenen und in die Erdatmosphäre gelangten Emissionsmengen bereits heute verfassungsrechtlicher Rechtfertigung.

### 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Bei der hier gegebenen Grundrechtsvorwirkung ist Voraussetzung, dass die angegriffenen Regelungen auch mit objektivem Verfassungsrecht vereinbar sind.

Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Gefahr künftiger Freiheitseinbußen setzt zum einen voraus, dass die beiden über das Ausmaß künftiger Freiheitseinbußen mitbestimmenden Vorschriften des KSG mit elementaren Grundentscheidungen des Grundgesetzes vereinbar sind.<sup>53</sup> Zum anderen dürfen sie nicht zu unverhältnismäßigen Belastungen der künftigen Freiheit der Beschwerdeführenden führen.

#### a) Vereinbarkeit mit Art. 20a GG

Eine solche grundlegende Verfassungsbestimmung enthält Art. 20a GG.<sup>54</sup> Die Vereinbarkeit mit Art. 20a GG ist daher Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen.<sup>55</sup> Auch die Gefährdung künftiger Freiheit wäre verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, wenn die Vorschriften gegen

Art. 20a GG verstießen, weil der verfassungsrechtlich gebotene Klimaschutz nach den dort bis 2030 zugelassenen Emissionsmengen nach 2030 nicht mehr realisiert werden könnte.

Art. 20a GG verpflichtet den Staat zum Klimaschutz<sup>56</sup> und zielt auf die Herstellung von Klimaneutralität. Art. 20a GG genießt indessen keinen unbedingten Vorrang gegenüber anderen Belangen, sondern ist im Konfliktfall in einen Ausgleich mit anderen Verfassungsrechtsgütern und Verfassungsprinzipien zu bringen.<sup>57</sup> Wegen der nach heutigem Stand weitestgehenden Unumkehrbarkeit des Klimawandels wäre eine Überschreitung der zum Schutz des Klimas einzuhaltenden Temperaturschwelle jedoch nur unter engen Voraussetzungen – etwa zum Schutz von Grundrechten – zu rechtfertigen. Zudem nimmt das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel weiter zu.

Der Klimaschutzverpflichtung aus Art. 20a GG steht nicht entgegen, dass Klima und Klimaerwärmung globale Phänomene sind und die Probleme des Klimawandels daher nicht durch die Klimaschutzbeiträge eines Staates allein gelöst werden können.

Mit dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen auch für künftige Generationen verpflichtet Art. 20a GG auf ein Ziel, das der nationale Gesetzgeber für das Klima nicht allein, sondern nur in internationaler Kooperation erreichen kann.

Der Klimaschutzauftrag aus Art. 20a GG hat daher neben der nationalen auch internationale Dimension und verpflichtet den Staat, eine Lösung des Klimaschutzproblems gerade auch auf überstaatlicher Ebene zu suchen. Die völkerrechtlichen Vorgaben wie das Pariser Abkommen stellen dabei eine Konkretisierung des Klimaschutzes auf nationaler verfassungsrechtlicher Ebene dar.

Art. 20a GG lässt der Gesetzgebung allerdings erheblichen Gestaltungsspielraum. In Wahrnehmung seines Konkretisierungsauftrags und seiner Konkretisierungsprerogative hat der Gesetzgeber das Klimaschutzziel des Art. 20a GG aktuell durch § 1 S. 3 KSG dahingehend bestimmt, dass der Anstieg der globalen

<sup>52</sup> BVerfG NJW 2021, 1723 (1738).

<sup>53</sup> Vgl. grundlegend BVerfGE 6, 32 (41).

<sup>54</sup> Vgl. BVerfGE 128, 1 (48); 134, 242 (339).

<sup>55</sup> Vgl. bereits BVerfGE 134, 242 (339, 342f., 354f.); so auch Kahl, Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht – Teil 1, JZ 2010, 668 (670 Fn. 17).

<sup>56</sup> Vgl. BVerfGE 118, 79 (110f.); 137, 350 (368f., 378).

<sup>57</sup> Vgl. BT-Drucks. 12/6633, S. 6f.; BVerfGE 127, 293 (328).

Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen ist. Der gesetzgeberische Spielraum des Art. 20a GG ist damit derzeit nicht überschritten. Die Temperaturschwelle des § 1 S. 3 KSG ist als verfassungsrechtlich maßgebliche Konkretisierung auch der verfassungsgerichtlichen Prüfung zugrunde zu legen.

Art. 20a GG ist daher im Lichte der völkerrechtlichen Vereinbarungen auszulegen. Unter Berücksichtigung des Spielraums des Gesetzgebers verletzen die Regelungen des § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG i.V.m. Anlage 2 daher auch nicht das verfassungsrechtliche Klimaschutzgebot aus Art. 20a GG.

### b) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Des Weiteren muss bei Grundrechtsvorwirkungen schon heute der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gem. Art. 20 Abs. 3 GG beachtet werden.

#### Hinweis:

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert grundsätzlich eine Prüfung, in der der mit der Maßnahme verfolgte Zweck (Ziel) herausgearbeitet wird sowie geprüft wird, ob dieser Zweck rechtlich legitim und damit zulässig ist. Vorliegend wählte das BVerfG aufgrund der Besonderheit der Vorwirkung des Grundrechtseingriffs einen besonderen Prüfungsaufbau. Der typische Aufbau der Verhältnismäßigkeit in vierstufiger Prüfung ist übersichtshalber hier nochmals dargestellt.

#### 1. Legitimer Zweck und legitimes Mittel

*Legitime Zwecke umfassen grundsätzlich alle öffentlichen Interessen, Ausnahmen:*

- vorbehaltlose Grundrechte, bei denen sich der legitime Zweck auf den Schutz von Verfassungsgütern beschränkt
- qualifizierte Gesetzesvorbehalte wie in Art. 13 Abs. 2, Art. 13 Abs. 7 GG
- Zweckbeschränkungen (z.B. bei der Drei-Stufen Theorie im Rahmen des Art. 12 GG)

#### 2. Geeignetheit

*Geeignet ist das Mittel, wenn mit seiner Hilfe der angestrebte Zweck gefördert werden kann. Mittel, die zur Erreichung des Zwecks „schlechthin ungeeignet“<sup>58</sup> sind, werden ausgedeutet.*

*Dem Gesetzgeber wird hierbei ein Prognosespielraum eingeräumt.*

#### 3. Erforderlichkeit

*Erforderlich ist das Mittel, wenn kein anderes gleich geeignetes, aber weniger belastendes Mittel zur Verfügung steht. Bei der Beurteilung hinsichtlich der gleichen bzw. besseren Eignung ist dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zugestanden.*

#### 4. Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.)

*Angemessen ist das Mittel, wenn der Grundrechtseingriff nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck und den dabei erstrebten Vorteilen für die Allgemeinheit steht.<sup>59</sup> Hierfür erfolgt eine Gesamtabwägung zwischen den Auswirkungen für den Betroffenen und den entgegenstehenden öffentlichen Interessen. Die Abwägung kann in den drei Schritten der abstrakten Wertigkeit des Mittels und des Zwecks, der konkreten Schwere des Eingriffs und des Grads der Zweckerreichung sowie zuletzt als Abwägung der widerstreitenden Belange vorgenommen werden.<sup>60</sup>*

#### aa) Notwendigkeit grundrechtsschonender Vorkehrungen

Die Grundrechte verpflichten den Gesetzgeber, die nach Art. 20a GG verfassungsrechtlich notwendigen Reduktionen von CO<sup>2</sup>-Emissionen bis hin zur Klimaneutralität vorausschauend so zu gestalten, dass die damit verbundenen Freiheitseinbußen trotz steigender Klimaschutzanforderungen weiterhin zumutbar ausfallen und die Reduktionslasten über die Zeit und zwischen den Generationen nicht einseitig zulasten der Zukunft verteilt sind.<sup>61</sup> Aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit folgt, dass nicht einer Generation zugestanden werden darf, unter vergleichsweise milder Reduktionslast große Teile des CO<sup>2</sup>-Budgets zu verbrauchen, wenn damit zugleich den nachfolgenden Generationen eine radikale Reduktionslast überlassen und deren Leben schwerwiegenden Freiheitseinbußen ausgesetzt würde.<sup>62</sup> Zwar können selbst gravierende Freiheitseinbußen künftig zum Schutz des Klimas verhältnismäßig und gerechtfertigt sein; gerade aus

<sup>58</sup> BVerfGE 30, 250 (262ff.); 55, 28 (30).

<sup>59</sup> Voßkuhle, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, 429 (430).

<sup>60</sup> Klatt/Meister, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2014, 193 (196).

<sup>61</sup> Vgl. Kreuter-Kirchhof, Das Pariser Klimaschutzübereinkommen und die Grenzen des Rechts – eine neue Chance für den Klimaschutz, DVBl 2017, 97 (102).

<sup>62</sup> BVerfG NJW 2021, 1723 (1739).

dieser künftigen Rechtfertigbarkeit droht die Gefahr, erhebliche Freiheitseinbußen hinnehmen zu müssen. In Anbetracht der Tatsache, dass die Weichen für künftige Freiheitsbelastungen aber bereits durch die aktuelle Regelung zulässiger Emissionsmengen gestellt werden, muss deren Auswirkung auf künftige Freiheit aus heutiger Sicht und zum jetzigen Zeitpunkt – in dem die Weichen noch umgestellt werden können – verhältnismäßig sein.<sup>63</sup>

Der Gesetzgeber muss daher rechtzeitig Vorkehrungen zur Gewährleistung eines freiheitsschonenden Übergangs in die Klimaneutralität treffen.

Die gesetzlichen Maßgaben für die Fortschreibung des Reduktionspfads nach 2030 sind verfassungsrechtlich unzureichend. So kann zwar nicht verlangt werden, dass die absinkenden Emissionsmengen bereits jetzt bis zum Ende, also bis zur Erreichung der für 2050 angestrebten Klimaneutralität, konkret bestimmt werden. Jedoch genügt es nicht, dass § 4 Abs. 6 KSG die Bundesregierung lediglich dazu verpflichtet, im Jahr 2025 für weitere Zeiträume nach dem Jahr 2030 jährlich absinkende Emissionsmengen durch Rechtsverordnung festzulegen. Gerade weil der Reduktionspfad im Jahr 2025 kaum endgültig festgelegt werden kann und soll, genügt es nicht, die Bundesregierung lediglich dazu zu verpflichten, einmal – im Jahr 2025 – eine weitere Festlegung zu treffen. Vielmehr müsste zumindest bestimmt werden, in welchen Zeitabständen weitere Festlegungen transparent zu treffen sind.<sup>64</sup>

#### **bb) Unzureichende Regelung durch § 4 Abs. 6 KSG**

Sofern der Gesetzgeber bei der Neuregelung der Maßgaben für die Festlegung von Jahresemissionsmengen für Zeiträume nach 2030 an der Einbindung des Verordnungsgebers festhalten will, kann er dies zwar im Grundsatz tun, muss aber nach Art. 80 Abs. 1 GG und dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts selbst Regelungen zur Größe der Jahresemissionsmengen treffen. Er kann diese schrittweise unmittelbar selbst regeln oder aber auch dem Verordnungsgeber wesentliche Kriterien für die Bemessung der jährlichen Mengen vorgeben. § 4 Abs. 6 KSG genügt diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG bislang nicht. Danach müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden (sog. Bestimmtheitstrias).<sup>65</sup> Der Gesetzgeber hat der Bundesregierung zur Bemessung der

weiteren Jahresemissionsmengen für die Zeit nach 2030 keine hinreichend bestimmten Vorgaben gemacht.

#### **4. Zwischenergebnis**

§ 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG i.V.m. Anlage 2 sind daher insoweit verfassungswidrig, als eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Regelung über die Fortschreibung der Minderungsziele für den Zeitraum ab dem Jahr 2030 fehlt. Die Verfassungsbeschwerden sind insoweit begründet.

#### **C. Ergebnis**

Die Verfassungsbeschwerden haben Erfolg.

### FAZIT

Mit der Entscheidung werden viele verfassungsrechtliche Aspekte aufgegriffen und thematisiert. Gerade im Bereich des Klimaschutzes hat das BVerfG die Grundsätze des Art. 20a GG konkretisiert und dargestellt, dass die jetzigen Regelungen die Freiheit künftiger Generationen bedrohen, sodass der Gesetzgeber zum Handeln verpflichtet wurde. Besondere Beachtung verdient die neue Konstruktion des vorwirkenden Grundrechtseingriffs, welche sicherlich auch in weiteren Konstellationen relevant werden wird.

Die Entscheidung hat der Bundestag mit Gesetzesbeschluss vom 24. Juni 2021, der den Bundesrat am 25. Juni 2021 passierte, mit dem Ziel umgesetzt, den verfassungswidrigen Zustand zu beheben.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Ebd.

<sup>64</sup> BVerfG NJW 2021, 1723 (1750).

<sup>65</sup> Ebd.

<sup>66</sup> Pressemitteilung der Bundesregierung, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/klimaschutzgesetz-2021-1913672> (Abruf v. 30.07.2021).





## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ZIVILRECHT

**BGH III ZR 169/20, Urt. v. 06.05.2021 (Leistungsverpflichtung eines Partnervermittlungsvertrages)**

Der Ausschluss des Widerrufsrechts gem. § 356 Abs. 4 S. 1, 2 BGB erfordert, dass zum Zeitpunkt der Widerrufserklärung die Hauptleistungspflicht vollständig erbracht wurde. Für die Auslegung, welche Pflichten gem. §§ 133, 157 BGB Hauptleistungspflichten sind, ist entscheidend, worauf es den Parteien in hohem Grade ankam. Danach entspricht bei einem Partnervermittlungsvertrag die Zusammenstellung von Partnervorschlägen, ohne Überlassung an den Kunden noch keiner vollständig erbrachten Hauptleistungspflicht. Für den Kunden ist allein die Zusendung der Vorschläge mit Namen und Kontaktdaten von Bedeutung. Etwas anderes gilt selbst dann nicht, wenn nach den AGB der Partnervermittlung (allein) die Erstellung der Vorschläge Hauptleistungspflicht der Vermittlung ist. Diese Bestimmung ist gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Durch AGB kann der Vertragsgegenstand nicht verändert werden. Die Berechnung des Wertersatzanspruches aus § 357 Abs. 8 Satz 1 BGB richtet sich nach der einschlägigen Rechtsprechung des EuGHs nach einer zeitanteiligen Berechnung anhand des vereinbarten Preises. Eine Ausnahme von einer zeitanteiligen Berechnung gilt nur, wenn der geschlossene Vertrag ausdrücklich vorsieht, dass eine oder mehrere der Leistungen gleich zu Beginn der Vertragsausführung vollständig und gesondert zu einem getrennt zu zahlenden Preis erbracht werden.

**BGH III ZR 125/19, Urt. v. 17.06.2021 (Anwendung des § 656 Abs. 1 BGB auf einen Online-Partnervermittlungsvertrag)**

In der Vergangenheit hat der BGH eine entsprechende Anwendung des § 656 Abs. 1 BGB zunächst auf den Eheanbahnungs- und auf den Partnerschaftsanbahnungsvertrag angenommen. Dies hat er damit begründet, dass nach dem Zustandekommen der Ehe oder Partnerschaft die Honorarklage aus solchen Verträgen die Intimsphäre der Kunden ebenso beeinträchtigen würde wie bei einer Klage auf den sog. Ehemaklerlohn. Prozesse seien vor allem dann zu erwarten, wenn die Bemühungen des Vermittlers erfolglos geblieben seien, sodass häufig mit dem Einwand zu rechnen sei, der Vermittler habe seine vertraglichen Pflichten nicht gehörig erfüllt, indem er auf mögliche Partner nicht intensiv genug eingewirkt oder Personen benannt habe, die ungeeignet seien. Diese Gründe gelten für den verfahrensgegenständlichen Vertrag über eine „Online-Partnervermittlung“ jedoch nicht. Dort besteht die Leistungspflicht der Plattform vor allem darin, ihren Kunden einen unbeschränkten Zugang zu der Plattform zu gewähren, auf der diese aus eigener Initiative einen Kontakt herstellen können. Zwar stellt auch die Plattformbetreiberin ihren Kunden Vorschläge zur Verfügung. Diese beruhen aber allein auf einem elektronischen Abgleich der nicht näher überprüften Angaben der Kunden. Eine individuelle, persönliche Auswertung findet nicht statt. Auch eine Gewähr für die Richtigkeit dieser Angaben und damit für die Qualität der Vorschläge übernimmt die Plattform nicht. Es bestehen daher keine Anhaltspunkte dafür, dass eine vergleichbare Situation wie bei herkömmlichen Partnervermittlungsvertrag besteht.

**BGH V ZR 234/19, Urt. v. 11.06.2021 (Selbsthilferecht trotz Beeinträchtigung der Standfestigkeit eines Baumes)**

Die Frage, ob einem Grundstückseigentümer ein Recht zur Entfernung von Ästen zusteht, welche von Nachbargrundstücken herüberhängen, richtet sich einzig nach § 910 BGB. Das Selbsthilferecht aus § 910 Abs. 1 BGB sollte nach der Vorstellung des Gesetzgebers einfach und verständlich ausgestaltet sein, es unterliegt daher insbesondere keiner Verhältnismäßigkeits- oder Zumutbarkeitsprüfung. Maßgeblich ist einzig, ob der Überhang die Nutzung des Grundstücks beeinträchtigt, § 910 Abs. 2 BGB. Auch eine drohende Beeinträchtigung der Standfestigkeit des Baumes bei Abtrennung des Überhangs ist grundsätzlich unbeachtlich. Die Verantwortung dafür, dass Äste nicht über die Grenzen des Grundstücks hinauswachsen, liegt bei dem Eigentümer des Grundstücks, auf dem der Baum steht; er ist hierzu im Rahmen der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung seines Grundstücks gehalten. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach und lässt er die Zweige des Baumes über die Grundstücksgrenze wachsen, dann kann er nicht unter Verweis darauf, dass der Baum (nunmehr) droht, durch das Abschneiden der Zweige an der Grundstücksgrenze seine Standfestigkeit zu verlieren oder abzusterben, von seinem Nachbarn verlangen, das Abschneiden zu unterlassen und die Beeinträchtigung seines

Grundstücks hinzunehmen. Das Selbsthilferecht nach § 910 BGB kann aber durch naturschutzrechtliche Regelungen, etwa durch Baumschutzsatzungen oder -verordnungen, eingeschränkt sein.

---

**BGH VII ZR 78/20, Urt. v. 05.05.2021 (Altersdiskriminierung nach dem AGG bei Open-Air-Events)**

Ob es sich bei einem zivilrechtlichen Schuldverhältnis um ein Massengeschäft i.S.d. § 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 AGG handelt, das typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommt, bestimmt sich nach einer allgemeinen, typisierenden Betrachtungsweise. Abzustellen ist nicht auf den einzelnen Anbieter, sondern auf die Verkehrssitte. Für das Vorliegen einer solchen Verkehrssitte trifft denjenigen, der sich auf die Benachteiligung beruft, die volle Beweislast, § 22 AGG findet hierbei keine Anwendung. Gelingt demjenigen, der wegen seines Alters zu einem Open-Air Event nicht zugelassen wurde, der Nachweis einer entsprechenden Verkehrssitte nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts, scheidet eine Benachteiligung gem. § 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 AGG aus. Ob ein Ansehen der Person bei der Begründung eines zivilrechtlichen Schuldverhältnisses i.S.d. § 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 AGG nachrangige Bedeutung hat, bestimmt sich nach der Art des zu betrachtenden Schuldverhältnisses in seiner konkreten Ausprägung. Bei Schuldverhältnissen wie öffentlichen Party-Event-Veranstaltungen kann die Zusammensetzung des Besucherkreises deren Charakter prägen und daher ein anerkanntes Interesse des Unternehmers bestehen, hierauf Einfluss zu nehmen. Soweit Unternehmer im Hinblick hierauf ihr Angebot nur an eine bestimmte, nach persönlichen Merkmalen definierte Zielgruppe richten und in Umsetzung dessen nur Personen als Vertragspartner akzeptieren, die dieser entsprechen, kommt den persönlichen Eigenschaften der Vertragspartner nicht nur nachrangige Bedeutung zu. In einem solchen Fall scheidet auch eine Benachteiligung gem. § 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 AGG aus.

---

**BGH VIII ZR 254/20 u.A., Urt. v. 21.07.2021 (Reichweite der Nachlieferungspflicht bei Neuwagenkäufen)**

Bei einem Neuwagenkauf ist den Parteien regelmäßig bewusst, dass der Fahrzeughersteller nach gewisser Zeit das bisherige Modell nicht mehr herstellen, sondern durch einen Nachfolger ersetzt wird. Vor diesem Hintergrund entspricht es grundsätzlich dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien – §§ 133, 157 BGB – bei Vertragsabschluss, dass das Recht des Käufers auf eine Mangelbeseitigung durch Ersatzlieferung nicht durch einen nach Vertragsabschluss herstellerseits erfolgten Modellwechsel gem. § 275 BGB ausgeschlossen ist, sondern sich die Nachlieferungspflicht des Verkäufers in einem solchen Fall vielmehr auch auf ein entsprechendes Nachfolgemodell erstrecken soll. Es ist jedoch stets sorgfältig zu prüfen, ob und inwieweit die Parteien im jeweiligen Einzelfall die Ersatzlieferung eines Nachfolgemodells tatsächlich als angemessen angesehen haben. Ein Neuwagen verliert durch die Nutzung deutlich an Wert. Der Käufer muss im Falle der Nachlieferung das mangelhafte Fahrzeug gem. § 439 Abs. 5 BGB aber lediglich in dem abgenutzten Zustand herausgeben. Bei einem Verbrauchsgüterkauf nach §§ 474 Abs. 1 S. 1, § 475 Abs. 3 S. 1 BGB fehlt darüber hinaus eine Ersatzpflicht für die Nutzung des ursprünglichen Fahrzeugs. Im Rahmen einer typisierenden Betrachtung sowie unter Beachtung der im nationalen und europäischen Kaufrecht zugrunde gelegten Maßstäbe sind die Parteiinteressen hinreichend gewahrt, wenn der Verkäufer zur Nachlieferung eines Nachfolgemodells nur verpflichtet ist, wenn der Käufer einen entsprechenden Anspruch binnen eines Zeitraums von zwei Jahren ab Vertragsschluss erstmals geltend macht.

---

**OLG Hamm 7 U 14/21, Urt. v. 09.07.2021 (Aktivlegitimation des quasinegatorischen Unterlassungsanspruchs)**

Einer Universität als Körperschaft des öffentlichen Rechts steht wegen querulatorischer Telefonanrufe kein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2, § 823 Abs. 1 BGB wegen eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu. Vielmehr kann die Universität als Trägerin hoheitlicher Gewalt zum Schutz der Funktion ihrer Behörde aus eigener Befugnis und ohne Inanspruchnahme der Gerichte von ihrem digitalen Hausrecht Gebrauch machen und ihr Hausrecht im Wege ihrer Anstaltsgewalt durch Verwaltungsakt durchsetzen.

---

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT STRAFRECHT

**BGH 1 StR 109/20, Beschl. v. 14.05.2020 (Zurechnungszusammenhang bei § 227 StGB)**

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Geschädigte konsumierte in seinem Zimmer gemeinsam mit drei weiteren Personen erhebliche Mengen an Wodka und Bier. Nach einer verbalen Auseinandersetzung versetzte der Angeklagte dem Geschädigten mehrmals einen Faustschlag ins Gesicht. Nachdem dieser schutz- und wehrlos war, schlug der Angeklagte erneut mit der Faust in dessen Gesicht und trat mit dem Schuh auf den Geschädigten ein. In der Folge kam es zu zahlreichen weiteren stumpfen Gewalteinwirkungen, die jedoch durch das Gericht keiner der mitanwesenden Personen zweifelsfrei zugeordnet werden konnten. Die im Tatzeitraum erlittenen Verletzungen führten zu massiven Blutungen im Rachenraum, in deren Folge der Geschädigte erstickte.

Das Landgericht verurteilte den Angeklagten u.a. wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 StGB. Der BGH hob die Verurteilung auf, da das Tatgericht es versäumt habe, hinreichende Feststellungen zum Vorliegen des Zurechnungszusammenhangs zu treffen. Grundsätzlich mache sich zwar auch derjenige nach § 227 StGB strafbar, der die Verletzungen nicht eigens ausgeführt habe, jedoch aufgrund eines gemeinsamen Tatplans zum Verletzungserfolg beigetragen habe. Das Tatgericht habe jedoch nicht hinreichend dargelegt, dass der Angeklagte für die Vielzahl der Verletzungen verantwortlich gewesen sei. Ein vorsätzliches Dazwischentreten eines Dritten, welches zur Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs führen würde, sei nicht ausgeschlossen worden. Nach dem Grundsatz in dubio pro reo fehle der Verurteilung daher eine ausreichende tatsächliche Grundlage.

**BGH 2 StR 434/19, Beschl. v. 26.05.2020 (mutmaßliche Einwilligung)**

Die Entscheidung des BGH hat mit der mutmaßlichen Einwilligung einen Rechtfertigungsgrund zum Gegenstand. M, Bewohner eines Altenheims, litt an Lungenkrebs im Endstadium. Sein Arzt verschrieb ihm deshalb schmerzstillende Medikamente, darunter auch 5 mg Morphin. Eines Abends äußerte M gegenüber der Pflegekraft Z, dass er eine schmerzlindernde Spritze wolle, woraufhin die Pflegekraft A dem M 5 mg Morphin verabreichte. In den frühen Morgenstunden klagte M erneut über starke Schmerzen. Um die Schmerzen zu lindern und um Z, in die A verliebt war, zu beeindrucken, gab A dem M 10 mg Morphin. Ihm war dabei bewusst, dass der Arzt lediglich 5 mg Morphin verschrieben hatte.

Das LG Darmstadt verurteilte den Angeklagten wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB. Der BGH hob das Urteil auf Revision des Angeklagten auf, da das Tatgericht die Prüfung einer mutmaßlichen Einwilligung unterlassen habe. Die Eigenschaft des Handelnden als Nichtarzt oder die Abweichung der Handlung von einer ärztlichen Anordnung schließe eine Rechtfertigung durch eine mutmaßliche Einwilligung nicht zwingend aus. Des Weiteren fehle es auch nicht am subjektiven Rechtfertigungswillen, wenn zusätzlich zu dem Willen, im Einklang mit dem mutmaßlichen Patientenwillen zu handeln, ein anderes Motiv hinzutrete, solange der Rechtfertigungswille nicht völlig in den Hintergrund gedrängt werde.

**BGH 2 StR 132/20, Beschl. v. 23.06.2020 (versuchter Heimtückemord an Kleinstkindern)**

Die Entscheidung des BGH behandelt mit der Heimtücke ein höchst prüfungsrelevantes Mordmerkmal. Der Angeklagte unternahm den Versuch, ein Wohnhaus, in welchem seine Frau im zweiten Obergeschoss wohnte, in Brand zu setzen. Nach den Feststellungen des Gerichts nahm er dabei die Tötung und die konkrete Todesgefahr der im zweiten und dritten Obergeschoss wohnenden Personen, darunter die beiden Kleinstkinder T und S, billigend in Kauf. Der Angeklagte ging davon aus, dass alle Bewohner schlafen und sich keines Angriffs versahen. Es entstand jedoch keine ausreichende Brandlast, sodass alle Bewohner gerettet werden konnten.

Das LG Köln verurteilte den Angeklagten u.a. wegen eines (untauglichen) Versuchs des heimtückischen Mordes an neun schlafenden Personen. Der BGH änderte das landgerichtliche Urteil im Schuldspruch ab und entschied, dass der Angeklagte (nur) wegen versuchten Mordes in sieben Fällen in Tateinheit mit versuchtem Totschlag in zwei Fällen zu verurteilen sei, da der Angriff auf das Leben der Kleinkinder das Heimtückemerkmal nicht erfülle. Zwar könne sich bei Angriffen gegen das Leben von nicht zum Argwohn fähigen Kleinstkindern (bis zum Alter von etwa 3 Jahren) nach ständiger

Rechtsprechung ein heimtückisches Handeln auch daraus ergeben, dass der Täter die Arglosigkeit schutzbereiter Dritter ausnutze. Jedoch scheidet ein heimtückisches Handeln vorliegend aus, da der schutzbereite Dritte in der konkreten Tat-situation nicht in der Lage gewesen sei, den Schutz der Kinder wirksam zu erbringen.

---

#### **BGH 2 StR 229/20, Beschl. v. 28.07.2020 (Gewahrsamslage beim Diebstahl)**

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Angeklagten A und B führten aufgrund vorangegangener Auseinandersetzungen ein Streitgespräch mit dem Geschädigten O. Als O beim Zurückweichen stürzte, wurde er am Boden liegend von A und B getreten und geschlagen. Der Angeklagte A hetzte zudem seinen Hund auf O. Im Zuge dieses Geschehens büßte O zwei Armbänder und eine Armbanduhr ein, wobei das Gericht jedoch offen ließ, ob die Angeklagten die Gegenstände nach der Flucht des O am Boden gefunden oder diese dem O von dessen Handgelenk gelöst hatten.

Das LG Erfurt verurteilte die Angeklagten u.a. wegen Diebstahls gem. § 242 StGB. Der BGH hob diese Verurteilung auf und machte vor allem geltend, dass die Vorinstanz es versäumt habe, hinreichende Feststellungen zum Gewahrsam des O an seinen Sachen zum Zeitpunkt der Wegnahme durch die Angeklagten zu treffen. Insbesondere sei nicht hinreichend geklärt worden, ob der Geschädigte eventuell den Gewahrsam an seinen Gegenständen bereits vor Zueignung durch die Angeklagten verloren habe. Zudem stellte der BGH klar, dass ein Gewahrsam an in der Nähe liegenden Sachen nicht schon deshalb zu verneinen sei, wenn der Verletzte nicht mehr fähig sei, etwas zu ihren Schutz zu unternehmen.

---

#### **BGH 3 StR 85/20, Beschl. v. 28.04.2020 (Abgrenzung Mittäterschaft/Beihilfe)**

Die Entscheidung behandelt mit der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe einen Klassiker des Allgemeinen Teils. Mehrere Mitangeklagte fingierten Straßenverkehrsunfälle, um Versicherungsleistungen zu erlangen. Nach der Bitte einer Freundin gab sich die Angeklagte als Fahrerin eines Fahrzeugs aus und behauptete einen versehentlichen Zusammenstoß. Aufgrund ihrer polizeilichen Aussagen machte ein Beteiligter sodann erfolgreich einen vierstelligen Betrag bei der Versicherung geltend.

Das Landgericht verurteilte die Angeklagten wegen mittäterschaftlichen Betruges gem. § 263 StGB. Der BGH hob die Verurteilung auf und entschied, dass sich die Angeklagte allein wegen Beihilfe zum Betrug strafbar gemacht habe. Zur Begründung führte der BGH aus, dass die Angeklagte lediglich einen untergeordneten Tatbeitrag im Vorbereitungsstadium der Betrugshandlung geleistet habe, der nicht den Anforderungen von § 25 Abs. 2 StGB genüge. Insbesondere habe die Angeklagte keinen Entscheidungs- oder Gestaltungseinfluss auf die Betrugshandlung gehabt, da die eigentliche Tathandlung, die Geltendmachung des Schadens bei der Versicherung, außerhalb ihres Einwirkungsbereichs gelegen habe.

---

#### **BGH 4 StR 586/19, Beschl. v. 07.05.2020 (Mord in Verdeckungsabsicht)**

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte verabredete sich in Kenntnis des üblichen (sofort in bar zu zahlenden) Preises mit einer Prostituierten zum Geschlechtsverkehr. Ihm war dabei bewusst, dass er kein Geld bei sich hatte, weil er erst in wenigen Tagen sein Gehalt erhalten würde. Nachdem die Prostituierte den Angeklagten nach dem Geschlechtsverkehr lautstark zur Zahlung aufgefordert hatte, würgte der Angeklagte die Prostituierte, um in der Nähe befindliche Personen nicht auf seine fehlende Bezahlung aufmerksam zu machen. Die Prostituierte starb aufgrund einer durch das Würgen verursachten Lähmung.

Das LG Dortmund verurteilte den Angeklagten wegen Totschlags. Der BGH hob die Verurteilung auf und verwies die Sache zwecks neuer Verhandlung zurück, da das Tatgericht das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht mit nicht überzeugender Begründung abgelehnt habe. Im vorliegenden Fall könne sich eine Verdeckungsabsicht insbesondere mit Blick auf eine zu verdeckende Betrugstat nach § 263 StGB gegenüber und zu Lasten der Prostituierten ergeben. Der BGH bejahte das Vorliegen eines vollendeten Eingehungsbetrugs, da der Angeklagte die Prostituierte über seine Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit getäuscht und durch das Ausbleiben der Zahlung des vereinbarten Barentgelts am Vermögen geschädigt habe. Dass der Entgeltanspruch der Prostituierten mit Blick auf die bekannte Wohnanschrift des Angeklagten und der in einigen Tagen zu erwartenden Gehaltszahlung „durchaus durchsetzbar“ gewesen wäre, vermöge das Fehlen eines Vermögensschaden nicht zu begründen.

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ÖFFENTLICHES RECHT

**EuGH C-709/20, Urt. v. 15.07.2021 (Anspruch auf Sozialhilfe)**

Hält sich ein Unionsbürger nach innerstaatlichem Recht rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als desjenigen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, auf, haben sich die zuständigen nationalen Behörden bei der Entscheidung über die Gewährung von Sozialhilfe zu vergewissern, dass die auf Art. 24 RL 2004/38 gestützte Ablehnung von Sozialhilfe dem betreffenden Unionsbürger und den Kindern, für die ihm die elterliche Sorge zusteht, nicht einem konkreten und gegenwärtigen Risiko der Verletzung ihrer Grundrechte, wie sie in Art. 1, 7 und 24 EU-GRCharta verbürgt sind, aussetzt. Verfügt der betreffende Unionsbürger über keinerlei Mittel, um für seinen Lebensunterhalt und den seiner Kinder aufzukommen, und ist er auf sich allein gestellt, haben sich die Behörden zu vergewissern, dass er im Falle der Nichtgewährung von Sozialhilfe mit seinen Kindern dennoch unter würdigen Umständen leben kann.

**BVerfG 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, Beschl. v. 24.03.2021 (Intertemporale Freiheitswirkung der Grundrechte)**

Art. 20a GG ist eine justiziable Rechtsnorm, die den politischen Prozess zugunsten ökologischer Belange auch mit Blick auf die künftigen Generationen binden soll.

Das Grundgesetz verpflichtet unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen. Subjektivrechtlich schützen die Grundrechte als intertemporale Freiheitssicherung vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasminderungslast in die Zukunft. Auch der objektivrechtliche Schutzauftrag des Art. 20a GG schließt die Notwendigkeit ein, mit den natürlichen Lebensgrundlagen so sorgsam umzugehen und sie der Nachwelt in solchem Zustand zu hinterlassen, dass nachfolgende Generationen diese nicht nur um den Preis radikaler eigener Enthaltensamkeit weiter bewahren könnten. Die Schonung künftiger Freiheit verlangt auch, den Übergang zu Klimaneutralität rechtzeitig einzuleiten. Konkret erfordert dies, dass frühzeitig transparente Maßgaben für die weitere Ausgestaltung der Treibhausgasreduktion formuliert werden, die für die erforderlichen Entwicklungs- und Umsetzungsprozesse Orientierung bieten und diesen ein hinreichendes Maß an Entwicklungsdruck und Planungssicherheit vermitteln.

Der Gesetzgeber muss die erforderlichen Regelungen zur Größe der für bestimmte Zeiträume insgesamt zugelassenen Emissionsmengen selbst treffen. Eine schlichte Parlamentsbeteiligung durch Zustimmung des Bundestags zu Verordnungen der Bundesregierung kann ein Gesetzgebungsverfahren bei der Regelung zulässiger Emissionsmengen nicht ersetzen, weil hier gerade die besondere Öffentlichkeitsfunktion des Gesetzgebungsverfahrens Grund für die Notwendigkeit gesetzlicher Regelung ist. Zwar kann eine gesetzliche Fixierung in Rechtsbereichen, die ständig neuer Entwicklung und Erkenntnis unterworfen sind, dem Grundrechtsschutz auch abträglich sein. Der dafür tragende Gedanke dynamischen Grundrechtsschutzes kann dem Gesetzeserfordernis hier aber nicht entgegengehalten werden. Die Herausforderung liegt nicht darin, zum Schutz der Grundrechte regulatorisch mit Entwicklung und Erkenntnis Schritt zu halten, sondern es geht vielmehr darum, weitere Entwicklungen zum Schutz der Grundrechte regulatorisch überhaupt erst zu ermöglichen.

**BVerfG 1 BvR 1732/14, Beschl. v. 19.04.2021 (Abruf von Bestandsdaten bei Telekommunikationsdiensten)**

Die Vorschriften des Landes Schleswig-Holstein zum Abruf von Bestandsdaten bei Telekommunikationsdiensteanbietern durch Polizei und Verfassungsschutzbehörde (§ 180a Abs. 1, 2 S. 1 – 3 SchlHLVwG, § 8 a Abs. 1 S. 2 – 4 SchlHVerfSchG) genügen vollständig den Maßgaben aus den Entscheidungen des BVerfG vom 24.01.2012 (BVerfGE 130, 151 – Bestandsdatenauskunft I) und vom 27.05.2020 (BVerfGE 155, 199 – Bestandsdatenauskunft II).

Anders als bei Telekommunikationsdiensten reicht die bloße Angabe, überhaupt Telemedien zu nutzen, nicht aus, um mit einiger Wahrscheinlichkeit von einer Betroffenheit durch die Vorschriften zur Bestands- oder Nutzungsdatenauskunft bei Telemedien und damit der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde ausgehen zu können. Vielmehr sind nähere Informationen zu Art und Gegenstand der genutzten Dienste sowie dem eigenen Nutzungsverhalten erforderlich.

**BVerfG 2 BvE 4/15, Beschl. v. 27.04.2021 (Grenzen der Unterrichtspflicht nach Art. 23 Abs. 2 S. 2 GG)**

Die Pflicht zur umfassenden und frühestmöglichen Unterrichtung nach Art. 23 Abs. 2 S. 2 GG erstreckt sich auf Initiativen und Positionen der Bundesregierung. Dabei ist ihr die Verhandlungsposition eines ihrer Mitglieder zurechenbar, wenn dieses die Bundesrepublik Deutschland auf europäischer Ebene vertritt und erkennbar als deren Repräsentant auftritt. Grenzen der Unterrichtspflicht ergeben sich aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG), der der Bundesregierung einen nicht ausforschbaren Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung zuweist. Dieser endet, wenn und soweit die Bundesregierung Zwischenergebnisse erreicht oder Positionierungen ausgearbeitet hat. Die Willensbildung der Bundesregierung ist in derartigen Fällen jedenfalls dann abgeschlossen, wenn sie mit ihrer Initiative aus dem Bereich der regierungsinternen Abstimmung hinaustreten und mit einer eigenen, auch nur vorläufigen Position in einen Abstimmungsprozess mit Dritten eintreten will.

**lVerfG LSA LVG 5/21, Urt. v. 03.05.2021 (Verfassungsmäßigkeit reiner Briefwahlen)**

Die Möglichkeit der Durchführung der Landtagswahlen und der Kommunalwahlen als reine Briefwahlen verstößt nicht gegen Art. 42 der LSAVerf. Durch die Briefwahl wird die Absicherung der Geheimheit der Wahl zwar dadurch eingeschränkt, dass bei der Briefwahl nicht in gleicher Weise wie bei der Urnenwahl sichergestellt ist, dass die Stimme tatsächlich geheim abgegeben wird. Eine Einschränkung der Öffentlichkeit der Wahl bringt die Briefwahl überdies darin mit sich, dass sich die geheime Stimmabgabe nicht in der Öffentlichkeit des Wahlraums vollzieht. Soweit die Ermächtigung zur Durchführung der Wahlen im Wege der Briefwahl die Wahlgrundsätze des Wahlgeheimnisses und der Öffentlichkeit hinsichtlich der Stimmabgabe einschränken, sind diese Einschränkungen jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

**OVG Niedersachsen 13 MN 260/21, Beschl. v. 18.05.2021 (Inzidenzbedingte ungleiche Beherbergung)**

Die Ungleichbehandlung von Landeskindern mit Personen ohne Wohnsitz in Niedersachsen bei der Beherbergung ist nicht gerechtfertigt und verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG, da die Auswirkungen auf den Infektionsschutz nicht ins Gewicht fallen. Da Übernachtungen von Personen aus niedersächsischen Gebieten mit hoher Inzidenz und weite Anreisen innerhalb Niedersachsens möglich sind, die mit Blick auf das Infektionsgeschehen gefährlicher sind als die Übernachtung von Personen aus Regionen außerhalb Niedersachsens mit geringer Inzidenz und ggf. kurzer Anreise, lässt sich die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen.

**OVG Berlin-Brandenburg 1 N 96/20, Beschl. v. 23.06.2021 (Berichterstattung über Identitäre Bewegung)**

Die Berichterstattung über den der Identitären Bewegung zugehörigen Kläger in den Verfassungsschutzberichten des Bundes, wonach er als zentrales politisches Anliegen den Erhalt des deutschen Volkes in seiner ethnisch-kulturellen Identität fordere, ist rechtmäßig. Diesem sog. Ethnopluralismus liegt der Sache nach ein völkisch-abstammungsmäßiger Volksbegriff zu Grunde. Dieser verstößt gegen die Menschenwürde, denn Art. 1 Abs. 1 GG umfasst die prinzipielle Gleichheit aller Menschen, ungeachtet aller tatsächlich bestehenden Unterschiede. Die Behauptung, dass bereits eingetretene Änderungen des deutschen Staatsvolkes akzeptiert würden und der erlangte Rechtsstatus deutscher Staatsangehöriger anderer ethnischer Zugehörigkeit unverändert bleiben solle, führt zu keiner abweichenden Bewertung.

**VG Weimar 8 K 1151/19 We, Urt. v. 11.06.2021 (Bezeichnung als Prüffall durch Präsidenten für Verfassungsschutz)**

Die Bezeichnung einer Partei als Prüffall durch den Präsidenten des Amtes für Verfassungsschutz hat eine für die betroffene Partei ansehensschädigende Wirkung und stellt deshalb einen Eingriff in ihr Recht auf Mitwirkung an der politischen Willensbildung des Volkes und ihre Chancengleichheit im Wettbewerb der Parteien dar. Diese Äußerung nimmt teil an der spezifischen Autorität des Amtes des Präsidenten und gewinnt so ein besonderes Gewicht. Der Präsident bringt mit ihr zum Ausdruck, dass es Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen der Partei gibt. Die Wirkmächtigkeit der Äußerung wird auch nicht dadurch verringert, dass durch die Formulierung „Prüffall“ diese damit bekanntgegebene Prüftätigkeit als ergebnisoffen dargestellt wird. Das Thüringer Verfassungsschutzgesetz (ThürVerfSchG) enthält keine Rechtsgrundlage für die Bezeichnung der Partei als Prüffall.



## 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 abzdrukken.

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.*

## Klausur im Grundkurs Strafrecht I, 15 Punkte

stud. iur. Nils Grimmig

Die Klausur wurde an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover im Sommersemester 2020 am 17.06.2020 bei Herrn Prof. Dr. Sascha Ziemann geschrieben, ihm gebührt herzlicher Dank für das Einverständnis zur Veröffentlichung des Sachverhalts.

### **I. Grundfall (Anteil an der Gesamtbewertung: 85 %)**

Der frisch am Knie operierte Sicherheitsmitarbeiter A bestellte sich eines Abends über einen Pizza-Lieferservice eine Pizza. Als es gegen 21 Uhr klingelte, ging der A auf Krücken zum Hoftor, um dem erwarteten Pizza-Lieferanten zu öffnen. Statt des Pizza-Lieferanten standen dort aber die polizeibekanntesten „Halbstarken“ X, Y und Z; X stürzte sich sofort auf A, nahm ihn in eine Art „Polizeigriff“ und brachte diesen zu Boden. Daraufhin wurde er von Y und Z gewaltsam in das Haus gezerrt, das auch vom Rest der Gruppe betreten wurde. Sie forderten A auf, ihnen zu verraten, wo sich das Geld befinde. Während Y und Z bei A blieben, ihn an den Armen festhielten und weiter anschrien, er solle den Aufbewahrungsort des Geldes verraten, durchsuchte X das Obergeschoss und schaffte es, die Tür zu einem Raum zu öffnen, in dem sich ein Geldschrank befand. Als er diesen zu durchsuchen versuchte, ertönte auf einmal ein ohrenbetäubendes Geräusch. Als Y und Z, die sich dem A haushoch überlegen fühlten, ihren Griff für einen Moment lockerten, gelang es A eine Glaswasserflasche zu schnappen und diese Y und Z auf den Kopf zu schlagen. Diese ließen daraufhin von A ab. Danach gelang es A, seine in Reichweite liegende Pistole in die Hand zu bekommen und einen Schuss in die Decke abzugeben. X, Y und Z verließen daraufhin durch die Terrassentür das Haus in Panik. Beim Hinauslaufen gelang es X, ein mit Bargeld im Wert von ca. EUR 2000,00 gefülltes Portemonnaie des A einzustecken, was jener jedoch nicht bemerkte. Als die drei den Garten verlassen hatten und in Richtung ihres am Straßenrand parkenden Fahrzeugs liefen, feuerte A, außer sich vor Wut, mit einer Pistole mehrmals auf die Flüchtenden. Ein Schuss traf X tödlich in den Rücken, was A zwar in Betracht gezogen, aber hingenommen hatte. Y und Z entkamen; sie hatten noch einige Tage starke Kopfschmerzen, suchten jedoch keinen Arzt auf.

**Wie hat sich A nach dem StGB strafbar gemacht?**

### **II. Zusatzfrage (Anteil an der Gesamtbewertung: 15 %)**

In einem Zeitungsartikel wird Folgendes berichtet: „Das ehemalige SS-Mitglied Anton M. (89) ist am Mittwoch vom Münchner Schwurgericht wegen Mordes zu lebenslanger Haft verurteilt worden. Nach Auffassung des Gerichts hat er in dem Gestapogefängnis ‚Kleine Festung Theresienstadt‘ einen jüdischen Häftling zunächst misshandelt und dann getötet. Der Prozess gegen M. hatte für großes Aufsehen gesorgt, da M. nach Kriegsende zu einem respektierten Bürger geworden war und sogar, wohl aus Schuldgefühlen, große Summen für den Neubau des jüdischen Gemeindehauses seines Heimatortes gestiftet hatte. Seine dunkle Vergangenheit konnte M. hingegen jahrelang verbergen; selbst seine Familie wusste nichts von seiner früheren Tätigkeit für die SS. Der Vorsitzende Richter sagte bei der Urteilsverkündung, dass durch das Urteil jedem potenziellen Täter von Menschenrechtsverletzungen klar gemacht werden sollte, ‚dass er für seine Verbrechen bis an das Ende seiner Tage zur Rechenschaft gezogen wird‘. Mit dem Urteil entsprach das Gericht dem Antrag der Staatsanwaltschaft. Die Verteidigung hatte auf Freispruch plädiert und dabei insbesondere die Frage aufgeworfen, ob angesichts des fortgeschrittenen Alters von M. eine Strafe sinnvoll sei.“

**Auf welche Strafzwecke lässt sich die Entscheidung des Gerichts, Anton M. zu bestrafen, stützen? Auf welche eher nicht?**

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

**Grundfall****A. Strafbarkeit des A wegen vollendeten Mordes gemäß §§ 211 Abs. 2 1. Gruppe Var. 4, 2. Gruppe Var. 1, 212 Abs. 1 StGB<sup>1</sup>**

A könnte sich wegen vollendeten Mordes gemäß §§ 211 Abs. 2 1. Gruppe Var. 4, 2. Gruppe Var. 1, 212 Abs. 1 strafbar gemacht haben, indem er X in den Rücken schoss und dieser tödlich verletzt wurde.

**I. Tatbestandsmäßigkeit**

Dafür müsste A tatbestandsmäßig gehandelt haben.

**1. Objektiver Tatbestand**

Zunächst müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

**a) Tod eines anderen Menschen**

Dafür müssten eine Tötungshandlung und der Tod eines anderen Menschen als tatbestandlicher Erfolg vorliegen. Vorliegend hat A mehrere Schüsse aus einer Pistole abgegeben. Eine Tötungshandlung liegt vor. Weiterhin ist X im Rücken tödlich getroffen worden. Mithin liegt auch der tatbestandliche Erfolg des Todes eines anderen Menschen vor.

**b) Kausalität**

Die Tötungshandlung müsste weiter kausal zum tatbestandlichen Erfolg sein. Das ist nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel dann der Fall, wenn die Tathandlung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel. Hätte A nicht mehrere Schüsse aus seiner Pistole abgegeben, wäre X nicht tödlich verletzt worden. Die Tötungshandlung ist somit kausal zum tatbestandlichen Erfolg.

**c) Objektive Zurechnung**

Schließlich müsste der tatbestandliche Erfolg dem A auch objektiv zurechenbar sein. Dies ist der Fall, wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im konkreten tatbestandlichen Erfolg realisiert hat. Vorliegend hat A mehrfach Schüsse aus seiner Pistole abgegeben. Damit hat er die rechtlich missbilligte Gefahr von Schusswunden und tödlichen Verletzungen geschaffen. Diese Gefahr hat sich in der tödlichen Verletzung des X, der im Rücken getroffen wurde, konkret realisiert.

Somit ist der tatbestandliche Erfolg dem A auch objektiv zurechenbar.

**d) Heimtücke**

A könnte den X gemäß § 211 Abs. 2 2. Gruppe Var. 1 heimtückisch getötet haben. Heimtückisch tötet der Täter, wenn er die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung bewusst zur Tötung ausnutzt. Bei der Auslegung des Mordmerkmals der Heimtücke ist zu beachten, dass es im Vergleich zu den anderen Mordmerkmalen weit gefasst ist. Da das Vorliegen eines Mordmerkmals zwingend eine lebenslange Freiheitsstrafe begründet, ist eine restriktive Auslegung geboten. Zunächst müsste X also arglos gewesen sein. Arglos ist, wer sich zum Zeitpunkt der Tat keines tätlichen Angriffs auf seine körperliche Unversehrtheit oder sein Leben versieht. Vorliegend ist X zuvor in das Haus des A eingedrungen und befand sich zum Zeitpunkt der Tat auf der Flucht. Es gab also eine vorangegangene Konfrontation, sodass sich X zum Zeitpunkt der Tat sehr wohl eines tätlichen Angriffs des A versehen musste. X war nicht arglos. Mithin hat A den X nicht gemäß § 211 Abs. 2 2. Gruppe Var. 1 heimtückisch getötet.

**e) Zwischenergebnis**

Der objektive Grundtatbestand des Totschlags gemäß § 212 Abs. 1 ist erfüllt.

**2. Subjektiver Tatbestand**

Der subjektive Tatbestand müsste erfüllt sein.

**a) Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale**

A müsste auch vorsätzlich bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale gehandelt haben. Vorsätzlich handelt, wer den Willen zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale zum Zeitpunkt der Tat hat. Es könnte Vorsatz in Form des *dolus eventualis* vorliegen. Dies ist der Fall, wenn der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges ernsthaft für möglich hält und diesen billigend in Kauf nimmt. A hat den Tod des A laut Sachverhalt in Betracht gezogen und diese Möglichkeit hingenommen. Er hat den tatbestandlichen Erfolg also ernsthaft für möglich gehalten und ihn billigend in Kauf genommen. Mithin hat A vorsätzlich bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale in Form des *dolus eventualis* gehandelt.

<sup>1</sup> Alle nachfolgenden §§-Angaben sind solche des StGB.

**b) Sonst aus niedrigen Beweggründen**

A könnte den X gemäß § 211 Abs. 2 1. Gruppe Var. 4 aus sonst niedrigen Beweggründen getötet haben. Aus sonst niedrigen Beweggründen tötet, wer aus Motiven handelt, die nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert sind und auf tiefster Stufe stehen. Ob ein Beweggrund als niedrig zu betrachten ist, ist anhand einer Gesamtwürdigung zu beurteilen. A hat außer sich vor Wut gehandelt. Eine Gefühlsregung wie Zorn oder Wut ist jedoch nur als niedriger Beweggrund zu beurteilen, wenn sie ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruht, also nicht menschlich verständlich ist, sondern vielmehr Ausdruck einer niedrigen Gesinnung des Täters. Vorliegend empfindet A Wut auf X in Folge der Verletzung seines Hausrechts. Daher beruht seine Wut nicht seinerseits auf niedrigen Beweggründen. A hat den X nicht gemäß § 211 Abs. 2 1. Gruppe Var. 4 aus sonst niedrigen Beweggründen getötet.

**3. Zwischenergebnis**

Es liegt kein Mordmerkmal bezüglich der Tötung des X durch A vor. A hat nicht tatbestandsmäßig gehandelt.

**II. Ergebnis**

A hat sich nicht wegen vollendeten Mordes gemäß §§ 211 Abs. 2 1. Gruppe Var. 4, 2. Gruppe Var. 1, 212 Abs. 1 strafbar gemacht, indem er X in den Rücken schoss und dieser tödlich verletzt wurde.

**B. Strafbarkeit des A wegen Totschlags gemäß § 212 Abs. 1**

A könnte sich wegen vollendeten Totschlags gemäß § 212 Abs. 1 strafbar gemacht haben, indem er X in den Rücken schoss und dieser tödlich verletzt wurde.

**I. Tatbestandsmäßigkeit**

Dafür müsste A tatbestandsmäßig gehandelt haben. Dafür müssten der objektive und subjektive Tatbestand erfüllt sein. Sowohl der objektive als auch der subjektive Tatbestand sind bezüglich des Totschlags erfüllt (siehe Grundfall, A. I.). A hat tatbestandsmäßig gehandelt.

**II. Rechtswidrigkeit**

A müsste auch rechtswidrig gehandelt haben. Die Rechtswidrigkeit wird durch das tatbestandsmäßige Handeln indiziert.

**1. Notwehr gemäß § 32 Abs. 1**

Das Handeln des A könnte jedoch gemäß § 32 Abs. 1 durch Notwehr gerechtfertigt sein.

**a) Notwehrlage**

Dafür müsste eine Notwehrlage vorliegen.

**aa) Angriff**

Zunächst müsste ein Angriff vorliegen. Ein Angriff ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Güter oder Interessen. Vorliegend ist das Hausrecht des A als rechtlich geschütztes Interesse durch das Eindringen der X, Y und Z verletzt. Auch das Eigentum des A ist als rechtlich geschütztes Interesse durch die Wegnahme der Brieftasche durch X verletzt. Es liegt also sowohl ein Angriff auf das Hausrecht als auch das Eigentum des A vor.

**bb) Gegenwärtigkeit**

Die Angriffe müssten auch gegenwärtig sein. Dies ist der Fall, wenn der Angriff unmittelbar bevorsteht, begonnen hat oder noch fort dauert. Zum Zeitpunkt der Notwehrhandlung sind X, Y und Z auf der Flucht und haben das Grundstück des A bereits verlassen. Der Angriff auf das Hausrecht des A ist folglich bereits beendet und nicht mehr gegenwärtig.

Zum Zeitpunkt der Notwehrhandlung hat der X noch nicht gesicherten Gewahrsam an der Brieftasche des A erlangt. Er befindet sich noch im Handlungsradius des A. Damit dauert der Angriff auf das Eigentum des A noch fort. Er ist mithin gegenwärtig.

**cc) Rechtswidrigkeit**

Der Angriff muss auch rechtswidrig sein. Er ist rechtswidrig, wenn er objektiv im Widerspruch zur Rechtsordnung steht. Die Wegnahme von Sachen, die in fremdem Eigentum stehen, ist durch § 242, der den Diebstahl unter Strafe stellt, strafrechtlich geschützt. Der Angriff ist mithin auch rechtswidrig. Eine Notwehrlage liegt vor.

**b) Notwehrhandlung**

Weiter muss die Notwehrhandlung den Anforderungen des § 32 genügen.

**aa) Gegen den Angreifer**

Sie muss sich zunächst gegen den Angreifer richten. Angreifer ist in diesem Fall X, der die Brieftasche wegnimmt. A schießt mehrfach in die Richtung des flüchtenden X. Die Schüsse richten sich also gegen den Angreifer.

**bb) Erforderlichkeit**

Die Notwehrhandlung muss erforderlich sein.

**(1) Geeignetheit**

Dafür muss sie zunächst zur Angriffsabwehr geeignet sein. Eine Handlung ist geeignet, wenn sie grundsätzlich dazu in der Lage ist, den Angriff entweder ganz zu beenden oder ihm wenigstens ein Hindernis zu bereiten. Die Schüsse auf den flüchtenden X sind dazu in der Lage ihn samt Brieftasche bewegungsunfähig zu machen und vom Flüchten abzuhalten. Folglich war die Handlung des A zur Angriffsabwehr geeignet.

**(2) Relativ mildestes Mittel**

Die Notwehrhandlung muss schließlich auch das relativ mildeste Mittel unter allen gleich wirksamen Mitteln sein. Vorliegend ist daran zu denken, dass er X zunächst hätte hinterherlaufen können, um ihn zu stoppen. A wurde jedoch frisch am Knie operiert und konnte lediglich auf Krücken laufen. Das Verfolgen war also kein mögliches milderes Mittel. Der Schusswaffengebrauch muss aufgrund der besonderen Gefährlichkeit immer *ultima ratio* bleiben. Den Warnschuss als milderes Mittel hat A jedoch zuvor bereits abgegeben. Fraglich ist, ob A zunächst gezielt auf die Beine des X hätte schießen müssen. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass das Notwehrrecht dem Prinzip der Rechtsbewährung entstammt und das Recht dem Unrecht nicht zu weichen hat. Auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel muss sich A folglich nur einlassen, wenn deren Abwehrwirkung unzweifelhaft ist. Vorliegend ist zu beachten, dass ein gezielter Schuss auf die Beine bereits aus einer Entfernung von mehreren Metern – unabhängig von etwaig vorhandener Ausbildung an der Waffe – nicht in seiner Abwehrwirkung sicher ist. X war auf der Flucht und bereits in gewisser Entfernung. Die Abwehrwirkung von gezielten Beinschüssen ist folglich nicht unzweifelhaft gegeben. A hat mithin alle zur Verfügung stehenden milderen Mittel ausgeschöpft. Die Notwehrhandlung war auch erforderlich.

**cc) Gebotenheit**

Die Notwehrhandlung müsste auch geboten sein. Das Notwehrrecht kennt keine Güterabwägung und ist damit schneidig. Dennoch hat die Rechtsprechung eng umrissene Fallgruppen entwickelt, die eine Einschränkung des Notwehrrechts aus normativen und sozialetischen Gründen notwendig machen. Vorliegend könnten die Schüsse des A in krassem Missverhältnis zur drohenden Gefahr stehen. Die drohende Gefahr drückt sich im Verlust des Eigentums an der Brieftasche im Wert von EUR 2.000,00 aus. Andererseits schaffen die Schüsse eine Lebensgefahr für X.

Hier ist die drohende Gefahr für das Leben des X zwar unverhältnismäßig hoch im Vergleich zum Verlust des Eigentums, jedoch nicht gänzlich unerträglich. Damit scheidet ein krasse Missverhältnis aus. Die Notwehrhandlung war auch geboten und genügt den Anforderungen des § 32.

**c) Subjektives Rechtfertigungselement**

Schließlich muss das subjektive Rechtfertigungselement vorliegen. Dieses beinhaltet zunächst, dass der Täter das objektive Vorliegen der Notwehrlage erkannt haben muss. Dieses begründet sich hier ausschließlich auf den Angriff auf das Eigentum des A. A hat die Wegnahme der Brieftasche durch X jedoch nicht bemerkt. Er hatte folglich das Vorliegen der objektiven Notwehrlage nicht erkannt. Das subjektive Rechtfertigungselement liegt nicht vor.

**d) Zwischenergebnis**

Das Handeln des A ist folglich nicht durch Notwehr gemäß § 32 Abs. 1 gerechtfertigt. A handelte rechtswidrig.

**III. Ausschluss der Vollendungsstrafbarkeit**

Trotz der Rechtswidrigkeit der Tat könnte das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen der Notwehr eine Vollendungsstrafbarkeit ausschließen. Ob dies möglich ist, ist umstritten.

**1. Eine Ansicht**

Die eine Ansicht sieht keinen Raum für einen Ausschluss der Bestrafung wegen vollendeter Tatbegehung bei Vorliegen der objektiven Notwehrvoraussetzungen.

**2. Andere Ansicht**

Die andere Ansicht fordert eine analoge Anwendung der Regeln über die Versuchsstrafbarkeit und somit einen Ausschluss der Vollendungsstrafbarkeit bei Vorliegen der objektiven Notwehrvoraussetzungen.

**3. Stellungnahme**

Beide Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Eine Stellungnahme ist erforderlich. Für die eine Ansicht spricht, dass sich möglicherweise Strafbarkeitslücken ergeben, wenn die Vollendungsstrafbarkeit in solchen Fällen ausgeschlossen wird, da im Einzelfall die Versuchsstrafbarkeit fehlen kann. Für die andere Ansicht spricht, dass die Konstellation des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements strukturelle Parallelen zu der Versuchsstrafbarkeit aufweist. Genau wie beim Versuch liegt hier nur noch der Handlungsunwert vor. Der

Erfolgsunwert ist aufgrund des Vorliegens der objektiven Notwehrvoraussetzungen nicht gegeben. Der Handlungsunwert allein aber könne nach der anderen Ansicht keine Strafbarkeit wegen Vollendung begründen. Auch etwaige Strafbarkeitslücken seien nicht zu erwarten, da fehlende Versuchsstrafbarkeiten eine bewusste Wertung des Gesetzgebers seien und die strukturelle Parallelität eine entsprechende Anwendung rechtfertige.

Die Argumente der anderen Ansicht überzeugen. Die andere Ansicht ist damit vorzuzugwürdig und ihr ist zu folgen.

#### IV. Ergebnis

Eine Vollendungsstrafbarkeit kommt folglich nicht in Betracht. A hat sich nicht wegen vollendeten Totschlags gemäß § 212 Abs. 1 strafbar gemacht, indem er X in den Rücken schoss und dieser tödlich verletzt wurde. Jedoch ist mit der anderen Ansicht eine entsprechende Anwendung der Versuchsstrafbarkeit vorzunehmen. A hat sich also wegen versuchten Totschlags analog §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 strafbar gemacht, indem er X in den Rücken schoss und dieser tödlich verletzt wurde.

#### C. Strafbarkeit des A wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2

A könnte sich wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 strafbar gemacht haben, indem er Y und Z mit einer Glaswasserflasche auf den Kopf schlug.

##### I. Tatbestandsmäßigkeit

A müsste tatbestandsmäßig gehandelt haben.

##### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Körperliche Misshandlung

Es könnte eine körperliche Misshandlung des Y und Z vorliegen. Das ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Der Schlag mit einer Glasflasche gegen den Kopf ist eine üble, unangemessene Behandlung, die durch die starken Kopfschmerzen für einige Tage das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Eine körperliche Misshandlung des Y und Z liegt vor.

###### b) Gesundheitsschädigung

Es könnte eine Gesundheitsschädigung des Y und Z vorliegen. Diese ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen – vom Normalzustand abweichenden – Zustandes. Die durch die Schläge hervorgerufenen starken

Kopfschmerzen über einige Tage hinweg weichen vom Normalzustand krankhaft ab. Y und Z wurden an der Gesundheit geschädigt.

##### c) Kausalität

Die Handlung des A müsste auch kausal zum tatbestandlichen Erfolg sein. Hätte A Y und Z nicht mit der Glasflasche geschlagen, hätten diese keine starken Kopfschmerzen erlitten. Die Handlung des A ist kausal für den tatbestandlichen Erfolg.

##### d) Objektive Zurechnung

Schließlich müsste der tatbestandliche Erfolg dem A auch objektiv zurechenbar sein. Indem A den Schlag mit einer Glasflasche ausführte, schuf er die rechtlich missbilligte Gefahr von Hämatomen, Hirntraumata oder Kopfschmerzen. Diese Gefahr hat sich in den starken Kopfschmerzen des Y und Z konkret realisiert. Der tatbestandliche Erfolg ist A objektiv zurechenbar.

##### e) Qualifikation gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2

A könnte die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 begangen haben. Ein gefährliches Werkzeug ist jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen. Die Glaswasserflasche birgt die Gefahr des Splitters beim Aufprall und ist aufgrund ihrer Härte objektiv dazu geeignet, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Da A mit der Flasche gegen die Köpfe der Y und Z schlägt, ist diese auch nach der Benutzung im Einzelfall dazu geeignet. A hat die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 begangen.

##### 2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand müsste erfüllt sein. Dafür müsste A vorsätzlich bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale einschließlich der Qualifikation gehandelt haben. A wollte Y und Z mit der Flasche auf den Kopf schlagen, damit er sich befreien konnte. Die Folgen der Schläge und besonders auch die erhöhte Gefährlichkeit der Flasche als Werkzeug waren ihm auch bewusst. A hat vorsätzlich gehandelt. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

##### II. Rechtswidrigkeit

A müsste rechtswidrig gehandelt haben. Die Rechtswidrigkeit wird durch das tatbestandsmäßige Handeln indiziert.

**1. Notwehr gemäß § 32 Abs. 1**

Das Handeln des A könnte gemäß § 32 Abs. 1 durch Notwehr gerechtfertigt sein.

**a) Notwehrlage**

Dafür müsste eine Notwehrlage vorliegen.

**aa) Angriff**

Zunächst müsste ein Angriff vorliegen. Hier sind sowohl das Hausrecht als auch die Bewegungsfreiheit des A als rechtlich geschützte Interessen durch das Eindringen von Y und Z in das Haus des A und das Festhalten des A verletzt. Folglich liegt ein Angriff auf das Hausrecht und die Bewegungsfreiheit des A vor.

**bb) Gegenwärtigkeit**

Der Angriff muss auch gegenwärtig sein. Zum Zeitpunkt der Notwehrhandlung sind Y und Z noch im Haus des A und halten ihn in einer Art Polizeigriff fest. Der Angriff auf das Hausrecht und die Bewegungsfreiheit des A dauert noch fort und ist damit gegenwärtig.

**cc) Rechtswidrigkeit**

Der Angriff muss auch rechtswidrig sein. Das Hausrecht ist durch § 123 und die Bewegungsfreiheit durch § 239 strafrechtlich geschützt. Der Angriff ist mithin auch rechtswidrig. Eine Notwehrlage liegt vor.

**b) Notwehrhandlung**

Weiter muss die Notwehrhandlung den Anforderungen des § 32 genügen.

**aa) Gegen den Angreifer**

Sie muss sich zunächst gegen den Angreifer richten. Angreifer sind in diesem Fall Y und Z, die das Hausrecht des A verletzen und ihn festhalten. A schlägt beiden auf den Kopf, die Handlung richtet sich also gegen den Angreifer.

**bb) Erforderlichkeit**

Die Notwehrhandlung muss erforderlich sein.

**(1) Geeignetheit**

Dafür muss sie zunächst zur Angriffsabwehr geeignet sein. Die Schläge auf den Kopf von Y und Z sind dazu in der Lage, beide zum Loslassen zu zwingen. Folglich war die Handlung des A zur Angriffsabwehr geeignet.

**(2) Relativ mildestes Mittel**

Die Notwehrhandlung muss schließlich auch das relativ mildeste Mittel unter allen gleich wirksamen Mitteln sein. Vorliegend ist kein milderes Mittel ersichtlich, mit dem sich A gleich wirksam hätte befreien können. Die Notwehrhandlung war erforderlich und genügt den Anforderungen des § 32.

**c) Subjektives Rechtfertigungselement**

Schließlich muss das subjektive Rechtfertigungselement vorliegen. A hat das objektive Vorliegen der Notwehrlage erkannt. Weiter muss er mit der Absicht gehandelt haben, den Angriff abzuwehren und das bedrohte Rechtsgut zu schützen. A handelte, um sich aus dem Polizeigriff von Y und Z zu befreien, damit seine Bewegungsfreiheit wiederzuerlangen und mithilfe seiner Pistole sein Hausrecht zu schützen. Er handelte folglich mit der Absicht, den Angriff abzuwehren und das bedrohte Rechtsgut zu schützen. Das subjektive Rechtfertigungselement liegt vor.

**2. Zwischenergebnis**

Das Handeln des A ist gemäß § 32 Abs. 1 durch Notwehr gerechtfertigt.

**III. Ergebnis**

A hat sich nicht wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 strafbar gemacht, indem er Y und Z mit einer Glaswasserflasche auf den Kopf schlug.

**Zusatzfrage**

Die Entscheidung, Anton M. zu bestrafen, lässt sich vorwiegend auf die sog. absolute Straftheorie stützen. Diese hat vornehmlich den Zweck der Vergeltung, um Straftaten aus der Vergangenheit zu sühnen. Damit soll aber nicht nur Vergeltung verübt werden, sondern auch der Versuch eines Schuldausgleiches und damit die Durchsetzung von dem Ideal der Gerechtigkeit erreicht werden. Hingegen lässt sich die Entscheidung eher weniger auf die sog. relative Straftheorie stützen. Diese verfolgt unter anderem den Zweck der Resozialisierung des Täters. Diese ist bei der Bestrafung eines 89-jährigen Mannes nicht mehr zu erreichen. Doch andere Zwecke der relativen Straftheorien können dennoch für die Begründung der Entscheidung herangezogen werden. So kann eine Bestrafung von NS-Tätern – auch lange nach den Taten – deutlich machen, dass man mit solchen Taten in einem Rechtsstaat nicht ungestraft davonkommen kann. Insofern wird die

Abschreckung potentieller Täter, also die Prävention solcher Taten bezweckt.

## ANMERKUNGEN

### I. Grundfall (85 %)

#### 1. Schlag mit der Flasche, gef. KV gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 und Nr. 5 StGB

Die Prüfung gelingt nahezu vollkommen. Lediglich § 224 Nr. 5 hätte noch angesprochen werden können. Dies fällt allerdings angesichts der übrigen Bearbeitung kaum ins Gewicht.

#### 2. Schüsse auf den flüchtenden X gem. § 212 Abs. 1 StGB

Auch hier ist die Bearbeitung hervorragend. Besonders die Prüfung der Notwehr und die Ausführungen zu den Folgen des fehlenden Verteidigungswillens sind gelungen. Nur die Ausführungen im Tatbestand hätten noch kürzer ausfallen können. Der Platz und die Zeit fehlten dann leider bei der Zusatzaufgabe. Die Heimtücke als Mordmerkmal halte ich hier für ziemlich fernliegend. Dennoch eine sehr gelungene Prüfung.

### II. Zusatzfrage (15 %)

Es sollte erkannt worden sein, dass eine Spezialprävention angesichts des Alters nicht mehr als Strafzweck einschlägig sein kann. Des Weiteren sollten die Unterschiede zwischen der positiven und negativen Generalprävention kurz dargestellt werden. In Betracht kommen weiterhin absolute Strafzwecke. Dabei sollte aber zumindest kurz kritisch die Problematik eines reinen Vergeltungs- und Sühnestrafrechts erörtert werden. Hier sind die Ausführungen verglichen mit der vorbildlichen Subsumtion im Grundfall leider recht oberflächlich. Immerhin wird in der Sache erkannt, dass die positive Spezialprävention nicht einschlägig ist und die Vergeltungstheorie dagegen schon. Auch auf die beiden Aspekte der Generalprävention wird der Sache nach eingegangen, jedoch leider ohne diese zu benennen.

### III. Allgemeiner Eindruck

Das ist eine wirklich sehr hervorragende Bearbeitung. Leider gerät die Mordprüfung hier etwas zu lang und es fehlt etwas Tiefe bei der Bearbeitung der Zusatzaufgabe. Die Subsumtion ist dagegen besonders im Grundfall beispielhaft.

Punktzahl (Note): 15 Punkte (gut)



## Kurzarbeit Staatsorganisationsrecht, 14 Punkte

stud. iur. Clara Parusel

Die Kurzarbeit ist in der Veranstaltung Verfassungsrecht II im Sommersemester 2020 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Hermann Butzer, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

### Sachverhalt

Am 29. Januar 2020 hat der ehemalige Bundesminister A (im Amt bis zum 12. Oktober 2018) der Bundesregierung unter Hinweis auf § 6a Abs. 1 S. 2 iVm. S. 1 BMinG schriftlich angezeigt, dass er vom Unternehmenschef eines großen deutschen Schlachtbetriebsunternehmens wegen einer Beschäftigung vom 1. April bis zum 31. Juli 2020 für dieses Unternehmen angesprochen worden sei. Er solle in Erfahrung bringen, welche Handelsrestriktionen für Fleischwaren beim Export nach Asien im Zuge der afrikanischen Schweinepest geplant und wie Exportgenehmigungen weiterhin zu bekommen seien. Als Honorar solle er pauschal 10.000 EUR monatlich und eine großzügig bemessene Reisekostenpauschale erhalten.

Nachdem diese Inaussichtstellung durch eine Indiskretion in die Medien gelangt ist und zu einem überaus negativen öffentlichen Echo geführt hat, entschied sich die Bundesregierung, einen Änderungsgeszentwurf zu erarbeiten, der vorsieht, die in § 6a Abs. 1 S. 1 sowie in § 6b Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 2 BMinG genannte Karenzfrist von 18 Monaten, die für A Ende März 2020 ausgelaufen wäre, auf nunmehr 24 Monate festzulegen. Außerdem ist in dem Geszentwurf angeordnet, dass die Änderung rückwirkend zum 1. Oktober 2018 in Kraft tritt.

Damit die Verabschiedung schnell möglich wurde, hat die Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz den Entwurf einigen befreundeten Abgeordneten ihrer Fraktion im Bundestag übergeben. Auf Betreiben dieser 16 Abgeordneten (von 709) wurde der Entwurf in den Bundestag eingebracht, in dem er in formell korrekter Weise mit deutlicher Mehrheit verabschiedet wurde. Nach mehrheitlicher Zustimmung des Bundesrates und Ausfertigung durch den Bundespräsidenten ist das Änderungsgesetz am 26. März 2020 formgerecht im Bundesgesetzblatt verkündet worden. Am Folgetag hat die Bundesregierung A unter Einschaltung des Gremiums nach § 6c BMinG und verfahrensrechtlich korrekt die viermonatige Beschäftigung untersagt.

Die Niedersächsische Landesregierung, die im Bundesrat gegen das BMinG-Änderungsgesetz gestimmt hat, zweifelt an dessen Verfassungsmäßigkeit. Weder besitze der Bund für die Gesetzesänderung die Gesetzgebungskompetenz, noch sei das Gesetzgebungsverfahren korrekt abgelaufen. Zudem habe die rückwirkende Verlängerung der Karenzzeit von 18 auf 24 Monate einzig und alleine den Zweck, dem ehemaligen Bundesminister A die in Aussicht gestellte Beschäftigung untersagen zu können. Das sei auch in Abwägung des in § 6b Abs. 1 BMinG genannten Gesetzesziels von Karenzzeiten mit der Berufsfreiheit des A unverhältnismäßig.

Die Niedersächsische Landesregierung möchte daher wissen, ob sie das BMinG-Änderungsgesetz vor dem BVerfG zu Fall bringen kann, und bittet Sie um Prüfung, ggf. auch hilfsgutachterlich.

**Bearbeitungshinweis:** Die konkrete Vereinbarkeit des BMinG-Änderungsgesetzes mit Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 oder Art. 3 Abs. 1 GG oder mit anderen Grundrechten ist nicht zu prüfen. Ebenso sind die Anforderungen des Zitiergebots nicht zu prüfen.

### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Es kommt eine abstrakte Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 S. 2 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 6, 76ff. BVerfGG in Betracht. Diese hätte Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

#### A. Zulässigkeit

##### I. Zuständigkeit des BVerfG/ Statthaftigkeit

Das BVerfG ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76ff. BVerfGG für die Entscheidung über abstrakte Normenkontrollen zuständig.

## II. Antragsberechtigung

Die Niedersächsische Landesregierung müsste antragsberechtigt sein. Antragsberechtigt sind gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Abs. 1 BVerfGG die Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestages. Folglich ist die Niedersächsische Landesregierung ein tauglicher Antragsberechtigter.

## III. Verfahrensgegenstand

Es müsste ein tauglicher Verfahrensgegenstand vorliegen. Verfahrensgegenstand können gem. §§ 13 Nr. 6, 76 Abs. 1 BVerfGG Bundes- oder Landesrechte jeder Rangstufe sein. Vorliegend handelt es sich bei dem BMinG-Änderungsgesetz um ein nachkonstitutionelles und verkündetes Bundesgesetz. Ein tauglicher Verfahrensgegenstand liegt damit vor.

## IV. Antragsgrund

Des Weiteren müsste ein tauglicher Antragsgrund vorliegen. Der Antragsgrund liegt gem. § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG dann vor, wenn der Antragsteller das Gesetz für nichtig hält. Die Niedersächsische Landesregierung zweifelt vorliegend nur an der Verfassungsmäßigkeit des BMinG-Änderungsgesetzes. Demnach läge gem. § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG kein tauglicher Antragsgrund vor. Allerdings ist die abstrakte Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG bereits bei Zweifeln oder Meinungsverschiedenheiten über die Vereinbarkeit von Bundesrecht mit dem Grundgesetz einschlägig. Danach läge aufgrund der Zweifel der Niedersächsischen Landesregierung ein tauglicher Antragsgrund vor. Als höherrangiges Recht geht Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG dem § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG vor. Somit ist allein der Wortlaut des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG maßgeblich und ein tauglicher Antragsgrund liegt vor.

## V. Objektives Klarstellungsinteresse

Das objektive Interesse an der Klarstellung der Geltung der zur verfassungsrechtlichen Prüfung gestellten Norm wird bei Vorliegen von Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln hinsichtlich der Gültigkeit der Norm indiziert.

## VI. Ordnungsgemäßer Antrag

Der Antrag ist schriftlich einzureichen (§ 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG) und zu begründen (§ 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG). Es bestehen keine Fristfordernisse.

## VII. Zwischenergebnis

Die abstrakte Normenkontrolle ist zulässig.

### B. Begründetheit

Die abstrakte Normenkontrolle müsste auch begründet sein. Der Normkontrollantrag ist begründet, wenn das BMinG-Änderungsgesetz gegen das Grundgesetz verstößt. Die Normen sind dann grundgesetzkonform, wenn sie formell und materiell verfassungsgemäß sind.

### I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Das BMinG-Änderungsgesetz ist formell verfassungsgemäß, wenn der Bund sich auf einen Kompetenztitel berufen kann und das Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde.

#### 1. Gesetzgebungskompetenz (Art. 70ff. GG)

Der Bund müsste die Kompetenz gehabt haben, das BMinG-Änderungsgesetz einzuführen. Die Gesetzgebungskompetenz liegt gem. Art. 70 GG grundsätzlich bei den Ländern. Sie liegt nur dann beim Bund, wenn sie ihm durch das GG ausdrücklich zugewiesen wird.

##### a) Ausschließliche Kompetenz

Es könnte eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz (Art. 71, 73, 105 Abs. 1 GG) vorliegen, sodass die Länder keine Gesetzgebungskompetenz mehr haben. Gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz über die Rechtsverhältnisse der im Dienste des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechts stehenden Personen. Das BMinG-Änderungsgesetz enthält Regelungen der Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung. Folglich liegt eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG vor.

##### b) Zwischenergebnis

Die Gesetzgebungskompetenz liegt beim Bund.

#### 2. Gesetzgebungsverfahren (Art. 76ff., 82 GG)

Das Gesetzgebungsverfahren müsste ordnungsgemäß durchgeführt worden sein (Art. 76ff., 82 GG).

##### a) Einleitungsverfahren

Es müsste ein verfassungsgemäßes Einleitungsverfahren vorliegen. Die Gesetzesvorlage müsste gem. Art. 76 Abs. 1 GG durch die Bundesregierung, von Abgeordneten

aus der Mitte des Bundestages oder durch den Bundesrat in den Bundestag eingebracht worden sein. Vorliegend hat die Bundesministerin für Justiz und Verbraucherschutz den Gesetzesentwurf einiger befreundeter Abgeordneter ihrer Fraktion im Bundestag übergeben. Auf Betreiben dieser 16 Abgeordneten wurde der Gesetzesentwurf in den Bundestag eingebracht. Dadurch konnte die Bundesministerin die Beteiligung des Bundesrates gem. Art. 76 Abs. 2 S. 1 GG, die bei Entwürfen der Bundesregierung vorgeschrieben ist, vermeiden. Fraglich ist, wie dieses Vorgehen zu behandeln ist. Teilweise wird darin eine Umgehung der grundgesetzlichen Verfahrensnorm gesehen. Dem steht allerdings entgegen, dass der Bundestag nach dem Grundgesetz unbegrenzt initiativbefugt ist. Auch wurden in der Verfassungsrevision von 1994 Bestrebungen, bei Eingaben aus dem Bundestag ebenfalls den Bundesrat nach Art. 76 Abs. 2 S. 1 GG zu beteiligen, nicht aufgenommen. Folglich ist das genannte Vorgehen der Bundesministerin als zulässig zu erachten.

Gesetzesvorlagen aus der Mitte des Bundestages müssen nach § 76 Abs. 1 GOBT von einer Fraktion oder mindestens von fünf Prozent der Abgeordneten des Bundestages eingebracht werden. Vorliegend wird die Gesetzesvorlage von 16 der insgesamt 709 Abgeordneten in den Bundestag eingebracht. Diese 16 Abgeordneten stellen weniger als fünf Prozent der Abgeordneten des Bundestags dar. Allerdings ist fraglich, ob es sich bei § 76 I GOBT um eine verfassungsmäßige Konkretisierung des Art. 76 Abs. 1 S. 1 GG handelt. § 76 Abs. 1 GOBT ist im Vergleich zum Grundgesetz niederrangiges und jüngerer Recht, das somit keine authentische Verfassungsinterpretation darstellt. Folglich ist der Wortlaut des Art. 76 Abs. 1 GG „aus der Mitte des Bundestages“ entscheidend. Aus der Formulierung geht nicht hervor, welche Größe der initiativberechtigte Teil des Bundestages haben muss und somit ob selbst ein einzelner Abgeordneter erfasst ist. Ob ein Quorum in gewisser Höhe und damit eine Beschränkung des Statusrechtes des Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 GG zulässig ist, ist am Kriterium der Funktions- und Arbeitsfähigkeit des Bundestages zu messen. Gegen die verpflichtende Beratung eines Gesetzesentwurfs, der von weniger als fünf Prozent der Mitglieder unterstützt wird, spricht, dass dieser vermutlich keine ernsthaften Erfolgchancen hätte und dennoch parlamentarische Zeit-, Personal- und Arbeitsressourcen verbraucht werden. Allerdings spricht die Artikulationsmöglichkeit der parlamentarischen Minderheiten für die Beratung. Weiterhin hat es auch in

der Parlamentsgeschichte ein lange geltendes Quorum von 15 Abgeordneten gegeben, das erst im Jahre 1969 geändert wurde und welches nicht als Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Parlaments beanstandet wurde. In jedem Fall kann der Bundestag, unabhängig vom Vorliegen einer Pflicht, Beratungen zu einer Gesetzesinitiative von weniger als fünf Prozent der Abgeordneten aufnehmen. Die Behandlung des Gesetzesentwurfs ist zwar bei Vorliegen einer einfachen Mehrheit und nicht der nach § 126 GOBT zur Abweichung von der Geschäftsordnung erforderlichen Zwei-Drittel-Mehrheit geschäftsordnungswidrig, aufgrund der Formulierung „aus der Mitte des Bundestages“ des Art. 76 GG aber nicht grundgesetzwidrig. Die Einbringung des Gesetzesentwurfs in den Bundestag war folglich verfassungsgemäß.

#### **b) Hauptverfahren**

Weiterhin müsste das Hauptverfahren verfassungsgemäß durchgeführt worden sein. Zunächst müsste ein verfassungskonformer Beschluss des Bundestages zustande gekommen sein, Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG. Vorliegend wurde der Gesetzesentwurf im Bundestag in formell korrekter Weise mit deutlicher Mehrheit verabschiedet. Weiterhin ist nach dem Gesetzesbeschluss die Gesetzesvorlage durch den Präsidenten des Bundestages unverzüglich an den Bundesrat weiterzuleiten, Art. 77 Abs. 1 S. 2 GG. Sodann hat die Beschlussfassung des Bundesrates zu erfolgen. Im Bundesrat erhielt der Gesetzesentwurf laut Sachverhalt mehrheitliche Zustimmung. Das Hauptverfahren wurde somit verfassungsgemäß durchgeführt.

#### **c) Abschlussverfahren**

Es müsste ein verfassungsgemäßes Abschlussverfahren vorliegen. Dazu ist das zustande gekommene Gesetz gem. Art. 82 Abs. 1 GG nach Gegenzeichnung durch die Bundesregierung (Art. 58 S. 1 GG, § 29 Abs. 1 GO-BReg) durch den Bundespräsidenten auszufertigen und im Bundesgesetzblatt zu verkünden. Vorliegend ist das Änderungsgesetz laut Sachverhalt durch den Bundespräsidenten ausgefertigt und formgerecht im Bundesgesetzblatt verkündet worden. Von der Gegenzeichnung durch die Bundesregierung ist auszugehen. Folglich liegt ein verfassungsgemäßes Abschlussverfahren vor.

#### **d) Zwischenergebnis**

Das Gesetzgebungsverfahren wurde verfassungsgemäß durchgeführt.

### 3. Zwischenergebnis

Das BMinG-Änderungsgesetz ist formell verfassungsgemäß.

## II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Das BMinG-Änderungsgesetz müsste außerdem materiell verfassungsgemäß sein. Dazu muss es mit höherrangigem Recht vereinbar sein.

### 1. Vereinbarkeit mit Staatszielbestimmungen

Weiterhin müsste das BMinG-Änderungsgesetz auch mit den Staatszielbestimmungen vereinbar sein. Vorliegend könnte das Rückwirkungsverbot, das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, betroffen sein. Gesetze sollen Vertrauen und Rechtssicherheit für die Bürger gewährleisten. Durch das BMinG-Änderungsgesetz könnte die Rechtssicherheit beeinträchtigt sein, da dieses rückwirkend zum 01. Oktober 2018 die Karenzzeit von 18 auf 24 Monate verlängert.

Zu unterscheiden ist die echte und die unechte Rückwirkung. Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn der Gesetzgeber nachträglich in abgeschlossene Tatbestände eingreift und an diese andere Rechtsfolgen knüpft. Hingegen liegt eine unechte Rückwirkung vor, wenn der Gesetzgeber in Tatbestände eingreift, die zwar in der Vergangenheit begonnen haben, aber aktuell andauern und daher noch nicht abgeschlossen sind. Vorliegend begann die Karenzzeit in der Vergangenheit nach Ausscheidung des ehemaligen Bundesministers A aus dem Amt zu laufen. Zum Zeitpunkt des Verkündens des Gesetzes im Bundesgesetzblatt am 26. März 2020 ist die Karenzfrist allerdings noch nicht abgelaufen. Somit handelt es sich vorliegend um einen Fall der unechten Rückwirkung.

Bei der unechten Rückwirkung beurteilt sich die Zulässigkeit unmittelbar anhand der Schranken der betroffenen Grundrechte und nicht primär nach dem Rechtsstaatsprinzip. Laut dem BVerfG seien der allgemeine rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes, der Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit bloß mittelbar zu beachten. Bei der Zulässigkeitsprüfung stehen sich sodann das Grundrecht des Betroffenen und das für die Rückwirkung sprechende öffentliche Interesse entgegen. Vorliegend stehen sich das Grundrecht der Berufsfreiheit des A und das öffentliche Interesse, Lobbyismus einzuschränken und regierungsinterne Informationen nicht nach außen dringen zu lassen, entgegen. Durch eine geringe Karenzzeit kann ein Bundesminister früher nach Ausscheidung aus seinem Amt wieder eine andere Beschäftigung aufnehmen. Dabei wird befürchtet, dass im Rahmen dieser Beschäftigung dem jeweiligen Arbeitgeber Informationen

zukommen, die der allgemeinen Öffentlichkeit nicht zur Verfügung stehen. Dadurch würden diese einen Wettbewerbsvorteil erlangen und konkret die Regierungsarbeit, die bewusst noch nicht oder nicht in derartigem Umfang der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde, ausgenutzt und möglicherweise beeinträchtigt werden. Dies wäre beispielsweise auch im Fall des A einschlägig, da dieser im Rahmen seiner Beschäftigung bei einem Schlachtbetriebsunternehmen in Erfahrung bringen soll, welche Handelsrestriktionen für Fleischware nach Asien im Zuge der afrikanischen Schweinepest geplant und wie Exportgenehmigungen weiterhin zu bekommen seien. Somit würde A durch seine Informationen dem Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen und Gesundheitsschutzvorschriften im Export gezielt umgehen können. Fraglich ist, ob die Verlängerung der Karenzzeit auf 24 Monate Lobbyismus und das Öffentlichwerden von regierungsinternen Angelegenheiten verhindern kann. Die Karenzzeit kann jedenfalls nicht auf Lebenszeit laufen, sodass stets ein derartiges Risiko bei Aufnahme einer Beschäftigung besteht. Allerdings rückt der direkte Kontakt zu regierungsinternen Informationen bei der Verlängerung der Karenzzeit um ein halbes Jahr im Vergleich zu der vorherigen Regelung um ein Drittel der bisherigen Zeit nach hinten. Auf der anderen Seite wird durch das BMinG-Änderungsgesetz der Betroffene daran gehindert, eine maximal sechs Monate längere derartige Beschäftigung auszuüben. Dabei handelt es sich jedoch bloß um eine kurze Beschäftigungszeit und es ist auch nicht ersichtlich, dass der Betroffene auf exakt diese Beschäftigung angewiesen ist. Die Verlängerung stellt einen deutlichen Unterschied zur bisherigen Regelung in Hinblick auf einen deutlich weiter zurückliegenden Kontakt zu regierungsinternen Informationen dar und schützt das öffentliche Interesse durch die Begrenzung zwar auf 24 Monate, aber nicht auf Lebenszeit in einem angemessenen Verhältnis. Folglich ist die Rückwirkung des BMinG-Änderungsgesetzes zulässig.

### 2. Vereinbarkeit mit dem Verbot des Einzelfallgesetzes, Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG

Weiterhin ist fraglich, ob das BMinG-Änderungsgesetz mit dem Verbot des Einzelgesetzes des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG vereinbar ist. Demnach muss, soweit nach dem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Vorliegend ist Anlass für das Änderungsgesetz die bald ablaufende Karenzfrist des ehemaligen Bundesministers A. Die Verlängerung

der Karenzzeit von 18 auf 24 Monate betrifft rückwirkend ab dem 1. Oktober 2018 jeden Bundesminister und somit nicht nur den Einzelfall des A. Fraglich ist allerdings, wie mit der Rückwirkung explizit zum 1. Oktober 2018 umgegangen werden sollte. A war bis zum 12. Oktober 2018 im Amt. Das Datum, bis wohin das Gesetz rückwirkend gelten soll, wurde demnach orientiert an dem Ziel, die Karenzzeit des A zu verlängern, gewählt. Somit soll es konkret für diesen Einzelfall rückwirkend gelten. Folglich liegt aufgrund der Rückwirkung zum 1. Oktober 2018 ein Verstoß gegen das Verbot des Einzelfallgesetzes vor.

### 3. Zwischenergebnis

Das BMinG-Änderungsgesetz ist materiell verfassungswidrig.

### III. Ergebnis

Der Normkontrollantrag ist zulässig und teilweise begründet. Der Niedersächsischen Landesregierung ist zu raten, die Norm im Wege der abstrakten Normenkontrolle anzugreifen.

## ANMERKUNGEN

Die Struktur und die Gedankenführung der Bearbeitung wurden gelobt. Der Gutachtenstil wurde im erforderlichen Maß beachtet. Inhaltlich wurde die Zulässigkeitsprüfung für vollständig und die Begründetheit für vollumfänglich gelungen befunden. Die Prüfung des Kompetenztitels und der Problematik des Einzelfallgesetzes hätte noch ausführlicher erfolgen können. Insbesondere der letzte Punkt hätte angesichts des vertretenen Ergebnisses tiefergehend sein müssen. Im Übrigen wurde die materielle Prüfung der Bearbeitung vor allem mit Blick auf die erfolgte Abwägung bei der unechten Rückwirkung gelobt.

## Kurzarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht, 13 Punkte

stud. iur. Yael Prantl

Die Kurzarbeit ist in der Veranstaltung Große Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht im Wintersemester 2020/2021 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Veith Mehde, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

### Sachverhalt

In der niedersächsischen Gemeinde G soll eine große städtische Veranstaltungshalle entstehen. Zu diesem Zweck muss allerdings ein größeres Stück Wald (ca. 20 ha) gerodet werden, auf welchem die Veranstaltungshalle errichtet werden soll. Das Waldstück befindet sich im Eigentum der Gemeinde. Dies führt zu zahlreichen Protesten, unter anderem zu einer „Besetzung“ des Waldes, um die Rodung zu stoppen. Im Rahmen dieser Besetzung kommt es zu erheblichen Ausschreitungen und zahlreichen schwerwiegenden Straftaten. Auch die U ist vor Ort. Sie übernachtet an mehreren Tagen des bisher einwöchigen Protests in einem auf die Schnelle zusammengezimmerten Baumhaus in dem Waldstück. U verstößt im Rahmen der Unruhen u.a. mehrfach gegen Strafnormen des Sprengstoffgesetzes, zudem wird sie durch mehrere Steinwürfe auf Polizisten auffällig, weshalb Strafverfahren gegen sie eingeleitet werden. Im Rahmen dessen wird auch die Identität der U in rechtmäßiger Weise festgestellt.

Als U wenige Tage später nach Hause fährt, um nach dem Rechten zu sehen, findet sie im Briefkasten einen förmlich zugestellten Brief der örtlich zuständigen Polizeidirektion, in dem ihr ein ab sofort gültiges Aufenthaltsverbot für das Waldstück in der Gemeinde G für die nächsten zwei Wochen erteilt wird. Aufgrund ihres bisherigen Verhaltens sei zu erwarten, dass U im Waldstück weiterhin Straftaten zur Verhinderung der Rodung begehen werde. Der Zeitraum von zwei Wochen sei notwendig, aber auch ausreichend, um die Rodungsarbeiten zum Abschluss bringen zu können. Diesbezüglich wird im Bescheid die sofortige Vollziehung des Aufenthaltsverbotes angeordnet und umfassend begründet. Das Waldgebiet wird auf einer Karte in der Anlage zum Bescheid genau gekennzeichnet. Weiterhin wird U für den Fall der Zuwiderhandlung gegen das Aufenthaltsverbot ein Zwangsgeld i.H.v. 5.000 Euro angedroht.

U ist darüber empört. Sie sei zu keinem Zeitpunkt angehört worden, obwohl dies jedenfalls für die „sofortige Vollziehung“ eine Voraussetzung sei. Das Verbot, den Wald zu betreten, verletze ihr Grundrecht auf Freizügigkeit. Das Aufenthaltsverbot sei schon deshalb nicht rechtmäßig, weil das Baumhaus ihre Wohnung sei. Auch sei ein Zwangsgeld in solcher Höhe vollkommen unverhältnismäßig. U will unbedingt und so schnell wie möglich in den Wald zurückkehren. Daher stellt sie, schon bevor sie entsprechende Klagen vorbereitet und erhebt, Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz beim örtlich zuständigen Verwaltungsgericht.

### Werden die Anträge Erfolg haben?

**Bearbeitungsvermerk:** Auf versammlungsrechtliche Normen sowie die Versammlungsfreiheit ist nicht einzugehen. Die Einhaltung etwaiger Zustellungsvorschriften ist zu unterstellen. Alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen sind (ggf. hilfsgutachterlich) zu bearbeiten..

### GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Das VG wird den Anträgen stattgeben, soweit sie zulässig und begründet sind.

#### A. Zulässigkeit

Die Anträge müssten zulässig sein.

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels auf- und abdrängender Sonderzuweisung ist der

Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet, da die Streitigkeit anhand von Normen des NPOG (§§ 17, 70 NPOG) zu entscheiden ist und diese ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigen und verpflichten. Die streitentscheidenden Normen sind somit öffentlich-rechtlicher Natur. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist die Streitigkeit auch nicht verfassungsrechtlicher Art.

**II. Statthafte Antragsart**

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem klägerischen Begehren, § 88 VwGO. U begehrt in den Wald zurückzukehren. Sie will dem Aufenthaltsverbot also nicht nachkommen und kein Zwangsgeld erhalten. In Betracht könnte der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung kommen. Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist statthaft, wenn der einstweilige Rechtsschutz sich gegen einen belastenden VA richtet und in der Hauptsache eine Anfechtungsklage statthaft wäre.

**1. Belastender VA i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG**

Ein von der Polizei ausgestelltes Aufenthaltsverbot ist grds. ein belastender VA i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG. Die Androhung des Zwangsgeldes beinhaltet ein Duldungsgebot und stellt somit ebenfalls einen belastenden VA i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG dar. U begehrt die Aufhebung des VA, sodass im Hauptverfahren eine Anfechtungsklage statthaft wäre. Der einstweilige Rechtsschutz richtet sich also gegen zwei belastende VA, sodass ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO statthaft ist.

**2. Anordnung oder Wiederherstellung aufschiebender Wirkung**

Fraglich ist, ob der Antrag auf eine Anordnung oder eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gerichtet ist. Das Aufenthaltsverbot ordnet die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO an, sodass bzgl. des Aufenthaltsverbots ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 2. Fall VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung statthaft ist. Die Androhung des Zwangsgeldes weist nach § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 64 Abs. 4 NPOG auch keine aufschiebende Wirkung auf. Bzgl. des Zwangsgeldes ist der Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 2. Fall VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung statthaft.

**III. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog**

Als Adressatin zweier belastender VA besteht die Möglichkeit, dass U in Art. 11 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist. U ist damit klagebefugt analog § 42 Abs. 2 VwGO.

**IV. Antragsgegner, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO**

Richtiger Antragsgegner ist analog § 78 Abs. 1 Nr. 2 die örtlich zuständige Polizeidirektion.

**V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit**

U ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO, die

Polizeidirektion gem. § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 79 Abs. 1 NJG, §§ 87 Abs. 1 Nr. 3 NPOG beteiligungsfähig. Die Prozessfähigkeit der U ergibt sich aus § 63 Abs. 1 Nr. 1 VwGO und die der Polizeidirektion aus § 63 Abs. 3 VwGO, wobei diese durch den Polizeipräsidenten vertreten wird.

**VI. Rechtsschutzbedürfnis**

Das Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist nur gegeben, wenn die aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 2 VwGO entfällt, Klagen in der Hauptsache nicht offensichtlich unzulässig sind und kein vorheriger Antrag nach § 80 Abs. 6 VwGO erforderlich ist. Ein vorheriger Antrag ist nur in Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO erforderlich. Dies ist hier nicht der Fall. Ein vorheriger Antrag ist nicht erforderlich. Ebenso wäre eine Klage im Hauptverfahren nicht offensichtlich unzulässig. Die aufschiebende Wirkung ist bei beiden Anträgen gem. § 80 Abs. 2 VwGO entfallen. Das Rechtsschutzbedürfnis ist gegeben.

**VII. Zwischenergebnis**

Der Antrag der U ist zulässig.

**B. Begründetheit**

Der Antrag müsste begründet sein.

**I. Begründetheit der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gegen das Aufenthaltsverbot**

Der Antrag ist begründet, soweit die behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist und/oder bei einer richterlichen Interessenabwägung das Aufschubinteresse der U das Vollzugsinteresse der Allgemeinheit überwiegt.

**1. Formelle Rechtmäßigkeit des Aufenthaltsverbots**

Das Aufenthaltsverbot müsste formell rechtmäßig sein.

**a) Zuständigkeit**

Die Polizeidirektion ist örtlich und sachlich zuständig.

**b) Verfahren**

Die Verfahrensvorschriften müssten eingehalten worden sein. Problematisch ist, dass U nicht angehört wurde gem. § 28 I VwVfG. Dies schadet jedoch nicht, da die Nachholung der Anhörung möglich ist, § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG.

**c) Form**

Besondere Formerfordernisse bestehen nicht. Der

VA wurde entsprechend der Form inkl. Begründung (§ 39 VwVfG) erlassen.

#### **d) Zwischenergebnis**

Das Aufenthaltsverbot ist bei Nachholung der Anhörung gem. § 28 Abs. 1 VwVfG formell rechtmäßig.

### **2. Interessenabwägung**

Es ist eine richterliche Abwägung zwischen dem Aufschubinteresse der U und dem Vollzugsinteresses der Allgemeinheit vorzunehmen. Die Abwägung richtet sich nach den Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache. Dies hängt davon ab, ob der VA sich nach summarischer Prüfung als rechtswidrig erweist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist.

#### **a) Rechtmäßigkeit des Aufenthaltsverbots**

Das Aufenthaltsverbot müsste rechtmäßig sein.

##### **aa) Ermächtigungsgrundlage**

Als Ermächtigungsgrundlage für das Aufenthaltsverbot kommt § 17 Abs. 3 NPOG in Betracht.

##### **bb) Formelle Rechtmäßigkeit**

Das Aufenthaltsverbot ist formell rechtmäßig.

##### **cc) Materielle Rechtmäßigkeit**

Der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage müsste erfüllt sein und an diesen müsste eine richtige Rechtsfolge geknüpft worden sein.

#### **(1) Gefahr für die öffentliche Sicherheit**

Es müsste eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit i.S.d. § 2 Nr. 1 NPOG bestehen. Die öffentliche Sicherheit umfasst u.a. als Schutzgut die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung. Der Schutz der objektiven Rechtsordnung umfasst die Einhaltung aller Gesetze, Verordnungen, Satzungen und erfasst auch Ordnungswidrigkeiten. U hat mehrfach gegen Strafnormen des Sprengstoffgesetzes verstoßen. Zudem beging sie eine Körperverletzung gem. § 223 StGB, indem sie Polizisten mit Steinen bewarf. Es besteht also eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass U weitere Straftaten begehen wird, wenn sie den Wald im Rahmen der Proteste betritt. Mithin bestand eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Die Tatsachen rechtfertigen also die Annahme, dass U im Waldgebiet Straftaten begehen wird, sodass die Voraussetzung des § 17 Abs. 3 NPOG erfüllt ist.

Allerdings ist das Aufenthaltsverbot nicht anzuwenden, wenn U im Waldgebiet ihre Wohnung hat, § 17 Abs. 3 S. 1 NPOG. Eine Wohnung ist eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit. U hat innerhalb des einwöchigen Protests auf die Schnelle ein Baumhaus zusammengezimmert und übernachtete dort mehrere Tage. Sie nutzt das Baumhaus nicht auf Dauer, sondern gezielt nur für den Protest. U hat zudem ein richtiges Haus, was die Annahme bekräftigt, dass sie das Baumhaus nur zu Protestzwecken erbaut hat. Folglich kann das Baumhaus nicht als Wohnung qualifiziert werden. Der Ausnahmetatbestand des § 17 Abs. 3 S. 1 NPOG greift daher nicht.

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

U ist gem. § 6 Abs. 1 NPOG Zustandsstörerin und damit polizeirechtlich verantwortlich. Das Aufenthaltsverbot ist an den richtigen Störer adressiert.

#### **(3) Rechtsfolge**

Fraglich ist, ob die Polizei die richtige Rechtsfolge gewählt hat. Die Polizei könnte die Grenzen des Ermessens überschritten haben und so eine unverhältnismäßige Maßnahme gewählt haben, § 114 S. 1 VwGO, § 4 NPOG.

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

Das Aufenthaltsverbot gilt dem Zweck, die öffentliche Sicherheit im Waldbereich wiederherzustellen. Dies stellt einen legitimen Zweck dar.

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

Das Aufenthaltsverbot müsste zur Erreichung des legitimen Zwecks geeignet sein. U nahm an den Protesten im Wald teil und verstieß im Rahmen der Unruhen gegen mehrere Strafnormen. Indem sie vom Waldgebiet ferngehalten wird, kann sie dort folglich auch keine Straftaten mehr begehen, sodass das Aufenthaltsverbot zur Herstellung der öffentlichen Sicherheit geeignet ist.

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

Das Aufenthaltsverbot müsste auch erforderlich sein. Dies ist der Fall, wenn keine mildere, gleich wirksame Maßnahme zur Zweckerreichung ersichtlich ist. Fraglich ist, ob zunächst ein Platzverweis nach § 17 Abs. 1 NPOG angebracht gewesen wäre. Rechtfertigen Tatsachen jedoch die Annahme, dass es zu Straftaten kommen wird, kann auch direkt ein Aufenthaltsverbot ausgesprochen werden. Dies ist hier der Fall, sodass das Aufenthaltsverbot auch erforderlich ist.



**(d) Angemessenheit**

Das Aufenthaltsverbot müsste in einem angemessenen Verhältnis zu der Zielsetzung stehen. Durch das Verbot ist U in ihrem Grundrecht auf Freizügigkeit aus Art. 11 Abs. 1 GG und ihrer Allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG betroffen. Gegeneinander abzuwägen sind also Art. 11 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG und die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit. Durch die Proteste im Wald kam es zu mehreren Straftaten. Vor allem der Verstoß gegen das Sprengstoffgesetz verdeutlicht den hohen Gefahrenzustand im Wald. U gefährdet damit nicht nur sich selbst, sondern auch umliegende Personen, da sich eine Sprengstoffzündung räumlich nicht kontrollieren lässt. Somit besteht eine Gefahr für Leib und Leben aller Anwesenden.

Art. 11 Abs. 2 GG erlaubt, das Grundrecht der Freizügigkeit einzuschränken, um Straftaten vorzubeugen. Die Wahrscheinlichkeit, dass U wieder Straftaten begehen wird, wenn sie im Waldgebiet ist, ist sehr hoch. Somit ist der Eingriff in das Grundrecht der Freizügigkeit durch Art. 11 Abs. 2 GG gerechtfertigt. Zudem beschränkt sich das Aufenthaltsverbot auf zwei Wochen, was als angemessen betrachtet werden darf. Mithin überwiegt das Interesse an der Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit im Waldgebiet den Eingriff in die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 11 Abs. 1 GG.

**(e) Zwischenergebnis**

Das Aufenthaltsverbot ist verhältnismäßig und begründet.

**b) Zwischenergebnis**

Das Aufenthaltsverbot ist rechtmäßig. Folglich überwiegt das Vollzugsinteresse der Allgemeinheit das Aufschubinteresse der U. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist unbegründet.

**II. Begründetheit des Antrages auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gegen das Zwangsgeld**

Der Antrag ist begründet, soweit bei einer Interessenabwägung das Aufschubinteresse der U das Vollziehungsinteresse der Allgemeinheit überwiegt. Dies richtet sich nach den Erfolgsaussichten in der Hauptsache und hängt von der in zentraler und summarisch zu prüfenden Rechtmäßigkeit des VA und der Rechtsverletzung der U ab.

**1. Rechtmäßigkeit der Androhung des Zwangsgeldes**

Die Androhung des Zwangsgeldes müsste rechtmäßig erfolgt sein.

**a) Ermächtigungsgrundlage**

Als Ermächtigungsgrundlage kommt § 70 Abs. 1 NPOG in Betracht.

**b) Formelle Rechtmäßigkeit**

Das Zwangsgeld wurde formell rechtmäßig angedroht.

**c) Materielle Rechtmäßigkeit****aa) Tatbestandsvoraussetzungen**

Nach § 64 Abs. 1 NPOG ist ein Grund-VA erforderlich, der auf ein Handeln, Dulden oder Unterlassen gerichtet ist. Der Grund-VA spricht ein Aufenthaltsverbot, also ein Unterlassen aus. Des Weiteren müsste der VA vollstreckbar sein. Die Androhung von Zwangsgeld hat keine aufschiebende Wirkung, und ist damit vollstreckbar. Folglich sind die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt.

**bb) Verantwortlichkeit**

U ist gem. § 6 Abs. 1 NPOG Verhaltensstörer, sodass sie polizeirechtlich verantwortlich ist. Die Androhung des Zwangsgeldes ist an den richtigen Adressaten gerichtet.

**cc) Rechtsfolge**

Die Behörde müsste ihr Ermessen ermessenfehlerfrei ausgeübt haben, § 114 S. 1 VwGO. Fraglich ist, ob die Grenzen des Ermessens aufgrund der Höhe von 5000 Euro überschritten wurden. Nach § 67 Abs. 1 NPOG beträgt das Mindestmaß eines Zwangsgelds 5000 Euro. Demnach ist das Zwangsgeld nicht zu hoch angesetzt, sondern beträgt das Mindestmaß. Das Zwangsgeld soll die U gerade dazu bewegen, den Besuch im Waldgebiet zu unterlassen, weswegen eine Summe ausgewählt werden muss, die den Betroffenen im Falle einer Verletzung „weh tun“ soll.

**2. Zwischenergebnis**

Die Androhung des Zwangsgeldes erfolgte rechtmäßig. Folglich überwiegt das Vollzugsinteresse der Allgemeinheit das Aufschubinteresse der U, sodass ihr Antrag unbegründet ist.

**III. Zwischenergebnis**

Jeweils der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gegen das Aufenthaltsverbot und der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gegen das Zwangsgeld sind unbegründet.

**C. Ergebnis**

Die Anträge sind zwar zulässig, aber unbegründet. Das VG wird den Anträgen folglich nicht stattgeben.

## ANMERKUNGEN

Die Zulässigkeitsprüfung wurde als sehr ordentlich gelobt. Bemängelt wurde, dass § 23 EGGVG nicht geprüft und abgelehnt wurde, im Rechtsschutzbedürfnis die Frage der Erhebung der Klage in der Hauptsache nicht erörtert wurde sowie die objektive Antragshäufung nicht erwähnt wurde.

Die Begründetheitsprüfung wurde als weitestgehend ordentlich geprüft eingestuft. Im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage hätte zwischen Platzverweis und Aufenthaltsverbot differenziert werden sollen. Die Voraussetzungen des § 17 Abs. 3 NPOG hätten sauberer geprüft werden können. So war zunächst festzustellen, dass ein bestimmter örtlicher Bereich i.S.d. Norm vorliegt, um anschließend die Frage zu erörtern, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass G in diesem Bereich Straftaten begehen wird.

Im Übrigen überzeugte die Prüfung der Begründetheit. Die Bearbeitung wurde daher als eine erheblich über den durchschnittlichen Anforderungen liegende Leistung bewertet.

## Klausurstrategien Teil I - Zivilrechtsexamensklausur, 5 Punkte

stud. iur. Patricia Meinking & Ass. Jur. Bastian Orłowski, LL.M.

Eine 5-Punkte-Klausur in der *Hanover Law Review* – eine Seltenheit. Dieser Beitrag erweitert das Spektrum unserer Zeitschrift und ist der erste seiner Art. Zusätzlich zur Veröffentlichung herausragender Klausurergebnisse haben wir uns dazu entschieden, auch schlechte(re) Klausuren mit entsprechenden Korrekturanmerkungen abzdrukken, um Studierende an die Hand zu nehmen. Wir wollen die Möglichkeit schaffen, sich (noch) intensiver mit der Klausurtechnik im juristischen Studium auseinanderzusetzen.

Die Klausur ist in der Veranstaltung HannES (Hannoversches Examen-Studium) im Sommersemester 2019 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Roland Schwarze, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

### **Sachverhalt: „Schloss Altenfels“**

Am 01.12. besucht K einen Weihnachtsmarkt im Schloss Altenfels. Unter den Angeboten der zahlreichen Verkaufsstände gefallen ihm aus Edelstahl gefertigte Dekorationsgegenstände des V. V kauft diese Gegenstände beim Hersteller und veräußert sie auf Märkten. K interessiert sich vor allem für ein aus Edelstahl gefertigtes Mobile, das er gerne seiner Schwester zu Weihnachten schenken möchte. Als er V gegenüber sein Interesse bekundet und nach dem Preis fragt, erklärt ihm V, es handele sich um ein Ansichtsexemplar, das schon einige Abnutzungsspuren habe, weshalb es etwas billiger sei. Andere Exemplare habe er nicht mehr vor Ort. K lehnt das angebotene Ansichtsexemplar mit dem Bemerkung ab, er brauche es als Weihnachtsgeschenk. V erklärt daraufhin, er werde K umgehend ein neues Exemplar aus seinem Lager zusenden, wenn K die Versandkosten übernehme. Daraufhin bestellt K ein Mobile zum Preis von EUR 30,00 zzgl. EUR 3,00 Versandkosten. Sodann erwirbt K für EUR 15,00 eine messingfarbene Kette, die V ihm als technisch und optisch besonders geeignet für das Aufhängen des Mobiles empfiehlt und die durch Heraustrennen einzelner Glieder auf die individuelle Raumhöhe zugeschnitten werden kann. Die Kette bezahlt K sogleich und nimmt sie mit.

Als K am 10.12. noch nichts erhalten hat, versucht er bei V anzurufen, um diesen an die Sendung zu erinnern. Es meldet sich aber nur der Anrufbeantworter, der eine Mitteilung von sich gibt, in der „alle Kunden“ gebeten werden, sich bezüglich etwaiger Weihnachtsbestellungen in Geduld zu fassen, diese würden „binnen einer Woche“ zugesandt werden. K gibt sich damit zufrieden und kürzt danach die Aufhängekette, indem er einige Kettenglieder heraus trennt, um die Aufhängung passgenau für das Wohnzimmer seiner Schwester zu machen.

Als K einen Tag vor Heiligabend noch keine Post erhalten hat und V telefonisch weiterhin nicht erreichen kann, sucht er nach einem Ersatzgeschenk für seine Schwester. Da die Zeit drängt und ein vergleichbarer Artikel in den Geschäften der Stadt Altenfels nicht zu finden ist, kauft K ein Parfüm zum Preis von EUR 40,00.

Am Heiligabend erhält K ein Paket von V. In diesem befindet sich das Mobile mit den leichten Abnutzungsspuren, das K seinerzeit als Ansichtsexemplar in den Händen hatte. V hatte am 21.12. zwar ein neues Exemplar zum Versand aufgegeben, dieses war indessen in der folgenden Nacht bei einem Einbruch in das von V beauftragte Versandunternehmen neben vielen anderen Paketen gestohlen worden. V war davon am 23.12. unterrichtet worden und hatte daraufhin sogleich das Ansichtsexemplar mit den leichten Abnutzungsspuren an K geschickt, da er die anderen auf Lager befindlichen Exemplare am 22.12. anderweitig veräußert hatte.

Nach Weihnachten sendet K die Aufhängekette und das Mobile mit den leichten Abnutzungsspuren an V zurück. Er verlangt Rückzahlung des Kaufpreises für die Kette in Höhe von EUR 15,00, außerdem Schadensersatz in Höhe von EUR 10,00 Mehraufwand für das Ersatzgeschenk.

V weist das Ansinnen des K zurück. Die Kette habe er an K verkauft. Außerdem sei sie für ihn wegen der von K vorgenommenen Verkürzung nicht mehr brauchbar. Weiterhin verlangt V von K Zahlung in Höhe von EUR 30,00 zzgl. EUR 3,00 Versandkosten für das zuerst versandte Mobile, da, so meint V, der Verlust des Mobiles K's Angelegenheit sei. Zumindest müsse K für das übersandte Mobile mit den Abnutzungsspuren Schadensersatz in Höhe von EUR 20,00 leisten, denn dieses sei – was zutrifft – infolge unsachgemäßer Verpackung bei der Rücksendung so verbogen worden, dass V es nicht einmal mehr als Ansichtsexemplar einsetzen könne und es überhaupt keinen Wert mehr habe.

### Welche Ansprüche haben V und K gegeneinander?

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

stud. iur. Patricia Meinking

### Ansprüche des K gegen V

K könnte gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. EUR 10,00 Mehraufwand für das Ersatzgeschenk haben.

Ein solcher könnte sich aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB<sup>1</sup> wegen Schuldnerverzugs ergeben.

Nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 werden allerdings lediglich Schäden neben der Leistung ersetzt. Fraglich ist daher, ob es sich bei den EUR 10,00 Mehraufwand um einen Schaden neben der Leistung handelt. Maßgeblich ist dabei, ob die Leistung und der geltend gemachte Anspruch nebeneinander bestehen können. Bei den EUR 10,00 Mehraufwand für das Ersatzgeschenk handelt es sich um eine Ersatzleistung, sodass das Parfüm an die Stelle der Leistung, also des Mobiles treten soll. Mithin sind die Ansprüche nicht nebeneinander denkbar, sodass ein Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 ausscheidet.

Es kommt stattdessen ein Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 in Betracht.

Dafür müsste zunächst ein Schuldverhältnis zwischen V und K vorliegen. K bestellt bei V ein Mobile zum Preis von EUR 30,00 zzgl. EUR 3,00 Versandkosten. K und V einigten sich mithin über die essentialia negotii und schlossen einen Kaufvertrag i.S.d. § 433. Ein Schuldverhältnis liegt mithin vor.

Weiterhin ist eine Pflichtverletzung seitens V erforderlich. V versandte das Mobile zunächst nicht, sodass eine

Nichtleistung und mithin eine Pflichtverletzung seinerseits vorliegen.

Des Weiteren müsste K dem V eine angemessene Frist zur Leistung bestimmt haben, vgl. § 281 Abs. 1 S. 1.

Zunächst teilte K dem V mit, dass er das Mobile bis Weihnachten braucht. Allerdings versendete V das Mobile bereits am 21.12., sodass in dieser ersten Zeit keine Nichtleistung seitens V vorliegt.

Etwas anderes könnte sich lediglich dann ergeben, wenn K dem V eine früher endende Frist gesetzt hätte. Diese Fristsetzung könnte in dem Anruf des K bei V am 10.12. zu sehen sein. Der abnehmende Anrufbeantworter teilte dem K mit, dass die Lieferung innerhalb einer Woche, also bis zum 17.12. erfolgen sollte. Darin könnte eine Fristsetzung zu sehen sein.

Problematisch erscheint allerdings, dass nicht K, sondern V die Frist mittels Anrufbeantworter gesetzt hat und die Parteien nie tatsächlich miteinander geredet haben. Fraglich ist, ob dies für eine Fristsetzung i.S.d. § 281 Abs. 1 S. 1 genügt.

Einerseits spricht der Wortlaut des § 281 Abs. 1 S. 1 dagegen. Dieser verlangt eindeutig nach einer Fristsetzung seitens des Gläubigers. Danach wäre die Ankündigung der Lieferung innerhalb einer Woche keine Fristsetzung.

Andererseits muss der Schuldner sich an einer von ihm gesetzten Frist festhalten lassen. Es ist lebensfern davon auszugehen, dass der Gläubiger nach einer seitens des Schuldners erfolgten Fristsetzung nochmal eine Frist setzen wird. Der Schuldner muss auch in diesem Fall erkennen, dass ihm nur noch eine geringe Zeit zur Leistung bleibt.

Darüber hinaus könnte die Fristsetzung jedenfalls gem. § 281 Abs. 2 Alt. 2 entbehrlich sein. Durch die Ankündigung

<sup>1</sup> Alle folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

der Lieferzeit auf dem Anrufbeantworter war die Leistung bis zu einem bestimmten Termin, nämlich bis zum 17.12. zu erbringen. Nach Abwägung der Interessen ist es dem K am 23.12. nicht mehr zuzumuten, eine weitere Frist zur Leistung zu setzen, da er das Geschenk am 24.12. benötigt.

Allerdings erfolgte die Leistung durch V am 21.12., sodass es auf den 23.12. hier nicht ankommt.

Vielmehr wird man davon ausgehen können, dass der Schuldner sich selbst eine Frist bis zum 17.12. gesetzt hatte, die zum Zeitpunkt des Deckungskaufs auch erfolglos verstrichen ist.

Folglich hat K dem V eine angemessene Frist zur Leistung bestimmt, die erfolglos ablief.

Das weiterhin erforderliche Vertretenmüssen seitens V wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 vermutet. V trägt auch nichts zu seiner Exkulpation vor, sodass er die Pflichtverletzung zu vertreten hat.

Schließlich müsste dem K ein Schaden entstanden sein. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Vermögenseinbuße. Aufgrund der Nichtleistung durch V musste K ein anderes Geschenk kaufen. Dadurch sind ihm Mehrkosten i.H.v. EUR 10,00 entstanden, die er als Schaden geltend machen kann.

Fraglich ist, ob dem K ein sonstiges Mitverschulden i.S.d. § 254 Abs. 1 zulasten fällt. K hätte noch bis Heiligabend warten können. Allerdings hätte er auch dann kein mangel-freies Mobile erhalten, denn das am 24.12. gelieferte Mobile war abgenutzt, sodass er ohnehin ein anderes Geschenk hätte kaufen müssen.

Darüber hinaus versucht K auch am 23.12. noch, V zu erreichen. Ein Mitverschulden kann ihm also nicht zur Last gelegt werden.

Allerdings erscheint problematisch, dass V am 21.12. ein Mobile versendete und K erst am 23.12. den fraglichen Deckungskauf tätigte. Die Voraussetzungen für den geltend zu machenden Schadensersatz traten jedoch bereits am 17.12. ein. Fraglich ist, wie sich eine Leistung seitens des Schuldners während der sog. Schwebezeit auswirkt, ob K also keinen Schadensersatz mehr verlangen kann, weil er verpflichtet ist, das zur Erfüllung seitens V geleistete anzunehmen.

Einerseits könnte der Gläubiger aufgrund des Grundsatzes „*pacta sunt servanda*“ zur Annahme des Geleisteten verpflichtet sein. In der Folge wäre es ihm nicht möglich, auch noch Schadensersatz geltend zu machen.

Andererseits widerspricht dies dem Sinn und Zweck der Regelungen. Denn nach einer Pflichtverletzung muss sich der Gläubiger nicht mehr am Vertrag festhalten lassen. Nach Eintritt der Voraussetzungen kann er vielmehr andere Ansprüche geltend machen, auch wenn der Schuldner dann in der Zwischenzeit leistet. Während der Schwebe-lage liegt die Wahl also beim Gläubiger.

Mithin kann K die Mehrkosten nach den §§ 249ff. ersetzt bekommen.

K hat einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. EUR 10,00 Mehrkosten aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281.

Des Weiteren könnte K einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 15,00 EUR für die Kette haben.

Ein solcher könnte sich aus § 346 Abs. 1 ergeben.

Dafür müsste K wirksam vom Vertrag zurückgetreten sein.

Die gem. § 349 erforderliche Rücktrittserklärung liegt im Rückzahlungsverlangen des K konkludent vor.

Weiterhin müsste seitens K ein Rücktrittsrecht gegeben sein.

Fraglich ist, ob sich dieses aus den spezielleren Kaufrechtsvorschriften, konkret aus § 437 Nr. 2, oder aus den §§ 323ff. ergibt. Entscheidend dafür ist, ob der Gefahrübergang bereits stattgefunden hat.

Die Kette wurde dem K bereits am 01.12. übergeben, sodass der Gefahrübergang i.S.d. § 446 S. 1 bereits stattgefunden hat.

Allerdings ergibt sich der Wille des K zum Rücktritt daraus, dass V bis zum spätmöglichsten Zeitpunkt (Weihnachten) das Mobile nicht geliefert hat und er daher an der gekauften Kette mangels Brauchbarkeit kein Interesse mehr hat.

Dabei handelt es sich nicht um eine mangelhafte Leistung zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs, sondern es handelt sich um eine teilweise Nichtleistung.

Daher sind die §§ 323ff. einschlägig.

Das Rücktrittsrecht des K könnte sich aus § 323 Abs. 1 ergeben.

Dafür müsste eine Nichtleistung seitens V vorliegen. Fraglich ist, ob dies tatsächlich der Fall ist.

Dabei erscheint problematisch, dass die Kette ja gerade geleistet wurde.

Allerdings könnte aufgrund der unterbliebenen Lieferung des Mobiles eine teilweise Nichtleistung vorliegen. Voraussetzung dafür wäre ein einheitlicher Kaufvertrag über Mobile und Aufhängekette. Dagegen spricht, dass der Kauf der beiden Dinge zeitlich versetzt und die Erfüllung auf unterschiedliche Art und Weise erfolgen sollte.

Jedoch erwarb K die Kette nur zu dem Zweck, das Mobile aufzuhängen. Sollte das Mobile nicht geliefert werden können, so hätte K auch an der Kette kein Interesse mehr gehabt. Beide Verträge sollten also miteinander stehen und fallen. Es handelt sich daher um einen einheitlichen Kaufvertrag.

Dieser stellt auch einen gegenseitigen Vertrag i.S.d. § 323 Abs. 1 dar.

In der Nichtleistung des Mobiles bis zum 24.12. ist daher eine teilweise Nichtleistung zu sehen.

Des Weiteren ist das erfolglose Verstreichen einer gesetzlichen und angemessenen Frist erforderlich. Wie dargelegt ist die Frist am 17.12. abgelaufen.

Gem. § 323 Abs. 2 S. 1 ist bei einer Teilleistung erforderlich, dass der Gläubiger kein Interesse mehr an dieser hat. K möchte die Kette nicht behalten, da sie für ihn unbrauchbar geworden ist. Mithin hat K kein Interesse an der Teilleistung und er kann vom ganzen Vertrag zurücktreten.

Ein Ausschluss des Rücktrittsrechts kommt nicht in Betracht.

Folglich kann K von V gem. § 346 Abs. 1 den Kaufpreis Zug um Zug gem. § 348 gegen Rückgabe der Kette verlangen.

### **Ansprüche des V gegen K**

V könnte gegen K einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung i.H.v. EUR 30,00 zzgl. EUR 3,00 Versandkosten aus § 433 Abs. 2 haben.

Wie dargelegt schlossen V und K einen Kaufvertrag, sodass der Anspruch entstanden ist.

Er könnte jedoch gem. § 326 Abs. 1 S. 1 untergegangen sein. Dafür müsste V von seiner Leistungspflicht nach § 275 frei geworden sein.

In Betracht kommt eine Unmöglichkeit in Form der subjektiven Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 Alt. 1. Unmöglichkeit bedeutet dabei die dauerhafte Nichterbringbarkeit des Leistungserfolgs.

Maßgeblich für das Vorliegen der Unmöglichkeit ist, ob die Parteien eine Gattungs- oder eine Stückschuld vereinbart haben.

Vorliegend wollte K nicht das Ansichtsexemplar erwerben, sondern eines der im Lager des B eingelagerten Mobile. Geschuldet war mithin ein Mobile mittlerer Art und Güte aus dem Lager des V. Folglich lag eine Gattungsschuld in Form der Vorratsschuld vor, vgl. § 243 Abs. 1.

Bei der Gattungsschuld liegt Unmöglichkeit grds. erst bei Untergang der gesamten Gattung vor.

Etwas anderes kann sich allerdings beim Vorliegen einer gem. § 243 Abs. 2 konkretisierten Gattungsschuld ergeben. Dafür müsste V das zur Leistung seinerseits erforderliche getan haben. Die Voraussetzungen hängen dabei davon ab, ob eine Hol-, Bring- oder Schickschuld vereinbart wurde. Vorliegend sollte V das Mobile versenden, sodass K und V eine Schickschuld vereinbarten. Für die Konkretisierung nach § 243 Abs. 2 ist dabei erforderlich, dass der Schuldner die Sache aussortiert und der Transportperson übergibt. Dies hat V getan, sodass eine konkretisierte Gattungsschuld nach § 243 Abs. 2 vorliegt.

Mithin läge Unmöglichkeit vor, wenn die an die Transportperson übergebene Sache untergeht. Vorliegend wurde

das Mobile gestohlen, als es beim Versandunternehmen lag. Mithin liegt subjektive Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 Alt. 1 vor, sodass grds. § 326 Abs. 1 S. 1 greift und der Anspruch auf die Gegenleistung untergegangen ist.

Etwas anderes könnte sich jedoch ergeben, wenn die Gegenleistungsgefahr zum Zeitpunkt des Untergangs bereits auf K übergegangen ist.

Ein Übergang gem. § 446 Abs. 1 S. 1 kommt mangels Übergabe nicht in Betracht.

Es könnte jedoch § 447 Abs. 1 greifen. Dafür ist die Voraussetzung, dass der Verkäufer die verkaufte Sache auf Verlangen des Käufers nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort versendet. Bei der Schickschuld versendet der Verkäufer die geschuldete Leistung an einen anderen Ort als den Leistungsort. Fraglich ist lediglich, ob dies auch auf Verlangen des Käufers geschah.

Einerseits war hier V derjenige, der ein Versenden der Ware vorschlug. Mithin könnte man annehmen, dass das Versenden auf Verlangen des Verkäufers geschah.

Andererseits stimmte K dem zu. K war letztendlich derjenige, der die Bestellung tätigte und das Versenden „verlangte“.

Folglich liegen die Voraussetzungen des § 447 Abs. 1 vor, sodass die Gefahr zu dem Zeitpunkt auf K überging, als V das Mobile dem Versandunternehmen übergab.

Mithin scheiden die Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 Alt. 1 und damit auch das Entfallen des Anspruchs auf die Gegenleistung gem. § 326 Abs. 1 S. 1 aus.

Fraglich ist, ob sich etwas anderes aus § 346 Abs. 1 aufgrund des seitens K erklärten Rücktritts vom ganzen Vertrag ergibt. Dabei ist auch hier problematisch, dass die Leistung des V während der Schwebelage erfolgte und K die Rechtslage ab dem 17.12. bereits nach seinen Wünschen hätte gestalten können. Auch hier ist es nach Ablauf der Frist allein Sache des Gläubigers, die Rechtslage zu gestalten. Nimmt er die Leistung des Schuldners an, so ist er zur Gegenleistung verpflichtet. Tut er dies nicht und tritt stattdessen zurück, so entfällt seine Pflicht zur Gegenleistung. So also auch in diesem Fall: Der Anspruch des V auf den Kaufpreis ist durch den seitens K erklärten

Rücktritt gem. § 364 Abs. 1 untergegangen.

V hat mithin keinen Anspruch auf den Kaufpreis i.H.v. EUR 30,00 zzgl. EUR 3,00 Versandkosten.

V könnte jedoch einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. EUR 20,00 für das verbogene Mobile gegen K haben.

Ein solcher Anspruch könnte sich aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 ergeben.

Dafür müsste ein Schuldverhältnis vorliegen. Ein solches liegt in Form des Kaufvertrags zwischen V und K vor.

K müsste eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. In Betracht kommt eine Nebenpflichtverletzung aus § 241 Abs. 2.

V lieferte vorliegend das Ansichtsexemplar, obwohl er wusste, dass K dieses nicht wollte. Bei der Rücksendung verbog sich das Mobile aufgrund unsachgemäßer Verpackung, sodass es nun keinen Wert mehr hat und unbrauchbar ist.

Fraglich ist, ob den K die Pflicht traf, mit dem Mobile ordnungsgemäß umzugehen, obwohl V wusste, dass K dieses nicht annehmen würde. Dabei ist zu beachten, dass der Schuldner gem. § 241 Abs. 2 zur Rücksichtnahme auf die Rechte des anderen Teils verpflichtet ist, also auch zur Rücksichtnahme auf das Eigentum. Durch die unsachgemäße Verpackung verletzte K diese Pflicht zur Rücksichtnahme. Das Wissen des V um die Lieferung einer nicht erfüllungstauglichen Sache ändert daran nichts. Folglich liegt eine Nebenpflichtverletzung seitens K vor.

Das Vertretenmüssen des K wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 vermutet.

Durch die unsachgemäße Verpackung ist das Mobile verbogen. Folglich liegt auch ein Schaden vor. Dieser ist nach §§ 249ff. ersatzfähig. Nach § 249 Abs. 2 S. 1 hat K in Geld zu leisten.

Fraglich ist, ob der Anspruch wegen Mitverschuldens gem. § 254 Abs. 1 zu kürzen ist. V lieferte die Sache, obwohl er wusste, dass K sie nicht annehmen würde. Hätte V das nicht getan, hätte K die Sache nicht unsachgemäß verpackt und

zurückgeschickt. Folglich ist der Anspruch wegen Mitverschuldens gem. § 254 Abs. 1 um 50% zu kürzen.

V hat mithin einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. EUR 10,00 aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2.

V könnte einen Anspruch auf Wertersatz gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 aufgrund des durch K erklärten Rücktritts haben. Dafür müsste es sich bei dem Mobile allerdings um eine Leistung i.S.d. § 346 Abs. 1 handeln. Das Mobile wurde allerdings nicht zur Erfüllung geliefert. Darüber hinaus ist Wertersatz nur statt der Herausgabe denkbar.

Die Herausgabe ist aber gerade noch möglich. Folglich scheidet ein Wertersatzanspruch aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 aus.

Weiterhin kommt ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag wegen Ausfühungsverschuldens in Betracht. Dafür müsste allerdings ein fremdes Geschäft vorliegen. Dies wird zu verneinen sein, denn die Rückgewährpflicht trifft gerade den K. Mithin scheidet dieser Anspruch aus.

Weiterhin kommt ein Schadensersatzanspruch aus §§ 989, 990 in Betracht. Dafür müsste ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis vorliegen.

Ursprünglich war V wohl Eigentümer, vgl. § 1006 Abs. 1.

Fraglich ist, ob er sein Eigentum an K verloren hat. Dies wird zumindest an der seitens K fehlenden, erforderlichen Annahmeerklärung i.R.d. dinglichen Einigung nach § 929 S. 1 scheitern.

K war zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses allerdings nicht mehr Besitzer, da das Mobile erst auf dem Transport beschädigt wurde.

Folglich scheidet ein Anspruch aus §§ 989, 990 mangels Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses aus.

Allerdings ist K auch nach § 823 Abs. 1 zum Ersatz verpflichtet. Auch danach schuldet K Schadensersatz i.H.v. EUR 10,00.

### Gesamtergebnis

K kann von V Schadensersatz i.H.v. EUR 10,00 Mehrkosten aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 und Rückzahlung des Kettenkaufpreises aus § 346 Abs. 1 verlangen.

V kann von K Schadensersatz für das Mobile i.H.v. EUR 10,00 sowohl aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 als auch aus § 823 Abs. 1 verlangen.

## KORREKTURANMERKUNGEN

Ass. iur. Bastian Orlowski, LL.M.<sup>2</sup>

Huch, was ist denn das? Eine Fünf-Punkte-Klausur in der *Hannover Law Review*? Gibt's ja nicht! Gibt's ja doch! Und die Gründe hierfür sind simpel: Es ist noch kein/e Meister/in vom Himmel gefallen, Übung macht die/den Meister/in und – das dürfte die Quintessenz sein – aus Fehlern anderer kann man ganz wunderbar lernen. Letzteres ermöglicht, dass man den erforderlichen Abstand zu einer Prüfung hat (man hat sie ja nicht selbst „in den Sand gesetzt“), wodurch man besser erkennen kann, was falsch lief (wir sehen unsere Leistungen oftmals durch eine „rosarote Brille“, die unser eigenes Wohlbefinden nach einer „versammelten“ Prüfung etwas aufpäppeln soll), und dass man daraus hilfreiche Schlüsse für das eigene Fortkommen ziehen kann. Anhand der hier abgedruckten HannES-Klausur wird aufgezeigt, was man generell noch hätte besser machen können.

Ein bisschen Insiderwissen vorab: Ich persönlich habe ein Muster, wie ich Klausuren und Hausarbeiten korrigiere. Zunächst blättere ich die Prüfung von vorne bis hinten einmal ganz durch, um mir einen ersten groben Überblick von dem Schriftbild (leserlich/Sauklaue), von der Struktur (Absätze, Überschriften, Gliederung) und von der Schwerpunktsetzung (zu welchen Punkten wurde mehr/weniger geschrieben) zu verschaffen. Sodann lese ich mir die Prüfung (mehrmals) durch. Dabei achte ich auf das „richtige“ Verhältnis von Gutachten- zu Urteilsstil, das exakte

<sup>2</sup> Ass. iur. Bastian Orlowski, LL.M., wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Professor Dr. Felipe Temming, LL.M. (LSE), seit 2013 Korrektor, seit 2017 Ersteller von Klausuren und Hausarbeiten.



Zitieren von Vorschriften, das Arbeiten mit und am Gesetz, die Auswertung des Sachverhalts und last but not least die juristisch-methodische Argumentation sowie die Verwendung juristischer Fachsprache.

### A. Schriftbild

Zum Schriftbild kann ich natürlich nichts sagen. Nur so viel: Wegen einer schlecht leserlichen Handschrift ziehe ich keine Punkte ab bzw. darf ich keine Punkte abziehen. Allerdings sollte man, wenn man eine „Sauklaue“ hat, diese verbessern, um sich nicht der Gefahr auszusetzen, dass das Geschriebene mitunter (teils) gar nicht „entziffert“ und damit auch nicht korrigiert werden kann. Auch wenn eine schlecht leserliche Handschrift (bei mir) nicht zum Punktabzug führt bzw. führen darf, sollte man eins nicht vergessen: Korrekturkräfte sind auch nur Menschen und es ist nicht auszuschließen, dass es sich unterbewusst negativ auf die Laune der Korrekturkräfte und damit auf deren „Großzügigkeit“ bei der Punktevergabe auswirken kann, wenn sie ein- und denselben Satz mehrmals analysieren müssen, um das Geschriebene auch nur ansatzweise entziffern zu können.

### B. Rechtschreib- und Grammatikfehler

Zu den Rechtschreib- und Grammatikfehlern kann ich auch nichts sagen, da mir die Klausur nicht im Original, sondern „abgetippt“ vorlag. Aber: Bei Klausuren bin ich – und viele andere Korrekturkräfte sicherlich auch – nachsichtig, da nun mal im Eifer des Gefechts Fehler passieren. Ist nicht schlimm, solange sie nicht Überhand nehmen. Nehmen sie Überhand, so wird das im Votum festgehalten, auch wenn es nicht zu einem Punktabzug führt. Natürlich gibt's hiervon auch Ausnahmen (zum Beispiel bei einem Nachteilsausgleich).

### C. Absätze, Absätze, Absätze

Auf den ersten Blick fällt sofort positiv auf, dass Absätze eingefügt wurden. Absätze sind gut und unverzichtbar. Erstens gliedern Absätze eure Klausur optisch grob ein, womit die Klausur übersichtlicher sowie strukturierter wird, was wiederum der Korrekturkraft das Lesen eurer Klausur erleichtert. Zweitens zeigen Absätze der Korrekturkraft an, dass der innerhalb eines Absatzes geschriebene Text sinnmäßig zusammenhängt. Ein neuer Absatz steht dementsprechend für einen neuen Gedanken. Wer die Laune der Korrekturkraft also etwas verbessern will, der/die setzt sinnvolle Absätze.

### D. Überschriften und Gliederung

Auf den ersten Blick fällt allerdings auch sofort auf, dass juristisch gegliederte Überschriften, die kurz und prägnant einen Prüfungsabschnitt bezeichnen, fehlen, worunter die äußere Struktur und damit die Übersichtlichkeit der Klausur leidet, was wiederum das Korrigieren der Klausur unnötig erschwert.

Überschriften haben den immensen Vorteil, dass sie der Korrekturkraft auf den ersten Blick verraten, was im folgenden Fließtext erörtert wird. Im Zivilrecht handelt es sich hierbei insbesondere um die Voraussetzungen eines Anspruchs, der geprüft werden soll. Prüfen Sie beispielsweise einen Anspruch aus § 280 Abs. 1, so müssen/sollten die Überschriften der einzelnen Abschnitte den jeweiligen Voraussetzungen dieses Anspruchs entsprechen (Schuldverhältnis, Pflichtverletzung und so weiter).

Ich bin kein großer Fan vom stumpfen Auswendiglernen, aber bei Prüfungsschemata mache ich eine Ausnahme. Es ist enorm von Vorteil, in einer Klausur nicht erst darüber nachdenken zu müssen, wie man gewisse Ansprüche prüft. Spart Zeit, spart Stress.

Was hätte man besser machen können: Überschriften einfügen, die prägnant den Inhalt der folgenden Ausführungen widerspiegelt.

### E. Schwerpunktsetzung

Die fehlenden Überschriften machen es schwer, auf den ersten Blick eine Schwerpunktsetzung zu erkennen. Ich sehe nur eine „wall of text“, die durch Absätze etwas zergliedert ist. Zu welchem spezifischen Gedanken nun aber mehr oder weniger geschrieben wurde, kann ich nicht ausmachen.

Bei einem genaueren Blick bzw. beim „richtigen“, intensiven Lesen stelle ich fest, dass Schwerpunkte insbesondere auf

- die Abgrenzung des Schadensersatzes neben zu statt der Leistung,
- das Fristsetzungserfordernis in § 281 Abs. 1 S. 1 und der Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 281 Abs. 2,
- ein etwaiges Mitverschulden des K,
- die Ersatzfähigkeit eines Deckungskaufs während der Schwebezeit,
- die etwaige Konkurrenz von §§ 437 Nr. 2, 323 zu § 323 und
- die Unmöglichkeit

gelegt wurden. Ob diese Schwerpunktsetzung korrekt ist, steht auf einem anderen Blatt. Insbesondere im Hinblick

auf die Ersatzfähigkeit eines etwaigen Deckungskaufs muss man sich die Frage stellen, ob das ersatzweise gekaufte Parfüm noch mit der ursprünglich gekauften Sache vergleichbar ist.

Was hätte man besser machen können: Die Schwerpunkte erkennen und vernünftig lösen, was natürlich leichter gesagt als getan ist. Dies würde jedoch den Umfang dieses Beitrags sprengen. Die Frage sollte daher eher lauten, was man jetzt noch besser machen kann. Die Antwort hierauf wäre: Die Klausur nochmal durchlösen und sauber runterschreiben mit diversen Pro- und Contra-Argumenten, dieses Mal aber unter Zuhilfenahme von der Kommentarliteratur und der Rechtsprechung. Quasi die persönliche 18-Punkte-Lösung. Auf folgenden Problemen lagen laut Musterlösung, die aus Platzgründen nicht abgedruckt wird, Schwerpunkte: 1. Nichtleistung und Aliudleistung (andere als bestellte Ware) im Rahmen von § 326 Abs. 1 S. 1 1. HS, 2. Wegfall der Leistungspflicht infolge Unvermögens zur Leistung nach § 275 Abs. 1 im Rahmen der Prüfung des § 326 Abs. 1 S. 1 1. HS., 3. (Ent-)Konkretisierung einer Gattungsschuld, 4. Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 in Höhe von EUR 10,00 Mehraufwand für das Ersatzgeschenk, 5. Entlastung des V gem. § 287 im Rahmen der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283, 6. Rücktritt des K vom Kaufvertrag über die Kette gem. § 313 und 7. Anspruch des V auf Wertersatz bezüglich der Kette gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 oder Nr. 3.

#### F. Prüfungsreihenfolge

Wir wollen erst einmal einen Blick auf den Prüfungseinstieg bzw. auf den Beginn des Gutachtens werfen. Die Verfasserin beginnt mit der Prüfung der Ansprüche des K gegen V, genauer gesagt beginnt sie mit der Prüfung des Anspruchs des K gegen V auf Schadensersatz in Höhe von EUR 10,00 wegen des Mehraufwands für das Ersatzgeschenk.

Diese Prüfungsreihenfolge ist gleich aus mehreren Gründen etwas „ungeschickt“:

**Erstens:** Der Sachverhalt ist im Wesentlichen bereits chronologisch „vorsortiert“ und kann in „Handlungsabschnitte“ eingeteilt werden, deren Reihenfolge im Gutachten beachtet werden könnten/sollten. Dann kommt man nicht durcheinander und setzt sich nicht der Gefahr aus, Fragen an gewissen Stellen des Gutachtens zu erörtern, wo sie eigentlich nicht zu erörtern sind. Der erste Handlungsabschnitt umfasst den Verkauf des Mobiles, das

sich im Lager des V befindet, zum Preis von EUR 30,00 zuzüglich EUR 3,00 Versandkosten (Anmerkung: K hat das Teil noch nicht bezahlt). Der zweite Handlungsabschnitt umfasst den Verkauf der Kette für EUR 15,00 (Anmerkung: K hat das Teil sogleich bezahlt und mitgenommen). So geht's dann munter weiter. Wichtig ist, den Sachverhalt so zu analysieren und zu ordnen, dass auch das Gutachten eine dementsprechende Ordnung erhält. Stichworte: Struktur, Übersichtlichkeit, (chrono)logisch nachvollziehbare Prüfungsreihenfolge.

**Zweitens:** Aus der Formulierung der Fallfrage lässt sich schlussfolgern, dass mit der Prüfung etwaiger Ansprüche des V gegen K zu beginnen ist, denn – Achtung, jetzt wird's schwierig – V wird zuerst genannt („Welche Ansprüche haben V und K gegeneinander?“).

**Drittens:** Im Zivilrecht ist in der Regel eine gewisse Prüfungsreihenfolge einzuhalten. Grundsätzlich werden erst vertragliche, dann vertragsähnliche, dann dingliche Ansprüche, dann Ansprüche aus unerlaubter Handlung und zuletzt Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung geprüft. Im Rahmen der vertraglichen Ansprüche geht die Prüfung von Primäransprüchen der Prüfung von Sekundäransprüchen vor. Hier macht V zumindest einen Primäranspruch geltend, K hingegen nur Sekundäransprüche. Also: Erst Ansprüche des V, dann Ansprüche des K prüfen.

#### G. Zitieren von Vorschriften

An einigen Stellen wird ungenau zitiert, darunter:

- §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 statt §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1,
- §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 statt §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1,
- § 326 Abs. 1 S. 1 statt § 326 Abs. 1 S. 11. HS,
- §§ 989, 990 statt bspw. §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1.

Insgesamt zitierte die Verfasserin jedoch exakt die jeweiligen „Fundstellen“, was positiv aufgefallen ist.

#### H. Arbeit mit und am Gesetz und dem Sachverhalt

Sie sollen unter anderem zeigen, dass Sie die im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen (zunächst streng) mit und am Gesetz lösen können. Dort, wo das Gesetz nicht mehr weiterhilft, können/sollten Sie guten Gewissens Ihr Wissen aus Rechtsprechung und Literatur unter Zuhilfenahme der juristischen Argumentationsmethodik einbringen. Niemand verlangt von Ihnen, dass Sie das Rad neu erfinden. Sie können so tun als würden Sie sich das Problem gerade

selbst herleiten und sodann Pro- und Contra-Argumente finden, auch wenn Sie die verschiedenen Ansichten und Argumente längst kennen („fake it till you make it“).

Was aber oftmals von Ihnen verlangt wird, ist, dass Sie ein bis dato unbekanntes Problem lösen, indem Sie Ihr bisheriges Wissen transferieren. Erster Anknüpfungspunkt hierfür ist und wird auch regelmäßig eine Rechtsvorschrift sein. Daher mein Tipp: Schreiben Sie den Wortlaut bspw. der Gesetzesvorschrift einfach ab, formulieren Sie ihn etwas um und bringen Sie ihn in dieser Form in Ihre Gutachten ein. Was im Gesetz steht, müssen Sie nicht auswendig lernen. Das ist keine Schande, sondern zulässig (und letzten Endes auch irgendwie gewollt). Andernfalls bringen Sie schlimmstenfalls Formulierungen aufs Blatt, die Ihnen von vielen Korrekturkräften (mich eingeschlossen) um die Ohren gehauen werden. So schrieb die Verfasserin bspw.: „Er könnte jedoch gem. § 326 Abs. 1 S. 1 untergegangen sein. Dafür müsste V von seiner Leistungspflicht nach § 275 frei geworden sein.“ Inhaltlich mag das im Kern richtig sein, fachsprachlich ist das aber nicht das Niveau, was man im Examen lesen möchte bzw. erwartet. In § 326 Abs. 1 S. 1 HS. 1 steht: „Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung [...]“. Ihre Einleitung könnte dementsprechend zum Beispiel lauten: „Der Anspruch des V gegen K auf Zahlung des Kaufpreises für das zuerst versandte Mobile in Höhe von EUR 30,00 aus § 433 Abs. 2 könnte gem. § 326 Abs. 1 S. 1 HS. 1 erloschen sein. Nach § 326 Abs. 1 S. 1 HS. 1 entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung [=KPZ], wenn der Schuldner [=V] nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht.“

Indem Sie den Gesetzeswortlaut in Ihre Gutachten aufnehmen, zwingen Sie sich quasi dazu, mit und am Gesetz zu arbeiten. Und den Korrekturkräften ersparen Sie, wenn überhaupt erforderlich, einen Blick ins Gesetz zu werfen. Eine absolute Win-Win-Situation! Und so geht's dann Schritt für Schritt im Gutachten weiter. Und dafür gibt's schon Punkte (bzw. keinen Punktabzug)!

Hier noch ein weiteres Beispiel aus der Klausur:

Die Verfasserin schrieb: „Des Weiteren müsste K dem V eine angemessene Frist zur Leistung bestimmt haben, vgl. § 281 Abs. 1 S. 1.“ Im Gesetzestext steht jedoch noch mehr: „[...] wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat.“ Die Voraussetzung der Erfolglosigkeit fehlt hier gänzlich.

Diese wird, quasi „aus dem Nichts“, am Ende der Prüfung erwähnt. Dies hätte vermieden werden können, wenn die Verfasserin (stumpf) den Gesetzeswortlaut abgeschrieben hätte.

Selbiges gilt übrigens für den Umgang mit dem Sachverhalt. Schreiben Sie relevante Textpassagen einfach ab. Im Sachverhalt finden sich regelmäßig sogenannte Rechtsansichten („Weiterhin verlangt V von K Zahlung in Höhe von EUR 30,00 zzgl. EUR 3,00 Versandkosten für das zuerst versandte Mobile, da, so meint V, der Verlust des Mobiles K's Angelegenheit sei [...]“ – Hervorhebung durch die Autorenschaft), die nur darauf warten, von Ihnen farbig markiert, in die Lösungsskizze unter dem richtigen Prüfungspunkt aufgenommen, im Gutachten wiedergegeben und vollumfänglich argumentativ zerlegt oder untermauert zu werden.

In weiten Teilen hat die Verfasserin bereits gute Arbeit mit und an dem Gesetz und dem Sachverhalt geleistet.

### **I. Juristische Methodik, Verwendung der Fachsprache**

Die juristische Methodik ist facettenreich und bietet hinreichend Grundlagen, um die Lösung bekannter Probleme „schön zu verpacken“ und um selbst für die Lösung unbekannter Probleme gescheiterte Argumente zu finden, die für und wider bestimmte Lösungswege sprechen, darunter: Auslegungsmethoden, Kollisions- und Anwendungsvorränge, teleologische Reduktion, Analogien, Umkehrschlüsse, Erst-Recht-Schlüsse, Güter- und Interessenabwägungen, Risikosphären, allgemeine Rechtsprinzipien und im Zweifel auch die WURST (Wertungen, Umgehungsgefahr, Rechtssicherheit und/oder -klarheit, Schutzwürdigkeit, Treu und Glauben).

Die Verfasserin hat an einigen Stellen bestimmte Methoden angewandt:

„Einerseits spricht der Wortlaut des § 281 Abs. 1 S. 1 dagegen. Dieser verlangt eindeutig nach einer Fristsetzung seitens des Gläubigers.“

„Es ist lebensfern davon auszugehen, dass der Gläubiger nach einer seitens des Schuldners erfolgten Fristsetzung nochmal eine Frist setzen wird. Der Schuldner muss auch in diesem Fall erkennen, dass ihm nur noch eine geringe Zeit zur Leistung bleibt.“

„Nach Abwägung der Interessen ist es dem K am 23.12. nicht mehr zuzumuten, eine weitere Frist zur Leistung zu setzen, da er das Geschenk am 24.12. benötigt.“

„Einerseits könnte der Gläubiger aufgrund des Grundsatzes „*pacta sunt servanda*“ zur Annahme des Geleisteten verpflichtet sein.“

„Andererseits widerspricht dies dem Sinn und Zweck der Regelungen. Denn nach einer Pflichtverletzung muss sich der Gläubiger nicht mehr am Vertrag festhalten lassen.“ (Anmerkung: Ob dieses Argument letztendlich überzeugt, sei an dieser Stelle dahingestellt.)

Das Gutachten hätte durchaus noch um weitere (leicht auffindbare) Argumente angereichert werden können (zum Beispiel die Rechtsgedanken des § 434 Abs. 3 und des § 241a Abs. 1 hinsichtlich der Nicht- bzw. Aliudleistung).

#### **J. Schwerpunkte richtig gesetzt**

Ob die Schwerpunkte „richtig“ gesetzt wurden, ist nicht immer leicht zu beurteilen, zumal regelmäßig auch andere Ansichten vertretbar sind, deren Befolgung zu anderen oder weiteren Rechtsfragen führen kann, die sich „abseits“ der offiziellen Musterlösung abspielen. Insofern ist wichtig, dass Sie Ihren (vertretbaren) Lösungsweg argumentativ ansprechend und umfassend begründen und zu einem vertretbaren Ergebnis kommen.

In der vorliegenden Klausur musste sich die Verfasserin schwerpunktmäßig mit der Nichtleistung und Aliudleistung, der Unmöglichkeit, der (Ent-)Konkretisierung der Gattungsschuld, dem Schadensersatz statt der Leistung, dem Schuldnerverzug, der Störung der Geschäftsgrundlage und dem Rückgewährschuldverhältnis und Wertersatz auseinandersetzen. Dies ist ihr teilweise gelungen.

Darüber hinaus hat die Verfasserin einige Anspruchsgrundlagen erörtert, die keine Erwähnung in der offiziellen Lösungsskizze fanden. Da das Ansprechen eben dieser Anspruchsgrundlagen nicht sonderlich abwegig erscheint, wäre dies durchaus positiv zu bewerten, auch wenn hierauf kein Schwerpunkt lag.

#### **Fazit:**

Das Aneignen des nötigen Wissens und dessen Anwendung in Rahmen von Klausuren sind zwei verschiedene Paar Schuhe. Während es für ersteres vielfältige Methoden gibt, hilft bei letzterem nur der wiederholte Sprung ins kalte Wasser und eine harte, aber herzliche Reflexion der eigenen Leistung. Hierbei hilft, die eigene Lösung unter Zuhilfenahme der Musterlösung, der Kommentarliteratur und der Rechtsprechung gewissenhaft aufzuarbeiten und eine persönliche 18-Punkte-Lösung niederzuschreiben. Auch wenn es sicherlich angenehmer ist, aus fremden Fehlern zu lernen, so ist unumgänglich, die eigenen Fehler zu analysieren, Ursachenforschung zu betreiben und nach Möglichkeiten zu suchen, diese Fehler zu korrigieren oder zu minimieren. Ich bin mir sicher, dass Sie feststellen werden, dass sich viele Ihrer Fehler wiederholen und dass ein nicht unerheblicher Teil dieser Fehler mit relativ geringem Aufwand vermeidbar ist. Übung macht den/die Meister\*in.

## Lernplan für die Examensvorbereitung - Ein Wegweiser

stud. iur. Victoria Fricke & stud. iur. Stefan Kaufhold<sup>1</sup>

### I. Einleitung

Jede:r Jurastudent:in steht ab dem ersten Semester, spätestens aber in der Examensvorbereitung vor der Frage, wie die Menge an Stoff in der dafür vorgesehenen Zeit zu bewältigen ist. Während sich das Lernen im Grund- und Hauptstudium oftmals in der Zeit unmittelbar vor den Klausuren abgespielt hat, stellt die Examensvorbereitung Jurastudierende vor die Herausforderung, über einen langen Zeitraum die Motivation und/oder Disziplin an den Tag zu legen, bis zum Examen durchzuhalten.

Ein Geheimrezept für die richtige Vorgehensweise in der Examensvorbereitung existiert nicht. Eine Unterstützung, um in den Tiefen des examensrelevanten Stoffs und in Anbetracht der Dauer der Examensvorbereitung den Überblick zu behalten, ist die Erstellung eines Lernplans. Dieser Beitrag soll Dir eine Hilfe dabei sein, wohlwissend, dass es nicht den einen richtigen Lernplan und den einen richtigen Weg zur Erreichung eines bestmöglichen Examensergebnisses gibt. Vielmehr wollen wir Dir eine Art Bastelanleitung an die Hand geben, die Dich dazu befähigt, einen für Dich individuell perfekten Lernplan zu erstellen.

Darüber hinaus wollen wir Dir anhand der verwendeten Literatur und Verweise einige beispielhafte Lernpläne aufzeigen, an denen Du Dich orientieren kannst. Letztlich haben den Weg schon unzählige Generationen vor uns beschritten, sodass es nicht wirklich zwingend erforderlich ist, das Rad in Gänze neu zu erfinden.

### II. Warum brauche ich einen Lernplan?

Es stellt sich also zunächst die Frage, warum Du Zeit in die Erstellung eines Lernplans investieren solltest. In dieser Zeit könntest Du direkt mit dem Lernen beginnen, den nächsten Stapel Karteikarten abarbeiten oder eine Übungsklausur schreiben. Aber was passiert, wenn Du nach einiger Zeit das Gefühl hast, auf der Stelle zu treten, mit dem Stoff im Repetitorium nicht hinterherkommst

und die Klausurergebnisse nicht überzeugen? Das demotiviert gewaltig. Verzweiflung kommt auf und der Berg scheint schier nicht bezwingbar. Du weißt nicht, wie Du am nächsten Tag oder nach der Mittagspause weiterlernen oder gar, wo Du überhaupt beginnen sollst. Und Du hast Angst, dass Du ein wichtiges Thema in Deiner Vorbereitung vergisst. Diese Gedanken im Hinterkopf behaltend, ist die Erstellung eines Lernplans keinesfalls als verlorene Zeit anzusehen, sondern eine ausschlaggebende Investition in eine effektive und effiziente Examensvorbereitung.

Ein Lernplan nimmt Dich an die Hand, weist Dir den Weg und gibt Dir Struktur. Statt Dich vor dem Berg verzweifeln zu lassen, motiviert er Dich, Schritt für Schritt voranzugehen. Du weißt schon morgens beim Aufstehen, was Du an genau diesem Tag vorhast. Bestenfalls weißt Du, was Du in welcher Stunde Deines Lerntages bearbeitest. Und das Befriedigendste ist, Du weißt abends, am Ende der Woche und am Ende des Monats, was Du getan hast. Du hast etwas geschafft und bist Deinem Ziel ein Stück nähergekommen. So ermöglicht ein Lernplan Dir, die Bücher abends mit einem guten Gefühl zur Seite zu legen. Und er gibt Dir die Sicherheit, dass Du am Tag der Klausuren den gesamten examensrelevanten Stoff gelernt, wiederholt und angewandt hast.<sup>2</sup>

### III. Wie beginne ich?

Zunächst bietet es sich an, sich einen ganz groben Überblick zu verschaffen: Wo stehe ich? Wo will ich hin? Wann möchte ich meine Examensprüfungen ablegen? Ob zwölf Monate oder 24 Monate, kürzer, länger oder irgendetwas dazwischen: Dein Lernplan wird in erster Linie an die von Dir individuell festgelegte Dauer anknüpfen. Es empfiehlt sich, die Examensvorbereitung unter der Prämisse so kurz wie möglich, so lang wie nötig zu planen. Das Ziel ist es, dass Du Dich im Moment des Examenstermins auf Deinem Leistungszenit befindest. Bei zu langer Vorbereitung kann einem die Puste ausgehen, bei zu kurzer Vorbereitung

<sup>1</sup> Victoria Fricke studiert Rechtswissenschaften an der Leibniz Universität Hannover im achten Semester und arbeitet als wissenschaftliche Mitarbeiterin im Insolvenzrecht bei White & Case LLP in Düsseldorf. Sie hat im Januar und April 2021 die schriftlichen Prüfungen des ersten Staatsexamens abgelegt.

Stefan Kaufhold studiert Rechtswissenschaften an der Leibniz Universität Hannover im zehnten Semester und arbeitet als studentischer Mitarbeiter im Insolvenzrecht bei Eckert Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB in Hannover. Er hat die Prüfungen des Pflichtfachs im April und Oktober 2021 abgelegt.

<sup>2</sup> So auch: *Armbruster/Deppner/Feihle/Germershausen/Lehnert/Röhner/Wapler*, Examen ohne Repetitorium – Leitfaden für eine selbstbestimmte und erfolgreiche Examensvorbereitung, 5. Aufl. 2021, S. 56.

schaft man es nicht, der Stofffülle gerecht zu werden. So wird eine Vorbereitungszeit zwischen zehn und 18 Monaten in mehreren Ratgebern als ideal angesehen.<sup>3</sup>

Zudem solltest Du überlegen, ob Du die Möglichkeit des Freiversuchs<sup>4</sup> nutzen und/oder absichten<sup>5</sup> möchtest. Insbesondere das Absichten bedeutet, dass Du Dich vor den Klausuren des ersten bzw. zweiten Durchgangs intensiver mit den entsprechenden Themen auseinandersetzt. Zu Beginn der Planung kannst Du in Dich gehen und reflektieren, wie Dein bisheriges Studium abgelaufen ist. In welchen Fächern fühlst Du Dich bereits relativ sicher? Für welche Klausuren hast Du nur das möglicherweise für die Klausur eingegrenzte Thema gelernt? Welche Vorlesungen hast Du eventuell noch gar nicht besucht? Welche Fächer fallen Dir leichter, welche eher schwer? Diese Fragen werden bei der Schwerpunktsetzung innerhalb Deines Lernplans relevant, damit dieser auf Dich und Deine Bedürfnisse und Kenntnisse zugeschnitten ist.

Wichtig ist hierfür auch, welche Art der Examensvorbereitung Du gewählt hast. Während Du Deinen Lernplan für eine Examensvorbereitung ohne Repetitorium umfangreicher und zugleich unabhängiger gestalten kannst, könntest Du beim Besuch eines (kommerziellen) Repetitoriums den eigenen Lernplan auch an die Inhalte des Repetitoriums angleichen. Und auch hier bestünde die Möglichkeit, den Lernplan nach den eigenen Vorlieben zu individualisieren. So könntest Du diesen beispielsweise bewusst antizyklisch<sup>6</sup> gestalten.

Nicht zuletzt kannst Du Dir ein (Noten-)Ziel für Dein Examen setzen. Je nachdem, was Du erreichen willst, musst Du Deine Vorbereitungen und Herangehensweise anpassen. Ein gerade so bestanden Examen bedarf einer anderen Herangehensweise als eines, das im Prädikatsbereich liegen soll.

Je nachdem, ob Du bereits erhöhte Kenntnisse in einzelnen Fächern vorweisen kannst oder alle Fächer in gleichem

Maße lernen möchtest, bietet es sich an, die Gewichtung der Fächer an die Inhalte der Examensklausuren anzupassen. Die sechs schriftlichen Examensprüfungen sind aufgeteilt in drei Klausuren im Zivilrecht, zwei im öffentlichen Recht und eine Klausur im Strafrecht.<sup>7</sup>

In der mündlichen Prüfung hingegen werden alle Fächer das gleiche Gewicht haben. Eine Gewichtung von 3:2:1 könnte somit dazu führen, dass der Lernplan in Strafrecht sehr straff gestaltet werden muss. Dies könnte gerade bei Jurastudierenden, die noch Probleme im Strafrecht aufweisen, zu zusätzlichem Druck führen. Passe die Gewichtung der Fächer daher in jedem Fall auf Deine Bedürfnisse an.

Das inhaltliche Fundament des Lernplans bildet die Auflistung des Prüfungstoffes der Examensklausuren in § 16 NJAVO. Diese Norm erspart Dir nicht nur Unmengen an Arbeit beim Füllen des Lernplans mit Inhalt, sondern auch eine Menge Sorgen und das Gefühl, dass der Prüfungstoff unendlich ist. Denn dort sind alle Inhalte aufgelistet, die Dich im Examen erwarten können.<sup>8</sup> Mache Dich mit dieser Liste vertraut – sie sollte die Basis der Gewichtung des Stoffes im Speziellen und der Erstellung Deines Lernplans im Allgemeinen darstellen.

#### IV. Wie erstelle ich den Lernplan?

Kommen wir nun zu der alles entscheidenden Frage: Was macht einen guten Lernplan aus und wie gelingt es, einen solchen eigenhändig zu erstellen?

Zunächst bietet es sich an, bei der Erstellung des Lernplans das Pferd sprichwörtlich von hinten aufzuzäumen.<sup>9</sup> Den wichtigsten Zeitpunkt in der Examensvorbereitung stellen die jeweiligen Klausurtermine dar. Daher empfiehlt es sich, dass Du Dir an dieser Stelle Gedanken darüber machst, wann Du die Klausuren schreiben willst, ob Du absichten oder lieber alle Klausuren auf einen Schlag schreiben möchtest. Setze Dir einen konkreten Termin, an

<sup>3</sup> Armbruster et al., Examen ohne Repetitorium (Fn. 2), S. 57; Lange, Jurastudium erfolgreich, 8. Aufl. 2015, S. 112; ter Haar/Lutz/Wiedenfels, Prädikatsexamen – Der selbstständige Weg zum erfolgreichen Examen, 5. Aufl. 2021, S. 25.

<sup>4</sup> Das frühzeitige Anfertigen der Aufsichtsarbeiten (= schriftliche Klausuren der staatlichen Pflichtfachprüfung) wird Freiversuch oder auch Freischuss genannt und ist in § 18 NJAG geregelt. Demnach gilt der nicht bestandene erste Versuch bei frühzeitiger Anfertigung als nicht unternommen. Frühzeitig bezeichnet gem. § 4 Abs. 2 NJAG die Zeit nach dem sechsten bis zum Ende des achten Fachsemesters. Die letzten Klausuren des Freiversuchs müssen spätestens unmittelbar nach dem achten Semester abgelegt werden. Bei der Zählung der Semester bleibt das Sommersemester 2020 gem. § 17 Nr. 5 NJAVO unberücksichtigt. Weitere Ausnahmen sind gem. § 17 Nr. 1-4 NJAVO möglich.

<sup>5</sup> Absichten bezeichnet das vorzeitige Anfertigen der Aufsichtsarbeiten. Hierbei werden die sechs Examensklausuren an zwei Terminen statt wie gewöhnlich innerhalb von 10 – 14 Tagen geschrieben, § 4 Abs. 2 S. 2 NJAG. Die ersten Klausuren werden vorgezogen, die letzten Klausuren müssen im Freiversuchsdurchgang geschrieben werden. Diese Möglichkeit bieten lediglich Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen an.

<sup>6</sup> Sofern das Repetitorium mit BGB AT beginnt und über Schuldrecht und Sachenrecht schließlich beim Arbeitsrecht endet, würde ein antizyklischer Lernplan mit dem Arbeitsrecht beginnen, um dann über das Sachen- und Schuldrecht letztlich beim BGB AT zu enden. Der große Vorteil besteht darin, dass man im Laufe des Repetitoriums alle Inhalte zumindest zweimal behandelt hat. Einmal im Zuge des Repetitoriums und ein weiteres Mal im Rahmen des eigenen Lernplans. Auf der anderen Seite muss man bedenken, dass es schwerfallen kann, dem Repetitorium zu folgen, wenn man die Inhalte nicht parallel aufarbeitet.

<sup>7</sup> Armbruster et al., Examen ohne Repetitorium (Fn. 2), S. 60.

<sup>8</sup> Achte darauf, dass die derzeitige Prüfungsordnung erst für Studierende gilt, die sich ab dem 01.10.2021 zum Examen anmelden werden, vgl. § 41 Abs. 3 S. 1 NJAVO.

<sup>9</sup> Nussbaum, Examen ohne Rep, HanLR 2019, 331 (332).

dem Du Deine Klausuren anfertigen wirst, keinen groben Zeitraum irgendwann im Jahr 202X, sondern einen konkreten Termin. Eine Übersicht über die Klausurtermine findest Du auf der Website des LJPA.<sup>10</sup> Beachte diesbezüglich auch, Dir die Anmeldefristen für Deinen Wunschtermin in einem Kalender zu vermerken.<sup>11</sup> Sobald Du Deinen Termin gefunden hast, kannst Du Deine Examensvorbereitung von dort aus rückwärts bis zu Deinem gewünschten Starttag planen.<sup>12</sup>

### 1. Vom Groben ins Detail

Die Erstellung Deines Lernplans sollte wie ein großes Projekt vom Groben ins Detail geplant werden.<sup>13</sup> Dieser Grundsatz zieht sich über alle Aspekte der Erstellung.

Einerseits ist diese Vorgehensweise in einem Gesamtplan sinnvoll, um davon ausgehend den Stoff auf Monats-, Wochen- und Tagespläne zu verteilen.<sup>14</sup> Das hilft dabei, systematisch vorzugehen und den Wald vor lauter Bäumen nicht aus den Augen zu verlieren.

Andererseits gilt dieses Prinzip auch für die Einteilung des examensrelevanten Stoffs. Planst Du beispielweise am Tag X die Anfechtung der ausgeübten Innenvollmacht zu erarbeiten, ist es erforderlich, dass Du Dir bereits vorher einen Überblick über die Themen des Zivilrechts im Allgemeinen und des BGB AT im Konkreten verschafft hast. Dieser Überblick ist erforderlich, um die Verteilung des Stoffes sinnvoll zu ordnen.

#### a) Organisatorisch

Der erste Schritt auf dem Weg zu Deinem individuellen Lernplan ist die Erstellung eines Gesamtplans. Dieser gibt Dir einen ersten Überblick über die zur Verfügung stehende Zeit. Außerdem kannst Du dort die einzelnen Phasen Deiner Examensvorbereitung sowie Urlaube und wichtige Termine (wie z.B. den Zeitraum für die Examensanmeldung) eintragen.

Ein Monatsplan dient dazu, den Stoff auf einzelne Tage und Zeiträume aufzuteilen, sodass Du einen Überblick über die zu behandelnden Gebiete bekommst. Ferner bietet es sich an, hier auch die geplanten Probeklausuren aufzunehmen,

um diesem elementaren Teil der Examensvorbereitung das nötige Gewicht zu geben.

Die konkrete Organisation und Verteilung des Lernstoffes erfolgt danach im Rahmen der Wochen- und Tagespläne. Für den Wochenplan empfiehlt es sich, dem Plan jeweils Deine perfekte Woche zu Grunde zu legen. Dieser Plan sollte alle wöchentlichen Verpflichtungen enthalten, sowohl juristischer als auch privater Natur. Weiterhin solltest Du Dir darin einen täglichen Lernzyklus einplanen, der an die jeweiligen Verpflichtungen des Wochentages angepasst ist. Nun kannst Du in einem letzten Schritt (zum Beispiel als allsonntägliches Ritual) die Woche mit Leben füllen. Diese Vorgehensweise nennt sich Calendar Blocking. Hierbei wird den einzelnen Tagen bis hin zu den jeweiligen Tagesabschnitten jeweils ein Thema zugeordnet.

#### b) Inhaltlich

Für den inhaltlichen Überblick über den examensrelevanten Stoff eines jeden Rechtsgebiets bietet es sich an, diesen ähnlich den Lehrbüchern auf drei Ebenen herunterzubrechen.<sup>15</sup>

Zunächst erfolgt eine Einteilung in die Bereiche (z.B. BGB AT, Schuldrecht AT, BT, Familienrecht etc.). In einem zweiten Schritt kannst Du die Oberbereiche wiederum in Kapitel unterteilen (z.B. Rücktritt, Kaufrecht, Testament etc.). Zuletzt erfolgt dann eine Unterteilung in die konkreten Lernportionen (z.B. Rücktrittserklärung, Sachmängel, § 377 HGB etc.). Die Einteilung in diese drei Ebenen, die Du jedem Lehrbuch schon anhand des Inhaltsverzeichnisses entnehmen kannst, spiegelt den Aufbau der jeweiligen Gesetze wider.<sup>16</sup>

Diese Vorgehensweise hat den großen Vorteil, dass Du den schier unüberwindbar scheinenden Berg an examensrelevantem Wissen in kleine, handhabbare Lernportionen unterteilen kannst. Dadurch erscheint der Stoff schon zu Beginn Deiner Examensvorbereitung nicht mehr unendlich und überfordernd, sondern endlich und überschaubar. Ein weiterer großer Vorteil dieses Vorgehens ist die intensive Arbeit am Gesetz bzw. am Lehrbuch. Dies ermöglicht Dir schon zu dieser frühen Phase, Strukturwissen zu entwickeln.<sup>17</sup> Der Blick ins Inhaltsverzeichnis des BGB zeigt

<sup>10</sup> [https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche\\_pflichtfachprufung\\_und\\_erste\\_prufung/neuigkeiten-157900.html](https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche_pflichtfachprufung_und_erste_prufung/neuigkeiten-157900.html) (Abruf v.24.09.2021).

<sup>11</sup> Alle relevanten Informationen zur Anmeldung findest Du auf der Seite des LJPA: [https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche\\_pflichtfachprufung\\_und\\_erste\\_prufung/meldung-zum-examen-158112.html](https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche_pflichtfachprufung_und_erste_prufung/meldung-zum-examen-158112.html) (Abruf v. 03.07.2021).

<sup>12</sup> So auch: Sanders/Dauner-Lieb, Recht Aktiv – erfolgreich durch das Examen, 2021, S. 85; ter Haar et al., Prädikatsexamen (Fn. 3), S. 24.

<sup>13</sup> Ter Haar et al., Prädikatsexamen (Fn. 3), S. 21.

<sup>14</sup> Vgl. etwa: Lange, Jurastudium erfolgreich (Fn. 3), S. 151ff.; ter Haar et al., Prädikatsexamen (Fn. 3), S. 132f.

<sup>15</sup> So auch: ter Haar et al., Prädikatsexamen (Fn. 3), S. 81.

<sup>16</sup> Wenn Du uns nicht glaubst, wirf doch einmal einen Blick in das Inhaltsverzeichnis Deines Schönfelders.

<sup>17</sup> Vgl. Armbruster et al., Examen ohne Repetitorium (Fn. 2), S. 55.

Dir beispielsweise, dass die Aufrechnung – ähnlich wie die Erfüllung – zum Erlöschen des Schuldverhältnisses führt, ohne dass Du Dich mit dieser näher beschäftigt haben musst.

Darüber hinaus kannst Du Dir diesen Stoffüberblick über Deinen Schreibtisch hängen und abends routinemäßig die erledigte Lernportion wegstreichen. So kannst Du Dir Deinen täglichen Fortschritt visualisieren und siehst auf Deinem Weg zum Examen, wie die zu erarbeitenden Lernportionen, Kapitel und Bücher nach und nach weniger werden.

## 2. Zyklische Herangehensweise

Bei der zyklischen Herangehensweise wird die Examensvorbereitung in mehrere Zyklen unterteilt. Dies dient dem Zweck, immer wieder Zwischenziele erreichen zu können, die einen zusätzlich motivieren können, weiterzumachen. Außerdem hast Du so die Gewissheit, dass Du den Stoff mehrmals (in unterschiedlichen Intensitäten und mit unterschiedlichen Schwerpunkten) bearbeitest und dieser sich so leichter setzen kann. Beispielsweise könnte sich eine Verteilung in eine Vorbereitungsphase, eine Erarbeitungs- und Wiederholungsphase, eine Wiederholungs- und Anwendungsphase und eine Regenerationsphase anbieten.

### a) Gewichtung der einzelnen Phasen

Grundsätzlich solltest Du Dir gerade für die Erarbeitungsphase ausreichend Zeit lassen. In dieser Phase legst Du den Grundstein für alle weiteren Phasen und Dein späteres Examen.

Die Gewichtung der einzelnen Phasen hängt aber auch hier von Deiner Situation ab. Bist Du beispielsweise in den Grundlagen aller Gebiete schon sicher, kannst Du die zweite Phase etwas kürzer ausgestalten und Dich vermehrt mit der Anwendung beschäftigen.

### b) Die Vorbereitungsphase

Diese Phase dient den wichtigen Grundsatzentscheidungen. Welche Art der Vorbereitung möchtest Du nutzen?<sup>18</sup> Mit welchem Ziel willst Du an Deine Examensvorbereitung herangehen? Welche Verpflichtungen hast Du noch neben der Examensvorbereitung?

Außerdem kann diese Phase dazu genutzt werden, Dich mit unterschiedlichen Lernmethoden, Prinzipien des

Zeit- und Projektmanagements oder mit den Grundsätzen der juristischen Methodik auseinanderzusetzen.

Behalte aber im Auge, dass die Phase der Vorbereitung zwar wichtig für die spätere Effektivität Deiner Examensvorbereitung sein kann. Allerdings solltest Du darauf achten, rechtzeitig mit dem eigentlichen Lernen anzufangen und das Planen nicht um seiner selbst willen durchzuführen.

### c) Die Erarbeitungs- und Wiederholungsphase

In der nächsten Phase beginnt die inhaltliche Examensvorbereitung. Das oberste Gebot in dieser Phase ist die Erarbeitung des examensrelevanten Wissens. Neben der Erarbeitung musst Du in dieser Phase aber auch das Wichtige vom Unwichtigen trennen und die Lerninhalte durch ein Lernmedium Deiner Wahl externalisieren.

Du wirst merken, dass Du ab dem ersten Tag Deiner Examensvorbereitung gegen das Vergessen ankämpfst. Deswegen solltest Du in dieser Phase – mit einem kleinen Versatz – auch schon mit dem Wiederholen beginnen. Die reine Wissensaufnahme bringt Dir nichts, wenn Du das Wissen nicht speichern kannst. Ob Du die Wiederholung mit Karteikarten, anhand von Fragebögen oder mittels eigener Kurzschriften durchführst, bleibt dabei Dir überlassen. Nimm Dir auch hier die Zeit, unterschiedliche Methoden auszuprobieren, anstatt Dich auf eine Methode zu stürzen, mit der Du schon immer gearbeitet hast. Manchmal sollte das Alte hinterfragt und angepasst werden, um noch produktiver lernen zu können.

Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass es sich für uns erprobt hat, so früh wie möglich mit dem Schreiben von Probeklausuren zu beginnen. Selbst wenn Du die ersten Klausuren noch zum Teil mit Hilfen anfertigst, hilft Dir jeder Fehler, den Du dabei zwangsläufig machen wirst, dabei, diesen in Zukunft zu vermeiden.

### d) Die Wiederholungs- und Anwendungsphase

Die dritte Phase dient der Wiederholung und Anwendung des erlernten Stoffes. Der Prozess der Wiederholung sollte während Deiner gesamten Examensvorbereitung ein fester Bestandteil Deines Lernalltags sein.

Daneben ist es aber auch erforderlich, Dich mit Falllösungen auseinanderzusetzen. Letztlich erwartet Dich in den Examensklausuren nichts anderes als während Deines bisherigen Studiums – die Lösung von Sachverhalten in juristischen Gutachten. Je mehr Übung Du in

<sup>18</sup> Zu den Vor- und Nachteilen der einzelnen Vorbereitungsmöglichkeiten vgl. etwa: *Armbruster et al.*, Examen ohne Repetitorium (Fn. 2), S. 24ff.; *Lange*, Jurastudium erfolgreich (Fn. 3), S. 149f.; *Sanders/Dauner-Lieb*, Recht Aktiv (Fn. 12), S. 33ff.; *ter Haar et al.*, Prädikatsexamen (Fn. 3), S. 38ff. m.w.N.



der Examensvorbereitung sammeln kannst, desto leichter werden Dir später auch die Examensklausuren fallen. Das bedeutet nicht, dass Du unzählige Probeklausuren schreiben musst, jedoch solltest Du so lange regelmäßig Klausuren schreiben, bis Dir das Ausformulieren keine große Mühe mehr bereitet.

Neben dem Ausformulieren von Klausuren solltest Du in Deine Anwendungsphase auch das bloße Lösen von Fällen etablieren. Spätestens einige Wochen vor den eigentlichen Klausuren empfiehlt es sich, eine Routine<sup>19</sup> zur Klausurbearbeitung entwickelt zu haben. Das hilft Dir in den Examensklausuren dabei, etwas zu haben, an dem Du Dich auch dann entlanghangeln kannst, wenn Dir im Examen ein unbekanntes Rechtsproblem begegnet.

#### e) Die Regenerationsphase

Nicht zu vergessen bleibt die Regenerationsphase, die dazu dient, Dich körperlich und mental auf die Klausuren vorzubereiten. Der Fokus liegt hierbei darauf, Deinen Körper nach den anstrengenden Monaten, die hinter Dir liegen, wieder etwas zu regenerieren, damit Du während der Klausurenphase nicht ausgebrannt bist. Bis auf eine gelegentliche Wiederholung sollten die Bücher in dieser letzten Phase geschlossen bleiben und Dein Geist sich mit anderen Dingen beschäftigen dürfen.

### 3. Lineare Herangehensweise

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, den Stoff jeweils allumfassend zu bearbeiten und erst dann zum nächsten Gebiet zu wechseln, wenn Du das vorherige in der Tiefe durchdrungen hast. Auch für dieses Vorgehen sollte aber ausreichend Zeit für die parallele Wiederholung eingeplant werden. Dieses Vorgehen bietet zwar den Vorteil, dass Du Dich nicht mehrfach neu in ein Gebiet hineindenken musst. Darin besteht auf der anderen Seite aber auch ein großer Nachteil: Indem Du Dich nicht mehrfach mit etwas Abstand mit den Gebieten beschäftigst, fällt der automatische Wiederholungseffekt weg. Außerdem führt das Vorgehen dazu, dass die Vertiefung in bestimmte Gebiete zum Zeitpunkt der Examensklausuren zum Teil schon mehrere Monate zurückliegt, während für andere Bereiche nach der Erarbeitungsphase kaum Zeit zur Wiederholung

bleibt.

### 4. Biorhythmus beachten

Die Examensvorbereitung ist in jedem Fall die anstrengendste Zeit Deines Studiums. Der Lernplan soll Dir eine Hilfe sein, um diese Zeit so effektiv wie möglich zu gestalten. Dies funktioniert aber nur dann, wenn Dein Lernplan auf Dich zugeschnitten ist.

Das betrifft neben der individuellen Gewichtung der Lerninhalte und der Auswahl der Materialien auch die Verteilung der Lernzeit auf den Tag. Jeder Mensch tickt unterschiedlich und hat seine täglichen Leistungshochs und -tiefs zu unterschiedlichen Zeiten. Die Kunst besteht darin, seine eigene Leistungskurve über den Tag zu erkunden und die täglichen Aufgaben darauf anzupassen.<sup>20</sup> So bietet es sich beispielsweise an, die Erarbeitung neuen Stoffs oder besonders fordernde Aufgaben auf die Zeiten des Tages zu legen, zu denen Du besonders produktiv und effizient arbeiten kannst.<sup>21</sup>

Dabei kann sich insbesondere der Vergleich mit anderen als trügerisch erweisen. Es bietet Dir keinen Mehrwert, jeden Morgen um 5 Uhr aufzustehen, wenn Du dann den ganzen Tag müde und unproduktiv bist. Hast Du Dein Leistungshoch um 22 Uhr und kannst bis 2 Uhr konzentriert und ungestört arbeiten, dann passe Deinen Lernplan dementsprechend an. Versuche Dich nicht gegen Deinen Körper zu stellen, nur weil Du beispielsweise in den sozialen Netzwerken siehst, dass andere jeden Morgen um 6 Uhr am Schreibtisch sitzen.<sup>22</sup>

Wir möchten Dich mit diesem Beitrag dazu ermutigen, Deinen eigenen Lernplan zu erstellen. Das Wichtigste daran ist also, dass es auch wirklich Dein eigener Lernplan wird. Nutze unsere Bastelanleitung und schaue weniger auf das, was Deine Freund:innen und Kommiliton:innen machen.

### V. Wie kann ich einschätzen, was wie viel Zeit in Anspruch nimmt?

Nachdem Du jetzt das Rüstzeug an der Hand hast, den organisatorischen Rahmen Deines Lernplanes zu errichten, gilt es in einem nächsten Schritt, den Plan mit dem examensrelevanten Stoff zu befüllen. Letztlich ist es auch an dieser

<sup>19</sup> Eine Klausurroutine könnte zum Beispiel so aussehen, dass Du Dir überlegst, wie Du die wichtigen Informationen aus dem Sachverhalt externalisierst, ob Du eine Personenskizze machst, einen Zeitstrahl erstellst oder mittels eines Brainstormings die Sachverhaltsinformationen rechtlich bewertest. Darüber hinaus kannst Du Dir mittels der Routine einen groben Zeitablauf zurechtlegen. All das hilft Dir dabei, in der Klausur ruhig und sauber arbeiten zu können, ohne Dich wegen der besonderen Situation verrückt zu machen.

<sup>20</sup> So auch: Sanders/Dauner-Lieb, Recht Aktiv (Fn. 12), S. 93.

<sup>21</sup> Brian Tracy, ein US-amerikanischer Sachbuchautor und Berater für Selbstentwicklung, hat diesem Prinzip das Werk „Eat that frog“ gewidmet. Der Frosch steht in seinem Werk für die besonders unschönen oder anstrengenden Aufgaben. Diesen solle man sich zunächst widmen, um diese nicht immer weiter vor sich her zu schieben.

<sup>22</sup> Ter Haar et al., Prädikatsexamen (Fn. 3), S. 143.

Stelle nicht erforderlich, ganz von vorn zu beginnen.

Es gibt im Internet und in den Bibliotheken eine Vielzahl vorhandener Lernpläne, an denen Du Dich für die Gewichtung und Zeiteinteilung orientieren kannst.<sup>23</sup>

Darüber hinaus kannst Du Dich auch an die großen Lehrbücher halten. Anhand des Inhaltsverzeichnisses kannst Du relativ schnell erkennen, wie umfangreich oder oberflächlich einzelne Themen dort abgehandelt werden.

Zuletzt besteht auch die Möglichkeit, sich an der Examenspraxis zu orientieren. In der einschlägigen Literatur findest Du beispielsweise eine Aufschlüsselung der Themen der vergangenen Examensdurchgänge.<sup>24</sup>

Letztlich ist es nebensächlich, an welcher Gewichtung Du Dich orientieren möchtest, viel entscheidender ist es, dass der Lernplan auf Deine einzigartige Situation angepasst ist. Wenn Du beispielsweise im Laufe des Studiums jede Veranstaltung zum Schuldrecht AT besucht hast, aber das Sachenrecht für Dich nach wie vor ein Buch mit sieben Siegeln ist, musst Du dies bei Deiner Zeiteinteilung bedenken.

## VI. Wie viel Zeit sollte ich für Pausen einplanen?

Pausen sind bei der Lernplanerstellung unabdingbar. Sie dienen nicht nur dazu, dass Dein Körper und Dein Geist die nötige Erholung erfahren, sondern helfen Dir auch, die Motivation hochzuhalten.

Es empfiehlt sich, in der Examensvorbereitung auch die eine oder andere große Pause, sprich einen Urlaub, wahrzunehmen. Für einige Tage den Kopf freizubekommen, andere Gedanken kreisen zu lassen und zu entspannen hilft Dir, danach gestärkt mit dem Lernen fortzufahren.<sup>25</sup>

Zu den Pausen zählen aber auch wöchentliche jurafreie Tage. Es empfiehlt sich, jede Woche einen festen Tag einzuplanen, an dem die Bücher zugeklappt bleiben und Du Dich mit den Dingen beschäftigst, die Dir einen Ausgleich zum Lernalltag bieten. Nimmst Du Dir diesen Tag nicht, ist der Montag nicht der erste Tag der neuen Woche, sondern der achte Tag der alten Woche. Das führt allein psychologisch auf lange Zeit dazu, dass Dein Körper irgendwann ausbrennt.

Bezogen auf den einzelnen Lerntag möchten wir Dich auch

dazu ermutigen, Feierabend zu machen. Die genaue Uhrzeit ist dabei individuell und nicht generell bestimmbar. Wichtig erscheint, dass das Arbeiten über den angepeilten Feierabend hinaus die Ausnahme sein sollte. Und wenn Du schon länger arbeitest, dann sollte es möglichst nicht davon bestimmt werden, dass das Tagesziel noch nicht erreicht wurde, sondern vielmehr darauf basieren, dass Du gerade Spaß an dem Thema hast und noch nicht aufhören möchtest.

Pausen sind von den ebenfalls essenziellen Puffer-Zeiten zu unterscheiden. Es wird vorkommen, dass Du für das eine oder andere Thema schlicht länger brauchst als eingeplant, dass Dich Freund:innen spontan auf einen Kaffee einladen oder das Meerschweinchen krank wird. All dies kannst Du mangels besseren Wissens nicht in Deinem Plan berücksichtigen. Du kannst aber, wohlwissend, dass solche Zeiten kommen werden, Puffer einplanen. Puffer sind Blanko-Lernblöcke, die mit keinem Thema belegt sind. Sollten sich keine unerwarteten Geschehnisse ereignen, kannst Du diese Zeiten als Pausen gestalten oder aber sie, je nach Gefühl, zur Wiederholung oder zum Fortkommen innerhalb Deines Plans nutzen.

## VII. Wie kann mir ein Lernplan dabei helfen, motiviert zu bleiben?

Der Lernplan gewährt Dir einen Überblick über den gesamten examensrelevanten Stoff und die Gewissheit, dass Du am Ende des Tages dem Grunde nach alle Themengebiete abgedeckt haben wirst. Außerdem kannst Du jeden Tag kleine Zwischenerfolge feiern, wenn Du den Stoff des Tages von dem Lernplan streichen kannst. So wird der anfangs so hoch anmutende Berg jeden Tag ein wenig weniger unbezwingbar und am Ende kannst Du stolz Dein Examen und somit das Gipfelkreuz in den Händen halten.

Die Einteilung in kleine Tageshäppchen führt nebenbei dazu, dass ein künstlicher, positiver Zeitdruck in Deine Examensvorbereitung Einzug erhält. Ob der Länge der Examensvorbereitung kann es schnell passieren, dass Du das große Ziel aus den Augen verlierst. Durch die Portionierung der verfügbaren Zeit und des zu erlernenden

<sup>23</sup> Beispiellernpläne: <https://www.repetitorium-hofmann.de/lernplan/>; [https://www.jura.uni-muenchen.de/personen/k/knoche\\_joachim/examensvorbereitung.html](https://www.jura.uni-muenchen.de/personen/k/knoche_joachim/examensvorbereitung.html); <http://www.jura.uni-freiburg.de/de/studium/ex-o-rep/lerngruppen/lernplaene>; <http://www.michaelforster.net/lernplan.html>; <https://akj.rewi.hu-berlin.de/projekte/exorep/index.htm> (jeweils Abruf v. 03.07.2021).

Die Lernpläne gelten nur der Anschauung einer möglichen Planung. Wir haben die Lernpläne nicht auf ihre Sinnhaftigkeit überprüft, sodass wir an dieser Stelle keinen davon besonders hervorheben möchten und auch keine Gewähr für deren Erfolgsversprechen übernehmen. Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass die Pläne an die besonderen Vorschriften und Begebenheiten des jeweiligen Landesrechts angepasst werden müssen. Beachte diesbezüglich insbesondere § 16 NJAVO. Weitergehende Literatur findet sich insbesondere in der Auflistung in *Lange*, Jurastudium erfolgreich (Fn. 3), S. XXXVI.

<sup>24</sup> *Preis/Sachs/Weißer*, Die Examensklausur, 7. Aufl. 2020.

<sup>25</sup> 10 – 30 % der Lernzeit als Pausen freizuhalten empfehlen beispielsweise *Armbruster et al.*, Examen ohne Repetitorium (Fn. 2), S. 103.

Stoffs siehst Du Dein tägliches Ziel vor Augen und strengst Dich an, dieses auch zu erreichen.<sup>26</sup> Daraus kann sich für Dich auch eine Erfolgsspirale entwickeln, die dazu führt, dass Dir das Erreichen des täglichen Lernziels von Tag zu Tag ein kleines bisschen leichter fällt.

Ein weiterer großer Vorteil, den Dir der Lernplan bieten kann, sind Routinen. Wenn Du jeden Tag annähernd zur gleichen Zeit aufstehst, musst Du nicht jeden Tag aufs Neue mit Deinem inneren Schweinehund diskutieren, wann Du heute mit dem Lernen anfängst und wie lange und was zu lernen ist.

Neben der Motivation kann Dir der Lernplan aber auch helfen, diszipliniert an Deine Examensvorbereitung heranzugehen. Durch das Einhalten des Lernplanes, kannst Du Deine ganze Energie auf das Lernen innerhalb dieses Ablaufs fokussieren. Das führt dazu, dass Du mit dieser Disziplin auch an Tagen erfolgreich sein kannst, an denen Deine Motivation nicht so hoch ist.<sup>27</sup>

Aber trotz all der positiven Wirkungen, die ein Lernplan entfalten kann, hilft Dir der beste Lernplan nichts, wenn Du nicht anfängst zu lernen. Verliere Dich also nicht in der detailliertesten Erstellung Deines Lernplanes. Dies würde unweigerlich dazu führen, dass Du das Lernen vor Dir herschiebst und der Planung mehr Gewicht als erforderlich zukommen lässt. Achte also bei der Planung darauf, nicht zu überplanen.

### VIII. Was mache ich, wenn ich merke, dass ich dem Plan nicht folgen kann?

Zunächst einmal gilt es, nicht in Panik zu verfallen. Zwar dient der Lernplan der Strukturierung der Examensvorbereitung. Er sollte allerdings niemals als in Stein gemeißelt angesehen werden. Hinterfrage den eigenen Plan regelmäßig, um mögliche Stellen mit Verbesserungspotenzial ausfindig zu machen. Statt verkrampft zu versuchen, dem Plan zu folgen, solltest Du frühzeitig reagieren und die entscheidenden Stellschrauben neu justieren. Natürlich soll Dir der Lernplan eine gewisse Sicherheit geben. Allerdings wäre es verfehlt, sich verzweifelt daran festzuklammern und sich davor zu sträuben, diesen an neue Erkenntnisse oder Ideen anzupassen.

Uns hat es beispielsweise geholfen, uns an unserem freien Tag 30 Minuten zu nehmen und die vergangene Woche Revue passieren zu lassen. Vor welche Probleme war ich

gestellt? Was ist mir besonders gut gelungen? An welchen Stellen hat die eingeplante Zeit nicht gereicht? An welchen Stellen bin ich vor der eingeplanten Zeit mit dem Stoff fertig gewesen? Die Antworten auf diese und weitere Fragen ermöglichen es Dir, die Planung für die kommenden Wochen und Monate anzupassen. Wenn Dir beispielsweise auffällt, dass Du länger als geplant für das Erarbeiten einer Lehrbuchseite benötigst, musst Du die Tages- und Wochenziele diesbezüglich anpassen. Das ermöglicht es Dir, gar nicht erst in den Negativstrudel abzugleiten, der Dir das Gefühl gibt, Du würdest mit dem Stoff nicht hinterherkommen.

Im Rahmen dieser wöchentlichen Reflektion kann es sich auch anbieten, die angewandten Lernmethoden auf ihre Effektivität und Effizienz zu hinterfragen, neue Lernmethoden auszuprobieren und wieder zu verwerfen. So kannst Du ein Gefühl dafür entwickeln, wie sich Deine Produktivität und Motivation im Laufe des Tages verändert. Daran anknüpfend kannst Du dann wiederum die unterschiedlichen Aufgaben nach ihrer Komplexität an Deine durchschnittliche Produktivität anpassen.

### IX. Fazit

Schon *Abraham Lincoln* sagte: „Give me six hours to chop down a tree and I will spend the first four sharpening the axe.“<sup>28</sup>

Frei aufs Studium der Rechtswissenschaften übertragen, könnte man das Fallen des Baumes mit der Anfertigung der Examensklausuren vergleichen. Der Aufwand, im Vorfeld die Axt zu schärfen, um später effektiver und effizienter arbeiten zu können, entspricht eben jener essenziellen Zeit, die für die Erstellung eines guten Lernplans aufgewandt werden muss. Diese Gedanken im Hinterkopf behaltend, ist die Vorbereitungszeit keinesfalls als vergeudete Zeit anzusehen, sondern stellt vielmehr eine sinnvolle Investition in eine effektive und effiziente Examensvorbereitung oder eben im übertragenen Sinn in das Fällen des Baumes dar.

Im Endeffekt führen auch in Bezug auf das Examen sprichwörtlich mehrere Wege zum Erfolg. Welchen Weg Du dabei einschlägst, ist im Grunde nebensächlich. Uns kommt es darauf an, dass Du die Verantwortung für Dein eigenes Examen übernimmst und nicht etwa auf Lehrbücher,

<sup>26</sup> Zum Erfordernis und positiven Effekt von Zwischendeadlines auch das Parkinson'sche Gesetz zum Bürokratiewachstum: „Arbeit dehnt sich in genau dem Maß aus, wie Zeit für ihre Erledigung zur Verfügung steht.“ (Erstmalig erschienen: *The Economist*. Band 177, Nr. 5856, 19. November 1955, S. 635–637).

<sup>27</sup> Der Ausdruck „discipline is freedom“ stammt von *Jocko Willink*, einem ehemaligen US Navy Seal und Unternehmensberater aus Amerika; vgl. auch *Sanders/Dauner-Lieb*, *Recht Aktiv* (Fn. 12), S. 88.

<sup>28</sup> „Wenn ich sechs Stunden Zeit hätte, um einen Baum zu fällen, würde ich die ersten vier Stunden dafür aufwenden, meine Axt zu schärfen.“

Repetitor:innen oder Professor:innen abwälzt. Nimm Dir die Zeit und mach Dich mit dem Komplex Examensvorbereitung und entsprechender Lernplanung vertraut.

Um beim Thema Planen zu bleiben, bietet es sich an, in einer ruhigen Minute einige weitere Planungen vorzunehmen:

Zum einen ist es sinnvoll, einen Plan für die Zeit kurz vor dem Examen aufzustellen: Stift wählen, noch fehlende Gesetze kaufen (auf aktuelle Auflagen achten<sup>29</sup>), Gesetze auf unzulässige Markierungen prüfen, Mitnehm-Plan schreiben, Essen vorbereiten und Zeit zum Entspannen nehmen, z.B. eine Massage gönnen, stärkende Gespräche führen.

Nicht fehlen darf auch die obligatorische nach-dem-Examen-Liste mit spannenden Aktivitäten, inspirierenden Treffen, entspannten Urlauben, zu lesenden Büchern und Dingen, für die in der Examensvorbereitung keine Zeit oder Kraft übrig war. Diese dient Dir nicht nur dazu, nach einer sehr lernintensiven Zeit nicht plötzlich in ein Loch zu fallen und nicht zu wissen, was Du mit der ganzen freigebliebenen Zeit machen kannst, sondern motiviert auch dazu, insbesondere in der letzten Zeit vor den Prüfungen durchzuhalten.

Wir wünschen Dir viel Erfolg bei der Erstellung  
Deines Lernplans für die Examensvorbereitung!

## Checkliste

### 1. Vorüberlegungen

- Wo stehe ich inhaltlich? Wie viel Zeit muss ich für die sichere Erarbeitung des Stoffes einplanen?
- Möchte ich absichten oder den Freischuss wahrnehmen?
- Welche möglichen Examenstermine kommen in Betracht? (jeweils Ende Januar, April, Juli, Oktober)
- Welche Art der Vorbereitung möchte ich durchlaufen? (Uni-Repetitorium, kommerzielles Repetitorium, Lerngruppe und/oder Examen ohne Repetitorium (Ex-o-Rep))
- Möchte ich mich zyklisch oder linear vorbereiten?
- Wie viel Netto-Lernzeit bleibt mir bis zu dem von mir angestrebten Schreibtermin?
  - Urlaub
  - Freizeit
  - Nebenjob
  - sonstige Verpflichtungen
  - Puffer
- Wie verhält sich meine Produktivität im Laufe eines Tages?

### 2. Konkrete Planung

- Erstelle eine inhaltliche Gewichtung der zu erlernenden Themen(-gebiete) anhand der oben beschriebenen Methode (Lehrbücher, § 16 NJAVO, Auswertungen, Beispiellernpläne).
- Nimm Dir die grobe Einteilung zur Hand und passe diese individuell an Deinen Kenntnisstand an.
- Erstelle Monats- und Wochenpläne, sowie eine grobe Vorlage für Deinen perfekten Tag (Wann stehe ich auf? Wann beginne ich zu lernen? Wann mache ich Mittagspause? Wann mache ich Feierabend? Welche zusätzlichen Verpflichtungen habe ich?).
- Arbeite über zwei bis drei Wochen mit Deinem Plan. Reflektiere Deine Zeiteinteilung, die Gewichtung und Deinen Tagesrhythmus und modifiziere Deinen Plan daraufhin ggf. nochmal.
- Wiederhole die Phase der Reflektion & Modifizierung in regelmäßigen Abständen, um möglichst effektiv zu arbeiten.

<sup>29</sup> Allerdings nicht zu aktuell, denn die Klausuren werden in der Regel einige Wochen, wenn nicht Monate früher gestellt, sodass aktuellste Gesetzesänderungen keine Berücksichtigung finden. Die maßgebenden Ergänzungslieferungen für Loseblattsammlungen finden sich auf der Homepage des LJPA: [https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche\\_pfllichtfachprufung\\_und\\_erste\\_prufung/hilfsmittel-158035.html](https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche_pfllichtfachprufung_und_erste_prufung/hilfsmittel-158035.html) (Abruf v. 03.07.2021).

# Eine Einführung in Legal Tech und Vorstellung der studentischen Initiative *eLegal*

stud. iur. Jari Kohne

## I. Einleitung

Legal Tech ist ein Schlagwort, das mittlerweile wohl jeder schon einmal gehört hat. Was eigentlich dahintersteckt, wissen in Kreisen der Studierenden jedoch nach wie vor nur die Wenigsten. Dieses Nichtwissen ist fatal, denn Legal Tech ist erstens das große Zukunftsthema in der Rechtsbranche<sup>1</sup> und zweitens in vielen Bereichen längst Alltag. Darüber hinaus hat Legal Tech mittlerweile sogar stellenweise Klausurrelevanz erlangt.<sup>2</sup> Dieser Beitrag will einen grundlegenden Eindruck davon vermitteln, was man sich unter Legal Tech vorstellen kann.<sup>3</sup> Zugleich stellt er die studentische Initiative *eLegal* vor, die dem verbreiteten Nichtwissen über Legal Tech den Kampf ansagt.

## II. Was ist Legal Tech?

Oft wird Legal Tech mit Unternehmen wie Flightright oder wenigermiete.de nicht nur als erstes assoziiert, sondern auch gleichgesetzt. Diese Unternehmen stehen paradigmatisch für eine relativ neue Art der Verbraucherschutzrechtsdurchsetzung, deren Zulässigkeit und Rolle für das Gesamtgefüge der Rechtspflege angesichts ihrer oft nicht-anwaltlichen Betreiber durchaus umstritten ist.<sup>4</sup> Legal Tech ist indes viel mehr. Legal Tech steht als Oberbegriff für nichts anderes als die Digitalisierung der Rechtsbranche.<sup>5</sup> Das mag platt klingen, die gegenwärtige Entwicklung greift jedoch weit. Wie weit, soll hier anhand einiger Beispiele gezeigt werden.

### 1. Dokumentenanalyse

Im Rahmen von Unternehmenskäufen („M&A“) wird das zu erwerbende Unternehmen typischerweise auf Herz und Nieren geprüft. Insbesondere werden alle Verträge, die das zu erwerbende Unternehmen unterhält, gesichtet und

einer Risikoanalyse unterzogen („*Legal Due Dilligence*“). Je nach Größe des Unternehmens kann es dabei schnell um tausende von Verträgen gehen. Deren sämtliche Sichtung durch Anwälte ist zeit- und kostenaufwändig. An dieser Stelle setzen Dokumentenanalysetools an: Mittels künstlicher Intelligenz können sie problematische Klauseln identifizieren und im Dokument markieren. Der Anwalt kann sich nun darauf beschränken, diese bereits identifizierten Risiken zu bewerten.<sup>6</sup> Je nach Art der zu prüfenden Verträge können dabei Zeitersparnisse von bis zu 90% erzielt werden.<sup>7</sup>

### 2. Dokumentenautomatisierung

Wird eine Anwaltskanzlei mit der Erstellung von AGB oder ähnlichen Vertragswerken beauftragt, werden diese nie von Grund auf neu geschrieben. Stattdessen werden die Vertragswerke aus verschiedenen, bereits irgendwann einmal verwendeten und in zahlreichen Word-Dokumenten abgespeicherten Klauseln zusammengebastelt. Dieses Vorgehen ist nicht nur ineffizient, sondern auch fehleranfällig: Pronomina („er“/ „sie“; „sie“/ „ihn“ etc.) müssen händisch angepasst werden, wichtige Bestimmungen können vergessen werden (weil sie z.B. im als Vorlage genutzten Altvertrag nicht enthalten waren) und Klauseln, die vor fünf Jahren noch gang und gäbe waren, könnten zwischenzeitlich durch den BGH für unwirksam erklärt worden sein. Dieses Problem will Software zur Dokumentenautomatisierung lösen: Nach Wahl des Vertragstyps (z.B. Vertraulichkeitsvereinbarung oder Kaufvertrag) fragt die Software – chronologisch entlang des typischen Vertragsaufbaus – der Reihe nach für alle relevanten Punkte ab, wie diese geregelt werden sollen; etwa, welche der Parteien bestimmte Kosten zu tragen hat. Diese Abfrage erfolgt

<sup>1</sup> So geben etwa in einer aktuellen Studie 77% der befragten Juristen aus neun europäischen Ländern und den USA an, die steigende Bedeutung von Legal Technology zeige in den nächsten drei Jahren „gewisse“ oder „erhebliche“ Auswirkungen. Wolters Kluwer Future Ready Lawyer 2021 – Der Rechtsmarkt nach der Pandemie, Studienbericht, S. 7, abrufbar unter <https://t1p.de/y769> (wolterskluwer.com; Abruf v. 04.07.2021).

<sup>2</sup> Vgl. Kolb, Fortgeschrittenenklausur: PayPal-Käuferschutz schützt vor Klagen nicht, ZJS 2018, 584. In dieser vorwiegend im allgemeinen Schuldrecht angesiedelten Klausur war unter anderem zu prüfen, wie sich die Inanspruchnahme des PayPal-Käuferschutzes auf die Erfüllungswirkung einer Kaufpreiszahlung per PayPal auswirkt.

<sup>3</sup> Einen allgemeinen Überblick über den gegenwärtigen Stand von Legal Tech gaben in dieser Zeitschrift bereits Steinrötter/Sendzikowski/Faber/Wenzel, Legal Tech: Eine Bestandsaufnahme zur Digitalisierung der Rechtsbranche, HanLR 2018, 175.

<sup>4</sup> Siehe hierzu Kohne, Vorstellung des Legal Tech Gesetzes, voraussichtlich HanLR 01/2022.

<sup>5</sup> <https://www.elegal.technology/legal-tech> (Abruf v. 04.07.2021).

<sup>6</sup> <https://www.elegal.technology/lexikon> (Abruf v. 04.07.2021); Beispiel: KIRA, <https://youtu.be/8W7Qv0siALw>.

<sup>7</sup> Krause/Hecker, Wirtschaftskanzleien unter dem Einfluss von künstlicher Intelligenz – Bestandsaufnahme und Ausblick am Beispiel der Analyse-Software KIRA, in: Hartung/Bues/Halbleib (Hrsg.), Legal Tech. Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, S. 83 (Rn. 333).

oft durch ein einfaches „Multiple Choice“-Verfahren. Parallel zur Beantwortung dieser Fragen entsteht in Echtzeit das Dokument, so dass direkt verfolgt und geprüft werden kann, welche Formulierungen die Software in den Vertragstext einbaut. Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen können zentral aktualisiert werden, so dass die entstehenden Dokumente stets der aktuellen Rechtslage entsprechen.<sup>8</sup>

### 3. Consumer Claims Purchasing

Beim *Consumer Claims Purchasing* hat der Kunde die Möglichkeit, seinen Rechtsanspruch zu „verkaufen“, also gegen eine sofortige Geldzahlung an einen Dienstleister abzutreten, der die Forderung dann im eigenen Namen durchsetzt. Vorteil dieses Modells ist es, dass der Kunde sofort Geld ausgezahlt bekommt, ohne sich um die Prozessführung kümmern oder das Prozessrisiko tragen zu müssen. Der praktische Ablauf gestaltet sich wie folgt: Der Kunde gibt auf der Website des Dienstleisters einige Daten zu seinem zu prüfenden Anspruch ein. Ein Algorithmus nimmt eine automatische Prüfung der Erfolgsaussichten vor und unterbreitet dem Kunden ein „Ankaufsangebot“, das dieser mit einem Klick annehmen kann. Er erhält binnen weniger Stunden sein Geld. Mit der eigentlichen Durchsetzung des Anspruchs, die das Legal Tech-Unternehmen anschließend im eigenen Namen betreibt, hat der Kunde nichts mehr zu tun.<sup>9</sup>

### 4. Online Dispute Resolution

Bei der *Online Dispute Resolution* (ODR) geht es darum, einen rechtlichen Konflikt außergerichtlich über Online-Plattformen beizulegen. Diese Art der Streitbeilegung stammt ursprünglich aus dem E-Commerce. Kern des Geschäftsmodells von Online-Marktplätzen wie eBay oder Amazon ist bedingungslose Kundenzufriedenheit.<sup>10</sup> Dem ist es nicht zuträglich, wenn der Kunde wegen nicht gelieferter oder mangelhafter Ware monatelang vor Gericht Prozesse führen muss, zumal die Prozesskosten häufig in keinem Verhältnis zum Wert der Ware stehen. Seit Ende

der 1990er Jahre haben die genannten Anbieter daher Online-Streitbeilegungsplattformen eingerichtet.<sup>11</sup> ODR-Plattformen funktionieren in der Regel so, dass der Endverbraucher einen Konflikt mit dem Händler „melden“ kann. Sodann nehmen Algorithmen eine automatische Prüfung nach sehr einfachen Regeln, etwa: „Geld und Ware dürfen nicht an einem Ort sein“, vor.<sup>12</sup> Erkennt die Software einen Verstoß gegen die Regeln, löst sie bestimmte automatisierte Aktionen aus, wie etwa eine Aufforderung an den Händler, sich zu erklären oder sogar eine Auszahlung an den Verbraucher inklusive Rückbelastung des Verkäuferkontos.<sup>13</sup> Diese Kombination aus einfachen Regeln und algorithmischen Prüfungen ermöglicht sehr schnelle Verfahren. So wirbt etwa die PayPal-Konfliktlösung mit einer „Verfahrensdauer“ von 60 Tagen<sup>14</sup>; andere Anbieter versprechen gar eine Erledigung binnen 6 Tagen<sup>15</sup>. Zum Vergleich: Die durchschnittliche Verfahrensdauer vor dem Amtsgericht betrug im Jahre 2019 fünf<sup>16</sup> und vor dem Landgericht sogar 10,4 Monate<sup>17</sup>.

### III. Relevanz von Legal Tech für angehende Juristen

Diese Beispiele stellen nur einen kleinen Ausschnitt dessen dar, was bereits möglich und in Großkanzleien zum Teil bereits alltäglich ist. Diese Erkenntnis muss für den Jura-studierenden mehr sein als eine bloße Randnotiz. Technische Lösungen zur Bearbeitung von Rechtsproblemen verändern die Arbeit eines Anwalts oder Richters in zweierlei Hinsicht massiv: Zum einen nehmen die technischen Lösungen Juristen zunehmend repetitive, nicht eigent-lich-juristische Aufgaben wie Recherche, Dokumentenerstellung, etc. ab.<sup>18</sup>

Zum anderen wird sich aber auch die juristische Kernkompetenz, nämlich die Subsumption eines abstrakten Lebenssachverhaltes unter eine Rechtsnorm bzw. andersherum die Abstrahierung eines Lebenssachverhaltes zu einer Rechtsnorm, verändern. So ist die hier beispielhaft an der *Online Dispute Resolution* aufgezeigte automatisierte Entscheidung über einen Lebenssachverhalt auch in größerem Maßstab, das heißt in „richtigen“ Prozessen vor

<sup>8</sup> <https://www.elegal.technology/lexikon> (Abruf v. 04.07.2021); Beispiel: Lawlift, <https://youtu.be/EcNem6HHMQE> (Abruf v. 04.07.2021).

<sup>9</sup> <https://www.elegal.technology/lexikon> (Abruf v. 04.07.2021); Beispiel: Erstattung von Fitnessstudio-Beiträgen über RightNow, <https://www.rightnow.de/fitness> (Abruf v. 04.07.2021).

<sup>10</sup> Vgl. Stone, *Der Allesverkäufer. Jeff Bezos und das Imperium von Amazon*, Frankfurt 2013, S. 14.

<sup>11</sup> Braegemann, *Online-Streitbeilegung (Online Dispute Resolution – ODR)*, in: Hartung/Bues/Halbleib (Fn. 7), S. 215 (Rn. 927).

<sup>12</sup> Vgl. Fries, *PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?*, NJW 2016, 2860 (2861).

<sup>13</sup> Grundsatz zum eBay-Käuferschutz, <https://t1p.de/4ld3> (ebay.de; Abruf v. 04.07.2021).

<sup>14</sup> PayPal-Nutzungsbedingungen, <https://t1p.de/fwd0> (paypal.com; Abruf v. 04.07.2021).

<sup>15</sup> <https://www.tylertech.com/products/Modria> (Abruf v. 04.07.2021).

<sup>16</sup> Fachserie 10, Reihe 2.1 des Statistischen Bundesamts, Wiesbaden 2019, S. 26. Abrufbar unter <https://t1p.de/az8m> (PDF; destatis.de; Abruf v. 04.07.2021).

<sup>17</sup> Ebd., S. 56.

<sup>18</sup> Kootz, *Für Technologie gibt es keine Brownie Points*, Interview mit Dr. Hariolf Wenzler, <https://www.elegal.technology/interviews/hariolf-wenzler> (Abruf v. 04.07.2021).

staatlichen Gerichten, denkbar. Zwar fehlt es bislang verfügbarer künstlicher Intelligenz an semantischen Fähigkeiten, so dass sie menschliche Juristen insbesondere bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oder der rechtlichen Bewertung oft nicht eindeutiger Lebenssachverhalte – man denke nur an den konkludenten Vertragsschluss – in absehbarer Zukunft nicht vollständig ersetzen können.<sup>19</sup> Gleichwohl ist denkbar, dass Software menschliche Entscheidungen vorbereitet, etwa, indem sie Literatur und Rechtsprechung zu bestimmten Fragen automatisiert auswertet und auf dieser Basis in einfach gelagerten Fällen auch Entscheidungsvorschläge macht.<sup>20</sup> Der Jurist von morgen muss daher einerseits in der Lage sein, mit entsprechender Software umzugehen. Zum anderen muss er aber – anders als bei der Nutzung eines Office-Programms oder einer Kanzleisoftware – auch verstehen, wie eine bestimmte Software funktioniert. Er muss in der Lage sein, nachzuvollziehen und kritisch zu hinterfragen, warum die Software diese oder jene Klausel in einen Vertragstext geschrieben hat oder vorschlägt, dem Schadensersatzbegehren des Klägers stattzugeben. Hierzu sind nach wie vor exzellente juristische Kenntnisse erforderlich. Darüber hinaus bedarf es aber zwingend auch eines technischen Grundverständnisses.<sup>21</sup>

#### IV. Vorstellung der studentischen Initiative eLegal

An den juristischen Fakultäten bestehen bislang kaum Möglichkeiten, dieses technische Grundverständnis zu erlangen. Zwar bieten einige Universitäten, wie auch die LUH mit dem Legal Tech Inkubator und der Veranstaltung Programmieren für Juristen, mittlerweile Veranstaltungen zum Thema Legal Tech an. Weder können diese Angebote aber die ganze Bandbreite von Legal Tech widerspiegeln, noch wird ihre – angesichts mangelnder Prüfungsrelevanz – randständige Existenz im Vorlesungsverzeichnis der Bedeutung von Legal Tech in der Praxis gerecht. Um diese Lücke zu füllen, haben Studierende der Georg August Universität Göttingen und der Leibniz Universität Hannover im Jahre 2019 die Initiative eLegal gegründet, die mittlerweile über 100 Mitglieder aus ganz Deutschland sowie

Österreich und der Türkei verzeichnet, darunter Jura- und Informatikstudierende, Referendare und Anwälte.

Mittlerweile ist es uns von eLegal gelungen, eine große Bandbreite an Möglichkeiten zur Beschäftigung mit Legal Tech zu realisieren: Wer (kostenlos) Mitglied bei eLegal wird, kann in unterschiedlichen Formaten mit führenden Legal Tech-Experten aus der Praxis in Austausch treten und erhält Zugang zu hochkarätig besetzten Panels und Workshops. Darüber hinaus erarbeiten wir aber auch vielfältigen, hochwertigen Content, den wir frei zugänglich zur Verfügung stellen. Hier ein paar Beispiele dessen, was wir tun:

##### 1. Events

Für unsere Mitglieder organisieren wir regelmäßig Workshops, Panels und andere Veranstaltungen. Etabliert hat sich mittlerweile das Format des Online-Seminars, so dass eine ortsunabhängige Teilnahme für jedermann unkompliziert möglich ist. Die Veranstaltungen dauern in der Regel eine Stunde, aber auch ganztägige Workshops haben wir bereits durchgeführt. In der Vergangenheit gab es unter anderem bereits Veranstaltungen zu den Themen „Online Courts“, „Die Zukunft des Legal Counsel“ und „Digitale Verträge“, für die wir jeweils hochkarätige Referenten gewinnen konnten<sup>22</sup>. In Kooperation mit unserem Partner KPMG Law konnten wir außerdem Workshops realisieren, in denen wir mit dem Dokumentenautomatisierungstool Lawlift Verträge erstellen oder mit einer No-Coding-Lösung eigene Bots programmieren konnten.

##### 2. Interviewreihe

Unter dem Motto „Gesichter und Geschichten zu Legal Tech“ wollen wir mit unserer Interviewreihe die ganze Vielfalt dessen aufzeigen, was in Deutschland Legal Tech ist. Die unterschiedlichsten Persönlichkeiten erhalten die Möglichkeit, über ihre persönlichen Berührungspunkte mit Legal Tech zu berichten. Zu Wort kamen unter anderem bereits Christian Solmecke, bekannt durch seine millionenfach geklickten YouTube-Videos und Florian Specht, der die Legal Tech-Vorlesung an der LUH hält.

<sup>19</sup> Grupp, Wie baut man einen Rechtsautomaten?, in: Hartung/Bues/Halbleib (Fn. 7), S. 259 (Rn. 111).

<sup>20</sup> Braegelmann, in: Hartung/Bues/Halbleib (Fn. 7), Rn. 940.

<sup>21</sup> So die nahezu einhellige Meinung von Legal Tech-Praktikern, etwa Amman, Legal Tech im Jurastudium funktioniert, Interview mit Florian Specht, <https://www.elegal.technology/interviews/florian-specht> (Abruf v. 04.07.2021); Held, Was viele unbewusst in ihrem Studium als Lernstütze machen, ist schon der erste Schritt zum Legal Engineering, Interview mit Charlotte Kufus, <https://www.elegal.technology/interviews/charlottekufus> (Abruf v. 04.07.2021); Kohne, Es passiert einiges unter der Oberfläche, Interview mit Dr. Gernot Halbleib, <https://www.elegal.technology/interviews/gernot-halbleib> (Abruf v. 04.07.2021); Ruhrberg, Wichtig ist immer, dass man weiß, was diese Technologie kann, Interview mit Dennis Hillemann, <https://www.elegal.technology/interviews/dennis-hillemann> (Abruf v. 04.07.2021); Stade, Die natürliche Reaktion eines Anwalts: ‚Den verklage ich‘, Interview mit Christian Solmecke, LL.M. (Abruf v. 04.07.2021).

<sup>22</sup> Online Courts: Dr. Martin Fries, Privatdozent an der LMU München, Macher des „Jurapodcasts“ und Verfasser eines Werks zur Verbraucherrechtsdurchsetzung. Die Zukunft des Legal Counsel: Anne Graue, Legal Counsel bei TIER Mobility (heute bei Volkswagen AG); Dr. Konrad Wartenberg, General Counsel bei Axel Springer SE; Digitale Verträge: Charlotte Kufus, Co-Founder und Managing Director Legal OS.

Auch Start-Up-Unternehmer haben schon ihre Geschichten erzählt, Dozenten ihre Erfahrungen mit digitaler Lehre geschildert und Wissenschaftler rechtliche Herausforderungen durch Legal Tech für uns eingeordnet.

### 3. Podcast

Unsere Interviewreihe entstand in ihrem jetzigen Format aus verschriftlichten Interviews mit eingefügten Infoboxen zu den besprochenen Themen ganz bewusst, um ein Alleinstellungsmerkmal gegenüber bereits in mannigfaltiger Weise bestehenden Podcast-Formaten zum Thema Legal Tech zu erreichen. Im März 2021 erhielten wir indes die Möglichkeit, unser Interview mit Rechtsanwalt Christian Solmecke zusätzlich als Folge von dessen Podcast „Kanzlei WBS“ zu veröffentlichen.<sup>23</sup> Diese vertonte Veröffentlichung gefiel uns so gut, dass wir uns dazu entschieden, doch noch einen eigenen Podcast an den Start zu bringen. Entstanden ist schließlich das Format „How to Legal Tech“, das anders als unsere Interviewreihe nicht Persönlichkeiten, sondern Themen in den Fokus rückt. Im Mittelpunkt steht dabei nicht abstrakte Wissensvermittlung, sondern jeweils ein konkretes Einsatzszenario für Legal Tech-Lösungen aus der Praxis. In die kurzen, etwa zehnminütigen Folgen wird durch die Vorstellung eines „fiktiven Mandats“ eingeführt. Anschließend schildert der jeweilige Gesprächspartner, wie bei der Bearbeitung dieses Mandats eine bestimmte Legal Tech-Lösung zum Einsatz kommt und wie man bereits als Studierende(r) von dieser profitieren kann.

### 4. Die Legal Tech University

Nach über einem Jahr Arbeit startete im Sommer 2021 unser bislang größtes Projekt: Die Legal Tech University. Hierbei handelt es sich um eine frei zugängliche, kostenlose Lernplattform, die allen Interessierten die Möglichkeit bietet, sich interaktiv und praxisnah mit der gesamten Bandbreite von Legal Tech zu beschäftigen. Die Plattform besteht aus insgesamt 25 Kapiteln zu den Themen „Digitalisierung und Recht“, „Innovative Technologien“, „Disruptive Technologien“, „Akteure des Wandels“ und „Zugang zum Recht“. Die einzelnen Kapitel sind bunt gemischt aus allgemeinen Einführungen und zahlreichen Praxisbeispielen. In letzteren schildern führende Experten aus der Praxis, wie sie ein Legal Tech-Tool ganz konkret in ihrem Arbeitsalltag einsetzen, wie sie damit arbeiten und welche Probleme es löst. Die Arbeit mit dem Tool kann dabei in kommentierten Videos nachvollzogen und oft in eingebundenen Demo-Versionen auch direkt selbst ausprobiert werden.

Die Nutzer können die Plattform im eigenen Tempo durcharbeiten und dabei ihren Lernfortschritt speichern. Sind alle Kapitel bearbeitet worden, kann ein entsprechendes Zertifikat ausgestellt werden. Langfristig ist geplant, die Plattform als Lehrveranstaltung – etwa als Schlüsselqualifikation – an den Juristischen Fakultäten anerkennen zu lassen. Erste Verantwortliche haben bereits ihr Interesse bekundet. Zu erreichen ist die Legal Tech University unter [www.legaltech.university](http://www.legaltech.university).

### V. Und jetzt?

Konnte der Beitrag Dein Interesse für Legal Tech wecken? Hast Du Lust, Dir eines unserer inhaltlichen Angebote anzuschauen oder willst Du an einem unserer Projekte mitarbeiten? Dann freuen wir von *eLegal* uns darauf, Dich kennenzulernen. Wir heißen Dich herzlich willkommen auf [www.elegal.technology](http://www.elegal.technology).

<sup>23</sup> Die Folge ist beispielsweise abrufbar unter <https://t1p.de/9dts> (podtail.com; Abruf v. 08.07.2021).



## Strafrecht und Corona – Ein imaginäres Prüfungsgespräch

Dipl. Jur. Maximilian Nussbaum<sup>1</sup>

Dass sich strafrechtliche Fragen, die im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie aufkommen, längst nicht nur wissenschaftlichen Interesses erfreuen, sondern ihren Weg in den prüfungsrelevanten Stoff gefunden haben, dürfte mittlerweile allen, sich in der Examensvorbereitung befindlichen Studierenden bekannt sein. Didaktische Beiträge, die einen Überblick über die Fragen bieten, stehen Studierenden bereits zur Verfügung. Vor diesem Hintergrund verfolgt dieser Beitrag nicht das Ziel, einen aktualisierten oder umfangreicheren Überblick über die facettenreichen strafrechtlichen Probleme zu bieten. Er nimmt den Themenkomplex vielmehr zum Anlass, eine eher ungewöhnliche Darstellungsform zu erproben.<sup>2</sup> Die Form des imaginären Prüfungsgesprächs soll einzelne Fragen aus der inhaltlichen Darstellung aussondern und für Studierende die Möglichkeit bieten, sich selbst schriftlich oder auch nur gedanklich an einer Antwort zu versuchen. Auf diese Weise wird der – ansonsten vor allem durch Karteikartensysteme genutzte – „Testing-Effect“ fruchtbar gemacht. Sich dem zu lernenden Inhalt dialogisch zu nähern, bietet dabei zum einen die Chance, seinen eigenen Kenntnisstand zu überprüfen. Zum anderen stärkt es die juristische Methodik, sich zunächst unbekanntem Fragen mit dem bereits erworbenen Grundwissen zu nähern. Anders als in sich abgeschlossene Karteikarten soll die feste Fragenreihenfolge einer Vernetzung der in Mikroeinheiten unterteilten Inhalte dienen. Es wird daher empfohlen, die 37 Fragen in hier vorgegebener Reihenfolge zu beantworten. Neben dem „dialogischen Selbststudium“ eignen sich die Fragen für die Besprechung innerhalb einer Lerngruppe.<sup>3</sup> Für den Gebrauch sei – hier wie dort – in Erinnerung gerufen, dass selbstverständlich die meisten Fragen nicht die „alleinige richtige Antwort“ kennen und es,

wie aus der Fallbearbeitung bekannt, stets auf eine nachvollziehbare Argumentation ankommt.

### I. Überblick

Beginnen wir mit einer Vermessung unseres Problemfeldes: In welchen Bereichen kommen Ihnen strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie in den Sinn?

Zu denken ist an verschiedenste, für das Strafrecht interessante, Verhaltensweisen: Etwa die vorsätzliche oder fahrlässige Infektion mit dem gefährlichen Virus, die ärztliche Allokation von Behandlungsressourcen im Falle einer Verknappung oder mögliches Verhalten im Zusammenhang mit der Impfung. Die extremen Preise für Schutzmasken und Hygieneartikel zu Beginn der Pandemie hätten unter den Verdacht fallen können, strafbaren Wucher gem. § 291 StGB darzustellen.<sup>4</sup> Im Zusammenhang mit den Corona-Soforthilfen für Kleinunternehmen und Soloselbstständige erlangt der Subventionsbetrug gem. § 264 StGB Bedeutung.<sup>5</sup> Letztlich können die verwaltungsakzessorischen Straftatbestände der §§ 74f. IfSG eine Rolle spielen, die einer Ausbreitung von Virusinfektionen entgegenwirken sollen.<sup>6</sup>

Unser Gespräch wird sich im Folgenden auf die drei zuerst genannten Bereiche, also auf Fragen rund um die Infektion (II.), die Impfung (III.) und die Triage (IV.) beschränken.<sup>7</sup> Dem vorangestellt ist eine knappe Zusammenfassung des naturwissenschaftlichen Informationsstandes, der dem Gespräch zugrunde gelegt werden soll<sup>8</sup>:

Der Corona-Virus SARS-CoV-2 ist Auslöser der Covid-19-Erkrankung, die primär, aber nicht ausschließlich die

<sup>1</sup> Der Autor ist Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE) an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dem Beitrag das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und andere Geschlechtsidentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint.

<sup>2</sup> Inspiration findet dieses Format bei *Oğlakcioğlu*, Die imaginäre Übung: Brandstiftungsdelikte, JA 2017, 745ff. und der „Prüfe dein Wissen“-Reihe des Beck-Verlages.

<sup>3</sup> Zum Wert und zur Funktion einer Lerngruppe *Nussbaum*, Examen ohne Rep, HanLR 2019, 331ff.

<sup>4</sup> Dazu *Hoven/Hahn*, Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie, JA 2020, 481 (484f.); *Rau*, in: Schmidt, Covid-19, 3. Aufl. 2021, § 23 Rn. 63.

<sup>5</sup> *Hoven/Hahn* (Fn. 4), JA 2020, 481 (485f.).

<sup>6</sup> Ausf. *Lorenz/Oğlakcioğlu*, Keine Panik im Nebenstrafrecht – Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmaßnahmen nach dem IfSG, KriPoZ 2020, 108ff.

<sup>7</sup> Einen instruktiven Überblick über Fragen des Strafprozessrechts bietet *Rau*, in: Schmidt (Fn. 4), § 23 Rn. 77ff.

<sup>8</sup> Die Informationen entstammen dem Epidemiologischen Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19 des RKI, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html) (Abruf v. 18.07.2021).

Atemwege betrifft. Der Krankheitsverlauf variiert stark, wobei überwiegend milde Verläufe zu verzeichnen sind. Die häufigsten Symptome sind Husten, Fieber, Schnupfen und Störung des Geruchs- und/oder Geschmackssinns. In Deutschland sind 2,4 % der gemeldeten Infizierten im Zusammenhang mit Covid-19 verstorben (Stand Juni 2021). Zur Interpretation dieser Zahl gilt es jedoch zu beachten, dass die hoch geschätzte Zahl der nicht erkannten Infizierten nicht berücksichtigt wurde. Das Risiko eines schweren oder gar tödlichen Verlaufes nimmt statistisch mit dem Alter und bestehenden Vorerkrankungen zu. Eine zwischenmenschliche Übertragung findet vornehmlich über den Ausstoß von Tröpfchen oder Aerosolen beim Atmen, Sprechen, Husten, Niesen, Singen etc. statt. Eine symptomatische Erkrankung geht in der Regel mit einer höheren Infektiosität einher, doch können auch asymptomatisch oder präsymptomatisch Infizierte den Erreger übertragen.

## II. Infektion

*Welche Straftatbestände fallen Ihnen ein, die an die Verbreitung des Corona-Virus anknüpfen?*

In Betracht kommen je nach Fallkonstellation Körperverletzungsdelikte (§§ 223ff. StGB) oder, bei einem tödlichen Krankheitsverlauf, auch Tötungsdelikte (§§ 211ff. StGB). Doch auch exotischere Tatbestände des StGB kommen in Betracht: Etwa eine gemeingefährliche Vergiftung gem. § 314 Abs. 2 Nr. 2 StGB, wenn ein Corona-Infizierter auf das Obst im Supermarkt niest.<sup>9</sup> Oder die schwere Gefährdung durch Freisetzen von Giften gem. § 330a Abs. 1 StGB in Form der konkreten Gefahr einer Gesundheitsschädigung für eine große Zahl von Menschen, wenn er in einem vollbesetzten Bus hustet.<sup>10</sup> Letztlich ist der Blick auch auf Regelungen des Nebenstrafrechts zu richten. Das IfSG verfolgt dabei gerade das Ziel, der Verbreitung von Infektionskrankheiten entgegenzuwirken (§ 1 IfSG). In Bezug auf die Corona-Pandemie ist insbesondere der § 74 IfSG von Bedeutung, der verschiedene (verwaltungsakzessorische) Verhaltensverstöße im Sinne des § 73 IfSG dann zu einem Vergehen erklärt, wenn der Erreger vorsätzlich auf einen

anderen übertragen wurde und eine unkontrollierte Ansteckung einer unbestimmten Zahl von Menschen zu erwarten ist.<sup>11</sup>

*Beginnen wir mit der vorsätzlichen Körperverletzung: Ist der asymptomatisch erkrankte T gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar, wenn er sich mit seinem insgeheim verhassten Arbeitskollegen O auf einen Kaffee trifft und dieser mit moderaten grippeähnlichen Symptomen erkrankt?*

Eine üble und unangemessene körperliche Misshandlung ist in einer Areosol-Infektion beim gemeinsamen Kaffeetrinken wohl kaum zu sehen, weshalb eine körperliche Misshandlung ausscheiden dürfte. Als tatbestandlicher Erfolg genügt aber auch das alternative Vorliegen einer Gesundheitsschädigung, also das Hervorrufen oder Steigern eines krankhaften Zustandes. Aus dem Wortlaut (Gesundheitsschädigung) lässt sich zusätzlich das Erfordernis ableiten, dass der krankhafte Zustand nicht unerheblich ist.<sup>12</sup> Die grippeähnlichen Symptome stellen einen solchen Zustand dar, weshalb der § 223 Abs. 1 StGB erfüllt sein dürfte.

*Besteht eine Gesundheitsschädigung denn auch, wenn auch Os Verlauf asymptomatisch ist?*

Ein vom Normalzustand abweichender (krankhafter) Zustand könnte schon in der Veränderung der Eigenschaften der Wirtszellen und dem Umstand zu sehen sein, dass auch der asymptomatisch Erkrankte Überträger des Virus sein kann.<sup>13</sup> Zu fragen ist aber, ob die Bagatellgrenze des § 223 Abs. 1 StGB überschritten ist. Auf der einen Seite könnte man, um die Strafbarkeit nicht von der Schwere des Verlaufes und dem Zeitpunkt der Betrachtung abhängig zu machen, danach fragen, ob es sich bei der Krankheit allgemein um eine nicht unerhebliche handelt.<sup>14</sup> Auf der anderen Seite ließe sich anführen, dass § 223 StGB mit diesem Vorgehen in ein Gefährdungsdelikt umgedeutet werden würde und daher zumindest eine Spürbarkeit der Erkrankung zu fordern ist.<sup>15</sup> Mangelt es an einer solchen, so ist nach dieser vorzugswürdigen Auffassung die versuchte Körperverletzung zu prüfen.

<sup>9</sup> Hotz, Die Strafbarkeit des Verbreitens von Krankheitserregern am Beispiel der Corona-Krise, NStZ 2020, 320 (326); Rau, in: Schmidt (Fn. 4), § 23 Rn. 60.

<sup>10</sup> Hotz (Fn. 9), NStZ 2020, 320 (326); Rau, in: Schmidt (Fn. 4), § 23 Rn. 56.

<sup>11</sup> Rau, in: Schmidt (Fn. 4), § 23 Rn. 17.

<sup>12</sup> Cerny/Makepeace, "Corona-Party", Jura 2020, 1128 (1131); Eschelbach, in: Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 49. Ed. 01.02.2021, § 223 Rn. 24.

<sup>13</sup> Hotz (Fn. 9), NStZ 2020, 320 (321f.); Pörner, Die Infektion mit Krankheitserregern in der strafrechtlichen Fallbearbeitung, JuS 2020, 498 (499); vgl. zum Masernvirus Ellbogen, Die Strafbarkeit von Masernpartys, medstra 2016, 273 (274); Wedlich, Masernparty – Eine strafrechtliche Betrachtung, ZJS 2013, 559 (560); ferner Esser/Beckert, „Masern-Party“, JA 2012, 590 (591).

<sup>14</sup> Vgl. bereits die AIDS-Entscheidung BGH NJW 1990, 129; auf den Corona-Virus übertragend Rau, in: Schmidt (Fn. 4), § 18 Rn. 46.

<sup>15</sup> Cerny/Makepeace (Fn. 12), Jura 2020, 1128 (1131); Hotz (Fn. 9), NStZ 2020, 320 (322); Makepeace, Coronavirus: Körperverletzung ohne Symptome?, ZJS 2020, 189 (191); Zitzelsberger, in: Esser/Tsambikakis, Pandemiestrafrecht, 2020, § 2 Rn. 19.

*Kommen denn in unserem Ausgangsfall Qualifikationsmerkmale des § 224 Abs. 1 StGB in Betracht?*

Zunächst einmal dürfte es sich bei dem Corona-Virus um einen anderen gesundheitsschädlichen Stoff i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB handeln, der durch die gezielte Exposition des Opfers mit den Aerosolen beigebracht wird. Zwar nicht unmittelbar durch den Wortlaut, aber im systematischen Vergleich mit Nr. 2 und in Abgrenzung zum Grundtatbestand zu fordern ist, dass die Beibringung des Stoffes geeignet ist, erhebliche Gesundheitsschädigungen hervorzurufen.<sup>16</sup> Dabei dürfte sich die Schwere der möglichen Gesundheitsschädigung zwischen dem völlig unerheblichen Schädigungen ausschließenden § 223 Abs. 1 StGB und der schweren Körperverletzung i.S.v. § 226 StGB verorten lassen.<sup>17</sup> Eine abstrakte Eignung zur Schädigung dieser Qualität dürfte ausreichen, sodass der potenziell schwere bis tödliche Verlauf einer Covid-Erkrankung das Merkmal erfüllt.<sup>18</sup> Problematisch ist es hingegen, ob auch Nr. 5 zu bejahen ist. Hier dürfte es entscheidend darauf ankommen, ob eine abstrakte Lebensgefährdung als ausreichend erachtet wird oder eine konkrete Lebensgefahr zu fordern ist.<sup>19</sup> In Anbetracht der auch nur geringen Wahrscheinlichkeit eines tödlichen Verlaufes, auch bei solchen Personen ohne zusätzliche Risikofaktoren, lässt sich eine abstrakte Lebensgefährdung annehmen.<sup>20</sup> Eine konkrete Lebensgefahr war hingegen nicht zu erkennen.

*Worin dürfte in der Praxis regelmäßig das Problem liegen, möchte man eine Strafbarkeit an eine Infektion knüpfen?*

Schwierigkeiten dürfte in der Regel der Kausalitätsnachweis bereiten. Dass das ansteckende Verhalten, sei es ein Anspucken, Husten, Niesen oder nur das Ausströmen-Lassen von Aerosolen nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Infektion mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfele, dürfte nur in besonderen Konstellationen ohne Weiteres anzunehmen sein.<sup>21</sup> Gelingt der Nachweis nicht ohne verbleibende Zweifel, so gilt „*in dubio pro reo*“.

*Stellen wir uns vor, dass der Kausalitätsnachweis im Falle unserer Arbeitskollegen T und O nicht gelingt. Wäre der T dennoch strafbar?*

Es wäre mangels Vollendung der gefährlichen Körperverletzung ein Versuch gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 5, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB zu prüfen.

*Und wenn der T irrtümlich angenommen hätte, dass er infektiös ist?*

Dann läge ein untauglicher Versuch vor. Ein solcher ist, wie sich aus § 23 Abs. 3 StGB ergibt, grundsätzlich strafbar, solange die Schwelle zur groben Untauglichkeit nicht überschritten ist. Das ist erst dann der Fall, wenn mangels jeder Kenntnis der naturgesetzlichen Zusammenhänge die Tauglichkeit des Tatobjektes oder des Tatmittels verkannt wird.<sup>22</sup> Bei der irrtümlichen Annahme der eigenen Infektiosität fehlt es gerade nicht grundlegend an einer solchen Kenntnis und damit auch nicht an der rechtser-schütternden Wirkung.

*Wie verhält es sich mit der Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung, wenn das Opfer sich gerade wünscht, infiziert zu werden? Stellen wir uns also eine Corona-Party vor, bei der es den Besuchern auf eine möglichst schnelle Infektion ankommt, um früher in den Genuss der im Sommer 2021 in Aussicht gestellten „Privilegien“ zu kommen.*

Zunächst kommt es in Betracht, das Opferverhalten schon auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen und danach zu fragen, ob das Opfer sich eigenverantwortlich selbst gefährdet. Denn dann entfele die objektive Zurechenbarkeit; die Infektion würde nicht als das Werk des Ansteckenden gelten. Eine Freiverantwortlichkeit dürfte in einem solchen Falle aufgrund des vollen Risikowissens des Opfers anzunehmen sein – unabhängig davon, ob man den Maßstab der rechtfertigenden Einwilligung<sup>23</sup> oder den der §§ 19, 20, 35 StGB (Exkulpationslösung)<sup>24</sup> heranzieht. Fraglich ist aber, was eine Abgrenzung von Selbst- und Fremdgefährdung nach dem Tatherrschaftskriterium ergibt. Eine Selbstgefährdung liegt dann vor, wenn das Opfer

<sup>16</sup> Eschelbach, in: BeckOK-StGB (Fn. 12), § 224 Rn. 16.

<sup>17</sup> Dazu Hotz (Fn. 9), NStZ 2020, 320 (324).

<sup>18</sup> Vgl. auch Berger, „Tödliche Langeweile“, JA 2020, 748 (751); Grünwald, in: Cirener et al., LK-StGB, 12. Aufl. 2019, § 224 Rn. 10; Pörner (Fn. 13), JuS 2020, 498 (499); Zitzelsberger, in: Esser/Tsambikakis (Fn. 15), § 2 Rn. 27; a.A. Makepeace (Fn. 15), ZJS 2020, 189 (193f.).

<sup>19</sup> Zum Streitstand vgl. nur Beck, „Leben“ – Das Rechtsgut im Hintergrund?, ZIS 2016, 692ff.; Hardtung, Die Körperverletzungsdelikte, JuS 2008, 960 (965); Paeffgen/Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 224 Rn. 28.

<sup>20</sup> So auch Berger (Fn. 18), JA 2020, 748 (751); Pörner (Fn. 13), JuS 2020, 498 (500); a.A. Makepeace (Fn. 15), ZJS 2020, 189 (193f.); einzelfallbezogene Betrachtung anhand der Risikofaktoren bei Rau, in: Schmidt (Fn. 4), § 18 Rn. 47; Zitzelsberger, in: Esser/Tsambikakis (Fn. 15), § 2 Rn. 31f.

<sup>21</sup> Vgl. zum Problem des Kausalzusammenhangs bei Infektionskrankheiten Lilie, in: LK-StGB (Fn. 18), § 223 Rn. 11.

<sup>22</sup> Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 92.

<sup>23</sup> Instrukтив Rönna, Grundwissen – Strafrecht: Einverständliche Fremdgefährdung, JuS 2019, 119 (121); zu der Frage, ob auch § 228 StGB im Rahmen der Einwilligungslösung zu berücksichtigen ist Brand/Lotz, Die strafrechtliche Bedeutung des »Pozzing«, JR 2011, 513 (517f.).

<sup>24</sup> Dazu Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003, § 25 Rn. 144.

die Herrschaft über den letztlich gefährdenden Akt ausübt. Zwar könnte man daran denken, dass der Kontakt, in dem die Übertragung über Aerosole stattfindet, vom Opfer selbst hergestellt wird.<sup>25</sup> Wenn man aber auf die Gefahrenquelle selbst, also die Viruslast des Infizierten abstellt, dann dürfte sich keine Tatherrschaft des Opfers ergeben.<sup>26</sup> Würde man vor diesem Hintergrund eine Fremdgefährdung annehmen, wäre anschließend eine rechtfertigende (Risiko-)Einwilligung zu prüfen. Interessant ist hier insbesondere die Frage, ob die Gefährdung trotz Einwilligung sittenwidrig i.S.v. § 228 StGB ist, also gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Die h.M. wählt als Anknüpfungspunkt für das Sittenwidrigkeitsurteil die Schwere der Körperverletzung und fragt danach, ob die konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung, orientiert am Katalog des § 226 StGB, oder des Todes besteht.<sup>27</sup> Diese rechtsgutsorientierte Auslegung ist dabei im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG deutlich bestimmter, als es ein auf die Motivlage der Beteiligten gerichtetes Sittenwidrigkeitsverständnis<sup>28</sup> ist.<sup>29</sup> Der Zweck der Körperverletzung kann wiederum dort Beachtung finden, wo sie in nachvollziehbarer und anerkennenswerter Weise den Gefahren gegenübersteht.<sup>30</sup> Das ist bei Partys mit mehreren Personen zu Zeiten der Kontaktbeschränkung und erst recht bei einer beabsichtigten Infektion, um in den Genuss von Privilegien zu kommen, nicht der Fall.<sup>31</sup> Aufgrund der geringen Wahrscheinlichkeit eines schweren oder tödlichen Verlaufes dürfte es regelmäßig naheliegen, eine konkrete Gefahr der schweren Gesundheitsschädigung (Siechtum: § 226 Abs. 1 Nr. 3 Var. 2 StGB) oder Lebensgefahr abzulehnen und daher keine Sittenwidrigkeit anzunehmen. Insofern sind die Anforderungen an den Grad der Gefahr strenger als bei § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, wenn man dort eine abstrakte Lebensgefährlichkeit ausreichen lässt.<sup>32</sup> Aber auch hier scheint ein

anderes Ergebnis möglich, wenn etwa Angehörige einer Risikogruppe an dem Zusammentreffen teilnehmen.<sup>33</sup> Häufig wird ein Infizierter, der in Kenntnis der Möglichkeit, eine Kontaktperson anzustecken darauf hoffen bzw. vertrauen, „dass alles gut gehen werde.“ Kann dennoch ein Vorsatz in solchen Konstellationen angenommen werden? Diese Frage betrifft den Grenzbereich zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit.<sup>34</sup> Will man mit der h.M. neben dem kognitiven Vorsatzelement des für möglich (oder strenger: für wahrscheinlich) Haltens ein voluntatives Element fordern, so liegt *dolus eventualis* vor, wenn der Handelnde den Erfolgseintritt billigend in Kauf nimmt (oder strenger: er dem Erfolgseintritt gleichgültig gegenüber steht). Im Bereich der bewussten Fahrlässigkeit liegt es, wenn er auf das Ausbleiben des Erfolges ernsthaft vertraut.<sup>35</sup> Für das Erfordernis eines Willenselementes spricht insbesondere die Vergleichbarkeit zu den prinzipiell gleichgesetzten *doli directi* 1. und 2. Grades. Außerdem würde sich ein hinreichend klares Unrechtsgefälle zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht ausmachen lassen, würde man kein voluntatives Element fordern.<sup>36</sup> Nach der Billigungstheorie wäre in solchen Konstellationen also kein vorsätzliches Handeln gegeben.

*Entfernen wir uns zuletzt von der vorsätzlichen Verbreitung des Virus. Unter welchen Umständen kommt eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen fahrlässigen Verhaltens in Betracht?*

Sowohl die fahrlässige Körperverletzung gem. § 229 StGB als auch die fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB setzen eine Sorgfaltspflichtverletzung bei Vorhersehbarkeit des Erfolgseintrittes voraus. Beide Merkmale sind jeweils objektiv im Tatbestand und subjektiv in der Schuld zu prüfen.

<sup>25</sup> Vgl. Deutscher, Die „Corona-Krise“ und das materielle Strafrecht, StRR 2020, 5 (8); so zur parallelen Konstellation der Masern-Party *Wedlich* (Fn. 13), ZJS 2013, 559 (563); zum HI-Virus *Brand/Lotz* (Fn. 23), JR 2011, 513 (515f.); Prittowitz, Strafbarkeit des HIV-Virussträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners?, NJW 1988, 2942 (2943).

<sup>26</sup> I.E. Zitzelsberger, in: Esser/Tsambikakis (Fn. 15), § 2 Rn. 37.

<sup>27</sup> Vgl. BGH NJW 2015, 1540; NJW 2013, 1379 (1379f.); NStZ 2010, 389 (390); vgl. dazu *Hardtung*, in: Joecks/Miebach, MüKo-StGB, 4. Aufl. 2021, § 228 Rn. 24.

<sup>28</sup> So noch bei BGH NJW 1953, 473 (475).

<sup>29</sup> Vgl. Bott/Volz, Die Anwendung und Interpretation des mysteriösen § 228 StGB, JA 2009, 421 (422); Kühl, Der Abschied des Strafrechts von den guten Sitten, in: Pawlik (Hrsg.), FS-Jakobs, 2007, 293 (295).

<sup>30</sup> So etwa bei einer lebensgefährdenden, aber notwendigen Operation BGH NJW 2004, 2458; vgl. dazu auch BGH NJW 2019, 3253 (3254); überw. zust. *Hardtung*, Die neuere Rechtsprechung zum Sittenverstoß nach § 228 StGB und zur Bedeutung eines mitverwirklichten abstrakten Gesundheitsgefährdungsdelikts, medstra 2020, 137 (139); krit. Rotalski, Die Widrigkeiten der Sittenwidrigkeitsformel des § 228 StGB, HRRS 2020, 211 (214).

<sup>31</sup> Zitzelsberger, in: Esser/Tsambikakis (Fn. 15), § 2 Rn. 38.

<sup>32</sup> Hotz (Fn. 9), NStZ 2020, 320 (323).

<sup>33</sup> Zitzelsberger, in: Esser/Tsambikakis (Fn. 15), § 2 Rn. 38.

<sup>34</sup> Zur Abgrenzung instruktiv Nicolai, Die Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit in der Strafrechtsklausur, JA 2019, 31ff.

<sup>35</sup> Vgl. nur BGH NJW 2012, 1524 (1525).

<sup>36</sup> Vgl. Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 14 Rn. 30; Nicolai (Fn. 34), JA 2019, 31 (32f.).

Um etwas konkreter zu werden: Wie lassen sich strafrechtlich relevante Sorgfaltsanforderungen während der Corona-Pandemie ermitteln?

Zunächst einmal ist zu untersuchen, ob strafrechtliche oder auch außerstrafrechtliche Normen die Verhaltensanforderungen spezifizieren (sog. Sondernormen). Im Falle der Corona-Pandemie ist hier natürlich zuerst an das IfSG und die auf seiner Grundlage erlassenen Schutzverordnungen zu denken.<sup>37</sup> Zu nennen sind u.a. Abstandsregelungen, Kontaktbeschränkungen und selbstverständlich die Einhaltung der Quarantäne auf Anordnung. Der Verstoß gegen solche Sondernormen, die das Infektionsgeschehen eindämmen sollen, stellt ein widerlegbares Indiz für eine Sorgfaltswidrigkeit dar.<sup>38</sup> Liegt kein Verstoß gegen eine gesetzliche Sondernorm vor, so kann dennoch im Einzelfalle ein sorgfaltswidriges Verhalten anzunehmen sein. Eine Rolle kann etwa spielen, wie hoch das Risiko ist, selbst ansteckend zu sein oder, ob das Opfer erkennbar zur Risikogruppe gehört und der Umgang daher hätte vorsichtiger ausfallen müssen.<sup>39</sup> Keine Sorgfaltswidrigkeit liegt dort vor, wo sich der Handelnde innerhalb des erlaubten Risikos bewegt, etwa bei der Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel, solange eine Infektion nicht bekannt ist.<sup>40</sup> Generell gilt es jedoch zu beachten, dass der Bereich des erlaubten Risikos aufgrund der zumindest potenziell schweren Folgen für das Individuum, aber auch für das gesamte Gesundheitssystem, nicht vergleichbar weit zu ziehen ist, wie bei leichten Erkältungskrankheiten, die „in der Luft liegen“.<sup>41</sup>

### III. Impfungen

Mit dem Fall der Corona-Party haben wir uns schon mit dem Wunsch nach privilegiertem Zugang zu Lockerungen beschäftigt: A bestellt sich nun bei dubiosen Internetanbietern einen gefälschten Impfsticker zum Impfstoff des Herstellers Biontech und klebt diesen in seinen Impfpass. Beim nächsten Besuch seiner Hausärztin H greift er in einem unbeobachteten Moment hinter den Tresen und stempelt seinen

Impfpass. Zuhause wieder angekommen versieht er den Eintrag mit einem unleserlichen Kürzel und einem Datum.<sup>42</sup> Hat A sich strafbar gemacht?

Zuerst ist an die Herstellung einer unechten Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB zu denken. Der Eintrag im Impfpass fixiert die Gedankenerklärung, dass eine Impfung zu einer bestimmten Zeit und von einer bestimmten Person vorgenommen wurde (Perpetuierungsfunktion). Dabei lässt sich auch der entsprechende Impfarzt aufgrund des Praxisstempels als Aussteller erkennen (Garantiefunktion) und der Eintrag ist geeignet, den Beweis im Rechtsverkehr zu erbringen, bereits eine (oder zwei) Impfungen erhalten zu haben (Beweisfunktion).<sup>43</sup> Die Urkundeneigenschaft bezieht sich dabei auf den einzelnen Impfeintrag. Der gesamte Impfpass dürfte hingegen keine Gesamturkunde sein, da sich keine übergeordnete Beweisfunktion aus einer Vollständigkeitserklärung ergibt.<sup>44</sup> Die Urkunde ist unecht, weil der erkennbare Aussteller H nicht mit dem tatsächlichen Aussteller, dem A, übereinstimmt.<sup>45</sup>

Fällt Ihnen noch ein weiteres einschlägiges Urkundsdelikt ein?

Zudem könnte der Tatbestand des § 277 StGB erfüllt sein, wenn es sich bei dem Impfeintrag um ein Zeugnis über einen Gesundheitszustand handelt. Gesundheitszeugnisse sind dabei solche Urkunden, in denen der Gesundheitszustand eines Menschen beschrieben wird. Gegenstand können nicht nur gegenwärtige Krankheiten, sondern auch die Dokumentationen bereits durchlittener Krankheiten, zurückgelassener Spuren, aber auch die Aussicht, von gewissen Krankheiten befallen zu werden, sein.<sup>46</sup> Gerade der letztgenannte Anknüpfungspunkt spricht dafür, auch den Impfpass als taugliches Tatobjekt anzusehen.<sup>47</sup> Weiter setzt § 277 StGB – anders als § 267 StGB – als zweiaktiges Delikt nicht bloß die Herstellung des Zeugnisses, sondern zudem die Verwendung gegenüber einer Behörde oder einer Versicherung voraus.<sup>48</sup> Es dürfte also darauf ankommen, wofür der Impfpass genutzt wird: Dient er dazu, ohne Nachweis eines negativen Antigen-Tests Einlass in das Restaurant

<sup>37</sup> Vgl. auch Fahl, Das Strafrecht in den Zeiten von Corona, Jura 2020, 1058 (1060).

<sup>38</sup> Zitzelsberger, in: Esser/Tsambikakis (Fn. 15), § 2 Rn. 44.

<sup>39</sup> Vgl. Cerny/Makepeace (Fn. 12), Jura 2020, 1128 (1129).

<sup>40</sup> Pörner (Fn. 13), JuS 2020, 498 (501).

<sup>41</sup> Dazu BGH NJW 1989, 781ff.; so auch Hotz (Fn. 9), NStZ 2020, 320 (322).

<sup>42</sup> Vgl. nur Anthes/van de Pol, <https://www.tagesschau.de/investigativ/report-mainz/anzeige-gefaelschte-impfpaesse-101.html> (Abruf v. 18.07.2021).

<sup>43</sup> Zu den Funktionen der Urkunde vgl. Küpper/Börner, Strafrecht Besonderer Teil, 4. Aufl. 2017, § 6 Rn. 3ff.

<sup>44</sup> Vgl. nur Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 32 Rn. 33.

<sup>45</sup> Zur hinter dem Ausstellerbegriff stehenden Geistigkeitstheorie der h.M. vgl. Rengier, Strafrecht BT II (Fn. 44), § 32 Rn. 15ff.

<sup>46</sup> Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 277 Rn. 2; Erb, in: MüKo-StGB (Fn. 27), § 277 Rn. 2.

<sup>47</sup> Vgl. schon RGSt 24, 284 (286); sowie RG GA 1895, 385 (386ff.).

<sup>48</sup> Puppe/Schumann, in: NK-StGB (Fn. 19), § 277 Rn. 9.

oder beim Friseur zu erhalten, so wäre der Tatbestand des § 277 StGB zu verneinen. Anders liegt es, wenn der Pass zu Reisezwecken Grenzbeamten vorgezeigt wird oder bei der Kontrolle einer größeren Personengruppe in Innenräumen demonstriert werden soll, dass man als vollständig Geimpfter nicht den Kontaktbeschränkungen unterliegt.

*Aus welchem Grund sind die Fragen zum Tatbestand des § 277 StGB bedeutend, wenn doch in Fallkonstellationen, wie dem vorliegenden, unproblematisch § 267 StGB erfüllt ist?*

§ 277 StGB ist *lex specialis* gegenüber § 267 StGB und enthält dadurch auf drei Wegen eine privilegierende Wirkung: Erstens verdrängt § 277 StGB den § 267 StGB mit seinem geringeren Strafraum, wenn beide Tatbestände erfüllt sind. Zweitens entstehen Strafbarkeitslücken, wenn das unechte Gesundheitszeugnis lediglich hergestellt, nicht aber gegenüber einer tauglichen Stelle verwendet wird. Drittens wird eine Versuchsstrafbarkeit nicht ausgesprochen. Diese Privilegierung ist sachlich nicht gerechtfertigt, sondern stört das System der Urkundsdelikte. Ihr Entstehen ist auf den Umstand zurückzuführen, dass zwar § 267 StGB seit der ursprünglichen Fassung des StGB von 1871 angepasst wurde, nicht aber der § 277 StGB.<sup>49</sup>

*Wie wäre der Fall zu bewerten, wenn A seine befreundete Ärztin B bittet, ihm ein entsprechendes Dokument zu erstellen?*

Die B macht sich zunächst nicht nach § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar, weil sie keine unechte Urkunde herstellt. Die Echtheit bestimmt sich formal nämlich alleine danach, ob erkennbarer und tatsächlicher Aussteller übereinstimmen. Die schriftliche Lüge wird von § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB ebenso wenig wie von Var. 2 erfasst.<sup>50</sup> Ein anderes gilt jedoch für die Ärztin, die gem. § 278 StGB ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen ausstellt.<sup>51</sup> A macht sich gem. §§ 278, 26 StGB strafbar, wobei es im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen gilt, dass die besondere Tätereigenschaft ein strafbarkeitsbegründendes, besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 Abs. 1 StGB darstellt<sup>52</sup>, die Strafe also gem. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern ist. Außerdem kommt

eine Strafbarkeit des A in Abhängigkeit von der Stelle, die mittels des Gesundheitszeugnisses getäuscht werden soll, gem. § 279 StGB in Betracht.

*Stellen wir uns nun einmal vor, dem A geht es nicht mehr allein um die Vorzüge eines „lockeren Lebens“, sondern ihn packt im Frühjahr 2021 zudem der um sich greifende „Impfneid“ und die befreundete Ärztin B impft ihn mit dem mRNA-Impfstoff des Herstellers Biontech, obwohl A nach der Corona-Impfverordnung (noch) nicht impfberechtigt ist. Im Gegenzug belohnt A die couragierte Patientenbetreuung der B mit EUR 200,00.<sup>53</sup> Machen sich A und B wegen Korruption strafbar?*

In Betracht kommt eine Strafbarkeit der B gem. § 229a StGB und des A gem. § 229a StGB. B, als Angehörige eines Heilberufes, hat hier einen Vorteil in Form des Geldes angenommen. A hat diesen Vorteil gewährt. Die Gegenleistung besteht in der Verordnung und Verabreichung des Impfstoffes, also eines Arzneimittels i.S.d. §§ 299a, 299b Nr. 1 StGB. Entscheidendes, die Korruptionstatbestände des StGB prägendes, Element ist die Unrechtsvereinbarung zwischen Vorteilsgeber und -nehmer. Es erfordert, dass Vorteil und Gegenleistung explizit miteinander verknüpft sind.<sup>54</sup> Hier wird zwar der Vorteil aufgrund der Bevorzugung im Wettbewerb der Impfwillingen gewährt. Andererseits hat B aber nicht mit Aussicht auf die EUR 200,00 gehandelt, weshalb es an einer Unrechtsvereinbarung fehlt.<sup>55</sup> A und B sind nicht gem. §§ 299a f. StGB strafbar.

*Wieso brauchte es die 2016 eingeführten §§ 299a f. StGB, wenn doch bereits der § 299 StGB und die §§ 331ff. StGB korruptes Verhalten unter Strafe stellten?*

Der Große Strafsenat des BGH entschied im Jahre 2012, dass niedergelassene Vertragsärzte weder als Beauftragte der Krankenkassen (§ 299 StGB) noch als Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB angesehen werden können.<sup>56</sup> In Anbetracht der Bedeutung, die dem Vertrauen in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen und in die Lauterkeit des Wettbewerbs im Gesundheitswesen zukommt, entschloss sich der Gesetzgeber diese Lücke zu schließen.<sup>57</sup>

<sup>49</sup> Zum Gesamten vgl. *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB (Fn. 19), § 277 Rn. 9; *Erb*, in: MüKo-StGB (Fn. 27), § 277 Rn. 1 m.w.N.

<sup>50</sup> *Rengier*, Strafrecht BT II (Fn. 44), § 33 Rn. 7.

<sup>51</sup> Vgl. weiter zu sog. Gefälligkeitsattesten *Henseler*, Masernimpfpflicht, Maskenpflicht und unrichtige Gesundheitszeugnisse, MedR 2020, 1000 (1001).

<sup>52</sup> *Erb*, in: MüKo-StGB (Fn. 27), § 278 Rn. 2.

<sup>53</sup> Vgl. nur <https://www1.wdr.de/nachrichten/ruhrgebiet/arzt-bereichert-sich-illegale-impfung-100.html> (Abruf v. 18.07.2021).

<sup>54</sup> BT-Drs. 18/6446, S. 20; zum Vergleich mit der „gelockerten Unrechtsvereinbarung“ der §§ 331ff. StGB *Dannecker/Schröder*, in: NK-StGB (Fn. 19), § 229a Rn. 133.

<sup>55</sup> Instruktiv zu den §§ 299a f. StGB *Braun*, Grundfälle zur Korruption im Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB), JA 2019, 115ff.

<sup>56</sup> BGH NJW 2012, 2530ff.; dazu *Wengenroth/Meyer*, Amtsträger – Beauftragter – oder einfach nur Arzt?, JA 2012, 646ff.

<sup>57</sup> Vgl. BT-Drs. 18/6446, S. 12.

Wie steht es um eine Strafbarkeit der B wegen Körperverletzungsdelikten durch die Impfung?

Zwar handelt es sich bei der Injektion um einen substanziellen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Geimpften, der auch die Bagatellgrenze überschreiten dürfte. Zum Teil wird im Schrifttum aber vertreten, dass der ärztliche Heileingriff, zu dem auch die prophylaktische Maßnahme einer Impfung gezählt werden kann<sup>58</sup>, bereits nicht tatbestandlich ist. Weiter differenziert wird zum Teil danach, ob der Eingriff kunstgerecht oder erfolgreich durchgeführt wurde.<sup>59</sup> Eines der klassischen Argumente ist, dass der behandelnde Arzt bei sozial-ethischer Betrachtung nicht mit einem Messerstecher vergleichbar sei.<sup>60</sup> Die Rechtsprechung und andere Teile der Literatur suchen hingegen die unrechtsneutralisierende Wirkung der Zustimmung im Rahmen der rechtfertigenden Einwilligung und argumentieren, dass diese Lösung die Selbstbestimmungsrechte des Patienten stärker zur Geltung bringen kann.<sup>61</sup> Daher soll der Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB bejaht werden. Daneben kommt eine Qualifikation gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 2 Alt. 2 StGB in Betracht. Dass es sich bei einem mRNA-Impfstoff um einen anderen gesundheitsschädlichen Stoff handelt, wird teilweise mit der Begründung abgelehnt, dass es sich nicht um einen Lebendimpfstoff handele und daher nicht mit abgeschwächtem Virusmaterial operiert werde.<sup>62</sup> Eine solche Differenzierung hinsichtlich der Wirkweise vermag im Hinblick auf die Auffangfunktion der Alt. 2 nicht zu überzeugen.<sup>63</sup> Eine einschränkende Auslegung ließe sich jedoch im Hinblick auf die geringe Gefahr erheblicher über eine Impfreaktion kurzer Dauer hinausgehenden Gesundheitsschäden vornehmen.<sup>64</sup> In der Injektionsnadel ein gefährliches Werkzeug zu sehen wird von der h.M. schon mit Blick darauf abgelehnt, dass sie bestimmungsgemäß und nicht in Angriffs- oder Verteidigungsrichtung eingesetzt

wird.<sup>65</sup> Das Qualifikationsmerkmal dürfte aber auch unabhängig von dieser Argumentation zu verneinen sein, weil die intramuskuläre Injektion, anders als etwa der bestimmungsgemäß geführte Schnitt mit einem Skalpell, nicht in der Lage ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen.<sup>66</sup> Auf Rechtswidrigkeitsebene setzt eine rechtfertigende Einwilligung neben der Einwilligungsfähigkeit voraus, dass hinreichend über die Wirkweise und Risiken der Impfung aufgeklärt wurde, um dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten Rechnung zu tragen.<sup>67</sup>

*Wandeln wir unseren Fall ein wenig ab: Wie hätte sich B strafbar gemacht, wenn er statt des Impfstoffs eine identische Menge wirkungslose Kochsalzlösung injiziert hätte?*

Zunächst würde sich die Frage stellen, ob die rechtfertigende Einwilligung in die Impfung nicht unwirksam werden würde. So könnte die Injektion trotz Einwilligung sittenwidrig gem. § 228 StGB und die Einwilligung daher unwirksam sein. Im Lichte der Scheretheorie dürfte die Sittenwidrigkeit der Injektion einer Kochsalzlösung jedoch abzulehnen sein.<sup>68</sup> Gleichwohl könnte die Einwilligung aufgrund eines Willensmangels unwirksam sein. Schließlich stellte sich A vor, dass mit der Injektion eine Immunisierung einhergehe. Hinsichtlich bestehender Willensmängel gilt es zu differenzieren: Während rechtsgutsbezogene Willensmängel nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen, ist die Beachtlichkeit von nicht rechtsgutsbezogenen Irrtümern umstritten.<sup>69</sup> Zwar irrt der A täuschungsbedingt nicht unmittelbar über die körperverletzende Dimension des Einstichs, jedoch über seine medizinische Sinnhaftigkeit und den mit ihm verbundenen Immunisierungserfolg.<sup>70</sup> Somit liegt auch nach der engeren Ansicht ein einwilligungsbeseitigender Willensmangel vor.

<sup>58</sup> Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 223 Rn. 34.

<sup>59</sup> Zu den Einzelauffassungen Kühl, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2018, § 223 Rn. 5.

<sup>60</sup> Rengier, Strafrecht BT II (Fn. 44), § 13 Rn. 26.

<sup>61</sup> Vgl. nur BGH NJW 2011, 1088 (1089f.); Rengier, Strafrecht BT II (Fn. 44), § 13 Rn. 27; zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten instruktiv Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 223 Rn. 37.

<sup>62</sup> Succu/Lehmann, Die Verimpfung einer 7. Dosis des BioNTech-Impfstoffes: Eine strafrechtliche und berufsrechtliche Risikoanalyse, jurisPR-StrafR 6/2021 Anm. 1.

<sup>63</sup> Vgl. nur Hardtung, in: MüKo-StGB (Fn. 27), § 224 Rn. 9.

<sup>64</sup> S. oben unter II.

<sup>65</sup> BGH NJW 1978, 1206; krit. dazu Eschelbach, in: BeckOK-StGB (Fn. 12), § 224 Rn. 28.4.

<sup>66</sup> Vgl. Nussbaum, Examensübungsklausur: „Boxkampf mit Folgen“, ZJS 2021, 350 (351).

<sup>67</sup> Ausf. Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 223 Rn. 37ff.

<sup>68</sup> Möchte man strafrechtlich die von dem Corona-Virus ausgehenden Gefahren berücksichtigen, denen sich ein vermeintlich Geimpfter eher aussetzen dürfte, so wäre nicht die Injektion, sondern die unterlassene Aufklärung über den ungeimpften Zustand der richtige Anknüpfungspunkt. In Betracht käme eine Körperverletzung oder Tötung durch Unterlassen in mittelbarer Täterschaft (sog. „Werkzeug gegen sich selbst“). Folgeproblem wäre insbesondere der Nachweis der Quasi-Kausalität und die Zurechnung, namentlich die Frage, ob dem B eine hinreichende Wissensherrschaft zukäme, um eine Werkzeugqualität des A zu begründen.

<sup>69</sup> Ausführlich m.w.N. Kühl, in: Lackner/Kühl (Fn. 59), § 228 Rn. 8; Nussbaum (Fn. 66), ZJS 2021, 350 (354).

<sup>70</sup> Dazu Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB (Fn. 19), § 228 Rn. 73; zur Beachtlichkeit täuschungsbedingter Irrtümer im Arztstrafrecht auch Knauer/Brose, in: Spickhoff, Kommentar zum Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 223 Rn. 82; Sommer/Tambikakis, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 26.

Stellen wir uns vor, der A zahlt der B die EUR 200,00 in bar, damit diese ihn vorzeitig impft. B injiziert aber, wie von Anfang an geplant, lediglich die Kochsalzlösung. Welche Tatbestände sind neben den Körperverletzungsdelikten zu prüfen?

Erneut ist hier an die §§ 299a f. StGB zu denken, da hier die Zahlung erfolgt, um die Bevorzugung gegenüber den anderen impfwilligen Patienten zu erhalten. Dass B von Beginn an plant, keine Bevorzugung vorzunehmen, ist für die Vollendung des Tätigkeitsdelikts weder auf Seiten der B (§ 299a StGB) noch auf Seiten des A (§ 299b StGB) schädlich, da dieser innere Vorbehalt sich nicht äußert.<sup>71</sup> Hier könnte sich B zudem des Betruges zu Lasten des A gem. § 263 StGB strafbar gemacht haben. Keine Probleme bereiten insofern die Tatbestandsmerkmale der Täuschung über die Bereitschaft, das Vakzin zu injizieren (innere Tatsache) und die kausale Irrtumserregung. Im Rahmen der Vermögensverfügung oder des Vermögensschadens ist jedoch zu thematisieren, ob die geleisteten EUR 200,00 zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehören. Anhänger eines juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs wollen u.a. Vorauszahlungen auf sittenwidrige oder rechtswidrige Geschäfte, und damit auch die Einhaltung der vorliegenden Unrechtsvereinbarung, nicht strafrechtlich schützen. Sie begründen ihre Auffassung im Wesentlichen mit der Einheitlichkeit der Rechtsordnung. Der § 817 S. 2 BGB schließt einen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegen die B aus, weshalb das in Kenntnis der Sittenwidrigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Geschäftes Geleistete nicht strafrechtlich geschützt werden könne.<sup>72</sup> Andere Vertreter des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffes weichen in solchen Konstellationen ab. Sie stellen primär auf das Eigentum und den Besitz an dem Geld (EUR 200,00) ab. Die Rechtspositionen an dem Geld seien wertneutral. Ihr Schutz könnte nicht allein aufgrund der Verwendung zu sittenwidrigen/rechtswidrigen Zwecken entzogen werden.<sup>73</sup> Der von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur verwendete wirtschaftliche Vermögensbegriff beschränkt den Schutz grundsätzlich nicht gleichermaßen wie der juristisch-ökonomische Begriff.<sup>74</sup> Nach dieser Ansicht sei ein Auseinanderfallen von Zivil- und Strafrecht aufgrund der verschiedenartigen Aufgaben

der Rechtsgebiete möglich und ein strafrechtsfreier Raum könne auch unter Ganoven nicht hingenommen werden.<sup>75</sup>

#### IV. Triage

*Im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie war die Befürchtung von Triage-Situationen in aller Munde. Was ist damit gemeint?*

Bei der Triage handelt es sich um einen Vorgang der Allokation von medizinischen Ressourcen, sollte es zu einer Überbeanspruchung des Gesundheitssystems kommen. Die Knappheit kann sich etwa auf fehlendes (hinreichend qualifiziertes) medizinisches Personal, fehlende medizinische Produkte oder Intensivbetten beziehen.

*In der strafrechtlichen Debatte wird zwischen den Konstellationen der ex-ante-Triage, der ex-post-Triage und der vorsorglichen Triage unterschieden. Können Sie sich herleiten, worum es sich bei den Szenarien handelt?*

Die drei Konstellationen unterscheiden sich maßgeblich in ihrer zeitlichen Struktur: Bei der ex-ante-Triage muss die Entscheidung zwischen zwei Behandlungsbedürftigen getroffen werden, die zeitgleich am Ort der Behandlung eintreffen. Anders kommt es bei der ex-post-Triage zur Auswechslung der aktuell behandelten Person. Bei der vorsorglichen Triage bestehen zwar im Zeitpunkt der Entscheidung noch ausreichend Ressourcen, in Erwartung einer zukünftig eintretenden stärkeren Beanspruchung wird potenziell Behandlungsbedürftigen die Versorgung verwehrt.<sup>76</sup>

*Schauen wir uns das an einem Fall an: P1 und P2 sind beide schwer an Covid-19 erkrankt und werden in die Klinik K eingeliefert. Da nur noch ein Beatmungsgerät zur Verfügung steht und weder bei P1 noch bei P2 eine intensivmedizinische Versorgung Aufschub duldet, entscheidet sich die Notärztin A für die Behandlung von P1. P2 verstirbt am nächsten Tag und hätte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit überlebt, wenn er beatmet worden wäre. A nahm den Tod mangels Behandlungsmöglichkeit beider Patienten billigend in Kauf. Hat sich A strafbar gemacht?*

Zu prüfen ist eine Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB. Die unterlassene Behandlung des P2 war der A

<sup>71</sup> Dannecker/Schröder, in: NK-StGB (Fn. 19), § 299a Rn. 204; vgl. auch Krick, in: MüKo-StGB (Fn. 27), § 299 Rn. 66.

<sup>72</sup> Vgl. Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 263 Rn. 83.

<sup>73</sup> Vgl. dazu Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 13 Rn. 145 m.w.N.

<sup>74</sup> Zur Vorauszahlung auf sittenwidrige oder rechtswidrige Leistungen BGH NJW 2002, 2117.

<sup>75</sup> Vgl. zum Streitstand instruktiv auch Beukelmann, in: BeckOK-StGB (Fn. 12), § 263 Rn. 47.

<sup>76</sup> Gerson, in: Esser/Tsambikakis (Fn. 15), § 3 Rn. 4ff.



physisch-real möglich. Das Unterlassen war quasi-kausal<sup>77</sup> für den Erfolg und an der objektiven Zurechenbarkeit besteht kein Zweifel. Die A traf auch eine Garantenpflicht zur Behandlung des P2, die sich, wenn auch nicht aus einer tatsächlichen Übernahme mangels begonnener Behandlung, so aber aus ihrer Stellung als Notärztin ergibt.<sup>78</sup> Zudem handelt sie mit *dolus eventualis*. Entscheidende Frage ist, ob A gerechtfertigt handelt. Als Rechtfertigungsgrund ist zunächst § 34 StGB in Betracht zu ziehen, der jedoch ein überwiegendes Interesse auf Seiten des Gefährdeten fordert. Hier geht es jedoch sowohl bei P1 und P2 um konkrete Gefahren für das Rechtsgut Leben, das prinzipiell einer Abwägung nicht zugänglich ist.<sup>79</sup> Es bleibt der gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision zu prüfen.<sup>80</sup> Eine solche kommt grundsätzlich nur dort in Betracht, wo zwei gleichwertige Handlungspflichten kollidieren, die nicht kumulativ erfüllbar sind.<sup>81</sup> Sind die Voraussetzungen erfüllt, besteht grundsätzlich Wahlfreiheit, welcher Pflicht der Unterlassende nachkommt. Die Pflicht der A, sowohl P1 als auch P2 zu behandeln, ist mangels weiterer Angaben auch gleichwertig. A handelt gerechtfertigt und ist nicht strafbar.

*Kommen neben dem unechten Unterlassungsdelikt noch weitere Tatbestände in Betracht?*

Ja, der § 323c Abs. 1 StGB und § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wobei auch hier die rechtfertigende Pflichtenkollision greift.

*Auf welchen Grundgedanken fußen der rechtfertigende Notstand und die rechtfertigende Pflichtenkollision?*

Während § 34 StGB die Idee einer Solidaritätspflicht verfolgt, Eingriffe zu dulden, wenn sie deutlich gewichtigere Interessen schützen, ist es Grundgedanke der rechtfertigenden Pflichtenkollision, dass die Rechtsordnung vom Unterlassenden nichts Unmögliches verlangen kann („*ultra posse nemo obligatur*“).<sup>82</sup>

*Beurteilen Sie den Fall anders, wenn P1 trotz konkreter Lebensgefahr eher als P2 noch einen Tag ohne Beatmung hätte überleben können?*

Bei dieser Variante der *ex-ante-Triage* stellt sich die Frage, ob die Dringlichkeit Einfluss auf die Gleichwertigkeit der Handlungspflichten hat, also der Unterlassende nicht mehr frei in seiner Behandlungsauswahl ist. Dies wird von der h.M. bejaht und gerade keine unzulässige Differenzierung nach dem Lebenswert gesehen, da es lediglich den Grad der Gefahr für das Rechtsgut Leben bemisst.<sup>83</sup>

*Was ergibt sich, wenn die Dringlichkeit der Behandlung und die unmittelbaren Überlebenschancen unserer Patienten identisch sind, der gerettete P1 jedoch derart vorerkrankt ist, dass seine Lebenserwartung nach der Rettung realistischweise ohnehin nur noch ein Jahr beträgt, während der junge P2 keine Vorerkrankungen aufweist?*

In der Lebenserwartung eines Menschen oder gar einer zu erwartenden Lebensqualität ein taugliches Bewertungskriterium zu sehen, wird nur vereinzelt angenommen.<sup>84</sup> Diesem Kriterium wird vor allem entgegnet, dass in ethisch und verfassungsrechtlich zu beanstandender Weise nach einem Lebenswert differenziert werde.<sup>85</sup> Daneben dürfte sich eine Anknüpfung an die Lebensqualität schon deshalb praktisch schwierig gestalten, weil es sich hierbei um ein höchst subjektives und damit unbestimmtes Konzept handelt.<sup>86</sup> Erst recht muss außerdem eine notwendige Orientierung an gesellschaftlich „wertbildenden“ Eigenschaften der Person (sozialer Status) ausscheiden, selbst dann, wenn ein Bezug zur Krisen-Situation besteht (etwa Rettungskräfte).<sup>87</sup>

*Wie wäre die Entscheidung zu bewerten, wenn die unmittelbare Überlebenschance der Covid-Erkrankung von P2 bei Behandlung höher gewesen wäre?*

Hier stellt sich die weitaus umstrittenere Frage, ob die

<sup>77</sup> Zu den Schwierigkeiten in praktischer Hinsicht und einem Vergleich zu den Organspende-Fällen *Sternberg-Lieben*, Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision, *MedR* 2020, 627 (627f.).

<sup>78</sup> Dazu m.w.N. *Sowada*, Fortgeschrittenenhausarbeit: Eiskalt, *ZIS* 2020, 387 (390f.); *Sternberg-Lieben* (Fn. 77), *MedR* 2020, 627; so auch *Esser/Wasmeier*, „Corona-Dilemmata“, *JA* 2020, 668 (672).

<sup>79</sup> *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 46), § 34 Rn. 24f.; *Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 33ff.

<sup>80</sup> Zur dogmatischen Verortung der Pflichtenkollision *Jansen*, Pflichtenkollision bei Triage-Entscheidungen, *ZIS* 2021, 155 (157ff.); *Rönnau*, *Grundwissen – Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision*, *JuS* 2013, 113ff.

<sup>81</sup> Vgl. *Roxin/Greco*, *Strafrecht AT I* (Fn. 79), § 16 Rn. 118ff.

<sup>82</sup> *Jansen* (Fn. 80), *ZIS* 2021, 155 (156f.).

<sup>83</sup> *Engländer/Zimmermann*, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin, *NJW* 2020, 1398 (1401); *Jansen* (Fn. 80), *ZIS* 2021, 155 (160); *Rönnau/Wegner*, *Grundwissen – Strafrecht: Triage*, *JuS* 2020, 403 (404); *Sowada*, Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise, *NStZ* 2020, 452 (455f.); *Sternberg-Lieben* (Fn. 77), *MedR* 2020, 627 (630); a.A. *Ast*, *Quieta non movere?* Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht, *ZIS* 2020, 268 (270).

<sup>84</sup> *Hoven*, Die »Triage«-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, *JZ* 2020, 449 (451).

<sup>85</sup> M.w.N. *Jansen* (Fn. 80), *ZIS* 2021, 155 (162).

<sup>86</sup> *Taupitz*, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, *MedR* 2020, 440 (448).

<sup>87</sup> Vgl. *Sternberg-Lieben* (Fn. 77), *MedR* 2020, 627 (631, 633); „Eigenschaftsbewerbungsverbot“; zu der bevorzugten Behandlung von Rettungskräften aber *Taupitz* (Fn. 86), *MedR* 2020, 440 (449).

Erfolgsaussichten der Behandlung zu einer Ungleichwertigkeit der Pflichten führen können, sofern man unter „Erfolg“ ein unmittelbares Überleben der akuten Erkrankung verstehen will. Dafür könnte zunächst sprechen, dass die knappen Ressourcen so verteilt würden, dass möglichst viele Menschen gerettet werden.<sup>88</sup> Gegen diese utilitaristisch geprägte Perspektive könnte die Entscheidung des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz in Stellung gebracht werden, in der auch eine quantitative Lebenswertdifferenzierung als verfassungswidrig angesehen wurde.<sup>89</sup> Diesem Einwand wird zum Teil entgegnet, dass ein Unterschied zwischen dem Eingriff in das Lebensrecht durch den Abschuss eines Flugzeuges und der unterlassenen Rettung in einer Krisensituation bestehe, weil kein Eingriff in eine bereits zugewiesene Rechtsposition besteht.<sup>90</sup> Die strafrechtliche Frage würde aber nicht lauten, ob die Erfolgsaussicht (verfassungsrechtlich) zulässiges Auswahlkriterium eines auch nicht mittelbar an die Grundrechte gebundenen Arztes, sondern bindendes Vorrangsmerkmal ist, das im Rahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu berücksichtigen sei. Häufig wird das Kriterium der Erfolgsaussicht dabei mit dem der Dringlichkeit kollidieren, denn wer besonders schwer bedroht ist, dem wird auch durch intensivmedizinische Maßnahmen eine geringere Erfolgsaussicht verbleiben.<sup>91</sup> Letztlich dürfte gegen das Vorrangskriterium der Erfolgsaussichten sprechen, dass der Begriff des „Erfolges“ schwer zu konturieren ist und den Auswählenden mit Strafbarkeitsrisiken belastet, wenn die Erfolgsaussichten falsch bemessen werden.

*Wie läge es, wenn wir diese Abwandlung verschärfen und P1 nahezu keine Erfolgsaussichten hat und dennoch behandelt wird?*

In einem solchen Extremfall könnten die Erfolgsaussichten doch ein Vorrangskriterium bilden, wenn man argumentiert, dass die Behandlung des kaum „Rettbaren“ medizinisch nicht mehr indiziert ist. Dann bestünde keine

gleichwertige Behandlungspflicht mehr.<sup>92</sup>

*Und eine letzte Konstellation: Was, wenn die A den P2 nicht behandelt hat, weil dieser anders als P1 ein Mann ist?*

Fällt die Entscheidung bei gleicher Dringlichkeit auf Grundlage diskriminierender Motive, etwa wegen des Alters, des Geschlechts, der Ethnie, der Religion, der sexuellen oder politischen Orientierung, so dürfte sie zwar als moralisch verwerflich zu betrachten sein. Gleichwohl richtet sich der Schutz der Tötungsdelikte auf das Rechtsgut des Lebens und nicht auf das Interesse, frei von Diskriminierungen zu bleiben. Eine Strafbarkeit wegen eines Tötungsdelikt würde allein die Gesinnung des Unterlassenden bestrafen und wäre nicht mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar.<sup>93</sup>

*Wandeln wir unseren Fall der ex-ante Triage in ein ex-post Szenario ab: P2 ist dieses Mal bereits angeschlossen. Um den gleichsam dringlich zu behandelnden P1 zu versorgen deinstalliert die A das Beatmungsgerät bei P2. Dieser verstirbt an den Folgen der Covid-19-Erkrankung. Zunächst einmal: Handelt es sich bei der Deinstallation des Beatmungsgerätes um ein Tun oder ein Unterlassen?*

Grenzt man aktives Tun vom Unterlassen ab, so lassen sich die Ansätze grob in zwei Strömungen unterteilen: Bei einer naturalistischen Betrachtung kommt es für ein aktives Tun darauf an, ob der Täter durch sein Verhalten aktiv Energie entfaltet und so auf die Umwelt kausal Einfluss nimmt.<sup>94</sup> Eine andere, stärker verbreitete Strömung nimmt eine normative Perspektive ein und fragt, worin der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit des Verhaltens zu sehen ist.<sup>95</sup> So lässt sich bei der Unterbrechung eigener Rettungshandlungen grundsätzlich ein aktives Tun annehmen, wenn sich die Rettungschance schon außerhalb eines andauernden Handelns (etwa einer manuellen Beatmung) materialisiert hat.<sup>96</sup> Wird die Beatmungsmaschine durch den Arzt abgeschaltet, liegt hiernach also ein aktives Tun vor. Anders wäre es etwa, wenn keine Sauerstoffkartusche nachgefüllt

<sup>88</sup> Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-. Entscheidungssituation, medstra 2020, 129 (133f.); Hörnle, Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten, Verfassungsblog v. 04.04.2020, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (Abruf v. 18.07.2021); Sowada (Fn. 83), NStZ 2020, 452 (455f.); Waßmer, Die strafrechtlichen Implikationen der Triage, JA 2021, 298 (301); vgl. auch Busch, Ärztliche Triage in Friedenszeiten – Eine kritische Analyse der Strafbarkeitsrisiken im Lichte der Implikationen des Grundgesetzes, ZStW 2020, 742 (765); so auch die Begründung der Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie, Klinisch-Ethische Empfehlungen, 2. Fassung v. 17.4.2020, S. 5, <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/viewdocument/3436/covid-19-ethik-empfehlung-v2> (Abruf v. 18.07.2021).

<sup>89</sup> BVerfGE 39, 1 (59).

<sup>90</sup> Hörnle (Fn. 88), Verfassungsblog v. 04.04.2020; Sowada (Fn. 82), NStZ 2020, 452 (455).

<sup>91</sup> Rönnau/Wegner (Fn. 83), JuS 2020, 403 (405).

<sup>92</sup> Von einer „rechtlich eng zu bemessenden Minimalnutzenschwelle“ sprechend Sternberg-Lieben (Fn. 77), MedR 2020, 627 (631f.); vgl. hier auch zu einer Parallelisierung mit der Regelung des § 12 Abs. 3 TPG, der die Erfolgsaussichten als Allokationskriterium berücksichtigt.

<sup>93</sup> Engländer/Zimmermann (Fn. 83), NJW 2020, 1398 (1400); Rönnau/Wegner (Fn. 82), JuS 2020, 403 (404).

<sup>94</sup> Differenzierend in Ansätze, die auf die Energie, auf die Kausalität oder beides abstellen Kühl, Strafrecht AT (Fn. 22), § 18 Rn. 15f.

<sup>95</sup> Dazu Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), vor § 13, Rdnr. 158a m.w.N.; Rengier, Strafrecht AT (Fn. 36), § 48 Rn. 10 m.w.N.

<sup>96</sup> Dazu Kühl, Strafrecht AT (Fn. 22), § 18 Rn. 21f.; Sternberg-Lieben (Fn. 77), MedR 2020, 627 (635).

oder das Gerät gar so konzipiert würde, dass die Weiterbeatmung regelmäßig bestätigt werden muss.<sup>97</sup> Dieses, von Zufälligkeiten geprägte, Ergebnis wurde in solchen Konstellationen, in denen der lebensbedrohlich erkrankte Patient zum Ausdruck gebracht hat, keine lebensverlängernden Maßnahmen zu wünschen, erheblich in Frage gestellt. Vielerseits wurde eine Umdeutung in ein „Unterlassen durch aktives Tun“ vorgeschlagen, um sodann eine Straffreiheit nach den Grundsätzen der „passiven Sterbehilfe“ annehmen zu können.<sup>98</sup> Der 2. Strafsenat des BGH hat dies im Jahre 2010 als einen „dogmatisch unzulässigen Kunstgriff“ verworfen und will „alle Handlungen, die mit einer solchen Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehen, in einem normativ-wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs“ zusammenfassen.<sup>99</sup> Beide methodischen Ansätze dürften aber nicht auf die *ex-post*-Triage zu übertragen sein, sofern eine Beendigung der Behandlung gerade nicht dem Willen des Patienten entspricht und daher nicht Ausdruck des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben ist (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>100</sup> A handelt hier also durch aktives Tun.

*Könnte für A dennoch eine Rechtfertigung in Betracht kommen?*

Ein rechtfertigender Notstand ist aus selbigen Gründen wie bei der *ex-ante*-Triage nicht einschlägig. Auch die rechtfertigende Pflichtenkollision greift auf den ersten Blick nicht, da sich nicht zwei Handlungspflichten gegenüberstehen, sondern eine Handlungspflicht (Behandlung des P2) und eine Unterlassungspflicht (Behandlung des P1) und damit die klassische Situation des § 34 StGB vorliegt. Zum Teil wird vorgeschlagen, die rechtfertigende Pflichtenkollision dennoch anzunehmen. Dogmatischer Ansatzpunkt könne dafür sein, im Falle der Triage, den Dualismus von Handlungs- und Unterlassungspflichten um Rettungspflichten zu erweitern, die sodann kollisionsfähig

sind.<sup>101</sup> Für die Erstreckung des Anwendungsbereiches der Pflichtenkollision wird vorgebracht, dass es sich um reinen Zufall handelt, welche behandlungsbedürftige Person früher am Behandlungsort eintrifft. Diese, dem Zufall entsprechende Zuordnung kann dabei gerade auch dem Kriterium der Dringlichkeit widersprechen.<sup>102</sup> Es spricht jedoch gegen die Anwendung der rechtfertigenden Pflichtenkollision, dass mit der Behandlung ein Vertrauenstatbestand bei dem Patienten geschaffen wird. Der Patient müsste jederzeit befürchten, dass ihm die Behandlungsposition wieder zugunsten eines anderen entzogen würde, was das Vertrauen in das Gesundheitswesen erheblich gefährden könnte.<sup>103</sup> Zudem wären die Ärzte unablässig dem Druck ausgesetzt, die Verteilung der Ressourcen zu evaluieren und den Empfänger der Behandlung entsprechend der Vorrangkriterien (Dringlichkeit; a.A. Erfolgsaussichten) auszutauschen.<sup>104</sup> Dass die Verteilung in Zeiten der Ressourcenknappheit nach dem Prioritätsprinzip zufällig scheint, ist das Nebenprodukt einer klaren Dogmatik, die zwischen Handlungs- und Unterlassungspflichten unterscheidet.<sup>105</sup>

*Könnte die Straffreiheit für die Auswechslung von Patienten, wenn nicht auf Rechtswidrigkeits-, dann aber auf Schuldebene erreicht werden?*

Dafür kämen drei Anknüpfungspunkte in Betracht: Erstens dürfte der entschuldigende Notstand gem. § 35 Abs. 1 StGB mangels hinreichend enger Beziehung (Angehörige oder andere nahestehende Personen) zum später Behandelten ausscheiden. Es käme zweitens ein von der Literatur überwiegend anerkannter übergesetzlicher entschuldigender Notstand in Betracht.<sup>106</sup> Ein solcher setzt jedoch eine absolute Ausnahmesituation des Handelnden voraus, in der durch die Opferung weniger eine Vielzahl von Menschen gerettet werden kann. In einem solchen Falle kann der Gewissenskonflikt für den Handelnden schuldausschließend

<sup>97</sup> Jäger/Gründel, Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage, ZIS 2020, 151 (157) m.w.N.; Jansen (Fn. 80), ZIS 2021, 155 (168f.) will für solche Situationen, die von einem Unterlassen geprägt sind, in Konstellationen der *ex-post*-Triage dennoch eine überwiegende Behandlungspflicht des bereits behandelten annehmen; in diese Richtung auch Sternberg-Lieben (Fn. 77), MedR 2020, 627 (636).

<sup>98</sup> Vgl. nur Roxin, Strafrecht AT II (Fn. 24), § 31 Rn. 117.

<sup>99</sup> BGH NJW 2010, 2963 (2967).

<sup>100</sup> Jäger/Gründel (Fn. 97), ZIS 2020, 151 (159f.); Rönnau/Wegner (Fn. 83), JuS 2020, 403 (405); Waßmer (Fn. 88), JA 2021, 298 (302); zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben vgl. BVerfG, NJW 2020, 905ff.; für eine Vergleichbarkeit Hoven (Fn. 84), JZ 2020, 449 (454); vgl. auch Gaede et al. (Fn. 88), medstra 2020, 129 (135).

<sup>101</sup> Jäger/Gründel (Fn. 97), ZIS 2020, 151 (158ff.); krit. Ast (Fn. 83), ZIS 2020, 268 (274); anders versuchen Gaede et al. (Fn. 88), medstra 2020, 129 (131) zu begründen, dass lediglich ein Teilhabeanspruch an den medizinischen Ressourcen bestehe, mit dem Beginn der Behandlung also keine hinreichende Verfestigung der Rechtsposition einhergehe.

<sup>102</sup> Vgl. Jäger/Gründel (Fn. 97), ZIS 2020, 151 (155f.).

<sup>103</sup> Waßmer (Fn. 88), JA 2021, 298 (302).

<sup>104</sup> Ebd.

<sup>105</sup> Dazu Rönnau/Wegner (Fn. 83), JuS 2020, 403 (406).

<sup>106</sup> Ausf. Paeffgen/Zabel in: NK-StGB (Fn. 19), Vorb. §§ 32ff. Rn. 292ff.

wirken.<sup>107</sup> Wechselt die Ärztin den Behandelten aufgrund höherer Erfolgsaussichten aus, entscheidet sie zwar nach quantitativen Gesichtspunkten, jedoch kann die Rettung einer weiteren Person gerade nicht ausreichen.<sup>108</sup> Letztlich spricht gegen die Anwendbarkeit, dass der übergesetzliche Notstand für existenzielle Ausnahmesituationen geschaffen wurde. Möchte man ihn aber als eine Art regelmäßigen Reflex auf die dilemmatische Situation der Triage begreifen, so droht man die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld einzuebnen.<sup>109</sup> Letztlich könnte ein schuldausschließender Verbotsirrtum gem. § 17 StGB in Betracht kommen, wenn der Arzt davon ausgeht, er handle bei einer Auswechslung des Behandelten gerechtfertigt (Erlaubnisirrtum). Jedoch müssen die strengen Anforderungen, die an die Unvermeidbarkeit des Irrtums gem. § 17 S. 1 StGB zu stellen sind, beachtet werden. Anlass, eine Unvermeidbarkeit anzunehmen, könnten etwa die Empfehlungen der Fachgesellschaften (in Deutschland DIVI) sein, grundsätzlich nach Beginn einer Behandlung eine Reevaluation der Ressourcenverteilung zuzulassen.<sup>110</sup> Diesen Richtlinien kommt aber gerade keine unmittelbar rechtliche Geltung zu und sie warnen ihrerseits vor rechtlichen Grenzüberschreitungen.<sup>111</sup> Gerade die in Fachkreisen, aber auch medial kontrovers geführte Diskussion um die Rechtmäßigkeit der *ex-post*-Triage dürfte letztlich gegen eine Vermeidbarkeit des Erlaubnisirrtums sprechen.<sup>112</sup>

*Gibt es einen letzten dogmatischen Anknüpfungspunkt, die rechtsguterhaltende Wirkung des Behandlungsaustausches zu berücksichtigen?*

Dieser Aspekt kann, sofern der Austausch von ethisch vertretbaren Motiven geleitet ist, durch die Annahme eines Totschlags in einem minder schweren Fall gem. § 213 Alt. 2 StGB auf Strafzumessungsebene berücksichtigt werden.<sup>113</sup>

*In der ex-post-Triage ist eine Auswechslung des Behandlungsempfängers also regelmäßig strafbar. Wie aber verhält es sich andersherum mit der unterlassenen Behandlung des später eintreffenden Erkrankten?*

Auch hier liegt ein tatbestandliches Unterlassen vor. Eine Rechtfertigung ist – auch wenn es auf den ersten Blick verwundert – über § 34 StGB zu erreichen. Wenn ein aktiver Eingriff in ein fremdes Rechtsgut nur durch ein wesentliches Überwiegen des Erhaltungsinteresses gerechtfertigt sein kann, so wird umgekehrt beim Unterlassen eines Eingriffes lediglich vorausgesetzt, dass das Erhaltungsinteresse nicht wesentlich weniger Gewicht hat. Da sich hier gleichwertige Interessen („Leben gegen Leben“) gegenüberstehen, hat die Unterlassungspflicht i.R.d. § 34 StGB den Vorrang.<sup>114</sup>

*Wie sieht es schließlich mit der präventiven Triage aus, also der Nichtbehandlung in der Erwartung, dass demnächst eine höherrangige Pflicht begründet wird?*

Ein solches Unterlassen kann schon deshalb nicht von der rechtfertigenden Pflichtenkollision gedeckt werden, da zum Zeitpunkt des Unterlassens keine andere Behandlungspflicht besteht und eine Bewertung mangels Vergleichspflicht erst gar nicht stattfinden kann.<sup>115</sup>

<sup>107</sup> Ausf. Rönnau, Grundwissen – Strafrecht: Übergesetzlicher entschuldigender Notstand (analog § 35 StGB), JuS 2017, 113ff.

<sup>108</sup> Rönnau/Wegner (Fn. 83), JuS 2020, 403 (405); anders Waßmer (Fn. 88), JA 2021, 298 (303), der den übergesetzlichen Notstand dann anwenden will, wenn sich die Erfolgsaussichten „evident und wesentlich unterscheiden“; ähnlich auch Jäger/Gründel (Fn. 97), ZIS 2020, 151 (155), mit der Begründung, dass anders als etwa im berühmten Weichensteller-Fall eine konkrete Lebensgefahr für beide zu Behandelnden existiere.

<sup>109</sup> Rönnau/Wegner (Fn. 83), JuS 2020, 403 (406); so will Waßmer (Fn. 88), JA 2021, 298 (303) sogar das Nothilferecht Angehöriger aus sozialethischen Gründen einschränken; dazu auch Jäger, Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie, ZStW 2003, 765 (788f.).

<sup>110</sup> DIVI (Fn. 88), S. 8.

<sup>111</sup> DIVI (Fn. 88), S. 8; dazu auch Engländer/Zimmermann (Fn. 83), NJW 2020, 1398 (1401).

<sup>112</sup> Sowada (Fn. 83), NSTZ 2020, 452 (459). Etwas anderes kann sich auch nicht daraus ergeben, dass der Deutsche Ethikrat angibt, dass der behandelnde Arzt in dieser Lage „mit einer entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen“ könne, Deutscher Ethikrat, ad-hoc Stellungnahme v. 27.3.2020, S. 1, 4. Zu der Frage, ob ein Irrtum über die Existenz eines Entschuldigungsgrundes von § 17 StGB (analog) erfasst werden kann ausf. Lindner, Kann eine Empfehlung des Deutschen Ethikrates einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 Satz 1 StGB begründen?, medstra 2020, 199 (200).

<sup>113</sup> Sowada (Fn. 83), NSTZ 2020, 452 (459).

<sup>114</sup> Engländer/Zimmermann (Fn. 83), NJW 2020, 1398 (1399).

<sup>115</sup> Engländer/Zimmermann (Fn. 83), NJW 2020, 1398 (1401); Jansen (Fn. 80), ZIS 2021, 155 (156).

## Interview: Professor Dr. Timo Rademacher

*Professorinnen und Professoren an unserer Fakultät sind keine unnahbaren, unpersönlichen Rechtslehrer. Jede und jeder hat einen Werdegang, Vorlieben und Erlebnisse, die vielleicht ihren Vorlesungsstil beeinflussen, ihr Lieblingsseminar begründen oder Ausdruck in den letzten Veröffentlichungen finden. Die Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover ist keine farblose, uniforme Juristenschule, sondern Teil einer weltoffenen Universität mit verschiedensten Personen und Persönlichkeiten. In unseren Interviews wollen wir diese Persönlichkeiten erlebbarer machen.*

*Professor Dr. Rademacher ist seit 2019 Inhaber der Juniorprofessur für Öffentliches Recht und das Recht der neuen Technologien an der Leibniz Universität Hannover. Wir danken Herrn Rademacher herzlich für die Bereitschaft, unsere Interviewserie fortzusetzen. Das Interview führte stud. iur. Finja Maasjost.*

### **Was hat Sie dazu bewogen, mit dem Jurastudium zu beginnen?**

Das ist relativ simpel. Ich war schon immer sprachinteressiert und mir hat das Fach Deutsch immer am meisten Spaß gemacht. Bei Jura kann man Sprache als Instrument benutzen und das hat mich gereizt. Das schien mir in keinem anderen Studiengang ähnlich der Fall und auch gleichzeitig so gesellschaftlich relevant zu sein. Der endgültige Entschluss entstand letztendlich durch ein Schülerpraktikum bei einem Anwalt.

### **Wo und wann haben Sie studiert?**

Seit 2004 an der Universität in Heidelberg, einfach weil diese am nächsten an meinem Zuhause war. Später dann noch in Ferrara für ein Erasmussemester und in Oxford für einen Master.

### **Welchen Schwerpunkt haben Sie gemacht?**

Staats- und Verwaltungsrecht. Die Alternative dazu war ein Schwerpunkt mit Wirtschaftsrecht und gewerblichem Rechtsschutz. Die Entscheidung für das öffentliche Recht fiel letztlich wegen eines tollen Dozenten. Vorher habe ich auch an Römisches Recht gedacht, das war mir persönlich dann jedoch zu geschichtlich.

### **Worüber haben Sie promoviert?**

Recht technisch zu der Frage, ob das Prozessrecht des EuGH es dem Bürger erlaubt, gegen faktisches Verwaltungshandeln, also Warnungen, Informationshandlungen oder ähnliches, zu klagen. Erstaunlicherweise ist das eher schwierig, selbst wenn die Grundrechte betroffen sind. Die Strukturen des EuGH ähneln stark dem französischem Rechtsstaatsbild, in welchem primär nur gegen Rechtsakte geklagt werden kann. Dementsprechend muss man andere Möglichkeiten finden, um eine Klage zu ermöglichen.

### **Worüber habilitieren Sie zur Zeit?**

Darüber, ob Künstliche Intelligenz dazu verwendet werden kann, die juristische Arbeit zu perfektionieren. Ob etwa KI genutzt werden kann und darf, Rechtsverstöße, bspw. im Internet durch sog. Uploadfilter, von vornherein zu verhindern.

### **Besteht bei Ihrem Thema auch eine Verknüpfung zu Legal Tech?**

Es handelt sich nicht richtig um Legal Tech, da dieses die Rechtserkenntnis nur verbessern bzw. erleichtern soll. In meiner Habilitation erforsche ich eher, ob wir ein Recht darauf haben, physisch in der Lage zu sein, darüber zu entscheiden, ob wir uns an Regeln halten wollen oder nicht. Legal Tech ist davon eine Art Vorstufe. Mein Thema kommt eher aus der rechtssoziologischen Ebene. Dort wurde schon früh gefragt, ob auch Illegalität nützlich und in gewissem Rahmen erhaltenswert sein kann. Wofür ist Recht da? Dafür, dass es vollständig realisiert wird, oder eher als Kommunikationsinstrument, welches andere überzeugen soll?

### **Welche Vorlesungen halten Sie zur Zeit an der LUH?**

Bisher halte ich eine Vorlesung im Datenschutzrecht für die Schwerpunkte im Verwaltungsrecht und im IT- und IP-Recht, Europarecht im HannES-Repetitorium und Recht der neuen Technologien, wiederum für den Schwerpunkt IT/IP. In Zukunft dann gerne auch Vorlesungen aus dem öffentlich-rechtlichen Pflichtfach, soweit sich die Gelegenheit ergibt.

**Sind Sie selbst mal durch eine Übung/Klausur gefallen?**

Ja, und zwar durch die jeweils letzten Probeklausuren unmittelbar vor den beiden Staatsexamen. Beim zweiten Mal musste ich lachen, da konnte ich es als eine Art Glücksbringer umdeuten. Sonst bin ich tatsächlich nicht durchgefallen. Allerdings hatte ich sehr unterschiedliche Noten, von gut bis gar nicht gut.

**Sind Sie zu Studienzwecken ins Ausland gegangen und würden Sie dies den Studenten empfehlen?**

Ja, ich war in Ferrara. Das ist ein kleines Unistädtchen in Italien. Alleine für einen Tapetenwechsel und eine sinnvolle Auszeit würde ich jedem unabhängig von der Ausbildungsrelevanz einen Auslandsaufenthalt empfehlen. Zu meiner Studienzeit haben viele meiner Kommilitonen sich für einen Auslandsaufenthalt entschieden. Für uns war es quasi ein normaler Teil des Studiums.

**Wie haben Sie sich auf das Examen vorbereitet?**

Kommerziell gepaart mit dem Uni-Repetitorium. Im Auslandssemester habe ich den großen Schein im Zivilrecht ersetzt, was ich nicht empfehlen kann. Von daher erschien mir das kommerzielle Repetitorium für die Basics sinnvoll, das Uni-Rep stieg auf einem höheren Niveau ein.

**Welchen Ratschlag haben Sie für die Examenskandidaten in der aktuellen Situation?**

Die Klausuren handschriftlich auszuformulieren und alle Angebote wahrzunehmen, sich zu beteiligen und zu diskutieren. Gerade mit Blick auf das mündliche Examen ist es nicht gut, wenn man das ganze Studium über kaum bis gar nicht geredet hat. Ich kann mir auch vorstellen, dass es derzeit schwer ist, Lerngruppen zu gründen oder motiviert am Laufen zu bewahren. Dabei ist genau das so wichtig: Die Interaktion und den Austausch mit anderen aufrecht zu erhalten. Zumindest mir hat der Diskurs immer am meisten Spaß gemacht, das (Auswendig-)Lernen ist dafür eine wohl notwendige Vorstufe, aber dafür macht man Jura nicht.

Das kritische Hinterfragen der Aussagen anderer oder auch von Klausurlösungen sind meines Erachtens ein wichtiger Teil des Lernprozesses. Niemand ist perfekt. Auch Klausurlösungen nicht, und es kann motivieren, hier auf die Suche zu gehen, zu versuchen, es „besser zu wissen“. Vor allem darf man sich nicht von Fehlern aus der Ruhe bringen lassen. Ich kenne niemanden, der sich vor dem Examen nicht etwas gefürchtet hat. Man kann immer Ausreißer erwischen, einen schlechten Tag haben, das EBV

übersehen. Wichtig ist, dass man weiterhin an seine Fähigkeiten glaubt.

**Hätten Sie Ihren juristischen Werdegang aus heutiger Sicht anders gestaltet und wenn ja, warum?**

Nein, das hätte ich nicht. Ich habe im und nach dem Studium viel ausprobiert. Beispielsweise habe ich lange mit dem Gedanken gespielt, Rechtsanwalt zu werden. Die Ministerialbürokratie, die ich mir im Ref von innen ansehen konnte, fand ich auch spannend. Professor hatte ich hingegen nicht von vornherein auf der Liste. Wichtig war für mich das Referendariat: Es war für mich weniger ein Optimierungsinstrument, um mich noch weiter auf schon eingeschlagenem Weg zu spezialisieren, sondern eher ein Informationsinstrument, um herauszufinden, welcher juristische Werdegang der für einen selbst Geeignteste ist. Vielleicht würde ich statt einem Auslandssemester lieber zwei wählen. Sonst bereue ich nichts (lacht).

**Welche Rolle spielen Engagement und andere Hobbys Ihrer Ansicht nach während des Studiums?**

Eine sehr große. Hobbys sollten Spaß machen und vor allem neben dem Studium für einen guten Ausgleich sorgen. Eine gute physische Konstitution hilft auch bei den Klausuren (lacht).

Engagement ist auch wichtig, aber ich glaube, es ist vertretbar, sich in der „Hardcore-Phase“ des Studiums nur auf das Lernen zu konzentrieren. Die Menge an Stoff allein für das Erste Examen ist gigantisch und die Versuche, es zu reduzieren, sind leider bisher fehlgegangen. Letztendlich muss jedoch jeder für sich selbst wissen, inwieweit ihn Tätigkeiten neben dem Studium bereichern.

**Wenn Sie statt einer 90-minütigen Vorlesung einen Film zeigen müssten – welcher wäre das und warum?**

„Das Leben der Anderen“ von Florian Henckel von Donnersmarck.

Es geht um einen Stasi-Offizier der einen Künstler überwachen soll. In dem Film kann man sehr gut sehen, wie gut gemeinte staatliche Strukturen missbraucht werden können, wenn Menschen es wollen. Selbst das beste System funktioniert nicht, wenn die Menschen es nicht gut leben und umsetzen. Im Vergleich zu vielen anderen Staaten haben wir in Deutschland und Europa gute, menschliche Systeme aufgebaut, und wir als Juristen und Juristinnen sollten daran mitwirken, dass es gut bleibt und möglichst noch besser wird.

**Zum Schluss noch etwas zum Leben in Hannover: Was sollte man unbedingt in Hannover gesehen/erlebt haben?**

Tja, ich bin kurz vor Ausbruch der Pandemie nach Hannover gekommen. Von daher war mein Bewegungsradius doch stark auf die Südstadt und den Maschsee begrenzt. Am Abend mit 'ner Flasche Bier am Maschsee – mit gebührendem Abstand –, das finde ich schon ganz nett.

**Welches Restaurant besuchen Sie gerne in Hannover?**

In der Geibelstraße das Raffaele's. Ist ein kleiner Italiener. Das Lieb.es mag ich auch ganz gerne.

**Zuletzt was Spontanes: Wenn Sie mich auf die Palme bringen wollen, dann wenden Sie sich an mich und sagen:**

„Geht nicht, der Datenschutz...“



# HANOVER LAW REVIEW