

**HERAUSGEBER**

Marburg Law Review e.V.  
p.Adr. Philipps-Universität Marburg  
Fachbereich Rechtswissenschaften  
Universitätsstraße 6  
35037 Marburg

**SCHRIFTFLEITUNG**

Fabian von Minckwitz  
Esra Varlioglu  
Jan Philipp Wessendorf  
David Filip

**REDAKTIONSMITGLIEDER**

Lena Schönewald  
Jens Wagener  
Dr. Katrin Wick

**WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT**

Prof. Dr. Ralph Backhaus  
Prof. Dr. Norbert Bernsdorff  
Prof. Dr. Stefanie Bock  
Prof. Dr. Monika Böhm  
Prof. Dr. Dr. Hauke Brettel  
Prof. Dr. Johannes Buchheim, LL.M.  
Prof. Dr. Dr. h.c. dupl. Georg Freund  
Prof. Dr. Georgios Gounalakis  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Gilbert Gornig  
Prof. Dr. Tobias Helms  
Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Detlef Horn  
Prof. Dr. Alexander Koch  
Prof. Dr. Sebastian Müller-Franken  
Prof. Dr. Jens Puschke, LL.M.  
Prof. Dr. Dieter Rössner  
Prof. Dr. Markus Roth  
Prof. Dr. Christoph J. M. Safferling, LL.M.  
Prof. Dr. Sven Simon  
Prof. Dr. Wolfgang Voit  
Prof. Dr. Edgar Weiler  
Prof. Dr. Johannes Wertenbruch  
Prof. Dr. Constantin Willems

**KOOPERATIONSPARTNER**

Marburger Juristische Gesellschaft e.V.  
Legal Tech Lab Marburg

## INHALTSVERZEICHNIS

**GRUNDLAGEN**

- Klausurentechnik für Studierende - juristische Methodenlehre und Gutachtenstil**  
*Von Wiss. Mitarbeiter Nicolas Dümmler* **1-11**
- Gesetzesauslegung im Mehr-Ebenen-Rechtssystem und Rechtsfortbildung**  
*Von Wiss. Mitarbeiterin Lisa Beer und Stud. Hilfskraft Emmelie Lotzow* **12-20**

**ZIVILRECHT**

- Einführung in das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)**  
*Von Dr. Sascha Stiegler, LL.M.* **21-30**
- Die SARS-CoV-2 (Covid-19) Pandemie und ihre Auswirkungen auf § 313 BGB im Gewerberaummietrecht - Gibt es nun ein pauschales Minderungsrecht?**  
*Von Syndikusrechtsanwalt Jens Schlüter-Faath* **31-35**
- Die Kündigungsschutzklage in der juristischen Fallbearbeitung**  
*Von Professor Dr. Markus Roth und Wiss. Mitarbeiter Julian Krüger* **36-47**
- Kryptowährung im Rechtsvergleich China-Deutschland**  
*Von Mag. iur. Tingting Huang* **48-64**
- „Zivilrechtliche Probleme der Corona-Pandemie“**  
*Von Dr. Frank Spohnheimer und Stud. Hilfskraft Helena Haberstock* **65-77**

**ÖFFENTLICHES RECHT**

- Einführung in das Weltraumrecht**  
*Von Professor Dr. Dr. h.c. Stephan Hobe, LL.M. (McGill)* **78-86**
- Drohneinsatz unter Parlaments- und Gesetzesvorbehalt?**  
*Von Wiss. Mitarbeiter Johannes Rühlmann und Wiss. Mitarbeiter Alexander Schaposchnikov* **87-97**
- Einführung eines Impfzwangs? - Möglicher Nutzen und rechtliche Realisierbarkeit**  
*Von Stud. Hilfskraft Sarah Messner* **98-115**
- „Die Beseitigung einer Aufhebung“ - Zur Rücknahme einer Baugenehmigung**  
*Von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Gilbert Gornig und Regierungsrätin Dr. Carolin Gornig* **116-123**

**STRAFRECHT**

- Mord mit Aussicht auf Neuverhandlung - Die Reform der Wiederaufnahmeregelung aus anwaltlicher Perspektive**  
*Von Rechtsanwalt Dr. Jannik Rienhoff* **124-128**
- Jugendforensik - Maßregelvollzug für Jugendliche unter dem Gesichtspunkt des Erziehungsgedankens des JGG**  
*Von Ref. iur. Janina Werth* **129-142**
- Anmerkung zu BGH, Urt. v. 3.3.2021 – 4 StR 338/20**  
*Von Rechtsanwältin Dr. Katrin Wick* **143-145**

**KURZBEITRÄGE**

- Interview mit Professor Dr. Johannes Buchheim, LL.M. (Yale)**  
*Von Redaktion der Marburg Law Review* **146-152**
- Das Marburger Examenscoaching - und die Neuerungen des Uni-Rep Teams**  
*Von Wiss. Mitarbeiterin Leonie Carrette, Wiss. Mitarbeiterin Charlotte Tritt, Wiss. Mitarbeiter Janis Krahl und Wiss. Mitarbeiter Dr. Christopher Rennis* **153-155**
- Die Fachausbildung im Sozialrecht**  
*Von Stud. Hilfskraft Kerstin Bechtelsheimer, Ref. iur. Dipl.-Jur. Mirko Dahringer, LL.B., Stud. Hilfskraft Fabian von Minckwitz und Stud. iur. Pia Schneider* **156-161**

# IMPRESSUM

© Marburg Law Review e. V.,  
Marburg an der Lahn  
Gegründet im Jahr 2007

**Erscheinungsort:** Marburg an der Lahn

## KONTAKT:

**Marburg Law Review e. V.**  
p.Adr. Philipps-Universität Marburg  
Fachbereich Rechtswissenschaften  
Universitätsstraße 6  
35037 Marburg

<mailto:Marburg@law-review.de>  
<mailto:Beitrag@law-review.de>

**ISSN (print)** 1866-4415  
**ISSN (online)** 2748-7628

## SCHRIFTLÉITUNG:

Fabian von Minckwitz, Esra Varlioglu, Jan  
Phillipp Wessendorf, David Filip

## URHEBER- UND VERLAGSRECHTE:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden.

## MANUSKRIPTE:

Der Marburg Law Review e. V. haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto und ein entsprechender Rückumschlag beigelegt sind. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch den Marburg Law Review e. V. überträgt der Autor dem Verlag

ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrages ist der Autor berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen; das Recht an der elektronischen Version verbleibt beim Verlag.

## ERSCHEINUNGSWEISE:

Die Onlineausgabe der Marburg Law Review (MLR) erscheint 2-mal jährlich.

## DESIGN:

realkonzept - visuelle Kommunikation und Mediengestaltung <http://www.realkonzept.de>

## SCHRIFTSATZ:

Redaktion der Marburg Law Review

## BANKVERBINDUNG:

**Kontoinhaber:** Marburg Law Review e.V.  
**Kreditinstitut:** Volksbank Mittelhessen eG  
**IBAN:** DE43 5139 0000 0048 3601 0

# VORWORT

## **Liebe Leserinnen und Leser der Marburg Law Review,**

wir freuen uns, Ihnen nach 21 Printausgaben die erste digitale Ausgabe der MLR präsentieren zu dürfen.

Mit dem neuen Onlineformat ermöglichen wir Ihnen einen jederzeitigen und kostenfreien Zugriff auf die MLR – auch aus Ihrem „Homeoffice“. Darüber hinaus können wir mit der Einsparung von Druckmaterial und dem Wegfall des Transports unseren kleinen Beitrag zum Klimaschutz leisten. Außerdem können wir die MLR durch die Umstellung auf ein digitales Format barrierefrei gestalten. Insbesondere als Marburger Verein fühlen wir uns dem Gedanken der Barrierefreiheit sehr verpflichtet. Deshalb haben wir uns bemüht, diese Ausgabe für sehbehinderte Menschen so zugänglich wie möglich zu gestalten.

Die erste Onlineausgabe zeigt wieder wie aktuell und vielfältig die Rechtswissenschaften sind. So wirft die anhaltende Corona-Pandemie nicht nur eine ganze Reihe zivilrechtlicher Fragen und Probleme auf, sondern entfacht auch die Diskussion über einen Impfbzwang erneut. Aber auch durch den (technischen) Fortschritt treten immer weitere und/oder neue Fragen auf, sei es das Weltraumrecht, die rechtliche Einordnung von Kryptowährungen, die juristischen Voraussetzungen für Drohneneinsätze oder die Wiederaufnahme von Mordverfahren.

Trotz aller Aktualität dürfen selbstredend die juristischen Grundlagen und „Klassiker“ nicht vergessen werden. So finden Sie in dieser Ausgabe gleich zwei Beiträge zu unterschiedlichen Aspekten der juristischen Methodenlehre, einen Grundlagenbeitrag zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und den ersten Teil einer arbeitsrechtlichen Reihe zur Kündigungsschutzklage.

Darüber hinaus informieren wir Sie über die Neuerungen des Marburger Examenscoachings und die Möglichkeit der Fachausbildung im Sozialrecht an Fachbereich Rechtswissenschaften.

Des Weiteren freuen wir uns sehr, dass wir mit Herrn Professor Dr. Johannes Buchheim, LL.M. (Yale) unseren wissenschaftlichen Beirat erneut erweitern konnten. Erfahren Sie mehr über den Inhaber der neuen Qualifikationsprofessur (Tenure Track) für Öffentliches Recht und das Recht der Digitalisierung im Interview mit der MLR-Redaktion in dieser Ausgabe.

Unser Dank gebührt auch all den Autoren, ohne die unsere Zeitschrift nicht zustande kommen könnte, sowie unseren Sponsoren und Redaktionsmitgliedern. Damit die MLR weiterhin einen festen Platz in den verschiedenen Bibliotheken und auf den Schreibtischen der Studierenden haben kann, freuen wir uns über jede Unterstützung. Auch mit kleinen Spenden können Sie bereits helfen, dass wir Studierenden aller Semester auf Ihrem Weg zum Examen begleiten können und eine Plattform für den wissenschaftlichen Diskurs bieten können.

Neben der Veröffentlichung unserer Zeitschrift bieten wir zudem im Semester (digitale) Vortragsabende und Kanzlei-Exkursionen an. Daher empfiehlt es sich, regelmäßig auf unserer [Website](#), [Facebook](#)- oder unseren neuen [Instagram-Seite](#) vorbeizuschauen.

Wir wünschen Ihnen eine spannende und hoffentlich erkenntnisreiche Lektüre und allen Studierenden einen guten Start ins Wintersemester 2021/2022!



**Esra Varlioglu**

Vorsitzende

**Fabian von Minckwitz**

Chefredakteur  
Stell. Vorsitzender

**Jan Philipp Wessendorf**

Schatzmeister

**David Filip**

Vorstandsmitglied

# Klausurenteknik für Studierende

## - juristische Methodenlehre und Gutachtenstil -

Von Wiss. Mitarbeiter Nicolas Dümmler, Erlangen\*

*Vor allem zu Beginn ihres Studiums fällt es Studierenden der Rechtswissenschaften oft schwer, erfolgreich juristische Prüfungsarbeiten anzufertigen. Dies liegt einerseits an dem, den meisten Klausuren zugrundeliegenden und anfänglich schwer verständlichen, weil kontraintuitiven, juristischen Gutachtenstil, andererseits an der für die erschöpfende Lösung von Rechtsproblemen unerlässlichen juristischen Methodenlehre. Beides erhält in der heutigen Lehre oft nicht ausreichend Aufmerksamkeit. Dieser Beitrag soll sich dem entgegenstellen und Studierenden ein Leitfadens für gelungenes juristisches Arbeiten sein.*

### A. Einführung in die Grundlagen juristischer Methodenlehre

Da gesetzliche Regelungen den Alltag einer Gesellschaft, und damit gleichzeitig eine Vielzahl ähnlicher aber im Detail doch unterschiedlicher Sachverhalte regulieren sollen, werden sie abstrakt generell formuliert.<sup>1</sup> Diese Formulierung bedarf bei der Rechtsanwendung im konkreten Einzelfall wiederum einer erläuternden Auslegung, denn nur so ist eine Subsumtion unter den jeweiligen Normtatbestand überhaupt möglich.<sup>2</sup>

Seit jeher beschäftigt sich die juristische Methodenlehre daher mit der Frage der Auslegung von Gesetzestexten.<sup>3</sup> Ein zumindest grundlegendes Verständnis juristischer Methodik ist aber nicht nur notwendig, um bei bekannten Rechtsproblemen die Argumente der widerstreitenden Ansichten nachvollziehen zu können, sondern ermöglicht auch das Entwickeln methodischer, d.h. vertretbarer, Lösungen noch

unbekannter Rechtsprobleme in einer Klausur bzw. dem anschließenden juristischen Praxisalltag.<sup>4</sup>

### I. Klassische Auslegungskriterien

In der Rechtspraxis hat sich mitunter ein sog. „klassischer“ Auslegungskanon gefestigt, welcher sich an der Gesetzessystematik, dem Gesetzeszweck sowie dem gesetzgeberischen Willen orientiert, wobei Grundlage dieser Kriterien der Gesetzeswortlaut selbst ist.<sup>5</sup>

Zwischen allen Auslegungskriterien bestehen Abhängigkeiten unterschiedlichster Art, sodass es oftmals schwierig ist, sie bei Anwendung scharf voneinander zu trennen. Bei der juristischen Argumentation bedient man sich daher auch oft Überschneidungen und Kombinationen mehrerer Auslegungskriterien, wobei man die klassischen Kriterien keinesfalls als abschließenden Auslegungskanon verstehen darf.<sup>6</sup>

#### 1. Gesetzeswortlaut

Die Auslegung anhand des Wortlauts, auch grammatikalische Auslegung genannt, beschäftigt sich mit der einem Begriff von der ihn verwendenden Gesellschaft konsensuell zugewiesenen Bedeutung. Dieses Auslegungskriterium betrifft aber nicht nur den Begriff selbst, sondern auch seine Beziehung zum gesamten Normsatz, d.h. eine Auslegung anhand des Kontexts der Norm. Die Wortlautauslegung ist dabei nicht nur Grundlage der anderen auf ihr aufbauenden Auslegungskriterien, sondern zugleich auch ihre Grenze.<sup>7</sup> Eine über den eigentlichen Wortsinn hinausgehende Auslegung wäre nicht mit dem Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot gem. Art. 103 Abs. 2 GG zu vereinbaren und damit verfassungswidrig.<sup>8</sup> Die

\* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Völkerrecht von Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

<sup>1</sup> Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 606.

<sup>2</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 108 f.

<sup>3</sup> von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts I, 1840; dazu Huber, JZ 2003, 1; jüngst zur Frage der Notwendigkeit einer einheitlichen europäischen Methodenlehre siehe Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, S. 406 ff.; einen rechtsphilosophischen und -soziologischen Einblick in die juristische Methodenlehre bietet Pawlowski, Einführung in die Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2000;

zur Zielsetzung der Gesetzesauslegung Würdinger, JuS 2016, 1.

<sup>4</sup> Röhl/Röhl (o. Fn. 1), S. 603 ff.; ähnlich auch Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 53.

<sup>5</sup> Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 35 ff.; Röhl/Röhl (o. Fn. 1), S. 613 ff.; Möllers (o. Fn. 2), S. 113 ff.; Rütters/Fischer/Birk (o. Fn. 3), S. 432 ff.; Reimer (o. Fn. 4), S. 138 ff.; Pawlowski (o. Fn. 3), S. 78 ff.; Adomeit/Hähnchen, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl. 2018, S. 53 ff.

<sup>6</sup> Reimer (o. Fn. 4), S. 143 f.

<sup>7</sup> Möllers (o. Fn. 2), S. 126 ff.

<sup>8</sup> BVerfGE 71, 108 = NJW NStZ 1986, 261 mit Anm. Harnack; BVerfGE 87, 209 = NJW 1993, 1457.

Wortlautauslegung steckt somit in einem ersten gedanklichen Schritt den Rahmen für weitergehende Auslegungskriterien ab. Da dieser Rahmen aber mitunter weit ausfallen kann, empfiehlt sich ein argumentativer Rückgriff auf dieses Auslegungskriterium in einer Prüfungssituation v.a. bei drohender Überschreitung der Wortlautgrenze.

#### Beispiel:

Bei § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB fungiert bspw. der Begriff der „höchstmöglichen“ Geschwindigkeit als Wortlautgrenze der möglichen Tatbestandsauslegung. Insoweit soll also eine Beschränkung der Norm auf extreme Fälle der Raserei erfolgen, bei welcher sich der Täter absichtlich im sog. Geschwindigkeitsgrenzbereich bewegt.<sup>9</sup>

Probleme bei der Wortlautauslegung, d.h. der grundsätzlichen Begriffsbedeutungsfindung, basieren häufig auf mangelnder Lesekompetenz und dem damit einhergehenden Überlesen des relevanten Normkontexts. Jura ist nun mal eine Sprachwissenschaft. Bei Verständnisschwierigkeiten, z.B. aufgrund eines generationen- oder sozialabhängigen Sprachgebrauchs, können Sprachlexika Abhilfe schaffen.

## 2. Gesetzssystematik

Die systematische Auslegung befasst sich mit der Stellung der Norm im Gesetz. Ausgehend vom Gedanken der Einheit der Rechtsordnung wird jedem Gesetz eine äußere und innere Systematik beigemessen, die bestimmten Regeln folgen, welche wiederum im Wege der Gesetzesauslegung Rückschlüsse auf die Bedeutung auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe zulassen. Die äußere Systematik beschreibt dabei den formellen Aufbau eines Gesetzes, so z.B. die Einteilung in einen allgemeinen und einen besonderen Teil. Die innere Systematik eines Gesetzes betrifft das in sich widerspruchsfreie Normgefüge. Insoweit ist der Übergang zur teleologischen Auslegung fließend.<sup>10</sup>

#### Beispiel:

Für die Auffassung der Rechtsprechung<sup>11</sup> zum Urstreit um das Verhältnis der Tötungsdelikte i.R.d. § 28 StGB werden v.a. systematische Argumente aufgeführt. Die unterschiedliche Terminologie „Mord“ bzw. „Tot-

schlag“ sowie die Anordnung von Qualifikationen im Gesetz grds. nach und nicht vor dem Grundtatbestand sprechen dafür, dass § 211 StGB ein selbständiges Delikt darstellt, sodass täterbezogenen Mordmerkmale hiernach strafbarkeitsbegründend wirken und § 28 Abs. 1 StGB zur Anwendung kommt.

## 3. Gesetzeszweck

Die sich anschließende Frage des Sinn- und Zweckgehalts der Norm, auch teleologische Auslegung<sup>12</sup> genannt, ist ebenfalls ein für die Prüfungssituation relevantes Auslegungskriterium, da die in einer Klausur als Hilfsmittel zugelassenen Gesetzestexte oft auch Rückschlüsse auf den Schutzzweck von Normen zulassen. So können amtliche Überschriften oder die Stellung einer Norm in einem bestimmten Abschnitt des Gesetzes neben systematischen Erwägungen auch Indizwirkung für den Normzweck haben. Wegen seiner grundlegenden Bedeutung steht der Zweck einer Norm in Kommentaren meist in den ersten Randnummern der jeweiligen Kommentierung. Im Studium sind Kommentare bei Klausuren jedoch keine zugelassenen Hilfsmittel, umso mehr lohnt sich bereits in der Klausurvorbereitung ein Blick in die Kommentierung der wichtigsten Normen eines Rechtsgebietes.

#### Beispiele:

Man könnte sich fragen, wer „anderer“ i.S.d. § 123 StGB (Hausfriedensbruch) ist. Die Norm schützt gerade nicht das Eigentum, sondern nach h.M. das Hausrecht des berechtigten Einzelnen, so bspw. auch des berechtigten Mieters gegenüber dem vermietenden Eigentümer.<sup>13</sup> Als Indiz könnte man hierfür die Positionierung des § 123 StGB im 7. Abschnitt „Straftaten gegen die öffentliche Ordnung“ und nicht bei anderen das Eigentum schützenden Vorschriften im 19. oder 20. Abschnitt werten.

Es gibt aber auch einige irreführende Indizien, so z.B. bei § 306 StGB. Die (einfache) Brandstiftung ist nach h.M. ein das Eigentum schützendes spezielles Sachbeschädigungsdelikt und damit gerade systemwidrig in den 28. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB, die gemeingefährlichen Straftaten, eingefügt. Auch die amtlichen Überschriften dieses Abschnitts deuten fälschlicherweise auf § 306 StGB als Grundtatbestand für die nachfolgenden Delikte hin. Lediglich dem

<sup>9</sup> Kulhanek, in: BeckOK-StGB, 47. Ed., § 315d Rn. 42.

<sup>10</sup> Möllers (o. Fn. 2), S. 134 ff.

<sup>11</sup> BGHSt 1, 368 = NJW 1952, 110; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, Vor. § 211 Rn. 3 ff., m.w.N.

<sup>12</sup> Reimer (o. Fn. 4), S. 175 ff.

<sup>13</sup> Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, § 123 Rn. 1 f., m.w.N.

Tatbestandsmerkmal der Fremdheit der geschützten Objekte lässt sich entnehmen, dass es sich bei § 306 StGB nicht um eine genuin gemeingefährliche Straftat handeln kann, denn die Eigentumsverhältnisse an den betroffenen Objekten können bei solchen gerade nicht ausschlaggebend sein. Nichtsdestotrotz haftet einer Sachbeschädigung durch Feuer immer auch ein gemeingefährliches Element an, sodass ihr insoweit teilweise ein weitergehender Schutzzweck zugeschrieben wird.<sup>14</sup>

Gerade beim Umgang mit unbekanntem Rechtsproblemen können teleologische Gesichtspunkte ausschlaggebend für die eigene Argumentation sein. Eine hierbei oft auftretende Auslegungsvariante ist die sog. teleologische Reduktion. Der Normzweck begründet in diesem Fall eine Einschränkung der tatbestandlichen Reichweite.<sup>15</sup>

#### Beispiel:

Der das Leben und die Gesundheit von Menschen schützende § 306a Abs. 1 StGB ist als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet, sodass tatbestandlich eigentlich unerheblich ist, ob zum Tatzeitpunkt tatsächlich Menschen im betroffenen Objekt anwesend sind. Aufgrund der hohen Strafandrohung ist von der h.M. eine teleologische Reduktion allerdings für Fälle anerkannt, in denen eine konkrete Gefährdung absolut ausgeschlossen werden kann. Eine Bestrafung gem. § 306a Abs. 1 StGB ist hiernach nicht mehr mit dem Schuldprinzip vereinbar. Jener Gefährdungsausschluss ist für den Täter aber nur bei kleinen, einräumigen Tatobjekten möglich, bei denen auf einen Blick gewiss ist, dass keine Menschen in Gefahr geraten.<sup>16</sup>

#### 4. Gesetzgeberischer Wille

Obleich die Auslegung nach dem Willen des historischen Gesetzgebers<sup>17</sup>, d.h. der Frage nach dessen konkreter Regelungsabsicht sowie Norm- und Zweckvorstellung, in der Rechtspraxis eine enorme Bedeutung hat, so ist sie doch im Rahmen einer Klausur nicht praktikabel, sollte man nicht zufällig über die gesetzgeberische Motivlage informiert sein oder der Gesetzgeber selbst in einer Präambel, z.B. im GG, der EMRK oder dem EUV, bei europäischen Richtlinien in den

sog. Erwägungsgründen<sup>18</sup>, auf diese hingewiesen haben. Da die Hauptquelle dieses Auslegungskriteriums, die parlamentarischen Gesetzesbegründungen, veröffentlicht als Bundestags- bzw. Bundesratsdrucksachen nicht zu den zulässigen Hilfsmitteln einer juristischen Klausurprüfung gehören, wird man bei unbekanntem Rechtsproblemen oft auf andere Auslegungskriterien zurückgreifen müssen. Im Rahmen einer Hausarbeit lohnt sich hingegen durchaus ein Blick in die Gesetzmateriale als Primärquelle.<sup>19</sup>

#### Beispiel:

Laut BGH<sup>20</sup> verlangt das Tatbestandsmerkmal „Erschleichen“ i.S.d. § 265a StGB seinem Wortlaut nach lediglich eine Begehung auf unrechtmäßigem, unlauterem oder unmoralischem Wege. Eines täuschungsähnlichen Elements bedarf es nur insoweit, als die erstrebte Leistung durch unauffälliges Vorgehen erlangt wird. Hierfür spricht der Wille des Gesetzgebers aus der Entstehungsgeschichte, der Lückenschließungsfunktion sowie dem Scheitern von Änderungsbemühungen der nach geltender Rechtslage bestehenden Tatbestandsfassung des § 265a StGB. Damit ist tatbestandlich auch schlichtes „Schwarzfahren“ erfasst.

Der subjektiven Auslegung nach dem gesetzgeberischen Willen folgt u.U., bspw. wenn dieser Wille gemeingemeinschaftlich veraltet scheint, eine hiervon losgelöste objektive Auslegung nach dem Willen des Gesetzes selbst, welche letztlich wieder auf Elemente der bereits bekannten objektiven Kriterien (Wortlaut, Systematik, *Telos*) zurückgreift.<sup>21</sup>

#### II. Weitere „moderne“ Auslegungskriterien

Weitere „moderne“ Auslegungskriterien bauen zu meist auf den „klassischen“ auf, ergänzen diese oder schränken sie ein, sodass auch hier die klare Trennung mitunter schwierig ist. Von herausragender Bedeutung unter den „modernen“ Kriterien ist die sog. verfassungs- und europarechtskonforme Auslegung, welche sich mit der Vereinbarkeit einfnationalgesetzlichen Rechts mit höherrangigem Recht, auch supranationalem, beschäftigt.<sup>22</sup> Die rechtsvergleichende Auslegung strengt typischerweise einen internationalen Rechtsvergleich an, allerdings könnte man auch auf

<sup>14</sup> Radtke, in: MünchKomm-StGB V, 3. Aufl. 2019, § 306 Rn. 1.

<sup>15</sup> Reimer (o. Fn. 4), S. 275 ff.

<sup>16</sup> BGHSt 26, 121 (125) = NJW 1975, 1369 (1370), m.w.N.

<sup>17</sup> Möllers (o. Fn. 2), S. 147 ff.

<sup>18</sup> Beachte hierzu EuGH, ECLI:EU:C:2014:2013, Rn. 31.

<sup>19</sup> Zum Quellenstreit siehe auch Röhl/Röhl (o. Fn. 1), S. 628.

<sup>20</sup> BGHSt 53, 122 (125 ff.) = NJW 2009, 1091 f.

<sup>21</sup> Röhl/Röhl (o. Fn. 1), S. 628-631.

<sup>22</sup> Rütters/Fischer/Birk (o. Fn. 3), S. 510 ff.; Adomeit/Hähnchen (o. Fn. 5), S. 58 ff.

Länderebene der Bundesrepublik von einem innerföderalen Rechtsvergleich sprechen.<sup>23</sup> Kommen die herkömmlichen Auslegungskriterien an ihre Grenzen, so kann u.U. nur noch eine rechtsfortbildende Auslegung Abhilfe schaffen, wobei für strafbegründende und strafscharfende Normen stets das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG zu beachten ist.<sup>24</sup> In der Rechtsprechungspraxis wird nicht zuletzt auch auf eine rechtsfolgenorientierte Auslegung zurückgegriffen, deren Anwendung dem Grunde nach sowie im Umfang umstritten ist.<sup>25</sup> Mittlerweile hat sich ein weit verzweigtes Netz an „modernen“ Auslegungskriterien gebildet, mit den nur beispielhaft genannten sollten Studierende jedoch für jede Prüfungssituation gewappnet sein.

## B. Der juristische Gutachtenstil

Im Studium der Rechtswissenschaften werden fast alle juristischen Prüfungsarbeiten in Form eines Gutachtens und damit im sog. Gutachtenstil geschrieben. Diese Form verlangt von Studierenden vor allem zu Beginn ihres Studiums viel ab, müssen doch kontraintuitive Arbeits- und Denkweisen verinnerlicht und angewandt werden. Anders als beim sog. Urteilsstil, der im Referendariat und letztlich auch der Rechtspraxis Anwendung findet, darf beim Gutachten das Ergebnis nicht vorweggenommen werden, sondern muss gerade erst schematisch-methodisch erarbeitet werden, auch wenn es bereits auf der Hand zu liegen scheint.<sup>26</sup>

Zweck des Gutachtenstils ist aber nicht etwa, den Studierenden die Prüfungsarbeit zu erschweren. Vielmehr soll den angehenden Juristinnen und Juristen ein bestimmtes Denkmuster vermittelt werden, welches auch im weiteren Karriereverlauf stets Voraussetzung für erfolgreiches juristisches Arbeiten bleibt. Es sollen also Denkautomatismen geschaffen werden, welche im späteren Praxisalltag zwingende Grundlage für das Anfertigen von juristischen Schriftsätzen und Urteilen sind, auch wenn sie dort nicht mehr direkt in die Formulierung einfließen.<sup>27</sup>

## I. Gutachten- und Urteilsstil

Gutachten- und Urteilsstil bedingen sich wie zwei Seiten ein und derselben Medaille, wobei eine Seite die Begründung, die andere das Ergebnis zeigt. Je

nachdem welche Seite man zuerst betrachtet, folgt z.B. das Ergebnis auf die Begründung, wird also erst infolge einer erschöpfenden juristischen Prüfung im Gutachtenstil festgestellt. Umgekehrt wird beim Urteilsstil das Ergebnis stets vorweggenommen und eine juristische Begründung schließt sich dem an.<sup>28</sup>

In der Praxis wollen Betroffene nicht erst seitenlange Gutachten lesen müssen, bevor sie erfahren, ob ein Gericht ihrer Klage stattgibt, sie verurteilt oder freispricht. Dementsprechend steht jedem Urteil das Ergebnis in Form des Urteilstenors voran. Dass jenes Ergebnis aber nicht festgestellt werden kann, ohne dass zuvor der Sachverhalt zumindest einmal gedanklich gutachterlich durchgeprüft wurde, dürfte jedem einleuchten. Jedem Urteil liegt also eine gutachterliche Denkweise zugrunde.<sup>29</sup>

## II. Die vier Schritte des Gutachtenstils

Der juristische Gutachtenstil wird allgemein in vier aufeinander aufbauende Denkschritte unterteilt.<sup>30</sup>

### 1. Obersatz

Der Obersatz gibt einleitend das konkrete Prüfungsprogramm vor. Dabei wird ein Teil des Sachverhalts zu einer bestimmten Norm in Bezug gesetzt, wobei alle Prüfungsvoraussetzungen der in Betracht kommenden Norm zu benennen sind, nötigenfalls auch auf mehreren Ebenen. Vor allem bei mehraktigen oder verzweigten Geschehensabläufen sollte zusätzlich die konkret untersuchte (unterlassene) Handlung dargelegt werden. Der Obersatz wird meist als indirekte Frage oder im Konjunktiv formuliert, um über Definition und Subsumtion schließlich mit dem Ergebnis die konkrete Prüfung abzuschließen.

### Formulierungsbeispiele:

**Sachverhalt:** A schlägt B bewusst und gewollt unvermittelt mit der Faust ins Gesicht.

**1. Ebene:** Fraglich ist, ob sich A wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat, indem er B ins Gesicht schlug.

**2. Ebene:** Hierfür müsste A tatbestandlich, rechtswidrig und schuldhaft i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB gehandelt haben.

**3. Ebene:** Als Voraussetzung des objektiven Tatbestands des § 223 Abs. 1 StGB müsste zunächst eine

<sup>23</sup> Reimer (o. Fn. 4), S. 185 ff.

<sup>24</sup> Wiedemann, NJW 2014, 2407; Zippelius (o. Fn. 5), S. 52 ff.; Röhl/Röhl (o. Fn. 1), S. 633 ff.

<sup>25</sup> Möllers (o. Fn. 2), S. 174 ff., m.w.N.

<sup>26</sup> Ähnlich Beyerbach, JA 2014, 813.

<sup>27</sup> Reimer (o. Fn. 4), S. 313.

<sup>28</sup> Beyerbach, JA 2014, 813 (814); Wieduwilt, JuS 2010, 288 (289).

<sup>29</sup> Reimer (o. Fn. 4), S. 313; wohl auch Beyerbach, JA 2014, 813 (815); Wieduwilt, JuS 2010, 288 (290).

<sup>30</sup> Reimer (o. Fn. 4), S. 314 ff., m.w.N.

körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung vorliegen.

## 2. Definition

Anschließend müssen auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe umfassend definiert werden. In Fällen, in denen eine allgemein anerkannte Definition für einen solchen Rechtsbegriff (noch) nicht existiert bzw. einem gerade nicht präsent ist, muss eine Definition erst unter Zugrundelegung der juristischen Methodenlehre erarbeitet werden. Kommen dabei mehrere verschiedene Auslegungen in Betracht, so stößt man auf ein Rechtsproblem, welches sodann im Wege eines Streitentscheids gelöst werden muss.

### Fortsetzung des Beispiels:

Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden eines anderen nicht unerheblich beeinträchtigt.<sup>31</sup> Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen, d.h. negativ von der üblichen körperlichen Beschaffenheit abweichenden, Zustands.<sup>32</sup>

## 3. Subsumtion (im engeren Sinne)

Der Definition folgt die eigentliche Subsumtion, d.h. die Prüfung, ob die Angaben des Sachverhalts die zuvor definierten Voraussetzungen auch erfüllen.<sup>33</sup>

### Fortsetzung des Beispiels:

Ein Schlag ins Gesicht ist mit erheblichen Schmerzen verbunden, sodass hierdurch das körperliche Wohlbefinden des B nicht unerheblich beeinträchtigt ist. Der Sachverhalt enthält keine Angaben zu etwaigen körperlichen Folgen des Schlags. Ein pathologischer Zustand wurde demnach nicht hervorgerufen.

Der klassischen Subsumtion nachfolgend kann sich u.U. noch eine sog. Ponderation, also eine Abwägung zwischen widerstreitenden Interessen, anschließen.<sup>34</sup> Im Rahmen der Prüfung des § 185 StGB ist bspw. eine Abwägung zwischen dem geschützten Rechtsgut, der Ehre des Betroffenen, und der Meinungsfreiheit des Kundgebenden gem. Art. 5 GG erforderlich.<sup>35</sup>

## 4. Ergebnis

In einem letzten Schritt wird das nach der Subsumtion erlangte Ergebnis gesondert festgehalten. Um letztlich eine Antwort auf die Frage des Obersatzes zu geben, d.h. die Prüfungsklammer zu schließen, empfiehlt sich der Rückgriff auf die dort verwendete Formulierung. Dabei muss auch stets auf die richtige Reihenfolge der Ergebnispräsentation geachtet werden.

### Fortsetzung des Beispiels:

Somit liegt hier zumindest eine körperliche Misshandlung des B durch A vor.

## III. Verkürzter Gutachtenstil und Feststellungsstil

Aufgrund des Zeitdrucks in Prüfungssituationen ist es ratsam, sich bei rechtlich Unproblematischem entsprechend kürzer zu fassen. Da man dennoch zeigen sollte, dass man positive Voraussetzungen, d.h. solche, die tatsächlich vorliegen müssen, vollständig durchgeprüft hat, ist der sog. verkürzten Gutachtenstil zu benutzen, bei welchem idR auf den Obersatz verzichtet wird und Definition, Subsumtion sowie Ergebnis ineinander verschmelzen.

### Fortsetzung des Beispiels:

A handelte unter Kenntnis aller relevanten Tatbestandsmerkmale und mit dem Willen, den Tatbestand zu verwirklichen, sodass direkter Vorsatz gegeben ist. Damit ist auch der subjektive Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB erfüllt.

A handelte somit tatbestandlich i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB.

Vor allem bei unproblematischen negativen Prüfungsvoraussetzungen, also solchen, die gerade nicht vorliegen dürfen, bietet sich darstellungstechnisch der sog. Feststellungsstil an, wie bspw. im Strafrecht auf den Prüfungsebenen der Rechtswidrigkeit und Schuld.<sup>36</sup> Dabei wird lediglich darauf verwiesen, dass bestimmte die Rechtsfolge einer Norm ausschließende Voraussetzungen nicht vorliegen.

<sup>31</sup> Eschelbach, in: BeckOK-StGB, 47. Ed., § 223 Rn. 17, m.w.N.

<sup>32</sup> Eschelbach, in: BeckOK-StGB, 47. Ed., § 223 Rn. 24, m.w.N.

<sup>33</sup> Möllers (o. Fn. 2), S. 108 ff.; Rüthers/Fischer/Birk (o. Fn. 3), S. 422 ff.; Bäcker, JuS 2019, 321 (324 f.).

<sup>34</sup> Bäcker, JuS 2019, 321 (325 ff.).

<sup>35</sup> Valerius, in: BeckOK-StGB, 47. Ed., § 185 Rn. 31 f., m.w.N.

<sup>36</sup> Großzügiger bei der Anwendung des Feststellungsstils Beyersbach, JA 2014, 813 (816).

**Fortsetzung des Beispiels:**

Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Somit handelte A rechtswidrig.

Gründe für einen Schuldausschluss oder eine Entschuldigung sind nicht erkennbar. Somit handelte A schuldhaft.

Es liegt auf der Hand, dass die Anwendung dieser beiden „Spar“-Stile immer wieder dazu führt, dass Studierende letztlich doch Problematisches übersehen und vorschnell darüber hinweggehen. Daher sollten sie äußerst sparsam und auch nur nach einer gedanklichen gutachterlichen Prüfung i.R.d. Lösungsskizze genutzt werden. Die Verwendung des Urteilsstils in einer gutachterlichen Lösung verbietet sich allerdings strikt.<sup>37</sup> Die Verwendung von Indizwörtern wie „da“ und „weil“ sind deshalb in der gutachterlichen Prüfung auch unbedingt zu vermeiden, da sie von Korrektoren nur allzu schnell, teilw. auch vorschnell, mit der Randbemerkung „Urteilsstil!!!“ abgestraft werden.<sup>38</sup>

**C. Streitentscheid und Hilfgutachten**

Bei der Bearbeitung von juristischen Prüfungsarbeiten werden Studierende unweigerlich auf Rechtsprobleme stoßen.<sup>39</sup> An solch gedanklichen Weggabelungen stehen mindestens zwei Lösungsoptionen zur Verfügung. Da es im Jurastudium, besondere Klausurkonstellationen der Fragen- und Aufsatzklausuren mal ausgenommen, meist um die Anfertigung eines umfassenden Rechtsgutachtens geht und damit stets, d.h. auch wenn dies nicht ausdrücklich im Bearbeitervermerk der Prüfungsangabe steht, auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen ist, reicht es manchmal nicht aus, sich lediglich unter Abwägung der widerstreitenden Interessen und unter Zugrundelegung des anerkannten juristischen Auslegungskanons dem für einen argumentativ überzeugendsten Lösungsweg zu verschreiben. Vielmehr muss jeder mögliche Lösungsweg einmal vollständig gedanklich durchschritten werden, um zu erkennen, ob sich auf einem oder mehreren der möglichen Lösungswege nicht vielleicht weitere Weggabelungen, d.h. Folgerechtsprobleme, verstecken. Diese gilt es ebenfalls zu lösen. Die

Gefahr, sich relevante Folgerechtsprobleme durch voreilig entschiedene Streitentscheide abzuschneiden, ist vor allem für unerfahrene Studierende in den ersten Semestern groß, kann durch ordentliches juristisches Arbeiten aber praktisch auf ein Minimum reduziert oder gar gänzlich ausgeschlossen werden. Da zumindest im Studium<sup>40</sup> jeder vertretbare, d.h. durch korrekte juristisch Methodik erarbeitete, Lösungsweg gleichwertig ist, muss u.U. auf ein sog. Hilfgutachten<sup>41</sup> zurückgegriffen werden, um sich relevante Folgerechtsprobleme nicht abzuschneiden.

Die dem eigentlichen Gutachten vorangestellte Anfertigung einer Lösungsskizze, deren Schwerpunkt auf dem Einordnen, Aufbauen und Lösen von Rechtsproblemen liegt, ist letztlich der Schlüssel zur erfolgreichen Prüfungsarbeit.

**I. Problemorientierte Lösungsskizze**

Nachdem als erster Schritt Sachverhalt sowie Bearbeitervermerk erfasst und erschöpfend ausgewertet wurden, sollte als zweiter Schritt, der eigentlichen gutachterlichen Klausurlösung vorgelagert, die in Betracht kommenden Normen einmal vollständig gedanklich durchgeprüft und diese Vorabprüfung in einer Lösungsskizze festgehalten werden. Im Fokus sollten hierbei die im Sachverhalt angelegten Rechtsprobleme und deren Einbettung in das nachfolgende Rechtsgutachten stehen. Ein solches Vorgehen hilft nicht nur dabei, keines der angelegten Probleme zu übersehen, sondern garantiert auch eine entsprechend problemorientierte Schwerpunktsetzung der späteren Lösung. Gerade hierbei haben nicht nur Studienanfänger, sondern mitunter auch noch Examenskandidaten die meisten Probleme und schreiben seitenlange Ausführungen zu rechtlich Unproblematischem, gehen auf die im Sachverhalt angelegten Probleme aber - wenn überhaupt - nur äußerst knapp ein. Letztendlich liegen dort aber die Rohpunkte, die es für eine erfolgreiche Prüfungsleistung zu sammeln gilt.

**Beispielsfall:**

A schlägt unvermittelt mit einem Baseballschläger auf den Kopf des überraschten B ein. Strafbarkeit des A gem. §§ 223, 224 StGB?

<sup>37</sup> Ähnlich *Beyerbach*, JA 2014, 813 (814 f.); anders *Reimer* (o. Fn. 4), S. 314.

<sup>38</sup> So auch *Beyerbach*, JA 2014, 813 (815); *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (290).

<sup>39</sup> Zur methodischen Schulung des eigenen Problembewusstseins siehe *Konertz*, JuS 2020, 297.

<sup>40</sup> Zur Problematik der „richtigen“ Rechtsfindung in der Praxis vgl. *Zippelius* (o. Fn. 5), S. 50 f.; *Pawlowski* (o. Fn. 3), S. 132 f.

<sup>41</sup> *Reimer* (o. Fn. 4), S. 60 ff.

**Lösungsskizze:**

A. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2, 3 u. 5 StGB

I. Grundtatbestand, § 223 Abs. 1 StGB (+)

II. Qualifikation

1. Nr. 2 - Waffe oder anderes gefährliches Werkzeug

**(P) Var. 1 - Baseballschläger als Waffe?**<sup>42</sup>

(-) Waffenbegriff → Baseballschläger dem bestimmungsgemäßen Gebrauch nach Sportgerät

**(P) Var. 2 - Baseballschläger als gefährliches Werkzeug?**<sup>43</sup>

(+) nach objektiver Beschaffenheit und konkreter Art der Verwendung geeignet, erhebliche Verletzung herbeizuführen

2. Nr. 3 - hinterlistiger Überfall

**(P) Planmäßige Verdeckung der Angriffsabsicht?**<sup>44</sup>

(-) Ausnutzen des Überraschungsmoments allein genügt nicht; planmäßige Verdeckung der Angriffsabsicht notwendig, z.B. durch Anschleichen von Hinten

3. Nr. 5 - Lebensgefährdenden Behandlung

**(P) Abstrakte oder konkrete Lebensgefahr?**<sup>45</sup>

(+/-) h.M. verlangt nur abstrakte Lebensgefährlichkeit der konkreten Handlung → Schlag mit Baseballschläger auf Kopf (+), Arg.: Eignungsdelikt, Tabuisierung besonders gefährlicher Handlungsweisen;

a.A. verlangt Eintritt konkreter Lebensgefahr → nicht im SV festgestellt (-), Arg.: *ex post* bekanntgewordene Umstände müssen sowohl zu Lasten (z.B. Vorschädigung des Opfers) als auch zu Gunsten (z.B. keine konkrete Lebensgefahr) des Täters mit einbezogen werden; Streitentscheid erforderlich → h.M. überzeugt ferner mit systematischem Arg.: § 224 Abs. 1 Nrn. 1-4 StGB sanktionieren ebenfalls abstrakt gefahrerhöhende Begehungsweisen des § 223 StGB

4. Vorsatz (+)

C. Ergebnis: §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 2 Nrn. 2 u. 5 StGB (+)

Aus Klarstellungsgründen ist die Beispielsskizze hier äußerst ausführlich gehalten. In der konkreten

Prüfungssituation sollte die Lösungsskizze aber insgesamt wesentlich knapper ausgestaltet und ganz nach persönlichem Stil fast ausschließlich mit Abkürzungen versehen sein, um unnötigen Zeitverlust zu vermeiden. Es ist hilfreich, bereits auf dieser Ebene Argumente für spätere Streitentscheide zu sammeln, soll doch gerade hier die Schwerpunktsetzung der späteren Klausurlösung vorgezeichnet werden. Dabei sollte bei unbekanntem Problemkreisen immer zunächst an den klassischen juristischen Auslegungskanon gedacht werden, um selbständig eine Problemlösung zu entwickeln.

## II. Aufbau eines Streitentscheids

Der juristische Streitentscheid ist Kernelement einer jeden juristischen Prüfungsleistung. Ihn zu meistern und als Instrument zur Wissenspräsentation zu nutzen ist das A und O erfolgreicher Prüfungsarbeit. Hierbei sind die folgenden drei Schritte wesentlich.

### 1. Benennen des Rechtsproblems - Einführung in den Streitstand

Stößt man in der Klausurlösung auf ein Rechtsproblem, so gilt es, dieses zunächst klar zu benennen. Hierbei sollte, den Obersatz ergänzend, der konkrete Problemstandort präzise herausgearbeitet werden.

#### Fortführung des Beispielfalls:

Fraglich ist, ob A die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB begangen hat, indem er B mit dem Baseballschläger auf den Kopf schlug. Problematisch ist, ob der Begriff der „das Leben gefährdenden Behandlung“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB eine konkrete oder aber lediglich abstrakte Lebensgefährlichkeit für das Tatopfer fordert, da der Wortlaut beides zulässt.

Problematisch ist vorliegend der unklare Wortlaut des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, der gerade mehrere methodische Auslegungsergebnisse zulässt.

### 2. Aufzeigen möglicher Lösungswege - Erheblichkeit des Streitentscheids

Als Zweites sind die möglichen Lösungswege, d.h. die verschiedenen vertretenen Ansichten bzw. Auslegungsmöglichkeiten, und deren jeweilige Folge darzustellen. Es ist also separat nach jeder einzelnen Ansicht

<sup>42</sup> *Hardtung*, in: MünchKomm-StGB IV, 3. Aufl. 2017, § 224 Rn. 19, m.w.N.

<sup>43</sup> *Paeffgen/Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 5. Aufl. 2017, § 224 Rn. 14, m.w.N.

<sup>44</sup> *Kühl*, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2018, § 224 Rn. 6, m.w.N.

<sup>45</sup> Zum Streitstand *Paeffgen/Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 5. Aufl. 2017, § 224 Rn. 27, m.w.N.

der Sachverhalt zu subsumieren und das jeweilige Ergebnis sowie eine eventuell auftretende Divergenz festzuhalten.

#### Fortführung des Beispielfalls:

Eine Ansicht hält i.R.d. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB für ausreichend, wenn der konkreten Verletzungshandlung, also der Begehungsweise, eine nur abstrakte Lebensgefährlichkeit für das Tatopfer innewohnt. Hier hat A dem B mit einem Baseballschläger auf den Kopf geschlagen. Schlägen auf den Kopf wohnt stets eine erhöhte Gefährlichkeit für das Tatopfer inne. Ferner wurden diese Schläge sogar mit einem gefährlichen Werkzeug (s.o.), also einem Gegenstand, der dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen, ausgeführt. Hiernach wäre eine abstrakte Lebensgefährlichkeit der konkreten Begehungsweise zu bejahen und damit das Qualifikationsmerkmal des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllt.

Eine andere Ansicht verlangt i.R.d. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB den Eintritt konkreter Lebensgefahr für das Tatopfer. Eine solche liegt mangels konkreter Sachverhaltsangaben nicht vor. Folgt man dieser Ansicht, ist das Qualifikationsmerkmal des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB vorliegend nicht erfüllt.

Da beide Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist der Streit zu entscheiden.

Im Beispielfall liegt also gerade im knapp formulierten Sachverhalt die Erheblichkeit des Streits versteckt, da bei Vorliegen einer konkreten Lebensgefährdung, die Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB nach allen vertretenen Ansichten erfüllt wäre. Bei der Darstellung empfiehlt sich i.Ü. auf Ausdrücke wie „herrschende Meinung“, „ständige Rechtsprechung“, „Mindermeinung“ o.ä. zu verzichten. Hierdurch ist man nur versucht, der Argumentation einer bestimmten Ansicht ungewollt mehr Überzeugungskraft einzuräumen, als ihr u.U. zustehen mag. Darüber hinaus birgt dies auch immer die Gefahr einer versehentlichen Falschbezeichnung, was bei einem strengen Korrekturmaßstab zu einem Rohpunktabzug führen mag. Ferner büßt man durch die Verwendung von neutralen Begriffen wie „eine Ansicht“, „andere Ansicht“, „weitere Ansicht“, „einerseits“, „andererseits“ o.ä. keine Rohpunkte ein, sodass man sich diese potenzielle Fehlerquelle lieber spart, zumal der Fokus auf der

argumentativen Abwägung der aufgezeigten Lösungswege liegen sollte.

### 3. Argumentative Abwägung - Streitentscheid im engeren Sinn

Nur wenn die dargestellten Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, muss der Streit in einem abschließenden Schritt argumentativ entschieden werden.<sup>46</sup> Hierzu ist natürlich auf die vorbenannten juristischen Auslegungskriterien zurückzugreifen. Einerseits müssen zwar nicht alle für die jeweiligen Ansichten sprechenden Argumente im Rahmen des Streitentscheids vorgebracht werden, andererseits sollte vorhandenes Wissen aber auch nicht zurückgehalten werden, da in der argumentativen Abwägung die meisten Rohpunkte liegen. Wie ausführlich die Argumentation ausfällt, ist letztlich auch immer eine Frage des Zeitmanagements. Es empfiehlt sich deshalb zunächst ein Argument für jede vertretende Ansicht zu präsentieren und den Streit sodann mit einem weiteren Argument für die favorisierte Ansicht bzw. Kritik am Argument der Gegenansicht zu entscheiden.

#### Fortführung des Beispielfalls:

Für die erstgenannte Ansicht wird u.a. angeführt, dass es sich bei § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB um ein sog. Eigentumsdelikt handelt, d.h. die Tathandlung eignet sich *ex ante* zu einem Lebensgefährdungserfolg, dieser muss aber *ex post* nicht notwendig in Form einer konkreten Lebensgefährdung eingetreten sein. Hierdurch soll eine Tabuisierung besonders gefährlicher Handlungsweisen erreicht werden.

Für die Gegenansicht spricht, dass *ex post* bekanntgewordene Umstände nicht nur zu Lasten des Täters (z.B. eine Vorschädigung des Opfers) berücksichtigt werden dürfen. Vielmehr müssen auch solche zu Gunsten des Täters (z.B. kein Eintritt einer konkreten Lebensgefahr) miteinbezogen werden.

Im Ergebnis überzeugt jedoch die erstgenannte Ansicht mit dem systematischen Argument, dass § 224 Abs. 1 Nrn. 1-4 StGB ebenfalls abstrakt gefahrerhöhende Begehungsweisen des § 223 StGB sanktionieren.

Da es eines Streitentscheids bei Kongruenz nicht bedarf, erscheint es im Falle von mehr als zwei im Raum stehenden Ansichten, wenn im Ergebnis nur eine von den anderen abweicht, aus klausurtaktischen Gründen sinnvoll, den Streitentscheid gegen die einzig

<sup>46</sup> Adomeit/Hähnchen (o. Fn. 5), S. 77.

divergierende Ansicht zu führen, d.h. die abweichende Ansicht argumentativ abzulehnen, den Streit zwischen den anderen vertretenen Ansichten jedoch unentschieden zu lassen.

### III. Hilfsgutachten bzw. hilfswise Prüfung

Der geläufige Begriff des sog. Hilfsgutachtens ist missverständlich und sollte möglichst vermieden werden, weil er die Erstellung eines eigenständigen Gutachtens, d.h. einer Alternativlösung, suggeriert. Da ein Gutachten keine Alternativlösungen anbietet, sondern gerade eine verlässliche Rechtsauskunft geben soll, sind lediglich „hilfswise“ Erörterungen erlaubt, um dem Gutachtenstil entsprechend den Sachverhalt vollumfassend rechtlich zu würdigen. Es handelt sich hierbei gerade nicht um ein selbständiges Gutachten, sondern lediglich um eine weitere Verzweigung des Lösungswegs eines umfassenden Rechtsgutachtens.<sup>47</sup> Im Folgenden wird deshalb bewusst allein die Begrifflichkeit der „hilfswisen Prüfung“ verwendet.

#### 1. Notwendigkeit einer hilfswisen Prüfung

Im Normalfall lässt sich eine juristische Prüfungsarbeit ohne hilfswise Prüfung lösen. Eine solche ist aus klausurtaktischen Überlegungen überhaupt nur dann nötig, wenn man sich im Rahmen eines Streitentscheids einer Ansicht anschließt, in deren Folge das Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen der konkret geprüften Norm abschließend abgelehnt wird, wohingegen nach einer anderen Ansicht in der Folge noch ein weiteres Rechtsproblem zu lösen wäre.<sup>48</sup> Dies ist vor allem der Fall, wenn man einen Streit gegen die herrschende Meinung in der Literatur bzw. die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung entscheidet, da die meisten Klausurmusterlösungen strukturell an diesen ausgerichtet sind. Selbst wenn eine andere juristisch vertretbare Ansicht, mag sie auch Mindermeinung genannt werden, nicht von minderer Wertigkeit ist und damit auch eine ihr folgende Lösung vom Korrektor nicht schlechter bewertet werden darf, ist es dennoch aus klausurtaktischen Gründen nicht ratsam, sich bewusst für eine solche zu entscheiden, da man dadurch lediglich Gefahr läuft, ein Folgerechtsproblem hilfswise weiterprüfen zu müssen. Letztlich nimmt diese Vorgehensweise aber immer etwas mehr Zeit in Anspruch, als die Musterlösung für die entsprechende Stelle vorsieht, ganz abgesehen von dem damit

meist verbundenen erheblich größeren Begründungsaufwand.

#### Beispielsfall:

A schlägt derart hart auf den ihm körperlich unterlegenen B ein, dass dieser zur Flucht gezwungen wird. Auf der Flucht gerät B in eine Sackgasse deren Ausgang von seinem Verfolger A blockiert wird. Die einzig weitere Fluchtmöglichkeit für den begabten Kletterer B besteht im Überwinden einer mit Stacheldraht gesäumten Mauer. Allerdings rutscht er beim Hinunterklettern auf der anderen Seite ab und bleibt mit der linken Hand derart am Stacheldraht hängen, dass er seinen linken Zeigefinger vollständig abtrennt. Strafbarkeit des A gem. § 226 StGB?

#### Lösungsskizze:

§ 226 StGB

I. Grundtatbestand, § 223 StGB (+)

II. Erfolgsqualifikation

1. Eintritt der qualifizierenden (schweren) Folge

**(P) linker Zeigefinger als wichtiges Glied i.S.d. § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB?**<sup>49</sup>

- Glied? äußerlich wahrnehmbarer, nicht abgetrennter Körperteil (+)

- wichtig? erfüllt bereits nach seiner allgemeinen Bedeutung für den Gesamtorganismus eine besondere Funktion (+/-); Arg.: keine genauen SV-Angaben, bspw. ob B Rechts- bzw. Linkshänder oder zu Vorerkrankungen; zwischen Zeigefinger und Daumen aber generell bedeutsames motorisches Feingefühl einer jeden Hand

**bei (-) zumindest hilfswise weiterprüfen:**

- Verlust: physische Trennung, hier (+), Finger ist vollständig abgetrennt

2. Kausalität zwischen Grunddelikt und schwerer Folge (+)

3. Tatbestandsspezifischer Gefahrenzusammenhang

**(P) Anknüpfungspunkt: Körperverletzungshandlung oder Körperverletzungserfolg?**<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Anders *Beyerbach*, JA 2014, 813 (818); *Reimer* (o. Fn. 4), S. 60 ff.

<sup>48</sup> *Beyerbach*, JA 2014, 813 (818 f.).

<sup>49</sup> *Hardtung*, in: MünchKomm-StGB IV, 3. Aufl. 2017, § 226 Rn. 27-28, m.w.N.

<sup>50</sup> *Kühl*, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2018, § 227 Rn. 2, m.w.N.

**e.A.:** Anknüpfungspunkt ist stets der Verletzungserfolg, d.h., maßgebend soll sein, ob sich im Eintritt der schweren Folge gerade die Gefahr realisiert hat, die von Art und Schwere der Verletzung herrührt (-), weil Verlust des linken Zeigefingers nicht auf Art und Schwere der durch Schläge herbeigeführten Verletzungen (z.B. blaue Flecke) zurückgeht; Arg.: sonst zu weiter Anwendungsbereich der Erfolgsqualifikation  
**Rechtsprechung:** (Handlungslehre<sup>51</sup>): Angeknüpft werden darf bereits an die Körperverletzungshandlung, demnach Gefahrezusammenhang weiterhin denkbar (+); Arg.: sonst kein erfolgsqualifizierter Versuch denkbar, aber bereits in Handlung ruhen besondere Risiken, die sich u.U. zwar nicht im „Zwischenerfolg“ einer einfachen Körperverletzung, wohl aber in der schweren Folge niederschlagen könnten

**bei (-) zumindest hilfsweise weiterprüfen:**

**(P) Gefahrezusammenhang, wenn Opferverhalten (Flucht) als unmittelbar zum Verlust führende Ursache?**<sup>52</sup>

(+), wenn Opferverhalten nachvollziehbare und naheliegende Reaktion auf Angriff des Täters; z.B. sog. „Verfolgerfälle“: natürlicher Selbsterhaltungstrieb, d.h. Flucht aus Furcht vor Verletzung ist typische Gefahr des Grunddelikts und kann sich in schwerer Folge realisieren

(-) bei atypischem Geschehensablauf außerhalb jeder Lebenserfahrung bzw. Verkettung außergewöhnlicher, unglücklicher Umstände

**Hier:** Flucht des körperlich unterlegenen B nachvollziehbar; Folgeverletzungen dabei nicht untypisch; Zurechnungszusammenhang daher nicht unterbrochen; zum Zeitpunkt des Eintritts der schweren Folge wirkt Gefahrschaffung des A auch noch fort

**Zwischenergebnis:** Tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang (+/-)

**im Übrigen:**

**4.** mind. Fahrlässigkeit gem. § 18 StGB (+)

**III.** Ergebnis: § 226 Abs. 1 StGB (+/-)

Die hier im Beispielsfall angelegten Folgerechtsprobleme sind typischerweise im Rahmen des tatspezifischen Gefahrezusammenhangs bei erfolgsqualifizierten

Delikten zu erörtern. Gerade bei der hiesigen Verfolgerkonstellation wäre eine Beschränkung allein auf die Problematik um das Vorliegen eines wichtigen Glieds i.S.d. § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB verkürzt. Beendet man an dieser Stelle voreilig die gutachterliche Klausurlösung, wird es dem Korrektor sicherlich schwerfallen, aufgrund mangelnder Auseinandersetzung mit fallrelevanten Rechtsproblemen die Arbeit besser als „ausreichend“ zu bewerten.

## 2. Aufbau einer hilfsweisen Prüfung

Bei einer gutachterlichen Prüfung kann man sich – wie bereits erwähnt – nicht durch das Vertreten von ablehnenden Ansichten vor der Lösung von erheblichen Folgerechtsproblemen drücken und erwarten, dass dies bei der Korrektur ungestraft bleibt.<sup>53</sup>

Sollte man sich, sei es auch ungewollt, in die Lage der Notwendigkeit einer hilfsweisen Prüfung bringen, stellt sich für Studierende die Frage der richtigen Einleitung einer solchen. Eine eigenständige Überschrift „Hilfsgutachten“, gar auf einer separaten Seite o.ä., wäre – wie bereits eingangs dargestellt – in einem auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen eingehenden Gutachten fehl am Platz. Vielmehr ist der Obersatz der hilfsweisen Prüfung so zu formulieren, dass eine solche für Jedermann ersichtlich ist, hat man sich auch argumentativ zunächst einer anderen Ansicht angeschlossen. Die restliche hilfsweise Prüfung folgt dann wie gehabt im Gutachtenstil.

### Formulierungsbeispiele:

Folgt man andererseits der Ansicht, dass..., wäre ferner zu prüfen/problematisch, ob...

Für den Fall, dass..., bleibt hilfsweise zu prüfen, ob...

## D. Schlussbemerkung

Wie dargestellt, kann anhand der juristischen Methodenlehre jedes noch unbekanntes Rechtsproblem gelöst werden, auch wenn man die dem Sachverhalt zugrunde gelegte höchstrichterliche Rechtsprechung bzw. den Streitstand nicht oder nicht im Detail kennt. Es besteht bei einem unbekanntem Sachverhalt kein Grund zur Panik, vertraut man nur auf die eigenen juristischen Fähigkeiten. Gerade im Hinblick auf die schier endlos wirkende Stoffmenge erscheint das Erlernen der Methodik als grundlegendes juristisches Handwerkszeug erfolgsversprechender, als der zum

<sup>51</sup> BGHSt 48, 34 mit Anm. Heger, JA 2003, 455.

<sup>52</sup> Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 18 Rn. 4-4c, m.w.N.

<sup>53</sup> Beyerbach, JA 2014, 813 (818 f.).

Scheitern verurteilte Versuch des Auswendiglernens aller examensrelevanter Streitstände.

Darüber hinaus kann man bereits zu Beginn des Studiums juristischen Prüfungsarbeiten mit wenigen Kniffen ein deutliches Plus an Struktur verleihen und damit häufige Fehlerquellen ausschalten. Klausurtaktik und -technik spielen eine nicht zu unterschätzende Rolle für den erfolgreichen Abschluss der juristischen Ausbildung. Letztlich muss man neben dem Erlernen theoretischer Kenntnisse in den jeweiligen Rechtsgebieten eben einiges an Zeit investieren, um sein Wissen auch präsentabel und vor allem effizient zu Papier zu bringen. Zusatzangebote, sei es in Form von Klausurwerkstätten oder Tutorien, sind deshalb gerade für Studienanfänger dringend zu empfehlen.

# Gesetzesauslegung im Mehr-Ebenen-Rechtssystem und Rechtsfortbildung

Von Wiss. Mitarbeiterin **Lisa Beer** und Stud. Hilfskraft **Emmelie Lotzow**, Marburg\*

## A. Einführung

Auf der „Suche nach der gerechten Entscheidung“<sup>1</sup> beschäftigen sich Jurist/innen mit dem Gesetz – dort beginnt alles, in manchen Fällen endet dort auch alles (Stichwort: Keine Strafe ohne Gesetz, § 1 StGB). Dabei ist das Gesetz nicht nur Ausgangspunkt und Grundlage, sondern auch demokratische Legitimation jeder juristischen Fallbearbeitung und streitigen Rechtsfrage.<sup>2</sup>

Vor diesem Hintergrund ermöglichen insbesondere die Rechtsauslegung und -fortbildung als Elemente der juristischen Methodenlehre die reflektierte Auseinandersetzung mit dem geschriebenen Recht und eine überzeugende Begründung einer juristischen Entscheidung.<sup>3</sup> Für Studierende der Rechtswissenschaft als „dialogische Wissenschaft“<sup>4</sup> ist eine rechtsmethodische Beschäftigung mit dem Gesetz somit eine Grundlagenkompetenz, um die abstrakt-generelle Norm auf den konkret-individuellen Einzelfall sachgerecht anwenden zu können.<sup>5</sup>

Hierfür erforderlich ist zunächst eine Systematisierung des geschriebenen Rechts, die nach der *Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung*<sup>6</sup> durch eine Hierarchisierung der Rechtsquellen erfolgt (dazu unter B.II.). In diesem Mehr-Ebenen-System sind zur Vermeidung von Widersprüchen innerhalb des Rechtssystems und damit zur Wahrung der *Einheit der Rechtsordnung*<sup>7</sup> bestimmte Auslegungsmethoden, namentlich die verfassungs- und die unionsrechtskonforme Auslegung, zu berücksichtigen (dazu unter B.III. und B.IV.).

Diese „Normenpyramide“ ist jedoch aufgrund der unvermeidbaren Lückenhaftigkeit des Gesetzes nicht vollständig, sondern ergänzungsbedürftig. So können Rechtsfragen auch mithilfe der an das geschriebene

Recht anknüpfenden Rechtsfortbildung beantwortet werden (dazu unter C.).

## B. Gesetzesauslegung im Mehr-Ebenen-Rechtssystem

Das deutsche Rechtssystem weist aufgrund seiner Fülle an Rechtsnormen, Rechtsprechung und juristischer Streitstände sowie der zunehmenden internationalen Einflüsse eine wachsende Komplexität auf.<sup>8</sup> Der einzelne Sachverhalt wirft dabei nicht nur mehrere Rechtsfragen auf, sondern fällt regelmäßig auch in den Anwendungsbereich verschiedener, an sich gültiger, im konkreten Fall aber ggf. widersprüchlicher Gesetze.<sup>9</sup>

### I. Kollisionsregeln

Um festzulegen, welcher Vorschrift im konkreten Fall Anwendungsvorrang zukommt und so dem Gedanken der *Einheit der Rechtsordnung* Rechnung zu tragen, regeln die ungeschriebenen, römisch-rechtlich tradierten sog. Kollisionsregeln das Verhältnis der Vorschriften gleichen oder unterschiedlichen Ranges untereinander.<sup>10</sup> Dabei kommt es nicht zu einer Abwägung der kollidierenden Normen; vielmehr werden Grundsätze für den ausschließlichen Vorrang einer Vorschrift aufgestellt.<sup>11</sup>

Zunächst kann nach dem Spezialitätsgrad der Norm differenziert werden: Nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* verdrängt das speziellere Gesetz das allgemeinere.<sup>12</sup> Ein verfassungsrechtliches Beispiel hierfür ist die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG, die als *lex generalis* verdrängt wird, sobald der Schutzbereich speziellerer Freiheitsrechte eröffnet ist.<sup>13</sup>

Auch der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* regelt das Verhältnis divergierender gleichrangiger Rechtsvorschriften und räumt mit Blick auf das

\* Lisa Beer ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht bei Herrn Prof. Dr. Florian Möslein an der Philipps-Universität Marburg. Emmelie Lotzow ist Studentische Hilfskraft an diesem Institut.

<sup>1</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage 2019, Vorwort zur Erstauflage.

<sup>2</sup> Vgl. Bitter/Rauhut, JuS 2009, 289 (289 f.); Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 38.

<sup>3</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, Vorwort zur Zweitauflage.

<sup>4</sup> Rütters, JuS 2011, 865 (870).

<sup>5</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, S. 98 f.

<sup>6</sup> Merkl, in: FS Kelsen, 1931, 252 (272 ff.).

<sup>7</sup> von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 31 GG Rn. 11.

<sup>8</sup> Würdinger, JuS 2016, 1 (1); vgl. auch Lepsius, JuS 2018, 950 (950).

<sup>9</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 49.

<sup>10</sup> von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 31, Rn. 14; vgl. auch Vranes, ZaöRV 2005, 391 (403).

<sup>11</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 49.

<sup>12</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 144.

<sup>13</sup> Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I, Grundlagen Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2004, S.70.

Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG und die damit verbundene Regelungsfreiheit des parlamentarischen Gesetzgebers der jüngeren Vorschrift den Vorrang vor der älteren Vorschrift ein.<sup>14</sup>

Normenkollisionen können sich aber auch auf verschiedenen Ebenen des Rechtssystems ergeben, wenn Vorschriften unterschiedlichen Ranges aufeinandertreffen. Wie eingangs gesehen stehen die unterschiedlichen Rechtsquellen nach der *Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung* in einem Über- und Unterordnungsverhältnis zueinander.<sup>15</sup> Aus dieser von *Adolf Julius Merkl* in der 1930er-Jahren entwickelten hierarchischen Anordnung ergibt sich die Formel *lex superior derogat legi inferiori*, also der Anwendungsvorrang höherrangigen Rechts vor Vorschriften niedrigeren Ranges.<sup>16</sup>

## II. Stufenbau der Rechtsordnung

Während das rechtswissenschaftliche Pflichtfachstudium regelmäßig in die Rechtsgebiete Zivilrecht, Öffentliches Recht und Strafrecht gegliedert wird, tritt in der Praxis dagegen häufig eine Verschränkung der Rechtsgebiete auf.<sup>17</sup> Bei Betrachtung der deutschen Rechtsordnung ergibt sich allerdings schon aufgrund des Vorrangs der Verfassung gem. Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG vielmehr ein hierarchisiertes Bild unseres Rechtssystems.<sup>18</sup> Dies ist in der deutschen Verfassungsgeschichte keineswegs selbstverständlich, wurde in der Weimarer Republik in Ermangelung einer entsprechenden ausdrücklichen Regelung noch über das Verhältnis von Verfassung und einfachen Gesetzen gestritten.<sup>19</sup>

Begründet wird die *Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung* mit der rechtstheoretischen These, dass eine Rechtsnorm ihren Geltungsgrund aus einer höherrangigen Norm ableitet, indem letztere das Entstehungsverfahren und ggf. auch den Inhalt der Norm festlegt.<sup>20</sup> Dieses Prinzip findet sich in positiv-rechtlichen Vorschriften des Grundgesetzes wie zum

Beispiel in Art. 20 Abs. 3, Art. 25, Art. 80, Art. 79 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG.<sup>21</sup>

So ergibt sich zunächst aus Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG der sog. *Vorrang der Verfassung*, der das Grundgesetz an oberste Stelle der nationalen Rechtsquellen stellt.<sup>22</sup> Dieses legitimiert den Erlass von einfachen Gesetzen unter gewissen Einschränkungen (Art. 70 ff., 1 Abs. 3 GG) und diese wiederum die Entstehung von Rechtsverordnungen (Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG).<sup>23</sup> Diese Abstufung zwischen Verfassung, einfachem und untergesetzlichem Recht wird auch daran deutlich, dass die Legislative gem. Art. 20 Abs. 3 GG nur an die verfassungsmäßige Ordnung, die Exekutive und Judikative hingegen darüber hinaus an Gesetz und Recht gebunden sind.<sup>24</sup>

Der Dreiklang von Verfassung, einfachen und materiellen Gesetzen wiederholt sich auf Landesebene, indem die Landesverfassungen ebenfalls die oben beschriebene, dem Geltungsgrund folgende Hierarchisierung der Rechtsquellen vornehmen.<sup>25</sup> Während die Rechtsordnungen der 16 Bundesländer untereinander mangels territorialer Überschneidung in der Regel nicht kollidieren, normiert Art. 31 GG für den Fall der Kollision von Bundes- mit Landesrecht den aus dem nationalstaatlichen Selbstverständnis resultierenden Geltungsvorrang des Bundesrechts.<sup>26</sup> Eine weitere, speziellere Ausprägung dieses Grundsatzes findet sich in der Verteilung der Gesetzgebungskompetenz auf Bund und Länder gem. Art. 70 ff. GG.<sup>27</sup> Der Vorrang von Bundes- vor dem Landesrecht kann somit auch zur Nichtigkeit einer Vorschrift der Hessischen Verfassung aufgrund der Unvereinbarkeit mit einer bundesdeutschen Rechtsverordnung führen.<sup>28</sup>

Das Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat der Europäischen Union ist ferner zunehmend von europarechtlichem Einfluss geprägt.<sup>29</sup> Dabei genießt EU-Recht Anwendungs-, nicht aber Geltungsvorrang vor nationalem Recht, wenn es im Widerspruch zu letzterem steht.<sup>30</sup> Bevor jedoch ein

<sup>14</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, S. 117 f.

<sup>15</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 49.

<sup>16</sup> Schöbener, JA 2011, 885 (886); Lepsius, JuS 2018, 950 (951).

<sup>17</sup> Lepsius, JuS 2018, 950 (950).

<sup>18</sup> Lepsius, JuS 2018, 950 (950 f.).

<sup>19</sup> Lepsius, JuS 2018, 950 (951).

<sup>20</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 49.

<sup>21</sup> von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 31, Rn. 16; Lepsius, JuS 2018, 950 (951).

<sup>22</sup> Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 20, Rn. 253.

<sup>23</sup> Lepsius, JuS 2018, 950 (951).

<sup>24</sup> Lepsius, JuS 2018, 950 (952).

<sup>25</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, S. 104 f.; Lepsius, JuS 2018, 950 (952).

<sup>26</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, S. 101; Lepsius, JuS 2018, 950 (952); Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 50.

<sup>27</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 50.

<sup>28</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 51.

<sup>29</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, S. 98.

<sup>30</sup> Calliess/Ruffert, Kommentar EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 1 AEUV, Rn. 18; zur Abgrenzung von Anwendungs- und Geltungsvorrang Hwang, EuR 2016, 355; Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 72. EL Februar 2021, Art. 288 AEUV, Rn. 26 ff.

solcher Widerspruch und damit ein Anwendungsvor-  
rang des Europarechts anzunehmen ist, bedarf es der  
unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen  
Rechts (dazu unter B.IV.).<sup>31</sup> Unter Einbeziehung des  
EU-Rechts ergibt sich der folgende Stufenbau der  
Rechtsordnung (Abbildung 1).



Abbildung 1 Stufenbau der Rechtsordnung

### III. Verfassungsorientierte und -konforme Gesetzesauslegung

Trotz dieses hierarchischen Mehr-Ebenen-Systems ei-  
nerseits und der verschiedenen, auch ineinandergrei-  
fenden Rechtsgebiete andererseits ist die deutsche  
Rechtsordnung als Einheit zu begreifen und das (kol-  
lidierende) Recht möglichst widerspruchsfrei anzu-  
wenden (sog. *Einheit der Rechtsordnung*).<sup>32</sup> Aufgrund  
der herausgehobenen Stellung der Verfassung kommt  
der Auslegung und Ausstrahlungswirkung der Verfas-  
sung dabei besondere Bedeutung zu; so muss formel-  
les und materielles Bundes- und Landesrecht im  
Lichte der Verfassung ausgelegt werden.<sup>33</sup> Die sog.  
*verfassungsorientierte Auslegung* soll diesem Ein-  
heitsgedanken Rechnung tragen und sicherstellen,  
dass Sachverhalte, die verfassungsrechtliche Fragen  
berühren, auch in Konformität mit der Verfassung aus-  
gelegt werden.<sup>34</sup> Sind nach Anwendung des

klassischen Auslegungskanons nach *Savigny*<sup>35</sup> ver-  
schiedene Deutungsvarianten einer Norm denkbar,  
soll demnach diejenige den Vorzug verdienen, die ver-  
fassungsrechtliche Prinzipien und Wertungen am  
stärksten berücksichtigt.<sup>36</sup>

Ergeben sich nicht nur unterschiedliche Ausle-  
gungsergebnisse einer Norm, sondern lässt diese auch  
mindestens eine (nicht) verfassungswidrige Deutung  
zu, gebietet eine Vermutung der Verfassungskonfor-  
mität des Gesetzes das Heranziehen der verfassungs-  
gemäßen Gesetzesauslegung.<sup>37</sup> Diese sog. *verfas-  
sungskonforme Auslegung* lässt sich nicht nur mit dem  
*Vorrang der Verfassung* und dem Gedanken der *Ein-  
heit der Rechtsordnung*, sondern auch mit der verfas-  
sungsrechtlich gebotenen Würdigung des demokra-  
tisch legitimierten Gesetzgebers sowie dem Interesse  
an der Normerhaltung (*favor legis*) begründen.<sup>38</sup> Nach  
diesem Grundsatz sollen sowohl die Vorschriften des  
Grundgesetzes volle Wirksamkeit entfalten können als  
auch die erlassenen Gesetze möglichst geschont wer-  
den.<sup>39</sup>

Aufgrund der gesetzessystematischen und teleolo-  
gischen Bezüge der *verfassungskonformen Auslegung*  
kann diese als Teil der systematischen oder teleologi-  
schen Auslegung eingeordnet werden; ihre faktische  
Selbstständigkeit und durch Rechtsprechung geprägte  
Eigendynamik legen aber eher die Bezeichnung als ei-  
genes Institut nahe.<sup>40</sup> Da es sich um eine Auswahl ei-  
ner Deutungsvariante aus verschiedenen Auslegungs-  
ergebnissen handelt, hat die verfassungskonforme  
Auslegung jedenfalls nach der Auslegung nach dem  
Wortlaut, dem historischen Willen des Gesetzgebers,  
der Systematik und dem Sinn und Zweck zu erfol-  
gen.<sup>41</sup> Es handelt sich also um eine der klassischen  
Auslegung nachfolgenden Auslegungsmethode, die  
dort ihre Grenze erreicht, wo der Wortlaut der Norm  
und der klare Wille des Gesetzgebers entgegenste-  
hen.<sup>42</sup>

Als Beispiel für die *verfassungskonforme Ausle-  
gung* kann § 14 Abs. 1 VersG dienen, der eine Anmel-  
depflicht für öffentliche Versammlungen unter freiem  
Himmel 48 Stunden im Voraus der Versammlung

<sup>31</sup> Gserich, DStR Beih. 2011, 59 (60).

<sup>32</sup> Weber, in: Creifelds, Rechtswörterbuch, 26. Edition 2021,  
Einheit der Rechtsordnung.

<sup>33</sup> Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Einführung, Rn. 52 ff.

<sup>34</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, S. 281.

<sup>35</sup> Zu den klassischen vier Auslegungsmethoden nach  
*Savigny* siehe auch Möllers, ZfPW 2019, 94 (104); sowie in  
diesem Heft Dümmler, MLR 2021, 1 ff.

<sup>36</sup> Lüdemann, JuS 2004, 27 (28).

<sup>37</sup> BVerfGE 2, 266, 282 = NJW 1953, 1057.

<sup>38</sup> Lüdemann, JuS 2004, 27 (28).

<sup>39</sup> von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 1, Rn. 326.

<sup>40</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, S. 281.

<sup>41</sup> Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht,  
11. Aufl. 2018, Rn. 449; Lüdemann, JuS 2004, 27 (30).

<sup>42</sup> BVerfGE 90, 263, 275 = NJW 1994, 2475.

vorschreibt.<sup>43</sup> Die Versammlungsfreiheit des Art. 8 Abs. 1 GG schützt aber nicht nur längerfristig geplante Versammlungen mit Veranstalter/in, sondern auch sog. Spontanversammlungen, die kurzfristig ohne Absprache oder Bekanntmachung aus aktuellem Anlass stattfinden.<sup>44</sup> Für solche ist eine Anmeldung 48 Stunden vor Stattfinden aufgrund des zeitlichen Zusammenfallens von Entschluss und Durchführung nicht umsetzbar.<sup>45</sup> Der Wortlaut des § 14 Abs. 1 VersG spricht ohne Differenzierung allgemein von „Versammlung“ und „Aufzug“. Gleichzeitig könnte die Formulierung der Vorschrift „Absicht, ... zu veranstalten“ aber auch auf eine entsprechende Ausnahme für Spontanversammlungen hindeuten.<sup>46</sup> Würde man den Wortlaut der Norm dahingehend auslegen, dass auch Spontanversammlungen einer Anmeldepflicht unterlägen, käme dies faktisch einem Verbot und damit einem besonders intensiven Grundrechtseingriff gleich.<sup>47</sup> Dies kann mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit und Art. 8 Abs. 1 GG als für die Demokratie konstituierendes Grundrecht nicht verfassungskonform sein, sodass § 14 Abs. 1 VersG auf Spontanversammlungen nicht anzuwenden ist.<sup>48</sup>

Auch wenn dieses Gebot zur verfassungskonformen Auslegung jede/n Rechtsanwender/in trifft, ist mit Blick auf die Wirkung dieser Auslegungsmethode eine restriktive Anwendung geboten.<sup>49</sup> So muss die Vorschrift sowohl eine tragfähige Grundlage für ihre entsprechende verfassungskonforme Deutung bieten als auch den Vorgaben des Grundgesetzes wie zum Beispiel Bestimmt- und Klarheit genügen.<sup>50</sup> Die Folgen einer erfolgreichen *verfassungskonformen Auslegung* einer Norm bestehen namentlich darin, dass diese nicht verfassungswidrig ist und damit weder für nichtig erklärt werden noch Gegenstand der konkreten

Normenkontrolle gem. Art. 100 Abs. 1 GG sein kann.<sup>51</sup>

#### IV. Unionsrechts- und richtlinienkonforme Gesetzesauslegung

Gesetzesauslegung im Mehr-Ebenen-Rechtssystem bedeutet nicht nur die Auslegung der einfachen Gesetze in Übereinstimmung mit dem Verfassungsrecht, sondern auch die Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Union, das dem nationalen Recht im Kollisionsfall in der Anwendung vorgeht.<sup>52</sup> Bevor es aber zu einer vorrangigen Anwendung des Unionsrechts kommt, muss die mitgliedstaatliche Vorschrift unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und aller anerkannten Auslegungsmethoden im Wege der *unionsrechtskonformen Auslegung* zunächst im Einklang mit dem europäischen Primärrecht, also dem EU-Vertragsrecht, ausgelegt werden.<sup>53</sup> Solange eine unionskonforme Deutungsvariante des mitgliedstaatlichen Rechts existiert und angewendet wird, liegt weder ein Verstoß gegen Unionsrecht vor noch verdrängt dieses das nationale Recht.<sup>54</sup> Somit ist auch die *unionskonforme Auslegung* ein Instrument der Normerhaltung.<sup>55</sup>

Als Unterfall der *unionsrechtskonformen Auslegung* kommt der aus Art. 288 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV abgeleiteten *richtlinienkonformen Auslegung* des nationalen Rechts besondere Bedeutung zu.<sup>56</sup> Unionsrechtliche Richtlinien sind auf Grundlage von EUV und AEUV gesetzte Vorschriften des Sekundärrechts, die im Gegensatz zu Verordnungen nicht unmittelbar gelten, sondern nur hinsichtlich ihres Ziels verbindlich sind und gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV innerhalb der Anpassungsfrist der sog. *Harmonisierung*, das heißt Umsetzung durch die Mitgliedstaaten, bedürfen.<sup>57</sup>

<sup>43</sup> Lüdemann, JuS 2004, 27 (28).

<sup>44</sup> Peters/Janz/Lux, Handbuch Versammlungsrecht, 1. Aufl. 2015, Rn. 74.

<sup>45</sup> Peters/Janz/Lux, Handbuch Versammlungsrecht, Rn. 74; Lüdemann, JuS 2004, 27 (28).

<sup>46</sup> Lüdemann, JuS 2004, 27 (28).

<sup>47</sup> Lüdemann, JuS 2004, 27 (28).

<sup>48</sup> Gröpl/Leinenbach, JA 2018, 8 (13); Lüdemann, JuS 2004, 27 (28).

<sup>49</sup> Sachs, GG, Einführung, Rn. 55.

<sup>50</sup> Sachs, GG, Einführung, Rn. 56.

<sup>51</sup> Sachs, GG, Einführung, Rn. 56; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 442.

<sup>52</sup> Siehe dazu oben unter B.I.; Calliess/Ruffert, Kommentar EUV/AEUV, Art. 1 AEUV, Rn. 18; Hwang, EuR 2016, 355 (355).

<sup>53</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 402; Franzen/Gallner/Oetker/Höpfner, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 288 AEUV, Rn. 15; EuGH Urt. v. 16.06.2005, Rs. C-105/03 – Pupino Slg. 2005, I-5258, Rn. 47; EuGH, Urt. 05.10.2004, verb. Rs. C-397 bis 401/01 – Pfeiffer, Slg. 2004, I-8835 Rn. 116.

<sup>54</sup> Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 1 AEUV, Rn. 24.

<sup>55</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, S. 288.

<sup>56</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 288 AEUV, Rn. 133; Reimer, Juristische Methodenlehre, S. 292.

<sup>57</sup> Weber, in: Creifelds, Richtlinien der Europäischen Union; zum Primär- und Sekundärrecht Nettesheim, EuR 2006 Heft 6, 737 (740, 746).

Dabei ist für die Umsetzung die Wahl der Form und Mittel gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV den Mitgliedstaaten überlassen. Jedoch muss das gesamte, nicht nur das durch die Harmonisierung betroffene mitgliedstaatliche Recht soweit möglich so ausgelegt werden, dass es das verbindliche Ziel der Richtlinie und das von ihr festgelegte Ergebnis verwirklicht (sog. Korrekturwirkung).<sup>58</sup> Für die so ermittelte Auslegungsvariante spricht eine *Prima-facie-Vermutung*, sodass eine andere Deutung nur bei Widerlegung des Vorzugs des richtlinienkonformen Ergebnisses zulässig ist.<sup>59</sup>

Darüber hinaus entfaltet die *richtlinienkonforme Auslegung* eine Sperrwirkung gegenüber solchen Deutungsergebnissen nationalen Rechts, die dem Richtlinienziel widersprechen.<sup>60</sup> Das Gebot zur *richtlinienkonformen Auslegung* entsteht grundsätzlich erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie; allerdings kann ein solches in den Ausnahmefällen der Vorwirkung einer Richtlinie auch bereits ab Inkrafttreten der Richtlinie bestehen, wenn eine bestimmte Deutungsvariante das Richtlinienziel gefährden würde.<sup>61</sup>

Ebenso wie die *verfassungskonforme Auslegung* ist damit auch die *richtlinienkonforme Auslegung* eine mehrschrittige Auslegungsmethode, die die vorherige Anwendung weiterer Auslegungsmethoden, unterschiedliche Deutungsvarianten einer auslegungsfähigen Vorschrift und Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem in Rede stehenden höherrangigen Recht erfordert.<sup>62</sup> Auch die Eigenständigkeit hinsichtlich Geltungsgrund, Ziel und Wirkungsweise der *richtlinienkonformen Auslegung* spricht dafür, sie wie die *verfassungskonforme Auslegung* als selbstständige, von der systematischen Auslegung unabhängigen Auslegungsmethode zu begreifen.<sup>63</sup> Ihre Grenze erfährt die *richtlinienkonforme Auslegung* ebenfalls im eindeutigen Gesetzeswortlaut und Willen des Gesetzgebers.<sup>64</sup>

### C. Rechtsfortbildung

Die Anwendung des geschriebenen Rechts auf einen bestimmten Sachverhalt kann im Einzelfall, auch

nachdem das Gesetz entsprechend den vorgesehenen Methoden umfassend ausgelegt worden ist, als „ungerecht“ erscheinen. In solchen Fällen könnten Richter/innen dazu geneigt sein, den Bereich der *Rechtsanwendung* zu verlassen und sich auf die Stufe der *Rechtsschöpfung* zu begeben, indem sie z.B. einen Sachverhalt unter eine Norm subsumieren wollen, obwohl die Anforderungen an mindestens ein Tatbestandsmerkmal der Norm nicht erfüllt sind.<sup>65</sup> Ob eine solche Rechtsfortbildung seitens der Rechtsprechung zulässig sein kann, scheint jedoch schon vor dem Hintergrund des grundgesetzlich normierten Gewaltenteilungsprinzips (vgl. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) fraglich. Die Aufgabe der Gesetzgebung ist demnach prinzipiell der demokratisch legitimierten Legislative zugewiesen.<sup>66</sup> Auch die Exekutive kann zwar geschriebenes Recht (Rechtsverordnungen) setzen. Hierzu bedarf es aber gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG einer gesetzlichen Ermächtigung, die wiederum von der Legislative in Form eines formellen Gesetzes geschaffen werden muss (s. auch B.II.). Richter/innen sind gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Doch ist eine richterliche Rechtsfortbildung durch Art. 20 Abs. 3 GG vollkommen ausgeschlossen? Zu dieser grundlegenden Frage hat sich das BVerfG in einem Beschluss vom 13.02.1973<sup>67</sup> geäußert und dabei die Formulierung „Gesetz und Recht“ besonders in den Blick genommen:

Der Begriff „Recht“ sei mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze nicht identisch. Gegenüber den „positiven Satzungen der Staatsgewalt“ könne ein „Mehr an Recht“ bestehen, das seine „Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinngehalt“ besitze und als „Korrektiv“ gegenüber dem geschriebenen Gesetz wirken könne. Die Rechtsprechung sei bei der Entscheidungsfindung auch angesichts der mangelnden Lückenlosigkeit des geschriebenen Rechts nicht an die „Grenzen des möglichen Wortsinns“ gebunden, sondern müsse „Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent“ seien, in einem „Akt des bewertenden

<sup>58</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 410; EuGH, Pflicht zur Einrichtung eines Systems zur Aufzeichnung der Arbeitszeit, NZA 2019, 683 Rn. 69.

<sup>59</sup> Nicht unumstritten Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 411.

<sup>60</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 411.

<sup>61</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 288 AEUV, Rn. 133; Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 411.

<sup>62</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, S. 293.

<sup>63</sup> Str., so aber Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 410.

<sup>64</sup> Kollmer/Klindt/Schucht/Balze, Arbeitsschutzgesetz, 4. Aufl. 2021, B. Europarechtliche Grundlagen, Rn. 24 ff.

<sup>65</sup> Zum Verhältnis der Rechtsauslegung zur richterlichen Rechtsfortbildung Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 366 ff.

<sup>66</sup> Ausführlich zum Gewaltenteilungsprinzip von Mangoldt/Klein/Starck/Sommerrmann, Art. 20 GG, Rn. 197 ff.; vgl. auch Maunz/Dürig/Hillgruber, Grundgesetz-Kommentar, 94. EL Januar 2021, Art. 97 GG Rn. 63.

<sup>67</sup> BVerfGE 34, 269.

Erkennens“ aufzeigen und in Entscheidungen realisieren.<sup>68</sup>

Diesem Beschluss des BVerfG kann entnommen werden, dass eine Überschreitung der Wortlautgrenze von Gesetzen im Wege der Rechtsfortbildung nicht nur zulässig, sondern sogar *geboten* sein kann. Die verfassungsrechtliche Gebotenheit wird teils auch aus Art. 20 Abs. 2 S. 2, Art. 92 Hs. 1 GG und dem daraus resultierenden Rechtsverweigerungsverbot abgeleitet.<sup>69</sup> Darüber hinaus wird oft auf die offene Formulierung von Gesetzen und das Bedürfnis verwiesen, diese an die jeweiligen gesellschaftlichen Verhältnisse, die sich in einem permanenten Wandel befinden, anzupassen.<sup>70</sup>

Bevor Richter/innen zum Instrument der Rechtsfortbildung greifen dürfen, muss die Norm, unter die ein konkreter Sachverhalt subsumiert werden soll, mit allen Methoden umfassend *ausgelegt* werden. Anknüpfungspunkt der Auslegung muss dabei immer der *Gesetzestext* sein.<sup>71</sup> Erst dann, wenn die Auslegung an ihre Grenzen stößt, also zu keinem sachgerecht erscheinenden Ergebnis führt, besteht Raum für eine, über den möglichen Wortsinn der Norm hinausragende, *Fortbildung* des Rechts.<sup>72</sup> Insofern lässt sich also festhalten: „Die Rechtsfortbildung beginnt dort, wo die Auslegung endet.“<sup>73</sup>

Und wo „endet“ dann wiederum die Rechtsfortbildung? Dürfen Richter/innen einen Sachverhalt unter eine Norm subsumieren, obwohl diese nach den Grundsätzen der Auslegung nicht einschlägig ist, nur weil ihnen das „gerecht“ erscheint? Können sie aus demselben Grund die Anwendung einer Rechtsnorm einfach ablehnen? Um diese Fragen beantworten zu können, bedarf es einer näheren Betrachtung der Funktionen der Rechtsfortbildung, wobei zwischen der *gesetzesimmanenten* und der *gesetzesübersteigenden* Rechtsfortbildung unterschieden werden muss.

Mithilfe der *gesetzesimmanenten* Rechtsfortbildung soll eine bestehende Lücke im Gesetz ausgefüllt und dabei dem ursprünglichen Gesetzeszweck (*ratio*

*legis*) zur Geltung verholfen werden. Das Recht wird in diesem Fall also *praeter legem* fortgebildet.<sup>74</sup> Die Ausfüllung von Gesetzeslücken anhand des, seitens der Legislative festgesetzten, Gesetzeszwecks kann nicht nur Recht, sondern auch *Pflicht* der Rechtsprechung sein.<sup>75</sup> Die *gesetzesimmanente* Rechtsfortbildung findet ihre Grenzen dort, wo es an einer Gesetzeslücke fehlt, der Gesetzgeber also z.B. eine Rechtsnorm *bewusst* nicht auf einen bestimmten Sachverhalt erstreckt hat.<sup>76</sup> Überschreiten Richter/innen diese Grenze, indem sie eine dem Gesetzeszweck entgegenlaufende Entscheidung treffen, bilden sie das Recht *contra legem* fort. Ob und unter welchen Voraussetzungen dies zulässig sein kann, ist höchst fraglich.<sup>77</sup>

Die Rechtsprechung kann sich bei der Rechtschöpfung auch an den *leitenden Prinzipien der Gesamtrechtsordnung* orientieren, also über den einer Rechtsnorm immanenten Zweck hinausgehen (*gesetzesübersteigende* Rechtsfortbildung).<sup>78</sup> Richter/innen können mit diesem Instrument auf Fragen reagieren, die eine *rechtliche* Antwort verlangen und mittels Gesetzesauslegung und *gesetzesimmanenter* Rechtsfortbildung nicht entsprechend den der Gesamtrechtsordnung zugrunde liegenden, rechtsethischen Prinzipien gelöst werden kann. Dort, wo *spezifische rechtliche Erwägungen* nicht weiterhelfen, wenn also z.B. die Frage der *Zweckmäßigkeit* im Vordergrund steht, findet die *gesetzesübersteigende* Rechtsfortbildung ihre Grenzen.<sup>79</sup>

## I. Rechtsfortbildung *praeter legem*

Um dem gesetzgeberischen Willen im Rahmen der Lückenausfüllung zur Geltung zu verhelfen, stehen der Rechtsprechung grundsätzlich zwei Instrumente der Rechtsfortbildung zur Verfügung: Die *Analogie* und die *teleologische Reduktion*.<sup>80</sup>

### 1. Analogie

Im Wege der Analogie kann, wenn dem kein Analogieverbot entgegensteht, der Anwendungsbereich einer Norm auf einen Sachverhalt, der nicht unmittelbar

<sup>68</sup> Vgl. BVerfGE 34, 269, 287.

<sup>69</sup> Vgl. Dreier/Schulze-Fielitz, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 92 GG, Rn. 40 f.

<sup>70</sup> Vgl. Maunz/Dürig/Jachmann-Michel, Grundgesetz-Kommentar, Art. 95 GG Rn. 13.

<sup>71</sup> Säcker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, Einl. Rn. 124 ff.

<sup>72</sup> Geserich, DStR-Beih. 2011, 59 (60).

<sup>73</sup> Maunz/Dürig/Jachmann-Michel, Grundgesetz-Kommentar, Art. 95 GG, Rn. 14.

<sup>74</sup> Ausführlich zur *gesetzesimmanenten* Rechtsfortbildung Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 370 ff.

<sup>75</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 366 f.

<sup>76</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 370 ff.

<sup>77</sup> Vgl. hierzu Maunz-Dürig/Jachmann-Michel, Grundgesetz-Kommentar, Art. 95, Rn. 16 m.w.N.

<sup>78</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 413.

<sup>79</sup> Ausführlich zur *gesetzesübersteigenden* Rechtsfortbildung und ihren Grenzen Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 413 ff.

<sup>80</sup> Zum Verhältnis von Analogie und teleologischer Reduktion vgl. Danwerth, ZfPW 2017, 230; die teleologische Reduktion als Instrument der Auslegung einordnend Bitter/Rauhut, JuS 2009, 289 (294 f.).

unter diese Norm subsumiert werden kann, erweitert werden.<sup>81</sup> Ob dies im Einzelfall mit dem gesetzgeberischen Willen im Einklang steht, lässt sich auch mithilfe des in Art. 3 GG verankerten Prinzips der „Gleichbehandlung von Gleichartigem“ feststellen: Ist der Sachverhalt A vom Anwendungsbereich einer Rechtsnorm erfasst, der „ähnliche“ Sachverhalt B hingegen nicht, kann eine analoge Anwendung geboten sein, wenn keine gewichtigen, eine Ungleichbehandlung rechtfertigende Gründe ersichtlich sind.<sup>82</sup> Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs einer Rechtsnorm auf einen konkret-individuellen Sachverhalt wird auch als Gesetzes- bzw. Einzelanalogie bezeichnet. Dem steht die Rechts- bzw. Gesamtanalogie gegenüber. Hierbei wird aus mehreren Rechtsnormen ein *übergeordneter Regelungsgedanke* abgeleitet, welcher einem nicht geregelten Sachverhalt ebenso zugrunde liegt wie einem geregelten Sachverhalt.<sup>83</sup>

Sollte in der juristischen Fallbearbeitung eine Analogie erwogen werden, sind folgende Voraussetzungen sorgsam zu prüfen: Die *Analogiefähigkeit* der Norm sowie das Vorhandensein einer *planwidrigen Regelungslücke* und einer *vergleichbaren Interessenlage*.<sup>84</sup>

Die Analogiefähigkeit einer Rechtsnorm ist etwa dann abzulehnen, wenn der Grundsatz der Rechtssicherheit ein Analogieverbot begründet (vgl. § 103 Abs. 2 GG).<sup>85</sup> Ob das Gesetz tatsächlich *planwidrig unvollständig* geblieben ist, muss durch Auslegung ermittelt werden. Hat der Gesetzgeber einen Sachverhalt *bewusst* ungeregelt gelassen, scheidet eine Analogie aus.<sup>86</sup> Im Rahmen des Prüfungspunkts „vergleichbare Interessenlage“ muss die Frage aufgeworfen werden, ob der nichtgeregelte und der geregelte Tatbestand in rechtlicher Hinsicht derart miteinander vergleichbar sind, dass der Gesetzgeber bei einer umfassenden Interessenabwägung zu demselben Abwägungsergebnis gekommen wäre, hätte er sich von den gleichen Grundsätzen leiten lassen wie beim Erlass der herangezogenen Rechtsnorm.<sup>87</sup>

Als in der rechtswissenschaftlichen Literatur viel diskutiertes Beispiel für eine möglicherweise (*einzel*)analog anzuwendende Rechtsnorm kann die zwangsvollstreckungsrechtliche Vorschrift des § 739

Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB dienen. § 808 Abs. 1 ZPO erlaubt eine Pfändung von beweglichen Sachen, die sich „im Gewahrsam des Schuldners“ befinden. Möchte ein/e Gerichtsvollzieher/in nun aber im Haus einer verheirateten Person bewegliche Sachen pfänden, dürfte er/sie häufig vor einem praktischen Problem stehen: Die einzelnen Vermögensgegenstände lassen sich nahezu unmöglich eindeutig einem/r der beiden Ehegatt/innen zuordnen. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber durch § 739 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB eine (unwiderlegbare) *Gewahrsamsvermutung* ins Gesetz aufgenommen.<sup>88</sup> Gem. § 739 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB gilt zugunsten der „Gläubiger eines der Ehegatten (...) für die Durchführung der Zwangsvollstreckung nur der Schuldner als Gewahrsamsinhaber und Besitzer“. Ist ein/e Schuldner/in also verheiratet, dürften die sich im Haus der beiden Eheleute befindenden Sachen grundsätzlich in unmittelbarer Anwendung der zwangsvollstreckungsrechtlichen Vorschriften gepfändet werden.

Doch kann § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB und somit § 739 Abs. 1 ZPO analog auf nichteheliche Lebensgemeinschaften angewendet werden? Auch bei einer gemeinsamen Haushaltsführung im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lässt sich oft nur schwer ermitteln, wie die Eigentumsverhältnisse an den beweglichen Sachen im Haus ausgestaltet sind.<sup>89</sup> Der BGH lehnt dennoch das Vorhandensein einer *planwidrigen Regelungslücke* mit dem Argument, der Gesetzgeber habe sich *bewusst gegen* eine Ausdehnung der Gewahrsamsvermutung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften entschieden, ab. Die Regelung des § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB sei im Jahr 1957 zwar zu einer Zeit eingeführt worden, in der die nichteheliche Lebensgemeinschaft bereits eine typische Erscheinungsform des sozialen Lebens gewesen sei. Auch habe eine, im Jahr 1988 mit der Überarbeitung des Zwangsvollstreckungsrechts beauftragte, Arbeitsgruppe eine Ausweitung der in § 739 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB enthaltenen Vermutung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften vorgeschlagen. Dieser Vorschlag sei aber ausdrücklich nicht ins Gesetz übernommen worden. Auch als die besagte

<sup>81</sup> Wienbracke, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 100 ff.

<sup>82</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 374 ff.

<sup>83</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 383 f.; vgl. auch Würdinger/Bergmeister, Jura 2007, 15 (17 f.).

<sup>84</sup> Würdinger/Bergmeister, Jura 2007, 15 (16).

<sup>85</sup> Würdinger/Bergmeister, Jura 2007, 15 (16).

<sup>86</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 370 ff.

<sup>87</sup> BGH, NJW 2007, 992 (993); BGH, NJW 2003, 2601 (2603).

<sup>88</sup> Im Zwangsvollstreckungsrecht ist der Gewahrsam Anknüpfungspunkt, vgl. hierzu Heßler, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 739, Rn. 1 ff.

<sup>89</sup> Heßler, in: MüKo-ZPO, § 739, Rn. 19.

Gewahrsamsvermutung im Jahr 2001 auf eingetragene Lebenspartnerschaften erstreckt worden war, seien nichteheliche Lebensgemeinschaften *nicht* in diese einbezogen worden. Hierdurch habe der Gesetzgeber unverkennbar zum Ausdruck gebracht, die Vorschriften zur Gewahrsamsvermutung seien diesbezüglich abschließend.<sup>90</sup> Eine analoge Anwendung auf Wohngemeinschaften wird auch von der Literatur, die der Entscheidung des BGH kritisch gegenübersteht, abgelehnt.<sup>91</sup>

Ein anschauliches Beispiel für eine *Gesamtanalogie* kann in dem von der Rechtsprechung entwickelten, quasi-negatorischen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gesehen werden. Das Gesetz gewährt bei einer Verletzung eines absolut geschützten Rechts(guts) gem. § 823 Abs. 1 BGB, soweit bestimmte Voraussetzungen vorliegen, einen deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch. Nun könnte eine Person aber auch ein berechtigtes Interesse daran haben, auf *Unterlassung* einer drohenden (wiederkehrenden) Rechts(guts)verletzung zu klagen. Mit der Frage, woraus sich ein solcher Anspruch ergeben könnte, hat sich das Reichsgericht bereits im Jahr 1905, also bereits fünf Jahre nach Inkrafttreten des BGB, befasst und seine Argumentation auf einen aus §§ 12, 862, 1004 BGB abgeleiteten Rechtsgedanken gestützt.<sup>92</sup> Den Vorschriften lässt sich eine allgemeine Regel entnehmen, dass grundsätzlich auch ein Anspruch auf *Unterlassen* einer Verletzung eines jeden in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechts(guts) gewährt werden muss. Anderenfalls wären Namen (§ 12 BGB), Besitz (§ 862 BGB) und Eigentum (§ 1004 BGB) geschützt, das Leben und die körperliche Unversehrtheit eines Menschen hingegen nicht. Eine solche Ungleichbehandlung, für die es keinen vernünftigen Grund gebe, könne mit dem Gerechtigkeitsgebot nicht vereinbart werden.<sup>93</sup> Aus denselben rechtlichen Erwägungen wurde neben dem quasi-negatorischen Unterlassungs- auch ein *Beseitigungsanspruch* anerkannt.<sup>94</sup>

In der juristischen Fallbearbeitung erfordert eine analoge Anwendung, wie die Beispiele zeigen, einen gewissen Begründungsaufwand. Die Argumentation sollte dabei stets auf Leitsätze und Prinzipien, die in

der Rechtsordnung Anerkennung gefunden haben, gestützt werden.

## 2. Umkehrschluss (*argumentum e contrario*)

Wenn ein Sachverhalt nicht zum Regelungszweck einer Norm passt, er den unter die Norm unmittelbar subsumierbaren Tatbeständen also „unähnlich“ ist (vgl. Art. 3 GG: Keine „Gleichbehandlung“ von „Ungleichem“), kann der Schluss gezogen werden, dass eine analoge Anwendung ausscheiden muss.<sup>95</sup> Als Beispiel für einen Umkehrschluss (*argumentum e contrario*) kann § 119 Abs. 1 BGB genannt werden, der den Inhalts- und den Erklärungsirrtum als Anfechtungsgründe statuiert. Aus dieser Regelung lässt sich der Umkehrschluss ziehen, dass ein bloßer *Motivirrtum* nicht zur Anfechtung berechtigen, die Vorschrift des § 119 BGB also auch nicht analog angewendet werden soll.<sup>96</sup> Auch wenn die Analogie und der Umkehrschluss als juristische Argumentationstechniken als „Gegenstücke“ betrachtet werden können, stehen sie formallogisch gleichberechtigt nebeneinander.<sup>97</sup>

## 3. Teleologische Reduktion

Auch die *teleologische Reduktion*, welche neben der Analogie als weiteres Instrument der Rechtsfortbildung dient, kann als Ausprägung des in Art. 3 GG zum Ausdruck kommenden Gleichbehandlungsprinzips verstanden werden. Von der Analogie unterscheidet sich die teleologische Reduktion dadurch, dass ein Tatbestand, der vom Wortlaut einer Rechtsnorm erfasst ist, vom Normanwendungsbereich *herausgenommen* wird. Dieses Vorgehen kann nur dann zulässig sein, wenn ein unmittelbar unter eine Rechtsnorm subsumierbarer Tatbestand zu anderen, ebenfalls vom Normanwendungsbereich erfassten Sachverhalten derart „unähnlich“ ist, dass im Falle einer Normanwendung eine „Gleichbehandlung“ von „Ungleichem“ droht. Legitimation und Grenze der teleologischen Reduktion bildet der gesetzgeberische Wille.<sup>98</sup>

Als Beispiel für eine teleologische Reduktion kann § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB herangezogen werden. Die Vorschrift statuiert eine Ausnahme von der Wertersatzpflicht, die im Falle eines Rücktritts von einem Vertrag den Rücktrittsberechtigten gem. § 346 Abs. 2 BGB grundsätzlich treffen kann. Gem. § 346 Abs. 3

<sup>90</sup> Vgl. BGH, NJW 2007, 992 (993 f.); für eine analoge Anwendung Heßler, in: MüKo-ZPO, § 739, Rn. 19.

<sup>91</sup> Vgl. auch Heßler, in: MüKo-ZPO, § 739, Rn. 19.

<sup>92</sup> Vgl. RGZ 60, 6.

<sup>93</sup> Vgl. Würdinger/Bergmeister, Jura 2007, 15 (22).

<sup>94</sup> Vgl. RGZ 148, 114 (123); vgl. auch Spohnheimer, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand: 01.05.2021, § 1004, Rn. 13 ff.

<sup>95</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 239.

<sup>96</sup> Würdinger/Bergmeister, Jura 2007, 15 (24).

<sup>97</sup> Würdinger/Bergmeister, Jura 2007, 15 (23 ff.).

<sup>98</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 229.

S. 1 Nr. 3 BGB entfällt die Pflicht zum Wertersatz, „wenn im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten eingetreten ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt“. Mit dieser Regelung soll u.a. verhindert werden, dass die Gefahr der Verschlechterung oder des Untergangs auf den Rücktrittsberechtigten übergeht, obwohl der Rücktrittsgegner z.B. schlecht geleistet und somit das gesetzliche Rücktrittsrecht sozusagen „verursacht“ hat.<sup>99</sup> Dem Wortlaut der Norm zufolge gilt dies unabhängig davon, ob der Rücktrittsberechtigte *Kenntnis* vom Rücktrittsgrund hatte oder nicht. Hier könnte nun aber eine *teleologische Reduktion* erwogen werden: In dem Moment, in dem der Berechtigte weiß, dass ein gesetzliches Rücktrittsrecht existiert und er die Sache möglicherweise zurückgeben muss, dürfte mit Blick auf Sinn und Zweck der Norm kein Raum mehr für eine Privilegierung bestehen.<sup>100</sup>

## II. Rechtsfortbildung *contra legem*

Ob Richter/innen auch Lücken füllen dürfen, indem sie *gegen den gesetzgeberischen Willen* einen Sachverhalt unter eine Rechtsnorm subsumieren oder die Normanwendung trotz ihres einschlägigen Charakters ablehnen (Rechtsfortbildung *contra legem*), ist aufgrund des Gewaltenteilungsprinzips äußerst fraglich. In aller Regel wird sie mit einem schlichten Hinweis auf Verfassungswidrigkeit für unzulässig erklärt.<sup>101</sup>

## D. Zusammenfassung

So eindeutig das „Konditionalprogramm“<sup>102</sup> einer Vorschrift Tatbestand und Rechtsfolge auch normiert, so anspruchsvoll kann es sein, einen konkret-individuellen Sachverhalt unter diese abstrakt-generelle Rechtsnorm zu subsumieren.<sup>103</sup> Bereits nach Anwendung der klassischen vier Auslegungsmethoden nach *Savigny*<sup>104</sup> können sich verschiedene Deutungsvarianten einer Vorschrift ergeben. Ferner sind die einzelnen

auslegungsfähigen Normen als Teil eines komplexen Rechtssystems stets auch im Kontext der Mehr-Ebenen-Normenhierarchie, das heißt vor allem in Konformität mit höherrangigem Verfassungs- und Europarecht, auszulegen.<sup>105</sup> Dies bedeutet zum einen, dass die Auslegungsvariante, die dem höherrangigen Recht am stärksten gerecht wird, auszuwählen ist und zum anderen, dass nur ein mit dem höherrangigen Recht vereinbares Normverständnis zulässig ist.<sup>106</sup>

Ergibt sich nach Auslegung der Norm, dass die Gesetzgebung einen Sachverhalt bei der Rechtsetzung nicht bedacht hat, kann das Gesetz als planwidrig lückenhafte Rechtsquelle auch Anknüpfungspunkt für Rechtsschöpfung und damit -fortbildung sein.<sup>107</sup> Vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgebots des Art. 3 GG und des Rechtsverweigerungsverbots der Art. 20 Abs. 2 S. 2, Art. 92 Hs. 1 GG kann eine solche (richterliche) Rechtsfortbildung sogar geboten sein.<sup>108</sup>

Sinn und Zweck einer Vorschrift können es aber ebenso gebieten, dass deren Rechtsfolge trotz Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale im konkreten Einzelfall nicht eintreten soll.<sup>109</sup> Die in diesem Fall vorgenommene teleologische Reduktion des Tatbestands findet ihre Legitimation und Grenze, wie alle Instrumente der Auslegung und Rechtsfortbildung, im gesetzgeberischen Willen.<sup>110</sup>

Für eine sachgerechte Anwendung des Gesetzes auf den Einzelfall bedarf es also nicht nur Kenntnisse des materiellen Rechts, sondern auch der Gesetzessystematik, -auslegung und -fortbildung als zentrale Elemente der juristischen Methodenlehre und damit als hilfreiches „Navigationsgerät“<sup>111</sup>, das Rechtsanwender/innen auf der „Suche nach der gerechten Entscheidung“<sup>112</sup> begleitet.<sup>113</sup>

<sup>99</sup> Vgl. hierzu und zur „restriktiven Auslegung“ der Norm dahingehend, dass der Rücktrittsgegner für den Rücktrittsgrund „verantwortlich“ sein muss *Gaier*, in: MüKo-BGB, § 346, Rn. 63.

<sup>100</sup> Vgl. hierzu *Hager*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 4. Auflage 2021, § 346, Rn. 59.

<sup>101</sup> Vgl. *Maunz-Dürig/Jachmann-Michel*, Grundgesetz-Kommentar, Art. 95, Rn. 16 m.w.N.

<sup>102</sup> *Kment/Vorwalter*, JuS 2015, 193 (201).

<sup>103</sup> Vgl. *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (289).

<sup>104</sup> Dazu *Möllers*, ZfPW 2019, 94 (104); sowie in diesem Heft *Dümmler*, MLR 2021, 1 ff.

<sup>105</sup> *Möllers*, Juristische Methodenlehre, S. 50.

<sup>106</sup> Vgl. *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 1 AEUV, Rn. 24; *Sachs*, GG, Einführung, Rn. 52.

<sup>107</sup> Vgl. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, S. 16 f.

<sup>108</sup> Vgl. *Dreier/Schulze-Fielitz*, Grundgesetz Kommentar, Art. 92, Rn. 40 f.

<sup>109</sup> *Reimer*, Juristische Methodenlehre, S. 275.

<sup>110</sup> Vgl. BVerfGE 90, 263, 275 = NJW 1994, 2475.

<sup>111</sup> *Rüthers*, JuS 2011, 865 (867).

<sup>112</sup> *Möllers*, Juristische Methodenlehre, Vorwort zur Erstauflage.

<sup>113</sup> *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (289).

# Einführung in das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)

Von Dr. Sascha Stiegler, LL.M., Berlin\*

*Das Vertragsrecht des BGB, insbesondere das Schuldrecht, enthält in hohem Maße dispositives Recht, d.h. die Vertragsparteien können ihre Vertragsbeziehungen grundsätzlich auch abweichend von den gesetzlichen Regelungen bestimmen. Dies geschieht in der Praxis sowohl bei Verbraucherverträgen als auch Verträgen im unternehmerischen Geschäftsverkehr in großem Umfang durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Entsprechende AGB-Klauseln sind dabei jedoch häufig einseitig zugunsten des Verwenders ausgestaltet, weshalb sich der deutsche Gesetzgeber und damit verbunden auch die Rechtsprechung zur Beseitigung dieses etwaigen Ungleichgewichts entschieden hat. Die einschlägigen gesetzlichen Regelungen zur diesbezüglichen AGB-Kontrolle finden sich dabei in den §§ 305-310 BGB. Der folgende Beitrag gibt einen einführenden Überblick über das geltende AGB-Recht und zeigt dabei die Schwerpunkte im Rahmen der juristischen Ausbildung auf.*

## A. Grundlagen und Historie des AGB-Rechts

### I. Rechtliche und ökonomische Ausgangslage

Allgemeine Geschäftsbedingungen nehmen im modernen Wirtschaftsverkehr eine immanent wichtige Stellung ein.<sup>1</sup> Eine gesetzliche Regulierung von AGB erfolgt erstmals zum Ende des 19. Jahrhunderts.<sup>2</sup> Das heutige AGB-Recht ist primär in den §§ 305-310 BGB geregelt.<sup>3</sup> Der Verwendung von AGB im Rechtsverkehr liegen dabei vor allem folgende Ziele zugrunde:<sup>4</sup>

- Rationalisierung durch Standardisierung: Durch die Verwendung von AGB soll der Geschäftsablauf des Verwenders vereinfacht werden.
- Lückenfüllung: Enthält das Gesetz für den in Frage stehenden Vertragstyp keine oder nur rudimentäre Regelungen (z.B. Franchising, Versicherungs- und Bankverträge) oder wird

die Rechtsfrage nicht geregelt, so kann der Vertrag diese Lücken durch die AGB schließen.<sup>5</sup>

- Rechtsklarheit: Der Gesetzgeber hat viele Fragen inhaltlich unklar oder zumindest schwer verständlich geregelt. In diesem Zusammenhang kann es ebenfalls das Ziel von AGB sein, für mehr Rechtsklarheit zu sorgen.
- Verbesserung der Rechtsposition des Verwenders (z.B. durch Risikoabwälzung): Der wichtigste Zweck der Nutzung von AGB ist regelmäßig, die Rechtsstellung des Verwenders gegenüber dem Vertragspartner zu stärken (z.B. Freizeichnung von Verpflichtungen, Haftungsausschlüsse).

Während die ersten drei Ziele im Sinne von Beweggründen für die Verwendung von AGB aus Sicht der Gegenseite und der Rechtsordnung relativ unproblematisch sind, ist der vierte Punkt (Verbesserung der Rechtsposition des Verwenders) im Sinne des Gerechtigkeitsgedankens oftmals die Ursache für die inhaltliche gerichtliche Überprüfung von AGB (siehe dazu Abschnitt A.V.).<sup>6</sup> Die entsprechende Inhaltskontrolle soll die Vertragsgerechtigkeit schützen und will den Vertragspartner des Verwenders vor der einseitigen Ausnutzung der Vertragsgestaltungsmacht und vor dadurch ermöglichten unangemessenen Regelungen bewahren.<sup>7</sup> Nicht zuletzt geht es also auch um eine gewisse (bewusste) Einschränkung der Privatautonomie mittels Einschränkung der materiellen Vertragsfreiheit.<sup>8</sup> In diesem Zusammenhang hat die deutsche Rechtsprechung bereits frühzeitig begonnen, den Vertragspartner eine entsprechende Schutzbedürftigkeit zuzugestehen.<sup>9</sup> Im Mittelpunkt stand dabei zunächst der Schutz vor überraschenden Klauseln (vgl. heute

\* Der Verfasser ist Legal Counsel in Berlin sowie Lehrbeauftragter für Gesellschaftsrecht/Venture Capital an der Universität Siegen und Gesellschaftsrecht an der HWR Berlin.

<sup>1</sup> Vgl. Dauner-Lieb/Langen/Kollmann, BGB, 4. Aufl. 2021, § 305 Rn. 3.

<sup>2</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, Einl. Rn. 10; zum ehemaligen AGB-Gesetz auch Löwe, JuS 1977, 421.

<sup>3</sup> Allgemein zur Stellung des ehemaligen AGB-Gesetzes im System des Privatrechts Braun, BB 1979, 689.

<sup>4</sup> Vgl. auch Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl. 2021, Überblick vor § 305 Rn. 4 ff.; Ulmer/Haberack (Fn. 2), 4 ff.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, Einl. Rn. 1 ff.

<sup>5</sup> Vgl. auch Hellwege, JZ 2015, 1130: „Kompensation von Marktversagen“.

<sup>6</sup> Vgl. Oetker, AcP 212 (2012) 202 f.

<sup>7</sup> Pfeiffer (Fn. 4) Rn. 17.

<sup>8</sup> Canaris, AcP 200 (2000) 273, 320; vgl. auch Dauner-Lieb, AnwBl 2013, 845.

<sup>9</sup> Siehe nur RGZ 62, 264 (266); RGZ 103, 82 (83).

§ 305c BGB).<sup>10</sup> Im Gegensatz zu einigen anderen Rechtsordnungen in Europa wurde aber auch relativ schnell eine inhaltliche Kontrolle von AGB unter Berufung auf den Treu-und-Glauben-Grundsatz des § 242 BGB eingeführt.<sup>11</sup> Diese galt von Anfang an nicht nur im Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis (B2C), sondern auch im Unternehmer-Unternehmer-Verhältnis (B2B). Im AGB-Gesetz aus dem Jahr 1977 fand dieser Schutz sodann eine gesetzliche Verankerung. Im Rahmen der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 integrierte der Gesetzgeber dann den materiellrechtlichen Teil des AGB-Gesetzes in das BGB (§§ 305 ff. BGB). Bis heute besteht dabei eine generelle Tendenz in der Rechtsprechung, die Inhaltskontrolle immer mehr zu intensivieren.<sup>12</sup> Rechtspolitisch umstritten ist die AGB-Inhaltskontrolle dabei insbesondere für Teilbereiche des B2B-Rechtsverkehrs.<sup>13</sup>

## II. Europäischer Hintergrund des geltenden AGB-Rechts<sup>14</sup>

Soweit es um den Schutz von Verbrauchern (§ 13 BGB) gegenüber Unternehmern (§ 14 BGB) geht, ist die Inhaltskontrolle heute europäischer Standard. Die EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen<sup>15</sup> (Richtlinie 93/13 EWG) (sog. Klauselrichtlinie)<sup>16</sup> setzt hier einen Mindeststandard,<sup>17</sup> der bei der Auslegung der §§ 305 ff. BGB heranzuziehen ist (sog. richtlinienkonforme Auslegung).<sup>18</sup> Für die B2B-Verträge zwischen Unternehmen ist die Inhaltskontrolle nicht nur dem Grunde nach, sondern auch hinsichtlich der Intensität weitaus weniger selbstverständlich und auch weniger umfangreich (näher dazu Abschnitt D.).

Neben der Klauselrichtlinie ergeben sich auf europarechtlicher Ebene noch einzelne weitere Vorgaben für die Kontrolle bestimmter Vertragsklauseln. So verbietet der Kontrolltatbestand des ehemaligen Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2000/35/EG (nunmehr Art. 7 der

Richtlinie (EU) 2011/7) im B2B-Verhältnis Vereinbarungen über den Zahlungsverzug, die den Gläubiger grob benachteiligen.<sup>19</sup> In Deutschland fließen diese Vorgaben über die allgemeine Angemessenheitskontrolle nach § 307 BGB (siehe dazu Abschnitt C.IV.) bzw. im Fall einer Individualvereinbarung über die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB in die nationale Rechtsordnung ein.<sup>20</sup> In Art. 7 der neuen Zahlungsverzugs-Richtlinie (Richtlinie 2011/7/EU) hat der europäische Gesetzgeber den Kontrolltatbestand ausgeweitet und den Prüfungsmaßstab näher konkretisiert.<sup>21</sup> Die entsprechenden Vorgaben wurden in Deutschland durch eine Erweiterung des Katalogs in § 308 BGB (Nr. 1a und 1b) umgesetzt (siehe dazu Abschnitt C.III).

Weiterhin enthält Art. 62 der Richtlinie (EU) 2015/2366 (Zahlungsdienste-Richtlinie) spezielle Kontrollregeln für Entgeltklauseln im bargeldlosen Zahlungsverkehr.<sup>22</sup> Art. 54 der Richtlinie (EU) 2015/2366 regelt, unter welchen Voraussetzungen ein Zahlungsdienstleister seine AGB gegenüber dem Kunden ändern kann. Diese Vorgaben wurden durch den deutschen Gesetzgeber in § 675f Abs. 5 S. 2 BGB umgesetzt, der in Bezug auf vorformulierte Entgeltabreden gegenüber § 307 BGB vorrangig ist, diesen aber gleichwohl nicht verdrängt.<sup>23</sup> Zudem begrenzt der besondere Kontrolltatbestand des Art. 4 Abs. 4 Richtlinie (EU) 2015/2302 (Richtlinie über Pauschalreisen) die Vereinbarung von Preisanpassungsklauseln in Reiseverträgen.<sup>24</sup> Diese Vorgaben sind in Deutschland in § 651f Abs. 1, 2 BGB umgesetzt; daneben regelt § 651f Abs. 3 BGB, dass entsprechende formularvertragliche Preisänderungsvorbehalte von der Kontrolle nach §§ 308 Nr. 4, 309 Nr. 1 BGB ausgenommen sind.

## III. Begriffsbestimmung

Der Begriff der AGB wird in § 305 Abs. 1 S. 1 BGB legaldefiniert. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind danach „alle für eine Vielzahl von Verträgen

<sup>10</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 08.03.1955 – I ZR 109/53; BGH, Urteil vom 29.09.1960 – II ZR 25/59.

<sup>11</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29.10.1962 – II ZR 31/61.

<sup>12</sup> Vgl. *Ulmer/Habersack* (Fn. 2) Rn. 70 f.; v. *Westphalen*, ZIP 2007, 149, 154 ff.

<sup>13</sup> *Becker*, JZ 2020, 1098; generell zur Differenzierung auch v. *Westphalen*, BB 2017, 2051.

<sup>14</sup> Speziell dazu auch *Pfeiffer* (Fn. 4) Rn. 99 ff.; *Ulmer/Habersack* (Fn. 2), Rn. 87 ff.

<sup>15</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

<sup>16</sup> Dazu *Gebauer/Wiedmann/Nassall*, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Kapitel 6 Rn. 1 ff.; *Schulze/Zoll*, European Contract Law, 3. Aufl. 2021, S. 173 ff.

<sup>17</sup> EuGH, Urteil vom 03.06.2010 – C-484/08.

<sup>18</sup> Vgl. auch *Pfeiffer*, NJW 2014, 3069.

<sup>19</sup> Dazu auch v. *Westphalen*, ZRP 2013, 5.

<sup>20</sup> Vgl. bereits RGZ 62, 264 (266).

<sup>21</sup> Dazu *Gebauer/Wiedmann/Schmidt-Kessel/Beyer*, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Kapitel 5 Rn. 4 ff.

<sup>22</sup> Dazu *Gebauer/Wiedmann/Schinkels*, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Kapitel 17 Rn. 1 ff.

<sup>23</sup> Aus jüngerer Zeit *Grüneberg*, BKR 2020, 365, 367 ff. sowie BGH, Urteil vom 18.06.2019 – XI ZR 768/17; OLG Bamberg, Endurteil vom 23.01.2019 – 3 U 37/18.

<sup>24</sup> Dazu *Gebauer/Wiedmann/Tonner*, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Kapitel 15 Rn. 1 ff.

vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen bei Abschluss eines Vertrages stellt“. Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, wenn sie bereits vor Vertragsschluss inhaltlich feststanden. Die Vertragsbedingungen müssen grundsätzlich für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sein, d.h. der Verwender muss beabsichtigen, die Bedingungen mehrmals zu verwenden. Aufgrund der Umsetzung der Klauselrichtlinie reicht gegenüber Verbrauchern allerdings bereits die Vorformulierung für einen einzigen Fall aus (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Ansonsten sind Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen regelmäßig bereits dann vorformuliert, wenn mindestens ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist.<sup>25</sup>

Der Verwender der AGB muss seinem Vertragspartner die Vertragsbedingungen bei Abschluss des Vertrages stellen, die Einbeziehung also einseitig verlangen. Meistens erfolgt das Verlangen durch Bezugnahme auf die AGB in dem Angebot der betreffenden Vertragspartei. Die Tatsache, dass die AGB ein Dritter entworfen hat oder es sich um AGB eines Branchenverbands handelt, ändert nichts daran, dass die AGB von der Seite, die diese in den Vertrag einführt, gestellt sind. Eine Ausnahme hiervon besteht allerdings bei einem Gebrauchtwagenkauf zwischen zwei Verbrauchern, da in diesem Fall jeder der beiden Parteien die reale Möglichkeit hat, ein Vertragsformular einzubringen und es hier purer Zufall war, wer von beiden ein von dritter Seite entworfenes Formular besorgte.<sup>26</sup> In diesem Ausnahmefall finden die §§ 305 ff. BGB auf die Vertragsbeziehung keine Anwendung.

AGB liegen nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB nicht vor, wenn die Vertragsbedingungen von den Vertragspartnern im Einzelnen ausgehandelt worden sind. An die Bejahung einer Individualvereinbarung werden indes sehr strenge Anforderungen gestellt (siehe dazu Abschnitt B.III).<sup>27</sup> Ein bloßes Verhandeln reicht grundsätzlich noch nicht aus. Der Verwender muss den in seinen AGB enthaltenen Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellen und dem Partner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumen mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu

beeinflussen.<sup>28</sup> Dabei wird jede Klausel isoliert betrachtet. Verhandeln zwei Unternehmer einen Vertrag und hierbei auch die AGB auf Basis des Entwurfs einer der Parteien, so reicht auch die beidseitige Vertretung durch Juristen und eine längere Verhandlungsdauer beispielsweise noch nicht aus, um einen generell ausgehandelten Vertrag zu bejahen. Gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB gelten weiterhin in diesem Zusammenhang bei Verbraucherverträgen, dass die AGB als vom Unternehmer gestellt angesehen werden, sofern dieser nicht nachweist, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt worden sind.

#### IV. Anwendungsbereich

Das AGB-Recht und damit die AGB-Kontrolle gilt im Grundsatz sowohl für Verbraucherverträge, als auch weitgehend im unternehmerischen Geschäftsverkehr (speziell dazu Abschnitt D.).<sup>29</sup> Im unternehmerischen Geschäftsverkehr erlangt das AGB-Recht zunehmend praktische Bedeutung, vor allem wenn sich eine Vertragspartei, gegen die ein vertraglicher Anspruch geltend gemacht wurde, im Nachhinein mit dem Argument zur Wehr setzen will, dass die in Rede stehende Anspruchs- oder Haftungsklausel aufgrund Verstoßes gegen geltendes AGB-Recht unwirksam und damit nicht anwendbar sei. Insofern stellt das Vorbringen der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr durchaus auch einen Aspekt des sog. *Claim Managements* dar. Das *Claim Management* ist dabei eine Organisationsform zur Risikobegrenzung und Ergebnisverbesserung. Es beschäftigt sich primär mit Störungen und Veränderungen im Vertragsablauf sowie Anpassungen des ursprünglich vereinbarten Vertrags.

Der Anwendungsbereich des AGB-Rechts und insbesondere der AGB-Inhaltskontrolle (dazu Abschnitt C.) umfasst zudem auch z.B. das Arbeitsrecht<sup>30</sup> und z.T. Unternehmenskaufverträge.<sup>31</sup> Nicht umfasst sind gemäß § 310 Abs. 2 und 4 BGB hingegen u.a. Verträge der Elektrizitäts-, Gas-, Fernwärme- und Wasserversorgungsunternehmen sowie Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts. Hintergrund bei letzteren ist, dass vor allem Gesellschaftsverträge auf Vertragsbedingungen beruhen, die von den miteinander in persönlichen oder

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 11.12.2003 – VII ZR 31/03.

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 17.02.2010 – VIII ZR 67/09.

<sup>27</sup> Vgl. auch *Kappus*, NJW 2016, 33.

<sup>28</sup> BGH, Urteil vom 20.03.2014 – VII ZR 248/13.

<sup>29</sup> Siehe auch *Grünberger*, JURA 2009, 249.

<sup>30</sup> Speziell dazu *Thüsing*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 2007; v. *Westphalen/Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-

Klauselwerke, 46. EL 2020, Arbeitsverträge Rn. 28 ff.; zusammenfassend auch *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, 2017, § 4 Rn. 368 ff.

<sup>31</sup> Siehe *Maier-Reimer/Niemeyer*, NJW 2015, 1713; *Wituhn/Quecke*, NZG 2014, 131.

geschäftlichen Beziehungen stehenden Gesellschaftern im Einzelnen ausgehandelt sind, oder wo aufgrund zahlreicher zwingenden Gesetzesbestimmungen weniger Gefahr besteht, dass die Gesellschaftsverträge unangemessene Regelungen enthalten.<sup>32</sup> Vor diesem Hintergrund ist die Bereichsausnahme § 310 Abs. 4 BGB in Bezug auf das Gesellschaftsrecht indes begrenzt auf solche Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, die unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen, mitgliedschaftlicher Natur sind und dazu dienen, den Gesellschaftszweck zu verwirklichen.<sup>33</sup>

## V. Gründe für eine (gesetzliche) AGB-Inhaltskontrolle

Verträge sind im Allgemeinen nicht immer und vollumfänglich inhaltlich gerecht. Dies liegt in der Natur der Sache und der Verhandlungsmacht bzw. -position der Vertragsparteien.<sup>34</sup> Gleichwohl besteht aus rechtlicher Perspektive hierbei regelmäßig nur eine Sittenwidrigkeitskontrolle. Es stellt sich daher die Frage, welche Gründe die AGB-Inhaltskontrolle rechtfertigen. Traditionell wird in diesem Zusammenhang oft vom Schutz des Schwächeren gesprochen.<sup>35</sup> Auf einen Wissensvorsprung kommt es dabei grundsätzlich jedoch nicht an, sonst wären in diesem Bereich tätige Juristen schon generell in der Regel nicht schützenswert, was schon aus Wertungsgesichtspunkten nicht angebracht sein kann. Auch auf die Wirtschaftskraft der Beteiligten kommt es grundsätzlich nicht an. Gerade im B2B-Verhältnis stellt nicht selten das kleinere und wirtschaftlich vermeintlich „schwächere“ Unternehmen die AGB und dennoch wird in diesem Fall eine Inhaltskontrolle bejaht. Vielmehr wird die Inhaltskontrolle von AGB damit gerechtfertigt, dass die Richtigkeitswahrscheinlichkeit des Vertrages durch die Verwendung von AGB spürbar verringert wird. Das einseitige Stellen, ohne individuelle Aushandlung, führt dazu, dass die Interessen des AGB-Verwenders einseitig bevorzugt werden und der Markt selbst ist dabei nicht bzw. nicht hinreichend in der Lage, dies zu korrigieren. Gleichwohl ist ein konkretes Machtungleichgewicht zwischen AGB-Verwender und Vertragspartner aber auch nicht zwingende im konkreten Fall erforderlich, um eine AGB-Kontrolle

rechtfertigen zu können.<sup>36</sup> So wird z.B. im E-Commerce (zum Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr vgl. §§ 312i f. BGB) die Kenntnisnahme von AGB lediglich angekreuzt (ohne dass eine tatsächliche Kenntnisnahme stattfindet) und die entsprechenden AGB-Klauseln werden damit vollkommen unabhängig von einem etwaigen Machtungleichgewicht Vertragsbestandteil und unterliegen der Inhaltskontrolle.<sup>37</sup>

AGB regeln überwiegend (ungewisse) Ereignisse in der Zukunft. Diese sind nicht nur regelmäßig von einer (initial) größeren Unwichtigkeit als die vertragliche Hauptleistungspflichten, es entspricht auch dem menschlichen Verhalten, solche ungewissen Nebenergebnisse noch niedriger zu gewichten, als rational angemessen wäre. Dieser Mechanismus erklärt auch die weitgehende Kontrollfreiheit von Preis und Hauptleistung gemäß § 307 Abs. 3 BGB. Das einseitige Stellen mit der Verschiebung der Gerechtigkeitschancen führt dabei auch dazu, dass die Einbeziehung von AGB formal zwar den Regeln des Rechtsgeschäfts entspricht, jedoch auch eine gewisse Nähe zu formal gesetzten Regeln (z.B. Gesetze) besteht.

## B. Einbeziehung von AGB in den Vertrag

### I. Voraussetzungen des § 305 Abs. 2, Abs. 3 BGB

Soweit AGB vorliegen, stellt sich die Frage, ob diese wirksam in den Vertrag einbezogen wurden.<sup>38</sup> Nur sofern AGB diesbezüglich wirksam einbezogen wurden, können sie Vertragsbestandteil sein bzw. werden. Die Beweislast für die Erfüllung der Einbeziehungsvoraussetzungen trägt dabei der Verwender der AGB.<sup>39</sup> Gemäß § 305 Abs. 2 BGB ist dabei erforderlich:

- ein entsprechender Hinweis auf die verwendeten AGB (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB);
- die zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Vertragspartner (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB); und
- das Einverständnis des Vertragspartners mit der Geltung (§ 305 Abs. 2 BGB).

Der Hinweis auf die verwendeten AGB muss dabei ausdrücklich und bei Vertragsschluss erfolgen. Obgleich der entsprechende Hinweis dabei in der Regel schriftlich oder in Textform erfolgt, ist grundsätzlich auch ein mündlicher Hinweis ausreichend;<sup>40</sup> nicht

<sup>32</sup> MünchKomm-BGB/Basedow, 8. Aufl. 2019, § 310 Rz. 120; vgl. auch Bieder, ZHR 174 (2010) 705.

<sup>33</sup> BGH, Urteil vom BGH 11.11.1991 – II ZR 44/91.

<sup>34</sup> Vgl. auch Stiegler, ZJS 2021, 426.

<sup>35</sup> Vgl. nur Schmidt, NJW 2011, 3329.

<sup>36</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 19.11.2009 – III ZR 108/08; BGH, Urteil vom 17.02.2010 – VIII ZR 67/09.

<sup>37</sup> Vgl. auch Hergenröder, ZJS 2017, 131, 134.

<sup>38</sup> Speziell dazu auch Petersen, JURA 2010, 667.

<sup>39</sup> Schwab, AGB-Recht, 3. Aufl. 2019, Teil 2 Rn. 2.

<sup>40</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 16.12.1982 – VII ZR 92/82.

aber eine konkludente Einbeziehung.<sup>41</sup> Die Kenntnisnahme ist zumutbar und möglich, wenn der Vertragspartner zu den AGB freien Zugang hat und diese gut lesbar sind. Die AGB dürfen daher insbesondere nicht an unauffälliger Stelle versteckt, sondern müssen einem Kunden von durchschnittlicher Aufmerksamkeit jederzeit mühelos erkennbar sein.<sup>42</sup> Auch darf die Schriftgröße der einzelnen Klauseln nicht so klein gehalten sein, dass deren Lektüre dem Kunden besondere Anstrengungen abnötigt.<sup>43</sup> Bei der Frage, ob eine zumutbare Kenntnisnahme möglich ist, muss der Verwender eine für ihn erkennbare körperliche Behinderung des Kunden (z.B. Sehbehinderung) angemessen berücksichtigen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Abweichend vom Grundsatz, dass für die Kenntnisnahmemöglichkeit auf den Durchschnittskunden abzustellen ist, wird hier auf die konkreten körperlichen Fähigkeiten abgestellt.<sup>44</sup>

## II. Überraschende und mehrdeutige Klauseln (§ 305c BGB)

Liegen die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB vor, kann es trotz der Gesamteinbeziehung der AGB in den Vertrag sein, dass einzelne Bestimmungen der AGB dennoch nicht Vertragsbestandteil werden, weil sie nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht (§ 305c Abs. 1 BGB).

Ob eine Klausel überraschend ist, ist nach den Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen (nicht des konkreten) Vertragspartners zu beurteilen.<sup>45</sup> Ungewöhnlich ist eine Klausel grundsätzlich dann, wenn ihr ein gewisser Überraschungs- oder Überraschungseffekt innewohnt und zwischen ihrem Inhalt und den Erwartungen des Vertragspartners eine deutliche Diskrepanz besteht.<sup>46</sup> Die Erwartungen des Kunden können dabei grundsätzlich auch durch den Vertragstyp bestimmt sein oder etwa durch den Grad der Abweichung vom dispositiven Recht.<sup>47</sup> Regeln die AGB also

beispielsweise einen Vertrag, der einem im Gesetz normierten Vertragstyp entspricht (z.B. Kaufvertrag), so sind an diesen Vertragstyp die berechtigten Kundenerwartungen zu messen. Entscheidend ist also, ob der Inhalt der Klausel als Teil des Vertrags so von den Erwartungen abweicht, dass mit einer solchen Klausel vernünftigerweise nicht zu rechnen ist.<sup>48</sup>

Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle ist gem. § 305c Abs. 2 BGB in Zweifelsfällen die „kundenfeindlichste“ Auslegung<sup>49</sup> geboten, wenn diese zur Unwirksamkeit der Klausel führt und damit für den Kunden im Ergebnis am günstigsten ist (sog. *contra proferentem*-Regel).<sup>50</sup> Erst wenn sich die Klausel nach jeder in Betracht kommenden Auslegung als wirksam erweist (*contra proferentem* erster Stufe), ist bei der Anwendung der Klausel die dem Kunden günstigste Auslegung maßgeblich.“ (*contra proferentem* zweite Stufe).<sup>51</sup> Allgemein sind dabei AGB nicht wie Rechtsnormen, sondern wie vertragliche Regelungen auszulegen.<sup>52</sup>

## III. Vorrang der Individualabrede, § 305b BGB

Gemäß § 305b BGB haben Individualvereinbarungen Vorrang vor AGB. Das bedeutet, dass wenn die Vertragsparteien in einem bestimmten Punkt eine Individualvereinbarung treffen, eine der Parteien nicht hinterher auf die dieser Vertragsvereinbarung entgegenstehenden AGB verweisen kann. Dies gilt auch bei nachträglicher Individualvereinbarung (z.B. Vereinbarung der Schriftform für Vertragsänderung und mündliche Zusage nach Vertragsschluss). Allerdings werden AGB nur dann von Individualabreden verdrängt, wenn diese wirksam sind. Nach dem Verständnis des BGH führt dies z.B. dazu, dass trotz einer Schriftformklausel, wonach nur schriftliche Vertragsabreden wirksam sind, mündliche Abrede vorgeht, weil eine konkludente mündliche Aufhebung der Schriftformklausel angenommen wird.<sup>53</sup> Es gibt daher die sog. doppelte Schriftformklausel,<sup>54</sup> wonach nur schriftliche Klauseln gelten und diese Klausel ihrerseits nur schriftlich geändert werden kann. Aufgrund

<sup>41</sup> Schwab (Fn. 39) Rn. 5.

<sup>42</sup> BGH, Urteil vom 18.06.1986 – VIII ZR 137/85.

<sup>43</sup> OLG Saarbrücken, Urteil vom 12.06.2008 – 8 U 380/07.

<sup>44</sup> Vgl. auch BeckOK-BGB/Becker, § 305 Rn. 63.

<sup>45</sup> BGH, Urteil vom 4.10.2000 – XII ZR 44/98.

<sup>46</sup> BeckOK-BGB/Schmidt, § 305c Rn. 18.

<sup>47</sup> Ulmer/Brander/Hensen/Ulmer/Schäfer, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 305c Rn. 14 f.

<sup>48</sup> Weitergehende überraschende i.S. von unzulässigen Klauseln bei Schmidt (Fn. 46) Rn. 22 ff.; Ulmer/Schäfer (Fn. 47) Rn. 52.

<sup>49</sup> Lorenz/Gärtner, JuS 2013, 199, 201.

<sup>50</sup> BGH, Urteil vom 23.09.2010 – III ZR 246/09.

<sup>51</sup> BGH, Urteil vom 20.12.2007 – III ZR 144/07; BGH, Teilurteil vom 29.04.2008 – KZR 2/07.

<sup>52</sup> BAG, Beschluss vom 24.07.2019 – 3 AZN 627/19.

<sup>53</sup> BGH, Versäumnisurteil vom 21.09.2005 – XII ZR 312/02; vgl. auch OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 18.03.2013 – 2 U 179/12.

<sup>54</sup> Vgl. dazu nur Lingemann/Gotham, NJW 2009, 268.

jüngerer BGH-Rechtsprechung ist aber auch bei dieser zu beachten, dass sie eine mündliche oder auch konkludente Änderung der Vertragsabreden im Sinne des § 305b BGB nicht vollständig ausschließen kann.<sup>55</sup>

### C. AGB-Inhaltskontrolle

Bei der Inhaltskontrolle von AGB ist zwischen der Generalklausel des § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB und den speziellen Klauselverboten der §§ 308, 309 BGB zu unterscheiden. Rechtstechnisch stellt § 307 BGB dabei eine Auffangvorschrift dar, die erst nach den besonderen Klauselverboten der §§ 308, 309 zu prüfen ist.<sup>56</sup>

#### I. Eröffnung der Inhaltskontrolle

Gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB unterliegen der Inhaltskontrolle von AGB nur solche Bestimmungen, die von einer Rechtsvorschrift abweichen oder diese ergänzen. Diese Vorschrift will einerseits sicherstellen, dass gesetzliche Interessenbewertungen nicht qua AGB-Kontrolle überprüft werden.<sup>57</sup> Eine Überprüfung würde hier auch keinen Sinn ergeben, da an die Stelle der „unwirksamen“ Klausel derselbe Inhalt treten würde. Vor allem verbietet § 307 Abs. 3 S. 1 BGB eine Inhaltskontrolle bei Preis und Leistung, soweit diese transparent sind und der Marktmechanismus nicht gestört ist.<sup>58</sup> In der Praxis ist allerdings zu beobachten, dass die Gerichte § 307 Abs. 3 S. 1 BGB eng verstehen, um als ungerecht empfundene Klauseln kontrollieren zu können. Insbesondere soll ein Preisbestandteil, der nicht bereits im Gesetz in Bezug auf den Vertragstyp enthalten ist, kontrollfähig sein.

#### II. Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit (§ 309 BGB)

Ist ein in § 309 BGB enthaltenes Klauselverbot einschlägig, führt dieser Umstand unmittelbar zur Unwirksamkeit der Klausel. Für eine wertende Betrachtung des Richters, der die AGB-Inhaltskontrolle vollzieht, ist dann kein Raum. Die praktisch bedeutsame Klauselverbote des § 309 BGB sind vor allem:

- Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen (Nr. 5)
- Vertragsstrafen (Nr. 6)

- Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit (Nr. 7)
- sonstige Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzung (Nr. 8)

#### III. Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit (§ 308 BGB)

Bei den Klauselverboten mit Wertungsmöglichkeit zählt das Gesetz eine Reihe von Regelungen auf, die regelmäßig, jedoch nicht immer, den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen und daher unwirksam sind. Da diese Klauseln häufig unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten (z.B. „unangemessen lange“; „nicht hinreichend bestimmte“),<sup>59</sup> verbleibt dem Richter ein gewisser Spielraum, aufgrund von Besonderheiten des Einzelfalls eine Klausel dennoch für wirksam zu erklären.

#### IV. Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, 2 BGB

Da der Gesetzgeber nicht alle denkbaren AGB-Klauseln, die gegen den Treu-und-Glauben-Grundsatz im Sinne des § 242 BGB verstoßen, auflisten kann, hat er in § 307 Abs. 1 BGB eine Generalklausel geschaffen, die er in § 307 Abs. 2 BGB mit einer Auslegungsregel versehen hat. § 307 Abs. 2 BGB stellt für zwei Fälle eine Regelvermutung für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners auf. Liegt ein solcher Regelfall vor, kann die Unwirksamkeitsvermutung nur in seltenen Ausnahmefällen im Rahmen einer Abwägung gemäß § 307 Abs. 1 BGB widerlegt werden.<sup>60</sup>

Gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt eine unangemessene Benachteiligung vor, wenn die Klausel von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht. Dies ist einer der Gründe, warum bei atypischen Verträgen oder sog. Kombinationsverträgen die Zuordnung des Vertrags oder eines Teils zu einem bestimmten gesetzlichen Vertragstyp von übergeordneter Bedeutung ist. Nach herrschender Meinung werden auch richterrechtliche Regelungen für gesetzlich nicht geregelte Vertragstypen hierunter eingeordnet.<sup>61</sup>

Beispiele aus der BGH-Rechtsprechung zu Klauseln die nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sind, sind etwa:

<sup>55</sup> BGH, Beschluss vom 25.01.2017 – XII ZR 69/16.

<sup>56</sup> *Grüneberg* (Fn. 4) § 307 Rn. 1; zur AGB-Prüfung in der Fallbearbeitung auch *Wendland*, JURA 2018, 866, *ders.*, JURA 2019, 41; *ders.*, JURA 2019, 486; *Löhnig/Gietl*, JuS 2012, 393.

<sup>57</sup> Vgl. nur Begr. RegE BT-Drucks. 7/3919, S. 22.

<sup>58</sup> Vgl. insofern Art. 4 Abs. 2 der zugrundeliegenden Klauselrichtlinie (Richtlinie 93/13/EWG).

<sup>59</sup> *MünchKomm-BGB/Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 308 Rn. 2.

<sup>60</sup> Vgl. *Wurmnest* (Fn. 59) § 307 Rn. 65.

<sup>61</sup> BGH, Urteil vom 28.02.1973 – IV ZR 34/71.

- Klausel in einem Maklervertrag, durch die sich der Makler allein für die Besichtigung eines Objekts ein Entgelt versprechen lässt, auch wenn es nicht zum Abschluss eines Mietvertrags kommt (Kollision mit dem in § 652 Abs. 1 S. 1 BGB niedergelegten Grundgedanken des Maklerrechts (Vermittlung muss ursächlich für einen Vertragsabschluss sein)).<sup>62</sup>
- Klausel, die die Haftung eines Bürgen über die Verbindlichkeit des Hauptschuldners ausdehnt (Kollision mit dem in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB niedergelegten Grundgedanken des Bürgschaftsrechts (Verbot der Fremddisposition für Geschäfte nach der Übernahme der Bürgschaft)).<sup>63</sup>

Eine unangemessene Benachteiligung liegt ferner gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB vor, wenn wesentliche Pflichten, die für die Natur des Vertrags kennzeichnend sind, so eingeschränkt werden, dass der Vertragszweck gefährdet ist. Daraus ergibt sich beispielsweise, dass bei der Verletzung von Kardinalpflichten die Haftung für einfache Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden darf.<sup>64</sup>

Nach der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB sind AGB-Klauseln weiterhin unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB liegt dabei vor, wenn die Interessen des Kunden gegenüber denen des Verwenders so sehr zurückgedrängt werden, dass kein vollständiger Interessenausgleich stattgefunden hat.<sup>65</sup> Unangemessen ist eine Benachteiligung, wenn der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht.<sup>66</sup> Zur Beurteilung der Unangemessenheit bedarf es somit einer umfassenden Würdigung, in die die Interessen beider Parteien einzubeziehen sind. Einen Verstoß gegen Treu und Glauben im Sinne der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB stellen z.B. fixe Renovierungsklauseln in laufenden und die sog.

„Endrenovierungsklauseln“ jeweils in Wohnungsmietverträgen dar.<sup>67</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>68</sup> sind Klauseln, die den Mieter verpflichten, die Mieträume bei Beendigung des Mietverhältnisses unabhängig vom Zeitpunkt der Vornahme der letzten Schönheitsreparatur renoviert zu übergeben, oder starre Fristen für Schönheitsreparaturen während der Mietzeit, nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

## V. Transparenzgebot

Eine unangemessene Benachteiligung kann sich gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB auch daraus ergeben, dass eine Klausel nicht klar und verständlich ist. Dieses sog. Transparenzgebot gilt auch für Preis und Leistung, die ansonst eigentlich kontrollfrei sind.<sup>69</sup> Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners in den AGB möglichst klar und durchschaubar zu halten. Das Transparenzgebot darf nicht überspannt und mit ihm der Klauselverwender überfordert werden.<sup>70</sup> Die Rechtsprechung ist gleichwohl streng, was die Anforderungen an hinreichende Transparenz betrifft. So wurde beispielsweise der Begriff der sog. Kardinalpflichten, welchen die Rechtsprechung selbst geprägt hat, im Rahmen der Verwendung zwischen Unternehmen als intransparent eingeordnet.<sup>71</sup> Zudem wird als Intransparenz bislang vor allem angenommen:

- Verletzung des Verständlichkeitsgebots (z.B.: Haftungsausschluss „soweit gesetzlich zulässig“);<sup>72</sup>
- Verletzung des Bestimmtheitsgebots (z.B.: Preiserhöhungsklauseln ohne Konkretisierung der Voraussetzungen und des zulässigen Umfangs der Erhöhung);<sup>73</sup>
- Verletzung des Täuschungsverbots (z.B.: Klausel, die eine umfassende Haftung des Verwenders vortäuscht).<sup>74</sup>

<sup>62</sup> Siehe BGH, Urteil vom 07.01.2004 – VIII ZR 103/03 (Leasingvertrag); BGH, Urteil vom 01.02.1989 – IVa ZR 354/87 (Partnervermittlungsvertrag).

<sup>63</sup> BGH, Urteil vom 16.01.2003 – IX ZR 171/00.

<sup>64</sup> BGH, Urteil vom 20.07.2005 – VIII ZR 121/04.

<sup>65</sup> Vgl. BT-Drucks. 7/5422, S. 6; allgemein auch BGH, Urteil vom 06.11.2013 – KZR 58/11.

<sup>66</sup> BGH, Urteil vom 01.02.2005 – X ZR 10/04; BGH, Urteil vom 17.09.2009 – III ZR 207/08; zum ganzen auch Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 307 Rn. 102 ff.

<sup>67</sup> Dazu auch Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 538 Rn. 114 ff.

<sup>68</sup> BGH, Urteil vom 23.06.2004 – VIII ZR 361/03.

<sup>69</sup> Vgl. nur BGH, Urteil vom 31.07.2013 – VIII ZR 162/09.

<sup>70</sup> BGH, Urteil vom 02.02.1999 – KZR 11–97.

<sup>71</sup> BGH, Urteil vom 20.07.2005 – VIII ZR 121/04; kritisch dazu u.a. Berger/Kleine, NJW 2007, 3526.

<sup>72</sup> BGH, Beschluss vom 05.03.2013 – VIII ZR 137/12; BGH, Urteil vom 05.05.2015 – XI ZR 214/14.

<sup>73</sup> BGH, Urteil vom 17.12.2008 – VIII ZR 274/06.

<sup>74</sup> BGH, Urteil vom 27.09.2000 – VIII ZR 155/99.

## D. AGB-Recht im unternehmerischen Geschäftsverkehr<sup>75</sup>

### I. Ausgangslage

Das AGB-Recht findet auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr (B2B) grundsätzlich Anwendung.<sup>76</sup> Die dargestellten Prinzipien gelten daher, bis auf einige Abschwächungen, ebenso für die Inhaltskontrolle zwischen Unternehmen. Dies ist weitaus weniger selbstverständlich als im Verhältnis Unternehmer-Verbraucher. Gerechtfertigt wird die AGB-Kontrolle im B2B-Bereich mit der dort ebenfalls herrschenden Ungleichgewichtslage<sup>77</sup> sowie der asymmetrischen Verteilung von Transaktionskosten.<sup>78</sup> In anderen europäischen Ländern (z.B. Schweiz)<sup>79</sup> wird hingegen bewusst auf die AGB-Inhaltskontrolle im B2B-Rechtsverkehr verzichtet, was insofern auch als Wettbewerbsnachteil des deutschen Rechts betrachtet wird.<sup>80</sup> Eine Alternative zur nicht immer unproblematischen Wahl ausländischen Rechts in diesem Zusammenhang könnte aber beispielsweise die Wahl deutschen Rechts unter Ausschluss der §§ 305 ff. BGB sein. Zwar hätte eine solche Regelung vor staatlichen Gerichten keinen Erfolg, in Rahmen von Schiedsvereinbarungen und dessen Sonderkollisionsrecht (vgl. § 1051 ZPO) könnte es dabei aber auch möglich sein, deutsches Recht unter Ausschluss des AGB-Rechts im B2B-Bereich wirksam zu bestimmen.<sup>81</sup> Zumindest im B2C-Bereich hat der BGH dies jedoch ausdrücklich verneint.<sup>82</sup>

Das Vorliegen von AGB beurteilt sich auch zwischen Unternehmen nach § 305 Abs. 1 BGB. Neben regelmäßig verwendeten Ein- und Verkaufsbedingungen<sup>83</sup> erfüllen vor allem Rückgriffe auf Musterverträge oder Textbausteine die Voraussetzungen der mehrfachen Verwendungsabsicht. Soweit sich solche Klauseln dem Unternehmer zurechnen lassen, gelten

sie als von ihm gestellt. Dies kann der Fall sein, wenn sich der Unternehmer solcher Klauseln bedient, die von der Fachliteratur entworfen wurden (z.B. Formularkommentare) oder von Dritten in seinem Interesse eingebracht werden.

Vor allem aber werden die strengen Anforderungen an die Annahme von Individualvereinbarungen durch ein „Aushandeln“ im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB aus Unternehmenssicht verbreitet als unangemessen empfunden.<sup>84</sup> Die in der Praxis übliche Vorgehensweise, den auf einem Muster basierenden Vertragsentwurf der anderen Partei für Änderungsvorschläge zu überreichen, stellt jedoch grundsätzlich noch kein Aushandeln dar. Dass generell mit größeren Verhandlungsdelegationen über den Vertrag verhandelt wird und einzelne Punkte geändert werden, belegt allerdings auch noch nicht das Aushandeln der übrigen Punkte.<sup>85</sup> Vielmehr ist es erforderlich, dass die ganz konkrete Vertragsklausel „ernsthaft zur Disposition gestellt“ wurde.<sup>86</sup> Zwar kann im Regelfall davon ausgegangen werden, wenn die einzelne Bestimmung tatsächlich auch in den Verhandlungen geändert wurde.<sup>87</sup> Jedoch liegt eine Individualvereinbarung grundsätzlich auch nur dann vor, wenn es sich nicht nur um eine bloße Abschwächung bei Beibehaltung des gesetzefremden Kerngehalts der Klausel handelt.<sup>88</sup> Das Aushandeln erfordert gleichwohl nicht zwingend eine Abänderung des (vorgeschlagenen) Textes.<sup>89</sup> Auch eine explizite Bestätigung des Aushandelns durch den Vertragspartner ist noch nicht ausreichend, um eine Individualvereinbarung zu bejahen.<sup>90</sup>

Ein Beweis seitens des Verwenders, dass ein „Aushandeln“ und damit eine Individualvereinbarung vorliegt, stellt diesen daher vor schwer erfüllbare Probleme bezüglich der Protokollierung des Verhandlungsprozesses. Und selbst dies ist nur möglich, wenn

<sup>75</sup> Speziell und ausführlich dazu *Leuschner* (Hrsg.), *AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr*, 2021; *Leuschner*, *JZ* 2010, 875; *Wais/Pfeiffer* (Hrsg.), *Judicial Review of Commercial Contracts*, 2021.

<sup>76</sup> Vgl. nur BGH, Urteil vom 15.01.2014 – VIII ZR 111/13.

<sup>77</sup> Vgl. v. *Westphalen*, *ZGS* 2006, 81.

<sup>78</sup> Vgl. *Basedow* (Fn. 32) vor § 305 Rn. 5; aus ökonomischer Sicht v. *Towfigh/Petersen/Schmolke*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2. Aufl. 2017, Rn. 323 ff.; *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 6. Aufl. 2020, S. 479 f.

<sup>79</sup> Insofern zum schweizerischen Recht auch *Leuschner/Busch*, *AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr*, 2021, 2. Abschnitt Rn. 43.

<sup>80</sup> *Meier-Reimer*, *NJW* 2017, 1; vgl. auch *Heydn*, *BB* 2021, 1420.

<sup>81</sup> Vgl. *Pfeiffer*, *NJW* 2012, 1174; *Kästle*, *NZG* 2014, 295.

<sup>82</sup> BGH, Urteil vom 20.03.2014 – VII ZR 248/13; vgl. auch *Kaufhold*, *NJW* 2014, 3488.

<sup>83</sup> Speziell dazu v. *Westphalen*, *Allgemeine Einkaufsbedingungen*, 7. Aufl. 2018.

<sup>84</sup> *Berger*, *NJW* 2010, 465; *Meier-Reimer*, *NJW* 2017, 1, 2 f.

<sup>85</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 19.03.2019 – XI ZR 9/18.

<sup>86</sup> Siehe nur BGH, Urteil vom 20.03.2014 – VII ZR 248/13; BGH, Urteil vom 22.10.2015 – VII ZR 58/14.

<sup>87</sup> BGH, Urteil vom 03.11.1999 – VIII ZR 269/98; BGH, Urteil vom 22.11.2012 – VII ZR 222/12.

<sup>88</sup> BGH, Urteil vom 22.10.2015 – VII ZR 58/14.

<sup>89</sup> *Lorenz/Gärtner*, *JuS* 2013, 199, 200.

<sup>90</sup> BGH, Urteil vom 20.03.2014 – VII ZR 248/13.

sich der Verwendungsgegner überhaupt auf Verhandlungen einlässt. Erkennt er hingegen, dass eine Klausel gemäß §§ 305 ff. BGB unwirksam ist, kann er diese ohne weitere Verhandlungen akzeptieren. Damit eröffnet sich die Möglichkeit der sog. AGB-gestützten Verhandlungsstrategie,<sup>91</sup> nach der man derartige Klauseln schlicht ignoriert, anstatt über eine Abänderung zu verhandeln und der Klausel somit u.U. zu ihrer Wirksamkeit zu verhelfen.

## II. Einbeziehung in den Vertrag<sup>92</sup>

§ 310 Abs. 1 S. 1 BGB ordnet an, dass gegenüber Unternehmern sowie juristischen Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtlichen Sondervermögen die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 und Abs. 3 BGB nicht gelten. Bei Unternehmern genügt damit zur Einbeziehung der AGB jede Willenserklärung (auch die konkludente) unabhängig von den Voraussetzungen des § 305 Abs. 2, Abs. 3 BGB.<sup>93</sup> Insbesondere eine Beifügung der AGB ist nicht erforderlich; es reicht der Hinweis auf die Existenz.

Die im Baugewerbe häufig verwendete Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) stellen ebenfalls AGB im Sinne des § 305 BGB dar. Werden sie aber ohne jedwede inhaltliche Abweichung übernommen, sind sie im B2B-Bereich gem. § 310 Abs. 1 S. 3 BGB von der Inhaltskontrolle im engeren Sinne (§ 307 Abs. 1, 2 BGB) ausgenommen.<sup>94</sup>

## III. Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB

Werden AGB gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet, so sind die §§ 308, 309 BGB grundsätzlich nicht anwendbar (§ 310 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Inhaltskontrolle richtet sich in diesem Fall formell allein nach § 307 BGB. Den (meisten) Verboten in den §§ 308 f. BGB wird allerdings weitgehend auch „Indizwirkung“ für B2B-Verträge beigemessen.<sup>95</sup> Dies führt im praktischen Ergebnis dazu, dass nur unter besonderen Umständen die in §§ 308 f. BGB genannten Klauseln zwischen Unternehmern wirksam sind.<sup>96</sup> In diesem

Zusammenhang muss jeweils einzeln begründet werden, dass kaufmännische Besonderheiten, wie z.B. Schnelligkeit und Leichtigkeit des Verkehrs oder Üblichkeit von wirtschaftlichem Druck eine abweichende Bewertung zulassen.<sup>97</sup>

Praktisch relevant sind in diesem Zusammenhang insbesondere Vertragsstrafenklauseln. In Verbraucherverträgen unterliegen diese unmittelbar den Einschränkungen des § 309 Nr. 6 BGB, der aber auf Unternehmerebene grundsätzlich keine Indizwirkung im Rahmen des § 307 BGB entfaltet.<sup>98</sup> Für Vertragsstrafen bleibt daher im B2B-Verkehr ein wesentlich weiterer Spielraum als im Verbraucherverkehr. Die Angemessenheitsprüfung konzentriert sich daher vor allem auf die Höhe der Vertragsstrafe.

Neben der Inhaltskontrolle erfolgt auch zwischen Unternehmern eine Transparenzkontrolle gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.<sup>99</sup> Auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr sind Klauseln daher klar und verständlich zu formulieren. Allerdings ist auch hier dem Umstand Rechnung zu tragen, dass an die Geschäftsgewandtheit des unternehmerisch tätigen Vertragspartners typischerweise höhere Anforderungen gestellt werden dürfen als an den Verbraucher.<sup>100</sup>

## E. Rechtsfolgen unwirksamer AGB-Klauseln

### I. Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit (§ 306 BGB)

Hält eine Klausel der Inhaltskontrolle nicht stand, so ist diese Klausel unwirksam. Eine geltungserhaltende Reduktion auf das gerade noch zulässige Maß ist grundsätzlich nicht möglich.<sup>101</sup> Ansonsten hätte der Verwender die Möglichkeit, die Grenzen des Zulässigen ohne eigenes Risiko auszutesten. Gibt bei einer Streichung eines unwirksamen Teils einer Klausel der Rest noch (materiellen) Sinn, könnte nur dieser Teil der Klausel unwirksam sein (sog. *blue pencil test*).<sup>102</sup> Dieser in den *Common Law*-Rechtsordnungen weitgehend anerkannte Test wird in der deutschen Rechtsprechung allerdings nur sehr zurückhaltend angewandt. Nur wenn eine natürliche Regelungseinheit besteht, kann durch Streichung die Unwirksamkeit auf diese Regelungseinheit innerhalb einer Klausel

<sup>91</sup> Dazu *Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016.

<sup>92</sup> Speziell dazu *Schmidt*, NJW 2011, 3329.

<sup>93</sup> OLG Bremen, Urteil vom 11.02.2004 – 1 U 68/03.

<sup>94</sup> *Wurmnest* (Fn. 59) § 307 Rn. 156.

<sup>95</sup> BGH, Urteil vom 26.02.2016 – V ZR 208/14; vgl. auch *Kollmann* (Fn. 1) § 308 Rn. 28.

<sup>96</sup> Vgl. nur BGH, Versäumnisurteil vom 19.09.2007 – VIII ZR 141/06 (zu § 309 Nr. 7 BGB).

<sup>97</sup> Vgl. *Wurmnest* (Fn. 59), § 308 Rn. 6; *Berger*, NJW 2001, 2152.

<sup>98</sup> Vgl. nur *Fuchs* (Fn. 66) § 309 Nr. 6 Rn. 35.

<sup>99</sup> *Schmidt* (46) § 307 Rn. 50.

<sup>100</sup> Vgl. nur BGH, Urteil vom 03.12.2015 – VII ZR 100/15.

<sup>101</sup> BGH, Urteil vom 20.01.1983 – VII ZR 105/81.

<sup>102</sup> Vgl. auch *Schwab* (Fn. 39), Teil 3 Rn. 336 ff.

begrenzt werden.<sup>103</sup> Gleichwohl zeigt sich zumindest im AGB-Arbeitsrecht eine gewisse Tendenz, dass für die Geltung des *blue pencil test* bereits das Übrigbleiben einer „verständlichen Regelung“ ausreichend sein soll.<sup>104</sup>

Sind einzelne Klauseln nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt in Abweichung von der Grundregel des § 139 BGB der Rest des Vertrags gemäß § 306 Abs. 1 BGB wirksam. An die Stelle der nicht einbezogenen oder unwirksamen Klausel tritt dann grundsätzlich dispositives Gesetzesrecht (§ 306 Abs. 2 BGB). Soweit keine gesetzliche Regelung vorhanden ist oder das Gesetzesrecht nach den berechtigten Vorstellungen der Parteien nicht zu einem angemessenen Ergebnis kommt, konnte früher noch die Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung gefüllt werden.<sup>105</sup> Inzwischen hat die Rechtsprechung die Voraussetzungen für die ergänzende Vertragsauslegung aber diesbezüglich abgeändert,<sup>106</sup> sodass diese grundsätzlich im Regelfall nicht mehr fruchtbar gemacht werden kann.<sup>107</sup> Auch wenn die Klausel durch dispositives Gesetzesrecht ersetzt wird, kann das Festhalten an dem Vertrag für eine Seite eine unzumutbare Härte darstellen. Gemäß § 306 Abs. 3 BGB ist der Vertrag dann ausnahmsweise unwirksam.

## II. Weitere Rechtsfolgen

Verbraucherschutzverbände können Klauseln in Verbraucherverträgen mit einer Unterlassungsklage gemäß § 1 UKlaG angreifen.<sup>108</sup> Dies geschieht jedoch aus Kostengründen eher selten. Weniger bekannt und auch erst seit einigen Jahren anerkannt ist, dass die Verwendung einer unwirksamen Klausel zugleich gegen geltendes Wettbewerbsrecht verstoßen und damit Gegenstand von Abmahnungen und Klagen sein kann.<sup>109</sup>

## F. Zusammenfassung

Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen besitzt sowohl in der verbraucher- als auch unternehmerischen Geschäftspraxis eine erhebliche Bedeutung, was es insofern auch für die juristische Ausbildung unabdingbar macht. Die Ausgestaltung und das Verständnis der §§ 305-310 BGB ist dabei zu einem

hohen Maße von Rechtsprechung geprägt, was die Durchdringung der entsprechenden Materie nochmals erschwert. Aus studentischer Sicht ist in diesem Zusammenhang auch der geforderte Aufbau einer AGB-Prüfung (in einer Hausarbeit oder Klausur) zu beachten. So ist generell zunächst zu prüfen, ob es sich überhaupt um AGB i.S. des § 305 Abs. 1 BGB handelt und nachfolgend, ob diese wirksam in den zugrundeliegenden Vertrag einbezogen wurden. Danach folgt mit der AGB-Inhaltskontrolle, wo zunächst die (potenziell) verbotenen Klauseln der §§ 308 f. BGB zu beleuchten und darauffolgend ein Verstoß gegen § 307 BGB (zunächst Abs. 2 und sodann Abs. 1) zu prüfen sind.

Materieller Kernpunkt des AGB-Rechts ist dabei die inhaltliche Überprüfung der entsprechenden AGB-Klauseln. Hierbei erfolgt bezogen auf den mit den §§ 305 ff. BGB bezweckten Schutz eine umfassende Überprüfung insbesondere der tatsächlichen und inhaltlichen Redlichkeit der AGB gegenüber dem betroffenen Vertragspartner. Dabei sind auch Aspekte der Transparenz, der Vorhersehbarkeit und ganz allgemein des Treu und Glaubens zu berücksichtigen. Fällt die entsprechende Prüfung negativ aus, ist die überprüfte AGB-Klausel unwirksam. Die Konsequenzen eines unzureichend beachteten AGB-Rechts sind in der Praxis daher durchaus folgenschwer.

<sup>103</sup> BGH, Urteil vom 18.11.1988 – V ZR 75/87.

<sup>104</sup> BAG, Urteil vom 06.05.2009 – 10 AZR 443/08; LAG Niedersachsen, Urteil vom 05.06.2012 – 1 Sa 5/12.

<sup>105</sup> BGH, Urteil vom 01.02.1984 – VIII ZR 54/83; BGH, Beschluss vom 27.11.1997 – GSZ 1 u. 2/97.

<sup>106</sup> BGH, Urteil vom 09.02.2011 – VIII ZR 295/09; BGH, Urteil vom 18.07.2007 – VIII ZR 227/06.

<sup>107</sup> Aus jüngerer Zeit BAG, Urteil vom 24.08.2017 – 8 AZR 378/16.

<sup>108</sup> BGH, Urteil vom 14.12.2017 – I ZR 184/15.

<sup>109</sup> BGH, Urteil vom 06.11.2013 – KZR 58/11; zuletzt auch BGH, Beschluss vom 23.6.2020 – KVR 69/19.

# Die SARS-CoV-2 (Covid-19) Pandemie und ihre Auswirkungen auf § 313 BGB im Gewerberaummietrecht

## - Gibt es nun ein pauschales Minderungsrecht? -

Von Syndikusrechtsanwalt **Jens Schlüter-Faath**, Aschaffenburg\*

Darf ich aufgrund einer in der Covid19 Pandemie begründeten behördlichen Schließungsverfügung meine Miete mindern? Oder habe ich ein Recht die Anpassung meines Mietvertrages zu verlangen? Fische man im Frühjahr 2020 noch im Trüben, wie die Covid-19 Pandemie tatsächlich rechtlich im Hinblick auf das Gewerberaummietrecht einzuordnen ist, hat sich diesbezüglich vieles getan. Insbesondere die Frage, ob aufgrund der grundsätzlichen Subsidiarität von § 313 BGB dessen Anwendungsbereich durch § 240 EGBGB ausgeschlossen sei, wurde inzwischen einhellig eine Absage erteilt<sup>1</sup> Denn, mit der Einführung des Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB, wurde dies nunmehr abschließend geklärt: „Sind vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar, so wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 (1) 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.“ Aber vereinfacht diese Regelung, wie im Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz vom 13.12.2020 *expressis verbis* festgehalten, tatsächlich die Verhandlungen zwischen Gewerbmietern und Eigentümern?<sup>2</sup> War die Regelung des Art. 240 § 7 Abs. 1 S. 1 EGBGB tatsächlich notwendig oder hätte § 313 BGB für sich nicht ähnliche Ergebnisse herbeigeführt? Diesen Fragen widmet sich der folgende Beitrag.

### A. Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB - Notwendig?

Die klarstellende Wirkung des Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB ist unbestreitbar, denn es wird hiermit grundsätzlich eine Vermutung statuiert, dass Covid19-bedingte Schließungen eine Störung der Geschäftsgrundlage zur Folge haben. Die aufgestellte Vermutung bezieht sich jedoch nur darauf, dass ein Fall des Wegfalls der

Geschäftsgrundlage (schwere Störung der Geschäftsgrundlage) vorliegen soll. Damit ist jedoch noch keine Aussage darüber getroffen, ob die weiteren Voraussetzungen des § 313 BGB vorliegen. Die Vermutung ist mithin widerleglich. Jedoch stand auch vor dem Inkrafttreten die Anwendbarkeit des § 313 BGB nicht in Frage, insbesondere ist nach wie vor eine Einzelfallprüfung erforderlich, was die Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag anbelangt. Faktisch ist somit nur wenig gewonnen, und es handelt sich nach Auffassung des Verfassers lediglich um einen Steigbügel für den Mieter in etwaigen Vergleichsverhandlungen schneller zum Thema Vertragsanpassung i. S. d. § 313 BGB mit dem Vermieter zu gelangen. Aus dem seit 31. Dezember 2020 geltenden Gesetz folgt insbesondere keine automatische Mietreduzierung und kein automatisches Recht des Mieters, die Miete einzubehalten. Dies ist richtig, zeigt aber auch deutlich den politischen Gedanken hinter Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB und nicht dessen Notwendigkeit.

### I. Der Weg zu § 313 BGB

Zunächst soll aufgezeigt werden welche rechtlichen „Hürden“ genommen werden müssen um zur Anwendbarkeit des § 313 BGB zu gelangen. Denn dieser ist insbesondere dann nicht anwendbar, soweit der Mietvertrag für bestimmte Umstände Regelungen enthält.<sup>3</sup> § 313 BGB ist auch gegenüber gesetzlichen Regelungen grundsätzlich nachrangig (z.B. § 314 BGB und § 536 BGB). Aus diesem Grund ist in der Fallbearbeitung vorrangig der individuelle Mietvertrag zu prüfen. Sodann sollte stets die Möglichkeit eines (Sach-) Mangels der Mietsache in Betracht gezogen werden und damit verbunden einen Mietminderungsanspruch gemäß § 536 Abs. 1 BGB. Im nächsten Schritt sollte angedacht werden, von einer Unmöglichkeit des (Geschäfts-) Betriebs in den Mietflächen auszugehen (§ 275 BGB) in der Rechtsfolge, dass dann die Mietzahlungspflicht entfällt (§ 326 Abs. 1 S. 1 BGB).<sup>4</sup> Diese beiden Möglichkeiten (Sachmangel/

\* Der Verfasser ist Legal Counsel bei der Avis Budget Autovermietung GmbH & Co.KG in Oberursel (Taunus).

<sup>1</sup> LG München I, Urt. v. 12.02.2021 – Az. 31 O 11516/20; OLG Frankfurt, Urt. v. 19.03.2021 – Az. 2 U 143/20.

<sup>2</sup> Telefonkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 13. Dezember 2020, Beschluss vom 13.12.2020, Ziffer 15.

<sup>3</sup> Weidt/Schiewek, NJOZ 2020, 481 (481).

<sup>4</sup> Weidt/Schiewek, NJOZ 2020, 481 (482).

Unmöglichkeit) werden von den Gerichten überwiegend verneint, wenngleich es auch Ausnahmen gibt.<sup>5</sup>

## II. Mangel i.S.d. § 536 Abs. 1 BGB?

Die h. M. ist sich einig, dass von auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) und der entsprechenden Landesverordnungen ergangenen behördlichen Schließungsanordnungen betroffene Mieter sich in der Regel nicht auf einen Mangel der Mietsache berufen und demnach auch kein Mietminderungsrecht nach § 536 Abs. 1 S.1 BGB geltend machen können.<sup>6</sup> Dem ist zuzustimmen, denn öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen können nur dann einen Mangel der Mietsache begründen, wenn diese auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruhen und nicht auf den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters.<sup>7</sup> In den verschiedenen „Lock-downs“ des Jahres 2020 waren aber insbesondere solche Gewerberaummieter von Schließungsanordnungen betroffen, bei denen nach der konkreten Eigenart des Betriebes zu befürchten stand, dass die erforderlichen Abstands- bzw. Hygieneregeln nicht eingehalten werden bzw. werden können. Ein objektbezogener Mangel lässt sich allerdings hieraus kaum ableiten. Betrachtet man die Rechtsprechung des BGH zum Thema Rauchverbot<sup>8</sup> in Gaststätten oder zur Änderung von Sperrzeiten<sup>9</sup>, so zeigt diese deutlich, dass eine öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkung nicht zwingend zur Mangelhaftigkeit der Mietsache führt.<sup>10</sup> In diesem Sinne urteilten verschiedene Landesgerichte<sup>11</sup>, wonach die Schließung gewerblicher Flächen durch eine Covid19-bedingte Schließungsanordnung keinen Mangel nach § 536 Abs. 1 BGB begründet, da hoheitlichen Maßnahmen dem Schutz der Bevölkerung dienen und nicht unmittelbar an die Beschaffenheit der Mietsache selbst, sondern allein an den Betrieb des Mieters anknüpfen. Anders urteilte hingegen beispielhaft das LG München I<sup>12</sup> wonach in diesem bestimmten Fall im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie sowohl das Vorliegen eines Mangels als auch einen Anspruch aus § 313 BGB bejaht

wurde. Hierbei nahm das LG München I insbesondere auf Entscheidungen des Reichsgerichts<sup>13</sup> Bezug, in denen behördliche Verbote und Anordnungen (bspw. Tanzverbot) jeweils als Mangel der Mietsache eingeordnet wurden – immer unter Verweis auf den vertragsgemäßen Gebrauch bzw. die vertragsgemäße Nutzung, der bzw. die beeinträchtigt sei. Auf das Thema des Nutzungszwecks in diesem Sinne geht das OLG Frankfurt<sup>14</sup> ausführlich ein und verweist dabei zurecht darauf, dass ein Vermieter lediglich die Verschaffung der Möglichkeit des Gebrauchs des Mietobjekts, sowie die Instandhaltung des Mietobjekts in einem dem Verwendungszweck entsprechenden Zustands schuldet (§ 535 Abs. 1 BGB). Die Vereinbarung eines Nutzungszwecks für das Mietobjekt sei dabei nicht als Zusicherung einer Eigenschaft der Mietsache zu verstehen. Vielmehr präzisiere ein vereinbarter Nutzungszweck lediglich die dem Mieter gestattete Nutzung und begründe bestimmte Anforderungen an das Mietobjekt selbst. Eine darüberhinausgehende Verpflichtung des Vermieters im Zusammenhang mit sich auf den jeweiligen Gewerbebetrieb bezogenen öffentlich-rechtlichen Einschränkungen und somit ein Mietminderungsrecht nach § 536 Abs. 1 BGB lehnte das OLG Frankfurt im Einklang mit der h.M.<sup>15</sup> zutreffend ab.

## III. Unmöglichkeit?

Diskutiert wurde ebenso, ob der von Schließungsanordnungen betroffene Gewerberaummieter sich gemäß § 326 Abs. 1 BGB auf eine Unmöglichkeit der Zurverfügungstellung des Mietgegenstands mit der Folge des Wegfalls der Mietzahlungsverpflichtung berufen könne. Auch dies ist jedoch mit überzeugender Begründung abzulehnen. Zum einen sind die Regeln einer Unmöglichkeit nur bis zur tatsächlichen Überlassung der Mietsache an den Mieter anwendbar und werden ab diesem Zeitpunkt von den Vorschriften des allgemeinen mietrechtlichen Gewährleistungsrechts

<sup>5</sup> LG Kaiserslautern, Urt. v. 13.04.2021 – Az. 4 O 284/20; LG München I, Urt. v. 22.09.2020 – Az. 3 O 4495/20.

<sup>6</sup> BGH NZM 2014, 165; BGH NZM 2011, 727; Weidt/Schiewek, NJOZ 2020, 481 (482).

<sup>7</sup> LG Heidelberg, Urt. v. 30.07.2020 – Az. 5 O 66/20; Bueb, jurisPR-MietR 12/2021 Anm. 5.

<sup>8</sup> Günter, NZM 2016, 569 (570).

<sup>9</sup> BGH, NZM 2011, 727.

<sup>10</sup> Weidt/Schiewek, NJOZ 2020, 481 (482).

<sup>11</sup> LG Heidelberg, Urt. v. 30.07.2020 – Az. 5 O 66/20, LG Zweibrücken, Urt. v. 11.09.2020 – Az. HK O 17/20, LG Frankfurt a.M., Urt. v. 02.10.2020 – Az. 2-15 O 23/20.

<sup>12</sup> LG München I, Urt. v. 22.09.2020 – Az. 3 O 4495/20.

<sup>13</sup> RG, Urt. v. 09.11.1915 (RGZ 87, 277 – III 145/15), Urt. v. 20.02.1917 (RGZ 89, 203 – III 384/16).

<sup>14</sup> OLG Frankfurt a.M. NZM 2021, 395 (397).

<sup>15</sup> Anzinger/Strahl, ZIP 2020, 1833 f.; Kumkar/Voß, ZIP 2020, 893 (894); Liebscher/Zeyher/Steinbrück, ZIP 2020, 852 (855); Schmidt-Kessel/Möllnitz, NJW 2020, 1103 (1106).

verdrängt<sup>16</sup> und zum anderen ist bei den betroffenen Gewerbemietverhältnissen auch regelmäßig die Überlassung der Mietsache an den Mieter gerade nicht unmöglich geworden sondern vielmehr tatsächlich erfolgt.<sup>17</sup> Aufgrund der Covid19-Pandemie ergangene Schließungsanordnungen, die den konkreten Betrieb des Mieters betreffen, nicht aber die Beschaffenheit oder den Zustand des Mietgegenstands an sich, ändern hieran nichts. Das LG Heidelberg<sup>18</sup> führt dazu treffend aus: „Die Kläger haben der Beklagten die Mietsache, wie es ihrer Hauptleistungspflicht entspricht, in gebrauchstauglichem Zustand bereitgestellt. Der Umstand, dass die Nutzung für die Beklagte nicht wie von ihr beabsichtigt möglich war, liegt nicht an der Sache selbst.“

#### IV. Störung der Geschäftsgrundlage

##### 1. Genese der Rechtsprechung ab Q2/2020

Die ergangene Rechtsprechung seit dem Q2/2020 zur Anpassung der Mietzahlungsverpflichtung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage bei Covid19-bedingtem Einnahmefall war und ist nicht einheitlich. Gab es zunächst überwiegend vermietetfreundliche Urteile, die einen Anspruch des Mieters auf Mietanpassung gänzlich ablehnten, in erster Linie zwischen Juli und September 2020<sup>19</sup> (bis auf ein Urteil des LG Stuttgart vom 19. November 2020, und das Urteil des LG München vom 25. Januar 2021)<sup>20</sup>, änderte sich diese Tendenz für zwischen September und November 2020 ergangene Urteile (v.a. des LG München in zwei Entscheidungen aus September und Oktober 2020), die einen Anspruch des Mieters auf Mietanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage bejahten<sup>21</sup>. Ab Q3/2020 konnte eine Tendenz in der Rechtsprechung und Literatur erkannt werden, wonach die Anwendbarkeit des § 313 BGB wegen Covid19-bedingtem Einnahmefall etablierte. Durch die Einführung des Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB war die Diskussion um die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 313 BGB beendet.

##### 2. Zeitliche Anwendbarkeit

Das EGBGB regelt, dass die Vorschrift (Art. 240 § 7 EGBGB) am 01.01.2021 in Kraft tritt. Nach dem verfassungsrechtlichen Verbot der echten Rückwirkung von Gesetzen (Art. 20 GG) kann sich die Vorschrift somit grundsätzlich nicht auf abgeschlossene Sachverhalte beziehen.<sup>22</sup> Denn eine Rechtsnorm entfaltet echte Rückwirkung, wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon für vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“). Das ist grundsätzlich verfassungsrechtlich unzulässig.<sup>23</sup>

Demnach ist die Vorschrift nicht auf den Zeitraum des ersten Lockdowns zwischen März bis April 2020 anwendbar, soweit die betroffenen Mieten für diesen Zeitraum ohne Vorbehalt geleistet wurden oder anderweitige Vereinbarungen, etwa einer Stundung, getroffen wurden. Ansonsten handelt es sich hierbei um abgeschlossene Sachverhalte. Für die Zeit bis zum 31.12.2020 (einschließlich des Zeitraums von März bis April 2020) kommt es mithin darauf an, ob der Mieter die Pflicht zur Mietzahlung offengehalten hat, bspw. Zahlung unter Vorbehalt. Ist das der Fall, ist der Sachverhalt nicht abgeschlossen, sodass das Verbot der echten Rückwirkung von Gesetzen nicht greift.

##### 3. Sachliche Anwendbarkeit

Die Anwendbarkeit des Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB ist beschränkt auf Mieter von Grundstücken oder Räumen, die keine Wohnräume sind, aber infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblichen Einschränkungen verwendbar sind/waren.<sup>24</sup> Für diese Betriebe, insbesondere die im November 2020 von Schließungsverfügungen betroffene Gastronomie, besteht mithin eine widerlegbare Vermutung für das Vorliegen einer Störung der Geschäftsgrundlage i. S. d. § 313 Abs. 1 BGB. Allerdings, und dies ist entscheidend, haben die betroffenen Mieter somit die gesamten Voraussetzungen des § 313 BGB vollständig vorzutragen. Keinesfalls darf von einem Automatismus ausgegangen werden, eine generelle Anwendbarkeit von § 313 BGB ist durch gesetz-

<sup>16</sup> Bueb, jurisPR-MietR 12/2021 Anm. 5, Keil, DZWIR 2021, 387 (390).

<sup>17</sup> Weidt/Schiewek, NJOZ 2020, 481 (482); Börstinghaus, jurisPR-MietR 23/2020 Anm. 1.

<sup>18</sup> LG Heidelberg, Urt. v. 30.07.2020 – Az. 5 O 66/20, ebenso LG Köln, Urt. v. 06.01.2021 – Az. 16 O 255/20.

<sup>19</sup> LG Zweibrücken, Urt. v. 11.09.2020 – Az. HK O 17/20; LG Wiesbaden, Urt. v. 05.11.2020 – Az. 9 O 852/20.

<sup>20</sup> LG München I, Urt. v. 25.01.2021 – Az. 31 O 7743/20; LG Stuttgart, Urt. v. 19.11.2020 – Az. 11 O 215/20.

<sup>21</sup> LG Mönchengladbach, Urt. v. 02.11.2020 – Az. 12 O 154/20; LG München I, Urt. v. 22.09.2020 – Az. 3 O 4495/20.

<sup>22</sup> a.A. Römermann, NJW 2021, 265 (269, Rn.32).

<sup>23</sup> BVerfG, NJW 2010, 3629; BVerfG, NVwZ 2012, 876; BVerfG, NJW 2018, 1379, Rn.135.

<sup>24</sup> LG München II, Urt. v. 28.01.2021 – Az. 1 O 2773/20.

geberische Maßnahmen nicht herbeiführbar, wie so oft kommt es auf eine Einzelfallbetrachtung an.

Der Tatbestand der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB setzt ein tatsächliches, ein hypothetisches und ein normatives Element voraus.<sup>25</sup> Die Geschäftsgrundlage wird gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, beim Vertragsschluss aber zutage getretenen, dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen des eigenen Vertragsteils oder durch die gemeinsamen Vorstellungen beider Teile vom Vorhandensein oder künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille auf diesen Vorstellungen aufbaut.<sup>26</sup> Kernfrage im Rahmen von Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB i.V. m. § 313 Abs. 1 BGB ist das normative Element, nämlich ob einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.<sup>27</sup> Hierbei hat die Rechtsprechung unterschiedliche Prüfungsstufen entwickelt und somit dürfte erst eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs endgültige Rechtssicherheit bringen. Das OLG Karlsruhe<sup>28</sup> lehnte einen Mietminderungsanspruch ab und betonte, dass die Annahme der Unzumutbarkeit im Sinne von § 313 BGB nur in existenzvernichtenden Ausnahmefällen, ggf. bereits bei einer schweren Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens in Betracht komme. Das OLG Karlsruhe führte dabei aus, dass der neu eingeführte Art. 240 § 7 EGBGB zwar eine tatsächliche Vermutung für eine schwerwiegende Änderung der Umstände i. S. d. § 313 BGB schaffe, diese Vermutung aber lediglich das tatsächliche Element des § 313 Abs. 1 BGB betreffe und zudem widerleglich sei.<sup>29</sup> Die für die im Rahmen der Vertragsanpassung zusätzlich vorzunehmende Interessensabwägung und entscheidende Risikoverteilung dagegen sei von dieser Vermutung nicht erfasst. Hierbei betonte das OLG Karlsruhe ausdrücklich, dass die Schließungsanordnung das Verwendungsrisiko des Mieters betreffe.

Am selben Tag wie das OLG Karlsruhe urteilte das OLG Dresden<sup>30</sup>, ihm folgend das KG Berlin<sup>31</sup>, und stellte darauf ab, dass auch ohne etwaige Existenzgefährdung eine nicht hinnehmbare Äquivalenzstörung

im gegenseitige Dauerschuldverhältnis vorliege, die das wechselbezügliche Gefüge von Nutzungsüberlassung und entsprechendem Mietzins untergrabe. Daher müsse die Unzumutbarkeit des Festhaltens am bestehenden Vertrag beim gestörten Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ansetzen. Der Interessenkonflikt der Parteien resultiere daraus, dass entweder der Mieter die volle Miete zahlen müsste, ohne das Mietobjekt während des Lockdowns vertragskonform nutzen zu können oder der Vermieter keine bzw. eine verringerte Miete für ein Mietobjekt erhalte, für dessen vorübergehende Schließung er nicht nur keine Ursache gesetzt hat, sondern die er auch nicht vorhersehen konnte. Die notwendige Unzumutbarkeit beziehe sich damit (nur) auf das Verhältnis von Überlassung des Mietobjekts einerseits und Zahlung der Miete als Nutzungsentgelt andererseits.

#### 4. Rechtsfolge: Anpassung des Vertrages

Bleibt schließlich die Frage, in welchem Umfang eine Mietreduzierung stattfinden muss/kann. Da es sich um eine Entscheidung handelt, die sich an den Umständen des Einzelfalles orientiert, lässt sich eine schematische Lösung nicht entwickeln. Dafür sind die Umstände, die bei der Entscheidung zu berücksichtigen sind, zu unterschiedlich. Das maßgebliche Kriterium für die Anpassung des Vertrages ist die Zumutbarkeit. Um dieses Tatbestandmerkmal festzustellen, ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich. Anzustreben ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein optimaler Interessenausgleich bei einer möglichst geringen Herabsetzung oder Anhebung einer Verbindlichkeit.<sup>32</sup> Salomonische 50:50 Lösungen wie sie das OLG Dresden und das KG Berlin bejahen, wirken auf den ersten Blick als gute Möglichkeit einen einfachen und gerechten Ausgleich herbeizuführen. Allerdings drängt sich eine Korrektur von diesem Lösungsansatz bereits dann auf, wenn staatlich keine vollständige Nutzungsuntersagung, sondern lediglich eine Nutzungsbeschränkung zu Lasten des Mieters verfügt wurde, diesem also zumindest noch partiell ökonomische Nutzungsvorteile an dem Mietobjekt verbleiben.<sup>33</sup> Die Entscheidung des OLG Karlsruhe lässt insoweit differenzierte Beurteilungsmöglichkeiten zu, was letztendlich interessengerechter sein dürfte. Denn

<sup>25</sup> Keil, DZWIR 2021, 387 (391); Finkenauer, in: MüKo BGB, 8. Auflage § 313 BGB, Rn 56.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 11.12.2019 – Az. VIII ZR 234/18; BGH, Urt. v. 24.03.2010 – Az. VIII ZR 160/09.

<sup>27</sup> Finkenauer, in: MüKo BGB, 8. Auflage § 313 BGB, Rn 58.

<sup>28</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.02.2021 – Az. 7 U 109/20.

<sup>29</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.02.2021 – Az. 7 U 109/20.

<sup>30</sup> OLG Dresden, Urt. v. 24.02.2021 – Az. 5 U 1782/20.

<sup>31</sup> KG Berlin, Urt. v. 01.04.2021 – Az. 8 U 1099/20.

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 30.09.2011 – Az. V ZR 17/11.

<sup>33</sup> Keil, DZWIR 2021, 387 (392).

das Bild des solventen Vermieters und des armen Mieters ist nicht immer zutreffend. Auch Vermieter hängen an Investoren und unterliegen einem massiven wirtschaftlichen Druck ihr Mietniveau zu halten bzw. stetig zu steigern. Mieter haben ebenso die Pflicht Rücklagen<sup>34</sup> zu bilden und sich gegen Nutzungsausfall zu versichern. Das Anknüpfungsmoment an eine existenzgefährdende Lage bzw. schweren Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens, lässt differenziertere den tatsächlichen wirtschaftlichen Umständen des Einzelfalls entsprechende Lösungen zu und verlegt nicht die Beweislast auf die Schultern des Vermieters, welcher letztendlich ebenso wenig Verantwortung für die Pandemie trägt, wie der Mieter.

### **B. Fazit**

Die Einführung des Art. 240 § 7 EGBGB entpuppt sich im Ergebnis als stumpfes Schwert und war nicht zwingend erforderlich. Wie schon zuvor, gilt es in jedem Einzelfall zu klären, ob sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen des § 313 BGB für eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage vorliegen. Auch wenn die Gerichte sichtlich bemüht sind, handhabbare Kriterien zu entwickeln, um zu sachgerechten, ausgewogenen Ergebnissen zu gelangen, zeigt doch die Unterschiedlichkeit der Ergebnisse deutlich, wie schwer die Entwicklung abstrakt-genereller Bedingungen für die Anwendung von § 313 BGB auf die vorliegenden Fälle zur Vertragsanpassung infolge der COVID-19 Pandemie fällt. Letztendlich kann weder von einem pauschalen Minderungsrecht des Mieters ausgegangen werden, noch kann sich der Vermieter auf den vollen Mietanspruch verlassen. Letztendlich bleibt den betroffenen Mietparteien zumindest die Gewissheit, dass ihre Situation im Rahmen eines objektiven Verfahrens beleuchtet wurde, um ein sachgerechtes Ergebnis zu finden.

**Anmerkung der Redaktion:** Zur Umsetzung in der Fallbearbeitung siehe *Spohnheimer/Haberstock*, MLR 2021, 65 ff. (in diesem Heft).

<sup>34</sup> LG München I, Urt. v. 25.01.2021 – Az. 31 O 7743/20.

# Die Kündigungsschutzklage in der juristischen Fallbearbeitung

Von Professor Dr. **Markus Roth** und Wiss. Mitarbeiter **Julian Krüger**, Marburg\*

## Einleitung

### I. Relevanz der Kündigungsschutzklage für die Examensvorbereitung und die Praxis

Dem Arbeitsrecht kommt nach dem hessischen Juristenausbildungsgesetz in der staatlichen Pflichtfachprüfung eine herausgehobene Bedeutung zu. Über die Regelung in anderen Bundesländern hinausgehend ist nach § 13 Abs. 2 JAG neben Aufgaben aus dem Bürgerlichen Recht, aus dem Öffentlichen Recht und aus dem Strafrecht auch eine Klausur aus dem Bereich des Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrechts zu bearbeiten. Es ist deshalb damit zu rechnen, dass in jedem Kalenderjahr eine arbeitsrechtliche Klausur gestellt wird, insgesamt kommt dem Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrecht in der staatlichen Pflichtfachprüfung dieselbe Bedeutung zu wie dem gesamten Strafrecht. Insbesondere bei arbeitsrechtlichen Klausuren kommt dabei dem Bürgerlichen Recht eine zentrale Rolle zu. Aufgrund von Querbezügen und der Einbettung des Arbeitsrechts in das allgemeine Zivilrecht können auch Probleme des Allgemeinen Teils sowie des Allgemeinen Schuldrechts eine Rolle spielen, das Justizprüfungsamt bezeichnet die meist arbeits- und gesellschaftsrechtlichen Klausuren so zutreffend als ZR III-Klausur.

Arbeitsrechtliche Fälle sind im Examen häufig in mehrere getrennt zu bearbeitende Einzelkomplexe unterteilt, bei praktisch jeder arbeitsrechtlichen Examensklausur ist dabei auch eine Kündigungsschutzklage zu prüfen. Dies entspricht der überragenden Bedeutung der Kündigungsschutzklagen für die arbeitsrechtliche Praxis. Bei den erstinstanzlich zuständigen Arbeitsgerichten entfällt fast die Hälfte aller Fälle auf arbeitgeberseitige Kündigungen.<sup>1</sup> Dem aktuellen Jahresbericht des Bundesarbeitsgerichts (BAG) lässt sich entnehmen, dass Beendigungsstreitigkeiten mit nahezu einem Drittel aller Eingänge den größten Anteil

an eingehenden Rechtssachen ausmachen.<sup>2</sup> Unter den Fachanwälten sind die Fachanwälte für Arbeitsrecht am häufigsten vertreten.<sup>3</sup>

Dieser Beitrag stellt die Grundlagen der Prüfung der Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung, eingekleidet in eine Kündigungsschutzklage, dar. Besonders klausurrelevante Probleme werden vertieft und teilweise anhand von Beispielen näher erläutert. Behandelt werden die Zulässigkeit der Kündigungsschutzklage sowie die generellen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer ordentlichen Kündigung. Weitere Beiträge sollen sich mit dem allgemeinen Kündigungsschutz sowie der Prüfung einer außerordentlichen Kündigung auseinandersetzen.

### II. Aufbaumöglichkeiten und examenstypische Probleme

Im Rahmen der Erörterung der Frage nach der Wirksamkeit einer Kündigung lassen sich viele juristische Fertigkeiten wie Argumentationsgeschick und die Fähigkeit zum gerechten Abwägen überprüfen. Dabei sind die Prüfungsschemata insbesondere Gedankenstützen, sie können im Einzelfall flexibel gehandhabt werden. Das gilt auch allgemein für den Aufbau einer Kündigungsschutzklage, bereits vor der Begründetheit und der Zulässigkeit der Klage kann auf den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eingegangen werden. Aufgrund der allgemeinen Regelung in § 17a GVG zur Verweisung an das zuständige Gericht kann die Prüfung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten nach § 2 ArbGG vorangestellt werden (Prüfungsreihenfolge dann A. Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten, B. Zulässigkeit, C. Begründetheit) oder aber nur zwischen Zulässigkeit und Begründetheit unterschieden werden (Prüfungsreihenfolge dann A. Zulässigkeit, B. Begründetheit). In den Lösungshinweisen zu den arbeitsrechtlichen Klausuren finden sich beide

\* Prof. Dr. *Markus Roth* ist Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Deutsches und Europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Institut für Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht) an der Philipps-Universität Marburg. *Julian Krüger* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut von Prof. Dr. *Roth*.

<sup>1</sup> Fachserie „Rechtspflege“ des Statistischen Bundesamtes, Ausgabe 2.8. „Arbeitsgerichte“ 2019, S. 22 ff.; online abrufbar unter: [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/arbeitsgerichte-](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/arbeitsgerichte-2100280197004.pdf?__blob=publicationFile)

[2100280197004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/arbeitsgerichte-2100280197004.pdf?__blob=publicationFile) (abgerufen am 01.09.2021).

<sup>2</sup> Jahresbericht des Bundesarbeitsgerichts 2020, S. 10; online abrufbar unter: [https://www.bundesarbeitsgericht.de/download/jahresbericht\\_2020.pdf](https://www.bundesarbeitsgericht.de/download/jahresbericht_2020.pdf) (abgerufen am 01.09.2021)

<sup>3</sup> Bundesrechtsanwaltskammer, Statistik zu den Fachanwälten 2020, S. 1, online abrufbar unter: [https://brak.de/w/files/04\\_fuer\\_journalisten/statistiken/2020/fachanwaltstatistik\\_2020.pdf](https://brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/statistiken/2020/fachanwaltstatistik_2020.pdf) (abgerufen am 01.09.2021).

Möglichkeiten, so auch in der arbeitsrechtlichen Lehr<sup>4</sup>- und Fallbuchliteratur.<sup>5</sup> Dort überwiegt der zweistufige Aufbau mit Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit,<sup>6</sup> dem auch hier der Vorzug gegeben wird.<sup>7</sup> Ergänzend zur Zulässigkeit und Begründetheit kann das Vorliegen einer objektiven Klagehäufung nach §§ 46 Abs. 1, 2 ArbGG, 260 ZPO geprüft werden. Dies wenn ein Arbeitnehmer Klage nicht nur gegen eine Kündigung erhebt, sondern etwa auch Lohnfortzahlung verlangt.<sup>8</sup>

Wichtig ist bei arbeitsrechtlichen Klausuren zunächst das Beachten der Fallfrage. Nicht stets sind in einer arbeitsrechtlichen Klausur sowohl die Zulässigkeit als auch die Begründetheit der Klage zu prüfen. Dies gilt auch bei Kündigungen. Wenn nach der Wirksamkeit einer Kündigung gefragt wird, bedarf es lediglich der Bearbeitung der Begründetheit, während bei der Frage nach den Erfolgsaussichten einer Kündigungsschutzklage auch die Zulässigkeit angesprochen werden muss.<sup>9</sup> Wesentliche Probleme liegen selten in der Zulässigkeit, diese sollte grundsätzlich eher knapp bearbeitet werden. Die examenstypischen Probleme liegen bei arbeitsrechtlichen Klausuren in der Begründetheit. Der Sachverhalt enthält häufig Hinweise auf rechtliche Probleme, ist aber auch im Hinblick auf die dort vorgetragenen Tatsachen nach Möglichkeit umfassend auszuwerten. Häufig sind verschiedene Lösungen vertretbar.

## A. Die Zulässigkeit der Kündigungsschutzklage

### I. Eröffnung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten und sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts

Zunächst und bei Prüfung der Zulässigkeit stets zu erörtern ist, ob der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet ist. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG ist dies in

ausschließlicher Zuständigkeit in den dort genannten fünf Fallgruppen der Fall. Besonders relevant sind die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts für Rechtsstreitigkeiten über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses, welche sich aus § 2 Abs. 1 Nr. 3b ArbGG ergibt sowie die in § 2 Abs. 1 Nr. 3a ArbGG genannten Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis – etwa Zahlungsansprüche. Bei Kündigungsschutzklagen handelt es sich um Rechtsstreitigkeiten um das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses, § 2 Abs. 1 Nr. 3b ArbGG. Streitigkeiten zwischen juristischen Personen sowie deren Vertretern können nach Vereinbarung im Sinne des § 2 Abs. 4 ArbGG ebenfalls vor dem Arbeitsgericht behandelt werden.

**Vertiefung:** Die Prüfung, ob der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet ist, kann auch losgelöst von der Zulässigkeit geprüft werden, dann wäre ein eigenständiger Prüfungspunkt vor der Zulässigkeit die Prüfung der Eröffnung des Rechtsweges. Nach §§ 48 Abs. 1 ArbGG, 17a Abs. 2 S. 1 GVG verweist im Falle eines unzulässigen Rechtsweges das Gericht, bei welchem die Klage anhängig ist, an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtsweges.

Die saubere Prüfung der elementaren Voraussetzungen der Zulässigkeit ist gleichsam für Theorie und Praxis relevant, zumal die Zulässigkeit in vielen arbeitsrechtlichen Klausuren zu erörtern ist. Gerade, wenn in einer Prüfung nach den Erfolgsaussichten einer Klage gefragt ist, stellt die Erörterung der Zulässigkeitsvoraussetzungen zudem den Einstieg in die Klausur oder Hausarbeit dar, so dass alleine aufgrund des naturgemäßen Vorteils eines positiven ersten Eindrucks die Grundzüge beherrscht werden sollten. Zugleich kann gezeigt werden, dass die Prüfung auf die

<sup>4</sup> Beispielsweise *Heckelmann/Franzen*, Fälle zum Arbeitsrecht, 4. Auflage 2015, *Junker*, Fälle zum Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021, *Michalski*, Arbeitsrecht – 50 Fälle mit Lösungen, 7. Auflage 2020, *Oetker*, 30 Klausuren aus dem Individualarbeitsrecht, 11. Auflage 2020, *Preis/Seiwerth*, Arbeitsrecht, Klausurenkurs, Fälle, Prüfungsschemata, Systematik, 2. Auflage 2020, *Säcker (Hrsg.)*, Individuelles Arbeitsrecht case by case, 2006, *Tillmans*, Klausurenkurs im Arbeitsrecht I, 3. Auflage 2019.

<sup>5</sup> Beispielsweise *Brox/Rüthers/Henssler*, Arbeitsrecht, 20. Auflage 2020, *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band 1, 7. Auflage 2018, *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 20. Auflage 2021, *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, 2017, *Krause*, Arbeitsrecht, 4. Auflage 2020, *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, 12. Auflage 2019, *Otto/Bieder*, Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021, *Preis/Temming*, Lehrbuch

Individualarbeitsrecht, 6. Auflage 2020, *Reichold*, Arbeitsrecht, 6. Auflage 2019, *Waltermann*, Arbeitsrecht, 19. Auflage 2018, *Wollenschläger*, Arbeitsrecht, 3. Auflage 2010, *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, 7. Auflage 2015.

<sup>6</sup> *Heckelmann/Franzen*, Fälle zum Arbeitsrecht, 4. Auflage 2015, S. 16, *Junker*, Fälle zum Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021, S. 27 ff., *Preis/Seiwerth*, Arbeitsrecht, Klausurenkurs, Fälle, Prüfungsschemata, Systematik, 2. Auflage 2020, S. 309.

<sup>7</sup> Demgegenüber mit dreistufigem Aufbau (Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten, Zulässigkeit und Begründetheit) *Oetker*, 30 Klausuren aus dem Individualarbeitsrecht, 11. Auflage 2020, S. 42, 154.

<sup>8</sup> Zum sog. Schleppnetzantrag s. noch A. II.

<sup>9</sup> Zur Typologie arbeitsrechtlicher Klausuren *Junker*, Fälle zum Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021, S. 1 ff.

relevanten Probleme beschränkt wird, der Leser also nicht Unwesentliches selbst vom Wesentlichen unterscheiden muss. Nach § 46 Abs. 2 ArbGG gelten im Urteilsverfahren vorbehaltlich einiger im ArbGG genannten Ausnahmen die Vorschriften der ZPO über das Verfahren vor den Amtsgerichten entsprechend, diese sollten aber nur behandelt werden, wenn sie im Sachverhalt oder der Aufgabenstellung explizit angesprochen wurden. Nach § 495 ZPO gelten vor den Amtsgerichten die Vorschriften über das Verfahren vor den Landgerichten (§§ 253 ff. ZPO), weshalb § 495 ZPO nur zu zitieren ist, wenn keine Norm vor § 253 ZPO herangezogen wird.

Insgesamt ist zu beachten, dass unabhängig von Inhalt und Streitwert des Rechtsstreits die Arbeitsgerichte in aller Regel erstinstanzlich zuständig sind, die Landesarbeitsgerichte sowie das Bundesarbeitsgericht in Erfurt sind zumeist Rechtsmittelgerichte.<sup>10</sup> Anders als in der Zivilgerichtsbarkeit mit der Unterscheidung von Amts- und Landgerichten gibt es so im Grundsatz keine Teilung der Eingangszuständigkeit. Zuständig im ersten Rechtszug ist das Arbeitsgericht, § 8 Abs. 1 ArbGG, sofern das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt. In Hessen gibt es sieben Arbeitsgerichte, das Landesarbeitsgericht befindet sich in Frankfurt am Main.<sup>11</sup>

**Vertiefung:** Im Rahmen der Zulässigkeit der Klage ist die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft des Klägers dann nicht zu prüfen, wenn der Erfolg der erhobenen Klage maßgeblich vom Arbeitnehmerstatus abhängig ist (sog. *sic-non*-Fall), da es sich in diesem Falle um eine sog. doppelt relevante Tatsache handelt.<sup>12</sup> In diesen Konstellationen reicht die schlüssige Behauptung des Klägers, er sei Arbeitnehmer sowie die anschließende Erörterung der Frage in der Begründetheit aus,

während in anderen Fällen bereits in der Zulässigkeit die Prüfung zu erfolgen hat.<sup>13</sup>

Prominentes Beispiel für einen *Sic-non*-Fall ist die Kündigungsschutzklage gegen eine ordentliche Kündigung unter Berufung auf das Kündigungsschutzgesetz.<sup>14</sup> In den anderen Konstellationen kann sich der Anspruch aus allgemeinen zivilrechtlichen sowie arbeitsrechtlichen Normen ergeben, wobei sich diese ausschließen können (*aut-aut*)<sup>15</sup> oder auch nicht in einem Alternativverhältnis stehen müssen (*et-et*)<sup>16</sup>. In diesen Fällen ist die Arbeitnehmereigenschaft bereits im Rahmen der Zulässigkeit zu erörtern.

## II. Statthafte Klageart

Das Klagebegehren des gekündigten Arbeitnehmers bezieht sich nicht auf eine einzelne Leistung durch den Arbeitgeber (etwa die Vergütung nach § 611a Abs. 2 BGB), sondern auf die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die in dem Prozess behandelte Kündigung nicht beendet wurde. Zu denken wäre demnach zunächst an die allgemeine Feststellungsklage des § 256 ZPO. Führt man sich deren Umfang jedoch vor Augen, wird ersichtlich, dass diese auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses *per se* gerichtet ist, während mit der *Kündigungsschutzklage* ja gerade ein einzelner denkbarer Beendigungstatbestand angegriffen werden soll (sog. punktueller Streitgegenstand).<sup>17</sup> Die speziellere und somit vorrangige Klageart ist die Kündigungsschutzklage des § 4 S. 1 KSchG (i. V. m. § 256 Abs. 1 ZPO).

**Fall:** Arbeitgeber A kündigt dem Verkaufsleiter V wegen angeblichen Spesenbetrugs fristlos. Er sendet im Wortlaut identische Schreiben am 2. Januar mit Einschreiben mit Rückschein und am 3. Januar mit Einwurf-Einschreiben. Mit Klage vom 15. Januar wendet sich V erfolgreich gegen die Kündigung vom 2. Januar.

<sup>10</sup> *Roos/Henssen* in Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, § 1 S. 1 ArbGG Rn. 2; ausnahmsweise ist das LAG nach § 98 Abs. 2 ArbGG in erster Instanz zuständig für Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 5 ArbGG.

<sup>11</sup> Vgl. <https://justizministerium.hessen.de/gerichte-behoerden/arbeitsgerichte> (abgerufen am 01.09.2021).

<sup>12</sup> *Junker*, Arbeitsrecht, 20. Auflage 2021, Rn. 853 ff., *Koch* in Erfurter Kommentar, § 2 ArbGG Rn. 35 f., vgl. vertiefend hierzu *Horcher*, NZA 2020, 1433. Als Fall aufgearbeitet von *Oetker*, 30 Klausuren aus dem Individualarbeitsrecht, 11. Auflage 2020, S. 37 (Lösungsskizze zu Fall 1).

<sup>13</sup> BAG NZA 2019, 490 (492).

<sup>14</sup> BAG NZA 1996, 1005 (1008), diese Frage vertiefend *Greiner*, JURA 2014, 273 (275 f).

<sup>15</sup> Der Anspruch kann entweder auf eine arbeitsrechtliche oder auf eine bürgerlich-rechtliche Anspruchsgrundlage gestützt werden, beide Anspruchsgrundlagen schließen sich aus (etwa: Entgelt aus § 611a Abs. 2 BGB und § 611 Abs. 2

BGB), lat. *aut aut* bedeutet entweder oder. So etwa im Fall NZA 2020, 1929 (Streit, ob Zahlungsanspruch aus Arbeitsverhältnis oder Qualifikation als Handelsvertreter).

<sup>16</sup> Der (prozessuale) Anspruch kann sowohl auf eine arbeitsrechtliche als auch auf eine bürgerlich-rechtliche Anspruchsgrundlage gestützt werden, beide Anspruchsgrundlagen schließen sich nicht aus (etwa bei der Kündigung des Dienst- bzw. Arbeitsvertrages eines GmbH-Geschäftsführers nach § 626 BGB, der sowohl für Dienst- als auch für Arbeitsverhältnisse gilt, BAG NZA 2019, 419). Als Fall aufgearbeitet von *Oetker*, 30 Klausuren aus dem Individualarbeitsrecht, 11. Auflage 2020, S. 37 (Lösungsskizze zu Fall 1).

<sup>17</sup> BAG NZA 1997, 844 (845), *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, S. 952 Rn. 3013, *Kerwer* in BeckOK Arbeitsrecht, § 4 KSchG, Rn. 24, 72 f., *Schmitt* in Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, § 4 KSchG Rn. 25.

A macht am 31. Januar geltend, dass die Kündigung vom 3. Januar wirksam geworden wäre.<sup>18</sup>

**Lösung:** Nach dem punktuellen Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage erfasst die Klage stets nur die Kündigung, die sie explizit angreift, jede einzelne Kündigung muss selbst mit einer Klage angegriffen werden. Eine Ausnahme ist hiervon zu machen, wenn eine Auslegung ergibt, dass der Arbeitgeber eine identische Kündigung nur doppelt verlautbaren wollte, was vorliegend der Fall ist.<sup>19</sup>

Nur die Erhebung einer solchen speziellen Feststellungsklage nach § 4 S. 1 KSchG kann den Lauf der materiellen Präklusionsfrist des § 7 KSchG stoppen<sup>20</sup>, was auch die Frage nach der Bedeutung des § 4 S. 1 KSchG beantwortet. Grundsätzlich ist im Gutachten ein Eingehen auf die allgemeine Feststellungsklage entbehrlich.

**Vertiefung:** Da die Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG nur eine punktuelle Kündigung angreift, versuchen Arbeitgeber teilweise, mit einer „Kündigungsflut“ so viele Kündigungen aus den gleichen Gründen auszusprechen (sog. Trotzkündigungen<sup>21</sup>), dass der Arbeitnehmer eine einzelne übersieht, nicht rechtzeitig angreift und demnach die Frist des § 4 S. 1 i.V.m. § 7 KSchG verstreichen lässt. Aus diesen Gründen ist der sog. *Schleppnetzantrag* anerkannt, welcher dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gibt, die punktuelle Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG, soweit diese nach der Theorie über den sog. erweiterten punktuellen Streitgegenstand<sup>22</sup> weitere Tatbestände nicht ohnehin erfasst, über § 260 ZPO (objektive Klagehäufung) mit der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO zu verbinden, welche auf die zusätzliche Feststellung gerichtet ist, dass das in Rede stehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch eine andere Kündigung beendet worden ist, sondern auch darüber hinaus fortbesteht.<sup>23</sup> Wurde ein solcher Antrag gestellt, so bleibt dennoch das Erfordernis des Einbringens der zusätzlichen angegriffenen Kündigungen in den Prozess nach § 4 S. 1 KSchG bestehen<sup>24</sup>, wobei diese nachträgliche Geltendmachung von der analogen Anwendung des § 6 KSchG profitiert<sup>25</sup>, welcher das Einbringen der

zusätzlichen Kündigungen auch nach dem Ablauf der ursprünglichen Dreiwochenfrist ermöglicht.

### III. Besonderes Feststellungsinteresse

Als spezielle Feststellungsklage bedarf auch die Kündigungsschutzklage des Vorliegens eines besonderen Feststellungsinteresses nach § 256 Abs. 1 ZPO. Dieses ergibt sich hier bereits aus dem bloß drohenden Ablauf der *materiell-rechtlichen Präklusionsfrist* des § 4 S. 1 i.V.m. § 7 KSchG<sup>26</sup>, welche für sich genommen eine materiell-rechtliche Voraussetzung darstellt und daher Gegenstand der Prüfung der Begründetheit der Klage ist.

### IV. Sonstige Voraussetzungen der Zulässigkeit

Über die aufgezeigten Schwierigkeiten hinaus beinhaltet das arbeitsgerichtliche Verfahren keine nennenswerten Schwierigkeiten, die nicht auch aus dem allgemeinen Zivilprozess bekannt sein dürften. Wie immer in der Zulässigkeit in einer zivilrechtlichen Prüfungsleistung gilt, dass ohnehin nur die im Sachverhalt angelegten Zulässigkeitsvoraussetzungen anzusprechen sind. Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit wird der Verweis des § 48 Abs. 2 ArbGG auf die ZPO relevant, sodass die §§ 12 ff. ZPO zur Anwendung kommen, wobei insbesondere § 21 ZPO (Gerichtsstand der Niederlassung) sowie § 29 ZPO (Gerichtsstand des Erfüllungsorts) größere Bedeutung haben. § 48 Abs. 1a ArbGG legt zudem fest, dass auch das Arbeitsgericht zuständig ist, in dessen Bezirk der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet hat oder noch verrichtet. Praktisch interessant und relevant ist noch, dass nach § 11 Abs. 1 S. 1 ArbGG kein Anwaltszwang vor den Arbeitsgerichten besteht und die Postulationsfähigkeit neben den Parteien und wie üblich Rechtsanwälten zudem nach § 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 ArbGG z.B. auch Gewerkschaften zukommt.

### B. Die Begründetheit der Kündigungsschutzklage

Den Schwerpunkt der Prüfung einer Kündigungsschutzklage macht die Begründetheit aus. Bevor

<sup>18</sup> Nach BAG NZA 2008, 636.

<sup>19</sup> BAG NZA 2008, 636 (640).

<sup>20</sup> Jaroschek/Lüken, JuS 2001, 65 (67), Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage 2021, Rn. 872.

<sup>21</sup> Hesse in Ascheid/Preis/Schmidt, § 4 KSchG Rn. 146, Horcher, NZA 2020, 1433 (1438).

<sup>22</sup> Vgl. etwa BAG NZA 2015, 635 (638), Klose in KR Gemeinschaftskomentar, § 4 KSchG Rn. 287, vertiefend Niemann, NZA 2019, 65 (71), Reinartz, NZA 2020, 215 sowie Schwab, RdA 2013, 357.

<sup>23</sup> Kamanabrou, Arbeitsrecht, S. 952 Rn. 3014, Kiel in Erfurter Kommentar, § 4 KSchG Rn. 23a.

<sup>24</sup> Kamanabrou, Arbeitsrecht, S. 952 Rn. 3014, Kiel in Erfurter Kommentar, § 4 KSchG Rn. 23a.

<sup>25</sup> Klose in KR Gemeinschaftskomentar, § 4 KSchG Rn. 48.

<sup>26</sup> Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage 2021, Rn. 872, Kerwer in BeckOK Arbeitsrecht, § 4 KSchG Rn. 25, Kiel in Erfurter Kommentar, § 4 KSchG Rn. 9.

Ausführungen zum besonderen oder allgemeinen Kündigungsschutz gemacht werden können, gilt es, die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer ordentlichen Kündigung darzulegen. Bereits im Obersatz sollte klargestellt werden, ob eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung geprüft wird bzw. ob es sich um eine (ordentliche bzw. außerordentliche) Änderungskündigung handelt. Die Kündigungsschutzklage ist begründet, wenn die Kündigung unwirksam ist.

Teilweise wird vor der Prüfung der Kündigung das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses festgestellt.<sup>27</sup> Hierfür spricht, dass die Unwirksamkeit der Kündigung gemäß dem nach § 4 KSchG zu stellenden Klageantrag nur festgestellt werden kann, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung ein Arbeitsverhältnis bestand. Nach § 4 S. 1 Hs. 2 KSchG wird beantragt festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch Kündigung nicht aufgelöst wurde. Die meisten Prüfungsschemata verzichten allerdings wie unten vorgeschlagen auf eine gesonderte Prüfung bzw. Feststellung des Arbeitsverhältnisses.<sup>28</sup> Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist regelmäßig unproblematisch.

### I. Zugang einer zurechenbaren schriftlichen Kündigungserklärung, § 623 BGB

Erster Prüfungspunkt der Begründetheit einer Kündigungsschutzklage ist grundsätzlich das Vorliegen einer Kündigungserklärung. Der klagende gekündigte Arbeitnehmer muss eine schriftliche Kündigungserklärung erhalten haben, welche dem Arbeitgeber zurechenbar ist. Dabei kann zugleich festgestellt werden, dass jedenfalls bis zum Zugang der Kündigung ein Arbeitsverhältnis bestand, implizit erfolgt das bereits durch das Bejahen einer Kündigungserklärung. Fehlt es am Zugang einer zurechenbaren schriftlichen Kündigungserklärung, ist die Kündigungsschutzklage schon aus diesem Grund begründet und sind etwaige weitere im Sachverhalt angesprochene Probleme in einem Hilfsgutachten zu prüfen. Nur selten ist zunächst

und gesondert auf das Vorliegen einer Kündigungserklärung einzugehen, regelmäßig reicht es aus, das Vorliegen einer Kündigungserklärung bei der Erörterung des Vorliegens einer schriftlichen Kündigungserklärung mit zu behandeln. Aus der Erklärung muss unmissverständlich der Wille des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis für die Zukunft – etwa in Abgrenzung zur Anfechtung<sup>29</sup> – zu beenden.<sup>30</sup> Einer Mitwirkung des Arbeitnehmers bedarf es selbstredend nicht, da es sich um eine einseitige Willenserklärung handelt.<sup>31</sup> Die Kündigungserklärung ist bedingungsfeindlich<sup>32</sup>, wobei lediglich bei dem Vorliegen einer Potestativbedingung<sup>33</sup> eine Ausnahme zu machen ist.<sup>34</sup> In Fällen, in denen der Arbeitnehmer in keiner Weise den Eintritt der Bedingung mitbestimmen kann, ist die Bedingung und damit die Erklärung unwirksam.

**Fall:** A ist seit vielen Jahren bei der Sicherheitsfirma des B angestellt, welche seit Jahren nachts die Elektronikgeschäfte des Unternehmens S bewacht. Das Unternehmen S vergibt diesen Auftrag alle 12 Monate neu. Als sich abzeichnet, dass aufgrund günstigerer Stundenlöhne S dieses Jahr wahrscheinlich eher das Sicherheitsunternehmen C mit dem Auftrag betrauen wird, spricht B gegenüber A eine Kündigung aus, betont allerdings, dass bei einer erneuten Vergabe des Auftrags der A doch nicht gekündigt werden müsse und die Kündigung dann hinfällig sei.<sup>35</sup>

**Lösung:** Die Kündigung ist unwirksam, da ihr nicht klar und deutlich zu entnehmen ist, dass die Wirkung der Kündigung eintreten soll. Aus der Formulierung, dass die Kündigung im Falle einer Erteilung des Auftrags hinfällig sei, lässt sich zudem entnehmen, dass die Kündigung unter eine auflösende Bedingung gestellt wurde, welche nur im Falle einer Einflussmöglichkeit des Gekündigten (Potestativbedingung) ausnahmsweise zulässig wäre.<sup>36</sup>

<sup>27</sup> So etwa *Oetker*, 30 Klausuren aus dem Individualarbeitsrecht, 11. Auflage 2020, S. 43 (Lösungsskizze zu Fall 2).

<sup>28</sup> Unten C. So auch *Junker*, Fälle zum Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021, S. 27; *Preis/Seiwerth*, Arbeitsrecht, Klausurenkurs, Fälle, Prüfungsschemata, Systematik, 2. Auflage 2020, S. 310.

<sup>29</sup> Vgl. zum Verhältnis von Anfechtung und Kündigung *Roth* in *Baumbach/Hopt*, § 59 HGB Rn. 120; zur (abzulehnenden) Schriftform der Anfechtungserklärung *Henssler*, MüKo BGB, § 623 BGB Rn. 20.

<sup>30</sup> Vgl. instruktiv *Hülsemann/Osso*, RdA 2020, 336, *Müller-Glöge* in *Erfurter Kommentar*, § 623 BGB Rn. 3.

<sup>31</sup> *Preis/Temming*, Lehrbuch Individualarbeitsrecht, 6. Auflage 2020, S. 533 Rn. 2552, *Weidenkaff* in *Palandt*, vor § 620 BGB Rn. 28.

<sup>32</sup> BAG NZA 2001, 1070 (1070).

<sup>33</sup> *Junker*, Arbeitsrecht, 20. Auflage 2021, Rn. 324, *Roth* in *Baumbach/Hopt*, § 59 HGB Rn. 121.

<sup>34</sup> *Spelge*, RdA 2016, 316, *Weidenkaff* in *Palandt*, vor § 620 BGB Rn. 33.

<sup>35</sup> Nach BAG NZA 2001, 1070.

<sup>36</sup> Nach BAG NZA 2001, 1070 (1070).

## 1. Einhalten der Schriftform nach § 623 BGB

Stets zu prüfen ist das Einhalten der Schriftform, § 623 BGB: Vor dem Hintergrund, dass der Arbeitnehmer angehalten sein soll, über die Folgen seines Handelns genau nachzudenken (sog. Warnfunktion<sup>37</sup>), hat die Kündigungserklärung nach § 623 BGB schriftlich zu erfolgen, womit die Schriftform des § 126 BGB gemeint ist, die elektronische Form ist nach § 623 BGB a.E. ausgeschlossen. Eine Nichtbeachtung führt zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 125 BGB. Abgesehen von der Anfechtung bedürfen auch die weiteren das Arbeitsverhältnis beendenden Rechtsgeschäfte der Schriftform, namentlich somit der Auflösungsvertrag oder die Befristung (hier speziell geregelt in § 14 Abs. 4 TzBfG).<sup>38</sup>

**Fall:** A erhebt Klage gegen eine ordentliche Kündigung seines Arbeitgebers B. Im Zeitraum des laufenden Prozesses einigen sich A und B außergerichtlich auf den Abschluss eines Aufhebungsvertrags, welcher sodann im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs nach § 278 Abs. 6 ZPO niedergeschrieben wird. Da A in den folgenden Wochen keine neue Anstellung findet, klagt er erneut und beruft sich hierbei darauf, dass zwischen ihm und B kein schriftlicher Aufhebungsvertrag abgeschlossen wurde, da das Ganze sich nur im Prozess abgespielt habe.<sup>39</sup>

**Lösung:** Die Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB ist vorliegend nicht gewahrt worden, da diese die Unterschrift beider Parteien auf dem selben Schriftstück voraussetzt. Eine solche ist vorliegend nicht erfolgt. Allerdings sieht § 127a BGB die Möglichkeit vor, dass durch einen gerichtlichen Vergleich die Form der notariellen Beurkundung ersetzt werden kann. Wenngleich vorliegend nicht die notarielle Beurkundung des § 127 BGB, sondern die Schriftform des § 126 BGB ersetzt werden soll, so spricht zumindest der Sinn und Zweck des § 127a BGB dafür, dass eine entsprechende Anwendung vor dem Hintergrund zu bejahen ist, dass der Prozessvergleich das Ziel hat, ein – auch formbedürftiges – Rechtsgeschäft rechtssicher abzuschließen. Durch die analoge Anwendung des § 127a BGB ist demnach keine Formunwirksamkeit anzunehmen.<sup>40</sup>

## 2. Zurechenbarkeit der Kündigungserklärung

Im Rahmen der Kündigungserklärung ist die Vertretungsmacht häufig zu prüfen.<sup>41</sup> Die Relevanz für das Examen entspricht der Bedeutung in der Praxis. Bei steigender Zahl der Arbeitnehmer erscheint es zunehmend unwahrscheinlicher, dass der Arbeitgeber die Kündigungserklärung selbst abgibt, weshalb regelmäßig ein Stellvertreter für ihn auftritt. Während sich eine eigene Willenserklärung im Namen des Vertretenen bei der Einbeziehung von Mitarbeitern der Personalabteilung zumeist schon ohne Weiteres aus den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts und mithin aus dem „Umständen“ nach § 164 Abs. 1 S. 2 BGB ergeben dürfte, ist häufiger das Vorliegen einer entsprechenden Vertretungsmacht problematisch. So ist auf Unternehmensebene zunächst relevant, dass ein entsprechend zum Ausspruch von Kündigungen berechtigter Vertreter handelt, bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts etwa müssen demnach zumindest nach dem gesetzlichen Regelfall der §§ 714, 709 BGB alle Gesellschafter gemeinschaftlich handeln.<sup>42</sup> Da es sich bei der Kündigung um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt, kommt insbesondere den Normen der §§ 174, 180 BGB eine entscheidende Bedeutung zu.

**Fall:** Arbeitnehmer A wird von dem ihm bisher nicht bekannten ordnungsgemäß im Handelsregister eingetragenen Prokuristen P eine Kündigungserklärung im Namen des Arbeitgebers B übergeben. Normalerweise übernimmt diese Angelegenheiten immer der aktuell erkrankte Personalchef X. Da der P keine Vollmachtsurkunde vorlegt, weist der A die Kündigung unverzüglich zurück.<sup>43</sup>

**Lösung:** Nach § 174 S. 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft unwirksam, wenn der Vertreter eine Vollmachtsurkunde bei der Vornahme des Geschäfts nicht vorlegt und der Erklärungsempfänger das Geschäft deshalb unverzüglich zurückweist. Nach § 174 S. 2 BGB ist die Zurückweisung jedoch ausgeschlossen, wenn der Vertretene den Erklärungsempfänger von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hat. Dies ist hier zumindest nicht ausdrücklich geschehen. Da jedoch die Erteilung der Prokura nach § 53 Abs. 1 HGB in das Handelsregister anzumelden

<sup>37</sup> Müller-Glöge in Erfurter Kommentar, § 623 BGB Rn. 1.

<sup>38</sup> Kamanabrou, Arbeitsrecht, S. 463, Rn. 1498, S. 480 Rn. 1556, Roth in Baumbach/Hopt, § 59 HGB Rn. 121.

<sup>39</sup> Nach BAG NZA 2007, 466.

<sup>40</sup> BAG NZA 2007, 466 (468, 469).

<sup>41</sup> Relevant sein kann die Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht auch für die Prüfung der

rechtzeitigen Klageerhebung nach § 4 KSchG, da die Frist im Falle einer nicht zurechenbaren Kündigungserklärung nicht zu laufen beginnt. Vgl. noch im Rahmen der Erörterung der materiellen Präklusionsfrist BAG NZA 2009, 1146.

<sup>42</sup> Vgl. hierzu BAG NZA 2005, 865.

<sup>43</sup> Nach BAG NZA 1992, 449.

ist und dies hier auch geschehen ist, muss der A die Eintragung nach § 15 Abs. 2 HGB gegen sich gelten lassen.<sup>44</sup> Dadurch wurde der A im Sinne des § 174 S. 2 BGB „in Kenntnis gesetzt“.<sup>45</sup>

### 3. Zugang der Kündigungserklärung

Probleme des Allgemeinen Teils des BGB sind auch beim Zugang der Kündigungserklärung klausurrelevant, auf sie ist einzugehen, wenn der Zugang im Sachverhalt thematisiert wird. Da es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt<sup>46</sup>, bedarf es eines Zugangs der Kündigungserklärung bei dem gekündigten Arbeitnehmer (vgl. § 130 Abs. 1 BGB). Es können in diesem Rahmen die aus dem allgemeinen Zivilrecht bekannten Probleme des Zugangs von Willenserklärungen auftreten.

**Fall:** Arbeitgeber A sendet dem B am 1. November 2020 eine an diesen adressierte fristgerechte Kündigung. Im Anschluss stellt sich heraus, dass B zu diesem Zeitpunkt bereits aufgrund einer nicht nur vorübergehenden krankhaften Störung der Geistestätigkeit geschäftsunfähig war. Am 1. Dezember 2020 wird der C deshalb zum gesetzlichen Betreuer des B bestellt und findet am darauffolgenden Tag zufällig das Kündigungsschreiben in den Unterlagen des B.<sup>47</sup>

**Lösung:** Richtiger Adressat ist wegen der Geschäftsunfähigkeit des B nach § 104 Nr. 2 BGB nach § 131 Abs. 1 BGB der gesetzliche Vertreter. Dieser hat zwar offensichtlich auch (tatsächliche) Kenntnis vom Inhalt des Schreibens erlangt, jedoch setzt ein denkbarer Zugang einer Willenserklärung im ersten Schritt bereits eine Abgabe in Richtung des Erklärungsempfängers voraus, welcher hier eben nicht (mehr) der B, sondern der C gewesen ist. Damit ist die Kündigungserklärung nicht zugegangen.<sup>48</sup>

Im Grundsatz ist eine Willenserklärung unter Abwesenden zugegangen, wenn sie derart in den (Macht-)bereich des Erklärungsempfängers gelangt,

dass unter gewöhnlichen Umständen mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist.<sup>49</sup> Unter Anwesenden genügt die Übergabe des Schreibens.<sup>50</sup>

**Fall:** Der Arbeitgeber B übergibt seinem Arbeitnehmer A ein Kündigungsschreiben und gibt ihm genügend Zeit, dieses durchzulesen. A bestätigt den Empfang. Obwohl A keine Kenntnis vom Inhalt nimmt, nimmt B das Schreiben wieder an sich und händigt dem A später eine Kopie der Kündigung aus.<sup>51</sup>

**Lösung:** In diesem Fall gilt die Kündigungserklärung dennoch als zugegangen, da B seine Verfügungsgewalt zumindest zeitweise gänzlich auf A übertragen hat. Eine Kenntnis des Inhalts ist nicht notwendig, da es maßgeblich auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme ankommt.<sup>52</sup>

Gerade bei einer eher unerfreulichen Nachricht wie der Kündigung kann es vorkommen, dass der Arbeitnehmer den Zugang der Erklärung vereiteln möchte. Hierbei ist zu differenzieren: Handelt der Arbeitnehmer „nur“ fahrlässig, etwa beim Vergessen der Mitteilung eines Umzugs, so ist ein erneuter Zustellversuch zu unternehmen, wobei im Falle des Zugangs sodann eine Rechtzeitigkeitsfiktion zum Zeitpunkt des ersten Zustellversuchs anzunehmen ist.<sup>53</sup> Handelt der Arbeitnehmer hingegen arglistig<sup>54</sup>, so muss er sich so behandeln lassen, als sei die Erklärung rechtzeitig zugegangen.<sup>55</sup>

**Fall:** A ist seit dem 1.4. bei X zu einem monatlichen Bruttogehalt von 4.000 Euro beschäftigt. Am 23.9. erkrankt er und wird bis zum 4.10. krankgeschrieben. Auf der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 23.9. wird, wie auch im Arbeitsvertrag, eine Adresse in F angegeben, die A auch auf dem Briefumschlag handschriftlich vermerkt. Tatsächlich wohnt A seit Anfang April in S. Nach einer Betriebsratsanhörung vom 16.9. kündigt X mit Schreiben vom 25.9. und damit kurz vor Ablauf der Probezeit. Ein Bote wirft das Schreiben mangels

<sup>44</sup> Krebs in MüKo HGB, § 15 Rn. 35, Merkt in Baumbach/Hopt, § 15 HGB Rn. 13, Preis/Temming, Lehrbuch Individualarbeitsrecht, 6. Auflage 2020, S. 532 Rn. 2545.

<sup>45</sup> BAG NZA 1992, 449 (451), Aufarbeitung als Problematik in einer Klausur in Stöhr/Hille, JA 2016, 418.

<sup>46</sup> Preis/Temming, Lehrbuch Individualarbeitsrecht, 6. Auflage 2020, S. 533 Rn. 2553, Roth in Baumbach/Hopt, § 59 HGB Rn. 121.

<sup>47</sup> Nach BAG NJW 2011, 872.

<sup>48</sup> BAG NJW 2011, 872 (873), vgl. vertiefend Wertenbruch, BGB AT, 4. Auflage 2017, § 8 Rn. 46 f.

<sup>49</sup> Einsele in MüKo BGB, § 130 BGB Rn. 9, vertiefend Wertenbruch, JuS 2020, 481, nach BAG NZA 2019, 1490

gilt bei Kündigung auf dem Postweg die ortsübliche Postzustellzeit (dort etwa 11 Uhr), a.A. Ellenberger in Palandt, § 130 BGB Rn. 6, danach erst gegen 18 Uhr.

<sup>50</sup> BAG NJW 2005, 1533 (1533).

<sup>51</sup> Nach BAG NJW 2005, 1533.

<sup>52</sup> Vgl. BAG NJW 2005, 1533 (1533, 1534).

<sup>53</sup> Wertenbruch, JuS 2020, 481 (488).

<sup>54</sup> „Tendenz zur Arglist“ in der Entscheidung BAG NZA 2006, 204 (205).

<sup>55</sup> BAG NZA 2006, 204 (205), vgl. allgemeiner Wertenbruch, BGB AT, 4. Auflage 2017, § 8 Rn. 33.

Briefkastens durch ein offenes Fenster, ein Einschreiben kommt als nicht zustellbar zurück, obwohl der A einen Nachsendeantrag gestellt hatte.<sup>56</sup>

**Lösung:** Grundsätzlich ist kein Zugang im Sinne des § 130 Abs. 1 BGB anzunehmen, da A mangels Erhalts des Schreibens keine Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte. Allerdings verletzt A seine Sorgfaltspflichten gegenüber dem Arbeitgeber X hier, da er auch nach längerer Zeit nicht seine neue Adresse mitgeteilt hat, was gerade vor dem Hintergrund, dass A noch mit einer Kündigung im Probezeitraum rechnen musste, zumindest tendenziell als arglistig zu beurteilen ist. Da ihn auch die Nachsendeaufträge hier nicht entlasten können, ist von einer Fiktion des Zugangs auszugehen, A wurde noch innerhalb der Probezeit gekündigt.<sup>57</sup>

Ein Zugang kann grundsätzlich auch über einen Empfangsboten erfolgen, wobei im Rahmen der Zugangsvereitelung zu beachten ist, dass diese dem gekündigten Arbeitnehmer nur nach den eben genannten Grundsätzen zuzurechnen ist, wenn es sich um einen *Empfangsvertreter* im Sinne des § 164 Abs. 3 BGB handelt oder Arbeitnehmer und Empfangsbote einvernehmlich handeln.<sup>58</sup>

## II. Wahrung der materiellen Präklusionsfrist, §§ 4 S. 1, 7 KSchG

Nach Zugang der Kündigungserklärung beträgt die Frist zur Klageerhebung für den gekündigten Arbeitnehmer nach § 4 S. 1 KSchG im Grundsatz drei Wochen. Die Einhaltung der Frist ist vom Gericht von Amts wegen zu überprüfen, sollte sie nicht eingehalten worden sein, so ist die Klage als unbegründet abzuweisen, da es sich um eine materiellrechtliche Voraussetzung handelt.<sup>59</sup> Diese Frist ist von der vom Arbeitgeber bei einer ordentlichen Kündigung zu beachtenden Kündigungsfrist (§ 622 BGB) sowie der Kündigungserklärungsfrist bei einer außerordentlichen Kündigung (§ 626 Abs. 2 BGB) zu unterscheiden. Für die Berechnung der Dreiwochenfrist gelten die §§ 186 ff. BGB (über § 46 Abs. 2 ArbGG, § 222 ZPO). Die Frist gilt nach § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG auch bei einer Klage gegen eine außerordentliche Kündigung. Wegen § 23

Abs. 1 S. 2 KSchG greift die Frist auch in Kleinbetrieben, auf welche das KSchG eigentlich nicht anwendbar wäre.

Folge eines Versäumens der Klagefrist nach § 4 S. 1 KSchG ist die Wirksamkeit der Kündigung, § 7 KSchG. Die Prüfung der weiteren Probleme kann dann im Hilfsgutachten erfolgen oder auch eleganter (und anders als an sich üblich) vor der Prüfung der §§ 4, 7 KSchG, die auch am Ende der Begründetheit behandelt werden kann (so können ggf. alle Probleme ohne Hilfsgutachten geprüft werden).

**Vertiefung:** Erhielt ein hessischer Arbeitnehmer am Dienstag, den 13. Mai 2021 ein Kündigungsschreiben, so würde die Frist nach § 187 Abs. 1 BGB am 14. Mai zu laufen beginnen und prinzipiell am Dienstag, den 2. Juni 2021 enden (§ 188 Abs. 2 BGB). Da jedoch 2021 Fronleichnam auf diesen Tag fiel, welcher nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 HFeiertagsG<sup>60</sup> ein gesetzlicher Feiertag in Hessen ist, kommt § 193 BGB zur Anwendung und die Frist endet erst am nächsten Tag, dem 3. Juni 2021.

Nicht von der materiellen Ausschlussfrist erfasst ist die Rüge des fehlenden Zugangs und der mangelnden Schriftform, da § 4 S. 1 KSchG bereits begrifflich den Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung voraussetzt. Erfolgt die Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht, so wirkt eine Genehmigung nicht zurück.<sup>61</sup> Auch die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist kann grundsätzlich ohne Beachtung der Frist gerügt werden.<sup>62</sup>

**Fall:** Arbeitnehmer A wird vom Geschäftsführer G des Unternehmens B, bei welchem A angestellt ist, gekündigt. Zu diesem Zeitpunkt befand sich B bereits in einem Insolvenzverfahren, weshalb A geltend macht, der G sei gar nicht mehr zur Erklärung der Kündigung berechtigt gewesen. Klage erhebt der A jedoch erst vier Wochen nach Erhalt der Erklärung.

**Lösung:** Da die Verwaltungs- und Verfügungsrechte in der Insolvenz im Grundsatz nach § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter übergehen, übt dieser auch das

<sup>56</sup> Nach BAG NZA 2006, 204.

<sup>57</sup> BAG NZA 2006, 204 (205, 206).

<sup>58</sup> Vgl. BAG NZA 1993, 259 (261); zur Abgrenzung von Empfangs- und Erklärungsbote *Oetker*, 30 Klausuren aus dem Individualarbeitsrecht, 11. Auflage 2020, S. 148 (Lösungsskizze zu Fall 23).

<sup>59</sup> *Kiel* in Erfurter Kommentar, § 4 KSchG Rn. 1, *Odemer*, JA 2015, 449 (451), *Preis/Temming*, Lehrbuch Individualarbeitsrecht, 6. Auflage 2020, S. 539 Rn. 2579.

<sup>60</sup> Es handelt sich bei dem Feiertagsrecht nicht um eine Materie, die von Examenkandidaten beherrscht werden muss.

<sup>61</sup> BAG NZA 2009, 1146 (1147).

<sup>62</sup> Vgl. aber vertiefend *Junker*, Arbeitsrecht, 20. Auflage 2021, Rn. 853 ff., *Roth* in Baumbach/Hopt, § 59 HGB Rn. 123.

Recht zur Kündigung aus. Damit handelte der G nicht mehr im Rahmen seiner Vertretungsmacht. Eine Rüge der fehlenden Zurechenbarkeit der Kündigungserklärung ist jedoch nicht von der Frist der §§ 4 S. 1, 7 KSchG erfasst, da diese Frist primär dem Interesse des Arbeitgebers an einer schnellen Klarheit über den Erfolg des Ausspruchs der Kündigung bringen soll. Diesem Interesse muss im Falle einer nicht einmal zurechenbaren Kündigungserklärung jedoch gar nicht Rechnung getragen werden. Damit greift die Wirksamkeitsfiktion der §§ 4 S. 1, 7 KSchG auch im Falle der fehlenden Vertretungsmacht nicht. Die Frist beginnt im Falle einer nachträglichen Genehmigung frühestens im Falle deren Vorliegens, wobei hierbei zu beachten ist, dass nach § 180 S. 1 BGB eine Vertretung ohne Vertretungsmacht bei einseitigen Rechtsgeschäften häufig ohnehin schon ausgeschlossen ist.

Sollte der Arbeitnehmer trotz der ihm zuzumutenden Sorgfalt verhindert gewesen sein, so normiert § 5 Abs. 1 S. 1 KSchG die Möglichkeit der Zulassung einer verspäteten Klage, wenn der Arbeitnehmer innerhalb von zwei Wochen nach Behebung des Hindernisses die Klage erhebt (§ 5 Abs. 3 S. 1 KSchG). Dadurch wird etwa ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einfach in seinem dreiwöchigen Urlaub kündigen kann, zumindest solange der Arbeitnehmer nicht gerade in der Erwartung auf den Erhalt einer Kündigung in den Urlaub fuhr.

### III. Anhörung des Betriebsrats (§ 102 BetrVG)

Besteht im in Rede stehenden Betrieb ein Betriebsrat, so ist nach § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG der Betriebsrat zu jeder arbeitgeberseitigen Kündigung anzuhören. Bei fehlender oder fehlerhafter Anhörung ist die Kündigung nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam. Hierzu ist zunächst erforderlich, dass der Arbeitgeber die (formfreie) Anhörung durchführt. In der Folge hat der Betriebsrat bei einer ordentlichen Kündigung nach § 102 Abs. 2 S. 1, 2 BetrVG eine Woche Zeit, Stellung zu beziehen und gegebenenfalls zu widersprechen, andernfalls greift eine Fiktion der Erteilung der Zustimmung.<sup>67</sup>

**Fall:** Arbeitgeber B möchte den Arbeitnehmer A kündigen. Vorher übergibt er der zum Empfang sämtlicher an den Betriebsrat gerichteter Schreiben berechtigten Betriebsratsmitglied M ein Anhörungsschreiben. M lud daraufhin sieben von neun Betriebsratsmitgliedern zu einer außerordentlichen Sitzung ein, wo die anwesenden sechs Mitglieder die Kündigung „zur Kenntnis nahmen“. A macht die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG geltend.<sup>68</sup>

**Lösung:** Da prinzipiell nach § 29 Abs. 2 S. 1 BetrVG der Vorsitzende des Betriebsrats sämtliche Mitglieder zu einer Sitzung einzuberufen hat, könnte hier eine fehlerhafte Anhörung vorliegen, welche zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG führen könnte. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass B das Anhörungsverfahren ordnungsgemäß eingeleitet hat. Fehler, die daher in der Sphäre des Betriebsrats ihren Ursprung haben, muss sich demnach der Arbeitnehmer zurechnen lassen, da der Arbeitgeber schon nicht berechtigt ist, Einfluss auf die Handlungen des Betriebsrats auszuüben.<sup>69</sup> Nach der Anwendung der sog. Sphärentheorie<sup>70</sup> ist die Kündigung demnach nicht unwirksam.

Im Kündigungsschutzprozess ist ein Nachschieben von Kündigungsgründen, die dem Betriebsrat nicht mitgeteilt wurden, obwohl sie dem Arbeitgeber bereits zu dem Zeitpunkt der Anhörung bekannt waren, nicht möglich.<sup>71</sup> Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat nämlich bereits alle ihm bekannten Gründe mitzuteilen, weshalb er den Arbeitnehmer gekündigt hat, andernfalls werden sie im Prozess nicht mehr berücksichtigt (sog. Grundsatz der subjektiven Determinierung).<sup>72</sup> Sollte der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung aus einem in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Grund widersprechen, so führt dieser Widerspruch nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung.<sup>73</sup> Es hat der Arbeitnehmer für die Zeit des Kündigungsschutzprozesses nach § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG aber einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung, weiter kann sich der Arbeitnehmer im Prozess auf den vom Betriebsrat geltend gemachten Widerspruchgrund berufen, der – sofern

<sup>67</sup> Braasch in Düwell, § 102 BetrVG Rn. 88, Roth in Baumbach/Hopt, § 59 HGB Rn. 122; im Falle einer außerordentlichen („fristlosen“) Kündigung beträgt die Frist zur Stellungnahme nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG nur drei Tage.

<sup>68</sup> Nach BAG NZA 2002, 1330.

<sup>69</sup> BAG NZA 2002, 1330 (1332).

<sup>70</sup> Kania in Erfurter Kommentar, § 102 BetrVG Rn. 26, Kühnreich in Boecken/Düwell/Diller/Hanau, § 102 BetrVG

Rn. 57; gutachterliche Aufarbeitung in Junker, Fälle zum Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021, S. 93 Rn. 14.

<sup>71</sup> Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage 2021, Rn. 337 ff., Roth in Baumbach/Hopt, § 59 HGB Rn. 122.

<sup>72</sup> BAG NZA 2015, 476 (477).

<sup>73</sup> Braasch in Düwell, § 102 BetrVG Rn. 89, Kamanabrou, Arbeitsrecht, S. 394 Rn. 1280.

er tatsächlich vorliegt – zur Sozialwidrigkeit der Kündigung führt.<sup>74</sup>

#### IV. Kein Verstoß gegen besonderen Kündigungsschutz

Neben dem allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG genießen einige Arbeitnehmer auch einen besonderen Kündigungsschutz, welcher etwa an bestimmte persönliche Merkmale oder eine besondere Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb anknüpft. Im Folgenden sollen besonders relevante Fallgruppen und daraus resultierende Einschränkungen und Besonderheiten für die Kündigung dargelegt werden.

##### 1. Kündigungsschutz von Betriebsratsmitgliedern nach §§ 15, 16 KSchG

Nach § 15 Abs. 1 KSchG ist eine ordentliche Kündigung von Betriebsratsmitgliedern zur Sicherung der Arbeits- und Funktionsfähigkeit der Betriebsratstätigkeit<sup>75</sup> bis zu einem Jahr nach Ende der Amtszeit der Mitglieder unzulässig. Bei der Norm handelt es sich um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB.<sup>76</sup> Das Recht zur außerordentlichen Kündigung bleibt davon selbstredend unberührt, wobei in diesem Falle der Betriebsrat nach § 103 BetrVG der außerordentlichen Kündigung zustimmen muss. Wird der Betrieb stillgelegt, so besteht nach § 15 Abs. 4, 5 KSchG eine Ausnahme von diesem Grundsatz.

##### 2. Kündigungsschutz nach dem Mutterschutzgesetz (und BEEG)

Nach § 17 Abs. 1 MuSchG ist die Kündigung einer Frau während ihrer Schwangerschaft und auch innerhalb genauer konkretisierter Schutzfristen nach einer Fehlgeburt oder der Entbindung unzulässig.<sup>77</sup> Es handelt sich um ein Verbotsgesetz.<sup>78</sup> Ausnahmsweise kann die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde die Kündigung nach § 17 Abs. 2 S. 1 MuSchG für wirksam erklären, etwa bei besonders schwerwiegenden und wiederholten Pflichtverletzungen.<sup>79</sup> Die Erstreckung der Norm auf andere Beendigungstatbestände als der Kündigung ist nicht unumstritten.

**Fall:** A ist als Tänzerin in einem Tanzensemble der B angestellt. Der Arbeitsvertrag ist – wie in der Veranstaltungsbranche üblich – jeweils für eine Veranstaltungssaison befristet und endet automatisch, wenn B nach Ablauf der Saison den Vertrag nicht verlängert, worüber stets eine Mitteilung versandt wird. Als B erfährt, dass die A schwanger ist, teilt sie ihr mit, dass der Vertrag nicht verlängert werde. A beruft sich auf eine Unwirksamkeit dieser Erklärung nach § 17 Abs. 1 MuSchG.<sup>80</sup>

**Lösung:** Zwar wird teilweise vertreten, eine grundsätzlich vereinbarte Befristung umgehe das „Verbot“ des Fragerechts nach dem Vorliegen einer Schwangerschaft<sup>81</sup>, zu konstatieren ist jedoch, dass die Kündigungserklärung im Gegensatz zur sog. *Nichtverlängerungsmitteilung* eine andere Rechtswirkung entfaltet: Während die Kündigung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses selbst herbeiführt, ist dies im Rahmen der Nichtverlängerungsmitteilung gerade nicht der Fall, denn das Arbeitsverhältnis endet hier durch die – bereits vor dem Bekanntwerden der Schwangerschaft – vereinbarte Befristung.<sup>82</sup> Mithin ist die Erklärung vorliegend nicht nach § 17 Abs. 1 MuSchG unwirksam und das Arbeitsverhältnis endet mit dem Ablauf der Befristung.

Neben den Kündigungsschutz für Schwangere und junge Mütter nach der Entbindung tritt der Kündigungsschutz während einer Elternzeit nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG). Nach § 18 Abs. 1 BEEG darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis bereits ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt wird, nicht kündigen (§ 18 Abs. 1 S. 1 BEEG, näher ausgeführt in § 18 Abs. 1 S. 2 BEEG), weiter ist während der Elternzeit eine Kündigung durch den Arbeitgeber ausgeschlossen, § 18 Abs. 1 S. 3 BEEG. Geschützt ist auch eine Teilzeitarbeit während der Elternzeit, § 18 Abs. 2 BEEG. Wie nach dem MuSchG kann durch die oberste für den Arbeitsschutz zuständige Landesbehörde ausnahmsweise eine Einwilligung erteilt werden, § 18 Abs. 1 S. 4, 5 BEEG.

<sup>74</sup> Roth in Baumbach/Hopt, § 59 HGB Rn. 122, *Thüsing* in Richardi, § 102 BetrVG Rn. 151 f.

<sup>75</sup> Junker, Arbeitsrecht, 20. Auflage 2021, Rn. 354 ff., *Kiel* in Erfurter Kommentar, § 15 KSchG Rn. 1.

<sup>76</sup> *Kiel* in Erfurter Kommentar, § 15 KSchG Rn. 15.

<sup>77</sup> Instruktiv zur Frage, wann eine „Schwangerschaft“ im Falle von künstlicher Befruchtung anzunehmen ist *Humbert*, NJW 2015, 3410.

<sup>78</sup> *Preis* in Ascheid/Preis/Schmidt, 1. Teil D VI 1 Rn. 92.

<sup>79</sup> Vgl. für Beispiele *Schlachter* in Erfurter Kommentar, § 17 MuSchG Rn. 13.

<sup>80</sup> Noch zu § 9 MuSchG a.F. BAG NZA 1992, 925.

<sup>81</sup> Vgl. zu dieser Problematik *Junker*, Arbeitsrecht, 20. Auflage, 2021, Rn. 154, *Schlachter* in Erfurter Kommentar, § 17 MuSchG Rn. 19.

<sup>82</sup> BAG NZA 1992, 925 (927).

### 3. Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte im Sinne des § 2 Abs. 2, 3 SGB IX

Nach § 168 SGB IX ist im Falle einer ordentlichen Kündigung eines im Sinne des § 2 Abs. 2, 3 SGB IX Schwerbehinderten (außerordentliche Kündigung: § 174 SGB IX) eine Zustimmung des Integrationsamtes notwendig, andernfalls ist die Kündigung unwirksam, es handelt sich bei der Norm um ein Verbotsgesetz.<sup>83</sup> Relevant ist insbesondere der Zusammenhang dieser Problematik mit dem eingeschränkten Frage-recht des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderteneigenschaft.

**Fall:** Bei seiner Einstellung im Betrieb des B verneint der A wahrheitswidrig die Frage nach einer Schwerbehinderteneigenschaft. Als der B vor der Durchführung geplanter betriebsbedingter Kündigungen einen Fragebogen versendet, wo u.a. auch nach dem Vorliegen einer solchen Eigenschaft gefragt wird, verneint A diese Frage erneut. In der Folge wird A gekündigt und beruft sich sodann auf die fehlende Zustimmung des Integrationsamtes nach § 168 SGB IX.

**Lösung:** Vor der Einstellung handelt es sich bei der Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft um eine unzulässige Frage, weshalb dem A zu diesem Zeitpunkt ein „Recht zur Lüge“ zustand und der B das Arbeitsverhältnis aus diesem Grund z.B. auch nicht nach § 123 Abs. 1 BGB anfechten kann.<sup>84</sup> Zur Berücksichtigung der Interessen des schwerbehinderten Arbeitgebers im Rahmen etwa der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG ist die Frage im Rahmen der Vorbereitung einer Kündigung sodann jedoch zulässig.<sup>85</sup> Ein späteres Berufen auf die fehlende Zustimmung des Integrationsamtes erscheint nach § 242 BGB treuwidrig, weshalb der Einwand unbeachtlich ist.<sup>86</sup>

### 4. Tarifvertrag

Praktisch kommt weiter der Ausschluss einer ordentlichen Kündigung durch Tarifvertrag in Betracht. In der Klausur ist das nur im Einzelfall bei entsprechendem Hinweis im Sachverhalt anzusprechen, zu prüfen ist dann schwerpunktmäßig eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufrfrist.

### V. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG)

Schwerpunkt der Klausurbearbeitung ist zumeist die Prüfung des allgemeinen Kündigungsschutzes. Wenn

feststeht, dass die in Rede stehende Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter den Anwendungsbe-reich des KSchG fällt, so ist in der Folge zu prüfen, ob die Kündigung wegen eines in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegenden oder wegen des Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse sozial gerechtfertigt im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG ist. Die Vertiefung dieser Prüfung wird Gegenstand eines gesonderten Beitrages sein. Hervorzuheben ist, dass der allgemeine Kündigungsschutz nicht im Falle einer außerordentlichen Kündigung einschlägig ist.

### VI. Einhaltung der Kündigungsfrist, § 622 BGB

Im Unterschied zur außerordentlichen Kündigung endet das Arbeitsverhältnis nach dem Ausspruch einer ordentlichen Kündigung erst mit dem Ablauf einer Kündigungsfrist. Diese ist von der aus § 626 Abs. 2 BGB bekannten *Kündigungserklärungsfrist* zu unterscheiden, welche den Zeitraum beschreibt, innerhalb welchen der Arbeitgeber nach Kenntnis der zur außerordentlichen Kündigung rechtfertigenden Tatsachen kündigen kann.

Der Arbeitnehmer kann nach § 622 Abs. 1 BGB ein Arbeitsverhältnis mit einer Frist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden, wobei dieser Grundsatz dahingehend zur Ausnahme wird, dass ab einer Dauer des Arbeitsverhältnisses von mindestens zwei Jahren längere Fristen nach § 622 Abs. 2 BGB gelten. Ausnahmen können während einer möglicherweise vereinbarten Probezeit von bis zu maximal sechs Monaten (§ 622 Abs. 3 BGB) sowie in besonderen Fällen durch einzelvertragliche Vereinbarung (§ 622 Abs. 5 BGB) entstehen. Die Berechnung der Fristen richtet sich nach den §§ 187 ff. BGB.

**Vertiefung:** Wenn Arbeitnehmer A, der seit dem 1. Juli 2013 bei dem Arbeitgeber B beschäftigt ist, am 25. Juni 2021 seine Kündigung erhält, so beträgt die Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 Nr. 2 BGB zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats. Damit endet das Arbeitsverhältnis am 31. August 2021. Hätte A die Tätigkeit einen Monat früher aufgenommen (1. Juni 2013), so wäre er bereits acht Jahre bei B beschäftigt gewesen und die Frist hätte nach § 622 Abs. 2 Nr. 3 BGB drei Monate betragen. Bei Nichtwahrung der Kündigungsfrist ist an eine Umdeutung zu denken, wenn ersichtlich

<sup>83</sup> Rofls in Erfurter Kommentar, § 168 SGB IX Rn. 13.

<sup>84</sup> Armbrüster in MüKo BGB, § 123 BGB Rn. 50, zur gutachterlichen Aufarbeitung der Problematik des Fragerechts

des Arbeitgebers *Junker*, Fälle zum Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021, S. 39 ff.

<sup>85</sup> Noch zu § 85 SGB IX a.F. BAG NZA 2012, 555.

<sup>86</sup> BAG NZA 2012, 555 (556).

ist, dass das Arbeitsverhältnis generell und nicht gerade zu einem bestimmten Zeitpunkt enden soll.<sup>87</sup> Da § 140 BGB jedoch eine nichtige Willenserklärung voraussetzt, ist in diesem Falle die rechtzeitige Klageerhebung nach § 4 S. 1 KSchG unbedingt vonnöten, da ansonsten aufgrund des Eintritts der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG keine nichtige Erklärung mehr vorliegt.<sup>88</sup>

### C. Fazit und Gesamtschema

Der für eine arbeitsrechtliche Examensklausur zu beherrschende Stoff baut in weiten Teilen auf dem für die anderen zivilrechtlichen Klausuren erforderlichen Wissen auf. In der Vorbereitung auf das Examen sollten daher Überschneidungen erkannt und genutzt werden, um eine effiziente und effektive Vorbereitung zu gewährleisten. Ein gutes Verständnis für zivilrechtliche Problemstellungen ermöglicht mit verhältnismäßig geringem Aufwand das Verständnis der arbeitsrechtlichen Besonderheiten. Es lassen sich so in einer arbeitsrechtlichen ZR III-Klausur ohne übermäßigen Aufwand erfreuliche Ergebnisse zu erzielen.

#### A. Zulässigkeit der Kündigungsschutzklage<sup>89</sup>

**I.** Eröffnung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten und sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts

**II.** Statthafte Klageart

**III.** Besonderes Feststellungsinteresse

**IV.** Gegebenenfalls weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

Gegebenenfalls objektive Klagehäufung, §§ 46 Abs. 1, 2 ArbGG, 260 ZPO<sup>90</sup>

#### B. Begründetheit der Kündigungsschutzklage<sup>91</sup>

**I.** Kündigungserklärung (§ 623 BGB)<sup>92</sup>

**II.** Wahrung der materiellen Präklusionsfrist, §§ 4 S. 1, 7 KSchG (§ 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG)

**III.** Anhörung des Betriebsrats (§ 102 BetrVG)

**IV.** Besonderer Kündigungsschutz (MuSchG, BEEG, SBG IX, etc)

**V.** Allgemeiner Kündigungsschutz (KSchG)

**VI.** Einhalten der Kündigungsfrist, § 622 BGB

<sup>87</sup> BAG NZA 2017, 502 (508).

<sup>88</sup> BAG NZA 2017, 502 (508).

<sup>89</sup> Vgl. für den auch möglichen dreigliedrigen Aufbau die Einleitung, II.

<sup>90</sup> Dieser Punkt kann zwischen Zulässigkeit und Begründetheit oder am Ende der Klausur erörtert werden.

<sup>91</sup> Gegebenenfalls vor I.: O. Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, Prüfung optional.

<sup>92</sup> Alternativ: Zugang einer zurechenbaren, schriftlichen Kündigungserklärung (§ 623 BGB). Gegebenenfalls Untergliederung in Vorliegen einer Kündigungserklärung ((a), selten erforderlich), Zugang der Kündigungserklärung (b), Einhalten der Schriftform ((c), stets zu prüfen) und Vertretung (d).

# Kryptowährung im Rechtsvergleich China-Deutschland

Von Mag. iur. **Tingting Huang**, Marburg\*

## A. Einleitung

### I. Einführung

Seit *Satoshi Nakamoto* im Jahr 2008 die sogenannte „*Bitcoin*“ vorstellte, kam es bei den zunächst wenig bekannten Kryptowährungen schnell zu einer Anerkennung in der Branche, die sich zu einem Nachfrageüberschuss entwickelte. Letzten Endes entwickelten sie sich zu einer aufstrebenden, innovativen Kraft, die die Welt überrollte. Neben *Bitcoin* entwickelten sich viele weitere Arten von Kryptowährungen. Am 13. Juni 2021 zeigte die Website „*CoinMarketCap*“ 10411 Kryptowährungen, deren Marktkapitalisierung zusammen genommen 1246 Billionen Euro darstellen. *Bitcoin*, *Ethereum* und *Ether* sind dabei die drei Kryptowährungen mit den höchsten Werten in der Marktkapitalisierung.<sup>1</sup>

Die Länder begegnen Kryptowährungen unterschiedlich. So erkennt beispielsweise China Kryptowährungen nicht an und schränkt daher deren Entwicklung ein und verbietet diese.<sup>2</sup> Im Gegensatz dazu werden Kryptowährungen in Deutschland hinsichtlich ihres Rechtsstandes festgelegt sowie in ihrer Entwicklung gefördert.<sup>3</sup> Am 9. Juni 2021 verabschiedete das Parlament von El Salvador ein Gesetz für die Nutzung der Kryptowährung *Bitcoin* als gesetzliches Zahlungsmittel. Damit hat El Salvador als weltweit erstes Land *Bitcoin* als gesetzliches Zahlungsmittel zugelassen.<sup>4</sup> Die Schaffung, Nutzung und Regulierung von Kryptowährungen ist eine interdisziplinäre Mischung aus politischem, rechtlichem und finanztechnischem Wissen. Die Länder versuchen aktiv, die durch Kryptowährungen verursachten Probleme zu lösen, um so eine dominante Position im weltweiten Kryptowährungsboom einzunehmen.

## II. Problemstellung

Kryptowährungen nehmen eine Führungsfunktion in der praktischen Umsetzung der *Blockchain*-Technologie und ihrer dezentralen Theorie ein. Dies ist ein wichtiger Meilenstein in der Material- bzw. Weltvirtualisierung. Die sog. Dezentralisierung bildet das wesentliche Merkmal von Kryptowährungen, das mit den bestehenden zentralisierten politischen und wirtschaftlichen Systemen nicht im Einklang steht. Hierdurch ist es teilweise problematisch, die dezentralisierten Kryptowährungen in die bestehenden *Governance*-Strukturen einzuordnen.

Kryptowährungen als Währungen einzuordnen, erscheint aufgrund ihrer Bezeichnung naheliegend. Es ist allerdings heftig umstritten, ob dies auch tatsächlich der Fall ist. Sind Kryptowährungen nun als Währungen oder Wirtschaftsgüter zu behandeln? Indem sie einerseits eine Zahlungsverkehrsfunktion sowie andererseits die Funktion von Kapitalerträgen erfüllen, haben Kryptowährungen gleichzeitig sowohl gewisse Funktionen von Währungen als auch von Wertpapieren. Daher ist ihre Rechtsnatur bisher umstritten. Dies stand auch im Mittelpunkt des Rechtsstreits. *Hashfasts Insolvenzverwalter v. Lowe*: Würde man *Bitcoin* als Währung einordnen, müsste *Lowe* nur den Wert des *Bitcoins* im Zeitpunkt der Übertragung zurückgeben, also ca. \$363.861. Wenn man *Bitcoin* hingegen als Ware einstufen würde, müsste *Lowe* es zum aktuellen Marktwert zurückbezahlen, also ca. \$1.344.705.<sup>5</sup>

Wie kann man das Problem der Anonymität von Kryptowährungen lösen und sie dann regulieren? Kryptowährungen werden aufgrund ihrer Anonymität häufig für kriminelle Aktivitäten wie den Kauf von Waffen und Munition, Drogen und menschlichen Organen sowie für Geldwäsche verwendet, z.B. über die Website „*Silk Road*“ in den USA. Wie werden

\* Die *Verfasserin* ist ausländische Masterstudentin an der Philipps-Universität Marburg. Die vorliegende Seminararbeit wurde im Seminar Recht der Digitalisierung im Sommersemester 2021 bei Herrn Prof. Dr. *Florian Möslein*, LL.M. geschrieben und mit 14 Punkten bewertet. Bearbeitungsstand: 06/2021.

<sup>1</sup> <https://coinmarketcap.com/de/all/views/all/> (abgerufen am 13.06.2021).

<sup>2</sup> China veröffentlichte seit 2013 bis 2021 vier normative Dokumente für Einschränkungen und Verbot zur Entwicklung der Kryptowährungen (nachfolgend, Teil C).

<sup>3</sup> Kryptowährungen können in Deutschland bezahlt und angelegt werden und im Kreditwesengesetz, Geldwäscherecht usw. Anwendung finden (nachfolgend, Teil B). z.B. Im Quartier Berlin Kreuzberg akzeptieren zahlreiche Geschäfte *Bitcoin* als Zahlungsmittel. Genauer in der Graefestraße in Berlin Kreuzberg. Hier klebt an fast jeder Türe ein *Bitcoin-Accepted* Schild. <https://bitcoinnews.ch/1013/ist-berlin-die-bitcoin-hauptstadt/> (abgerufen am 17.05.2021).

<sup>4</sup> <https://finance.sina.com.cn/tech/2021-06-09/doc-ikqcfnc0045326.shtml> (abgerufen am 15.06.2021).

<sup>5</sup> *United States Bankruptcy Court Northern District of California San Francisco Division*, Case: 15-03011.

Kryptowährungen als ein Gegenstand des Geldwäscherechts behandelt? Sollte man darüber hinaus Plattformen und Einzelpersonen besteuern, die mit Kryptowährungen handeln oder den diesbezüglichen Handel ermöglichen? Und wie sollte man sie besteuern? Wie verhindert man bei Initial Coin Offering (ICO) den Finanzbetrug und schützt das Interesse des Investors? Es sind rechtliche Reformen erforderlich, um diese Probleme lösen zu können.

China spielte bei dem Entwicklungsprozess von Kryptowährungen eine große Rolle. Infolge der Beschränkungen ging diese Entwicklung jedoch zurück. China hat folglich kein Gesetz zur Kryptowährung. Demgegenüber werden Kryptowährungen in Deutschland gefördert und sind rechtlich vielfach geregelt. Dieser Beitrag möchte die chinesische und die deutsche Sicht auf Kryptowährungen aufzeigen, um die Ausgestaltung ihrer Rechtsnatur sowie die entsprechenden Maßnahmen und Gesetze zu ihrer Regulierung zu analysieren und zu vergleichen. Damit sind China und Deutschland in der Lage, voneinander zu lernen und sich gegenseitig zu verbessern.

## B. Grundlagen von Kryptowährungen

### I. Begriff und Arten

#### 1. Begriff

Erstmals wurden virtuelle Währungen in Art. 3 Nr. 18 Anti Money Laundering Directive 5 (AMLD5) legaldefiniert: „Virtuelle Währungen eine digitale Darstellung eines Werts, die von keiner Zentralbank oder öffentlichen Stelle emittiert wurde oder garantiert wird und nicht zwangsläufig an eine gesetzlich festgelegte Währung angebunden ist und die nicht den gesetzlichen Status einer Währung oder von Geld besitzt, aber von natürlichen oder juristischen Personen als Tauschmittel akzeptiert wird und die auf elektronischem Wege übertragen, gespeichert und gehandelt werden kann.“ Diese Legaldefinition erläutert die Tatbestandsmerkmale der virtuellen Währungen und grenzt sie deutlich von E-Geld und Fiatgeld ab. Darüber hinaus wird auf das wesentliche Kriterium virtueller Währungen hingewiesen: Natürliche und juristische Personen akzeptieren sie als Tauschmittel. Diesen Rechtsbegriff setzte Deutschland 2020 in das Kreditwesengesetz um.

Im Vergleich zu dieser Legaldefinition versteht die Literatur den Begriff der virtuellen Währungen als ein digitalisiertes und privatisiertes Zahlungsmittel, welches auf der *Blockchain*-Technologie basiert.<sup>6</sup> Charakterisiert sind sie dabei durch Dezentralität, Staatsferne und eine digitale Natur.<sup>7</sup> Dieses Konzept ist im Wesentlichen dasselbe wie das der Legaldefinition. Allerdings ist es detaillierter und spezifischer. In diesem Beitrag wird nicht zwischen Kryptowährungen und virtuellen Währungen unterschieden, weil in einigen Beiträgen der Literatur und in vielen rechtlichen Dokumenten beide Begriffe wie Synonyme genutzt werden.

#### 2. Arten

Es gibt keinen einheitlichen Klassifizierungsstandard für Kryptowährungen. Die verschiedenen Klassifizierungsstandards spiegeln die Auseinandersetzung mit jeweils unterschiedlichen Problemen bei Kryptowährungen wider. Kryptowährungen können abhängig von ihrer Entwicklungsphase in *Bitcoins*, *Plattform-Token* und *Stablecoins* unterteilt werden.<sup>8</sup>(Abb. 1) Sie basieren auf spezifischen, nicht identischen Technologien und haben daher ihre eigenen Merkmale. Es ist dadurch erforderlich, spezifische Probleme im Detail zu analysieren (nachfolgend, Teil B, sub III).

Arten	Stufen	Repräsentative Coins	Merkmale
Bitcoin	Frühe Entwicklungsphase 2009-2014	Bitcoin	Erhalten durch Mining, begrenzt, Kaappheit, Wertschwankungen
Plattform-Token	Plattform-Token-Phase 2014-2019	Ether	Erhalten durch ICO und Token, unbegrenzt, Wertschwankungen
Stablecoins	Stablecoins-Phase 2019-	Tether	An Fiatgeld koppelt, wertheständig

Abbildung 1

Gem. den *Crypto Asset Guidelines*<sup>9</sup>, die von Großbritannien 2019 herausgegeben wurden, gliedern sich Kryptowährungen in drei Kategorien: Dezentrale Kryptowährungen, *Security Token* und *Utility Token*. Der US-Abgeordnete *Paul* aus Arizona brachte im Repräsentantenhaus den „*Crypto Digital Currency Act of 2020*“ ein, die digitalen Kryptowährungen in Kryptogüter, Kryptowährungen und Kryptowertpapiere unterteilt.<sup>10</sup> Diese Klassifizierungskriterien spiegeln die Untersuchung der Natur von Kryptowährungen wider. Selbstverständlich gibt es auch viele weitere

<sup>6</sup> Omlor, ZRP 2018, 85 (85).

<sup>7</sup> Omlor, ZRP 2018, 85 (85).

<sup>8</sup> Sun/Xin, Journal of Hit (Social Sciences Edition) 2021, 154 (155, 156).

<sup>9</sup> Guidance on Cryptoassets, Consultation Paper CP19/3\* January 2019.

<sup>10</sup> Paul Gosar. Crypto-Currency Act of 2020.

Klassifizierungskriterien. Zieht man etwa die Emittenten als ein Kriterium heran, wären Kryptowährungen in staatliche Währungen, nichtstaatliche Währungen sowie super-staatliche Kryptowährungen gegliedert.<sup>11</sup>

## II. Die Funktionsweise der Kryptowährungen

### 1. Unterstutzungstechnologie – Blockchain

Blockchain ist die zentrale Unterstutzungstechnologie für das Kryptowahrungssystem, das durch *Bitcoin* repräsentiert wird. Mit dem Begriff *Blockchain* bezeichnet man eine verteilte Datenbank oder eine kontinuierlich erweiterbare Liste von Datenbanken.<sup>12</sup> Diese werden durch ein dezentrales, chronologisches und kryptografisch verschlüsseltes *Peer-to-Peer*-Netzwerk miteinander verbunden.<sup>13</sup> Alle Daten werden in „Blöcke“ geschrieben und jeder Block durch eine Kette mit einem anderen Block verbunden, daher heißt es „Blockchain“.

Die *Distributed-Ledger-Technologie* (*Blockchain*) unterscheidet sich von traditionellen Buchfuhrungsmodellen dadurch, dass sie nicht von einer vertrauenswürdigsten dritten Partei oder von zentralisierten Instituten abhängig ist, sondern auf einem verteilten Netzwerk basiert, in dem jeder an der Aufzeichnung und Prüfung teilnehmen kann. Die Blockchain besteht aus einer Daten-, Netzwerks-, Konsens-, Anreiz- und Vertrauens- sowie Anwendungsschicht. (Abb. 2)<sup>14</sup>

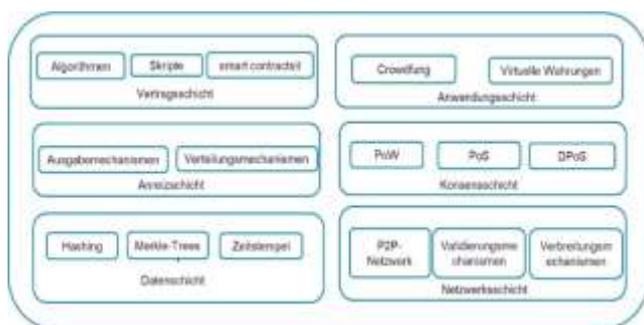


Abbildung 2

### 2. Die Funktionsweise von Bitcoins

*Bitcoin* stellt eine Kryptowährung dar, die durch ein verteiltes Netzwerksystem erzeugt wird. Sog. *Miner* schürfen dabei in einem verteilten Netzwerk

(Konsensschicht), d.h. die *Miner* tragen Rechenleistung bei, um ein vorgegebenes mathematisches Problem zu lösen. Der erste *Miner*, dem es gelingt, das Problem zu lösen, erhält Buchfuhrungsrechte. Gleichzeitig verpackt er die Daten in einen Block. Schließlich verknüpft er den Block mit der *Bitcoin*-Hauptkette (Datenschicht). Der *Miner* bekommt danach eine bestimmte Belohnung in Form von *Bitcoins*, um ihn zu motivieren, weiterhin Rechenleistung beizutragen (Anreizschicht).

Der Umlauf von *Bitcoins* wird durch Kryptografie gewährleistet. Jede Transaktion wird durch einen speziellen Algorithmus verarbeitet und von allen *Minern* überprüft, bevor sie dem Block gutgeschrieben wird. Der *Bitcoin*-Umlaufprozess kann auch programmiert werden, um den Prozess zu automatisieren (Vertragschicht).

### 3. Die Funktionsweise von anderen Kryptowährungen

#### a) Token

Unter *Token* versteht man Einträge in einer dezentralen *Blockchain*-Datenbank, die Rechte abbilden.<sup>15</sup> Sie können Eigenschaften, Funktionalitäten und Rechte sein oder andere beliebige Informationen.<sup>16</sup> Nach ihrem Einsatzzweck unterteilen sich *Token* vor allem in drei Kategorien:

*Currency Token* stellen ein Zahlungsmittel für Waren und Dienstleistungen dar. Kryptowährungen wie *Bitcoins* gelten häufig als *Currency Token*.<sup>17</sup>

*Security Token* werden auch als „Wertpapier(ähnliche) *Token*“, „*Investment Token*“ oder „*Asset Token*“ bezeichnet. Bei *Security Token* geht es darum, dass den Inhabern solcher *Token* mitgliedschaftliche Rechte oder schuldrechtliche Ansprüche vermögenswerten Inhalts zustehen, die mit denen eines Aktieninhabers oder denen des Inhabers eines Schuldtitels vergleichbar sind.<sup>18</sup>

*Utility Token* (auch „*App-Token*“ oder „*Nutzungstoken*“) erlauben – ähnlich einer Eintrittskarte oder

<sup>11</sup> Chen, Journal of Beijing Institute of Technology (Social Science Edition) 2020, 134 (135).

<sup>12</sup> Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1431 (1432).

<sup>13</sup> Dietsch, MwStR 2018, 813 (817).

<sup>14</sup> Yuan/Wang, Acta Automatica Sinica 2016, 481 (484-489).

<sup>15</sup> Kleinert/Mayer, EuZW 2019, 857 (858).

<sup>16</sup> Paulus/Matzke, ZfPW 2018, 431 (437); Kleinert/Mayer, EuZW 2019, 857 (858).

<sup>17</sup> BAFin, Zweites Hinweisschreiben zu Prospekt- und Erlaubnispflichten im Zusammenhang mit der Ausgabe sogenannter Krypto-Token, S. 6.

<sup>18</sup> BAFin, Zweites Hinweisschreiben zu Prospekt- und Erlaubnispflichten im Zusammenhang mit der Ausgabe sogenannter Krypto-Token, S. 6.

einem Gutschein – den Zugriff auf bestimmte Dienstleistungen oder Produkte.<sup>19</sup>

In gewissem Sinne sind *Token* funktionaler als Kryptowährungen. Sie erfüllen nicht nur Zahlungs- und Anlageertragsfunktionen wie Kryptowährungen, ihre Investoren genießen auch verschiedene Rechte und Interessen, die mit *Token* verbunden sind, wie z.B. Wertpapierrechte und Eigentum.<sup>20</sup> Kryptowährungen können *Currency Token* sein.

### b) ICO und Whitepaper

ICO bezieht sich auf die Nutzung von Blockchain-Technologie zur erstmaligen Ausgabe und zum Verkauf von *Token* an die Öffentlichkeit, um Kapital zu beschaffen.<sup>21</sup> Der Begriff des ICOs entwickelte sich aus initial public offering (IPO). Zurzeit ist Ether der erfolgreichste ICO, der durch *Ethereum* emittiert wurde. ICO ist ein Produkt aus der zweiten Entwicklungsphase der Kryptowährungen. Im Gegensatz zu *Bitcoin* ist *Ether* durch Verkauf von *Token* entstanden, nicht wie *Bitcoin* durch *Mining*. Die Emission der *Token* und ihre Verwaltung erfolgen häufig über autonome *Smart Contracts*.

Das *Whitepaper* ist ähnlich wie das *Prospectus* des IPO. Jedoch ist ICO keine legale Methode der Kapitalbeschaffung. Am Anfang waren das *Whitepaper*-Schreiben und die ICO-Emission sehr frei, weil sie keiner Regulierung und Informationsüberprüfung unterlagen. In der Welle der Kryptowährungen gibt es viele sog. „*Start-ups*“, die durch *Whitepaper* eigene „Geschichte“ verfassen, um Investoren anzuziehen.<sup>22</sup> ICO ermöglicht sowohl den Emittenten als auch den Käufern der *Token* in kurzer Zeit Wuchergewinne zu erzielen. Aber solcher plötzliche Reichtum sind voller finanzieller Risiken, während sie Investoren anziehen, und die Regulierung von ICOs ist unerlässlich. Die aktuellen Regulierungsmodelle für ICOs umfassen ein totales Verbotmodell (China), ein in bestehende Regulierungen integriertes Regulierungsmodell (USA) und ein „Sandbox-Regulierungsmodell“ (UK).<sup>23</sup>

## C. Rechtslage der Kryptowährungen in Deutschland

### I. Rechtssystem in Deutschland

Seit die *Blockchain*-Strategie der Bundesregierung erlassen wurde, hat Deutschland eine Reihe direkter

oder indirekter Gesetze in Bezug auf Kryptowährungen erlassen:

Am 1. Januar 2020 trat das Umsetzungsrecht zur Geldwäsche in Deutschland in Kraft. Der Begriff der Kryptowerte wird im Kreditwesengesetz (KWG) festgelegt. Kryptowährungen werden vom Begriff der Kryptowerte erfasst und als Finanzinstrument akzeptiert.

Am 10. Juni 2021 trat das Gesetz zur Einführung von elektronischen Wertpapieren (eWpG) in Kraft. Kryptowertpapiere sind nun als eine Art von elektronischen Wertpapieren anerkannt.

Das Fondsstandortgesetz (FoStoG) wurde am 28. Mai 2021 vom Bundestag verabschiedet. Es erlaubt etwa 4000 bestehende Spezialfonds in Kryptowährungen zu investieren. 20 % des Kapitals der Spezialfonds werden Kryptowährungen zugeordnet.

*Markets in Crypto Assets Regulation* (MiCAR) soll bis 2022 einen EU-einheitlichen Kryptowerteregulierungsrahmen schaffen, um für alle Anbieter und Emittenten der Kryptowerte im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) Rechtsklarheit und Transparenz zu schaffen.

Außerdem können Kryptowährungen im bestehenden Recht Anwendung finden, z.B. im Zivilrecht und im Steuerrecht.

## II. Zivilrechtliche Grundlagen von Kryptowährungen

### 1. Rechtsnatur der Kryptowährungen

#### a) Kryptowährungen sind keine Sache

Kryptowährungen sind ein digitalisiertes und privatisiertes Zahlungsmittel, das auf der *Blockchain*-Technologie basiert. Sie sind unkörperlich. Jedoch sind Sachen i.S.d. § 90 BGB körperliche Gegenstände. Außerdem hilft die Sacheigenschaft von Computerprogrammen<sup>24</sup> nicht bei Kryptowährungen aufgrund deren reiner Technologie und dem nicht vorhandenen

<sup>19</sup> BAFin, Zweites Hinweisschreiben zu Prospekt- und Erlaubnispflichten im Zusammenhang mit der Ausgabe sogenannter Krypto-Token, S. 5.

<sup>20</sup> Zhu, Journal of National Prosecutors College 2018, 110 (104).

<sup>21</sup> Yang/Huang, Securities Law Journal 2017, 297 (298).

<sup>22</sup> Chen, Exploration And free Views 2019, 84 (91).

<sup>23</sup> Wu/Tan/Tan, Sociological Review of China 2021, 76 (85-96).

<sup>24</sup> Mössner, in: BeckOGK-BGB, § 90 Rn. 78-96.4.

Träger.<sup>25</sup> Folglich handelt es sich bei Kryptowährungen um keine Sachen i.S.d. BGB.

### b) Kryptowährungen sind kein Recht

In der Literatur gibt es verschiedene Auffassungen darüber, ob Kryptowährungen ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB sind. Aber die meisten gehen davon aus, dass Kryptowährungen kein derartiges Recht darstellen. Die „sonstigen Rechte“ i.S.d. § 823 BGB sind grundsätzlich eigentumsähnlich. Nach h.M. können solche Rechte als absolute Rechte nur mit den in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgütern und Rechten vergleichbar sein und haben wie das Eigentum eine Zuweisungs- (vgl. § 903 Alt. 1 BGB) und eine Ausschlussfunktion (§ 903 Alt. 2 BGB).

Kryptowährungen werden als reine Technologie keiner Person per Gesetz zugewiesen und es fehlt ihnen am positiven Zuweisungsgehalt.<sup>26</sup> Es wird auch diskutiert, ob Kryptowährungen als Daten oder Immaterialgüter anzusehen sind, jedoch scheiden sie mangels körperlicher Inhalte als absolutes Recht aus.

Einige vertreten die Meinung, dass Kryptowährungen als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB einzuordnen sind. Ihrer Meinung nach kann der Nutzer mittels seiner Schlüsselpaare (öffentliche und private Schlüssel) im *Wallet* über Transfers und die Fortschreibung der Transaktionshistorie verfügen.<sup>27</sup> Den Besitz des § 854 BGB kann man mit dem sonstigen Recht vergleichen, dort wird er als Verfügungsgewalt geschützt.<sup>28</sup> Die Gegenseite vertritt die Ansicht, dass die Einordnung des Besitzes als ein geschütztes sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB davon abhängt, welche konkrete Art von Besitz vorliegt.<sup>29</sup> Beispielsweise wird der unberechtigte Besitzer von § 823 BGB nicht geschützt. Darüber hinaus „existieren nicht einmal solche Regelungen, die ein lediglich dem possessorischen Besitzschutz funktional vergleichbares Schutzniveau gewährleisten könnten.“<sup>30</sup> Es wird folglich nicht davon ausgegangen, dass Kryptowährungen als sonstige Rechte einzuordnen sind.

### c) Kryptowährungen sind kein Geld

Es ist zwar umstritten, ob Kryptowährungen Geld sind, aber die meisten gehen davon aus, dass Kryptowährungen kein Geld darstellen. Diese Frage ist für alle Aktivitäten im Zusammenhang mit Kryptowährungen grundlegend. Es ist deshalb notwendig, auf dieses Thema näher einzugehen.

Der Begriff des Geldes ist nicht im BGB festgelegt und hat auch keine vereinheitlichte Definition im deutschen Recht. Gesetzliches Geld ist lediglich Bargeld, dessen Erscheinungsform Banknoten und Geldmünzen ist. Bargeld wird als Geld im konkreten Sinn bezeichnet, das vom Staat oder vom Verkehr allgemein anerkannt ist.<sup>31</sup> Nach h.M. sind Kryptowährungen kein Bargeld,<sup>32</sup> weil sie nicht verkörpert sind und keine Emittenten haben.

Im Gegensatz zum Geld im konkreten Sinn gibt es Buchgeld als abstrakten Geldbegriff. Buchgeld ist zwar nicht verkörpert und auch kein gesetzliches Zahlungsmittel, aber der Kontoinhaber hat eine Guthabenforderung gegenüber einem Kreditinstitut und ist in der Lage, bargeldlos zu bezahlen. Darüber hinaus wird Buchgeld hinsichtlich seiner großen praktischen Bedeutung als Bargeld betrachtet, wenn der Gläubiger mit der Bezahlung durch Buchgeld einverstanden ist.<sup>33</sup> Buchgeld kann nach § 675c BGB Anwendung finden. Jedoch sind Kryptowährungen nicht verkörpert und gewähren auch keinen entsprechenden Zahlungsanspruch gegenüber einem Emittenten. Infolgedessen sind Kryptowährungen auch kein Buchgeld.<sup>34</sup>

## 2. Kryptowährungsschulden

### a) Erwerb von Kryptowährungen unter Einsatz von Geld

Das Vertragsverhältnis zum Erwerb von Kryptowährungen mit Geld wird vor allem bei Kauf-, Tausch- und Rechtskaufverträgen diskutiert.<sup>35</sup> Die Gegenstände des Kaufvertrags sind Sachen oder Rechte. Wie oben bereits erwähnt, sind Kryptowährungen weder Sachen noch Rechte. Folglich wird diese Art von Vertrag davon ausgegangen, dass auf ihn die Vorschriften

<sup>25</sup> Schlund/Pongratz, DStR 2018, 593 (600).

<sup>26</sup> Weiss, JuS 2019, 1050 (1057).

<sup>27</sup> Shmatenko/Möllenkamp, MMR 2018, 495 (498).

<sup>28</sup> Shmatenko/Möllenkamp, MMR 2018, 495 (498).

<sup>29</sup> Brockmann/Künnen, JuS 2020, 910 (912).

<sup>30</sup> Omlor, ZHR 2019, 294 (311).

<sup>31</sup> Omlor/Spiegel, in: Möslein/Omlor (Hrsg.), Fintech-Handbuch-Digitalisierung, Recht, Finanzen, 2019, S. 464.

<sup>32</sup> Wolfsteiner, in: MüKo-ZPO, §794, Rn. 256; Spindler/Bille, WM 2014, 1357 (1357); Omlor/Spiegel, in:

Möslein/Omlor (Hrsg.), Fintech-Handbuch-Digitalisierung, Recht, Finanzen, 2019, S. 464; Schlund/Pongratz, DStR 2018, 593 (600).

<sup>33</sup> Bergdolt, in: NK-BGB, § 245 Rn. 6, 7.

<sup>34</sup> Bafin vertritt die gleiche Auffassung; Auffenberg, BKR 2019, 341 (342); Weiss, JuS 2019, 1050 (1055).

<sup>35</sup> Omlor/Spiegel, in: Möslein/Omlor (Hrsg.), Fintech-Handbuch-Digitalisierung, Recht, Finanzen, 2019, SS. 468-470; Weiss, JuS 2019, 1050 (1057); Shmatenko/Möllenkamp, MMR 2018, 495 (498-499).

über den Kaufvertrag gemäß §§ 433 ff. BGB keine Anwendung finden.

Der Begriff „sonstige Gegenstände“ i.S.d. § 453 Abs. 1 BGB ist jedoch weit zu verstehen und umfasst neben allen übertragbaren Rechtsobjekten auch nicht oder noch nicht geschützte Erfindungen oder virtuelle Gegenstände, einschließlich virtueller Währungen.<sup>36</sup> Deswegen gilt der Kauf von Kryptowährungen mit Geld als Rechtskauf. Darüber hinaus ist auf den Erwerb von Kryptowährungen der Tauschvertrag gem. § 480 BGB anwendbar. Das Tauschobjekt des Tauschvertrags ist sehr dehnbar und kann Rechte, Sachinbegriffe und andere erlaubte übertragbare vermögenswerte Positionen sein.<sup>37</sup>

### b) Bezahlung mit Kryptowährungen

Die Bezahlung mit Kryptowährungen kann beim Tausch-, Werk-, Dienst- und Mietvertrag erfolgen.<sup>38</sup> Wie bereits erwähnt, können Kryptowährungen Tauschobjekte sein. Zudem hat der Tauschvertrag ein breites Anwendungsfeld. Ein Tauschvertrag könnte folglich bei der Bezahlung mit Kryptowährungen angewendet werden. Die Gegenleistungen beim Kauf- und beim Werkvertrag sind unterschiedlich. Die vereinbarte Vergütung i.S.d. §§ 631, 611 BGB ist nicht lediglich wie der Kaufpreis i.S.d. § 433 Abs. 2 BGB auf Geldzahlungen beschränkt, sondern erfasst alle Arten von Gegenleistungen.<sup>39</sup> Gleiches gilt für eine vereinbarte Miete i.S.d. § 535 Abs. 2 BGB.

### c) Stellungnahme

Kryptowährungen sind keine Sache, kein Recht und kein Geld. Die neue Legaldefinition vertritt dieselbe Ansicht. Es ist zutreffend, dass Kryptowährungen als allgemeine Zahlungsmittel und akzeptierte Tauschmittel gelten sollten. Es verträgt sich zwar nicht mit dem ursprünglichen Ziel der Gründung von *Bitcoin* und anderen Kryptowährungen, ein dezentralisiertes, grenzenloses und internationales Währungssystem zu schaffen, aber dies war bereits von Anfang an zu erwarten. In Bezug auf Kryptowährungsschulden sollte jede Art der Schulden speziell behandelt werden. Bei der Bezahlung mit Kryptowährungen entfalten diese die Funktion einer Währung, dadurch schulden die Schuldner nur den Wert der Kryptowährung im Zeitpunkt der Übertragung. Wenn es bei einem

Rechtsstreit um den Erwerb von Kryptowährungen unter Einsatz von Geld geht, ist es umso komplizierter. Dieser Beitrag geht nicht speziell auf diese Frage ein, jedoch wurde sie in der Literatur detailliert diskutiert.<sup>40</sup>

## III. Kryptowährungen und Steuerrecht

### 1. Einkommensteuerliche Behandlung von Kryptowährungen

#### a) Die Voraussetzungen für die Besteuerung

Die Einordnung von Kryptowährungen als Gegenstände i.S.d. Einkommensteuerrechts erfordert, dass sie andere Wirtschaftsgüter darstellen, der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung innerhalb eines Jahres erfolgt (§ 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 S. 1 EStG) und – sofern Privatvermögen veräußert wurde – der Gesamtgewinn im Kalenderjahr 600 Euro übersteigt (§ 23 Abs. 3 S. 5 EStG). Es ist aber umstritten, ob Kryptowährungen andere Wirtschaftsgüter i.S.d. EStG sind.

#### b) Meinungsstreit über Wirtschaftsgüter

##### aa) Herrschende Meinung

Die Finanzämter vertreten die Ansicht, dass Kryptowährungen als Wirtschaftsgüter der Besteuerung unterliegen. Die gleiche Auffassung vertritt das Finanzgericht (FG) Berlin-Brandenburg. 2019 entschied es: „Die rechtliche Einordnung der Kryptowährungen als ein Wirtschaftsgut sowie die sich daraus ergebende Besteuerung führt auch nicht zu einem verfassungswidrigen Zustand.“<sup>41</sup>

Nach dieser Entscheidung<sup>42</sup> sollte der Begriff des „Wirtschaftsguts“ in einem weiten Sinne verstanden werden, der dem handelsrechtlichen Begriff ähnlich ist. Neben Sachen und Rechten i.S.d. BGB sind tatsächliche Zustände und konkrete Möglichkeiten im Begriff „Vermögensgegenstand“ miteingeschlossen. Der Maßstab des Vermögenswertes ist eine objektiv werthaltige Position. Das heißt, Wirtschaftsgüter sind alle Wertgegenstände der privaten Vermögenssphäre. Sofern Möglichkeiten oder konkrete Zustände einen eigenständigen Wert im Rechtsverkehr haben, sind sie für steuerliche Zwecke ausreichend. Die Kryptowerte können im Geschäftsverkehr Zahlungsfunktion erfüllen und sind strukturell vergleichbar mit

<sup>36</sup> *Wilhelmi*, in: BeckOGK-BGB, § 453, Rn. 145-149.

<sup>37</sup> *Westermann*, in: MüKoBGB-BGB, § 480, Rn. 1.

<sup>38</sup> *Omlor/Spiegel*, in: Möslein/Omlor (Hrsg.), *Fintech-Handbuch-Digitalisierung, Recht, Finanzen*, 2019, S. 470; *Shmatenko/Möllenkamp*, MMR 2018, 495 (499-500); *Harman*, BKH 2018, 457 (462).

<sup>39</sup> *Mansel*, in: Jauernig, Komm.-BGB, § 631, Rn. 20.

<sup>40</sup> *Omlor*, ZHR 2019, 294 (318-331).

<sup>41</sup> *FG Berlin-Brandenburg* openJur 2020, 42838, Rn. 31.

<sup>42</sup> *FG Berlin-Brandenburg* openJur 2020, 42838, Rn. 27.

Fremdwährungen oder Devisen, deren Transaktionen ebenfalls von § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 S. 1 EStG erfasst werden.

Es ist auch in der Steuerrechtsliteratur weitgehend anerkannt, dass es sich bei Kryptowährungen um andere Wirtschaftsgüter i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG handelt.<sup>43</sup>

### bb) Gegenmeinung

Aus Sicht des FG Nürnberg<sup>44</sup> ist es zweifelhaft, ob Kryptowährungen „andere Wirtschaftsgüter“ i.S.d. § 23 EStG sind. Das FG Nürnberg geht zunächst davon aus, dass es Kryptowährungen als Wirtschaftsgüter an der Rechtmäßigkeit fehlt, weil es hierzu weder entsprechende Gesetze noch höchstrichterliche Rechtsprechung gibt. Zudem ist jede Kryptowährung unterschiedlich. *Bitcoin* ist eine klassische Art von Kryptowährung, wie ein Beschluss des FG Berlin-Brandenburg besagt. Kryptowährungen ergeben sich aus unterschiedlichen Technologien, dadurch werden andere Kryptowährungen nicht als *Bitcoin* betrachtet. Dies hat viel mit der Frage zu tun, ob ein steuerpflichtiges Wirtschaftsgut vorliegt oder nicht. Die Finanzämter sind folglich verpflichtet, alle in Steuererklärungen angegebenen Kryptowährungen zu prüfen. Aussetzung der Vollziehung ist bei ernstlichen Zweifeln an der Rechtmäßigkeit und wegen mangelnder Sachverhaltsaufklärung durch das FG möglich.

### cc) Stellungnahme

Meiner Meinung nach sollten Kryptowährungen als Wirtschaftsgüter betrachtet werden. Kein Gesetzgeber kann alle künftigen Konfliktfälle vorhersehen. Kryptowährungen sind eine Neuerung. Da ist es normal, dass es keine Gesetze zu Kryptowährungen gibt. Jedoch kann diese Regelungslücke durch Rechtsfortbildung geschlossen werden. Nach der Meinung des FG Berlin-Brandenburg sind Kryptowährungen strukturell mit Fremdwährungen oder Devisen vergleichbar, deren Transaktionen ebenfalls von § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 S. 1 EStG erfasst werden. Es fehlt Kryptowährungen zwar an einer direkten gesetzlichen Grundlage, aber eine Regelung, die auf Kryptowährungen analoge Anwendung findet, kann gefunden werden. Außerdem ist jede Kryptowährung unterschiedlich, wie der

erste Teil des Beitrags beleuchtet. Jedoch sind *Bitcoins* und andere Kryptowährungen im Wesentlichen gleich, wenn bei ihnen ein eigenständiger Wert vorliegt. Es liegt auf der Hand, dass technische Gründe kein Grund für Einkommensteuerfreiheit sein können.

## 2. Umsatzsteuerliche Behandlung von Kryptowährungen

### a) Anerkennung durch den EuGH

2015 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in einem wichtigen Urteil über Kryptowährungen entschieden, dass eine Mehrwertsteuer beim Umtausch von *Bitcoin* in konventionelle Währungen und umgekehrt nicht fällig wird.<sup>45</sup> Diese Entscheidung beantwortete den Fall *Hedqvist* aus Skandinavien. Im *Hedqvist*-Fall wollte *David Hedqvist* auf seiner Webseite den Tausch von konventionellen Währungen in *Bitcoins* ermöglichen. Deswegen wollte er wissen, ob beim Umtausch der Währungen eine Mehrwertsteuer anfällt. Die schwedische Steuerbehörde hielt die *Bitcoins* nicht für ein reguläres Zahlungsmittel und brachte den Fall daraufhin vor das oberste Verwaltungsgericht des Landes. Das Gericht entschied jedoch nicht direkt, sondern verwies den Fall nach Luxemburg.<sup>46</sup>

In dieser Entscheidung stellte der EuGH fest, dass eine beidseitig handelbare virtuelle Währung bei Umtauschgeschäften (von den herkömmlichen Währungen in *Bitcoin* und umgekehrt) nicht als Gegenstand i.S.d. § 3 Abs. 1 UStG (Art. 14 MwStSystRL) eingeordnet werden kann. Der Zweck dieser virtuellen Währung bestehe ausschließlich in der Verwendung als Zahlungsmittel. Es handele sich um eine Dienstleistung gegen Entgelt. Weiter verwies er darauf, dass die Tauschleistungen in den Anwendungsbereich des Art. 135 Abs. 1 Buchst. e MwStSystRL fallen und somit umsatzsteuerfrei sind.

### b) Umsetzung durch das BMF

Am 27. Februar 2018 setzte das Bundesministerium der Finanzen (BMF) diese EuGH-Rechtsprechung in seinem Schreiben um. Beim Umtausch von herkömmlichen Währungen in *Bitcoin* und umgekehrt handele es sich zwar um eine besteuerebare sonstige Leistung, diese wäre aber umsatzsteuerfrei, weil für eine richtlinienkonforme Gesetzesauslegung § 4 Nr. 8 lit. b UStG

<sup>43</sup> Schlund/Pongratz, DStR 2018, 598 (601); Krauß/Blöchle, DStR 2018, 1210 (1212). Schroen, DStR 2019, 1369 (1396); Hornung, npoR 2020, 11 (12); Andres, DStR 2021, 1630 (1630); Schmittmann, in: Taeger/Pohle (Hrsg.) Computerrechts-Handbuch, 36. Aufl. 2021. Stichwort: Besonderheiten bei Kryptowährungen.

<sup>44</sup> FG Nürnberg, Beschl. v. 08.04.2020 – 3 V 1239/19. Rn. 19-21.

<sup>45</sup> EuGH, Urt. v. 22.10.2015 – C-264/14 (Fall *Hedqvist*).

<sup>46</sup> Vgl. ABl. C 245 vom 28.07.2014, S. 7.

gelte.<sup>47</sup> Dies trüge zu einer deutschlandweit einheitlichen Anwendung des Steuerrechts bei. Das Schreiben des BMF legte zudem auch die umsatzsteuerrechtliche Behandlung virtueller Währungen fest, die nicht in der EuGH-Rechtsprechung erwähnt wurden. Konkrete umsatzsteuerrechtliche Behandlung virtueller Währungen im Schreiben sind:

Die Verwendung von *Bitcoin* als Entgelt. Dient die Verwendung von *Bitcoin* lediglich dem Zweck eines reinen Zahlungsmittels, wird sie der Verwendung von konventionellen Zahlungsmitteln gleichgesetzt. Die Bezahlung mit *Bitcoin* zur bloßen Entgeltentrichtung ist somit steuerfrei.<sup>48</sup>

**Mining.** Mining ist das „Schürfen“ von *Bitcoin*. Weder die Leistungen der *Miner* noch ihre Belohnung ist besteuert, da die Leistungen der *Miner* nichts mit einer freiwillig gezahlten Transaktionsgebühr zu tun haben. Darüber hinaus handelt es sich bei der Belohnung der *Miner* (dem Erhalt neuer *Bitcoin*) nicht um ein Leistungsaustauschverhältnis.<sup>49</sup>

„**Waller**“. Fordern die Anbieter vom Benutzer die Zahlung von Gebühren für die digitalen *Wallets*, stellt dies „die auf elektronischem Weg erbrachte sonstige Leistung“ i.S.d. § 3a Abs. 5 S. 2 Nr. 3 UStG dar, sie sind nach § 3a Abs. 2 bzw. Abs. 5 Satz 1 UStG steuerbar und steuerpflichtig, soweit der Leistungsort im Inland liegt.<sup>50</sup>

**Handelsplattformen.** Es ist zwischen dem Handel mit Kryptowährungen auf Plattformen und Plattformen als technischem Marktplatz zu unterscheiden. Ersteres ist nach § 4 Nr. 8 lit. b UStG steuerfrei und Letzteres wird gemäß § 4 Nr. 8 UStG fällig.<sup>51</sup>

## IV. Kryptowährungen und Geldwäscherecht

### 1. Überblick über Kryptowährungen im Geldwäscherecht

Die Vierte Geldwäscherichtlinie<sup>52</sup> beschäftigt sich mit E-Geld-Produkten und kommt bei Kryptowährungen

nicht in Betracht. Diese Geldwäscherichtlinie ist in den Mitgliedstaaten bis zum 26. Juni 2017 in nationales Recht umzusetzen. Während Kryptowährungen im gleichen Zeitraum immer beliebter geworden sind, stellen sie aufgrund ihres höheren Geldwäscherisikos eine große Herausforderung für die Länder dar.

Im März 2016 gab das Europäische Parlament ein Dokument zu virtuellen Währungen heraus, bei dem es unter anderem um die Risiken der virtuellen Währungen zum Einsatz bei Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung geht.<sup>53</sup> Anschließend veröffentlichte die Europäische Kommission im Juli einen Vorschlag für eine Änderung der Vierten Geldwäscherichtlinie<sup>54</sup>, der erstmals auch virtuellen Währungen umfasste. Am 9. Juli 2018 trat die AMLD5 in Kraft, welche die Vierte aktualisierte (Gesetz zur Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie). Die Mitgliedstaaten müssen bis zum 10. Januar 2020 die neuen Vorschriften in nationales Recht umsetzen. Am 12. Dezember 2019 verkündete Deutschland das Gesetz zur Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie.

## 2. Kryptowährungen im AMLD5

### a) Definition der virtuellen Währungen

In Art. 3 Nr. 18 AMLD5 wird der Begriff der virtuellen Währung definiert. Dies ist der erste Rechtsbegriff zur Kryptowährung, der zu Vermeidung von Differenzen und einer einheitlichen Rechtsanwendung führt. Diese Legaldefinition wurde an anderer Stelle bereits beschrieben, daher wird sie hier nicht behandelt.

### b) Erweiterung des Kreises der Verpflichteten

Verpflichtete im Sinne des Geldwäschegesetzes (GwG) sind beispielsweise Kreditinstitute, Zahlungsinstitute und Versicherungsunternehmen usw. Durch AMLD5 wird dieser Kreis erweitert: Nun werden neben den anderen Verpflichteten sowohl die Plattformen zum Handel mit virtuellen Währungen als auch die E-Wallet-Anbieter als Verpflichtete

<sup>47</sup> *BMF*, Rundschreiben vom 28.02.2018, Umsatzsteuerliche Behandlung von Bitcoin und anderen sog. virtuellen Währungen.

<sup>48</sup> *BMF*, Rundschreiben vom 28.02.2018, Umsatzsteuerliche Behandlung von Bitcoin und anderen sog. virtuellen Währungen, S. 2.

<sup>49</sup> *BMF*, Rundschreiben vom 28.02.2018, Umsatzsteuerliche Behandlung von Bitcoin und anderen sog. virtuellen Währungen, S. 2.

<sup>50</sup> *BMF*, Rundschreiben vom 28.02.2018, Umsatzsteuerliche Behandlung von Bitcoin und anderen sog. virtuellen Währungen, S. 3.

<sup>51</sup> *BMF*, Rundschreiben vom 28.02.2018, Umsatzsteuerliche Behandlung von Bitcoin und anderen sog. virtuellen Währungen, S. 3.

<sup>52</sup> Richtlinie 2015/849/EU vom 20.05.2015.

<sup>53</sup> *Europäisches Parlament*, „Virtual Currencies, European Parliament Resolution of 26 May on virtual currencies“ (2016/2007(INN)) P8\_TA-PROV 2016) 0228. Dort heißt: „(i) the potential for ‘black market’ transaction, money laundering, terrorist financing... bearing in mind that the traceability of cash transactions tends to be much lower still;“

<sup>54</sup> *Europäische Kommission*, Opinion of the European Banking Authority on the EU Commission’s Proposal to bring Virtual Currencies into the Scope of Directive (EU) 2015/849(4AMLD), vom 11.08.2016.

miteinbezogen. Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. g AMLD5 hat Umtauschdienstleister, – das sind Dienstleister, die virtuelle Währungen in Fiatgeld und umgekehrt tauschen –, angefügt. Wallet-Anbieter sind in Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. h AMLD5 normiert, dort heißt er „Anbieter von elektronischen Geldbörsen“ und dieser Anbieter wird in Art. 3 Nr. 19 AMLD5 definiert als „ein Anbieter, der Dienste zur Sicherung privater kryptografischer Schlüssel im Namen seiner Kunden anbietet, um virtuelle Währungen zu halten, zu speichern und zu übertragen.“

### c) Registrierungspflichten von Wechseldienstleistern und Wallet-Anbietern

Art. 47 Abs. 1 AMLD5 sieht Registrierungspflichten von Wechseldienstleistern und Wallet-Anbietern vor. Wenn die Mitgliedstaaten virtuelle Währungen in Fiatgeld und umgekehrt tauschen dürfen, müssen sich Wechseldienstleister und Wallet-Anbietern eintragen lassen.

### 3. Deutsche Ebene – KWG

Am 1. Januar 2020 trat das Umsetzungsrecht in Deutschland in Kraft. Im Umsetzungsprozess veränderte und erweiterte der deutsche Gesetzgeber einige Inhalte des AMLD5. Einerseits geht der deutsche Rechtsbegriff „Kryptowerte“ über den Begriff „virtuelle Währungen“ der AMLD5 hinaus und umfasst sowohl Kryptowährungen (z.B. *Bitcoins*) als auch *Token* und *Coins*.<sup>55</sup> Andererseits wird eine Zulassungspflicht für Dienstleister eingeführt, die strenger als die Registrierungspflicht aus der AMLD5 ist. Eine Besonderheit der Umsetzung in Deutschland ist, dass die Rechtsbegriffe „Kryptowert“, „Finanzinstrument“ und „Kryptoverwahrgeschäft“ sowie die Zulassungspflicht in das KWG und nicht in das GwG aufgenommen werden.<sup>56</sup>

### a) Die Begriffserweiterung von virtuellen Währungen bis Kryptowerte

Nach § 1 Abs. 11 S. 4 KWG sind Kryptowerte ähnlich wie der Begriff der „virtuellen Währungen“ aus der AMLD5 zu verstehen. Beide Begriffe haben einen fast identischen Wortlaut, jedoch verlangen Kryptowerte nicht, dass zwangsläufig eine gesetzlich festgelegte Anbindung an eine Währung besteht.

Die Inhalte der Kryptowerte umfassen jedoch *Token*. Das gesetzgeberische Ziel des § 1 Abs. 11 S. 4 KWG ist es, alle *Token*, die nicht bereits in eine andere

Unterkategorie der Finanzinstrumente des § 1 Abs. 11 KWG fallen, unter diesen als Auffangvorschrift gedachten Begriff einzuordnen.<sup>57</sup> Die *Token* sind in *Security*, *Currency* und auch *Utility Token* kategorisiert. *Currency Token* bleiben damit weiterhin Rechnungseinheiten i.S.d. § 1 Abs. 11 S. 1 Nr. 7 KWG; es ist aber umstritten, ob *Utility Token* als Kryptowerte anzusehen sind; *Securit Token* sind auf jeden Fall bei den Kryptowerten miteingeschlossen, sofern sie Anlagezwecken dienen.<sup>58</sup> E-Geld und ein monetärer Wert sind keine Kryptowerte.

Darüber hinaus wird der Kryptowert nach § 1 Abs. 11 KWG als neues Finanzinstrument akzeptiert. Das Kryptoverwahrgeschäft gem. § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 6 KWG wird als neue Finanzdienstleistung anerkannt.

### b) Zulassungspflicht im KWG

Die Dienstleister nach § 32 Abs. 1 S. 1 KWG, die *Wallets* und Umtauschplattformen anbieten, haben neben der Registrierungspflicht eine Erlaubnisspflicht. Die *Wallet*-Anbieter arbeiten als Verwahrer, um die privaten Schlüssel der Benutzer zu verwahren oder der Verwaltung und der Sicherung der Kryptowerte zu dienen. Diese Geschäfte werden als „Kryptoverwahrgeschäft“ eingeordnet, sodass sich die Erlaubnisspflicht der *Wallet*-Anbieter direkt aus dem Kryptoverwahrgeschäft als neue Finanzdienstleistung ergibt. Die Dienstleister bieten Umtauschplattformen in Form von Finanzkommissionsgeschäften (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KWG) oder den Betrieb eines multilateralen Handelssystems (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1b KWG) an, die für die Erlaubnisspflicht verantwortlich sind.<sup>59</sup>

Zusätzlich zu den oben genannten Pflichten, die sich direkt auf Kryptowerte beziehen, unterliegen Verpflichtete, die sich mit Kryptowerten beschäftigen, den gleichen geldwäscherechtliche Pflichten wie andere Verpflichtete, etwa Risikomanagement und allgemeinen Sorgfaltspflichten (§ 4 Abs. 4, § 10 Abs. 6 GwG).

### c) Stellungnahme

Die Begriffsentwicklung vom AMLD5 hin zum KWG führt dazu, dass verschiedene *Token*gestaltungen unterschiedlichen Begriffen auf verschiedenen Regelungsebenen unterfallen.<sup>60</sup> Die Kombination mit der Erlaubnisspflicht macht das Gesetz inkonsistent,

<sup>55</sup> Hackenberg, in: Weber (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 26. Aufl. 2021. Stichwort: Kryptowerte.

<sup>56</sup> Zöllner, BKR 2020, 117 (118).

<sup>57</sup> Kleinert/Mayer, EuZW 2019, 857 (862).

<sup>58</sup> Rennig, BKR 2020, 23 (25-27); Kleinert/Mayer, EuZW 2019, 857 (862).

<sup>59</sup> Zöllner, BKR 2020, 117 (124).

<sup>60</sup> Zöllner, BKR 2020, 117 (123).

wodurch es zu Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung kommen kann. Ferner könnte es aufgrund der Gegensätzlichkeit zu einer Zersplitterung des Binnenmarktes kommen.

Aber in der Tat gehen die Maßnahmen im Einklang mit dem Trend in Richtung Entwicklung der Kryptowährungen. Die Gesellschaft steht stärker unter dem Einfluss von *Token*. Als Deutschland das AMLD5 umsetzte, hatte es diesen Grund vermutlich berücksichtigt. Der Begriff des Kryptowertes wird seitdem in Deutschland einheitlich in der juristischen Terminologie verwendet, z.B. Kryptowerte im Fondsstandortgesetz und Kryptowertpapiere im eWpG. Auf EU-Ebene benutzt die *Markets in Crypto Assets Regulation* auch „Kryptowerte“. Außerdem stärkt die Erlaubnispflicht im KWG die Regulierung von Kryptowährungen und fördert damit eine bessere Nachverfolgbarkeit von Kryptowährungstransaktionen. Dies kann zwar zu einem Anstieg der administrativen Arbeitsbelastung führen, aber dies wirkt wiederum etwaigen Problemen hinsichtlich der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung entgegen.

## V. Kryptowerte im eWpG

Am 10. Juni 2021 trat das Gesetz zur Einführung von elektronischen Wertpapieren (eWpG) in Kraft und öffnete damit den Weg für digitale Wertpapiere. Das Gesetz sieht zudem noch Kryptowertpapiere vor.

### 1. Elektronische Wertpapiere

Das elektronische Wertpapier wird im § 2 eWpG vorgesehen: „Ein Wertpapier kann auch als elektronisches Wertpapier begeben werden. Ein elektronisches Wertpapier wird dadurch begeben, dass an Stelle der Ausstellung einer Wertpapierurkunde eine Eintragung in ein elektronisches Wertpapierregister (§ 4 Absatz 1) vorgenommen wird.“ Das elektronische Wertpapier hat zudem dieselbe Rechtswirkung wie ein Wertpapier (§ 2 Abs. 2 eWpG) und gilt als Sache i. S. d § 90 BGB (§ 2 Abs. 3 eWpG).

### 2. Kryptowertpapiere

Das Gesetz definiert zwei unterschiedliche elektronische Wertpapiere, nämlich die Zentralregisterwertpapiere (§ 4 Abs. 2 eWpG) und die Kryptowertpapiere (§ 4 Abs. 3 eWpG). Ein Unterschied zwischen Zentralregisterwertpapieren und Kryptowertpapieren besteht im Registrierungsort: Während Ersterer in ein „zentrales Register“ eingetragen werden, soll dies bei

Letzterem über ein „Kryptowertpapierregister“ geschehen. Es scheint, dass die zwei Registrierungen ähnlich sind, doch stellt die Eintragung in ein Kryptowertpapierregister eine völlige Neuerung dar.<sup>61</sup> Ein Kryptowertpapierregister wird mit einem Aufzeichnungssystem geführt, das auf *Blockchain*-Technologien basiert (§ 16 eWpG). Hinsichtlich der Struktur des eWpG richtet das Gesetz neben allgemeinen Vorschriften getrennt Abschnitte ein, welche zentrale Register (Abschnitt 2 §§ 12-15 eWpG) und Kryptowertpapierregister (Abschnitt 3 §§ 16-23 eWpG) vorsehen.

### 3. Kryptowertpapierregister

Wie bereits dargestellt, müssen Kryptowertpapiere nach § 4 Abs. 3 eWpG in ein Kryptowertpapierregister eingetragen werden. § 16 Abs. 1 eWpG sagt dazu: „Ein Kryptowertpapierregister muss auf einem dezentralen, fälschungssicheren Aufzeichnungssystem geführt werden, in dem Daten in der Zeitfolge protokolliert und gegen unbefugte Löschung sowie nachträgliche Veränderung geschützt gespeichert werden.“ Charakterisiert ist das Aufzeichnungssystem dabei durch Dezentralisierung, Fälschungssicherung, Chronologie und Sicherheit. Es lässt sich den sog. *Distributed-Ledger*-Technologien (DLT) zuordnen. Folglich ist das Kryptowertpapierregister etwas völlig anderes als das zentrale Register. Im Übrigen können sich die Inhaber der Kryptowertpapiere gem. § 8 Abs. 1, 2 eWpG zwischen Sammel- und Einzeleintragung entscheiden. Gleichzeitig kann eine Einzeleintragung auf Auftrag des Inhabers in eine Sammeleintragung umgewandelt werden (§ 8 Abs. 3 eWpG).

### 4. Stellungnahme

Das eWpG entstand unter Druck von Bedürfnissen der Wirtschaftsentwicklung und des internationalen Wettbewerbs, um Deutschland als Finanzstandort attraktiver zu machen.<sup>62</sup> Ohne Zweifel bedeutet die Entwicklung des Wertpapiers von der Urkunde über die elektronisch und ggf. mittels der *Blockchain*-Technologie verfassten Urkunde einen großen Fortschritt. Vor allem sind es die Kryptowertpapiere, die mit der gesellschaftlichen und technologischen Entwicklung im Einklang stehen. Es ist zwar umstritten, ob Kryptowertpapiere zwingend eingetragen werden müssen, da es der Dezentralisierung und der Anonymität widerspricht. Jedoch geht es bei diesem Problem nicht nur um Kryptowertpapiere, sondern auch um das

<sup>61</sup> Wieneke/Kunz, NZG 2021, 316 (318).

<sup>62</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren, 14.12.2020, S.1.

allgemeine Anwendungsgebiet, das sich basierend auf *Blockchain*-Technologien ergibt. Die Registrierung ist die beste Lösung für das Problem der Anonymität und auch erforderlich, um Kryptowährungen in einer zentralisierten Welt anwenden zu können. Darüber hinaus basiert das Aufzeichnungssystem der Kryptowertpapiere auf einer *Blockchain*-Technologie, daher ist es dezentral, fälschungssicher und anonym.

## VI. Kryptowerte im FoStoG

### 1. Überblick über das FoStoG

Am 28. Mai 2021 verabschiedete der Bundesrat das Gesetz zur Stärkung des Fondsstandorts Deutschland.<sup>63</sup> Das FoStoG stellt eigentlich ein Paket an Änderungsgesetzen dar, welches das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB), das Investmentsteuergesetz (InvStG) sowie das EStG usw. umfasst und ändert insbesondere das KAGB.

### 2. Stellungnahme des BVI<sup>64</sup>

Der Entwurf des Gesetzes zur Stärkung des Fondsstandorts Deutschland und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1160 zur Änderung der Richtlinien 2009/65/EG und 2011/61/EU im Hinblick auf den grenzüberschreitenden Vertrieb von Organismen für gemeinsame Anlagen enthielt keine Vorschriften über Kryptowerte. Die Stellungnahme des BVI zum Referentenentwurf vom 1. Dezember 2020 wies darauf hin: „Außerdem sollten die Anlagekataloge von Publikums-Formen der Alternativen Investmentfonds (AIF) und Spezial-AIF um Kryptowerte erweitert werden.“ Konkret sollten §§ 221 Abs. 1, 261 Abs. 1, 284 Abs. 2 Nr. 2 KAGB um Kryptowerte ergänzt werden.<sup>65</sup>

### 3. Anlegen mit Kryptowerten im Spezial-AIF

Das am 21. April 2021 vom Bundestag verabschiedete FoStoG ergänzte § 284 KAGB um Kryptowerte. Nach § 284 Abs. 2 lit. i KAGB wird folgender lit. j

eingefügt: „Kryptowerte im Sinne von § 1 Abs. 11 S. 4 des KWG zu Anlagezwecken, wenn deren Verkehrswert ermittelt werden kann.“ Nach § 284 Abs. 3 S. 1 KAGB können Kryptowerte zu maximal 20 % des Wertes des offenen inländischen Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen angelegt werden. Diese Maßnahme wird eine große Rolle für Finanzanlagen auf dem deutschen Markt spielen und den Stellenwert von Kryptowerten anheben und damit die gesamte Kryptowerte-Industrie in Deutschland stärken.

## VII. Markets in Crypto Assets Regulation

### 1. Hintergrund der MiCAR

Am 24. September 2020 legte die Europäische Kommission ein umfangreiches neues Digitalisierungspaket<sup>66</sup> für den Europäischen Wirtschaftsraum vor, das vier Vorschläge umfasst. Der Vorschlag zur *Markets in Crypto Assets Regulation* (MiCAR)<sup>67</sup> ist einer dieser Vorschläge.

Dieses Digitalisierungspaket verdankt seine Entstehung den umfangreichen und detaillierten Untersuchungen und Empfehlungen der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) und der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA). Diese erhielten den Auftrag von der Europäischen Kommission, eine Rechtsanwendung zu bewerten, die sich über den bestehenden EU-Regulierungsrahmen erstreckt und inwieweit Kryptowerte hier Anwendung finden können.<sup>68</sup> Die Untersuchungsergebnisse der EBA<sup>69</sup> und der ESMA<sup>70</sup> weisen darauf hin, dass eine einheitliche Regulierung von Kryptowerten im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) fehlt und das geltende EU-Aufsichtsregime auf die meisten Kryptowerte keine Anwendung findet. MiCAR entstand aus diesem Grund und soll bis 2022 einen EU-einheitlichen Kryptowerteregulierungsrahmen schaffen.

<sup>63</sup> Gesetz zur Stärkung des Fondsstandorts Deutschland und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1160 zur Änderung der Richtlinien 2009/65/EG und 2011/61/EU im Hinblick auf den grenzüberschreitenden Vertrieb von Organismen für gemeinsame Anlagen (Fondsstandortgesetz – FoStoG), Beschluss des Bundesrates, Drucksache 354/21 (Beschluss), 28.05.2021.

<sup>64</sup> Der BVI Bundesverband Investment und Asset Management e. V. (kurz BVI) ist ein 1970 gegründeter Verband von Investmentgesellschaften.

<sup>65</sup> BVI-Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 1. Dezember 2020 für ein Fondsstandortgesetz. Frankfurt am Main, 16.12.2020. S. 2.

<sup>66</sup> *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über eine Strategie für ein digitales Finanzwesen in der EU, 24.09.2020, COM (2020) 591 final.

<sup>67</sup> *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, 24.09.2020, COM (2020) 593 final.

<sup>68</sup> *Siadat*, RdF 2021, 12 (13).

<sup>69</sup> *ESMA*, Advice Initial Coin Offerings and Crypto-Assets, ESMA 50-157-1391. 09.01.2019.

<sup>70</sup> *EBA*, Report with advice for the European Commission on crypto-assets, 09.01.2019.

## 2. Inhalte der MiCAR

Die MiCAR sieht in erster Linie vor, dass Emittenten und Anbieter von Kryptowerten Zulassungs- und *Governance*-Anforderungen erfüllen müssen sowie einer Aufsicht unterliegen. Daher schafft sie im EWR eine rechtliche Transparenz und Klarheit, damit alle Teilnehmerstaaten in den Genuss dieser Regulation kommen. MiCAR ist in neun Titel gegliedert, im Einzelnen gliedert sich der Verordnungsentwurf wie folgt (Abb. 3):

Titel	Regelungsgegenstand	Regelungsstandort
Titel I	Gegenstand, Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen	Art. 1-3
Titel II	Anderer Kryptowerte als wertreferenzierte Token und E-Geld Token	Art. 4-14
Titel III	Wertreferenzierte Token	Art. 15-42
Titel IV	E-Geld Token	Art. 43-52
Titel V	Vorschriften zur Regulierung der Anbieter von Krypto-Dienstleistungen	Art. 53-75
Titel VI	Vorschriften zur Verhinderung von Marktmissbrauch	Art. 76-80
Titel VII	Zuständige Behörden, Verwaltungsverfahren	Art. 81-120
Titel VIII	Ermächtigung der Kommission zum Erlass delegierter Verordnungen	Art. 121
Titel IX	Übergangs- und Schlussvorschriften	Art. 122-126

Abbildung 3

Die MiCAR ist die erste Regulierung von Kryptowerten auf Unionsebene, die eine große Rolle in der Kapitalmarktunion spielt. Dies will die Europäische Kommission vorantreiben. Eine einheitliche und transparente Regulierung von Kryptowerten auf EU-Ebene ist nicht nur für Deutschland, sondern auch für andere Mitgliedstaaten unerlässlich und notwendig.

## VIII. Zusammenfassung

1. Kryptowährungen sind keine Sachen i.S.d. § 90 BGB. Die meisten gehen davon aus, dass Kryptowährungen kein „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 BGB sind und auch kein Geld darstellen. In Bezug auf Kryptowährungsschulden finden im Rahmen des Erwerbs von Kryptowährungen unter Einsatz von Geld der Rechtskauf des § 453 Abs. 1 BGB und der Tauschvertrag i.S.d. § 480 BGB Anwendung. Die Bezahlung mit Kryptowährungen gilt für Tausch-, Werk-, Dienst- und Mietverträge.

2. Einkommensteuererhebung setzt andere Wirtschaftsgüter i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG voraus. Aber das ist eine umstrittene Frage. Nach der Ansicht des FG Berlin-Brandenburg und der Literatur handelt es sich bei Kryptowährungen um andere Wirtschaftsgüter i.S.d. EStG. Jedoch ist die Auffassung vom FG Nürnberg bedenkenswert, wonach verschiedene Kryptowährungen unterschiedlich behandelt werden sollten. Außerdem sind steuerbare sonstige Leistungen beim Umtausch von herkömmlichen Währungen in *Bitcoin* und umgekehrt umsatzsteuerfrei.

3. Das deutsche Umsetzungsrecht wurde mit der AMLD5 erweitert. Einerseits geschah dies mit der Erweiterung des Begriffes von virtuellen Währungen hin zu Kryptowerten. Kryptowerte umfassen als neues Finanzinstrument (§ 1 Abs. 11 KWG) neben Kryptowährungen auch *Token*. Das Kryptoverwahrgeschäft wird zudem als neue Finanzdienstleistung (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 6 KWG) anerkannt. Andererseits müssen Dienstleister (§ 32 Abs. 1 S. 1 KWG), die *Wallets* und Umtauschplattformen anbieten, einer Erlaubnispflicht nachkommen.

4. Unkörperliche Wertpapiere (Kryptowertpapiere) sind möglich geworden, und sie haben die gleiche Rechtswirkung wie die der Wertpapiere (§ 2 Abs. 2 eWpG). In näherer Zukunft werden die Kryptowerte Spezial-AIF eintreten (FoStoG) und auf EU-Ebene wird eine einheitliche und transparente Regulierung von Kryptowerten in Kraft treten (MiCAR). Alle diese Gesetze und Regulierungen tragen zur Entwicklung von Kryptowährungen oder Kryptowerten bei.

## D. Rechtslage der Kryptowährungen in China

Vor 5 Jahren war China Vorreiter in der Entwicklung von Kryptowährungen. China produzierte 70 %-80 % der weltweiten *Bitcoin Mining Maschine* und hatte damit die meiste Rechenleistung (*Mining-Kapazität*) der Welt.<sup>71</sup> China erzeugte zwischen 60 % und 70 % der *Bitcoins*.<sup>72</sup> Anfang 2017 machten drei chinesische Handelsplattformen 98 % des weltweiten Handelsvolumens von Kryptowährungen aus.<sup>73</sup> Aber wegen ihrer zunehmenden Beschränkung stößt die Entwicklung von *Bitcoins* und anderen Kryptowährungen in China auf große Hindernisse. Im Oktober 2017 zeigte *CryptoCompare*, dass *Renminbi* lediglich 1 % des weltweiten Handelsvolumens der *Bitcoins* ausmachte.<sup>74</sup> Besonders das Verbot im Mai 2021 bedeutete das

<sup>71</sup> <https://www.yicai.com/news/5397547.html> (abgerufen am 17.06.2021).

<sup>72</sup> <https://p.dw.com/p/3tIXa> (abgerufen am 18.06.2021).

<sup>73</sup> <https://www.yicai.com/news/5345338.html> (abgerufen am 18.06.2021).

<sup>74</sup> <https://www.jinse.com/news/bitcoin/80770.html> (abgerufen am 19.06.2021).

Verschwinden des Handels mit Kryptowährungen in China.

## I. Normative Dokumente zur Kryptowährung

Normative Dokumente, die keine Gesetze, Verordnungen und Regeln darstellen, sind eine Kategorie von Rechtsdokumenten, die im Gesetzgebungsrecht nicht vorgesehen sind, aber einen wesentlichen Einfluss auf die Rechte und Pflichten der Bürger in der Rechtspraxis haben.<sup>75</sup> Sie werden im Allgemeinen als Beschlüsse, Entscheidungen, Anordnungen, Bekanntmachungen, Mitteilungen, Stellungnahmen usw. bezeichnet. Ihre rechtlichen Wirkungen sind geringer als die von Verwaltungsverordnungen und -regelungen.<sup>76</sup>

### 1. Einschränkungen von Kryptowährungen

*Bitcoins* und andere Kryptowährungen werden in China eingeschränkt:

Am 3. Dezember 2013 erließen die Volksbank von China, das Ministerium für Industrie und Informationstechnologie usw. den „Hinweis zur Prävention von *Bitcoin*-Risiken“.<sup>77</sup> Nach diesem Hinweis sind *Bitcoins* nicht als Fiatgeld, sondern als virtuelle Güter anzusehen. Darüber hinaus wurde den Finanz- und anderen Zahlungsinstituten untersagt, mit *Bitcoins* zu handeln. Doch Gesetze beseitigen die Verwendung der Kryptowährungen nicht.

Im September 2017 wurde die „Bekanntmachung zur Vermeidung von Risiken bei der Ausgabe und Finanzierung von *Token*“<sup>78</sup> erlassen. Die Finanzierung von *Token* stellte nunmehr eine ungenehmigte und illegale Finanzierung dar. Weder Finanzierungsplattformen noch Finanzinstituten oder Privaten ist es seitdem erlaubt, *Token* zu finanzieren.

Im August 2018 wurde die „Risikowarnung zur Prävention von illegaler Kapitalbeschaffung im Namen von virtueller Währung und *Blockchain*“ erlassen.<sup>79</sup> Diese Warnung stellte klar, dass das Absorbieren von Geldern durch die Ausgabe von sogenannten virtuellen Währungen, virtuellen Vermögenswerten und digitalen Vermögenswerten gegen die legitimen

Rechte und Interessen der Öffentlichkeit verstößt. Dies stellt illegale Kapitalbeschaffung und Betrug dar.

## 2. Verbot von Kryptowährungen

Am 18. Mai 2021 gaben die *China Banking Association* und andere *Associations* die „Prävention des Spekulationsrisikos beim Handel mit virtuellen Währungen“<sup>80</sup> aus. Jedem Institut ist demnach der Handel mit Transaktionen im Zusammenhang mit Kryptowährungen untersagt. Derzeit werden *Bitcoin* Bergbau *Farm* in der Inneren Mongolei, Xinjiang, Sichuan und anderen Provinzen reguliert. Ab dem 9. Juni 2021 konnte die chinesische Suchmaschine „*Baidu*“ eine kurze Weile die Webseiten von „*firecoin*“, „*coinan*“ und „*okex*“, welche die drei wichtigsten virtuellen Währungsbörsen Chinas waren, nicht mehr finden. Stattdessen gab die Suchmaschine an, es wäre keine relevante Seite gefunden worden. Aber jetzt kann man die relevanten Inhalte wieder finden.

Kryptowährungen sind in China zwar verboten, allerdings entwickelt die Volksbank von China seit einigen Jahren die sog. Digitalisierungswährung, welche auf der *Blockchain*-Technologie basiert. Derzeit befinden sich diese in der Teststufe. Die Digitalisierungswährung ist jedoch von der Kryptowährung zu unterscheiden. Die Digitalisierungswährung wird von der Volksbank von China emittiert und ist - wie Banknoten - Fiatgeld. Die Forschung zur Digitalisierungswährung spiegelt den hohen Stellenwert wider, den China der nationalen Souveränität beimisst.

## II. Forschungsstand

### 1. Die Rechtsnatur von Kryptowährung

#### a) Der Streit um Fiatgeld

Es ist sehr umstritten, ob es sich bei Kryptowährungen um Fiatgeld handelt. Wissenschaftler erforschen das Thema aus der Sicht der Evolution des Fiatgeldes, seiner grundlegenden Funktionen sowie seiner wirtschaftlichen, politischen und rechtlichen Rolle. Einige Wissenschaftler beschäftigen sich mit der Frage aus derselben Perspektive, ziehen aber entgegengesetzte Schlussfolgerungen. *Zhao* beispielsweise sieht,

<sup>75</sup> Huang, Law Science 2014, 10 (10).

<sup>76</sup> Huang, Law Science, 07, 2014, 10 (11, 12).

<sup>77</sup> People's Bank of China, Ministry of Industry and Information Technology, Banking Regulatory Commission, Securities Regulatory Commission, Insurance Regulatory Commission Yinfa [2013] No. 289. 03.12.2013.

<sup>78</sup> People's Bank of China, Central Internet Information Office, Ministry of Industry and Information Technology, General Administration of Industry and Commerce, China

Banking Regulatory Commission, China Securities Regulatory Commission, China Insurance Regulatory Commission on Preventing the Risk of Token Issuance and Financing.

<sup>79</sup> CIRC, Central Internet Information Office, Ministry of Public Security, People's Bank of China, General Administration of Market Supervision Tips, 24.08.2018.

<sup>80</sup> China Internet Finance Association China Banking Association China Payment Clearing Association Announcement on Preventing the Risk of Speculation in Virtual Currency Trading, People's Bank of China. 18.05.2021.

ausgehend von der Entwicklungstheorie des Währungsrechts und der Funktion von *Bitcoin* den Schutz von aufkommenden Finanzprodukten und die Förderung des Wohlstands im Bereich der Internet-Finanzierung als wesentliches Ziel und glaubt, dass das Währungsattribut von *Bitcoin* anerkannt werden sollte.<sup>81</sup> Demgegenüber geht *Song* davon aus, dass eine Währung kein rein technisches Produkt ist. Sofern das Währungssystem basierend auf nationalem Kredit besteht, ist es für eine Kryptowährung unmöglich, die nationale Währung zu sein.<sup>82</sup> Zwar ist diese Frage umstritten, doch die meisten sind der Meinung, dass Kryptowährungen keine Währungen sind. Die Gründe hierfür liegen darin, dass den Kryptowährungen die nationale Kreditunterlegung fehlt und sie als funktionale Währung kaum die Funktion eines Warentauschmittels erfüllen können; ihre Menge ist nach oben hin begrenzt und kann sich an die Bedürfnisse einer modernen wirtschaftlichen Entwicklung nicht anpassen.

#### b) Virtuelle Güter

Ob Kryptowährungen virtuelle Güter sind, wird nicht detailliert in der Literatur diskutiert. Die normativen Dokumente von 2013 bis 2021 vertreten die Auffassung, dass *Bitcoin* und andere Kryptowährungen virtuelle Güter darstellen. Weil sie nicht von der Volksbank von China emittiert werden, haben sie keine rechtlichen Funktionen einer Währung. Sie haben nicht den gleichen Rechtsstatus wie Währungen und können und sollen nicht als solche in Umlauf gebracht werden.

#### c) Monetäre Anerkennungstheorie

Es ist jedoch erwähnenswert, dass einige Rechtswissenschaftler, die das Konzept der „monetären Anerkennung“ vorstellten, meinen, dass Kryptowährungen das Gegenteil von Fiatgeld sind, z.B. ist *Zhao* der Meinung, dass *Bitcoin* keine Währung ist, aber als eine solche betrachtet werden kann, wenn die Parteien den Rechtsstatus von *Bitcoin* als Währung ausdrücklich anerkennen. Innerhalb dieser Gruppe von „monetären Identitäten“ werden die Rechte und Pflichten zwischen den Parteien durch monetäre Beziehungen geregelt; im umgekehrten Fall gelten *Bitcoin* als immaterieller Vermögensgegenstand, auf den das Sachenrecht

Anwendung findet.<sup>83</sup> *Xie* und *Shi* gehen davon aus, dass *Bitcoin* in bestimmten Bereichen (z.B. auf der *Silk Road-Website*) als Ersatz für eine echte Währung genutzt wurde, einschließlich des Handels und der Preisgestaltung. Ob eine Sache tatsächlich als Zahlungsmittel und Währung betrachtet wird, ist abhängig von der Anerkennung der beteiligten Personen.<sup>84</sup> *Tian* argumentiert, dass virtuelle Währungen vorerst wohl nicht zu gesetzlichen Zahlungsmitteln werden, aber bereits in bestimmten Gruppen anerkannt und als private Währungen verwendet werden.<sup>85</sup>

#### 2. Regulierung von Kryptowährungen

Die regulatorische Herangehensweise an Kryptowährungen ist hauptsächlich ein Weg des Lernens, insbesondere aus den Erfahrungen, welche die Vereinigten Staaten und Japan machen. Wissenschaftler untersuchen die aktuelle Situation, den grundlegenden Rahmen und die regulatorischen Maßnahmen und Trends von Kryptowährungen in den USA. Dann schlagen sie vor, dass China eine positive Haltung gegenüber Kryptowährungen einnehmen und sie regulieren sollte, um einen eigenen gesetzlichen Rahmen für Kryptowährungen aufzubauen.<sup>86</sup> Japan hat einen relativ vollständigen und systematisch geregelten Rahmen für Kryptowährungen geschaffen. Wissenschaftler haben systematisch die Subjekte, Objekte und Maßnahmen der Kryptowährungsregulierung in Japan vorgestellt und vorgeschlagen, dass es für China notwendig ist, von Japans Erfahrungen zu lernen, sich aktiv an der Formulierung internationaler Standards zu beteiligen und den regulatorischen Austausch und die Zusammenarbeit mit der internationalen Gemeinschaft zu stärken.<sup>87</sup>

#### 3. Rechtstreite über Kryptowährungen und ihre Lösung

*Wang* sammelte 1.189 Kryptowährungen betreffende Streitfälle, wählte einige wichtige Fälle zur Analyse aus, teilte diese Fälle in vier Haupttypen basierend auf den Hauptansprüchen der Parteien ein und analysierte die Ideen der chinesischen Streitbeilegungsinstitutionen bei der Entscheidung der vier Arten von Streitigkeiten, die *Bitcoin* betreffen. Details wie folgt (Abb. 4)<sup>88</sup>:

<sup>81</sup> *Zhou*, Journal of CUPL 2017, 77 (82-88).

<sup>82</sup> *Sheng/Zhang*, Expert Forum 2014, 35 (36, 37).

<sup>83</sup> *Zhao*, Law Science 2018, 150 (160).

<sup>84</sup> *Xie/Shi*, Journal of Financial Research 2015, 01 (06).

<sup>85</sup> *Fan Tian*, Macroeconomics 2020, 42 (46).

<sup>86</sup> *Li*, Journal of Capital Normal University (Social Sciences Edition) 2020, 160 (167-169); *Wang/Li*, New Finance 2020, 57 (63, 64).

<sup>87</sup> *Zhang/Pi/Xue*, Securities Market Herald 2020, 70 (71-78).

<sup>88</sup> *Wang*, Beijing Arbitration Quarterly 2020, 01 (03-06).

Fallgruppe	Konstellation	Entscheidungsbeurteilung
Herausgabe von Bitcoin aus ungerechtfertigter Bereicherung	Herausgabe-Rechtsstreit zwischen Investitionsplattformen und Investoren wegen falscher Verteilung von Bitcoin	Die Rechtsprechung ist konsistent. Bitcoin können wie übliche Vermögensgegenstände geschützt werden.
Übertragung von Bitcoin	Ubertragungsrechtsstreit zwischen natürlichen Personen	Die Entscheidungen sind unzerschiedlich. Es gibt zwei Meinungsgruppen. 1. Das Rechtsgeschäft wird nicht durch das Gesetz geschützt. Die Investoren tragen Verlustrisiken. (Fall 1) 2. Das Rechtsgeschäft ist rechtverbindlich. Bitcoin können wie übliche Vermögensgegenstände geschützt werden.
Anvertraute Investitionen über Bitcoin	Streitigkeiten um anvertrauten Investitionen zwischen natürlichen Personen	Die Rechtsprechung ist konsistent. Die Rechtsgeschäfte sind nichtig. Es gibt jedoch leichte Unterschiede bei der Festlegung der Geltung von einzelnen Verträgen. 1. Der Gegenstand des Auftragsvertrags ist illegal, der Auftragsvertrag ist nichtig. 2. Das ubertagene Geschäft wird nicht durch Gesetze geschützt, die Verbindlichkeiten vom Auftraggeber eingegangen. (Fall 2)
Investitionen über Bitcoin zwischen Nutzer und Plattformbetreiber	Rechtsstreit zwischen Nutzer und Plattformbetreiber wegen Investitionen	Die Rechtsprechungen sind unzerschiedlich. Es gibt zwei Fallgruppen. 1. Der Vertrag ist nichtig. 2. Das Rechtsgeschäft ist illegal und wird durch Gesetze nicht geschützt. Die Verbindlichkeiten werden vom Nutzer eingegangen. (Fall 3) 3. Das Rechtsgeschäft verstößt nicht gegen Gesetze. (Fall 4)

Abbildung 4

**Fall 1 Yuanmou Tan v. Mou Tan:**

Das Rechtsgeschäft wird nicht durch Gesetze geschützt, weil der Gegenstand des Geschäftes ( $\pi$ -Coin) gesetzeswidrig ist. Nach der Bekanntmachung<sup>89</sup> sind die Geschäfte der Kryptowährung zwischen natürlichen Personen persönliche Freiheit. Aber das Rechtsgeschäft wird nicht durch Gesetze geschützt. Die Investoren nehmen das Verkehrsrisiko und die Verhaltensfolgen in Kauf.

**Fall 2**

In diesen Fallgruppen gehen Gerichte davon aus, dass *Bitcoin* Investitionen nach der Bekanntmachung persönliche Freiheit sind. Jedoch werden diese Investitionen nicht durch Gesetze geschützt, deswegen müssen die Auftraggeber die Risiken und Folgen aus den Investitionen tragen.

**Fall 3 Meimou Zhou v. Manwei-GmbH:**

Das Gericht war der Meinung, dass ICOs nunmehr eine ungenehmigte und illegale Finanzierung darstellen. Verbindlichkeiten, die sich aus ICOs ergeben sind illegale Verbindlichkeiten, die nicht durch Gesetze

geschützt werden. Deswegen werden die Verbindlichkeiten von Nutzer eingegangen.

**Fall 4 Ranmou Feng v. Lekuda-GmbH:**

Das Gericht vertrat die Auffassung, dass diese Rechtsgeschäfte (*Feng* erhielt *Bitcoin Cash* von *Le-GmbH* und die *Le-GmbH* verteilte *Bitcoin Cash* an seine Nutzer) nicht gegen Gesetze verstoßen. *Feng* war für einen bestimmten Zeitraum ein Inhaber von *Bitcoin*. Er war berechtigt, einen gleichen Betrag an *Bitcoin Cash* zu erhalten.

**III. Zusammenfassung**

Kryptowährungen werden in China seit 2013 beschränkt und wurden am 18. Mai 2021 völlig verboten. Dies führt dazu, dass die wesentliche Eigenschaft der Kryptowährung - die Bezahlungs- und die Kapitalertragsfunktionen - verloren geht. Dieses Ergebnis zeigt, dass die chinesischen Gesetze im Hinblick auf Kryptowährungen völlig unentwickelt sind. China verfolgt eine ganz andere Kryptowahrungspolitik als andere wichtige Akteure der weltwirtschaftlichen Entwicklung wie etwa Deutschland, die USA, Japan usw., was dazu führen könnte, dass es in der Kryptowirtschaft hinter diesen Ländern zurückbleibt. Obwohl die Volksbank von China eine auf der *Blockchain*-Technologie basierende Digitalisierungswährung entwickelt hat, um die monetäre Souveränität zu wahren, ist dies vor dem Hintergrund des Booms der Kryptowährungen nicht ausreichend, um dieser Entwicklung entgegenzusteuern.

**E. Vergleich zur deutschen Rechtsordnung****I. Gemeinsamkeiten**

Deutschland und China verfolgen mehrere gleiche Ziele, obwohl sie dabei mit der Unterstützung bzw. dem Verbot unterschiedliche Herangehensweisen wählen:

**1. Wahrung der nationalen Souveränität**

Die Kryptowährungen wurden im KWG als Tauschmittel festgelegt, wodurch sie ihre Möglichkeit als Währung verloren. Dies wird durch die Tatsache verdeutlicht, dass *Stablecoins* wie „*Libracoins*“, die eine größere Gefahr für die nationale Wahrungssouveranitat und das Finanzsystem darstellen, in der EU verboten worden sind. China verneinte die Natur von

<sup>89</sup> „Bekanntmachung zur Vermeidung von Risiken bei der Ausgabe und Finanzierung von Token“.

Kryptowährungen durch normative Dokumente direkt. Sie gelten als virtuelle Waren.

## 2. Die Wahrung der wirtschaftlichen Ordnung und die Bekämpfung illegaler und krimineller Aktivitäten

Deutschland schaffte Gesetze, um die Investition, den Handel, die Besteuerung, die Geldwäsche und andere Fragen im Zusammenhang mit Kryptowährungen zu regeln; China erreichte dieses Ziel durch Verbote, die alle Aktivitäten mit Kryptowährungen erfassen und damit diese Probleme gar nicht entstehen lässt.

## II. Unterschiede

Deutschland änderte und ergänzte mehrere Gesetze, etwa das KWG, das KAGB und das eWpG, um Kryptowährungen zu fördern. Umgekehrt hat China keine Gesetze zu Kryptowährungen erlassen, was den größten Unterschied im Vergleich zu Deutschland ausmacht. Hierfür gibt es folgende Gründe:

### 1. Mangel an Erfahrungen

In der frühen Entwicklungsphase der Kryptowährungen – der *Bitcoin*-Phase – fand der Großteil der Erzeugungen und der Transaktionen in China statt. Sie waren anfangs schwierig zu verstehen und zu erarbeiten, was daran lag, dass die dezentrale, anonyme und un-nachvollziehbare *Blockchain*-Technologie eine Neuerung darstellte. Zudem gab es damals keine Erfahrungen in der Regulierung von Kryptowährungen, aus denen man hätte lernen können. Die Gesellschaft, die Wirtschaft und die Politik waren jedoch stark von Kryptowährungen beeinflusst. Deswegen erließ China die erste Anordnung, die *Bitcoin* beschränkte.

### 2. Schutz der Investoren

Die Verteilung des größten Teiles der ersten Generation von Kryptowährungen (*Bitcoin*) wurde in der Branche weitgehend abgeschlossen. Angesichts der riesigen Investitionsrenditen wollten immer mehr Personen ein Stück vom Kryptowährungskuchen abhaben und suchten hierfür mit allen Mitteln die nächste Gelegenheit. Die zweite Generation der Kryptowährungen (*Plattform-Token*) ermöglichte es den Investoren, in Kryptowährungen zu investieren. ICOs, die nicht reguliert oder überprüft wurden, zogen mit dem *Whitpaper* in Verbindung mit Optimismus über Freiheit, Demokratie, Rationalität und Wissenschaft sofort eine große Anzahl von Investoren an. Aber diese Generation von Kryptowährungen ist nicht nur instabil im Wert, es gibt auch viele Fake-Kryptowährungen (kryptowährungsspezifische *Scams*). Viele Emittenten von ICOs verwechseln das *Blockchain*-Konzept mit

Finanz- und Kryptowährungswissen, sodass es für gewöhnliche Menschen schwierig ist, den Unterschied zu den Kryptowährungen zu erkennen, was sehr irreführend ist. Viele vorschnelle Anleger haben ohne abzuwägen und ohne wirkliches Verständnis in Kryptowährungen investiert und haben am Ende viel Geld verloren. Dieses Phänomen war in China besonders häufig anzutreffen.

### 3. Politische und wirtschaftliche Gründe

Die Realwirtschaft ist das Fundament eines Landes, die Quelle seines Reichtums und eine wichtige Säule seiner Stärke. Die allmähliche Finanzialisierung des wirtschaftlichen Verhaltens in den 1970er-Jahren führte dazu, dass das Finanzkapital schneller wuchs als die Warenproduktion und diese dominierte, und war durch Globalisierung, Symbolisierung und Virtualisierung gekennzeichnet. Dieses Phänomen wurde mit dem Aufkommen und der Entwicklung von Kryptowährungen noch ausgeprägter. Diese neue Form des Kapitalismus ist anfällig für Probleme wie die Aushöhlung der Realwirtschaft, heftige Schwankungen des Kapitalpreises, eine wachsende Kluft zwischen Arm und Reich sowie die Kontrolle der Regierungsmacht durch das Finanzkapital. China legt viel Wert auf seine monetäre Souveränität. Kryptowährungen werden zum Schutz einer langfristigen und gesunden Wirtschaftsentwicklung des Landes und zur Sicherung der Staatsmacht eingeschränkt und verboten.

## F. Fazit

Wie sind Kryptowährungen einzuordnen? Sind sie ein Ersatz für Währungen? Es ist nicht zu bestreiten, dass das Aufkommen von Kryptowährungen eine Herausforderung für Währungen darstellt. Deutschland legte Kryptowährungen als ein akzeptiertes Tauschmittel im KWG fest. Einerseits wird damit der souveräne Währungsstatus des Euros geschützt, andererseits wird er herausgefordert. Solange bestimmte Gruppen Kryptowährungen als Zahlungs- oder Tauschmittel nutzen, wird es zwangsläufig auf eine geringere Nutzung von Währungen hinauslaufen. Derzeit ist diese Substitution noch gering, doch sobald mehrere Personen Kryptowährungen nutzen, könnte dies den Status der Währungen bedrohen. Bis dahin wird es zwar noch dauern, doch sollte man sich dieser Gefahr bewusst sein und Maßnahmen erwägen, die dieser Entwicklung entgegensteuern könnten. Durch das generelle Verbot von Kryptowährungen entgeht China den dargestellten Problemen zwar, verfolgt aber einen gegenläufigen Ansatz, der überdacht werden sollte.

Kryptowährungen bieten zwar viele Vorteile, doch bergen auch einige Risiken, deren Wirkungen und Intensitäten noch nicht gänzlich überschaubar sind. Weitere Forschungen und Studien sind erforderlich.

## „Zivilrechtliche Probleme der Corona-Pandemie“

Von Dr. Frank Spohnheimer und Stud. Hilfskraft Helena Haberstock, Marburg\*

*Die Hausarbeit hat zivilrechtliche Fragen der aktuellen Pandemie zum Gegenstand. Sie ist in der alltäglichen Diskussion allgegenwärtig und damit mit ihren Rechtsfragen auch für Prüfungen interessant. Die Vorschriften der Corona-Schutzverordnung sind an die sächsische (Geschäfts- und Betriebsschließungen) bzw. an die nordrhein-westfälische (Übernachtungsverbote) angelehnt.*

*Die Pandemie ist auch für das Zivilrecht juristisches Neuland. Hierin liegt eine erste Schwierigkeit der Hausarbeit. Zum Bearbeitungszeitpunkt waren viele der Probleme noch nicht diskutiert, manche Diskussion hatte in Rechtsprechung und Literatur gerade erst begonnen. Doch lassen sich zu den Problemen Parallelen zu ähnlichen Situationen ziehen, die es herauszufinden gilt. Auch gegenwärtig sind die Probleme noch nicht ausdiskutiert.*

**Leistungsstufe:** Fortgeschrittenenhausarbeit

**Schwierigkeitsgrad:** mittel–schwer

**Bearbeitungszeit:** 4 Wochen

**Probleme:**

- 1) Geschäftsschließungen als Mietmangel
- 2) Störung der Geschäftsgrundlage bei Geschäftsschließungen
- 3) Haftung für Unmöglichkeit bei verordnungsbedingter Überbuchungssituation
- 4) Beherbergungsverbot als Verbotsgesetz
- 5) Deliktische Haftung für symptomlose Corona-Infektion

### SACHVERHALT

V betreibt ein Einkaufszentrum. Zu den Mietern seiner Ladenlokale gehören auch B und S. B betreibt dort eine Buchhandlung. Das Ladenlokal des B hat eine Fläche von 700m<sup>2</sup>. Es ist nur aus dem Innern des Einkaufszentrums erreichbar und verfügt nicht über einen separaten Eingang von außen. Monatlich schuldet B

dem V eine Kaltmiete in Höhe von 5.000 €, die monatlich bis zum 3. Werktag im Voraus zu entrichten ist.

S betreibt in dem Ladenlokal, das er kalt zu 3.000 € pro Monat – zahlbar zu denselben Konditionen – gemietet hat, ein Geschäft für Bekleidungsartikel. S hat sich gerade erst selbständig gemacht und sein Geschäft seit wenigen Wochen geöffnet. Sämtliche Ersparnisse und Darlehen hat er bereits für die Einrichtung und die Ware ausgegeben.

Zur Bekämpfung der Corona-Pandemie erließ die Landesregierung eine – rechtmäßige – Rechtsverordnung. Dort wurden folgende Regelungen getroffen:

#### § 7 Geschäfte und Betriebe

(1) Der Betrieb von Einkaufszentren ist grundsätzlich untersagt. Erlaubt ist dort nur die Öffnung von folgenden Geschäften des täglichen Bedarfs sowie der Grundversorgung: Lebensmittelhandel, Tierbedarf, Getränkemärkte, Abhol- und Lieferdienste, Apotheken, Drogerien, Sanitätshäuser, Optiker, Hörakustiker, Sparkassen und Banken, Poststellen sowie Reinigungen, Waschsalons und Ladengeschäfte des Zeitungsverkaufs und von Geschäften, die über einen separaten Kundenzugang von außen und nicht über mehr als 800 Quadratmeter Verkaufsfläche verfügen.

(2) Die Öffnung von Ladengeschäften ist untersagt. Ausgenommen sind:

(...) der Buchhandel (...); das gilt nicht, soweit sich die Geschäfte in Einkaufszentren befinden und nicht über einen separaten Kundenzugang von außen verfügen.

Aufgrund der Rechtsverordnung mussten B seine Buchhandlung und S sein Bekleidungsgeschäft ab dem 17. März 2020 für insgesamt zwei Monate schließen. Als die Mietzahlungen für den April und Mai 2020 ausbleiben, wendet sich V an B und S. Beide weisen das Begehren von sich. Für den April und die erste Maihälfte schuldeten sie keine Miete, sie könnten das Ladenlokal ja auch nicht zu dem vertraglich vereinbarten Zwecken – Betrieb einer Buchhandlung bzw. Betrieb eines Bekleidungsgechäfts – nutzen. Und die Miete für die zweite Maihälfte könne man mit der zu viel gezahlten Märzmiere verrechnen. Beide meinen

\* Der Verfasser Spohnheimer ist im Sommersemester 2021 Professorvertreter am Institut für das Recht der Digitalisierung der Philipps-Universität Marburg und hat die Übung für Fortgeschrittene im Zivilrecht angeboten, in der die Aufgabe als Hausarbeit gestellt wurde. Die Verfasserin Haberstock ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl Prof. Dr. Omlor und hat als Teilnehmerin der Übung 15 Punkte in der Hausarbeit erreicht.

zudem, dass V jedenfalls die Miete auf die Hälfte reduzieren müsse. Sie hätten schließlich – was zutrifft – keinerlei Einnahmen in diesem Zeitraum. S könne zudem – was ebenfalls zutrifft – keinerlei staatliche Hilfe beanspruchen.

Aber auch H, der ein Hotel betreibt, macht die Corona-Pandemie das Geschäftsleben schwer. Nach dem Lockdown im Frühjahr sehnt man sich nach Urlaub im Inland. Deshalb hat H, nachdem Anfang April erste Lockerungspläne bekannt wurden, seine 60 Zimmer über das Pfingstwochenende sofort ausgebucht. Zu den Gästen zählt auch U, der vom 29.5.–1.6. ein Einzelzimmer mit Halbpension bei H zum Preis von 250 € bucht. Leider trübt sich die Freude des H, als die zuständige Behörde Mitte Mai – rechtmäßig – anordnet, dass H aus Gründen des Infektionsschutzes nur 40 seiner 60 Hotelzimmer belegen darf. Weil er seine Stammgäste nicht verärgern will, storniert er, unabhängig von der Reihenfolge der Buchungen, vorrangig die Buchungen der „Neugäste“. Deshalb teilt er den „Neugästen“ – darunter auch U – mit, dass er es sehr bedauere, aber er infolge der behördlichen Anordnung nicht alle Buchungen erfüllen könne. U ist über diese Absage verärgert. Zum Glück gelingt es ihm, ein vergleichbares Zimmer in einem vergleichbaren Hotel zu buchen. Das kostet aber 400 €. U fordert von H Ersatz seiner Mehrkosten. Wenn sich H aus freien Stücken entscheide, ihm abzusagen und nicht einem anderen Gast, müsse H ihm den Schaden ersetzen.

Aber auch im zweiten Halbjahr nehmen die Probleme der Gewerbetreibenden nicht ab. G will dem Corona-Alltag entfliehen und sucht im Hotel des H und auf ausgedehnten Wanderungen Ruhe und Entspannung.

In der – rechtmäßigen – neuen Corona-Schutzverordnung zur Vermeidung von Infektionen mit COVID-19 findet sich folgende Bestimmung:

#### **§ 10 Übernachtungsangebote**

Übernachtungsangebote zu touristischen Zwecken sind untersagt.

#### **§ 14 Ordnungswidrigkeiten**

Ordnungswidrig handelt, (...) wer entgegen von § 10 Übernachtungsangebote anbietet oder in Anspruch nimmt.

G reist wie vereinbart an. Allerdings weigert er sich beim Checkout, die Rechnung zu bezahlen. Schließlich hätte H ihn gar nicht beherbergen dürfen. Deshalb

sei der Vertrag unwirksam und H stünden keine Ansprüche zu.

Aber auch außerhalb des Geschäftslebens macht die Pandemie manchem zu schaffen. Der Rentner R fürchtet sich sehr vor einer Ansteckung mit COVID-19. Deshalb begibt er sich nicht mehr unter Menschen. Bei einem seiner einsamen Spaziergänge trifft er seinen alten Freund F. Weil er F lange kennt und man sich lange nicht gesehen hat, macht er eine Ausnahme und bleibt stehen. Weil es der einzige persönliche Kontakt ist, den R seit einem Monat hat, genießt er es auch ein wenig. Die beiden unterhalten sich knapp 15 Minuten. F und R wussten nicht, dass sich F zu diesem Zeitpunkt (symptomfrei) mit COVID-19 infiziert hat. Eine Warnmeldung der Corona-App, dass er Kontakt mit einem Infizierten hatte, hat F ignoriert. Als das Gesundheitsamt R informiert und auch er positiv getestet wird, fragt er sich, ob ihm Ansprüche gegen F zustehen.

### **GUTACHTEN (Lösungsvorschlag)**

#### **Teil 1: Mietverhältnisse im Corona-Lockdown**

##### **A. Ansprüche des V gegen B**

V könnte einen Anspruch gegen B auf Mietzinszahlung in Höhe von 10.000 € nach § 535 Abs. 2 BGB<sup>1</sup> haben.

Ein Mietvertrag liegt vor, sodass ein Anspruch des V gegen B auf Zahlung der Miete für die Monate April und Mai in Höhe von 10.000 € zunächst entstanden ist.

Problematisch ist vorliegend aber, ob der Anspruch nicht für die 2. Märzhälfte, den April und die 1. Maihälfte (ggf. infolge einer Aufrechnung gem. § 389) erloschen ist. Das setzt jedenfalls voraus, dass sich die vertraglich geschuldete Miete gem. § 536 Abs. 1 wegen eines Sach- oder Rechtsmangels, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, gemindert hat. Fraglich ist daher, ob ein solcher, tauglichkeitsaufhebender Mangel an der Mietsache vorliegt.

Doch müsste die Norm überhaupt anwendbar sein. Eine Sperrwirkung könnte die anlässlich Covid-19 geschaffene Vorschrift des Art. 240 § 2 EGBGB entfalten. Dafür ist entscheidend, ob diese Regelungen abschließenden Charakters sind.<sup>2</sup> Das ist durch Auslegung zu ermitteln. Selbst wenn man den Wortlaut der Norm für ergebnisoffen hält, so sprechen die

<sup>1</sup> Alle nachfolgenden §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.

<sup>2</sup> OLG Dresden BeckRS 2021, 2461 Rn. 24; LG München I NZM 2021, 194 Rn. 57.

Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren<sup>3</sup> und ihr Zweck – die Vorschriften regeln nicht, ob und in welcher Höhe Mietzahlungen zu leisten sind – dagegen.<sup>4</sup> § 536 ist demnach anwendbar.

Die Mietsache müsste B überlassen worden sein.<sup>5</sup> Das ist vorliegend der Fall.

Fraglich ist zunächst, ob es sich bei der Ladenschließung aufgrund einer behördlichen Anordnung um einen Mangel i. S. d. § 536 Abs. 1 S. 2 handelt. Die Norm bestimmt nicht, wann ein Mangel vorliegt. Doch ist allgemein anerkannt, dass der tatsächliche Ist-Zustand der Mietsache vom vertraglich geschuldeten Soll-Zustand zulasten des Mieters abweichen und dass die Tauglichkeit zu dem von den Vertragsparteien konkret vorausgesetzten vertragsgemäßen Gebrauch ganz aufgehoben oder jedenfalls erheblich gemindert sein muss.<sup>6</sup>

Es ist demnach zu ermitteln, was die vereinbarte vertragliche (Soll-) Beschaffenheit der Mietsache ist. Explizite Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache sind nicht ersichtlich. Demnach wird der Sollzustand durch den vereinbarten Nutzungszweck im Rahmen der Vertragsauslegung nach §§ 133, 157, insbesondere auch nach der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben, § 242, bestimmt.<sup>7</sup> Der konkret vorausgesetzte Gebrauch der Mietsache war hier der Betrieb einer Buchhandlung im Einkaufszentrum. Infolge der Corona-Verordnung durfte B die Buchhandlung nicht öffnen. Doch ist fraglich, ob das für die Annahme eines Mietmangels genügt. Denn der Vermieter soll nur dafür haften, dass er

die (ordnungsgemäße) Mietsache bereitstellt, nicht dafür, dass der Mieter sie auch nutzen kann.<sup>8</sup> Anders gewendet schuldet der Vermieter, die Mietsache in einem Zustand zu erhalten, die die vertraglich vorausgesetzte Nutzung ermöglicht. Er schuldet daher zunächst alle baulichen sowie bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen des Ladenlokals zum Betrieb einer Buchhandlung.<sup>9</sup> Unzweifelhaft läge ein Mangel vor, würde der Betrieb der Buchhandlung wegen eines bauordnungsrechtlich relevanten Mangels verboten.

Gegenstand der Beschaffenheitsvereinbarung können aber auch Umstände sein, die von außen auf die Mietsache unmittelbar einwirken.<sup>10</sup> Deshalb können neben tatsächlichen Umständen auch öffentlich-rechtliche Beschränkungen, wie sie die Rechtsverordnung vorliegend darstellt, die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch dahingehend mindern oder aufheben, dass sie einen Mangel i. S. d. § 536 Abs. 1 S. 2 begründen.<sup>11</sup> Eine zunächst mangelfreie Sache kann durch Änderung öffentlich-rechtlicher Anforderungen demnach nachträglich mangelhaft werden.<sup>12</sup>

Entscheidend ist aber, dass die Beschränkungen unmittelbar an die Beschaffenheit, den Zustand oder die Lage des Mietobjekts selbst anknüpfen und damit objektsbezogen sind.<sup>13</sup> Der Vermieter hat nach der entsprechenden gesetzlichen Risikoverteilung nur für objektsbezogene Mängel einzustehen<sup>14</sup> – im Gegensatz zu etwaigen betriebsbezogenen Beschränkungen, die nämlich das Verwendbarkeitsrisiko des Mieters

<sup>3</sup> Stellungnahme des BMJV, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/DE/Themen/FokusThemen/Corona/Miete/Corona\\_Miete\\_node.html](https://www.bmjv.de/DE/Themen/FokusThemen/Corona/Miete/Corona_Miete_node.html); BT-Drs. 19/18110, 18, 36.

<sup>4</sup> Ebenso OLG Dresden BeckRS 2021, 2461 Rn. 24; LG München I NZM 2021, 194 Rn. 57; LG Mönchengladbach BeckRS 2020, 30731 Rn. 39; *Weller/Thomale*, Gewerbemietrecht – Mietminderung in der Corona – Krise, in: BB 2020, 962 (963); *Streyll*, Pandemiebedingte Risikotragung im Mietverhältnis, in: NZM 2020, 817 (823).

<sup>5</sup> Vgl. zu diesem Erfordernis *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, 18. Aufl. 2018, § 23 Rn. 51; BeckOK BGB/*Wiederhold*, § 536 Rn. 15.

<sup>6</sup> AG Brandenburg BeckRS 2020, 22635; MünchKomm-BGB/*Häublein*, § 536 Rn. 3; BGH NZM 2015, 481 Rn. 18; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, 14. Aufl. 2019, § 536 Rn. 19.

<sup>7</sup> BGH NJW 2015, 2177 Rn. 23; LG Frankfurt a.M. NJOZ 2021, 266 Rn. 20; BGH NJW 2013, 680 Rn. 8; BGH NJW-RR 2006, 1158; *Jauernig/Teichmann*, § 536 Rn. 4; LG Heidelberg BeckRS 2020, 19165 Rn. 26.

<sup>8</sup> *Wagner*, Corona Law, in: ZEuP 2020, 531.

<sup>9</sup> Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 536 Rn. 95; Blank/Börstinghaus, § 536 Rn. 27.

<sup>10</sup> AG Düsseldorf, NJOZ 2021, 112 Rn. 19.

<sup>11</sup> BGH NJW 2006, 899 (900 Rn. 19); NJW 2000, 1714 (1715); NJW 1981, 2405; BeckOK BGB/*Wiederhold*, § 536 Rn. 34; LG Frankfurt a. M. NJOZ 2021, 266 Rn. 20.

<sup>12</sup> BGH NJW 2011, 3151 Rn. 9; BeckOK BGB/*Wiederhold*, § 536 Rn. 48; BGH NJW-RR 1992, 267.

<sup>13</sup> BGH NJW 2011, 3151 Rn. 9; OLG Dresden NJ 2021, 170 (172); BGH NZM 2009, 124 (125 Rn. 34); *Sittner*, Mietrechtspraxis unter Covid-19, in: NJW 2020, 1169 (1171); Palandt/*Weidenkaff*, § 536 Rn. 18; MünchKomm-BGB/*Häublein*, § 536 Rn. 25; LG Heidelberg BeckRS 2020, 19165 Rn. 26; *Daßbach/Bayrak*, Corona-Krise und vertragliche Risikoverteilung, in: NJ 2020, 185 (188); BGH BeckRS 2009, 20713; HK-BGB/*Scheuch*, § 536 Rn. 11; *Guhling/Günther/Günther*, Gewerberaummieta Kommentar, 2. Aufl. 2019 § 536 Rn. 177.

<sup>14</sup> BGH NJW 2011, 3151 Rn. 9; LG Stuttgart BeckRS 2020, 32275 Rn. 16; MünchKomm-BGB/*Häublein*, § 536 Rn. 18.

betreffen.<sup>15</sup> Einer solchen Risikoverteilung bedarf es, um dem Mieter nicht durch übermäßige Ausdehnung des Mangelbegriffs das Verwendungsrisiko zu Lasten des Vermieters zu nehmen.<sup>16</sup>

Vordergründig mag man geneigt sein, den Mangel zu bejahen, weil Buchhandlungen grundsätzlich öffnen dürfen. Eine Ausnahme gilt aber für B, weil seine Buchhandlung eine größere Fläche als 700 qm hat und sie in einem Einkaufszentrum liegt und keinen separaten Kundeneingang von außen hat. Damit knüpft die Beschränkung an die Beschaffenheit des Mietobjekts sowie dessen Lage in einem Einkaufszentrum an. Doch sind das gerade die Eigenschaften, die nach dem Mietvertrag geschuldet sind. Dafür spricht auch folgende Überlegung: Mit der Pflicht zur Überlassung korrespondiert auch eine fortwährende Pflicht, die Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Dann müsste der Vermieter im Ausgangspunkt jedwede Regelungen der Corona-Verordnung aufgreifen und umsetzen, damit seine Mieter ihre Räume soweit als möglich nutzen könnten. Noch deutlicher wird es, wenn man sich vor Augen führt, dass bei Annahme eines Mangels auch ein Anspruch des B gegen V auf Schaffung eines separaten Kundenzugangs bestehen würde, der aber vertraglich überhaupt nicht von V geschuldet ist.

Ein Sachmangel könnte sich aber daraus ergeben, dass das Einkaufszentrum, in dem sich die Buchhandlung befindet, geschlossen werden musste. Denn der Mietvertrag ging dahin, dass B ein Ladenlokal in einem Einkaufszentrum anmietet, das betrieben wird. Zu den vertraglich geschuldeten Leistungen des V gehört es daher, den Eingang für den Kundenverkehr zu eröffnen und den freien Zugang, auch zur Buchhandlung des B zu gewähren.<sup>17</sup> Ein Mangel ergibt sich auch nicht durch die Schließung der anderen Geschäfte, welche zu einer verminderten Attraktivität des Einkaufszentrums führt. Denn, dass ein Einkaufszentrum vom Publikum nicht wie gewünscht angenommen wird, fällt in das Verwendungsrisiko der Mieter der Ladenlokale.<sup>18</sup> Und deshalb kann das wertungsmäßig keinen Unterschied machen.

Ein Mangel liegt nicht vor.

**Anmerkung:** Eine andere Auffassung – insbesondere, wenn man den Betrieb eines Einkaufszentrums weiter fasst – ist hier mit entsprechender Begründung ebenso gut vertretbar.

Damit ist B für den Zeitraum der Schließungsanordnung nicht nach § 536 Abs. 1 S. 1 von der Entrichtung der Miete befreit.

Der Mietzahlungsanspruch des V könnte wegen Unmöglichkeit der Leistungserbringung nach § 275 Abs. 1 gem. § 326 Abs. 1 erloschen sein. Beim Mietvertrag schuldet der Vermieter jedoch lediglich die Gebrauchüberlassung und nicht die in die Sphäre des Mieters fallende Nutzungsmöglichkeit. Die Gebrauchüberlassung des Buchladens an den B ist V weiterhin möglich. Daher ist der Mietzahlungsanspruch auch nicht wegen Unmöglichkeit nach § 326 Abs. 1 erloschen.

Für einen Anspruch des B auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 fehlt es an etwaigen Anhaltspunkten für die anspruchsnötige Unzumutbarkeit des B.

**Endergebnis:** V hat einen Anspruch gegen B auf Mietzahlung i.H.v. 10.000 € gem. § 535 Abs. 2 für den Zeitraum vom 17. März bis 17. Mai.

## B. Ansprüche des V gegen S

V könnte einen Anspruch gegen B auf Mietzahlung i. H. v. 6000 € nach § 535 Abs. 2 haben.

Von einem entstandenen Anspruch durch wirksam geschlossenen Mietvertrag zwischen V und S ist hier auszugehen.

Der Anspruch könnte nach § 536 Abs. 1 S. 2 (bzw. infolge einer Aufrechnung gem. § 389) für die Zeit vom 17. März bis 17. Mai erloschen sein.

Doch müsste jedenfalls ein Mangel vorliegen. Auch hier liegt die Sollbeschaffenheit nach §§ 133, 157, 242 unter Berücksichtigung des vereinbarten Vertragszwecks zum Betrieb eines Bekleidungs-geschäfts darin, dass V die baulichen und bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen des Ladenlokals zum Betrieb eines Bekleidungs-geschäfts sowie die Eröffnung des Einkaufszentrums und die Gewährung freien Zugangs zu den Mieträumen schuldet (s.o.).

Die für das Bekleidungs-geschäft des S angeordnete Schließung müsste objektsbezogen sein.

<sup>15</sup> Hellner, Pacta sunt servanda – gilt dieser Grundsatz auch für die Miete in Zeiten der COVID-Pandemie? in: NJOZ 2020, 769 (770); BGH NJW 2011, 3151 Rn. 9; NJW 2006, 899 (900 Rn. 30); LG Stuttgart BeckRS 2020, 32275 Rn. 16.

<sup>16</sup> BGH NZM 2009, 124 (125 Rn. 34); Schmidt-Futterer/Eissenschmid, § 536 Rn. 78; BeckOK BGB/Wiederhold, § 536 Rn. 50.

<sup>17</sup> Vgl. Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiete, 7. Aufl. 2019, Kap. 20 Rn. 191; BGH NJW 1981, 2405; Joachim, Wirklichkeit und Recht des Shopping-Centers bzw. Einkaufszentrums - Die Sicht des Projektentwicklers, Betreibers, Center-Managers und Gewerberaummieters, in: NZM 2000, 785 (795).

<sup>18</sup> BGH JuS 2000, 918 (919).

Ein Mangel scheidet schon nach dem oben Gesagten aus. Hinzu kommt, dass nach § 7 Abs. 2 der Verordnung grundsätzlich eine flächendeckende Beschränkung für die Öffnung von Ladengeschäften. Unter diese Schließungsanordnung fallen auch Bekleidungsgeschäfte, die aufgrund der entsprechenden Art des Betriebs keiner Ausnahme unterliegen. Die Schließung des Ladengeschäfts knüpft hier demnach an die Art des Betriebs, nämlich den eines Bekleidungsgeschäfts, an. Teilweise wird vertreten, dass bei Vereinbarung eines bestimmten Mietzwecks und der Tatsache, dass die Schließungen unabhängig von der Person des Mieters erlassen wurden, ein Mangel anzunehmen sei, da durch Vereinbarung eines Mietzwecks und Verbot dieses an die Mietsache selbst angeknüpft würde.<sup>19</sup> Durch den Mietzweck ergibt sich jedoch nur, dass der Vermieter die Überlassung von Räumlichkeiten schuldet, die aufgrund ihrer Beschaffenheit für den jeweiligen Betrieb geeignet sind, nicht die Ermöglichung des Betriebs an sich.<sup>20</sup> Damit ist die Schließungsanordnung nicht objektsbezogen und der Mietzahlungsanspruch erlischt nicht nach § 536 Abs. 1.

Der Anspruch könnte aber infolge einer Vertragsanpassung wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 erloschen sein.

Problematisch ist, ob die Regelungen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage überhaupt Anwendung finden, oder ob der Staat die Folgen von durch Katastrophen verursachter Not abschließend regeln muss und insoweit die Regelungen des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht abschließend sind, neben denen nicht auf § 313 zurückgegriffen werden kann. Einige sehen darin eine § 313 verdrängende Spezialregelung.<sup>21</sup> Doch sprechen die besseren Gründe dafür, die Vorschriften nebeneinander anzuwenden.<sup>22</sup> Das stützt Art. 240 § 7 EGBGB.

Fraglich ist auch, ob sich aus der gesetzgeberischen Intention, wonach vorrangig die Regelungen über die

Unmöglichkeit der Vertragserfüllung und die Gewährleistungsrechte herangezogen werden sollen, etwas anderes ergibt.<sup>23</sup> Doch ist auch damit keine Sperrwirkung intendiert; es soll vielmehr nur solange nicht auf § 313 zurückgegriffen werden, wie andere Regelungen zu einem entsprechenden Ergebnis führen.<sup>24</sup> Doch gilt ein solcher Vorrang ohnehin.<sup>25</sup> Er greift hier nur nicht ein.

Zunächst müssten sich also Umstände schwerwiegend verändert haben, die zur Vertragsgrundlage geworden sind (reales Element).<sup>26</sup>

Der Umstand der zwischen V und S zur Vertragsgrundlage geworden ist besteht hier darin, dass Einzelhandelsgeschäfte überhaupt öffnen dürfen und keiner flächendeckenden Schließungsanordnung aufgrund einer Pandemie unterliegen. Betroffen ist hier die sog. große Geschäftsgrundlage. Diese umfasst grundlegende Veränderungen in sozialer, politischer oder wirtschaftlicher Struktur und deren Auswirkungen über das einzelne Vertragsverhältnis hinaus.<sup>27</sup> Damit haben sich diese Umstände geändert. Die Änderung ist aufgrund der flächendeckenden Schließung von Geschäften und vollständigem Erliegen des Betriebs auch schwerwiegend gewesen.

Weiterhin müssten die Parteien bei Voraussicht des Umstandes den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt abgeschlossen haben (hypothetisches Element).<sup>28</sup> Zwar kann sich S – weil die Regelung zeitlich nicht anwendbar ist – nicht auf Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB berufen, doch darf man davon ausgehen, dass S das Ladenlokal nicht angemietet hätte oder den Vertrag jedenfalls nur mit einem anderen Inhalt (insgesamt geringerer Mietzins, der den Ausfall kompensiert) geschlossen hätte.

Letztlich müsste unter Abwägung der Umstände, insbesondere unter Beachtung der Risikoverteilung

<sup>19</sup> Anzinger/Strahl, „Landlords will take it easy“ – Auswirkungen der Corona-Pandemie auf gewerbliche Miet- und Pachtverträge, in: ZIP 2020, 1833 (1835); Weller/Thomale, BB 2020, 962 (965); Mettler, Miete trotz Lockdown? – Teil II, in: MietRB 2021, 88 (90); Krepold, Gewerbemietverträge in Zeiten der Corona-Pandemie, in: WM 2020, 726 (729); LG München I ZVertriebsR 2021, 36 (38).

<sup>20</sup> BeckOKG/Hörndler, § 537 Rn. 45; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Hübner/Griesbach/Fuerst, Geschäftsraummieta Handbuch, 4. Aufl. 2017 Kap. 14 Rn. 19; <sup>21</sup> Klimesch/Walter, Regelungsgehalt und Folgen der Einführung von Art. 240 § 7 EGBGB, in: ZMR 2021, 177; dies. ZMR 2020, 556.

<sup>22</sup> So auch OLG München BeckRS 2021, 2593 Rn. 17.

<sup>23</sup> BT-Drucks. 19/25322, S. 14 f.

<sup>24</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 2464

<sup>25</sup> Vgl. etwa BGHZ 98, 100 (103); MüKo-BGB/Finkenauer § 313 Rn. 167.

<sup>26</sup> MünchKomm-BGB/Finkenauer, § 313 Rn. 57, 58; HK-BGB/Schulze, § 313 Rn. 12, 13; BeckOKG/Martens, § 313 Rn. 52, 104 ff.

<sup>27</sup> BeckOKG/Martens, § 313 Rn. 58; MünchKomm-BGB/Finkenauer, § 313 Rn. 17; HK-BGB/Schulze, § 313 Rn. 3.

<sup>28</sup> HK-BGB/Schulze, § 313 Rn. 14; BeckOKG/Martens, § 313 Rn. 115; Dauner-Lieb/Langen/Jung, § 313 Rn. 60.

zwischen den Parteien, das Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar sein (normatives Element).<sup>29</sup>

V hätte sich also auch redlicherweise auf die vertragliche Berücksichtigung der vorausgesetzten oder vorgestellten Umstände einlassen müssen. Das ist zu bejahen, wenn die Umstände nicht ausschließlich in die Risikosphäre des S fallen. § 537 weist dem Mieter die Risiken zu, die in seiner Person liegen. Deshalb trägt der Mieter grundsätzlich das Verwendungsrisiko, d.h. insbesondere das Risiko mit seinem Betrieb Gewinne zu erzielen.<sup>30</sup> Fraglich ist jedoch, ob eine derartige nicht vorhersehbare flächendeckende Schließung noch dem vom Mieter zu tragenden Verwendungsrisiko zugeordnet werden kann oder dieses überschreitet. Es muss danach geschaut werden, wie nahe eine Vertragspartei der Veränderung steht und inwieweit es der jeweilig betroffenen Partei zumutbar oder vielmehr möglich ist, Vorkehrungen zu treffen.<sup>31</sup> Bei einem pandemischen Geschehen handelt es sich um ein Risiko, das außerhalb der gesetzlichen Risikoverteilung liegt.<sup>32</sup> Es geht nicht darum, dass jemand ein „normales“, ein übliches Risiko trägt; es geht um die Bewältigung einer Systemkrise.<sup>33</sup> Für sie konnten – weil so etwas außerhalb der gesellschaftlichen Vorstellung lag – auch keine Vorkehrungen getroffen werden. Deshalb fällt die Situation nicht ausschließlich in die Risikosphäre des S.

Allerdings müsste ein Festhalten am unveränderten Vertrag dem S auch unzumutbar sein. Das setzt eine umfassende Interessenabwägung voraus<sup>34</sup> wobei nicht nur die Nachteile, sondern auch die Vorteile, die der betroffenen Partei aus der veränderten Situation erwachsen sind, zu berücksichtigen sind.<sup>35</sup> Demnach muss eine Abwägung aller Einzelfallumstände nach Treu und Glauben erfolgen; dabei muss man den Interessen beider Parteien Rechnung tragen. Zu betrachten ist die konkrete wirtschaftliche Situation des Mieters und des Vermieters.<sup>36</sup> Einzubeziehen sind staatliche Hilfsleistungen, die Dauer des Mietverhältnisses, aber auch, ob aufgrund vorrangegangener Umsätze

Rücklagen gebildet werden konnten.<sup>37</sup> S hat sich erst vor wenigen Wochen selbständig gemacht und sein Geschäft eröffnet, seine gesamten Ersparnisse in die Einrichtung des Ladenlokals und die Ware investiert, er verfügt also nicht über Rücklagen oder eine weitere Kreditlinie. Auch wird er durch die erst kurze Öffnung des Geschäfts nicht in der Lage gewesen sein ausreichend Einnahmen generieren zu können, um die zwei-monatigen Umsatzausfälle infolge der Schließung zu überbrücken. Schließlich kann er auch keinerlei Hilfsleistungen beanspruchen. Zwar wird auch der Betreiber eines Einkaufszentrums auf Mietzahlungen seiner Mieter angewiesen sein, doch sind vorliegend keine konkreten Anhaltspunkte ersichtlich, weshalb dem V eine Anpassung des Vertrags nicht zumutbar sein soll. Nach dem Gesagten ist das Festhalten am unveränderten Vertrag dem S unzumutbar.

Fraglich ist, worauf die Vertragsanpassung gerichtet ist. In Betracht kommt neben einer Korrektur des Mietzinses etwa auch eine Stundung.<sup>38</sup> Doch würde das den S als Existenzgründer nicht hinreichend entlasten. Eine Stundung hilft ihm nur, wenn die entgangenen Erlöse in der Folge in gewissem Umfang nachgeholt werden können. Das erscheint aber umso schwerer, wenn sich S gerade erst selbständig gemacht hat und daher noch nicht auf einen loyalen Kundentamm vertrauen kann.

Ist also eine Anpassung der Miete vorzunehmen, so ist fraglich, für welchen Zeitpunkt eine Anpassung möglich ist. Grundsätzlich ist die Anpassung möglichst unmittelbar an das Anpassungsereignis anzuknüpfen. Dies wäre hier der 17. März, ab dem die Öffnung des Betriebs des S aufgrund der Schließungsanordnung untersagt wurde. Demnach müsste der Vertrag rückwirkend für die Monate März sowie Mai teilweise und für den Monat April vollständig angepasst werden. Eine solche rückwirkende Anpassung ist grundsätzlich nur unter Bewertung der Interessen

<sup>29</sup> HK-BGB/Schulze, § 313 Rn. 15; MünchKomm-BGB/Finkenauer, § 313 Rn. 77; BeckOK/Lorenz, § 313 Rn. 31.

<sup>30</sup> BGH NJW 2011, 3151 Rn. 9; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann/Hübner/Griesbach/Fuerst, Kap. 14 Rn. 47; LG Heidelberg BeckRS 2020, 19165 Rn. 45; LG Stuttgart BeckRS 2020, 32275 Rn. 21; Daßbach/Bayrak, NJ 2020, 185 (189).

<sup>31</sup> Daßbach/Bayrak NJ 2020, 185 (189); Jauernig/Stadler, § 313 Rn. 20; MünchKomm-BGB/Finkenauer, § 313

Rn. 74, 75; BeckOK BGB/Lorenz, § 313 Rn. 28 f.; OLG Dresden NJ 2021, 170 (173).

<sup>32</sup> LG München I ZVertriebsR 2021, 86 Rn. 54.

<sup>33</sup> OLG Dresden NZM 2021, 231 Rn. 42.

<sup>34</sup> MünchKomm-BGB/Finkenauer, § 313 Rn. 76, 77; HK-BGB/Schulze, § 313 Rn. 15; Dauner-Lieb/Langen/Jung, § 313 Rn. 131.

<sup>35</sup> OLG München BeckRS 2021, 2593 Rn. 34.

<sup>36</sup> OLG München BeckRS 2021, 2593 Rn. 35.

<sup>37</sup> OLG München BeckRS 2021, 2593 Rn. 35.

<sup>38</sup> OLG München BeckRS 2021, 2593 Rn. 36.

beider Parteien möglich.<sup>39</sup> Umso unerwarteter und stärker die Rückwirkung die durch die Anpassung benachteiligte Partei trifft, desto weniger ist eine rückwirkende Vertragsanpassung möglich.<sup>40</sup> Hier hat S bereits für den Monat April sowie den Monat Mai keine Miete mehr entrichtet, sodass das Treffen von schutzwürdigen Dispositionen seitens des V hier entfällt. Einer rückwirkenden Vertragsanpassung für die Monate März bis Mai steht damit nichts entgegen.

S hat demnach einen Anspruch auf Vertragsanpassung. Fraglich ist in welcher Höhe die Anpassung erfolgen sollte. Da die vorliegende Betriebsschließung weder vollständig in den Risikobereich des S fällt noch dem des V zugeordnet werden kann, erscheint eine Vertragsanpassung auf die Hälfte der Miete angemessen.<sup>41</sup>

Eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 liegt hier vor.

**Zwischenergebnis:** Der Anspruch des V gegen S auf Mietzahlung i. H. v. 6000 € ist hier nach § 313 I teilweise erloschen.

Der Anspruch auf die teilweise Miete könnte durch Aufrechnung für die zweite Maihälfte nach §§ 387, 389 erloschen sein.

Nach § 388 müsste S gegenüber V die Aufrechnung erklärt haben. Eine solche Erklärung hat S gegenüber V abgegeben.

Es müsste zudem eine Aufrechnungslage nach § 387 gegeben sein.

Dafür müsste es sich um gegenseitige und gleichartige Forderungen handeln.

V hat gegenüber S einen Anspruch aus § 535 Abs. 2 auf Zahlung einer um 50% geminderten Miete i. H. v. 3750 € für die Monate April und Mai (s.o.).

S könnte hingegen einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 auf Rückzahlung der überzahlten Märzmiets i. H. v. 750 € gegenüber V haben.

V müsste zunächst etwas erlangt haben durch Leistung des Gläubigers. Darunter ist jeder vermögensmehrende Vorteil zu verstehen.<sup>42</sup> V hat das Eigentum am Geld erlangt und damit auch einen vermögensmehrenden Vorteil.

Dies müsste nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 durch Leistung geschehen sein. Danach müsste der Gläubiger eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung des Schuldnervermögens vorgenommen haben.<sup>43</sup> Im Mietvertrag ist zwischen V und S vereinbart, dass die Miete zum 3. Werktag im Voraus zu entrichten ist. Der S überwies demnach die Miete bewusst zur Erfüllung seiner Mietschuld, also folglich auch zweckgerichtet. Den vermögensmehrenden Vorteil hat V damit durch Leistung des S erlangt.

Entscheidend ist, ob diese bewusste und zweckgerichtete Mehrung des Vermögens ohne Rechtsgrund erfolgte.

Darunter ist die durch die Leistung bezweckte Erfüllung einer Verbindlichkeit zu verstehen, ohne deren Vorliegen der Rechtsgrund entfällt.<sup>44</sup> S hätte durch die rückwirkende Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 vom 17. März bis 31. März nur die Hälfte der Miete, also 2250 € zahlen müssen. S hat aber 3000 € gezahlt. Die überzahlte Miete von 750 € erfolgte demnach ohne Rechtsgrund.

§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt 1 dürfte nicht ausgeschlossen sein. In Betracht kommen könnte ein Ausschluss nach § 814 Alt. 1, wenn der S von seiner Nichtschuld Kenntnis hatte. Der Ausschluss nach § 814 greift also bei positiver Kenntnis vom Fehlen der Leistungsverpflichtung.<sup>45</sup> Eine solche wird hier nicht anzunehmen sein. Als S die Mietzahlung am 3. Werktag im Voraus veranlasste, lagen noch gar keine zur Vertragsanpassung berechtigende Umstände vor, von denen der S Kenntnis hätte haben können. Demnach hatte er keine Kenntnis von seiner Nichtschuld für die zweite Märzhälfte.

Etwas andere Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

S hat gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung der überzahlten Miete nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1.

<sup>39</sup> MünchKomm-BGB/Finkenauer, § 313 Rn. 98; BeckOK BGB/Lorenz, § 313 Rn. 91; HK-BGB/Schulze, § 313 Rn. 19; Dauner-Lieb/Langen/Jung, § 313 Rn. 112.

<sup>40</sup> MünchKomm-BGB/Finkenauer, § 313 Rn. 98; BeckOKG/Martens, § 313 Rn. 145.

<sup>41</sup> Vgl. OLG Dresden NJ 2021, 170 (174).

<sup>42</sup> HK-BGB/Wiese, § 812 Rn. 3; BeckOK BGB/Wendehorst, § 812 Rn. 38; MünchKomm-BGB/Schwab, § 812 Rn. 3.

<sup>43</sup> BGH NJW 1999, 1393 (1394); NJW 2005, 60; NJW 2018, 1079 Rn. 17; Brox/Walker, Schuldrecht BT, § 40 Rn. 6.

<sup>44</sup> MünchKomm-BGB/Schwab, § 812 Rn. 415; HK-BGB/Wiese, § 812 Rn. 7; Brox/Walker, Schuldrecht BT, § 40 Rn. 24.

<sup>45</sup> MünchKomm-BGB/Schwab, § 814 Rn. 16; Palandt/Sprau, § 814 Rn. 4; Jauernig/Stadler, § 812 Rn. 3.

Es bestehen damit gegenseitige Forderungen zwischen B und V. Bei beiden Forderungen handelt es sich um Geldforderungen. Diese sind gleichartig.<sup>46</sup>

Die Gegenforderung müsste vollwirksam und fällig, die Hauptforderung erfüllbar sein. Die Gegenforderung des V auf Mietzinszahlung hinsichtlich der zweiten Maihälfte ist vollwirksam und wäre am 03. Mai fällig gewesen. Denn die Einrede der Vertragsanpassung besteht nur bis zum 17. Mai. Die Rückforderung des S aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 ist auch erfüllbar.

Eine Aufrechnungslage liegt demnach vor.

Für die Monate April und Mai hätte S nach Vertragsanpassung eine Miete i. H. v. 3750 € entrichten müssen, die er vorliegend nicht gezahlt hat. V hätte an S 750 € herausgeben müssen (s.o.), die dieser im März zu viel gezahlt hatte. Demnach ist nach § 389 die Mietforderung des V gegen B i. H. v. 750 € von den 3750 € erloschen.

**Gesamtergebnis:** V hat gegen S demnach einen Anspruch auf Mietzahlung i. H. v. 3000 € gem. § 535 Abs. 2.

## Teil 2: Beherbergungsverträge in Corona-Zeiten

### A. Ansprüche des U gegen H

U könnte gegen H einen Schadensersatzanspruch auf Ersatz der Mehrkosten i. H. v. 150 € aus § 536a Abs. 1 haben.

Es müsste ein wirksamer Mietvertrag vorliegen. Hier geht es vorliegend nicht um die reine Vermietung einer Räumlichkeit, sondern um eine Hotelzimmerbuchung mit Halbpension. Infrage kommt hier ein sog. Beherbergungsvertrag. Beim Beherbergungsvertrag bzw. Hotelaufnahmevertrag handelt es sich um einen sog. typengemischten Vertrag, der im Schwerpunkt jedoch mietvertragliche Komponenten enthält und demnach die mietrechtlichen Vorschriften und somit auch die des § 536a anwendbar sind.<sup>47</sup> Es müsste ein Hotelaufnahmevertrag zwischen U und H geschlossen

worden sein. Der Hotelaufnahmevertrag kommt durch telefonische oder schriftliche Zimmerreservierung zu Stande.<sup>48</sup> Eine entsprechende Zimmerreservierung zwischen U und H liegt vor, damit liegt ein Hotelaufnahmevertrag vor, auf den § 536a anwendbar ist.

Es müsste ein Mangel vorliegen. Der Begriff des Mangels in § 536a ist derselbe wie in § 536.<sup>49</sup> In Betracht kommen könnte zunächst ein durch die behördliche Verordnung begründeter Sachmangel nach § 536 Abs. 1. Ob der Sachmangelbegriff überhaupt vor Überlassung der Mietsache anwendbar ist<sup>50</sup>, kann hier dahinstehen, denn die Anordnung hat keinen Bezug zu den Hotelzimmern und damit zum Mietobjekt an sich und kann damit, nach dem oben gesagten, keinen Sachmangel nach § 536 Abs. 1 begründen.

Es könnte jedoch möglicherweise ein Rechtsmangel i.S.d. § 536 Abs. 2 vorliegen. Rechtsmängel können dabei auch unstreitig vor Überlassung der Mietsache eine Schadensersatzpflicht nach § 536a auslösen.<sup>51</sup> Unter dem Rechtsmangel i.S.d. § 536 Abs. 3 sind Rechte Dritter zu verstehen, durch die der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache ganz oder teilweise entzogen werden kann.<sup>52</sup> Keine Rechte in diesem Sinne sind jedoch öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen oder Verbote.<sup>53</sup> Demnach stellt die Anordnung der Behörde als öffentlich-rechtliche Beschränkung keinen Rechtsmangel in diesem Sinne dar. Eine Doppelvermietung, die auch einen entsprechenden Rechtsmangel begründen könnte<sup>54</sup>, liegt hier schon deshalb nicht vor, weil H nicht ein von U konkret gebuchte Zimmer und damit nicht dieselbe Räumlichkeit auch an einen anderen vermietet hat.

**Zwischenergebnis:** Ein Schadensersatzanspruch auf Ersatz der Mehrkosten i. H. v. 250 € nach § 536a I scheidet aus.

<sup>46</sup> MünchKomm-BGB/Schlüter, § 387 Rn. 30; Jauernig/Stürner, § 387 Rn. 6; HK-BGB/Schulze, § 387 Rn. 7; BeckOK BGB/Dennhardt, § 387 Rn. 27; BeckOGK/Skamel, BGB § 387 Rn. 104.

<sup>47</sup> Staudinger/Emmerich, Vor § 535 Rn. 62; Palandt/Weidenkaff, Vor § 535 Rn. 36; BeckOGK/Schmidt, § 535 Rn. 71; OLG Braunschweig NJW 1976, 570 (571); OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 1143 (1144).

<sup>48</sup> Staudinger/Emmerich, Vor § 535 Rn. 62; LG Frankfurt a.M. NJW-RR 2006, 54; OLG Braunschweig NJW 1976, 570 (571); OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 1143 (1144).

<sup>49</sup> Staudinger/Emmerich, § 536a Rn. 3; MünchKomm-BGB/Häublein, § 536a Rn. 5; BeckOGK/Bieder, BGB § 536a Rn. 5; BeckOK Mietrecht/Schüller § 536a Rn. 5.

<sup>50</sup> Blank/Börstinghaus, Miete, § 536a Rn. 2; BeckOK BGB/Wiederhold, § 536a Rn. 3.

<sup>51</sup> Blank/Börstinghaus, Miete, § 536a Rn. 3; BeckOK BGB/Wiederhold, § 536a Rn. 4; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536a Rn. 30.

<sup>52</sup> Staudinger/Emmerich, § 536 Rn. 80; Blank/Börstinghaus, Miete, § 536 Rn. 212; HK-BGB/Scheuch, § 536 Rn. 13.

<sup>53</sup> Palandt/Weidenkaff, § 536 Rn. 27; Staudinger/Emmerich, § 536 Rn. 80; MünchKomm-BGB/Häublein, § 536 Rn. 29; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536 Rn. 281.

<sup>54</sup> Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536 Rn. 286; HK-BGB/Scheuch, § 536 Rn. 13; MünchKomm-BGB/Häublein, § 536 Rn. 30.

U könnte einen Schadensersatzanspruch auf Ersatz der Mehrkosten von 150 € nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 gegenüber H haben.

Das erforderliche Schuldverhältnis liegt in Form des Beherbergungsvertrags vor.

Es müsste eine Pflichtverletzung vorliegen. Die Pflichtverletzung i. S. v. § 283 besteht in der Unmöglichkeit der Leistungserbringung.<sup>55</sup> H müsste demnach die Leistungserbringung, also hier die Überlassung des Hotelzimmers nach § 275 Abs. 1 unmöglich geworden sein. In Betracht kommt eine nachträgliche rechtliche Unmöglichkeit. Danach kann der geschuldete Erfolg aus Rechtsgründen nicht erbracht oder herbeigeführt werden.<sup>56</sup> Darunter zählen auch Fälle, in denen die Leistungserbringung gesetzlich verboten ist.<sup>57</sup> H ist es hier nicht verboten – wie es bei einem Beherbergungsverbot der Fall wäre – U den Gebrauch zu Übernachtungszwecken an dem von ihm gebuchten Zimmer zu überlassen. Vielmehr wird H nur die Vermietung einer bestimmten Anzahl von Zimmern untersagt. Zwar hätte er gegenüber dem einzelnen Gast die vertraglich geschuldete Leistung erbringen können; doch war es ihm nicht möglich gegenüber allen Gästen seiner geschuldeten Leistung nachzukommen. Es entsteht nachträglich eine Überbuchungssituation.<sup>58</sup> Fraglich ist, ob das eine Unmöglichkeit begründet. Einerseits könnte man eine Parallele zu sog. Doppelverpflichtungen ziehen, bei denen der Schuldner durch die Relativität der Schuldverhältnisse erst nach Erfüllung der einen Verpflichtung an der Erfüllung der anderen Pflicht gehindert ist.<sup>59</sup> Dann würde Unmöglichkeit erst nach Überlassung des letzten belegbaren Zimmers eintreten. Doch wird man andererseits nicht verlangen können, dass der Gast erst anreist, um dann zu erfahren, dass er – weil auch alle anderen Gäste

angereist sind – nicht mehr untergebracht werden darf. Deshalb wird man eine Unmöglichkeit im Ergebnis schon dann bejahen können, wenn infolge einer nachträglichen behördlichen Anordnung eine Überbuchungssituation geschaffen wurde. Eine Unmöglichkeit liegt also vor.

Allerdings wäre ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 S. 2 ausgeschlossen, wenn H die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hätte, d.h. dass man ihm weder einen Vorsatz- noch einen Fahrlässigkeitsvorwurf machen könnte. Für die vorrangig diskutierte Konstellation des teilweisen Untergangs einer Gattung, infolge dessen nicht mehr alle Verpflichtungen erfüllt werden können, ist umstritten, wie der Schuldner zu erfüllen hat. Nach überwiegender Auffassung soll der Schuldner alle Gläubiger rätierlich beliefern müssen (sog. Repartierung).<sup>60</sup> Doch scheint das für Beherbergungsverträge nicht praktikabel. Denn eine rätierliche Kürzung der Übernachtungen würde entsprechend den Urlaub rätierlich kürzen. Doch gibt es in aller Regel Gründe, weshalb der einzelne Buchende eine bestimmte Reisedauer gewählt hat. Weil diese Gründe nur ein vertraglich unbeachtliches Motiv sind, muss das, was Inhalt des Vertrages wurde, deshalb umso mehr gelten. Andere wollen dem Schuldner indessen ein freies Wahlrecht ermöglichen. Er dürfe selbst wählen, an wen er leiste oder nicht.<sup>61</sup> Ein solches freies Wahlrecht wird auch für coronabedingte Betriebsreduzierungen vertreten.<sup>62</sup> Der Hotelier darf nur keine Benachteiligung der Gäste vornehmen, die nach dem AGG unzulässig wäre.<sup>63</sup> Insbesondere soll er auf die bisherige Kundenbeziehung abstellen dürfen.<sup>64</sup> Dass H vorrangig die Buchungen der „Neugäste“ storniert und seine Stammgäste bevorzugt, führt insoweit nicht

<sup>55</sup> MünchKomm-BGB/Ernst, § 283 Rn. 4; HK-BGB/Schulze, § 283 Rn. 1; BeckOK BGB/Lorenz, § 283 Rn. 2.

<sup>56</sup> BGH NJW 2013, 152 (154 Rn. 33); Jauernig/Stadler, § 275 Rn. 15; MünchKomm-BGB/Ernst, § 275 Rn. 41; HK-BGB/Schulze, § 275 Rn. 12.

<sup>57</sup> Jauernig/Stadler, § 275 Rn. 15; MünchKomm-BGB/Ernst, § 275 Rn. 43; HK-BGB/Schulze, § 275 Rn. 12; Jauernig/Stadler, § 275 Rn. 15.

<sup>58</sup> Staudinger/Achilles-Pojol, in: Schmidt, Covid-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 7 Rn. 147a.

<sup>59</sup> BeckOK BGB/Lorenz, § 275 Rn. 49; BeckOGK/Riehm, BGB § 275 Rn. 146; OLG Frankfurt BeckRS 2012, 23467 Rn. 61.

<sup>60</sup> RG Recht 1918, 152 (Nr. 308), Gsell, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, S. 159 ff.; Neuner, Der Prioritätsgrundsatz im Privatrecht, in: AcP 203 (2003), 46 (57 ff.); Kainer, Knapper Impfstoff und privatrechtliche

Gleichbehandlungspflichten, in: NJW 2021, 816 (817 f.). Das Prioritätsprinzip, wonach der Vertrag zu erfüllen wäre, der zeitlich früher abgeschlossen wurde, kann wohl nicht herangezogen werden, weil es für das Schuldrecht keine Bedeutung hat. Man kann sich schließlich gleichrangig zu mehreren Leistungen verpflichten (Ebert, Reservierungsgrenzen im Alltag – „Das ist mein Platz!“, in:

NJW 2016, 3206 (3209). Darauf deutet auch § 311a Abs. 1 hin, wonach eine Verbindlichkeit selbst dann begründet würde, wenn die Leistung bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unmöglich wäre.

<sup>61</sup> BeckOGK/Riehm, BGB § 275 Rn. 61.1.

<sup>62</sup> Staudinger/Achilles-Pojol, in: Schmidt, Covid-19, § 7 Rn. 147a.

<sup>63</sup> Staudinger/Achilles-Pojol, in: Schmidt, Covid-19, § 7 Rn. 147a.

<sup>64</sup> Staudinger/Achilles-Pojol, in: Schmidt, Covid-19, § 7 Rn. 147a.

dazu, dass ihm in Hinblick auf die Unmöglichkeit ein Verschuldensvorwurf zu machen ist.

Demnach hat H die Unmöglichkeit nicht zu vertreten.

**Endergebnis:** U hat keinen Schadensersatzanspruch gegenüber H.

## B. Ansprüche des H gegen G

H könnte einen Anspruch auf Bezahlung der Rechnung nach § 535 Abs. 2 gegenüber G haben.

Zwischen H und G liegt ein Beherbergungsvertrag (Hotelaufnahmevertrag) vor, auf den Mietvertragsrecht anwendbar ist (s.o.). Daraus ergibt sich grundsätzlich ein entsprechender Vergütungsanspruch.

Dieser Vertrag könnte jedoch nach § 134 nichtig sein. Das wäre der Fall, wenn er gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, und sich aus dem Gesetz nicht ein anderes ergibt. Bei der Rechtsverordnung handelt es sich um ein Gesetz im Sinne von Art. 2 EGBGB und damit auch im Sinne von § 134.<sup>65</sup> Fraglich ist aber, ob dem Gesetz auch Verbotscharakter zukommt und es nicht um eine bloße, nicht unter § 134 fallende, Ordnungsvorschrift handelt. Verbotscharakter ist gegeben, wenn das Rechtsgeschäft als solches missbilligt wird, also der Inhalt oder die Vornahme des Rechtsgeschäfts untersagt ist, wenn sich also das Gesetz gegen die Vornahme des Rechtsgeschäfts wendet.<sup>66</sup> In jenen Fällen, in denen das nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, muss die Norm ausgelegt werden.<sup>67</sup> Hierbei sind insbesondere ihr Sinn und Zweck zu ermitteln. Hier ist nach § 10 der Verordnung sowohl die Anbietung der Leistung, also das Übernachtungsangebot und damit das Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft nämlich die Erbringung der Leistung und Annahme dieser untersagt. Das Beherbergungsverbot für Touristen bezweckt den Schutz vor Infektionen mit Covid-19. Diese dienen neben dem Erhalt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vor allem der Eindämmung sozialer Kontakte, die eben bei solchen Hotelübernachtungen regelmäßig, auch schon im Voraus, durch Anreise stattfinden. Zweifeln könnte man allenfalls, weil Verstöße gegen das Ladenschlussgesetz nach allgemeiner Auffassung nicht zu einer

Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führen sollen.<sup>68</sup> Auf den ersten Blick mag daher Entsprechendes gelten. Doch liegt es auf der Hand: je weitergehend die Rechtsfolgen sind, desto eher wird dem Zweck des Gesetzes Rechnung getragen. Und die Rechtsgüter, die die Corona-Schutzverordnung schützen will (Leben, körperliche Unversehrtheit) sind gewichtiger als jene, die das Ladenschlussgesetz schützen will. Deshalb wird vereinzelt, aber zu Recht vorgeschlagen, dass die Corona-Schutzverordnung zugleich die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte bewirkt, die unter Verstoß gegen die Corona-Schutzverordnungen zustande gekommen sind.<sup>69</sup> Unterstrichen wird das von der Faustregel, wonach von einer Nichtigkeit auszugehen ist, wenn es sich um ein beiderseitiges Verbotsgesetz handelt.<sup>70</sup> Vorliegend kommt hinzu, dass sowohl der Hotelier als auch der Gast ordnungswidrig handeln, wenn sie gegen das Verbot verstoßen. Ist das der Fall, soll auch das für ein Verbotsgesetz sprechen.<sup>71</sup> Im Ergebnis hat das in der Verordnung ausgesprochene Beherbergungsverbot daher Verbotscharakter. Gegen dieses wurde durch den hier geschlossenen Beherbergungsvertrag verstoßen. Deshalb ist der Vertrag gem. § 134 nichtig.

Es liegt demnach kein wirksamer Beherbergungsvertrag vor.

**Zwischenergebnis:** H hat keinen Anspruch gegen G aus § 535 II auf Bezahlung der Rechnung.

H könnte einen Anspruch auf Wertersatz nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 gegenüber G haben.

G müsste etwas erlangt haben. Unter einen vermögensrechtlichen Vorteil in diesem Sinne fallen auch die sog. ersparten Aufwendungen, die der Schuldner bei ordnungsgemäßem Vorgehen hätte leisten müssen.<sup>72</sup> Die Aufwendungen, die hier erspart wurden, sind die Entrichtung des Beherbergungsentgelts, welches er unter normalen Umständen u.a. für die Gebrauchsüberlassung hätte entrichten müssen. Demnach hat U etwas erlangt.

Dies müsste durch Leistung des H geschehen sein. H hat G hier den Gebrauch des Hotelzimmers zu

<sup>65</sup> Vgl. MünchKomm-BGB/*Armbrüster*, § 134 Rn. 30; BeckOK BGB/*Wendtland*, § 134 Rn. 5; Staudinger/*Sack/Seibel*, § 134 Rn. 16; Palandt/*Ellenberger*, § 134 Rn. 2.

<sup>66</sup> Staudinger/*Sack/Seibel*, § 134 Rn. 30; BeckOK BGB/*Wendtland*, § 134 Rn. 13; MünchKomm-BGB/*Armbrüster*, § 134 Rn. 42; HK-BGB/*Dörner*, § 134 Rn. 4.

<sup>67</sup> Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2021, Rn. 12.

<sup>68</sup> HK-BGB/*Dörner*, § 134 Rn. 7.

<sup>69</sup> *Willems*, Das Allgemeine Vertragsrecht in den Zeiten der Corona-Pandemie, in: ZJS 2020, 183 (184).

<sup>70</sup> Palandt/*Sprau*, § 134 Rn. 8; HK-BGB/*Dörner*, § 134 Rn. 9.

<sup>71</sup> *Köhler*, BGB AT Rn. 12.

<sup>72</sup> Palandt/*Sprau*, § 812 Rn. 11; HK-BGB/*Wiese*, § 812 Rn. 4; MünchKomm-BGB/*Schwab*, § 812 Rn. 18.

Übernachtungszwecken gewährt, um seine Verpflichtung aus dem zwischen den beiden geschlossenen Beherbergungsvertrag zu erfüllen.

An einem Rechtsgrund fehlt es: Der mit der Leistung verfolgte Zweck, eine Verbindlichkeit zu erfüllen, konnte nicht eintreten, weil die Verbindlichkeit wegen der Nichtigkeit des Vertrags nicht bestand.

Allerdings dürfte der Bereicherungsanspruch nicht ausgeschlossen sein.

Hier kommt ein Ausschluss nach § 814 in Betracht. Dafür müsste H positive Kenntnis darüber haben, dass er das Hotelzimmer aufgrund der Vertragsnichtigkeit nach § 134 nicht hätte überlassen müssen. Auf juristische Kenntnisse ist hier nicht abzustellen, sondern vielmehr darauf, was derjenige nach der sog. „Parallelwertung in der Laiensphäre“ kennen konnte.<sup>73</sup> Vorliegend ist nicht davon auszugehen, dass H als juristischer Laie wusste, dass der gegen das Beherbergungsverbot geschlossene Vertrag neben der Begehung der Ordnungswidrigkeit, die dieses in § 14 anordnet, auch noch die Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 mit sich führt. Demnach hatte H keine Kenntnis von seiner Nichtschuld. Ein Ausschluss nach § 814 ist nicht gegeben.

Es könnte jedoch ein Ausschluss nach § 817 S. 2 gegeben sein.

§ 817 S. 2 findet nicht nur auf § 817 S. 1, sondern auf sämtliche Fälle der Leistungskondition Anwendung.<sup>74</sup>

Dem Leistenden müsste nach § 817 S. 2 ein Gesetzesverstoß zur Last fallen.<sup>75</sup> Wie oben bereits ausgeführt, hätte H den Gebrauch des Hotelzimmers zum Übernachtungszweck des G gar nicht anbieten dürfen. Ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz fällt damit auch ihm zur Last. Als subjektive Voraussetzung muss der Leistende zudem auch vorsätzlich verbotswidrig gehandelt haben, wobei eine leichtfertige Verschließung vor der Einsicht in den Gesetzesverstoß genügt.<sup>76</sup> Das Verbotsgesetz trifft Beschränkungen in der Branche, in der H tätig ist. Gegenüber der gesamten Hotelbranche angeordneten Beherbergungsverboten im Rahmen

der Covid-19 Pandemie, die weltweit öffentliches Aufsehen erregt, wird mangels entgegenstehender Sachverhaltsangaben davon auszugehen, dass falls H das Verbot nicht kannte, sich diesem zumindest leichtfertig verschloss.

Eine zugelassene Einschränkung der Anwendung des S. 2 zur Vermeidung von unbilligen Ergebnissen besteht dann, wenn der Schutzzweck des Verbotsgesetzes gegen eine Konditionssperre sprechen würde.<sup>77</sup> Der Ausschluss des Herausgabeanspruchs des H läuft hier nicht dem Schutzzweck zuwider, sondern schützt diesen vielmehr, indem § 817 S. 2 bei einer Beteiligung an solchen gesetzeswidrigen Verträgen der endgültige Verlust des Geleisteten zur Folge hat und somit abschreckt.

Demnach ist der Herausgabeanspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 nach § 817 S. 2 ausgeschlossen.

**Endergebnis:** H hat demnach keinen Anspruch auf Wertersatz nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 gegenüber G.

### Teil 3: Deliktische Haftung für eine Corona-Infektion

R könnte gegen F einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 haben.

Dazu müsste ein durch § 823 Abs. 1 geschütztes Rechtsgut verletzt worden sein. In Betracht kommt eine Gesundheitsschädigung. Darunter ist jede nicht unerhebliche, vom normalen körperlichen Zustand nachteilig abweichende Veränderung zu verstehen.<sup>78</sup> Bei der Infektion mit Covid-19 Viren, handelt es sich um einen vom normalen körperlichen Zustand, nämlich ein solcher ohne Virenbelastung, abweichenden Zustand, der durch die Übertragung entsprechender Erreger hervorgerufen wird. Problematisch ist aber, dass sich R symptomfrei infiziert hatte und damit keine unmittelbaren körperlichen Auswirkungen verspürt, ausscheiden könnte.<sup>79</sup> Doch handelt es sich bei Covid-19 um eine noch weitgehend unbekanntere Infektionskrankheit, die in der Folge schwer und sogar

<sup>73</sup> MünchKomm-BGB/Schwab, § 814 Rn. 16; Palandt/Sprau, § 814 Rn. 4; Jauernig/Stadler, § 814 Rn. 3; BGH NJW 2016, 1391 (1392 Rn. 9); HK-BGB/Wiese, § 814 Rn. 2.

<sup>74</sup> MünchKomm-BGB/Schwab, § 817 Rn. 11; Palandt/Sprau, § 817 Rn. 2; Jauernig/Stadler, § 817 Rn. 9.

<sup>75</sup> Palandt/Sprau, § 817 Rn. 16; Jauernig/Stadler, § 817 Rn. 11; HK-BGB/Wiese, § 817 Rn. 8.

<sup>76</sup> OLG Köln NJW 2005, 3290 (3291); Jauernig/Stadler, § 817 Rn. 11; BGH NJW 1968, 1329 (1330); NJW 1992, 310 (311); NJW 1997, 2314 (2315).

<sup>77</sup> BGH NJW 2006, 45 (46 Rn. 11); OLG Köln NJW 2005, 3290 (3291); Palandt/Sprau, § 817 Rn. 18.

<sup>78</sup> AG Braunschweig, NJ 2021, 164 (165); MünchKomm-BGB/Wagner, § 823 Rn. 4; Jauernig/Teichmann, § 823 Rn. 3.

<sup>79</sup> Vgl. AG Braunschweig, NJ 2021, 164 (165); Jauernig/Teichmann, § 823 Rn. 4; MünchKomm-BGB/Wagner, § 823 Rn. 200.

tödlich verlaufen kann, bei der aber vor allem die Langzeitfolgen noch nicht abzusehen sind. Deshalb spricht viel dafür, die Gesundheitsverletzung auch bei einer symptomfreien Infektion zu bejahen. Auch liegt eine Parallele zu HIV-Infektionen nahe, bei denen Entsprechendes vertreten wird.<sup>80</sup>

Zudem müsste eine kausale, haftungsbegründende Verletzungshandlung gegeben sein. F hat R während der Unterhaltung im Park angesteckt. Demnach ist die Verletzungshandlungshandlung hier das Gespräch mit R.

Fraglich ist im Zusammenhang mit der haftungsbe gründenden Kausalität zunächst, ob die während der Unterhaltung erfolgte Ansteckung nicht zum allgemeinen Lebensrisiko des R gehört. Denn für Gefahren, die beim gewöhnlichen Zusammenleben hinzunehmen sind, soll nicht gehaftet werden.<sup>81</sup> So wurde eine kausale Handlung bei einer Infektion – aber auch nur dann – verneint, wenn es trotz Einhaltung der gebotenen hygienischen Vorkehrungen zu einer Übertragung gekommen ist.<sup>82</sup>

Grundsätzlich ist eine unmittelbare Verletzungshandlung erforderlich. Handlung und Erfolg hängen zwar nicht untrennbar miteinander zusammen; die Beziehung zwischen gefährlichem Verhalten und dem Eintritt des Erfolgs ist aber so eng, dass sich die Pflichtwidrigkeit von selbst versteht.<sup>83</sup> Demgegenüber liegt eine mittelbare Rechtsgutsverletzung vor, wenn die Handlung den Erfolg nur über eine Reihe von Zwischenursachen herbeiführt.<sup>84</sup> Eine konkrete Handlung des F, die unmittelbar zur Infektion des R geführt hat, ist vorliegend nicht auszumachen.

Deshalb muss man vorliegend auf eine entferntere Handlung abstellen: F hat trotz der Warnung durch die Corona-App das Haus verlassen und hat sich so in eine Situation begeben, in der eine Ansteckung anderer möglich wurde,<sup>85</sup> und er eine Infektion dann auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr verhindern kann. Denn, ob es zu einer Infektion eines anderen kommt oder nicht, entzieht sich dann seiner Steuerungsfähigkeit. Hinzukommt, dass F es nicht bei einem einsamen Spaziergang belassen hat. Er hat sich 15 Minuten mit R unterhalten und ist damit noch einmal mehr das

Risiko einer Übertragung eingegangen, sofern er – was nach der Warnung nicht außerhalb aller Lebenserfahrung lag – infiziert war. Doch fragt sich, ob den F in dieser Situation eine deliktische Sorgfaltspflicht trifft, gleichsam einer Verkehrspflicht, das Haus nicht (mehr) zu verlassen, nachdem ihn die App darauf hingewiesen hat, dass er Kontakt zu einem Infizierten hatte. Kennzeichnend für die deliktischen Sorgfaltspflichten ist, dass sie in Grund und Umfang einzelfallbezogen sind.<sup>86</sup> Wäre für F bereits eine Quarantäne angeordnet worden, so wäre eine deliktische Sorgfaltspflicht sicher verletzt. Hier muss – dem Wesen der deliktischen Sorgfaltspflicht folgend – entschieden werden, inwieweit ein Verhalten von der Handlungsfreiheit hinzunehmen ist, oder ob es sich mit Blick auf den eingetretenen Erfolg um ein zu missbilligendes, gefährliches Verhalten handelt.<sup>87</sup> Es findet eine Abwägung zwischen der Handlungsfreiheit des (potenziellen) Schädigers und den Schutzinteressen des (potenziellen) Geschädigten statt; wobei die Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts und die Wertigkeit der beteiligten Rechtsgüter zu berücksichtigen sind.<sup>88</sup>

**Anmerkung:** Hier wird von dem Bearbeiter dann eine entsprechende Abwägung erwartet.

Einerseits ist zu berücksichtigen, dass es schwieriger ist, sich passiv vor einer Ansteckung zu schützen als dass man aktiv von anderen Personen fernbleibt, wenn ein erhöhtes Risiko besteht, dass man infiziert ist. Im Hinblick auf die betroffenen Rechtsgüter steht einerseits die allgemeine Handlungsfreiheit des F. Man hätte ihm aber noch nicht einmal auferlegen müssen, sein Haus nicht mehr zu verlassen; er hätte sich eben schlicht nicht unterhalten dürfen. Auf der anderen Seite steht die körperliche Integrität des R. Kommt es zu einer Infektion, droht ein schwerer Verlauf. Auch die erlassenen Rechtsverordnungen zeigen, dass der Isolation und der Kontaktbeschränkung bei der Pandemie eine besondere Bedeutung zukommt. Angesichts der erheblichen drohenden Gefahren, die von einer Corona-Infektion ausgehen, dürfte – auch im Hinblick auf die Entscheidungen der Regierungen, die Kontakte möglichst zu beschränken – anzunehmen sein, dass derjenige, der trotz des Hinweises in der

<sup>80</sup> *Brand/Becker*, Deliktische Haftung bei einer Ansteckung mit SARS-CoV-2, in: NJW 2020, 2665 Rn. 3; BeckOGK/Spindler, BGB § 823 Rn. 107

<sup>81</sup> *Brand/Becker*, Deliktische Haftung bei einer Ansteckung mit SARS-CoV-2, in: NJW 2020, 2665 Rn. 8.

<sup>82</sup> OLG Hamm BeckRS 2006, 1608; OLG Zweibrücken BeckRS

<sup>83</sup> *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Aufl. 2021, § 59 Rn. 4.

<sup>84</sup> *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, Rn. 109.

<sup>85</sup> *Brand/Becker*, Deliktische Haftung bei einer Ansteckung mit SARS-CoV-2, in: NJW 2020, 2665 Rn. 4.

<sup>86</sup> *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 127.

<sup>87</sup> Vgl. dazu *Looschelders*, SchuldR BT § 59 Rn. 4.

<sup>88</sup> *Looschelders*, SchuldR BT § 59 Rn. 10.

Corona-Warn-App das Haus verlässt, ohne eine Infektion ausgeschlossen zu haben, eine deliktische Sorgfaltspflicht verletzt.

Deshalb ist das Verhalten auch haftungsbegründend kausal.

Zudem müsste die haftungsausfüllende Kausalität vorliegen. Fraglich ist, ob es völlig außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit liegt, dass R sich bei einer 15-minütigen Unterhaltung unter freiem Himmel mit Covid-19 angesteckt hat. Bei einem Gespräch von dieser Länge, auch wenn dieses unter freiem Himmel stattfindet liegt es nicht außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit sich mit Covid-19 anzustecken.

Die Handlung müsste rechtswidrig gewesen sein. Nach der Lehre vom Erfolgsunrecht ist jede positive Handlung und Verletzung einer Verkehrspflicht, die unmittelbar zur Gesundheitsverletzung führt rechtswidrig.<sup>89</sup> Außer der Einwilligung kommen keine Rechtfertigungsgründe in Betracht. Erstere scheidet hier abgesehen davon, ob man die Eingehung des Gesprächs als konkludente Einwilligung ansehen kann, zumindest am Vorliegen von Willensmängeln, da R nichts von der Infektion des F wusste. Nichts anderes folgt daraus, dass R überhaupt sein Haus verlassen hat, auch wenn man beim Zusammentreffen mit Menschen stets Gefahr läuft, sich mit dem Virus zu infizieren.<sup>90</sup> Denn er wird darauf vertrauen, dass er sich gerade nicht ansteckt und willigt daher allenfalls in die Gefährdung seiner Rechtsgüter, nicht in deren Verletzung ein. Die Ansteckung beim Gespräch ist durchaus rechtswidrig.

F müsste auch ein Verschuldensvorwurf gemacht werden können. Der Verschuldensmaßstab ist an § 276 zu messen.<sup>91</sup> Demnach haftete der Schädiger für Vorsatz und Fahrlässigkeit. In Betracht kommt hier Fahrlässigkeit seitens des F. Die installierte Corona Warn App teilt ihm mit, Kontakt zu einem Infizierten gehabt zu haben. Fraglich ist jedoch, ob eine Warnung durch die Corona App überhaupt ein objektiv gebotenes Verhalten begründen kann, wenn man bedenkt, dass es keine Pflicht zur Installation dieser App gibt

und F damit als Nutzer eine erhöhte Sorgfaltspflicht treffen würde. Nahezu einhellig wird dabei vertreten, dass individuelle Fähigkeiten, die über dem objektiven Verhaltensstandard liegen, aufgrund des Verkehrsschutzes grundsätzlich berücksichtigt werden dürfen.<sup>92</sup> F hat hier gegenüber denjenigen, die die Corona App nicht installiert haben überlegenes Wissen. Entscheidend ist aber, was angesichts der Warnung durch die App für F erkennbar und erbringbar gewesen ist. Durch Hinweise der für die App Verantwortlichen wird Nutzern, die eine Warnung erhalten haben geraten den Kontakt mit einem Arzt oder Gesundheitsamt aufzunehmen; die App selbst kann nicht beurteilen, ob eine Person tatsächlich infiziert ist.<sup>93</sup> Für F war daher nicht erkennbar und damit auch nicht vorhersehbar, dass er tatsächlich erkrankt war, denn die App kann auch bei flüchtigem Kontakt mit einem Infizierten anschlagen und F hatte zudem keine Symptome, die ihm Schlüsse auf eine tatsächliche Infektiosität zuließen. Ein Ergreifen darüberhinausgehender zusätzlicher Schutzmaßnahmen<sup>94</sup> ist hier nicht objektiv erkennbar und erbringbar. F trifft demnach keine Sorgfaltspflichtverletzung.<sup>95</sup> Er handelte nicht fahrlässig und ihn trifft damit kein Verschulden.

**Anmerkung:** Hier ist mit entsprechender Argumentation eine andere Auffassung gut vertretbar.

Ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 ist nicht gegeben.

Ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 229 StGB ist mangels Fahrlässigkeitsvorwurf gegen F ebenfalls nicht gegeben.

Ein Anspruch aus § 826 scheidet nach dem Gesagten ebenfalls aus.

Ein Anspruch aus § 833 kommt ebenfalls nicht in Betracht. Soweit ersichtlich wurde die Frage, ob ein Anspruch aus Tierhalterhaftung im Hinblick auf Viren besteht,<sup>96</sup> nur in gegenüber demjenigen angedacht, der Viren aus einem Labor hat entweichen lassen.

**Gesamtergebnis:** R hat gegen F keinen Schadensersatzanspruch.

<sup>89</sup> MünchKomm-BGB/Wagner, § 823 Rn. 7; Jauernig/Teichmann, § 823 Rn. 48; HK-BGB/Staudinger, § 823 Rn. 72.

<sup>90</sup> Vgl. dazu Brand/Becker, Deliktische Haftung bei einer Ansteckung mit SARS-CoV-2, in: NJW 2020, 2665 Rn. 25.

<sup>91</sup> HK-BGB/Staudinger, § 823 Rn. 84; MünchKomm-BGB/Wagner, § 823 Rn. 28; BeckOK BGB/Förster, § 823 Rn. 38.

<sup>92</sup> MünchKomm-BGB/Grundmann, § 276 Rn. 56; BGH NJW 2011, 1672 Rn. 12; Jauernig/Stadler, § 276 Rn. 29.

<sup>93</sup> Abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/corona-warn-app/corona-warn-app-faq-1758392>

<sup>94</sup> Brand/Becker, Deliktische Haftung bei einer Ansteckung mit SARS-CoV-2, in: NJW 2020, 2665 Rn. 31.

<sup>95</sup> Eine andere Ansicht ist hier mit entsprechender Begründung sehr gut vertretbar.

<sup>96</sup> Vgl. hierzu Deutsch NJW 1976, 1137 (1138); abl. etwa MünchKomm-BGB/Wagner, § 833 Rn. 10.

# Einführung in das Weltraumrecht

Von Professor Dr. Dr. h.c. **Stephan Hobe**, LL.M. (McGill), Köln\*

## A. Einleitung

Weltraumrecht – gibt es so etwas überhaupt? Das kann man sich auf den ersten Blick mit Recht fragen. Doch wenn man sich die aktuelle (und zukünftige) Nutzung des Weltraums ansieht, wird einem schon klar, dass es für diese Nutzung auch Regeln geben muss. So sollen hier Rechtsregeln der wirtschaftlichen Nutzung, Fragen der Haftung für abgestürzte Satelliten, des Verkaufs von Mondgrundstücken, des Umweltschutzes im Weltraum sowie damit zusammenhängende Fragen nach dem Bestehen eines Weltraumsachenrechts und schließlich Rechtsfragen des sich in Zukunft möglicherweise abzeichnenden Weltraumtourismus oder Weltraumtransports angesprochen werden. Dies setzt allerdings voraus, dass wir uns zunächst einmal mit der weltraumrechtlichen Rahmenordnung auseinandersetzen. Und diese ist, wie angesichts der in der Anfangszeit vornehmlich staatlich durchgeführten Raumfahrtaktivitäten nicht überraschen kann, zunächst einmal völkerrechtlich geprägt.

## B. Die völkerrechtliche Rahmenordnung

Eine Reihe von Rechtsfragen, die die Weltraumfahrt mit sich bringt, hat man bereits versucht zu lösen, als die Weltraumfahrt sich gerade entwickelte. Ähnlich wie in der Luftfahrt zu Anfang des vergangenen Jahrhunderts, wo auch sehr früh – namentlich 1910 mit der Konferenz von Paris, der *Pariser Konvention* von 1919 und dem *Warschauer Abkommen* von 1929 – ein Rechtsrahmen geschaffen wurde,<sup>1</sup> hat man sich auch in der Raumfahrt relativ früh auf die Schaffung eines Regulatoriums für das Vordringen des Menschen in den Weltraum verständigt.

Das ist keineswegs selbstverständlich. Betrachtet man heute moderne, die gesellschaftliche Entwicklung beeinflussende Technologien (z.B. die Gentechnik) oder Innovationen im Bereich des Internets und anderer Computertechnologien, und dazu die Einwirkungen der Globalisierung der Wirtschaft, so hinkt hier sehr häufig das Recht hinter der technischen Entwicklung her. Die Technik entwickelt sich also fort, ohne dass eine entsprechende rechtliche Basis zur

Verfügung steht. Auch in anderen Gebieten des internationalen Rechts, wie etwa im Seerecht, folgte die Kodifizierung nur langsam der neuen Dimension der menschlichen Aktivitäten.<sup>2</sup>

Anders in der Raumfahrt: Dort wurde der Aufbruch in ein neues Zeitalter von Beginn an von dem Bestreben der beteiligten Staaten begleitet, diesen Aktivitäten einen rechtlichen Ordnungsrahmen auf der Ebene des Völkerrechts zu geben.

Schon 1963, also gerade sechs Jahre nach dem Start von *Sputnik 1*, dem ersten künstlichen Satelliten, verabschiedete die Generalversammlung der *Vereinten Nationen* (UNO) die wegweisende Resolution „Erklärung über Rechtsgrundsätze zur Regelung der Tätigkeiten von Staaten bei der Erforschung und Nutzung des Weltraums“.<sup>3</sup> Bei Resolutionen der UNO handelt es sich um zunächst rechtlich unverbindliche Dokumente, die von den Staatenvertretern verabschiedet werden, diese aber zumindest politisch in gewisser Weise binden.

Den ersten Resolutionen der UNO folgten in den Jahren 1967 bis 1979 mit dem Weltraumvertrag, dem Rettungsabkommen, dem Haftungsabkommen, dem Registrierungsabkommen und dem Mondabkommen fünf weltraumrechtliche Verträge, in denen jedenfalls für die Vertragsstaaten, aber teilweise auch darüber hinaus, verbindliches Recht gesetzt wurde. Zwar bestanden damit noch keine Rechtsregeln für sämtliche Details der Raumfahrt, man hatte sich aber auf bestimmte Grundprinzipien verständigt, anhand derer sich das Vordringen der Menschen ins All vollziehen konnte und auf deren Basis im Laufe der Zeit detaillierte Vorschriften ausgearbeitet werden konnten.

Wie sieht nun diese völkerrechtliche Rahmenordnung aus und wie kam sie zustande?

## I. Der Weltraumausschuss der Vereinten Nationen

Da Weltraumaktivitäten in den Anfangsjahren ausschließlich von staatlichen Stellen durchgeführt wurden, kam es darauf an, Rechte und Pflichten zwischen den einzelnen Staaten festzulegen. Weltraumrecht war – und ist auch heute noch in erster Linie – Völkerrecht.

\* Der Verfasser ist Direktor des Instituts für Luftrecht, Weltraumrecht und Cyberrecht an der Universität zu Köln.

<sup>1</sup> Siehe dazu den Kurzüberblick bei *Bin Cheng*, *The Law of International Air Transport*, London 1962, S. 3.

<sup>2</sup> Siehe für eine Einschätzung des Einflusses der Technologie auf die internationale Rechtsentwicklung *Allan Gottlieb*, *The Impact of Technology on the Development of Contemporary International Law*, in: *RdC* 1981, S. 242 ff.

<sup>3</sup> UNGA Res. 1962 (XVIII) vom 13. Dezember 1963.

Im Völkerrecht schaffen Staaten durch gegenseitige Vereinbarungen, in der Regel durch mehrseitige Verträge, Rechte und Pflichten, an die sie gebunden sind.

Eine herausragende Rolle spielen in diesem weltraumrechtlichen Zusammenhang die Vereinten Nationen:<sup>4</sup> Sie bereiten die Entstehung der weltraumrechtlichen Verträge zwischen den Staaten vor. Hierfür gibt es seit Ende der 1950er Jahre einen ständigen Ausschuss, der sich mit der Erforschung und Nutzung des Weltraums befasst: das „*UN Committee on the Peaceful Uses of Outer Space*“, der Weltraumausschuss der *Vereinten Nationen*, abgekürzt UNCO-PUOS. UNCO-PUOS berichtet direkt der Generalversammlung; er bereitet weltraumrechtliche Resolutionen und Verträge vor und formuliert entsprechende Entwürfe.

Der Weltraumausschuss hat die bereits erwähnten fünf multilateralen Verträge formuliert und die Generalversammlung hat fünf Prinzipienkataloge (in Form von Resolutionen) verabschiedet.<sup>5</sup> Erstaunlicherweise fehlt es bei allem juristischen Regelungsschwung doch bis heute an einer gängigen Definition des Weltraums. Dies muss insbesondere wegen der juristischen erheblichen territorialen Abgrenzung zum Luftraum verwundern. Denn der hoheitsfreie Weltraum schließt sich sozusagen dem staatlicher Souveränität unterliegenden Luftraum als „Obergeschoss“ an.

Man sollte sich aber noch einmal vergegenwärtigen, dass das Universum von unvorstellbarer Größe ist. So ist die Erde der dritte von inzwischen acht Planeten, die sich um die Sonne bewegen, die selbst ein Stern in einem Meer von Milliarden von Sternen der Milchstraßengalaxie ist. Galaxien gruppieren sich zu sog. *Clustern* von 12 und mehr Galaxien, die sich wiederum zu sog. *Superclustern* zusammengruppieren. Zwischen all diesen Objekten besteht der größte Teil des Universums aus leerem Raum. Entfernungen im Universum werden in Lichtjahren, also der Distanz, die

das sich mit 300.000 km pro Sekunde fortbewegende Licht in einem Jahr bewältigt, gemessen. Eine Galaxie kann mehrere tausend Lichtjahre messen. Dies gibt eine Ahnung davon, dass die Größenordnungen des sich im Übrigen ständig erweiternden Universums unvorstellbar sind.

Der Regelungsanspruch des Weltraumrechts kann sich aber deshalb auf das Universum als Ganzes kaum beziehen.<sup>6</sup> Vielmehr beschränkt er sich auf sozusagen zwei „Stockwerke“ des Universums, den irdischen Raum als das terrestrisch-lunare System und den interplanetaren Raum, also das Sonnensystem. Das terrestrisch-lunare System bildet ein in sich geschlossenes Gravitationssystem, das die Sonne mit einer mittleren Bahngeschwindigkeit von rund 30 km pro Sekunde umläuft. Dabei umkreist der Mond als der erdnächste Himmelskörper die Erde in rund 27 1/3 Tagen in einem mittleren Abstand von 384.000 km. Auch das Sonnensystem bildet ein in sich geschlossenes Gravitationssystem. Es besteht aus der Sonne als dem Zentralkörper, acht großen Planeten (Merkur, Venus, Erde, Mars, Saturn, Jupiter, Uranus und Neptun) und ihren Monden, einer Schar kleiner Asteroiden, Kometen, Meteoriten, interplanetarem Staub und Gas. Selbst für diesen begrenzten Weltraum mit den in ihm enthaltenen Himmelskörpern ist, was die räumliche Ausdehnung betrifft, seine Abgrenzung zu den die Erde umgebenden Lufthüllen nicht eindeutig geklärt. Die internationale Diskussion kreist dabei allerdings seit Jahren um eine Abgrenzungshöhe zwischen 80 und 110 km, so dass man m.E. derzeit im Sinne einer juristischen Betrachtung Weltraum als „den irdischen (terrestrisch-lunares System) und interplanetaren (Sonnensystem) Raum des Universums“ betrachten kann, wobei in Abgrenzung zu der die Erde umgebenden Lufthülle von einem Beginn bei jedenfalls 110 km über dem Meeresspiegel auszugehen ist.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Siehe für eine Einschätzung der Tätigkeit des Weltraumausschusses z.B. *Knut Focke*, Internationale Zusammenarbeit im Weltraum, in: Karl-Heinz Böckstiegel (Hrsg.), *Handbuch des Weltraumrechts*, Köln u.a. 1991, S. 643 ff.

<sup>5</sup> 1. Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Uses of Outer Space (UNGA Res. 1962 (VIII) vom 13. Dezember 1963); 2. Principles Governing the Use by States of Artificial Earth Satellites for International Direct Television Broadcasting (UNGA Res. 37/92 vom 10. Dezember 1982); 3. Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space (UNGA Res. 41/65 vom 03. Dezember 1986); 4. Principles Relevant to the Use of Nuclear Power Sources in Outer Space (UNGA Res. 47/68 vom 14. Dezember 1992); 5.

Declaration on International Cooperation in the Exploration and Use of Outer Space for the Benefit and in the Interest of All States, Taking into Particular Account the Needs of Developing Countries (UNGA Res. 51/122 vom 13. Dezember 1996).

<sup>6</sup> Siehe zum Definitionsproblem *Hobe*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen der wirtschaftlichen Nutzung des Weltraums, Berlin 1992, S. 21 f.

<sup>7</sup> Zur Diskussion: COPUOS Report, Historical summary on the consideration of the question on the definition and delimitation of outer space, Report of the Secretariat, UNGA Doc. A/AC.105/769 vom 18. Januar 2002; Working paper prepared by the Chair of the Working Group on the

Nun also zu den fünf weltraumrechtlichen Verträgen.

## II. Die Verträge

### 1. Der Weltraumvertrag

Die immer noch wichtigste Kodifikation stellt der auch kurz: „Weltraumvertrag“ (*Outer Space Treaty*) genannte Vertrag vom 27. Januar 1967 dar.<sup>8</sup> Er enthält die wesentlichen Grundsätze über den Rechtsstatus des Weltraums und seiner Nutzungsarten. Der Weltraumvertrag (WRV) ist zweifellos ein besonderer Erfolg der internationalen Staaten-gemeinschaft. Er wurde trotz der Blockbildung während des Kalten Krieges und trotz erheblicher politischer Meinungsverschiedenheiten verabschiedet und bis heute von 109 Staaten – darunter allen Raumfahrtnationen – ratifiziert.<sup>9</sup> Für die Bundesrepublik Deutschland gelten die Bestimmungen des Weltraumvertrages seit 1971.

Die im Weltraumvertrag enthaltenen Grundregeln betreffen ein breites Spektrum von Inhalten:

- (a) Zunächst ist in Art. I festgelegt, dass die Staaten in der Erforschung und Nutzung des Weltraums frei sind. Das heißt also, dass Staaten im Grundsatz frei sind, im Weltraum aktiv und wissenschaftlich tätig zu sein.
- (b) Art. II enthält das Verbot nationaler Aneignungen und Okkupationen. Demnach ist ein Gebietserwerb im Weltraum einschließlich der Himmelskörper ausdrücklich ausgeschlossen. Es herrscht weitestgehend Übereinkunft darüber, dass hierdurch auch Eigentumsrechte internationaler Organisationen sowie staatlicher und privater Unternehmen ausgeschlossen werden. Der Weltraum ist folglich ein gemeinschaftlicher Raum, eine *res communis omnium*, sie ist „province (Anliegen) of all mankind“.<sup>10</sup> Der Weltraum ist damit ein staatsfreies Gebiet, der Staat hat keine Hoheitsrechte über den „Weltraum“ über seinem Staatsgebiet. Anders ist dies im

Luftverkehr: Dort hat jeder Staat volle und ausschließliche Souveränität über den gesamten Luftraum oberhalb seines Staatsgebietes – sog. Lufthoheit. Dieses Prinzip ist genau das Gegenteil vom Prinzip der Staatsfreiheit des Weltraums. Hieran wird aber deutlich, weshalb es so wichtig ist, den Luftraum vom Weltraum zu unterscheiden.

- (c) Der Weltraumvertrag verbietet außerdem in Artikel IV die Stationierung von Massenvernichtungswaffen im Weltraum.
- (d) Art. V enthält die Pflicht zur Kooperation bei der Sicherung und Rettung von Astronauten, und
- (e) Art. VI erlaubt nichtstaatlichen, also privaten Unternehmen die Teilnahme an Weltraumaktivitäten aufgrund einer staatlichen Genehmigung.
- (f) Art. VII trifft Regelungen zur Verantwortlichkeit und Haftung von Staaten für Schäden durch Weltraumgegenstände.
- (g) Art. IX enthält den Ansatz von Regeln zum Schutze der Weltraumumwelt.

Aus diesem breiten Regelungsspektrum wurden einige Bereiche in Einzelabkommen konkretisiert. Alle nach 1967 geschaffenen Rechtsinstrumente enthalten Spezialregelungen für bestimmte Aspekte der Raumfahrt.

### 2. Das Weltraumrettungsabkommen

Als zweite große weltraumrechtliche Kodifikation wurde am 22. April 1968 das sog. „Weltraumrettungsabkommen“ verabschiedet,<sup>11</sup> das ähnlich erfolgreich wie der Weltraumvertrag ist. Die schnelle Ausarbeitung des Abkommens ist auf zwei Unfälle im Jahre 1967 in den USA und der Sowjetunion zurückzuführen, bei denen Astronauten getötet wurden, so dass den Raumfahrtnationen die Notwendigkeit entsprechender Regelungen zum Schutz von Astronauten vor Augen geführt wurde. Das Weltraumrettungsabkommen

Definition and Delimitation of Outer Space of the Legal Subcommittee, Promoting the discussion of the matters relating to the definition and delimitation of outer space with a view to elaborating a common position of States members of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, UNGA Doc. A/AC.105/C.2/L.302 vom 17. Mai 2017. Siehe auch: Hobe, Space Law, Baden-Baden/Oxford 2019, S. 15.

<sup>8</sup> Vertrag über die Grundsätze zur Regelung der Tätigkeiten von Staaten bei der Erforschung und Nutzung des Weltraums einschließlich des Mondes und anderer Himmelskörper (Treaty on Principles Governing the Activities of States

in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies), Res. 2222 (XXI) vom 27. Januar 1967, in Kraft getreten am 10. Oktober 1967.

<sup>9</sup> Ratifikationsstand vom 01. Januar 2018: 107 Ratifikationen und 23 Unterzeichnungen.

<sup>10</sup> Dazu etwa Hobe, Die rechtliche Rahmenbedingungen der wirtschaftlichen Nutzung des Weltraums, Berlin 1992, S. 82 f., 95 f.

<sup>11</sup> Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space (UNGA Res. 2345 (XXII) vom 22. April 1968).

wurde bis dato von 98 Staaten ratifiziert,<sup>12</sup> darunter seit 1972 auch die Bundesrepublik Deutschland. Inhalt des Abkommens sind Vorschriften über die Rettung und Rückführung von Astronauten in Krisensituationen sowie über die Rückgabe von in den Weltraum gestarteten Gegenständen.

### 3. Das Haftungsabkommen

Das Haftungsregime regelt einen der wichtigsten und auch praktisch bedeutsamsten Bereiche des Weltraumrechts. Wie angedeutet, ist die völkerrechtliche Haftung für Schäden durch Weltraumgegenstände bereits in Art. VII des Weltraumvertrages angelegt. Durch das Weltraumhaftungsabkommen<sup>13</sup> von 1972 mit heute 96 Ratifikationen wurde die Haftung nun detaillierter ausgestaltet. Insbesondere die Staaten, die einen Gegenstand in den Weltraum starten, haften danach für Schäden, die „ihre“ Weltraumgegenstände auf der Erdoberfläche oder an Luftfahrzeugen im Flug hervorrufen. Dabei ist es ohne Belang, ob sie eine Schuld an den entstandenen Schäden trifft (sog. Gefährdungshaftung). Dies liegt sicherlich an dem äußerst gefährlichen (*ultra hazardous*) Charakter von Weltraumaktivitäten, insbesondere beim Start von Trägerraketen. Tritt der Schaden jedoch an einem fremden Weltraumgegenstand ein (z.B. bei einer Satellitenkollision) oder etwa im Luftraum (Kollision mit Flugzeug), so haftet ein Staat nur, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt.

Nach der Konzeption des Weltraumhaftungsabkommens ist der „Startstaat“ der haftende Staat. Deshalb ist die Definition des Begriffes „Startstaat“ besonders wichtig, sie ist zugleich aber auch problematisch. Nach der näheren Beschreibung im Haftungsabkommen wie auch in der Registrierungskonvention kann etwa der Staat, der selbst ein Objekt in den Weltraum transportiert oder der ein solches in den Weltraum transportieren lässt, Startstaat sein, wie auch ein solcher, von dessen Gelände ein Start durchgeführt wird. Eine solche Beschreibung weist jedoch gerade im Hinblick auf die vermehrte Aktivität Privater eine nicht unerhebliche Unklarheit auf, die noch der Klärung bedarf. Wer soll z.B. Startstaat sein und im

Schadensfall völkerrechtlich haften, wenn ein Start von hoheitsfreiem Gebiet, der Hohen See, von einer privaten Firma (*Sea Launch*) durchgeführt wird?<sup>14</sup>

Im Jahre 2018 ist es zu einem kontroversen (immer noch unentschiedenen) Fall gekommen: ein amerikanisches Unternehmen, *Swarm*, hatte 4 kleine Satelliten über eine indische Rakete gestartet, obwohl der Start von der amerikanischen Behörde (FCC) untersagt worden war. Die Vereinigten Staaten bestritten, „Startstaat“ zu sein, aber auf der andere Seite negierte auch Indien seine Eigenschaft als „Startstaat“ mit der Erklärung, dass es nicht verpflichtet sei, nachzuprüfen, ob ein Unternehmen andere nationale Genehmigungen habe.

Wie gesagt, ist die Frage der Haftung für Schäden durch Weltraumgegenstände von großer praktischer Bedeutung. Zum Beispiel verglüht zwar ein Großteil der wieder in die Erdatmosphäre eingetretenen Weltraumobjekte beim Wiedereintritt in dichtere Luftschichten. Es kommt aber immer wieder vor, dass Objekte nicht vollständig verglühen, sondern auf die Erde hinabstürzen und potenziell große Schäden anrichten können. Der bislang einzig bekannte Fall eines Schadens entstand bei dem Absturz des nukleargetriebenen sowjetischen Aufklärungssatelliten *Kosmos 954* auf kanadisches Gebiet am 24. Januar 1978. Unter Ablehnung sowjetischer Hilfe säuberten die kanadischen Behörden mit amerikanischer Hilfe das betroffene Gebiet im unbewohnten kanadischen Norden. Die Kosten wurden mit 18 Millionen kanadische Dollar beziffert, die Regierungen Kanadas und der Sowjetunion einigten sich auf die Zahlung von 3 Millionen Dollar für die unmittelbar entstandenen Kosten, wobei der UdSSR die Stellungnahme wichtig war, die Zahlung erfolge ohne Anerkennung einer Rechtspflicht.<sup>15</sup>

Die Relevanz der Haftungsfrage wird mit wachsenden Aktivitäten von privaten Unternehmen, insbesondere im Telekommunikationssektor, weiter zunehmen. Der Trend geht zweifellos zu einer vermehrten Nutzung durch Satelliten. So gibt es beispielsweise Pläne für die Etablierung von Breitband-Satellitensystemen, die bis zu 280 Satelliten in den erdnahen Weltraum

<sup>12</sup> Ratifikationsstand am 01. Januar 2018: 96 Ratifikationen, 23 Unterzeichnungen.

<sup>13</sup> Convention on International Liability Caused by Space Objects (UNGA Res. 2777 (XXVI) vom 29. März 1972); am 01. Januar 2018 95 Ratifikationen, 19 Unterzeichnungen.

<sup>14</sup> Siehe zum Problem *Kai-Uwe Schrogl*, A New Look at the Concept of the „Launching State“: The Results of the UN-COPUOS Legal Subcommittee Working Group 2000-2002, ZLW 2002, S. 359 ff.

<sup>15</sup> Abdruck der diplomatischen Noten in *Karl-Heinz Bockstiegel / Marietta Benkö / Stephan Hobe*, Space Law – Selected Legal Documents, Vol. 1, A.IX.2; für eine juristische Bewertung siehe *Bin Cheng*, Studies in International Space Law, Oxford 1997, S. 288 (324); *Peter Malanczuk*, Haftung, in: Karl-Heinz Bockstiegel (Hrsg.), Handbuch des Weltraumrechts, S. 756 ff.

starten wollen. Abgesehen von der Frage des daraus möglicherweise resultierenden Weltraumschrotts, des sog. „*space debris*“, und der Frage der möglicherweise notwendigen Einführung einer Art „Flugsicherung im Weltraum“, also eines „*space traffic management*“,<sup>16</sup> ist absehbar, dass auch die Zahl von Weltraumobjekten, die wieder auf die Erde zurückstürzen und nicht vollständig beim Wiedereintritt verglühen, stark zunehmen wird. Als Folge wird die Regulierung von daraus entstehenden Schäden auf der Erde immer größere Relevanz bekommen.

Insgesamt hat die internationale Gemeinschaft es bislang noch nicht vermocht, sich auf international verbindliche Rechtsregeln für den Fall der durch Weltraumschrott (sog. *space debris*) verursachten Schadens zu einigen. Angesichts des hier nicht sehr ergiebigen Art. IX WRV hat man sich auf sog. rechtlich unverbindliche „*UN Space Debris Mitigation Guidelines*“ geeinigt, in denen geregelt ist, wie die Entstehung von „*space debris*“ möglichst effektiv vermieden werden soll. Weltraumobjekte sollen etwa an ihrem Lebensende entweder in eine ungefährliche Umlaufbahn (sog. „*graveyard orbits*“) geschossen werden oder zum Verglühen zurück in die Erdatmosphäre kaputtieren werden, es besteht eine Verpflichtung für genügend Antriebsmittel an Bord und die aus militärischen Gründen vorgesehene Vernichtung von Satelliten durch sog. Antisatellitentests sollten verboten werden.

#### 4. Das Registrierungsabkommen

Im Registrierungsabkommen von 1975 mit insgesamt 69 Ratifikationen ist eine Registrierungspflicht für Weltraumgegenstände durch den „Startstaat“ niedergelegt.<sup>17</sup> Diese Registrierung bildet die rechtliche Brücke zwischen dem Weltraumgegenstand und dem Startstaat. Sie sichert dem Startstaat die Möglichkeit der Ausübung seiner Hoheitsgewalt und Kontrolle über das Objekt auch im Weltraum, und sorgt gleichzeitig dafür, dass die Rechte anderer Staaten gewahrt werden können, indem der Startstaat identifizierbar ist, und damit auch haftbar gemacht werden kann.

#### 5. Der Mondvertrag

Nach etwa 10-jähriger Verhandlungsdauer wurde 1979 der so genannte „Mondvertrag“ verabschiedet.<sup>18</sup> Seine Regelungen sollen auch für andere Himmelskörper (also etwa Mars oder Venus) gelten. Weil die Meinungen, unter welchen Voraussetzungen mögliche Bodenschätze der Himmelskörper ausgebeutet werden dürfen, zwischen den westlichen Industriestaaten, den damals noch sozialistischen Staaten und den Entwicklungsländern erheblich auseinander gingen, wurde der Mondvertrag nur von 18 Staaten ratifiziert, darunter keine der wirklich großen Raumfahrnationen. Zwar trat der Vertrag 1984 mit der Hinterlegung der fünften Ratifikationsurkunde in Kraft, doch wirkt ein völkerrechtlicher Vertrag für sich gesehen stets nur zwischen den Staaten, die dem Vertrag beigetreten sind. Praktisch ist der Mondvertrag daher relativ bedeutungslos. Da sich der Vertragstext als für so wenige Staaten akzeptabel erwies, besteht nun aber bezüglich rechtlich höchst relevanter Fragen eine Regelungslücke. Dies ist umso bedauerlicher, als vor dem Hintergrund sich mehrender kommerzieller Anbieter von Mondgrundstücken und sogar ganzer anderer Planeten, etwa im Internet, eine klarere Rechtslage bezüglich der konkreten Schöpfung und Nutzung von Mondressourcen oder Marsressourcen wünschenswert wäre. Allerdings sei angemerkt, dass nach herrschender Auffassung bereits Art. II und Art. VI des Weltraumvertrages den Erwerb von Eigentumsrechten an Himmelskörpern oder an Teilen von Himmelskörpern ausschließen. Zwar verbietet der Weltraumvertrag in Art. II explizit nur die „nationale“ Aneignung und Okkupation, jedoch werden in Art. VI des Vertrages „nationale“ Weltraumaktivitäten als staatliche und nicht-staatliche Aktivitäten definiert. Im Übrigen ergibt sich auch aus der Präambel und der Entstehungsgeschichte des Weltraumvertrages, dass das Weltall und die Himmelskörper das gemeinsame Gut der Menschheit („*common heritage of mankind*“) sind, so dass hieran keine exklusiven Rechte bestehen können.

Die Veräußerung von Mond- und Marsgrundstücken wie sie im Internet angeboten wird, ist somit völkerrechtswidrig. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass ein amerikanischer Vertreter, Mr. Dennis

<sup>16</sup> Zum „Space Traffic Management“ siehe zahlreiche Beiträge in den Proceedings of the 45th Colloquium on the Law of Outer Space, International Institute of Space Law 2002, S. 482-519.

<sup>17</sup> Convention on the Registration of Objects Launched into Outer Space (UNGA Res. 3235 (XIX) vom 14. Januar 1975).

<sup>18</sup> Übereinkommen zur Regelung von Tätigkeiten von Staaten auf dem Mond und anderen Himmelskörpern (Agreement Governing the Activities of States on the Moon and other Celestial Bodies), UNGA Res. 34/68 vom 18. Dezember 1979.

Hope, sich die Vergabe von Mondgrundstücken im Grundbuch von San Francisco hat absichern lassen und bisher angeblich 2,1 Mio. Mondgrundstücke verkauft hat. Dadurch werden aber keinerlei Besitzrechte an Mondparzellen begründet.

Schließlich gibt es auch Vorschriften über Mobilien (bewegliche Sachen): Die Eigentumsrechte eines in den Weltraum gestarteten Objekts bleiben dem Eigentümer auch im Weltraum erhalten (Art. VIII, S. 2 WRV) und ändern sich auch nicht, wenn verschiedene Weltraumobjekte, wie etwa bei den verschiedenen Modulen der Internationalen Raumstation, miteinander verbunden werden.

### C. Spezifische Nutzungsregimes

Im Laufe der Jahrzehnte erlebten wir eine immer weiter fortschreitende Entwicklung der Nutzung des erdnahen Weltraums für eine Vielzahl von Anwendungen.

#### I. Telekommunikation

Telekommunikationssatelliten formen auf verschiedenen Umlaufbahnen ein weltumspannendes Netz, welches fast jeder von uns beispielsweise bei Telefonaten nach Übersee benutzt. Auch Datenübertragung und Internet sind Anwendungsgebiete solcher Satelliten. Eine durchschnittliche Person nutzt die Telekommunikationssatelliten 36 mal pro Tag.<sup>19</sup> Der Empfang von Fernsehprogrammen durch die eigene Satellitenschüssel ist inzwischen in vielen Haushalten alltäglich geworden.

Von herausragender Bedeutung für die Telekommunikation ist die *Internationale Telekommunikations-Union* (ITU), eine Unterorganisation der *Vereinten Nationen* (UN) mit Sitz in Genf. 1865 von 20 Staaten als Internationaler Fernmeldeverein in Paris gegründet war sie die erste internationale Organisation. Es handelt sich um eine weltweit tätige Organisation, in der Regierungen und private Telekommunikationsunternehmen den Aufbau und Betrieb von Telekommunikationsnetzen und -diensten koordinieren.<sup>20</sup> Die ITU ist verantwortlich für die Regulierung,

Standardisierung, Koordinierung und Entwicklung der internationalen Telekommunikation sowie für die Harmonisierung der nationalen Telekommunikation. Sie ist u.a. auch zuständig für die Verteilung von Positionen und Frequenzen von Telekommunikationssatelliten im All. Dabei kann es zu schwierigen Verteilungskonflikten im sog. Geostationären Orbit kommen. Der Geostationäre Orbit ist eine Umlaufbahn 36.000 km über dem Äquator, auf dem Satelliten wegen der dort der Erdbewegung gleichen Umlaufgeschwindigkeit stationär zu sein scheinen. Verteilungskonflikte entstehen deshalb, da die dort bestehenden Satellitenparkplätze numerisch begrenzt sind<sup>21</sup>.

#### II. Satellitennavigation

Nach der Telekommunikation ist die Nutzung von satellitengestützten Navigationssystemen wie GPS<sup>22</sup> oder das unlängst operationell gewordene europäische *GALILEO-System*<sup>23</sup> das zweitwichtigste Anwendungsgebiet der Raumfahrt. Die Anwendungen reichen von dem Navigationssystem im eigenen PKW über das Flottenmanagement von Expeditionen, die Luftfahrt bis hin zu Seenotrufsystemen. Die Ausweitung der Nutzung wirft auch Fragen der Haftung für Fehler dieser bislang unentgeltlich zur Verfügung gestellten Satellitensignale auf. Insbesondere im Bereich der Luftfahrt sind große Schadensfälle bei Fehlfunktionen dieser Navigationshilfen denkbar. Mangels spezieller Regelungen kommen vor allem Staatshaftungs- und Produkthaftungsansprüche in Betracht.

Für den Bereich der Satellitennavigation führt das Weltraumhaftungsabkommen wohl zu keiner Haftung des Startstaates. Die Schäden, die durch Funktionsstörungen von Navigationssatelliten eintreten, sind eher zufällig mit dem Weltraum verbunden und rechtfertigen nicht die Anwendung dieses strengen Haftungsregimes. Technisch stellt sich das Signal zudem oft als Kombination von weltraum- und erdgestützten Systemen dar, so dass auf die übliche Staats- und Produkthaftung zu verweisen ist.

<sup>19</sup> *Bank of America Merrill Lynch*, "Thematic Investigating: to Infinity and Beyond – Global Space Primer", 30 October 2017, p. 4.

<sup>20</sup> Zu Aufgabe und Funktion der ITU sowie relevanten Rechtsfragen siehe *Harold M. White / Rita L. White*, *The Law and Regulation of International Space Communication*, Boston 1988; siehe auch *Karl-Heinz Böckstiegel* (Hrsg.), *Legal Framework for Commercial Satellite Telecommunications*, Proceedings of the Project 2001-Workshop on Telecommunication, Köln 2000.

<sup>21</sup> Dazu etwa *Hobe*, *Die rechtlichen Rahmenbedingungen der wirtschaftlichen Nutzung des Weltraums*, Berlin 1992, S. 168 ff., m.w.N.

<sup>22</sup> Ausführliche Darstellung bei *PACE*, *The Global Positioning System-Assessing National Policies*, RAND 1995.

<sup>23</sup> Dazu *Frans von der Dunk*, *Of Co-operation and Competition: GALILEO as a Subject of European Law*, in: *Stephan Hobe / Bernhard Schmidt-Tedd / Kai-Uwe Schrogl* (Hrsg.), *Legal Aspects of the Future Institutional Relationship between the European Union and the European Space Agency*, Köln 2003, S. 47 ff.

### III. Fernerkundungssatelliten

Fernerkundungssatelliten liefern beispielsweise Daten für den täglichen Wetterbericht, finden Anwendung im Bereich der Geologie und Kartographie, der Agrar- und Forstwirtschaft („präzises Farming“ wird immer bedeutsamer), der Stadtplanung, der Umweltüberwachung sowie bei militärischen Anwendungen. Zunächst war auch die zivile Erdfernerkundung eine rein staatliche Tätigkeit. Privatunternehmen taten sich in diesem Bereich schwer und sind teilweise in hohem Maße von Abnahmegarantien staatlicher Stellen abhängig.

Im Dezember 1986 verabschiedeten die Vereinten Nationen in einer Resolution einen Prinzipienkatalog zur Satellitenfernerkundung, die „*United Nations Principles on Remote Sensing*“.<sup>24</sup> Darin ist nicht nur eine grundsätzliche Erlaubnis zur Fernerkundung per Satellit enthalten, sondern es werden auch Fragen der Verteilung so genannter „roher Daten“ und analysierter Informationen geregelt. Hierbei geht es insbesondere um den Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwischen dem „Beobachter-Staat“ und dem „beobachteten Staat“, letztlich also die Souveränitätsfrage. Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass die Resolution zum einen kein bindendes Recht darstellt und zum anderen, dass sie nur Anwendung findet auf solche Satellitenfernerkundung, die zum Zweck des Managements natürlicher Ressourcen, zur landwirtschaftlichen Nutzung oder zu Zwecken des Umweltschutzes erfolgt. Fernerkundungsmissionen mit strategischem, insbesondere militärischem Hintergrund fallen nicht unter die Resolution.

### IV. Militärische Nutzung des Weltraums

Ein Wort deshalb in diesem Kontext zum militärischen Weltraumrecht.<sup>25</sup> Militärische Weltraumnutzung hat es immer gegeben, und das Weltraumrecht verbietet kategorisch eigentlich nur die Positionierung von Massenvernichtungswaffen auf dem Mond und anderen Himmelskörpern. Ansonsten sind es zumeist bilaterale Rüstungskontroll- und Abrüstungsverträge, die weit detaillierter als das geltende allgemeine

Weltraumrecht diesen Fragenbereich regeln. Aber es kann auch keinem Zweifel unterliegen, dass etwa die Fernerkundung der Erde durch Satelliten nicht nur zur Wettervorhersage, sondern auch zu militärischen Zwecken genutzt werden kann und tatsächlich auch genutzt wird (sog. „*dual-use*“ Natur von Weltraumsystemen).

### V. Die Internationale Raumstation (ISS)

Als augenfälliges Beispiel für internationale Kooperation im Weltraum ist schließlich die *Internationale Raumstation (ISS)* zu nennen.<sup>26</sup> Die Station ist ein Gemeinschaftsvorhaben der heute wichtigen Weltraumnationen USA, Russland, Japan, Kanada sowie von 11 ESA-Mitgliedstaaten (hier insbesondere Frankreich, Deutschland und Italien) in einer finanziellen Größenordnung von etwa 100 Milliarden Euro für einen Zeitraum von 10 Jahren (1998-2008). Die ISS wird immer wieder verlängert und soll nach heutigem Stand 2025 beendet sein. Sie soll in erster Linie der Grundlagen- und angewandten Forschung dienen und in einer Höhe zwischen 335 und 460 km bei einer Geschwindigkeit von 29.000 km pro Stunde die Möglichkeiten der Forschung unter Schwerelosigkeit im Bereich der Materialwissenschaft, der Fluidphysik und der Lebenswissenschaften ausnutzen. Die Station geht auf eine amerikanische Initiative aus den 1980er Jahren zurück. Die Grundlagen der Zusammenarbeit regelt ein Regierungsübereinkommen aus dem Jahre 1998,<sup>27</sup> die technische Durchführung wird in bilateralen Verträgen, sog. *Memoranda of Understanding* zwischen der NASA und den Partnern bzw. deren nationalen Raumfahrtagenturen geregelt. Europa steuert über die ESA das in Bremen gebaute sog. *Columbus-Modul* zur Raumstation bei.

### D. Neue Herausforderungen durch die zunehmende Kommerzialisierung

Die Anfangsjahre der Raumfahrt waren geprägt von staatlichen Akteuren. Dies liegt vor allem daran, dass derartige Systeme sehr hoher Investitionen bedürfen und die Raumfahrt, vor allem in der Anfangszeit, mit

<sup>24</sup> Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space (UNGA Res. 41/65 vom 03. Dezember 1986); siehe auch *Gabriella Catalano Sgroso*, International Legal Framework of Remote Sensing, in: Karl-Heinz Böckstiegel (Hrsg.), Legal Framework for Commercial Remote Sensing Activities, Proceedings of the Project 2001-Workshop on Legal Remote Sensing Issues, Köln 1998, S. 5 ff.

<sup>25</sup> Dazu etwa *Wulf von Kries*, in: Karl-Heinz Böckstiegel (Hrsg.), Handbuch des Weltraumrechts, Köln u.a. 1991, S. 307 ff.

<sup>26</sup> Dazu etwa *André Farand*, Legal Environment for the Exploitation of the International Space Station (ISS), IISL Proceedings 2000, S. 87 ff.

<sup>27</sup> Übereinkommen vom 29.01.1998 zwischen der Regierung Kanadas, Regierungen von Mitgliedstaaten der Europäischen Weltraumorganisation, der Regierung Japans, der Regierung der Russischen Föderation und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über Zusammenarbeit bei der zivilen Internationalen Raumstation, BGBl. 1998 II, S. 2447.

hohen finanziellen Risiken verbunden war. Zudem sind, wie angedeutet, viele Aspekte der Raumfahrt mit militärischen Interessen verknüpft.

Wie bereits einige der genannten Beispiele zeigen, ist diese Situation im Begriff, sich zu ändern. Mehr und mehr gehen die Staaten dazu über, Teile ihrer Raumfahrtaktivitäten zu kommerzialisieren und auch zu privatisieren.<sup>28</sup> Darüber hinaus drängen auch Private mit großen Investitionen auf potentiell lukrative Märkte, insbesondere in die Telekommunikation.<sup>29</sup> Diese Kommerzialisierung der Weltraumaktivitäten hat auch wichtige Konsequenzen für die rechtlichen Rahmenbedingungen, die aufgrund der Dominanz staatlicher Akteure über Jahrzehnte in diesem Sektor galten. Mit der zunehmenden Beteiligung privater Akteure muss auch eine Neuakzentuierung der rechtlichen Bedingungen einhergehen.

Die grundsätzliche Zulässigkeit privater Aktivitäten im Weltraum ergibt sich aus Art. VI des Weltraumvertrages, wonach die Staaten die Verantwortung für „nationale Aktivitäten im Weltraum“ tragen, egal, ob diese durch staatliche oder nichtstaatliche Stellen durchgeführt werden. Nichtstaatliche Aktivitäten müssen die Staaten genehmigen und ständig überwachen. Dies bedeutet, dass auf nationaler Ebene entsprechende gesetzliche Vorschriften existieren müssen.<sup>30</sup> Eine solche Genehmigung und Überwachung kann etwa in Deutschland nur auf gesetzlicher Grundlage geschehen. Ein spezielles Gesetz, welches die Aktivitäten Privater im Weltraum regelt, existiert bislang nicht. Dies ist insofern problematisch, als Deutschland durch die erwähnte weite Definition des „Startstaates“ bei Beteiligung deutscher Unternehmen an Weltraummissionen für auftretende Schäden nach dem Weltraumhaftungsabkommen international haftbar ist, und zwar der Höhe nach unbegrenzt. Ein Rückgriff (Regress) auf die handelnden Unternehmen ist mangels gesetzlicher Grundlage derzeit nicht möglich. Zudem kann es im staatlichen Interesse liegen, den Regressanspruch der Höhe nach zu begrenzen, um die für

private Akteure entstehenden finanziellen Risiken möglichst gering zu halten und diese damit versicherbar zu machen. Weitere Regelungsinhalte können beispielsweise eine Versicherungspflicht, Fragen des Patentrechts und der Exportkontrolle sowie der Vermeidung von Umweltverschmutzung im Weltraum, dem so genannten Weltraum-Schrott (*space debris*) sein.

Auch kann Deutschland nach derzeitiger Rechtslage seine Verpflichtung, Weltraumaktivitäten Privater zu genehmigen und zu überwachen, nur begrenzt wahrnehmen. Registriert werden deutsche Satelliten bislang nach den Vorschriften des Luftverkehrsgesetzes, welches in § 1 Abs. 2 S. 2 den Durchflug von Raketen und Raumfahrzeugen wie Luftfahrzeuge behandelt. Eine umfassende Genehmigung und Überwachung von Weltraummissionen kann dadurch aber nicht geleistet werden.

Nationale Weltraumgesetze bestehen, in unterschiedlicher Ausprägung und Regelungsdichte, bereits in den USA, in Russland, Großbritannien, Schweden, Norwegen, Südafrika, der Ukraine, Australien und Hongkong, weitere Staaten bereiten entsprechende Gesetze vor.<sup>31</sup> Ziel muss nicht zuletzt sein, eine internationale Harmonisierung zu erreichen, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.

## E. Perspektiven

Nach all dem stellt sich die Frage nach den Perspektiven des Weltraumrechts. Zunächst einmal ist klarzustellen, dass das Bisherige noch einiger Erweiterungen und Ergänzungen bedarf.

Bei der Frage der Perspektiven ist auch auf den beginnenden Weltraumtourismus hinzuweisen. Derzeit ist eine Reise in den Weltraum und zur Raumstation ISS nur ein teurer Ausflug für wenige Wohlhabende. Jedoch markieren Entwicklungen wie *SpaceShipTwo*, ein Flugzeug mit einem Weltraumgefährt auf dem Rücken, das bis zu 100 km Höhe erreichen kann, den Beginn eines neuen Anwendungsbereichs der Raumfahrt, die weitere Rechtsfragen aufwerfen, insbesondere die

<sup>28</sup> Die Auswirkungen waren Forschungsgegenstand des Projektes 2001 des Kölner Instituts für Luft- und Weltraumrecht, siehe dazu *Karl-Heinz Böckstiegel* (Hrsg.), *Project 2001 – Legal Framework for the Commercial Use of Outer Space*, Schriften zum Luft- und Weltraumrecht, Band 16, Köln u.a. 2002.

<sup>29</sup> Z.B. 3/4 der Weltraumindustrie ist heutzutage kommerzielle Industrie; Investitionen in Weltraum Start-ups haben in 2016 neue Rekorde geschaff mit 2.8 Milliarden Dollar; 16 von den 500 reichsten Menschen der Welt (mit einer Summe von über 500 Milliarden Dollar) haben im Weltraum investiert, siehe *Start-Up Space 2017: Update on*

*Investment in Commercial Space Ventures*, Bryce Space and Technology, 2017.

<sup>30</sup> Umfassender Überblick bei *Michael Gerhard*, *Nationale Weltraumgesetzgebung*, Schriften zum Luft- und Weltraumrecht, Band 19, Köln u.a. 2002.

<sup>31</sup> Für Einzelheiten siehe *Michael Gerhard*, *Nationale Weltraumgesetzgebung*, Schriften zum Luft- und Weltraumrecht, Band 19, Köln u.a. 2002, S. 19 ff; *National Weltraumgesetzgebung Kollektion*, <http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/nationalspacelaw/index.html> (abgerufen am 22.02.2019).

Anwendbarkeit von Luft- oder Weltraumrecht auf derartige Aktivitäten. Letztlich könnten sich die touristischen Aktivitäten als eine Vorstufe zum Weltraumtransport erweisen.

Eng hiermit verknüpft und damit eine der Schlüsselfragen der künftigen Weltraumnutzung ist die Frage nach einem sicheren und preisgünstigen Zugang zum Weltraum, also die Frage nach Startdienstleistungen. Die wirtschaftliche Lage der Anbieter ist stark abhängig von den Telekommunikationsunternehmen, die neben den staatlichen Aufträgen die größte Gruppe von Interessenten an Startdienstleistungen stellen.

Es sollte nicht unerwähnt bleiben, dass es der Nutzergemeinschaft des Weltraums endlich gelingen sollte, stärker als bisher ein Regelwerk für eine umweltverträgliche Nutzung des Weltraums aufzustellen. Bisherige Ansätze, etwa für ein Regelungskorsett zum Fragenbereich des Weltraummülls (*space debris*), müssen letztlich in eine Konvention, zumindest jedoch in eine Prinzipienklärung, münden, will man den Weltraum als nutzbares, weil halbwegs sauberes Medium für die Zukunft erhalten.<sup>32</sup>

Schließlich muss darauf hingewiesen werden, dass dem Weltraum eine immer größere strategische Bedeutung zukommt. Der schnelle Austausch und Gewinn von Informationen ist in diesen Zeiten ohne den Weltraum unvorstellbar. Diese Tendenzen werden sich in den kommenden Jahren weiter verstärken. Militärische Operationen moderner Armeen sind ohne hoch technisierte Weltraumtechnologien bereits heute undenkbar. Zudem hat US Präsident *Trump* die Schaffung einer eigenen Teilstreitkraft der sog. „*Space Force*“ angekündigt. Es bleibt zu hoffen, dass sich die Verantwortlichen auf die Grundgedanken der Schöpfer des Weltraumrechts besinnen werden und der Weltraum für friedliche Missionen bewahrt wird. Und nicht zuletzt bleibt, darauf hinzuweisen, dass die erwartbare stärkere kommerzielle Nutzung des Weltraums etwa zu Zwecken des Transports dringend Verkehrsregeln für den Weltraum (sog. „*space traffic management*“) erforderlich macht.

## F. Schluss

Nach diesem kurzen Einblick in die vielfältigen Facetten des Weltraumrechts lässt sich festhalten, dass das Weltraumrecht eines der vielen Nebengebiete des Völkerrechts ist.

Es gilt also, vielfältige Problemstellungen der Weltraumforschung und -nutzung zu bewältigen, wobei das Recht hierbei eine maßgebende Rolle spielt. Denn die Raumfahrt gehört zu den Realitäten des 21. Jahrhunderts, und dieses Jahrhundert wird sicherlich noch stärkere wirtschaftliche Nutzungspotentiale des Weltraums hervorbringen. Diese Nutzungspotentiale in einer möglichst friedfertigen und umweltgerechten Weise zu heben, ist die Aufgabe, die vor den Weltraumakteuren steht. Diese Entwicklung rechtlich zu begleiten, ist die Aufgabe des mit Weltraum und Himmelskörpern befassten Juristen.

<sup>32</sup> Siehe zu dem gesamten Problembereich *Bernd Frantzen*, Umweltbelastungen durch Weltraumaktivitäten, in: Karl-

Heinz Böckstiegel (Hrsg.), *Handbuch des Weltraumrechts*, Köln u.a. 1991, S. 597 ff.

# Drohneneinsatz unter Parlaments- und Gesetzesvorbehalt?

Von Wiss. Mitarbeiter **Johannes Rühlmann** und Wiss. Mitarbeiter **Alexander Schaposchnikov**, Marburg\*

## A. Einleitung

Drohnen (engl. „*unmanned aerial vehicles*“; dt. unbemannte Luftfahrtsysteme) sind längst keine „unbekannten Flugobjekte“ mehr. Es handelt sich dabei in der Regel um kleine, vom Boden ferngesteuerte Luftfahrzeuge oder Flugkörper.<sup>1</sup> Charakteristisch ist ferner, dass sie mit diversen Kontroll- und Überwachungsfunktionen und gar mit Waffen ausgestattet werden können. Gerade wegen der Mannigfaltigkeit ihrer Verwendungsweisen treffen Drohnen auf ein verbreitetes und diffuses „Unbehagen in der Gesellschaft“. Man denke etwa an Berichte, nach denen das US-Militär in Krisengebieten mit bewaffneten Drohnen konkrete Operationen unternimmt.<sup>2</sup> Auch die Vorstellung, dass Beamte summende Drohnen über die Köpfe von Demonstranten kreisen lassen, mutet eher bedrückend an.<sup>3</sup> So ist es wenig verwunderlich, dass die Sympathie für den staatlichen Drohneneinsatz noch gering<sup>4</sup> und die Unsicherheit hoch ist.<sup>5</sup>

Die neue Technik birgt aber nicht nur politisches Diskussionspotenzial in sich. Sie wirft auch eine Reihe verfassungsrechtlicher Fragestellungen auf, von denen eine nachfolgend einer näheren Betrachtung unterzogen werden soll, nämlich ob der staatliche Drohneneinsatz einer ausdrücklichen parlamentarischen Billigung bedarf. Der erste Teil nimmt insofern den Drohneneinsatz im Zuge von Auslandseinsätzen der Bundeswehr in den Blick. Hier gilt es zu klären, ob es für diesen Fall nach dem sog. wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt eines (gesonderten) Parlamentsbeschlusses bedarf (B.). Der zweite Teil zieht den

Drohneneinsatz durch Polizei- und Sicherheitsbehörden im Inland in Betracht. Es wird gefragt, ob der polizeiliche Drohneneinsatz dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt und ob er gegenwärtig auf eine bestehende Befugnisnorm gestützt werden kann (C.).

## B. Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt

Durch den Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode wurde die Debatte um bewaffnete Bundeswehdrohnen praktisch auf die Tagesordnung des Bundestages gesetzt.<sup>6</sup> Doch noch immer verfügt die Bundeswehr lediglich über Aufklärungsdrohnen.<sup>7</sup> Ob es hierbei bleibt, darf bezweifelt werden. Die Verwendung von Drohnen im militärischen Auslandseinsatz wirft die verfassungsrechtliche Frage auf, ob der Deutsche Bundestag hierzu ausdrücklich zustimmen müsste, er insofern also eine Vetoposition innehat. So könnte es nach dem Institut des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts eines sog. schlichten Parlamentsbeschlusses bedürfen. Weitergehende Aspekte – wie die Fragestellung, ob für den Einsatz von Kampfdrohnen eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist<sup>8</sup> oder inwiefern sich Probleme aus dem Völkerrecht ergeben<sup>9</sup> – bleiben hingegen im Folgenden außer Betracht.

## I. Allgemeine Grundzüge

Dementsprechend sollen zunächst die Grundlinien des Parlamentsvorbehalts nachgezeichnet werden.

Zwar findet sich im Grundgesetz keine Norm, welche *expressis verbis* vorsieht, dass der Bundestag im

\* Die Verfasser sind am Lehrstuhl für Öffentliches Recht von Prof. Dr. Dr. h. c. H.-D. Horn tätig. Der Forschungsschwerpunkt von J. Rühlmann liegt bei Fragen des Gesetzesvorbehalts in unions- und völkerrechtlichen Angelegenheiten. A. Schaposchnikov unterzieht den polizeilichen Drohneneinsatz einer vollumfänglichen Untersuchung. Für wertvolle Hinweise und anregende Gedanken sind die Verfasser Prof. Dr. Dr. h. c. Hans-Detlef Horn sehr dankbar.

<sup>1</sup> Vgl. BR-Drucksache 816/09, S. 2.; Überblick bei K. Biermann/T. Wiegold, Drohnen, S. 15 ff.

<sup>2</sup> Neuerdings treten weitere Länder wie China und Türkei als Vorreiter bei bewaffneten Drohnen hinzu.

<sup>3</sup> Vgl. C. Gusy, Die Kriminalpolizei 2014, 16 (16 f.).

<sup>4</sup> Im Unterschied dazu erfreut sich der „private Drohneneinsatz“ großer Beliebtheit (Tendenz steigend), vgl. C. Tomerius, LKV 2020, 481 (481 f.).

<sup>5</sup> S. Straub, Beobachtung aus der Luft, 2. Aufl., S. 6.

<sup>6</sup> CDU/CSU/SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 19. Legislaturperiode, S. 159.

<sup>7</sup> Gegenwärtig wird die Drohnenbewaffnung von Finanzminister Scholz blockiert. Zum aktuellen Stand siehe etwa T. Jungholt, in: DIE WELT v. 02.02.2021, Nr. 27, S. 5. Eine Übersicht der Luftsysteme der Bundeswehr – inkl. verschiedener Drohnen – ist abrufbar unter: <https://www.bundeswehr.de/de/ausruistung-technik-bundeswehr/luftsysteme-bundeswehr> (abgerufen am 07.07.2021).

<sup>8</sup> Siehe hierzu etwa: M. Brunner, in: Frau (Hrsg.), Drohnen und das Recht, 2014 Tübingen, 161 (170 ff.).

<sup>9</sup> R. Schmidt-Radefeldt, NZWehr 2013, 89 (90 ff.); Dürr, <https://verfassungsblog.de/bewaffnete-drohnen-fuer-die-bundeswehr/> (abgerufen am 07.07.2021).

Zuge eines bewaffneten Auslandseinsatzes der Streitkräfte zu beteiligen sei. Dennoch hat das Bundesverfassungsgericht im „*out of area*“-Urteil von 1994 grundlegend entschieden, dass „der Einsatz bewaffneter Streitkräfte der konstitutiven, grundsätzlich vorherigen Zustimmung des Bundestages unterliegt“<sup>10</sup>, welche durch einen Beschluss entsprechend Art. 42 Abs. 2 GG erteilt werde<sup>11</sup>. Damit wird der schlichte Parlamentsbeschluss mit einer Rechtsverbindlichkeit ausgestattet, die sonst eigentlich nur Gesetzen zukommt.<sup>12</sup> Schon der Form nach zeigt sich so ein Unterschied zum Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes.<sup>13</sup> Die dogmatische Herleitung, welche das Gericht unternimmt, ist nicht unumstritten.<sup>14</sup> Das Karlsruher Urteil stützt sich auf eine Zusammenschau verschiedener grundgesetzlicher Vorschriften – namentlich Art. 45a, 45b, 87a Abs. 1 Satz 2, 115a Abs. 1 GG – sowie geschichtliche Erwägungen, wonach jener Parlamentsvorbehalt seit 1918 „deutscher Verfassungstradition“<sup>15</sup> entspreche.<sup>16</sup> Die Bundeswehr wird insofern auch als „Parlamentsheer“<sup>17</sup> bezeichnet. In Zweifelsfällen soll das Erfordernis einer parlamentarischen Zustimmung zudem eine weite Auslegung erfahren.<sup>18</sup> In folgenden Judikaten wurde die verfassungsrechtliche Begründung weiter konturiert. Der Parlamentsvorbehalt wird als „prägender Teil der grundgesetzlichen Gewaltenteilung“ betrachtet und so die Auffassung einer „Durchbrechung der alleinigen Verantwortlichkeit der Exekutive im auswärtigen Bereich“ abgelehnt.<sup>19</sup> Bundesregierung und Bundestag bilden auf diesem Gebiet vielmehr einen „Entscheidungsverbund“<sup>20</sup>. Die Mitwirkung des Bundestages rührt aus seiner

Organadäquanz für die Sicherung der „Beteiligung der Opposition in freier parlamentarischer Debatte“ sowie der öffentlichen Meinungsbildung an der Entscheidung über den konkreten Bundeswehreinsatz.<sup>21</sup> Daher handelt es sich hier um eine originäre Kompetenzzuweisung der Verfassung, nicht lediglich – wie beim klassischen Gesetzesvorbehalt – um die parlamentarische Ermächtigung zu exekutivischem Handeln.<sup>22</sup> Ergänzend nehmen manche Urteile auch auf die Wesentlichkeitstheorie Bezug, wenn etwa angeführt wird, dass ein Streitkräfteeinsatz „für individuelle Rechtsgüter der Soldatinnen und Soldaten sowie anderer von militärischen Maßnahmen Betroffener wesentlich“<sup>23</sup> sei.<sup>24</sup> Prägnant kann die Position der herrschenden Auffassung so zusammengefasst werden, dass dem Bundestag die Entscheidung obliegt, ob es zu einem Einsatz kommt, während es Sache der Bundesregierung sei, über dessen Modalitäten zu entscheiden.<sup>25</sup> Folglich kann der Bundestag ebenso wenig durch einen Parlamentsbeschluss die Bundesregierung pauschal zu - noch unbekanntem - Einsätzen ermächtigen, wie es ihm versagt ist, jegliche Einsatzdetails zu diktiertieren.<sup>26</sup>

Vor diesem Hintergrund hatte das Bundesverfassungsgericht bereits 1994 betont, dass der Gesetzgeber eine nähere Ausgestaltung des Parlamentsvorbehalts vorzunehmen habe, da „das Verfahren und die Intensität der Beteiligung des Bundestages in der Verfassung nicht im einzelnen vorgegeben“ seien.<sup>27</sup> Das daraufhin ergangene ParlBG<sup>28</sup> stellt eingangs (§ 1 Abs. 2 ParlBG) nochmals klar, dass der Auslandseinsatz von bewaffneten deutschen Streitkräften einer

<sup>10</sup> BVerfGE 90, 286 (387).

<sup>11</sup> BVerfGE 90, 286 (388).

<sup>12</sup> H. Sauer, Staatsrecht III, 6. Aufl. München, S. 80.

<sup>13</sup> Vgl. C. Gutmann, Fortschreitende Militäroperationen, 2020 Tübingen, S. 143 f.

<sup>14</sup> Kritisch etwa V. Epping, in: BeckOK, GG, 47. Ed. 15.5.2021 München, Art. 87a Rn. 25 f.; O. Depenheuer, in: Maunz/Dürig, GG, 93. EL Oktober 2020 München, Art. 87a Rn. 143 ff.

<sup>15</sup> BVerfGE 90, 286 (383).

<sup>16</sup> BVerfGE 90, 286 (381 ff.).

<sup>17</sup> BVerfGE 90, 286 (382); 121, 135 (154); 126, 55 (70); 140, 160 (188).

<sup>18</sup> BVerfGE 121, 135 (162).

<sup>19</sup> BVerfGE 140, 160 (189). Siehe ähnlich bereits BVerfGE 121, 135 (163): „Der Parlamentsvorbehalt ist Teil des Bauprinzips der Gewaltenteilung, nicht seine Durchbrechung.“

<sup>20</sup> BVerfGE 121, 135 (161).

<sup>21</sup> BVerfGE 121, 135 (162).

<sup>22</sup> H.-D. Horn, Dt. BT, Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drs. 18-G-14, S. 3 f.

<sup>23</sup> BVerfGE 123, 267 (360 f.).

<sup>24</sup> Auf ebenjene Fundstelle beruft sich V. Epping, in: BeckOK, GG, Art. 87a Rn. 25 f., um diesbezügliche Tendenzen des Gerichtes aufzuzeigen. Ähnliche Exegese der Rechtsprechung etwa bei H.-P. Aust, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2021 München, Art. 87a Rn. 52 unter Verweis auf BVerfGE 121, 135 (161).

<sup>25</sup> H.-H. Klein, in: Horn (Hrsg.), FS Schmitt Glaeser, 2003, 245 (254); Siehe auch: BVerfGE 90, 286 (338, 389); 121, 135 (161 f.).

<sup>26</sup> Wie fließend aber im Einzelfall die Grenzen zwischen diesen Polen sind und welche rechtlichen Unsicherheiten noch immer existieren, zeigt auch die vorliegende Untersuchung.

<sup>27</sup> BVerfGE 90, 286 (389).

<sup>28</sup> Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland.

Zustimmung durch den Bundestag bedarf. Die Begrifflichkeiten werden sodann in § 2 ParlBG präzisiert. Demnach ist ein solcher Einsatz anzunehmen, falls „Soldatinnen oder Soldaten der Bundeswehr in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind oder eine Einbeziehung in eine bewaffnete Unternehmung zu erwarten ist“ (§ 2 Abs. 1 ParlBG). Anders verhält es sich mit vorbereitenden Maßnahmen, die keine Einsätze in diesem Sinne darstellen (§ 2 Abs. 2 Satz 1 ParlBG) und daher gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 ParlBG keinem Zustimmungserfordernis des Parlaments unterworfen sind. In § 3 ParlBG wird sodann der Ablauf der Zustimmungserteilung näher beschrieben. Danach ist der Antrag auf Zustimmung seitens der Bundesregierung zu stellen (§ 3 Abs. 1 ParlBG), wobei bestimmte – in § 3 Abs. 2 ParlBG enumerativ dargelegte – Angaben zum Einsatz gemacht werden müssen. Der Bundestag kann sodann entweder seine Zustimmung oder seine Ablehnung erklären (§ 3 Abs. 3 Satz 1 ParlBG); Änderungen sind hingegen gem. § 3 Abs. 3 Satz 3 ParlBG unzulässig. In den nachfolgenden Vorschriften werden die Möglichkeiten eines vereinfachten Verfahrens, einer nachträglichen Einholung der Zustimmung des Bundestages sowie die Unterrichtungspflicht der Bundesregierung und die Verlängerung von Einsätzen näher ausgestaltet. Das Gesetz schließt mit dem in § 8 ParlBG normierten Recht des Bundestages, seine Zustimmung zu widerrufen und so von seinem Rückholrecht der Streitkräfte Gebrauch zu machen.

Diese Regelungen dürfen aber nicht als Primärquelle der parlamentarischen Mitwirkungsrechte missverstanden werden. Wie auch das Bundesverfassungsgericht betont, kann eine Regelung auf Gesetzebene die Wertungen der Verfassung nicht „verbindlich“ ausgestalten, sondern allenfalls Hinweise auf deren „verfassungsunmittelbare Reichweite“ geben.<sup>29</sup> Der Gesetzgeber kann nicht über die Stellung und Rechte der Verfassungsorgane disponieren, welche ihnen das Grundgesetz verbürgt.<sup>30</sup> Demgemäß kommt es auch für die Mitwirkungsbefugnisse des Bundestages bei der Entscheidung über den (ausschließlichen oder unterstützenden) Einsatz von (un)bewaffneten Drohnen maßgeblich auf die verfassungsrechtlichen

Maßgaben an; dem ParlBG lässt sich dazu keine Festlegung entnehmen.

## II. Exekutives Entscheidungsmonopol bei reinen Drohneneinsätzen?

Der naheliegenden Annahme, der technische Fortschritt und die sich hieraus ergebende Möglichkeit, dass Soldaten nicht mehr zwingend im Einsatzgebiet physisch anwesend sein müssen, dürfe nicht zu einer Umgehung gefestigter Mitwirkungsregeln führen, steht indessen ein deutlich weniger klares verfassungsrechtliches Bild gegenüber.<sup>31</sup> Das gilt etwa für das Szenario, welches hier als erstes betrachtet werden soll: die ausschließliche Verwendung von unbemannten (bewaffneten) Flugobjekten im Einsatzgebiet, wobei deren Bedienung durch Soldaten erfolgt, welche sich auf deutschem Boden befinden.

Fraglich erscheint zunächst, ob die Verwendung von Drohnen überhaupt unter den Begriff des Einsatzes subsumiert werden kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ist ein – die Zustimmungspflichtigkeit des Bundestages auslösender – Einsatz von bewaffneten Streitkräften zu bejahen, „wenn deutsche Soldaten in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind“.<sup>32</sup> Hierfür ist nicht entscheidend, ob bereits bewaffnete Auseinandersetzungen stattfinden, sondern, ob „die Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen konkret zu erwarten ist“.<sup>33</sup> Danach trifft die Anwendbarkeit des Parlamentsvorbehalts schon deshalb auf Zweifel, weil eingewendet werden könnte, dass „Drohnen weder ‚Soldaten‘ noch ‚Streitkräfte‘ sind“.<sup>34</sup> Die Bundesregierung hatte jedenfalls auf eine Kleine Anfrage – ohne tiefgreifende Begründung – hin erklärt, dass der Drohneneinsatz „für den Parlamentsvorbehalt keine Auswirkungen“ habe und verwies hierbei auf das grundsätzliche parlamentarische Zustimmungserfordernis zu Auslandseinsätzen der Bundeswehr.<sup>35</sup> Einen zentralen Gesichtspunkt liefert das Bundesverfassungsgericht, indem es auf die Wesentlichkeit eines Streitkräfteeinsatzes für die Rechtsgüter von Soldaten sowie der von den Maßnahmen Betroffenen abhebt und zudem darauf verweist, dass ein Einsatz „die Gefahr tiefgreifender

<sup>29</sup> BVerfGE 121, 135 (156).

<sup>30</sup> BVerfGE 140, 160 (198); vgl. ferner dazu auch H.-D. Horn, Dt. BT, Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drs. 18-G-14, S. 6.

<sup>31</sup> R. Schmidt-Radefeldt, NZWehr 2013, 89 (101) hebt die geringe juristische Auseinandersetzung mit der Thematik

hervor und betrachtet die Frage nach der Parlamentsbeteiligung durchaus als „diskussionswürdig“.

<sup>32</sup> BVerfGE 121, 135 (163).

<sup>33</sup> BVerfGE 121, 135 (164).

<sup>34</sup> O. Daum, <https://www.juwiss.de/89-2014/> (abgerufen am 07.07.2021).

<sup>35</sup> BT-Drucks. 16/12481, S. 11.

Verwicklungen“ mit sich bringt.<sup>36</sup> An anderer Stelle heißt es: „Der Einsatz bewaffneter Gewalt bedeutet nicht nur ein erhebliches Risiko für Leben und Gesundheit deutscher Soldaten, sondern er birgt auch ein politisches Eskalations- oder doch Verstrickungspotential“<sup>37</sup>.

Der Verweis auf mögliche außenpolitische Implikationen wird in der Literatur hingegen als ein ungeeignetes Kriterium angesehen, da das Bundesverfassungsgericht die auswärtige Gewalt grundsätzlich der Bundesregierung anheimstelle. Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt knüpfe demgegenüber maßgeblich an die Gefährdung von Rechtsgütern deutscher Soldaten an und greife somit nicht, falls diese bei der Bedienung von Drohnen selbst im sicheren Inland verblieben.<sup>38</sup> Dem wird entgegnet, dass auch wenn die Gefahr für Rechtsgüter deutscher Soldaten entfielen, unterschiedslos die Rechtsgüter von Personen im Einsatzgebiet tangiert würden.<sup>39</sup> Es wäre gerade das zentrale Charakteristikum des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehaltes, dass es – falls militärische Gewalt angewendet würde – zu einem *Umschwenken* der Kompetenzverteilung komme und so das übliche Grundverständnis, die auswärtige Gewalt gebühre der Exekutive, durchbrochen werde.<sup>40</sup> Ebenso würden Erwägungen, den Auslandsbezug zu verneinen, da die Soldaten die Flugobjekte auch vom Inland aus steuern könnten, nicht durchgreifen, weil es auf den Ort ankomme, an welchem sich der militärische Erfolg manifestiere.<sup>41</sup>

Die Einwände, welche gegen eine Einbeziehung des Drohneneinsatzes unter den Parlamentsvorbehalt

angeführt werden, können so im Ergebnis nicht überzeugen. Dies gilt auch unter der Annahme, dass die Wesentlichkeitstheorie der eigentliche Grund für die Notwendigkeit parlamentarischer Beteiligung sei. Denn es kommt eben beim Einsatz unbemannter Flugobjekte auch zu einer Gefährdung von Rechtsgütern der im Einsatzgebiet<sup>42</sup> befindlichen Personen.<sup>43</sup> Daneben wird zwar die Gefahr für Leib und Leben der Soldaten, welche die Drohne vom Inland aus steuern, ohne Frage geringer sein; doch erscheint es keineswegs ausgeschlossen, dass die Bedienung einer (bewaffneten) Drohne bei ihnen schwerwiegende psychische Erkrankungen<sup>44</sup> nach sich ziehen kann.

Jenseits solcher Erwägungen, welche in einer gedanklichen Nähe zur Wesentlichkeitstheorie auf die gefährdeten Rechtsgüter abstellen, wird richtigerweise für die Einbeziehung des Drohneneinsatzes in den Parlamentsvorbehalt auf dessen Zweck verwiesen: Im Falle eines weitreichenden Eskalationspotenzials, das bei einem Einsatz bewaffneter Drohnen eher nahe liegt als ausgeschlossen werden kann, bedarf es einer ebenso weitreichenden parlamentarischen Kontrolle; der Bundestag muss Mitverantwortung für etwaige politische Konsequenzen tragen.<sup>45</sup> Im Übrigen liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes eine bewaffnete Auseinandersetzung auch dann vor, wenn die Soldaten zwar selbst nicht bewaffnet sind, aber für den Waffeneinsatz anderer Staaten Aufklärung betrieben wird.<sup>46</sup> Nach dieser Maßgabe wird man auch für Aufklärungsdrohnen eine parlamentarische Zustimmung für erforderlich halten müssen, weil es nicht darauf ankommen kann, ob das aufklärende

<sup>36</sup> BVerfGE 123, 267 (360 f.).

<sup>37</sup> BVerfGE 121, 135 (161).

<sup>38</sup> O. Daum, <https://www.juwiss.de/89-2014/> (abgerufen am 07.07.2021).

<sup>39</sup> R. Frau/S. Gauseweg, <https://www.juwiss.de/90-2014/> (abgerufen am 07.07.2021).

<sup>40</sup> R. Schmidt-Radefeldt, NZWehr 2013, 89 (103 f.); R. Frau/S. Gauseweg, <https://www.juwiss.de/90-2014/> (abgerufen am 07.07.2021).

<sup>41</sup> S. Gauseweg, in: Frau (Hrsg.), Drohnen und das Recht, 2014, 177 (189).

<sup>42</sup> Vgl. ferner zur Grundrechtsbindung im Ausland BVerfGE 6, 290 (295); 57, 9 (23); 154, 152 (215 ff.). Für eine weiterführende Behandlung der Thematik siehe etwa: M. Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 III GG Rn. 79 ff.

<sup>43</sup> Man könnte versucht sein, bei bewaffneten Drohneneinsätzen für die *Betroffenen* im Einsatzgebiet das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 1 Satz 1 GG) sowie bei bloßen Aufklärungsdrohnen das allgemeine Persönlichkeitsrecht – etwa in Form des Rechtes am eigenen Bild – heranzuziehen. Je stärker man sich aber

mit diesen Ausführungen einer Konstruktion über die Wesentlichkeitstheorie nähern möchte, desto mehr Ungereimtheiten bedürfen der Klärung, die an dieser Stelle nicht vorgenommen werden kann. Siehe so etwa zum Sonderfall der Grundrechtsbindung bei Auslandseinsätzen sowie bei Kampfhandlungen: M. Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 III GG Rn. 87 f. m.w.N.

<sup>44</sup> Zum psychologischen Forschungsstand siehe etwa A. Werner/U. Kreuzmann/S. Glowka/J. Ryzkin/C. Schinkel, FTR 2016, 121 (123 f.). Die Erstreckung des Art. 2 II 1 GG auf die psychische Unversehrtheit ist jedoch im Einzelnen umstritten. Vgl. hierzu etwa: M. Antoni, in: Hömig/Wolff, GG, 12. Aufl. 2018 Baden-Baden, Art. 2 Rn. 12; H.-D. Horn, in: Stern/Becker, GG, 3. Aufl. 2019 Köln, Art. 2 Rn. 60.

<sup>45</sup> Schmidt-Radefeldt, NZWehr 2013, 89 (103). Dem folgt auch Epping, in: BeckOK, GG, Art. 87a Rn. 29.5. Ähnlich auf die Eskalationsgefahr abstellend: Gauseweg, in: Frau (Hrsg.), Drohnen und das Recht, 2014, 177 (188).

<sup>46</sup> Prägnant insoweit BVerfGE 121, 135 (168) m. w. N.

Luftobjekt nun bemannt oder unbemannt ist.<sup>47</sup> Dieses Ergebnis trägt auch der Tendenz zu einer weiten Auslegung des Parlamentsvorbehalts Rechnung.

### III. Die unterstützende Drohnenverwendung

Neben ausschließlichen Drohneneinsätzen wirft auch die unterstützende Verwendung der unbemannten Flugobjekte Fragen parlamentarischer Mitsprache auf. Immer wieder wird der Schutz deutscher Soldaten im Einsatzgebiet als Argument zur Drohnenbeschaffung angeführt. Das bewog etwa die Partei *Bündnis 90/Die Grünen* dazu, ihre vormals ablehnende Haltung hinsichtlich bewaffneter Bundeswehrdrohnen zu revidieren.<sup>48</sup> Sollte der politische Wille dahin gehen, die Bundeswehr entsprechend auszustatten, ginge es demnach um eine zusätzliche parlamentarische Steuerung in den Fällen, in denen eine Zustimmungsbedürftigkeit grundsätzlich bereits ausgelöst ist, weil es sich im Übrigen um einen *klassischen* Einsatz handelt. Folglich wäre auch zu diskutieren, ob bei laufenden Einsätzen ein parlamentarisches Mitspracherecht für die Verwendung von Drohnen entstünde, wenn dies bei der ursprünglichen Zustimmungserteilung noch nicht vorgesehen war. Davon zu trennen ist die Problematik, inwieweit der Bundestag in der Lage ist, bereits im Zuge des Zustimmungsbeschlusses die Drohnenverwendung auszuschließen.<sup>49</sup>

#### 1. Laufende Einsätze

Die Frage nach einer erneuten parlamentarischen Befassung, sollte die Ausrüstung der Bundeswehr mit bewaffneten Drohnen bei der ursprünglichen parlamentarischen Zustimmung zu dem Streitkräfteinsatz nicht absehbar gewesen sein, ist – soweit ersichtlich – bis jetzt nicht explizit behandelt worden. Bleibt dem Bundestag, anders gewendet, nur sein Rückholrecht (§ 8 ParlBG), wenn er mit dem Drohneneinsatz nicht einverstanden ist?

In der Literatur wird eine erneute Zustimmung des Bundestages für erforderlich gehalten, falls eine Einzelfallbetrachtung ergibt, dass eine wesentliche Veränderung der Einsatzbedingungen vorliegt.<sup>50</sup> Das Bundesverfassungsgericht benannte im Kontext des

Bundeswehreinsatzes im Kosovo Kriterien, nach denen sich die Notwendigkeit einer erneuten Zustimmung bemisst. Danach müsse die Bundesregierung „eine erneute konstitutive Zustimmung des Deutschen Bundestages herbeiführen, wenn nachträglich tatsächliche oder rechtliche Umstände wegfallen, die der Zustimmungsbeschluss selbst als notwendige Bedingungen für einen Einsatz nennt.“<sup>51</sup> Zur Begründung wird angeführt, dass ein Widerruf der Zustimmung ausscheidet, wenn diese „bereits durch das Eintreten auflösender Bedingungen entfallen ist“.<sup>52</sup> In allen anderen Fällen bleibe es bei der Möglichkeit des Bundestages, sein politisches Ermessen auszuüben und den Einsatz durch den Widerruf der Zustimmung zu beenden.<sup>53</sup> Im Übrigen ist insbesondere bei laufenden Einsätzen der Grundsatz zu beachten, nachdem die Entscheidung über die Einsatzmodalitäten der Bundesregierung anheimgestellt ist.<sup>54</sup>

Dies impliziert grundsätzlich, dass der Bundestag bei dem nachträglichen – zunächst nicht absehbaren – unterstützenden Drohneneinsatz lediglich auf sein Rückholrecht verwiesen ist.<sup>55</sup> Zwar könnte man die Überlegung hegen, ob er nicht als *Minus* nur die Benutzung bewaffneter Drohnen unterbinden, den Einsatz aber im Übrigen fortlaufen lassen könnte. Damit würde der Bundestag aber über die Einsatzdetails entscheiden, welche in den Zuständigkeitsbereich der Exekutive fallen. Letztlich hängt dieses Ergebnis aber von der Reichweite des Begriffs der „Modalitäten“ ab. So bleiben Zweifel, ob etwa die Verwendung einer bestimmten Bewaffnung dem einzelnen Einsatz nicht einen wesentlich anderen Charakter verleihen kann. Als mögliche Kriterien hinsichtlich unbemannter Flugobjekte könnten die jeweilige technische Ausstattung sowie die Art und Häufigkeit ihrer konkreten Verwendung herangezogen werden. Jedenfalls steht in der Rechtsprechung eine explizite Befassung zur parlamentarischen Einflussnahme auf den Drohneneinsatz noch aus. Das Urteil zum Kosovoeinsatz stellt indes primär auf die Umstände ab, welche dem Einsatz zugrunde liegen und nicht die Charakteristika des Einsatzes selbst.

<sup>47</sup> Ähnlich: R. Frau/S. Gauseweg, <https://www.ju-wiss.de/90-2014/> (abgerufen am 07.07.2021).

<sup>48</sup> H. Bubrowski, in: FAZ v. 14.06.2021, Nr. 134, S. 1.

<sup>49</sup> Eine Einzelentscheidung zum Drohneneinsatz im Rahmen der Mandatierung schwebte schon 2014 der damaligen Verteidigungsministerin vor: von der Leyen, BT-Plenarprotokoll 18/45, Stenografischer Bericht, 45. Sitzung, 02.07.2014, S. 4055.

<sup>50</sup> C. Lutze, DÖV 2003, 972 (976) m.w.N.

<sup>51</sup> BVerfGE 124, 267 (276).

<sup>52</sup> Ebd.

<sup>53</sup> BVerfGE 124, 267 (278).

<sup>54</sup> Siehe oben (B. I.).

<sup>55</sup> Dabei kann nicht bezweifelt werden, dass die Bundesregierung ggf. selbst von einer Drohnenverwendung aus *politischen* Erwägungen absieht, wofür das Meinungsbild im Bundestag gewiss Anlass geben kann.

## 2. Parlamentarische Steuerung *ex ante*?

Denkbar bleibt somit die Möglichkeit, die Verwendung von Drohnen bereits im Zuge der ursprünglichen Einsatzzustimmung auszuschließen. Lehnt man ein Initiativrecht<sup>56</sup> und eine Befugnis des Bundestages zur Antragsänderung<sup>57</sup> ab, stellt sich somit die Frage, ob die Bundesregierung den Einsatz unbemannter Flugobjekte verbindlich für die Zukunft ausschließt, indem der Mandatsantrag bereits eine entsprechende Passage zur Art des Streitkräfteeinsatzes enthält.

Fraglich erscheint jedoch, ob dem Zustimmungsbeschluss eine Bindungswirkung gerade hinsichtlich der Einsatzmodalitäten zukommen kann. Gegen eine Verengung der exekutiven Handlungsoptionen im Zuge des Beschlusses über den Bundeswehreinsatz ließe sich wiederum anführen, dass allein die Bundesregierung über die Einsatzmodalitäten befinden dürfe. Hieraus könnte man die Schlussfolgerung ziehen, dass den Angaben zu Einsatzmodalitäten, welche in der Zustimmungsvorlage aufgeführt sind, keinerlei normativer Wert zukommt.<sup>58</sup> Andererseits hätte in diesem Fall die Bundesregierung selbst – und nicht unmittelbar das Parlament – jene Spielräume verengt<sup>59</sup> und würde bei Missachtung der Angaben eigentlich [*venire*] *contra factum proprium* handeln. Den Details des Antrages normativen Wert beizumessen, könnte es jedoch dem Bundestag ermöglichen, durch wiederholte Ablehnungen – oder politischen Druck – der Bundesregierung die Einsatzbedingungen „abzupressen“. <sup>60</sup> Die Entscheidung über die Einsatzmodalitäten läge dann nicht mehr im exklusiven Kompetenzbereich der Exekutive.

Freilich läuft die Problematik damit auch hier auf eine saubere Vermessung der Kompetenzbereiche hinsichtlich der Einsatzmodalitäten hinaus.

## IV. Zwischenergebnis

Dem Parlament steht die Entscheidung über einen Auslandseinsatz der Bundeswehr auch dann zu, falls ausschließlich Drohnen Verwendung finden. Der unterstützende Drohneneinsatz unterliegt hingegen nicht dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt, soweit dieser als Einsatzmodalität dem Zuständigkeitsbereich der Exekutive zugerechnet wird. Eine Ausweitung der parlamentarischen Entscheidungsbefugnisse auf Einsatzdetails kann indes nicht durch eine Reform des ParlBG<sup>61</sup> bewirkt werden, da – soweit der exklusive Zuständigkeitsbereich der Exekutive berührt wird – dem Gesetzgeber von der Verfassung Grenzen<sup>62</sup> gesetzt sind.

### C. Gesetzesvorbehalt

Die unbemannten Luftfahrtsysteme sind gegenwärtig nicht nur im Bereich des Militärs, für den sie originär bestimmt waren, vorzufinden, sondern auch in zivilen und polizeilichen Einsatz anzutreffen. Während der zivile Gebrauch sich einer großen Beliebtheit erfreut,<sup>63</sup> wird der polizeiliche Drohneneinsatz weitgehend misstrauisch beäugt. Im Zentrum stehen daher die Fragen nach der grundrechtlichen Relevanz und einer gesetzlichen Erlaubnis.

### I. Einführung

Die „staatliche“ Drohne kann in verschiedenen Bereichen zum Einsatz kommen, wie etwa: Folgenbeseitigung nach einer Umweltkatastrophe,<sup>64</sup> Suche nach vermissten Personen, Überwachung von Gebäuden oder Orten, Aufklärung von Versammlungen oder Veranstaltungen, Beschaffung oder Sicherung von Beweisen.<sup>65</sup> Dabei stehen den Behörden zahlreiche Drohnenmodelle mit verschiedenster Ausstattung, im Hauptanwendungsfall: Video- und Tonaufnahme, zur Verfügung. Vorliegend steht der polizeiliche Videodrohneneinsatz zur Überwachung und Aufklärung von Versammlungen sowie Veranstaltungen im

<sup>56</sup> BVerfGE 90, 286 (389).

<sup>57</sup> In § 3 Abs. 3 Satz 3 ParlBG werden Änderungen jedenfalls als unzulässig erklärt. Kritisch hierzu etwa D. Wiefelspütz, NVwZ 2005, 496 (499), welcher dem Bundestag – unter Verweis auf seine Parlamentsautonomie – ein Änderungsrecht zusprechen möchte.

<sup>58</sup> H.-H. Klein, in: Horn (Hrsg.), FS Schmitt Glaeser, 2003, 245 (253 f.).

<sup>59</sup> Ähnlich D. Wiefelspütz, Das Parlamentsrecht, 2005 Berlin, S. 456, der konstatiert, dass niemand die Bundesregierung zu Detailanträgen zwingen und gleichsam das Parlament wissen müsse, wozu es wirklich zustimme.

<sup>60</sup> Zur Möglichkeit des Bundestages durch politischen Druck eine Antragsänderung zu erwirken bereits: H.-H.

Klein, in: Horn (Hrsg.), FS Schmitt Glaeser, 2003, 245 (251).

<sup>61</sup> a.A.: O. Daum, <https://www.juwiss.de/89-2014/> (abgerufen am 07.07.2021).

<sup>62</sup> Siehe oben (B. I.).

<sup>63</sup> Vgl. C. Tomerius, LKV 2020, 481 (485).

<sup>64</sup> FAZ v. 18.7.21, Hochwasser trifft Bayern, Sachsen und Österreich, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/ungluecke/starkregen-hochwasser-trifft-bayern-sachsen-und-oesterreich-17442944.html> (zuletzt aufgerufen am 27.07.2021).

<sup>65</sup> C. Gusy, Die Kriminalpolizei 2014, 16 (16 f.); C. Arzt/J. Fährmann/ S. Schuster, DÖV 2020, 866 ff.; K. Gröhn, BauR 2017, 1614 (1614).

Mittelpunkt. Obwohl Drohnen aktuell schon verwendet werden, um Versammlungen,<sup>66</sup> Veranstaltungen (wie Konzerte, Feste oder Fußballspiele)<sup>67</sup> oder die Einhaltung der „Coronamaßnahmen“<sup>68</sup> zu überwachen, bestehen immer noch zahlreiche ungeklärte (Legitimations-)Fragen. Feststeht indes, dass der Drohneneinsatz eine wichtige(re) Komponente bei der Gefahrenbekämpfung sowie Straftatenverhütung spielen könnte, da die Drohne im Vergleich zu einem Hubschrauber weit weniger Kosten verursacht und aufgrund ihrer kompakten Größe beweglicher sowie ihrer Geräuscharmheit unauffälliger und zielgenauer einsetzbar ist.<sup>69</sup>

Die nachfolgenden Überlegungen beschäftigen sich im Kern mit der Frage, ob der „Vorbehalt des Gesetzes“ ein Tätigwerden des Gesetzgebers verlangt, um den polizeilichen Videodrohneneinsatz zu legitimieren. Dazu wird zunächst nach der Grundrechtsrelevanz des Drohneneinsatzes (II.) und dessen Eingriffsintensität im Einzelfall gefragt (III.), um sodann zu prüfen, ob es dafür einer eigenständigen Eingriffsbefugnis bedarf oder die vorhandenen Ermächtigungen „genügen“ (IV).

## II. Grundrechtsrelevanz

Gemäß dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes müssen sich Polizei- und Gefahrenabwehrbehörden auf eine Ermächtigungsgrundlage stützen, soweit ihre Maßnahmen mit Grundrechtseingriffen einhergehen. Liegt ein Grundrechtseingriff nicht vor, sind ihre Maßnahmen bereits durch die Aufgabenzuweisung des „Polizeigesetzes“ legitimiert (vgl. § 1 HSOG). Der Einsatz von Videodrohnen auf Versammlungen, Veranstaltungen oder öffentlichen Plätzen könnte aber u. a. einen Eingriff in die Grundrechte auf Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG sowie die informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bedeuten.<sup>70</sup> Sie werden daher näher betrachtet:

### 1. Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG

Das Recht aus Art. 8 Abs. 1 GG umfasst nicht nur die Freiheit, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln (ohne Anmeldung oder Erlaubnis), sondern auch die (innere) Freiheit, nicht damit „rechnen zu müssen, registriert zu werden und mit den daraus resultierenden Risiken (zu einem späteren Zeitpunkt) konfrontiert zu werden“.<sup>71</sup> Der Videodrohneneinsatz ermöglicht den Polizeibehörden aber das Beobachten und Aufzeichnen einer Versammlung mittels Bildübertragung aus der Luft. Diese Beobachtung / Aufzeichnung ist besonders effektiv, da die Videodrohne permanent ihren Standort verändern kann. Insofern liegt es nahe, dass dies dazu geeignet ist, bei den Versammlungsteilnehmern ein Bedrohungsgefühl auszulösen.<sup>72</sup> Zudem könnten in der Folge zukünftige Versammlungen gemieden werden, sodass der hinter Art. 8 Abs. 1 GG stehende Zweck, die kollektive Artikulationsfähigkeit in einem demokratischen und freiheitlichen Gemeinwesen zu ermöglichen, beeinträchtigt wäre.

### 2. Recht auf die informationelle Selbstbestimmungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, das zuerst im Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts<sup>73</sup> ausgeformt wurde, umfasst die vollumfängliche persönliche Datenhoheit des Individuums.<sup>74</sup> Daher liegt eine Beeinträchtigung dieses Grundrechts vor, wenn im weitesten Sinne ein Erheben, Verwenden sowie Weitergeben der persönlichen Daten stattfindet.<sup>75</sup> Beim polizeilichen Einsatz von Videodrohnen werden naturgemäß persönliche Daten – bereits durch das Beobachten – erhoben, so dass neben dem Recht auf die informationelle Selbstbestimmung auch das Recht am

<sup>66</sup> M. Reuter, Polizeidrohnen werden mittlerweile in fast allen Bundesländern eingesetzt, Netzpolitik.org v. 14.7.21 abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2021/studie-polizeidrohnen-werden-mittlerweile-in-fast-allen-bundeslaendern-eingesetzt/> (zuletzt aufgerufen am 16.07.21).

<sup>67</sup> M.-A. Zöller/S.-R. Ihwas, NVwZ 2014, 408 (409).

<sup>68</sup> S. Goertz, Kriminalistik 2020, 291 (292).

<sup>69</sup> C. Kornmeier, Der Einsatz von Drohnen zur Bildaufnahme, S. 9; V. Eick, Das Dröhnen der Drohnen. Technisierung von Überwachung und Kontrolle, in: Bürgerrechte & Polizei/CILIP 94 (3/09), S. 28 ff., abrufbar unter: <https://www.cilip.de/2009/12/08/das-drohnen-der->

[drohnen-technisierung-von-ueberwachung-und-kontrolle/](#) (abgerufen am 16.07.2021); J. Buckler, GSZ 2019, 23 (23).

<sup>70</sup> Ausführlich bei C. Kornmeier, Der Einsatz von Drohnen zur Bildaufnahme, S. 115 ff.; F. Roggan, NVwZ 2011, 590 ff.

<sup>71</sup> BVerfGE 65, 1 (43); W. Neskovic/D. Uhlig, NVwZ 2014, 335 (337 f.).

<sup>72</sup> E.-K. Skobel, Die Polizei 2018, 252 (254).

<sup>73</sup> BVerfGE 65, 1 ff.

<sup>74</sup> Ebd.; s. auch BVerfG, Beschl. v. 27.05.2020 - 1 BvR 1873/13, NJW 2020, 2699 ff.

<sup>75</sup> F. Abrecht/A. Schmid, VR 2017 181 (82).

eigenen Bild betroffen wäre.<sup>76</sup> Ein Beobachten beschränkt sich allerdings auf die Live-Übertragung (Beobachtung im sog. Kamera-Monitor-Prinzip) eines Geschehens. Da somit die Personen „nur“ auf dem Monitor beobachtet werden, um einen besseren Überblick von der Gesamtlage zu gewinnen, wird eine Beeinträchtigung in das informationelle Selbstbestimmungsrecht teilweise abgelehnt.<sup>77</sup> Denn die Live-Übertragung sei mit dem im Einsatz befindenden Beamten vergleichbar, der grundsätzlich durch das „bloße“ Beobachten keine Grundrechtsbetroffenheit auslöst.<sup>78</sup> Die herrschende Ansicht lehnt diesen Vergleich aber ab und bejaht auch im Falle der Live-Übertragung mittels Drohne eine Grundrechtsbeeinträchtigung.<sup>79</sup> Für die Betroffenen sei es in der Regel nicht erkennbar, in welcher Form (nur Live-Übertragung oder auch Aufzeichnung) sie beobachtet werden. Im Vordergrund stehe der Umstand, dass eine staatliche Beobachtung stattfindet, die für die Betroffenen nicht transparent und somit nicht vorhersehbar sei (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Daher sei diese Beobachtung dazu geeignet, die Betroffenen vom Gebrauch ihrer Rechte abzubringen (Art. 8 Abs. 1 GG).<sup>80</sup>

Eine ähnliche Diskussion findet zu sog. Übersichtsaufzeichnungen statt. Während einige Stimmen die Betroffenheit ablehnen, da aus Übersichtsaufzeichnungen keine Personen identifizierbar seien, bejaht die herrschende Auffassung auch hier eine Grundrechtsbeeinträchtigung.<sup>81</sup> Die Begründung der Gegenansicht sei nicht mehr zeitgerecht. Mit der heutigen Technik könnten gezielt einzelne Personen auf Übersichtsaufzeichnungen identifiziert werden, sodass eine Betroffenheit in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gegeben sei. Aufgrund der abschreckenden Wirkung, die von der Beobachtung ausgeht, sei auch Art. 8 Abs. 1 GG tangiert.<sup>82</sup> Diese Einschätzung dürfe schließlich auch auf das Problem der „Kameraattrappen“<sup>83</sup> (im Zusammenhang mit der Videodrohne) übertragbar sein. Unerheblich ist, dass tatsächlich

keine personenbezogenen Daten aufgenommen werden bzw. werden können. Entscheidend ist vielmehr, dass Kameraattrappen trotzdem eine einschüchternde Wirkung auslösen können, die mit dem Verzicht auf persönliche Freiheiten einhergeht (Art. 8 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG).<sup>84</sup>

### III. Eingriffsintensität

Weiterhin bleiben der grundrechtliche Eingriffscharakter und die Eingriffstiefe näher zu betrachten.

#### 1. Eingriffscharakter

Der Eingriffscharakter, den die „polizeiliche Videodrohne“ aufweist, wird entscheidend von der Frage beeinflusst, ob der Videodrohneneinsatz einheitlich oder getrennt zu betrachten ist. Während einige Stimmen keinen Unterschied zwischen der Flug- und Videokamerakomponente machen (sog. Einheitstheorie), trennt eine andere Auffassung strikt diese Elemente (sog. Trennungstheorie). Die Einheitstheorie bewertet den Videodrohneneinsatz als Ganzes, um alle relevanten Aspekte berücksichtigen zu können. Dadurch werde auch der grundsätzlich grundrechtsneutrale Drohnenflug berücksichtigt und in die Prüfung mit einbezogen.<sup>85</sup> Die Trennungstheorie unterscheidet hingegen zwischen der reinen Flugkomponente und der hinzukommenden „Kamerakomponente“, weil nur so die „Eingriffs“befugnis sachdienlich bestimmt werden könne.<sup>86</sup> Hiernach könnte eine Rechtsgrundlage einschlägig sein, die zwar nicht den Drohneneinsatz als solchen regelt, aber den Einsatz von Videotechnik (vgl. § 14 HSOG) vorsieht. Die Flugkomponente ließe sich dann als ein wesentlicher Begleitumstand im Rahmen der Rechtmäßigkeit der entsprechenden Ermächtigungsgrundlage prüfen (genauer: Verhältnismäßigkeit der Rechtsanwendung), sodass i. E. ein Interessenausgleich erreicht werde. Die Einheitstheorie verkenne, dass auch der bloße Drohnenflug einen Grundrechtseingriff darstellen könne und daher „stärker“ zu berücksichtigen sei. Die Trennungstheorie ist

<sup>76</sup> Die Frage nach dem Verhältnis zum Recht am eigenen Bild kann offenbleiben, da das Recht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG einen umfassenden Schutz bietet. Ferner handelt es sich jeweils um Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sodass dieselbe „Schranke“ zu beachten ist.

<sup>77</sup> Für die zukünftigen Technologien offengelassen: C. Gusy, Die Kriminalpolizei 2014, 16 (20).

<sup>78</sup> Vgl. C. Tomerius, LKV 2020, 481 (483 f.).

<sup>79</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.2.2009 – 1 BvR 2492/08 122, BVerfGE, 342 (368 ff.).

<sup>80</sup> Ebd.

<sup>81</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.2.2009 – 1 BvR 2492/08, NVwZ 2009, 441 (446).

<sup>82</sup> Ebd.

<sup>83</sup> C. Kornmeier, Der Einsatz von Drohnen zur Bildaufnahme, S. 106 ff.

<sup>84</sup> T. Petri, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl., München 2018, Rn. 767.

<sup>85</sup> Zu beiden Theorien: F. Albrecht/ A. Schmid, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2016, Der Einsatz von Videodrohnen bei der Bundespolizei, S. 155 (162 f.); ders., VR 2017, 181 (185 f.).

<sup>86</sup> J. Buckler, GSZ 2019, 23 (24); a.A. C. Kornmeier, Der Einsatz von Drohnen zur Bildaufnahme, S. 125 ff.

vorliegend vorzuziehen und im weiteren Verlauf zugrundezulegen, da sie die oftmals eingriffsverstärkende Flugkomponente dogmatisch angemessen verortet und anschließend einer eingehenden Prüfung unterzieht.

## 2. Eingriffstiefe

Die Frage nach der Eingriffstiefe des Videodrohnen-einsatzes (Videokamera- und Flugkomponente) kann sich an den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Kriterien zur Überwachungstechnik der polizeilichen Maßnahmen (polizeiliche Rasterfahndung, automatisierte Kfz-Kennzeichenkontrollen) orientieren.<sup>87</sup> Dies erscheint vorliegend geboten, da sowohl beim Drohneneinsatz als auch bei der „üblichen“ Überwachungstechnik die Grundrechtsbetroffenheit des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG im Mittelpunkt steht. Daher sind nachfolgend besonders die Offenheit sowie die Streubreite der Maßnahme, der Anlass der Erhebung und die Menge der erhobenen Daten zu berücksichtigen. Weitere Merkmale sind die Art der erfassten Daten, die Art der Erhebung, die Dauer des Eingriffs, der Ort der Erhebung, das Missbrauchspotential sowie die Verwendungsmöglichkeiten der erhobenen Daten.<sup>88</sup>

### a) Offenheit

Eine polizeiliche Maßnahme ist immer dann nicht offen und somit geheim, wenn sie von Betroffenen nicht als eine staatliche Handlung erkennbar ist.<sup>89</sup> Dies könnte beim Drohneneinsatz der Fall sein, weil die Drohnen wegen ihrer geringen Größe und Lärmerzeugung unauffällig operieren können. Verschärfend tritt hinzu, dass die Betroffenen ihren Einsatz oft nicht erwarten bzw. vorhersehen könnten.<sup>90</sup> Daher nehmen einige Literaturstimmen an, dass der (Video-)Drohneneinsatz „per se“ geheim sei, da eine Aufklärung aufgrund der Beschaffenheit von Drohnen nahezu unmöglich sei.<sup>91</sup> Eine weniger stringente Ansicht erkennt die Problematik zwar an, löst diese aber auf die Weise, dass sie den Videodrohneneinsatz strengerem

Begründungsanforderungen unterstellt, da der Einsatz „faktisch“ geheim erfolge.<sup>92</sup> Die wohl herrschende Ansicht meint dagegen, dass über den Einsatz von Videodrohnen im Einzelfall aufgeklärt werden könn(t)e, so dass dieser potenziell als offen zu qualifizieren sei.<sup>93</sup> Insoweit wird vorgeschlagen, durch Aufrufe per Megaphon, Plakate oder mit Westen von Beamten auf den Einsatz deutlich hinzuweisen. Grundsätzlich erscheint daher auch ein offener Drohneneinsatz möglich.

### b) Streubreite und Anlassbezogenheit

Die Streubreite einer polizeilichen Maßnahme ist naturgemäß mit der Anlassbezogenheit derselben verbunden. Eine Maßnahme ist anlasslos, wenn der Betroffene die gegen ihn ergangene Maßnahme nicht kausal herbeigeführt hat.<sup>94</sup> Beim Einsatz von Videodrohnen wird in der Regel eine Vielzahl an Personen erfasst, da die Überwachung aus der Luft erfolgt und somit umfangreiche (Übersichts-)Aufnahmen ermöglicht werden (Streubreite). Dies bedeutet, dass damit regelmäßig eine – für viele Betroffene – anlasslose Beobachtung einhergeht,<sup>95</sup> wie namentlich bei einem Videodrohneneinsatz „über“ Versammlungen oder Veranstaltungen.<sup>96</sup>

### c) Menge

Die Menge der erhobenen Daten ist beim Einsatz von Drohnen besonders hervorzuheben. Da die Drohne flexibel in alle Richtungen bewegt werden kann, ist die potentielle Datenmenge enorm groß.

### d) Zwischenergebnis

Aus den obigen Ausführungen geht deutlich hervor, dass der polizeiliche Videodrohneneinsatz fraglos zu erheblichen Grundrechtsbeeinträchtigungen führen kann. Daher bedarf es, als erste Voraussetzung ihrer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, einer speziellen gesetzlichen Eingriffsbefugnis.

<sup>87</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02, NJW 2006, 1939 (1942 ff.); BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, NJW 2019, 827 (834).

<sup>88</sup> Vgl. C. Kornmeier, Der Einsatz von Drohnen zur Bildaufnahme, S. 130 f. mwN; T. Schwabenbauer, in: Lisk/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl., München 2018, Rn. 66 ff.

<sup>89</sup> F. Roggan, NVwZ 2011, 589 (591); C. Gusy, Die Kriminalpolizei 2014, 16 (21).

<sup>90</sup> C. Gusy, Die Kriminalpolizei 2014, 16 (20); nicht völlig ausgeschlossen: M. Müller-ter Jung/L. Rexin, CR 2019, 643 (647 f.).

<sup>91</sup> C. Tomerius, LKV 2020, 481 (485).

<sup>92</sup> Ähnlich T. Weichert, ZD 2012, 501 (503); J. Buckler, GSZ 2019, 23 (27).

<sup>93</sup> Vgl. Der Einsatz sei grundsätzlich offen: C. Kornmeier, Der Einsatz von Drohnen zur Bildaufnahme, S. 148; J. Buckler, GSZ 2019, 23 (27); VG Sigmaringen, Urt. v. 20.10.20 – 14 K 7613/18, ZD 2021, 333 (334).

<sup>94</sup> Vgl. C. Gusy, Die Kriminalpolizei 2014, 16 (20).

<sup>95</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02, BVerfGE 113, 29 (53); C. Tomerius, LKV 2020, 481 (484).

<sup>96</sup> T. Schwabenbauer, in: Lisk/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl., München 2018, Rn. 80 f.; kritisch: J. Buckler, GSZ 2019, (26).

#### IV. Ermächtigungsgrundlage

Der Vorbehalt des Gesetzes stellt die Anforderung, dass das grundrechtsbeeinträchtigende Verhalten des Staates auf eine gesetzliche Grundlage gestützt wird. Ergänzend formuliert das Bundesverfassungsgericht: „Wegen des schnellen und für den Grundrechtsschutz riskanten informationstechnischen Wandels muss der Gesetzgeber die technischen Entwicklungen aufmerksam beobachten und notfalls durch ergänzende Rechtssetzung korrigierend eingreifen“<sup>97</sup>.

Dabei muss die Gesetzesgrundlage hinreichend präzise gefasst sein, damit die Grundrechtsbeschränkung für die Betroffenen vorhersehbar und für die handelnden Behörden limitiert ist (Bestimmtheitsgrundsatz).

##### 1. §§ 12a, 19a VersG<sup>98</sup>

Soweit der Videodrohneinsatz<sup>99</sup> bei Versammlungen stattfindet, kommen insoweit §§ 12a, 19a VersG in Betracht, da das spezielle Gesetz dem Polizei- und Ordnungsrecht vorgeht (sog. Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts).<sup>100</sup>

Nach dieser Befugnisnorm darf die Polizei – auf öffentlichen Versammlungen – Bild- und Tonaufnahmen anfertigen, wenn eine „begründete“ Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung besteht (vgl. §§ 12a Abs. 1, 19a VersG). Die Frage, ob unter die Formulierung „Anfertigen von Bildaufnahmen“ auch die Aufnahme durch eine Videodrohne fällt, wird teilweise bejaht. Die Norm sei bewusst „technikoffen“ formuliert worden, um auch neuentstehende Technologien einsetzen zu können.<sup>101</sup> Im Übrigen können die Besonderheiten des Videodrohneinsatzes im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung der

Einzelmaßnahme berücksichtigt werden.<sup>102</sup> Die Gegenansicht lehnt den Drohneneinsatz auf dieser Grundlage hingegen ab, da eine gesonderte Befugnis zwingend erforderlich sei. Begründet wird dies damit, dass der Gesetzgeber nicht einen Sachverhalt (polizeilicher Videodrohneinsatz bei Versammlungen) geregelt haben konnte (im Jahre 1989), ohne diesen auch nur im Ansatz zu kennen. Daher könne diese Ermächtigungsgrundlage insoweit nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen.<sup>103</sup> Schließlich bedürfe es einer speziellen Eingriffsnorm, da mit dem Videodrohneinsatz ein erheblicher und teilweise intensiver Grundrechtseingriff einhergeht, so dass derart „wesentliche“ Fragen der Gesetzgeber explizit selbst regeln müsse (Wesentlichkeitstheorie).<sup>104</sup> Eine differenzierende Ansicht schließt sich der letztgenannten Auffassung nur insoweit an, wie der Videodrohneinsatz nicht offen (geheim) ausgeübt wird.<sup>105</sup> Doch bleibt dabei unbeachtet, dass auch der offene Einsatz mit Blick auf die Menge und die Streubreite der erhobenen Daten von besonderer Eingriffsqualität ist. Ferner wird der Eingriff durch die anlasslose Beobachtung, denn die bloße Teilnahme an einer Versammlung (oder einer öffentlichen Veranstaltung) kann keinen berechtigten Anlass zur Beobachtung begründen, verstärkt.<sup>106</sup>

Mithin spricht mehr dafür, §§ 12a Abs. 1, 19 VersG als tragfähige Ermächtigungsgrundlage abzulehnen.

##### 2. § 14 HSOG<sup>107</sup>

Für den polizeilichen Drohneneinsatz außerhalb von Versammlungen kommt aus dem Kreis der Standardbefugnisse konkret § 14 HSOG in Betracht.<sup>108</sup> Gemäß § 14 Abs. 3 HSOG können öffentlich zugängliche

<sup>97</sup> BVerfG, Urt. v. 12.4.2005 – 2 BvR 581/01, JuS 2005, 740 (741).

<sup>98</sup> Das VersG gilt in Hessen fort (Art. 125a Abs. 1 GG), da es nicht durch das Landesrecht ersetzt wurde.

<sup>99</sup> Beim Drohneneinsatz ist das Luftverkehrsgesetz (LuftVG) zu beachten, da Drohnen rechtlich als Luftfahrzeuge eingeordnet werden (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 3 LuftVG; „Luftschiffe“).

<sup>100</sup> M. Kniesel/R. Poscher, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl., München 2018, Rn. 24.

<sup>101</sup> Vgl. E.-K. Skobel, Die Polizei 2018, 252 (256); M.-A. Zöller/S.-R. Ihwas, NVwZ 2014, 408 (412); J. Buckler, GSZ 2019, 23 (25 f.).

<sup>102</sup> a.A.: J. Hertwig/D. Kuvvet, Technik vs. Recht: Verfassungs- und polizeiliche Probleme des Einsatzes von Aufklärungsdrohnen in Deutschland – am Beispiel des Castor-Transports nach Gorleben im November 2010, 120

(124 ff.); M.-A. Zöller/S.-R. Ihwas, NVwZ 2014, 408 (412 f.).

<sup>103</sup> C. Tomerius, LKV 2020, 481 (486); T. Weichert, ZD 2012, 501 (503).

<sup>104</sup> M. Martini, DÖV 2019, 732 (739); nicht generell unzulässig, jedoch auch kein Standardinstrument: C. Gusy, Die Kriminalpolizei 2014, 16 (20).

<sup>105</sup> E.-K. Skobel, Die Polizei 2018, 252 (256 f.).

<sup>106</sup> C. Tomerius, LKV 2020, 481 (484).

<sup>107</sup> In den Bundesländern Bayern und Mecklenburg-Vorpommern existieren aktuell Befugnisse, die den Drohneneinsatz ausdrücklich vorsehen, vgl. §§ 47 PAG (Bayern) sowie 34 SOG (M-V).

<sup>108</sup> Bei sog. doppeifunktionalen Maßnahmen müsste eine Abgrenzung zum § 100h Abs. 1 StPO nach der Schwerpunktstheorie vorgenommen werden, vgl. M.-A. Zöller/S.-R. Ihwas, NVwZ 2014, 408 (411, 414); zum § 100h I StPO als Ermächtigungsgrundlage für den Drohneneinsatz: M. Müller-ter Jung/L. Rexin, CR 2019, 643 (650) mwN.

Orte mittels Bildübertragung offen beobachtet und aufgezeichnet werden, wenn eine „begründete“ Gefahr im Sinne dieser Norm vorliegt. Im Unterschied zu §§ 12a, 19a VersG regelt § 14 HSOG ausdrücklich nur den offenen Einsatz. Gleichwohl ist es hier ebenso umstritten, ob der Videodrohneneinsatz unter „Beobachtung mittels Bildübertragung“ subsumierbar ist.<sup>109</sup> Dass der Gesetzgeber die Videodrohne noch nicht gekannt haben kann, lässt sich auch hier anführen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass dieser Einsatz eine große Steuerbreite hat und daher zwangsläufig eine anlasslose Beobachtung ermöglicht, die einen intensiven Eingriff in das sensible Recht auf die informationelle Selbstbestimmung begründet.<sup>110</sup> Deshalb kann auch § 14 Abs. 3 HSOG für den polizeilichen Videodrohneneinsatz nicht herangezogen werden.

### 3. § 11 HSOG

Die bisher geprüften Befugnisse konnten den Videodrohneneinsatz tatbestandlich nicht erfassen, sodass die polizeiliche Generalklausel in Betracht zu ziehen ist.<sup>111</sup> Die polizeiliche Generalklausel eröffnet den Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden die Möglichkeit auf unvorhersehbare Gefahrenlagen mit „atypischen, unbenannten Gefahrenabwehrmaßnahmen“ zu reagieren.<sup>112</sup> Dies trifft auf den (Video-)Drohneneinsatz indes nicht zu.<sup>113</sup> Der Einsatz von Videodrohnen ist dem Gesetzgeber seit dem Jahr 2010 (Castor-Transport nach Gorleben)<sup>114</sup> bekannt, sodass er ausreichend Zeit hatte, auf diese neuartige Entwicklung zu reagieren. Daher darf er sich nicht mehr mit der Generalklausel „begnügen“.<sup>115</sup> Damit dürfte auch eine etwaige Übergangszeit, um die Normierung einer speziellen Befugnis vornehmen zu können, längst „überschritten“ sein.

### V. Zusammenfassung

Auch wenn die Problematik hier nur in groben Zügen nachgezeichnet werden konnte, so lässt sich doch feststellen, dass der polizeiliche Drohneneinsatz ein „Observationsinstrument besonderer Art und spezifischer Tiefe“ ist und daher „dessen Einsatz von Verfassungen wegen nur unter restriktiveren Voraussetzungen

gestatten werden darf“,<sup>116</sup> die der Gesetzgeber eigenständig schaffen müsste.

### D. Fazit

Hinsichtlich des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts kann resümiert werden, dass sich die parlamentarische Entscheidung über den Drohneneinsatz tatsächlich Grenzen ausgesetzt sieht. Der technische Fortschritt bewirkt jedoch keine Kompetenzverschiebung zulasten des Parlaments. Es bleibt vielmehr bei der hergebrachten Vorstellung über die Zuständigkeitsverteilung bei dem Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland; womit einhergeht, dass das Parlament zwar darüber zu befinden hat, ob es zu einem konkreten Einsatz kommt, nicht jedoch die Einsatzmodalitäten diktieren kann, wobei sich die Frage stellt, wieweit dieser Begriff zu fassen ist.

Der polizeiliche Videodrohneneinsatz kann hingegen nicht als eine „bloße“ Einsatzmodalität zu einer bereits bestehenden Eingriffsbefugnis verstanden werden. Aufgrund der tiefgehenden und intensiven Grundrechtseingriffen in sensible Bereiche muss der Gesetzgeber den Einsatz dieses technischen Mittels eigenständig und detailliert regeln.

Letztlich zeigt die Untersuchung in beiden Bereichen – obwohl diese von verschiedenen dogmatischen Prämissen geprägt sind – auch, dass das Grundgesetz und die aus ihm entwickelten Grundsätze keinesfalls zu unflexibel zur Bewertung sich wandelnder Umstände und vermeintlich neuer Herausforderungen sind. Die Wirkungskraft des Gesetzes- und Parlamentsvorbehalts erscheint (jedenfalls gegenwärtig) außer Gefahr.

<sup>109</sup> Bejahend: J. Buckler, GSZ 2019, 23 (25).

<sup>110</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, NJW 2019, 827 (834); vgl. C. Tomerius, LKV 2020, 481 (486 f.).

<sup>111</sup> H.-D. Horn, in: Gornig/ders./Will, Öffentliches Recht in Hessen, Polizei- und Ordnungsrecht, 2018, Rn. 424 f.

<sup>112</sup> Ebd.

<sup>113</sup> E.-K. Skobel, Die Polizei 2018, 252 (256); C. Tomerius, LKV 2020, 481 (488).

<sup>114</sup> J. Hertwig/D. Kuvvet, Technik vs. Recht: Verfassungs- und polizeiliche Probleme des Einsatzes von Aufklärungsdrohnen in Deutschland – am Beispiel des Castor-Transports nach Gorleben im November 2010, 120 (120 f.).

<sup>115</sup> C. Kornmeier, Der Einsatz von Drohnen zur Bildaufnahme, S. 241 f.; H.-D. Horn, in: Gornig/ders./Will, Öffentliches Recht in Hessen, Polizei- und Ordnungsrecht, 2018, Rn. 188.

# Einführung eines Impfwangs?

## - Möglicher Nutzen und rechtliche Realisierbarkeit -

Von Stud. Hilfskraft Sarah Messner, Marburg\*

### A. Einführung

Impfungen werden von der Gesellschaft unterschiedlich aufgefasst. Während die einen Impfungen befürworten, begegnen die anderen diesen mit Skepsis oder lehnen sie mitunter gänzlich ab. Diese Divergenz führte bereits in der Vergangenheit zu breiten Diskussionen über die Notwendigkeit von Schutzimpfungen. Angetrieben durch die Debatte um die Einführung einer Masernimpfpflicht und zuletzt entfacht durch die Corona-Pandemie wurde durch die Medien die Aufmerksamkeit auf die bereits Jahrzehnte lang thematisierte Impfdebatte gelenkt. Eine Debatte, die dazu geeignet sein könnte, die Gesellschaft zu unterteilen. „Impfbefürworter“, „Impfskeptiker“ und „Impfgegner“ sind bekannte Bezeichnungen. Doch wie ist eine mögliche Einführung eines Impfwangs zu beurteilen? Worin liegt der mögliche Nutzen? Und was ergibt sich im Hinblick auf die rechtliche Realisierbarkeit eines Impfwangs? Diese Fragen werden im Folgenden untersucht.

Dabei wird im ersten Teil zunächst der mögliche Nutzen eines Impfwangs thematisiert. Dargestellt werden das begriffliche Verständnis sowie geschichtliche Hintergründe des Impfwangs in der Bundesrepublik Deutschland. Ferner werden bisherige Impferfolge unter Zugrundelegung des Potenzials der Schutzimpfungen dargestellt. Darüber hinaus wird das Spannungsverhältnis zwischen Solidarität und Selbstbestimmung beleuchtet. Ein Schwerpunkt liegt auf der Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Einführung eines Impfwangs als sinnvolle Möglichkeit zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten anzusehen ist und woran sich der mögliche Nutzen messen lässt.

Im zweiten Teil liegt der Fokus auf der rechtlichen Realisierbarkeit der Einführung eines Impfwangs und damit zugleich auf dem Schwerpunkt dieser Arbeit. Das Augenmerk liegt zunächst auf der staatlichen Einführung eines Impfwangs auf Grundlage des § 20

Abs. 6 S. 1 IfSG oder einer spezialgesetzlichen Regelung. Dabei liegt der Schwerpunkt auf der Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines Impfwangs. Behandelt wird zudem die Übertragbarkeit der gefundenen Ergebnisse auf die Masernimpfpflicht nach § 20 Abs. 8 IfSG und die aktuelle Corona-Pandemie. Es folgt eine Auseinandersetzung mit der Frage, inwieweit ein Impfwang im Rahmen des Privatrechts realisierbar ist. Hierbei wird zwischen arbeitsrechtlichen und privatwirtschaftlichen Überlegungen differenziert.

Abschließend wird die aktuelle Relevanz und Komplexität dieser Thematik dargestellt und ausgeführt, inwieweit ein Reformationsbedarf anzunehmen ist.

### B. Einführung eines Impfwangs

#### I. Möglicher Nutzen eines Impfwangs

Die Debatte um die Einführung eines Impfwangs ist von aktueller Relevanz. Es stellt sich die Frage, worin der mögliche Nutzen eines Impfwangs liegt.

#### 1. Begriffliches Verständnis des Impfwangs

Zunächst ist zu erörtern, was unter einem Impfwang zu verstehen ist. Zu differenzieren ist zwischen unmittelbarem/direkten und mittelbarem/indirekten Impfwang. Unmittelbarer oder direkter Impfwang meint eine mittels Verwaltungszwangs durchsetzbare Verpflichtung zur Impfung.<sup>1</sup> Ein indirekter Impfwang liegt vor, wenn die Impfung nicht verpflichtend vorgeschrieben ist, jedoch eine Animierung zur Impfung erfolgt, indem an den Impfstatus etwa durch einen Impf- oder Immunitätsausweis, der Freiheiten ermöglicht, Vorteile anknüpfen.<sup>2</sup> Dabei ist auch von einem „Zwang in Samthandschuhen“ die Rede, bei welchem der Gesetzgeber auf subtile Weise Druck ausübt.<sup>3</sup> Ein faktisch mittelbarer Impfwang besteht, wenn der Gesetzgeber die Nichtimpfung nicht sanktioniert,

\* Die Verfasserin ist studentische Hilfskraft an der Forschungsstelle für Pharmarecht bei Herrn Prof. Dr. Wolfgang Voit an der Philipps-Universität Marburg und jahrgangsbeste Absolventin der Zusatzqualifikation im Pharmarecht (2020). Die vorliegende Seminararbeit wurde im Seminar zum Medizin- und Pharmarecht im Sommersemester 2021 bei Herrn Prof. Dr. Wolfgang Voit verfasst. Bearbeitungsstand: Mai 2021.

<sup>1</sup> *Fleischfresser*, in: Kluckert (Hrsg.), Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl., München 2021, § 13, Rn. 35.

<sup>2</sup> *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, München 2020, S. 84.

<sup>3</sup> *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, S. 92.

Nichtgeimpften indes Nachteile entstehen können, weil sie aus bestimmten Bereichen ausgeschlossen werden.<sup>4</sup> Impfwang meint mithin nicht zwingend die Durchführung einer Impfung unter Anwendung von Zwang. Dies ist vielmehr eine Frage der Ausgestaltung und Durchsetzung des Impfwangs. Die Begriffe Impfwang und Impfpflicht sind gleichbedeutend zu verstehen.<sup>5</sup>

## 2. Geschichtlicher Hintergrund

Die Diskussion über die Einführung eines Impfwangs ist nicht neu. Seuchen gelten bereits seit dem 19. Jahrhundert als Belastbarkeitsprobe für staatliche Strukturen.<sup>6</sup> Im Jahre 1874 wurde im Deutschen Reich erstmals mit dem damaligen deutschen Impfgesetz eine Impfpflicht gegen Pocken eingeführt.<sup>7</sup> Infolge einer Impfkampagne der Weltgesundheitsorganisation (WHO) und der flächendeckenden Impfungen gelten Pocken seit 1979 als ausgerottet.<sup>8</sup> Die Pockenimpfpflicht wurde im Jahre 1983 in Zeiten des Wandels vom Zwang hin zur eigenverantwortlichen Prävention abgeschafft.<sup>9</sup> Der Gesetzgeber setzte verstärkt auf Maßnahmen zur Gesundheitsaufklärung.<sup>10</sup> In der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) bestand weiterhin eine Impfpflicht.<sup>11</sup> Ein Impfwang für Soldaten misst sich an § 17a Abs. 2 Nr. 1 SG. Ein Impfwang für Soldaten dient der Erhaltung der Wehrtüchtigkeit.<sup>12</sup> Angesichts der Verpflichtung der Soldaten

zur Gesundheitserhaltung und der besonders hohen Tetanus-Ansteckungsgefahr im Militärdienst wird ein Impfwang als gerechtfertigt angesehen.<sup>13</sup> Im Jahr 2020 wurde durch § 20 Abs. 8 IfSG für bestimmte Personengruppen eine Masernimpfpflicht eingeführt.<sup>14</sup>

## 3. Ausschöpfung des Potenzials von Schutzimpfungen

Schutzimpfungen zählen zu den wirksamsten und wichtigsten Maßnahmen der Verhütung übertragbarer Krankheiten.<sup>15</sup> Sie stellen weltweit einen Faktor für den Rückgang der Sterblichkeit und die Verbesserung der Lebensqualität dar und konnten mitunter in der Bekämpfung von Pocken, Poliomyelitis, Masern, Diphtherie und Tetanus Erfolge bewirken.<sup>16</sup> So gilt Deutschland seit Jahren als poliofrei, mithin als frei von Kinderlähmung.<sup>17</sup> Europa ist seit 2002 poliofrei.<sup>18</sup> Ziel der WHO ist die weltweite Ausrottung von Masern, Röteln und Poliomyelitis.<sup>19</sup>

Ein wichtiger Faktor des Impferfolgs ist die Herdenimmunität.<sup>20</sup> Diese entsteht, wenn so viele Menschen gegen eine Krankheit geimpft sind, dass sich die Krankheit nicht mehr verbreiten kann.<sup>21</sup> Über die Herdenimmunität können übertragbare Krankheiten ausgerottet werden.<sup>22</sup> Zur Übertragungsunterbindung bedarf es dabei einer krankheitsspezifischen

<sup>4</sup> *Fleischfresser*, in: Kluckert (Hrsg.), Infektionsschutzrecht, § 13, Rn. 36.

<sup>5</sup> *Rixen*, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, München 2021, Kap. 5, Rn. 70.

<sup>6</sup> *Thießen/Wiegeshoff*, Sicherheit vor Seuchen: Zum Spannungsverhältnis von Zukunftsentwürfen, Sicherheit und Staatlichkeit im Deutschen Kaiserreich, in: Kampmann/Marciniak/Meteling (Hrsg.), „Security turns its eye exclusively to the future“, Zum Verhältnis von Sicherheit und Zukunft in der Geschichte, Baden-Baden 2017, 259.

<sup>7</sup> *Thießen/Wiegeshoff*, in: Kampmann/Marciniak/Meteling (Hrsg.), Security, 259 (274).

<sup>8</sup> *Grüner*, Biologische Katastrophen, Eine Herausforderung an den Rechtsstaat, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, Baden-Baden 2017, S. 213; *Schaks/Krahnert*, MedR 2015, 860 (863).

<sup>9</sup> Gesetz zur Aufhebung des Gesetzes über die Pockenschutzimpfung vom 24.11.1982, BGBl. I S. 1529; *Kießling*, RW 2016, 597 (609);

<sup>10</sup> *Kießling*, RW 2016, 597 (609).

<sup>11</sup> *Rixen*, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), IfSG, Kap. 5, Rn. 21; *Ratzel*, GesR 2019, 560 (561).

<sup>12</sup> BT-Drucks. 2/2140, S. 8; *Amhaouach/Kießling*, MedR 2019, 853 (857).

<sup>13</sup> BVerwG, NJW 1970, 532 (534).

<sup>14</sup> *Komp/Thrun*, JA 2020, 195 (197).

<sup>15</sup> *Sodan*, „Impfkostenstreit“ – Finanzierung präventiver medizinischer Leistungen, in: Kloepfer (Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, Schriften zum Katastrophenrecht, Band 4, Baden-Baden 2011, 85 (86); *Fleischfresser*, in: Kluckert (Hrsg.), Infektionsschutzrecht, § 13, Rn. 35; *Prunzel*, RDG 2020, 48; *Robert Koch-Institut*, Epidemiologisches Bulletin 2018, 335.

<sup>16</sup> *Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt, Österreich*, Impfen – ethische Aspekte, Stellungnahme der Bioethikkommission, in: Sturmer/Heinrichs/Dufner (Hrsg.), Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Band 20, Bonn 2015, S. 367.

<sup>17</sup> *Amhaouach/Kießling*, MedR 2019, 853 (854).

<sup>18</sup> *Marckmann*, Bundesgesundheitsblatt 2008, 175 (179).

<sup>19</sup> *Amhaouach/Kießling*, MedR 2019, 853 (854).

<sup>20</sup> *Makoski/Netzer-Nawrocki*, GesR 2020, 427 (432); *Gebhard*, in: Kießling, Andrea, Infektionsschutzgesetz, Kommentar, München 2020, § 20, Rn. 5; *Bioethikkommission*, in: Sturmer/Heinrichs/Dufner (Hrsg.), Jahrbuch Wissenschaft und Ethik, 2015, S. 367 (368).

<sup>21</sup> *Amhaouach/Kießling*, MedR 2019, 853 (854); *Makoski/Netzer-Nawrocki*, GesR 2020, 427 (432); *Marckmann*, Bundesgesundheitsblatt 2008, 175 (176).

<sup>22</sup> *Gebhard*, in: Kießling, IfSG, § 20, Rn. 5; *Bioethikkommission*, in: Sturmer/Heinrichs/Dufner (Hrsg.), Jahrbuch Wissenschaft und Ethik, 2015, S. 367 (368).

Impfquote.<sup>23</sup> Infolge einer hohen Impfinzidenz blieb die Bevölkerung der industrialisierten Länder weitgehend vor Epidemien verschont.<sup>24</sup> Problematisch ist, dass infolge der verringerten Krankheitsauftritte das Bewusstsein für die Krankheiten gesunken ist.<sup>25</sup> Die zunehmende Impfskepsis führt in Europa zu sinkenden Impfquoten und damit zum Wiedererstarken von Krankheiten, die längst als besiegt galten.<sup>26</sup> Derzeit werden durch etwa 100 Millionen jährliche Impfungen von Kindern zwei bis drei Millionen Todesfälle vermieden.<sup>27</sup> Durch die sinkenden Impfquoten werden zunehmend bereits erreichte Erfolge gefährdet.<sup>28</sup> 2017 stufte die WHO Deutschland wieder als Land mit einheimischer Masernverbreitung ein, 2018 kam es weltweit zu einer Verdoppelung der Masernfälle.<sup>29</sup> Dies untermalt die Bedeutung, die Impfungen für die Gesundheit haben können und verdeutlicht die Auswirkung eines ausreichenden Impfschutzes in der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten. Impfungen stellen damit nicht nur ein Eigeninteresse dar, sondern haben auch Auswirkungen auf die Gesellschaft, wenn man etwa die Behandlungskosten für Krankheiten, die mit Impfungen vermeidbar sind oder auch die Kapazität des Gesundheitssystems betrachtet.<sup>30</sup> Zudem bieten hohe Impfquoten wie ausgeführt auch Schutz für diejenigen, die selbst nicht geimpft werden können.

Zu beachten sind jedoch auch Nebenwirkungen und Folgeschäden, die mit Impfungen einhergehen können. Die Impfentscheidung bedarf demnach einer Abwägung der Nutzen-Risiko-Relation. In Deutschland muss ein Impfstoff hinreichende Anforderungen an Wirksamkeit, Sicherheit und Unbedenklichkeit erfüllen, um eine Zulassung zu erhalten, vgl. §§ 21 ff. AMG. Gem. § 20 Abs. 2 S. 3 IfSG gibt die am Robert-Koch-Institut eingerichtete Ständige Impfkommission (STIKO) Empfehlungen zum Thema Impfen. Impfungen werden heute regelmäßig gut vertragen und

Nebenwirkungen und Impfschäden kommen nur selten vor.<sup>31</sup>

Zur Bewertung des möglichen Nutzens eines Impfwangs sind auch internationale Erfahrungen heranzuziehen. In zehn EU-Staaten gibt es eine Impfpflicht.<sup>32</sup> Eine Impfpflicht gegen Masern besteht unter anderem in Tschechien und in Italien, dennoch herrscht in diesen Ländern keine bessere Impfquote als in Deutschland.<sup>33</sup> In Finnland hingegen konnte die erforderliche Maserimpfquote ohne Impfwang erreicht werden.<sup>34</sup> Dies zeigt, dass nicht allein die Wahl des Mittels den Erfolg verspricht, sondern vielmehr die Herangehensweise an das Impfen maßgeblich ist. Auch ein wirkungsvolles Mittel wie ein Impfwang ist nur so stark wie die Umsetzung. Ein Impfwang kann unter Inkaufnahme seltener Nebenwirkungen und Impfschäden zu einem weiten Schutz vor ansteckenden, tödlich verlaufenden Krankheiten führen.<sup>35</sup>

#### 4. Spannungsfeld: Solidarität und Selbstbestimmung

Hinsichtlich des Themas Impfwang ergibt sich ein Spannungsfeld zwischen Solidarität und Selbstbestimmung. Insoweit besteht ein Konflikt zwischen der bevölkerungsbezogenen Nutzenmaximierung und individuellen Freiheitsrechten.<sup>36</sup> Dies führt zur Frage der ethischen Vertretbarkeit von Einschränkungen der Selbstbestimmung des Einzelnen zum Wohle der Allgemeinheit.<sup>37</sup> Eine Impfung ist zunächst eine persönliche Entscheidung. Jedoch verdeutlichen die Impferfolge die Bedeutung von Impfungen für die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten. Diejenigen, die keinen eigenen Impfschutz erhalten können, können von einer Herdenimmunität profitieren, die jedoch erst ab einer bestimmten, von der Krankheit abhängigen

<sup>23</sup> Rixen, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), IfSG, Kap. 5, Rn. 88; Amhaouach/Kießling, MedR 2019, 853 (854); Marckmann, Bundesgesundheitsblatt 2008, 175 (176).

<sup>24</sup> Bioethikkommission, in: Sturmer/Heinrichs/Dufner (Hrsg.), Jahrbuch Wissenschaft und Ethik, 2015, S. 367 (368); Grüner, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, 2017, S. 223.

<sup>25</sup> Marckmann, Ethik Med 2010, 207 (212).

<sup>26</sup> Prunzel, RDG 2020, 48.

<sup>27</sup> Prunzel, RDG 2020, 48.

<sup>28</sup> Prunzel, RDG 2020, 48 f.

<sup>29</sup> BT-Drucks. 19/13452, S. 1.

<sup>30</sup> Bioethikkommission, in: Sturmer/Heinrichs/Dufner (Hrsg.), Jahrbuch Wissenschaft und Ethik, 2015, S. 367 (369).

<sup>31</sup> Grüner, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, 2017, S. 225.

<sup>32</sup> Kaltenhäuser/Braun, medstra 2020, 24 (30).

<sup>33</sup> Ratzel, GesR 2019, 560 (561); Ratzel, in: Ratzel/Luxemburger (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2021, 4. Kap., Rn. 14.

<sup>34</sup> Marckmann, Ethik Med 2010, 207 (214).

<sup>35</sup> Grüner, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, 2017, S. 226.

<sup>36</sup> Kloepfer, Einführung, in: Kloepfer (Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, Schriften zum Katastrophenrecht, Band 4, Baden-Baden 2011, S. 9 (18).

<sup>37</sup> Marckmann, Ethik Med 2010, 207 (211).

Impfquote eintritt.<sup>38</sup> Eine Herdenimmunität greift nur für von Mensch zu Mensch übertragbare Krankheiten.<sup>39</sup> Die Spannung ergibt sich mithin zwischen einer möglichen solidarischen Einstandspflicht und der persönlichen Entscheidungsfreiheit über das „Ob“ einer Impfung und der Inkaufnahme gesundheitlicher Risiken und Nebenwirkungen. Es ist daher abzuwägen, welchem Gut ein höheres Gewicht beizumessen ist. Hierbei ergibt sich, dass angesichts der Vielseitigkeit übertragbarer Krankheiten und Impfungen mit unterschiedlichen Nebenwirkungen eine allgemeine Beantwortung der Frage, wie das Spannungsverhältnis zwischen Solidarität und Eigenverantwortung zu beurteilen ist, nicht möglich ist. Vielmehr bedarf es einer differenzierten Betrachtung unter Abwägung der Interessenlagen im Einzelfall. Daraus folgt, dass unter Umständen das Solidaritätsbedürfnis derart stark zu gewichten, dass die Selbstbestimmung dahinter zurücktritt, während in anderen Konstellationen eine derartige Einschränkung nicht angemessen wäre.

## 5. Zwischenergebnis

Festzustellen ist, dass Impfungen eine effektive Maßnahme zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten sind. Jedoch ist zu beachten, dass ein Impfwang zu einem Konflikt zwischen Eigen- und Fremddinteressen führen kann. Mitunter kann ein Impfwang eine negative Einstellung zu Impfungen hervorrufen und Proteste herbeiführen, sodass eine Abwägung der Chancen und Risiken des spezifischen Impfwangs erforderlich ist. Bei dem Thema Impfungen handelt es sich aufgrund des Gesundheitsbezuges um ein emotional geladenes Thema. Die bisherigen Impferfolge können durch einen Impfwang manifestiert werden. Ein Impfwang kann zur Ausrottung gefährlicher, übertragbarer Krankheiten beitragen und die Volksgesundheit fördern. Gleichzeitig bedarf es einer bedachten Herangehensweise, um möglichen Widerständen keinen Vorschub zu leisten und die Effektivität von Impfprogrammen nicht zu gefährden. Ein Impfwang birgt damit ein großes Potenzial und kann sich als effektive Maßnahme zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten erweisen. Jedoch ist ein Impfwang neben Maßnahmen zur Steigerung der Impfbereitschaft durch Aufklärung, finanzielle oder anderweitige Anreize eine Option, die aufgrund der Härte als *ultima ratio* anzusehen ist. Durch eine bedachte Einführung eines

Impfwangs lassen sich der Nutzen und das Potenzial von Impfungen ausschöpfen. Insgesamt kann ein Impfwang als Maßnahme zur Steigerung der Impfquote einen ethischen, wirtschaftlichen und gesundheitlichen Nutzen entfalten.

## II. Rechtliche Realisierbarkeit

Der dargestellte Nutzen führt zu der Frage der rechtlichen Realisierbarkeit eines Impfwangs nach der geltenden Rechtslage. Es ist zu differenzieren zwischen der staatlichen und der privatrechtlichen Einführung eines Impfwangs.

### 1. Staatliche Einführung eines Impfwangs

**a) Regelungskompetenz und derzeitige Rechtslage**  
Gem. Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 19 GG liegt die Gesetzgebungskompetenz für Maßnahmen gegen gemeingefährliche und übertragbare Krankheiten bei Menschen im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung beim Bund. Die Realisierung eines Impfwangs kommt durch die Nutzung einer Rechtsverordnungsermächtigung nach § 20 Abs. 6 S. 1 oder Abs. 7 IfSG, den Erlass eines speziellen Impfpflichtgesetzes oder eine indirekte Animierung zur Impfung in Betracht.<sup>40</sup> Zu differenzieren ist zwischen einem beschränkten und einem generellen Impfwang.

#### aa) Beschränkter Impfwang im Seuchenfall

Fraglich ist, ob die Einführung eines beschränkten Impfwangs im Seuchenfall möglich ist. Abzustellen ist auf § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG. Gem. § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG wird das Bundesgesundheitsministerium ermächtigt, durch Rechtsverordnung für bedrohte Teile der Bevölkerung die Teilnahme an Impfungen anzuordnen, wenn eine übertragbare Krankheit mit klinisch schwerer Verlaufsform auftritt und mit ihrer epidemischen Verbreitung zu rechnen ist. Die Ermächtigung erfasst mithin nur bestimmte Situationen.

Es müsste eine übertragbare Krankheit mit klinisch schwerem Verlauf vorliegen. Eine übertragbare Krankheit ist gem. § 2 Nr. 3 IfSG eine durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden, verursachte Krankheit. Klinisch schwere Verlaufsformen sind gegeben, wenn mit der Krankheit schwere gesundheitliche Folgen einhergehen.<sup>41</sup> Überdies müsste mit einer epidemischen Verbreitung zu

<sup>38</sup> Gebhard, in: Kießling, IfSG, § 20, Rn. 5; Amhaouach/Kießling, MedR 2019, 853 (854); Marckmann, Bundesgesundheitsblatt 2008, 175 (176).

<sup>39</sup> Marckmann, Bundesgesundheitsblatt 2008, 175 (176).

<sup>40</sup> Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, S. 84.

<sup>41</sup> Gebhard, in: Kießling, IfSG, § 20, Rn. 27.

rechnen sein. Eine epidemische Lage von nationaler Tragweite liegt gem. § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG vor, wenn eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit besteht, weil die WHO eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite ausgerufen hat und die Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit droht oder eine dynamische Ausbreitung einer solchen Krankheit droht oder stattfindet. Eine epidemische Verbreitung erfordert mithin eine ernsthafte Bedrohung durch eine übertragbare Krankheit. Folglich ermächtigt § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG, subsidiär für die Länder § 20 Abs. 7 IfSG, zur Einführung eines beschränkten Impfwangs. Der parlamentarische Gesetzgeber hat Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung hinreichend klar gefasst und in § 20 Abs. 6 IfSG über die Zulässigkeit eines Impfwangs entschieden und damit dem Wesentlichkeitsgrundsatz und dem Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG genügt.<sup>42</sup> Die präzise Regelung erfüllt den Parlamentsvorbehalt.<sup>43</sup> Unter den Voraussetzungen des § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG ist damit die staatliche Einführung eines beschränkten Impfwangs durch Rechtsverordnung möglich. Zudem kann ein Impfwang durch eine spezialgesetzliche Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber eingeführt werden.<sup>44</sup>

#### bb) Genereller Impfwang

Auch hinsichtlich eines generellen Impfwangs ließe sich zunächst an § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG denken. Abhängig von der Krankheit und deren Verbreitung könnte man annehmen, dass bedrohte Teile der Bevölkerung auch die gesamte Bevölkerung meinen kann.<sup>45</sup> Dies erscheint vor dem Hintergrund der schnelleren Reaktionsmöglichkeit und damit größeren Effektivität sinnvoll.<sup>46</sup> Dagegen spricht jedoch der Wortlaut des § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG, der explizit Teile nennt, sodass große Teile gemeint sein können, die gesamte Bevölkerung hingegen nicht vom Wortlaut gedeckt ist.<sup>47</sup> Als Anknüpfung kommen Altersgruppen, Berufsgruppen oder Personen in bestimmten Regionen in Betracht.<sup>48</sup>

Somit ermächtigt § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG nicht zur Einführung eines generellen Impfwangs. Dafür bedarf es einer gesetzlichen Regelung, die eine Einführung unabhängig von Beschränkungen auf Teile der Bevölkerung erlaubt. Eine solche sieht das deutsche Recht nicht vor. Eine Grundlage für die Einführung eines generellen Impfwangs ist somit derzeit nicht gegeben, ließe sich jedoch durch den Gesetzgeber neu einführen.

#### b) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Impfwangs

Fraglich ist, ob ein Impfwang verfassungskonform ist. Bedenken ergeben sich in materieller Hinsicht bei dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, der Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG, dem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Je nach Ausgestaltung des Impfwangs sind verschiedene Grundrechte betroffen.<sup>49</sup> Im Folgenden wird die grundsätzliche Möglichkeit der Vereinbarkeit mit diesen Grundrechten untersucht.

##### aa) Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Die staatliche Einführung eines Impfwangs könnte einen Verstoß gegen das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG darstellen.

##### (1) Recht auf körperliche Unversehrtheit

Zu untersuchen ist zunächst die Vereinbarkeit mit dem Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.

Körperliche Unversehrtheit meint Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinne.<sup>50</sup> Erfasst sind die Gesundheit, das körperliche Wohlbefinden und die

<sup>42</sup> Schaks/Krahnert, MedR 2015, 860 (863); Grüner, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, 2017, S. 215.

<sup>43</sup> Grüner, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, 2017, S. 214.

<sup>44</sup> Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, S. 84.

<sup>45</sup> Stebner/Bothe, MedR 2003, 287; Zuck, ZRP 2017, 118 (119); Schaks, in: Kluckert (Hrsg.), Infektionsschutzrecht, § 14, Rn. 25; Grüner, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, 2017, S. 217 f.

<sup>46</sup> Schaks, in: Kluckert (Hrsg.), Infektionsschutzrecht, § 14, Rn. 25.

<sup>47</sup> Rixen, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), IfSG, Kap. 5, Rn. 25; Gebhard, in: Kießling, IfSG, § 20, Rn. 29.

<sup>48</sup> Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, S. 86.

<sup>49</sup> Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (430).

<sup>50</sup> BVerfGE 56, 54 (73 ff.); Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Band I, Präambel, Artikel 1 – 19, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 2 Abs. 2, Rn. 34.

körperliche Integrität.<sup>51</sup> Geschützt wird auch die Freiheit von Schmerzen.<sup>52</sup> Impfungen gehen mit Nebenwirkungsrisiken und Impfreaktionen einher.<sup>53</sup> Damit berührt ein Impfwang die körperliche Integrität, sodass der Schutzbereich eröffnet ist.

Ein Eingriff liegt vor, wenn eine beeinträchtigende Wirkung auf den Körper erfolgt, Schmerzen zugefügt werden oder die Gesundheit beeinträchtigt oder gefährdet wird.<sup>54</sup> Bei einer Impfung werden dem Körper Impfstoffe und damit nach § 4 Abs. 4 AMG Arzneimittel i.S.d. § 2 Abs. 1 AMG, die zur Erzeugung von Abwehr- und Schutzstoffen angewendet werden, zugeführt. Das Zuführen von Stoffen kann eine Beeinträchtigung darstellen.<sup>55</sup> Aus den Nebenwirkungen ergibt sich eine Gesundheitsgefährdung. Bei einer Injektionsimpfung ist zudem der Einstich der Nadel schmerzhaft, so dass die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt wird.<sup>56</sup> Die gezielte staatliche Beeinträchtigung gegen den Willen wie bei einem Impfwang ist ein Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit.<sup>57</sup> Ein Eingriff liegt nicht nur in der unmittelbaren Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, sondern auch in Nachteilen, die mit der Impfverweigerung einhergehen.<sup>58</sup>

Fraglich ist, ob der Eingriff zu rechtfertigen ist. Gem. Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG darf in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG steht unter einfachem Gesetzesvorbehalt.<sup>59</sup> Wie ausgeführt ermächtigt § 20 Abs. 6 S. 1 bzw. § 20 Abs. 7 IfSG zur Einführung eines beschränkten Impfwangs. Gem. § 20 Abs. 14 IfSG kann das Grundrecht der körperlichen

Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eingeschränkt werden. Zudem kommt eine spezialgesetzliche Schranke in Betracht.

Ferner müsste der Impfwang dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Dazu müsste dieser zunächst einen legitimen Zweck verfolgen. Ein Zweck ist legitim, wenn er auf das Gemeinwohl gerichtet ist.<sup>60</sup> Dem Staat kommt eine Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gegenüber den Bürgern zu.<sup>61</sup> Der legitime Zweck des Impfwangs kann jedoch nicht im Individualschutz des Impflings liegen.<sup>62</sup> Es handelt sich grundsätzlich um die Entscheidung des Impflings, wobei eine Impfung angesichts des Rechts, sich selbst zu gefährden, abgelehnt werden kann.<sup>63</sup> Indes bewirkt eine Impfung nicht nur den Schutz des Impflings, sondern kann über die Herdenimmunität zur Unterbrechung der Infektionsrate führen und einen Schutz für die gesamte Bevölkerung bieten.<sup>64</sup> Eine Herdenimmunität kann zudem zur Ausrottung einer Krankheit führen.<sup>65</sup> Dadurch können Menschen geschützt werden, die nicht geimpft werden können. Mithin liegt der legitime Zweck in der Volksgesundheit. Zudem kommt über den Schutz vulnerabler Gruppen über die Herdenimmunität das Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG als rechtfertigender Belang hinzu.<sup>66</sup> Damit wird ein öffentliches Interesse verfolgt.

Ein Impfwang müsste auch geeignet sein. Eine Maßnahme ist geeignet, wenn sie den Zweck fördert.<sup>67</sup> Dazu müsste die Impfung zum Impfschutz führen, wobei es auf die Krankheit ankommt.<sup>68</sup> Ein Impfwang kann die Impfquote der Bevölkerung steigern.<sup>69</sup> Damit wird das Erreichen der Herdenimmunität gefördert.

<sup>51</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 16. Aufl., München 2020, Art. 2, Rn. 83; Lang, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 46. Edition, Stand: 15.02.2021, München 2021, Art. 2, Rn. 62.

<sup>52</sup> Rixen, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl., München 2021, Art. 2, Rn. 150; Lang, in: BeckOK GG, Art. 2, Rn. 62a.

<sup>53</sup> Grüner, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, 2017, S. 218.

<sup>54</sup> Rixen, in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 154; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2, Rn. 87.

<sup>55</sup> Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 2 Abs. 2, Rn. 34; Rixen, in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 154.

<sup>56</sup> Amhaouach/Kießling, MedR 2019, 853 (858); Komp/Thrun, JA 2020, 195 (201).

<sup>57</sup> BVerwG, NJW 1959, 2325; Zuck, ZRP 2017, 118 (119); Lang, in: BeckOK GG, Art. 2, Rn. 67.

<sup>58</sup> Rixen, in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 157.

<sup>59</sup> Rixen, in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 164; Lang, in: BeckOK GG, Art. 2, Rn. 68.

<sup>60</sup> Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20, Rn. 149.

<sup>61</sup> Rixen, in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 188 f.; Lang, in: BeckOK GG, Art. 2, Rn. 74.

<sup>62</sup> Grüner, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, 2017, S. 260; Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (432).

<sup>63</sup> Vgl. BVerfGE 128, 282 (304); Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (432).

<sup>64</sup> Amhaouach/Kießling, MedR 2019, 853 (854); Grüner, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, 2017, S. 236.

<sup>65</sup> Amhaouach/Kießling, MedR 2019, 853 (854).

<sup>66</sup> Schaks, in: Kluckert (Hrsg.), Infektionsschutzrecht, § 14, Rn. 31.

<sup>67</sup> BVerfGE 30, 292 (316); BVerfGE 115, 276 (308); Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, 17. Aufl., München 2020, Rn. 209.

<sup>68</sup> Grüner, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, 2017, S. 237.

<sup>69</sup> Zuck, ZRP 2017, 118 (120 f.).

Impfungen gehören laut der STIKO zu den wirksamsten präventiven medizinischen Maßnahmen.<sup>70</sup> Zudem kommt dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungsspielraum zu.<sup>71</sup> Folglich kann ein Impfwang abhängig von den Einzelfallumständen ein geeignetes Mittel darstellen.

Überdies müsste ein Impfwang erforderlich sein. Dazu dürfte kein milderes, ebenso effektives Mittel verfügbar sein.<sup>72</sup> Zu denken wäre an eine Impfempfehlung.<sup>73</sup> Gem. § 20 Abs. 2 S. 3 IfSG gibt die STIKO Empfehlungen zur Durchführung von Impfungen. Die STIKO passt ihre Empfehlungen regelmäßig an.<sup>74</sup> Diese haben keine unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit.<sup>75</sup> Gegenüber dem Zwang ist die Freiwilligkeit milder. Fraglich ist jedoch, ob eine Empfehlung ebenso effektiv ist. Für die Nichtbefolgung des Impfwangs enthält § 73 Abs. 1 Nr. 24 IfSG eine Bußgeldvorschrift. Dadurch wird der Druck im Vergleich zur freiwilligen Impfung erhöht. Bei einer Empfehlung ist mit einer geringeren Impfquote zu rechnen als bei einem Impfwang. Damit wird das Erreichen der Herdenimmunität nicht gleichsam gefördert. Daraus folgt ein höheres Übertragungsrisiko und damit ein geringerer Schutz für Ungeimpfte. Folglich ist eine Impfempfehlung nicht ebenso effektiv.<sup>76</sup> Möglich wäre eine verstärkte Krankheitsaufklärung.<sup>77</sup> Durch ein Bewusstsein über die Krankheitsfolgen könnte die Impfbereitschaft gesteigert werden.<sup>78</sup> Denkbar wären zudem finanzielle Anreize zur Steigerung der Impfbereitschaft.<sup>79</sup> Eine positive Einstellung zum Thema Impfen kann zur Steigerung der Impfquote beitragen, ist jedoch nicht zwingend geeignet, genügend Bürger zur freiwilligen Impfung zu bewegen, um die für die Herdenimmunität erforderliche Impfquote zu erreichen.<sup>80</sup> Demnach erweisen sich diese Mittel nicht als ebenso effektiv wie ein Impfwang. Ferner kann durch eine Verbesserung der Hygienestandards das

Übertragungsrisiko verringert werden.<sup>81</sup> Jedoch bietet eine Verminderung des Übertragungsrisikos keinen ebenso starken Schutz wie eine Herdenimmunität, durch welche die Ausrottung einer Krankheit bewirkt werden kann. Zudem ist die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zu beachten. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass zur Verringerung des Übertragungsrisikos je nach Krankheit Schutzmaßnahmen greifen, die eine einschränkende Wirkung haben können. Jedoch sind entsprechende Maßnahmen nicht gleich effektiv, sodass keine gegenüber dem Impfwang milderen, ebenso effektive Mittel ersichtlich sind. Damit kann sich ein Impfwang als erforderlich erweisen.

Ferner müsste ein solcher angemessen sein. Eine Maßnahme ist angemessen, wenn in der Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und Gewicht und Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt.<sup>82</sup> Insbesondere in der Angemessenheit zeigt sich, dass die Frage der Verfassungsmäßigkeit eines Impfwangs nicht allgemein, sondern einzelfallabhängig zu beurteilen ist. Ein Impfwang kann nur bei deutlichem Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Seuchenbekämpfung im Rahmen der Abwägung mit den Risiken gerechtfertigt werden.<sup>83</sup> Eine Abwägung muss zwischen dem Eingriff in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und der Volksgesundheit erfolgen. Bei der Volksgesundheit handelt es sich um ein Schutzgut hohen Ranges.<sup>84</sup> Die konkurrierenden Grundrechte sind im Wege der praktischen Konkordanz gegeneinander abzuwiegen.<sup>85</sup> Für die Verhältnismäßigkeit ist nicht allein die Verabreichung des Impfstoffs selbst zu beachten, die als Bagatelle einzustufen wäre, sondern auch die möglichen

<sup>70</sup> Robert Koch-Institut, Epidemiologisches Bulletin 2018, 335; Eufinger, GesR 2021, 69 (71).

<sup>71</sup> BVerfGE 77, 84 (106); BVerwG, NJW 1959, 2325; Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20, Rn. 151.

<sup>72</sup> Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20, Rn. 152; Huster/Rux, in: BeckOK GG, Art. 20, Rn. 196.

<sup>73</sup> Eufinger, GesR 2021, 69 (71).

<sup>74</sup> Gebhard, in: Kießling, IfSG, § 20, Rn. 12; Amhaouach/Kießling, MedR 2019, 853.

<sup>75</sup> Gebhard, in: Kießling, IfSG, § 20, Rn. 17; Zuck, MedR 2008, 410 (411); Amhaouach/Kießling, MedR 2019, 853 (855).

<sup>76</sup> Eufinger, GesR 2021, 69 (71).

<sup>77</sup> Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (432); Marckmann, Ethik Med 2010, 207 (214).

<sup>78</sup> Grüner, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, 2017, S. 238.

<sup>79</sup> Wolff/Zimmermann, NVwZ 2021, 182 (185); Grüner, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, 2017, S. 238.

<sup>80</sup> Grüner, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, 2017, S. 238 f.

<sup>81</sup> Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (432).

<sup>82</sup> BVerfGE 13, 97 (113); Huster/Rux, in: BeckOK GG, Art. 20, Rn. 197; Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20, Rn. 154; Manssen, Staatsrecht II, Rn. 214.

<sup>83</sup> Rixen, in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 186.

<sup>84</sup> BVerfGE 7, 377 (414); Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (433).

<sup>85</sup> Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (431).

Folgen der Impfung.<sup>86</sup> Für die Angemessenheit sind Faktoren wie die Schwere der Krankheit, die bestehende und erforderliche Impfquote für eine Herdenimmunität, sowie das Ausmaß der Gefährdung derer, die selbst nicht geimpft werden können, zu berücksichtigen. Auch mögliche wirtschaftliche Auswirkungen sind zu erwägen. Ferner ist von Belang, dass das finanzielle Risiko des Impflings durch Impfschäden nach § 60 IfSG durch staatliche Versorgungsleistungen abgedeckt wird.<sup>87</sup> Die Rechtfertigung eines Impfzwangs ist nur zur Verhinderung ansteckender Krankheiten, die eine schwere Bedrohung für Leben und Gesundheit der Bevölkerung darstellen, möglich.<sup>88</sup> Daran gemessen wäre etwa ein Impfzwang gegen Schnupfen nicht zu rechtfertigen.<sup>89</sup>

Der Wesensgehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG wird durch einen Impfzwang, der gerade der Erhaltung der Unversehrtheit dient, nicht angetastet.<sup>90</sup> Insgesamt ist die Vereinbarkeit eines Impfzwangs mit dem Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG im jeweiligen Einzelfall zu prüfen. Es besteht keine generelle Unvereinbarkeit.

## (2) Recht auf Leben

Zudem stellt sich die Frage, ob ein Impfzwang mit dem von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützten Recht auf Leben vereinbar sein kann. Leben meint die biologisch-physische Existenz.<sup>91</sup> Der Schutzbereich ist eröffnet, wenn mit der verpflichtenden Impfung ein Risiko für das Leben einhergeht, die Impfung mithin zum Tod führen kann.<sup>92</sup> Ob die Impfung eine letale Wirkung entfalten kann, ist eine impfstoffabhängige Frage des konkreten Impfzwangs. Ein Eingriff in das Recht auf Leben ist gegeben, wenn eine rechtliche oder faktische Maßnahme der öffentlichen Gewalt unmittelbar, mittelbar, beabsichtigt oder unbeabsichtigt den Tod eines Menschen herbeiführt.<sup>93</sup> Ein Eingriff

liegt dabei bereits bei einer ernsthaften Gefährdung vor.<sup>94</sup> Daraus ergibt sich, dass eine Betrachtung der Impfrisiken erforderlich ist. Eine ernsthafte Gefährdung kann dabei erst ab einer bestimmten Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer tödlichen Nebenwirkung angenommen werden.<sup>95</sup> Bringt die angeordnete Impfung hingegen nur ein äußerst geringes Risiko einer Todesfolge mit sich, welches statistisch als nicht signifikant einzustufen ist, so ist ein Eingriff in das Recht auf Leben mangels ernsthafter Gefährdung abzulehnen. Das Vorliegen eines Eingriffs in das Recht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG durch einen Impfzwang kann demnach nicht allgemein festgestellt werden, sondern hängt von den jeweiligen Umständen des konkreten Impfzwangs ab. Für den Fall, dass ein Eingriff zu bejahen ist, erweist sich eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung angesichts der tragkräftigen Bedeutung des Grundrechts als schwierig, jedoch ist eine Rechtfertigung nicht ausgeschlossen.<sup>96</sup> Unter bestimmten Voraussetzungen wie der Notwendigkeit zur Erhaltung der menschlichen Existenz oder des Bestands des Staates kann ein Eingriff in das Recht auf Leben als *ultima ratio* gerechtfertigt sein.<sup>97</sup> Dies bleibt eine Frage der Einzelfallabwägung. Eine generelle Unvereinbarkeit eines Impfzwangs mit dem Recht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist abzulehnen.

## bb) Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Überdies ist die Vereinbarkeit mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu prüfen. Entgegen der ursprünglichen Ableitung aus Art. 2 Abs. 1 GG wird dieses nunmehr aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitet.<sup>98</sup> Es beinhaltet ein Verfügungsrecht über den eigenen Körper.<sup>99</sup> Geschützt wird das Recht des Patienten, über das „Ob“ und „Wie“ einer Behandlung zu

<sup>86</sup> Zuck, ZRP 2017, 118 (120); Grüner, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, 2017, S. 234 f.; Wolff/Zimmermann, NVwZ 2021, 182 f.

<sup>87</sup> Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (432).

<sup>88</sup> Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Artikel 1 – 19, 7. Aufl., München 2018, Art. 2, Rn. 222.

<sup>89</sup> Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 2, Rn. 222.

<sup>90</sup> BVerwG, NJW 1959, 2325; vgl. BGH, Gutachten vom 25.1.1952, Az. VRG 5/51, Rn. 8 (juris).

<sup>91</sup> BVerfGE 115, 118 (139); Lang, in: BeckOK GG, Art. 2, Rn. 58.

<sup>92</sup> Vgl. Rixen, in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 160 f.

<sup>93</sup> Lang, in: BeckOK GG, Art. 2, Rn. 65; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 2 Abs. 2, Rn. 44.

<sup>94</sup> BVerfGE 51, 324 (347); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2, Rn. 89.

<sup>95</sup> Vgl. Rixen, in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 175.

<sup>96</sup> Steiner, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Aufl., München 2018, Art. 2 GG, Rn. 13.

<sup>97</sup> Vgl. Lang, in: BeckOK GG, Art. 2, Rn. 71 f.; Steiner, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, Art. 2 GG, Rn. 13.

<sup>98</sup> BVerfGE 89, 120 (130); BVerfGE 52, 131 (174 f.); BVerfGE 128, 282 (302); Steiner, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, Art. 2 GG, Rn. 14; Lang, in: BeckOK GG, Art. 2, Rn. 63.

<sup>99</sup> Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Band I, 92. Ergänzungslieferung, Stand: August 2020, München 2020, Art. 2 Abs. 1, Rn. 204.

entscheiden.<sup>100</sup> Damit stellt ein Impfwang, der dem Betroffenen die Entscheidungsfreiheit über das „Ob“ entzieht, einen Eingriff dar. Jedoch steht dieses Recht unter dem Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG.<sup>101</sup> Eine Rechtfertigung ist zugunsten der Volksgesundheit möglich. Insoweit tritt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten abhängig von der Ausgestaltung des Impfwangs hinter der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zurück. Im Wege der praktischen Konkordanz wäre dem Betroffenen jedoch zur Milderung des Eingriffs eine Wahl unter verschiedenen verfügbaren Impfstoffen zuzubilligen. Insgesamt stellt ein Impfwang damit nicht zwingend einen Verstoß gegen das Selbstbestimmungsrecht des Patienten dar.

### cc) Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG

Fraglich ist, ob ein Impfwang gegen Art. 4 Abs. 1 GG verstößt. Art. 4 Abs. 1 GG bildet mit Art. 4 Abs. 2 GG einen einheitlichen Schutzbereich der Religions- und Weltanschauungsfreiheit.<sup>102</sup> Geschützt werden religiöse und weltanschauliche Überzeugungen.<sup>103</sup> Ein Eingriff liegt vor, wenn der Impfwang mit den religiösen oder ethisch-moralischen Anschauungen kollidiert und eine Impfung daher verweigert wird.<sup>104</sup> Art. 4 Abs. 1 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt, findet jedoch Schranken in kollidierendem Verfassungsrecht.<sup>105</sup> Eine Schranke findet sich in dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit derer, die nicht selbst geimpft werden können.<sup>106</sup> Die Volksgesundheit ist als wichtiger Belang des Allgemeinwohls anerkannt.<sup>107</sup> Mithin kann ein Impfwang unter Abwägung der Interessen gerechtfertigt sein. Es liegen keine gesicherten Statistiken über Impfverweigerungen aus religiösen Gründen vor, sodass anzunehmen ist, dass

Impfungen in Deutschland mit vielen religiösen Ansichten vereinbar und nicht als problematisch einzustufen sind.<sup>108</sup> Unvereinbarkeiten sind in Deutschland seltener als in Ländern, in denen etwa das orthodoxe Judentum stärker vertreten ist.<sup>109</sup> Im Einzelfall kann, wenn der Zweck des Impfwangs auch erreicht werden kann, wenn einzelne Personen keinen Impfschutz haben, die Befreiung aus religiösen Gründen geboten sein.<sup>110</sup> Dies dürfte jedoch regelmäßig nicht anzunehmen sein.<sup>111</sup> Bei einer Gefährdung der Effektivität der Impfkampagne bei zu weiten Ausnahmen ist die Befreiung von dem Impfwang aus religiösen Gründen oder Weltanschauungsgründen zugunsten der Volksgesundheit abzulehnen.<sup>112</sup> Folglich kann ein Impfwang mit Art. 4 Abs. 1 GG vereinbar sein.

### dd) Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

Bedenken ergeben sich hinsichtlich des Rechts auf Kinderpflege und -erziehung aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG statuiert das Elternrecht.<sup>113</sup> Hierbei handelt es sich um ein Abwehrrecht der Eltern gegen staatliche Eingriffe in die Erziehung und Pflege der Kinder.<sup>114</sup> Unter Pflege fällt auch die Gesundheitsfürsorge und damit die Entscheidung über medizinische Maßnahmen.<sup>115</sup> Den Eltern wird ein weiter Entscheidungsspielraum eingeräumt.<sup>116</sup> Geschützt werden auch Entscheidungen, die dem medizinischen Standard nicht entsprechen.<sup>117</sup> Eine Grenze findet sich in der Bindung an das Wohl des Kindes.<sup>118</sup> Die Entscheidung über eine Impfung fällt damit in den Bereich des Elternrechts, sodass der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eröffnet ist. Ein Impfwang nimmt den Eltern die Möglichkeit, über das „Ob“ einer Impfung zu entscheiden und stellt damit einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

<sup>100</sup> Steiner, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, Art. 2 GG, Rn. 14; Lang, in: BeckOK GG, Art. 2, Rn. 63a.

<sup>101</sup> BVerfGE 89, 120 (130).

<sup>102</sup> Germann, in: BeckOK GG, Art. 4, Rn. 7; Wolff, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar, 12. Aufl., Baden-Baden 2018, Art. 4, Rn. 3.

<sup>103</sup> Wolff, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 4, Rn. 5.

<sup>104</sup> Komp/Thrun, JA 2020, 195 (201).

<sup>105</sup> BVerfGE 28, 243 (261); Germann, in: BeckOK GG, Art. 4, Rn. 9.

<sup>106</sup> Komp/Thrun, JA 2020, 195 (201).

<sup>107</sup> Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (433); Wolff, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 4, Rn. 14.

<sup>108</sup> Komp/Thrun, JA 2020, 195 (201).

<sup>109</sup> Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (432).

<sup>110</sup> Morlok, in: Dreier, GG, Art. 4, Rn. 155; Schaks/Krahmert, MedR 2015, 860 (866).

<sup>111</sup> Morlok, in: Dreier, GG, Art. 4, Rn. 155.

<sup>112</sup> Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (433); Stebner/Bothe, MedR 2003, 287 (288).

<sup>113</sup> Uhle, in: BeckOK GG, Art. 6, Rn. 47.

<sup>114</sup> Uhle, in: BeckOK GG, Art. 6, Rn. 48.

<sup>115</sup> Uhle, in: BeckOK GG, Art. 6, Rn. 54; Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (433); Komp/Thrun, JA 2020, 195 (197); Amhaouach/Kießling, MedR 2019, 853 (859).

<sup>116</sup> Heiderhoff, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel bis Art. 69, 7. Aufl., München 2021, Art. 6, Rn. 176; Komp/Thrun, JA 2020, 195 (197).

<sup>117</sup> Komp/Thrun, JA 2020, 195 (197).

<sup>118</sup> BVerfGE 60, 79 (88); Müller-Terpitz, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, Art. 6 GG, Rn. 16.

dar.<sup>119</sup> Fraglich ist, ob dieser Eingriff gerechtfertigt ist. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG unterliegt keinem allgemeinen Gesetzesvorbehalt, kann jedoch aufgrund verfassungsimmanenter Schranken beschränkt werden.<sup>120</sup> Im Kollisionsfall geht das Wohl des Kindes dem Elternrecht vor.<sup>121</sup> Das staatliche Wächteramt nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG verpflichtet den Staat, das Wohl des Kindes sicherzustellen und erlaubt zu diesem Zweck in das Elternrecht einzugreifen.<sup>122</sup> Ein Impfwang dient dem zu impfenden Kind selbst und den kontraindizierten Personen, die auf den Schutz der Herdenimmunität angewiesen sind, sodass Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als verfassungsimmanente Schranke heranzuziehen ist.<sup>123</sup> Demnach ist bei einem Impfwang das Elternrecht mit der staatlichen Schutzpflicht und der Bedeutung der zu schützenden Rechtsgüter in praktischer Konkordanz auszugleichen. Wie ausgeführt stellen der Schutz kontraindizierter Personen und die Volksgesundheit wichtige Güter dar, sodass ein legitimer Zweck besteht. Die Geeignetheit eines Impfwangs erfordert wie dargestellt eine impfwangabhängige Beurteilung. Gleiches gilt für die Erforderlichkeit und Angemessenheit. In der Abwägung ergeben sich dieselben Argumente wie im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, sodass auf die obigen Ausführungen verwiesen wird. Eine Besonderheit hinsichtlich des Elternrechts liegt darin, dass der Handlungsspielraum der Eltern nur in geringem Umfang eingeschränkt wird, wenn man bedenkt, dass der Eingriff auf die Durchführung einer Impfung hinausläuft, die zugleich dem Wohl des Kindes dient.<sup>124</sup> Das Elternrecht orientiert sich am Wohl des Kindes und wird im Falle eines Impfwangs auch zu diesem Zwecke eingeschränkt.<sup>125</sup> Mithin ist eine Rechtfertigung des Eingriffs in das Elternrecht durch einen Impfwang in bestimmten Fällen im Hinblick auf das Wohl des Kindes möglich. Folglich kann ein Impfwang mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar sein.

### ee) Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG

Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG können sich ergeben, wenn ein Impfwang an bestimmte Berufe anknüpft. Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit und stellt ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit dar.<sup>126</sup> Beruf ist jede auf Dauer ausgeübte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient.<sup>127</sup> In Berufen, die mit einem höheren Infektions- oder Übertragungsrisiko einhergehen, kann eine Impfung medizinisch sinnvoll sein.<sup>128</sup> Sofern die Möglichkeit genommen wird, ohne Impfnachweis einen bestimmten Beruf auszuüben, liegt darin ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>129</sup> Gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann die Berufsausübung durch oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Angesichts der Ermächtigungsgrundlage zur Einführung eines Impfwangs in § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG ist dieses Erfordernis erfüllt. Darüber hinaus könnte ein Impfwang durch Erlass eines Gesetzes eingeführt werden. In materieller Hinsicht handelt es sich bei einem Impfwang um einen mittelbaren Eingriff mit subjektiv berufsregelnder Tendenz.<sup>130</sup> Eine solche Beschränkung kann nur durch überragende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden.<sup>131</sup> Wie ausgeführt stellt die Volksgesundheit ein solches überragend wichtiges Gut dar.<sup>132</sup> Im Falle eines Impfwangs für bereits in dem Beruf Beschäftigte ist zur Wahrung der Angemessenheit eine bestimmte Übergangszeit zu fordern.<sup>133</sup> Sodann stünde es Betroffenen frei, sich impfen zu lassen, um weiter in dem Beruf tätig sein zu können, oder sich hinsichtlich der Tätigkeit umzuorientieren, um eine Impfung zu umgehen. Folglich ergibt sich, dass ein Impfwang je nach Ausgestaltung einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG darstellen kann, der aber zugunsten der Volksgesundheit gerechtfertigt sein kann.

<sup>119</sup> Heiderhoff, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 6, Rn. 176; *Komp/Thrun*, JA 2020, 195 (197).

<sup>120</sup> BVerfGE 135, 48 (84); *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 6, Rn. 171.

<sup>121</sup> BVerfGE 99, 145 (156); *Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 483.

<sup>122</sup> BVerfGE 24, 119 (144); *Antoni*, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 6, Rn. 18.

<sup>123</sup> *Komp/Thrun*, JA 2020, 195 (197).

<sup>124</sup> *Komp/Thrun*, JA 2020, 195 (200).

<sup>125</sup> *Komp/Thrun*, JA 2020, 195 (200).

<sup>126</sup> BVerfGE 92, 140 (151); *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Rn. 266.

<sup>127</sup> *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn. 5; *Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 628.

<sup>128</sup> *Makoski/Netzer-Nawrocki*, GesR 2020, 427 (433).

<sup>129</sup> *Makoski/Netzer-Nawrocki*, GesR 2020, 427 (433).

<sup>130</sup> *Makoski/Netzer-Nawrocki*, GesR 2020, 427 (433).

<sup>131</sup> BVerfGE 7, 377 (406); *Makoski/Netzer-Nawrocki*, GesR 2020, 427 (433).

<sup>132</sup> BVerfGE 7, 377 (414); *Makoski/Netzer-Nawrocki*, GesR 2020, 427 (433).

<sup>133</sup> *Makoski/Netzer-Nawrocki*, GesR 2020, 427 (433).

**ff) Allgemeiner Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG**

Ferner ist die Vereinbarkeit eines Impfwangs mit Art. 3 Abs. 1 GG zu thematisieren. Nach dem allgemeinen Gleichheitssatz ist es verboten, gleiche Sachverhalte ungleich oder ungleiche Sachverhalte gleich zu behandeln, sofern ein abweichendes Vorgehen keiner sachlichen Rechtfertigung unterliegt.<sup>134</sup> Zu differenzieren ist zwischen einem generellen und beschränkten Impfwang. Während einem generellen Impfwang die gesamte Bevölkerung unterliegt, werden von einem beschränkten Impfwang nur Teile der Bevölkerung erfasst. Eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung liegt vor, wenn wesentlich Gleiches willkürlich ungleich behandelt wird.<sup>135</sup> Zunächst bedarf es zwei wesentlich gleicher Fallgestaltungen. Art. 3 Abs. 1 GG verlangt keine vollkommene Gleichheit, sodass Gleichheit im Sinne von Vergleichbarkeit zu verstehen ist.<sup>136</sup> Dafür bedarf es eines Oberbegriffs, unter den die Personen, Gruppen oder Situationen fallen.<sup>137</sup> Bei einem beschränkten Impfwang werden Teile der Bevölkerung anders behandelt als der Rest der Bevölkerung. Angesichts des bezweckten Schutzes vor übertragbaren Krankheiten findet sich ein gemeinsamer Oberbegriff in den Ansteckungsgefährdeten. Es müsste eine Ungleichbehandlung der unter den Oberbegriff fallenden Personengruppen anhand eines Unterscheidungsmerkmals erfolgen. Als Differenzierungskriterium kommen etwa Altersgruppen, berufliche Tätigkeiten oder Unterbringungsarten in Betracht. Eine Ungleichbehandlung könnte jedoch gerechtfertigt sein, wenn die allgemeinen Anforderungen an das Bestehen eines sachlichen Grundes für die Ungleichbehandlung erfüllt sind.<sup>138</sup> Abhängig von Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen gelten unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe.<sup>139</sup> In Betracht kommen die Willkürprüfung und die strengere Prüfung am Verhältnismäßigkeitsmaßstab.<sup>140</sup> Eine intensivere Kontrolle am Maßstab der Verhältnismäßigkeit ist bei personenbezogenen Ungleichbehandlungen vorzunehmen.<sup>141</sup> Angesichts der Vielfältigkeit

möglicher Ausgestaltungen eines Impfwangs ergeben sich unterschiedliche Prüfungsanforderungen. Im Folgenden wird auf die strengere Prüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit abgestellt. Danach ist der Gleichheitssatz verletzt, wenn eine Ungleichbehandlung zweier Gruppen vorliegt, obwohl keine Unterschiede solcher Art und solchen Gewichts bestehen, dass diese gerechtfertigt wäre.<sup>142</sup> Die Ungleichbehandlung muss einen legitimen Zweck verfolgen und geeignet, erforderlich und angemessen sein.<sup>143</sup> Diesbezüglich ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen, sodass mit dem Schutz vor der ansteckenden Krankheit die Volksgesundheit heranzuziehen ist. Als sachlicher Grund zur Ungleichbehandlung kommen unter anderem ein gesteigertes Risiko für einen gefährlichen Krankheitsverlauf oder eine erhöhte Ansteckungs- und Verbreitungsgefahr infolge vermehrter Risikokontakte oder der beruflichen Tätigkeit in Betracht. Zudem kann ein sachlicher Grund in einer begrenzten Impfstoffverfügbarkeit liegen, wodurch eine Beschränkung des Impfwangs auf besonders von der Krankheitsverbreitung Betroffene zu rechtfertigen wäre. Auch regionale Unterschiede des Infektionsgeschehens wären ein denkbarer sachlicher Grund. Maßgeblich ist, dass es sich um ein Merkmal handelt, das mit der entsprechenden Krankheit klar korreliert.<sup>144</sup> Angesichts des bezweckten Infektionsschutzes zugunsten der Volksgesundheit kann eine Differenzierung zwischen Ansteckungsgefährdeten geboten sein.

Schwieriger ist die Rechtfertigung einer Gleichbehandlung im Rahmen eines generellen Impfwangs, wenn keine Ausnahmen für Personen gemacht werden, von denen kein Einfluss auf das Infektionsgeschehen zu erwarten ist, da sie etwa infolge einer Erkrankung bereits eine Immunität aufweisen. Ein sachlicher Grund für eine Gleichbehandlung ließe sich in diesem Fall schwerlich finden, insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich durch eine Impfung immuner Personen die Herdenimmunität nicht fördern ließe.

Folglich ergeben sich je nach Ausgestaltung des Impfwangs Bedenken im Hinblick auf die

<sup>134</sup> Kischel, in: BeckOK GG, Art. 3, Rn. 14; Steiner, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, Art. 3 GG, Rn. 1.

<sup>135</sup> BVerfGE 49, 148 (165); Kischel, in: BeckOK GG, Art. 3, Rn. 17; Heun, in: Dreier, GG, Art. 3, Rn. 20; Manssen, Staatsrecht II, Rn. 889.

<sup>136</sup> Kirchhof, P., in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1, Rn. 73.

<sup>137</sup> Heun, in: Dreier, GG, Art. 3, Rn. 24; Manssen, Staatsrecht II, Rn. 862.

<sup>138</sup> BVerfGE 133, 1 (13); Kirchhof, P., in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1, Rn. 75.

<sup>139</sup> BVerfGE 117, 1 (30); BVerfGE 129, 49; Wolff, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 3, Rn. 6.

<sup>140</sup> BVerfGE 129, 49; Wolff, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 3, Rn. 6.

<sup>141</sup> Kischel, in: BeckOK GG, Art. 3, Rn. 28; Manssen, Staatsrecht II, Rn. 894.

<sup>142</sup> BVerfGE 55, 72 (88).

<sup>143</sup> Kischel, in: BeckOK GG, Art. 3, Rn. 24.

<sup>144</sup> Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3, Rn. 475.

Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, die jedoch bei Vorliegen eines sachlichen Grundes für die Gleich- oder Ungleichbehandlung entkräftet werden können.

### gg) Zwischenergebnis

Es ist festzustellen, dass die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines staatlichen Impfwangs dahin zu beantworten ist, dass ein Impfwang je nach Ausgestaltung in die dargestellten Grundrechte eingreifen kann und damit als verfassungsrechtlich bedenklich einzustufen ist. Jedoch ergibt sich, dass ein Impfwang in Abhängigkeit von der zu bekämpfenden Krankheit zum Schutz wichtiger Güter wie der Volksgesundheit gerechtfertigt sein kann. Die Rechtfertigung ist von den Umständen des konkreten Impfwangs abhängig. Eine allgemeine Beantwortung der Frage der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit eines Impfwangs ist demnach nicht möglich. Die Ausführungen führen jedoch zu dem Ergebnis, dass ein Impfwang verfassungskonform sein kann.

### c) EMRK als Prüfungsmaßstab

Darüber hinaus ist die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) als Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit eines Impfwangs heranzuziehen.<sup>145</sup> Der EGMR hat in Fällen einer Impfpflicht den Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten betont.<sup>146</sup> Ein Impfwang kann durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt sein.<sup>147</sup> Eine Impfpflicht für Kinder kann mit Art. 8 Abs. 1 EMRK, dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens vereinbar sein.<sup>148</sup> Insbesondere die medizinische Anerkennung eines Impfstoffes als wirksam und sicher für den Schutz von Kindern vor schweren Krankheiten und Ausnahmen von der Impfpflicht sind tragende Gründe für die Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK.<sup>149</sup> Folglich kann ein Impfwang auch mit der EMRK vereinbar sein.

### d) Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf spezifische Fälle

Angesichts der allgemeinen rechtlichen Realisierbarkeit eines Impfwangs ergibt sich die Frage, inwieweit

die Grundsätze auf spezifische Einzelfälle übertragbar sind. Im Hinblick auf die aktuellen Entwicklungen ist die Frage nach der rechtlichen Bewertung der Masernimpfpflicht interessant. Zudem stellen sich infolge der Corona-Pandemie rechtliche Fragen bezüglich der Einführung eines Impfwangs gegen Covid-19. Die Untersuchungen beschränken sich angesichts der obigen allgemeinen Ausführungen auf die spezifischen, mit der Masernimpfpflicht und der Corona-Pandemie einhergehenden Problematiken.

### aa) Masernimpfpflicht

Durch das Masernschutzgesetz wurde mit Wirkung ab 1.3.2020 eine Masernimpfpflicht eingeführt. Diese ist in § 20 Abs. 8 – 14 IfSG normiert und wurde nicht auf § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG gestützt, sondern durch eine Neuregelung in das IfSG aufgenommen. Nach § 20 Abs. 8 IfSG müssen nach dem 31.12.1970 geborene Personen, die in bestimmten, in § 20 Abs. 8 S. 1 IfSG ausgeführten Einrichtungen tätig sind, betreut werden, oder untergebracht sind, einen Masernimpfschutz oder eine Immunität nachweisen. Ausgenommen sind nach § 20 Abs. 8 S. 4 IfSG Personen, die aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht geimpft werden können.

Fraglich ist, ob die Masernimpfpflicht verfassungskonform ist. Die Masernimpfpflicht greift in die körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ein.<sup>150</sup> Maßgeblich für die Rechtfertigung ist eine Abwägung der Gefahr durch Masern für die Volksgesundheit mit der Schwere des Eingriffs in das Recht des Einzelnen aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Masern zählen zu den ansteckendsten Infektionskrankheiten des Menschen und können zu schweren Verläufen, Komplikationen und Folgeerkrankungen führen.<sup>151</sup> Die verfügbaren Impfstoffe sind gut verträglich und weisen eine hohe Wirksamkeit auf, sodass eine langfristige Immunität erreicht werden kann.<sup>152</sup> Um einen Schutz der Bevölkerung über die Herdenimmunität zu bewirken, ist eine Masernimpfrate von 95 %

<sup>145</sup> Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (433).

<sup>146</sup> Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (434).

<sup>147</sup> Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (434).

<sup>148</sup> EGMR (Große Kammer), Urteil vom 8.4.2021 – Nr. 47621/13 u.a., Vavříčka and Others v. the Czech Republic, CE:ECHR:2021:0408JUD004762113, S. 71.

<sup>149</sup> EGMR (Große Kammer), Urteil vom 8.4.2021 – Nr. 47621/13 u.a., Vavříčka and Others v. the Czech Republic, CE:ECHR:2021:0408JUD004762113, S. 38.

<sup>150</sup> Zuck, ZRP 2017, 118 (119).

<sup>151</sup> BT-Drucks. 19/13452, S. 1; Komp/Thrun, JA 2020, 195 (196); Ratzel, GesR 2019, 560; Prunzel, RDG 2020, 48; Marckmann, Ethik Med 2010, 207 (213).

<sup>152</sup> BT-Drucks. 19/13452, S. 26; Ratzel, GesR 2019, 560 (561).

erforderlich.<sup>153</sup> Diese wurde in Deutschland nicht erreicht.<sup>154</sup> Bisherige Maßnahmen führten nicht zu einem hinreichenden Masernrückgang.<sup>155</sup> Die Masernimpfpflicht soll zum Individualschutz und zum Schutz vulnerabler Gruppen über die Herdenimmunität beitragen.<sup>156</sup> Damit wird der Schutz grundrechtlicher Interessen hohen Gewichts einer großen Anzahl Dritter bezweckt.<sup>157</sup> Zum Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit vor infektionsbedingten Risiken ist der Staat nach der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG angehalten.<sup>158</sup> Dazu knüpft die Masernimpfpflicht an Orte an, an denen Menschen täglich in engen Kontakt kommen.<sup>159</sup> Eine Masernimpfpflicht ist mithin grundsätzlich geeignet und unter Beachtung des Gestaltungsspielraumes des Gesetzgebers erforderlich.<sup>160</sup>

Als problematisch erweist sich jedoch, dass nach § 20 Abs. 8 S. 3 IfSG die Masernimpfpflicht auch gilt, wenn ausschließlich Kombinationsimpfstoffe verfügbar sind, die auch Impfstoffkomponenten gegen andere Krankheiten enthalten. Vorwiegend handelt es sich um die Kombination Masern, Mumps und Röteln.<sup>161</sup> Derzeit sind in Deutschland zum Schutz gegen Masern nur Kombinationsimpfstoffe und keine singulären Impfungen verfügbar.<sup>162</sup> Dies führt faktisch zu der Verpflichtung, sich auch gegen die anderen Krankheiten impfen zu lassen, gegen welche die verfügbaren Kombinationsimpfstoffe Impfstoffkomponenten enthalten.<sup>163</sup> Dadurch wird die Masernimpfpflicht angesichts dessen, dass gegen Mumps und Röteln kein Impfwang besteht, ausgeweitet.<sup>164</sup> Hierin könnte ein unverhältnismäßiger Eingriff liegen.<sup>165</sup> Jedoch handelt es sich bei Masern um eine hochansteckende Krankheit, die mit hohen gesundheitlichen Risiken

einhergeht.<sup>166</sup> Diese reichen von Durchfall oder Lungenentzündungen bis zu einer akuten postinfektösen Enzephalitis, eine Entzündung des Gehirns, die in 20% der Fälle tödlich endet und in 30% zu bleibenden Schäden führt.<sup>167</sup> Die Kombinationsimpfstoffe sind gut erforscht und weisen insgesamt eine gute Verträglichkeit auf.<sup>168</sup> Die Nebenwirkungen der Kombinationsimpfstoffe sind vergleichbar mit denen des Monoimpfstoffes, sodass diese Erwägung keine fehlende Erforderlichkeit des § 20 Abs. 8 S. 3 IfSG begründen kann.<sup>169</sup> Zudem dient die Ausweitung auf Kombinationsimpfstoffe der Vorbeugung von Lieferengpässen bei der Beschaffung von Masernimpfstoff.<sup>170</sup> Dagegen ließe sich anführen, dass ein Impfwang nicht aufgrund von Lieferengpässen auf weitere Krankheiten erweitert werden darf. Jedoch wäre auch ein Impfwang gegen Mumps oder Röteln angesichts der möglichen Folgeschäden und der Verträglichkeit der bekannten Impfstoffe denkbar.<sup>171</sup> Für einen Rechtsmissbrauch durch eine vorgeschobene Masernimpfpflicht, um eine Impfpflicht gegen Mumps und Röteln ohne Vorliegen der Voraussetzungen zu etablieren, bestehen angesichts der jahrelangen politischen Diskussion über die Einführung einer Masernimpfpflicht keine Anhaltspunkte.<sup>172</sup> Auch die Möglichkeit, als milderes Mittel den Staat in die Verantwortung zu nehmen, Monoimpfstoffe bereitzustellen, lässt angesichts des erhöhten staatlichen Aufwands die Erforderlichkeit nicht entfallen.<sup>173</sup> Für die Verhältnismäßigkeit der Masernimpfpflicht spricht weiter, dass sich der Gesetzgeber gegen eine Durchsetzbarkeit mittels unmittelbaren Zwangs entschieden und stattdessen neue Ordnungswidrigkeitentatbestände bemüht hat.<sup>174</sup> Die sanktionierten Verhaltensweisen finden sich in § 73

<sup>153</sup> BT-Drucks. 19/13452, S. 1; *Ratzel*, GesR 2019, 560; *Zuck*, ZRP 2017, 118 (119).

<sup>154</sup> BT-Drucks. 19/13452, S. 1; *Makoski/Netzer-Nawrocki*, GesR 2020, 427; *Prunzel*, RDG 2020, 48 (49).

<sup>155</sup> BT-Drucks. 19/13452, S. 2.

<sup>156</sup> BT-Drucks. 19/13452, S. 1; BVerfG, NJW 2020, 1946 (1947).

<sup>157</sup> BVerfG, NJW 2020, 1946 (1947).

<sup>158</sup> BVerfG, NJW 2020, 1946 (1947); *Gebhard*, in: *Kießling*, IfSG, § 20, Rn. 45.

<sup>159</sup> BT-Drucks. 19/13452, S. 2; BVerfG, NJW 2020, 1946 (1947).

<sup>160</sup> *Schaks*, in: *Kluckert* (Hrsg.), *Infektionsschutzrecht*, § 14, Rn. 32 f.

<sup>161</sup> *Gebhard*, in: *Kießling*, IfSG, § 20, Rn. 5; *Kaltenhäuser/Braun*, *medstra* 2020, 24 (26).

<sup>162</sup> BT-Drucks. 19/13452, S. 28; *Schaks*, *MedR* 2020, 201 (202).

<sup>163</sup> *Gebhard*, in: *Kießling*, IfSG, § 20, Rn. 46; *Schaks*, *MedR* 2020, 201 (202).

<sup>164</sup> *Kaltenhäuser/Braun*, *medstra* 2020, 24 (29); *Gebhard*, in: *Kießling*, IfSG, § 20, Rn. 47.

<sup>165</sup> *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 6, Rn. 176.

<sup>166</sup> BT-Drucks. 19/13452, S. 1.

<sup>167</sup> *Komp/Thrun*, JA 2020, 195 (196).

<sup>168</sup> *Komp/Thrun*, JA 2020, 195 (201).

<sup>169</sup> *Schaks*, in: *Kluckert* (Hrsg.), *Infektionsschutzrecht*, § 14, Rn. 41.

<sup>170</sup> *Kaltenhäuser/Braun*, *medstra* 2020, 24 (29).

<sup>171</sup> *Kaltenhäuser/Braun*, *medstra* 2020, 24 (29); *Schaks*, *MedR* 2020, 201 (206).

<sup>172</sup> *Schaks*, *MedR* 2020, 201 (202).

<sup>173</sup> *Schaks*, *MedR* 2020, 201 (205).

<sup>174</sup> BT-Drucks. 19/13452, S. 27; vgl. *Schaks*, in: *Kluckert* (Hrsg.), *Infektionsschutzrecht*, § 14, Rn. 36; *Prunzel*, RDG 2020, 48; *Kaltenhäuser/Braun*, *medstra* 2020, 24 (26).

Abs. 1 a Nr. 7 a – d IfSG. Verstöße können nach § 73 Abs. 2 IfSG mit einer Geldbuße bis zu 2.500 Euro geahndet werden. Hinzu kommt gem. § 20 Abs. 9 S. 6 IfSG ein Betretungs- und Beschäftigungsverbot für die erfassten Einrichtungen für betroffene Personen ohne Impfnachweis. Eine andere Bewertung ergibt sich nach § 20 Abs. 9 S. 9, Abs. 12 S. 4 IfSG für schulpflichtige Kinder, deren Schulpflicht die Impfpflicht überlagert und damit klarstellt, dass die Impfung „freiwillig“ bleibt.<sup>175</sup> Insoweit droht kein Schulausschluss.<sup>176</sup> Unter Berücksichtigung der hohen Wirksamkeit der Impfung und dem daraus resultierenden Schutz über die Herdenimmunität ist der Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG durch die Masernimpfpflicht gerechtfertigt.

Überdies knüpft § 20 Abs. 8 IfSG an eine Tätigkeit in den aufgeführten Einrichtungen und damit an bestimmte Berufe an, sodass ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG vorliegt.<sup>177</sup> Angesichts der hohen Ansteckungsrate und Gefährlichkeit der Krankheit lässt sich der Eingriff zugunsten der Volksgesundheit rechtfertigen.<sup>178</sup> Zudem bestehen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit Übergangsfristen.<sup>179</sup> Auch ein Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG lässt sich angesichts des überwiegenden Interesses der Volksgesundheit und des individuellen Nutzens des Impfings rechtfertigen.<sup>180</sup> Mithin ist die Masernimpfpflicht insgesamt entgegen vieler Bedenken verfassungskonform.

### bb) Corona-Pandemie

Ein Corona-Impfwang wird derzeit seitens der Politik abgelehnt.<sup>181</sup> Dennoch bietet die Frage der rechtlichen Realisierbarkeit Problematiken, die es zu erörtern gilt. Bei Covid-19 handelt es sich um eine auf den Menschen übertragbare Krankheit i.S.d. § 2 Nr. 3 IfSG, sodass der Anwendungsbereich des IfSG eröffnet ist.<sup>182</sup>

Für einen beschränkten Corona-Impfwang kommt § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG als Rechtsgrundlage in Betracht. Angesichts der neben symptomfreien Verlaufsformen bekannten schweren bis tödlichen Folgen von Covid-19 ist ein klinisch schwerer Verlauf i.S.d. § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG anzunehmen.<sup>183</sup> Auch eine drohende epidemische Verbreitung ist gegeben.<sup>184</sup> Schwierigkeiten können sich hinsichtlich der Abgrenzung bedrohter Teile der Bevölkerung ergeben. Angesichts der weiten Bestimmtheiterfordernisse, der besonderen Grundrechtswesentlichkeit und der Abgrenzungsproblematik bezüglich der bedrohten Teile der Bevölkerung wäre eine spezialgesetzliche Regelung des Corona-Impfwangs vorzuziehen.<sup>185</sup>

Ein Corona-Impfwang stellt einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dar.<sup>186</sup> Fraglich ist, ob ein solcher zu rechtfertigen wäre. Bedenken können sich hinsichtlich der Erforderlichkeit ergeben. Angesichts der aktuellen Lage ist anzunehmen, dass sich viele Menschen freiwillig gegen Covid-19 impfen lassen. Sollte über die freiwilligen Impfungen die für die Herdenimmunität erforderliche Impfquote bereits erreicht werden, dürfte sich ein Impfwang als nicht erforderlich erweisen.<sup>187</sup> Es bleibt jedoch abzuwarten, wie sich die Impfbereitschaft entwickelt, sodass zu erwägen ist, dass die erforderliche Impfquote nicht allein durch freiwillige Impfungen erreicht wird.<sup>188</sup> Die Impfquote für eine Herdenimmunität gegen Covid-19 ist derzeit noch unbekannt. Experten gehen in Schätzungen von 60 – 80 % der Bevölkerung aus.<sup>189</sup> In diesem Fall kann ein Impfwang als erforderlich angesehen werden, sofern mildere Mittel nicht den nötigen Erfolg erzielen. Zu beachten ist, dass sich ein Impfwang auf taugliche Personen beschränken müsste. Ein Impfwang, der Kinder unter 16 Jahren umfasst, wäre mangels zugelassenen Impfstoffes zurzeit weder medizinisch noch

<sup>175</sup> Gebhard, in: Kießling, IfSG, § 20, Rn. 58; Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (430).

<sup>176</sup> Ratzel, GesR 2019, 560 (561); Prunzel, RDG 2020, 48 (49).

<sup>177</sup> Gebhard, in: Kießling, IfSG, § 20, Rn. 56; Eufinger, GesR 2021, 69 (71).

<sup>178</sup> Makoski/Netzer-Nawrocki, GesR 2020, 427 (433).

<sup>179</sup> Gebhard, in: Kießling, IfSG, § 20, Rn. 59; Ratzel, GesR 2019, 560 (561).

<sup>180</sup> Ratzel, GesR 2019, 560 (561); Ratzel, in: Ratzel/Luxemburger (Hrsg.), HB MedR, 2021, 4. Kap., Rn. 15.

<sup>181</sup> BT-Drucks. 19/27561, S. 17; Wolff/Zimmermann, NVwZ 2021, 182.

<sup>182</sup> Schaks, in: Kluckert (Hrsg.), Infektionsschutzrecht, § 14, Rn. 17.

<sup>183</sup> Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, S. 86; Rixen, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), IfSG, Kap. 5, Rn. 24; Wolff/Zimmermann, NVwZ 2021, 182 (183).

<sup>184</sup> Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, S. 86; Wolff/Zimmermann, NVwZ 2021, 182 (183).

<sup>185</sup> Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, S. 87; Rixen, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), IfSG, Kap. 5, Rn. 25; vgl. Wolff/Zimmermann, NVwZ 2021, 182 (183).

<sup>186</sup> Eufinger, GesR 2021, 69 (71).

<sup>187</sup> Schaks, in: Kluckert (Hrsg.), Infektionsschutzrecht, § 14, Rn. 23.

<sup>188</sup> Wolff/Zimmermann, NVwZ 2021, 182.

<sup>189</sup> Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, S. 87.

verfassungsrechtlich tragfähig.<sup>190</sup> In Betracht käme nach aktuellem Stand mithin nur ein Impfwang ab 16 Jahren, sodass das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nur geringfügig berührt wäre. Dies kann sich jedoch ändern, wenn ein Impfstoff für Kinder zugelassen wird. Vor diesem Hintergrund wäre eine Rechtfertigung angesichts der schweren Folgen, die mit der Corona-Pandemie einhergehen als möglich zu erachten. Ein Impfwang ist jedoch nicht ungeachtet der Impfmöglichkeit realisierbar. Die Einführung eines Impfwangs setzt vielmehr die Verfügbarkeit eines wirksamen Impfstoffes voraus.<sup>191</sup> Ab dem Zeitpunkt der freien Impfstoffverfügbarkeit stellt ein allgemeiner Impfwang die wirksamste staatliche Handlungsoption dar.<sup>192</sup> Dies erfordert jedoch einen Impfstoff, der gegen die Übertragung von Covid-19 schützt und nicht nur die Ansteckung verhindert oder den Krankheitsverlauf mildert.<sup>193</sup> Andernfalls wäre ein Impfwang aus dem dargelegten Grundsatz, dass allein der Selbstschutz nicht für die Legitimierung eines solchen Grundrechtseingriffs herangezogen werden kann, verfassungsrechtlich nicht tragfähig. Ob die in Deutschland zugelassenen Impfstoffe einen Schutz vor der Übertragung bewirken, ist noch ungewiss.<sup>194</sup> Vor der Einführung eines Impfwangs wären entsprechende Erkenntnisse erforderlich. Bei der Implementierung eines neuen Impfstoffs ergeben sich Schwierigkeiten bei der Einschätzung langfristiger Chancen und Risiken, insbesondere hinsichtlich möglicher Langzeitfolgen und der Frage, wie lange der Impfschutz anhält.<sup>195</sup> Die Sicherheit der verfügbaren Corona-Impfstoffe kann trotz der strengen Zulassungsvoraussetzungen zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschließend bewertet werden.<sup>196</sup> Diesen Unsicherheiten ist zunächst im Wege der Überwachung und Neubewertung der Nutzen-Risiko-Bilanz der Impfstoffe zu begegnen. Abzuwarten bleibt zudem, ob sich ein Impfwang als erforderlich erweisen wird, oder ob bereits über freiwillige Impfungen eine Herdenimmunität erreicht wird. Folglich ergibt sich, dass ein Corona-

Impfwang nicht auszuschließen ist, zum jetzigen Zeitpunkt jedoch verfrüht und angesichts der vielen Unsicherheiten verfassungsrechtlich nicht tragfähig wäre. Jedoch handelt es sich um ein dynamisches Geschehen, sodass sich die Bewertung künftig durchaus ändern kann.

### e) Zwischenergebnis

Festzustellen ist, dass ein Impfwang nicht grundsätzlich verfassungswidrig ist. Je nach Ausgestaltung geht ein solcher mit Eingriffen in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 4 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG einher, kann jedoch in der Einzelfallabwägung gerechtfertigt und damit rechtlich realisierbar sein. So ist die Masernimpfpflicht verfassungskonform. Ein Corona-Impfwang wäre hingegen derzeit wegen der bestehenden Unsicherheiten verfassungswidrig. Eine künftige Änderung dieser Bewertung bleibt an dieser Stelle offen.

## 2. Impfwang im Rahmen des Privatrechts

Daneben ist die rechtliche Realisierbarkeit eines privatrechtlichen Impfwangs zu prüfen. Das Thema reicht von Zutrittsrechten zu Veranstaltungen und Einrichtungen über Flugmöglichkeiten hin zu arbeitsrechtlichen Erwägungen.<sup>197</sup>

### a) Arbeitsrechtlicher Impfwang

Zunächst ist die Realisierbarkeit eines arbeitsrechtlichen Impfwangs zu untersuchen. Die Ausführungen betreffen den Fall, dass kein staatlicher Impfwang besteht. Arbeitgeber können sich somit nicht auf die Durchsetzung eines solchen berufen.<sup>198</sup> In Betracht kommt zunächst eine Anweisung zur Vornahme einer Impfung über das Direktions- und Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO.<sup>199</sup> Ein Impfwang könnte auf das Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes nach § 618 BGB i.V.m. § 3 ArbSchG gestützt werden.<sup>200</sup> Jedoch sind im Arbeitsrecht über die mittelbare Drittwirkung die durch einen Impfwang

<sup>190</sup> Wolff/Zimmermann, NVwZ 2021, 182 (183).

<sup>191</sup> Amhaouach/Kießling, MedR 2019, 853 (860); Grüner, in: Kloepfer (Hrsg.), Schriften zum Katastrophenrecht, Band 11, 2017, S. 217.

<sup>192</sup> Wolff/Zimmermann, NVwZ 2021, 182.

<sup>193</sup> Fleischfresser, in: Kluckert (Hrsg.), Infektionsschutzrecht, § 13, Rn. 35.

<sup>194</sup> Wolff/Zimmermann, NVwZ 2021, 182 (183); Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, 657.

<sup>195</sup> Wolff/Zimmermann, NVwZ 2021, 182 (183 f.); Eufinger, GesR 2021, 69 (72).

<sup>196</sup> Wolff/Zimmermann, NVwZ 2021, 182 (183 f.).

<sup>197</sup> Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, 657; Wittek, ArbRAktuell 2021, 61.

<sup>198</sup> Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, 657 (658).

<sup>199</sup> Temming, in: Kluckert (Hrsg.), Infektionsschutzrecht, § 16, Rn. 74; Eufinger, GesR 2021, 69 (73); Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, 657 (658); Benkert, NJW-Spezial 2021, 50.

<sup>200</sup> Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, 657 (658); Wittek, ArbRAktuell 2021, 61.

tangierten Grundrechte zu berücksichtigen.<sup>201</sup> Das Direktionsrecht des Arbeitgebers findet seine Grenzen in gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten und grundrechtlichen Interessen des Arbeitnehmers.<sup>202</sup> Zudem würde sich ein arbeitsvertraglicher Impfwang regelmäßig in der AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB als unwirksam erweisen.<sup>203</sup> Ein allgemeiner arbeitsrechtlicher Impfwang erweist sich mithin als nicht tragfähig, sodass entsprechende Weisungen unwirksam wären.<sup>204</sup> Man könnte vertreten, dass in besonderen Arbeitsverhältnissen, in denen Kontakt zu vulnerablen Gruppen besteht, wie im medizinischen Bereich, ein arbeitsrechtlicher Impfwang zulässig sein kann.<sup>205</sup> Dagegen spricht jedoch, dass angesichts der hohen Anforderungen an einen staatlichen Impfwang und der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis die Grundrechte des Arbeitnehmers nicht durch arbeitsvertragliche Regelungen derart eingeschränkt werden dürfen. Vielmehr ist vorzuziehen, die obigen Wertungen auch auf besondere Arbeitsverhältnisse zu übertragen. Die Realisierbarkeit eines arbeitsrechtlichen Impfwangs ist somit abzulehnen.

Zu denken wäre jedoch an eine Impfung als Einstellungsvoraussetzung.<sup>206</sup> Eine solche Regelung wäre mit dem AGG vereinbar, da der Nachweis einer Impfung nicht als Merkmal von § 1 AGG erfasst ist.<sup>207</sup> Insofern kann der Arbeitgeber geimpfte und ungeimpfte Arbeitnehmer ungleich behandeln.<sup>208</sup> Zwar sind auch im Einstellungsverfahren die Grundrechte des Arbeitnehmers zu beachten, jedoch ergibt sich ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an seinem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG.<sup>209</sup> Dies entspricht auch der Wertung des § 23a IfSG, wonach der Arbeitgeber in

bestimmten Bereichen für die Entscheidung über eine Beschäftigung Daten über den Impfstatus verarbeiten darf.<sup>210</sup> Folglich kommt der Nachweis einer Impfung als Einstellungsvoraussetzung in Betracht. Darüber hinaus ist bei einem fehlenden Impfschutz an eine personenbedingte Kündigung zu denken.<sup>211</sup> Zu beachten ist, dass es sich dabei nur um einen faktisch mittelbaren Impfwang handelt. Die Impfverweigerung und der fehlende Impfschutz sind mangels Direktionsrechts des Arbeitgebers nicht als verhaltens-, sondern als personenbedingter Kündigungsgrund einzustufen.<sup>212</sup> Eine personenbedingte Kündigung setzt voraus, dass keine mildere Maßnahme als die Kündigung in Betracht kommt.<sup>213</sup> Zu denken ist an eine Eindämmung der Infektionsgefahr durch andere Schutzmaßnahmen.<sup>214</sup> Die Frage der Weiterbeschäftigung durch eine Personalumstellung ist einzelfallabhängig und bedarf einer Interessenabwägung.<sup>215</sup>

Demnach ergibt sich, dass eine allgemeine Beantwortung der Frage der Realisierbarkeit eines privatrechtlichen Impfwangs nicht möglich ist. Die Einflussmöglichkeiten des Arbeitgebers auf das Impfverhalten der Arbeitnehmer erweisen sich jedoch als sehr gering.<sup>216</sup> Ein direkter Impfwang ist nicht tragfähig. Der Arbeitgeber kann arbeitsrechtliche Maßnahmen ergreifen, wenn allgemeine Schutzkonzepte nicht zielführend sind.<sup>217</sup> Dies betrifft jedoch nicht mehr die Frage der Einführung eines Impfwangs.

### b) Impfwang in der Privatwirtschaft

Auch Debatten um einen Impfwang in der Privatwirtschaft werfen Fragen auf. Hierbei ist auch von einem „Impfwang durch die Hintertür“ die Rede. Zu beachten ist, dass es dabei nicht um einen direkten Impfwang geht, sondern um die Frage, ob Private

<sup>201</sup> Eufinger, GesR 2021, 69 (73); Naber/Schulte, NZA 2021, 81 (83).

<sup>202</sup> Vgl. Wittek, ArbRAktuell 2021, 61 (62); Bleck-Vogdt, in: Helm/Bundschuh/Wulff (Hrsg.), Arbeitsrechtliche Beratungspraxis in Krisenzeiten, Aktuelle Fragestellungen in der Pandemie, Baden-Baden 2020, § 3, Rn. 35.

<sup>203</sup> Eufinger, GesR 2021, 69 (73); Benkert, NJW-Spezial 2021, 50.

<sup>204</sup> Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, 657 (659); Naber/Schulte, NZA 2021, 81 (84); Wittek, ArbRAktuell 2021, 61 (62); Bleck-Vogdt, in: Helm/Bundschuh/Wulff (Hrsg.), Arbeitsrechtliche Beratungspraxis in Krisenzeiten, 2020, § 4, Rn. 21.

<sup>205</sup> Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, 657 (659); Naber/Schulte, NZA 2021, 81 (83); Temming, in: Kluckert (Hrsg.), Infektionsschutzrecht, § 16, Rn. 74.

<sup>206</sup> Eufinger, GesR 2021, 69 (73).

<sup>207</sup> Eufinger, GesR 2021, 69 (73).

<sup>208</sup> Eufinger, GesR 2021, 69 (74); Niklas/Köllmann, ArbRB 2021, 77 (78); Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, 657 (661).

<sup>209</sup> Eufinger, GesR 2021, 69 (73).

<sup>210</sup> Eufinger, GesR 2021, 69 (73); Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, 657 (661).

<sup>211</sup> Eufinger, GesR 2021, 69 (74); Niklas/Köllmann, ArbRB 2021, 77 (79).

<sup>212</sup> Eufinger, GesR 2021, 69 (74); Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, 657 (659 f.).

<sup>213</sup> Eufinger, GesR 2021, 69 (74).

<sup>214</sup> Eufinger, GesR 2021, 69 (74); Niklas/Köllmann, ArbRB 2021, 77 (79).

<sup>215</sup> Eufinger, GesR 2021, 69 (75); Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, 657 (660).

<sup>216</sup> Niklas/Köllmann, ArbRB 2021, 77 (79).

<sup>217</sup> Niklas/Köllmann, ArbRB 2021, 77 (79 f.).

bestimmte Dienstleistungen vom Impfstatus abhängig machen dürfen. Ein direkter Impfwang scheidet mangels Anordnungsgrundlage aus. Angesichts der Privatautonomie ist wegen der Vertragsfreiheit grundsätzlich anzunehmen, dass es Privaten freisteht, mit wem sie kontrahieren.<sup>218</sup> Insoweit kann auch das Bestehen eines Impfschutzes als Kriterium herangezogen werden.<sup>219</sup> Etwas anderes kann sich infolge eines Kontrahierungszwangs aufgrund einer Monopolstellung oder Verortung in der Daseinsfürsorge oder Grundversorgung ergeben.<sup>220</sup> Zwar liegt in dem fehlenden Impfschutz und dem damit bestehenden Infektionsrisiko ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung von Geimpften und Ungeimpften, jedoch kann allein deswegen ein Ausschluss aus Bereichen der Grundversorgung nicht ohne Weiteres erfolgen.<sup>221</sup> Damit steht es Privaten nur in einem gewissen Rahmen frei, Geimpfte zu privilegieren und insoweit den Druck zur Impfung indirekt zu erhöhen. Betreffende Problematiken überschreiten jedoch den Rahmen der Seminararbeit.

### c) Zwischenergebnis

Mithin ist ein direkter Impfwang privatrechtlich nicht realisierbar. Indes bestehen Handlungsoptionen, die an das Bestehen eines Impfschutzes anknüpfen und in Einzelfällen Privilegierungen von Geimpften erlauben. Dies gilt sowohl für arbeitsrechtliche als auch privatwirtschaftliche Fragestellungen.

### 3. Zwischenergebnis

Insgesamt zeigt sich, dass sich hinsichtlich eines staatlichen Impfwangs verschiedene Handlungsoptionen ergeben. Erforderlich ist eine Betrachtung des konkreten Impfwangs. Dabei ist eine umfassende Abwägung unter Beachtung grundrechtlicher Belange vorzunehmen. Die Verfassungsmäßigkeit eines staatlichen Impfwangs hängt von der Ausgestaltung ab, so dass die rechtliche Realisierbarkeit nicht allgemein bewertet werden kann. Im Privatrecht ist ein direkter Impfwang nicht realisierbar. Vielmehr verbleibt es bei Handlungsoptionen i.S.e. faktisch mittelbaren Impfwangs, um Anreize zur Impfung zu schaffen.

### C. Fazit

Abschließend ist festzustellen, dass die Frage des möglichen Nutzens und der rechtlichen Realisierbarkeit eines Impfwangs angesichts der Komplexität des Themas und der Vielzahl möglicher Ausgestaltungen nicht allgemein beantwortet werden kann. Vielmehr bedarf es einer Einzelfallprüfung, ob ein Impfwang sinnvoll und zulässig ist. Dabei ist hinsichtlich des möglichen Nutzens insbesondere auf die Erfolge abzustellen, die durch Impfungen im Bereich der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten erzielt wurden. Impfungen zählen zu den wichtigsten Präventionsmaßnahmen und können die gesundheitliche Situation einer Gesellschaft verbessern. Dieses Potenzial kann über eine möglichst hohe Impfquote, die durch den Impfwang erreicht werden kann, ausgeschöpft werden. Besonders im Hinblick auf den Schutz, der sich über die Herdenimmunität für Personen ergibt, die selbst nicht geimpft werden können, kann ein Impfwang sinnvoll sein. Dabei ergibt sich ein Spannungsverhältnis zwischen der Selbstbestimmung und der Solidarität gegenüber denen, die auf den Schutz der Herdenimmunität angewiesen sind. Eine Impfung ist damit nicht nur eine Entscheidung des Einzelnen, sondern vielmehr eine Entscheidung, die auch für oder gegen Schutzbedürftige getroffen wird. Erstrebenswert ist das Erreichen der für die Herdenimmunität erforderlichen Impfquoten auf freiwilligem Weg. Ist dies nicht möglich, ist die Einführung eines Impfwangs angesichts des großen Potenzials heranzuziehen. Eine solche Beschränkung der Selbstbestimmung kann in einem Sozialstaat zugunsten der Schutzbedürftigen aus Solidarität geboten sein.

In der rechtlichen Realisierbarkeit eines Impfwangs ergeben sich Unterschiede zwischen einem staatlichen und privatrechtlichen Impfwang. Für einen staatlichen Impfwang stellt § 20 Abs. 6 S. 1 bzw. § 20 Abs. 7 IfSG eine Ermächtigungsgrundlage für die Einführung durch Rechtsverordnung dar. Daneben ist die Einführung durch eine spezialgesetzliche Regelung möglich. Der Impfwang ist dabei unter Berücksichtigung der betroffenen Grundrechte zu bewerten. In Abhängigkeit von der Ausgestaltung kommen Eingriffe in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten,

<sup>218</sup> Stadler, in: Jauernig (Begr.)/Stürner (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl., München 2021, § 311, Rn. 4.

<sup>219</sup> Lindner, „Privilegien“ für einige oder Lockdown für alle?, VerfBlog, <https://verfassungsblog.de/privilegien-oder-lockdown> (abgerufen am 02.05.2021).

<sup>220</sup> Stadler, in: Jauernig, BGB, § 311, Rn. 6.

<sup>221</sup> Lindner, „Privilegien“ für einige oder Lockdown für alle?, VerfBlog, <https://verfassungsblog.de/privilegien-oder-lockdown> (abgerufen am 02.05.2021).

die Religionsfreiheit, das Elternrecht, die Berufsfreiheit sowie den allgemeinen Gleichheitssatz in Betracht. Eine Rechtfertigung ist zugunsten des hochrangigen Gutes der Volksgesundheit möglich. Die Vereinbarkeit ist anhand einer Vielzahl von Faktoren zu bemessen. Von Gewicht sind insbesondere die von der Krankheit ausgehende Bedrohung sowie die Chancen und Risiken, die die jeweilige Impfung birgt. Damit ist die rechtliche Realisierbarkeit impfzwangabhängig zu bewerten. Während sich die Masernimpfpflicht nach § 20 Abs. 8 IfSG als verfassungskonform erweist, wäre die Einführung eines Impfwangs gegen Covid-19 derzeit nach dem aktuellen Erkenntnisstand verfassungswidrig. Wie ausgeführt kann sich diese Bewertung angesichts des dynamischen Geschehens jedoch künftig ändern. Insgesamt hat die umstrittene Frage der Realisierbarkeit eines staatlichen Impfwangs angesichts der neuen Masernimpfpflicht und der Corona-Pandemie an Bedeutung gewonnen und wird auch künftig für breite Diskussionen sorgen.

Auch in privatrechtlicher Hinsicht ist die Relevanz der Diskussion durch die Corona-Pandemie gestiegen. Es ergibt sich eine beschränkte Realisierbarkeit eines Impfwangs. In arbeitsrechtlicher Hinsicht ist es dabei Argumentationssache, ob ein Impfwang für Berufe, in denen ein hohes Infektionsrisiko oder Kontakt zu vulnerablen Gruppen besteht, als realisierbar zu erachten ist, oder ob dies wie für gewöhnliche Berufe abzulehnen ist. Es erscheint jedoch vorzugswürdig, das Interesse des Arbeitgebers am Schutz der Mitarbeiter und der Funktionstüchtigkeit des Betriebes durch anderweitige besondere Hygiene- und Schutzmaßnahmen, Arbeitsplatzversetzungen oder als *ultima ratio* durch personenbedingte Kündigungen zu wahren. Im Bereich der Privatwirtschaft besteht keine Grundlage für die Einführung eines Impfwangs. Jedoch können angesichts der Vertragsfreiheit Privilegierungen für Geimpfte eingeführt werden, um mittelbar den Druck zur Impfung zu erhöhen. Grenzen zeigen sich jedoch in Fällen des Kontrahierungszwangs.

Es ist somit abschließend festzustellen, dass die Frage des möglichen Nutzens und der rechtlichen Realisierbarkeit eines Impfwangs in Abhängigkeit von der konkreten Fallgestaltung zu beantworten ist. Eine allgemeine Beantwortung der Frage der Seminararbeit ist somit nicht möglich. Dieses Ergebnis veranschaulicht die Komplexität des Themas und verdeutlicht das Konfliktpotenzial, das mit der Frage der Einführung

eines Impfwangs einhergeht. Insgesamt führt die Arbeit zu dem Ergebnis, dass nach der geltenden Rechtslage die Einführung eines staatlichen Impfwangs nicht ausgeschlossen ist. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit bleibt dabei eine Frage des konkreten Impfwangs. Auch in privatrechtlicher Hinsicht ist eine Einzelfallbetrachtung erforderlich, wobei die Realisierbarkeit eines direkten Impfwangs zu verneinen ist. Angesichts der Aktualität des Themas ist künftig mit weitreichenden Diskussionen über die Einführung eines Impfwangs zu rechnen. Zudem bleibt abzuwarten, wie sich das Bundesverfassungsgericht in der für das Jahr 2021 geplanten Entscheidung zur Masernimpfpflicht positionieren wird.<sup>222</sup> Dies wird auch Auswirkungen auf die Frage der Erforderlichkeit einer gesetzgeberischen Anpassung haben. Damit bleibt das Thema der Seminararbeit weiterhin spannend und von Relevanz.

**Anmerkung der Redaktion:** Zur Impfpflicht gegen Masern in der Fallbearbeitung siehe *Schaks/Wollweber*, MLR 2020, 85 ff.

<sup>222</sup> Az. 1 BvR 469/20, 1 BvR 470/20, 1 BvR 471/20, 1 BvR 472/20.

## „Die Beseitigung einer Aufhebung“

### - Zur Rücknahme einer Baugenehmigung -

Von Professor Dr. Dr. h.c. mult. **Gilbert Gornig**, Marburg  
und Regierungsrätin Dr. **Carolin Gornig**, Gießen\*

**Leistungsstufe:** Examensklausur

**Schwierigkeitsgrad:** schwer

**Bearbeitungszeit:** 5 Stunden

**Probleme:**

- 1) Baurecht
- 2) Rücknahme eines Verwaltungsaktes

#### SACHVERHALT

Der Kaufmann K ist Eigentümer des Grundstücks Fl. Nr. 324/72 in der hessischen kreisangehörigen Gemeinde G mit 9225 Einwohnern. Das Grundstück gehört zum Neubaugebiet Birkenau, für das die Gemeindevertretung bereits im Jahre 2006 einen qualifizierten Bebauungsplan beschlossen hat. Ein Flächennutzungsplan existiert nicht. Eine Genehmigung des Bebauungsplans durch den Regierungspräsidenten liegt vor. Nördlich des vom Bebauungsplan erfassten Gebiets befindet sich eine ältere Wohnbebauung, westlich schließt sich eine seit Ende der sechziger Jahre bestehende Wohnbebauung mit vor allem zweigeschossigen Einzel- und Doppelhäusern an. Seit dem Jahre 2016 wurde bereits eine Reihe der von dem Bebauungsplan erfassten Grundstücke bebaut, wobei Art und Maß der baulichen Nutzung, insbesondere die Geschosshöhen und die überbaute Grundstücksfläche nicht unerheblich von den Festsetzungen des Bebauungsplans abweichen.

Kaufmann K hat sich im Januar 2021 zum Bauen entschlossen und reichte am 15. Januar 2021 einen ordnungsgemäßen Bauantrag bei der Behörde ein. Er wollte ein zweigeschossiges Wohngebäude, also Erdgeschoß und ersten Stock, mit einer Grundfläche von 110 qm errichten. Die erforderliche Erschließung ist allerdings noch nicht gesichert.

Auf einer Sitzung der Gemeindevertretung von G am 5. Februar 2021 befassten sich die Gemeindevertreter mit dem Bauantrag des K. Im Laufe der Beratungen wurde ausgeführt, dass die Planung des K gegen den Bebauungsplan verstoße, der im Baugebiet

Birkenau lediglich eine eingeschossige Bauweise gestatte. Da sich dieser Stellungnahme 18 Gemeindevertreter anschlossen, wurde der Antrag des K mit einer abschlägigen Stellungnahme der Bauaufsichtsbehörde überwiesen. An der Abstimmung nahm auch N, ein künftiger Nachbar des K, als Gemeindevertreter teil, der bereits gegen das Bauvorhaben des K gerichtliche Schritte angekündigt hatte.

Im Laufe des von der Baubehörde durchgeführten Verfahrens stellte sich plötzlich heraus, dass der Bebauungsplan Birkenau zwar von der Gemeindevertretung beschlossen und vom Regierungspräsidenten genehmigt wurde, dass es aber an der Bekanntmachung fehle. Die Gemeinde G räumte diesen Sachverhalt ein und begründete ihr Versehen nachträglich mit einem Bedürfnis nach Flexibilität. Sie führte aus, dass dem Bebauungsplan ohne Bekanntmachung immerhin die Funktion eines Programms zukomme. Darüber hinaus machte die Gemeinde den Bebauungsplan Ende März 2021 ordnungsgemäß bekannt.

Die Baubehörde erteilte dem K schließlich am 12. April 2021 unter Beteiligung der Nachbarschaft ordnungsgemäß die beantragte Baugenehmigung. Gegen die Baugenehmigung erhob N am 15. April 2021 schriftlich Widerspruch bei der zuständigen Baubehörde. Er berief sich auf den Bebauungsplan, der eine von K beabsichtigte Bebauung nicht zulasse. Zusätzlich führte N aus, dass das Bauvorhaben des K überdimensioniert sei und ihm im Süden einen Großteil der Sonneneinstrahlung nehme.

Die Baubehörde wollte dem Widerspruch des N nicht abhelfen und leitete ihn an die Widerspruchsbehörde weiter. Nach einer nochmaligen Prüfung nahm jedoch die Baubehörde die dem K erteilte Baugenehmigung am 6. Mai 2021 schriftlich zurück, ohne mit K vorher Kontakt aufzunehmen. In der Begründung des Bescheids führte die Baubehörde aus, dass durch die Bekanntmachung des Bebauungsplans dieser nun uneingeschränkt wirksam sei und damit auch bindend. Damit stehe das Bauvorhaben des K in unauf löslichem Widerspruch zu zwingendem Recht, da der Bebauungsplan für das betreffende Grundstück lediglich

\* *Gilbert Gornig* ist pensionierter Professor für öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Philipps-Universität Marburg, *Carolin Gornig* ist Regierungsrätin in Hessen.

eine eingeschossige Bauweise vorsehe. Dies sei zwar im Hinblick darauf bedauerlich, dass das Baugebiet Birkenau nicht durchweg plangerecht bebaut sei. Daraus könne K jedoch keinen Anspruch auf Erteilung einer objektiv rechtswidrigen Baugenehmigung herleiten.

Gegen den Bescheid vom 6. Mai 2021 erhob K ordnungsgemäß Widerspruch, den die Widerspruchsbehörde als unbegründet zurückwies. Nunmehr erhob K, vertreten durch seine Rechtsanwältin A, form- und fristgerecht Klage zum Verwaltungsgericht mit dem Antrag, den „Rücknahmebescheid“ der Baubehörde sowie den Widerspruchsbescheid aufzuheben. Er begründete dies mit der Rechtswidrigkeit der Aufhebungsentscheidung. Die Baubehörde habe nämlich die „Rücknahme“ gar nicht aussprechen dürfen, da die Sache schon bei der Widerspruchsbehörde anhängig gewesen sei. Ferner sei der Rücknahme ohne seine Beteiligung ergangen. Insbesondere sei aber die ihm erteilte Baugenehmigung rechtskräftig und hätte nicht aufgehoben werden dürfen. Zudem bestanden infolge der Mitwirkung des N am Nichtzustandekommen des gemeindlichen Einvernehmens Bedenken. Er wies ferner darauf hin, dass das Baugebiet seit dem Beschluss des Bebauungsplans im Jahre 2006 auf einer Reihe von Grundstücken in anderer Weise bebaut worden sei, als es der Plan vorsehe. Nun könne man doch ihm nicht verbieten, was anderen Bürgern gestattet worden sei. Schließlich seien auf 9 der 16 Parzellen des Baugebiets, von denen 13 bebaut sind, bereits zweigeschossige Gebäude errichtet worden. Dass sein Gebäude die Sonneneinstrahlung auf das Grundstück des N zum Teil verhindere, müsse er allerdings zugeben. Im Übrigen befinden sich im Baugebiet kleinere Geschäfte, eine Lagerhalle, ein Gymnastikstudio und eine Pizzeria.

Gleichzeitig mit der Klageerhebung beantragte die Rechtsanwältin A beim Verwaltungsgericht, den Landkreis im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu verpflichten, die sofortige Vollziehung der dem K zunächst erteilten Baugenehmigung anzuordnen. In ihrer Begründung wies sie darauf hin, dass die Baugenehmigung rechtmäßig erteilt worden sei und damit der Rücknahmebescheid keinen Bestand habe. Sie führte ferner aus, dass aufgrund des gegenwärtig zu beobachtenden Zinsanstiegs ihr Mandant befürchten müsse, bei einer weiteren prozessbedingten Verzögerung des Baus die Finanzierung nicht mehr sicherstellen zu können. Die Rechtsanwältin wies schließlich darauf hin, dass die Widerspruchsbehörde

über den Widerspruch des N noch nicht entschieden habe.

Richter V des Verwaltungsgerichts bittet den ihm zur Ausbildung zugewiesenen Rechtsreferendar R um ein Gutachten zur Rechtslage.

**Zusatzfrage:** Was kann der Bauherr tun, wenn zukünftig die Gemeinde rechtswidrig das Einvernehmen verweigert?

**Bearbeitervermerk:**

Das Gutachten des Rechtsreferendars ist zu fertigen und die Zusatzfrage zu beantworten.

## GUTACHTEN (Lösungsvorschlag)

### A. Zulässigkeit der Klage des K gegen den „Rücknahmebescheid“

#### I. Verwaltungsrechtsweg

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg vorliegen. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung kommt die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO in Betracht. Dafür müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben sein. Eine solche liegt vor, denn einschlägige Normen sind hier die Vorschriften des Baurechts. Mangels abdrängender Sonderzuweisung ist daher der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

#### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers gemäß § 88 VwGO. Hier begehrt K, dass die Aufhebungsverfügung vom 6. Mai 2021 wieder beseitigt wird. Als statthafte Klageart könnte die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO in Betracht kommen. Dann müsste es sich bei der angegriffenen Maßnahme um einen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 HVwVfG handeln. Die Aufhebungsverfügung ist eine Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalls mit Außenwirkungssintention, sodass ein Verwaltungsakt vorliegt. Die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO ist somit statthafte Klageart.

#### III. Klagebefugnis

Die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO verlangt die mögliche Verletzung eines subjektiven Rechts. Als subjektive Rechte kommen hier Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht. Auch die Adressatentheorie ist anwendbar, denn K ist Adressat der belastenden Maßnahme der Aufhebung der ihm

gegenüber ausgesprochenen Baugenehmigung. Die Klagebefugnis ist somit gegeben.

#### IV. Vorverfahren

Das Vorverfahren nach § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO wurde ordnungsgemäß durchgeführt. Die Monatsfrist nach § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO wurde eingehalten. Der Widerspruch richtete sich gemäß § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO an die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hatte und blieb erfolglos.

#### V. Form- und fristgerechte Klageerhebung

Die Klage wurde formgerecht nach §§ 81, 82 VwGO erhoben. Die Monatsfrist gemäß § 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO wurde eingehalten.

#### VI. Klagegegner

Klagegegner ist gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der Landkreis als Rechtsträger des handelnden Kreis Ausschusses, der hier gemäß § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b) HBO als Bauaufsichtsbehörde fungiert.<sup>1</sup>

#### VII. Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts

Das Verwaltungsgericht ist sachlich nach § 45 VwGO. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 52 Nr. 1 VwGO.

#### VIII. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig

### B. Begründetheit der Klage

#### I. Ermächtigungsgrundlage für Erlass des „Rücknahmebescheids“

Ermächtigungsgrundlage für die Aufhebung (Rücknahme oder Widerruf) könnte § 48 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 HVwVfG bzw. § 49 Abs. 1 oder 2 HVwVfG sein. Da zeitgleich ein Widerspruchsverfahren des Nachbarn N gegen die den K begünstigende Baugenehmigung läuft, ist § 50 HVwVfG anwendbar.

Wegen § 50 HVwVfG gelten § 48 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 bis 4 bzw. § 49 Abs. 2 bis 4 und 6 HVwVfG nicht.<sup>2</sup> Die für die Anwendung des § 50 HVwVfG erforderliche Zulässigkeit des Nachbarwiderspruchs<sup>3</sup> ist gegeben. Er wurde fristgerecht schriftlich bei der zuständigen Behörde eingereicht. § 50 HVwVfG erleichtert der Behörde die Aufhebung eines begünstigenden Verwaltungsaktes nach den §§ 48, 49 VwGO, wenn ein Dritter gegen den Verwaltungsakt zulässig Widerspruch oder Anfechtungsklage erhoben hat<sup>4</sup> und letztlich denselben Zweck verfolgt wie die Behörde. Es wird damit der Tatsache Rechnung getragen, dass der durch den Verwaltungsakt Begünstigte, solange ein Rechtsbehelfsverfahren läuft, ohnehin nicht auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertrauen kann, sondern mit der Aufhebung durch die Widerspruchsbehörde oder das Verwaltungsgericht rechnen muss.<sup>5</sup>

Für die Entscheidung der Frage, ob es sich um eine Rücknahme oder einen Widerruf handelt, kommt es darauf an, ob die aufgehobene Maßnahme, also die Baugenehmigung, rechtswidrig oder rechtmäßig war.

### II. Formelle Rechtmäßigkeit der Aufhebung

#### 1. Zuständigkeit

Sachlich zuständig für die Aufhebung eines Verwaltungsaktes<sup>6</sup> ist die Behörde, die zum Zeitpunkt der Aufhebungsentscheidung für den Erlass des aufzuhebenden Verwaltungsaktes sachlich zuständig wäre (*actus contrarius*).<sup>7</sup> Die untere Bauaufsichtsbehörde als Ausgangsbehörde ist bei Gemeinden unter 50.000 Einwohnern gemäß § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b) HBO der Kreis Ausschuss im Landkreis. Der Kreis Ausschuss besteht gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 HKO aus dem Landrat als Vorsitzenden, dem Ersten und weiteren ehrenamtlichen Kreisbeigeordneten. Die behördliche Aufhebung von Verwaltungsakten ist auch

<sup>1</sup> Gornig, Gilbert, Kommunalrecht, in: Gornig, Gilbert/Horn, Hans-Detlef/Will, Martin (Hrsg.), Öffentliches Recht in Hessen, 2018, S. 170 Rn. 700.

<sup>2</sup> § 50 VwVfG schließt nur die Anwendung derjenigen Vorschriften der §§ 48 und 49 VwVfG aus, die den Vertrauensschutz betreffen, da im laufenden Widerspruchs- oder Anfechtungsverfahren Vertrauensschutzgesichtspunkte grundsätzlich keine Rolle spielen. Konsequenterweise spielen sie dann auch im parallel laufenden behördlichen Aufhebungsverfahren keine Rolle, vgl. Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 19. Aufl. 2021, S. 261 Rn. 744.

<sup>3</sup> BVerwGE 105, 354 ff. (360 f.). Zur notwendigen Begründetheit des laufenden Widerspruchs vgl. BVerwG, NVwZ 1990, 857; a. A.: VGH München, NVwZ 1997, 702; OVG

Münster, NVwZ 1989, 72 f. Fehlen Zulässigkeit und Begründetheit, darf die Behörde den Verwaltungsakt trotzdem gemäß §§ 48 f. HVwVfG aufheben, ist aber uneingeschränkt an die Vertrauensschutzbestimmungen dieser Vorschriften gebunden; vgl. dazu Detterbeck (Fn. 2), Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 261 Rn. 744.

<sup>4</sup> Detterbeck (Fn. 2), Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 263 Rn. 747.

<sup>5</sup> Vgl. OVG Münster, NVwZ 1989, S. 72.

<sup>6</sup> Vgl. zur Aufhebung Detterbeck (Fn. 2), Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 227 ff. Rn. 673 ff.

<sup>7</sup> BVerwGE 110, 226 ff. (230 ff.); NVwZ-RR 2019, 2478 Rn. 17; Detterbeck (Fn. 2), Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 247 Rn. 714.

während eines Vorverfahrens eines Dritten<sup>8</sup> gemäß §§ 68 ff. VwGO gegen den Verwaltungsakt möglich.<sup>9</sup>

## 2. Verfahren

Gemäß § 28 Abs. 1 HVwVfG hat eine Anhörung zu erfolgen, da es sich bei der Aufhebung der Baugenehmigung um einen belastenden Verwaltungsakt handelt. Ausnahmen nach § 28 Abs. 2 HVwVfG sind nicht gegeben. Hier wurde vor der Aufhebung der Beteiligte K nicht angehört. Rechtsfolge ist aber nicht die Nichtigkeit gemäß § 44 HVwVfG. Nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 HVwVfG ist eine Heilung des formellen Fehlers durch Nachholung der erforderlichen Anhörung des Beteiligten möglich. Die Nachholung ist nach § 45 Abs. 2 HVwVfG bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens erlaubt.

## 3. Form

Bei der Aufhebung müsste die Form wie beim Ausgangsbescheid gewahrt worden sein. Nach § 74 Abs. 3 Satz 1 HBO bedarf die Baugenehmigung der Schriftform, sodass auch die Aufhebung der Baugenehmigung schriftlich erfolgen musste.<sup>10</sup> Dies war hier der Fall.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit der Aufhebung

Die Aufhebung könnte als Rücknahme materiell rechtmäßig sein, wenn die Baugenehmigung rechtswidrig war.

### 1. Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung

#### a) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Erteilung einer Baugenehmigung ist § 74 Abs. 1 HBO. Sie ist gemäß § 74 Abs. 1 Halbsatz 1 HBO zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im Baugenehmigungsverfahren zu prüfen sind.

#### b) Formelle Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung

##### (1) Zuständigkeit

Der Kreisausschuss des Landkreises als unterste Baubehörde war für die Erteilung der Baugenehmigung

gemäß § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b) HBO i. V. m. § 36 Abs. 1 HKO zuständig.

## (2) Verfahren

### (a) Beteiligung der Nachbarschaft

Die Beteiligung der Nachbarn (§ 71 HBO) ist – unabhängig davon, ob sie erforderlich war – erfolgt.

### (b) Einvernehmen der Gemeinde

Es stellt sich die Frage, ob das Einvernehmen der Gemeinde gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB i. V. m. §§ 31, 33 bis 35 BauGB erforderlich ist.<sup>11</sup> Die Frage stellt sich, weil hier eventuell ein Planungsgebiet vorliegt, bei dem ein Einvernehmen der Gemeinde nicht verlangt wird. Es müsste also ein wirksamer, formell und materiell rechtmäßiger Bebauungsplan vorliegen.

#### (aa) Erforderlichkeit des Einvernehmens

##### (a) Formelle Rechtmäßigkeit des B-Planes

Die gemäß § 10 Abs. 1 BauGB sachlich zuständige Gemeinde hat den Bebauungsplan als Satzung beschlossen. Funktionell zuständig war die Gemeindevertretung (§ 49 HGO) gemäß § 51 Nr. 6 HGO. Sie hat den Beschluss gefasst.

Das Verfahren zum Erlass des Bebauungsplans wurde eingehalten.

Eine Genehmigung ist nach § 10 Abs. 2 Satz 1 BauGB i. V. m. § 8 Abs. 2 Satz 2 BauGB erforderlich, da kein Flächennutzungsplan existiert. Dies ist gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 BauGB zulässig. Die Genehmigung durch die höhere Verwaltungsbehörde gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 BauGB liegt vor. Höhere Verwaltungsbehörde im Sinne des Baugesetzbuches ist in Hessen gemäß § 27 Abs. 1 BauGB-AV das Regierungspräsidium. Von der Ausnahme nach § 203 Abs. 3 BauGB wurde somit nicht Gebrauch gemacht.

Die Erteilung der Genehmigung des Bebauungsplans ist gemäß § 10 Abs. 3 Satz 1 BauGB ortsüblich bekanntzumachen. Erst mit der Bekanntmachung tritt gemäß § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB der Bebauungsplan in Kraft. Erst Ende März 2021 wurde der Bebauungsplan bekanntgemacht.

##### (b) Materielle Rechtmäßigkeit des B-Planes

Seit 2016 wurde dem Bebauungsplan bei der Genehmigung von Baumaßnahmen kaum noch Beachtung

<sup>8</sup> Nach § 212a Abs. 1 BauGB hat der Widerspruch des Dritten N gegen die bauaufsichtliche Zulassung des Vorhabens des K keine aufschiebende Wirkung; vgl. auch § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO.

<sup>9</sup> Deterbeck (Fn. 2), Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 228 Rn. 675, S. 261 Rn. 744.

<sup>10</sup> Nach der *actus-contrarius-Theorie* muss ein aufhebender Rechtsakt dieselben Anforderungen erfüllen wie der ursprüngliche Rechtsakt, der aufgehoben werden soll.

<sup>11</sup> Zum gemeindlichen Einvernehmen vgl. Will, Martin, Öffentliches Baurecht, in: Gornig, Gilbert/Horn, Hans-Detlev/Will, Martin (Hrsg.), Öffentliches Recht in Hessen, 2018, S. 516 ff. Rn. 431 ff.

geschenkt. Der Bebauungsplan könnte daher aufgrund abweichenden Gewohnheitsrechts außer Kraft gesetzt worden sein.

Es ist die Existenz von Gewohnheitsrecht auch im Verwaltungsrecht anerkannt. Es spielt aber aufgrund der Vielzahl geschriebener Gesetze und der raschen Änderung der Verhältnisse nur noch eine untergeordnete Rolle. „Gewohnheitsrecht entsteht durch längere tatsächliche Übung, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine ist und von den Beteiligten als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird“<sup>12</sup>. Im vorliegenden Fall könnte örtlich begrenztes Verwaltungsgewohnheitsrecht (Observanz) entstanden sein.<sup>13</sup>

Es ist zunächst fraglich, ob in einem Rechtsstaat, der von einem Primat des geschriebenen Rechts beherrscht wird, ungeschriebenes Gewohnheitsrecht geschriebenes Recht verdrängen kann. Das ist aber grundsätzlich zu bejahen, da spezielleres Recht<sup>14</sup> allgemeines Recht<sup>15</sup> (*lex specialis derogat legi generali*) und späteres Recht früheres Recht verdrängen kann (*lex posterior derogat legi priori*).

Gewohnheitsrecht kommt vor allem dort lückenausfüllend vor, wo geschriebene Gesetze fehlen oder unvollständig sind; es kann sich also grundsätzlich nur *praeter legem* nicht *contra legem* entwickeln.<sup>16</sup> Hier wurde in rechtswidriger Weise vom als wirksam betrachteten Bebauungsplan abgewichen, so dass wegen des eigentlich bewusst vorgenommenen Rechtsbruchs kein abweichendes Gewohnheitsrecht entstehen konnte (*ex iniuria ius non oritur*).

Es ist zudem anerkannt, dass Bebauungspläne wie auch andere Rechtssätze grundsätzlich weder durch die Bildung entgegengesetzten Gewohnheitsrechts<sup>17</sup>

außer Kraft treten noch durch Gewohnheitsrecht entstehen können.<sup>18</sup> Dies widerspricht dem Wesen von Bebauungsplänen als Satzungen und den Formalien des Rechtsetzungsverfahrens. Bebauungspläne sind daher grundsätzlich wirksam, solange sie weder geändert noch aufgehoben worden sind<sup>19</sup>. Eine eigene Verwerfungskompetenz der Gemeinde oder Baugenehmigungsbehörde besteht nicht<sup>20</sup>, vielmehr ist ein als ungültig anerkannter Bebauungsplan in dem für die Aufstellung von Bebauungsplänen geltenden Verfahren aufzuheben<sup>21</sup>.

Der Bebauungsplan könnte aber infolge abweichender tatsächlicher Entwicklung außer Kraft getreten sein (*ex factis ius oritur*). Neben Gewohnheitsrecht sind nämlich auch Tatsachen in der Lage, „einen (entgegenstehenden) Rechtssatz außer Kraft zu setzen“<sup>22</sup>. Ganz allgemein hat das Recht die Aufgabe, die „Sozialsituation“ zu ordnen oder in Ordnung zu halten. Das BVerwG hat dargelegt, dass das Recht um seiner Ordnungsfunktion willen außerstande ist, etwas zu bestimmen, das überhaupt keinen sinnvollen Gegenstand oder keinen denkbaren Adressaten hat oder eine schlechthin unmögliche Regelung trifft. Es hat ausdrücklich festgestellt, dass Recht mit derart funktionslosem Inhalt nicht in Kraft treten kann und außer Kraft tritt, wenn sich der Mangel der Funktionslosigkeit nachträglich einstellt.<sup>23</sup> Diese Überlegungen gelten insbesondere für Bebauungspläne, da sie stärker als abstrakte Rechtssätze wirklichkeitsbezogen sind. Pläne wollen nicht allein „gelten“, sie sind insbesondere „auf konkrete Erfüllung angelegt“<sup>24</sup>. Pläne können daher durch abweichende tatsächliche Entwicklung besonders leicht funktionslos, das heißt nicht mehr erfüllbar werden<sup>25</sup>. Nun führt

<sup>12</sup> BVerfGE 34, 293 ff. (303 f.); BGHZ 22, 317 ff. (328).

<sup>13</sup> Observanz ist eine Sonderform des Gewohnheitsrechts, nämlich das Gewohnheitsrecht, das sich innerhalb einer juristischen Person des Öffentlichen Rechts entwickelt hat. Es ist gleichsam das gewohnheitsrechtliche Gegenstück zur Satzung.

<sup>14</sup> Ein Gesetz ist allerdings nur dann das „speziellere“ Gesetz im Sinne des *lex specialis derogat legi generali-Grundsatzes*, wenn sein Tatbestand über alle Merkmale der allgemeinen Norm verfügt und gegenüber dem allgemeinen Gesetz noch mindestens ein weiteres Merkmal hinzukommt. Vgl. Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 267.

<sup>15</sup> BVerwGE 26, 282 ff. (284 f.); BVerwG, DVBl. 1977, 768.

<sup>16</sup> Gewohnheitsrecht wurde z. B. in folgenden Fällen bejaht: Aufopferungsanspruch (BVerwGE 4, 6 ff. [14 f.]; BGHZ 16, 366 ff. [374]); Verpflichtung der Rechtsanwälte, vor Gericht die Amtstracht zu tragen (BVerfGE 28, 21 ff.

[(28 ff.); Genehmigungsvorbehalt für privaten Begräbnisplatz (OVG Lüneburg, OVG 22, 495); ferner als Observanz: Unterhaltung von Wegen (OVG Lüneburg, OVG 15, 455 ff. [459 ff.]); Recht der Gemeindeeinwohner zur Wasserentnahme aus eigenen gemeindlichen Heilbrunnen (Hess. VGH, ESVGH 31, 113).

<sup>17</sup> BVerwGE 26, 282 ff. (285).

<sup>18</sup> BVerwGE 55, 369 ff. (370).

<sup>19</sup> Vgl. auch BVerwGE 75, 142 ff.

<sup>20</sup> Hess. VGH, NVwZ-RR 1994, 691.

<sup>21</sup> BVerwGE 75, 142 ff. (144).

<sup>22</sup> BVerwG, DVBl. 1977, 768; vgl. auch BVerwGE 28, 179 ff. (182).

<sup>23</sup> So BVerwG, DVBl. 1977, 768.

<sup>24</sup> Ritter, Ernst-Hasso, Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, DÖV 1976, 802 ff. (805).

<sup>25</sup> BVerwGE 67, 334 ff. (336); BVerwG, DVBl. 1977, 768 ff. (769).

jedoch nicht jede Planwidrigkeit zu einem Außerkrafttreten von Plänen. In Betracht zu ziehen ist auch das Vertrauen des Planadressaten. Das führt zu zwei Voraussetzungen, die erforderlich sind, um eine bauplanerische Festsetzung wegen Funktionslosigkeit außer Kraft zu setzen: Zum einen müssen die Verhältnisse, auf die sich der Bebauungsplan bezieht, in der tatsächlichen Entwicklung einen Zustand erreicht haben, der eine Verwirklichung der Festsetzung auf unabsehbare Zeit ausschließt<sup>26</sup>. Zu würdigen ist grundsätzlich die Festsetzung in ihrer ganzen Reichweite und nicht nur die einzelne Festsetzung als solche, sondern auch die Bedeutung, die sie für den Plan in seiner Gesamtheit hat. Zum anderen muss eine bestimmte Offenkundigkeit des Mangels hinzutreten.<sup>27</sup> Die zur Funktionslosigkeit führende Abweichung zwischen der planerischen Festsetzung und der tatsächlichen Situation muss in ihrer Erkennbarkeit einen Grad erreicht haben, der einem in die Fortgeltung der Festsetzung gesetzten Vertrauen die Schutzwürdigkeit nimmt<sup>28</sup>. Schließt man sich dieser Meinung an, ist der Bebauungsplan Birkenau außer Kraft getreten, da ein Siedlungsgebiet mit Bungalows vom städtebaulichen Standpunkt aus nicht mehr verwirklicht werden kann. Es ist Funktionslosigkeit des Bebauungsplans gegeben (str.), da der Bebauungsplan erkennbar nicht mehr vollzogen werden kann. Die tatsächliche Bebauung weicht jedenfalls hinsichtlich des Maßes der Bebauung vom Plan ab.<sup>29</sup>

Da die Beschlussfassung über den Bebauungsplan im Jahr 2006 erfolgte, der Plan aber erst mit der Bekanntmachung 2021 in Kraft trat, bestehen auch Bedenken bezüglich der Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans im Hinblick auf § 214 Abs. 3 BauGB, wonach für die Abwägung die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Bebauungsplan maßgebend ist. Zwar fallen hier Abwägung und Beschlussfassung im Jahr 2006 zusammen. Allerdings haben sich die Verhältnisse der baulichen Nutzung in den vielen Jahren zwischen Beschluss und Bekanntmachung maßgeblich geändert. Eine erneute Ausübung des Planungsermessens der Gemeinde wäre erforderlich. Der Bebauungsplan müsste jedenfalls geändert werden,<sup>30</sup> sollte man die Funktionslosigkeit verneinen.

Rechtsfolge: Wegen der Unwirksamkeit des Bebauungsplans sind nicht die §§ 30, 31 BauGB, sondern die §§ 34 oder 35 BauGB als Maßstab heranzuziehen. Das Einvernehmen der Gemeinde gemäß § 36 Abs. 1 BauGB ist also jedenfalls erforderlich.

#### **(bb) Einvernehmen**

Es könnte beim Beschluss über das Einvernehmen der Gemeinde ein Verstoß gegen § 20 Abs. 1 Satz 2 HVwVfG vorliegen, da der Nachbar N bei der Entscheidung der Gemeinde über das Bauvorhaben mitgestimmt hat. N könnte einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangt haben. Dies würde nur dann nicht gelten, wenn nach Satz 3 der Vorteil oder Nachteil darauf beruht, dass jemand einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden. Allein Nachbar N hätte einen Vorteil, wenn das Bauvorhaben nicht umgesetzt würde, da es die Sonneneinstrahlung auf sein Grundstück verhindert. § 20 Abs. 1 Satz 3 HVwVfG ist somit nicht einschlägig. N durfte nicht mitentscheiden.

Für einen Verstoß gegen § 25 Abs. 1 Nr. 1 HGO gilt das Gleiche. Es war der Nachbar N durchaus befangen, denn die negative Entscheidung brachte ihm einen unmittelbaren Vorteil. Die § 25 Abs. 1 Satz 2 bzw. Abs. 4 HGO sind auch hier nicht einschlägig. Da aber niemand den möglichen Verstoß gerügt hatte, folgt aus § 25 Abs. 6 Satz 2 HGO, dass der Beschluss nach sechs Monaten von Anfang an grundsätzlich als wirksam zustande gekommen gilt. Insoweit würde der § 25 HGO als spezielleres Gesetz den § 20 HVwVfG verdrängen.

Das damals nicht erteilte Einvernehmen war aber obsolet. Es war zum einen nicht erforderlich, denn es betraf faktisch ein Bauvorhaben in einem Planungsgebiet, bei dem ein Einvernehmen nicht erteilt werden muss und daher irrelevant ist. Zum anderen betraf das nicht erteilte Einvernehmen ein Bauvorhaben in einem Planungsgebiet, das *de iure* kein Planungsgebiet war.

#### **(cc) Zwischenergebnis**

Die Gemeindevertretung entschied subjektiv über die Vereinbarkeit des Bauvorhabens in einem

<sup>26</sup> BVerwG, DVBl. 1977, 768. Vgl. auch *Ferner, Hilmar*, in: *Ferner, Hilmar/Kröniger, Holger/Aschke, Manfred* (Hrsg.), *Kommentar BauGB*, 3. Aufl., 2013, § 30 Rn. 8.

<sup>27</sup> BVerwGE, DVBl. 1977, 768.

<sup>28</sup> BVerwG, DVBl. 1977, S. 768 ff. (769).

<sup>29</sup> Vgl. insgesamt zu dieser Problematik auch *Gornig, Gilbert*, Funktionslosigkeit eines Bebauungsplans, *MLR* 2015, Heft 1, 32 ff.

<sup>30</sup> Gegen den Bebauungsplan könnte auch ein Rechtsmittel erhoben werden; nach § 47 I Nr. 1 VwGO, § 10 BauGB wäre der Normenkontrollantrag die statthafte Klageart.

Planungsgebiet. Das war aber gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB nicht erforderlich war. Da die Gemeinde für die Aufstellung des Bebauungsplans verantwortlich ist, wird damit bereits dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 137 HV) genügt. Ein zusätzliches Einvernehmen ist daher nicht erforderlich.

Da es sich hier in Wirklichkeit um ein Bauvorhaben in einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil nach § 34 BauGB handelt, hätte aber ein gemeindliches Einvernehmen gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB unter Beachtung der Vorgaben des § 34 BauGB erfolgen müssen. Ein solches Einvernehmen liegt nicht vor. Folglich ist die Baugenehmigung bereits formell rechtswidrig.

### **(3) Form**

Nach § 74 Abs. 3 Satz 1 HBO bedarf die Baugenehmigung der Schriftform. Diese Form wurde eingehalten. Auch sonst sind keine Fehler ersichtlich.

### **c) Materielle Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung**

#### **(1) Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung und Vertrauensschutz**

Die Anwendung des Grundsatzes der Selbstbindung der Verwaltung, die der K geltend macht, ist unabhängig vom Schicksal des Bebauungsplans abzulehnen, da es nach allgemeiner Ansicht keine Gleichbehandlung im Unrecht gibt<sup>31</sup>. Eine Pflicht zur Gleichbehandlung im Unrecht könnte zur Folge haben, dass die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung unterwandert wird. Die Verwaltung könnte sich von der Gesetzesbindung mit dem Hinweis auf den Gleichheitsgrundsatz lösen.

Es stellt sich weiterhin die Frage, ob ein Vertrauensschutz in eine rechtswidrige Verwaltungspraxis eintreten könnte, so dass die Baugenehmigung schon deswegen entgegen dem Bebauungsplan unabhängig von dessen Schicksal zu erteilen ist. Aber auch für den Vertrauensschutzgedanken ist ein rechtmäßiges Verwaltungshandeln Voraussetzung<sup>32</sup>. Eine schutzwürdige Vertrauensposition kann daher bei einem Vertrauen auf rechtswidriges Verwaltungshandeln nicht entstehen. Entscheidend ist somit allein die Vereinbarkeit mit den Normen des materiellen Baurechts.

#### **(2) Genehmigungsbefreiung des Vorhabens**

Ein baugenehmigungsfreies Vorhaben nach § 63 HBO liegt nicht vor. Eine Genehmigungsfreistellung

nach § 64 HBO kommt hier nicht in Betracht. Zwar ging man subjektiv davon aus, es handele sich um eine Baumaßnahme im Geltungsbereich eines Bebauungsplans gemäß § 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HBO, allerdings war die Erschließung nicht gesichert (§ 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HBO), so dass jedenfalls eine der Voraussetzungen für eine Freistellung, die kumulativ vorliegen müssen, nicht gegeben ist. Die Genehmigungsbedürftigkeit des Vorhabens ist gemäß § 62 HBO gegeben.

#### **(3) Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens**

Das Vorhaben müsste auch genehmigungsfähig sein.

##### **(a) Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit**

Zunächst müsste das Bauvorhaben bauplanungsrechtlich zulässig sein.

Das Wohngebäude stellt eine bauliche Anlage gemäß § 29 Abs. 1 BauGB dar, die errichtet werden soll. Folglich sind die §§ 30 bis 37 BauGB anwendbar. § 30 BauGB ist nicht einschlägig, da wegen der Funktionslosigkeit des Bebauungsplans kein Plangebiet vorliegt. Daher könnte § 34 BauGB in Betracht kommen.

§ 34 BauGB ist anwendbar, wenn das Wohngebäude innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils errichtet werden soll. Dies ist hier der Fall. Ein Bebauungszusammenhang besteht. Große Baulücken, die dem Eindruck der Geschlossenheit entgegenstehen könnten, sind nicht vorhanden.

Es müssten also die Voraussetzungen des § 34 BauGB vorliegen. Die Vereinbarkeit des Bauvorhabens hinsichtlich der „Art“ der baulichen Nutzung ist zuerst am Maßstab des § 34 Abs. 2 BauGB i. V. m. §§ 2 ff. BauNVO zu prüfen. Es könnte hier unter Berücksichtigung der Bebauung mit Wohnungen und dem Vorhandensein von kleineren Geschäften, einer Lagerhalle, einem Gymnastikstudio und einer Pizzeria sowohl ein allgemeines Wohngebiet nach § 4 BauNVO, ein Mischgebiet nach § 6 BauNVO oder sogar ein urbanes Gebiet nach § 6a BauNVO vorliegen. Wenn die Umgebung Merkmale mehrerer Baugebiete der BauNVO ausweist und eine Zuordnung nicht zweifelsfrei möglich ist, gilt nicht § 34 Abs. 2 BauGB, sondern § 34 Abs. 1 BauNVO, um jeder Willkür den Boden zu entziehen. Hinsichtlich der „Art“ und dem „Maß“ der baulichen Nutzung ist allein § 34 Abs. 1 BauGB einschlägig. Entscheidend ist, ob sich die Maßnahme in die umliegende Bebauung einfügt (Harmonie). Das ist hier hinsichtlich der Art

<sup>31</sup> BVerwGE 44, 82 ff. (87); BVerwG, DÖV 1970, 275.

<sup>32</sup> Vgl. BVerwGE 34, 278 ff. (284).

der Fall, da bereits auf vielen Parzellen Wohnbebauung vorliegt. Auch ist die Vereinbarkeit des Bauvorhabens des K hinsichtlich des „Maßes“ der baulichen Nutzung gemäß § 34 Abs. 1 BauGB gegeben, da sich vergleichbare zweigeschossige Gebäude im umliegenden Baugebiet auf der Mehrzahl der Parzellen befinden. Insgesamt fügt sich daher das geplante Vorhaben in die nähere Umgebung ein.

Allerdings ist laut dem Sachverhalt die Erschließung nicht gesichert, so dass die Voraussetzungen des § 34 Abs. 1 BauGB nicht erfüllt sind.

### **(b) Bauordnungsrechtliche Zulässigkeit**

Verstöße gegen das Bauordnungsrecht sind nicht ersichtlich.

## **2. Zwischenergebnis**

Das Einvernehmen der Gemeinde fehlt und die Erschließung ist nicht gesichert, sodass das Bauvorhaben formell und materiell rechtswidrig ist.

## **C. Ergebnis**

Die Rücknahme der Baugenehmigung nach § 48 Abs. 1 Satz 1 HVwVfG war wegen der Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung im Ergebnis rechtmäßig. Die Baubehörde darf die Baugenehmigung nicht erteilen, solange die Erschließung nicht gesichert ist. Das Einvernehmen der Gemeinde ist aber nach der Erschließung zu erteilen. Es gilt als erteilt, wenn es nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde verweigert wird (§ 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB). Ein solches Ersuchen liegt aber bislang noch nicht vor.

## **D. Antrag auf sofortige Vollziehung der dem K zunächst erteilten Baugenehmigung**

Die Rechtsanwältin A möchte den Landkreis im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verpflichten, die sofortige Vollziehung der dem K zunächst erteilten Baugenehmigung anzuordnen. Es liegt mit der Baugenehmigung ein Verwaltungsakt mit Doppelwirkung im Sinne des § 80 a VwGO vor. Den Nachbarn belastet der Verwaltungsakt, den Antragsteller erfreut er. In Betracht käme daher bei Gericht grundsätzlich ein Antrag nach § 80a Abs. 3 VwGO i. V. m. § 80a Abs. 1 Nr. 1 und § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO, dass die sofortige Vollziehung angeordnet wird, die grundsätzlich nach § 80 Abs. 1 Satz 2 VwGO auch bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung (§ 80a

VwGO) eintritt. Die sofortige Vollziehung müsste dann im überwiegenden Interesse des Bauherrn liegen. Eine solche ließe sich aber mit dem zu beobachtenden Zinsanstieg nicht begründen, zumal bislang eine rechtmäßige Baugenehmigung nicht vorliegt. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung eines Verwaltungsaktes, dem es an der Rechtmäßigkeit fehlt, kann niemals im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten liegen. Dies ergibt sich schon aus Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die Verwaltung an Recht und Gesetz gebunden ist.

Im Falle einer Baugenehmigung besteht aber eine Besonderheit. Gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 212a Abs. 1 BauGB hat ein Widerspruch eines Dritten gegen die bauaufsichtliche Zulassung eines Vorhabens keine aufschiebende Wirkung. Es ist also sofortiger Vollzug per Gesetz gegeben. Er muss nicht besonders beantragt werden. Eine Baugenehmigung, die sofort vollzogen werden könnte, liegt aber infolge der Rücknahme zunächst nicht vor. Der Bauherr K profitiert jedoch zunächst von der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs und seiner Anfechtungsklage nach § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO gegen den die Baugenehmigung betreffenden Rücknahmebescheid.

### **Zusatzfrage:**

Wenn die Gemeinde rechtswidrig das erforderliche Einvernehmen verweigert, ist eine Klage des Bauherrn K gegen die Gemeinde auf Erteilung des Einvernehmens nicht statthaft. Eine Verpflichtungsklage gegen die Gemeinde gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO scheidet aus, da das Einvernehmen kein Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Satz 1 und 2 HVwVfG ist. Da die Entscheidung über das Einvernehmen auch keine Außenwirkung hat ist auch eine allgemeine Leistungsklage unzulässig. Der Bauherr K muss daher eine Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO auf Erteilung der Baugenehmigung gegen die Baugenehmigungsbehörde erheben. Im Rahmen des Vorverfahrens ist aber die Widerspruchsbehörde noch an der Genehmigungserteilung gehindert, da das Einvernehmen der Gemeinde fehlt. Die Rechtskraft des Verpflichtungsurteils erstreckt sich dann gemäß §§ 121, 63 Nr. 3 und 65 Abs. 2 VwGO auf die notwendig beizuladende Gemeinde und überwindet so das fehlende Einvernehmen der Gemeinde.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2003, 719; Will (Fn. 11), in: Gornig/Horn/Will, S. 519 f. Rn. 444.

## Mord mit Aussicht auf Neuverhandlung

### - Die Reform der Wiederaufnahmeregelung aus anwaltlicher Perspektive -

Von Rechtsanwalt Dr. Jannik Rienhoff, Marburg\*

Die Regierungskoalition hat per einfachem Gesetz eine Änderung des § 362 StPO beschlossen<sup>1</sup>, welcher bisher den Grundsatz „ne bis in idem“ aus Art. 103 Abs. 3 GG in der StPO verankert. Zustimmung erhielten CDU/CSU und SPD nur von der AfD-Fraktion und der Gesetzentwurf kam auch nicht aus dem Justizministerium. Durch die Änderung soll das Verbot der Doppelbestrafung aufgeweicht werden – eine Wiederaufnahme zuungunsten eines\* einer Freigesprochenen soll bei bestimmten Delikten leichter möglich sein.

#### A. De lege lata und de lege ferenda

Die Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO ermöglicht bisher einen neuen Prozess, wenn der Ausgangsprozess durch Manipulation oder Rechtsbruch zu einem Freispruch führte oder der\*die Freigesprochene selbst die Tat hinterher eingesteht.

Der bisherige Wortlaut ist:

#### **§ 362 Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten**

Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Angeklagten ist zulässig,

1. wenn eine in der Hauptverhandlung zu seinen Gunsten als echt vorgebrachte Urkunde unecht oder verfälscht war;

2. wenn der Zeuge oder Sachverständige sich bei einem zugunsten des Angeklagten abgelegten Zeugnis oder abgegebenen Gutachten einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht oder einer vorsätzlichen falschen uneidlichen Aussage schuldig gemacht hat;

3. wenn bei dem Urteil ein Richter oder Schöffe mitgewirkt hat, der sich in Beziehung auf die Sache einer strafbaren Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat;

4. wenn von dem Freigesprochenen vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis der Straftat abgelegt wird.

Neu geplant ist die Nummer 5 mit dem Wortlaut:

5. wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte wegen Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuches), Völkermordes (§ 6 Absatz 1 des Völkerstrafgesetzbuches), des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Absatz 1 Nummer 1 und 2 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Absatz 1 Nummer 1 des Völkerstrafgesetzbuches) verurteilt wird.

Das heißt, Grundlage für ein neues Verfahren kann in der bisherigen Fassung nur ein so erheblicher Verfahrensmangel sein, dass nicht von einer Rechtskraft ausgegangen wird oder die verurteilte Person selbst auf die Rechtskraft verzichtet und daher gar kein Vertrauen geschützt werden muss.

Anders wäre dies in der neuen Fassung, weshalb der neue § 362 Nr. 5 StPO-E auch nicht in den Kanon der bisherigen Regelung passt.<sup>2</sup> Denn damit war bisher nur in sehr engen Grenzen eine Ausnahme vom Verbot der Doppelbestrafung nach Art. 103 Abs. 3 GG möglich. Diese Regelung ist ein Gebot des Rechtsstaats. Nach Abschluss des Verfahrens tritt der Rechtsfrieden ein, in jedem Rechtsgebiet und unabhängig davon, was der materiellen Wahrheit entspricht.

Zunächst war die Behauptung in der Welt, dass neue technische Möglichkeiten, die nach dem ersten Urteil aufkamen und erst jetzt eine Überführung ermöglichten, als einziger Anlass in Frage kämen.<sup>3</sup> War z.B. zum Tatzeitpunkt ein DNA-Abgleich technisch noch nicht möglich, ließe sich nachträglich aber durch einen Treffer die Täterschaft beweisen, hätte es für einen neuen Prozess ausgereicht.<sup>4</sup> In der aktuellen Gesetzesvorlage findet sich diese Einschränkung aber nicht wieder. Jedes neue Beweismittel soll ausreichen.

Dass das Gesetz auch noch als „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ benannt wurde, erscheint aus rechtlicher Perspektive fragwürdig. Zum einen suggeriert es, dass bisher keine Gerechtigkeit in

\* Dr. iur. Jannik Rienhoff ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Stein · Schmeltzer · Dr. Rienhoff und Lehrbeauftragter an der Universität Marburg.

<sup>1</sup> Stand: 14.07.2021.

<sup>2</sup> DAV, Stellungnahme Nr. 42/2021, S. 11.

<sup>3</sup> DAV, Stellungnahme Nr. 42/2021, S. 3.

<sup>4</sup> Siehe hierzu auch: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/wiederaufnahme-straftverfahren-brutaler-rechtsstaat/> (abgerufen am 14.07.2021).

einem Strafprozess möglich sei und zum anderen, dass der materiellen Gerechtigkeit ab jetzt gegenüber formellen Einschränkungen der Vorzug zu geben sei.

### **B. Empirie – gibt es überhaupt Bedarf an einer Neuregelung?**

Der Bundesarbeitskreis Christlich Demokratischer Juristen der CDU (BACDJ) hat sich deutlich für diese Änderung ausgesprochen mit der Begründung, der Freispruch eines Mörders wäre für das Rechtsempfinden der Allgemeinheit unerträglich.<sup>5</sup> Er scheint federführend in der Debatte – auf Seiten der Befürworter\*innen – zu sein. Dabei ist die Wortwahl, was man als *Framing* bezeichnet, besonders geschickt in der Debatte. Der „freigesprochene Mörder“ impliziert bereits ein Ergebnis. Die Unschuldsvermutung, die bei einem Freispruch also zur Feststellung der Unschuld führte, wird völlig außenvorgelassen. Dies ist immerhin ein rechtsstaatliches Gebot – und ein zentrales Menschenrecht.

Bisher gibt es keine belastbaren Daten und eine Erhebung ist auch methodisch schwer durchzuführen. Man müsste ausreichend viele wegen Mordes angeklagte, aber freigesprochene Personen hinterher in einem sicheren Rahmen befragen, ob sie nicht doch die Tat gegenüber einer Forschungsstelle einräumen wollen. Ein nur schwer durchzuführendes Setting. Insgesamt gab es 2019 laut Strafverfolgungsstatistik des Bundes nur 5 Freisprüche in Mordverfahren.<sup>6</sup>

Als Strafverteidiger\*in vertritt man vor Gericht auch Personen, von denen man durchaus nicht weiß, ob sie eine Straftat begangen haben. Weiß man hingegen von der Tat, weil der\*die Mandant\*in zum Beispiel den Mord gegenüber seiner\*m Verteidiger\*in eingestanden hat, kommt man mit dem Kampf für einen Freispruch schnell in berufsrechtliche Grauzonen. Kurz zusammengefasst: Was der\*die Verteidiger\*in sagt, ist wahr, aber nicht alles, was wahr ist, sagt der\*die Verteidiger\*in auch.

Ich habe auch schon bei einem Tötungsdelikt einen Freispruch erzielen können und weiß bis heute nicht, ob der Mandant es getan hat. Im Prozess geht es aber nicht immer um die materielle Wahrheit, sondern um die Beweisbarkeit und die rechtlichen Voraussetzungen einer Verurteilung. Das fängt bei kleinen Delikten an – fehlt beispielsweise der rechtzeitige Strafantrag, wird der\*die Angeklagte trotz Schuld nicht verurteilt,

besteht aber auch für schwerste Verbrechen fort. Dass ein\*eine Mörder\*in wegen prozessualer Probleme aber nicht überführt werden kann, erscheint eher die Ausnahme zu sein. Denkbar sind hingegen Fälle, bei denen z.B. eine Notwehrlage nicht ausgeschlossen werden konnte. Hier wird sich aber auch in einem zweiten Prozess in den seltensten Fällen eine andere Darstellung beweisen lassen können als zuvor. Die praktische Relevanz erscheint mir marginal zu sein.

Es ist eine zentrale Ausprägung des Rechtsstaats, gerade nur eine Verurteilung unter rechtsstaatlichen Bedingungen zu ermöglichen. Aktuell wirkt sich dieses Prinzip bei den *Enchro-Chat-Handys* aus. Hierbei handelt es sich um besonders verschlüsselte Kommunikation, die durch französische Ermittler\*innen infiltriert wurde.<sup>7</sup> Wenn sie das einzige belastende Beweisstück sind, aber nicht verwertet werden dürften (wie es das LG Berlin<sup>8</sup> überraschenderweise festgestellt hat), werden z.B. Drogendealer\*innen nicht verurteilt werden können. Das mag im Zweifel ungerecht erscheinen, aber das sind nun einmal die Spielregeln. Alles andere wäre Willkürherrschaft. An dieser Stelle sei erwähnt, dass zum Beispiel bei Beweisverwertungsverbieten das deutsche Rechtssystem nur in sehr wenigen Fällen greift, was erheblich zuungunsten der Angeklagten wirkt. Das Konzept des „*fruit of the poisonous tree*“ findet in der StPO fast keine Berücksichtigung. Von einer Schiefelage zugunsten von Angeklagten kann hierzulande wirklich nicht gesprochen werden. Hinzu kommen zunehmend internationale Ermittlungen und sehr unterschiedliche Möglichkeiten für Ermittlungsbehörden. Momentan scheint es so, als hätten die französischen Ermittler\*innen beispielsweise mehr Befugnisse bei dem Infiltrieren eines Handys von Tatverdächtigen. Das Ergebnis könnte dann in Deutschland verwendet werden. Die französischen Beweisverwertungsregeln finden aber bisher keine Beachtung. Es wäre kaum rechtsstaatlich zu verantworten, wenn sich Behörden internationale Möglichkeiten für die Beweiserhebung sichern, aber zugleich bei den Beweisverwertungsregularien ebenfalls nur die Rosinen rauspicken.

### **C. Verfassungswidrigkeit**

Auf die Frage der Möglichkeit der Änderung durch einfaches Gesetz soll hier nicht vertieft eingegangen werden.<sup>9</sup> Teilweise wird für eine Änderung der StPO

<sup>5</sup> BACDJ, Wiederaufnahme zu Ungunsten des Anklagten, S. 2.

<sup>6</sup> Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung 2019 Fachserie 10 Reihe 3, 2020.

<sup>7</sup> Näher hierzu: *Derin/Singelstein*, NStZ 2021, S. 449.

<sup>8</sup> LG Berlin, Beschl. v. 1.7.2021 (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21).

<sup>9</sup> Siehe hierzu: DAV, Stellungnahme Nr. 42/2021, S. 8.

eine Änderung des Grundgesetzes als notwendig angesehen oder die Wiederaufnahme dürfe sich nur auf Mord und Völkermord beschränken, um verfassungskonform zu sein.<sup>10</sup> Hierzu wird vorgebracht, dass Mord die einzige Straftat sei, die mit lebenslanger Haft geahndet werden kann, was jedoch nicht zutrifft (z.B. §§ 251 oder 81 StGB). Die Auswahl der Straftaten im § 362 Nr. 5 StPO-E erscheint willkürlich (siehe unten).

Bisher hat das BVerfG Einschränkungen des „*ne bis in idem*“-Grundsatzes zugelassen, solange sie den Kern nicht betreffen. Manipulation und der Verzicht auf den Schutz – die oben dargelegten, bisherigen Möglichkeiten – betreffen jedoch eine völlig andere Ausgangslage. Die Abwägung zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit ist eigentlich klar austariert im Verfahrensrecht.

Diskussionswürdig ist daher, ob das Gesetzesvorhaben den Kern des Art. 103 Abs. 3 GG betrifft oder ob es sich um eine verfassungsrechtlich zulässige Grenzkorrektur handelt, die eine Einschränkung erlaubt.

Der BACDJ hält es für gar keinen Fall des Art. 103 Abs. 3 GG, da es keine doppelte Bestrafung sei, sondern nur zwei Verfahren wegen einer Tat.<sup>11</sup> Dies ist eine eher abwegige Ansicht. Immerhin soll die Wiederaufnahme auf den Freispruch nach einer Mordanklage beschränkt sein und nicht bei einer Verurteilung wegen eines anderen Delikts möglich sein (z.B. Mordanklage nach einer ersten Verurteilung wegen Totschlags). Hier würde die Rechtskraft bestehen bleiben und ein weiteres Verfahren unmöglich sein. Dies ergibt sich bei genauerer Betrachtung aber nicht aus dem Gesetzentwurf. Es kann nur daraus herausgelesen werden, dass von einem „freigesprochenen Angeklagten“ die Rede ist. „Wegen Mordes“ bezieht sich auf die neue Verurteilung und nicht auf die erste Anklage. Trotzdem wird ein Freispruch für die Wiederaufnahme vorausgesetzt. Für die Verteidigung kann es also von Vorteil sein, wenn eine wegen Mordes angeklagte Person wegen einer Körperverletzung verurteilt wird anstatt völlig freigesprochen zu werden. Im ersten Falle wäre eine Wiederaufnahme nicht möglich, im zweiten Falle schon.

*Eisele* hält die Änderung der StPO für verfassungskonform und mit Bezug zur Rechtsprechung des BVerfG nur den „Grenzbereich“ betreffend, wenn das Urteil „unerträglich“ sei, das Delikt schwer und die Straftat unverjährbar.<sup>12</sup> *Eisele* erkennt aber in seinen Ausführungen bei der Anhörung, dass das BVerfG sich bei der Zustimmung zu Grenzkorrekturen des „*ne bis in idem*“-Grundsatzes auf neu auftauchende Rechtsfragen beschränkt.<sup>13</sup> Entgegen seiner Auffassung im Rechtsausschuss spricht die Rechtsprechung zum Grundsatz daher eher gegen die Reform. Neue Beweismittel lassen sich schwerlich als neu auftauchende Gesichtspunkte der Prozessrechtswissenschaft einordnen.<sup>14</sup>

Fast wortgleich wie die Stellungnahme des BACDJ bringt er vor, der reumütige, geständige Täter wäre schlechter gestellt als der Täter, der aufwendig seine Spuren verwischt hat.<sup>15</sup> Hierbei wird aber ein zentraler Unterschied verkannt. Der „Täter“ der bisherigen Regelung verzichtet ja gerade aktiv auf sein durch das Grundgesetz geschütztes Recht. Ein völlig legitimer Vorgang, da jede Person beim Boxen auf sein Recht auf körperliche Unversehrtheit verzichtet oder auf sein Recht auf die Geheimhaltung seiner Entscheidung bei der Bundestagswahl, wenn man den Stimmzettel für *Instagram* fotografiert. In dieser Form würde aber der § 362 Nr. 5 StPO-E gegen den Willen der freigesprochenen Person ihr Recht aus dem Grundgesetz einschränken und eine Wiederaufnahme ermöglichen.

Die Regelung soll nach der Reform des § 362 StPO sogar rückwirkend gelten, wobei hier richtigerweise anzuführen ist, dass das Rückwirkungsverbot für das materielle Strafrecht gilt und nicht für das Strafverfahrensrecht.<sup>16</sup> Im Ergebnis dürfte dies aber zu erheblichen weiteren verfassungsrechtlichen Bedenken führen. Das BVerfG hat schon früh den Rechtsfrieden und die Rechtssicherheit vor die rückwirkende Korrektur einer „unrichtigen“ Entscheidung gestellt.<sup>17</sup>

Ein Verfassungsverstoß ist daher naheliegend und die Gegenargumente vermögen nicht zu überzeugen. Es ist daher nicht verwunderlich, dass das Bundesjustizministerium zu dem Entwurf nicht bereit war und die Regierung es in den Bundestag einbringen musste.

<sup>10</sup> <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/strafrecht-freispruch-verurteilung-mord-dna-wiederaufnahme-doppelbestrafungsverbot/> (abgerufen am 14.07.2021).

<sup>11</sup> BACDJ, Wiederaufnahme zu Ungunsten des Anklagten, S. 3.

<sup>12</sup> <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/mord-wiederaufnahme-stpo-prozess-aenderung-gg-verfassungsrecht-freispruch-doppelverfolgung/> (abgerufen am 14.07.2021).

<sup>13</sup> Siehe hierzu: BVerfGE 56, 22.

<sup>14</sup> DAV, Stellungnahme Nr. 42/2021, S. 7 f.

<sup>15</sup> <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/mord-wiederaufnahme-stpo-prozess-aenderung-gg-verfassungsrecht-freispruch-doppelverfolgung/> (abgerufen am 14.07.2021).

<sup>16</sup> BVerfGE 25, 269.

<sup>17</sup> BVerfGE 2, 380.

Trotzdem muss man sich eingestehen, dass es nicht umsonst zu jedem Thema in der Rechtswissenschaft einen Meinungsstreit gibt und jede Lösung am Ende vertretbar sein kann. Die Rechtsdogmatik könnte schon einen Weg finden, die Verfassungsmäßigkeit der Norm zu begründen.<sup>18</sup>

#### D. Folgen einer Neuregelung

Ein freisprechendes Urteil wäre nur noch ein Freispruch unter Vorbehalt späterer Erkenntnisse. Eine erhebliche Belastung für die Mandantschaft wäre das Ergebnis, aber auch die Hinterbliebenen könnten mit dem Thema nicht abschließen. Wobei hier die Frage ist, ob sie es jemals können und ob ein Strafprozess hierzu überhaupt einen größeren Beitrag leistet.

Personen, die in einem Verfahren wegen Mordes freigesprochen würden, wären dementsprechend auch nur bedingt freigesprochen, was Einfluss auf die soziale Wahrnehmung hätte. Auch bedeutet die Wiederaufnahmemöglichkeit ja keinesfalls die sichere Verurteilung. Theoretisch ist also auch ein zweiter Freispruch möglich, was zu erheblichen Belastungen von Angeklagten, aber auch Zeug\*innen und letztendlich der Staatskasse führen würde. Auch wenn Anwält\*innen von zusätzlichen Verfahren (finanziell) profitieren, kann man für seinen\*seine Mandant\*in im ersten Prozess auch nur bedingt einen Freispruch bzw. ein Ende des Verfahrens erreichen. Man müsste stets darauf hinweisen, dass eine Wiederaufnahme kommen könnte.

Außerdem gäbe es Situationen, in denen eine Behörde es quasi zweimal versuchen könnte und Beweismittel erst dann preisgibt, wenn es ohne diese im ersten Anlauf nicht gereicht hatte. Möglich wäre dies z.B. bei Informant\*innen in einer Gruppierung oder Szene, die dann erst in der zweiten Runde aufgedeckt werden.<sup>19</sup> Im ersten Prozess könnten Beweismittel zurückgehalten werden, die nur dann aufgetischt werden, wenn es nötig wäre. Ein unzumutbarer Zustand für die Verteidigung wäre geschaffen.

Neben dem Rechtsfrieden hat die Regelung auch seine Bewandtnis in der Verfahrensökonomie und dem Problem der Beweise. Zwischen den Verfahren kann eine längere Zeit liegen, die Erinnerungen der

Zeug\*innen werden schlechter und das Strafbedürfnis kleiner.

#### E. Populismus und Emotionen der Debatte

Die jetzige Lage wurde von *Eisele* und *Kubiciel* in der Anhörung des Rechtsausschusses als unerträglich bezeichnet. Gefühle sind aber ein schlechter Berater bei Strafrechtsverschärfungen. Sie haben vor allem keine Grenze. Warum sollte eine Wiederaufnahme bei Mord möglich sein, aber nicht bei einer Vergewaltigung eines Kindes? Es gibt keine klare Grenze, welche Delikte so unerträglich sind, dass hierfür rechtsstaatliche Grundprinzipien über Bord geworfen werden sollten. Unverjährbarkeit ist ebenso kein Kriterium, weil es ebenso wahllos ist und auch bei Mord erst seit 1979 der Fall ist. Wäre also eine Tat vor 1979 nicht unerträglich und nicht wiederaufzunehmen, fragt der DAV zu recht.<sup>20</sup> In der Anhörung verwies der DAV-Vertreter darauf, dass die Unerträglichkeit, die Studierende mit der *Radbruch'schen Formel* auswendig lernen müssen, in einem funktionierenden Rechtsstaat wohl eher kein Argument gegen Verfassungsgrundsätze des Art. 103 GG sei. Mit emotionalen Einzelfällen dürfe keine „Verwässerung verfassungsrechtlicher Grundsätze“<sup>21</sup> begründet werden. Dass die aktuelle Gesetzeslage und Grundgesetzregelung so unerträglich ist, dass man mit *Radbruch* argumentieren muss und auf naturrechtliche Gerechtigkeitsvorstellungen rekurren muss, erscheint doch eher fernliegend. Blickt man auf die Strafverschärfungen der letzten Jahre zurück, wird zudem deutlich, dass neue Ermittlungsmethoden oder polizeiliche Eingriffsbefugnisse zunächst zwar nur für schwerste Delikte eingeführt werden, diese aber zu meist auf andere Delikte stetig erweitert werden.

Aus Sicht des Strafverteidigers schwingt aber vor allem eine Tendenz mit, die Sorgen bereitet. In den letzten Jahren gab es zahlreiche Strafrechtsverschärfungen und auch im Prozessrecht zeigen sich eher Entwicklungen zuungunsten von Beschuldigten. Die Eingriffsbefugnisse der Ermittlungsbehörden nehmen stetig zu, Kontrollmöglichkeiten hingegen eher ab. Die Änderung der StPO kann daher als ein Schritt in die falsche – ja in eine bedenkliche – Richtung interpretiert werden. Strafrechtsverschärfungen, Ausweitung und Vorverlagerungen der Strafbarkeit, neue Straftatbestände und neue Eingriffsbefugnisse stehen so gut

<sup>18</sup> <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/wiederaufnahme-nach-mord-freispruch-gerechtigkeit-neuer-versuch-a-51d5df32-2a3b-4095-a64f-cee13bc69692> (abgerufen am 16.07.2021).

<sup>19</sup> DAV, Stellungnahme Nr. 42/2021, S. 10.

<sup>20</sup> DAV, Stellungnahme Nr. 42/2021, S. 12.

<sup>21</sup> <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-anwaelte/vereinsarbeit/bundestag-verwaessert-verbot-der-doppelbestrafung-per-einfachem-gesetz> (abgerufen am 14.07.2021).

wie gar keinen Liberalisierungstendenzen gegenüber. Nicht einmal zur Änderung des Mordparagraphen konnte sich die Regierung durchringen oder der Streichung von völlig inakzeptablen Begriffen wie „Rasse“ im Grundgesetz.

# Jugendforensik

## - Maßregelvollzug für Jugendliche unter dem Gesichtspunkt des Erziehungsgedankens des JGG -

Von Ref. iur. **Janina Werth**, Marburg\*

### A. Einleitung

Immer wieder begegnet uns Berichterstattung über Straftaten junger Menschen. Diese lösen häufig ein gesellschaftliches Erschrecken aus, welches verstärkt wird, wenn es sich um besonders schwerwiegende Straftaten handelt, denen eine psychische Krankheit zugrunde liegt. So ging das Urteil gegen einen 22-Jährigen durch die Medien, der mit 19 Jahren die Schwester seiner Freundin getötet, den Bruder sowie die Mutter schwer verletzt hat und unter Anwendung von Jugendstrafrecht zu 10 Jahren Jugendstrafe, Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und Sicherheitsverwahrung unter Vorbehalt verurteilt wurde.<sup>1</sup>

In den medialen Blickpunkt geraten dabei meist die Tat, das Opfer und die Täterpersönlichkeit. Neben der Frage des Warums und der Prävention wird nur selten ein Diskurs angeregt, wie mit solchen Täter\*innen nach der Tat umzugehen ist. Insofern handelt es sich nach einem Strafurteil zumeist um eine Gruppe außerhalb gesellschaftlicher Wahrnehmung.

In Deutschland stehen etwa 300 jugendforensische Behandlungsplätze etwa 4400 Plätzen in Jugendhaftanstalten und circa 5200 stationäre Betten in kinder- und jugendpsychiatrischen Kliniken gegenüber.<sup>2</sup> So stellen Jugendliche und Heranwachsende im Maßregelvollzug zahlenmäßig eine kleine Gruppe dar.

Bedingt dadurch handelt es sich um einen wissenschaftlich nur rudimentär erforschten Bereich.<sup>3</sup> Dabei betrifft es eine „Gruppe junger Menschen mit besonders schwerwiegenden Problemen“<sup>4</sup>, deren Behandlung sowohl die Justiz als auch die Psychiater\*innen, Psycholog\*innen, Sozialarbeiter\*innen und andere Beschäftigte im Maßregelvollzug vor besondere Herausforderungen stellt.

Jugendlichen muss ein anderes therapeutisches Umfeld geboten werden, um ihren altersspezifischen Bedürfnissen gerecht zu werden und eine altersgerechte therapeutische Behandlung zu ermöglichen. Dazu bedarf es der Hilfestellung im Rahmen der Bewältigung von Entwicklungsaufgaben und einem Angebot im Bereich Schule und Ausbildung sowie einer angemessenen Freizeitgestaltung.<sup>5</sup>

Dies ist unter dem gesellschaftlichen Auftrag der „Besserung und Sicherung“ mit dem Ziel, einer weiteren Straffälligkeit entgegenzuwirken, zu gewährleisten.

Auch dem JGG liegt das Verständnis zugrunde, besonderer Anforderungen an die Reaktion auf Straftaten junger Menschen zu stellen. Als Sonderstrafrecht für Jugendliche ist es dominiert vom Erziehungsgedanken.<sup>6</sup>

Dieser findet Ausdruck in einer Vielzahl von Vorschriften des JGG und wird in § 2 Abs. 1 S. 2 JGG<sup>7</sup> ausdrücklich als Leitprinzip genannt.

\* Die Verfasserin ist Rechtsreferendarin am Landgericht Marburg. Die Seminararbeit wurde im WS 2020/2021 im Seminar „Jugendstrafrecht und Kriminologie“ bei Dr. *Janick Rienhoff* an der Philipps-Universität Marburg geschrieben.

<sup>1</sup> *Smechowski*, Bluttat von Neuhausen "Hätten wir es ahnen können?", in: ZEIT-Magazin Nr. 42/8.10.2020, S. 16-30.

<sup>2</sup> *Stöver/Weissbeck/Wendt*, Wo steht der Jugendmaßregelvollzug in Deutschland aktuell?, in: *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 2008, S. 257.

<sup>3</sup> So auch *Schöch*, in: *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, Band 3, 12. Auflage, Vor. §§ 61 ff. Rn. 48; *Tessenow*, Jugendliche und Heranwachsende im psychiatrischen Maßregelvollzug, Frankfurt am Main 2002, S. 1.

<sup>4</sup> *Schniedermeyer*, Vergessene? Jugendliche im Maßregelvollzug, in: *Adam/Dührssen/Jorswick/Müller-Küppers/Specht*, *Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie*, 1986, S. 239.

<sup>5</sup> *Weissbeck/Häßler*, Psychotherapeutische Behandlung delinquenten Jugendlicher im Maßregelvollzug, in: *Häßler/Kinze/Nedopil*, *Praxishandbuch Forensische Psychiatrie des Kindes-, Jugend- und Erwachsenenalters*, Berlin 2011, S. 405.

<sup>6</sup> *Beulke/Swoboda*, *Jugendstrafrecht*, § 1 I Rn. 1 ff.; *Brunner/Dölling*, *Jugendgerichtsgesetz*, Einf II Rn. 4, 6; *Sonnen*, in: *Diemer/Schatz/Sonnen*, *Jugendgerichtsgesetz*, § 2 Rn. 1; *Rössner/Bannenberg*, in: *Meier/Bannenberg/Höffler*, *Jugendstrafrecht*, § 1 Rn. 14; *Rössner*, in: *Meier/Rössner/Trüg/Wulf*, *Jugendgerichtsgesetz*, § 2 Rn. 1; zu Bedenken gegen ein Erziehungsstrafrecht s. etwa *Albrecht*, *Jugendstrafrecht*, § 8 S. 65 ff.; *Streng*, *Jugendstrafrecht*, Rn. 18 ff.

<sup>7</sup> Eingeführt durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes und andere Gesetze vom 31.12.2007.

Im Folgenden soll betrachtet werden, inwieweit die theoretische und praktische Ausgestaltung des Maßregelvollzugs für Jugendliche diesem Erziehungsgedanken Rechnung trägt.

Dazu werden die Voraussetzungen der Unterbringung im Maßregelvollzug sowie dessen Ausgestaltung, unterteilt in Einrichtungen der Unterbringung, Dauer, therapeutisches und schulisches Konzept, sowohl für Erwachsene als auch für Jugendliche dargestellt. Anhand eines Vergleichs werden die Unterschiede und Gemeinsamkeiten herausgearbeitet. Anschließend erfolgt eine Bewertung, inwiefern die Unterschiede unter dem Gesichtspunkt des Erziehungsgedankens den jugendrechtlichen Besonderheiten Rechnung tragen und so dem Leitprinzip des Erziehungsgedankens des JGG entsprechen.

## B. Ziel, Zweck und Legitimation der Maßregeln

### I. Ziel und Zweck der Maßregeln

Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB ist eine in den §§ 61 ff. StGB geregelte Maßregel der Besserung und Sicherung.

Diese stehen im dritten Abschnitt des Strafgesetzbuches unter Rechtsfolgen der Tat, stellen neben den Strafen allerdings einen eigenen Bereich dar. Sie sind Teil des Sanktionensystems, ohne Strafen „im engeren Sinne“ zu sein.<sup>8</sup>

Der Maßregelvollzug wurde mit der Strafrechtsreform 1933 eingeführt und geht zurück auf das „Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung“.<sup>9</sup>

Es handelt sich um „spezialpräventive Maßnahmen zur Gefahrenabwehr“<sup>10</sup> mit dem Ziel die von einer bestimmten Person in Zukunft drohenden Straftaten

durch bessernde Einwirkung auf den Täter<sup>11</sup> zu verhindern.<sup>12</sup>

Bei Einführung des Gesetzes stand zunächst der Sicherungsgedanke im Vordergrund. Mit der Strafrechtsreform 1975 erlangte der Behandlungsgedanke an Bedeutung. Die Überschrift des Gesetzesabsatzes wurde umgekehrt.<sup>13</sup> Daraus folgt ein Vorrang der Besserung vor der Sicherung. Allerdings müssen zur Aufrechterhaltung der Maßnahme sowohl Besserung als auch Sicherungsgründe vorliegen, andernfalls entfällt die Rechtsgrundlage der Unterbringung.<sup>14</sup>

## II. Legitimation der Maßregeln

Maßregeln der Besserung und Sicherung orientieren sich am Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten und sind von der Schuld abgelöst. Sie greifen massiv in die Grundrechte der Betroffenen ein, insofern spricht man von einem Sonderopfer.<sup>15</sup>

Dadurch stellt sich die Frage der verfassungsrechtlichen Legitimation.<sup>16</sup> Seit Einführung in das Strafgesetzbuch sind vielzählige Versuche der theoretischen Legitimation unternommen worden.

Nach heute vorherrschender Auffassung wird die Rechtfertigung aus der verfassungsrechtlich verankerten Schutzverpflichtung des Staates abgeleitet und auf das Prinzip des überwiegenden öffentlichen Interesses gestützt.<sup>17</sup> Aus der Schutzverpflichtung des Staates ergebe sich die Aufgabe, die Allgemeinheit vor künftigen Rechtsgutverletzungen zu schützen.<sup>18</sup> Damit seien die staatlichen Organe verpflichtet, geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahmen zur Gefahrenabwehr zu treffen.

Dies umfasste auch unvermeidbare Eingriffe in die Rechtsstellung Einzelner, wobei eine Abwägung im

<sup>8</sup> Lackner/Kühl, StGB, § 61 Rn. 2; Schöch, in: LKo-StGB (o. Fn. 3), Vor. §§ 61 ff. Rn. 1 ff.; Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. §§ 61 ff. Rn. 2; Tessenow (o. Fn. 3), S. 10.

<sup>9</sup> Kammeier, in: Kammeier, Massregelvollzugsrecht, Rn. A16; Lackner/Kühl, StGB, § 61 Rn. 1; Schöch, in: LKo-StGB (o. Fn. 3), Vor. §§ 61 ff. Rn. 8; Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. §§ 61 ff. Rn. 1.

<sup>10</sup> Schöch, in: LKo-StGB (o. Fn. 3), Vor. §§ 61 ff. Rn. 29; Lackner/Kühl, StGB, § 61 Rn. 2; Tessenow (o. Fn. 3), S. 15.

<sup>11</sup> Siehe § 136 S. 2 StVollzG.

<sup>12</sup> BVerfG NJW 1975, 893; BGHSt 28, 327, 332; BGH NJW 1986, 141; Baur, in: Kammeier, Massregelvollzugsrecht, Rn. C10; Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. §§ 61 ff. Rn. 3.

<sup>13</sup> Tessenow (o. Fn. 3), S. 15.

<sup>14</sup> BVerfGE 22, 180; Baur, in: Kammeier, Massregelvollzugsrecht, Rn. C12; Schöch, in: LKo-StGB (o. Fn. 3), Vor. §§ 61 ff. Rn. 31; Tessenow (o. Fn. 3), S. 15.

<sup>15</sup> Pollähne, in: Kammeier, Massregelvollzugsrecht, Rn. B34, B37 ff.; Schöch, in: LKo-StGB (o. Fn. 3), Vor. §§ 61 ff. Rn. 31; Volckart/Grünebaum, Maßregelvollzug, Vorwort S. V.

<sup>16</sup> Lackner/Kühl, StGB, § 61 Rn. 1; Schöch, in: LKo-StGB (o. Fn. 3), Vor. §§ 61 ff. Rn. 41.

<sup>17</sup> BVerfGE 39 1, 47; Schöch, in: LKo-StGB (o. Fn. 3), Vor. §§ 61 ff. Rn. 39; van Gemmeren, in: Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-75b StGB, München 2012, § 61 Rn. 2; Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 61 ff. Rn. 4.

<sup>18</sup> Schöch, in: LKo-StGB (o. Fn. 3), Vor. §§ 61 ff. Rn. 39; van Gemmeren, in: MüKo-StGB (o. Fn. 17), § 61 Rn. 2; Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 61 ff. Rn. 4; Tessenow (o. Fn. 3), S. 16.

Einzelfall zu erfolgen hat.<sup>19</sup> Ein Eingriff ist insoweit nur gerechtfertigt, sofern das Sicherungsinteresse der Allgemeinheit die ihm entgegenstehenden Individualinteressen überwiegt.

### C. Jugendstrafrechtliche Besonderheiten

Bei der Reaktion auf jugendliche Straftäter\*innen stellen sich verglichen mit der Reaktion gegenüber Erwachsenen besondere Herausforderungen.

### I. Besonderheiten der Lebensphase Jugend

Die besondere Lebensphase Jugend stellt als „kritische(s) Übergangsstadium zwischen Kindheit und Erwachsenenalter“<sup>20</sup> eine „sensible Phase der Sozialisation“<sup>21</sup> dar.

Junge Menschen in der Pubertätsphase sind mit biologischen und sozialen Veränderungen konfrontiert, die mit unterschiedlichen Verunsicherungen, einer niedrigeren Frustrationsgrenze und mit einer Neigung zum Austesten der neuen Rolle verbunden sind.<sup>22</sup> Dies kann kriminelle Verhaltensweisen bedingen. Meist handelt es sich insofern lediglich um temporäres delinquentes Verhalten, was mit zunehmendem Alter „sobald gesellschaftlich konforme Formen der Selbstbetätigung gefunden werden“ wieder abnimmt.<sup>23</sup>

Daneben gewinnen problematische Anlagefaktoren und Sozialisationsdefizite der Kindheit mit steigenden Anforderungen an das Individuum an Gewicht. Infolge einer Vorbelastung bereitet das Bewältigen der weiteren Entwicklungsschritte Schwierigkeiten und so fördern „Belastungs-Kumulationen“ bzw. „Aufschaukelungseffekte“ in der Interaktion mit dem Umfeld das Entstehen gravierender Defizite und Verhaltensauffälligkeiten.<sup>24</sup> Diese äußern sich angesichts der mit dem Alter zunehmenden Anpassungs- und Leistungsanforderungen der Gesellschaft an das Individuum bei

zugleich abnehmender familiärer Schutzfunktion immer stärker in strafrechtsrelevanter Form.<sup>25</sup>

Außerdem besitzt diese Entwicklungsphase auch eine Besonderheit bezüglich des Auftretens psychischer Erkrankungen. Es handelt sich um eine Lebensphase mit einer besonderen Vulnerabilität für psychische Erkrankungen, psychosoziale Belastungsfolgen und alterstypische Adaptionsleistungen.<sup>26</sup>

Es treten sowohl Störungen auf, die typisch für Kinder und Jugendliche sind (z.B. Störungen des Sozialverhaltens), als auch einzelne Störungen, die für diese Entwicklungsphase spezifisch sind (z.B. Essstörungen wie *Bulimie* oder *Anorexia nervosa*).<sup>27</sup>

Ferner ist häufig eine andere Symptomatik zu beobachten. Verzweiflung, Niedergeschlagenheit und Depression sind bei männlichen Jugendlichen häufiger mit Aggression, selbst- und fremdschädigendem Verhalten und Weglauftendenzen verbunden, was die Unterscheidung zur dissozialen Impulsivität erschwert.<sup>28</sup> Der Ausdruck der psychischen Krankheit kann zu strafbewehrten Verhaltensweisen führen. Jedoch sind die psychischen Auffälligkeiten im Jugendalter ebenso wie die Delinquenz oftmals temporär.<sup>29</sup>

### II. Erziehungsgedanke des JGG

Aufgrund der besonderen Phase des Jugendalters und den Hintergründen von Jugendkriminalität ist das Jugendstrafrecht im gesonderten Jugendgerichtsgesetz geregelt. Zwar ist der dogmatische Anknüpfungspunkt der Tatbestandssubsumption der des allgemeinen Strafrechts, im Rahmen der Rechtsfolgen unterscheidet sich das JGG allerdings.<sup>30</sup> Gegenüber dem StGB enthält es unterschiedliche Sanktionstypen sowie Strafrahmen<sup>31</sup> und gestaltet sich in bewusster Abgrenzung zum Erwachsenenstrafrecht als Erziehungsstrafrecht.<sup>32</sup> Es lässt sich als Täterstrafrecht in Kontrast zu einem Tatstrafrecht beschreiben.<sup>33</sup>

<sup>19</sup> Schöch, in: LKo-StGB (o. Fn. 3), Vor. §§ 61 ff. Rn. 38; Tessenow (o. Fn. 3), S.18.

<sup>20</sup> Beulke/Swoboda, Jugendstrafrecht, § 1 I Rn. 1, § 1 II Rn. 17; Streng, Jugendstrafrecht, Rn. 10.

<sup>21</sup> Streng, Jugendstrafrecht, Rn. 10.

<sup>22</sup> Streng, Jugendstrafrecht, Rn. 5; Tessenow, S. 2.

<sup>23</sup> Beulke/Swoboda, §1 Rn. 26; Streng, Jugendstrafrecht, Rn. 9; Stöver/Hupp/Wendt, Jugendmaßregelvollzugspatienten – eine übersehene Hochrisikogruppe, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie Volume 7 (2013), S. 184; Tessenow (o. Fn.3), S. 44.

<sup>24</sup> Streng, Jugendstrafrecht, Rn. 4.

<sup>25</sup> Streng, Jugendstrafrecht, Rn. 4.

<sup>26</sup> Nedopil, Was erwartet der Erwachsenenforensiker von der Kinder- und Jugendpsychiatrie?; in: Häfner/Kinze/Nedopil, S. 64.

<sup>27</sup> Nedopil, Was erwartet der Erwachsenenforensiker von der Kinder- und Jugendpsychiatrie?; in: Häfner/Kinze/Nedopil, S. 64.

<sup>28</sup> Nedopil, Was erwartet der Erwachsenenforensiker von der Kinder- und Jugendpsychiatrie?; in: Häfner/Kinze/Nedopil, S. 64.

<sup>29</sup> Tessenow (o. Fn.3), S. 2.

<sup>30</sup> Albrecht, Jugendstrafrecht, § 8 S. 66; Eisenberg/Kölbel, Jugendgerichtsgesetz, Einleitung Rn. 13.

<sup>31</sup> Albrecht, Jugendstrafrecht, § 8 S. 66.

<sup>32</sup> Albrecht, Jugendstrafrecht, § 8 S. 66 f.; Beulke/Swoboda, Jugendstrafrecht, § 1 I Rn. 1 ff.; Rössner/Bannenberg, in: Meier/Bannenberg/Höffler, Jugendstrafrecht, § 1 Rn. 14.

<sup>33</sup> Beulke/Swoboda, Jugendstrafrecht, § 1 Rn. 2 f.; Streng, Jugendstrafrecht, Rn. 15.

Obwohl in § 2 Abs. 1 S. 2 JGG der Erziehungsgedanke ausdrücklich als Leitprinzip des Jugendstrafrechts normiert ist, definiert das JGG diesen nicht.

Eine solche Definition und damit inhaltliche Ausgestaltung des Begriffs „Erziehung“ ist schwierig, da es sich um keinen klassischen Rechtsbegriff handelt. Der Begriff entstammt der Pädagogik und pädagogischer Psychologie. Danach wird unter Erziehung „die personale Einflussnahme eines Erziehenden, die auf (je nach Erziehungsziel und -situation) spezifische Veränderungen bei der zu erziehenden Person abzielt“<sup>34</sup>, verstanden. Diese Begriffsbestimmung belässt allerdings eine breite Interpretationsfähigkeit und lässt sich nicht durch eine klare Definition eingrenzen. Dadurch ist sie in juristischer Hinsicht wenig brauchbar und eine juristische Definition ist kaum möglich.<sup>35</sup>

Zielführender ist daher eine Begriffsbestimmung anhand der Vorschriften des JGG. Zwar ist der Begriff dort nicht definiert, jedoch ergibt sich aus den Regelungen, dass darunter „der Versuch zu verstehen ist, mit bestimmten eingesetzten Mitteln (in diesem Fall mit Sanktionen des Jugendstrafrechts) ein angestrebtes Erziehungsziel zu erreichen“.<sup>36</sup> Als solches Ziel bestimmt § 2 Abs. 1 S. 1 JGG die Legalbewährung. Damit ist die Auslegung und Anwendung der Vorschriften des JGG auf spezialpräventive Wirksamkeit auszurichten.<sup>37</sup>

Demzufolge bezieht sich der Begriff Erziehung aus juristischer und speziell jugendstrafrechtlicher Sicht darauf, „Jugendliche im Rahmen der Entfaltung ihrer Persönlichkeit zur Einhaltung der Strafrechtsformen zu führen“.<sup>38</sup> Dabei kommen den Grundprinzipien der Mäßigung der strafenden Reaktion sowie der Erforschung der Täterpersönlichkeit zum Zwecke einer individualisierenden Reaktion besondere Bedeutung zu.<sup>39</sup>

## D. Voraussetzungen einer erstmaligen Unterbringung im Maßregelvollzug

### I. Voraussetzung der erstmaligen Unterbringung Erwachsener im Maßregelvollzug

Die erstmalige Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gegenüber Erwachsenen richtet sich nach § 63 StGB.

§ 63 StGB setzt voraus, dass der\*die Täter\*in eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldfähigkeit begangen hat und eine Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit vorliegt.

#### 1. Rechtswidrige Tat

Der\*Die Unterzubringende muss nach § 63 S. 1 StGB eine rechtswidrige Tat begangen haben. Gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB muss die Tat den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen. Erfasst werden alle Arten von Delikten, also auch abstrakte Gefährungsdelikte.<sup>40</sup> Dagegen genügen Ordnungswidrigkeiten und nicht hinreichend bewiesene Vorwürfe nicht.<sup>41</sup>

Der objektive Tatbestand des jeweiligen Delikts muss verwirklicht sein.<sup>42</sup> Im Rahmen des subjektiven Tatbestandes ergibt sich aus dem besonderen Sinn und Zweck der Vorschrift, dass ein „natürlicher Vorsatz“<sup>43</sup>, beziehungsweise „natürlicher Täterwille“<sup>44</sup> anstatt eines Vorsatzes im technischen Sinne genügt.<sup>45</sup> Dies bedeutet, dass Vorsatz nicht erforderlich ist, wenn sein Fehlen auf den krankhaften Geisteszustand zurückzuführen ist.<sup>46</sup> Fehlt dagegen eine subjektive Tatvoraussetzung, ohne dass dies auf dem Geisteszustand beruht, ist § 63 StGB nicht anwendbar.<sup>47</sup>

Sofern der Versuch unter Strafe gestellt ist und die innere Tatseite festgestellt werden kann, stellt auch ein Versuch nach §§ 22, 23 StGB eine für die Unterbringung ausreichende Anlasstat dar. Wenn der Täter jedoch gemäß § 24 StGB freiwillig vom Versuch

<sup>34</sup> Eisenberg/Kölbel, Jugendgerichtsgesetz, § 2 Rn. 8.

<sup>35</sup> Weber, S. 64; Darstellung der verschiedenen Begriffsbestimmungen s. Brunner/Dölling, Jugendgerichtsgesetz, Einf II Rn. 5.

<sup>36</sup> Weber, Die Bedeutung des Schuldprinzips im Jugendstrafrecht, Frankfurt am Main 2011, S. 64 f.

<sup>37</sup> Brunner/Dölling, Jugendgerichtsgesetz, Einf II Rn. 6; Eisenberg/Kölbel, Jugendgerichtsgesetz, § 2 Rn. 2; Sonnen, in: Diemer/Schatz/Sonnen, Jugendgerichtsgesetz, § 2 Rn. 1; Rössner/Bannenberg, in: Meier/Bannenberg/Höffler, Jugendstrafrecht, § 1 Rn. 14.

<sup>38</sup> Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, § 2 Rn. 8 ff.; Rössner/Bannenberg, in: Meier/Bannenberg/Höffler, Jugendstrafrecht, § 1 Rn. 14.

<sup>39</sup> Streng, Jugendstrafrecht, Rn. 10.

<sup>40</sup> Tessenow (o. Fn. 3), S. 20.

<sup>41</sup> van Gemmeren, in: MüKo-StGB (o. Fn. 17), § 63 Rn. 11; Kinzig, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, § 63 Rn. 5.

<sup>42</sup> Lackner/Kühl, StGB, § 63 Rn. 2.

<sup>43</sup> So z.B. BGH 3, 288, NStZ-RR 14, 42, 15, 274; BGH v. 11.11.1952 - 1 StR 510/52.

<sup>44</sup> So z.B. RG HRR 40 Nr. 177.

<sup>45</sup> BGHSt 3, 287; van Gemmeren, in: MüKo-StGB (o. Fn. 17), § 63 Rn. 13; Kinzig, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, § 63 Rn. 7.

<sup>46</sup> Tessenow (o. Fn. 3), S. 20.

<sup>47</sup> Kinzig, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, § 63 Rn. 7.

zurückgetreten ist, hat eine Unterbringung zu unterbleiben.<sup>48</sup>

Die Tat muss zudem rechtswidrig sein. Liegt ein Rechtfertigungsgrund vor, ist § 63 StGB nicht anwendbar.<sup>49</sup>

## 2. Vorliegen von Schuldunfähigkeit oder verminderter Schuldfähigkeit

Für die Verhängung von anderen Sanktionen (insbesondere von Freiheitsstrafen und Geldstrafen) ist die Schuld des Täters gemäß § 46 Abs. 1 S. 1 StGB Grundlage der Strafzumessung. Dagegen ist für die freiheitsentziehende Maßregel nach § 63 StGB gerade Schuldunfähigkeit oder verminderte Schuldfähigkeit bei Begehung der Tat Voraussetzung der Anordnung. Dabei verweist § 63 StGB auf die Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB.<sup>50</sup>

Die Prüfung der §§ 20, 21 StGB erfolgt nach den allgemeinen Regeln in zwei Stufen.<sup>51</sup>

Auf der ersten Stufe wird festgestellt, ob eines der im Gesetzestext aufgeführten Merkmale vorliegt. Eine dafür erforderliche Feststellung einer psychischen Erkrankung erfolgt durch psychiatrische Gutachter\*innen. Dies geschieht heute zunehmend anhand der von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) aufgestellten Internationalen Klassifikation der Krankheiten (*International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*).<sup>52</sup>

Im zweiten Schritt wird im Rahmen der Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB festgestellt, ob der\*die Täter\*in infolge der Krankheit nicht in der Lage war, das Unrecht seiner\*ihrer Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, beziehungsweise ob eine erheblich verminderte Unrechtseinsichtsfähigkeit oder Steuerungsfähigkeit nach § 21 StGB vorliegt.<sup>53</sup>

## 3. Gefährlichkeitsprognose

„Kernvoraussetzung des Maßregelrechts“<sup>54</sup> ist die Gefährlichkeitsprognose.<sup>55</sup>

### a) Erwartung von erheblichen rechtswidrigen Taten

Infolge einer Gesamtwürdigung des Täters bzw. der Täterin und seiner\*ihrer Tat muss sich ergeben, dass von dem\*der Täter\*in infolge seines\*ihrer Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind und deshalb eine Gefährlichkeit für die Allgemeinheit besteht.<sup>56</sup>

Dies erfordert eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades,<sup>57</sup> also nicht zwingend Sicherheit oder eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, aber auch nicht bloße Möglichkeit.<sup>58</sup>

Anders als bei der Anlasstat der Unterbringung wird bei den zu erwartenden Taten eine gewisse Erheblichkeit vorausgesetzt.<sup>59</sup> § 63 StGB erfordert insofern „Taten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird“. Eine solche Erheblichkeit liegt vor, wenn die zu erwartenden Taten geeignet sind, den Rechtsfrieden erheblich zu stören.<sup>60</sup> Dabei ist abzustellen auf den Straftatbestand, der verletzt werden würde, sowie den Wert der bedrohten Rechtsgüter, die Schwere der zu erwartenden Eingriffe sowie die vermutliche Häufigkeit.<sup>61</sup>

Taten, die „lediglich lästig“<sup>62</sup> sind und „in ihrem Gewicht eher bloße Belästigungen darstellen“<sup>63</sup>, genügen für diese Erheblichkeit nicht.

### b) Im Zusammenhang mit dem psychischen Zustand des Täters stehend

Die zu erwartenden Taten müssen zu der seelischen Störung, die die Schuldunfähigkeit oder verminderte Schuldfähigkeit begründet hat, als Folgewirkung erscheinen.<sup>64</sup>

<sup>48</sup> BGHSt 31, 132; *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB (o. Fn. 17), § 63 Rn. 12; *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, § 63 Rn. 8.

<sup>49</sup> Vgl. RG HRR 38 Nr. 40, BGH NStZ 96, 433.

<sup>50</sup> *Tessenow* (o. Fn. 3), S. 21.

<sup>51</sup> *Tessenow* (o. Fn. 3), S. 21.

<sup>52</sup> *Tessenow* (o. Fn. 3), S. 24.

<sup>53</sup> *Tessenow* (o. Fn. 3), S. 21.

<sup>54</sup> Frisch, ZStW 102, 343 (370).

<sup>55</sup> *Tessenow* (o. Fn. 3), S. 25.

<sup>56</sup> BGH NStZ-RR 1997, 230; BGH NStZ 1999, 611 (612); *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, § 63 Rn. 16; *Tessenow* (o. Fn. 3), S. 25.

<sup>57</sup> *Lackner/Kühl*, StGB, § 63 Rn. 5.

<sup>58</sup> *Lackner/Kühl*, StGB, § 63 Rn. 5.

<sup>59</sup> BGHSt 24, 134 zu §§ 42a, 42b a.F.; *Fischer*, StGB, § 63 Rn. 8; *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, § 63 Rn. 18; a.A. *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB (o. Fn. 17), § 63 Rn. 15.

<sup>60</sup> *Lackner/Kühl*, StGB, § 63 Rn. 5; *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB (o. Fn. 17), § 63 Rn. 50.

<sup>61</sup> BGH StV 92, 571 (571); *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB (o. Fn. 17), § 63 Rn. 33; *Tessenow* (o. Fn. 3), S. 26.

<sup>62</sup> BGH StV 92, 571 (571).

<sup>63</sup> *van Gemmeren*, in: MüKo-StGB (o. Fn. 17), § 63 Rn. 50.

<sup>64</sup> BGHSt 34, 22, 26 f.; 42, 385, 386; BGH NStZ 1999, 612 f.; *Lackner/Kühl*, StGB, § 63 Rn. 6; *Tessenow* (o. Fn. 3), S. 26.

Diesbezüglich muss bereits die Anlasstat „für die künftige Gefährlichkeit des Täters insofern symptomatisch sein, als sie Ausfluss — sei es auch nur bloßer Mitursächlichkeit — eines unnormalen biologischen Zustandes ist, der als solcher erhebliche Taten erwarten lässt.“<sup>65</sup> Daran fehlt es in der Regel bei Gelegenheits- und Konflikttaten.<sup>66</sup>

Dass die zukünftig zu befürchtenden Taten mit der Anlasstat vergleichbar sind, ist nicht erforderlich. Stattdessen ist entscheidend, dass sie auf derselben psychischen Störung beruhen.<sup>67</sup>

### c) Schlussfolgerung auf die Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit

Aus der Erwartung der rechtswidrigen Taten muss die Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit folgen.<sup>68</sup>

Dies ist substantiiert, wenn die drohenden Taten den Rechtsfrieden voraussichtlich so gravierend beeinträchtigen werden, dass sie für die Allgemeinheit nicht mehr hinnehmbar sind.<sup>69</sup> Dies erfasst eine Bedrohung für einen Einzelnen oder für ein konkretes einzelnes Rechtsgut<sup>70</sup>, da die Allgemeinheit durch die Einzelpersonen repräsentiert wird.<sup>71</sup>

## II. Voraussetzung der erstmaligen Unterbringung Jugendlicher im Maßregelvollzug

Die erstmalige Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus für Jugendliche und Heranwachsende richtet sich nach § 7 JGG, der auf § 63 StGB verweist.

Da der Rechtsfolgenkatalog des JGG insoweit keine gegenüber dem allgemeinen Strafrecht speziellen Normen enthält, besteht die Prüfung gemäß § 2 JGG zunächst aus den gleichen Merkmalen wie die Prüfung im Rahmen der Anordnung gegen

Erwachsene. Das bedeutet, die Voraussetzungen des § 63 StGB<sup>72</sup> müssen vorliegen, wobei dem Jugendrichter kein zusätzliches Ermessen zusteht.<sup>73</sup>

Allerdings ergeben sich einige Besonderheiten gegenüber der Anordnung im Rahmen des Erwachsenenstrafrechts.

### 1. Verantwortlichkeit nach § 3 JGG

In Verfahren gegen Jugendliche ist stets vorweg § 3 JGG zu prüfen. Die von der Schuldfähigkeit nach § 20 StGB zu unterscheidende Verantwortlichkeit nach § 3 JGG ist in jedem Verfahren positiv festzustellen und erfordert eine eingehende Prüfung des Reifegrades des\*der Jugendlichen.<sup>74</sup> Dies setzt Einsichts- sowie Steuerungsfähigkeit voraus.<sup>75</sup> Ist der Jugendliche in seiner geistigen Entwicklung noch nicht so weit gereift, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, liegt ein spezieller Schuldausschlussgrund vor und der Jugendliche kann mangels Schuld nicht bestraft werden.<sup>76</sup>

Allerdings stellt sich das Problem des Verhältnisses des § 3 JGG zu § 20 StGB.

Im Falle von Mängeln im Reifeentwicklungsprozess fehlt es an der Verantwortlichkeit gemäß § 3 JGG, dagegen sind bei Vorliegen eines „vom Reifungsprozess unabhängigen psychopathologischen Zustandes, der als nicht oder nur mangelhaft ausgleichsfähig“ bewertet wird, §§ 20, 21 StGB anzuwenden.<sup>77</sup>

§ 63 StGB knüpft an §§ 20, 21 StGB an und so ist die Norm nur einschlägig, wenn Merkmale i.S.d. § 20 StGB festgestellt werden, also Störungen pathologischer Art gegeben sind.<sup>78</sup> Ist dagegen die Verantwortlichkeit aufgrund mangelnder Reife nach § 3 JGG ausgeschlossen, scheidet die Anwendbarkeit des § 63 StGB aus, da es insoweit an einem Anknüpfungstatbestand eines Merkmals von § 20 StGB fehlt.<sup>79</sup>

<sup>65</sup> Tessenow (o. Fn. 3), S. 26.

<sup>66</sup> Lackner/Kühl, StGB, § 63 Rn. 6; van Gemmeren, in: MüKo-StGB (o. Fn. 17), § 63 Rn. 58; Tessenow (o. Fn. 3), S. 26.

<sup>67</sup> van Gemmeren, in: MüKo-StGB (o. Fn. 17), § 63 Rn. 58.

<sup>68</sup> Lackner/Kühl, StGB, § 63 Rn. 7.

<sup>69</sup> Lackner/Kühl, StGB, § 63 Rn. 7; van Gemmeren, in: MüKo-StGB (o. Fn. 17), § 63 Rn. 60; Tessenow (o. Fn. 3), S. 27.

<sup>70</sup> Lackner/Kühl, StGB, § 63 Rn. 7.

<sup>71</sup> Tessenow (o. Fn. 3), S. 27.

<sup>72</sup> S. D. I.

<sup>73</sup> BGH 37, 374; Brunner/Dölling, Jugendgerichtsgesetz, § 7 Rn. 1.

<sup>74</sup> Beulke/Swoboda, Jugendstrafrecht, § 7 Rn. 169; Eisenberg/Kölbel, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 1, 4a; Diemer, in: Diemer/Schatz/Sonnen, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 14;

Streng, Jugendstrafrecht, § 4 Rn. 52; Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 1; Tessenow (o. Fn. 3), S. 39.

<sup>75</sup> Eisenberg/Kölbel, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 2.

<sup>76</sup> Beulke/Swoboda, Jugendstrafrecht, § 7 Rn. 168, 180; Streng, Jugendstrafrecht, § 4 Rn. 47.

<sup>77</sup> Beulke/Swoboda, Jugendstrafrecht, § 7 Rn. 183; Brunner/Dölling, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 10; Eisenberg/Kölbel, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 33; Perron/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 20 Rn. 44; Streng, Jugendstrafrecht, § 4 Rn. 59.

<sup>78</sup> Beulke/Swoboda, Jugendstrafrecht, § 7 Rn. 182; Brunner/Dölling, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 10; Fischer, StGB, § 63 Rn. 2, 11.

<sup>79</sup> BGH 26, 67; NStZ-RR 03, 186; Brunner/Dölling, Jugendgerichtsgesetz, § 7 Rn. 2; Beulke/Swoboda, Jugendstrafrecht, § 7 Rn. 182; Fischer, StGB, § 63 Rn. 4; Ostendorf, JZ 1986, 664 (665).

Strittig ist dagegen der Fall wenn beide Merkmale gemeinsam gegeben sind, also der Jugendliche in seiner geistigen und sittlichen Entwicklung verzögert ist, was auf einem pathologischen Ursprung beruht und dieser Entwicklungsmangel mit zunehmendem Alter einen Ausgleich erwarten lässt.

Nach einer Ansicht ist in einem solchen Fall § 20 StGB vorrangig. Danach ist also die Unterbringung nach § 63 StGB auch möglich, wenn zugleich die Voraussetzungen des § 3 JGG vorliegen.<sup>80</sup> Dies wird damit begründet, dass eine „Unterbringung nicht nur dem allgemeinen Sicherheitsbedürfnis, sondern auch dem Wohl des betroffenen Jugendlichen am besten diene“.<sup>81</sup>

Dagegen sind nach anderer Ansicht vorrangig die Maßnahmen nach § 3 S. 2 JGG und nachrangig die Maßnahmen nach §§ 63, 64 StGB anzuwenden.<sup>82</sup> Dafür spreche sowohl die Vermeidung einer Doppelstigmatisierung („krank und kriminell“)<sup>83</sup> als auch der Grundsatz *in dubio pro reo*.<sup>84</sup> Außerdem ergebe es sich aus dem allgemeinen Vorrang und dem Sinn und Zweck des JGG.<sup>85</sup>

Eine vermittelnde Ansicht stellt die Entscheidung über die Anordnung der Unterbringung nach § 63 StGB in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts, wobei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besonders zu berücksichtigen sei.<sup>86</sup>

## 2. Prüfung der Voraussetzungen des § 63 StGB

Die Voraussetzungen des § 63 StGB sind im Rahmen der Anordnung der Unterbringung eines\* einer Jugendlichen in ein psychiatrisches Krankenhaus zunächst identisch zu denen Erwachsener.

Allerdings stehen nach § 2 Abs. 1 JGG bei jeder Beurteilung die Erziehungsbelange im Vordergrund und so sind die Voraussetzungen „im Kontext der erzieherischen und entwicklungsbedingten Besonderheiten“ streng zu prüfen.<sup>87</sup> Außerdem ergeben sich

einige psychiatrische Besonderheiten bei der Feststellung der einzelnen Voraussetzungen.

### a) Jugendspezifische Prüfung der krankheitsbezogenen Merkmale der Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB

Die Bejahung der Schuldunfähigkeit bedarf wie bereits ausgeführt der Diagnose einer psychischen Krankheit, welche von einem der Merkmale des § 20 StGB umfasst wird.<sup>88</sup>

Grundsätzlich können junge Menschen in ihrer Schuldfähigkeit ebenso eingeschränkt sein wie Erwachsene. Anders als bei Erwachsenen ist es aus psychiatrischer Sicht jedoch schwierig, bereits im Jugendalter eine schwere und länger andauernde psychische Störung, die eine unbefristete Unterbringung rechtfertigen kann, festzustellen und diese von Reifungsdefiziten abzugrenzen.<sup>89</sup> Es muss zwischen Entwicklungskrisen in der Adoleszenz und neurotischen Fehlentwicklungen unterschieden werden.<sup>90</sup>

Insbesondere der Begriff der „schweren anderen seelischen Abartigkeit“ ist in diesem Zusammenhang schwierig. Der Begriff suggeriert, dass es sich um unbeeinflussbare, negative Eigenschaften handelt und beinhaltet ein Unwerturteil.<sup>91</sup> Darunter werden insbesondere Persönlichkeitsstörungen, Neurosen und Triebstörungen gefasst.<sup>92</sup> Eine solche Feststellung bereits im Jugendalter ist jedoch mit Vorsicht zu treffen.

### b) Gefahrenprognose

Bei der Bestimmung einer Gefahrenprognose von Jugendlichen ergeben sich Schwierigkeiten. Jugendkriminalität ist in der Regel eine temporäre Erscheinung.<sup>93</sup>

Davon abzugrenzen ist allerdings kriminelles Verhalten durch solche, bei denen eine psychische Störung mit delinquentem Verhalten manifestiert ist und deren Delinquenz nicht passager ist, insbesondere wenn die zugrunde liegende psychische Erkrankung unbehandelt bleibt.<sup>94</sup>

<sup>80</sup> So BGHSt 26, 67; OLG Jena NSTZ-RR 2007, 217 (218); Brunner/Dölling, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 10; Diemer, in: Diemer/Schatz/Sonnen, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 28; Perron/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 20 Rn. 44.

<sup>81</sup> BGHSt 26, 67 (70); Brunner/Dölling, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 10; Tessenow (o. Fn. 3), S. 40.

<sup>82</sup> So OLG Karlsruhe NSTZ 2000, 485; Albrecht, Jugendstrafrecht, § 11 S. 102; Eisenberg/Kölbl, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 39; Fischer, StGB, § 63 Rn. 4; Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 3, 20.

<sup>83</sup> BGHSt 37, 373 (373); Ostendorf, JZ 1986, 664 (666).

<sup>84</sup> Ostendorf, JZ 1986, 664 (668).

<sup>85</sup> OLG Karlsruhe, NSTZ 2000, 485 (485).

<sup>86</sup> Tessenow (o. Fn. 3), S. 39 f.

<sup>87</sup> BVerfGE 116, 69; Meier/Rössner/Trüg/Wulf, Jugendgerichtsgesetz, § 7 Rn. 3.

<sup>88</sup> Vgl. Ausführungen unter D I 2.

<sup>89</sup> Tessenow (o. Fn. 3), S. 42.

<sup>90</sup> Tessenow (o. Fn. 3), S. 42 f.

<sup>91</sup> Tessenow (o. Fn. 3), S. 43 f.

<sup>92</sup> Perron/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 20 Rn. 19.

<sup>93</sup> Vgl. Ausführungen III 1.

<sup>94</sup> Stöver/Hupp/Wendt, Jugendmaßregelvollzugspatienten – eine übersehene Hochrisikogruppe, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie Volume 7 (2013), S. 183.

Aufgrund dessen ist bei delinquentem Verhalten im Jugendalter zu bestimmen, ob die Tat der Entwicklungsstufe entspricht und es einer dementsprechenden Reaktion bedarf oder aber die Tat Ausdruck einer Krise, Störung oder Beeinträchtigung ist, die ambulante therapeutische oder soziale Hilfe notwendig macht beziehungsweise die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus verlangt.<sup>95</sup>

Es muss eine „über eine Indizwirkung der verurteilten Tat hinausgehende begründete hohe Wahrscheinlichkeit“ vorliegen, dass der\*die Täter\*in in Zukunft erhebliche Taten begehen werde, um eine Gefahrenprognose gegenüber einem\*einer Jugendlichen hinlänglich festzustellen.<sup>96</sup>

### c) Besondere Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des § 62 StGB, der bei allen Maßregelentscheidungen anzuwenden ist, ist bei Jugendlichen und Heranwachsenden besondere Bedeutung zuzumessen.<sup>97</sup>

Neben der Prüfung des Verhältnisses zwischen der Schwere des Eingriffes und der Unterbringung und der vom Täter ausgehenden Gefahr, ist in besonderem Maße zu prüfen, ob weniger einschneidende Maßnahmen geeignet sind.<sup>98</sup> Aufgrund der jugendstrafrechtlichen Zielsetzung sind vorrangig alle weniger belastenden Möglichkeiten zur Gefahrenabwehr zu nutzen.<sup>99</sup> Dies kann eine ambulante Betreuung in der Familie, eine zivilrechtliche Unterbringung in einer Kinder- und Jugendpsychiatrie oder die Anwendung der Weisungsmöglichkeit gemäß § 10 JGG (auch im Rahmen einer Bewährung gemäß § 23 JGG) sein.<sup>100</sup>

Die Anordnung der Maßregel der Besserung und Sicherung dagegen ist „absolut letztes Mittel bei

Verlust der erzieherischen Einwirkungsmöglichkeit auf einen Jugendlichen“.<sup>101</sup>

### E. Ausgestaltung des Maßregelvollzugs

Die Ausgestaltung des Maßregelvollzuges richtet sich gemäß § 138 Abs. 1 StVollzG nach den jeweiligen Landesgesetzen der Bundesländer.

#### I. Einrichtung der Unterbringung

Während die Unterbringung Erwachsener im Maßregelvollzug in eigenständigen forensischen Kliniken erfolgt, vollzieht sich die Unterbringung Jugendlicher und Heranwachsender unterschiedlich.

Je nach Bundesland erfolgt eine integrierte Versorgung in forensische Kliniken gemeinsam mit Erwachsenen, eine integrierte Versorgung in der Kinder- und Jugendpsychiatrie, eine Unterbringung in spezialisierten Abteilungen, angegliedert an die Jugendpsychiatrie oder in spezialisierten Einrichtungen angegliedert an forensische Kliniken für Erwachsene.<sup>102</sup>

#### II. Maßnahmen während der Unterbringung

Die Maßnahmen unterscheiden sich sowohl innerhalb der Erwachsenenmaßregelvollzugseinrichtungen als auch der verschiedenen Einrichtungen für Jugendliche von Einrichtung zu Einrichtung.<sup>103</sup>

Je nach Größe, personeller Ausstattung und dem zugrunde gelegten Therapiekonzept können unterschiedliche Maßnahmen angeboten werden.<sup>104</sup> Dabei erfolgen jeweils therapeutische Maßnahmen, Beschäftigungsangebote sowie Ausbildungs- und Schulmöglichkeiten.

#### 1. Therapeutische Maßnahmen

Aus der Rechtfertigung der Maßregel als „Sonderopfer“ besteht ein Anspruch auf Untersuchung und

<sup>95</sup> Nedopil, Was erwartet der Erwachsenenforensiker von der Kinder- und Jugendpsychiatrie?, in: Häßler/Kinze/Nedopil, S. 65.

<sup>96</sup> Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz, § 7 Rn. 8; Tessenow (o. Fn. 3), S. 44 f.

<sup>97</sup> Diemer, in: Diemer/Schatz/Sonnen, Jugendgerichtsgesetz, § 7 Rn. 5; Eisenberg/Kölbel, Jugendgerichtsgesetz, § 7 Rn. 9; van Gemmeren, in: MüKo-StGB (o. Fn. 17), § 63 Rn. 116; Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz, § 7 Rn. 10; Tessenow (o. Fn. 3), S. 46.

<sup>98</sup> Brunner/Dölling, Jugendgerichtsgesetz, § 7 Rn. 2; Eisenberg/Kölbel, Jugendgerichtsgesetz, § 7 Rn. 9; Tessenow (o. Fn. 3), S. 46.

<sup>99</sup> BGHSt 37, 373, 374; Eisenberg/Kölbel, Jugendgerichtsgesetz, § 7 Rn. 9; Tessenow (o. Fn. 3), S. 46.

<sup>100</sup> Diemer, in: Diemer/Schatz/Sonnen, Jugendgerichtsgesetz, § 7 Rn. 5; Eisenberg/Kölbel, Jugendgerichtsgesetz, § 7

Rn. 20a; Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz, § 7 Rn. 10; Tessenow (o. Fn. 3), S. 46.

<sup>101</sup> Brunner/Dölling, Jugendgerichtsgesetz, § 7 Rn. 2; Meier/Rössner/Trüg/Wulf, Jugendgerichtsgesetz, § 7 Rn. 3; Tessenow (o. Fn. 3), S. 46.

<sup>102</sup> Weissbeck, S. 82; Stöver/Hupp/Wendt, Jugendmaßregelvollzugspatienten – eine übersehene Hochrisikogruppe, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie Volume 7 (2013), S. 184.

<sup>103</sup> Stöver/Hupp/Wendt, Jugendmaßregelvollzugspatienten – eine übersehene Hochrisikogruppe, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie Volume 7 (2013), S. 183.

<sup>104</sup> Beispielhaft etwa das Therapiekonzept der Jugendforensischen Klinik in Marsberg in Burchard/Hohmann, Jugendforensik im Kontext einer Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie, in: Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, Volume 19, 212 (1), S. 18-58.

Behandlung der Anlasskrankheit.<sup>105</sup> Diesem wird durch unterschiedliche Therapiemethoden nachgekommen. Dazu zählen etwa Psychotherapien in Einzel- und/oder Gruppentherapien, Verhaltenstherapien und verschiedene Formen der Ergotherapie.<sup>106</sup>

Für die Behandlung psychisch kranker Straftäter im Jugendalter sind eigene Konzepte, welche sich auf Erkenntnisse der forensischen Psychiatrie stützen, dabei aber die spezifischen Bedürfnisse des Jugendalters berücksichtigen, entstanden.<sup>107</sup>

Dabei kommt besondere Bedeutung den alterstypischen Entwicklungsaufgaben zu. Dazu benötigt es ein therapeutisches Umfeld, welches die Jugendlichen in der Bewältigung der noch unbewältigten und anstehenden Entwicklungsaufgaben unterstützt. Dazu gehören insbesondere die Bildung von Wohngruppen, die kleiner sind als in der Allgemeinpsychiatrie, sowie die Möglichkeit des Zugangs zur Jugendkultur auch außerhalb der Einrichtung.<sup>108</sup>

Ebenso stellt Autonomieentwicklung, also Ablösung und Entwicklung von Selbständigkeit, eine der wesentlichsten Entwicklungsaufgaben der Adoleszenz dar. Im Rahmen dieser Phase benötigen Jugendliche Orientierung; dazu orientieren sie sich vermehrt an Gleichaltrigen oder an erwachsenen Vorbildfiguren.<sup>109</sup>

Daneben spielen die Aufnahme und der Aufbau intimer Beziehungen, die Entwicklung einer eigenen Identität und Zukunftsperspektive, Toleranz und Konfliktlösungskompetenz, Impulskontrolle sowie Entwicklung einer „relativ kritischen Haltung gegenüber der Gesellschaft“ eine Rolle.<sup>110</sup>

Um diesen Anforderungen in den verschiedenen Einrichtungen Rechnung zu tragen und eine einheitliche Organisationsstruktur zu schaffen, hat die „Arbeitsgruppe Jugendmaßregelvollzug“<sup>111</sup> verbindliche Empfehlungen zur konzeptionellen Gestaltung jugendforensischer Einrichtungen veröffentlicht. Dazu zählen beispielsweise Gruppen- oder Stationsgrößen, Mindestanzahl und Qualifikation der Fachkräfte.<sup>112</sup>

In der praktischen Umsetzung dieser Maßnahmen ergeben sich jedoch personelle Problemen, insbesondere das auch den Maßregelvollzug treffende Problem eines häufig wechselnden Personals, Pflegekräftemangel und strukturelle Schwierigkeiten. In der Regel erfolgt pharmakologische Einwirkung im Rahmen eines Stufenvollzuges, das bedeutet dem Patienten werden, in abgestuften Schritten, zunehmend Lockerungen erteilt.<sup>113</sup> Dieses Konzept erfüllt Sicherheits- und Ordnungsinteressen mehr als das Ziel einer effektiven Behandlung von psychischen Störungen.<sup>114</sup>

Außerdem kommt dadurch den Therapeuten\*innen eine Doppelrolle zu, da sie über Lockerungen entscheiden. Diese Aufgabe kann nachteilige Folgen auf die Therapeuten-Patienten Beziehung haben und den Therapieerfolg nachhaltig beeinflussen.<sup>115</sup>

## 2. Arbeit, Ausbildungsangebote und schulische Maßnahmen

Aus dem in § 3 StVollzG verankerten Resozialisierungsprinzip ergibt sich ein Recht auf Arbeit, welches Ausbildungen und Weiterbildungen miteinschließt.<sup>116</sup> Eine Arbeitspflicht besteht, anders als im Strafvollzug im Bereich des freiheitsentziehenden

<sup>105</sup> Wagner, in: Kammeier, Massregelvollzugsrecht, Rn. D105; Volckart/Grünebaum, Maßregelvollzug, III. Teil Rn. 385 f.

<sup>106</sup> Zur Darstellung der unterschiedlichen Therapiemethoden s. Wagner, in: Kammeier, Massregelvollzugsrecht, Rn. D 30 ff.

<sup>107</sup> Weissbeck/Häßler, Psychotherapeutische Behandlung delinquenter Jugendlicher im Maßregelvollzug, in: Häßler/Kinze/Nedopil, S. 406.

<sup>108</sup> Weissbeck/Häßler, Psychotherapeutische Behandlung delinquenter Jugendlicher im Maßregelvollzug, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 408; Stöver/Weissbeck/Wendt, Wo steht der Jugendmaßregelvollzug in Deutschland aktuell?, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Volume 2 Issue 4, 2008, S. 256.

<sup>109</sup> Weissbeck/Häßler, Psychotherapeutische Behandlung delinquenter Jugendlicher im Maßregelvollzug, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 408.

<sup>110</sup> Weissbeck/Häßler, Psychotherapeutische Behandlung delinquenter Jugendlicher im Maßregelvollzug, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 408.

<sup>111</sup> Eine von der kinder- und jugendpsychiatrischen Fachgesellschaft Deutsche Gesellschaft für Kinder- und Jugendpsychiatrie, Psychosomatik und Psychotherapie (DGKJP), Bundesarbeitsgemeinschaft der leitenden Klinikärzte für Kinder- und Jugendpsychiatrie (BAG) und dem Berufsverband der Ärzte für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie in Deutschland (BKJPP) anerkannte übergeordnete Arbeitsgruppe.

<sup>112</sup> Stöver/Hupp/Wendt, Jugendmaßregelvollzugspatienten – eine übersehene Hochrisikogruppe, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie Volume 7 (2013), S. 185.

<sup>113</sup> Wagner, in: Kammeier, Massregelvollzugsrecht, Rn. D 31.

<sup>114</sup> Wagner, in: Kammeier, Massregelvollzugsrecht, Rn. D 31.

<sup>115</sup> Weissbeck/Häßler, Psychotherapeutische Behandlung delinquenter Jugendlicher im Maßregelvollzug, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 426.

<sup>116</sup> Tessenow (o. Fn. 3), S. 83; Volckart/Grünebaum, Maßregelvollzug, III. Teil Rn. 249; 265 f.

Maßregelvollzugs, in keinem Bundesland.<sup>117</sup> In vielen Einrichtungen ist jedoch aufgrund der Einrichtungsgröße und personeller Ausstattung nur eine kleine Auswahl an verschiedenen Arbeitsstellen und Lehrberufen möglich. Außerdem sind diese Angebote bei gravierenden Verhaltensauffälligkeiten nicht für alle Insassen geeignet oder zugänglich.<sup>118</sup>

Vielen Patienten\*innen fehlt es infolge von Sozialisationsmängeln an einem Schulabschluss, was erfordert, dass ihnen neben therapeutischen Maßnahmen anstelle von Arbeit die Vervollständigung der Schulbildung ermöglicht wird.<sup>119</sup> Ob der jeweilige Schulabschluss innerhalb einer eingerichteten Krankenhausschule oder extern unter Einschaltung der Volkshochschule gewonnen wird, bestimmt die Zahl der beteiligten Patienten\*innen.<sup>120</sup>

### 3. Dauer der Unterbringung

Die Unterbringung nach § 63 StGB ist bei Erwachsenen und Jugendlichen von vornherein unbefristet und gesetzlich nicht auf ein Höchstmaß begrenzt.<sup>121</sup>

Gemäß § 67e Abs. 1 S. 1 StGB muss eine jährliche Prüfung stattfinden, „ob die weitere Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung auszusetzen oder für erledigt zu erklären ist“.

Erwachsene Maßregelpatient\*innen verbringen im Mittelwert 6,5 Jahre im Maßregelvollzug; wobei der Median 5,5 Jahre beträgt. Die Unterbringungsdauer variiert dabei in einem sehr breiten Bereich zwischen 2 Monaten und über 43 Jahren.<sup>122</sup>

Dagegen liegt die durchschnittliche Unterbringungsdauer Jugendlicher zwischen 2 Jahren (u.a. Hessen und Sachsen) und 4,5 Jahren in Bayern.<sup>123</sup>

## F. Vergleich Maßregelvollzug für Jugendliche und Erwachsene und Bewertung anhand des Erziehungsgedankens des JGG

### I. Vergleich und Bewertung der erstmaligen Unterbringungsvoraussetzungen

Wie dargelegt sind die Voraussetzungen einer erstmaligen Unterbringung in einem Maßregelvollzug sowohl für Erwachsene als auch Jugendliche identisch die des § 63 StGB.

Im Rahmen der Prüfung gegenüber einem Jugendlichen sind die Voraussetzungen der jeweiligen Anordnung jedoch im Kontext der „erzieherischen und entwicklungsbedingten Besonderheiten“ streng zu prüfen.<sup>124</sup> Insofern ergeben sich Besonderheiten im Kontext einer zunächst zu bestimmenden Verantwortlichkeit nach § 3 JGG, der Prüfung der Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB beziehungsweise der verminderten Schuldfähigkeit nach § 21 StGB und der Feststellung der Gefährlichkeitsprognose. Durch besondere Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird außerdem die Verhängung einer Unterbringung nach § 63 StGB gegen einen Jugendlichen zur *ultima ratio*.

Damit findet sich in der Theorie der Erziehungsgedanke des JGG im Rahmen der Prüfung wieder und es wird der Besonderheit des Lebensalters des\*r Betroffenen Rechnung getragen. In der praktischen Umsetzung gestaltet sich dies durchaus problematischer. So ergibt sich vor allem das Problem geeigneter Gutachter\*innen im Rahmen der Schuldunfähigkeitsfeststellung nach § 20 StGB. Auch für Jugendliche wird zumeist ein\*e Erwachsenenpsychiater\*in bestellt. Schon bei Feststellung der Verantwortlichkeit nach § 3 JGG sind allerdings vielmehr Entwicklungspsycholog\*innen und Kinder- und Jugendpsychiater\*innen statt Allgemeinpsychiater\*innen gefragt, da es

<sup>117</sup> Tessenow (o. Fn. 3), S. 83; Volckart/Grünebaum, Maßregelvollzug, III. Teil Rn. 252.

<sup>118</sup> Stöver/Weissbeck/Wendt, Wo steht der Jugendmaßregelvollzug in Deutschland aktuell?, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Volume 2 Issue 4, 2008, S. 256.

<sup>119</sup> Hinrichs, Wer wird eigentlich delinquent?, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 383 ff.; Stöver/Hupp/Wendt, Jugendmaßregelvollzugspatienten – eine übersehene Hochrisikogruppe, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie Volume 7 (2013), S. 190; Volckart/Grünebaum, Maßregelvollzug, III. Teil Rn. 264; Burchard/Hohmann, Jugendforensik im Kontext einer Klinik für Kinder und Jugendpsychiatrie, in: Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, Volume 19, 2012 (1), S. 57; Stöver/Weissbeck/Wendt, Wo steht der Jugendmaßregelvollzug in Deutschland aktuell?, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Volume 2 Issue 4, 2008, S. 256.

<sup>120</sup> Volckart/Grünebaum, Maßregelvollzug, III. Teil Rn. 264.

<sup>121</sup> Tessenow (o. Fn. 3), S. 2.

<sup>122</sup> Dessecker, Entwicklungstendenzen des Maßregelvollzug aus kriminologischer Sicht, in: Hammerstein/Kröber/Möllhoff-Mylius, Medizinrechtliche Probleme des Maßregelvollzugs, S. 200.

<sup>123</sup> Stöver/Weissbeck/Wendt, Wo steht der Jugendmaßregelvollzug in Deutschland aktuell?, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Volume 2 Issue 4, 2008, S. 257.; Behandlungsdauer von durchschnittlich 38 Monaten 50 Berliner und Rostocker Patienten insofern Stöver/Hupp/Wendt, Jugendmaßregelvollzugspatienten – eine übersehene Hochrisikogruppe, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie Volume 7 (2013), S. 191.

<sup>124</sup> Meier/Rössner/Trüg/Wulf, Jugendgerichtsgesetz, § 7 Rn. 3.

nicht um die Feststellung einer Krankheit geht und die allgemeinpsychiatrische Ausbildung nicht die entwicklungspsychologischen Kompetenzen vermittelt.<sup>125</sup>

Auch die geringen Fallzahlen werfen die Frage einer ungenügenden Rechtspraxis auf. Trotz einer hohen Prävalenz psychischer Störungen bei jungen Straftätern (bis zu 69% im Vergleich zu nichtdelinquenten Altersgenossen mit 12 bis 49%) lassen die geringen Fallzahlen auf eine zurückhaltende Anordnung der Maßnahme nach § 63 StGB durch die Gerichte schließen.<sup>126</sup>

Die geringen Fallzahlen mögen sich damit begründen, dass Maßregel als unbegrenzte Freiheitsentziehende Maßregel *ultima ratio* ist und die Jugendlichen nicht doppelt stigmatisiert werden sollten („krank und kriminell“). Allerdings darf dies nicht dazu führen, dass jungen Menschen nicht frühzeitig die Hilfe zukommt, die sie benötigen. Dies birgt in sich die Gefahr einer Chronifizierung psychischer Störungen, ebenso wie bei fortgesetzter Verhaltensauffälligkeit die Einweisung in den Erwachsenenmaßregelvollzug nach Erreichen der Volljährigkeit.<sup>127</sup>

Stattdessen müssen bei Auftreten von psychischen Auffälligkeiten im Zusammenhang mit Delinquenz früh Maßnahmen eingeleitet werden, um die Chance, dem Delinquenten wieder ein geregeltes Leben in der Gesellschaft zu ermöglichen, zu erhöhen. Dazu ist vorrangig auf weniger einschneidende Maßnahmen zurückzugreifen als den Maßregelvollzug.

Weder eine übereilte Anordnung nach § 63 StGB noch kein Einschreiten kann dabei dem Erziehungsgedanken gerecht werden. Stattdessen muss eine individualisierte Reaktion orientiert am Wohle des Jugendlichen stattfinden.

## II. Vergleich und Bewertung der Ausgestaltung der Unterbringung

### 1. Vergleich der Einrichtungen

Verglichen mit Maßregleinrichtungen für Erwachsene gibt es nur wenige eigene Maßregelvollzugseinrichtungen für Jugendliche.<sup>128</sup>

Dies begründet sich in der verhältnismäßig geringen Zahl Jugendlicher, die unter diese Maßnahme fallen. Bundesweit wird von einem Bedarf im Maßregelvollzug pro eine Millionen Einwohner von 4 bis 8 Behandlungsplätzen ausgegangen.<sup>129</sup> Diese gebietet es schlichtweg, nicht flächendeckend derartige Einrichtungen zu schaffen, da deren Kapazitäten kaum ausgeschöpft werden könnten.<sup>130</sup> In Gebieten, in denen keine eigenständigen Einrichtungen existieren, ist daher auf eine andere Art der Unterbringung zurückzugreifen.

Dabei ist jedoch die integrierte Versorgung von Jugendlichen in forensischen Kliniken gemeinsam mit Erwachsenen äußerst kritisch zu betrachten. Therapeutisch besteht der Bedarf einer getrennten Unterbringung, um zum einen den Jugendlichen ein anderes notwendiges therapeutisches Konzept zu bieten, sowie zu verhindern, dass sie sich die delinquenten Erwachsenen als Rollenvorbilder nehmen und sich so ihr kriminelles Denken verfestigt. Zudem besteht die Gefahr, dass sich Erwachsene die jüngeren „Schwächeren“ als Opfer nehmen.<sup>131</sup>

Vielmehr sind, um eine andauernde Delinquenzentwicklung und eine Chronifizierung der psychischen Erkrankung zu verhindern, die Abgrenzung zum Erwachsenenmaßregelvollzug sowie spezifische Behandlungsangebote, welche die besonderen Bedingungen und Entwicklungspotenziale des Jugendalters berücksichtigen, erforderlich.<sup>132</sup> Eine gemeinsame

<sup>125</sup> Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 13.

<sup>126</sup> Stöver/Weissbeck/Wendt, Wo steht der Jugendmaßregelvollzug in Deutschland aktuell?, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Volume 2 Issue 4, 2008, S. 262.

<sup>127</sup> Stöver/Weissbeck/Wendt, Wo steht der Jugendmaßregelvollzug in Deutschland aktuell?, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Volume 2 Issue 4, 2008, S. 262.

<sup>128</sup> Tessenow (o. Fn. 3), S. 46.

<sup>129</sup> Stöver/Weissbeck/Wendt, Wo steht der Jugendmaßregelvollzug in Deutschland aktuell?, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Volume 2 Issue 4, 2008, S. 262.

<sup>130</sup> Wobei diese Frage anhand der Entwicklung der Unterbringungszahlen in der Zukunft immer wieder neu gestellt und beantwortet werden muss.

<sup>131</sup> Zu den Gründen der Erforderlichkeit einer Abgrenzung zu Erwachsenen s. Weissbeck/Häßler, Psychotherapeutische Behandlung delinquenten Jugendlicher im Maßregelvollzug, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 413; Nedopil, Was erwartet der Erwachsenenforensiker von der Kinder- und Jugendpsychiatrie?, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 66; Stöver/Weissbeck/Wendt, Wo steht der Jugendmaßregelvollzug in Deutschland aktuell?, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Volume 2 Issue 4, 2008, S. 262.

<sup>132</sup> Stöver/Hupp/Wendt, Jugendmaßregelvollzugspatienten – eine übersehene Hochrisikogruppe, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie Volume 7 (2013), S. 184.

Unterbringung kann diesem Zweck nicht gerecht werden und widerspricht dem Erziehungsgedanken.

Dagegen ermöglicht eine integrierte Versorgung in Kinder- und Jugendpsychiatrien sowie eine Unterbringung in spezialisierten Abteilungen, angegliedert an die Jugendpsychiatrie, den Rückgriff auf bereits bestehende Strukturen, angepasst an die speziellen Bedürfnisse Jugendlicher im psychiatrischen Kontext, ebenso wie auf qualifiziertes und geübtes Personal gerade für diese Patienten\*innen.

Daneben besteht einzig der Kontakt zu anderen untergebrachten Gleichaltrigen. Natürlich kann auch in diesem Rahmen das Problem eines Missbrauchs oder negativer Rollenbildung entstehen, jedoch ist diese gegenüber einer Unterbringung mit Erwachsenen als deutlich geringeres Problem einzuschätzen. Vielmehr bietet sich den Jugendlichen die Orientierung an „peer groups“ und so können in diesem Kontext alterstypische Konflikte entstehen, die mit Hilfestellung bearbeitet werden können. Dies ermöglicht den Aufbau von Sozialkompetenzen sowie das Bewältigen von Entwicklungsaufgaben und somit eine Entwicklung der Persönlichkeit.

Damit kann trotz Freiheitsentzug ein Umfeld geschaffen werden, welches die Möglichkeit einer altersgerechten Entwicklung der Jugendlichen bietet.

Gegenüber einer gemeinsamen Unterbringung sind diese Konzepte damit vorzugswürdig. In ihnen werden den besonderen Bedürfnissen der Jugendlichen Rechnung getragen und es kann eine bessere Einwirkung im Sinne des Erziehungsgedankens stattfinden.

Eine Unterbringung in spezialisierten Einrichtungen, angegliedert an forensische Kliniken für Erwachsene, kann dies in eingeschränktem Maße ermöglichen. Allerdings vermeidet sie die Probleme, die bei einer gemeinsamen Unterbringung mit Erwachsenen bestehen und ist somit gegenüber einer solchen vorzugswürdig.

## 2. Vergleich der Maßnahmen

Das Angebot der Maßnahmen unterscheidet sich vom Grunde her nicht. Allerdings kann in Erwachseneneneinrichtungen aufgrund der Größe meist ein breiteres Angebot bereitgehalten werden.<sup>133</sup>

### a) Therapeutische Maßnahmen

Im Rahmen der Ausgestaltung der therapeutischen Maßnahmen finden jedoch die Besonderheiten des Jugendalters durch besondere therapeutische Konzepte Beachtung. Allerdings sind Entwicklungsaufgaben in einem Zwangskontext nur schwer umzusetzen.<sup>134</sup> Es bedarf der Bereitschaft der Patient\*innen zur Mitwirkung, was zunächst das Aufbauen von Vertrauen benötigt.

Insofern treffen die aufgeführten praktischen Probleme Jugendliche besonders. Die Doppelstellung der Therapeuten\*innen und der häufige Personalwechsel erschwert den Prozess des Vertrauensfassens und kann immer wieder zu Rückschlägen führen. Ebenso ist der Mangel an geeignetem Personal besonders problematisch, da Jugendliche deutlich mehr Zuwendung benötigen und die Zeit der Ärzte\*innen und Psychologen\*innen für Einzelgespräche knapp bemessen ist.<sup>135</sup>

Außerdem stellt das Personal für Jugendliche weit mehr als in Erwachseneinrichtungen die „einzigsten unmittelbar erlebbaren prosoziale{n} Rollenbilder“ dar.<sup>136</sup> In einer Phase, in der Jugendliche vermehrt solche Rollenbilder suchen, kann wechselndes Personal diese Funktion schwer erfüllen.

### b) Arbeit, Ausbildung und schulische Maßnahmen

Eine positive schulische Entwicklung wirkt präventiv gegen delinquentes Verhalten.<sup>137</sup> Außerdem unterstützt sie den Aufbau einer Zukunftsperspektive, da ein Schulabschluss in der Regel Voraussetzung für eine Berufsausbildung ist. Ebenso stellt sie eine wichtige Komponente der Entwicklung der Persönlichkeit und der Selbstwertstärkung dar und begünstigt damit die Sozialprognose.<sup>138</sup>

<sup>133</sup> Nedopil, Was erwartet der Erwachsenenforensiker von der Kinder- und Jugendpsychiatrie?, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 66.

<sup>134</sup> Weissbeck/Häßler, Psychotherapeutische Behandlung delinquenter Jugendlicher im Maßregelvollzug, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 410 f.

<sup>135</sup> Schniedermeyer, Vergessene? Jugendliche im Maßregelvollzug, in: Adam/Dührssen/Jorswick/Müller-Küppers/Specht, Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie, 34. Jahrgang, S. 241.

<sup>136</sup> Nedopil, Was erwartet der Erwachsenenforensiker von der Kinder- und Jugendpsychiatrie?, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 66.

<sup>137</sup> Hinrichs, Wer wird eigentlich delinquent?, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 385 ff.; Stöver/Hupp/Wendt, Jugendmaßregelvollzugspatienten – eine übersehene Hochrisikogruppe, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie Volume 7 (2013), S. 190.

<sup>138</sup> Hinrichs, Wer wird eigentlich delinquent?, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 385 ff.; Volckart/Grünebaum, Maßregelvollzug, III. Teil Rn. 264; Stöver/Hupp/Wendt, Jugendmaßregelvollzugspatienten – eine übersehene Hochrisikogruppe, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie Volume 7 (2013), S. 190.

Daneben tragen schulische Maßnahmen sowie Berufsausbildungsangebote dazu bei, soziale Kompetenzen sowie das Unterordnen unter Regeln zu erlernen.

Diese möglichen Wirkungen entsprechen den Zielen, die aus dem Erziehungsgedanken des JGG folgen. Daher muss im Hinblick auf diesen Schul- und Berufsausbildung ein wesentlicher Bestandteil jugendforensischer Unterbringung sein.

Jedoch stehen Gerichte und die psychiatrischen Sachverständigen häufig vor der Entscheidung, ob es für die Resozialisierung wichtiger ist, den Freiheitsentzug für eine Therapie oder versäumte berufliche Qualifikation zu nutzen.<sup>139</sup> Eine Kombination von beiden ist in nur wenigen Einrichtungen möglich.<sup>140</sup>

Damit ist es in der praktischen Umsetzung zumeist schwer, sowohl dem Besserungsauftrag durch therapeutische Maßnahmen als auch dem Erziehungsauftrag durch schulische Qualifikationen gerecht zu werden.

### 3. Vergleich der Dauer

Der Mittelwert der Unterbringungsdauer Jugendlicher (2 bis 4,5 Jahre) gegenüber derer Erwachsener (6,5 Jahre) ist etwas geringer. Daraus könnte sich die Hypothese aufstellen lassen, dass sich Jugendliche durchschnittlich kürzer im Maßregelvollzug befinden als Erwachsene.

Dies mag daran liegen, dass psychische Krankheiten im Jugendalter besser behandelt werden können, sodass frühzeitiger eine günstige Sozialprognose möglich ist.<sup>141</sup>

Allerdings ist die Unterbringungszeit dennoch relativ lang und in der Regel länger als bei einer Verurteilung zu einer Jugendstrafe.<sup>142</sup> Dabei stellt die Einweisung gerade für Jugendliche eine besonders einschneidende Maßnahme dar und erreicht gar eine „zukunftszerstörende Dimension“.<sup>143</sup>

Jugendliche werden in einer besonderen Phase der Sozialisation aus ihrem persönlichen Nahfeld gerissen und damit werden soziale Kontakte zu einem erheblichen Teil zerstört oder zumindest bedeutend

beeinträchtigt. Die lange Unterbringungszeit erschwert die berufliche und soziale Integration nach der Entlassung.<sup>144</sup> Dabei stellen gerade diese Punkte wichtige Elemente für ein zukünftiges stabiles straffreies Leben dar und sind damit bedeutend für die zukünftige Legalbewährung und damit dem Ziel des Erziehungsstrafrechts.

Ebenso erschwert das fehlende Enddatum die Entwicklung einer Zukunftsperspektive und stellt eine erhebliche psychische Belastung dar. Dies kann unter Umständen dem Therapieerfolg erheblich im Wege stehen und so zu einer Verschlechterung des psychischen Zustandes führen. Daneben führt eine lange Unterbringungsdauer häufig zu Hospitalisierung.

Diese möglichen Folgen stehen im Widerspruch zu den zu bewältigenden Entwicklungsaufgaben Jugendlicher, insbesondere der Entwicklung von Autonomie. Um Legalbewährung als Ziel jugendstrafrechtlicher Intervention zu erreichen, ist aber neben dem Erlernen und Verinnerlichen von Normen die Entwicklung sozialer Kompetenzen und eigenständiger Lebensführung bedeutend. Diesem Aspekt kann ein längerer zunächst unbefristeter Maßregelvollzug schwerlich gerecht werden.

Aus diesen Gründen gibt es Bestrebungen der Kinder- und Jugendpsychiatrischen Fachgesellschaften, eine zeitliche Befristung des § 63 StGB im Jugendalter gesetzlich zu verankern, welche jedoch bisher erfolglos waren.<sup>145</sup>

### G. Zusammenfassung und Fazit

Innerhalb der Unterbringungs Voraussetzungen zeigt sich, dass die rechtlichen Voraussetzungen durchaus unter dem Leitprinzip des JGG gesehen werden und so der Erziehungsgedanke maßgeblich Einfluss darauf nimmt. Allerdings ergibt sich in der praktischen Anwendung ein anderes Bild. Die ist vor allem bedingt durch mangelnde spezifische Sachverständige, auf welche die Gerichte aber zur angemessenen Beurteilung angewiesen sind. Die Fragen, die sich bei § 3 JGG und §§ 20, 21 StGB sowie bezüglich der

<sup>139</sup> Nedopil, Was erwartet der Erwachsenenforensiker von der Kinder- und Jugendpsychiatrie?, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 66.

<sup>140</sup> Nedopil, Was erwartet der Erwachsenenforensiker von der Kinder- und Jugendpsychiatrie?, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 66.

<sup>141</sup> Weissbeck/Häßler, Psychotherapeutische Behandlung delinquenten Jugendlicher im Maßregelvollzug, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 410.

<sup>142</sup> Schniedermeyer, Vergessene? Jugendliche im Maßregelvollzug, in: Adam/Dührssen/Jorswick/Müller-Küppers/

Specht (o. Fn. 135), S. 241; Nedopil, Was erwartet der Erwachsenenforensiker von der Kinder- und Jugendpsychiatrie?, in: Häßler/Kinze/Nedopil (o. Fn. 5), S. 68.

<sup>143</sup> Tessenow (o. Fn. 3), S. 46.

<sup>144</sup> Tessenow (o. Fn. 3), S. 46.

<sup>145</sup> Stöver/Weissbeck/Wendt, Wo steht der Jugendmaßregelvollzug in Deutschland aktuell?, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Volume 2 Issue 4, 2008, S. 262.

Gefahrenprognose stellen sind keine Einschätzungen, die ein\*e Richter\*in anhand seiner\*ihrer berufsspezifischen Erfahrung treffen kann beziehungsweise darf.<sup>146</sup> Probleme hinsichtlich dessen ergeben sich bereits hinsichtlich der Anwendung des § 3 JGG. So wird die Verantwortlichkeit Jugendlicher leerformelmäßig bejaht, wenn sie überhaupt geprüft wird.<sup>147</sup> Diese Rechtspraxis „wird zum Teil akzeptiert, ja gutgeheißen, da der gesetzliche Anspruch unerfüllbar sei“.<sup>148</sup>

Dies kann anhand der Komplexität der Fragestellung und der bedeutenden Auswirkungen gerade im Hinblick auf eine mögliche Anordnung nach § 63 StGB nicht derart praktiziert werden. Vielmehr benötigt es eine genaue Prüfung mit Rückgriff auf spezialisierte Gutachter\*innen. Es bedarf einer Zusammenarbeit der verschiedenen Disziplinen, um dem Wohl der Jugendlichen gerecht zu werden und so dem Erziehungsgedanken des JGG.

Dies ist auch hinsichtlich der Ausgestaltung erforderlich. Diese steht praktisch vor einer hohen Aufgabenstellung. Anhand eines persönlichen Einblicks in die Maßregel der Sicherheitsverwahrung nach § 66 StGB im Rahmen eines Praktikums in der JVA Schwalmstadt konnte ich mir einen Eindruck davon machen, vor welchen Herausforderungen die verschiedenen Disziplinen im Bereich der Behandlung psychisch kranker Straftäter stehen: Therapie in einem Zwangskontext, Doppelrolle der Therapeut\*innen sowie Balance zwischen Besserung und Sicherung.

Im Umgang mit Jugendlichen kommen Adoleszenz bedingte Besonderheiten hinzu. Dies stellt die Behandlung vor weitere Herausforderungen, ebenso wie die durch den Erziehungsgedanken vorgegebene Aufgabenstellung. Den Jugendlichen mit teils gravierenden biographischen Hintergründen muss eine Chance der Resozialisierung gegeben werden.

Diesem Anspruch sowie dem Besserungsauftrag der Gesellschaft kann nur entsprochen werden, wenn die Einrichtungen entsprechend gestaltet werden. Insofern zeigt sich allerdings eine deutliche Diskrepanz zwischen Erziehungsanspruch und Umsetzung. Diese scheint sich nicht auf mangelnde Ressourcen und institutionelles Versagen zurückführen zu lassen, sondern sich aus der „Diffusität des strafrechtlichen

Erziehungsbegriffs einerseits und den Zielkonflikten des Jugendstrafrechts andererseits“ zu ergeben.<sup>149</sup>

Damit können Einrichtungen von vornherein nur beschränkt den an sie gestellten Anspruch gerecht werden.

Insofern ist die integrierte Versorgung in Kinder- und Jugendpsychiatrien und eine Unterbringung in spezialisierten Abteilungen, angegliedert an die Jugendpsychiatrie, am erfolgversprechendsten.

Allerdings ist eine möglichst ortsnahe Unterbringung zur Ermöglichung der Aufrechterhaltung von Außenkontakten zu gewährleisten. Dies trägt zur psychischen Stabilität bei und ist sinnvoll hinsichtlich der Entlassung und Legalbewahrung. Deshalb ist, statt jemanden in eine weit entfernte jugendforensische Einrichtung zu verlegen, die Unterbringung in einer ortsnäheren spezialisierten Einrichtung, angegliedert an eine forensische Klinik für Erwachsene, anzuordnen. Eine gemeinsame Unterbringung im Maßregelvollzug mit Erwachsenen ist dagegen aufgrund des Erziehungsgedankens unbedingt zu unterlassen.

Jedoch sind die teilweise lange Dauer der Unterbringung und das fehlende Entlassungsdatum äußerst problematisch. Neben den dargelegten psychischen Wirkungen und negativen Auswirkungen auf eine Therapie kann sich im Hinblick auf den Vergleich zu kürzeren Jugendstrafen in gleich gelagerten Fällen im Einzelfall das Problem der Verhältnismäßigkeit stellen.

Deshalb ist eine Debatte über eine gesetzliche Verankerung einer zeitlichen Befristung des § 63 StGB im Jugendalter zu führen.

<sup>146</sup> Ähnlich *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 12; anders dagegen zumindest hinsichtlich der Feststellung des § 3 JGG im Bereich leichter und mittlerer Kriminalität *Diemer*, in: *Diemer/Schatz/Sonnen*, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 15.

<sup>147</sup> *Eisenberg/Köbel*, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 4a, 10 f.; *Remschmidt/Rössner*, in: *Meier/Rössner/Trüg/Wulf*, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 1; *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 4.

<sup>148</sup> *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz, § 3 Rn. 5.

<sup>149</sup> So auch *Albrecht*, Jugendstrafrecht, S. 67.

## Anmerkung zu BGH, Urt. v. 3.3.2021 – 4 StR 338/20

Von Rechtsanwältin Dr. **Katrin Wick**, Frankfurt am Main\*

### Diebstahl: Gewahrsam am Bargeld im Bankautomatenfach

#### Leitsatz

**Zum Gewahrsam des Bankkunden am Bargeld im Ausgabefach eines Geldautomaten, wenn er den Auszahlungsvorgang durch Einführen seiner Karte und Eingabe der zugehörigen PIN-Nummer ausgelöst hat.**

StGB § 242

*Vorinstanz: LG Dortmund, 32. Große Strafkammer, Urt. v. 31.3.2020 – Az. 32 Kls 63/19<sup>1</sup>*

#### A. Problemaufriss

Dreh- und Angelpunkt der Entscheidung ist die Frage, wer bei einem ungeplanten Auseinanderfallen von Berechtigung und PIN-Eingabe einerseits und unberechtigter Eingabe des Betrags und Entnahme des Geldes andererseits Eigentümer am Bargeld wird und in wessen Gewahrsam es steht, wenn das Bargeld durch das Ausgabefach eines Geldautomaten automatisiert herausgegeben wird.

Mit dieser examensrelevanten Problematik – ein Bankkunde gibt seine PIN am Geldautomaten ein woraufhin anschließend durch den Täter, entweder mittels Anwendung von Gewalt durch Wegstoßen des Bankkunden oder durch Überlistung durch Abdecken des Ziffernblocks, ein Betrag eingegeben und das ausgegebene Bargeld entnommen wurde – setzte sich der BGH in den letzten Jahren nicht nur in der hier zu besprechenden, sondern bereits in zwei weiteren Entscheidungen auseinander:

Im Jahr 2017 verneinte der 2. Strafsenat des BGH<sup>2</sup> einen Gewahrsamsbruch und damit den Diebstahl bzw. den Raub und nahm eine räuberische Erpressung mit der Begründung an, dass die Nutzung des Bankautomaten zunächst durch den Bankkunden und später durch den Täter objektiv ordnungsgemäß erfolgt sei,

der Täter also weder den Gewahrsam der Bank noch den des Bankkunden gebrochen habe. Im Hinblick auf einen möglichen Gewahrsam der Bank sei von einem tatbestandsausschließenden Einverständnis auszugehen und der Bankkunde habe noch gar keinen Gewahrsam am Bargeld begründen können.

Im Jahr 2019 argumentierte der 3. Strafsenat des BGH<sup>3</sup> im Rahmen eines Anfragebeschlusses an den Großen Senat für Strafsachen gemäß § 132 GVG, dass im Zeitpunkt der Auszahlung des Bargeldes noch gelockerter Gewahrsam der Bank am Bargeld bestünde, da dieses, sofern es nicht innerhalb einer gewissen Zeit aus dem Ausgabefach entnommen werde, automatisch wieder eingezogen werde. Die Bank wolle nur an denjenigen übereignen, der den Geldautomaten technisch ordnungsgemäß bedient habe, was in personeller Hinsicht auf denjenigen zutrefte, der sich durch Eingabe von Bankkarte und zugehöriger PIN legitimiere. Werde das Bargeld durch eine unberechtigte Person entnommen, bestünde ein Gewahrsamsbruch gegenüber der Bank.

#### B. Sachverhalt (vereinfacht)

Der jüngsten Entscheidung des BGH liegen nun folgende, im Wesentlichen ähnliche Sachverhalte zugrunde: Nachdem die Bankkunden am Geldautomaten ihre PIN eingegeben hatten, wurden sie von den Angeklagten<sup>4</sup> abgelenkt. Dabei wurden Ziffernblock und Ausgabefach mithilfe von Zeitungen abgedeckt, sodass die Angeklagten heimlich den gewünschten Geldbetrag (zwischen 500 Euro und 800 Euro) anfordern und aus dem Ausgabefach entnehmen konnten. In einem der Fälle bedrängten sie einen Bankkunden, nachdem er die PIN eingegeben hatte und schubsten ihn, als er versuchte den Auszahlungsvorgang abzubrechen<sup>5</sup>

#### C. Entscheidung

Zu Beginn der Entscheidung führt der 4. Strafsenat lehrbuchartig aus: "Ein Bruch fremden Gewahrsams

\* Die *Verfasserin* ist Rechtsanwältin im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts im Frankfurter Büro von Clifford Chance.  
<sup>1</sup> BeckRS 2021, 7199.

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 16.11.2017 – 2 StR 154/17 = NStZ 2018, 604, m. Anm. *Jäger*, JA 2018, 309 ff.

<sup>3</sup> BGH, Beschl. v. 21.3.2019 – 3 StR 333/18 = NStZ 2019, 726 (727), m. Anm. *Jäger*, JA 2020, 66 ff.

<sup>4</sup> Hier erfolgten die Taten in mittäterschaftlicher Begehungsweise, weshalb wohl das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB (Gewerbsmäßigkeit) angenommen wurde, wodurch erstinstanzlich nicht das Amtsgericht, sondern die große Strafkammer des Landgerichts zuständig war, § 74 Abs. 1 GVG.

<sup>5</sup> Dazu auch die Anmerkungen von *Kudlich*, JA 2021, 591 ff. und *El-Ghazi*, NStZ 2021, 425 ff.

liegt vor, wenn der Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des Inhabers aufgehoben wird. (...) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Gewahrsam die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft. Diese liegt vor, wenn jemand auf eine Sache unter normalen Umständen einwirken kann und seiner Herrschaft keine Hindernisse entgegenstehen. Wer die tatsächliche Sachherrschaft innehat, bemisst sich nach den Umständen des Einzelfalls und den Anschauungen des täglichen Lebens. (...) Der in subjektiver Hinsicht erforderliche Herrschaftswille wird ebenfalls durch die Verkehrsanschauung geprägt."<sup>6</sup>

Sodann greift der 4. Strafsenat die oben geschilderte Thematik auf und verweist auf die nicht einheitliche Handhabung in der jüngeren Rechtsprechung verbunden mit dem Hinweis, dass diese Rechtsfrage hier nicht zu entscheiden sei, da in sämtlichen Fällen im Zeitpunkt der Entnahme des Geldes durch die Täter bereits ein (Mit-)Gewahrsam der Bankkunden an dem Bargeld begründet worden sei. Verwirklicht worden sei das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme jedenfalls dadurch, dass der Gewahrsam gebrochen worden sei. Bargeld, das ein Geldautomat am Ende eines ordnungsgemäßen Abhebevorgangs ausbebe, befinde sich mit der Bereitstellung im Ausgabefach und der hierdurch eröffneten Zugriffsmöglichkeit regelmäßig (auch) im Gewahrsam desjenigen, der diesen Vorgang durch Eingabe der Bankkarte und der PIN in Gang gesetzt habe. Der Verkehr ordne das Geld ab diesem Zeitpunkt jedenfalls auch dieser Person als das "ihre" zu, wie sich auch daran zeige, dass es sozial üblich sei und teils auch durch entsprechende Hinweise oder Vorrichtungen der Banken eingefordert werde, dass Dritte während des Abhebevorgangs Abstand zu dem Automaten und dem an ihm tätigen Bankkunden hielten.

In subjektiver Hinsicht werde der Gewahrsam des Bankkunden auch von dem erforderlichen Herrschaftswillen getragen, der jedenfalls in Gestalt eines antizipierten Beherrschungswillens bestehe. Der Abhebevorgang werde gerade zu dem Zweck und mit dem Willen zur Sachherrschaft über das ausgegebene Bargeld in Gang gesetzt. Dabei beziehe sich der antizipierte Herrschaftswille jedenfalls dann, wenn es sich,

wie hier, bei dem Kartennutzer um den Kontoinhaber handele, auf sämtliches Bargeld, das infolge des von ihm ausgelösten Vorgangs durch den Automaten ausgegeben werde. Für die Frage des Herrschaftswillens sei es deshalb unerheblich, dass im vorliegenden Fall jeweils nicht die Geschädigten, sondern die Angeklagten den Auszahlungsbetrag eingegeben hätten. Auch komme es nicht darauf an, ob das Ansichnehmen des im Ausgabefach liegenden Bargeldes durch die Angeklagten von den geschädigten Bankkunden wahrgenommen worden sei oder ob dies heimlich geschehen sei.<sup>7</sup>

#### D. Bewertung

Dem 4. Strafsenat ist hinsichtlich der Übertragung der oben dargestellten, abstrakten Grundsätze zum Gewahrsam auf das Abheben von Bargeld an einem Geldautomaten zuzustimmen. Daraus folgt, dass der Bankkunde den Gewahrsam am Bargeld nicht erst mit der tatsächlichen Entnahme des Bargelds aus dem Ausgabefach erlangt, sondern bereits in dem Moment, in dem sich das Ausgabefach öffnet.<sup>8</sup> Ab diesem Zeitpunkt ist das Bargeld für den Bankkunden zur Entnahme bereitgestellt. Wird das Bargeld sodann nicht innerhalb einer gewissen Zeit entnommen, wird es automatisch durch den Geldautomaten wieder eingezogen und auf das Konto zurückgebucht. Daraus wird deutlich, dass die Bank einen gelockerten (Mit-)Gewahrsam am Bargeld behält. Es erscheint jedoch ebenfalls vertretbar, wenn man in Anbetracht dieses technisch automatisierten Weidereinziehungsvorgangs eine "Schwebelage" annehmen und somit einen noch nicht vollzogenen Gewahrsamswechsel annehmen würde.<sup>9</sup>

Verwunderlich erscheint es jedoch, dass der 4. Strafsenat keine Ausführungen zum Gewahrsamsrang macht.<sup>10</sup> Dies ist insbesondere relevant, da der Täter einen mindestens gleichrangigen Gewahrsam brechen muss.<sup>11</sup> Hier wurde der Bankkunde abgelenkt, bevor er den Abhebungsbetrag eintippen und somit den Auszahlungsvorgang in Gang setzen konnte. Würde man daher annehmen, dass der Bankkunde im Zeitpunkt der Geldausgabe aufgrund der Ablenkung lediglich einen untergeordneten Mitgewahrsam erlangt hätte und der (übergeordnete) Mitgewahrsam

<sup>6</sup> BGH Beschluss v. 3.3.2021 – 4 StR 338/20 = BeckRS 2021, 7199.

<sup>7</sup> BGH Beschluss v. 3.3.2021 – 4 StR 338/20 = BeckRS 2021, 7199.

<sup>8</sup> So auch *Jäger*, JA 2018, 309, 310 f.; *El-Ghazi*, NStZ 2021, 425 (428).

<sup>9</sup> *Kudlich*, JA 2021, 519 (521).

<sup>10</sup> *El-Ghazi*, NStZ 2021, 425 (428).

<sup>11</sup> Schönke/Schröder-Bosch, StGB, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 32 ff.

noch bei der Bank verbliebe, läge kein Gewahrsamsbruch vor, wenn der Täter aufgrund des In-Gang-Setzens des Auszahlungsvorgangs zuvor den Gewahrsam am Geld von der Bank übertragen bekommen hätte. Der Bruch des untergeordneten Gewahrsams des Bankkunden würde den Voraussetzungen eines Gewahrsamsbruchs nicht genügen.

Nicht überzeugend, selbst wenn – oder gerade weil – der 4. Strafsenat es am Ende seiner Entscheidung betont, ist zudem, dass eine abweichende rechtliche Bewertung durch verschiedene Senate nicht gegeben und somit ein Anfrage- und Vorlageverfahren an den Großen Senat für Strafsachen gemäß § 132 GVG nicht erforderlich sei. Bei genauer Betrachtung werden – trotz abweichender Sachverhalte – durch die hier besprochene und die beiden zuvor unter A. genannten Entscheidungen drei unterschiedliche Rechtsauffassungen von drei unterschiedlichen Senaten vertreten:

Nach Auffassung des 2. Strafsenats fehlt es gänzlich an einem Gewahrsamsbruch, da der Bankkunde als Berechtigter noch keinen (Mit-)Gewahrsam am Bargeld erlangt habe, aber ein grundsätzliches Einverständnis der Bank mit der Herausnahme des Geldes durch den berechtigten Bankkunden bestünde. Der 3. Strafsenat konstatiert einen fortbestehenden Gewahrsam der Bank am Bargeld und der 4. Strafsenat nimmt einen Gewahrsam des Bankkunden als Berechtigten an. Der Tatbestand des Diebstahls gemäß § 242 Abs. 1 StGB kann nur dann verwirklicht werden, solange jedenfalls entweder die Bank oder der Bankkunde einen Gewahrsam am ausgegeben Bargeld haben und dieser auch gebrochen wird. Maßgeblich ist ferner, dass die Sache – hier das Bargeld – für den Täter fremd wird; es ist jedoch unerheblich, in wessen Eigentum das Bargeld steht und wessen Gewahrsam gebrochen wird. Relevant ist die Beantwortung der Gewahrsamsfrage indes für eine – je nach Sachverhaltskonstellation in Betracht kommende – qualifizierte Nötigung, die im Zusammenspiel mit dem Grundtatbestand des Diebstahls Voraussetzung für die Annahme des Raubes nach § 249 Abs. 1 StGB ist. Folgt man der Auffassung des 3. Strafsenats und nimmt einen fortbestehenden (Allein-)Gewahrsam der Bank am Bargeld an, ergibt sich in einer Klausur das Folgeproblem, ob eine qualifizierte Nötigung im Rahmen des § 249 Abs. 1 StGB gegenüber dem Bankkunden als Nichtinhaber des Gewahrsams überhaupt möglich ist.<sup>12</sup> Dies könnte man bejahen, indem man argumentiert, dass der Bankkunde aufgrund seiner

objektiven Stellung als Berechtigter eine Schutzfunktion an dem zur Entnahme bereitgestellten Bargeld einnehme.

### E. Prozessuales

Die hier besprochene Entscheidung eignet sich aus Sicht eines Klausurerstellers neben der materiellrechtlichen Thematik um den Gewahrsam beim Diebstahl auch hervorragend zur Stellung strafprozessualer Zusatzfragen, die spätestens für die mündliche Examenprüfung beherrscht werden sollten. So kann der Prüfer sowohl das Wissen hinsichtlich der erstinstanzlichen Zuständigkeit von Amts- und Landgericht und der Besetzung der jeweiligen Spruchkörper (§§ 24 ff., 74 GVG) und den Instanzenzug abfragen. Daran anknüpfend bietet es sich an, den Aufbau und die Zuständigkeit der einzelnen Strafsenate des BGH sowie die Funktion des gemeinsamen Großen Senats für Strafsachen und daran anknüpfend die Zuständigkeit der Vereinigten Großen Senate zu prüfen.

<sup>12</sup> Dazu *Kudlich*, JA 2021, 591 (521).

## Interview mit Professor Dr. Johannes Buchheim, LL.M. (Yale)

Von Redaktion der Marburg Law Review

*Professor Dr. Johannes Buchheim, LL.M. (Yale) (geb. 1989 in München) ist seit April 2021 Inhaber der Qualifikationsprofessur (Tenure Track) für Öffentliches Recht und das Recht der Digitalisierung am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg und seitdem wissenschaftlicher Beirat der Marburg Law Review. Im Interview mit der Redaktion beantwortet er Fragen zu sich selbst und dem juristischen Studium.*

**MLR: Bitte schildern Sie kurz Ihren bisherigen Werdegang.**

**Buchheim:** Besonders geprägt haben mich zwei längere Auslandsaufenthalte als Jugendlicher: ein einjähriger Gastschulaufenthalt in Austin, Minnesota, USA, und ein Freiwilliges Soziales Jahr in einer kleinen französischen Jugendherberge, nach dem Abitur. Davon abgesehen bin ich in München aufgewachsen, bevor ich 2008 zum Jurastudium nach Freiburg ging. Dort habe ich – am Lehrstuhl *Poscher*, wo ich schon als Hiwi gearbeitet hatte – auch mein Promotionsstudium absolviert, bevor ich 2015 für einen LL.M. erneut in die USA ging. Für das Referendariat zog ich dann nach Berlin, wo ich parallel bei *Christoph Möllers* an der Humboldt-Uni gearbeitet habe. Anschließend habe ich ein akademisches Jahr am *King's College* London Verfassungsrecht unterrichtet, bevor ich 2019 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht wurde. Von dort aus hat es mich ins schöne Marburg verschlagen.

**MLR: Wie gefällt Ihnen Marburg bisher?**

**Buchheim:** Was ich bisher gesehen habe, hat mir sehr gut gefallen. Leider war ich aber noch nicht so viel vor Ort – wie so Viele in Zeiten von Corona. Fachbereich, Studierende und KollegInnen haben mich sehr freundlich aufgenommen und mir das – zumindest virtuelle – Ankommen in jeder Hinsicht leicht gemacht. Das nächste Semester wird es dann hoffentlich wieder mehr Leben vor Ort geben.

**MLR: Welche Gründe haben Sie dazu bewogen sich auf eine Stelle als Jura-Professor zu bewerben?**

**Buchheim:** Ich kann mir wenig schönere Berufe vorstellen, das war für mich von Beginn des Studiums an klar. Über Dinge grübeln und daran arbeiten, die man

sich selbst ausgesucht hat, anderen etwas beibringen und sie zum Denken anregen, selbst nicht aufhören zu lernen: wo gibt es das sonst? Im Studium merkte ich dann schnell, dass Jura mir liegt, obwohl ich mir vor dem Studium wenig darunter vorstellen konnte. Dazu kam, dass alles, was ich gedanklich anpackte immer recht theoretisch und abstrakt wurde. Ich bin kein sehr praktischer Mensch. Daher war für mich – als das Erste Examen und Promotion erfolgreich hinter mir lagen – klar, was mein beruflicher Plan A war. Dass dann alles so glatt lief wie bisher, war ein großes Glück.

**MLR: Welche drei Kernkompetenzen sollte ein guter Jura-Professor/eine gute Jura-Professorin Ihrer Ansicht nach mitbringen? Und warum?**

**Buchheim:** Auf wissenschaftlicher Ebene finde ich Neugier bzw. Mut am wichtigsten. Wissenschaft – auch die strukturell bewahrende Rechtswissenschaft – lebt davon, dass Neues angestoßen und Etabliertes infrage gestellt wird. Das hilft meines Erachtens auch in der Lehre, weil man so Studierende dazu bringen kann, selbst Fragen zu stellen und Antworten zu entwickeln, auch dort, wo es noch kein Schema und keine Definitionen gibt. Insofern finde ich auf dieser Ebene ehrliche Begeisterung für das Fach und seine Art des Denkens zentral. Schön wäre auch, wenn man komplexe Sachverhalte verständlich herunterbrechen könnte – eine Kompetenz, die mir leider oft noch etwas abgeht. Auf menschlicher Ebene sollte man ansprechbar und verständnisvoll sein. Man ist plötzlich Ansprechpartner, Vertrauens- und Bezugsperson für MitarbeiterInnen, Studierende, Promovierende, worauf man in Studium und Qualifizierungszeit nicht wirklich vorbereitet wird.

**MLR: Welche drei Kernkompetenzen sollte ein Student/eine Studentin der Rechtswissenschaften Ihrer Ansicht nach mitbringen? Und warum?**

**Buchheim:** Das ähnelt durchaus dem Profil einer guten Professorin: Ohne Neugier und Begeisterung für das Fach kann man die Motivation nicht aufbringen, um sich das Wissen, das für ein erfolgreiches Studium nötig ist, zu erarbeiten. Meines Erachtens gehört auch ein gewisses wissenschaftlich-theoretisches Interesse dazu. Man braucht das nicht nur, wenn man an der Uni bleiben will. Es hilft auch, um besser und genauer zu

argumentieren, Zusammenhänge zu verstehen und später einmal eine distanzierte Perspektive auf sein juristisches Tun zu bewahren. Das Hinterfragen der Theorie ist eminent wichtig für eine gute Praxis. Zu guter Letzt braucht es Fleiß. Recht und gutes rechtliches Arbeiten passieren nicht auf einem weißen Blatt Papier, sondern in Kontexten und unter Vorbedingungen (Dogmatiken, Rechtsprechungslinien, Argumentationsformen usw.), die man kennen und auch können muss. Das muss man sich irgendwann im Studium „auf die Platte“ schaffen.

**MLR: Welche Erwartungen haben Sie als Professor an die Studierenden in Ihren Veranstaltungen?**

**Buchheim:** Die Vor- und Nachbereitung der Veranstaltungen sollte man meines Erachtens erwarten können. Wenn man den Besprechungsfall einmal selbst für eine halbe Stunde gedanklich durchprüft, anschließend die bereitgestellten Folien/Skizzen nachvollzieht und gelegentlich etwas im Lehrbuch nachliest, hat man so viele gedankliche Durchläufe, dass es hängen bleiben kann. Man muss es nicht so mit Material und Lektürestoff übertreiben, wie es in meinem LL.M.-Jahr in Yale gefordert war. Da wurde dann oft nur sehr oberflächlich gelesen und entsprechend unkonzentriert diskutiert. Aber die Richtung – dass man als Studierende nicht einfach schweigend dasitzt und zuhört – stimmt dort in meinen Augen. Das ist aber eine Frage der universitären Kultur, die man nicht so leicht ändern kann und die viele institutionelle Vorbedingungen hat. Dort herrscht z.B. eine extreme Art der Auslese, die ich nicht befürworte und die zu viele ausschließt. Mir genügt es eigentlich, wenn Studierende Interesse zeigen, Fragen stellen und miteinander und mit mir ins Gespräch kommen. Das war jedenfalls immer mein Modus als Student. Aber die Leute sind verschieden. Wenn manche gut damit fahren, eher passiv zuzuhören und sich ihren Teil zu denken, sollen sie das tun und bin ich nicht böse.

**MLR: Welche Veranstaltungen bieten Sie bereits an und welche sind vielleicht schon für die Zukunft geplant?**

**Buchheim:** Ich bin dieses Semester direkt mit einer Vorlesung zum Datenschutz- und Informationsrecht an den Start gegangen. Das war eine herausfordernde, aber schöne und lehrreiche Erfahrung. Ich hoffe, dass ich in Zukunft noch mehr Studierende für diese Thematik gewinnen kann. Sie wird meines Erachtens immer wichtiger in einer Welt, die über Informationen bzw. Informationsaustausch funktioniert und vor

allem mittels digitaler Technologien. Diese Überzeugung steht auch im Hintergrund des neuen Studienschwerpunkts zum „Recht der Digitalisierung“, den der Fachbereich (angestoßen von *Florian Möslein*, *Sebastian Omlor* und mir) zum nächsten Semester erstmals anbietet. In diesen Schwerpunkt fällt auch die neue Querschnittsvorlesung zum „Recht der Digitalisierung“, die ich im Wintersemester gemeinsam mit *Florian Möslein* anbieten werde. Daneben werde ich das vierstündige Universitätsrepetitorium zum Verfassungsrecht abhalten, wobei ich hoffentlich von meinen praktischen Erfahrungen am Bundesverfassungsgericht werde profitieren können. Im nächsten Sommersemester steht dann wieder das Datenschutz- und Informationsrecht und erstmals das Verwaltungsprozessrecht für mich auf dem Programm. Letzteres freut mich sehr, weil meine Dissertation und ein guter Teil meiner wissenschaftlichen Arbeit seither auf diesem Feld spielen.

**MLR: Welche Forschungsschwerpunkte werden Sie in Zukunft am Fachbereich repräsentieren und wo liegen Ihre persönlichen Interessenschwerpunkte?**

**Buchheim:** Insofern ist natürlich der Name der Professur Programm. Im Bereich des Rechts der Digitalisierung möchte ich besonders zum Datenschutzrecht und zum Recht der Regulierung von Äußerungsplattformen arbeiten. Bei ersterem ist mir wichtig, auf eine ausgewogene Balance zwischen dem Schutz personenbezogener Informationen und der adäquaten Nutzbarkeit von Daten hinzuwirken. Mit einem Datenschutzrecht, das als allgemeiner Verhinderungstitel für alles Mögliche daherkommt (z.B. die Nutzung von *Zoom* für Online-Vorlesungen verhindert), ist niemandem geholfen. Das führt nur dazu, dass nach Umgehungen gesucht wird und der Datenschutz dort, wo er wirklich unsere gleiche Freiheit absichern soll, zu kurz kommt. Im Bereich der Plattformregulierung treibt mich besonders um, wie das Recht mit „*Fake News*“ und deren Verbreitung – insbesondere über soziale Netzwerke – umgehen darf und sollte. Das reicht auch tief in das Verfassungsrecht, weil diese Frage wesentlich für unsere politische Ordnung und Selbstbestimmung ist und hier nach meiner Wahrnehmung vieles nicht geklärt ist. Es gibt in Deutschland nur ganz wenig Rechtsprechung zum grundrechtlichen Schutz unwahrer Tatsachenbehauptungen und vieles davon steht unter dem Eindruck des Verbots der Holocaustleugnung. Ob ein solcher Grenzfall zum Ausgangspunkt der Dogmatik gemacht werden sollte, erscheint

mir zweifelhaft. Mit diesen Fragen will ich mich auch in meinem Habilitationsvorhaben auseinandersetzen, das ich parallel zu meiner Tätigkeit in Marburg verfolgen will. Daneben hoffe ich, auch meine Arbeiten zum Verwaltungsprozessrecht und allgemein zur Prozessrechtstheorie fortzusetzen.

**MLR: Auf welche Weise möchten sie den Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg prägen?**

**Buchheim:** Das ist eine schwierige Frage, bei der jede Antwort eines Grünlings wie mir leicht vermessen wirkt. Ich hoffe jedenfalls, das Recht der Digitalisierung – auch in seinen eher öffentlich-rechtlichen Ausprägungen – am Fachbereich gut zu etablieren und auch über Marburg hinaus sichtbar zu machen. Der neue Schwerpunktbereich ist hierfür ein wichtiger Schritt, weil so etwas nur geht, wenn es Studierende – künftige Mitarbeitende! – gibt, die sich dafür interessieren und daran mitwirken. Gerne würde ich auch das theoretische Profil des Fachbereichs noch etwas stärken, etwa durch weitere Veranstaltungen zur Rechts- und -philosophie. Das System- und Theorieverständnis hat mir auch in der praktischen juristischen Arbeit immer geholfen und ich würde meine Begeisterung dafür gern weitergeben.

**MLR: Sollten sich Studierende bereits während des Studiums auf ein Rechtsgebiet spezialisieren?**

**Buchheim:** Eher nein. Meines Erachtens spezialisiert man sich noch früh genug in seiner beruflichen Laufbahn und arbeitet dann für den Rest seines Lebens in einem bestimmten Bereich. Jeden Spezialisierungsvorteil, den Sie sich in ein paar speziellen Veranstaltungen an der Universität erarbeiten können, holen die anderen „on the job“ in ein paar Wochen auf. Das juristische Examen und der Arbeitsmarkt sind nicht umsonst darauf ausgerichtet, juristische Beweglichkeit und Transferfähigkeit zu honorieren. Das ist ja der Zweck des generalistischen Ansatzes. Aber natürlich sollen Sie – gerade im Schwerpunktstudium, aber auch sonst – Ihren Interessen nachgehen und das vertiefen, wofür Sie sich besonders begeistern können. Das hilft Ihnen auch in den anderen Fachteilen und trägt Sie durch ein Studium, das nicht immer einfach ist. Die Motivation dafür behalten Sie nicht, wenn Sie alles als zu absolvierende Pflicht begreifen.

**MLR: Digitalisierung wird fast immer in Zusammenhang mit Zivilrecht erwähnt, der Bezug zum öffentlichen Recht wird meistens nicht hergestellt –**

**wo liegen die Schnittstellen zwischen Digitalisierung und öffentlichem Recht und warum sind diese zumindest unter Studierenden weitgehend unbekannt?**

**Buchheim:** Ich habe gerade ja schon einige Bereiche und Fragen genannt, die ich aus meiner eher öffentlich-rechtlichen Perspektive bearbeiten will. Für mich ist das Datenschutzrecht zunächst einmal öffentlich-rechtlich verwurzelt. Seine Anforderungen haben sich aus der öffentlich-rechtlichen Eingriffs- und Schrankendogmatik heraus entwickelt. Die Grundrechte – deren vorgelagerten Schutz der Datenschutz gewährleisten soll – werden in unserer Fachsäulenarithmetik dem öffentlichen Recht zugeordnet. Ein Gutteil der KommentatorInnen des Datenschutzrechts sind primär öffentlich-rechtlich sozialisiert. Aber auch die behördliche datenschutzrechtliche Aufsicht oder die Regulierung von Plattformen und sozialen Medien sind Themen des öffentlichen Rechts. Nehmen Sie zum Beispiel das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG): Es handelt sich um einen öffentlich-rechtlichen Mechanismus, der die Schwächen der privaten Rechtsdurchsetzung im digitalen Raum unterstützen soll. Natürlich schlagen sich die Konsequenzen all dieser Regelungen in der Umsetzung letztlich im Privatrechtsverhältnis Bürgerin – Bürger (z.B. in einem Löschungsanspruch einer Betroffenen gegenüber *Facebook Ltd.*) für alle sichtbar nieder. Der regulatorische und aufsichtsrechtliche Hintergrund, vor dem sich das vollzieht, wird dann manchmal ausgeblendet, er ist aber trotzdem da und wird immer wichtiger. Ein weiterer Grund für die geringere Sichtbarkeit öffentlich-rechtlicher Digitalisierungsfragen ist der typische Modus behördlichen Handelns. Staatliche Stellen dürfen neue Techniken nicht einfach munter drauflos nutzen, sondern müssen zunächst klären, was rechtlich geht und wo Grenzen – etwa für eine Ermessensentscheidung durch künstlich intelligente Systeme – liegen. Private sind hier viel freier: Sie können zunächst einmal tun, was ihnen beliebt (Art. 2 Abs. 1 GG) und sind daher experimentierfreudiger. Natürlich gibt es dort auch Haftungsrisiken. Man darf es aber in gewisser Hinsicht erst einmal darauf ankommen lassen, ob es rechtlich o.K. ist und ob man erwischt wird. Eine Behörde darf das nicht: Eine Verwaltung, die nur das befolgt, wozu sie durch Gerichte und das Haftungsrecht gezwungen werden kann, handelt nicht rechtstaatlich. Das ist ein strukturelles Innovationshemmnis, das dazu führt, dass digitale Technologien in der Verwaltung viel zögerlicher eingesetzt werden.

**MLR: Warum sollten sich Studierende und Referendare frühzeitig auch mit den öffentlich-rechtlichen Dimensionen des Rechts der Digitalisierung befassen?**

**Buchheim:** Beim Recht der Digitalisierung geht es ja nicht – wie im Bereich *Legal Tech* – darum, digitale Technologie adäquat einzusetzen. Es geht darum, darüber zu reflektieren, wie sich der rechtliche Rahmen durch Digitalisierung verändert. Nehmen Sie beispielsweise das Datenschutzrecht: Es ist nur notwendig wegen der neuen Möglichkeiten der Informationsakkumulation und -verknüpfung. Müssten all die Informationen, die es über uns gibt, in schönen Zettelkästen und Papierakten verwaltet werden, stünde die „gläserne Bürgerin“ nicht ernsthaft zu befürchten. Ähnliche Herausforderungen stellen sich angesichts anderer Technologien: Darf man menschliche Entscheidungen – etwa im Rahmen einer Ermessensausübung – einfach entbehrlich machen, indem man KI-Systeme einsetzt? Wie kann man solche KI-Systeme warten und mit Daten füttern, um verbotene Diskriminierung einzugrenzen? Das sind Fragen, über die man nachgedacht haben sollte, wenn man später in der Verwaltung arbeitet und über Prozessvereinfachungen nachdenkt oder als Anwältin jemanden vertritt, der meint, von einem KI-System gleichheitswidrig für eine Personenkontrolle ausgewählt worden zu sein. All diese Anwendungsszenarien werden bald kommen. JuristInnen müssen sich darauf vorbereiten und diese Möglichkeiten reflektieren. Und das universitäre Studium ist nun einmal der Raum, in dem solche Reflexion besonders gut stattfinden kann. Die juristische Praxis ist – wie jede Praxis – nicht sonderlich gut darin, sich selbst zu hinterfragen.

**MLR: Wo wird sich die Digitalisierung und ihre rechtlichen Folgen in der Zukunft für die einzelne Person am stärksten niederschlagen?**

**Buchheim:** Das lässt sich schwer absehen. Digitalisierung funktioniert im Kern über Standardisierung und Metrisierung. Wir werden in Zukunft immer mehr und immer vollkommener vermessen und danach behandelt werden. Von der Kreditvergabe über die Festsetzung der Versicherungsprämie bis zur Beurteilung als „zuverlässig“ im gewerberechtlichen Sinn werden digitale Entscheidungen oder Entscheidungshilfen immer wichtiger werden. Hier werden wir Grenzen formulieren und Wege finden müssen, auch den Verlockungen und Vorzügen der vollkommenen Vermessung („Wenn ich alle Informationen gebe, wird die

Versicherungsprämie billiger“; „Wenn es um Mord geht, bekommt die Staatsanwaltschaft Zugang zu allen Informationen“) zu widerstehen. Andererseits schaffen Digitalisierung und vor allem die Kommunikationstechnologie ganz neue – effektive und allgemeinverfügbare – Wege, um uns politisch und sozial zu engagieren oder unsere Freiheit anderweitig wahrzunehmen. Die Digitalisierung hat nach wie vor ein großes emanzipatorisches Potential, das wir klug nutzen sollten.

**MLR: Die Digitalisierung und das juristische Studium – ein Fluch oder ein Segen?**

**Buchheim:** Eindeutig ein Segen. Sie wirft tausend spannende Fragen auf, zu denen junge Leute meist einen besonderen Bezug haben. Ganz praktisch eröffnet sie niederschwellig Möglichkeiten, einen Lehr- und Studienbetrieb zumindest notdürftig auch in einer Pandemie aufrecht zu erhalten und Formate wie jederzeit abrufbare Podcasts zu etablieren. Ein Fluch wäre sie nur, wenn sie dauerhaft auf Kosten der Präsenzlehre und der echten Interaktion vor, in und nach der Vorlesung ginge. Ich bin aber zuversichtlich, dass das nicht droht. Alle haben in der Pandemie gemerkt, dass eine bloß digital sich vollziehende soziale Existenz eine schale und letztlich leere Angelegenheit ist, der einfach das Leben fehlt.

**MLR: Sie hatten in Ihrer Laufbahn einige Begegnungen mit anderen Rechtssystemen, insbesondere mit dem „common law“. Was sind die größten Unterschiede zwischen diesen Rechtssystemen und dem deutschen Recht? Bevorzugen Sie ein Rechtssystem über das andere?**

**Buchheim:** Ich glaube, Unterschiede gibt es noch, aber sie werden geringer. Kontinentaleuropäische Rechtssysteme integrieren immer mehr Elemente eines Fallrechtsdenkens. Regulierungen und abstrakte gesetzliche Rahmungen machen einen immer größeren Anteil des Normmaterials in *common law*-Systemen aus. Dort scheint man aber noch immer – auch in der Ausbildung – größere Energie in die genaue Darstellung und Analyse des zu behandelnden Lebenssachverhalts und des rechtlichen Kontexts zu investieren. Das gefällt mir grundsätzlich gut, weil ich überzeugt bin, dass man immer auch ein wenig dem jeweiligen Fall „sein“ Recht abgewinnen muss. Ein Rechtsdenken in Gesetzen und Leitsätzen allein erscheint mir nicht wirklichkeitsgerecht. Denn das Recht existiert nicht als abstrakte Ordnung, sondern vollzieht sich – im Prozess, im Verwaltungsverfahren, in

Vertragsverhandlung und Vertragsschluss – anhand konkreter Anliegen, Rede, Gegenrede usw. Dieses Prozesshafte im *common law*-Rechtsdenken leuchtet mir sehr ein. Was mir in den USA allerdings manchmal fehlte, war ein gewisser Grad an Dogmatisierung und Verstetigung. Es gibt dort keine Institutionen wie Referendariat und Proberichterzeiten, während derer man sich einen gewissen Standard (formal hinsichtlich Verfahrensführung und Urteilsgestaltung; materiell hinsichtlich geklärter Fragen und stehender Dogmen) aneignet.

**MLR: Halten Sie ein Auslandssemester und/oder ein LL.M.-Studium im Ausland für empfehlenswert?**

**Buchheim:** Ich selbst habe kein Auslandssemester absolviert, auch weil ich früh vorhatte, später einen LL.M. zu machen. Im Studium selbst würde ich den Mehrwert des Auslandsstudiums eher in der kulturellen Erfahrung und dem Lernen einer weiteren Sprache als auf fachlicher Ebene sehen. Den LL.M. würde ich dagegen schon so angehen, dass auch ein fachlicher Mehrwert dabei herauskommt. Es ist doch eine erhebliche organisatorische und finanzierungsmäßige Kraftanstrengung und man ist dann auch in einer etwas anderen Lebensphase. Auf alle Fälle sind beide Optionen ideal, um sich einmal anderen Rechtskulturen auszusetzen und die Nichtnotwendigkeit der eigenen Rechtsordnung wirklich zu verinnerlichen. Das schafft geistige Beweglichkeit, die für Jura wichtig ist.

**MLR: Welche drei Tipps würden Sie heute Ihrem „Erstsemester-Ich“ für ein erfolgreiches Studium der Rechtswissenschaften mit auf den Weg geben?**

**Buchheim:** Ich halte es für wichtig, das Studium von Anfang an ernsthaft zu betreiben. Man sollte zu allen Vorlesungen und Übungen gehen, auch nach bestandener Klausur. Natürlich kann man auch alles im Lehrbuch nachlesen, aber wer macht das schon in den ersten Semestern? Ein Fallstrick des Jurastudiums in meinen Augen ist, dass es zu seicht beginnt und mit einer schwer beherrschbaren Kraftanstrengung endet. Hier kontinuierlich dabei zu bleiben, ist meines Erachtens der Schlüssel zum Erfolg, der dann auch ohne privates Repetitorium möglich sein sollte. Wenn man diesen ersten Rat beherzigt, sollte man die Zeit in den Kursen auch nutzen und geistig anwesend sein. Fragen stellen hilft da immer, um bei der Sache zu bleiben. Drittens finde ich es wichtig auch abseits der Pflichtfächer und des Studiums aktiv zu sein. Man kann auch mehrere Grundlagenscheine machen und Lektüreseminare

besuchen. Das schafft Abwechslung und nutzt einen Raum, den es später jenseits der Uni nicht mehr gibt. Der Berufsalltag und seine Gesetzmäßigkeiten kommen früh genug.

**MLR: Das Studium der Rechtswissenschaften ist bekannt für seine große Stoffmenge. Wie sah Ihre Examensvorbereitung aus? Wie lässt sich der Prüfungsstoff gut eingrenzen und bewältigen? Und wie sollte das Zeitmanagement aussehen?**

**Buchheim:** Bekanntlich führen hier viele Wege zum Ziel. Ich selbst habe den Rat, fast alle Veranstaltungen zu besuchen und aktiv mitzumachen, von Anfang an befolgt und bin ein auditiver Lerntyp. Daher ging es für mich in der Examensvorbereitung in erster Linie darum, mein juristisches Wissen in die Fallanwendung und vor allem aufs Klausurpapier zu bringen. Ich habe ausschließlich das auf ca. 10 Monate angelegte Examenrepetitorium der Universität in Freiburg besucht und mich darauf verlassen, dass da alles vorkam, was ich brauchte. Dabei half, dass ein Großteil meines Freundeskreises – und ungefähr ein Drittel der Studierenden – ihr Examen ebenfalls ohne Repetitorium vorbereitet haben. Die anderen haben meist mit Lerngruppen und individuell zusammengestellten Lernplänen gearbeitet, wie sie beispielshalber nun auch in Marburg bereitgestellt werden sollen. Mein Zeitmanagement war durch die Examensvorbereitungskurse und die erforderliche Vor- und Nachbereitung strukturiert. Mehr als übliche Arbeitstage waren das nie. Kein Mensch kann meines Erachtens zehn oder auch nur acht Stunden am Tag konzentriert arbeiten. Samstagvormittag war der universitäre Examenklausurenkurs und der Rest des Wochenendes ohne Ausnahme frei. Haushalten Sie mit Ihren Kräften! Für mich war es sehr wichtig, in der recht kurzen Vorbereitung alle Möglichkeiten, Klausuren zu schreiben, mitzunehmen. Dementsprechend habe ich sofort in der Examensvorbereitung damit begonnen, was natürlich auch betrübliche Ergebnisse brachte. Gegen Ende wurde das dann konstanter und besser. Auf alle Fälle hilft es, das einfach zu machen, selbst wenn man mal gar keine Ahnung hat oder die Korrekturen lieblos und nicht hilfreich sind.

**MLR: Sollten Studierende den Schwerpunktbereich vor oder nach der staatlichen Pflichtfachprüfung absolvieren? Und sollten Sie den Freischuss lieber antreten oder ist es ein Fehler sich vielleicht weniger gut vorbereitet der Examensprüfung zu stellen?**

**Buchheim:** Meines Erachtens ist der Schwerpunkt Teil des Studiums und sollte daher vor dem Examen abgeschlossen sein. In Baden-Württemberg war das verpflichtend. Die zusätzliche Zeit hilft Ihnen, die Zusammenhänge insgesamt besser zu verstehen, weil ja im generalistischen Jurastudium fast alles miteinander verbunden ist. Das Schwerpunktstudium ist daher auch eine wichtige Reifezeit, die sich auf die Leistungen in den Pflichtfächern positiv auswirken kann. Dazu kommt, dass man auch den Schwerpunkt etwas ernster nimmt, wenn man ihn als Bestandteil seines regulären Studiums betrachtet – und nicht als *Addendum*, das man nach getaner Pflicht noch erledigt, während man schon übers Referendariat sinniert. Der Schwerpunkt soll schließlich auch ein wissenschaftliches Einsprengsel in einem insgesamt sehr praktisch ausgerichteten Studium sein. Ich meine, dass man das ernster nimmt, wenn man das vor „der großen Prüfung“ angeht. Was den Freischuss betrifft, meine ich, dass er nichts schaden kann. Unterschätzen Sie allerdings nicht, dass das Examenschreiben wirklich nicht viel Freude macht. Es kann auch entmutigend sein, hier zu früh anzutreten. Das hängt aber auch davon ab, ob es in Hessen im Ersten Examen einen Verbesserungsversuch gibt, was ich noch nicht weiß.

**MLR: Systemverständnis oder (bloßes) Wissen? Was sind Ihrer Meinung nach die grundlegenden Voraussetzungen für eine gute, juristische Klausur?**

**Buchheim:** Auf alle Fälle Systemverständnis. Aber ohne das nötige Wissen, das Sie systematisch verknüpfen, hilft alles Systemverständnis. Nach meiner Erfahrung hat es – auf Ebene des „Wissens“ – immer geholfen, das juristische Handwerk als eine Art formalisierten „*common sense*“ zu betrachten. Allzu weit weg davon, was irgendwie einleuchtet und nachvollziehbar ist, ist man ja nie. Das hat geholfen, wenn ich mal kein Vorwissen zu einem Tatbestandsmerkmal oder zu einer Streitfrage hatte. Auf keinen Fall würde ich Schemata und Definitionen auswendig lernen. Es geht darum, die Argumentation nachvollziehbar zu strukturieren und die 2-3 Kernpunkte einer Definition aufs Papier zu bringen. Der Rest ist dann Formulierung entlang der Üblichkeiten, an die man sich im Lauf des Studiums sowieso gewöhnt.

**MLR: Was könnten Gründe für die hohen Durchfallquoten und die schlechten Noten im juristischen Studium sein? Sehen Sie da einen Reformbedarf?**

**Buchheim:** Jura ist ein sehr anspruchsvolles Studium. Das hat sicherlich mit dem generalistischen Anspruch zu tun und damit, dass das gesamte Leben immer auch eine rechtliche Seite hat. Dazu kommt, dass es auf Ebene des Zugangs kein selektiver Studiengang ist. Diese Offenheit muss sich auf die durchschnittlichen Studienleistungen niederschlagen, wenn ein gleichbleibender Mindeststandard aufrechterhalten werden soll. Insoweit sehe ich hier keinen grundlegenden Reformbedarf, sondern eher strukturelle – berechnete – Gründe. Es gibt aber auch Dinge, die man angehen könnte. Die insgesamt eher zurückhaltende Benotung ist eine eingeschliffene Übung, die aufgrund der eigentlich differenzierten Notenskala nicht nötig wäre. Allerdings lässt sich eine solche Praxis nicht leicht umstellen, wenn Leistungen auch intertemporal vergleichbar sein sollen und viele Folgefragen daran knüpfen. Eine Promotionsordnung, die mit 9 Punkten in beiden Teilen ohne Dispens Zugang zum Promotionsstudium eröffnet, lässt sich nicht halten, wenn die Bewertungspraxis erheblich nach oben angepasst würde. Dasselbe gilt für den Zugang zu Ämtern in der Justiz. Trotzdem sollte man überlegen, ob man die insgesamt doch unnötig entmutigende Praxis ändert, obwohl unklar ist, wie die Umsetzung auf Ebene der einzelnen Korrekturen zu bewerkstelligen wäre. Sinnvoller erscheint mir, in den ersten Jahren des Studiums etwas höhere Hürden zu legen, um nicht eine erhebliche Anzahl Studierender im Studiengang zu halten, die dem juristischen Examen am Ende womöglich nicht gewachsen sind und in anderen Studiengängen erfolgreicher wären.

**MLR: Gerade auch in Zeiten der Corona-Pandemie kann bei Studierenden schnell ein „Lerntief“ einsetzen. Welche Tipps haben Sie für das Lernen bei digitaler Lehre und zur Motivation?**

**Buchheim:** Versuchen Sie, sich eine tägliche Struktur zu schaffen, Pausen zu integrieren, Treffen mit Freunden in der Mensa, etwas Sport usw. Ich selbst bin darin leider momentan nicht sehr gut, weil ich keine Mindest-Struktur durch den täglichen Gang ins Büro mehr habe. In den Veranstaltungen gilt das oben Gesagte: Melden Sie sich! Stellen Sie Fragen! Das freut alle Beteiligten, vor allem uns Lehrende.

**MLR: Möchten Sie den Studierenden noch etwas mit auf den Weg geben?**

**Buchheim:** Horchen Sie vor allem ehrlich in sich hinein, welcher Studienweg für Sie am besten passt. Meine Empfehlungen sind eigene Momentaufnahmen

von dem, was für mich selbst gefruchtet hat. Ob das bei Ihnen ähnlich ist, kann ich nicht sagen. Ich freue mich jedenfalls, möglichst viele von Ihnen in künftigen Veranstaltungen – endlich wieder vor Ort – zu erleben und wünsche Ihnen bis dahin eine erholsame vorlesungsfreie Zeit!

**MLR: Vielen Dank für das Interview Herr Professor Dr. Buchheim.**

# Das Marburger Examenscoaching - und die Neuerungen des Uni-Rep Teams -

Von Wiss. Mitarbeiterin **Leonie Carrette**, Wiss. Mitarbeiterin **Charlotte Tritt**,  
Wiss. Mitarbeiter **Janis Krahl** und Wiss. Mitarbeiter Dr. **Christopher Rennig**, Marburg\*

*„Jetzt schaut mal jeder seine Sitznachbarn rechts und links an. Einer davon wird nächstes Semester schon nicht mehr da sein, denn nicht einmal die Hälfte von Ihnen wird es schaffen.“*

Das sind die Worte, mit denen Jurastudierende ihr Studium beginnen. Neben Medizin gilt Jura gemeinhin als einer der anspruchsvollsten Studiengänge an deutschen Universitäten. Grund dafür ist vor allem das am Ende des Studiums anstehende erste Staatsexamen, dem aufgrund der fehlenden Berücksichtigung vorheriger Studienleistungen eine herausragende Bedeutung zukommt.

Das A und O für ein erfolgreiches Examen ist eine gute Vorbereitung. Um eine solche optimale und umfassende Examensvorbereitung für die Marburger Studierenden zu ermöglichen, schafft das Marburger Examenscoaching fortlaufend neue Angebote, die im Folgenden näher erläutert werden sollen.

## A. Das Grundkonzept

Das Marburger Examenscoaching zeichnet sich dadurch aus, dass die Studierenden von Professoren und Professorinnen gecoacht werden, die selbst Examensklausuren stellen und im mündlichen Examen prüfen. Damit entsteht eine realitätsnahe Vorbereitung auf die staatliche Pflichtfachprüfung, die kommerzielle Repetitorien zumindest in dieser Hinsicht nicht leisten können.

Das Grundgerüst des Marburger Examenscoachings besteht dabei aus drei Säulen, die durch die Verbindung der Vermittlung theoretischer Kenntnisse mit praktischer Anwendung eine ganzheitliche Vorbereitung auf das Staatsexamen bieten sollen.

## I. Das Examensrepetitorium

Die erste Säule bildet das Examensrepetitorium. Im Examensrepetitorium wird in Kleingruppen auf Basis der im Studium erworbenen Kenntnisse der gesamte examensrelevante Stoff im Bürgerlichen Recht, im Öffentlichen Recht und im Strafrecht innerhalb eines Jahres wiederholt und vertieft. Die Veranstaltungen werden von Professoren und Professorinnen des Fachbereichs geleitet, allesamt auch Prüfer und Prüferinnen in der staatlichen Pflichtfachprüfung, sowie Richtern und Richterinnen am Bundesgerichtshof und

andere auf ihren Lehrgebieten besonders versierte Praktiker und Praktikerinnen.

## II. Der Examensklausurenkurs

Die zweite Säule bildet der ganzjährig stattfindende Examensklausurenkurs. Bei diesem haben die Studierenden die Gelegenheit, jedes Wochenende eine fünf-stündige Klausur unter nahezu examensgleichen Bedingungen anzufertigen, die durch wissenschaftliche Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Universität korrigiert werden. Zwei Wochen nach Klausurabgabe findet eine Besprechung der Klausur durch den klausurstellenden Professor bzw. die klausurstellende Professorin statt. Durch das kontinuierliche Klausurschreiben lernen die Studierenden mit unbekanntem Sachverhalten und Thematiken umzugehen und das im Repetitorium gewonnene Wissen sowie die methodischen Fähigkeiten auf den Fall anzuwenden. Zugleich dient der Examensklausurenkurs auch dazu, seinen eigenen Leistungsstand fortlaufend zu überprüfen.

## III. Die Klausurenklinik

Der Examensklausurenkurs wird durch die dritte Säule, die Klausurenklinik, ergänzt. In der Klausurenklinik werden ausschließlich Original-Klausursachverhalte aus der Pflichtfachprüfung besprochen. Dazu erhalten die Studierenden die Gelegenheit, innerhalb von einer Zeitstunde eine Lösungsskizze zu fertigen, bevor im unmittelbaren Anschluss die Klausur durch einen Dozenten oder eine Dozentin gemeinsam mit den Studierenden interaktiv besprochen wird. Ziel der Veranstaltung ist es, die Technik zur Lösung einer Klausur auf Examensniveau zu vermitteln. Die Studierenden können im Rahmen der Klausurenklinik ihren zuvor erarbeiteten Lösungsweg zur Diskussion stellen und eine Rückmeldung auch über alternative Lösungsansätze erhalten. Daneben ermöglicht die Veranstaltung wertvolle Einblicke in die Klausurpraxis des Justizprüfungsamtes. Die Veranstaltung ist sowohl für diejenigen geeignet, die mit der Examensvorbereitung beginnen und sich erstmals an den „großen Fall“ heranwagen, als auch für jene, die kurz vor der Prüfung stehen und nochmals ohne den zeitlichen Aufwand einer ausformulierten Klausurlösung die Umsetzung des erlernten Stoffes in der Falllösung üben möchten.

#### IV. Das Probeexamen

Neben diesen drei Grundsäulen haben die Marburger Studierenden zweimal im Jahr die Möglichkeit an einem Probeexamen teilzunehmen. Das Probeexamen soll auf die besondere Situation der Kompaktheit der schriftlichen Examensprüfung vorbereiten. Die Studierenden erhalten hierbei einen realistischen Einblick in die Examensprüfung und die Chance, die Umsetzung des erlernten Wissens in der Falllösung unter Echtbedingungen zu erproben. Dabei werden insbesondere auch die körperlichen wie mentalen Anforderungen der Examenssituation simuliert. Das Probeexamen findet im März und August eines jeden Jahres statt. Dabei werden jeweils sechs Originalklausuren des hessischen Landesjustizprüfungsamts, die bereits in der Vergangenheit als Examensklausuren gestellt wurden, unter Originalbedingungen geschrieben. Nach der Korrektur finden eingehende Besprechungen durch die Professoren und Professorinnen des Fachbereichs statt.

#### V. Weitere Angebote

Diese vier Säulen werden ergänzt durch weitere Angebote, die sich explizit an Examenskandidaten und -kandidatinnen richten. Zu nennen sind bspw. Die Veranstaltung zu „Höchststrichterlichen Rechtsprechung im Zivilrecht“ (Prof. Omlor) oder den „Fall der Woche im Strafrecht“ (OStA Dr. Benjamin Krause). Solche Angebote sollen auch weiterhin Bestandteil des Examenscoachings sein.

#### B. Neue Angebote durch das Uni-Rep Team

Im Oktober 2020 hat die Universität Marburg vier neue 50%-Stellen geschaffen. Daraus entstanden sind wir als Uni-Rep Team. Unsere alleinige Aufgabe besteht in der Verbesserung der universitären Examensvorbereitung.

Um die Examensvorbereitung für die Marburger Studierenden noch effektiver zu gestalten, haben wir bereits im vergangenen Jahr einige neue Angebote in das Examenscoaching integriert.

Als Grundlage für eine gute Vorbereitung bedarf es einer klaren und verständlichen Organisation und Struktur. Um diese zu gewährleisten, haben wir zum einen die Website des Marburger Examenscoachings übersichtlicher gestaltet, sodass die Studierenden nunmehr einen kompletten Überblick über alle Angebote und Termine des Marburger Examenscoachings erhalten.

Zum anderen haben wir in Ilias den Kurs „Marburger Examenscoaching“ angelegt. In diesem finden

sich zentral an einem Ort alle wichtigen Unterlagen zum Examensrepetitorium, dem Examensklausurenkurs und der Klausurenklinik.

Neben diesen organisatorischen Neuerungen unterstützen wir die Examenskandidaten und -kandidatinnen mit wöchentlich erscheinenden Podcasts zu examensrelevanten Themen, die eine kurze, aber intensive Auseinandersetzung mit dem Examensstoff ermöglichen soll.

Auch im Examensklausurenkurs gibt es eine bedeutende Neuerung. Einmal im Monat bieten wir einen „Examensklausurenkurs +“ an. Hierbei korrigiert ein Mitglied aus unserem Team einige der Klausuren und bietet den Studierenden die Möglichkeit, die eigene Klausur noch einmal ganz individuell und persönlich zu besprechen. Dieses Einzelcoaching hat den Vorteil, dass auf die Fragen und die individuellen Lösungen der Studierenden im Detail eingegangen werden kann. Zudem gibt es im Rahmen des „Examensklausurenkurs +“ einen Podcast zur Klausur, bei dem das betreuende Mitglied unseres Teams von seinen Eindrücken der Korrektur berichtet und hilfreiche Tipps aus der eigenen Examensvorbereitung den Studierenden mit auf den Weg gibt.

Um die Studierenden nicht nur auf die schriftliche, sondern auch auf die mündliche Prüfung vorzubereiten, bietet das Marburger Examenscoaching außerdem die Möglichkeit, an einer mündlichen Prüfungssimulation teilzunehmen. Auch hier werden die Studierenden von Professoren und Professorinnen geprüft, die selbst Prüfer und Prüferinnen im mündlichen Staatsexamen sind. Dadurch erhalten die Studierenden einen realistischen Einblick in die mündliche Examensprüfung und können sich so für die Drucksituation der mündlichen Prüfung wappnen.

Durch die Schaffung unserer Stellen ist zudem eine zusätzliche Anlaufstelle für Studierende entstanden. Neben Individualsprechstunden können sich die Studierenden jederzeit mit Ihren Anliegen, Fragen und Anregungen an uns wenden.

Zu guter Letzt konnten wir auch die Präsenz des Marburger Examenscoachings in den sozialen Medien vorantreiben. Neben unserem Twitteraccount **@unirep\_marburg**, haben wir durch unserem Instagram-Kanal **unirep\_marburg** mit rund 400 Abonnenten und Abonnentinnen eine enorme Reichweite, um Informationen zu teilen und auf Angebote aufmerksam zu machen.

Und das war gerade erst der Anfang! Unser Ziel ist es, den Studierenden die bestmögliche Vorbereitung für ihr Examen zu ermöglichen und jeden Einzelnen

und jede Einzelne auf ihrem Weg zum Examen zu unterstützen.

## Die Fachausbildung im Sozialrecht

Von Stud. Hilfskraft **Kerstin Bechtelsheimer**, Ref. iur. Dipl.-Jur. **Mirko Dahringer**, LL.B.,  
Stud. Hilfskraft **Fabian von Minckwitz** und Stud. iur. **Pia Schneider**, Marburg\*

„Sozialrecht ist bloß ein unbedeutendes Nebengebiet.“  
„Sozialrecht betrifft nur wenige, arme Menschen.“  
„Sozialrecht hat kaum praktische Relevanz.“

Dies sind nur einige Beispiele für typische Vorurteile gegen das Sozialrecht. Dem ist aber mitnichten so, wie nachfolgender Beitrag zeigen wird. Das Sozialrecht betrifft jeden in den unterschiedlichsten Lebenssituationen, weshalb man auch sagt, dass das Sozialrecht „von der Wiege bis zur Bahre“ Anwendung findet.

Die sozialrechtliche Gesetzessammlung „Aichberger“ ist fast genauso dick, wie der zivil- und strafrechtliche „Schönfelder“ oder der öffentlich-rechtliche „Satorius“. <sup>1</sup> Im Bundeshaushalt der Bundesrepublik Deutschland für das Jahr 2021 hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales mit einem Anteil von 30,11 % (≈ 165 Milliarden Euro) den mit Abstand größten Etat. Das Bundesministerium für Gesundheit liegt mit einem Anteil von 9,11 % (≈ 50 Milliarden Euro) auf Platz 3.<sup>2</sup>

### A. Sozialrecht<sup>3</sup>

Das Sozialrecht gehört zum besonderen Verwaltungsrecht und ist damit ein Teilrechtsgebiet des Öffentlichen Rechts.<sup>4</sup> Nach dem formellen Sozialrechtsbegriff sind davon – neben dem eigentlichen Sozialgesetzbuch (SGB) – die in § 68 SGB I durch den Gesetzgeber dem Sozialrecht zugeordneten Rechtsgebiete umfasst.<sup>5</sup> Aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) leitet das BVerfG das Gebot der sozialen Sicherheit und das Gebot der sozialen Gerechtigkeit ab.<sup>6</sup> Für den Gesetzgeber folgt daraus eine staatliche Vor- und Fürsorgepflicht für den Einzelnen

und ganze Gesellschaftsgruppen, wenn die persönliche und soziale Entfaltung aufgrund der persönlichen Lebensumstände oder gesellschaftlicher Benachteiligungen behindert sind (vgl. § 1 Abs. 1 SGB I).<sup>7</sup> Dabei kommt ihm auch der Auftrag zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 GG) zu, welche die physische und soziale Existenz des Menschen sichert.<sup>8</sup>

### B. Inhalt der Fachausbildung<sup>9</sup>

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg bietet das in seiner Form in Deutschland einmalige Qualifizierungsprogramm der „Fachausbildung im Sozialrecht“ an. Die Fachausbildung besteht aus den im Wechsel angebotenen Vorlesungen Sozialrecht I-IV, welche jeweils mit einer Abschlussklausur abschließen und einem sozialrechtlichen Seminar. Die insgesamt fünf Veranstaltungen können – je nach individueller Studienplanung – in zwei bis fünf Semestern und ggf. auch noch während des Referendariats absolviert werden.

### I. Sozialrecht I

Seit jeher gehen Menschen einer Tätigkeit nach und im Laufe der Zeit wuchs die Notwendigkeit nach einer sozialen Absicherung immer mehr. Heute stützt sich alles auf die fünf Säulen der sozialen Sicherung: Kranken-, Pflege-, Renten-, Arbeitslosen- und Unfallversicherung.<sup>10</sup>

Doch warum gibt es das Sozialrecht? Warum ist es heute noch ein wichtiger und unverzichtbarer Bestandteil eines jeden Lebens? Und was hat die kaiserliche

\* Die Verfasserin *Bechtelsheimer* ist studentische Hilfskraft am Dekanat des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg und Absolventin der Fachausbildung im Sozialrecht. Der Verfasser *Dahringer* ist Rechtsreferendar am Landgericht Marburg und Absolvent der Fachausbildung im Sozialrecht. Der Verfasser *von Minckwitz* ist studentische Hilfskraft an der Forschungsstelle für Pharmarecht bei Herrn Prof. Dr. *Wolfgang Voit* und Absolvent der Zusatzqualifikation im Pharmarecht, sowie Teilnehmer der Fachausbildung im Sozialrecht an der Philipps-Universität Marburg. Die Verfasserin *Schneider* ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität Marburg und Teilnehmerin der Fachausbildung im Sozialrecht ebenda.

<sup>1</sup> *Waltermann*, Sozialrecht, 14. Aufl. 2020, Rn. 2.

<sup>2</sup> <https://www.bundeshaushalt.de/#/2021/soll/ausgaben/einzelplan.html> (abgerufen am 12.06.2021).

<sup>3</sup> Leseempfehlung: *Kösterke*, HanLR 2021, 77 ff.

<sup>4</sup> *Waltermann*, Sozialrecht, 14. Aufl. 2020, Rn. 27.

<sup>5</sup> *Waltermann*, Sozialrecht, 14. Aufl. 2020, Rn. 43.

<sup>6</sup> BVerfGE 5, 85 (198); 6, 55 (72); 8, 274 (329); 27, 253 (283); 36, 237 (250); 39, 316 (327); 45, 376 (387).

<sup>7</sup> BVerfG NJW 1973, 1226 (1231); BeckRS 9998, 150114.

<sup>8</sup> *Burghart*, in: *Leibholz/Rinck* (Begr.), Kommentar zum Grundgesetz, 83. EL (Stand: 04.2021), Art. 20 GG Rn. 291.

<sup>9</sup> PrüfO: <https://www.uni-marburg.de/de/fb01/studium/studien-und-pruefungsordnungen/weiterbildungsstudiengaenge/pruefungsordnung.pdf> (abgerufen am 24.06.2021).

<sup>10</sup> Vgl. § 4 Abs. 2 S. 1 SGB I.

Botschaft von 1881 damit zu tun? Auf all diese Fragen gibt es in der Vorlesung „Sozialrecht I“ die Antworten.

Neben der Behandlung der Geschichte des Sozialrechts wird ein Blick auf das SGB I geworfen, denn es beinhaltet den allgemeinen Teil. Jener bildet, wie auch im BGB, die Basis des Sozialgesetzbuchs, auf die immer wieder im Laufe der Ausbildung aufgebaut wird. Dasselbe gilt für das SGB IV, in dem die gemeinsamen Vorschriften für die Sozialversicherung zu finden sind.<sup>11</sup>

In der Vorlesung „Sozialrecht I“ wird des Weiteren die gesetzliche Unfallversicherung (GUV), die sich im SGB VII findet, behandelt.

Hervorzuheben ist besonders, dass das SGB VII an die Stelle des BGB-Deliktsrechts treten kann, denn die gesetzliche Unfallversicherung versichert nicht nur z.B. Beschäftigte bei Unfällen, sondern ist zugleich Haftpflichtversicherung für die Unternehmer – es wird demnach Unfallschutz und Haftungsschutz von der Unfallversicherung abgedeckt. Bei letzterem spricht man von „Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz“.<sup>12</sup> Der Unternehmer muss demnach nicht privat für Personenschäden haften, es sei denn, er hat den Unfall vorsätzlich oder auf einem Weg der nach § 104 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 SGB VII versichert ist, herbeigeführt.<sup>13</sup>

Unfälle können immer und überall passieren, sei es auf dem Schulweg, im Haushalt oder auf der Arbeit. Umso wichtiger ist ein Versicherungsschutz.

**Fallbeispiel<sup>14</sup>:** R macht in der Mittagspause einen kurzen Spaziergang durch den an das Unternehmen angrenzenden Park und bricht sich das Bein. Liegt ein versicherter Arbeitsunfall vor?

Das SGB VII behandelt gemäß § 7 Abs. 1 SGB VII konkret zwei Versicherungsfälle: Arbeitsunfall (§ 8 Abs. 1 SGB VII) und Berufskrankheit (§ 9 SGB VII). Anhand bestimmter Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit einer der beiden Versicherungsfälle gegeben ist, lassen sich so interessante Fallgestaltungen

sozialrechtlich auswerten. Besonderes Augenmerk gilt dabei der Abgrenzung des Unfalls, der eine Außeneinwirkung auf den Körper benötigt, zu inneren Ursachen.<sup>15</sup> Bedeutsam ist zudem die Abgrenzung zum „Wie-Beschäftigten“.<sup>16</sup>

**Fallbeispiel<sup>17</sup>:** Ein Steinmetz lieferte einen mehr als 50 kg schweren Findling an einen Kunden aus. Als er den nassen glatten Stein anhob, rutschte dieser ihm aus den Fingern. Beim Nachfassen riss die körperferne Bizepssehne seines rechten Armes. Es ist eine Operation mit nachfolgender längerer Arbeitsunfähigkeit erforderlich. Liegt ein „von außen“ auf den Körper wirkendes Ereignis vor?

## II. Sozialrecht II

Die Veranstaltung „Sozialrecht II“ hat einen gesundheitsrechtlichen bzw. medizinischen Einschlag und ist daher auch für Studierende im Schwerpunktbereich 3 „Medizin- und Pharmarecht“ an der Philipps-Universität Marburg oder der Zusatzqualifikation im Pharmarecht<sup>18</sup> thematisch interessant. Die Veranstaltung unterteilt sich schwerpunktmäßig in das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V)<sup>19</sup> und ergänzend in das Recht der sozialen Pflegeversicherung (SGB XI).

**Fallbeispiel<sup>20</sup>:** Kurz nach ihrem 20. Geburtstag unterzieht sich die gesetzlich krankenversicherte Studentin S aus rein ästhetischen Gründen in einer Privatklinik einer operativen Brustvergrößerung mittels Mamma-Augmentationsplastik (MAP). Kurze Zeit später klagt S über starke Schmerzen in der bereits entzündeten Brust. Während einer vollstationären Behandlung werden S schließlich im Universitätsklinikum die perforierten Brustimplantate wieder operativ entfernt. Die Krankenkasse verlangt nun von S gemäß § 52 Abs. 2 SGB V eine angemessene Beteiligung an den Behandlungskosten für die Revisionsoperation der Brustimplantate. Zu Recht?

<sup>11</sup> Kokemoor, Sozialrecht, 9. Aufl. 2020, Kap. 1 S. 19

<sup>12</sup> Waltermann, Sozialrecht, 14. Aufl. 2020, § 10 Rn. 284.

<sup>13</sup> Waltermann, Sozialrecht, 14. Aufl. 2020, § 10 Rn. 284; Kokemoor, Sozialrecht, 9. Aufl. 2020, Rn. 244 f.

<sup>14</sup> BSG NJW 2002, 238.

<sup>15</sup> Holtstraeter, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 6. Aufl. 2019, § 8 Rn. 2ff.

<sup>16</sup> BSG BeckRS 2002, 30277470; ausführlich Spellbrink/Bieresborn, NJW 2019, 3745 ff.

<sup>17</sup> Hessisches LSG openJur 2020, 47780.

<sup>18</sup> Dazu Scharfenberg/Hiller/Lauster/Düsterloh/Fenner, MLR 2012, 63 ff; Abramowski, MLR 2011, 133 f.

<sup>19</sup> Leseempfehlung: Bernsdorff, MLR 2020, 72 ff. zur studentischen Krankenversicherung und als Schnelleinstieg Müller, Basiswissen Gesetzliche Krankenversicherung, 2019; Kostorz, Basiswissen Gesundheitsrecht, 2020.

<sup>20</sup> Frei nach BSGE 129, 52 ff = GesR 2019, 796 ff.

Die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) ist der älteste Zweig der deutschen Sozialversicherung und geht auf das *Bismarck'sche* Krankenversicherungsgesetz vom 15. Juni 1883<sup>21</sup> zurück.<sup>22</sup> Der Versicherungsschutz durch die gesetzliche Krankenversicherung dient der Absicherung gegen das Risiko „Krankheit“, denn das Risiko zu erkranken kann auch bei vernünftiger Lebensgestaltung nicht ausgeschlossen werden.<sup>23</sup> Mit der Behandlung einer Krankheit sind dann zum Teil erhebliche finanzielle Aufwendungen, etwa für Arztkosten, Krankenhauskosten oder Operationskosten, aber auch finanzielle Einbußen zum Beispiel durch den Verdienstaufschlag verbunden, welche der Durchschnittsbürger in der Regel nicht alle finanzieren kann.<sup>24</sup> Im Jahr 2020 waren rund 73,36 Millionen Menschen (rund 90 % der Bevölkerung) in der Bundesrepublik Deutschland gesetzlich krankenversichert.<sup>25</sup>

Zu Beginn der Veranstaltung lernen Sie zunächst wer zum versicherten Personenkreis der gesetzlichen Krankenversicherung gehört und welche Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung zugeordnet werden. Bevor Sie sich anschließend mit dem Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung<sup>26</sup> befassen, thematisieren Sie ausführlich den krankenversicherungsrechtlichen Krankheitsbegriff als Versicherungsfall, sowie das Sachleistungsprinzip im Gegensatz zum Kostenerstattungsprinzip und das Wirtschaftlichkeitsgebot.

Der zweite Teil der Vorlesung widmet sich der sozialen Pflegeversicherung (SPV). Die soziale Pflegeversicherung wurde erst im Jahre 1995 und damit fast 100 Jahre nach der gesetzlichen Krankenversicherung eingeführt. Zuvor gab es eine künstliche Trennung zwischen der Behandlungsbedürftigkeit im Krankheitsfall und dem Hilfebedarf bei Pflegebedürftigkeit, welche zu Problemen bei Patientenversorgung, sowie bei der Finanzierung der Leistungen führte.<sup>27</sup>

Im Rahmen der Vorlesung befassen Sie sich beispielsweise zunächst wieder mit dem versicherten Personenkreis. Im Anschluss thematisieren Sie ausführlich den Versicherungsfall der Pflegebedürftigkeit und

lernen die Grundzüge des (neuen) Begutachtungsverfahrens kennen.

### III. Sozialrecht III

Die Vorlesung „Sozialrecht III“ beschäftigt sich zunächst mit der gesetzlichen Rentenversicherung (SGB VI). Am Anfang steht die allgemeine Einführung zur Entwicklung der Rentenversicherung von 1889 bis heute, den Grundprinzipien und dem Unterschied zwischen dem Kapitaldeckungs- und Umlageverfahren. Der tiefere Einstieg in das SGB VI folgt mit den allgemeinen Voraussetzungen des Rentenanspruchs, den verschiedenen Rentenarten und dem Ausschluss und der Minderung von Renten durch Rentenabschläge bei vorzeitigem Rentenbeginn.

**Fallbeispiel<sup>28</sup>:** A (44 Jahre) ist der Witwer der 2015 verstorbenen B (damals 46 Jahre). Der Tod der B wurde im Rahmen eines fehlgeschlagenen Doppelsuizids durch A herbeigeführt, wobei A ungewollt überlebte. Im Jahr 2016 wurde A wegen einer im Zustand der eingeschränkten Schuldfähigkeit nach § 21 StGB begangenen Tötung auf Verlangen gemäß § 216 StGB zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren auf Bewährung rechtskräftig verurteilt. Im Jahr 2017 stellt A bei der Rentenversicherung einen Antrag auf Gewährung einer Hinterbliebenenrente nach § 46 SGB VI.

Wer jetzt gedacht hat, dass sei der Auftakt zu einer strafrechtlichen Klausur, liegt falsch. Tatsächlich geht es hier um die Frage, ob die Rentenversicherung zu Recht den Antrag des A ablehnen kann.

Umfangreich wird auf die mit steigendem Lebensalter immer mehr an Bedeutung gewinnende Rentenart, der Erwerbsminderungsrente eingegangen: von den besonderen Anspruchsvoraussetzungen, über die Feststellung der Erwerbsminderung und bis zur Bedeutung von medizinischen Gutachten sowie Sachverständigen in der Praxis und im gerichtlichen Verfahren. Dabei wird auch alltagsnahen Fragen, wie „Kann die Rentenversicherung bei einer Gehbehinderung auch das Taxi

<sup>21</sup> RGBl. 1883, 73 ff.

<sup>22</sup> Waltermann, Sozialrecht, 14. Aufl. 2020, Rn. 157.

<sup>23</sup> Schaumburg, Sozialrecht, 3. Aufl. 2020, § 10 Rn. 156.

<sup>24</sup> Schaumburg, Sozialrecht, 3. Aufl. 2020, § 10 Rn. 156; Waltermann, Sozialrecht, 14. Aufl. 2020, Rn. 157.

<sup>25</sup> <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/155823/umfrage/gkv-pkv-mitglieder-und-versichertenzahl-im-vergleich/> (abgerufen am 15.06.2021).

<sup>26</sup> Ausführlich *Just/Schneider*, Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2. Aufl. 2016.

<sup>27</sup> *Kostorz*, Basiswissen Gesundheitsrecht, 2020, S. 50.

<sup>28</sup> Frei nach Hessisches LSG BeckRS 2011, 65447.

zur Arbeit anstatt Erwerbsminderungsrente zahlen?<sup>29</sup>“ nachgegangen.

Der zweite Teil der Vorlesung widmet sich der Arbeitslosenversicherung (SGB III). Auch hier steht am Anfang eine allgemeine Einführung zur Geschichte und den Grundprinzipien. Der tiefgehende Einstieg erfolgt mit dem Anspruch auf Arbeitslosengeld I sowie dessen Voraussetzungen. Daneben werden die gesetzlich geforderten Eigenbemühungen, die Zumutbarkeit von vermittelten Beschäftigungen und Sanktionen mittels Sperrzeiten bei fehlender Mitwirkung oder selbstverschuldetem Arbeitsplatzverlust thematisiert. Hierbei werden umfangreich rechtlich und praxisrelevante Fragen behandelt: „Können Studenten auch einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I haben? Muss man als Arbeitsloser jede Arbeit annehmen oder sogar umziehen? Haben Arbeitslose einen Anspruch auf Urlaub?<sup>30</sup> Welche Sanktionen gibt es, wenn man sich nicht auf eine vorgeschlagene Stelle bewirbt?“<sup>31</sup>“

#### IV. Sozialrecht IV

Das Modul „Sozialrecht IV“ beschäftigt sich weitgehend mit der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II), welche der breiten Öffentlichkeit als „Hartz IV“ (Arbeitslosengeld II) bekannt ist<sup>32</sup>, sowie dem Recht auf Sozialhilfe (SGB XII).

Die Sozialhilfe ist Ausfluss des Rechts auf die Führung eines menschenwürdigen Lebens.<sup>33</sup> Somit handelt es sich um ein steuerfinanziertes Fürsorgesystem.<sup>34</sup> Sozialhilfe hat hierbei nicht allein die Aufgabe, das physische Überleben zu sichern, sondern ebenfalls das soziokulturelle Existenzminimum zu gewährleisten.<sup>35</sup> Sozialhilfeberechtigt ist folglich, wer eine gewisse Bedürftigkeit geltend machen kann. Der „Bedarf“ ist dabei nach §§ 19 Abs. 1, 27 a Abs. 1 SGB XII die Gewährung eines Existenzminimums. Somit kommen entweder Ansprüche aus SGB II oder SGB XII in Betracht.

Im Gegensatz zu den Sozialleistungsansprüchen nach SGB V, SGB XI, SGB VI oder SGB III, welche ein Ereignis bzw. Umstände wie Krankheit, Pflege

oder Arbeitslosigkeit voraussetzen, knüpfen Ansprüche auf Sozialhilfe daher nicht an ein bestimmtes Lebensrisiko an.<sup>36</sup>

Das Modul „Sozialrecht IV“ ermöglicht einen effektiven Einblick sowohl in die historische Entwicklung des Rechts der Sozialhilfe, als auch in die grundlegenden Erwägungen und Aufgaben des Sozialhilferechts. Zudem werden Einblicke in die entsprechenden verfassungsrechtlichen Grundlagen und Rechtsquellen gegeben. Darüber hinaus erfolgt ein Exkurs in die Gleichstellung von Unionsbürgern. Dabei befasst sich „Sozialrecht IV“ mit praxisbezogenen Fragestellungen wie zum Beispiel:

„Gehört eine Person zum leistungsberechtigten Personenkreis? Welche Auswirkungen hat eine Bedarfsgemeinschaft auf die Hilfe zum Lebensunterhalt? Hat der Widerspruch Erfolg? Kann vorläufiger Rechtsschutz beim Sozialgericht ersucht werden?“

**Fallbeispiel:** Eine Familie besteht aus Vater A, seiner Ehefrau und den drei Kinder, nämlich der 14-jährigen B und den 24-jährigen Zwillingen C und D. C und D möchten der „Misere“ zu Hause entkommen und mieten sich jeweils eigene Wohnungen an. Während D vor der Anmietung die „Zustimmung“ des kommunalen Trägers einholt, tut C dies jedoch nicht. C und D beantragen beide in Annahme ihrer Hilfsbedürftigkeit Leistungen für ihren Bedarf. Haben C und D einen Anspruch aus SGB II oder aus SGB XII?

Insbesondere gibt „Sozialrecht IV“ die Möglichkeit für ein Überblick in das sozialrechtliche Verständnis der SGB X- und die SGG-Normen, welche sich insbesondere mit den Sozialverwaltungsverfahren beschäftigen und das Verfahrensrecht vor den Sozialgerichten erläutern.

#### V. Seminar

Bestandteil der Fachausbildung im Sozialrecht ist auch die Teilnahme an einem sozialrechtlichen Seminar, welches sich jeweils mit aktuellen Problemen des

<sup>29</sup> Dazu Hessisches LSG NZS 2011, 101 ff.

<sup>30</sup> Bis zu drei Wochen Urlaub mit Bezug von Arbeitslosengeld sind möglich gemäß § 3 Abs. 1 Erreichbarkeits-Anordnung vom 16.11.2001.

<sup>31</sup> Sperrzeit bei Arbeitsablehnung nach § 159 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 4 SGB III.

<sup>32</sup> Schaumburg, Sozialrecht, 3. Aufl. 2020, Rn. 354.

<sup>33</sup> Schneil, in: Creifelds Rechtswörterbuch, Stichwort: Sozialhilfe, Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 6. Aufl. 2019, SGB XII § 1.

<sup>34</sup> Grube, in: Deinert/Welti (Hrsg.), Stichwortkommentar Behindertenrecht 2. Aufl. 2018, Rn. 3; Mrozynski, Kommentar zum SGB I, 6. Aufl. 2019, § 9 Rn. 30.

<sup>35</sup> Ehmman, in: Plagemann (Hrsg.), Münchener Anwalts-handbuch Sozialrecht, 5. Aufl. 2018, Rn 6.

<sup>36</sup> Sauer, in: Fasselt/Schellhorn (Hrsg.), Handbuch Sozialrechtsberatung, 6. Aufl. 2021, § 12 Rn. 49.; SG Reutlingen, Beschl. v. 03.06.2008 – S 7 SO 2087/08 ER –, juris.

Sozialrechts befasst. Meistens besteht ein thematischer Bezug zu der im jeweils vorangegangenen Semester angebotenen Vorlesung. Die Seminarleistung besteht aus der schriftlichen Seminararbeit und einem anschließenden mündlichen Vortrag mit Diskussion. Die Seminargruppen sind meistens sehr überschaubar. Für die für die Seminararbeit erforderliche Literaturrecherche bietet sich die Bibliothek des Bundessozialgerichts in Kassel an, welche auch Studierenden – außerhalb der Corona-Pandemie – offensteht.<sup>37</sup> Ein Großteil der sozialrechtlichen Literatur und Rechtsprechung ist zudem online über *juris* oder *Beck-Online* verfügbar.

Die Verfasser haben ihre Seminararbeiten zum Beispiel zu den Themen „*Die Übernahme von Anwartschaften aus den Zusatz- und Sonderversorgungssystemen der DDR in die bundesdeutsche gesetzliche Rentenversicherung – Intentionen und verfassungsrechtliche Grenzen am Beispiel der Rechtsprechung des BVerfG zum AAÜG (Anspruchs- und Anwartschaftsüberführungsgesetz)*“, „*Selbstständige in der gesetzlichen Rentenversicherung*“, „*Die Anforderungen an die Diagnose einer posttraumatischen Belastungsstörung und deren Anerkennung als Unfallfolge in der gesetzlichen Unfallversicherung*“, „*Der Einstweilige Rechtsschutz vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit*“ und „*Die Rechtsprechung zur persönlichen Untersuchungspflicht des gerichtlich bestellten medizinischen Sachverständigen*“ geschrieben.

## VI. Exkursionen

Als freiwillige Ergänzung zu den Vorlesungen und Seminaren organisieren einige Dozenten auch Exkursionen.

Allein aufgrund seiner Nähe liegt immer ein Besuch des Bundessozialgerichts in Kassel an. Die Revisionsurteile erfolgen als sog. Stuhlurteil, d.h. unmittelbar nach der mündlichen Verhandlung erfolgt die Urteilsverkündung. Hierdurch erfährt man auch zugleich den Ausgang der besuchten Verhandlung. Zur Abrundung des Tages ist ein Ausklang in der gerichtseigenen Kantine möglich.

Des Weiteren gibt es die Möglichkeit der Teilnahme an Verhandlungsterminen des Sozialgerichts Marburg.

Daneben veranstalten die Sozialgerichte in Frankfurt und Marburg abwechselnd einen „Karrieretag Sozialgerichtsbarkeit“. Auf dem Veranstaltungsprogramm stehen die Information über den Richterberuf, der gemeinsame Besuch einer Verhandlung und die anschließende Möglichkeit mit den Richterinnen und Richtern über die besuchte Verhandlung zu diskutieren.

## C. Dozenten der Fachausbildung

Die Dozenten in der Fachausbildung im Sozialrecht sind allesamt Praktiker mit langjähriger Erfahrung im Sozialrecht.

Prof. Dr. *Norbert Bernsdorff*<sup>38</sup> war von 2004 bis zu seinem Eintritt in den Ruhestand im März 2018 Richter am Bundessozialgericht. Dort war er dem vorwiegend für Versicherungs- und Beitragsrecht zuständigen 12. Senat zugewiesen. Im Mai 2015 wurde er von der Philipps-Universität Marburg für seine seit April 2008 wahrgenommenen Lehraufträge im Sozialrecht zum Honorarprofessor ernannt.

Dr. *Gert H. Steiner*<sup>39</sup> war ab 1983 Richter am Sozialgericht Marburg und ab 1987 Richter am Hessischen Landessozialgericht in Darmstadt. Dort war er bis zum Eintritt in den Ruhestand im Jahr 2019 zuletzt Vorsitzender Richter des unter anderem für die Arbeitslosenversicherung, die Grundsicherung für Arbeitsuchende und die gesetzliche Rentenversicherung zuständigen 6. Senats. Er war ab 1984 als nebenamtlicher Dozent an der Hochschule der Gesetzlichen Unfallversicherung in Bad Hersfeld tätig und ist seit 2004 Lehrbeauftragter für Sozialrecht am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg.

Dr. *Henning Müller*<sup>40</sup> war vor seiner im Jahre 2020 erfolgten Ernennung zum Direktor des Sozialgerichts Darmstadt für fünf Jahre als Richter am Hessischen Landessozialgericht in Darmstadt tätig und ist insgesamt seit 2005 in der Sozialgerichtsbarkeit. Seit 2012 ist er außerdem als Lehrbeauftragter an der Philipps-Universität Marburg mit Veranstaltungen zum Sozialrecht, zur Mediation und zum ärztlichen Berufsrecht tätig.

<sup>37</sup> <https://www.bsg.bund.de/DE/Gericht/Bibliothek/bibliothek> (abgerufen am 24.06.2021).

<sup>38</sup> <https://www.uni-marburg.de/de/fb01/professuren/oef-frechth/honorarprofessoren/prof-dr-norbert-bernsdorff/lebenslauf> (abgerufen am 23.06.2021).

<sup>39</sup> <https://www.uni-marburg.de/de/fb01/professuren/oef-frechth/weitere-lehrende/dr-gert-h-steiner/vita> (abgerufen am 23.06.2021).

<sup>40</sup> <https://www.uni-marburg.de/de/fb01/professuren/dr-henning-mueller/lebenslauf> (abgerufen am 23.06.2021).

Dr. Dirk Bieresborn<sup>41</sup> ist seit 2013 Richter am Bundessozialgericht in Kassel und dort dem für die gesetzliche Unfallversicherung zuständigen 2. Senat zugeteilt. In der Sozialgerichtsbarkeit ist er seit 1997. Zudem ist er seit dem Sommersemester 2017 Lehrbeauftragter für Sozialrecht an der Philipps-Universität Marburg.

#### **D. Fazit**

Mithin lässt sich sagen, dass die Teilnahme an der Fachausbildung im Sozialrecht eine wahre Bereicherung, nicht nur auf fachlicher Ebene, sondern auch im Hinblick auf die eigene private und berufliche Perspektive ist. Absolventen der Fachausbildung im Sozialrecht haben – wegen des Alleinstellungsmerkmals – nicht nur hervorragende Berufsaussichten in der Sozialgerichtsbarkeit oder bei den verschiedenen Sozialleistungsträgern, sondern auch bei den auf das Arbeits- und Sozialrecht spezialisierten Kanzleien. Besonders hervorzuheben ist auch die optimale Gruppengröße in den Veranstaltungen, welche den Austausch zwischen Dozenten und Studierenden fördert. Durch ihre praktische Erfahrung in der Sozialgerichtsbarkeit sind die Veranstaltungen durch aktuelle und lebensnahe Sachverhalte geprägt.

Wer also Wert auf eine praktische und nicht nur rein theoretische Ausbildung außerhalb des juristischen Pflichtfachstoffes legt, für den bietet sich die Fachausbildung im Sozialrecht an.

Weitere Informationen finden Sie [hier](#).

---

<sup>41</sup> <https://www.uni-marburg.de/de/fb01/professuren/oef-frecht/weitere-lehrende/dr-dirk-bieresborn/vita> (abgerufen am 23.06.2021).