



### HERAUSGEBER

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

### Vereinsvorstand:

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

### BEIRAT

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

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

## AUS DEM INHALT

---

### BEITRÄGE

*Arne Pautsch*

Corona und Grundgesetz

*Florian Außern*

Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus

### KLAUSUREN

*Michael Hippeli*

Zivilrecht: „Reisebuchung in Corona-Zeiten“

*Volker M. Haug*

Öffentliches Recht: „Skolstrejk för Klimatet“

### RECHTSPRECHUNG

*BGH*

Unbefugtes Parken auf Privatparkplatz

*BGH*

Explosion einer Weltkriegsbombe  
durch Recyclingmaßnahmen

*BGH*

Der Vermögensschaden beim sog. Anstellungsbetrug

*BVerwG*

Keine Angabe des Beginns der Widerspruchsfrist in der Recht-  
mittelbelehrung erforderlich

---

## INHALTSVERZEICHNIS

---

### Beiträge

**Arne Pautsch**

Corona und Grundgesetz

Seite ▶ 1

**Florian Außem**

Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus

Seite ▶ 10

### Klausuren

**Michael Hippeli**

Fortgeschrittenenklausur Zivilrecht:  
„Reisebuchung in Corona-Zeiten“

Seite ▶ 16

**Volker M. Haug**

Anfängerklausur Öffentliches Recht:  
„Skolstrejk für Klimadet“

Seite ▶ 24

### Rechtsprechung Zivilrecht

**BGH**

Unbefugtes Parken auf Privatparkplatz  
Urteil vom 18.12.2019 (*Christian F. Majer*)

Seite ▶ 30

**BGH**

Explosion einer Weltkriegsbombe durch Recyclingmaßnahmen  
Urteil vom 05.07.2019 (*Christian F. Majer*)

Seite ▶ 33

### Rechtsprechung Strafrecht

**BGH**

Der Vermögensschaden beim sog. Anstellungsbetrug  
Beschluss vom 21.08.2019 (*Paolo Beeren*)

Seite ▶ 38

**OLG Rostock**

Betrugsspezifische Auslegung des § 263a StGB bei Zahlung im  
elektronischen Lastschriftverfahren an Selbstbedienungskassen  
Beschluss vom 06.02.2019 (*Alexander Bechtel*)

Seite ▶ 41

### Rechtsprechung Öffentliches Recht

**BVerwG**

Keine Angabe des Beginns der Widerspruchsfrist in der Recht-  
mittelbelehrung erforderlich  
Urteil vom 09.05.2019 (*Felix Steengrafe*)

Seite ▶ 44

---

## EDITORIAL

---

Recht, insbesondere geschriebenes Recht, zeichnet sich nicht zuletzt dadurch aus, indifferent gegenüber individuellen Besonderheiten zu sein. Seine Aufgabe ist es vielmehr aus der Gesamtheit der individuellen Erlebnisse die allgemeinen Faktoren herauszuarbeiten und diese in allgemeinen Rechtssätzen zu abstrahieren. Das führt dazu, dass das geltende Recht nicht stets für jeden Sachverhalt die interessengerechte Lösung bereithalten kann. Immer dann, wenn gänzlich neue Tatsachen auftreten, das heißt solche, die mit denen, die vor ihnen kamen nicht ohne Weiteres gleichgesetzt werden können, erweist sich das (geltende) Recht daher als ungenügend. In einem Beitrag auf [verfassungsblog.de](http://verfassungsblog.de) schrieb der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Hans Jürgen Papier, im Januar 2016: *„Wenn Recht auf Wirklichkeit trifft, übrigens ein durchaus gewollter und unvermeidbarer Vorgang, dann wird man immer gewisse Abstriche am rechtsstaatlichen Postulat der uneingeschränkten Herrschaft des Rechts machen müssen. Fiat iustitia et pereat mundus, frei übersetzt: Es gelte das Recht, und gehe die Welt darüber zugrunde, ist in unserem sozialen Rechtsstaat nie Maxime gewesen.“* Ganz in diesem Sinne ist der überwiegende Teil der vorliegenden Ausgabe der JSE jenen Rechtsfragen gewidmet, die sich aus der weiterhin andauernden „Coronakrise“ ergeben.

Den Anfang macht PAUTSCH, der in seinem **Beitrag** „Corona und Grundgesetz“ die Frage untersucht, ob und gegebenenfalls, inwieweit die zuletzt seitens der Landesregierungen als Verordnungsgeber erfolgten massiven Grundrechtseinschränkungen als Exekutivakte vor den Schranken des Grundgesetzes zu legitimieren sind. Demgegenüber untersucht AUßEM in seinem **Beitrag** „Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus“ mögliche Rechtsfolgen von Verstößen gegen Kontaktverbote und andere Infektionsschutzmaßnahmen, sowie die Möglichkeiten einer Sanktionierung der absichtlichen Infektion Dritter.

Auch die Erste **Klausur** im Heft beschäftigt sich mit den Folgen der „Coronakrise“. In seiner mit „Reisebuchung in Corona-Zeiten“ überschriebenen Falllösung arbeitet HIPPELI einige Fragen des internationalen Privatrechts für Studierende der Fortgeschrittenenübung im Zivilrecht didaktisch auf. Die zweite **Klausur** entstammt dem öffentlichen Recht und ist in erster Linie an Anfänger gerichtet. Mit „Skolstrejk för Klimatet“ greift HAUG eine in den letzten Wochen etwas in den Hintergrund gedrängte Thematik auf: Schulstreiks. In der Sache geht es sodann um die verfassungsrechtliche Bewertung einer Maßnahme des Gefahrenabwehrrechts.

Die **Rechtsprechung** aus dem **Zivilrecht** entstammt in beiden Fällen der Feder des Bundesgerichtshofes. Zunächst hatte der XII. Zivilsenat darüber zu urteilen, inwiefern der Betreiber eines unentgeltlichen Parkplatzes den Fahrzeughalter auf ein „erhöhtes Parkentgelt“ in Anspruch nehmen kann und wie Beweis- und Darlegungslast in diesem Falle verteilt sind (MAJER). In der zweiten Entscheidung hatte der V. Zivilsenat die ungewöhnliche Frage zu klären, ob ein Bauschutt recycelndes Unternehmen für Schäden haftet, welche dadurch verursacht werden, dass bei der Zerkleinerung großer Betonteile versehentlich eine Weltkriegsbombe detoniert wird, mit deren Existenz bei Beginn der Recyclingmaßnahmen nicht zu rechnen war (MAJER).

Im **Strafrecht** war zunächst dem 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofes die Frage vorgelegt, wie der Vermögensschaden beim Anstellungsbetrag zu berechnen ist (BEEREN). Die zweite Entscheidung stammt vom Oberlandesgericht in Rostock, dessen 1. Strafsenat zu entscheiden hatte, welche Anforderungen an einen Computerbetrag im Falle der Zahlung im elektronischen Lastschriftverfahren an Selbstbedienungskassen zu stellen sind (BECHTEL).

Die Entscheidung aus dem **öffentlichen Recht** stammt vom 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichtes. Dieser musste entscheiden, ob § 58 Abs. 1 VwGO eine Belehrung über den Beginn der einzuhaltenden Frist verlangt (STEENGRAFE).

Prof. Dr. Christian F. Majer  
Schriftleiter

Sascha Sebastian, M.Mel.  
Stellvertretender Schriftleiter

---

## BEITRAG

---

Prof. Dr. Arne Pautsch\*

# Corona und Grundgesetz

## Verfassungsrecht in Krisenzeiten

### Gliederung

#### Abstract

#### A) (Verfassungs-)Rechtliche Einordnung der Corona-Krise

#### B) Erste Entscheidungen

#### C) Betroffene Grundrechte und Grundrechtseingriffe

##### I. Freiheitsgrundrechte

1. Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)
2. Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG)
3. Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG)
4. Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG)
5. Freizügigkeit (Art. 11 GG)
6. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)
7. Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG)
8. Weitere betroffene Freiheitsgrundrechte

##### II. Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

#### D) Anforderungen an Verordnungsermächtigung und Eingriffsakte

1. Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt
2. Einhaltung der Anforderungen an die Verordnungsermächtigung
3. Corona-Verordnungsgebung

#### E) Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe

#### F) Resümee

#### Abstract

„Krisenzeiten sind Zeiten der Exekutive“ heißt es in Verfolg einer geläufigen Redensart derzeit häufig. Oder auch, dass in der Krise die „Stunde der Exekutive“ schlage. Dass dies keine eilig formulierten Phrasen sind, zeigen die weltweite Ausbreitung des Covid-19-Virus und die staatlichen Reaktionen darauf. Die Eindämmung der Ausbreitung des hochinfektösen Virus und die damit verbundenen Maßnahmen zur Bewältigung dieser „Corona-Krise“ haben nicht nur das öffentliche Leben weitgehend lahmgelegt, wofür die Begriffe „shutdown“ oder „lockdown“ gebräuchlich sind. Auch das Verfassungsleben – und damit das Verfassungsrecht – ist in den Sog der Krise und ihrer Bewältigung geraten. Innerhalb kürzester Zeit sind maßgebliche Grundrechte des Grundgesetzes auf der Basis von Corona-Verordnungen der Landesregierungen in erheblichem Maße eingeschränkt worden, und auch im Übrigen stellt sich die eine oder andere Frage nach der Bedeutung von Verfassungsrecht in Krisenzeiten. Dem möchte dieser Beitrag nachgehen und dabei

diese Fragen vor allem stellen, „neuralgische Punkte“ aufzeigen und zur weiteren Diskussion nicht nur unter Verfassungsrechtlern anregen. Dabei wird – dies sei auch im Rahmen einer juristischen Ausbildungszeitschrift, zumal in Krisenzeiten, einmal gestattet – ein eher essayistischer Stil gewählt und die strenge juristische Methodik bewusst verlassen.

#### A) (Verfassungs-)Rechtliche Einordnung der Corona-Krise

Es soll zunächst der Versuch unternommen werden, die Bewältigung der Corona-Krise verfassungsrechtlich einzuordnen, soweit dies angesichts vieler derzeit verfolgter Stränge überhaupt möglich ist. Mit dem Auftreten der ersten Covid-19-Infektionen in Deutschland ist ein Bundesgesetz in den Mittelpunkt gerückt, das bislang eher ein Schattendasein im juristischen Mainstream führte und eher ein Regelwerk für Experten darstellte: das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG).<sup>1</sup> Es handelt sich um ein im Jahre 2000 geschaffenes und am 1. Januar 2001 in Kraft getretenes Regelwerk, mit dem das frühere Bundes-Seuchengesetz abgelöst wurde. Dem Bund steht insoweit im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit der Kompetenztitel des Art. 74 Abs.1 Nr. 19 GG zur Seite, von dem er – soweit ersichtlich – mit dem Gesetz zur Neuordnung seuchenrechtlicher Vorschriften vom 20. Juli 2000<sup>2</sup>, einem Artikelgesetz, erschöpfend Gebrauch gemacht hat. Damit dürfte der Erlass eigenständiger Landesgesetze – wie der eines Epidemie-Gesetzes in Nordrhein-Westfalen – zumindest an die Grenzen des Art. 72 Abs.1 GG stoßen, sofern es sich nicht um ein verordnungsersetzendes Landesgesetz<sup>3</sup> handelt.

Vor diesem Hintergrund ist trotz mancher anderslautender Zuschreibung daran festzuhalten, dass es sich bei der Corona-Krise und den zu ihrer Bewältigung ergriffenen Maßnahmen – insbesondere den Corona-Abwehrverordnungen der Landesregierungen – weder um einen Fall des inneren Notstands noch gar einen Ausnahmezustand handelt. Der Begriff des Ausnahmezustandes ist dem Grundgesetz aus guten Gründen fremd, suggeriert er doch, dass die Ausnahme dazu verleiten könnte, die freiheitlich-demokratische Grundordnung zumindest temporär aus den Angeln zu heben.<sup>4</sup> Aber auch die „Notstandsverfassung“ des Grundgesetzes – im Kern bestehend aus „äußerem Notstand“ (Art. 115a GG) und „innerem“ Notstand (Art. 91 GG) – sind gegenwärtig nicht einschlägig, da es sich weder um den Eintritt des Verteidigungsfalles bzw. die Abwehr drohender Gefahren für den Bestand oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung

\* Der Autor ist Professor für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule Ludwigsburg

<sup>1</sup> Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 27. März 2020 (BGBl. I S. 587).

<sup>2</sup> BGBl. S. 1045.

<sup>3</sup> Dazu noch näher unten D) 1.

<sup>4</sup> Er bewegte sich zudem auch gefährlich nahe an der „Theorie des Ausnahmezustandes“ bei *Carl Schmitt*, etwa in *ders.*, Politische Theologie (1922).

des Bundes oder eines der Länder handelt. Selbst die dem Fall des inneren Notstandes ähnliche Situation des Katastrophenfalls bei Eintritt einer Naturkatastrophe oder eines besonders schweren Unglücksfalls, der verfassungsrechtlich die Folgen nach Art. 35 Abs. 2 und 3 GG auslösen würde, ist im Zusammenhang mit der Eindämmung der Gefahren, die vom Covid-19-Virus ausgehen, nicht gegeben.<sup>5</sup> Jedenfalls im letztgenannten Fall würde sich zudem an der grundsätzlichen Zuständigkeit der Länder nichts ändern.

Die Länderzuständigkeit ist trotz aller Koordination zwischen Bund und Ländern – erkennbar vor allem an den Abstimmungen zwischen Bundesregierung und Landesregierungen bzw. Bundeskanzlerin und Ministerpräsidenten – auch mit Blick auf das Rechtsregime gegeben, das zur Bewältigung der gegenwärtigen Corona-Pandemie in der Bundesrepublik zum Einsatz kommt. Dabei stechen unter den von den zur Ausführung des IfSG und damit zur „Bekämpfung“ des Coronavirus zuständigen Länder (Art. 83, 84 GG) ergriffenen Maßnahmen vor allem die auf der Grundlage von § 32 IfSG erlassenen Rechtsverordnungen hervor (nachfolgend übergreifend als „Corona-Verordnungen“ bezeichnet).<sup>6</sup> Sie werden hier im Folgenden im Mittelpunkt stehen, weil sie ihrerseits den Kern dessen ausmachen, was an rechtlichen Maßnahmen zur Virusbekämpfung und zur Abwehr weiterer Infektionen von der Exekutive der Länder hierzu unternommen worden ist. Sie waren zudem der überwiegende Anlass für die ersten Gerichtsentscheidungen – bis hin zum BVerfG –, die hierzu jüngst ergangen sind (dazu gleich unter B)).

Die einschlägige Verordnungsermächtigung des § 32 IfSG hat den folgenden Wortlaut:

### § 32 Erlass von Rechtsverordnungen

Die Landesregierungen werden ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Be-

kämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen. Die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz), der Freizügigkeit (Artikel 11 Abs. 1 Grundgesetz), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 Grundgesetz), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Abs. 1 Grundgesetz) und des Brief- und Postgeheimnisses (Artikel 10 Grundgesetz) können insoweit eingeschränkt werden.

Damit sind Adressaten der bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigung die Landesregierungen (§ 32 Satz 1 IfSG), die ermächtigt werden, mittels Rechtsverordnung in abstrakt-genereller Weise Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten – hier also des Corona-Virus – zu erlassen, die sonst Gegenstand von Einzelmaßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG und ebenfalls von den Ländern (bzw. den nach Landesrecht zuständigen Behörden) zu treffen wären. Die meisten Länder haben beim Verordnungserlass in der Sache lediglich Bezug auf die Maßnahmen nach § 28 Abs. 1 IfSG (dort ist von „Schutzmaßnahmen“ die Rede) genommen, die freilich für sich genommen bereits zu ganz erheblichen und nach Zahl und Intensität sehr weit reichenden Grundrechtseinschränkungen – und zwar über die dem Zitiergebot nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG unterfallenden und daher in § 32 Satz 3 IfSG zwingend zu „zitierenden“ Grundrechte hinaus – geführt haben.

Die von den meisten Ländern bezüglich der konkret ergriffenen Maßnahmen – in Gestalt von Geboten und Verboten – in den Bestimmungen der jeweiligen Corona-Verordnung in Bezug genommene Vorschrift des § 28 Abs. 1 IfSG lautet wie folgt:

### § 28 Schutzmaßnahmen

(1) Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der

<sup>5</sup> Zum Ganzen instruktiv auch *Kersten*, Covid-19 – Kein Ausnahmezustand!, in: ZRP 2020, S. 65.

<sup>6</sup> Zum Rechtsstand in den Ländern (Stand: 15. April 2020): **Baden-Württemberg**: Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 (Corona-Verordnung - CoronaVO) vom 17. März 2020, zuletzt geändert durch Verordnung vom 28. März 2020; **Bayern**: Bayerische Verordnung über Infektionsschutzmaßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie (Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung – BayIfSMV) vom 27. März 2020 (BayMBl. Nr. 158); **Berlin**: Verordnung zur Änderung der Verordnung über erforderliche Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Berlin (SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung – SARS-CoV-2-EindmaßnV) vom 2. April 2020; **Brandenburg**: Verordnung über Maßnahmen zur Eindämmung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 und COVID-19 in Brandenburg (SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung – SARS-CoV-2-EindV) vom 22. März 2020 (GVBl. S. 1); **Bremen**: Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (GBl. S. 168); **Hamburg**: Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg (Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung – HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung) vom 2. April 2020, zuletzt geändert durch Verordnung vom 9. April 2020 (HmbGVBl. S. 205); **Hessen**: (u.a.) Dritte Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus vom 14. März 2020 (GVBl. 2020, 161); **Mecklenburg-Vorpommern**: Verordnung der Landesregierung über Maßnahmen zur Bekämpfung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Mecklenburg-Vorpommern (SARS-CoV-2-Bekämpfungsverordnung – SARS-CoV-2-BekämpfV) vom 3. April 2020 (GVBl. S. 130), zuletzt geändert durch

Erste Verordnung der Landesregierung zur Änderung der Verordnung über Maßnahmen zur Bekämpfung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Mecklenburg-Vorpommern (1. SARS-CoV-2-Änderungsverordnung – SARS-CoV-2-ÄnderungsV I) vom 8. April 2020 (GVBl. S. 150); **Niedersachsen**: Niedersächsische Verordnung über die Beschränkung sozialer Kontakte zur Eindämmung der Corona-Pandemie vom 2. April 2020 (Nds GVBl. S. 55); **Nordrhein-Westfalen**: Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (CoronaSchVO) vom 22. März 2020 (GV. NRW. S. 177a); **Rheinland-Pfalz**: Dritte Corona-Bekämpfungsverordnung Rheinland-Pfalz (3. CoBeLVO) vom 23. März 2020 (GVBl. S. 79), zuletzt geändert durch Verordnung vom 9. April 2020; **Saarland**: Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 30. März 2020 (Abl. S. 196B); **Sachsen**: Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 und COVID-19 (Sächsische Corona-Schutz-Verordnung) vom 31. März 2020 (SächsGVBl. S. 86); **Sachsen-Anhalt**: Dritte Verordnung über Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Sachsen-Anhalt vom 2. April 2020; **Schleswig-Holstein**: Landesverordnung über Maßnahmen zur Bekämpfung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Schleswig-Holstein (SARS-CoV-2-Bekämpfungsverordnung – SARS-CoV-2-BekämpfV) vom 8. April 2020; **Thüringen**: Thüringer Verordnung über erforderliche Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2. (Thüringer SARS-CoV-2-Verordnung) vom 26. März 2020. **Anmerkung**: Die Verkündung erfolgte zT. in Gestalt von Notverkündungen (etwa Baden-Württemberg) bzw. Ersatzbekanntmachungen (z.B. Schleswig-Holstein); die aufgeführten Corona-Verordnungen treten mit Ablauf des 19. April 2020 außer Kraft und werden durch neue Verordnungen ersetzt.



Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten.<sup>2</sup> Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen.<sup>3</sup> Eine Heilbehandlung darf nicht angeordnet werden.<sup>4</sup> Die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) werden insoweit eingeschränkt. [...]

Damit ist der (verfassungs-)rechtliche Rahmen abgesteckt, innerhalb dessen sich die Ordnungsgebung zur Abwehr der Corona-Pandemie im bundesstaatlichen Kompetenzgefüge bewegt. In der vertikalen Gewaltenteilung sind es die Länder, denen die Umsetzung des IfSG und damit die Corona-Abwehr obliegt. Es schlägt also die „Stunde der Länderexekutive“.

## B) Erste Entscheidungen

Bevor cursorisch auf die maßgeblichen Grundrechte, in die durch die unterschiedlichen Schutzmaßnahmen der Corona-Verordnungen in Gestalt von Geboten und Verboten eingegriffen wird, eingegangen wird (dazu unter C)), ist darauf zu verweisen, dass bereits erste Gerichtsentscheidungen vorliegen. Die Kläger bzw. Antragsteller hatten sich ganz überwiegend gegen die auch hier behandelten Bestimmungen in den Corona-Verordnungen gewandt und Verstöße gegen höherrangiges Recht – vor allem eine Verletzung der Grundrechte – gerügt.

Rechtsschutz gegen die Corona-Verordnungen bzw. die in ihnen geregelten Schutzmaßnahmen ist in zweierlei Hinsicht möglich. Da es sich trotz der bundesrechtlichen Vorgaben aus dem IfSG um eine Landesrechtsverordnung handelt (Ermächtigungsadressaten nach § 32 Satz 1 IfSG sind die Landesregierungen), ist Rechtsschutz vorrangig im Wege der Normenkontrolle nach § 47 VwGO zu suchen, wenn das Landesrecht auch Rechtsverordnungen des Landes zum zulässigen Gegenstand dieses Verfahrens bestimmt (§ 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO in Verbindung mit den Bestimmungen der landesrechtlichen Ausführungsgesetze zur VwGO). Eilrechtsschutz ist im Wege eines Antrages auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO zu erreichen. Im Übrigen kommt die Individualverfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf zum Tragen, der auch mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG verbunden werden kann. Namentlich das BVerfG hat es im Zusammenhang mit den wegen der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen angestregten Verfahren anerkannt, dass trotz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, die auch im Eilverfahren nach § 32 BVerfGG gilt (§ 90 Abs. 2 BVerfGG), auch ohne die ansonsten gebotene Ausschöpfung des Rechtsweges seine direkte Anrufung ausnahmsweise in Betracht kommt.<sup>7</sup> Ist nach Landesverfassungsrecht die Individualverfassungsbeschwerde statthaft, sind die Landesverfassungsgerichte anzurufen, wenn landesrechtlich kein Rechtsweg gegen Rechtsverordnungen

nach § 47 VwGO vor die Oberverwaltungsgerichte gegeben ist (so in Berlin).

Dies vorausgeschickt, sollen im Zusammenhang mit dem gegen die Corona-Verordnungen gerichteten Rechtsschutz „erste Judikate“ zu Illustrationszwecken herausgestellt werden, unter anderem deshalb, weil die Gerichte im Rahmen der Rechtfertigung auf die besondere Grundrechtsrelevanz und die Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) als entscheidenden Maßstab abgehoben haben.

Unter den oberverwaltungsgerichtlichen Entscheidungen stehen vor allem zwei Eilbeschlüsse des OVG Greifswald vom 9. April 2020 hervor, mit denen das Gericht das in § 4a der Corona-Verordnung des Landes Mecklenburg-Vorpommern für den Zeitraum der Osterfeiertage enthaltene Verbot, tagestouristische Ausflüge zu den Ostseeinseln und in die Gemeinden, die unmittelbar an die Ostseeküste angrenzen, sowie in die Stadt Waren an der Müritz und in mehrere Ämter der mecklenburgischen Seenplatte zu unternehmen, vorläufig außer Vollzug gesetzt hat.<sup>8</sup> Das OVG hat die in Rede stehende Regelung angesichts der Reichweite der Grundrechtseinschränkungen für unverhältnismäßig – nämlich als nicht angemessen bzw. nicht verhältnismäßig im engeren Sinne – angesehen. Interessant dabei ist, dass das OVG Greifswald wohl das Grundrecht auf Freiheit der Person als betroffen ansieht und den durch § 4a der Corona-Verordnung erfolgenden Eingriff für nicht mehr angemessen erachtet. Im Unterschied zu anderen Oberverwaltungsgerichten handelt es sich um die erste Entscheidung, die zu einer Außerkraftsetzung von Schutzmaßnahmen einer Corona-Verordnung geführt hat.

Unter den Judikaten des BVerfG ist die Eilentscheidung der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2020 besonders hervorzuheben.<sup>9</sup> Denn in der kurzen Entscheidung im Rahmen eines Verfahrens nach § 32 BVerfGG, in dem der Antragsteller sich gegen die vorangehende abschlägige Entscheidung des VGH Kassel<sup>10</sup> über die vorläufige Außerkraftsetzung des Gottesdienstverbotes in § 1 Abs. 5 der hessischen Corona-Verordnung wandte, ging es zwar zunächst nur um die in diesem Eilverfahren vorzunehmende Abwägungsentscheidung. Das Gericht hat aber bei aller Kürze maßgebliche Anhaltspunkte dafür gegeben, welcher Maßstab an die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Abwägung zwischen Gesundheitsschutz der Bevölkerung und der Grundrechtsgewährleistung des Antragstellers zu stellen sind. Dies ist vor allem von Bedeutung für die Frage, welche Prüfungspflichten den Ordnungsgeber treffen, etwa auch als Maßstab für eine ebenfalls im Ordnungswege umzusetzenden „Exit-Strategie“. Darauf wird zurückzukommen sein. Ebenfalls von Bedeutung ist insbesondere auch die im Zusammenhang mit einem Versammlungsverbot stehende und damit auch die baden-württembergische Corona-Verordnung betreffende Eilentscheidung des BVerfG vom 17. April 2020, denn in ihr zeichnet das Gericht ebenfalls erste Maßstäbe für die Grundrechtsprüfung in der Hauptsache vor.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.4.2020 – 1 BvR 755/20; s. auch BVerfG Beschl. v. 20.3.2020 – 1 BvR 661/20, 4022, bezüglich eines Versammlungsverbots.

<sup>8</sup> OVG Greifswald, Beschl. v. 09.04.2020, Az.: 2 KM 268/20 und 2 KM 281/20.

<sup>9</sup> BVerfG (2. Kammer), Beschl. v. 10. April 2020 – 1 BvQ 28/20.

<sup>10</sup> VGH Kassel, Beschl. v. 7. April 2020, - 8 B 892/20.N-.

<sup>11</sup> BVerfG (1. Kammer), Beschl. v. 17. April 2020 – 1 BvQ 37/20, siehe zuvor bereits BVerfG (1. Kammer), Beschl. v. 15. April 2020, - 1 BvR 828/20.

### C) Betroffene Grundrechte und Grundrechtseingriffe

Die dargestellten Rechtsverordnungen der Landesregierungen greifen in den Schutzbereich einer Vielzahl von Grundrechten ein. Die maßgeblichen Grundrechte werden nachfolgend kurz skizziert. Später erfolgt eine zusammenfassende Betrachtung der Rechtfertigungsebene, insbesondere mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (E)). Zu betonen ist allerdings nachdrücklich, dass auch mit den zum Teil sehr weitgehenden Grundrechtseingriffen durch die in den Corona-Verordnungen enthaltenen Schutzmaßnahmen – Geboten und Verboten – die Grundrechte keineswegs „suspendiert“ sind. Auch wenn die Eingriffe gleichwohl von hoher Intensität sind und deutlich über das Maß, das herkömmlich mit einschränkenden Maßnahmen verbunden ist, bewegen sich die Eingriffsakte noch in den bekannten Grundrechtsverhältnissen. Die Frage ist daher am Ende auch vorliegend – und zwar selbst dann, wenn der Eingriff quasi zu einer Schutzbereichsreduzierung „auf Null“ (so etwa bei der Versammlungsfreiheit) führt – eine solche der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung und damit der Zweck-Mittel-Relation. Die zentrale Frage wird daher lauten, ob die Eingriffe – gemessen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – gerechtfertigt sind. Doch zunächst zu den betroffenen Grundrechten und Eingriffen in deren Schutzbereiche.

#### I. Freiheitsgrundrechte

Zuvörderst handelt es sich um Freiheitsgrundrechte, in deren Schutzbereich durch entsprechende Regelungen in den Corona-Verordnungen eingegriffen wird. Die maßgeblich betroffenen Grundrechte und die Eingriffsdimensionen sollen hier exemplarisch dargestellt werden.

##### 1. Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Zwar ist es grundrechtsdogmatisch eher fernliegend, bei den betroffenen Grundrechten mit der Handlungsfreiheit als Auffanggrundrecht zu beginnen. Das chronologische Abhandeln der betroffenen Grundrechte mag dies aber vorliegend aus Darstellungsgründen ausnahmsweise „rechtfertigen“. Denn die Vielzahl der in den Corona-Verordnungen vorgesehenen Regelungen, die unter dem gegenwärtig gebräuchlichen (freilich recht unscharfen und mitunter auch nicht ganz zutreffenden) Begriff des „social distancing“ zusammengefasst werden können, betreffen den weiten Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG und greifen in die dort zusammengefassten „unbenannten“ Freiheitsrechte ein. Der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG ist seit der „Elfes-Entscheidung“ des BVerfG weit zu verstehen und gewährleistet eine umfassende menschliche Verhaltensfreiheit.<sup>12</sup> Mit Blick auf die Corona-Verordnungen bedeutet dies, dass alle Folgen, die sich bereits aus dem umfassenden Kontaktverbot ergeben, in den Schutzbereich fallen und entsprechende Ge- und Verbote zu einer Schutzbereichsverkürzung – d.h. einem Eingriff – führen.

Das beginnt bei dem Gebot, einen Mindestabstand zu anderen Personen einzuhalten, führt weiter über den infolge der von Art. 2 Abs. 1 GG ebenfalls geschützten Fortbewegungsfreiheit begrenzten Radius des physischen Aufsuchens anderer Orte nach Belieben bis hin zum Verbot, sich außerhalb der von Art. 8 GG geschützten Versammlungsfreiheit außerhalb des engsten familiären Umfelds zu sozialen Zusammenkünften wie Grillpartys, Geburtstagsfeiern usw. zu treffen. Dass also auch die allgemeine Handlungsfreiheit in mannigfacher Weise durch die Gebote und Verbote in den Corona-Verordnungen betroffen und in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG eingegriffen wird, verwundert somit sicherlich nicht. Allerdings liegen mit Blick auf dieses Grundrecht noch die wenigsten verfassungsrechtlichen Probleme vor. Denn bekanntlich korrespondieren mit dem weiten Schutzbereich ebenso weite Schranken, wie sie in der sog. „Schrankentrias“ zum Ausdruck kommen.

##### 2. Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG)

Das Grundrecht auf Freiheit der Person schützt von seinem Schutzbereich her nur die körperliche Bewegungsfreiheit, im Unterschied zu Art. 2 Abs. 1 GG und im Verhältnis zu Art. 104 GG aber nicht die Freiheit von jedem staatlichen Zwang.<sup>13</sup> Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistet nach dem BVerfG das Recht „[...] einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der [...] an sich (tatsächlich oder rechtlich) zugänglich ist [...]“, „[...] nicht aber, sich unbegrenzt überall aufzuhalten und überall hinbewegen zu dürfen [...]“.<sup>14</sup> Es ist also die Freiheit – als positive Bewegungsfreiheit – gewährleistet, den gegenwärtigen Ort zu verlassen und einen anderen Ort aufzusuchen.<sup>15</sup> Nicht geschützt ist allerdings die Freiheit, einen *bestimmten* Ort aufzusuchen.<sup>16</sup> Im Kontext der Bestimmungen der Corona-Verordnungen unterfallen Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG jedenfalls die Quarantäne-Anordnungen<sup>17</sup>, die sich zugleich als Eingriff in den Schutzbereich darstellen. Denn sie zielen unmittelbar darauf, dass die körperliche Bewegungsfreiheit „weg von der eigenen Wohnung“ für einen gewissen Zeitraum unterbunden wird, und zwar unter staatlichem Zwang bzw. der Sanktionsbewehrung. Zweifelhaft erscheint, ob auch Verbote in den Corona-Verordnungen, einen bestimmten Ort aufzusuchen, den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG betreffen und in diesen eingreifen. Jedenfalls das OVG Greifswald hat diesen Grundrechtsbezug gesehen.<sup>18</sup> Insoweit tun sich Abgrenzungsschwierigkeiten zur von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten bloßen Fortbewegungsfreiheit und Art. 11 GG (Freizügigkeit) auf. Nach hier vertretener Auffassung dürften die Vorschriften in den Corona-Verordnungen, die die Fortbewegungsfreiheit im Sinne eines Aufsuchens und Sich-Aufhaltens an einem bestimmten Ort betreffen, vorrangig von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG erfasst sein. Denn es wird von der wohl h.M. mit Recht für die Spezifität des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG darauf abgehoben, ob sich die In-

<sup>12</sup> BVerfGE 6, 32 ff. - Elfes; Lang, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 42. Ed. (01.12.2019), Art. 2 Rn. 2.

<sup>13</sup> BVerfGE 94, 166 (198); Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 89. EL (Oktober 2019), Art. 2 Rn. 22; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG - Kommentar, 15. Aufl. (2018), Art. 2 Rn. 112; Sodan, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. (2018), Art. 2 Rn. 33.

<sup>14</sup> BVerfGE 94, 166 (198); 96, 10 (21); 105, 239 (248); s. auch Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG - Kommentar, 15. Aufl. (2018), Art. 2 Rn. 112; Murswiek/Rixen, in: Sachs, GG - Kommentar, 8. Aufl. (2018), Art. 2 Rn. 235a.

<sup>15</sup> Murswiek/Rixen, in: Sachs, GG - Kommentar, 8. Aufl. (2018), Art. 2 Rn. 229; Sodan, in: Sodan, GG - Kommentar, 4. Aufl. (2018), Art. 2 Rn. 33.

<sup>16</sup> BVerfGE 94, 166 (198); 96, 10 (21); Sodan, in: Sodan, GG - Kommentar, 4. Aufl. (2018), Art. 2 Rn. 33.

<sup>17</sup> Abgesehen von den „milderen“ Betretungsverboten für Reiserückkehrer, vgl. etwa § 1 Corona-Verordnung NRW, in gesonderten „Corona-Quarantäne-Verordnungen“ (zB. Sächsische Corona-Quarantäne-Verordnung vom 9. April 2020, SächsGVBl. S. 158) geregelt, die dann häusliche Quarantäneanordnungen in Form von „Absonderungspflichten“ für einen begrenzten Zeitraum von 14 Tagen nach Einreise vorsehen.

<sup>18</sup> Siehe oben unter B)

anspruchnahme von Bewegungsfreiheit innerhalb des Lebenskreises des Grundrechtsberechtigten hält.<sup>19</sup> Auch die in der bayrischen Corona-Verordnung in § 4 geregelte vorläufige Ausgangsbeschränkung (Ausgangssperre) ist im Unterschied zu den Kontaktverboten wohl bereits an Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG (und nicht mehr nur an § 2 Abs. 1 GG als Teil der allgemeinen Fortbewegungsfreiheit) zu bemessen, da das Verlassen etwa der eigenen Wohnung nur noch bei Vorliegen „triftiger Gründe“ erlaubt ist (§ 4 Abs. 2 Corona-Verordnung Bayern).

### 3. Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG)

Die Corona-Verordnungen enthalten auch Bestimmungen, die Zusammenkünfte in Kirchen, Moscheen, Synagogen und solche anderer Glaubensgemeinschaften, einschließlich der Zusammenkünfte in Gemeindezentren, verbieten.<sup>20</sup> Damit liegt ein Eingriff in die Glaubensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG insoweit vor, als das Grundrecht auch das sog. „forum externum“ – verstanden als Bekenntnisfreiheit – schützt, d.h. das Recht den Glauben auch nach außen kundzutun sowie das gesamte Verhalten an den Lehren dieses Glaubens auszurichten und demgemäß zu handeln. Diese Möglichkeit wird durch die genannten Verbote, etwa Gottesdienste oder andere religiöse Handlungen abzuhalten oder an ihnen teilzunehmen, unmittelbar (im Sinne des klassischen Eingriffsbegriffs<sup>21</sup>) eingeschränkt, und zwar dergestalt, dass das „forum externum“ gleichsam „auf Null“ reduziert ist. Hiervon zeugt etwa der Umstand, dass auf Geheiß des Corona-Verordnungsgebers weder am Karfreitag noch an Ostern (die immerhin zu den höchsten christlichen Feiertagen zählen) kein einziger Gottesdienst stattfinden durfte. Die einschneidende Wirkung dieses Eingriffs hat das BVerfG in einer seiner jüngsten Eilentscheidungen zu Corona ausdrücklich gewürdigt<sup>22</sup>, zumal es sich bei Art. 4 GG um ein schrankenlos gewährleistetes Grundrecht handelt, das nur durch andere Rechtsgüter von Verfassungsrang eingeschränkt werden kann, d.h. verfassungsimmanenten Schranken unterliegt. Da Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ein einheitliches Grundrecht bilden, ist solcherart auch die freie Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG) von den Verboten betroffen.

### 4. Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG)

Ähnlich wie mit der Glaubensfreiheit verhält es sich auch mit der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG. Dieses Grundrecht, das Versammlungen und Aufzüge – in Abgrenzung zu bloßen Ansammlungen und anderen losen Zusammenkünften ohne Ausrichtung auf eine wie auch immer geartete „Teilhabe an der öffentlichen Meinungskundgabe“, die jedoch den Schutz von Art. 2 Abs. 1 GG genießen (siehe oben) – schützt, ist ebenfalls durch

die unmittelbaren Versammlungsverbote in den Corona-Verordnungen<sup>23</sup> gleichsam „auf Null“ reduziert. Denn infolge dieser Bestimmungen sind Versammlungen als Kerngewährleistung dieses für die „freiheitlich demokratische Staatsordnung konstituierende“<sup>24</sup> Freiheitsgrundrecht faktisch ausgehebelt. Das vom BVerfG als „ein Stück ursprünglicher ungebändigter unmittelbarer Demokratie“ bezeichnete Grundrecht der Versammlungsfreiheit ist nun also doch gebündigt: Versammlungen dürfen unter dem Regelungsregime der Corona-Verordnungen grundsätzlich nicht mehr stattfinden. Es liegt ein weiterer finaler Grundrechtseingriff im klassischen Verständnis vor. Wie bereits dargelegt, hat die 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG die überragende Bedeutung der Versammlungsfreiheit in zwei Eilentscheidungen im Corona-Kontext aktuell noch einmal deutlich herausgestellt.

### 5. Freizügigkeit (Art. 11 GG)

Art. 11 GG ist ebenfalls von den Bestimmungen der Corona-Verordnungen betroffen. Das Grundrecht der Freizügigkeit schützt die Möglichkeit, an jedem Ort innerhalb des Bundesgebiets Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen.<sup>25</sup> Wohnsitznahme bedeutet die gewollte Begründung eines ständigen räumlichen Schwerpunkts der Lebensverhältnisse, Aufenthaltsnahme das tatsächliche Verweilen an einem bestimmten Ort von gewisser Dauer und Bedeutung.<sup>26</sup> Soweit nicht Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG vorgeht (siehe oben), kommt ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 11 GG mit Blick auf die Bestimmungen der Corona-Verordnungen jedenfalls insoweit in Betracht, als dort sogenannte „Anreiseverbote“ enthalten sind, die Reisen in das Gebiet eines Bundeslandes – und damit „im Bundesgebiet“ im Sinne von Art. 11 GG – untersagen und einen frei gewählten Aufenthalt von gewisser Dauer an diesem Ort sanktionsbewehrt vereiteln.<sup>27</sup> Damit korrespondieren „Abreisegebote“ für Gäste, die – etwa für einen Urlaub – bereits Quartier in einem anderen Bundesland bezogen haben.<sup>28</sup> Auch sie stellen einen finalen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 11 GG dar.

### 6. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG schützt als einheitliches Grundrecht nach seinem Schutzbereich die Berufsausübungsfreiheit und die Berufswahlfreiheit.<sup>29</sup> Der Berufsbegriff umfasst jede auf Dauer angelegte, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit, die nicht verboten ist.<sup>30</sup> Die Berufsfreiheit schützt als elementares Wirtschaftsgrundrecht damit neben der unselbständigen auch die selbständig ausgeübte Tätigkeit etwa eines Gewerbes oder Handwerks.<sup>31</sup> Die Corona-Verordnungen<sup>32</sup> enthalten durchweg grundsätzliche

<sup>19</sup> So zu Recht Ziekow, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 4. EL (2002), Art. 11 Rn. 47 mwN.

<sup>20</sup> Vgl. beispielhaft § 3 Abs. 4 Corona-Verordnung BW; § 1 Abs. 5 Corona-Verordnung Nds; § 2 Nr. 1 Corona-Verordnung RhPf.

<sup>21</sup> Dazu Katz/Sander, Staatsrecht, 19. Aufl. (2019), Rn. 686.

<sup>22</sup> BVerfG (2. Kammer), Beschl. v. 10. April 2020 – 1 BvQ 28/20 –, Rn. 11 und 14.

<sup>23</sup> ZB. § 1 Corona-Verordnung Bayern; § 2 Corona-Verordnung Hamburg, allerdings mit der restriktiven Möglichkeit von Einzelfallausnahmen in § 3 Abs. 2, sofern dies aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist.

<sup>24</sup> BVerfGE 128, 226 (250). S. auch BVerfGE 69, 315 (346 f.).

<sup>25</sup> BVerfGE 80, 137 (150); 43, 203 (211); 110, 177 (190 f.); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG - Kommentar, 15. Aufl. (2018), Art. 11 Rn. 2; Ziekow, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 4. EL (2002), Art. 11 Rn. 31.

<sup>26</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG - Kommentar, 15. Aufl. (2018), Art. 11 Rn. 2.

<sup>27</sup> Etwa § 4 Abs. 1 Corona-Verordnung Mecklenburg-Vorpommern: „Alle Reisen in das Gebiet des Landes Mecklenburg-Vorpommern sind untersagt, soweit die folgenden Absätze nichts anderes bestimmen.“

<sup>28</sup> ZB. § 3 Satz 2 Corona-Verordnung Mecklenburg-Vorpommern: „Gäste, die bereits angereist sind, haben ihren Urlaub unverzüglich zu beenden und abzureisen.“

<sup>29</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG - Kommentar, 15. Aufl. (2018), Art. 12 Rn. 9.

<sup>30</sup> BVerfGE 110, 304 (321); 111, 10 (28); 115, 276 (300); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG - Kommentar, 15. Aufl. (2018), Art. 12 Rn. 5.

<sup>31</sup> BVerfGE 7, 377 (398 f.).

<sup>32</sup> Siehe zB. § 4 Abs. 1 Nr. 12 Corona-Verordnung BW; § 2 Abs. 1 Corona-Verordnung Bayern; § 1 Abs. 3 Nr. 7 Corona-Verordnung Niedersachsen.



Öffnungsverbote für den stationären Einzelhandel (Ladengeschäfte) und bestimmte „körpernahe“ Handwerke wie Friseur. Soweit diesen Gewerbetreibenden die Ausübung ihres Berufes in der bisherigen Form (nämlich solche mit Kundenkontakt) für die Geltungsdauer der jeweiligen Verordnung untersagt ist, liegt auch eine temporäre Berufsausübungsregelung und damit ein Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit vor. Gleiches gilt zumindest auch für die von Corona-bedingten Betriebsschließungen betroffenen abhängig Beschäftigten.

### 7. Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG)

An den oben mit Blick auf die Freizügigkeit (Art. 11 GG) behandelten „Anreiseverboten“ und „Abreisegeboten“ lässt sich zudem zeigen, dass die Corona-Verordnungen auch eine Bewandnis für die Eigentumsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 GG haben. Sie stellen insoweit eine eigentumsrelevante Maßnahme – nämlich eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG – dar, als sie der Gruppe der Eigentümer etwa von Ferienwohnungen in einem anderen Bundesland die Nutzung ihres Eigentums sanktionsbewehrt versagen. Das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG – ebenfalls ein elementares Freiheitsgrundrecht des Grundgesetzes – soll bekanntlich „als Grundlage privater Initiative und in eigenverantwortlichem privaten Interesse von Nutzern“ sein.<sup>33</sup> Die Eigentumsfreiheit ist insoweit auch Ausdruck der persönlichen Freiheit.<sup>34</sup> Davon bleibt freilich nicht viel übrig, wenn die Nutzung des Eigentums deshalb verwehrt wird, weil sich dieses an einem Orte befindet, für den bundesmelderechtlich lediglich ein Zweitwohnsitz begründet ist.<sup>35</sup>

### 8. Weitere betroffene Freiheitsgrundrechte

Die vorangegangenen Ausführungen zu Grundrechtseingriffen durch Regelungen der Corona-Verordnungen der Länder geben bereits einen Eindruck von der Reichweite und Intensität der Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Freiheiten. Je nach konkreter Ausgestaltung kommt darüber hinaus auch die Betroffenheit noch weiterer Freiheitsgrundrechte in Betracht. Dies gilt namentlich für das entsprechend dem Zitiergebot nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG in § 28 Satz 3 IfSG genannte Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG), soweit es um „sonstige Beschränkungen“ nach Art. 13 Abs. 7 GG geht, die als Eingriffe in das Grundrecht zu werten wären.<sup>36</sup> Hierfür besteht im Länderrechtsvergleich gegenwärtig zumindest prima facie (noch) kein Anlass. Zu erwähnen wäre noch die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG, da die Corona-Verordnungen auch Zusammenkünfte in Vereinen und Gesellschaften im Sinne des Grundrechts verbieten, das neben der Gründungs- und Beitrittsfreiheit auch die Betätigungsfreiheit schützt.

## II. Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

In der bisherigen Diskussion allenfalls am Rande betrachtet wurde die Frage, ob die Corona-Verordnungen nicht auch einen

Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG darstellen könnten.<sup>37</sup> Art. 3 Abs. 1 GG verbietet es, dass „wesentlich Gleiches willkürlich ungleich“ oder „wesentlich Ungleiches willkürlich gleich“ behandelt wird.<sup>38</sup> Jedenfalls eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung kommt mit Blick auf die unterschiedliche Behandlung von Gewerbetreibenden – vornehmlich im stationären Einzelhandel – in Betracht. Insoweit ist vor dem Hintergrund der im Rahmen der nunmehr angestoßenen Exit-Strategie und ihrer landesrechtlichen Umsetzung in den „neuen“ Corona-Verordnungen besondere Grundrechtssensibilität auch und gerade unter Gleichbehandlungsaspekten gefragt. Denn die Frage darf gestellt werden, warum Einzelhandelsgeschäfte mit einer Verkaufsfläche bis 800 qm fortan wieder öffnen dürfen, größere Betriebe derselben Branche aber nicht. Schon das Auffinden eines erforderlichen sachlichen Grundes, der die Ungleichbehandlung trägt, dürfte mindestens herausfordernd sein.

### D) Anforderungen an Verordnungsermächtigung und Eingriffsakte

Besondere Betrachtung soll im Rahmen dieses Beitrages ein Aspekt finden, der – soweit ersichtlich – in der bisherigen verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung kaum eine Rolle gespielt hat. Es geht um den Umstand, dass der jeweils maßgebliche Eingriffsakt in einer Rechtsverordnung niedergelegt ist, d.h. eine Rechtsverordnung als Rechtsetzungsakt der Exekutive die Grundlage für die unter C) dargestellten und in ihrer Intensität außergewöhnlich weit gehenden Grundrechtseingriffe – man denke an die Glaubensfreiheit oder die Versammlungsfreiheit – bildet.

#### 1. Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt

Das Maß und die Intensität der Grundrechtseingriffe legen es nahe, die Frage zu klären, ob dies überhaupt im Wege des Verordnungserlasses zulässig ist. Selbst wenn dagegen formal einzuwenden ist, dass Art. 80 Abs. 1 GG dies im Rahmen der dort vorgesehenen Voraussetzungen ja ermöglicht (dazu sowie zu der Frage, ob § 32 IfSG diesen Anforderungen genügt, siehe sogleich unter 2.), bleibt als Vorfrage zu klären, ob vorliegend nicht das Eingreifen einer Delegationssperre derart weitgehende Grundrechtseinschränkungen durch den Ordnungsgeber ausschließt. Dafür ist die Erkenntnis maßgeblich, dass der rechtsstaatliche Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) sich nicht in der Forderung nach einer parlamentsgesetzlichen Grundlage für den Verordnungserlass (im Sinne von § 80 Abs. 1 Satz 2 GG) erschöpft, sondern in Zusammenschau das Demokratieprinzip es erfordert, dass das *Parlament alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen* hat und diese nicht anderen Normgebern – und damit auch nicht dem Ordnungsgeber, selbst

<sup>33</sup> BVerfGE 143, 246 (Rn. 195); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG - Kommentar, 15. Aufl. (2018), Art. 14 Rn. 1.

<sup>34</sup> BVerfGE 50, 290 (340); 70, 191 (201); s. auch Bryde, in: von Münch/Kunig, GG - Kommentar, 6. Aufl. (2012), Art. 14 Rn. 5; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG - Kommentar, 15. Aufl. (2018), Art. 14 Rn. 1.

<sup>35</sup> So zB. die Restriktion in § 4 Abs. 2 Corona-Verordnung Mecklenburg-Vorpommern, die in Zusammenschau mit § 4 Abs. 1 derselben Verordnung ein vollständiges Nutzungsverbot für „Zweitwohnsitzigentum“ statuiert und Zuwiderhandlungen als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße von 150 bis

25.000 Euro bewehrt (§ 7 Abs. 2 Corona-Verordnung Mecklenburg-Vorpommern, der auch Verstöße gegen § 4 Abs. 1 aufführt).

<sup>36</sup> Die dann auch den dort statuierten verfassungsunmittelbaren Schranken unterstehen.

<sup>37</sup> Verneint, allerdings im Hinblick auf eine Regelung durch eine Allgemeinverordnung, durch das OVG Hamburg, Beschl. v. 26.03.2020, - 5 Bs 48/20 -.

<sup>38</sup> BVerfGE 4, 144 (155); 78, 104 (121); 112, 164 (174); 116, 164 (180); siehe auch Sodan, in: Sodan, GG - Kommentar, 4. Aufl. (2018), Art. 3 Rn. 3.

wenn die Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 1 GG formal eingehalten sind – überlassen werden dürfen.<sup>39</sup> Welche Entscheidungen insoweit als „wesentlich“ gelten, bemisst sich zuvörderst nach der Grundrechtsrelevanz. Danach hat der Gesetzgeber an sich im Bereich der Grundrechtsausübung alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen, wobei davon solche Regelungen erfasst sind, „die für die Verwirklichung des Grundrechts erhebliche Bedeutung haben“<sup>40</sup> bzw. die „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“<sup>41</sup> sind. Dabei soll es maßgeblich auf die Intensität der Wirkungen für die Grundrechtsausübung ankommen.<sup>42</sup> Legt man diese Vorgaben zugrunde, dürfte an sich kein Zweifel bestehen, dass die auf die Verordnungsermächtigung des § 32 IfGS gestützten und von den Landesregierungen (bzw. gar „nur“ von einzelnen Landesministern als Subdelegataren<sup>43</sup>) erlassenen Corona-Verordnungen dem Parlament vorzubehalten sind. Die Frage ist mit Blick auf das betroffene Schutzgut – den überragend wichtigen Gesundheitsschutz der Bevölkerung, zu dem der Staat auch objektiv-rechtlich aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verpflichtet ist – nicht leicht zu beantworten, hängt doch die Risikominimierung insoweit nicht unerheblich von effektivem Handeln des Staates ab. Und der lässt sich zweifellos immer leichter durch das Tätigwerden der Exekutive erreichen. Ist der Parlamentsvorbehalt vielleicht deshalb außer Kraft gesetzt? Dafür spricht angesichts der Massivität der Grundrechtseinschränkungen eher wenig, will man nicht die bisherigen Grundlinien des Verfassungsrechts vollends verlassen. Auch das Zumutbarkeitskriterium – etwa mit Hinweis darauf, dass die Verordnungen ja jeweils mit „Verfallsdatum“ versehen sind und demnach die Grundrechtseinschränkungen nur temporären Charakters – vermag jedenfalls insoweit nicht dauerhaft zu tragen. Denn bereits gegenwärtig zeichnet sich ab, dass die Krise nicht in absehbarer Zeit wird überwunden werden können, was dann aber eine „Kettenverordnungsgebung“ zur Folge hätte, mit der sich das Grundrechtsproblem der Corona-Krise perpetuieren dürfte – quasi als Dauerverstoß gegen den eigentlich von Anfang an bestehenden Parlamentsvorbehalt. Der einzige Ausweg, den eigentlich zuständigen parlamentarischen Gesetzgeber nicht dauerhaft zu umgehen, besteht freilich in einem Gebrauchmachen von der Möglichkeit des Art. 80 Abs. 4 GG, anstelle von Corona-Rechtsverordnungen der Landesregierungen (oder etwaigen Subdelegataren) sog. *verordnungvertretende Gesetze* durch die Landesparlamente zu erlassen. Art. 80 Abs. 4 GG sieht vor, dass immer dann, wenn im ermächtigenden Gesetz – so auch in § 32 Satz 1 IfSG – die Landesregierungen zum Verordnungserlass ermächtigt sind, von dieser Ermächtigung auch durch förmliches Landesgesetz (Parlamentsgesetz) Gebrauch gemacht werden kann. Es gilt dann das Gesetzgebungsverfahren nach den Bestimmungen der einschlägigen Landesverfassung; das jeweilige Landesparlament hätte damit Einfluss auch auf die Reichweite wohl auch weiterhin unvermeidlicher Grundrechtseinschränkungen nicht unerheblichen Ausmaßes.

<sup>39</sup> BVerfGE 34, 165 (192 f.); 49, 89 (126 f.); 98, 218 (251); Haratsch, in: Sodan, GG - Kommentar, 4. Aufl. (2018), Art. 80 Rn.13.

<sup>40</sup> BVerfGE 95, 267 (308).

<sup>41</sup> BVerfGE 98, 218 (251); 111, 191 (216 f.).

<sup>42</sup> BVerfGE 49, 89 (127); 83, 130 (142).

## 2. Einhaltung der Anforderungen an die Verordnungsermächtigung

Ungeachtet der zuvor behandelten Frage, ob nicht der Erlass der Eingriffsakte durch Parlamentsgesetz erfolgen müsste, ist zu beurteilen, ob die hier maßgebliche Verordnungsermächtigung des § 32 IfSG den grundgesetzlichen Voraussetzungen genügt. Diese ergeben sich aus dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. Danach muss das den Ordnungsgeber ermächtigende Gesetz Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung festlegen.

Der parlamentarische Gesetzgeber ist bei der Delegation der Normsetzung auf die Exekutive von Verfassungs wegen angehalten, in hinreichend bestimmter Weise festzulegen, welche Fragen durch die Exekutive durch eine Rechtsverordnung geregelt werden sollen (Inhalt), weiter müssen die Grenzen einer solchen Regelung bestimmt sein (Ausmaß), und überdies muss in dem Gesetz auch angegeben werden, welches Ziel mit der Regelung verfolgt wird (Zweck).<sup>44</sup> Während der Zweck und auch der Inhalt landesrechtlicher Rechtsverordnungen sich noch aus der Zusammenschau von § 32 IfSG und den in dessen Satz 1 in Bezug genommenen Vorschriften der §§ 28 bis 31 IfSG bestimmen lässt, ist vor allem zweifelhaft, ob die Ermächtigungsnorm auch das Ausmaß etwaiger Ordnungsregelungen hinreichend bestimmt vorgibt. Unschwer ist aus § 32 Satz 1 IfSG noch der Zweck erkennbar (Bekämpfung übertragbarer Krankheiten); auch die möglichen Inhalte (Gebote und Verbote, die auch als Einzelmaßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG zulässig wären) lassen sich bei etwas systematischer Normzusammenschau noch erschließen. Wo aber die möglichen Ordnungen auf der Grundlage des § 32 IfSG schließlich enden, lässt sich nur schwerlich aus dem Normzusammenhang zwischen § 32 Satz 1 IfSG und den §§ 28 bis 31 IfSG herauslesen und stößt an die Grenzen des noch Bestimmbaren. Klar ist noch, dass der Ordnungsgeber im Grundsatz dasjenige zum Gegenstand einer Rechtsverordnung machen und damit abstrakt-generell regeln kann, was ansonsten konkret-individuell als Einzelakt (oder jedenfalls: konkret-generell in Gestalt einer Allgemeinverfügung) geregelt werden kann. Da es aber in der Natur abstrakt-genereller Regelungen liegt, eine Vielzahl denkbarer Sachverhalte und potentieller Normadressaten zu erfassen, um das normgeberische Ziel zu erreichen, demgegenüber aber in konkret-individuellen Regelungen immer nur der Einzelfall Regelungsgegenstand ist, stößt § 32 Satz 1 IfSG unweigerlich an seine Grenzen. Wenn dort – kurz gesagt – bestimmt ist, dass dasjenige auch in Ordnungsform geregelt werden kann, was als Einzelmaßnahme nach den §§ 28 bis 31 IfSG zulässig wäre, dann läuft die Verordnungsermächtigung Gefahr, den Einzelfall zu generalisieren und damit zur Generalklausel zu mutieren, mit der alles geregelt werden könnte, was dem Ordnungsgeber im Sinne ist. Damit schwimmt aber der Blick auf die Grenzen der Ermächtigung. Das Ausmaß der Ermächtigung des § 32 IfSG bleibt unscharf. Ohne daraus an dieser Stelle die Verfassungswidrigkeit von § 32 IfSG zu folgern – der vorliegende Beitrag wollte eher die „neuralgischen Punkte“ aufzeigen –, täte der Gesetzgeber mitunter gut daran, über eine

<sup>43</sup> Was auf der verfassungsrechtlichen Grundlage des Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG und einfachgesetzlich konkret nach § 32 Abs. 1 Satz 2 IfSG zulässig ist, nach hiesiger Auffassung den verfassungsrechtlichen Konflikt aber nur noch verstärkt.

<sup>44</sup> Haratsch, in: Sodan, GG - Kommentar, 4. Aufl. (2018), Art. 80 Rn.14

entsprechende sprachliche Schärfung der Vorschrift nachzudenken. Generalklauselartige Erweiterungen durch den Verordnungsgeber sind im grundrechtssensiblen Bereich naturgemäß problematisch.

### 3. Corona-Verordnungsgebung

Dass der Erlass der Corona-Verordnungen den an die Verordnungsgebung gestellten Voraussetzungen genügt, steht allerdings außer Zweifel. In Zusammenschau aller Länder ist das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG eingehalten. Das allgemeine Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG gilt für Rechtsverordnungen nicht, wenngleich es seine Funktion mehr denn je erfüllen könnte, wenn die Verordnungsgeber hiervon – wie die Beispiele Bremens und Hamburgs zeigen – dennoch Gebrauch machten. Der Umstand, dass auf der Grundlage von § 32 Satz 2 IfSG teilweise eine Subdelegation der Verordnungsermächtigung – auf die fachlich zuständigen Landesminister – erfolgt ist und daher ein kollegialer Verordnungserlass unterblieben ist, ist wegen Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG jedenfalls nicht grundgesetzwidrig und auch in der zutreffenden Weise (durch Rechtsverordnung) erfolgt.

#### E) Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe

Im Mittelpunkt der Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der oben aufgezeigten Grundrechtseingriffe steht zweifellos der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist als übergreifende Leitregel zu verstehen, an der sich alles staatliche Handeln orientieren muss. So auch der Verordnungsgeber, der Grundrechte einschränkt.<sup>45</sup> Aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgt, dass ein den Bürger belastendes Handeln nicht nur einer gesetzlichen Grundlage bedarf, sondern außerdem auch so ausgeübt werden muss, dass dabei die individuellen Rechte so weit wie möglich geschützt bleiben bzw. Eingriffe in die Rechtssphäre des Einzelnen nur zulässig sind, soweit es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.<sup>46</sup> Es wird zum Teil auch als Übermaßverbot bezeichnet, woraus erkennbar wird, dass der Staat bei – infolge der jeweiligen Schrankenbestimmung bzw. durch verfassungsimmanente Schranken zwar grundsätzlich zulässigen – Eingriffen jeweils die die persönliche Freiheitssphäre am wenigsten beeinträchtigende Maßnahme zu ergreifen hat. Der Bürger darf nicht „übermäßig“ in seinen Grundrechten beeinträchtigt werden, es besteht somit – aus dem Rechtsstaatsprinzip folgend – eine Mäßigungspflicht für den Staat (hier den Corona-Verordnungsgeber). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist somit als Schranke der Einschränkbarkeit von Grundrechten (sog. Schranken-Schranke) in jedem Fall strikt zu beachten. Er besagt, dass staatliches Handeln einem legitimen Zweck dienen muss und die zur Erreichung dieses Zwecks eingesetzten Mittel (Maßnahmen) geeignet, erforderlich und angemessen sein müssen.

Bezogen auf die durch die Corona-Verordnungen ausgelösten Grundrechtseingriffe steht der – gleichsam überragende – legitime Zweck außer Frage: Der Schutz vor Gefahren für Leib und Leben der Bevölkerung ergibt sich als objektive Schutzpflicht des Staates bereits aus dem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und besteht hier konkret

in dem Schutz vor dem hoch infektiösen Covid-19-Virus. Die hierzu ergriffenen Maßnahmen, wie sie sich in ihrer Gesamtheit aus den Corona-Verordnungen ergeben und oben bereits beispielhaft genannt worden sind, sind zweifellos auch geeignet zur Erreichung des legitimen Zwecks des Infektionsschutzes der Bevölkerung. Denn ungeachtet ihrer konkreten Wirksamkeit fördern sie die Erreichung des legitimen Zwecks, was für die Annahme dieses Verhältnismäßigkeitsmerkmals grundsätzlich ausreicht.<sup>47</sup> Insbesondere ist derzeit nicht erkennbar, dass es sich um „schlechthin ungeeignete“ Maßnahmen oder solche handelt, die offensichtlich auf fehlerhaften Prognosen basieren. Entscheidendes Leitprinzip war es – basierend auf wissenschaftlichen Erkenntnissen der Virologie –, die Ausbreitung des Covid-19-Virus zu verlangsamen und damit unter anderem auch zur Aufrechterhaltung einer zureichenden Krankenversorgung beizutragen. An der Geeignetheit der Maßnahmen zur Corona-Bekämpfung, wie sie sich aus den Corona-Verordnungen ergeben, bestehen somit keine Zweifel.

Im Weiteren müsste aber auch die Erforderlichkeit der zur Erreichung des legitimen Zwecks vorgesehenen grundrechtseinschränkenden Maßnahmen – und zwar jeder einzelnen in den Corona-Verordnungen – gegeben sein. Erforderlichkeit ist nur dann anzunehmen, wenn zur Erreichung des angestrebten Zweckes nicht ein anderes, gleich wirksames, dabei aber die Rechte des Einzelnen, insbesondere die Grundrechte, nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes, beeinträchtigendes Mittel hätte gewählt werden können.<sup>48</sup> Es gilt das Prinzip des schonendsten Eingriffs als Interventionsminimum, das freilich den Staat – hier also die Landesregierungen als Corona-Verordnungsgeber – in jedem Fall zu einer minutiösen Alternativenprüfung zwingt. Hierbei gilt: Je intensiver und zahlreicher die Grundrechtseingriffe, desto höher die Anforderungen, denen der Normgeber dabei genügen muss. Angesichts des umfangreichen und teilweise generalklauselartigen Gebrauchmachens von der Verordnungsermächtigung des § 32 IfSG in Gestalt der Statuierung weit reichender Gebote und Verbote erscheint es mehr als fraglich, ob dieser Anforderung – die stets vor der Angemessenheit als Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu prüfen ist – tatsächlich genügt wurde und wird. Die derzeit in Kraft befindlichen Corona-Verordnungen lassen daran berechnete Zweifel aufkommen.

Das mag vor dem Hintergrund des enormen Zeitdrucks, unter dem die Landesregierungen bei Einleitung der ersten Corona-Abwehrmaßnahmen gestanden haben, und dem überragenden Schutz von Leib und Leben der Bevölkerung nachvollziehbar sein. So haben es auch die Gerichte gesehen, die in ihren ersten Corona-Eilentscheidungen denn auch gleich auf die Zumutbarkeit eines – infolge der Befristung der Verordnungen – nur temporären Grundeingriffs abgehoben und damit zugleich verdeutlicht haben, dass es als angemessen anzusehen sei, wenn jedes andere Grundrecht hinter den überragend wichtigen Schutz von

<sup>45</sup> Katz/Sander, Staatsrecht, 19. Aufl. (2019), Rn. 213.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Vgl. BVerfGE 33, 171 (187); 63, 88 (115).

<sup>48</sup> BVerfGE 30, 292 (316); Katz/Sander, Staatsrecht, 19. Aufl. (2019), Rn. 215.



Leib und Leben der Bevölkerung zurückzutreten habe. Hierzu das BVerfG<sup>49</sup>:

„[...] Gegenüber diesen Gefahren für Leib und Leben, vor denen zu schützen der Staat nach dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 GG auch verpflichtet ist (vgl. BVerfG 77, 170 <214>; 85, 191 <212>; 115, 25 <44 f.>), muss das grundgesetzlich geschützte Recht auf die gemeinsame Feier von Gottesdiensten derzeit zurücktreten. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof verweist in dem angegriffenen Beschluss zu Recht darauf, dass es nach der Bewertung des Robert-Koch-Instituts in dieser frühen Phase der Pandemie darum geht, die Ausbreitung der hoch infektiösen Viruserkrankung durch eine möglichst weitgehende Verhinderung von Kontakten zu verlangsamen, um ein Kollabieren des staatlichen Gesundheitssystems mit zahlreichen Todesfällen zu vermeiden. Der überaus schwerwiegende Eingriff in die Glaubensfreiheit zum Schutz von Gesundheit und Leben ist auch deshalb derzeit vertretbar, weil die Verordnung vom 17. März 2020 und damit auch das hier in Rede stehende Verbot von Zusammenkünften in Kirchen bis zum 19. April 2020 befristet ist. Damit ist sichergestellt, dass die Verordnung unter Berücksichtigung neuer Entwicklungen der Corona-Pandemie fortgeschrieben werden muss. Hierbei ist – wie auch bei jeder weiteren Fortschreibung der Verordnung – hinsichtlich des im vorliegenden Verfahrens relevanten Verbots von Zusammenkünften in Kirchen eine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und zu untersuchen, ob es angesichts neuer Erkenntnisse etwa zu den Verbreitungswegen des Virus oder zur Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems verantwortet werden kann, das Verbot von Gottesdiensten unter – gegebenenfalls strengen – Auflagen und möglicherweise auch regional begrenzt zu lockern. [...]“

Hieraus wird deutlich, dass das BVerfG die mit der Regelung in der betreffenden Corona-Verordnung (zum Gottesdienstverbot nach der hessischen Corona-Verordnung) verbundene „schwerwiegende“ Grundrechtsbeeinträchtigung als Ergebnis seiner Güterabwägung im Rahmen von § 32 BVerfGG, bei der die Erfolgsaussichten der Hauptsache an sich nicht geprüft werden<sup>50</sup>, noch für zumutbar und damit angemessen gehalten hat. In der Tendenz lässt sich dem erwähnten Passus dennoch entnehmen, dass es für die Bewertung der in der Hauptsache zugrunde liegenden Verfassungsbeschwerde und vor allem mit Blick auf künftige grundrechtsbeeinträchtigende Regelungen, die in den Corona-Verordnungen nach dem Auslaufen der aktuell geltenden Regelwerke vorgesehen werden, wesentlich auf die strikte Einhaltung der Erforderlichkeit und damit des Gebot des schonendsten Eingriffs ankommt. Auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemahnt den Ordnungsgeber gerade im Hinblick auf die nun schrittweise anstehenden Exit-Maßnahmen, mit größter Sorgfalt nach weniger einschneidenden Maßnahmen zu schauen, die freilich in gleicher Weise wie die bisher ergriffenen dem überragenden Ziel des Gesundheitsschutzes verpflichtet bleiben müssen.

## F) Resümee

Es war das Ziel des Beitrages, in cursorischer Weise die „neuralgischen Punkte“ aufzuzeigen, die sich aus der Corona-Krise und ihrer Bewältigung aus Sicht des Verfassungsrechts ergeben. Außer Frage steht bei alledem, dass sich die bislang ergriffenen Maßnahmen – allen voran die in den Corona-Verordnungen getroffenen – hinsichtlich ihrer verfassungsrechtlichen Bewertung im Rahmen des verfassungsrechtlichen Konsenses des Grundgesetzes bewegen, es sich insbesondere vorliegend weder um eine Form des „inneren Notstands“ oder gar einen dem Grundgesetz zu Recht fremden „Ausnahmestand“ handelt. Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, die für die Einschränkung von Grundrechten anzulegen sind, gelten auch in der Corona-Krise. Gleiches gilt für die rechtsstaatlichen Erfordernisse etwa bei der Verordnungsgebung. Dass es im Zusammenhang mit der Bewältigung der Corona-Krise dennoch zu einer hinsichtlich ihrer Intensität massiven Einschränkung von Grundrechten gekommen ist – noch dazu auf dem Ordnungswege durch die Exekutive – mag unter den obwaltenden Umständen verständlich und – wie u.a. das BVerfG festgestellt hat – für einen gewissen Zeitraum hinnehmbar sein. Für alle weiteren Maßnahmen gilt, dass rechtsstaatliche und demokratische Grundfesten wieder stärker in den Blick genommen werden müssen. Hierzu hat der Beitrag einige Hinweise – Stichwort: verordnungsetzende Landesgesetze nach Art. 80 Abs. 4 GG – geliefert. Mögen sie die Diskussion zu „Verfassungsrecht in Krisenzeiten“ anregen und auch zu Widerspruch einladen.

## ► Inhaltsverzeichnis



<sup>49</sup> BVerfG (2. Kammer), Beschl. v. 10. April 2020 – 1 BvQ 28/20 –, Rn. 14.

<sup>50</sup> BVerfGE 7, 367 (371); 18, 151 (153); 96, 223 (229); 104, 51 (55); siehe auch Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. (2018), Rn. 466.



---

## BEITRAG

---

Stud. iur. Florian Außem\*

# Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus

## Gliederung

### Abstract

#### A) COVID-19

#### B) Verstoß gegen Kontaktverbot oder andere Infektionsschutzmaßnahmen

##### I. Echte Infektionsschutzmaßnahmen

##### II. Was bei Verstoß droht

#### C) Strafrechtliche Bedeutung der Infizierung

##### I. Körperverletzung

###### 1. Objektiver Tatbestand

###### 2. Subjektiver Tatbestand

a) Eventualvorsatz

b) Handeln aus Fahrlässigkeit

c) Abgrenzung des Eventualvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit

###### 3. Rechtswidrigkeit

###### 4. Schuld

###### 5. Gefährliche Körperverletzung als Qualifikation

a) Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung

b) Mittels gesundheitsschädlicher Stoffe

##### III. Tötungsdelikte

###### 1. Körperverletzung mit Todesfolge

###### 2. Totschlag

###### 3. Versuchter Totschlag

###### 4. Fahrlässige Tötung

###### 5. Mord

#### D) Fazit

### Abstract

Im Dezember 2019 trat erstmals die durch das sogenannte Coronavirus SARS-CoV-2 ausgelöste Atemwegserkrankung COVID-19 in der chinesischen Millionenstadt Wuhan auf. Binnen kürzester Zeit verbreitete sich das Virus über den ganzen Erdball und landete im Januar 2020 auch in Deutschland.

Die Erkrankung ist besonders für ältere Menschen über 50 Jahre und solche mit entsprechenden Vorerkrankungen (Herzerkrankungen, Asthma, chronische Bronchitis, Diabetes u.a.) und einem geschwächten Immunsystem (beispielsweise nach einer Krebserkrankung) gefährlich. Laut der Weltgesundheitsorganisation WHO liegt die Tödlichkeitsrate bei 2 Prozent.

Dieser Beitrag soll ein Schlaglicht auf die Konsequenzen des Virus' in Bezug auf das Strafrecht werfen, vor allem auf mögliche Konstellationen, deren Strafbarkeit und damit verbundene Probleme eingehen.

#### A) COVID-19

Vorab ein Überblick: Die hauptsächliche Übertragung des Coronavirus' erfolgt über Tröpfchen- und Schmierinfektion. Der Krankheitsverlauf variiert stark und kann symptomlos verlaufen, jedoch auch zu einer schweren Lungenentzündung mit Lungenversagen und dem Tod führen.

Die häufigsten Symptome sind Fieber und Husten. Die Zeit von der Ansteckung bis zum Beginn der Erkrankung (Inkubationszeit) liegt zwischen 5 und 14 Tagen. Ein Impfstoff existiert nicht.

#### B) Verstoß gegen Kontaktverbot oder andere Infektionsschutzmaßnahmen

Zunächst soll der Blick auf die Konsequenzen eines Verstoßes gegen das von den Bundesländern verhängte Kontaktverbot oder andere Infektionsschutzmaßnahmen gerichtet werden.

##### I. Echte Infektionsschutzmaßnahmen

Geregelt werden Fälle wie die der Coronapandemie im Infektionsschutzgesetz (IfSG). Dabei kennt das Bundesgesetz sogenannte echte Infektionsschutzmaßnahmen. Das sind solche, die im IfSG bereits definiert sind. Darunter fallen gem. § 28 IfSG das Aussprechen eines Platzverweises, ein Veranstaltungs- und Versammlungsverbot und die Schließung von Gemeinschaftseinrichtungen wie Schulen, Schwimmbäder oder Kindergärten. Außerdem zählen dazu die Beobachtung nach § 29 IfSG, die Quarantäne nach § 30 IfSG und das berufliche Tätigkeitsverbot nach § 31 IfSG. Daneben sind in den §§ 16 und 17 IfSG Auffangtatbestände für nicht-echte Infektionsschutzmaßnahmen formuliert.

##### II. Was bei Verstoß droht

Verstößt man (auch nur fahrlässig) gegen eine Anordnung nach § 28 IfSG, begeht man gem. § 73 Abs. 1a Nr. 6, Nr. 11a IfSG eine Ordnungswidrigkeit was mit bis zu 25.000 € geahndet werden kann. Begeht man die Tat vorsätzlich und verbreitet den Erreger dadurch auch noch, begeht man gem. § 74 IfSG sogar eine Straftat und muss mit bis zu fünf Jahren Haft oder Geldstrafe rechnen.

Wer vorsätzlich gegen die Beobachtung nach § 29 IfSG, die Quarantäne nach § 30 IfSG oder das berufliche Tätigkeitsverbot nach § 31 IfSG verstößt, begeht in jedem Falle eine Straftat und wird nach § 75 IfSG mit bis zu zwei Jahren Haft oder Geldstrafe bestraft. Begeht man die Tat fahrlässig, hat man mit einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder Geldstrafe zu rechnen, § 75 Abs. 4 IfSG.

---

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln. Der Artikel basiert auf den Erkenntnissen über das Coronavirus zum Zeitpunkt seiner Entstehung (April 2020).

### C) Strafrechtliche Bedeutung der Infizierung

Bei einer (un-)wissentlichen Infizierung einer anderen Person mit einer (nicht unbedingt) tödlichen Krankheit sind Körperverletzungs- und gegebenenfalls Tötungsdelikte zu erörtern. Insofern ist mit Auftreten des Coronavirus kein neues juristisches Problem geschaffen worden; eine vergleichbare Thematik wurde vor allem in den 1980er Jahren um das *Human Immundefizienz-Virus* (HIV) und die Krankheit *Acquired Immune Deficiency Syndrome* (AIDS) diskutiert.

#### I. Körperverletzung

Dass der Staat Verstöße gegen Verbote nicht billigt, sollte jedem einleuchten. Doch wie verhält es sich bei normalen Tätigkeiten wie Einkaufen, Bahnfahren oder Besuche im Altenheim?

##### Ausgangsfall

Der 28-jährige A hat sich mit dem Coronavirus infiziert und ist an COVID-19 erkrankt. Seit mehreren Tagen klagt er über leichtes Fieber, Husten und Gliederschmerzen. Er lässt sich auf das Virus testen und erhält dort die Bestätigung seiner Krankheit und die Anweisung, sich in häusliche Quarantäne zu begeben. Er selbst hält die ganzen Maßnahmen für überzogen. Er weiß, dass besonders gefährdete Personen an der Krankheit sterben können, ihm selbst ist das aber egal. Zwar will er nicht, dass andere Personen an der Krankheit sterben, ihm ist jedoch klar, dass dies in jedem Fall passieren wird, wenn er mit der ausgebrochenen Krankheit keine Schutzmaßnahmen für andere Personen ergreift. Kurz nach Feststellung des Ergebnisses, geht er zu seinem Stammsupermarkt und hustet ungeniert und ohne Schutzmaßnahmen für andere Personen rum. Die 42-jährige B wird dabei mit dem Virus infiziert, bleibt aber symptomfrei und erfährt daher nichts von der Infizierung.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Für die Frage, ob der Tatbestand der Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB erfüllt ist, muss dieser in objektiver und subjektiver Hinsicht vorliegen. Objektiv wird eine körperliche Misshandlung oder eine Gesundheitsschädigung verlangt. Eine Gesundheitsschädigung ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Opfers nachteilig abweichenden Zustandes, gleichgültig auf welche Art und Weise die Beeinträchtigung erfolgt.<sup>51</sup> Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Tatbestandserfüllung schon durch die Infizierung mit einer nach längerer Inkubationszeit ausbrechenden, tödlichen Krankheit vorliegen kann.<sup>52</sup> Doch die B blieb symptomfrei. Fraglich ist, ob hier von einer Abweichung vom Normalzustand der körperlichen Funktionen der B gesprochen werden kann.

Die Frage ist zu bejahen, denn bereits bei der Infizierung kommt es auf Zellebene zu einem vom Normalzustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden Zustand. So sind auch die Personen durch § 223 Abs. 1 StGB geschützt, bei denen weder die Krankheit ausbricht noch irgendwelche Symptome erkennbar sind. Die Gesundheitsschädigung liegt demnach bereits bei der

Infizierung vor. Denn auch der symptomfreie Infizierte kann andere Personen anstecken. Spätestens wenn eine pathologische Veränderung vorliegt, ist der Erfolg gegeben.<sup>53</sup>

Ist Kausalität in diesen Fällen regelmäßig zu bejahen, erscheint dagegen die objektive Zurechenbarkeit problematisch. Objektiv zurechenbar ist ein Erfolg dann, wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr des Erfolgseintritts geschaffen und sich diese Gefahr in dem konkreten tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert hat.<sup>54</sup> So gebietet die Sorgfalt beispielsweise einem Grippe- oder Erkältungskranken keineswegs, den Kontakt mit anderen zu vermeiden, auch wenn er dies problemlos könnte. Bei solchen landläufigen Virusinfekten, die schon durch Sprechen und Niesen übertragen werden, mag die Ansteckung sogar recht wahrscheinlich sein, die Risikobeschaffung ist dennoch sozial üblich und erlaubt (Sozialadäquanz).<sup>55</sup> Anders als bei alltäglichen und landläufigen Infekten wie etwa bei Erkältungskrankheiten, die geradezu „in der Luft“ liegen und damit im menschlichen Zusammenleben kaum abschirmbar sind und die zudem regelmäßig keine erhebliche Gefahr für die Gesundheit anderer herbeiführen, fehlt es hier an der Sozialadäquanz, weil jede Corona-Übertragung einen tödlichen verlaufenden Eingriff in Lebensgüter der Infizierten darstellen kann und die Ansteckungsgefahr in zumutbarer Weise durch Schutzmaßnahmen wie die Verwendung eines Mundschutzes, dem Niesen und Husten in die Ellenbeuge und nicht in die Richtung anderer Leute und Einhaltung eines gewissen Mindestabstands wenn auch nicht völlig ausgeschlossen, so doch zumindest abgeschirmt und damit wesentlich verringert werden kann.<sup>56</sup> Demgegenüber fällt der Grad der Wahrscheinlichkeit, dass es zu einer Infizierung kommt, nicht ins Gewicht.<sup>57</sup>

Zu erwähnen ist jedoch auch, dass das Kriterium der Sozialadäquanz allenfalls mit Zurückhaltung angewendet werden sollte.<sup>58</sup> Sie sollte keinesfalls als eigenständiges Tatbestandsmerkmal verstanden werden.<sup>59</sup> Die soziale Adäquanz kann in Einzelfällen lediglich ein Auslegungsbehelf sein,<sup>60</sup> sie darf nicht dazu führen, dass die Suche nach konkreten und dogmatisch verorteten einschränkenden Ansätzen oder eine inhaltliche juristische Diskussion unterbleibt.<sup>61</sup> Allein aus der Sozialadäquanz darf nicht auf die rechtliche Zulässigkeit des jeweiligen Verhaltens geschlossen werden.<sup>62</sup> Der Gesetzgeber könnte sonst nicht mehr frei darüber entscheiden, welche in der Gesellschaft verbreiteten Verhaltensweisen er unter Strafe stellen will.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

Problematisch ist weniger das Vorliegen des objektiven als vielmehr die Vollendung des subjektiven Tatbestandes. Der Täter muss vorsätzlich handeln. Vorsatz bedeutet das wissentliche und willentliche Verwirklichen der objektiven Tatbestandsmerkmale.

<sup>51</sup> BGH, Urteil v. 13.03.1975, Az.: 4 StR 28/75, Rn. 1.

<sup>52</sup> BGHSt 36, 1; BGHSt 36, 262; BGH NStZ 2009, 34 (35); Horn/Wolters, in: SK-StGB, 7. Aufl. (2003), § 233 Rn. 22a.

<sup>53</sup> Paeffgen/Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 5. Aufl. (2017), § 223 Rn. 18.

<sup>54</sup> Ernst, ZJS 2012, 654 (654).

<sup>55</sup> Eberbach, JR 1986, 231.

<sup>56</sup> Vgl. BGH NJW 1989, 781.

<sup>57</sup> BGH NJW 1989, aaO; Prittwitz, JA 1988, 440.

<sup>58</sup> Jeschek/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. (1996), § 25 IV 2; Hirsch, ZStW 1974, 1962; Hirsch, ZStW 1978, 135.

<sup>59</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), Vor. §§ 13 ff. Rn. 70.

<sup>60</sup> OLG Hamm NJW 1980, 2537.

<sup>61</sup> Valerius, JA 2014, 561 (566).

<sup>62</sup> Valerius, aaO; Rönnau, JuS 2011, 311 (312).

Der Täter handelt vorsätzlich, wenn er die Infizierung und den Ausbruch der Krankheit bei der anderen Person für möglich und nicht ganz fernliegend hält und damit einverstanden ist, dies billigend in Kauf nimmt oder sich damit zumindest abfindet, auch wenn der Täter dies nicht unbedingt wünscht. Im vorliegenden Ausgangsfall war es dem A schlicht egal, ob er Personen der Risikogruppe infizieren und damit der Gefahr der Erkrankung oder vielleicht sogar des Todes aussetzen kann. Zwar will er dies nicht, ihm ist allerdings bewusst, dass die Wahrscheinlichkeit sehr hoch liegt. Es liegt somit direkter Vorsatz (*dolus directus* 2. Grades) des A vor.

### a) Eventualvorsatz

#### Fall 1

A weiß nicht, dass er an COVID-19 erkrankt ist. Er hat zwar die herkömmlichsten Symptome der Erkrankung, hat sich jedoch nicht testen lassen. Da er sich jedoch nicht in Quarantäne begeben will, lässt er sich erst gar nicht testen. Er vermutet allerdings, dass er erkrankt ist und er damit andere Personen anstecken kann, da er sonst nie krank ist. Kurz darauf geht er in den Supermarkt und steckt die 42-jährige B an. Wie im Ausgangsfall bleibt sie symptomfrei und erfährt nichts von der Infizierung.

In Fall 1 weiß der A nicht, dass er infiziert ist. Er hält es allerdings für möglich und vermutet es sogar. Neben den beiden Formen des direkten Vorsatzes existiert der Eventualvorsatz (*dolus eventualis*), bei dem der Täter die Erfüllung des Tatbestandes nicht erstrebt oder als sicher voraussieht, sondern nur für möglich hält. Der Eventualvorsatz ist den beiden anderen Vorsatzformen grundsätzlich gleichgestellt und genügt dort, wo das Gesetz nicht Handeln „wider besseres Wissens“ oder direkten Vorsatz verlangt.<sup>63</sup>

Ob der A weiß, dass er infiziert ist – oder es auch nur vermutet – und es ihm in Kontakt mit anderen Personen egal ist, ob sich diese anstecken, ist folglich – im Hinblick auf die Erfüllbarkeit des subjektiven Tatbestandes – egal. A handelte sowohl im Ausgangsfall als auch im Fall 1 vorsätzlich.

### b) Handeln aus Fahrlässigkeit

#### Fall 2

A hat sich auf das Virus testen lassen. Als die zuständige Stelle ihn anruft, um ihm das Ergebnis mitzuteilen, geht er nicht ans Telefon. Später hört er die Mailbox nicht ab, obwohl er die Benachrichtigung über den eingegangenen Anruf und die Mitteilung über die neue Nachricht auf dem Anrufbeantworter erhält. Später steckt er die B an, ohne dies zu wissen oder zu wollen.

Gem. § 15 StGB ist nur vorsätzliches Handeln strafbar, wenn nicht fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht ist. Eine Strafbarkeit wegen § 223 Abs. 1 StGB würde in diesem Fall also ausscheiden, da A weder um seine Infizierung wusste noch B anstecken wollte.

#### Fall 3

A hat die Mailbox abgehört und weiß nun, dass er infiziert ist. In einer ihm zugesandten Broschüre des Gesundheitsministeriums sind klare Verhaltensregeln festgesetzt: Er muss bis zu einem negativen Testergebnis in häuslicher Quarantäne bleiben, soll sich anderen Personen bis auf

2m nicht nähern und den Kontakt zu anderen Menschen möglichst vermeiden. Da A jedoch sehr vergesslich ist, steht er am nächsten Morgen gegen 8 Uhr auf, verlässt das Haus, geht in den Supermarkt und trifft dort auf eine alte Schulfreundin, die er herzlich umarmt. Prompt kriegt er einen Hustenanfall und hält sich viel zu spät die Hand vor den Mund. Erst später fällt ihm wieder ein, dass ihm das Annähern an andere Personen eigentlich untersagt wurde. Die Schulfreundin erkrankt kurz darauf an COVID-19.

In Fall 3 scheidet ebenfalls eine vorsätzliche Strafbegehung aus. A hatte vergessen, dass er sich an die von der zuständigen Stelle veranlassenen Regeln auf Grundlage der Verhaltensregeln vom Gesundheitsministerium halten sollte.

Sowohl in Fall 2 als auch in Fall 3 scheidet eine Strafbarkeit nach § 223 Abs. 1 StGB aus, da hier der Vorsatz gem. § 15 StGB zwingend erforderlich ist. Allerdings kommt dann die Strafbarkeit für eine fahrlässige Körperverletzung nach § 229 StGB in Betracht. Dies betrifft auch die Fälle, in denen der Täter aus Nachlässigkeit nicht weiß, dass er infiziert ist, oder er die Infektion der anderen Person durch mangelnde Sorgfalt versehentlich verursacht.<sup>64</sup>

### c) Abgrenzung des Eventualvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit

Wie oben schon festgestellt, handelt der Täter mit Eventualvorsatz, wenn er die Erfüllung des Tatbestandes nicht erstrebt, aber für möglich hält. Er nimmt sie billigend in Kauf. Bewusst fahrlässig handelt der Täter, wenn er eine Infizierung einer anderen Person und dem Ausbruch der Krankheit nicht will und darauf vertraut, dass dies auch nicht eintreten werde.<sup>65</sup> Er denkt sich „Das wird schon gut gehen!“.

Anders als beim HI-Virus oder der Krankheit AIDS bedarf es jedoch keines expliziten Sexualkontakts. Viel mehr reicht es beim Coronavirus aus, in der Öffentlichkeit herumzuniesen, anderen Personen die Hand zu geben oder sich einfach unter Menschen aufzuhalten und zu atmen – vorausgesetzt man ist infiziert. Da bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit eng beieinander liegen, sind in jedem Fall sowohl das Wissens- als auch das Wollenselement des Täters besonders zu prüfen und durch tatsächliche Feststellungen zu belegen. Nur so kann entschieden werden, ob die Körperverletzung vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde.

### 3. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, weswegen das Verhalten des A in jedem der Fälle rechtswidrig war.

#### Exkurs

##### *Können Corona-Partys zur Rechtfertigung führen?*

Im hiesigen Kontext ist fraglich, ob sogenannte Corona-Partys zu einer Rechtfertigung führen könnten. Zu Beginn der Coronakrise ging in den Medien der Begriff der sogenannten Corona-Partys umher. (Meistens) Jugendliche wollten sich dem von den Kommunen verhängten Kontaktverbot nicht beugen und trafen sich statt in einem Club bei einem Freund oder einer Freundin Zuhause

<sup>63</sup> Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 15 Rn. 72.

<sup>64</sup> Wokalek/Köster, MedR 1989, 281 (286 ff.).

<sup>65</sup> BGH NJW 1955, 1688; BGH NSTz 1982, 506; BGH NSTz 1983, 407; BGH NSTz 1984, 19; BGH NSTz 1988, 175.



und feierten dort. Doch was, wenn jemand bereits infiziert ist und dort dann Personen ansteckt? Im Falle von Corona-Partys kann davon ausgegangen werden, dass eine Einwilligung gem. § 228 StGB vorliegt. Wer in der Absicht auf eine solche Party geht, gegen das behördliche Kontaktverbot zur Verhinderung der Verbreitung des ‘Coronavirus’ zu verstoßen, die zudem den Namen der Infektionskrankheit trägt, kann nicht davon ausgehen, dass er einer Infizierung mit dem Virus entgehen kann.

Gem. § 228 StGB handelt der Täter nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Die Tat darf also nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen.<sup>66</sup> Fraglich ist, in welchem Umfang in riskante Handlungen eingewilligt werden kann, insbesondere ob eine Einwilligung auch in eine Lebensgefährdung möglich ist, die im Ergebnis zum Tode führen kann.<sup>67</sup> Eine maßgebliche Rolle spielt die Frage, wie hoch das Risiko der Lebensgefahr ist.<sup>68</sup> Grundsätzlich gilt, je höher das Risiko für das Leben veranschlagt werden muss, desto strengere Anforderungen sind an die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung zu stellen.<sup>69</sup> Für die Sittenwidrigkeit ist es also insoweit entscheidend, ob die Körperverletzung unter Berücksichtigung des Umfangs der eingetretenen Körperverletzung und des damit verbundenen Gefahrengrads für Leib und Leben des Opfers trotz Einwilligung des Rechtsgutsträgers nicht mehr als von der Rechtsordnung hinnehmbar erscheint.<sup>70</sup>

Besteht eine hohe Lebensgefahr, wird man der Einwilligung jede rechtfertigende Wirkung absprechen müssen.<sup>71</sup> Wenn man davon ausgeht, dass zu den genannten Corona-Partys meist jugendliche Teilnehmer, welche nicht zu einer der benannten Risikogruppen gehören, erschienen sind, scheint die Sittenwidrigkeit folglich nicht gegeben. Eine Einwilligung in die Infizierung mit dem Coronavirus wäre demnach grundsätzlich möglich.

#### 4. Schuld

Im Ausgangsfall litt der A an nur leichtem Fieber. Von Halluzinationen – die infolge eines schweren Fiebers auftreten können – ist dem Sachverhalt nichts zu entnehmen. Die Schuldfähigkeit des A ist in allen Fällen positiv festzustellen.

#### 5. Gefährliche Körperverletzung als Qualifikation

Darüber hinaus stellt sich die Frage der Anwendbarkeit der Qualifikation, indem die Körperverletzung „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB oder durch die Beibringung „gesundheitsschädlicher Stoffe“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfolgt.

#### a) Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung

##### Fall 4

A ist Altenpfleger und geht trotz seiner COVID-19-Diagnose weiterhin zur Arbeit. Er kennt die Risiken der Krankheit und weiß, dass die Heimbewohner an dem Virus sterben könnten. Trotzdem wäscht er die Bewohner, hilft ihnen beim Ankleiden und reicht ihnen Essen an. Immer wieder hustet und niest A, während er sich im direkten Umfeld zu den

Bewohnern befindet. Er unterlässt es auch, einen Mundschutz anzuziehen oder sich die Hände zu desinfizieren und zu waschen. Ihm ist egal, ob sich jemand mit dem Virus infiziert. Im Verlauf eines einzigen Tages steckt er damit sieben Heimbewohner an.

Laut BGH muss eine das Leben gefährdende Behandlung das Leben des Opfers äußerlich nicht in Gefahr bringen. Viel mehr genügt es, dass sie sich wegen ihrer allgemeinen Gefährlichkeit dazu eignet.<sup>72</sup> Grundsätzlich ist das Waschen oder Ankleiden von Personen oder das Anreichen von Essen keine gefährliche Tätigkeit. Die Virulenz – also die grundsätzliche Fähigkeit von Viren, einen bestimmten Organismus krank zu machen, auch wenn nicht jede Infektion zu einer Krankheit führt – des ‘Coronavirus’ ist nach aktuellen Erkenntnissen der Mediziner und Virologen jedoch sehr hoch. Es genügen also wenige Viren, um eine Person zu infizieren. Angesichts dessen ist das Verhalten eines mit dem Coronavirus Infizierten, der andere Personen beispielsweise anniest oder anhustet, grundsätzlich auch geeignet, das Leben dieser anderen Person in Gefahr zu bringen, wenn sie einer der oben genannten Risikogruppen angehört. Zu beachten ist allerdings, dass auch (wenn auch nur wenige) Personen außerhalb dieser Risikogruppen verstorben sind, was die Tat grundsätzlich als (versuchte) gefährliche Körperverletzung qualifiziert.

#### b) Mittels gesundheitsschädlicher Stoffe

Ebenso ist an die Qualifikation nach § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch mit dem Coronavirus kontaminierte Körpersubstanzen wie Speichel oder Nasensekret, die als gesundheitsschädliche Stoffe in Betracht kommen, zu denken.<sup>73</sup>

Es kommt unweigerlich zu einem Austausch solcher Körperflüssigkeiten, wenn der Infizierte hustet oder niest, die Viren damit in die Luft – oder sogar auf eine andere Person – schleudert und diese die Viren dann unweigerlich einatmet.

In allen Fällen – bis auf jene, die fahrlässigerweise begangen wurden – hat sich A somit einer gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht. Wichtig ist zu beachten, dass es bei der Tatbegehung der gefährlichen Körperverletzung auch Vorsatz in Bezug auf die Qualifikation bedarf.

### III. Tötungsdelikte

Wie oben festgehalten, ist COVID-19 für Angehörige der Risikogruppe äußerst gefährlich und kann unter Umständen auch tödlich verlaufen. Insofern kommen selbstverständlich auch Tötungsdelikte bei einer Infizierung in Betracht.

#### 1. Körperverletzung mit Todesfolge

##### Fall 5

A ist an COVID-19 erkrankt. Er weiß zwar, dass die Krankheit für Angehörige der Risikogruppe tödlich sein kann, jedoch hat er auch gehört, dass die Sterblichkeitsrate recht niedrig ist. Sein 85-jähriger Nachbar N geht ihm schon seit Jahren auf die Nerven. Um ihn mal einen ordentlichen Denkzettel zu verpassen, klingelt er an dessen Haustür. Als der Nachbar die Tür öffnet, hustet der A ihm drei Mal kräftig ins Gesicht. A beabsichtigt, dass N erstmal zwei Wochen in Quarantäne muss und nicht mehr ständig bei ihm wegen des Lärms im Haus klingeln kann. Tatsächlich erkrankt N an COVID-19 und stirbt jedoch nach acht Tagen.

<sup>66</sup> BGHSt 4, 24 (32); BGHSt 4, 88 (91); BGHSt 49, 34.

<sup>67</sup> Berz, GA 1969, 148.

<sup>68</sup> Helgerth, NSTZ 1988, 261 (263).

<sup>69</sup> Dölling, GA 1984, 92.

<sup>70</sup> BGHSt 49, 166 (169).

<sup>71</sup> Helgerth, aaO.

<sup>72</sup> BGHSt 2, 160 (163); OLG Köln NJW 1983, 2274.

<sup>73</sup> Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 224 Rn. 2c.



Im vorliegenden Fall hatte A Vorsatz in Bezug auf die Körperverletzung, nicht jedoch auf die Tötung des N. Dies ist jedoch auch gar nicht notwendig. Die Körperverletzung mit Todesfolge, geregelt in § 227 StGB, ist nämlich ein erfolgsqualifiziertes Delikt. Es reicht aus, dass die Körperverletzung, als Grunddelikt, vorsätzlich begangen wird. Sobald dann die Folge (hier die Tötung) eintritt, ist der Tatbestand erfüllt.

## 2. Totschlag

### Fall 6

Wie Fall 7, allerdings will A den N gezielt töten und nicht nur an der Gesundheit schädigen.

In Fall 8 beabsichtigt A die Tötung des N. Er will ihn nicht nur in Quarantäne stecken, damit er für zwei Wochen seine Ruhe hat, sondern er will ihn endgültig loswerden. Er hat sich somit gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## 3. Versuchter Totschlag

### Fall 7

Wie Fall 8, allerdings stirbt der N nicht, sondern erholt sich nach schwerer Krankheit wieder.

Auch der umgekehrte Fall ist selbstverständlich denkbar. A will den N töten, es gelingt jedoch nicht. Es bleibt bei der versuchten Tötung nach §§ 212 Abs. 1, 22 StGB.

## 4. Fahrlässige Tötung

### Fall 8

A ist an COVID-19 erkrankt. Er befindet sich in häuslicher Quarantäne und hat sich über den Lieferservice eine Pizza bestellt. Der 79-jährige Rentner R liefert für die Aufbesserung seiner Rente die Pizza im Zustellungsbezirk von A aus. Diese kennen sich bereits, da A regelmäßig Pizza bestellt. Als A die Pizza von R entgegennehmen will, kriegt er einen unerwarteten Hustenanfall und kann nicht rechtzeitig die Hand vor seinen Mund heben. R infiziert sich mit dem Coronavirus. Einige Tage später stirbt R an COVID-19.

A hätte es für möglich halten müssen, dass der R ihm die Pizza bringen würde, da er regelmäßiger Kunde der Pizzeria ist. Zudem befand er sich in Quarantäne und wusste, dass er keinen Kontakt zu anderen Menschen haben darf, um diese zu schützen. Er hätte also Schutzmaßnahmen treffen müssen, um eine Ansteckung des R zu verhindern. Dies hat er allerdings nicht gemacht und sich somit einer fahrlässigen Tötung nach § 222 StGB strafbar gemacht.

## 5. Mord

### Fall 9

A ist an COVID-19 erkrankt. Er weiß, dass er Alleinerbe seines 58-jährigen vermögenden Vaters V ist. In der Nacht betritt A das Haus des V mit dem ihm ausgehändigten Zweitschlüssel, schleicht sich in das Schlafzimmer des Vaters und hustet ihm drei Mal ins Gesicht, in der Hoffnung, dass der V an COVID-19 erkrankt und stirbt. tatsächlich wird der V von A angesteckt und stirbt wenige Tage später an COVID-19.

In Fall 11 kommt zusätzlich zu der Tötung das Mordmerkmal der Habgier nach § 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 3 StGB in Betracht. Habgier erfordert die ungehemmte, überzogene und sittlich anstößige Steigerung des Erwerbssinns.<sup>74</sup> Das setzt das Streben nach einer durch den Tod herbeizuführenden unmittelbaren Vermögensvermehrung oder die Aussicht auf eine solche Vermehrung voraus.<sup>75</sup>

Im vorliegenden Fall wollte A sein Vermögen mehren. Ihm kam es gerade darauf an, dass der V stirbt und damit A zum Erben macht. Allerdings verlangen einige Stimmen eine „Typenkorrektur“ der Mordmerkmale nach Maßgabe des Prinzips der Verwerflichkeit.<sup>76</sup> Danach sollen die Verwirklichung eines Mordmerkmals noch nicht zwingend den Tatbestand des Mordes begründen, sondern es sei vielmehr eine Gesamtwürdigung und Berücksichtigung der Persönlichkeit des Täters und aller Tatumstände erforderlich, um festzustellen ob die Tötung den für die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe erforderlichen Grad der Verwerflichkeit erreiche.<sup>77</sup> Der BGH hat diesen Ansatz jedoch zurückgewiesen und sagt, dass die Lehre von der Typenkorrektur für die von ihr geforderte Gesamtwürdigung keine festen Maßstäbe angeben könne. Die „besondere Verwerflichkeit“ sei zu generalklauselartig und stelle die Berechenbarkeit und Gleichmäßigkeit der die Tatbestandsseite betreffenden Rechtsanwendung in einen zentralen Bereich des Strafrechts in Frage.<sup>78</sup>

Somit bleibt festzuhalten, dass beim Mordmerkmal der Habgier keine restriktive Auslegung erforderlich ist, und sich der A somit gem. §§ 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 3, 212 StGB strafbar gemacht hat.

## D) Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Infizierung anderer Personen mit dem Coronavirus und der Verstoß gegen Quarantänebestimmungen und verhängte Kontaktverbote durchaus strafrechtliche Relevanz haben kann. Probleme wird es im Alltag allerdings an der Rückführbarkeit auf einen bestimmten Übertragungsakt geben. Anders als bei einer Infizierung mit HIV und der damit verbundenen Erkrankung AIDS über Sexualkontakte (infiziertes Blut oder beschmutzte Nadeln seien an dieser Stelle einmal außen vorgelassen), ist die Feststellung, wer eine andere Person infiziert hat, in der Realität kaum möglich. In subjektiver Hinsicht ist genau zu prüfen, inwieweit der Täter bei der Tat handlung über die Krankheit und schließlich auch über seine eigene Infektion aufgeklärt war. Nach positiver Feststellung des Vorliegens des Tatbestandes, sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht, sollten Rechtswidrigkeits- und Schuldprüfung die kleinsten Problemfelder sein.

## ► Inhaltsverzeichnis



<sup>74</sup> Kühl, JA 2009, 566 (570).

<sup>75</sup> BGH NJW 1993, 1664.

<sup>76</sup> Schneider, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 211 Rn. 35.

<sup>77</sup> Eschelbach, in: BeckOK StGB, 45. Edition (01.02.2020), § 211 Rn. 4; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 211 Rn. 10;

Sinn, in: SK-StGB, Band IV, 9. Aufl. (2017), § 211 Rn. 8; Jescheck, JZ 1957, 386 (387); Geilen, JR 1980, 309 (310); Saliger, ZStW 1997, 302 (332).

<sup>78</sup> Schneider, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 211 Rn. 37; BGHSt 9, 385 (389); BGHSt 11, 139 (143); BGHSt 30, 105 (115).

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



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

Rechtsanwälte (m/w/d)

Referendare (m/w/d)

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d)

Bewerben Sie sich jetzt. Sie haben vorab Fragen?

Wir stehen Ihnen gerne persönlich zur Verfügung:

Sibylle Günther | +49 711 16445-307 | [karriere@brp.de](mailto:karriere@brp.de) | [www.brp.de/karriere](http://www.brp.de/karriere)



BRP Renaud und Partner mbB · Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater · Stuttgart Frankfurt · [www.brp.de](http://www.brp.de)

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

# KLAUSUR – ZIVILRECHT

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

## Reisebuchung in Corona-Zeiten Fortgeschrittenenklausur

### Sachverhalt

#### Grundfall

Heinz Schmidt (HS) ist Rentner und wohnt in Bad Homburg. Am 15.02.2020 bucht er von seinem PC aus eine Italienreise. Er will im Mai 2020 mit seiner Ehefrau zwei Wochen in einem Viersterne-Hotel in Bibione an der italienischen Adria verbringen. Nachdem er zahlreiche Angebote verglichen hat, bucht er aufgrund des besten Preises über das Portal [www.hofer-reisen.at](http://www.hofer-reisen.at). Hofer ist der österreichische Ableger des deutschen Discounters Aldi. Die Reise soll vom 01.05. bis 14.05.2020 dauern, geplant ist die Anreise per Auto.

Bei der Buchung verwendet HS seine American Express Gold Karte und zahlt für die Übernachtungen plus Halbpension insgesamt 1.790 Euro. Eine bei der Buchung anklickbare Reiserücktrittsversicherung nimmt HS nicht in Anspruch. Schließlich weiß er aus Erfahrung, dass bei Zahlung mit seiner Kreditkarte automatisch eine Reiserücktrittsversicherung gilt.

Abgesichert sind laut den Kreditkartenbedingungen der American Express Gold Karte<sup>1</sup> mit Nuancen dahingehend, ob die Kreditkarte im konkreten Fall eingesetzt wurde oder lediglich beim Inhaber vorhanden ist, insbesondere die eigene Krankheit sowie die Krankheit eines Reisepartners oder eines nahen Angehörigen vor Reiseantritt als Grund dafür, dass eine bereits bezahlte oder gebuchte Reise, Unterbringung und/oder dazugehörige Freizeitaktivitäten nicht genutzt werden können. In diesem Fall werden bis zu 5.000 Euro erstattet. Zu Pandemien steht in den Kreditkartenbedingungen nichts, insbesondere nicht im Zusammenhang mit Reiserücktritt.

Auf der o.g. Homepage der Hofer Reisen GmbH & Co. (nachfolgend „Hofer Reisen“) steht, dass Vermittler die Hofer Reisen GmbH & Co. KG und Reiseveranstalter für alle auf der Homepage angebotenen Reisen die Eurotours Ges.m.b.H. (nachfolgend „Eurotours“) ist. Eurotours hat seinen Sitz in Kitzbühel, Österreich. Der Sitz von Hofer Reisen ist Sattledt, Österreich.

Am 16.03.2020 um 08:00 Uhr werden von deutscher Seite aus auf Basis einer Anordnung des Bundesinnenministers die Grenzübergänge zu den meisten Nachbarstaaten, darunter Österreich und Schweiz, in Richtung Süden geschlossen. Grenzübertritte sind nur noch mit besonderem Grund zulässig, Tourismus zählt nicht hierzu. Bereits zwei Tage zuvor hatte Österreich als logisches Transitland in Richtung Adria die Grenzen u.a. nach Italien und Deutschland abgeriegelt. Die Schweiz folgte einen Tag später mit ähnlichen Maßnahmen. Da mittlerweile auch Frankreich, Polen und Tschechien die Grenzen geschlossen haben, ist die

Adria von Deutschland aus nicht einmal mehr per großem Umweg mit dem PKW erreichbar.

Am 17.03.2020 veröffentlichten das deutsche Auswärtige Amt wie auch die meisten anderen europäischen Außenministerien eine weltweite Reisewarnung für Auslandsreisen wegen des Coronavirus<sup>2</sup> zunächst bis Ende April 2020. Bereits ca. zwei Wochen zuvor am 06.03.2020 gab es eine deutsche Reisewarnung für weite Teile Norditaliens (Lombardei, Trentino-Südtirol, Veneto), u.a. Österreich und die Schweiz folgten wenig später. Italien riegelte die eigenen Grenzen schon am 03.03.2020 ab. Schließlich verbreitete sich das Corona-Virus in Europa zunächst in und dann von Italien aus rasant. Alleine in Italien gab es im März/April 2020 Tausende Tote, wobei die Letalitätsrate dort bei ca. 10 % aller mit Corona infizierten Personen lag (ca. 10mal so hoch wie in Deutschland oder Österreich). Die Maßnahmen in den genannten Ländern, insbesondere in Italien, dauern voraussichtlich auch über den Mai 2020 hinweg an.

Hofer Reisen bietet seit dem 03.03.2020 auf seiner Homepage die Möglichkeit an, sich für einen Aufschlag von fünf Euro auf den Preis der schon bisher angebotenen Reiserücktrittsversicherung zusätzlich für den Fall einer Reisetornierung wegen Corona versichern zu können. Daraufhin hatte HS noch vergeblich versucht, die bereits gebuchte Italienreise nachträglich über die Telefonhotline von Hofer Reisen mit jener Reiserücktrittsversicherung samt Coronaschutz zu ergänzen.

HS wendet sich nun an seinen Bekannten MH, der Jurist ist. Er will herausfinden, wie er vom Reisevertrag zurücktreten bzw. sein Geld zurückbekommen kann. Denn er wird die Reise aller Voraussicht nach nicht antreten können, da ihm die Ausreise aus Deutschland sowie die Einreise nach Italien (insbesondere über Österreich) nicht möglich sein wird.

**Bitte prüfen Sie in einem Gutachten, was MH seinem Bekannten HS raten wird.**

#### Abwandlung

Die Eheleute Schmidt haben in Corona-Zeiten aber nicht nur in Bezug auf die Italienreise Probleme.

Doris Schmidt (DS) hatte ebenfalls am 15.02.2020 ohne Wissen von HS eine Woche Skifahren zu zweit in Garmisch-Partenkirchen gebucht. Dies sollte eine Überraschung zum 40. Hochzeitstag sein. Der Reisezeitraum war 19.03. bis 26.03.2020. Die Buchung erfolgte in einem Reisebüro der DER Touristik Deutschland GmbH (nachfolgend „Dertour“). Laut den Buchungsunterlagen war Dertour in diesem Fall selbst der Reiseveranstalter. Die Reisebedingungen/AGBs von Dertour verweisen in Ziffer 9

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

<sup>1</sup> Vgl. im Detail [www.americanexpress.com/content/dam/amex/de/benefits/bedingungen/Gold\\_Card\\_Informationen.pdf](http://www.americanexpress.com/content/dam/amex/de/benefits/bedingungen/Gold_Card_Informationen.pdf) (zuletzt abgerufen am 05.04.2020).



für Fälle des Rücktritts vom Reisevertrag aufgrund unvermeidbarer, außergewöhnlicher Umstände in Auszügen auf die Gesetzeslage (§ 651h BGB).<sup>2</sup> In der Buchung enthalten war die Anreise per Bahn 2. Klasse, Übernachtungen im Doppelzimmer eines Viersterne-Hotels mit Frühstück sowie ein siebentägiger Skipass. Hierfür hatte DS im Reisebüro per EC-Karte 1.600 Euro im Voraus bezahlt.

Am 18.03.2020 verboten alle deutschen Bundesländer aufgrund einer Vereinbarung mit der Bundesregierung sämtliche Übernachtungen im Gastgewerbe mit touristischem Hintergrund.

**DS möchte nun von MH wissen, ob/wie sie wohl ihr Geld zurückerhält.**

## Bearbeiterhinweise

### A) Rom I-Verordnung (Rom I-VO) - Auszug

#### Artikel 1

##### Anwendungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen. Sie gilt insbesondere nicht für Steuer- und Zollsachen sowie verwaltungsrechtliche Angelegenheiten.

(2) Vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgenommen sind:

- a) der Personenstand sowie die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit von natürlichen Personen, unbeschadet des Art. 13;
- b) Schuldverhältnisse aus einem Familienverhältnis oder aus Verhältnissen, die nach dem auf diese Verhältnisse anzuwendenden Recht vergleichbare Wirkungen entfalten, einschließlich der Unterhaltspflichten;
- c) Schuldverhältnisse aus ehelichen Güterständen, aus Güterständen aufgrund von Verhältnissen, die nach dem auf diese Verhältnisse anzuwendenden Recht mit der Ehe vergleichbare Wirkungen entfalten, und aus Testamenten und Erbrecht;
- d) Verpflichtungen aus Wechseln, Schecks, Eigenwechsellern und anderen handelbaren Wertpapieren, soweit die Verpflichtungen aus diesen anderen Wertpapieren aus deren Handelbarkeit entstehen;
- e) Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen;
- f) Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht, das Vereinsrecht und das Recht der juristischen Personen, wie die Errichtung durch Eintragung oder auf andere Weise, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen sowie die persönliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer juristischen Person;
- g) die Frage, ob ein Vertreter die Person, für deren Rechnung er zu handeln vorgibt, Dritten gegenüber verpflichten kann, oder ob ein Organ einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer anderen juristischen Person diese Gesellschaft, diesen Verein oder diese juristische Person gegenüber Dritten verpflichten kann;
- h) die Gründung von „Trusts“ sowie die dadurch geschaffenen Rechtsbeziehungen zwischen den Verfügenden, den Treuhändern und den Begünstigten;
- i) Schuldverhältnisse aus Verhandlungen vor Abschluss eines Vertrags;
- j) Versicherungsverträge aus von anderen Einrichtungen als den in Art. 2 der Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen (1) genannten Unternehmen durchgeführten Geschäften, deren Zweck darin besteht, den unselbstständig oder selbstständig tätigen Arbeitskräften eines Unternehmens oder einer Unternehmensgruppe oder den Angehörigen eines Berufes oder einer Berufsgruppe im Todes- oder Erlebensfall oder bei Arbeitseinstellung oder bei Minderung der Erwerbstätigkeit oder bei arbeitsbedingter Krankheit oder Arbeitsunfällen Leistungen zu gewähren.

#### Artikel 2

##### Universelle Anwendung

Das nach dieser Verordnung bezeichnete Recht ist auch dann anzuwenden, wenn es nicht das Recht eines Mitgliedstaats ist.

#### Artikel 3

##### Freie Rechtswahl

(1) Der Vertrag unterliegt dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl muss ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben. Die Parteien können die Rechtswahl für ihren ganzen Vertrag oder nur für einen Teil desselben treffen.

#### Artikel 4

##### Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht

(1) Soweit die Parteien keine Rechtswahl gemäß Art. 3 getroffen haben, bestimmt sich das auf den Vertrag anzuwendende Recht unbeschadet der Art. 5 bis 8 wie folgt:

b) Dienstleistungsverträge unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

[...]

(3) Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen als dem nach Abs. 1 oder 2 bestimmten Staat aufweist, so ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.

#### Artikel 5

##### Beförderungsverträge

(1) Soweit die Parteien in Bezug auf einen Vertrag über die Beförderung von Gütern keine Rechtswahl nach Art. 3 getroffen haben, ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Beförderer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern sich in diesem Staat auch der Übernahmeort oder der Ablieferungsort oder der gewöhnliche Aufenthalt des Absenders befindet. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so ist das Recht des Staates des von den Parteien vereinbarten Ablieferungsorts anzuwenden.

#### Artikel 6

##### Verbraucherverträge

(1) Unbeschadet der Art. 5 und 7 unterliegt ein Vertrag, den eine natürliche Person zu einem Zweck, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann („Verbraucher“), mit einer anderen Person geschlossen hat, die in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt („Unternehmer“), dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Unternehmer a) seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder b) eine solche Tätigkeit auf irgend einer Weise auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates, ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.

#### Artikel 7

##### Versicherungsverträge

[...]

#### Artikel 8

##### Individualarbeitsverträge

[...]

#### Artikel 19

##### Gewöhnlicher Aufenthalt

(1) Für die Zwecke dieser Verordnung ist der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen der Ort ihrer Hauptverwaltung. Der gewöhnliche Aufenthalt einer natürlichen Person, die im Rahmen der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit handelt, ist der Ort ihrer Hauptniederlassung.

<sup>2</sup> Vgl. [www.dertour.de/ibecontent/agb#agb9](http://www.dertour.de/ibecontent/agb#agb9) (zuletzt abgerufen am 05.04.2020).



**Artikel 23**

*Verhältnis zu anderen Gemeinschaftsrechtsakten*

Mit Ausnahme von Art. 7 berührt diese Verordnung nicht die Anwendung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die in besonderen Bereichen Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse enthalten.

**Artikel 25**

*Verhältnis zu bestehenden internationalen Übereinkommen*

(1) Diese Verordnung berührt nicht die Anwendung der internationalen Übereinkommen, denen ein oder mehrere Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt der Annahme dieser Verordnung angehören und die Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse enthalten.

**B) Reisebedingungen/AGBs von Eurotours - Auszug**

Eurotours kann als Vermittler (Abschnitt A) und/oder als Veranstalter (Abschnitt B) auftreten. Der Vermittler übernimmt die Verpflichtung, sich um die Besorgung eines Anspruchs auf Leistungen anderer (Veranstalter, Transportunternehmen, Hotelier usw.) zu bemühen.

**A. EUROTOURS ALS VERMITTLER**

1.2. Eurotours wird Buchungsscheine verwenden, die alle wesentlichen Angaben über die Bestellung des Kunden (Reisenden) unter Hinweis auf die der Buchung zugrundeliegende Reiseausschreibung (Katalog, Prospekt usw.) im Sinne des § 6 Pauschalreisegesetz (kurz: PRG) aufweisen.

1.7. Eurotours verpflichtet sich, dem Kunden (Reisenden) bei oder unverzüglich nach Vertragsabschluss eine Bestätigung über den Reisevertrag (Reisebestätigung/Buchungsschein) zur Verfügung zu stellen.

**B. EUROTOURS ALS VERANSTALTER****5.1. Gewährleistung:**

Der Kunde (Reisende) hat bei nicht oder mangelhaft erbrachter Leistung einen verschuldensunabhängigen Gewährleistungsanspruch gemäß § 12 Abs. 1 PRG, soweit die Vertragswidrigkeit nicht dem Kunden (Reisenden) zuzurechnen ist [...].

**7.1. Rücktritt des Kunden (Reisenden) vor Antritt der Reise:**

a) Rücktritt ohne Stornogebühr: Abgesehen von den gesetzlich eingeräumten Rücktrittsrechten kann der Kunde (Reisende), ohne dass Eurotours gegen ihn Ansprüche hat, in folgenden, vor Beginn der Leistung eintretenden Fällen zurückzutreten: Wenn wesentliche Bestandteile des Reisevertrages, zu denen auch der Reisepreis zählt, erheblich geändert werden [...].

**c) Rücktritt mit Stornogebühr:**

Die Stornogebühr steht in einem prozentuellen Verhältnis zum Reisepreis und richtet sich bezüglich der Höhe nach dem Zeitpunkt der Rücktrittserklärung und der jeweiligen Reiseart, sowie den ersparten Aufwendungen, den allenfalls zu erwartenden Einnahmen aus anderweitigen Verwendungen der Reiseleistungen sowie der tatsächlich zu leistenden Zahlungen an die jeweiligen Leistungsträger. Als Reisepreis bzw. Pauschalpreis ist der Gesamtpreis der vertraglich vereinbarten Leistung zu verstehen. Der Kunde (Reisende) ist in allen nicht unter lit. a) genannten Fällen gegen Entrichtung einer Stornogebühr berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten. Im Falle der Unangemessenheit der Stornogebühr kann diese vom Gericht gemäßigt werden. Für Pauschalreisen, bei denen Eurotours als Veranstalter auftritt, gelten – sofern nicht mit dem Kunden (Reisenden) gesondert vereinbart – folgende Stornogebühren: bis zum 30. Tag vor Reiseantritt 10 % [...].

**7.2. Rücktritt der Eurotours vor Antritt der Reise:**

c) Die Stornierung erfolgt auf Grund höherer Gewalt, d.h. auf Grund ungewöhnlicher und unvorhersehbarer Ereignisse, auf die derjenige, der sich auf höhere Gewalt beruft, keinen Einfluss hat und deren Folgen trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht hätten vermieden werden können. Hierzu zählt jedoch nicht die Überbuchung, wohl aber staatliche Anordnungen, Streiks, Krieg oder kriegsähnliche Zustände, Epidemien, Naturkatastrophen usw.

**Gliederung****A) Grundfall – Ansprüche von HS**

I. Ansprüche gegen American Express

II. Ansprüche gegen den Vertragspartner

1. Vorliegen eines Sachverhalts mit Auslandsberührung
2. Anwendbarkeit materiellen Einheitsrechts
3. Anwendbarkeit von Kollisionsrecht
4. Bestimmung des einschlägigen Kollisionsrechts
5. Bestimmung der einschlägigen Kollisionsnorm
  - a) Vorrangig anwendbare europarechtliche oder völkerrechtliche Kollisionsnormen?
  - b) Rechtswahl qua Parteivereinbarung?
  - c) Spezielle Kollisionsnormen?
    - aa) Beförderungsvertrag
    - bb) Verbrauchervertrag
    - cc) Zwischenergebnis
  - d) Allgemeine Kollisionsnorm
6. Anwendung der einschlägigen Kollisionsnorm
7. Anwendung des maßgeblichen materiellen Rechts
8. Ergebnis

**B) Abwandlung – Ansprüche von DS**

## Gutachten

**Hinweis**

Die derzeit wichtigsten Corona-Fragen von Verbrauchern entstammen dem Vertragsrecht, dem Arbeitsrecht, dem Mietrecht und dem Reiserecht. Vorliegend sollen Corona-Klassiker des Reiserechts abgehandelt werden, die alleine im Umfeld des Autors mehrfach relevant waren und sind. Jedenfalls ist der vorliegende Grundfall tatsächlich real, die Abwandlung wurde aus Gründen der Klausurtaktik ergänzt.

**A) Grundfall – Ansprüche von HS**

Ansprüche auf Rückzahlung oder Erstattung des gezahlten Reisepreises könnten einerseits gegen American Express, andererseits aber auch und vor allem gegen den Reiseveranstalter bestehen.

**I. Ansprüche gegen American Express**

HS könnte zunächst Ansprüche auf Erstattung des Reisepreises auf Basis einer in Anspruch zu nehmenden Reiserücktrittsversicherung gegen American Express haben. Dies ist aber bereits insoweit fraglich, als dass den Kreditkartenbedingungen nach ein Dritter die etwaige Versicherungsleistung für den ausgeübten Reiserücktritt namens American Express erbringt. Dann wäre für diesen Fall womöglich American Express gar nicht der taugliche Anspruchsgegner.

Die Frage des richtigen Anspruchsgegners kann aber dahinstehen, sofern ein entsprechender Entschädigungsanspruch ohnehin nicht gegeben sein kann. Vorliegend regeln die Kreditkartenbedingungen die Möglichkeit des Reiserücktritts vor Reiseantritt für Pandemiefälle gerade nicht, sondern lediglich bezogen auf die eigene Krankheit oder die eines Reisepartners oder nahen Angehörigen. Die vorliegend in Rede stehende Corona-Pandemie betrifft aber zunächst noch nicht den HS, seine Ehefrau als Reisepartnerin/nah Angehörige oder sonst nahe Angehörige in ihrer Eigenschaft als bereits kranke Personen. Damit ist ein Reiserücktritt über die Kreditkarte und die darin enthaltene Reiserücktrittsversicherung zunächst nicht möglich, soweit es um die Erstattung des gezahlten Reisepreises geht.

**Hinweis**

ein regelrechter Klassiker ist es indes, in ansonsten rechtlich aussichtslosen Situationen schnell noch einen Krankheitsgrund (von sich selbst oder dem Partner/der Partnerin) zu konstruieren. In so einem Fall wird kurz vor Reiseantritt für schwierig zu widerlegende Krankheitsbilder wie Schwindel, Migräne, Herzschmerzen o.ä. ein Attest eingeholt und damit der Abbruchgrund Krankheit fingiert. Das Ganze ist zwar rechtswidrig und mithin als Betrug strafbar, lässt sich von Seiten des Reiserücktrittsversicherers aber nur schwer beweisen. Im Corona-Umfeld ist damit zu rechnen, dass zahlreiche Verbraucher in den nächsten Monaten diesen Joker noch ziehen werden, falls der Veranstalter die Reise nicht von sich aus absagt und von daher die Reisekosten erstattet.

Ohne „illegale Trickereien“ kommt HS jedenfalls nicht weiter, wenn er versucht, die Reiserücktrittsversicherung seiner Kreditkarte in Anspruch nehmen zu wollen.

**II. Ansprüche gegen den Vertragspartner**

Womöglich kann sich HS aber gegenüber dem Vertragspartner in irgendeiner Form vom Vertrag lösen und den gezahlten Reisepreis zurückerhalten.

Da HS über ein österreichisches Portal gebucht hat, gilt es nun zunächst, das überhaupt anwendbare materielle Recht zu bestimmen.

**1. Vorliegen eines Sachverhalts mit Auslandsberührung**

Zunächst müsste überhaupt ein Fall mit Auslandsberührung vorliegen, vgl. Art 3 EGBGB aE.

Vorliegend ist HS ein Deutscher, der über ein österreichisches Portal Leistungen im Zusammenhang mit einer Reise gebucht hat, wobei die konkreten Leistungen in Italien erbracht werden sollten. Ein Sachverhalt mit Auslandsberührung liegt damit vor. An dieser Stelle kann dabei zunächst noch offenbleiben, wer der eigentliche Vertragspartner von HS ist.

**2. Anwendbarkeit materiellen Einheitsrechts**

Fraglich ist weiter, ob materielles Einheitsrecht angewendet werden müsste (zB. das UN-Kaufrecht – CISG). Dann bestünde ein Anwendungsvorrang dessen, vgl. Art. 3 Nr. 2 EGBGB. Vorliegend handelt es sich aber um keinen kaufrechtlichen Fall und auch anderweitig ist kein materielles Einheitsrecht in Sicht. Folglich scheidet die Anwendbarkeit materiellen Einheitsrechts aus.

**3. Anwendbarkeit von Kollisionsrecht**

Da somit ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, jedoch kein materielles Einheitsrecht einschlägig ist, muss über Kollisionsrecht bestimmt werden, welches nationale materielle Recht zur Anwendung kommt. Vorliegend kommt in Bezug auf Leistungen im Zusammenhang mit einer Reise wahlweise die Anwendung entweder deutschen, österreichischen oder italienischen Rechts in Betracht. Schließlich weist der Fall Bezüge zu diesen drei Ländern auf. Da es dann um etwaige zivilrechtliche Ansprüche des HS geht, handelt es sich dann im Ergebnis entweder um Ansprüche nach dem deutschen BGB, dem österreichischen ABGB (öABGB) oder dem italienischen Codice Civile (iCC).

Nach Art. 3 EGBGB besteht das einschlägige Kollisionsrecht vorrangig in einer der hier aufgelisteten Verordnungen oder Vereinbarungen und nur nachrangig in den Vorschriften des 2. Kapitels des EGBGB. Dies ergibt sich insbesondere aus der Formulierung in Art. 3 EGBGB aE. „soweit nicht“. <sup>3</sup> Zu den aufgelisteten Verordnungen und Vereinbarungen zählt dabei u.a. nach Art. 3 Nr. 1 lit. b) EGBGB die sog. Rom I-Verordnung (Rom I-VO) über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht. Vorliegend könnte jedenfalls die Rom I-Verordnung anwendbar sein. Denn ein Vertrag über Leistungen im Zusammenhang mit einer Reise begründet auf den ersten Blick ein vertragliches Schuldverhältnis.

<sup>3</sup> Ring/Olsen-Ring, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. (2017), Rn. 4; Krebs, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. (2019), S. 10.

#### 4. Bestimmung des einschlägigen Kollisionsrechts

Fraglich ist sodann, welches Kollisionsrecht gilt. Vorliegend kommt nur die Rom I-VO in Betracht.

Mit dem Vertrag über Leistungen im Zusammenhang mit einer Reise erscheint vorliegend auch der Anwendungsbereich der Rom I-VO eröffnet zu sein. Denn der Anwendungsbereich ist nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO für vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen eröffnet, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen. Ferner sind bei Verträgen über Leistungen im Zusammenhang mit einer Reise keine sachlichen Ausnahmen vom Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 Rom I-VO erkennbar.

Ferner gilt nach Art. 2 Rom I-VO ein universeller räumlicher Anwendungsbereich. Es ist also nur erforderlich, dass ein vertragliches Schuldverhältnis besteht, welches eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweist. Nicht erforderlich ist, dass diese Staaten EU-Mitgliedstaaten sind<sup>4</sup>, was vorliegend aber mit Deutschland, Österreich und Italien ohnehin der Fall ist.

Im Ergebnis gilt damit jedenfalls die Rom I-VO.

#### 5. Bestimmung der einschlägigen Kollisionsnorm

In der Folge ist die konkrete Kollisionsnorm aus der Rom I-VO zu bestimmen.

Für die Bestimmung der einschlägigen Kollisionsnorm nach der Rom I-VO kommt es darauf an, ob es iSd. Art. 23 und Art. 25 Rom I-VO vorrangig anwendbare europa- oder völkerrechtliche Kollisionsnormen gibt, ob sich die Parteien im verneinenden Fall in zulässiger und wirksamer Weise auf das anwendbare Recht geeinigt haben, ob im verneinenden Fall eine der speziellen Kollisionsnormen der Art. 5 bis Art. 8 Rom I-VO einschlägig ist oder ob im verneinenden Fall sodann die allgemeine Kollisionsnorm Art. 4 Rom I-VO gilt.

##### a) Vorrangig anwendbare europarechtliche oder völkerrechtliche Kollisionsnormen

Fraglich ist zunächst, ob es iSd. Art. 23 und Art. 25 Rom I-VO vorrangig anwendbare europarechtliche oder völkerrechtliche Kollisionsnormen gibt.

Dafür ergeben sich vorliegend allerdings keine Anhaltspunkte.

##### b) Rechtswahl qua Parteivereinbarung

Weiterhin könnten die Parteien die Geltung eines bestimmten nationalen Rechts iSd. Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO miteinander vereinbart haben.

Zumindest bei Verträgen über Leistungen im Zusammenhang mit einer Reise, die online abgeschlossen werden, ist es üblich, keine gesonderten Vereinbarungen zum auf den Vertrag anwendbaren Recht zu treffen. Hier muss der Buchende vielmehr stets vor dem Abschluss der Buchung mit einem Häkchen bestätigen, dass er die Reisebedingungen/AGBs des Veranstalters zur

Kenntnis genommen hat. Folge davon ist, dass diese Reisebedingungen/AGBs in den Vertrag einbezogen werden.

Die Reisebedingungen/AGBs von Eurotours enthalten jedenfalls keinerlei Angaben zur für die einzelnen Verträge geltenden Rechtsordnung, sonst wäre diese Information im Sachverhalt angegeben.

Fraglich ist aber, ob Eurotours wirklich der Reiseveranstalter ist. Dies könnte zunächst genauso gut Hofer Reisen sein oder vielleicht auch das gebuchte Hotel in Bibione. Vorliegend gibt der auf der Homepage von Hofer Reisen enthaltene Zusatz, wonach „Vermittler Hofer Reisen und Reiseveranstalter für alle auf der Homepage angebotenen Reisen Eurotours ist“ die entscheidende Information. Hofer Reisen handelt (regelmäßig) lediglich als Vermittler der Reisen.

#### Hinweis

dies ist bei Lichte besehen bei fast jedem Online-Portal zur Buchung von Reisen so. Das Online-Portal erfüllt dann lediglich die Aufgaben, die auch ein normales Reisebüro wahrnimmt. Es vermittelt die Reisen zwischen dem Kunden und dem Reiseveranstalter.

Allerdings stellt sich die Frage, warum die Reisebedingungen von Eurotours dann darauf verweisen, dass Eurotours entweder als Vermittler oder als Veranstalter in Erscheinung treten kann. Letztlich ist dies eine Folge davon, dass jeder Veranstalter seinerseits auch Zusatzleistungen anbieten kann (zB. Mietwagenservice, Versicherungsschutz). Niemand käme dann ernsthaft auf die Idee, dass Eurotours auch in Bibione einen Mietwagenverleih betreibt, hier vermittelt der Veranstalter lediglich den Mietwagen.

#### Hinweis

Seit 2018 wird es aber für die Online-Portale auf Basis der nationalen Umsetzungen der Pauschalreise-Richtlinie<sup>5</sup> gefährlich. Klären diese bei Abschluss des Reisevertrags nicht ordnungsgemäß darüber auf, dass sie nur Vermittler von Reiseleistungen sind, haften sie als Veranstalter.<sup>6</sup> Das kann im Ernstfall schwerwiegende Konsequenzen haben: Wird zB. der Veranstalter insolvent, kann der Reisende in so einem Fall den Vermittler wie einen Veranstalter in Anspruch nehmen und ihn etwa zur Übernahme der Heimreise verpflichten.

Jedenfalls lässt sich im Ergebnis festhalten, dass HS und Eurotours miteinander keine Rechtswahl iSd. Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO miteinander vereinbart haben.

##### c) Spezielle Kollisionsnormen

Ferner könnte eine spezielle Kollisionsnorm der Rom I-VO gelten. Spezielle Kollisionsnormen sind die Art. 5 bis 8 Rom I-VO. Vorliegend könnte der von HS abgeschlossene Vertrag über Leistungen im Zusammenhang mit einer Reise entweder ein Beförderungsvertrag iSd. Art. 5 Rom I-VO oder ein Verbrauchervertrag iSd. Art. 6 Rom I-VO sein.

<sup>4</sup> Ring/Olsen-Ring, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. (2017), Rn. 189; Staudinger, in: Schulze u.a., BGB, 10. Aufl. (2019), Art. 2 Rom I-VO Rn. 1.

<sup>5</sup> Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen.

<sup>6</sup> Vgl. mit Details zu manchmal schwierigen Abgrenzungsfällen [www.bmjv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Reiserecht.pdf](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Reiserecht.pdf), dort S. 15 ff. (zuletzt abgerufen am 05.04.2020).



### aa) Beförderungsvertrag

Der Vertrag über Leistungen im Zusammenhang mit einer Reise könnte zunächst als Vertrag über die Beförderung von Personen iSd. Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO anzusehen sein. Verträge über die Personenbeförderung sind solche, die eine Seite rechtsgeschäftlich zum Transport einer oder mehrerer Personen von einem Ort zum anderen verpflichten, und zwar unabhängig von Beförderungsart und -mittel.<sup>7</sup> Vorliegend ist jedoch zu sehen, dass HS auf dem Portal von Hofer Reisen lediglich Hotelübernachtungen mit Eigenreise (dort als sog. PKW-Reisen bezeichnet) gebucht hat. Daher wurde Eurotours gerade nicht zur Erbringung von Beförderungsleistungen verpflichtet. Folglich ist Art. 5 Rom I-VO nicht anwendbar.

#### Hinweis

Die reine Hotelbuchung ist damit an und für sich ein sog. Individualreisevertrag. Dieser unterscheidet sich vom Pauschalreisevertrag dadurch, dass Pauschalreisen mehrere Einzelelemente (zB. Flug, Übernachtung, Transfer, Ausflüge, Mietwagenverleih, Versicherungsschutz etc.) beinhalten. Seit 2018 beinhalten die Angebote der großen Online-Portale selbst bei bloßen Hotelbuchungen fast durchweg ein freiwillig gewährtes Zusatzelement, um aus Vereinfachungsgründen rundherum alle angebotenen Reiseverträge als Pauschalreise behandeln zu können. Damit erlangen auch faktische Individualreisen oftmals einen erhöhten Grad an Verbraucherschutz.

Da der von HS abgeschlossene Vertrag über Leistungen im Zusammenhang mit einer Reise aber keinerlei Beförderungserbringung durch Dritte beinhaltet, auch nicht in freiwilliger Form, kommt die Anwendung von Art. 5 Rom I-VO insgesamt nicht in Betracht.

### bb) Verbrauchervertrag

Der von HS abgeschlossene Vertrag über Leistungen im Zusammenhang mit einer Reise könnte jedoch als Verbrauchervertrag iSd. Art. 6 Rom I-VO anzusehen sein.

Hierfür wäre es erforderlich, dass zunächst der persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist. Dann müsste HS als Verbraucher begriffen werden können. Dafür ist iSv. Art. 6 Rom I-VO entscheidend, dass die maßgebliche Leistung (zumindest weit überwiegend) zum privaten Lebensbereich zugerechnet werden kann.<sup>8</sup> HS wollte mit seiner Ehefrau zusammen privat in Bibione übernachten, so dass er den konkreten Reisevertrag als Verbraucher abgeschlossen hat. Spiegelbildlich dazu müsste Eurotours als Unternehmer anzusehen sein. Das setzt voraus, dass Eurotours bei Vertragsabschluss in Ausübung der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat. Dies ist der Fall.

Ferner käme es auf die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs an. Erfasst sind alle Arten von Verträgen, sofern keine Ausnahme aus Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO einschlägig ist. Möglich

erscheint, dass die Ausnahme des Art. 6 Abs. 4 lit. a) Rom I-VO greift. Danach ist Art. 6 Rom I-VO nicht einschlägig bei Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen, wenn die dem Verbraucher geschuldeten Dienstleistungen ausschließlich in einem anderen als dem Staat erbracht werden müssen, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Fraglich ist dabei zunächst, wo HS seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Für eine natürliche Person, die in privater Eigenschaft handelt, regelt die Rom I-VO hierzu überraschenderweise nichts, insbesondere nicht in Art. 19 Abs. 1 Rom I-VO. Die entsprechende Konkretisierung bleibt somit der Rechtsprechung überlassen.<sup>9</sup> Jedoch ist davon auszugehen, dass die Rom I-VO den gewöhnlichen Aufenthalt in gleicher Weise bestimmen will wie das sonstige IPR. Dann kommt es auf den Lebensmittelpunkt der jeweiligen natürlichen Person an.<sup>10</sup> HS hat seinen Lebensmittelpunkt (Wohnsitz) jedenfalls in Deutschland. Die dem HS geschuldeten Hotelübernachtungen fallen auch ausschließlich in einem anderen Staat an, nämlich in Italien. Fraglich ist aber, ob es sich dabei um eine Erbringung von Dienstleistungen i.S.v. Art. 6 Abs. 4 lit. a) Rom I-VO handelt. Denn aus deutscher Sicht läge bei einem Reisevertrag mit dem ausschließlichen Inhalt der Hotelübernachtung ein Beherbergungsvertrag vor. Ein Beherbergungsvertrag wiederum ist als gemischttypischer Vertrag anzusehen, der mietrechtliche Elemente mit solchen aus Kauf-, Dienst-, Werk- und Verwahrungsvertrag zusammenfasst.<sup>11</sup> Die ausschließliche Hotelunterkunft im Ausland soll indes aus dem europarechtlichen Blickwinkel gerade als eine typische Dienstleistung von Art. 6 Abs. 4 lit. a) Rom I-VO erfasst sein.<sup>12</sup>

Damit ist der sachliche Anwendungsbereich des Art. 6 Rom I-VO insgesamt doch nicht eröffnet.

### cc) Zwischenergebnis

Insgesamt ist daher keine spezielle Kollisionsnorm einschlägig.

### d) Allgemeine Kollisionsnorm

Demnach kommt als maßgebliche Kollisionsnorm vorliegend einzig Art. 4 Rom I-VO in Betracht.

## 6. Anwendung der einschlägigen Kollisionsnorm

Fraglich ist nun aber immer noch, welches materielle Recht zur Anwendung kommt. Dies bestimmt sich final danach, welcher der Absätze von Art. 4 Rom I-VO vorliegend einschlägig ist.

Vorrangig ist auf Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO abzustellen. Nach Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO unterliegen Dienstleistungsverträge – unbeschadet der Art. 5 bis 8 Rom I-VO. dem Recht des Staates, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Vorliegend wurde bereits im Zusammenhang mit Art. 6 Rom I-VO festgestellt, dass ein Beherbergungsvertrag, wie ihn HS abgeschlossen hat, als Dienstleistungsvertrag iSd. Rom I-VO anzusehen ist. Dies setzt sich bei Art. 4 Rom I-VO fort, jedenfalls wenn der Beherbergungsvertrag über die bloße Raummiete hinausreicht.<sup>13</sup> Da HS zusätzlich Verpflegungsleistungen gebucht

<sup>7</sup> Staudinger, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski u.a., Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. (2018), Art. 5 Rom I-VO Rn. 41; Martiny, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2018), Art. 5 Rom I-VO Rn. 25.

<sup>8</sup> Wenner, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. (2013), Rn. 338; Rauscher, IPR, 5. Aufl. (2017), § 10 Rn. 1238.

<sup>9</sup> Thorn, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. (2016), Art. 19 Rom I-VO Rn. 1; Martiny, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2018), Art. 19 Rom I-VO Rn. 12.

<sup>10</sup> v. Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (2007), § 5 Rn. 73; Krebs, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. (2019), S. 15.

<sup>11</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 2008, 1526 (1527); LG Wuppertal NJW-RR 2013, 427; Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), vor § 535 Rn. 36.

<sup>12</sup> Martiny, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2018), Art. 6 Rom I-VO Rn. 24; Staudinger, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski u.a., Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. (2018), Art. 6 Rom I-VO Rn. 33 f.

<sup>13</sup> Martiny, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2018), Art. 4 Rom I-VO Rn. 46; Spickhoff, in: Bamberger/Roth, BGB, 4. Aufl. (2020), Art. 4 Rom I-VO Rn. 25.

hat (Halbpension) liegt jedenfalls ein Dienstleistungsvertrag vor, welcher zur grundsätzlichen Anwendung von Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO führt.

Fraglich ist aber weiter, wer dann der maßgebliche Dienstleister ist. Möglich wäre dabei einerseits, dass Dienstleister Eurotours wäre, denn Eurotours ist auf der Homepage von Hofer Reisen als Reiseveranstalter ausgewiesen. Dagegen kommt andererseits auch in Betracht, dass das Hotel in Bibione der Dienstleister ist. Schließlich erbringt das Hotel die konkrete Beherbergungsleistung etc. als Inhalt des von HS abgeschlossenen Vertrags. Vorliegend wird darauf abzustellen sein, dass die Auslobung „Veranstalter aller Reisen ist Eurotours“ bei Lichte besehen gar nicht greift, denn die PKW-Reise, bestehend lediglich aus einer Hotelbuchung mit ggf. Zusatzleistungen wie Verpflegung stellt gar keine Reise iS. dar. Derartige Leistungen will auch Eurotours nur vermitteln. So wie auch reine Hotelbuchungsportale wie zB. Booking.com lediglich als Vermittler zwischen Gast und Hotel in Erscheinung treten wollen. Außerdem ist Kern von Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO, dass der Betriebssitz des Hotels im Ausland als *lex rei sitae* für die Bestimmung der maßgeblichen Rechtsordnung zur Anwendung kommen soll.<sup>14</sup> Grundsätzlich gilt damit nach Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO italienisches Recht.

Hiervon abweichend könnte gleichwohl dann doch ein anderes materielles Recht gelten, wenn sich iSd. Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat aufweist. Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO ist dabei wegen des Ausnahmeharakters restriktiv auszulegen.<sup>15</sup> Von daher sind zB. der Abschlussort, der gewöhnliche Aufenthaltsort des Reisenden oder die Vertragssprache eher schwache Kriterien.<sup>16</sup> Dies alleine reicht noch nicht aus, damit eben gerade offensichtlich eher deutsches oder österreichisches Recht gelten sollte.

Im Ergebnis gilt daher jedenfalls italienisches Recht.

## 7. Anwendung des maßgeblichen materiellen Rechts

Nachdem Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO Anwendung findet und damit italienisches Recht gilt, müsste auf die entsprechenden Vorschriften des iCC abgestellt werden.

Dabei kommt es jedenfalls nicht auf die italienischen Vorschriften an, die den deutschen §§ 651 a ff. BGB entsprechen.<sup>17</sup> Denn diese Umsetzungsnormen der Pauschalreise-Richtlinie sind gar nicht anwendbar. Schließlich stellt eine Hotelbuchung für sich genommen noch keine Gesamtheit von mindestens zwei verschiedenen Arten von Reiseleistungen für den Zweck derselben Reise iSd. § 651a Abs. 2 Satz 1 BGB dar. Dies ändert sich auch dann nicht, wenn zusätzlich zur Hotelübernachtung im selben Hotel noch Halb- oder Vollpension hinzugebucht wurde. Denn dem Wesen nach ist eine solche Verpflegungsleistung iSd. § 651a Abs. 3 Satz 2 BGB der wesentliche Bestandteil einer anderen Leistung<sup>18</sup>, nämlich der Beherbergungsleistung iSd. § 651a Abs. 3

Satz 1 Nr. 2 BGB. Dies kann im italienischen Recht gar nicht anders sein, denn die Begrifflichkeiten Pauschalreise und Reiseleistung sind in Art. 3 Pauschalreise-Richtlinie als Rahmenregelung einheitlich vorgegeben und mussten daher in den Mitgliedstaaten der EU einheitlich umgesetzt werden.

Folglich kann es lediglich allgemein auf italienisches Leistungsstörungenrecht ankommen. Im iCC gibt es indes keine Sonderregeln für Hotel- oder Beherbergungsverträge. Vielmehr ist es nach italienischem Recht üblich, dass das Hotel mit dem Gast einen sog. Gastaufnahmevertrag abschließt, der über Allgemeine Vertragsbedingungen iSd. Art. 1341 iCC genauer spezifiziert wird.<sup>19</sup> Regelmäßig wird dort dann nicht anhand von Verschulden oder höherer Gewalt unterschieden: Storniert der Gast, muss er typischerweise den vollen Preis bezahlen.

Vorliegend gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass HS bislang lediglich vermutet, dass die Reisebeschränkungen über den Mai hinweg anhalten. Dies ist aber bislang keineswegs sicher. Zudem kann er ebenso darauf hoffen, dass entweder das Hotel in Bibione von sich aus den Vertrag storniert, zB. weil auch in Italien die Hotels geschlossen wurden oder unrentabel ausgelastet sind. Dann wird HS ohnehin von seiner Gegenleistung frei und erhält den gezahlten Betrag zurück. Weiterhin – selbst wenn dies nicht der Fall wäre – hat es sich eingebürgert, dass die Reisevermittler (Portale) sich in diesem Fall erkenntlich zeigen und den Reisenden aus Kulanz entschädigen. Schließlich hat der juristische Laie nicht unbedingt einen Überblick darüber, wer sein Vertragspartner ist. Er wird im vorliegenden Fall vielmehr Hofer Reisen etwaige Negativerfahrungen ankreiden, so dass deren Ruf auf dem Spiel steht, falls HS zwar entschädigungslos seine Gegenleistung erbracht hat, aber keine Leistung erhält.

Bei alledem gilt es aber auch im Auge zu behalten, wer nach der Corona-Krise überhaupt noch die Leistung erbringen oder Rückzahlungen/Entschädigungen vornehmen kann. Trotz aller Staatshilfen ist schließlich europaweit u.a. im Touristiksektor mit einer Insolvenzwelle zu rechnen.

## 8. Ergebnis

Insgesamt wird dem HS daher zu raten sein, dass er zunächst erst einmal abwarten sollte, was sich tut. Im Vordergrund steht dabei die Hoffnung, dass er die Reise doch noch antreten kann. Falls dies nicht der Fall ist, sollte er bis zuletzt abwarten, ob die Reise ihm gegenüber nicht doch noch storniert wird, weil auch die Übernachtung von Seiten des Hotels in Bibione nicht gewährleistet werden kann. Die illegale Krankschreibung als theoretisch dritte und letzte Variante, um dann zumindest eine Erstattung über den Kreditkartenanbieter herbeizuführen, sollte dem HS aber natürlich nicht angeraten werden.

## B) Abwandlung – Ansprüche von DS

Im Rahmen der Abwandlung könnte der Fall womöglich gänzlich anders aussehen als im Grundfall. Insoweit hat DS nämlich

<sup>14</sup> Spickhoff, in: Bamberger/Roth, BGB, 4. Aufl. (2020), Art. 4 Rom I-VO Rn. 25; Thorn, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), Art. 4 Rom I-VO Rn. 10.

<sup>15</sup> Ring/Olsen-Ring, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. (2017), Rn. 212; Schmidt, JURA 2011, 117 (119).

<sup>16</sup> Rauscher, IPR, 5. Aufl. (2017), § 10 Rn. 1226; ähnlich Thorn, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), Art. 4 Rom I-VO Rn. 30.

<sup>17</sup> Italien hantiert in Teilen mit einer völlig anderen Gesetzestechnik als etwa Deutschland oder Österreich. Viele Richtlinienumsetzungen des Zivilrechts

erfolgen so nicht im iCC, sondern flankierend in Gesetzesvertretenden Dekreten. Bei der Umsetzung der Pauschalreise-Richtlinie erfolgte die Umsetzung im Gesetzesvertretenden Dekret Nr. 62/2018.

<sup>18</sup> Geib, in: Bamberger/Roth, BGB, 4. Aufl. (2020), § 651a Rn. 42; Tonner, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2018), § 651a Rn. 31.

<sup>19</sup> Vgl. etwa [intranet.dorf-tirol.it/upload/file/gastaufnahmevertrag.pdf](https://intranet.dorf-tirol.it/upload/file/gastaufnahmevertrag.pdf) (zuletzt abgerufen am 05.04.2020).

nach § 651h Abs. 1 Satz 1 einen Anspruch auf Rücktritt vom Vertrag vor Reiseantritt.

Tritt der Reisende dann tatsächlich vom Vertrag zurück, verliert der Reiseveranstalter den Anspruch auf den vereinbarten Reisepreis, er kann dann jedoch eine angemessene Entschädigung verlangen, vgl. § 651h Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 BGB. Diese Entschädigung entfällt nach § 651h Abs. 3 Satz 1 BGB aber, wenn am Bestimmungsort oder in dessen unmittelbarer Nähe unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände auftreten, die die Durchführung der Pauschalreise oder die Beförderung von Personen an den Bestimmungsort erheblich beeinträchtigen. Der Reiseveranstalter muss letztlich bei ausgeübtem Rücktritt des Reisenden die Rückerstattung des Reisepreises unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 14 Tagen vornehmen, vgl. § 651h Abs. 5 BGB.

Dies setzt allerdings grundlegend voraus, dass die von DS gebuchte Reise eine Pauschalreise war. Wie bereits im Grundfall unter A) bezeichnet ist eine Pauschalreise nach § 651a Abs. 2 Satz 1 BGB eine Gesamtheit von mindestens zwei verschiedenen Arten von Reiseleistungen für den Zweck derselben Reise. Vorliegend liegt mit der gebuchten Bahnreise eine Reiseleistung iSd. § 651a Abs. 3 Nr. 1 BGB (Beförderung) vor. Die gebuchten Übernachtungen nebst Frühstück bilden ferner die Reiseleistung Beherbergung iSd. § 651a Abs. 3 Nr. 2 BGB ab. Fraglich ist zudem, wie es sich mit dem dazu gebuchten Skipass verhält. Dieser stellt eine sonstige touristische Leistung iSd. § 651a Abs. 3 Nr. 4 BGB dar.<sup>20</sup> Vorliegend existieren damit gleich drei Reiseleistungen für eine einheitliche Reise, so dass letztlich eine Pauschalreise vorliegt.

DS kann daher vor dem Reiseantritt noch rechtzeitig vom Vertrag zurücktreten und den bereits bezahlten Reisepreis herausverlangen. Fraglich ist allein, ob sie die gezahlten 1.600 Euro vollständig zurückbekommt oder ob ihr hiervon eine Entschädigungszahlung abgezogen werden kann. Dies hängt iSd. § 651h Abs. 3 Satz 1 BGB eben davon ab, ob am Bestimmungsort Garmisch-Partenkirchen aufgrund des Corona-Virus' unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände auftreten, welche die Durchführung der Pauschalreise erheblich beeinträchtigen. Nach § 651h Abs. 3 Satz 2 BGB sind Umstände unvermeidbar und außergewöhnlich, wenn sie nicht der Kontrolle der Partei (des Reisenden) unterliegen, die sich hierauf beruft, und sich ihre Folgen auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen worden wären.

#### Hinweis

auf die weltweite Reisewarnung des Auswärtigen Amtes kommt es jedenfalls im vorliegenden Fall nicht an. Denn derartige Reisewarnungen können zwar ein Indiz für unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände (vormals: höhere Gewalt) sein, so dass ein entschädigungsloser Rücktritt möglich ist. Allerdings reicht das Indiz alleine für die Feststellung noch nicht aus. Zudem gilt das Vorgenannte

im vorliegenden Fall nicht, da Reisewarnungen des Auswärtigen Amtes lediglich Auslandsreisen und nicht wie vorliegend Inlandsreisen abdecken.

Unvermeidbare und außergewöhnliche Umstände sind nun iSd. dem § 651h Abs. 3 BGB zugrundeliegendem Art. 3 Nr. 12 Pauschalreise-Richtlinie gemäß Erwägungsgrund 31 zB. Kriegshandlungen, schwerwiegende Beeinträchtigungen der Sicherheit wie Terrorismus, der Ausbruch einer schweren Krankheit, Naturkatastrophen wie Hochwasser, Erdbeben oder andere Witterungsverhältnisse. Die Corona-Pandemie dürfte sich in diesem Zusammenhang wohl jedenfalls als schwere Krankheit darstellen. Dann müsste DS keine Entschädigung wegen ihres ausgeübten Rücktritts vom Vertrag leisten.

Bislang ungeklärt ist allerdings die Frage, wie sich die Kollision mit § 651h Abs. 4 BGB auswirkt, wenn also auch auf Seiten des Reiseveranstalters unvermeidbare und außergewöhnliche Umstände vorliegen, die sodann auch diesen zum Rücktritt vom Vertrag berechtigen und verpflichten. Zwar verliert der Reiseveranstalter dann nach § 651h Abs. 4 Satz 2 seinen Anspruch auf den Reisepreis. Höchst fraglich erscheint aber, ob er wirklich alleine den Ausfallschaden tragen muss/sollte. Schließlich hätte er den Reisenden ja gerne in das gebuchte Hotel einquartiert, es wurde ihm allerdings durch plötzliche gesetzliche Vorgaben verunmöglicht.<sup>21</sup>

#### Hinweis

Die Bundesregierung sucht die Lösung in Bezug auf das Problem massenhaft ungeschmälerter Rückzahlungsansprüche gegen die Reiseveranstalter und damit der drohenden Insolvenz zahlreicher Touristikunternehmen darin, ebenso wie andere Mitgliedstaaten der EU auf Umbuchungen und Gutscheine auszuweichen. Kritisch ist dazu allerdings anzumerken, dass eine solche Gestattung für die bloße Ausgabe von Gutscheinen anstelle der Rückzahlung contra legem wäre. Denn der Rückzahlungsanspruch des § 651h Abs. 5 BGB beruht eben auf einer europarechtlichen Richtlinie, so dass dem nationalen Gesetzgeber die Befugnis für eine gestattende Abweichung hiervon fehlt.

Im Ergebnis kann DS somit nach ausgeübtem Rücktritt vom Vertrag die vollen 1.600 Euro Reisepreis zurückverlangen. Allerdings ist derzeit höchst fraglich, ob sie diese voll und in bar erhält. Wahrscheinlicher ist, dass sie – was zwar rechtswidrig ist – lediglich einen Gutschein<sup>22</sup> erhält und ihre Reise damit auf später verschieben muss.

#### ► Inhaltsverzeichnis



<sup>20</sup> Geib, in: Bamberger/Roth, BGB, 4. Aufl. (2020), § 651a Rn. 39; Führich, NJW 2017, 2945 (2946).

<sup>21</sup> Womöglich hat dies dann aber nichts mehr mit DS zu tun, sondern es erfolgt allenfalls eine Entschädigung des Reiseveranstalters nach Art. 7 BayIfSG.

<sup>22</sup> Vgl. etwa [www.welt.de/wirtschaft/article207045331/Stornierte-Reisen-Gutschein-Loesung-als-Kostenfalle.html](http://www.welt.de/wirtschaft/article207045331/Stornierte-Reisen-Gutschein-Loesung-als-Kostenfalle.html) (zuletzt abgerufen am 05.04.2020).



# KLAUSUR – ÖFFENTLICHES RECHT

Prof. Dr. Volker M. Haug\*

## „Skolstrejk för Klimatet“ Anfängerklausur

### Sachverhalt

Im baden-württembergischen Stadtkreis S finden – wie in der ganzen Republik – jeden Freitagvormittag Demonstrationen unter dem Motto „Fridays for Future“ statt. Der Ablauf ist dabei jeweils identisch: Der Demonstrationzug bildet sich bis 9 Uhr vor dem örtlichen Schulzentrum und zieht dann über die Hauptverkehrsachsen zum Rathausplatz, wo die Abschlusskundgebung mit verschiedenen Reden stattfindet. An den Demonstrationen nehmen nahezu ausschließlich Schülerinnen und Schüler in hoher Zahl teil; während Schulferien finden die Demonstrationen nicht statt.

Angesichts der Bedeutung des Erhalts der Erde und in der Erwartung, dass die Schülerinnen und Schüler nach einigen Wochen wieder ihrer Schulpflicht nachkommen würden, haben die örtlichen Schulen und die Stadtverwaltung dies zunächst toleriert. Nachdem sich aber die Freitagsdemonstrationen über Monate hinweg verstetigt haben und kein Abflauen der Teilnehmerzahlen erkennbar ist, entscheidet sich das Ordnungsamt von S dazu, Maßnahmen zur Durchsetzung der Schulpflicht zu ergreifen. Dies beginnt mit einem Brief des Ordnungsamtsleiters an alle Schülerinnen und Schüler ab Klasse 5 und deren Eltern. Darin wird ausgeführt, dass die Nichterfüllung der Schulpflicht eine Ordnungswidrigkeit gem. § 92 iVm. § 72 Abs. 3 SchulG BW darstellt. In Würdigung des Engagements der jungen Menschen habe man das bislang toleriert, was aber kein Dauerzustand sein könne. Daher werde Schulschwänzerinnen und –schwänzern künftig ein Ordnungsgeld in Höhe von jeweils 75 Euro pro Schultag aufgebremmt.

Die örtliche Fridays-for-Future-Gruppe (F) ist als Verein organisiert, jedoch nicht im Vereinsregister eingetragen. Sie ruft zu den wöchentlichen Demonstrationen auf und managt deren Organisation und Logistik. F verlangt umgehend die Rücknahme der Androhung und kündigt rechtliche Schritte gegen S an. Man könnte nicht zum Lernen für eine Zukunft gezwungen werden, die man gar nicht habe. Die Klimafrage sei für die junge Generation eine Existenzfrage. Das völlig unzureichende Gegensteuern der Politik mache zivilen Ungehorsam erforderlich. Der Oberbürgermeister von S hält in einem Interview in der Tageszeitung dagegen: Aus seiner Sicht hätten die Proteste der Schülerinnen und Schüler ihr Ziel – nämlich die Dominierung der nationalen und internationalen Politik durch die Klimafrage – längst erreicht, was auch das jüngst verabschiedete Klimapakete der Bundesregierung zeige.

Bei der nächsten Freitagsdemonstration in S nehmen dennoch erneut zahlreiche Schülerinnen und Schüler teil. Deren Fehlen

wird in den Klassentagebüchern vermerkt und durch das Zusenden der Ordnungswidrigkeitsbescheide an die Schülerinnen und Schüler (bzw. an deren Eltern als gesetzliche Vertreter) sanktioniert. Davon sind u.a. die 14-jährige deutsche Schülerin A, der 16-jährige türkische Schüler B und die 18-jährige portugiesische Schülerin C betroffen.

A, B und C sind nicht bereit, das Ordnungsgeld zu bezahlen, weil sie darin eine Verletzung der Demonstrationsfreiheit sehen. Außerdem verweisen sie auf ihre Mitschülerinnen und Mitschüler in vielen anderen Kommunen, gegen die keine entsprechenden Sanktionen verhängt wurden. Auch die F sieht sich in ihren Grundrechten verletzt.

**Prüfen Sie gutachterlich (ggf. im Hilfsgutachten), ob und ggf. inwiefern A, B, C und die F in Grundrechten verletzt sind!**

### Bearbeiterhinweis

#### A) Schulgesetz Baden-Württemberg - Auszug

##### § 72 Abs. 1 und 3 SchulG BW

- (1) Schulpflicht besteht für alle Kinder und Jugendlichen, die im Land Baden-Württemberg ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Ausbildungs- oder Arbeitsstätte haben. [...]
- (3) Die Schulpflicht erstreckt sich auf den regelmäßigen Besuch des Unterrichts und der übrigen verbindlichen Veranstaltungen der Schule sowie auf die Einhaltung der Schulordnung. Dasselbe gilt für Schüler, die nicht schulpflichtig sind.

##### § 92 SchulG BW

- (1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig
  1. den Verpflichtungen nach § 72 Abs. 3 nicht nachkommt [...],
  2. [...].
- (2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße geahndet werden.
- (3) Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist die untere Verwaltungsbehörde.

#### B) Landesverwaltungsgesetz Baden-Württemberg - Auszug

##### § 15 LVG BW

- (1) Untere Verwaltungsbehörden sind
  1. [...],
  2. in den Stadtkreisen die Gemeinden.
- (2) Die Aufgaben der unteren Verwaltungsbehörden werden in den Stadtkreisen und Großen Kreisstädten vom Bürgermeister, [...] als Pflichtaufgaben nach Weisung erledigt.
- (3) [...]

\* Der Autor ist Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Staats-, Europa- und Medienrecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg sowie Honorarprofessor an der Universität Stuttgart.

## Gliederung

### A) Verletzung von Art. 8 GG

#### I. Eröffnung des Schutzbereichs

1. Personeller Schutzbereich
2. Sachlicher Schutzbereich

#### II. Eingriff

1. Bei A und B
2. Bei F

#### III. Rechtfertigung

1. Schranken
2. Schranken-Schranken: Verhältnismäßigkeit

### B) Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG

#### I. Eröffnung des Schutzbereichs

#### II. Eingriff

#### III. Rechtfertigung

### C) Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG

#### I. Rechtlich relevante Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

1. Wesentlich Gleiches: Bildung von Vergleichsgruppen
2. Rechtlich relevante Ungleichbehandlung

#### II. Rechtfertigung

### D) Ergebnis

## Gutachten

### A) Verletzung von Art. 8 GG

#### I. Eröffnung des Schutzbereichs

Zunächst ist zu prüfen, ob der Schutzbereich von Art. 8 GG für A, B, C und F eröffnet ist.

##### 1. Personeller Schutzbereich

A ist Deutsche, womit der personelle Schutzbereich von Art. 8 GG eröffnet ist. Sie ist aber nicht nur grundrechtsfähig, sondern außerdem – trotz ihres Alters von 14 Jahren – grundrechtsmündig, da es insoweit auf die altersgemäße Einsichtsfähigkeit ankommt.<sup>1</sup> Da eine 14-jährige Schülerin die Bedeutung der möglichen Folgen des Klimawandels für die Erde und ihre eigene Zukunft im Wesentlichen erfassen und verstehen kann, ist dies bei A zu bejahen.

B ist türkischer Staatsangehöriger, weshalb der personelle Schutzbereich des Deutschen-Grundrechts des Art. 8 GG für ihn nicht eröffnet ist. Ihm bleibt aber als Auffanggrundrecht Art. 2 Abs. 1 GG, das für B daher im Anschluss zu prüfen ist.

Auch C ist als Portugiesin – wie B – keine deutsche Staatsangehörige. Aber wegen des allgemeinen Diskriminierungsverbots

im Unionsrecht (Art. 18 AEUV) werden die Deutschen-Grundrechte jedenfalls im Ergebnis oder der Sache nach auf alle EU-Staatsangehörigen angewendet.<sup>2</sup> Da Portugal zu den Mitgliedstaaten der EU zählt, kann sich also auch die Portugiesin C auf Art. 8 GG berufen.

Bei F handelt es sich laut Sachverhalt um einen Verein. Dieser könnte gem. Art. 19 Abs. 3 GG grundrechtsfähig sein. Dies würde zunächst voraussetzen, dass F als juristische Person i.S. dieser Bestimmung anzusehen ist. Da der verfassungsrechtliche Begriff der juristischen Person weiter geht als derjenige des Privatrechts und auch Personenmehrheiten ohne körperschaftliche Struktur umfasst, genügt ein zweckgerichteter Zusammenschluss mehrerer Personen mit einer hinreichend verfestigten Organisationsstruktur.<sup>3</sup> Dies ist bei einem Verein auch dann erfüllt, wenn er nicht als e.V. in das Vereinsregister eingetragen ist. Des Weiteren müsste F inländisch sein, was in diesem Fall wegen ihres Ortsbezugs zur baden-württembergischen Stadt S völlig unproblematisch zu bejahen ist. Schließlich verlangt Art. 19 Abs. 3 GG, dass das konkret zu prüfende Grundrecht – hier also Art. 8 GG – auf die juristische Person wesensmäßig anwendbar ist. Zwar kann sich eine juristische Person als solche nicht versammeln, weshalb insoweit Art. 8 GG wesensmäßig nicht anwendbar ist. Aber sie kann zu Versammlungen aufrufen, diese vorbereiten und deren Durchführung organisieren, wie es hier auch der Fall ist.<sup>4</sup> Insoweit ist Art. 8 GG auf die F anwendbar, weshalb der personelle Schutzbereich auch hier eröffnet ist.

##### 2. Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich von Art. 8 GG wäre für A, C und F eröffnet, wenn der Grundrechtstatbestand betroffen und die Gewährleistungen berührt sind.

##### a) Tatbestand

Der Grundrechtstatbestand setzt voraus, dass die freitäglichen Schülerdemonstrationen gegen den Klimawandel als Versammlungen iSv. Art. 8 Abs. 1 GG anzusehen sind sowie friedlich und waffenlos ablaufen. Zunächst ist das Vorliegen einer Versammlung zu prüfen. Der verfassungsrechtliche Versammlungsbegriff setzt eine Mindestzahl von (nach hM.)<sup>5</sup> drei Personen, deren räumliche Gemeinsamkeit und einen gemeinsamen politisch-kommunikativen Zweck voraus.<sup>6</sup> Da der Sachverhalt von Schülern „in hoher Zahl“ spricht, ist die Mindestzahl sogar erheblich übertroffen. Außerdem verlangt die räumliche Gemeinsamkeit keinen statischen Ort, sondern ist auch durch einen sich bewegendem und damit zusammenbleibenden Demonstrationzug erfüllt. Schließlich verfolgen die Demonstranten mit ihren Warnungen vor den Folgen eines ungebremsten Klimawandels und ihren Forderungen nach weitreichenden Maßnahmen auch ein gemeinsames Ziel. Da der Schutz des Klimas und der Erde außerdem ein eminent öffentlich relevantes und damit politisches Anliegen darstellt, ist vorliegend der Versammlungsbegriff zu

<sup>1</sup> Vgl. Katz/Sander, Staatsrecht, 19. Aufl. (2019), Rn. 647.

<sup>2</sup> Der eine Ansatz geht von einer Verneinung des Schutzbereichs des Deutschen-Grundrechts und vom Verweis auf das Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG aus, wobei aber Schutzbereich und Schranken im Sinne des besonderen Deutschen-Grundrechts verstanden werden, um im Ergebnis dasselbe Schutzniveau zu gewährleisten. Der andere Ansatz wendet das Deutschen-Grundrecht im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung direkt an, indem der Begriff „Deutscher“ (wortlautwidrig) als „Unionsbürger“ verstanden wird, vgl. Katz/Sander, Staatsrecht, 19. Aufl. (2019), Rn. 640; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. (2018), § 18 Rn. 29.

<sup>3</sup> Katz/Sander, Staatsrecht, 19. Aufl. (2019), Rn. 649 mwN.

<sup>4</sup> Höfling, in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. (2018), Art. 8 Rn. 52.

<sup>5</sup> Teilweise wird ein bloßer Plural – also zwei Personen – verlangt, teilweise sieben in Anlehnung an § 56 BGB; näher dazu Depenheuer in: Maunz/Dürig, Kommentar GG, 89. EL (Oktober 2019) Art. 8 Rn. 44.

<sup>6</sup> Dabei handelt es sich um den sog. engen Versammlungsbegriff (h.M.); teilweise wird aber vertreten, dass auch andere gemeinsame Zwecke als nur solche, die sich auf öffentliche Angelegenheiten beziehen, ausreichend sind, vgl. Höfling in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. (2018), Art. 8 Rn. 15. Im vorliegenden Fall spielt der – ansonsten darzustellende – Streit aber keine Rolle, da mit dem Klimaschutz unproblematisch der enge Versammlungsbegriff erfüllt ist.

bejahen. Da der Sachverhalt außerdem keine Anhaltspunkte für einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf enthält, ist auch die Friedlichkeit der Versammlung erfüllt. Auch hinsichtlich der gebotenen Waffenlosigkeit enthält der Sachverhalt keine gegenteiligen Hinweise. Die Fridays-for-Future-Demonstrationen in S erfüllen damit den Grundrechtstatbestand von Art. 8 Abs. 1 GG.

### b) Gewährleistungen

Zu den Gewährleistungen zählt zunächst die Möglichkeit der ungehinderten Teilnahme an Versammlungen. Da A und C nicht – wie gefordert – in der Schule sein können, ohne auf ihre Teilnahme an den zeitgleich stattfindenden Demonstrationen verzichten zu müssen, ist diese Gewährleistung betroffen. Da ebenso der Aufruf, die Organisation und Durchführung der Versammlungen gewährleistet sind, was im Zusammenhang mit den betroffenen Demonstrationen bei F liegt, ist auch insoweit der Gewährleistungsbereich betroffen.

Der Schutzbereich ist daher für A, C und die F personell und sachlich eröffnet.

## II. Eingriff

### 1. Bei A und B

Ein Eingriff im klassischen Sinn liegt vor, wenn durch eine hoheitliche Maßnahme zielgerichtet, unmittelbar, durch Rechtsakt und imperativ in den Schutzbereich des Grundrechts eingewirkt wird.<sup>7</sup> Hier könnte die Verhängung des Bußgeldes als Eingriff anzusehen sein. Zwar handelt es sich dabei um einen imperativ wirkenden Rechtsakt, allerdings zielt dieser nicht auf die Versammlungsfreiheit, sondern auf die Erfüllung der Schulpflicht. Nach dem modernen Begriffsverständnis wird der Eingriff aber auch schon dann bejaht, wenn eine hoheitliche Maßnahme das grundrechtlich geschützte Verhalten in irgendeiner Weise erschwert oder gar unmöglich macht. Hierfür reicht deshalb auch eine nur mittelbare Einwirkung auf die Versammlungsfreiheit.<sup>8</sup> Dies ist vorliegend erfüllt, da die Bußgeldbescheide wegen Zeitgleichheit von Schulpflicht und Versammlungsdurchführung eine unmittelbar faktische Erschwerung des grundrechtlich geschützten Verhaltens bewirken.

### 2. Bei F

Mangels hoheitlicher Maßnahmen direkt gegenüber F kann auch insoweit der Eingriff nur in der Verhängung des Bußgeldes gegen Teilnehmer an der von F organisierten Demonstration gesehen werden. Auch hier gilt, dass es an einer auf die Versammlungsfreiheit gerichteten Zielwirkung der Maßnahme fehlt und deshalb der klassische Eingriffsbegriff nicht erfüllt ist. Da aber die Bußgeldbescheide in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Fernbleiben von der Schule und damit faktisch-mittelbar wegen Zeitgleichheit mit der Versammlungsteilnahme stehen, erfüllen sie auch hier den modernen bzw. faktischen Eingriffsbegriff.

<sup>7</sup> Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. (2018), § 19 Rn. 25; Haug, Öffentliches Recht im Überblick (2017), Rn. 481.

<sup>8</sup> Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. (2018), § 19 Rn. 29 f.; Haug, Öffentliches Recht im Überblick (2017), Rn. 482.

<sup>9</sup> Höfling in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. (2018), Art. 8 Rn. 61.

## III. Rechtfertigung

### 1. Schranken

Der mit den Gebührenbescheiden verbundene Eingriff in die Versammlungsfreiheit könnte aber gerechtfertigt sein. Bei diesem Grundrecht gilt mit Art. 8 Abs. 2 GG ein partieller einfacher Gesetzesvorbehalt, wonach Versammlungen (nur) unter freiem Himmel (also ohne seitliche Begrenzungsmöglichkeit)<sup>9</sup> gesetzlich eingeschränkt werden können. Da sich laut Sachverhalt der Demonstrationzug offen vom Schulzentrum zum Marktplatz bewegt, ist von einer Versammlung unter freiem Himmel auszugehen. Fraglich ist jedoch, ob sich die Eingriffe vorliegend auf ein Gesetz iSv. Art. 8 Abs. 2 GG stützen. Denn versammlungsbeschränkende Gesetze zeichnen sich dadurch aus, dass sie gerade versammlungstypische Situationen und Risiken erfassen und regeln wollen. Die Bußgeldbescheide aber stützen sich auf § 92 iVm. § 72 SchulG BW, die erkennbar keinen versammlungsrechtlichen Bezug aufweisen und damit die Schranke des Gesetzesvorbehalts nicht erfüllen.

Allerdings unterliegen alle Grundrechte – auch diejenigen mit Gesetzesvorbehalt – verfassungsimmanenten Schranken, da sie alle Teil des grundrechtlichen Werte- und Ordnungssystems sind.<sup>10</sup> Deshalb können Versammlungen unter freiem Himmel nicht allein durch Gesetze iSv. Art. 8 Abs. 2 GG beschränkt werden, sondern auch durch andere Rechtsgüter von Verfassungsrang und Grundrechte Dritter, soweit diese einfach-gesetzlich konkretisiert sind.<sup>11</sup> Vorliegend dienen die Sanktionsmaßnahmen der Erfüllung der Schulpflicht und damit dem staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag gem. Art. 7 Abs. 1 GG, der ein solches Rechtsgut von Verfassungsrang darstellt. Die einfach-gesetzliche Konkretisierung erfolgt durch § 92 iVm. § 72 SchulG BW. Gegen diese Vorschriften bestehen im Übrigen keine verfassungsrechtlichen Bedenken; insbesondere sind die Sanktionen verhältnismäßig, da § 92 Abs. 2 SchulG BW eine Ermessensausübung bei der Anwendung im Einzelfall und damit einen angemessenen Interessenausgleich vorsieht. Damit sind die Anforderungen an verfassungsimmanente Schranken erfüllt.

### 2. Schranken-Schranken: Verhältnismäßigkeit

Um die Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe bejahen zu können, muss aber auch die Anwendung der Eingriffsgrundlage im konkreten Fall verhältnismäßig sein. Zu prüfen ist daher, ob die Bußgeldbescheide ein legitimes Ziel verfolgen sowie geeignet, erforderlich und angemessen sind.

Das Ziel, die gesetzliche Schulpflicht durchzusetzen, ist durch Art. 7 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gedeckt und damit legitim. Die Geeignetheit des verhängten Bußgeldes ist als gegeben anzusehen, wenn es der Förderung des Ziels, also des Schulbesuchs, dient. Da die Bußgelder die innere Abwägung der Schülerinnen und Schüler zugunsten der Erfüllung der Schulpflicht beeinflussen, ist dies vorliegend erfüllt. Die Erforderlichkeit setzt voraus, dass es kein milderes Mittel – also mit geringeren Auswirkungen auf die Grundrechtsausübung – gibt, das mindestens gleich gut der Zielförderung dient. Da ausweislich des Sachverhalts weder die vorherige Androhung des Bußgeldes noch das

<sup>10</sup> Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. (2018), § 19 Rn. 57 f.

<sup>11</sup> Dies ergibt sich wegen der grundrechtsbeschränkenden Wirkung aus dem Gesetzesvorbehalts für wesentliche Fragen, vgl. Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. (2018), § 12 Rn. 41.



argumentative Werben des Oberbürgermeisters dazu geführt haben, dass A, B, C und viele andere Schüler ihrer Schulpflicht in vollem Umfang nachkommen, haben sich denkbare mildere Mittel als weniger effektiv erwiesen. Auch ein geringerer Betrag, der eher im Umfang eines wöchentlichen Taschengeldes (ca. 5 – 10 €) gelegen hätte, wäre nicht gleich gut zur Zielerreichung geeignet gewesen. Schließlich denkbar wären schul-disziplinarische Mittel wie Nachsitzen oder zeitweilige Schulausschlüsse. Da die Demonstrationen jede Woche stattfinden, könnte dies jedoch ständiges Nachsitzen bedeuten, was nicht Sinn und Zweck dieses auf punktuelle Verfehlungen gerichteten Sanktionsinstruments ist. Schulausschlüsse würden dem Ziel der Durchsetzung der Schulpflicht sogar diametral entgegenlaufen und wären daher nicht einmal geeignet. Andere mildere Mittel sind nicht ersichtlich.

Fraglich ist aber die Angemessenheit. Hierbei ist das Ziel – die Durchsetzung der gesetzlichen Schulpflicht als Ausfluss des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrags – mit den Auswirkungen, nämlich dem Eingriff in die Versammlungsfreiheit der Schülerinnen und Schüler, abzuwägen. Überwiegen die Auswirkungen die Bedeutung des Zieles im konkreten Fall, fehlt es an der Angemessenheit. Bei der Versammlungsfreiheit handelt es sich um ein für die Demokratie schlechthin konstituierendes Grundrecht, dessen Bedeutung nicht überschätzt werden kann.<sup>12</sup> Besonders begrüßenswert ist es zudem, wenn Schülerinnen und Schüler sich in öffentlichen Angelegenheiten engagieren und am öffentlichen Meinungsbildungsprozess beteiligen. Im konkreten Fall kann auch eine Verstärkung des Versammlungsgrundrechts durch das Staatsziel des Umweltschutzes gem. Art. 20a GG angeführt werden. Daher sind die Auswirkungen als besonders gravierend anzusehen. Auf der anderen Seite handelt es sich beim staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag um ein ebenfalls besonders zentrales Verfassungsrechtsgut, da der Staat dafür verantwortlich ist, alle Kinder und Jugendlichen entsprechend ihrer Begabung bestmöglich zu fördern, damit diese ein erfolgreiches und selbstbestimmtes Leben führen können. Vorliegend kommt hinzu, dass die Schule und die Stadtverwaltung das Fernbleiben der Schülerinnen und Schüler vom Unterricht über Monate hinweg toleriert und damit der beschriebenen Bedeutung der Versammlungsfreiheit und des Engagements der jungen Menschen Rechnung getragen haben. Nach somit mittlerweile relativ vielen versäumten Unterrichtsstunden dem staatlichen Bildungsauftrag wieder volle Geltung zu verschaffen, erscheint vor diesem Hintergrund nicht unangemessen – zumal die Versammlungsfreiheit der Schülerinnen und Schüler außerhalb der Unterrichtszeiten unberührt bleibt. Ein Überwiegen der Auswirkungen ist demnach gegenüber der Bedeutung des Ziels nicht zu erkennen. Daher sind die Sanktionen angemessen und verhältnismäßig.

Dies gilt – erst recht – gegenüber F, weil die in der Angemessenheitsabwägung dem staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag gegenüberstehenden Auswirkungen geringer sind. Während nämlich A und C dadurch die Demonstrationsteilnahme mindestens erschwert wird, ist F in ihrer Betätigung als Versammlungsveranstalterin nicht direkt beeinträchtigt. Die Auswirkungen beschränken sich hier auf die mutmaßlich geringere

Zahl an demonstrierenden Menschen und auf die damit geringere politische Bedeutung der von F durchgeführten Versammlung. Zwar handelt es sich auch dabei um Auswirkungen auf die Grundrechtsbetätigung, doch treten diese – aus denselben Gründen wie bei A und C – gegenüber der Bedeutung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrags zurück.

Nach alledem sind die Eingriffe in Art. 8 GG bei A, C und F gerechtfertigt.

## B) Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG

### I. Eröffnung des Schutzbereichs

#### 1. Personeller Schutzbereich

Art. 2 Abs. 1 GG ist ein Jedermann-Grundrecht, auf das sich alle unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit berufen können, somit auch der B.

#### 2. Sachlicher Schutzbereich

Da die besonderen Freiheitsgrundrechte nach der allgemeinen lex-specialis-Regel das allgemeine Auffang-Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG verdrängen, setzt eine Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs der allgemeinen Handlungsfreiheit vorab voraus, dass nicht schon der Schutzbereich eines speziellen Freiheitsgrundrechts eröffnet ist.<sup>13</sup> Da dies für A, C und F – wie oben ausgeführt – mit der Versammlungsfreiheit der Fall ist, besteht kein Raum mehr für eine ergänzende Heranziehung von Art. 2 Abs. 1 GG für diese Grundrechtsträger. Lediglich für B war der (personelle) Schutzbereich der Versammlungsfreiheit verneint worden, weshalb nur für ihn noch Art. 2 Abs. 1 GG zu prüfen ist. Sachlich schützt dieses Grundrecht die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Da die Teilnahme an Versammlungen eine Ausprägung dieser Entfaltungstätigkeit darstellt, ist die Versammlungsteilnahme des B von Art. 2 Abs. 1 GG sachlich erfasst.

Der Schutzbereich ist für B damit eröffnet.

### II. Eingriff

Hier gelten die zu A und C oben gemachten Ausführungen, weshalb der Bußgeldbescheid für B einen modern-faktischen Eingriff in die Handlungsfreiheit von B – in Form der Freiheit, an Versammlungen teilzunehmen – darstellt.

### III. Rechtfertigung

#### 1. Schranken

Der Grundrechtseingriff könnte gerechtfertigt sein. Hierfür müsste eine Schranke iSv. Art. 2 Abs. 1 GG erfüllt sein. Dem weiten Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG stehen weit gefasste Schranken gegenüber. Zu dieser sogenannten Schrankentrias zählt die verfassungsmäßige Ordnung, die sämtliche geltenden deutschen Rechtsnormen umfasst. Dazu gehören auch die §§ 72 Abs. 3, 92 SchulG, hinsichtlich deren Verfassungsmäßigkeit auf die obigen Ausführungen bei Art. 8 GG verwiesen werden kann.

#### 2. Schranken-Schranken: Verhältnismäßigkeit

Aber auch hier müsste die Schranken-Schranke der Verhältnismäßigkeit im konkreten Anwendungsfall erfüllt sein. Zur Legitimität des Ziels sowie zur Geeignetheit und zur Erforderlichkeit der Maßnahme kann auf die obigen Ausführungen verwiesen

<sup>12</sup> BVerfGE 69, 315 (344 f.); vgl. auch Katz/Sander, Staatsrecht, 19. Aufl. (2019), Rn. 823.

<sup>13</sup> Murswiek/Rixen in Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. (2018), Art. 2 Rn. 137.

werden. Bei der Angemessenheitsprüfung stehen sich der staatliche Erziehungs- und Bildungsauftrag gem. Art. 7 Abs. 1 GG und die Auswirkungen auf die Versammlungsfreiheit als Ausprägung der freien Persönlichkeitsentfaltung gegenüber. Daraus ergeben sich aber keine anderen Gewichtungen wie bei der Prüfung von Art. 8 GG, weshalb auch insoweit auf die obige Prüfung verwiesen werden kann. Folglich sind hier ebenfalls die Verhältnismäßigkeit und die Rechtfertigung des Eingriffs zu bejahen, weshalb B nicht in einem Freiheitsgrundrecht verletzt ist.

### C) Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG

Anhaltspunkte für die Betroffenheit eines speziellen Gleichheitsgrundrechts sind nicht ersichtlich, weshalb für A, B, C und F nur der allgemeine Gleichheitssatz zu prüfen bleibt. Diese Prüfung kann nur an die unterschiedliche Vorgehensweise der Kommunen, Schulpflichtverstöße zu sanktionieren, anknüpfen. Da F selbst nicht unmittelbarer Adressat solcher Sanktionen ist, scheidet eine diesbezügliche Grundrechtsverletzung bei ihr von vornherein aus.

## I. Rechtlich relevante Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichen

### 1. Wesentlich Gleiches: Bildung von Vergleichsgruppen

Für die Feststellung einer möglichen Ungleichbehandlung sind zunächst Vergleichsgruppen zu bilden. Hier sind die schulpflichtverletzenden Schüler in der Stadt S einerseits mit den schulpflichtverletzenden Schülern in anderen Kommunen andererseits unter dem gemeinsamen Bezugspunkt (*tertium comparationis*) der Sanktionierung zu vergleichen. Beide Gruppen unterliegen in gleicher Weise der gesetzlichen Schulpflicht und verletzen diese in gleicher Weise. Insofern ist von im Wesentlichen gleichen Sachverhalten in beiden Gruppen auszugehen.

### 2. Rechtlich relevante Ungleichbehandlung

Diese beiden im Wesentlichen gleichen Sachverhalte werden unterschiedlich behandelt, indem in S Sanktionen in Form von Bußgeldern verhängt werden, in anderen Kommunen dagegen nicht. Somit liegt eine Ungleichbehandlung von im Wesentlichen gleichen Sachverhalten vor. Fraglich bleibt deren rechtliche Relevanz. An dieser würde es fehlen, wenn unterschiedliche Rechtsträger in Ausübung autonomer Handlungsspielräume handeln würden. Zwar handelt es sich bei den Kommunen um rechtlich verschiedene Selbstverwaltungsträger, doch nehmen diese das Ordnungswidrigkeitenrecht gem. § 92 Abs. 3 SchulG BW als untere Behörde und damit als Weisungsaufgabe zur Umsetzung des staatlichen Ordnungsrechts wahr (§ 15 Abs. 2 LVG BW) und können sich insoweit nicht auf die Selbstverwaltungsautonomie berufen. Folglich ist die festgestellte Ungleichbehandlung auch rechtlich relevant.

## II. Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung wäre jedoch gerechtfertigt, wenn dafür ein hinreichend gewichtiger sachlicher Grund vorliegt. Dieser Sachgrund könnte in diesem Fall darin liegen, dass den verschiedenen Ordnungsbehörden in § 92 Abs. 2 SchulG BW ein Entschließungs- und Auswahlermessen eingeräumt ist. Ermessensleitende und damit -reduzierende Verwaltungsvorschriften des Landes sind aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Damit kommen legitimerweise neben rechtlichen Gesichtspunkten auch Zweckmäßigkeitserwägungen zum Tragen, die von den unterschiedlichen unteren Ordnungsbehörden (§ 92 Abs. 3 SchulG

BW iVm. § 15 LVG BW) auch verschieden gewichtet werden können. Freilich bedingt dies eine fehlerfreie Ausübung dieses Ermessens. Aus dem Sachverhalt sind jedoch keine Anhaltspunkte für einen Nicht- oder Fehlgebrauch sowie eine Ermessenüberschreitung ersichtlich; insbesondere ist die Maßnahme auch verhältnismäßig, wie bereits oben geprüft und festgestellt wurde. Demnach ist die Ungleichbehandlung ebenfalls gerechtfertigt und ein Grundrechtsverstoß durch die Bußgeldbescheide nicht festzustellen.

### D) Ergebnis

Bei A, C und F stellen die Bußgeldbescheide zwar Eingriffe in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit dar, doch sind diese wegen der verfassungsimmanenten Schranke des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrags gem. Art. 7 Abs. 1 GG gerechtfertigt. Für B gilt dasselbe hinsichtlich des Grundrechts der freien Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 Abs. 1 GG. Schließlich sind A, B und C auch nicht in ihrem Grundrecht auf Gleichbehandlung dadurch verletzt, dass in anderen Städten keine Bußgelder gegen schulpflichtverletzende Fridays-for-Future-Demonstranten verhängt werden, da das den unteren Behörden eingeräumte Ermessen unterschiedliche Vorgehensweisen rechtfertigt.

## ► Inhaltsverzeichnis





# KÖPFE

# GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)  
[www.tsp-law.com/karriere](http://www.tsp-law.com/karriere)

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur



## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Unbefugtes Parken auf Privatparkplatz

Urteil vom 18. Dezember 2019, Az.: XII ZR 13/19

1. Zwischen dem Betreiber eines privaten Parkplatzes und dem Fahrzeugführer kommt ein Vertrag über die Nutzung eines Fahrzeugabstellplatzes zustande, indem der Fahrzeugführer das als Realofferte in der Bereitstellung des Parkplatzes liegende Angebot durch das Abstellen des Fahrzeugs annimmt (Fortführung von BGH NJW 2016, NJW Jahr 2016 Seite 863).

2. Verstößt der Fahrzeugführer gegen die Parkbedingungen und verwirkt er dadurch eine Vertragsstrafe („erhöhtes Parkentgelt“), haftet der Halter des Fahrzeugs hierfür nicht.

3. Ein Anscheinsbeweis dafür, dass der Fahrzeughalter auch der Fahrzeugführer ist, besteht nicht.

4. Den Fahrzeughalter, den der Betreiber eines unentgeltlichen Parkplatzes als Fahrzeugführer auf ein „erhöhtes Parkentgelt“ in Anspruch nimmt, trifft jedoch eine sekundäre Darlegungslast. Um seine Fahrereigenschaft wirksam zu bestreiten, muss er vortragen, wer als Nutzer des Fahrzeugs im fraglichen Zeitpunkt in Betracht kommt.

(Amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt

Klägerin ist ein Unternehmen (P), welches ein Grundstück als Privatparkplatz für ein benachbartes Krankenhaus betreibt, Beklagte eine Halterin eines PKW (H), welcher dort immer wieder geparkt hatte. Mit Schildern war darauf hingewiesen worden, dass Besucher für eine bestimmte Zeit dort parken dürften und dafür eine Parkscheibe auszulegen hätten, Mitarbeiter dürften mit ihrem Ausweis (der auszulegen sei) ganztägig dort parken. Im PKW der H waren weder Parkscheibe noch Ausweis ausgelegt. Auf Schildern war ebenfalls auf ein erhöhtes Nutzungsentgelt iHv „mindestens 30 €“ bei unbefugtem Parken hingewiesen worden. Im Prozess hatte H das Parken bestritten und keine Angaben zum Fahrer gemacht.

#### B) Die Entscheidung des Senates

Streitgegenständlich waren im Prozess damit die vertraglichen (I.) und deliktischen (II.) Ansprüche des P gegen H, sowie in prozessualer Hinsicht die Frage, ob der H seine Fahrereigenschaft wirksam bestritten hat (III.).

#### I. Ansprüche des P gegen den H aus Vertrag

##### 1. Wirksames Angebot zum Vertragsschluss

Es kommt zunächst ein vertraglicher Anspruch gegen H in Betracht. Ein Angebot liegt in der Bereitstellung des Parkplatzes. Ein Anspruch auf das erhöhte Nutzungsentgelt setzt voraus, dass es in den Vertrag wirksam einbezogen wurde. Der BGH

prüft dieses am Maßstab der allgemeinen Geschäftsbedingungen:

„Das Vertragsstrafenversprechen ist als Allgemeine Geschäftsbedingung wirksam in den Vertrag einbezogen worden. Insbesondere enthalten die an den Parkplätzen aufgestellten Hinweisschilder den gem. § 305 Absatz 2 Nummer 1 BGB hier ausreichenden Hinweis durch deutlich sichtbaren Aushang, von dessen Inhalt sich der Fahrzeugführer als der Verwendungsgegner auf zumutbare Weise iSd. BGB § 305 Absatz 2 Nummer 2 BGB Kenntnis verschaffen kann (vgl. LG Kaiserslautern NJW-RR Jahr 2016 Seite 603). Mit der Parkplatzbenutzung hat der Fahrer konkludent sein Einverständnis mit der Geltung dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen erklärt.

Diese Vertragsklausel hält auch der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB stand.

Der Inhaltskontrolle vorgeschaltet ist die Ermittlung des objektiven Inhalts der Klausel durch Auslegung. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn ausgehend von ihrem Wortlaut einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Kreise verstanden werden. Diese Auslegung kann der Senat selbst vornehmen. Danach ist durch die Klausel festgelegt, dass bei einem „widerrechtlichen“, also gegen die Parkbedingungen verstoßenden Abstellen des Fahrzeugs eine Vertragsstrafe („erhöhtes Parkentgelt“) zu entrichten ist. Deren Untergrenze ist mit 30 Euro angegeben. Durch den Zusatz „mind.“ behält sich die Verleiherin ersichtlich vor, im Einzelfall eine höhere Vertragsstrafe festzusetzen, dann also einseitiges Leistungsbestimmungsrecht iSd. §§ BGB § 315 ff. BGB auszuüben.

Mit diesem Inhalt benachteiligt die Klausel den Nutzer nicht unangemessen entgegen den Geboten von Treu und Glauben.

Die Klausel ist zum einen nicht intransparent iSv. § BGB § 307 BGB § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Dem steht nicht entgegen, dass sie keine Obergrenze für die Vertragsstrafe enthält. Zwar muss die Strafe selbst nach Höhe und Berechnung bestimmt sein; sie kann aber auch formularmäßig der Leistungsbestimmung des Strafgläubigers nach BGB § 315 BGB überantwortet werden (Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2015, § 339 Rn. 129). Zudem wird dem Nutzer als dem Verwendungsgegner hier deutlich vor Augen geführt, dass er auch dann, wenn der Verleiher von diesem Leistungsbestimmungsrecht keinen Gebrauch macht, jedenfalls eine Vertragsstrafe von 30 Euro zu gewärtigen hat.

Die Klausel hält zum anderen auch der Prüfung am Maßstab der Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB stand.

Eine unangemessene, gegen Treu und Glauben verstößende Benachteiligung des Schuldners einer Vertragsstrafe kann sich aus einer unangemessenen Höhe der Vertragsstrafe ergeben. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Sanktion außer Verhältnis zum Gewicht des Vertragsverstößes und den Folgen für den Schuldner der Vertragsstrafe steht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Vertragsstrafe einerseits den Schuldner als Druckmittel zur ordnungsgemäßen Erbringung der versprochenen Leistung anhalten und andererseits dem Gläubiger im Verletzungsfall die Möglichkeit einer erleichterten Schadloshaltung eröffnen soll.

Nach diesen Maßgaben liegt hier keine unangemessene Benachteiligung vor. Die Untergrenze von 30 Euro stellt ein geeignetes und angemessenes Druckmittel dar, um Fahrzeugführer von widerrechtlichem Parken abzuhalten. Sie steht auch nicht außer Verhältnis zu den sanktionierten Parkverstößen und belastet den Nutzer nicht über Gebühr. Soweit die Verleiherin im Einzelfall auch eine höhere Vertragsstrafe festlegen kann, ist das mit Blick auf denkbare schwerwiegendere Verstöße – etwa ein mehrere Tage andauerndes widerrechtliches Parken – grundsätzlich gerechtfertigt. Im Übrigen sorgt insoweit die Ermessenskontrolle nach §§ 315 ff. BGB für eine angemessene Begrenzung (Staudinger/Rieble, § 339 Rn. 163). Es bedarf daher keiner Erörterung, ob die Klausel zwei sachlich zu trennende Regelungsbereiche enthält, nämlich indem sie eine pauschale Vertragsstrafe von 30 Euro vorsieht und daneben ein eigenständiges Leistungsbestimmungsrecht, deren AGB-rechtliche Zulässigkeit dann unabhängig voneinander beurteilt werden könnte“

Die Bestimmung ist danach wirksam in den Vertrag einbezogen.

## 2. Annahme des Angebotes durch H

Fraglich ist aber, ob H das Angebot angenommen hat. Das ist klar zu verneinen, der BGH führt aus:

„Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Halter eines unberechtigt auf einem Privatparkplatz abgestellten Fahrzeugs hinsichtlich der dadurch hervorgerufenen Beeinträchtigung des Besitzes des Parkplatzbetreibers Zustandsstörer und kann als solcher auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn er auf die Aufforderung, den für die Besitzstörung verantwortlichen Fahrer zu benennen, schweigt. Zudem ist der Halter aufgrund Geschäftsführung ohne Auftrag gem. § 683 S. 1 iVm. § 670 BGB grundsätzlich zum Ersatz von Abschleppkosten verpflichtet, die für die Beseitigung der ihm als Zustandsstörer zuzurechnenden Besitzstörung anfallen.“

Demgegenüber hat er nicht für den allein auf dem zwischen Verleiher und Fahrzeugführer geschlossenen Vertrag beruhenden Vertragsstrafenanspruch des Verleihers einzustehen. An dieser Vertragsbeziehung ist er nicht beteiligt. Nichts anderes folgt aus der Bestimmung des StVG § 25a Abs. 1 S. 1 StVG, nach der dem Halter eines Kraftfahrzeugs die Kosten eines Bußgeldverfahrens wegen eines Halt- oder Parkverstößes im öffentlichen Raum auferlegt werden können, wenn der Führer des Kraftfahrzeugs, der den Verstoß begangen hat, nicht vor Eintritt der Verfolgungsverjährung ermittelt werden kann oder seine Ermittlung einen unangemessenen Aufwand erfordern würde. Denn es fehlt bereits an einer für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat in Kenntnis der möglichen Personenverschiedenheit von

Kfz-Halter und -Fahrer die Fälle abschließend geregelt, in denen sich Rechtsfolgen aus der Haltereigenschaft ergeben.“

Ein Anspruch aus Vertrag gegen H scheidet daher aus

## II. Ansprüche des P gegen den H aus unerlaubter Handlung

In Betracht kommt aber ein Schadensersatzanspruch des P gegen H aus §§ 280, 249 Abs. 1 BGB. Aber auch das scheidet mangels Sonderverbindung zwischen P und H aus, so der BGH:

„Schließlich steht dem Verleiher gegen den Fahrzeughalter auch kein auf Zahlung der Vertragsstrafe – sowie der hierauf bezogenen Rechtsverfolgungskosten – gerichteter Schadensersatzanspruch zu. Ein solcher kann sich schon im Ansatz nicht aus unerlaubter Handlung ergeben. Er folgt aber auch nicht wegen der Weigerung zur Benennung des Fahrzeugführers aus §§ 242, 280 Abs. 1, 281, 249 BGB. Denn den Halter trifft gegenüber dem Verleiher keine entsprechende Auskunftspflicht.“

Allein die Tatsache, dass jemand über Sachverhalte informiert ist oder sein könnte, die für einen anderen von Bedeutung sind, begründet noch keine Auskunftspflicht. Vielmehr bedarf es hierfür einer rechtlichen Sonderverbindung, wobei ein gesetzliches Schuldverhältnis, beispielsweise aus unerlaubter Handlung, genügt (stRspr, vgl. etwa BGH NJW 2017, NJW Jahr 2017 Seite 2755 Rn. NJW Jahr 2017 Seite 2755 Randnummer 13 mwN). An einer solchen Sonderverbindung fehlt es jedoch. Insbesondere lässt sie sich nicht aus § 823 Abs. 2, 858 Abs. 1 BGB herleiten. Zwar ist § 858 Abs. 1 BGB ein Schutzgesetz iSd. § 823 Abs. 2 BGB, den Halter als Zustandsstörer trifft jedoch kein Verschulden an den Parkverstößen des jeweiligen Fahrzeugführers. Auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass es sich um drei Fälle handelt und die letzten beiden sich auf dasselbe Parkplatzgelände beziehen, ist nicht ersichtlich, dass die im Verstoß liegende verbotene Eigenmacht durch den Fahrzeugführer für den Halter konkret vorhersehbar war. Eine für den Auskunftsanspruch relevante Sonderverbindung folgt schließlich nicht aus dem Parkplatzbetreiber gegen den Nutzer zustehenden Unterlassungsanspruch gem. § 1004 BGB, weil dieser gerade voraussetzt, dass der Halter auf eine entsprechende Aufforderung zur Auskunft hin schweigt.“

## III. Wirksames Bestreiten der Fahrereigenschaft durch den H

Der BGH stellt an das Bestreiten der Fahrereigenschaft besondere Anforderungen:

„Grundsätzlich muss allerdings der Kläger alle Tatsachen behaupten und beweisen, aus denen sich sein Anspruch herleitet. Macht er wie hier einen vertraglichen Anspruch geltend, so hat er mithin die Umstände darzulegen und zu beweisen, die zum Vertragschluss mit der beklagten Partei geführt haben.“

In bestimmten Fällen ist es aber Sache der Gegenpartei, sich im Rahmen der ihr nach § 138 Abs. 2 ZPO obliegenden Erklärungs- pflicht zu den Behauptungen der beweispflichtigen Partei substantiiert zu äußern. Eine sekundäre Darlegungslast trifft den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei in der Regel dann, wenn die primär darlegungsbelastete Partei keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer

möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Die sekundäre Darlegungslast führt weder zu einer Umkehr der Beweislast noch zu einer über die prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungslast hinausgehenden Verpflichtung des in Anspruch Genommenen, dem Anspruchsteller alle für seinen Prozessersfolg benötigten Informationen zu verschaffen. Genügt der Anspruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers als zugestanden.

Ob den wegen unberechtigten Abstellens eines Pkws auf einem Privatparkplatz auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Anspruch genommenen Fahrzeughalter eine solche sekundäre Darlegungslast trifft, ist umstritten.

Eine Meinung in Rechtsprechung und Literatur, der sich das BerGer. angeschlossen hat, lehnt das vor allem deswegen ab, weil der Parkplatzbetreiber grundsätzlich ausreichende andere Erkenntnismöglichkeiten habe [Nachw.]

Demgegenüber wird eine solche sekundäre Darlegungslast aber auch bejaht [Nachw.]

Jedenfalls für ein Leihverhältnis als unentgeltliches Geschäft ist die letztgenannte Auffassung zutreffend.

Beim Parken auf einem privaten Parkplatz handelt es sich um ein anonymes Massengeschäft, bei dem der Parkplatz nicht einem bestimmten Vertragspartner, sondern der Allgemeinheit zur – regelmäßig kurzzeitigen – Nutzung angeboten wird. Zu einem persönlichen Kontakt zwischen dem allein durch Bereitstellung des Parkplatzes anbietenden Betreiber und dem nur durch Nutzung annehmenden Fahrer als den beiden Vertragsparteien kommt es dabei regelmäßig nicht. Dies hat aber zwangsläufig zur Folge, dass dem Verleiher die Person des Fahrzeugführers als des Entleihers nicht bekannt ist. Dass der Parkplatzbetreiber das Abstellen des Fahrzeugs nicht von einer vorherigen Identifizierung des Fahrzeugführers abhängig macht, ist Bestandteil dieses Massengeschäfts, liegt im Interesse der auf den einfachen Zugang auch zu privaten Parkplätzen angewiesenen Verkehrsöffentlichkeit und ist vom Betreiber auch nicht zu verlangen. Entgegen der auch vom BerGer. vertretenen Auffassung hat der Verleiher keine zumutbare Möglichkeit, die Identität seines Vertragspartners bei Vorliegen eines unberechtigten Abstellvorgangs und damit einer Verletzung seiner letztlich aus dem Eigentum folgenden Rechte im Nachhinein in Erfahrung zu bringen. Als privates Rechtssubjekt könnte er selbst dann, wenn er – mittels gesteigertem Personalaufwand – den Fahrer bei dessen Rückkehr zum Fahrzeug anhält, dessen Personalien (und deren eventuelle Übereinstimmung mit denen des Halters) ebenso wenig ohne Weiteres feststellen wie auf der Grundlage etwa von Videoaufnahmen. Entgegen der von der Rechtsbeschwerdeerwiderung vertretenen Auffassung steht der Annahme einer sekundären Darlegungslast des Fahrzeughalters auch nicht die Möglichkeit des Parkplatzbetreibers entgegen, den Parkplatz mit einem Schrankensystem auszustatten. Denn jedenfalls von demjenigen, der Privatparkplätze unentgeltlich zur Verfügung stellt, kann nicht die Errichtung technischer Anlagen gefordert werden, die letztlich allein der Verhütung des Missbrauchs dieses Angebots dienen.

Im Gegensatz dazu ist es dem Halter, der unter Beachtung seiner prozessualen Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 ZPO) bestreitet,

selbst gefahren zu sein, regelmäßig auch noch mit einem gewissen zeitlichen Abstand ohne Weiteres möglich, jedenfalls die Personen zu benennen, die im fraglichen Zeitraum die Möglichkeit hatten, das Fahrzeug als Fahrer zu nutzen. Ein solcher für ein substantiiertes Bestreiten erforderlicher Vortrag – mit dem Halter nicht die Pflicht auferlegt wird, dem Vermieter alle für seinen Prozessersfolg benötigten Informationen zu verschaffen – ist ihm auch unschwer möglich und zumutbar, da er es regelmäßig in der Hand hat, wem er das Fahrzeug überlässt. Dass zu den zu benennenden Personen dann gegebenenfalls auch Angehörige zählen, steht der Zumutbarkeit nicht entgegen. Insoweit verhält es sich nicht anders als bei den Fällen, in denen dem Inhaber eines häuslichen Internetanschlusses, von dem aus eine Urheberrechtsverletzung begangen wurde, im Rahmen der sekundären Darlegungslast ebenfalls Vortrag zu den Anschluss nutzenden Personen obliegt.“

#### Abschließende Hinweise für Studierende

1. Der BGH nimmt mit dieser Entscheidung zu einem sehr praxisrelevanten Problem Stellung; derartige Fälle sind bei jedem ohne weiteres zugänglichen Privatparkplatz anzutreffen.
2. Der Fall ist für eine Examensklausur sehr gut geeignet, er spricht bekannte Problem des materiellen Rechts sowie eine prozessuale Problematik an. Zu dieser nimmt der BGH eingehend Stellung und verteidigt die Position der Parkplatzbetreiber
3. Fragwürdig ist aber die Akzeptanz einer Klausel eines erhöhten Parkentgelts von „mindestens 30 €“; es dürfte kaum für den Betroffenen ersichtlich sein, wie hoch das Entgelt tatsächlich sein soll. Zu fordern wäre daher eine Obergrenze, der BGH will diese allein im Wege der richterlichen Herabsetzung einer Vertragsstrafe gewährleisten.

#### Prof. Dr. Christian F. Majer

Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht  
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen  
Ludwigsburg

#### ► Inhaltsverzeichnis



## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Explosion einer Weltkriegsbombe durch Recyclingmaßnahmen

Urteil vom 5. Juli 2019, Az.: V ZR 96/18

**1. Ein Bauschutt recycelndes Unternehmen verstößt nicht gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, wenn in seinem Betrieb Betonteile, die nicht bekanntermaßen aus einer Abbruchmaßnahme stammen, bei der mit Bomben im Beton gerechnet werden muss, vor ihrer Zerkleinerung nicht unter Einsatz technischer Mittel auf Explosivkörper untersucht werden.**

**2. Wer die Beeinträchtigung seines Nachbarn durch eine eigene Handlung verursacht, ist Störer iSv. § 1004 Abs. 1 BGB. Seine Qualifikation als Störer hängt, anders als bei einem mittelbaren Störer und beim Zustandsstörer, nicht von dem Vorliegen entsprechender Sachgründe dafür ab, ihm die Verantwortung für das Geschehen aufzuerlegen.**

**3. Beschäftigte können selbst unmittelbarer Handlungsstörer nur sein, wenn ihnen ein eigener Entschließungsspielraum mit entsprechendem Verantwortungsbereich verbleibt, aber nicht, wenn sie weisungsgebunden sind.**

**4. Die Regelung in § 906 Abs. 2 S. 2 BGB ist auf Beeinträchtigungen nicht entsprechend anwendbar, die durch die – unverschuldete – Explosion eines Blindgängers aus dem Zweiten Weltkrieg verursacht werden.**

(Amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt

E ist Miteigentümerin eines Grundstücks, auf dem U ein Recyclingunternehmen für Bauschutt betreibt. Der angelieferte Bauschutt wird dort zunächst sortiert. Große Betonteile, die nicht in die vorhandene Schreddermaschine passen, werden mit einem Zangenbagger zuvor zerkleinert. Im Jahr 2014 begann ein Mitarbeiter des U, mit dem Bagger ein größeres Betonteil zu zerkleinern. Dabei detonierte eine Bombe aus dem Zweiten Weltkrieg, die in das Betonteil einbetoniert war. Aufgrund der Explosion entstanden an Gebäuden auf benachbarten Grundstücken Schäden, welche die V als Gebäudeversicherin des Nachbarn N reguliert hat.

#### B) Die Entscheidung des Senates

Streitgegenständlich sind demnach die Ansprüche des V gegen sowohl den U als auch den E.

##### I. Ansprüche V gegen U

Eigene Ansprüche kommen nicht in Frage, jedoch sind Ansprüche des Nachbarn N gem. § 86 VVG auf V übergegangen.

##### 1. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

In Betracht kommt zunächst ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB. Diesen Anspruch verneint der BGH allerdings:

*„Eine Haftung auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB setzt – ebenso wie eine Haftung nach §§ 823 Abs. 2 BGB iVm. § 308 StGB – zumindest fahrlässiges Verhalten voraus. Fahrlässig handelt nach der auch für die Ausfüllung des Begriffs der Fahrlässigkeit in § 823 BGB heranzuziehenden Regelung in § 276 Abs. 2 BGB, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Danach ist derjenige, der eine Gefahrenlage schafft, zwar grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass nicht jeder abstrakten Gefahr vorbeugend begegnet werden kann. Ein allgemeines Verbot, andere nicht zu gefährden, wäre utopisch. Eine Verkehrssicherung, die jede Schädigung ausschließt, ist im praktischen Leben nicht erreichbar. Deshalb muss nicht für alle denkbaren Möglichkeiten eines Schadenseintritts Vorsorge getroffen werden. Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist genügt, wenn derjenige Sicherheitsgrad erreicht ist, den die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich hält. Daher reicht es aus, diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betroffenen Verkehrskreise für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren, und die den Umständen nach zuzumuten sind. Sicherungsmaßnahmen sind umso eher zumutbar, je größer die Gefahr und die Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung sind*

*An einer für die eingetretenen Schäden ursächlichen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht durch U fehlt es.*

*Ob vor der Zerkleinerung von Betonteilen eine Sichtprüfung auf Explosivkörper zu fordern und dem U diesbezüglich ein Organisationsverschulden anzulasten ist, kann dahinstehen, da nach der Beweiswürdigung des BerGer., die von der Revision nicht angegriffen wird und auch keine Rechtsfehler erkennen lässt, davon auszugehen ist, dass die von Beton umschlossene Bombe von außen nicht erkennbar war. Eine möglicherweise unzureichende Anweisung des U in Bezug auf eine Sichtprüfung von Betonteilen wäre für die Explosion der Bombe daher nicht kausal gewesen, da sich die Bombe nicht durch eine Sichtprüfung des Betonteils hätte auffinden lassen.*

*Zu Recht verlangt das BerGer. von dem U keine weitergehenden Sicherheitsvorkehrungen. Ein Bauschutt recycelndes Unternehmen verstößt nicht gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, wenn in seinem Betrieb Betonteile, die nicht bekanntermaßen aus einer Abbruchmaßnahme stammen, bei der mit Bomben im Beton gerechnet werden muss, vor ihrer Zerkleinerung nicht unter Einsatz technischer Mittel auf Explosivkörper untersucht werden.“*

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet also aus.

## 2. Anspruch aus § 831 Abs. 1 BGB

Zu prüfen ist dann ein Anspruch aus § 831 Abs. 1 BGB. Den verneint der BGH aber ebenfalls knapp:

*„Zu Recht sieht das BerGer. auch einen Anspruch aus § 831 Abs. 1 BGB als unbegründet an. Zwar genügt es für eine Haftung nach dieser Vorschrift, wenn – wie hier – ein Verrichtungsgehilfe einem Geschädigten in Ausübung der Verrichtung dadurch einen Schaden zugefügt hat, dass er widerrechtlich einen deliktsrechtlichen Tatbestand iSd. §§ 823 ff. BGB verwirklicht hat; auf ein Verschulden des Verrichtungsgehilfen kommt es grundsätzlich nicht an. Bei verkehrsrichtigem Verhalten des Gehilfen scheidet eine Haftung mit Rücksicht auf den Schutzzweck der Norm aber aus.“*

## 3. Anspruch aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB

Als nächstes zu prüfen ist ein Anspruch aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB in entsprechender Anwendung. Hierzu äußert sich der BGH ausführlich:

*„Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB gegeben, wenn von einem Grundstück im Rahmen privatwirtschaftlicher Benutzung rechtswidrige Einwirkungen auf ein anderes Grundstück ausgehen, die der Eigentümer oder Besitzer des betroffenen Grundstücks nicht dulden muss, jedoch aus rechtlichen oder – wie hier – tatsächlichen Gründen nicht gem. § 1004 Abs. 1, § 862 Abs. 1 BGB unterbinden kann, sofern er hierdurch Nachteile erleidet, die das zumutbare Maß einer entschädigungslos hinzunehmenden Beeinträchtigung übersteigen*

*Entgegen der Annahme der E scheidet ein solcher Anspruch nicht schon daran, dass die Grundstücke der Versicherungsnehmer der V mehrere 100 m von dem Betrieb des U entfernt liegen sollen. Der Umstand, dass Grundstücke nicht aneinandergrenzen, steht einem nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch nicht entgegen. Er kommt auch in Betracht, wenn die Beeinträchtigung eine zurechenbare Folge eines auf einem entfernter liegenden Grundstück eingerichteten Betriebs ist“*

### a) Störereigenschaft

Fraglich ist allerdings, ob der Anspruch überhaupt gegen U gerichtet ist, bezweckt er doch den Ausgleich unter Nachbarn. Der BGH nimmt Bezug auf die Störereigenschaft:

*„Unmittelbarer Handlungsstörer ist derjenige, der die Beeinträchtigung des Nachbarn adäquat kausal durch eine eigene Handlung verursacht. Ein adäquater Ursachenzusammenhang besteht dann, wenn eine Tatsache im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg dieser Art herbeizuführen. Wer die Beeinträchtigung seines Nachbarn durch eine eigene Handlung verursacht, ist Störer iSv. § 1004 Abs. 1 BGB. Seine Qualifikation als Störer hängt, anders als bei einem mittelbaren und beim Zustandsstörer, nicht von dem Vorliegen entsprechender Sachgründe dafür ab, ihm die Verantwortung für das Geschehen aufzuerlegen.*

*Daran ändert sich nichts, wenn die störende Handlung in einem Gewerbebetrieb und nicht von dem Inhaber des Betriebs selbst, sondern von seinen weisungsabhängigen Beschäftigten vorgenommen wird. Hierdurch wird der Betriebsinhaber nicht zu einem*

*sog. mittelbaren Störer, dessen Qualifikation als Störer von dem Vorliegen entsprechender Sachgründe dafür abhängig ist, ihm die Verantwortung für das Geschehen aufzuerlegen. Beschäftigte können nämlich selbst unmittelbare Handlungsstörer nur sein, wenn ihnen ein eigener Entschließungsspielraum mit entsprechendem Verantwortungsbereich verbleibt, aber nicht, wenn sie weisungsgebunden sind.*

*Gemessen daran ist der U unmittelbarer Handlungsstörer. Er hat die Zerkleinerungsarbeiten zur Weiterverarbeitung des angelieferten Betonteils zwar nicht selbst durchgeführt. Der Baggerführer, den er damit beauftragt hatte, war aber weisungsabhängig und hatte keinen eigenen Entscheidungsspielraum, so dass die von ihm durchgeführten Arbeiten rechtlich als Handlungen des U zu behandeln sind.“*

### b) Duldungspflicht

Die nächste Voraussetzung ist eine Duldungspflicht, welche sich in analoger Anwendung nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch ergeben kann:

*„Die Nachbarn hätten die Zerkleinerungsarbeiten auf dem Grundstück des U zwar nicht von vornherein abwehren können. Anknüpfungspunkt für ihren Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB ist nämlich nicht die von dem Grundstück potenziell, wenn vielleicht auch nur bei Hinzutreten außergewöhnlicher Umstände ausgehende Gefahr, sondern die im Einzelfall bewirkte und zumindest konkret drohende Beeinträchtigung ihres Eigentums. Diese konkrete Gefährdung trat aber ein, als sich der Baggerführer des U anschickte, das Betonteil zu zerkleinern, in dem sich die Bombe befand. Dadurch wurden die Grundstücke der Versicherungsnehmer der V bei der gebotenen objektiven Betrachtung konkret gefährdet. Denn infolge dieser Arbeiten konnte die Bombe ungewollt zur Explosion gebracht werden. Die Nachbarn hätten deshalb von dem U als Störer nach § 1004 Abs. 1, § 862 Abs. 1 BGB verlangen können, die drohende Einwirkung auf ihre Grundstücke zu unterlassen. Sie konnten ihre Rechte jedoch aufgrund des Ablaufs des Vorfalls tatsächlich nicht wahrnehmen und waren deshalb einem faktischen Duldungszwang ausgesetzt“*

### c) Bezug zum störenden Grundstück

Weitere Voraussetzung ist jedoch ein Bezug zum störenden Grundstück. Diesen bejaht der BGH grundsätzlich:

*„Der störenden Einwirkung auf die Grundstücke der Versicherungsnehmer der V fehlt entgegen der Ansicht des BerGer. nicht der erforderliche Grundstücksbezug.*

*Das BerGer. verneint den Grundstücksbezug mit der Begründung, es verwirkliche sich kein für die Nutzung des Grundstücks als Recyclinghof spezifisches Risiko, sondern ein allgemeines Risiko, das sich genauso gut auf einem anderen Grundstück, etwa an der Abbruchstelle, habe verwirklichen können. Ihm ist im Anschluss an sein bereits erwähntes Urteil vom 22.12.2015 zu Ansprüchen eines anderen Geschädigten aus demselben Geschehen entgegengehalten worden, ein ausreichender Grundstücksbezug ergebe sich schon daraus, dass sich die Explosion bei der Zerkleinerung des Betonstücks auf dem Betriebsgrundstück der BeV ereignet habe.*

*Dieser Einwand trifft zu.*

Der Anwendungsbereich des Ausgleichsanspruchs ist allerdings nur eröffnet, wenn das beeinträchtigende Verhalten dem Bereich der konkreten Nutzung des Grundstücks zuzuordnen ist und einen sachlichen Bezug zu diesem aufweist. Nicht in den Anwendungsbereich des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs fallen demgegenüber diejenigen störenden Verhaltensweisen, die zwar auf dem Grundstück stattfinden, durch die jedoch die spezifische Beziehung der Grundstückseigentümer oder -nutzer zueinander nicht berührt wird. Dies kann etwa deshalb der Fall sein, weil eine Handlung nur gelegentlich des Aufenthalts auf dem Grundstück, wenn auch durch den Eigentümer oder Nutzer, vorgenommen wird, genauso gut aber an anderer Stelle vorgenommen werden könnte. Diese Voraussetzung hat der Senat bei dem Abschießen einer Feuerwerksrakete am Neujahrstag angenommen, die ihre Flugbahn unerwartet änderte und das Anwesen des Nachbarn in Brand setzte. Das bedeutet aber nicht, dass der erforderliche Grundstücksbezug bei einem Feuerwerk stets fehlt. Er läge etwa vor, wenn der Betreiber eines Vergnügungsparks dessen Attraktivität durch das regelmäßige Abbrennen von Feuerwerken erhöhen möchte und bei dem Abbrennen eines solchen Feuerwerks das Grundstück eines Nachbarn beschädigt wird

Gemessen daran besteht hier der erforderliche Grundstücksbezug. Die Explosion der Bombe ist durch die Zerkleinerungsarbeiten des – bei dem Vorfall zu Tode gekommenen – Baggerführers des U ausgelöst worden. Diese Arbeiten waren typisch für die konkrete Nutzung des Grundstücks durch den U, der auf dem Grundstück ein Unternehmen zur Weiterverarbeitung von Bauschutt betreibt. Sie hätten aus Sicht des U nicht ebenso gut an beliebiger anderer Stelle vorgenommen werden können.“

### c) Zwischenergebnis

Dennoch verneint der BGH eine Entschädigungspflicht nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB:

Eine Haftung des U scheidet aber aus einem anderen Grund aus. Die Regelung in § 906 Abs. 2 S. 2 BGB ist auf Beeinträchtigungen nicht entsprechend anwendbar, die durch die – unverschuldete – Explosion eines Blindgängers aus dem Zweiten Weltkrieg verursacht werden.

Die entsprechende Anwendung von § 906 Abs. 2 S. 2 BGB auf Beeinträchtigungen, die das Grundstück des Nachbarn durch eine rechtswidrige Einwirkung des Eigentümers oder – hier – Besitzers eines Grundstücks, die der Nachbar aus rechtlichen oder – hier – tatsächlichen Gründen nicht abwehren kann, beruht auf dem Zweck der Vorschrift. Durch § 906 BGB soll der bei der Nutzung eines Grundstücks im Verhältnis zu den benachbarten Grundstücken möglicherweise auftretende Konflikt in einen vernünftigen Ausgleich gebracht werden. In der Regelung findet die Situationsgebundenheit des Grundeigentums ihren Ausdruck, durch die das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis und die hieraus erwachsenden wechselseitigen Rücksichtnahmepflichten ihre Prägung erfahren.

Zu diesen mit dem Instrument des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs sachgerecht zu bewältigenden Konfliktlagen gehören Beeinträchtigungen nicht, die durch die – unverschuldete – Explosion eines Blindgängers aus dem Zweiten Weltkrieg an den Nachbargrundstücken verursacht werden. Die entsprechende An-

wendung der in § 906 Abs. 2 S. 2 BGB bestimmten verschuldensunabhängigen Haftung des Eigentümers oder des Besitzers des beeinträchtigenden Grundstücks auf solche Beeinträchtigungen überschreitet die Grenzen richterlicher Gestaltungsmacht; eine solch weitgehende Haftung könnte nur durch den Gesetzgeber angeordnet werden.

Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch beruht maßgeblich auf der Wertung, dass der Eigentümer oder Besitzer des Grundstücks, von dem die rechtswidrige Beeinträchtigung der Nachbargrundstücke ausgeht, der Beeinträchtigung und ihren Folgen näher steht als die Nachbarn. Er ist gegeben, wenn sich ein zu erwartendes oder auch eher ungewöhnliches Risiko verwirklicht, das in der Nutzung oder in dem Zustand des Grundstücks angelegt ist. In solchen Fällen führt der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch zu einer sachgerechten Verantwortungszuweisung.

Beispiele aus der Rechtsprechung sind die Nutzung eines Grundstücks als Muschelkalksteinbruch, bei dem die Gesteinsbrocken nicht mechanisch, sondern durch gezielte Sprengungen aus dem Fels gelöst werden oder das regelmäßige Abbrennen von Feuerwerken auf dem Gelände eines Vergnügungsparks

Die mit der Anwendung des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB verbundene Verantwortungszuweisung kann deshalb auch bei der Beeinträchtigung durch die Explosion eines Blindgängers aus dem Zweiten Weltkrieg zu einem sachgerechten Ergebnis führen, wenn dieses Risiko in der Nutzung des Grundstücks angelegt ist. Das wäre etwa bei der Nutzung eines Grundstücks zur Entschärfung oder kontrollierten Sprengung solcher Blindgänger oder für die Verarbeitung von Bauschutt der Fall, der im Verdacht steht, solche Blindgänger zu enthalten. Eine solche Fallkonstellation liegt hier aber nicht vor. Nach den Feststellungen des BGH verarbeitet der U auf seinem Betriebsgrundstück „normalen“ Bauschutt. In dieser Grundstücksnutzung angelegte Risiken und Gefahren (Herausspringen von Betonteilen aus dem Schredder, Absprengen von Betonteilen beim Zerkleinern größerer Betonblöcke mit dem Zangenbagger, Platzen von Hydraulikschläuchen an den eingesetzten Maschinen usw.) haben sich hier nicht verwirklicht.

Ist die Explosion eines Blindgängers aus dem Zweiten Weltkrieg aber nicht in der Nutzung des Grundstücks angelegt, stehen der Eigentümer oder Besitzer des Grundstücks, auf dem ein Blindgänger explodiert, dem verwirklichten Risiko nicht näher oder ferner als die übrigen Beteiligten. Eine solche Explosion ist dann nämlich nicht mehr Ausdruck der Situationsbezogenheit des Grundstückseigentums oder Folge der in dem Zustand oder in der Nutzung des Grundstücks angelegten Risiken. Sie trifft die Beteiligten gleichermaßen zufällig und schicksalhaft. Ihre Folgen lassen sich generell und gerade auch in dem hier gegebenen Fall einer Verlagerung des Explosionsrisikos mit dem nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch nicht sachgerecht bewältigen. Müsste der Eigentümer – hier der Besitzer – des Grundstücks, auf dem ein solcher Blindgänger explodiert, für die dadurch verursachten Beeinträchtigungen analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB ohne Rücksicht auf Verschulden einstehen, würde ihm allein ein – letztlich als Spätfolge des Zweiten Weltkriegs gesamtgesellschaftliches – Risiko angelastet, das ihn nur zufällig trifft. Die Zufälligkeit des Risikos zeigt sich besonders deutlich im vorliegenden Fall. Hier ist der Blind-



*gänger nicht auf dem Grundstück explodiert, auf dem er beim Abwurf während des Zweiten Weltkriegs niedergegangen ist, sondern auf dem Betriebsgrundstück des U, auf das er nur gelangen konnte, weil er zufällig weder bei dem Abbruch des Fundaments, in das er einbetoniert worden war, noch beim Abtransport explodiert ist.“*

Auch ein Anspruch aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB besteht daher nicht.

## II. Ergebnis

Aus den genannten Gründen besteht auch kein Anspruch gegen den Miteigentümer des Grundstücks. Der V kann dementsprechend weder gegen U noch gegen E Ansprüche geltend machen.

### Abschließende Hinweise für Studierende

1. Die Entschädigungspflicht nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB ist ein Dauerbrenner des Sachenrechts und höchst examensrelevant. Viele ungeklärte und umstrittene Fragen machen sie zu einem geeigneten Klausurthema
2. Die Entscheidung ist insoweit bemerkenswert, als trotz Grundstücksbezugs eine Entschädigungspflicht verneint wird, wobei die vom BGH vorgenommene Einschränkung nicht exakt dogmatisch verortet werden kann.
3. Auch die Ausführungen zur Störereigenschaft des U sind lehrreich, dieses Thema ist im Rahmen des § 1004 BGB insbesondere ebenfalls häufig problematisch und examensrelevant.

Prof. Dr. *Christian F. Majer*

Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und  
Ordnungswidrigkeitenrecht  
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen  
Ludwigsburg

► **Inhaltsverzeichnis**



## MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

---

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

---

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

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

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E [robert.krywalski@cms-hs.com](mailto:robert.krywalski@cms-hs.com)

---

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

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Der Vermögensschaden beim sog. Anstellungsbetrug

Beschluss vom 21. August 2019, Az.: 3 StR 221/18

1. Der Anstellungsbetrug ist ein Unterfall des Eingehungsbetruges, bei dem ein möglicher Vermögensschaden ausschließlich aus wirtschaftlicher Perspektive beurteilt wird.

2. Der Arbeitgeber erleidet einen Vermögensschaden, wenn der Wert des Anspruchs auf die Leistung des Täuschenden (Amtsführung bzw. Arbeitsleistung) hinter dem Wert der Verpflichtung zur Gegenleistung durch den Getäuschten (Dienstbezüge bzw. Arbeitsentgelt) zurückbleibt.

3. Bei privaten Anstellungsverhältnissen wird - ohne Hinzutreten weiterer Umstände - der Vermögenswert des Arbeitgebers allein durch die Beschäftigung einer vorbestraften Krankenschwester noch nicht geschädigt. Unbeachtet bleibt, dass der Arbeitgeber die Täterin ohne die Täuschung nicht eingestellt hätte.

(Leitsätze des Bearbeiters)

#### A) Sachverhalt und Verfahrensgang (vereinfacht)

Die Angeklagte A ist ausgebildete Krankenschwester. In der Vergangenheit hatte sie diesen Beruf bei häufig wechselnden Arbeitgebern ausgeübt. Im Jahr 2016 bewarb sie sich bei der Justizvollzugsanstalt Moers-Kapellen in Nordrhein-Westfalen als Krankenpflegerin.

In ihrem Vorstellungsgespräch gab die vielfach wegen Betrugsdelikten vorbestrafte A wahrheitswidrig an, nicht vorbestraft zu sein. Sie gab weiter an, sie habe von 1996 bis 2014 durchgehend in einem Krankenhaus in Frankfurt am Main gearbeitet. Infolgedessen wurde sie ab dem 2. Mai 2016, befristet bis Ende Februar 2017, in der Justizvollzugsanstalt als Krankenpflegerin eingestellt. Die von ihr in dieser Zeit erbrachten Arbeitsleistungen entsprachen den fachlichen Anforderungen.

Das Landgericht Kleve verurteilte A wegen Betruges, worauf diese Revision (Sachrüge) beim Bundesgerichtshof einlegte.

#### B) Die Entscheidung des Senates

##### Hinweis

Der Senat befusste sich im Rahmen der Sachrüge u.a. mit einer weiteren prozessualen Tat, der ein sog. „Tankstellen-Fall“ zugrunde lag. Hier bestätigte er - entsprechend seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>1</sup> -, dass beim vollendeten Tankbetrug die Feststellung erforderlich sei, dass der Tankvorgang vom Personal überhaupt bemerkt wurde.

Andernfalls sei mangels konkludenter Täuschungshandlung schon kein Irrtum erregt worden, sodass nur noch eine Versuchsstrafbarkeit in Frage käme.

#### I. Strafbarkeit der A gem. § 263 Abs. 1 StGB

Indem A im Vorstellungsgespräch ihre Vorstrafen verschwiegen und darauf als Krankenpflegerin eingestellt wurde, könnte sie sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB zum Nachteil des Landes NRW strafbar gemacht haben.

##### 1. Täuschungsbedingter Irrtum

A müsste ihren Arbeitgeber zunächst über Tatsachen getäuscht haben. Eine Täuschungshandlung iSd. § 263 Abs. 1 StGB ist jede Handlung mit Erklärungswert, wodurch auf das Vorstellungsbild einer anderen Person eingewirkt und bei dieser schließlich ein Irrtum hervorgerufen wird.<sup>2</sup>

Im entscheidenden Vorstellungsgespräch gab A gegenüber der zuständigen Mitarbeiterin wahrheitswidrig an, in den letzten 18 Jahren (1996-2014) für ein und denselben Arbeitgeber tätig gewesen und darüber hinaus nicht vorbestraft zu sein. Diese Angaben führten zu einer Fehlvorstellung über Tatsachen (charakterliche Eigenschaften), womit ein Irrtum zu bejahen ist.

##### 2. Vermögensverfügung

Täuschung und Irrtum müssten den Arbeitgeber zu einer Vermögensverfügung veranlassen haben.

Das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung vervollständigt in dogmatischer Hinsicht die erforderlichen kausalen Zusammenhänge zwischen dem täuschungsbedingten Irrtum und der sich anschließenden Frage nach einem Vermögensschaden. Die Vermögensverfügung erfasst jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.<sup>3</sup> In der Praxis beziehen sich die meisten Vermögensverfügungen auf das Eingehen einer Verbindlichkeit, mithin also auf Vertragsabschlüsse.

Durch den abgeschlossenen Arbeitsvertrag (§ 611a Abs. 1 BGB) erhielt A gegen die JVA Moers bzw. das Land NRW einen Anspruch auf Lohnzahlung gemäß § 611a Abs. 2 BGB.

Eine Vermögensverfügung liegt vor.<sup>4</sup>

##### 3. Vermögensschaden

Ferner müsste das Land NRW durch die Anstellung der A einen Vermögensschaden erlitten haben, § 263 Abs. 1 StGB.

<sup>1</sup> BGH NJW 1983, 2827 und 2016, 1109; siehe hierzu auch Fischer, 66. Aufl. (2019), § 263 StGB Rn. 33.

<sup>2</sup> Fischer, 66. Aufl. (2019), § 263 StGB Rn. 14.

<sup>3</sup> Ibid. Rn. 70.

<sup>4</sup> Um das entscheidende Problem des sog. Anstellungsbetruges nicht unnötig aufzuspalten, bietet es sich an, diesen Komplex geschlossen im Prüfungspunkt „Vermögensschaden“ zu verorten.



### a) Grundsätzliches

Grundsätzlich erfolgt die Schadensermittlung nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung. Voraussetzung ist ein negativer Saldo zwischen dem Wert des Vermögens *vor* und *nach* der irrtumsbedingten Vermögensverfügung, ohne, dass letzterer durch ein wirtschaftliches Äquivalent kompensiert wurde.<sup>5</sup> Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes<sup>6</sup> ist anerkannt, dass eine Strafbarkeit nach § 263 Abs. 1 StGB auch dann möglich ist, wenn durch wahrheitswidrige Angaben eine Anstellung im öffentlichen Dienst erschlichen wird, sog. Anstellungsbetrug.

Der Anstellungsbetrug wird als Unterfall des sog. Eingehungsbetruges qualifiziert, wenn bereits bei der Eingehung einer Verbindlichkeit (hier des Arbeitsverhältnisses) feststeht, dass der Verpflichtung des Getäuschten eine nur minderwertige Gegenleistung des Täuschenden gegenübersteht.<sup>7</sup>

Diesen Grundsätzen folgend, stellt der Senat klar, dass hier „ein Vermögensvergleich bezogen auf den Zeitpunkt der Vermögensverfügung, das heißt der Anstellungsentscheidung, beziehungsweise des Vertragsschlusses, vorzunehmen ist. Dabei ist der Wert der gegenseitigen Ansprüche zu vergleichen. Wenn der Wert des Anspruchs auf die Leistung des Täuschenden (bei Beamten die Amtsführung, bei Angestellten die zu erbringende Arbeitsleistung) hinter dem Wert der Verpflichtung zur Gegenleistung durch den Getäuschten (Dienstbezüge, Arbeitsentgelt) zurückbleibt, erleidet der Getäuschte einen Vermögensschaden. Da die Vertragspflichten bei Vertragsschluss - nicht aber die künftig erbrachten Leistungen im Rahmen der Vertragsführung - gegenüberzustellen sind, handelt es sich um einen aus *ex ante* Sicht zu beurteilenden Gefährdungsschaden, der schadensgleich sein muss, um einen Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB zu begründen. Die nach Vertragsschluss erbrachten Leistungen können bei der Beurteilung der Frage, ob bei Vertragsschluss eine Vermögensgefährdung eingetreten war, als Indiz herangezogen werden. Insoweit bestehen Unterschiede bei der Beurteilung von Beamten (sog. Amterschleichung) und Angestellten.“

### b) Amterschleichung

Anschließend differenziert der Senat bei den eine Beamtenstellung betreffenden Fällen zwischen der fehlenden fachlichen (**aa**) und der persönlichen Eignung (**bb**).

**(aa)** „Täuscht der Beamte über für das Amt rechtlich unerlässliche Anforderungen an die fachliche Qualifikation, die nach Gesetz oder Verwaltungsvorschrift notwendige Voraussetzung für die Anstellung oder eine Beförderung ist, fehlt es regelmäßig an der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung. Der Beamte gilt als für sein Amt untauglich, auch wenn er zufriedenstellende dienstliche Leistungen erbringt, weil er - unter rechtlichen Gesichtspunkten - keine gleichwertige Gegenleistung für die ihm gewährten Bezüge zu erbringen vermag.“

**(bb)** „Täuscht der Beamte hingegen über Umstände seiner persönlichen Eignung, die für das Amt unerlässlich sind, kommt es für das Vorliegen eines Vermögensschadens - wiederum unabhängig von der Qualität der erbrachten Leistungen - darauf an, ob die Täuschung Umstände betrifft, die der Einstellung des Täters

rechtlich entgegenstehen. Wenn der Beamte wegen fehlender persönlicher Eignung nicht hätte eingestellt werden dürfen oder hätte entlassen werden müssen, ist demgemäß ein Vermögensschaden anzunehmen.“

### c) Private Anstellungsverhältnisse

Auf private Anstellungsverhältnisse können die o.g. Grundsätze jedoch nicht pauschal übernommen werden. Hierzu der Senat:

„Ein Vermögensschaden wird in solchen Fällen in erster Linie danach bemessen, ob der Angestellte die Leistungen erbringen kann, die nach seiner gehaltlichen Eingruppierung oder dem Anstellungsvertrag von ihm erwartet werden dürfen.

[...]

Ausnahmsweise sind die für Beamte entwickelten Grundsätze dann anzuwenden, wenn die dem Dienstverpflichteten gestellten Aufgaben eine besondere Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit erfordern und mit Rücksicht darauf die Bezahlung höher ausfällt oder wenn Anstellung und Höhe der Bezüge - ähnlich wie bei Beamten - eine abgeschlossene Ausbildung voraussetzen oder von Art und Dauer früherer Beschäftigung abhängen. Darüber hinaus ist ein Gefährdungsschaden darin zu sehen, dass ein Angestellter erhebliche Vorstrafen wegen Vermögensdelikten verschwiegen hatte und in der neuen Stellung über Vermögen des Arbeitgebers verfügen konnte.“

Ausgehend von diesen Grundsätzen wird ein Gefährdungsschaden vom Senat richtigerweise verneint:

„Da die Angeklagte keine besondere Vertrauensstellung im Hinblick auf das Vermögen ihres Arbeitgebers erlangte, konnten die von ihr verschwiegenen vermögensrechtlichen Vorstrafen einen Vermögensschaden ebenfalls nicht begründen. [...] Dass die von der Angeklagten als Krankenpflegerin in der Justizvollzugsanstalt erbrachten Arbeitsleistungen nicht von der geforderten Qualität waren und dies den Schluss zulässt, dass diese Gefahr bereits bei Vertragsschluss bestand, lässt sich den Feststellungen nicht entnehmen und liegt vor dem Hintergrund ihrer Ausbildung und Berufserfahrung als Krankenschwester auch nicht nahe.“

Auch der hier in Rede stehende Arbeitsplatz rechtfertigt keine andere Bewertung:

„Aus der besonderen Sensibilität des Anstellungsortes mag sich ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers ergeben haben, dort zur Aufrechterhaltung der nötigen professionellen Distanz zu den Inhaftierten nur unbestrafte Personen anzustellen. Ein Vermögenswert wird dadurch jedoch nicht tangiert. Ebenso wenig stellen das Ansehen der Vollzugsanstalt oder die Lauterkeit ihrer Angestellten einen Vermögenswert dar.“

#### Hinweis

Die Entscheidung des Senates überzeugt. Denn wesentliches Schutzgut des § 263 StGB ist das Vermögen. Bei privaten Anstellungsverhältnissen wird - ohne Hinzutreten weiterer Umstände - der Vermögenswert des Arbeitgebers allein durch die Beschäftigung einer vorbestraften Krankenschwester aber noch nicht geschädigt. Hätte sich

<sup>5</sup> BVerfG NStZ 1998, 506; BGH NJW 1961, 1876; 1982, 1165.

<sup>6</sup> BGH NJW 1999, 1485.

<sup>7</sup> BGH NJW 1961, 182; BGH NJW 1962, 59; BGH NJW 1999, 1485.

die A - bei ansonsten gleichbleibendem Sachverhalt - als vorbestrafte Bankkauffrau bei einer Bank anstellen lassen, liegt die Annahme eines Gefährdungsschadens hingegen nahe.

Die Strafbarkeit der A steht und fällt mit der Annahme eines Gefährdungsschadens. Nach neuerer Rechtsprechung des BVerfG sind die Anforderungen an die Feststellung und Bezifferung eines Vermögensschadens deutlich gestiegen.<sup>8</sup> Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot verbiete es, das Vorliegen nicht bezifferter Verlustwahrscheinlichkeiten bereits als vollendeten Schadenseintritt beim Eingehungsbetrug anzusehen.<sup>9</sup> Der Senat musste sich in seiner hier besprochenen Entscheidung aber nicht mit dieser Problematik beschäftigen, da das Landgericht schon fälschlicherweise von einem Vermögensschaden ausgegangen war.

#### 4. Ergebnis

Mangels Vermögensschadens scheidet eine Strafbarkeit der A nach § 263 Abs. 1 StGB aus.<sup>10</sup>

#### Abschließende Hinweise für Studierende und Referendare

Die Entscheidung ist schon deshalb sehr examensrelevant, weil in beiden jur. Staatsprüfungen immer mit betrugsspezifischen Problemen gerechnet werden muss. Darüber hinaus eignet sich die Entscheidung zur Wiederholung der Thematik rund um den Gefährdungsschaden und den sog. Anstellungsbetrug, dessen Voraussetzungen der Senat geradezu lehrbuchartig herausarbeitet.

### *Paolo Beeren*

Rechtsanwalt  
Kanzlei StR  
Stuttgart

Dozent  
juristisches Repetitorium hemmer  
Stuttgart

#### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>8</sup> BVerfG, Beschluss vom 07.12.2011 - 2 BvR 2500/09.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Weitere Einzelfälle zum Anstellungsbetrug siehe: *Fischer*, 66. Aufl. (2019), § 263 Rn. 152 ff.

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

OLG Rostock

### Betrugsspezifische Auslegung des § 263a StGB bei Zahlung im elektronischen Lastschriftverfahren an Selbstbedienungskassen

Beschluss vom 6. Februar 2019, Az.: 20 RR 90/18

1. Eine Täuschung iSd. Betrugstatbestandes setzt die intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen Menschen voraus.

2. Die Zahlung an einer Selbstbedienungskasse im elektronischen Lastschriftverfahren begründet auch bei ungenügendem Kontoguthaben regelmäßig keinen Computerbetrug.

(Leitsätze des Bearbeiters)

#### A) Sachverhalt

Innerhalb eines Zeitraumes von vier Tagen begab sich T mehrfach zu einer Filiale der Möbelhauskette O, welche die Möglichkeit anbietet, an sog. „SB-Kassen“ die zum Kauf vorgesehenen Waren selbst einzuscannen und sodann zu bezahlen, ohne dass es der – üblichen – Mitwirkung eines Kassierers bedarf. Im Rahmen seiner Besuche nutzte T dieses System vier Mal zur Zahlung von Waren im Wert von jeweils 50-60 €. T war bewusst, dass bei einem Warenwert von unter 100 € nach Einscannen der Ware im Bezahlmenü des Selbstbedienungskassenautomats und Auswahl des Menüpunktes „mittels EC/Maestro“ einzig die Möglichkeit der Zahlung im Wege des SEPA Lastschriftmandats bestand. Dabei ermächtigt der Kunde das Unternehmen durch Abgabe einer Unterschrift auf einem am Kassenautomaten angebrachten Schreibpad und der nachfolgenden Betätigung des „OK“-Buttons, den Rechnungsbetrag mittels Lastschrift vom Konto des Kunden einzuziehen. Mithin erhält der Kunde die Ware bereits vor dem eigentlichen Zahlungsvorgang (Einzahlung mittels Lastschrift), wobei auf dem zum Nachweis der Berechtigung an der mitgeführten Ware ausgedruckten Papierbeleg die Zahlung mittels Lastschriftverfahren sowie der Hinweis „Zahlung erfolgt. [...]“ vermerkt sind. T konnte entsprechend bei allen vier Besuchen die Filiale mit den eingescannten und „bezahlten“ Waren verlassen.

T war bei alledem bewusst, dass sein Konto keine hinreichende Deckung aufwies und die – wenig später tatsächlich gescheiterten – Einziehungsversuche der Möbelhauskette erfolglos sein würden.

#### B) Verfahrensgang

AG und – auf die Berufung des Angeklagten - LG hatten T jeweils (in jeweils unterschiedlichem Umfang) wegen Betruges verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hob das OLG das Urteil des LG, mitsamt der Feststellungen zum Tatgeschehen, auf und verwies die Sache an eine andere Strafkammer des LG mit der Maßgabe zurück, ggf. weitergehende Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen zu treffen.

#### C) Die Entscheidung des Senates

Auf Basis der vom LG bislang getroffenen Feststellungen vermochte das OLG eine Strafbarkeit des T nicht zu erkennen

#### Hinweis

Da es sich um mehrere – separate – Einkäufe des T in der Filiale der O handelte, gelten die nachfolgenden Erwägungen für jeden der – äußerlich identisch ablaufenden – Einkaufsvorgänge.

#### I. Strafbarkeit gemäß § 263 Abs. 1 StGB

T könnte sich durch Auswahl der Zahlungsart „mittels EC/Maestro“, dem Unterschreiben der Einzugsermächtigung sowie der nachfolgenden Bestätigung auf dem „OK“-Button gemäß § 263 Abs. 1 StGB wegen Betruges strafbar gemacht haben.

#### Hinweis

Selbst wenn – wie häufiger – im SB-Kassen-Bereich Personal des jeweiligen Warenhauses zugegen ist, beschränkt sich dieses ggf. darauf, die reibungslose Benutzung der Kassenautomaten sicherzustellen. Mit Blick auf diese (enge) Funktionszuweisung dürfte es auch insoweit schwerfallen, ein sachgedankliches Mitbewusstsein betreffend die Forderungsinhaberschaft des jeweiligen via elektronischer Lastschrift Bezahlenden anzunehmen. Diesbezüglich vermisste das OLG in der Entscheidung des LG Feststellungen dahingehend, ob und mit welcher Funktion Personal im Umfeld der Kassenautomaten tätig war.

Auf Basis der *bisherigen Feststellungen* konnte es indes nur zu folgendem Ergebnis kommen:

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Täuschung

Der Betrug setzt im objektiven Tatbestand zunächst eine Täuschung voraus, mithin die (konkludente) Behauptung einer unwarhen Tatsache. Diese könnte hier in der durch die Zahlungsweise im elektronischen Lastschriftverfahren konkludent (mit-)erklärten Inhaberschaft an

„einer abtretbaren Forderung aus dem eigenen Guthaben“

liegen.

Indes setzt eine Täuschung auch einen tauglichen Erklärungsempfänger voraus:



„Die Täuschung setzt jedoch die intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen voraus; folglich ist eine solche Handlung nur gegenüber einem Menschen denkbar [...].“

Bei der Zahlung an einem Selbstbedienungsterminal

„löst der Kunde regelmäßig nur einen technischen Vorgang aus [...]. Eine auf einer Täuschung beruhende Irrtumserregung liegt darin jedoch nicht. Es wird lediglich auf die Selbstbedienungskasse – eine Maschine – eingewirkt, die – anders als ein Mensch – keine subjektive Fehlvorstellung entwickeln kann.“

## b) Zwischenergebnis

In Ermangelung eines tauglichen Erklärungsempfängers scheidet eine Strafbarkeit wegen Betruges daher bereits am Fehlen einer Täuschung iSd. Vorschrift.

## 2. Ergebnis

T hat sich nicht wegen Betruges gemäß § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## II. Strafbarkeit gemäß § 263a Abs. 1 StGB

T könnte sich durch dieselbe Handlung wegen Computerbetruges gemäß § 263a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Objektiver Tatbestand

§ 263a Abs. 1 StGB kennt vier tatbestandliche Varianten: die Einflussnahme auf das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorganges durch

- die unrichtige Gestaltung eines Programmes (Var. 1)
- die Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten (Var. 2),
- die unbefugte Verwendung von Daten (Var. 3)
- sowie die sonstige unbefugte Einwirkung (Var. 4).

#### a) Unrichtige Gestaltung

Die erste Variante setzt voraus, dass die Programmierung selbst beeinflusst wird, was vorliegend nicht der Fall ist – T bewegt sich

„als Karteninhaber auf der Anwender- und nicht auf der Programmiererebene“.

#### b) Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten

T nutzt vorliegend seine ec-Karte und gibt sich durch seine Unterschrift auch als Karteninhaber zu erkennen, wonach auch Var. 2 ausscheidet.

#### c) Unbefugte Verwendung von Daten

Fraglich ist indes, ob T gemäß § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB „unbefugt“ Daten verwendet hat, indem er sich des elektronischen Lastschriftverfahrens bediente.

Die Auslegung dieser Variante des Computerbetruges ist seit jeher Gegenstand vielfältiger Diskussionen und wird dementsprechend auch vom OLG-Senat umfassend in den Blick genommen. Dabei zieht der Senat die drei am häufigsten vertretenen Begriffsbestimmungen in Literatur und Schrifttum heran, um sich dem eigenen Ergebnis anzunähern.

#### aa) Subjektivierende Auslegung

Die subjektivierende Auslegung fragt, wie der Senat zutreffend darlegt, nach „dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des über die Daten Verfügungsberechtigten“. Trete die Nutzung in

Widerspruch zu diesem Willen, sei das Merkmal der Unbefugtheit erfüllt.

Die Subsumtion lautet sodann wie folgt:

„Vorliegend war der Angeklagte jedoch hinsichtlich seiner auf der EC/Maestro-Karte gespeicherten Daten verfügungsberechtigt, so dass nach dieser Auffassung keine unbefugte Nutzung von Daten vorliegt.“

#### bb) Computerspezifische Auslegung

Die sog. computerspezifische Auslegung verlangt „eine Einwirkung auf den Datenverarbeitungsprozess“, was jedoch mehr voraussetzt als das bloße Bedienen des Programmes nach dessen Vorgaben:

„Der Vertragsschluss erfolgte durch das Anklicken des entsprechenden Menüpunkts - „OK-Buttons“ -, mit dem das SEPA-Lastschriftmandat bestätigt wird; dieser Vorgang stellt als solcher jedoch keine Einwirkung auf das Computerprogramm dar.“

#### cc) Betrugsäquivalente Auslegung

Sodann geht der Senat auf die in Rechtsprechung und Literatur herrschende betrugsäquivalente Auslegung ein, die auf die „Struktur- und Wertgleichheit mit dem Betrugstatbestand“ abstellt, die auch der Gesetzgeber so beabsichtigt habe. Immerhin schliesse § 263a StGB „nur“ die Lücke, die durch das Fehlen „menschlicher Entscheidungsprozesse [...] bei dem Einsatz von EDV-Anlagen“ entstanden sei – maßgeblich sei entsprechend,

„ob die Handlung des Täters einer Täuschung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB entspricht [...].“

Konkreter:

„Der Karteninhaber müsste seine Befugnis zur Inanspruchnahme der Leistung konkludent vorspiegeln, wenn er dieselbe Handlung einem Menschen gegenüber vornehmen würde.“

Mit anderen Worten: Würde ein an die Stelle des Computers gedachter Mensch durch das Täterverhalten getäuscht? Der Senat verneint die Frage:

„Der Karteninhaber würde einen Menschen anstelle der Selbstbedienungskasse nicht hinsichtlich seiner Identität und der Echtheit der EC/Maestro-Karte täuschen. Er erklärt bei Verwendung seiner EC/Maestro-Karte auch nicht schlüssig mit, dass sein Konto gedeckt oder ihm ein (Dispo-)Kreditrahmen eingeräumt sei.“

Dieses Ergebnis erstaunt zunächst, da eine Täuschung nach § 263 Abs. 1 StGB doch „nur“ daran scheitern soll, dass es an einem menschlichen Erklärungsempfänger fehlt, nicht aber daran, dass die Erfüllungswilligkeit und -fähigkeit nicht konkludent erklärt würde, vgl. oben bei I.1.a).

Die Unterschiedlichkeit gegenüber dem bei der Prüfung des § 263 Abs. 1 StGB gefundenen Resultat begründet der Senat folgendermaßen:

„Denn zur Begründung der Täuschungsäquivalenz darf [...] nicht auf einen fiktiven Kassierer abgestellt werden, demgegenüber eine entsprechende schlüssige Erklärung erfolgen oder eine Aufklärung über die tatsächlich nicht vorhandene Zahlungsfähigkeit un-

terlassen werden könnte. Vielmehr ist auf eine fiktive Person abzustellen, die sich mit den Fragen befasst, die auch der Computer – hier die Selbstbedienungskasse – prüft. Der Computer prüft aber bei der hier gegenständlichen Zahlungssystem (elektronisches Lastschriftverfahren – sog. ELV-System) nicht die Bonität des berechtigten Karteninhabers oder ob dieser sich im Rahmen des Verfügungsrahmens bewegt. Es wird nur die Echtheit der EC/Maestro-Karte überprüft, die Sperrdatei abgefragt und ein vom Kunden zu unterschreibender Lastschriftbeleg auf dem Bildschirm angezeigt.“

Entscheidender Gesichtspunkt ist demgemäß das vom – gedachten – Menschen zu erwartende Prüfprogramm, welches nach Auffassung des Senats nicht weiter gehen darf als das Prüfprogramm des Computers.

Diese Auffassung zugrunde gelegt, ist die Ablehnung einer unbefugten Verwendung von Daten iSd. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB freilich konsequent.

#### Hinweis

Dreh- und Angelpunkt der Prüfung der dritten Variante des § 263a Abs. 1 StGB bleibt im Rahmen der (herrschenden) betrugsspezifischen Auslegung die Bestimmung des Prüfprogrammes des „hypothetischen Menschen“, der anstelle des Programmes gesetzt wird: Wird ihm „nur“ das Prüfprogramm des Computers auferlegt, wird eine (vollendete) unbefugte Verwendung regelmäßig zu verneinen sein, da der Computer die Funktion ja ansonsten – infolge weitergehender Prüfung – bereits nicht getätigt hätte. Der Anwendungsbereich des § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB ist danach drastisch reduziert, was Goeckenjan treffend festhält, wenn sie attestiert, der so eingeschränkte Prüfmaßstab führe dazu, „dass es eine vollendete unbefugte Datenverwendung gar nicht geben kann. Denn entweder erkennt das Programm den Mangel der Befugnis und verhindert die erstrebte Funktion oder aber der Täter muss die Missbrauchserkennung überwinden und erfüllt dadurch bereits eine der anderen Tatalternativen“.<sup>1</sup>

Es ist demgemäß auch gut vertretbar, das Prüfprogramm des „gedachten“ Menschen abweichend zu bestimmen; etwa indem in die Betrachtung einbezogen wird, welche – weitergehenden – Prüfpflichten bzw. -möglichkeiten ein an die Stelle des Computers gesetzter Mensch (wohl) hätte, ohne dabei den jeweils spezifischen Aufgabenbereich des Computers bzw. des Menschen gänzlich zu verlassen. Ein – umfassend prüfender – „Idealmensch“ wäre ein wiederum zu weitgehender Maßstab.

#### dd) Sonstige unbefugte Einwirkung

Da – nach außen – eine ordnungsgemäße Benutzung des Programmes erfolgte, ist auch eine sonstige Einwirkung iSd. § 263a Abs. 1 Var. 4 StGB zu verneinen.

#### d) Zwischenergebnis

In Ermangelung (objektiv) tatbestandlichen Handelns des T scheidet auch eine Strafbarkeit gemäß § 263a Abs. 1 StGB aus.

## 2. Ergebnis

T hat sich auch nicht nach § 263a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### III. § 242 Abs. 1 StGB

Einer Strafbarkeit nach § 242 Abs. 1 StGB wegen Diebstahls steht die fehlende Wegnahme entgegen. Der den Kassenbereich ordnungsgemäß – dh.: vorliegend unter äußerlich regelkonformer Bedienung des SB-Kassenautomats – passierende Kunde soll die Waren naturgemäß aus der Gewahrsamssphäre des Marktes in die eigene Gewahrsamssphäre überführen dürfen, sodass einem Gewahrsamsbruch bereits ein tatbestandsausschließendes Einverständnis entgegensteht. Der Senat formuliert insoweit wie folgt:

„Mit dem Aufstellen von Selbstbedienungskassen wird ein generelles Einverständnis in einen Gewahrsamsübergang erklärt, wenn auch unter der Bedingung, dass die Selbstbedienungskasse äußerlich ordnungsgemäß bedient wird [...]“

#### Hinweis

Die – faktische – Frage nach den Gewahrsamsverhältnissen ist strikt zu trennen von der Frage nach der Fremdheit der in Rede stehenden Sachen, die streng zivilrechtsakzessorisch zu bestimmen ist. Vorliegend geht der Senat – gewissermaßen en passant – auch von einem wirksamen Eigentumsübergang aus, da auch die (dingliche) Einigung nur von der „technisch ordnungsgemäßen“ Bedienung abhängt.

Anders wird dies von der Rechtsprechung mitunter in Fällen der Abhebung von Bargeld durch einen Nichtberechtigten am Bankautomaten bewertet – insoweit führe die technisch ordnungsgemäße Bedienung zwar (ebenefalls) zu einem faktischen Einverständnis in die Entnahme des Geldes aus dem (Ausgabe-)Fach und damit zum Fehlen einer Wegnahme, gleichwohl wolle das Bankinstitut das Geld nicht an einen Nichtberechtigten übereignen, weshalb die Scheine für diesen fremd blieben.<sup>2</sup>

### Dr. Alexander Bechtel

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

#### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>1</sup> Goeckenjan, JA 2006, 758 (763); kritisch auch Rengier, BT I, 22. Aufl. (2020), § 14 Rn. 22 f.

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 16.11.2017 – 2 StR 154/17 mAnm. ▶Bechtel, JSE 2018, S. 60 ff.

# RECHTSPRECHUNG

## ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverwaltungsgericht

### Keine Angabe des Beginns der Widerspruchsfrist in der Rechtsmittelbelehrung erforderlich

Urteil vom 09. Mai 2019, Az.: 4 C 2.18

**§ 58 Abs. 1 VwGO verlangt keine Belehrung über den Beginn der einzuhaltenden Frist.**

(Amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt

Die Klägerin ist Eigentümerin eines Grundstückes. Die Beklagte erlies am 2.4.2015 bauordnungsrechtliche Rückbau- und Wiederherstellungsverfügungen, die der Klägerin bekanntgegeben worden. Die Beklagte setzte als Frist zur Erfüllung der Verfügungen einen Monat nach Bestandskraft der Entscheidung fest und drohte zugleich ein Zwangsgeld an. Die Bescheide enthielten die folgende Rechtsmittelbelehrung:

*„Gegen diese Entscheidung ist der Widerspruch gegeben, der innerhalb eines Monats bei der Stadt Rottenburg am Neckar mit Sitz in 72108 Rottenburg am Neckar schriftlich oder zur Niederschrift erhoben werden kann.“*

Die Bescheide gingen der Klägerin im April 2015 zu. Bis Juli 2015 erfüllte die Klägerin die Verpflichtungen aus den bauordnungsrechtlichen Verfügungen nicht. Im Januar 2016 erhob die Klägerin Widerspruch gegen die Verfügungen. Die Beklagte erhob das Zwangsgeld und drohte ein weiteres Zwangsgeld an. Hiergegen erhob die Klägerin erfolglos Widerspruch. Im Klageverfahren hob das VG die Bescheide auf und begründete dies mit den noch anfechtbaren Grundverfügungen. Die Rechtsmittelbelehrungen enthielten keinen Hinweis auf den Beginn der Widerspruchsfrist, wodurch diese fehlerhaft seien und die Jahresfrist nach § 58 Abs. 2 VwGO gelte. Im Berufungsverfahren wies der VGH die Klagen ab. Die Rechtsmittelbelehrungen seien richtig. Der Beginn der Frist müsse in der Belehrung nicht angegeben werden. Der VGH lies die Revision zu.

#### B) Verfahrensgang

Dem Urteil des BVerwG ging zunächst ein erfolgloses Widerspruchsverfahren gegen die Bescheide aus Juli 2015 voraus. Nachdem die Klägerin vor dem VG zunächst obsiegte, wies der VGH in der Berufung die Klage ab. Das BVerwG entschied im Rahmen der vom VGH zugelassenen Revision über die Rechtsfrage, ob der Beginn der Widerspruchsfrist in der Rechtsmittelbelehrung benannt werden müsse.

#### C) Die Entscheidung des Senates

Das BVerwG wies die Revision zurück. Die Berufungsurteile des VGH stünden im Einklang mit dem Bundesrecht.

*„Die den Bescheiden vom 2. April 2015 beigefügten Rechtsmittelbelehrungen genügen den Anforderungen des § 58 Abs. 1 VwGO.*

*Die Angabe des Beginns der einzuhaltenden Frist ist nicht gefordert.“*

#### I. Auslegung von § 58 Abs. 1 VwGO

Ausgehend von § 58 Abs. 1 VwGO betrachtet das Gericht die Anforderungen an den Beginn der Frist für ein Rechtsmittel oder einen anderen Rechtsbehelf und legte hierzu § 58 Abs. 1 VwGO aus.

*„Der Senat stimmt mit dem Berufungsgericht darin überein, dass sich weder dem Wortlaut noch dem systematischen Zusammenhang noch der Entstehungsgeschichte des § 58 Abs. 1 VwGO eine eindeutige Antwort darauf entnehmen lässt, ob die Belehrung über die einzuhaltende Frist auch einen Hinweis auf deren Beginn enthalten muss. Immerhin kann festgestellt werden, dass im Wortlaut der Norm ein solcher Hinweis nicht angelegt ist und der Senat § 58 Abs. 1 VwGO bisher restriktiv ausgelegt hat (vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Februar 1976 - 4 C 74.74 - Buchholz 310 § 58 VwGO Nr. 31). Auch der Begriff der Frist führt zu keinem anderen Ergebnis, denn nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches, auf den nach § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO abzustellen ist, bestimmt eine Frist einen abgegrenzten, bestimmten oder jedenfalls bestimmbaren Zeitraum (vgl. bereits RG, Urteil vom 8. Juni 1928 - III 426/27 - RGZ 120, 355 <362>). Das sind in der Verwaltungsgerichtsordnung Wochen (z.B. § 60 Abs. 2 Satz 1 VwGO), Monate (z.B. § 70 Abs. 1, § 74 Abs. 1, § 124a Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 VwGO etc.) oder ein Jahr (z.B. § 60 Abs. 3 VwGO). Ein Erfordernis, zumindest das für den Fristbeginn maßgebliche Ereignis zu benennen, lässt sich hieraus nicht ableiten.“*

Anschließend setzt sich das Gericht nochmals vertiefend mit dem Sinn und Zweck von § 58 VwGO auseinander.

*„Das bedarf indessen keiner Vertiefung, denn jedenfalls nach Sinn und Zweck des § 58 VwGO ist eine Belehrung über den Fristbeginn nicht erforderlich. Die Vorschrift beruht auf dem Gedanken, dass niemand aus Rechtsunkenntnis eines Rechtsbehelfs verlustig gehen soll (Kopp/Schenke, VwGO, 24. Aufl. 2018, § 58 Rn. 1). Mit Blick auf die Belehrung über die einzuhaltende Frist bedeutet das, dass durch die Rechtsbehelfsbelehrung die Versäumung der für den Rechtsbehelf maßgeblichen Frist verhindert werden soll. Dem Beteiligten soll vor Augen geführt werden, dass er einerseits zwar nicht sofort gegen eine ihn belastende Entscheidung vorgehen muss, dass er aber andererseits auch nicht unbegrenzt Zeit für einen Rechtsbehelf hat (BVerwG, Urteil vom 30. April 2009 - 3 C 23.08 (/300409U3C23.08.0)- BVerwGE 134, 41 Rn. 14). Damit ist eine Warnfunktion verbunden. Der Belehrte soll auf den drohen-*



den Rechtsverlust bei Fristablauf aufmerksam gemacht und veranlasst werden, sich alsbald Rechtsrat einzuholen oder sich anders über die konkreten Fristanforderungen des Rechtsbehelfs zu informieren (vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 37 Rn. 180).“

## II. Praktische Erwägungen

Aufgrund der unterschiedlichen fristauslösenden Ereignisse sei - so das Gericht - eine konkrete Belehrung im Regelfall nicht möglich.

„Im Hinblick auf die in Betracht kommenden unterschiedlichen fristauslösenden Ereignisse (Bekanntgabe oder Zustellung) und Modalitäten (etwa Übermittlung durch die Post, § 41 Abs. 2 VwVfG; öffentliche Bekanntgabe, § 41 Abs. 4 VwVfG; Zustellung durch die Post oder mittels Empfangsbekanntnis, §§ 3 ff. VwZG) ist eine konkrete Belehrung über den Fristbeginn in der Regel gar nicht möglich und wäre im Übrigen fehleranfällig. Durch einen nur allgemein gehaltenen Hinweis auf die in Betracht kommenden fristauslösenden Ereignisse wäre für den rechtsunkundigen Adressaten des Verwaltungsakts nichts gewonnen.“

## III. Keine Irreführung

Nach Auffassung des Gerichts sei eine Rechtsmittelbelehrung ohne Benennung des Fristbeginns nicht irreführend. Maßgeblich für die rechtliche Bewertung sei einzig § 58 Abs. 1 VwGO.

„Eine Rechtsmittelbelehrung muss, um § 58 Abs. 1 VwGO zu genügen, nicht allen tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten Rechnung tragen und muss dem Beteiligten nicht jede eigene Überlegung ersparen (BVerwG, Urteile vom 21. Januar 1972 - 4 C 40.70 - Buchholz 310 § 58 VwGO Nr. 23 und vom 27. Februar 1976 - 4 C 74.74 - Buchholz 310 § 58 VwGO Nr. 31 S. 7 f.). Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Rechtsmittelbelehrung, die keinen Hinweis auf den Beginn der einzuhaltenden Frist enthält, irreführend, d.h. geeignet sein soll, bei dem Betroffenen einen Irrtum über die formellen und materiellen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und ihn dadurch abzuhalten, den Rechtsbehelf überhaupt, rechtzeitig und in der richtigen Form einzulegen (vgl. hierzu etwa BVerwG, Urteil vom 21. März 2002 - 4 C 2.01 - Buchholz 310 § 58 VwGO Nr. 83 S. 16 m.w.N.; Beschluss vom 31. August 2015 - 2 B 61.14 (/310815B2B61.14.0) - Buchholz 310 § 58 VwGO Nr. 92 Rn. 8). Soweit die Klägerin schließlich auf das Rundschreiben des Bundesministeriums des Innern vom 12. August 2013 zu neuen Mustern für die Belehrung über Rechtsbehelfe nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz und darauf verweist, dass dort auch die Angabe des Beginns der Rechtsbehelfsfrist ("ab Bekanntgabe") enthalten sei, ist darauf zu antworten, dass diese Belehrungsmuster vor dem Hintergrund der vom Senat vorgenommenen verbindlichen Normauslegung (vgl.

dazu BVerfG, Beschluss vom 17. Dezember 2013 - 1 BvL 5/08 - BVerfGE 135, 1 Rn. 45) über das von § 58 Abs. 1 VwGO Geforderte hinausgehen.“

## IV. Keine Vorlagepflicht

Es bestünde auch keine Vorlagepflicht nach § 2 Abs. 1 des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes. Weder der Bundesfinanzhof noch das Bundessozialgericht oder der Kartellsenat des BGH hätten sich in einem vergleichbaren Sachverhalt zu einer mit § 58 VwGO vergleichbaren Rechtsvorschrift geäußert.

### Abschließende Hinweise für Studierende

Die Widerspruchs- bzw. Klagefrist sind sowohl in der Rechtspraxis als auch in universitären Prüfungen von Bedeutung. Gemäß § 58 Abs. 1 VwGO beginnt die Frist für ein Rechtsmittel ohne eine Rechtsmittelbelehrung nicht zu laufen. Unterblieb eine Rechtsmittelbelehrung ist die Ausschlussfrist nach § 58 Abs. 2 VwGO zu beachten.<sup>1</sup> War die Rechtsmittelbelehrung fehlerhaft ist gleichermaßen § 58 Abs. 2 VwGO zu berücksichtigen. Hierdurch soll die Rechtsbehelfsbelehrung verhindern, dass aufgrund von fehlender Rechtskenntnis ein Rechtsmittel nicht erhoben wird.<sup>2</sup> Die unterbliebene oder fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung hat keine Auswirkung auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes.<sup>3</sup> Das BVerwG erteilt der Forderung nach der Angabe des Fristbeginns in der Rechtsbehelfsbelehrung eine Absage. Das Gericht begründet seine Rechtsauffassung mit der Auslegung des § 58 Abs. 1 VwGO und verweist - zu Recht - auf den fehlenden rechtlichen Anknüpfungspunkt für eine gegenteilige Rechtsauffassung. An dieser Stelle führen die Rechtsauffassung des BVerwG und des VGH gegenüber der Rechtsposition des VG<sup>4</sup> zu einer abweichenden Bewertung, ob die Frist für ein Rechtsmittel zu laufen begann und damit zu einer unterschiedlichen Bewertung der Zulässigkeit eines Widerspruchs bzw. einer verwaltungsgerichtlichen Klage. Mit dem vorliegenden höchstrichterlichen Urteil dürfte für die Rechtspraxis eine klare Tendenz bestehen. Das OVG Lüneburg schloss sich bereits dem Urteil des BVerwG an und entschied im Beschluss vom 30.9.2019, dass es nicht der Angabe „ab Bekanntgabe“ oder „ab Zustellung“ als Ereignis in der Rechtsmittelbelehrung bedürfe.<sup>5</sup> Gleichwohl wäre aus Sicht des (rechtsunkundigen) Empfängers eines Verwaltungsaktes begrüßenswert, wenn die Rechtsmittelbelehrung auch den Beginn der Frist enthalten würde. Rechtlich wäre ein entsprechender Hinweis in der Rechtsmittelbelehrung zulässig, sofern dieser nicht unrichtig sowie irreführend und geeignet wäre die Einlegung eines Rechtsbehelfs zu erschweren.<sup>6</sup> Genügt ein Hinweis diesen Anforderungen nicht, gilt die

<sup>1</sup> Zur Bedeutung der Ausschlussfrist: Krausnick, in: Gärditz, VwGO, 2. Aufl. 2018, § 58, Rn. 33; Kluckert, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 58, Rn. 74.

<sup>2</sup> BVerwGE 134, Nr. 3, 41 (44), Rn. 17; Hoppe, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. (2019), § 58, Rn. 1; Krausnick, in: Gärditz, VwGO, 2. Aufl. (2018), § 58, Rn. 1; Kluckert, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. (2018), § 58, Rn. 5.

<sup>3</sup> Kluckert, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. (2018), § 58, Rn. 74; Krausnick, in: Gärditz, VwGO, 2. Aufl. (2018), § 58, Rn. 38; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 16. Aufl. (2014), § 58, Rn. 19.

<sup>4</sup> Ebenfalls eine Belehrung über den Beginn der Frist verlangend: Redeker/v. Oertzen, VwGO, 16. Aufl. (2014), § 58, Rn. 8.

<sup>5</sup> OVG Lüneburg, Beschluss vom 30.09.2019 - 9 LB 59/17, Rn. 30 ff.

<sup>6</sup> BVerwG NJW 1979, 1670 mwN.; BVerwGE 57, Nr. 24, 188 (190); Hoppe, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. (2019), § 58, Rn. 17; Krausnick, in: Gärditz, VwGO, 2. Aufl. (2018), § 58, Rn. 19; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 16. Aufl. (2014), § 58, Rn. 5.

Jahresfrist nach § 58 Abs. 2 VwGO.<sup>7</sup> Unerheblich ist, ob die Unrichtigkeit erkannt wurde.<sup>8</sup> Aus Sicht der Verwendin der Rechtsbehelfsbelehrung stellen weitere Hinweise, wie der Fristbeginn, damit eine mögliche zusätzliche Fehlerquelle dar. Sollte eine Rechtsmittelbelehrung unterblieben oder fehlerhaft sein, kann diese nachgeholt oder berichtigt werden. In einem solchen Fall beginnt mit der Bekanntgabe der nachgeholt oder berichtigten Belehrung die „normale“ Rechtsbehelfsfrist zu laufen. Die Ausschlussfrist des § 58 Abs. 2 VwGO darf allerdings noch nicht abgelaufen sein.<sup>9</sup>

## *Felix Steengrafe*

Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt)

### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>7</sup> BVerwG NJW 1979, 1670; BVerwGE 57, Nr. 24, 188; Hoppe, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. (2019), § 58, Rn. 28; Krausnick, in: Gärditz, VwGO, 2. Aufl. (2018), § 58, Rn. 19; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 16. Aufl. (2014), § 58, Rn. 15.

<sup>8</sup> BVerwG NVwZ 1999, 653 (654); BVerwGE 134, Nr. 3, 41 (44), Rn. 17; Krausnick, in: Gärditz, VwGO, 2. Aufl. (2018), § 58, Rn. 19; ; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 16. Aufl. (2014), § 58, Rn. 15a.

<sup>9</sup> Kluckert, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. (2018), § 58, Rn. 70 f.; Krausnick, in: Gärditz, VwGO, 2. Aufl. (2018), § 58, Rn. 32; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 16. Aufl. (2014), § 58, Rn. 16.

# Impressum

## Redaktion

Benjamin Baisch  
 Dr. Alexander Bechtel  
 Prof. Dr. Sarah Bunk  
 Dr. Caprice Doerbeck  
 Dr. Pius O. Dolzer  
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst  
 RA Steffen Follner  
 RAin Dr. Karin Hummel, M. A.  
 Sebastian Karl  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 Dipl.-Pol. Philipp Louis  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
 (Schriftleiter)  
 Prof. Dr. Torsten Noak  
 Quetzal Rojano-Adam  
 Sascha Sebastian, M.mel.  
 (Stellvertretender Schriftleiter)  
 Philipp Trautmann  
 Carolin Werz  
 Julia Zaiser

## Herausgeber

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

### Vereinsvorstand:

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

10. Jahrgang (2020)

ISSN 2195-044X

## Beirat

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

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>

E-Mail: ▶ [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de)



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011  
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.  
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:

▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Thümmel, Schütze & Partner | ▶ BRP Renaud & Partner



## Beiträge in früheren Ausgaben

4/2019   <i>Jonas Rohde</i>	Zwangshaft gegenüber Amtsträgern
3/2019   <i>Hans-Dieter Pfannenstiel/ Gordon von Miller</i>	Wölfe in Deutschland
2/2019   <i>Christian Knoth</i>	Fluggastrechte in der Europäischen Union
1/2019   <i>Arne Pautsch</i>	Geschlechterparität im Bundestag?
4/2018   <i>Michael Hippeli</i>	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren
3/2018   <i>Christian F. Majer</i>	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung
2/2018   <i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger
2/2018   <i>Arne Pautsch</i>	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg
1/2018   <i>Antonia Braun</i>	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz
4/2017   <i>Arne Pautsch</i>	Die Wahlpflicht
4/2017   <i>Momme Buchholz/Helge Hölken/ Elisa Kuhne</i>	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung
3/2017   <i>Sascha Sebastian</i>	Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem
3/2017   <i>Benjamin Bungarten</i>	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers
2/2017   <i>Susanne Bertow</i>	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?
2/2017   <i>Markus Meißner/Philipp Fitzek</i>	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)
1/2017   <i>Tim P. Holler/Christoph J. Bender</i>	Der Ehebegriff als Methodenproblem
1/2017   <i>Torsten Noak</i>	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt
4/2016   <i>Philipp Tolga Mavituna</i>	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordpa- ragraphen
4/2016   <i>Markus Meißner</i>	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen
3/2016   <i>Sarah Bunk</i>	Ist Ämterpatronage strafbar?
2/2016   <i>Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst</i>	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Not- wehr?
1/2016   <i>Torsten Noak</i>	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völker- rechtlicher Vorgaben
4/2015   <i>Sascha Brüggemann</i>	Anonymität im Internet
3/2015   <i>Patrick Christian Otto</i>	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts

<b>3/2015</b>   <i>Christian F. Majer</i>	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
<b>2/2015</b>   <i>Simon Pschorr</i>	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
<b>2/2015</b>   <i>Arne Pautsch</i>	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
<b>1/2015</b>   <i>Christian Picker</i>	Das neue Mindestlohngesetz
<b>4/2014</b>   <i>Caprice Nina Doerbeck</i>	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
<b>4/2014</b>   <i>Sascha Brüggemann</i>	Datenkrake NSA
<b>3/2014</b>   <i>Alexander Bechtel</i>	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
<b>2/2014</b>   <i>Christian F. Majer</i>	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
<b>2/2014</b>   <i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?
<b>1/2014</b>   <i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
<b>4/2013</b>   <i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
<b>4/2013</b>   <i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
<b>3/2013</b>   <i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
<b>2/2013</b>   <i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
<b>1/2013</b>   <i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
<b>1/2013</b>   <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwälte
<b>4/2012</b>   <i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
<b>3/2012</b>   <i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
<b>2/2012</b>   <i>Paul Popescu</i>	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
<b>1/2012</b>   <i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen
<b>1/2012</b>   <i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
<b>1/2011</b>   <i>Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer</i>	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
<b>1/2011</b>   <i>Werner Walk/Nils Wiese</i>	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter

► [www.zeitschrift-jse.de](http://www.zeitschrift-jse.de).

## Autorinnen und Autoren gesucht!

### Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de). Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

### Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen



