

AUFSÄTZE

LENNART MARQUARD

Die Opposition im Bundestag – Funktion, Bedeutung und Effektivität im Wandel

JULIAN JANSEN

**Die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden –
Ist die Schrankentrias des § 136 I 2 NKomVG tatsächlich Schranke?**

CHRISTOPH SCHRÖDER

Religionsfreiheit im Beruf

LUCA ALEXANDER PETERSEN

Cyberangriffe – Definition, Regulierung, Pönalisierung

JENNIFER REH

»Rassenhygiene« im »Dritten Reich« – spezifisch nationalsozialistisches Unrecht?

FALLBEARBEITUNGEN

LEA GOTTSCHALK UND LISA CARLOTTA BLUME

Von unerreichbaren Mitarbeitern und hypothetischen OPs

FLORA JACOBSEN

Dicke Luft in Göttingen

LEONORE MERTH

Kaltblütig – Nichtwahrheitsgemäßer Bericht über einen Mord und seine Folgen

STUDIUM UND DIDAKTIK

PROF. DR. ANGELA SCHWERDTFEGER

Professorenvorstellung

LUCAS KARRASCH

Ein Verwaltungspraktikum im Bundesfinanzministerium

RILG PATRICK WIEMANN

Klausurentechnik und -taktik im Zivilrecht

VARIA

TIMO MARCEL ALBRECHT

Adam von Trott zu Solz

VICTOR JOHANNES LOXEN

Buchbesprechung zu Thiele, Allgemeine Staatslehre

Zur COVID-19-Pandemie:

- Geleitwort von Dekanin Prof. Dr. Inge Hanewinkel
- Gesonderte Rechtsprechungsübersicht



GRZ | Göttinger
Rechtszeitschrift

Impressum



Göttinger
Rechtszeitschrift e. V.

Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen

Registergericht: Amtsgericht Göttingen
Registernummer: VR 201862

Vorstandsvorsitzender: Christian Magaard
Schriftführer: Jakob Schünemann
Kassenwartin: Lotta Schestak

Mail: kontakt@g-rz.de
Web: <https://www.goettinger-rechtszeitschrift.de>

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie. Detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://portal.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.
Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Herausgebers unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Ausgabe 1/2020, 3. Jahrgang, 1. Auflage, Juni 2020

© 2020 Göttinger Rechtszeitschrift e. V.

Satz Alexander Sparenberg
Druck Online-Druck GmbH & Co. KG, Krumbach
Schrift Equity und Concourse von MB Type

ISSN 2627-3721

Printed in Germany

Informationen

Erscheinungsweise
Die Göttinger Rechtszeitschrift erscheint halbjährlich.

Autor werden
Für kommende Ausgaben suchen wir stets Autoren, die Interesse an der Veröffentlichung von wissenschaftlichen Beiträgen sowie Klausuren, Seminararbeiten, Studienarbeiten oder Erfahrungsberichten haben. Für weitere Informationen wenden Sie sich bitte an redaktion@g-rz.de.

Zitiervorschlag
Autor, GRZ 2020, Seite

Mitwirkende

Redaktionsleitung
Friederike Ammann, Zivilrecht
Julian Jansen, Öffentliches Recht
Denise Wenzl, Strafrecht
Timo Marcel Albrecht, Grundlagen des Rechts
Lea Gottschalk, Studium und Didaktik

Ressort für Zivilrecht
Nathalie Haß, Lisa Metz, Sven Neubert, Torben Schneider, Carlotta Schümann

Ressort für Öffentliches Recht
Laurids Achilles, Vera Bahlmann, Hannah Christokat, Sophie Norbeck, Anna Peuser, Jakob Schünemann, Sven Wedemeyer

Ressort für Strafrecht
Felix Hohenhövel, Elena Ben Salem, Jannis Strotmann

Ressort für Grundlagen des Rechts
Theresa Möller, Jennifer Reh, Meret Unruh

Ressort für Studium und Didaktik
Gregor Bosold, Leonard Hoffmann, Christian Magaard

Publikationsdirektor
Alexander Sparenberg

Öffentlichkeitsarbeit
Elena Ben Salem (Direktorin), Maximilian Meister

Wissenschaftlicher Beirat
Prof. Dr. Martin Ahrens
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Dr. Sina Fontana, MLE
Prof. Dr. Inge Hanewinkel
Prof. Dr. Stefan Harrendorf
Prof. Dr. Hans Michael Heinig
Dr. Alexander Heinze, LL. M. (TCD)
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Priv.-Doz. Dr. Roman Lehner
Prof. Dr. Gerhard Lingelbach
Prof. Dr. Thomas Mann
Prof. Dr. Joachim Münch
Prof. Dr. Dr. Dietmar von der Pfordten
Prof. Dr. Marcus Schladebach, LL. M.
Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger
Priv.-Doz. Dr. Alexander Thiele
Prof. Dr. Meik Thöne, M. Jur. (Oxford)
Prof. Dr. Peter Unruh

Geleitwort

Liebe Studierende, liebe Leser*innen der GRZ,

es lässt sich nicht übersehen. Das Sommersemester 2020 ist ein außergewöhnliches Semester. Das Coronavirus hat zurzeit unser aller Leben im Griff und verändert das gesellschaftliche Miteinander tiefgreifend. Es macht auch vor den Toren der ehrwürdigen Georgia Augusta nicht halt. Das Universitäts- und Fakultätsleben hat sich dieser schwierigen Ausnahmesituation, soweit das eben möglich ist, angepasst.

Gegenwärtig findet kein Präsenzlehrbetrieb statt. Der akademische Unterricht wurde in virtuelle Räume verlegt. Sie verfolgen Ihre Vorlesungen auf Screen- und Slidecasts, interagieren über Chats, Foren und Wikis mit Ihren Dozent*innen und nehmen an Ihren Begleitkollegs und Seminaren via Videokonferenz teil. Die Bibliotheken sind immer noch geschlossen und werden erst langsam wieder geöffnet. Der Weg zur Normalität ist – wie auch sonst im öffentlichen Leben – noch lang, und wir stehen erst an dessen Anfang.

All das sind für Sie, liebe Studierende, ganz außerordentliche Belastungen, die von jedem/jeder Einzelnen viel abverlangen. Ich denke hier nicht nur, aber auch an diejenigen unter Ihnen, die sich zum Lebensunterhalt etwas dazuverdienen müssen und daher gegenwärtig existenzielle Sorgen haben. Auch das Leben derjenigen unter Ihnen, die das Glück haben, »nur« studieren zu dürfen, hat sich sehr verändert. Die Organisation des Studienalltags wird durch die nicht präsenten Vorlesungen viel weniger vorgegeben; sie ist nun im Wesentlichen Ihnen selbst überlassen. Dem Tag eine sinnvolle und lebbare Struktur zu geben, die Lernen und Leben in eine gute Balance bringt, fällt vielen von Ihnen möglicherweise nicht leicht. Vielleicht vermissen Sie auch ganz besonders den Umgang mit Ihren Kommiliton*innen – und im Einzelfall sogar einmal den persönlichen Austausch mit Ihren Dozent*innen. Ich kann Ihnen versichern, dass das umgekehrt durchaus ähnlich ist.

Wir machen gegenwärtig alle getrennt voneinander die schmerzhafteste Erfahrung, dass Lernen mehr ist als reine Wissensvermittlung und Lehren mehr als die Aufnahme eines Pod- oder das Besprechen von Slidecasts (auch wenn wir die Möglichkeiten digitalen Lehrens und Lernens gerade erst zu entdecken beginnen!). Beides ist vielmehr Teil einer sozialen Beziehung, die auf Interaktion beruht und, wenn sie gelingt, Lehrenden und Lernenden etwas Positives vermitteln kann. Möglicherweise wird uns dieser Umstand ja gerade jetzt, wo das Lehren und Lernen viel stärker als in Zeiten präsenter Lehre auf Stoffvermittlung und Stoffverarbeitung reduziert ist, wieder bewusster als zuvor. Das wäre jedenfalls meine Hoffnung. In jeder Krise steckt ja bekanntlich eine Chance – hier darauf, etwas von der alten Humboldt'schen Gemeinschaft der Lehrenden und Lernenden wiederherzustellen, die viele schon verloren geglaubt hatten. Wenn das allen bewusster wird als vor der Corona-Krise und wir zumindest einen Teil dieses Bewusstseins in der »Nach-Corona-Zeit« bewahren können, hätten wir, so meine ich, der Krise etwas Positives für unser zukünftiges Miteinander an der Universität abgewonnen.

In diesem Sinne wünsche ich Ihnen viele inspirierende Eindrücke bei der Lektüre der neuen GRZ-Ausgabe und grüße Sie herzlich!

Ihre



Prof. Dr. Inge Hanewinkel

Dekanin der Juristischen Fakultät
Georg-August-Universität Göttingen

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

in einer Zeit pandemischer Ungewissheit erscheint die GRZ in ihrer vierten Ausgabe. Eine Herausforderung stellt das neuartige Coronavirus zwar primär für die Gesundheit der Menschen dar. Doch auch Demokratie und Rechtsstaatlichkeit müssen sich bewähren. Rechtswissenschaft dient vielerorts als gefragte Ressource für die kritische Begleitung der aktuellen, in der Geschichte der Bundesrepublik bisher beispiellosen Freiheitsbeschränkungen und der Wahrung der Handlungsfähigkeit staatlicher Organe sowie gesellschaftlicher Stützen. Mitten in der Gesellschaft findet schließlich auch die juristische Ausbildung ihren Platz. Das wohlfeile Gerücht des »trockenen« Jura-Studiums – in Zeiten wie diesen wird es auf furiose Art widerlegt. Gleichzeitig ergeben sich aufgrund der Pandemie für viele Studierende ganz erhebliche Belastungen.

Nicht unbeeinflusst von diesen Entwicklungen hat die GRZ-Redaktion geschäftige Monate hinter sich. Neue Beitragsformen in dieser Ausgabe sind das Ergebnis lebhafter Redaktionsdebatten: Rezensionen rechtswissenschaftlicher Ausbildungsliteratur aus einer dezidiert wissenschaftlichen Perspektive erhalten nun ebenso Einzug in unsere Zeitschrift wie rechtshistorische Kurzbiografien Göttinger Juristinnen und Juristen. Neu an die hiesige Fakultät berufene Professorinnen und Professoren stellen fortan die Prägungen und Wendungen ihrer akademischen Ausbildung vor – vom eigenen Studium bis hin zur jüngsten Berufung –, um Werdegänge in der Wissenschaft für Studierende anschaulicher zu machen. Mit didaktisch besonders aufbereiteten Falllösungen, den sog. Anmerkungslosungen, adressiert die GRZ nun auch speziell das Frühstadium der juristischen Ausbildung.

Das gewohnte redaktionelle Miteinander in Präsenz fehlt uns in diesen Wochen freilich sehr. Eine Exkursion der GRZ-Redaktion zum Internationalen Seegerichtshof nach Hamburg und der für das Sommersemester geplante Beginn einer Veranstaltungsreihe mussten virusbedingt verschoben werden. Doch das, was eines Tages wieder möglich sein wird, erfüllt uns mit Vorfreude: Vielversprechend sind neue Kooperationsformen mit der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (SUB) Göttingen. Wir freuen uns zudem auf eine gemeinsame Vortragsreihe zu »Interdisziplinarität und Recht« mit dem Alumniverein der Studienstiftung des deutschen Volkes e. V.

Als neue Mitglieder unseres Wissenschaftlichen Beirats begrüßen wir Prof. Dr. Rüdiger Krause und Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger. Allen Mitgliedern des Wissenschaftlichen Beirats gebührt auch an dieser Stelle unser herzlichster Dank für ihr herausragendes Engagement in der Begutachtung zahlreicher Beitragseinreichungen!

Der Inhalt dieser Ausgabe unterstützt dabei, den Überblick über das wichtige Thema »Recht in der Pandemie« zu wahren. Dem dient eine Rechtsprechungsübersicht zu den bedeut-

samsten bisher ergangenen gerichtlichen Entscheidungen zu pandemiebedingten Freiheitsbeschränkungen. Doch gehen die in der Ausgabe verhandelten Themen selbstverständlich darüber hinaus:

In der Aufsatzrubrik beleuchtet *Lennart Marquard* die Grundlagen und aktuellen Entwicklungen der Oppositionsrechte im Bundestag. *Christoph Schröder* führt in das Spannungsfeld von Religionsfreiheit im Beruf ein. *Julian Jansen* entwirft eine Reform der gesetzlichen Schranken zur wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden. Einen Einblick in die völkerstrafrechtlichen Bedingungen für den Einsatz von Cyberwaffen gewährt *Luca Alexander Petersen*. Rechtshistorisch ordnet *Jennifer Reh* das Phänomen der »Rassenhygiene« im Nationalsozialismus ein.

Die vorliegenden Fallbearbeitungen zeichnen den Verlauf des rechtswissenschaftlichen Studiums nach. Insbesondere für Studierende der Anfangssemester findet sich in dieser Ausgabe mit der zivilrechtlichen Anmerkungslosung von *Lea Gottschalk* und *Lisa Carlotta Blume* eine in der GRZ neue Art der Fallbearbeitung, die eine studentische Originallösung mit wissenschaftlichen Ausführungen sowie didaktischen Hinweisen verbindet. Eine Fortgeschrittenen-Klausur im Strafrecht löst *Leonore Merth*. Zur Examensvorbereitung eignet sich die Fallbearbeitung im Öffentlichen Recht von *Flora Jacobsen*.

In der Rubrik Studium und Didaktik stellt sich sodann Prof. Dr. *Angela Schwerdtfeger* als neue Inhaberin ihres Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht an unserer Juristischen Fakultät vor. *Lucas Karrasch* öffnet in seinem Praktikumsbericht die Türen zum Bundesfinanzministerium. Mit Examenskandidatinnen und -kandidaten teilt RiLG *Patrick Wiemann* seine Erfahrungen als Prüfer zivilrechtlicher Examensklausuren.

Darüber hinaus würdigt *Victor Johannes Loxen* das im April 2020 erschienene Lehrbuch »Allgemeine Staatslehre« von Privatdozent Dr. *Alexander Thiele*. *Timo Marcel Albrecht* stellt schließlich Leben und Wirken des Göttinger Widerstandskämpfers *Adam von Trott zu Solz* in einer Kurzbiografie dar.

Der Inhalt dieser Ausgabe möge sich in Zeiten schmerzhafter Beschränkungen als lehrreicher und durchaus heiterer Begleiter (nicht nur) für interessierte Nachwuchsjuristinnen und -juristen erweisen. Ihre Zuschriften, liebe Leserinnen und Leser, sind stets willkommen!

Im Namen der Redaktion

Der Vorstand des Göttinger Rechtszeitschrift e. V.

Christian Magaard, Lotta Schestak und Jakob Schünemann

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Lennart Marquard

ÖffR Die Opposition im Bundestag – Funktion, Bedeutung und Effektivität im Wandel → 1

Julian Jansen

ÖffR Die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden – Ist die Schrankentrias des § 136 I 2 NKomVG tatsächlich Schranke? → 10

Christoph Schröder

ÖffR Religionsfreiheit im Beruf → 19

Luca Alexander Petersen

StrafR Cyberangriffe – Definition, Regulierung, Pönalisierung → 25

Jennifer Reh

GdR »Rassenhygiene« im »Dritten Reich« – spezifisch nationalsozialistisches Unrecht? → 37

Fallbearbeitungen

Lea Gottschalk und Lisa Carlotta Blume

ZivilR Von unerreichbaren Mitarbeitern und hypothetischen OPs → 47

Flora Jacobsen

ÖffR Dicke Luft in Göttingen → 55

Leonore Merth

StrafR Kaltblütig – Nichtwahrheitsgemäßer Bericht über einen Mord und seine Folgen → 67

Studium und Didaktik

Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger

StuDi Professorenvorstellung → 74

Lucas Karrasch

StuDi Ein Verwaltungspraktikum im Bundesfinanzministerium → 76

RiLG Patrick Wiemann

StuDi Klausurenteknik und -taktik im Zivilrecht → 79

Varia

Timo Marcel Albrecht

GdR Adam von Trott zu Solz → 82

Victor Johannes Loxen

GdR Buchbesprechung zu Thiele, Allgemeine Staatslehre → 85

Friederike Ammann, Sven Neubert und Torben Schneider

ZivilR Rechtsprechungsübersicht im Zivilrecht → 88

Jakob Wagner-Douglas und Sven Wedemeyer

ÖffR Rechtsprechungsübersicht im Öffentlichen Recht → 90

Jannis Strotmann und Denise Wenzl

StrafR Rechtsprechungsübersicht im Strafrecht → 93

Sophie Norbeck

Extra Rechtsprechungsübersicht zur COVID-19-Pandemie → 95

HENGELER MUELLER

Hengeler Mueller Young Talents

Unser Programm für Referendariat
und wissenschaftliche Mitarbeit

➤ www.hengeler.com/young-talents

ÖffR Aufsatz

Lennart Marquard*

Die Opposition im Bundestag – Funktion, Bedeutung und Effektivität im Wandel

Der folgende Beitrag setzt sich mit Rechten parlamentarischer Opposition unter der Geltung des Grundgesetzes auseinander und behandelt somit ein Thema, welchem in den vergangenen Jahren verstärkte Aufmerksamkeit zuteilwurde. Die aktuellen Umwälzungen der bundesrepublikanischen Parteienlandschaft bedingen eine Aktualität der aufgeworfenen Fragestellungen, die auch in staatsorganisationsrechtlichen Klausurkonstellationen abgefragt werden können.

A. Einführung

»Für die Arbeit wie für das Ansehen des Parlaments ist die Opposition im Übrigen nicht weniger wichtig als die Regierung.« Diese Aussage, mit der einst *Norbert Lammert* den 16. Deutschen Bundestag eröffnete,¹ mag irritieren, ist doch die Opposition begrifflich weder im Grundgesetz noch in der Geschäftsordnung des Bundestages enthalten, während der Bundesregierung ihrerseits gar ein eigenes Kapitel gewidmet ist.² Kann hieraus aber der Schluss gezogen werden, Opposition sei keinesfalls wichtig? Was folgt hieraus für ihre Rechtsstellung im staatlichen Organisationsgefüge, und wie sind oppositionelle Rechte grund- und einfachgesetzlich verankert? Was folgt aus dem bundesverfassungsgerichtlich entwickelten Grundsatz effektiver parlamentarischer Opposition? Schließlich ist auch in den Blick zu nehmen, inwiefern politische Entwicklungen der vergangenen Jahre sich auf die Stellung der parlamentarischen Opposition ausgewirkt haben und weiterhin auswirken werden.

B. Alter und neuer Dualismus: Bedeutung und Funktion parlamentarischer Opposition im parlamentarischen Regierungssystem

Im Konstitutionalismus fungierte das Parlament als Gegenpol zur monarchistischen Exekutive.³ Auf die Entwicklung des britischen Parlamentarismus zurückgehend war das

Parlament daher in seiner Gesamtheit Kontrollinstanz gegenüber dem Monarchen.⁴

Auch das Grundgesetz geht mit der Grundkonzeption der in Art. 20 II 2 GG statuierten Gewaltenteilung von diesem klassischen Organualismus von Regierung und Parlament aus.⁵ Vor diesem Hintergrund wenig verwunderlich herrschte sodann auch in der Bundesrepublik zunächst ein Verständnis des alten Dualismus vor.⁶ Dies entsprach auch der Position des Bundesverfassungsgerichts,⁷ wengleich hieran bereits frühzeitig Kritik geäußert wurde.⁸ Letztlich ist nicht von der Hand zu weisen, dass dem parlamentarischen Regierungssystem die Abhängigkeit der Regierung vom Parlament immanent ist.⁹ Das Verhältnis der Verfassungsorgane hat sich damit fundamental gewandelt: Die Trennlinie verläuft faktisch nicht mehr nur zwischen Parlament und Regierung, sondern zwischen der Regierung und den die Regierung tragenden Fraktionen und Abgeordneten des Parlaments¹⁰ auf der einen Seite und den nicht die Regierung tragenden Fraktionen und Abgeordneten auf der anderen Seite.¹¹ Hierfür wird gemeinhin die Bezeichnung »neuer

⁴ *Stiwe*, Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht (1997), S. 25.

⁵ *Huber*, Regierung und Opposition, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Demokratie – Bundesorgane, Bd. 3, 3. Auflage (2005), S. 605, 607; *Kuhn*, Der Verfassungsgrundsatz effektiver parlamentarischer Opposition (2019), S. 109 f.; *Haberland*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Opposition nach dem Grundgesetz (1995), S. 139.

⁶ Vgl. beispielhaft die Ausführungen der Abgeordneten *Rasner*: »der gewollten Verfassungsordnung (...), dass das Pendant zur Regierung das ganze Haus ist« und *Busse*: »in der Tat müssen wir als Gegenpol zur Regierung das ganze Haus ansehen« im Bundestag am 16. 6. 1966, BT-StB, 5/2321 C und D.

⁷ BVerfGE 10, 4 (19).

⁸ *Maunz/Dürig/Maunz*, Grundgesetz-Kommentar, 12. EL (1971), Art. 62 Rn. 13 zitiert nach: *Schneider*, Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland (1974), S. 12; auch *Gehrig*, Parlament – Regierung – Opposition, 1969, S. 257, der eine Diskrepanz von Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit konstatiert. Den neuen Dualismus beschreibend – wenn auch nicht begrifflich benennend – auch zuvor schon *Sternberger*, Lebende Verfassung (1956), S. 140 und *Hamann/Lenz/Lenz*, Grundgesetz, 3. Auflage (1970), Art. 21 Buchst. B. Ziff. 3. Buchst. b).

⁹ *Brenner*, Das Prinzip Parlamentarismus, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Demokratie – Bundesorgane, Bd. 3, 3. Auflage (2005), S. 477, 481.

¹⁰ Verbreitet ist insofern die Bezeichnung als »Regierungsmehrheit«, zur Problematik dieser Begrifflichkeit siehe *Cancik*, Parlamentarische Opposition in den Landesverfassungen (2000), S. 61 ff.

¹¹ *Ingold* (Fn. 3), S. 29; *Kuhn* (Fn. 5), S. 114; *Poscher*, Die Opposition als Rechtsbegriff, AöR 1997, 444 (453). Diese Erkenntnis spiegelt sich auch im Abschlussbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform vom 2. 12. 1976 wider, BT-Drs. 7/5924, S. 50 und entsprach auch der Ansicht der

* *Lennart Marquard* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht von Prof. Dr. *Thomas Mann*. Der Beitrag ging aus einer Arbeit im Rahmen des Seminars »#GG70 – Bestandsaufnahme und Perspektiven anlässlich des Jubiläums 70 Jahre Grundgesetz« bei Prof. Dr. *Frank Schorkopf* im Sommersemester 2019 hervor.

¹ Rede des damaligen Bundestagspräsidenten *Norbert Lammert* bei der Konstituierung des 16. Deutschen Bundestages am 18. 10. 2005, <https://www.bundestag.de/parlament/presidium/reden/2005/013-245094>, zuletzt abgerufen am 1. 11. 2019.

² VI. Kapitel des Grundgesetzes (Art. 62–69 GG).

³ *Ingold*, Das Recht der Oppositionen (2015), S. 15.

Dualismus« verwendet.¹² Auch das Bundesverfassungsgericht erkennt diese Entwicklung an.¹³ Ob es sich hierbei um eine vom Verfassungsrecht entkoppelte Verfassungswirklichkeit handelt, erscheint fraglich. Vielmehr ist der neue Dualismus durch die Entscheidung des Verfassungsgebers für das parlamentarische Regierungssystem mit der Ausgestaltung des durch die Art. 63, 67 bis 69 GG erforderlichen Vertrauensverhältnisses von Regierung und Parlamentsmehrheit, durch die starke Stellung der politischen Parteien sowie durch die zulässige personale Verflechtung von Regierung und Parlament bereits im Grundgesetz angelegt.¹⁴ Mithin ist es schlüssig, ein Nebeneinander von altem und neuem Dualismus festzustellen.¹⁵

Im Hinblick auf die Aufgaben parlamentarischer Opposition im parlamentarischen Regierungssystem gilt nach einhelliger Ansicht die klassische, auf *Lord Bolingbroke* zurückgehende,¹⁶ Funktionstrias aus Kontrolle, Kritik und Alternativenbildung.¹⁷ Die Opposition soll demnach personell wie sachlich Alternativen zur Regierung anbieten, sie ist sozusagen »Regierung im Wartestand«. ¹⁸ Die Kritik der Opposition soll die Regierung zur Begründung und Erörterung ihrer Entscheidungen zwingen. Die Kontrollfunktion ist ein Aspekt der Verwirklichung des Systems der »checks and balances« des traditionellen Gewaltenteilungsschemas.¹⁹

C. Der Begriff der parlamentarischen Opposition: funktionales Oppositionsverständnis

Was aber bedeutet überhaupt parlamentarische Opposition in der Bundesrepublik? Eine verfassungsrechtliche Definition des Begriffs der parlamentarischen Opposition erscheint vor dem Hintergrund des Schweigens des Grundgesetzes zunächst schwierig.²⁰ In den Landesverfassungen findet die

Mitglieder der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drs. 12/6000, S. 90.

¹² *Ingold* (Fn. 3), S. 28 ff.; *Kuhn* (Fn. 5), S. 115 f., mit Kritik zur synonymen Bezeichnung als »innerparlamentarischer Dualismus« durch das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 142, 25.

¹³ Erstmals deutlich in BVerfGE 49, 70 (86): »Im parlamentarischen Regierungssystem überwacht daher in erster Linie nicht die Mehrheit die Regierung, sondern diese Aufgabe wird vorwiegend von der Opposition [...] wahrgenommen.« Im Weiteren u. a. BVerfGE 129, 300 (331); 142, 25 (56).

¹⁴ *Kuhn* (Fn. 5), S. 116 ff.; *Huber* (Fn. 5), S. 494 f.; Mangoldt/Klein/Starck/*Schröder*, Grundgesetz, 7. Auflage (2018), Art. 63 Rn. 9 f.; BVerfGE 142, 25 (56); *Meinel*, Vertrauensfrage – zur Krise des heutigen Parlamentarismus (2019), S. 18, demzufolge der neue Dualismus aber »nur in Ansätzen eine Schöpfung des Grundgesetzes« ist, S. 23; ablehnend *Haberland* (Fn. 5), S. 149.

¹⁵ *Kuhn* (Fn. 5), S. 120 ff.; *Poscher* (Fn. 11), AöR 1997, 444 (454). Auch das Selbstverständnis der Abgeordneten scheint zwischen den Dualismen zu schwanken; vgl. hierzu beispielhaft die Beiträge in der Aktuellen Stunde des Deutschen Bundestages vom 29. 6. 2017; BT-StB 18/243, S. 24948 ff.

¹⁶ *Haberland* (Fn. 5), S. 40. *Bolingbrokes* »Letter on the Spirit of Patriotism« stammt aus dem Jahr 1736.

¹⁷ *Poscher* (Fn. 11), AöR 1997, 444 (465) m. w. N.

¹⁸ *Schneider*, Verfassungsrechtliche Bedeutung und politische Praxis der parlamentarischen Opposition, in: Schneider/Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis (1989), S. 1055, 1071.

¹⁹ *Stüwe* (Fn. 4), S. 32.

²⁰ Noch in der 1991 eingesetzten Gemeinsamen Verfassungskommission

Opposition überwiegend Erwähnung.²¹ Die verschiedenen Regelungen sind jedoch uneinheitlich und gehen nicht auf ein gemeinsames Begriffsverständnis zurück.²²

Im rechtswissenschaftlichen Diskurs lassen sich im Wesentlichen zwei Ansätze eines Begriffsverständnisses ausmachen: zum einen ein formaler Ansatz, der allein auf die Beteiligung an der Regierung abstellt;²³ zum anderen ein materiell-funktionaler Ansatz, der die Wahrnehmung von Oppositionsfunktionen in den Mittelpunkt der Betrachtung stellt.²⁴ Nach diesem Verständnis ist Opposition derjenige Teil der Abgeordneten, der die beschriebenen Oppositionsfunktionen wahrnimmt.

Dem formalen Ansatz ist abzugewinnen, dass er eine eindeutigere und damit rechtssichere Zuordnung ermöglicht.²⁵ Demgegenüber ist mit den Grundsätzen des freien Mandats nach Art. 38 I 2 GG nur ein funktionales Verständnis vereinbar.²⁶ Grundgedanke dahinter ist, dass letztlich jeder Abgeordnete individuell entscheiden kann, ob er die Regierung unterstützt oder nicht. In diese Richtung argumentiert auch das Bundesverfassungsgericht.²⁷ Ein rein situatives Verständnis würde andererseits jede Zuordnung verwässern, weshalb nur eine zumindest ansatzweise strukturell oppositionelle Verhaltensweise die Oppositionseigenschaft zu begründen vermag.²⁸ Dies stellt wiederum eine Annäherung an ein formales Verständnis dar.²⁹

D. Die Entwicklung des Grundsatzes effektiver Opposition durch das Bundesverfassungsgericht

Erstmals erwähnt wird die Opposition durch das Bundesverfassungsgericht bereits im SRP-Verbotsverfahren 1952: das dort postulierte »Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition«³⁰ als im Demokratieprinzip wurzelnder Bestandteil der freiheitlich-demo-

wurde vertreten, es handele sich gar nicht um einen Rechtsbegriff, vgl. BT-Drs. 12/6000, S. 90. Der Charakter als Rechtsbegriff ist heute – im Unterschied zu dessen Inhalt – jedoch kaum mehr umstritten, vgl. *Ingold* (Fn. 3), S. 168; *Mundil*, Die Opposition: eine Funktion des Verfassungsrechts (2014), S. 61 f.

²¹ Lediglich in den Verfassungen von Baden-Württemberg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und dem Saarland ist dies nicht der Fall.

²² *Cancik* (Fn. 10), S. 20 f.

²³ *Schneider* (Fn. 18), S. 1055, 1070.

²⁴ *Mundil* (Fn. 20), S. 76; *Ingold* (Fn. 3), S. 203 ff.; *Cancik* (Fn. 10), S. 122; *Kuhn* (Fn. 5), S. 35 ff.; sich insofern auf das Landesverfassungsrecht beschränkend *Poscher* (Fn. 11), AöR 1997, 444 (460).

²⁵ *Cancik* (Fn. 10), S. 123. Schwierig ist die Zuordnung insbesondere bei Minderheitsregierungen; vgl. LVerfG Sachsen-Anhalt LKV 1998, 101; *Poscher* (Fn. 11), AöR 1997, 444 (460).

²⁶ *Cancik* (Fn. 10), S. 117; *Ingold* (Fn. 3), S. 204; *Starski*, Die »Große Koalition« als Problem des Verfassungsrechts – Recht auf effektive Opposition versus Gleichheit der Abgeordneten, DÖV 2016, 750 (753 f.).

²⁷ BVerfGE 142, 25 (57).

²⁸ Dahingehend in Anknüpfung an eine »wahrnehmbare Intensität« *Mundil* (Fn. 20), S. 76.

²⁹ In diese Richtung auch *Ingold* (Fn. 3), S. 203 ff.: Ein rein funktionaler Ansatz ohne Heranziehung formaler Kriterien sei nicht praktikabel.

³⁰ BVerfGE 2, 1 (13).

kratischen Grundordnung fand Bestätigung im vier Jahre später erfolgten KPD-Verbotsverfahren.³¹ Im 1953 ergangenen EVG-Urteil wurde Opposition als Verfassungsaufgabe konstruiert.³² Dezidiert auf die *parlamentarische* Opposition bezieht sich die Entscheidung zur Redezeitbegrenzung, in der die Opposition mit der parlamentarischen Minderheit gleichgesetzt wird.³³ Richtungsweisend war im weiteren zeitlichen Verlauf die schon erwähnte Anerkennung der Rolle der Opposition im Sinne des neuen Dualismus.³⁴ Einen Anspruch auf Vertretung in einem zur Haushaltskontrolle der Geheimdienste eingerichteten Gremium für jede Oppositionsfraktion verneinte das Gericht: Es sei ausreichend, wenn wenigstens eine Oppositionsfraktion vertreten sei,³⁵ allerdings wird auch die Pluralität der Opposition erkannt und anerkannt.³⁶ Später hat das Gericht sodann den Grundsatz der Spiegelbildlichkeit in den Vordergrund gestellt.³⁷ Im 2009 ergangenen Lissabon-Urteil wurde in erster Linie die Alternativfunktion der Opposition hervorgehoben.³⁸

Im sogenannten Oppositionsurteil stellte das Gericht schließlich 2016 fest, das Grundgesetz enthalte einen »durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts konkretisierten allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz effektiver parlamentarischer Opposition«³⁹. In der Begründung wird ausdrücklich Bezug auf die vorangegangene Rechtsprechung genommen. Das Gericht begründet mit Verweis auf das SRP-Urteil die Verwurzelung des verfassungsrechtlichen Oppositionsschutzes im Demokratieprinzip. In den Grenzen und Durchbrechungen des in Art. 42 II GG statuierten Mehrheitsprinzip liege die Gewährleistung der Chance der Minderheit, zur Mehrheit zu werden.⁴⁰ In konsequenter Anerkennung des neuen Dualismus verortet das Gericht den Grundsatz effektiver Opposition auch im Rechtsstaatsprinzip. Danach ist die Wahrung der parlamentarischen Kontrolle über das Exekutivhandeln insbesondere Aufgabe der Opposition.⁴¹ Dies setzt die im EVG-Urteil begründete Rechtsprechung fort und wird angereichert durch Argumentation über das verfassungsprozessuale Rechtsschutzsystem.⁴² Im Weiteren

leitet das Gericht ein individuelles Recht zum jederzeitigen Opponieren aus dem Grundsatz des freien Mandats aus Art. 38 I 2 GG ab und stellt fest, die Freiheit und Gleichheit der Abgeordneten sei »gerade für die Opposition von besonderer Bedeutung«.⁴³ Insofern vertritt das Bundesverfassungsgericht ein funktionales und individualistisches Oppositionsverständnis. Die Argumentation über das freie Mandat ist in Anbetracht der in ständiger Rechtsprechung hervorgehobenen Wichtigkeit des freien Mandats konsequent.⁴⁴ In der Literatur wird zum Teil der Grundsatz effektiver Opposition zumindest mittelbar auch im Recht der politischen Parteien begründet,⁴⁵ hierauf hat das Bundesverfassungsgericht hingegen verzichtet.⁴⁶

Die Herleitung eines Grundsatzes effektiver Opposition steht letztlich in einer Linie mit der vorherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu parlamentarischer Opposition und erscheint überdies auch in der normativen Begründung konsistent.⁴⁷

E. Instrumente der Ausübung von Opposition im Wandel der Zeit

Nach den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts enthält das Grundgesetz folglich einen Grundsatz effektiver Opposition. Zu klären bleibt, wie dieser tatsächlich ausgestaltet ist. Das Grundgesetz enthält Minderheitenrechte und aus Art. 38 I 2 GG wird eine Vielzahl an Abgeordnetenrechten abgeleitet, welche überwiegend durch die Geschäftsordnung des Bundestages konkretisiert werden. Darüber hinaus bestehen über das Organstreitverfahren und die abstrakte Normenkontrolle verfassungsprozessuale Mittel zur Oppositionsausübung. Die wichtigsten Instrumente werden im Folgenden zusammenfassend unter Nachvollziehung ihres Wandels in den einundsiebzig Jahren der Geltung des Grundgesetzes an der klassischen Funktionstria orientiert dargestellt:

I. Minderheiten- und Abgeordnetenrechte als Mittel der Oppositionsausübung

Die im Grundgesetz enthaltenen Minderheitenrechte sowie die Konkretisierungen des freien Mandats nach Art. 38 I 2 GG lassen sich im Endeffekt nahezu durchgängig als Elemente zur Wahrung der klassischen Oppositionsfunktionen klassifizieren, wenngleich die durch die jeweiligen Instrumente gewährleisteten Funktionen sich einer trennscharfen Zuordnung mitunter zu entziehen vermögen. Generell dient der Opposition in der Ausübung aller ihrer Funktionen der Oppositionszuschlag nach § 50 II 1 AbgG.⁴⁸ Ein Element

31 BVerfGE 5, 85 (199).

32 BVerfGE 2, 143 (170 f.).

33 BVerfGE 10, 4 (16 ff.); bestätigt später in BVerfGE 20, 56 (101); 44, 125 (145). Das Bestehen eines Rechts der Opposition auf Chancengleichheit wird explizit offengelassen, vgl. BVerfGE 10, 4 (16 f.).

34 BVerfGE 49, 70 (86).

35 BVerfGE 70, 324 (345 f.). Das Urteil ist auch wegen der vermeintlichen politischen Motivation hinter dem Ausschluss der damals erstmals im Bundestag vertretenen Grünen aus dem Gremium kritisiert worden, vgl. *Hölscher*, Verdächtige Volksvertreter?, AnwBl 1986, 140. Siehe dazu auch die Sondervoten der Richter *Böckenförde* und *Mahrenholz*.

36 BVerfGE 70, 324 (363 f.).

37 BVerfGE 130, 318 (353 ff.).

38 BVerfGE 123, 267 (343). Die Entscheidung hatte für die Opposition in verfassungsprozessualer Hinsicht besondere Bedeutung; siehe dazu näher unten bei E. II.

39 BVerfGE 142, 25 (55).

40 BVerfGE 142, 25 (55).

41 BVerfGE 142, 25 (56).

42 BVerfGE 142, 25 (56 f.).

43 BVerfGE 142, 25 (57).

44 BVerfGE 80, 188 (218); 84, 304 (321).

45 *Kuhn* (Fn. 5), S. 73; *Ingold* (Fn. 3), S. 318; *Mundil* (Fn. 20), S. 85 ff.

46 Dies wäre mit der vorherigen Rechtsprechung zur Rolle der politischen Parteien durchaus vereinbar gewesen; vgl. etwa BVerfGE 44, 125 (145); weniger aber mit dem stark individualistischen Oppositionsverständnis.

47 So auch *Lassahn*, Anmerkung zu BVerfGE 142, 25, NVwZ 2016, 922.

48 Dieser besteht seit 1977 und soll als Ausgleich dafür dienen, dass die die Regierung tragenden Fraktionen auf die personelle und informationelle Aus-

der Oppositionsteilnahme ohne Bezug auf eine spezifische Oppositionsfunktion ist die Vertretung der Opposition im Präsidium des Bundestages. Nach der Geschäftsordnung des Bundestages ist seit der 13. Wahlperiode jede Bundestagsfraktion durch mindestens einen Vizepräsidenten vertreten.⁴⁹ In der derzeitigen 19. Wahlperiode ist bislang allerdings kein Vertreter der AfD-Fraktion in das Präsidium gewählt worden.⁵⁰ In der politischen Praxis hat die Vertretung im Bundestagspräsidium in Bezug auf effektive Teilhabe an parlamentarischen Entscheidungsvorgängen nur eine untergeordnete Bedeutung, die Nichtberücksichtigung einer Fraktion bei der Besetzung des Präsidiums ist deshalb wohl auch nicht *per se* verfassungsrechtlich unzulässig.⁵¹

1. Instrumente zur Wahrnehmung der Kontrollfunktion

Als wichtigstes Minderheitenrecht im Grundgesetz gilt die Pflicht des Bundestages, auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder einen Untersuchungsausschuss einzusetzen.⁵² Zusätzlich zur Pflicht zur Einsetzung des Untersuchungsausschusses kann die Mehrheit den Gegenstand der Untersuchung nicht ohne Zustimmung der qualifizierten Minderheit ändern⁵³ und es setzen sich auch im Verfahren des Untersuchungsausschusses selbst umfassende Minderheitenrechte fort.⁵⁴ Das Recht zur Einsetzung eines Untersuchungsausschusses ist, auch wegen der nicht zu vernachlässigenden Vorwirkung,⁵⁵ das schärfste Kontrollinstrument des Parlaments gegenüber der Exekutive.⁵⁶ Das Verfahren des Untersuchungsausschusses ist heute im Untersuchungsausschutzesgesetz geregelt.⁵⁷

stattung der Ministerialbürokratie zurückgreifen können, während dies den nicht an der Regierung beteiligten Fraktionen nicht möglich ist; vgl. Austermann/Schmahl/Waldhoff, Abgeordnetengesetz, 1. Auflage (2016), § 50 Rn. 15.

⁴⁹ § 2 I 2 GOBT. Die Änderung der GOBT geht auf einen Kompromiss der CDU/CSU, FDP und der Grünen zurück, vgl. BT-StB 13/1, S. 8 ff.

⁵⁰ Zuletzt scheiterte der vierte von der AfD-Fraktion vorgeschlagene Kandidat in der Sitzung am 12. 12. 2019, BT-StB 19/134, S. 16744.

⁵¹ C. Schönberger/S. Schönberger, Die AfD im Bundestag, JZ 2018, 105 (110).

⁵² Art. 44 I GG.

⁵³ § 2 II PUAG.

⁵⁴ Vgl. §§ 8 II; 10 I 1; 17 II, IV; 18 III, IV PUAG. Zur Wirkung des Minderheitenschutzes in das Verfahren hinein auch BVerfGE 49, 70 (86).

⁵⁵ Bereits die abstrakte Möglichkeit der Einsetzung eines Untersuchungsausschusses bewirkt eine Disziplinierung von Parlamentsmehrheit und Regierung; Cancik, Wirkungsmöglichkeiten parlamentarischer Opposition im Falle einer qualifizierten Großen Koalition, NVwZ 2014, 18 (20).

⁵⁶ Brocker, Untersuchungsausschüsse, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht – Praxishandbuch (2015), S. 959, 959 f. Über die Einführung herrschte auch im Parlamentarischen Rat Einigkeit, einzig die Höhe des Minderheitenquorums wurde diskutiert, vgl. das Protokoll der Zweiten Sitzung des Kombinierten Ausschusses vom 16. 9. 1948, S. 36 ff. Man einigte sich schließlich, das Quorum gegenüber dem Herrenchiemsee-Entwurf von einem Fünftel auf ein Viertel heraufzusetzen, um Missbrauch vorzubeugen.

⁵⁷ Die Verabschiedung eines das Verfahren des Untersuchungsausschusses regelnden Gesetzes wurde bereits in der ersten Wahlperiode befürwortet, sie gelang dennoch nach zahlreichen Anläufen erst 2001 mit dem PUAG; umfassend zur Historie des PUAG und den gescheiterten vorangegangenen Normierungsversuchen Wiefelspütz, FS Morlok (2019), S. 157 ff.

Die Kontrollfunktion wird darüber hinaus neben verfassungsprozessualen Mitteln wie abstrakte Normenkontrolle und Organstreitverfahren, auf welche nachstehend unter E. II. gesondert eingegangen wird, vor allem durch Frage- und Informationsrechte gewährleistet. Hierzu zählen die Kleinen und Großen Anfragen, die von einer Fraktion oder von fünf Prozent der Mitglieder des Bundestages gestellt werden können.⁵⁸

Im Rahmen der europäischen Integration ist die Subsidiaritätsklage vor dem Gerichtshof der Europäischen Union durch die Verpflichtung zu ihrer Erhebung auf Antrag eines Viertelquorums nach Art. 23 Ia 2 GG als Minderheitenrecht ausgestaltet worden.⁵⁹ Dies ist Ausfluss der grundsätzlichen Verantwortung des Bundestages und in Anerkennung des neuen Dualismus im Besonderen der Opposition zur Überwachung der Grenzen europäischer Integration.⁶⁰ Auch das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit zur Änderung des Grundgesetzes nach Art. 79 II GG garantiert Mitwirkungsrechte der Parlamentsminderheit. Es trägt zu einer breiten Konsensfindung und damit der Einbindung parlamentarischer Opposition in den Prozess der Verfassungsänderung bei. Der durch die Sperrminorität bewirkte Schutz der Stabilität der Verfassung schützt im Endeffekt auch die Opposition vor im Grundgesetz kodifizierten, schwer reversiblen politischen Richtungsentscheidungen.

2. Instrumente zur Wahrnehmung der Kritikfunktion

Das in der Geschäftsordnung des Bundestages seit der sogenannten »Kleinen Parlamentsreform« 1970 angelegte Prinzip von Rede und Gegenrede stellt das zentrale Element zur Wahrnehmung der Kritikfunktion der Opposition dar.⁶¹ Danach soll nach der Rede eines Mitglieds oder Beauftragten der Bundesregierung eine abweichende Meinung zu Wort kommen.⁶² Indirekt wird damit den als solchen organisierten Oppositionsabgeordneten ein Rederecht im Anschluss an Beiträge von Regierungsseite eingeräumt.⁶³ In Bezug auf die Redezeit hat sich in der Parlamentspraxis eine Verteilung nach dem Stärkeverhältnis der Fraktionen etabliert, die jeweils zu Beginn einer Legislaturperiode nach einem für die jeweilige Gesamtdauer der Debatte entworfenen Verteilungsschlüssel festgelegt wird.⁶⁴ Hierbei ist es seit der sechsten Wahlperiode parlamentarische Praxis, dass die Redezeit von Vertretern der Bundesregierung ihrer Fraktion

⁵⁸ §§ 100, 104 GOBT.

⁵⁹ Eingeführt durch 53. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 8. 10. 2008, BGBl. 2008 I, 1926.

⁶⁰ Mundil (Fn. 20), S. 186.

⁶¹ Mundil (Fn. 20), S. 198 f.

⁶² § 28 I 2 Hs. 2 GOBT

⁶³ Das Rederecht des Abgeordneten an sich folgt unmittelbar aus Art. 38 I 2 GG, Sachs/Magiera, Grundgesetz-Kommentar, 8. Auflage (2018), Art. 38 Rn. 63.

⁶⁴ Roll, GOBT (2001), § 35 Rn. 2. Die jeweilige Debattendauer legt der Ältestenrat zu Beginn einer Sitzungswoche fest.

zugerechnet wird.⁶⁵ Seit der Parlamentsreform 1980 besteht zudem eine Zeitausgleichsregel.⁶⁶

Darüber hinaus wird die Kritikfunktion durch Herstellung von Öffentlichkeit gewährleistet. Der Bundestag verhandelt grundsätzlich öffentlich, der Ausschluss der Öffentlichkeit kann nur mit Zweidrittelmehrheit beschlossen werden.⁶⁷ Wichtige Bestandteile der Kritikfunktion sind die Befragung der Bundesregierung durch den Bundestag und die Aktuelle Stunde.⁶⁸ Die Befragung der Bundesregierung ist in der jetzt gültigen Form erst 1990 in die Geschäftsordnung eingefügt worden.⁶⁹ Erst seit der aktuellen Wahlperiode allerdings nehmen in der Parlamentspraxis tatsächlich die Bundeskanzlerin und in nun deutlich höherer Regelmäßigkeit die Bundesminister an der Befragung teil.⁷⁰ Hierdurch wird die Befragung der Bundesregierung in der öffentlichen Wahrnehmung gegenüber der zuvor »mangelhaften politischen Attraktivität dieser Einrichtung«⁷¹ möglicherweise einen Bedeutungszuwachs verzeichnen können. Anders als die vornehmlich der Informationsbeschaffung dienenden Instrumente der Kleinen und Großen Anfrage dienen Regierungsbefragung und Aktuelle Stunde primär der unmittelbaren öffentlichen Konfrontation des politischen Gegners.

3. Instrumente zur Wahrnehmung der Alternativfunktion

Die Alternativfunktion der Opposition wird unter anderem durch Einbringung von Alternativvorschlägen im Gesetzgebungsverfahren erfüllt. Gesetzesinitiativen können von einer Fraktion oder fünf Prozent der Mitglieder des Bundestages eingebracht werden.⁷² Wichtiger Aspekt der Einbindung in das Gesetzgebungsverfahren und wegen der großen Bedeutung der Ausschussarbeit essenziell für die Opposition ist die Vertretung in den Ausschüssen des Bundestages. Die Ausschussbesetzung erfolgt im Verhältnis der Fraktionsstärke im Bundestag.⁷³ Die so erzeugte

Spiegelbildlichkeit ist verfassungsrechtlich geboten.⁷⁴ Verbreitet wird vertreten, dass hierdurch auch jede einzelne Fraktion Anspruch auf Beteiligung in jedem Ausschuss hat.⁷⁵ Anders als bei der Besetzung des Präsidiums und von Gremien haben die Fraktionen für nahezu sämtliche Ausschüsse ein Entsendungsrecht, können also unabhängig davon, ob die Mehrheit die konkrete Person für tragbar hält, nach eigenem Ermessen ein Fraktionsmitglied entsenden.⁷⁶ Die Wahl der Ausschussvorsitzenden ist geschäftsordnungsrechtlich nicht weitergehend ausgestaltet.⁷⁷ Es entspricht insoweit parlamentarischer Übung, den Vorsitz des Haushaltsausschusses aus den Reihen der zahlenmäßig größten, nicht die Regierung tragenden Fraktion zu wählen.⁷⁸ Dies hat angesichts des Bedeutungsgehalts der Budgethoheit des Parlaments als »wesentliche Ausprägung rechtsstaatlicher Demokratie«⁷⁹ einen herausgehobenen Stellenwert. Die Ausarbeitung langfristiger Alternativlösungen zu umfangreichen und bedeutenden Sachkomplexen kann über die Einrichtung von Enquête-Kommissionen erfolgen. Diese kann von einem Viertelquorum beschlossen werden.⁸⁰

Die personelle Alternativfunktion liegt, deutlicher als die anderen Oppositionsfunktionen, in verstärktem Maße im eigenen Verantwortungsbereich der Opposition. Ihre Wahrnehmung ist daher einer Normativierung kaum zu-

⁶⁵ *Roll*, ebenda. Anders war dies bis vor der 6. Wahlperiode des Bundestages, vgl. *Besch*, Rederecht und Redeordnung, in: Schneider/Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis (1989), S. 939, 948.

⁶⁶ § 35 II GOBT.

⁶⁷ Art. 42 I GG.

⁶⁸ § 106 GOBT i. V. m. Anlage 5 und 7 GOBT. Die Aktuelle Stunde muss auf Antrag einer Fraktion oder von fünf Prozent der Mitglieder des Bundestages abgehalten werden; Anlage 5 Nr. 1 Buchst. b und c GOBT. Eingeführt wurde sie 1965; *Schürmann*, Plenardebatte, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht – Praxishandbuch (2015), S. 609, 640.

⁶⁹ BT-Drs. 11/7987, S. 5. Zur Vorgeschichte verschiedener Formate der Regierungsbefragung ausführlich *C. Schönberger*, FS Morlok (2019), S. 173, 180 ff.

⁷⁰ *C. Schönberger*, ebenda, S. 173. Hierfür wurde zum 1.3.2019 auch die entsprechende Anlage 7 GOBT geändert (BGBl. 2019 I S. 197). Bundeskanzlerin *Merkel* nahm am 6. 6. 2018 erstmals an der Befragung teil (BT-StB 19/35, S. 3259 ff.), bis Ende der 18. Wahlperiode taten dies regelmäßig nur die Parlamentarischen Staatssekretäre. Diese Praxis entsprach nicht den Vorgaben der GOBT; *C. Schönberger* (Fn. 69), S. 184 ff.

⁷¹ Maunz/Dürig/Klein, Grundgesetz, 86. EL (2019), Art. 43 Rn. 95.

⁷² § 76 I GOBT als Konkretisierung von Art. 76 I GG (»Mitte des Bundestages«).

⁷³ § 12 GOBT.

⁷⁴ BVerfGE 80, 188 (222); 84, 304 (323); 130, 318 (353 ff.).

⁷⁵ Vgl. etwa *Waack*, Parlamentarische Opposition, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht – Praxishandbuch (2015), S. 710, 731; *Mundil* (Fn. 20), S. 142 ff.; anders noch zur Besetzung des Gremiums zur Haushaltskontrolle der Geheimdienste BVerfGE 70, 324.

⁷⁶ § 57 II GOBT.

⁷⁷ § 58 GOBT bestimmt lediglich die Wahl der Vorsitzenden und von deren Stellvertretern durch die Ausschüsse nach den Vereinbarungen im Ältestenrat. In den Mittelpunkt der Betrachtung rückte diese Thematik in jüngerer Vergangenheit durch die Abberufung des AfD-Abgeordneten *Stephan Brandner* als Vorsitzender des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz am 13.11.2019 durch die Ausschussmitglieder. Die AfD-Fraktion strengt hiergegen gegenwärtig ein Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht an und beruft sich hierbei auch explizit auf das Recht auf effektive parlamentarische Opposition, wenngleich aus meiner Sicht hier Oppositionsrechte nicht in gravierender Weise betroffen sind: Die Abberufung erfolgte aufgrund von Äußerungen, die mit dem Amt als Vorsitzender des Rechtsausschusses nach Auffassung sämtlicher anderer Fraktionen nicht vereinbar sind. Auch wurde kein anderes Ausschussmitglied zum Vorsitzenden gewählt, sondern die AfD-Fraktion explizit ermutigt, einen anderen Kandidaten vorzuschlagen. Insofern sind hier allenfalls die aus dem freien Mandat abgeleiteten Rechte *Brandners* sowie die Frage, ob die Abwahl des Ausschussvorsitzenden auch möglich ist, obwohl sie in der Geschäftsordnung nicht explizit geregelt ist, betroffen. Letzteres ist aus meiner Sicht als *actus contrarius* zur Wahl selbst möglich. Der Antrag der AfD-Fraktion ist im einstweiligen Rechtsschutz erfolglos geblieben; BVerfG, Beschl. v. 4. 5. 2020 – 2 BvE 1/20. Dem Beschluss zufolge wohne dem *actus-contrarius*-Gedanken eine gewisse Plausibilität inne. Maßstäbe für einen wohl erforderlichen plausiblen Grund für die Abberufung seien in der Hauptsache zu entwickeln.

⁷⁸ *Roll* (Fn. 64), § 59 Rn. 1. Diese Praxis wurde – angesichts der Kontroverse um die Besetzung des Bundestagspräsidiums durchaus bemerkenswert – auch in der aktuellen 19. Wahlperiode beibehalten.

⁷⁹ BVerfGE 130, 318 (343).

⁸⁰ § 56 I 2 GOBT. In der Kommission muss nach der Geschäftsordnung jede Fraktion vertreten sein; § 56 III GOBT.

gänglich. Das Misstrauensvotum nach Art. 67 I GG ist als konstruktives Misstrauensvotum ausgestaltet, es handelt sich daher gerade nicht um ein Minderheitenrecht.

4. Zwischenfazit

Insgesamt ist in Bezug auf die Minderheiten- und Abgeordnetenrechte in der Bundesrepublik eine stete Ausweitung der Rechte und damit eine Stärkung der Stellung der Opposition in der rechtlichen Ausgangslage festzustellen. In Teilen bezieht sich die Besserstellung freilich allein auf geschäftsordnungsrechtliche Regelungen, welche eine geringere Bindungskraft aufweisen. Auch wurden, etwa beim Untersuchungsausschussgesetz, ohnehin jahrelang praktizierte Abläufe verrechtlicht.

II. Verfassungsprozessuale Mittel der Oppositionsausübung

Essenziell für die effektive Ausübung parlamentarischer Opposition sind über die genannten Rechte hinaus verfassungsprozessuale Optionen. Im Vordergrund stehen hier die Verfahrensarten des Organstreitverfahrens nach Art. 93 I Nr. 1 GG und der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 I Nr. 2 GG.

1. Das Organstreitverfahren

Das Organstreitverfahren ist in den §§ 63 ff. BVerfGG näher ausgestaltet. Gegenstand des kontradiktorischen Verfahrens sind Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten der Beteiligten.⁸¹ Aufgrund der Befürchtung, politische Streitigkeiten könnten auf diesem Wege aus dem politischen Raum heraus vor das Bundesverfassungsgericht getragen werden, war die Einführung des Organstreitverfahrens im Parlamentarischen Rat nicht unumstritten.⁸² Die anfänglichen Streitigkeiten in Bezug auf den Verfahrenszweck entschied das Bundesverfassungsgericht zugunsten eines Verfahrens über subjektive Organrechtsstellungen.⁸³

§ 63 BVerfGG konkretisiert den Kreis der Antragsberechtigten. Die »Teile dieser Organe« im Sinne des § 63 BVerfGG sind »andere Beteiligte« im Sinne des Art. 93 I Nr. 1 GG. Fraktionen sind als ständige Untergliederung des obersten Bundesorgans Bundestag antragsberechtigt.⁸⁴ Antragsberechtigt sind auch die sogenannte »Fraktion im Untersuchungsausschuss«⁸⁵ und die Einsetzungsminderheit von einem Viertel der Mitglieder des Bundestages,⁸⁶ auch als potenzielle Einsetzungsminderheit.⁸⁷

a) Antragsbefugnis und Prozessstandschaft als Minderheitenrecht

Antragsbefugt ist im Organstreit grundsätzlich nur, wer die Verletzung oder unmittelbare Gefährdung in seinen ihm durch das Grundgesetz unmittelbar übertragenen Rechten und Pflichten geltend macht.⁸⁸ Die Formulierung »oder das Organ, dem er angehört« in § 64 I BVerfGG eröffnet die Möglichkeit der Geltendmachung fremder Rechte im Wege der Prozessstandschaft. Das Bundesverfassungsgericht nahm die Zulässigkeit einer Prozessstandschaft bereits früh an und begründete sie später ausdrücklich mit dem Minderheitenschutz.⁸⁹ Eine Bundestagsfraktion kann entsprechend Rechte des Bundestages im Organstreitverfahren geltend machen, dies explizit auch gegen den Willen der Mehrheit des Bundestages.⁹⁰ Die Anerkennung der Prozessstandschaft ist Konsequenz des Aufeinandertreffens des dem Grundgesetz zugrundeliegenden alten Dualismus mit dem wirklichkeitsorientierten neuen Dualismus.⁹¹ Hier spiegelt sich das Nebeneinander von altem und neuem Dualismus in der Staatsordnung der Bundesrepublik wider. Die Möglichkeit der zur Parlamentsminderheit gehörenden Fraktionen, im Wege der Prozessstandschaft Rechte des Bundestages trotz entgegenstehender Mehrheitsauffassung geltend zu machen, hat sich als eminent wichtiges Minderheitenrecht herauskristallisiert und ist bedeutsamer Baustein zur Gewährleistung der Kontrollfunktion.⁹²

b) Die prozessstandschaftliche Selbstverletzungsrüge

Seit der Lissabon-Entscheidung erkennt das Bundesverfassungsgericht auch die Geltendmachung einer Verletzung von Rechten des Bundestages durch den Bundestag selbst an.⁹³ Es eröffnet somit die Möglichkeit eines verfassungsrechtlichen Insichprozesses.

Für diese Möglichkeit der prozessstandschaftlichen Selbstverletzungsrüge spricht der Sinn und Zweck der Prozessstandschaft: der Minderheitenschutz und die Wahrung der Kontrollfunktion des Bundestages.⁹⁴ Auf der anderen Seite ist das Organstreitverfahren grundsätzlich als Streitigkeit zwischen unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Akteuren konzipiert. Wird nun durch eine Bundestagsfraktion in Prozessstandschaft für den Bundestag gegen den Bundestag selbst vorgegangen, hat letztlich nur ein Akteur gehandelt, es fehlt an einem zweiseitigen Verfassungsrechtsverhältnis.⁹⁵ Die Möglichkeit der Prozessstandschaft im Organstreitverfahren dient der Geltendmachung von

⁸¹ Sachs/*Detterbeck* (Fn. 63), Art. 93 Rn. 42.

⁸² Parlamentarischer Rat: Fünfte Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege vom 10. November 1948, Bd. 13/2, S. 1310 ff.

⁸³ BVerfGE 2, 143 (155); anstatt einer rein objektiven Verfassungsaufsicht; zum Streit *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf/Schorkopf*, BVerfGG (2015), § 63 Rn. 1 ff.

⁸⁴ BVerfGE 1, 144 (147); seitdem ständige Rechtsprechung.

⁸⁵ BVerfGE 67, 100 (124).

⁸⁶ BVerfGE 67, 100 (124).

⁸⁷ BVerfGE 105, 197 (215).

⁸⁸ § 64 I BVerfGG.

⁸⁹ BVerfGE 1, 351 (359); mit Begründung durch Minderheitenschutz erstmals BVerfGE 45, 1 (29).

⁹⁰ BVerfGE 1, 351 (359).

⁹¹ *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf/Schorkopf* (Fn. 83), § 64 Rn. 14.

⁹² Vgl. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Auflage (2015), Rn. 94.

⁹³ BVerfGE 123, 267 (338 f.); bestätigt durch BVerfGE 132, 195 (247); 134, 366 (397); 135, 317 (395); 142, 25 (44 f.); 142, 123 (182).

⁹⁴ BVerfGE 123, 267 (338 f.).

⁹⁵ *Sauer*, FS Morlok (2019), S. 227, 240 ff.

Rechten des Bundestages gegenüber der Bundesregierung. Diese ist nach Gewaltenteilungsgrundsätzen eben nicht ohne Weiteres gleichzusetzen mit der Bundestagsmehrheit.⁹⁶ Angeführt wird auch das Argument, durch die prozessstandschaftliche Selbstverletzungsrüge würden politische Realitäten überspielt.⁹⁷ Dies verkennt jedoch den Unterschied zwischen verfassungsrechtlicher Überprüfung und politischer Revision.⁹⁸

Aber auch die weitere Argumentation gegen die prozessstandschaftliche Selbstverletzungsrüge vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen: Der Insichprozess ist letztlich nichts anderes als eine konsequente Anerkennung des neuen Dualismus. Solange die Opposition als solche nicht institutionalisiert ist und als eigenes Rechtssubjekt ausscheidet, können Minderheitenrechte nur dann effektiv gewährleistet werden, wenn sie im Wege der Prozessstandschaft durch die Minderheit gegen den Bundestag als solchen geltend gemacht werden können. So dient die prozessstandschaftliche Selbstverletzungsrüge der Gewährleistung des Grundsatzes effektiver parlamentarischer Opposition.

2. Die abstrakte Normenkontrolle

Die abstrakte Normenkontrolle ist in den §§ 76 ff. BVerfGG näher ausgestaltet. Der Kreis der Antragsberechtigten beschränkt sich auf politische Akteure, wodurch eine Verbindung von abstrakter Normenkontrolle und politischer Auseinandersetzung geschaffen wird.⁹⁹ Antragsberechtigt ist unter anderem auch ein Viertel der Mitglieder des Bundestages.¹⁰⁰ Die abstrakte Normenkontrolle ist daher faktisch mehr als bloß ein objektives Rechtsbeanstandungsverfahren: Anlass für ihre Einleitung ist zwar keine konkrete rechtliche, vielfach aber eine konkrete politische Auseinandersetzung.¹⁰¹

⁹⁶ Sauer, ebenda, S. 236 ff.

⁹⁷ Schwerdtfeger, Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Grundrechts-, ultra-vires- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem, EuR 2015, 290 (305 f.); Sondervotum des Richters Gehrhardt in BVerfGE 134, 366 (438).

⁹⁸ So auch Sauer (Fn. 95), S. 237; zur Differenz zwischen richterlicher und politischer Entscheidungsfindung Landfried, Verfassungsgerichtsbarkeit als Potential für demokratisches Regieren, in: Heinig/Schorkopf (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz (2019), S. 255, 260 ff.

⁹⁹ Dimroth, Antragsberechtigung beim Normenkontrollverfahren – Wächterfunktion oder Minderheitenschutz?, ZRP 2006, 50 (50 f.).

¹⁰⁰ Art. 93 I Nr. 2 GG, § 76 I BVerfGG. Das Quorum wurde 2009 von einem Drittel auf ein Viertel abgesenkt, womit eine weitere Stärkung der Rechte parlamentarischer Opposition erfolgte. Begründet wurde dies mit einer Anpassung an das zeitgleich neu eingeführte Quorum von einem Viertel zur Erhebung der Subsidiaritätsklage nach Art. 23 Ia GG; BT-Drs. 16/8912, S. 2. Inwiefern oder warum ein Gleichlauf zwischen Subsidiaritätsklage und abstrakter Normenkontrolle notwendig war oder ist, wurde im Gesetzgebungsprozess nicht weiter begründet. Hintergrund und wohl eher der tatsächliche Beweggrund für die Anpassung war die Sitzverteilung in der 16. Wahlperiode: die nicht die Regierung tragenden Fraktionen unterschritten gemeinsam das Quorum eines Drittels; vgl. Cancik, Wirkungsmöglichkeiten parlamentarischer Opposition im Falle einer qualifizierten Großen Koalition, NVwZ 2014, 18 (22). Der Grundgesetzänderung vorausgegangen waren mehrere Initiativen dieser Fraktionen.

¹⁰¹ Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Rozek, BVerfGG, 55. EL (2019), § 76 Rn. 7.

Sie ist folglich auch ein wichtiges Kontrollinstrument der parlamentarischen Minderheit und damit auch der Opposition.¹⁰²

III. Spezifische Oppositionsrechte im Grundgesetz: keine Institutionalisierung

Fraglich bleibt, ob neben die dargestellten Abgeordneten- und Minderheitenrechte als Ausfluss des Grundsatzes effektiver Opposition auch spezifische Oppositionsrechte treten (müssten). Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage und auch ein mögliches Gebot zur Schaffung solcher Rechte deutlich verneint.¹⁰³ Hierfür gibt es im rechtswissenschaftlichen Diskurs weitgehend Zustimmung.¹⁰⁴ Es mag inkonsequent erscheinen, einen Grundsatz, aber keine daraus folgenden Rechtswirkungen herzuleiten. Dennoch ist die Ablehnung spezifischer Oppositionsrechte überzeugend, denn deren Schaffung würde mit einer Institutionalisierung der Opposition einhergehen. Nachdem der Verfassungsgeber sich gegen die Festschreibung der Opposition im Grundgesetz und mithin gegen eine Institutionalisierung derselben entschieden hatte, ist eine solche in der Bundesrepublik wiederkehrend diskutiert worden.¹⁰⁵ Einer Verankerung der Opposition im Grundgesetz wurde entgegengehalten, dies hätte lediglich deklaratorischen Charakter.¹⁰⁶ *De constitutione lata* ist eine Institutionalisierung mithin nicht erfolgt.¹⁰⁷ Eine solche erscheint auch vor dem Hintergrund des durch das Verhältniswahlrecht begünstigten bundesrepublikanischen Vielparteiensystems und der daraus folgenden Pluralität der Opposition problematisch: eine Institution erfordert eine gewisse Homogenität.¹⁰⁸ Daher wäre eine Institutionalisierung auch mit dem funktionalen Oppositionsverständnis kaum vereinbar. Überdies birgt Institutionalisierung die Gefahr der Einengung der Opposition durch Zuschreibung eines bestimmten Rollenverständnisses.¹⁰⁹

¹⁰² Dimroth (Fn. 99), ZRP 2006, 50 (51); Schlaich/Korioth (Fn. 92), Rn. 123; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Rozek (Fn. 101), § 76 Rn. 7. Bisweilen werden Regierung und Parlamentsmehrheit auch als »natürliche Antragsgegner« bezeichnet, Stüwe (Fn. 4), S. 176 f.

¹⁰³ BVerfGE 142, 25 (58).

¹⁰⁴ Vgl. Rossi, Kein Gebot zur Schaffung spezifischer Oppositionsrechte, JZ 2016, 1169 ff.; Hillgruber, Entscheidungsbesprechung zu BVerfGE 142, 25, JA 2015, 638 (640); Starski (Fn. 26), DÖV 2016, 750 (754 f.).

¹⁰⁵ So scheiterte 1966 ein Antrag der SPD-Fraktion, den Begriff Opposition in die Geschäftsordnung des Bundestages aufzunehmen; BT-Drs. 5/396. In der Enquête-Kommission Verfassungsreform war eine mögliche Institutionalisierung des Oppositionsführers Teil des Themenkatalogs, erfolgte schließlich aber nicht und wurde auch im 1976 vorgelegten Abschlussbericht nicht erwähnt; BT-Drs. 7/5924, S. 275. Später hat die zunehmende Regeldichte in Bezug auf die Opposition in den Landesverfassungen – hierzu näher Cancik (Fn. 10), S. 80 ff. – wiederum zu einer Diskussion über eine Institutionalisierung von Opposition auf Bundesebene geführt. Nach der Wiedervereinigung wurde in der Gemeinsamen Verfassungskommission ein entsprechender Vorschlag thematisiert, verfehlte aber die notwendige Zweidrittelmehrheit; BT-Drs. 12/6000, S. 89 f.

¹⁰⁶ BT-Drs. 12/6000, S. 90.

¹⁰⁷ Starski (Fn. 26), DÖV 2016, 750 (755).

¹⁰⁸ Mundil (Fn. 20), 108 ff.

¹⁰⁹ Oberreuther, Parlamentarische Opposition – ein internationaler Vergleich (1975), S. 271.

Auch bestehen in Form der Abgeordneten- und Minderheitenrechte ausdehnbare Instrumente des Oppositionsschutzes. Der Mehrwert einer Schaffung spezifischer Oppositionsrechte daneben ist kaum ersichtlich. Sie hätte wohl also tatsächlich rein deklaratorischen Charakter. Dass eine Normierung spezifischer Oppositionsrechte aber wiederum tatsächlich nicht mit Art. 38 I 2 GG vereinbar wäre, wie das Bundesverfassungsgericht ausführt,¹¹⁰ ist zumindest zweifelhaft, da es nicht um exklusive Oppositionsrechte ginge, sondern um solche, die *neben* die Minderheitenrechte treten.¹¹¹

F. Herausforderungen für die Opposition im Spannungsfall der übergroßen Koalition

In der 18. Wahlperiode bildeten die Fraktionen von CDU/CSU und SPD eine Große Koalition und kamen dabei gemeinsam auf über achtzig Prozent der Abgeordneten des Bundestages. Entsprechend erreichten die Abgeordneten der beiden oppositionellen Fraktionen nicht das Viertelquorum, welches für einige der aufgeführten Minderheitenrechte ausschlaggebend ist, insbesondere bei der Einrichtung eines Untersuchungsausschusses und der abstrakten Normenkontrolle. Es handelt sich in dieser bis dahin nur in der fünften Wahlperiode zu Zeiten der Bonner Großen Koalition aufgetretenen Ausgangslage der sogenannten übergroßen Koalition zweifelsohne um einen besonderen Spannungsfall für die Effektivität parlamentarischer Opposition. Diese Situation rief eine intensive Diskussion um Oppositionsrechte hervor,¹¹² es entwickelten sich verschiedene Lösungsansätze zur Bewältigung der aufgetretenen Problematik.

Ein Ansatz, welcher in Form des Gesetzesentwurfs der Fraktion der Linken vorgebracht wurde, sah eine Verfassungsänderung dahingehend vor, dass neben die entsprechenden Quoren im Grundgesetz die Zuschreibung der Rechte an »die Gesamtheit der Fraktionen, die nicht die Bundesregierung tragen« treten sollte.¹¹³ Der Entwurf fand keine Mehrheit. Seine Ablehnung war Gegenstand der Oppositionsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Wie dargestellt ist die Verankerung spezifischer Oppositionsfraktionsrechte im Grundgesetz weder verfassungsrechtlich geboten noch mit einem funktionalen Oppositionsverständnis vereinbar. Ebenfalls nicht geboten ist danach auch eine

einfachgesetzliche Erweiterung der Rechte in Abweichung von den grundgesetzlichen Quoren.¹¹⁴

Im Raum stand auch eine Absenkung der grundgesetzlichen Quoren im Wege der Auslegung,¹¹⁵ welcher das Bundesverfassungsgericht jedoch mit zutreffendem Verweis auf die klare Wortlautgrenze und die bewusste Entscheidung des verfassungsgebenden Gesetzgebers entgegentrat.¹¹⁶ Auch können die Quoren als originäres Verfassungsrecht nicht verfassungswidriges Verfassungsrecht darstellen: diese rechtstheoretisch ohnehin schwierige Konstellation kann nur durch den *pouvoir constitué*, nicht durch den *pouvoir constituant* geschaffen werden.¹¹⁷

Im Bundestag einigte man sich schließlich auf einen Kompromiss und schuf den, explizit nur für die Dauer der 18. Wahlperiode geltenden, § 126 a GOBT.¹¹⁸ Dieser senkte zahlreiche grund- und einfachgesetzliche sowie geschäftsordnungsrechtliche Quoren von einem Viertel oder Drittel auf 120 Abgeordnete, und damit knapp unterhalb der Anzahl der Abgeordneten der Fraktionen von Grünen und Linken (128). Abgesenkt wurde als wichtigstes Quorum auch das zur Einsetzung des Untersuchungsausschusses.¹¹⁹ Trotz begründeter Bedenken hinsichtlich dieser Lösung¹²⁰ hat die pragmatische Gestaltung über § 126 a GOBT, auch unter Berücksichtigung der angesprochenen Vorwirkung von Minderheitenrechten, der Opposition zumindest einen minimalen Wirkungsgehalt erhalten können. Über die Regelung des § 126 a GOBT hinaus wurde zudem der Oppositionszuschlag vorübergehend erhöht¹²¹ und nach einer Vereinbarung im Ältestenrat die Redezeit der Abgeordneten der kleineren Fraktionen erhöht¹²² und damit die Stellung der Opposition zusätzlich, wenn auch auf geringem Niveau, gestärkt.

So hat sich im politischen Umgang, wohl auch aufgrund einer begrüßenswerten Sensibilität der Parlamentsmehrheit diesbezüglich, eine praktikable Lösung herausgebildet.¹²³ Dies vermag indessen nichts daran zu ändern, dass es sich um eine staatspolitisch kaum wünschenswerte Verteilung der Mehrheitsverhältnisse und damit einhergehende schwache Stellung der parlamentarischen Opposition handelte.¹²⁴

110 BVerfGE 142, 25 (60 ff.); so auch *Waack* (Fn. 75), S. 738.

111 Vgl. *Sachs*, Rechte von parlamentarischen Minderheiten und Oppositionsfraktionen, JuS 2016, 764 (766); *Cancik*, Der Grundsatz (in)effektiver Opposition: zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Oppositionsfraktionsrechte, VerfBlog, 5.9.2016, <https://verfassungsblog.de/der-grundsatz-ineffektiver-opposition-zum-urteil-des-bundesverfassungsgerichts-in-sachen-oppositionsfraktionsrechte/>, zuletzt abgerufen am 2.3.2020; *Starski* (Fn. 26), DÖV 2016, 750 (755 f.).

112 Exemplarisch *Schwarz*, Unkontrollierbare Regierung – Die Rechte der Opposition bei der Bildung einer Großen Koalition im Deutschen Bundestag, ZRP 2013, 226; *Cancik* (Fn. 100), NVwZ 2014, 18; *Emmuschat*, Große Koalition und Oppositionsrechte, VR 2015, 1; *Heinig*, Opposition tut not!, VerfBlog, 21.10.2013, <https://verfassungsblog.de/opposition-tut-not/>, zuletzt abgerufen am 2.3.2020.

113 BT-Drs. 18/838.

114 BVerfGE 142, 25 (69 f.).

115 *Cancik* (Fn. 100), NVwZ 2014, 18 (23).

116 BVerfGE 142, 25 (64 f.).

117 Dreier/*Dreier*, Grundgesetz, 3. Auflage (2015), Art. 79 III Rn. 14.

118 BGBl. 2014 I S. 534.

119 § 126 a I Nr. 1 GOBT in der damaligen Fassung (BGBl. 2014 I S. 534), aufgehoben mit Ablauf der 18. Wahlperiode am 23.10.2017.

120 So ist aufgrund der Beschränkung des Rechtsschutzes bei vermeintlichen Verstößen gegen die Geschäftsordnung auf die Verletzung verfassungsmäßig eingeräumter Rechte trotz der Absicherung durch die nach Absatz 2 der Regelung ausgeschlossene ad-hoc-Abweichung von der Geschäftsordnung nach § 126 GOBT das Schutzniveau gering. Überdies blieb das Quorum zur Beantragung einer abstrakten Normenkontrolle unberührt.

121 BT-Drs. 18/2500, S. 2.

122 Datenhandbuch des Deutschen Bundestages, Kap. 7.11, S. 3, über <https://www.bundestag.de/datenhandbuch>, zuletzt abgerufen am 2.3.2020.

123 *Waack* (Fn. 75), S. 740 f.

124 Vgl. *Heinig* (Fn. 112), VerfBlog, 2013/10/21.

Langfristig wäre eine derartige Lösung daher wohl auch kaum ausreichend gewesen. Angesichts der derzeitigen Mehrheitsverhältnisse seit der letzten Bundestagswahl und der sich abzeichnenden dauerhaft schwächeren Wahlergebnisse der an dieser Regierungskoalition beteiligten Parteien könnte diese Problematik aber *ipso facto* bewältigt sein und tatsächlich eine einmalige Situation darstellen.

G. Ausblick: Perspektiven parlamentarischer Opposition in Zeiten ihrer Fragmentierung

In Zukunft dürfte ein anderer Aspekt der Veränderung der Parteienlandschaft in den Vordergrund drängen: die zunehmende Vielzahl und Vielfalt auf Bundesebene relevanter Parteien. Die Anzahl der Fraktionen im Bundestag beträgt in der derzeitigen 19. Wahlperiode sechs. Höher war sie nur in der ersten Wahlperiode von 1949 bis 1953. Mit dieser Entwicklung einher geht eine Diversifizierung der im Bundestag vertretenen oppositionellen Strömungen, welche als Fragmentierung bezeichnet werden kann.¹²⁵

Dies hat Auswirkungen auf Chancen und Möglichkeiten der Wahrnehmung von Oppositionsfunktionen, die sich von denen der übergroßen Koalition unterscheiden. Die Regierungsmehrheit ist wesentlich knapper, die Erreichung minderheitenrechtlicher Quoren somit nicht grundsätzlich erschwert.¹²⁶ Schwieriger ist es aber, diese auch politisch zu erreichen: Dass eine einzelne oppositionelle Fraktion alleine das Quorum eines Viertels – geschweige denn eines Drittels – erreicht, ist derzeit nicht der Fall und zukünftig wohl vorerst unwahrscheinlich. Hierdurch tritt ein Phänomen auf, das in der Bundesrepublik bislang eher im Hintergrund stand: die Bildung von »Oppositionskoalitionen«, also eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Oppositionsakteuren. Dies bedeutet durchaus auch eine Erschwerung der Oppositionsarbeit, da auf Ziele und Programme anderer Parteien Rücksicht genommen werden muss, wobei erschwerend hinzukommt, dass insbesondere eine Kooperation mit der AfD-Fraktion von den anderen oppositionellen Fraktionen vermieden wird.¹²⁷ Dass es sich hierbei um eine politische Realität handelt, die durch das Grundgesetz in der derzeitigen Form nicht mehr bewältigt werden könnte, ist jedoch kaum die richtige Schlussfolgerung. Schließlich hatten auch die Mitglieder des Parlamentarischen Rates bei der Konzeption der grundgesetzlichen Minderheitsrechte ein Vielparteienparlament vor Augen, die zunächst von-

stattengegangene Entwicklung der Bundesrepublik zu einem Dreifraktionenparlament hingegen ist angesichts des Verhältniswahlrechts geradezu unwahrscheinlich. Primär stellt sich die Fragmentierung ohnehin als Erschwerung der Regierungsbildung dar, die Nachteile der Oppositionsarbeit sind lediglich der dazugehörige Reflex. Hierbei ist zu beachten, dass durch die Einbindung des Bundesrates in den Gesetzgebungsprozess stets auch Parteien, die im Bund nicht an der Regierung beteiligt waren, über die Landesvertreter im Bundesrat Einfluss auf die Bundesregierung ausgeübt haben. Hierdurch tritt neben die parlamentarische Opposition im Bundestag auch eine Art föderale Opposition. Die Rücksichtnahme auf eine Vielzahl von Akteuren bei der Gesetzgebung ist mithin in der Bundesrepublik keinesfalls ein Novum, sondern lang erprobte Praxis und kann auch als eine der Stärken der bundesrepublikanischen Demokratie angesehen werden, denn hierdurch wird die konsensorientierte Politikform bestärkt.¹²⁸

Ein negativer Effekt der Verstärkung Großer Koalitionen und schwindender Bindungskraft der Volksparteien ist die damit einhergehende Beeinträchtigung der Alternativfunktion: Eine Opposition, die als »Regierung im Wartestand« wahrgenommen würde, ist in Zeiten großer Koalitionen und Fragmentierung der Parteienlandschaft kaum mehr erkennbar.¹²⁹ Hier ist jedoch keine (verfassungs-)rechtliche, sondern eine politische Antwort gefragt. Die nicht vorgenommene Institutionalisierung des Amtes des Oppositionsführers nach dem Vorbild des britischen Westminster-Systems, wie sie in der Enquete-Kommission Verfassungsreform thematisiert worden war,¹³⁰ bewährt sich jedenfalls derzeit: die im Bundestag vertretenen Oppositionsfraktionen lassen sich nicht unter einer gemeinsamen Führung vereinen. Die politische Realität bringt eben nicht *eine* Opposition, sondern eine diverse Vielzahl von *Oppositionen* hervor.

Wichtig wird in Zukunft daher vor allem sein, die Spiegelbildlichkeit von Plenum und Ausschüssen zu wahren und hierdurch allen oppositionellen Fraktionen eine wirksame Vertretung zu sichern, um einer Marginalisierung der verschiedenen politischen Ausrichtungen vorzubeugen.¹³¹ Soweit dies gewährleistet ist, wird die parlamentarische Opposition perspektivisch zwar herausgefordert, hat aber erstens in ihrer rechtlichen Ausstattung auch ohne Erwähnung im Grundgesetz oder spezifische Oppositionsrechte genügend Nährboden zur Entfaltung und droht zweitens auch nichts von ihrer für das parlamentarische Regierungssystem konstitutiven Bedeutung einzubüßen.

¹²⁵ Vgl. *Krüper*, Wahlrechtsgeschichte(n) unter dem Grundgesetz – Individuelle und institutionelle Aspekte, in: Heinig/Schorkopf (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz (2019), S. 149, 158; *von Achenbach*, Parlamentarische Informationsrechte und Gewaltenteilung in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZParl 2017, 491 (493); *Kersten*, Parlamentarismus und Populismus, JuS 2018, 929.

¹²⁶ Die derzeitige Regierungskoalition aus CDU/CSU und SPD kommt auf etwa 56 % der Sitze im Bundestag.

¹²⁷ *Kersten* (Fn. 125), JuS 2018, 929 (932 f.).

¹²⁸ Maunz/Dürig/*Kersten* (Fn. 71), Art. 76 Rn. 3.

¹²⁹ *Meinel* (Fn. 14), S. 36 f.

¹³⁰ Siehe oben Fn. 105.

¹³¹ Vgl. *Morlok/Schliesky/Wiefelspütz*, Zukünftige Weiterentwicklung des Parlamentarismus, in: *Morlok/Schliesky/Wiefelspütz* (Hrsg.), Parlamentsrecht – Praxishandbuch (2015), S. 1625, 1648.

ÖffR Aufsatz

Julian Jansen*

Die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden – Ist die Schrankentrias des § 136 I 2 NKomVG tatsächlich Schranke?

Der Beitrag beleuchtet die Voraussetzungen, die insbesondere das Kommunalrecht an die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden stellt. Dabei wird vor allem die (durchaus prüfungsrelevante) Schrankentrias des § 136 I 2 NKomVG in den Blick genommen. Der Befund der jetzigen Rechtslage führt – auch rechtsvergleichend – zu Vorschlägen, wie die Schrankentrias de lege ferenda ihrer Bedeutung und ihrem Zweck nachkommen kann.

A. Einführung

Angesichts eines jährlichen Umsatzes von 17,2 Mrd. EUR ist die Rolle von kommunalen Unternehmen für die niedersächsische Wirtschaft beträchtlich. Bundesweit beträgt der Umsatz in allen Flächenbundesländern gar 293,4 Mrd. EUR.¹ Dies geht mit dem seit einigen Jahren beobachteten Trend zur Rekommunalisierung einher.² Wirtschaftliche Betätigung ist damit prägend für Kommunen und nimmt volkswirtschaftlich eine große Rolle ein. Es stellt sich daher die Frage nach dem Rechtsrahmen der Kommunalwirtschaft. In Niedersachsen gilt für kommunale Unternehmen vor allem das NKomVG³ mit den drei grundlegenden Voraussetzungen der sog. Schrankentrias in § 136 I 2 NKomVG.⁴ Diese besteht aus dem öffentlichen Zweck, der Relations- und der Subsidiaritätsklausel. Im Folgenden ist nach einleitenden, grundlegenden Ausführungen zur Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung zu untersuchen, ob die Schrankentrias wirksame Grenzen setzt, durch welche Regelungen ihre Wirkung unterstützt werden kann, und ob

sie letztlich ihrer großen Bedeutung in der politischen Auseinandersetzung⁵ gerecht wird.

B. Gewährleistung der Kommunalwirtschaft im höher-rangigen Recht

Für die wirtschaftliche Betätigung des Staates und somit auch der Kommune ist auf europäischer Ebene zunächst festzustellen, dass gemäß Art. 345 AEUV die mitgliedstaatliche Eigentumsordnung nicht berührt wird und daher aus dem Primärrecht keine Vorgaben hinsichtlich der Aufnahme von öffentlichem Wirtschaftshandeln folgen.⁶ Ebenso geht das Grundgesetz aufgrund seiner »wirtschaftspolitischen Neutralität«⁷ von einer grundsätzlichen Zulässigkeit aus.⁸ Es bildet jedoch den einzuhaltenden Rahmen für gesetzgeberische Maßnahmen.⁹

Für die Kommunalwirtschaft ist im Besonderen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie in den Blick zu nehmen. Nach Art. 28 II 1 GG haben die Gemeinden das Recht, ihre örtlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich zu regeln. Hierbei handelt es sich um die aus der örtlichen Gemeinschaft stammenden Belange der Gemeindeglieder.¹⁰ Damit ist einerseits eine Allzuständigkeit ohne gesonderten Kompetenztitel für die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft verbunden,¹¹ andererseits auch das Recht, den Modus der Aufgabenwahrnehmung frei zu wählen.¹²

* Julian Jansen studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht von Prof. Dr. Frank Schorkopf. Der Beitrag geht aus einer Studienarbeit im Seminar »Die öffentliche Hand als Marktteilnehmer« bei Prof. Dr. Thomas Mann hervor.

¹ Dabei handelt es sich um Zahlen aus 2014, s. Bardt, IW-Kurzbericht 2/2018, Kommunale Unternehmen auf Expansionskurs, https://www.iwkoeln.de/fileadmin/user_upload/Studien/Kurzberichte/PDF/2018/IW-Kurzbericht_2018_2_Kommunale_Unternehmen.pdf, zuletzt abgerufen am 10. 5. 2020.

² Hierzu Bauer, Zukunftsthema »Rekommunalisierung«, DÖV 2012, 329 (329 ff.); Guckelberger, Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland, VerwArch 2013, 161 (170 ff.).

³ Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz vom 17.12.2010, Nds. GVBl. 2010, 576.

⁴ Die Prüfungsrelevanz der Norm ergibt sich aus § 16 III Nr. 10 NJAVO bzw. für Studierende, die die Zulassung zur Pflichtfachprüfung vor dem 1.10.2021 beantragen, gem. § 41 III 1 NJAVO aus § 16 III Nr. 4 d) NJAVO a.F.

⁵ Dies zeigen die zahlreichen Änderungen der Norm je nach ordnungspolitischer Ausrichtung der amtierenden Landesregierung, s. unten C. II. 4.

⁶ So auch die Kommission, KOM 2000, 580 endg.: »Neutralität«, »Gestaltungsfreiheit«; Burgi, Kommunalrecht, 6. Auflage (2019), § 17 Rn. 23. Das Unionsrecht prägt aber die Modalitäten der wirtschaftlichen Betätigung, Ehlers, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Auflage (2015), B Rn. 8.

⁷ St. Rspr., erstmals BVerfGE 4, 7 (17 ff.); BVerfGE 50, 290 (338).

⁸ So auch Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage (2015), Rn. 681; Ronellenfitch, Verfassungsrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Vorgaben, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage (2012), § 3 Rn. 6; Gaß, Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Auflage (2015), C Rn. 11 f.; Schmahl, Umfang und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden in Brandenburg, LKV 2000, 47 (48).

⁹ BVerfGE 4, 7 (17 f.); BVerfGE 21, 73 (78); BVerfGE 50, 290 (338).

¹⁰ BVerfGE 8, 122 (34); BVerfGE 79, 127 (151 f.).

¹¹ BVerfGE 79, 127 (146).

¹² BVerfGE 79, 127 (143).

Letzteres ist Grundlage der kommunalen Organisationshoheit.¹³

Basierend auf dem Aufgabenfindungsrecht der Allzuständigkeit sind Gemeindegewirtschaft und Daseinsvorsorge¹⁴ typische Aufgabenbereiche, die der Gemeinde aufgrund Art. 28 II 1 GG im eigenen Wirkungskreis obliegen.¹⁵ Diese Zuständigkeit verlangt keine bestimmte Form der Erfüllung. Damit legitimiert Art. 28 II GG in seiner Ausprägung als Organisationshoheit auch die Art der Aufgabenerfüllung mittels wirtschaftlicher Betätigung, sodass diese infolgedessen zum geschützten Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie gehört.¹⁶

C. Kommunalrechtliche Grenzen der Aufnahme wirtschaftlicher Betätigung

Im Rahmen der Schranken der wirtschaftlichen Betätigung kommt dem Kommunalrecht eine zentrale Rolle zu.¹⁷

I. Begriffliche Bestimmung der wirtschaftlichen Betätigung

Da der Regelfall die wirtschaftliche Betätigung eines Privaten ist, definiert sich die in § 136 I 1 NKomVG genannte wirtschaftliche Betätigung von Kommunen über einen Vergleich, ob ein Privater am Markt auf ähnliche Art und Weise mit Gewinnerzielungsabsicht tätig werden könnte.¹⁸ Gemeint ist somit allein die gleiche Vorgehensweise; ein tatsächlicher Wettbewerb muss nicht bestehen.¹⁹ § 136 I 2 NKomVG nennt zudem Unternehmen als An-

knüpfungspunkt. Diese sind für eine gewisse Dauer angelegt und von organisatorisch verfestigter und wirtschaftlicher Selbständigkeit.²⁰

Die Bestimmung der Unternehmen kann auch negativ erfolgen, indem § 136 III NKomVG zur Abgrenzung hinzugezogen wird: Keine derartigen Unternehmen sollen laut Gesetzgeber nämlich solche Einrichtungen sein, die den § 136 III Nr. 1 – 3 NKomVG unterfallen. Hierbei handelt es sich einerseits um gesetzlich zu erbringende Pflichtaufgaben (Nr. 1), um soziale bzw. kulturelle Institutionen (Nr. 2) oder um Hilfsbetriebe, die hauptsächlich für die Gemeinde selbst tätig werden (Nr. 3). Da aber keine gesetzliche Differenzierung nach wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Art besteht,²¹ und auch die Differenzen bei der Ausübung gering sind,²² handelt es sich bei der Unterscheidung zwischen Unternehmen und Einrichtungen de facto nur um die gesetzgeberische Bildung eines Ausnahmekatalogs mittels einer Fiktion.²³ Die Folgen sind jedoch bedeutend: Da einschränkende Voraussetzungen für die Aufnahme der Tätigkeiten des § 136 III NKomVG bei Pflicht-, aber auch bei notwendigen anderen Aufgaben dem Zweck hinderlich wären,²⁴ gelten diese nicht. Die nach § 136 IV NKomVG gewählte Rechtsform ist dabei kein Kriterium, ob ein Unternehmen oder eine Einrichtung vorliegt, da ansonsten die Gemeinde die Schranken umgehen könnte.²⁵

II. Schrankentrias des § 136 I 2 NKomVG

1. Anwendbarkeit

Nachdem § 136 I 1 NKomVG die wirtschaftliche Betätigung grundsätzlich für zulässig erklärt, knüpft Satz 2 hinsichtlich der Anwendbarkeit an das Errichten, Übernehmen oder wesentliche Erweitern von Unternehmen an. Aus diesen Merkmalen lässt sich schließen, dass die Voraussetzungen

¹³ BVerfGE 91, 228 (236).

¹⁴ Hierunter ist weit gefasst die öffentliche Leistungsverwaltung zu verstehen, vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/Schwarz, GG, Bd. 2, 7. Auflage (2018), Art. 28 Rn. 208 f. m. w. N.; zur Kritik an dem Begriff Maunz/Dürig/Mehde, GG, Bd. 3, 89. EL (2019), Art. 28 II Rn. 92, sowie mit Bezug zur Kommunalwirtschaft Schink, Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, NVwZ 2002, 129 (132).

¹⁵ BVerfGE 38, 258 (270 f.); Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage (2016), § 7 Rn. 40; Ruthig/Storr (Fn. 8), Rn. 689; Schulz/Tischer, Die Grenzen kommunalen Wirtschaftens: aktuelle Entwicklungen, alte Fragen, GewArch 2014, 1 (2); BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey, 1. 4. 2020, § 136 Rn. 1; v. Mangoldt/Klein/Starck/Schwarz (Fn. 14), Art. 28 Rn. 207.

¹⁶ Vgl. Schink (Fn. 14), NVwZ 2002, 129 (133); Franzius, Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, Jura 2009, 677 (678); Schulz/Tischer (Fn. 15), GewArch 2014, 1 (2); Nierhaus, Selbstverwaltungsgarantie und wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 3. Auflage (2011), § 40 Rn. 28; Burgi (Fn. 6), § 17 Rn. 9; Scharpf, Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden zwischen Grundrechtsrelevanz und kommunalem Selbstverwaltungsrecht, GewArch 2005, 1 (2).

¹⁷ Vgl. nur Breuer, Zersplitterung und Bedeutungsverlust des Gemeindegewirtschaftsrechts, WiVerw 2015, 150 (151); Röhl, Kommunalrecht, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht (2018), Kap. 2 Rn. 184.

¹⁸ Dies ist das sog. »Popitz-Kriterium«, benannt nach Popitz, Der künftige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden (1932), S. 49; so auch BVerfGE 39, 329 (333); Thiele, NKomVG, 2. Auflage (2017), § 136 Rn. 1; Engels/Krausnick, Kommunalrecht (2015), § 8 Rn. 3.

¹⁹ Ronellenfitsch, Kommunalrechtlicher Begriff der privatwirtschaftlichen Betätigung der Kommunen, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage (2012), § 4 Rn. 1; Lange, Kommunalrecht, 2. Auflage (2019), Kap. 14 Rn. 16.

²⁰ KVR Nds/Wefelmeier, Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, 49. EL (2019), § 136 Rn. 13; Lange (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 17, 19; VGH Mannheim NVwZ-RR 2006, 714 (715); Oebbecke, Kommunalrechtliche Voraussetzungen der wirtschaftlichen Betätigung, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 3. Auflage (2011), § 41 Rn. 8; Cronauge, Kommunale Unternehmen, 6. Auflage (2016), Rn. 408, bietet eine Aufzählung von Beispielen unter den Punkten Versorgungsbetriebe, Verkehrsbetriebe, Betriebe der Urproduktion sowie sonstige Betriebe.

²¹ Hierzu aufschlussreich jedoch die Gesetzesbegründung, Nds. LT-Drs. 13/1450, S. 117: »(wirtschaftliche) Unternehmen [...] und (bisher nichtwirtschaftlichen) Einrichtungen«.

²² Vgl. Erbguth/Mann/Schubert/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Auflage (2020), Rn. 298; Blum/Häusler/Meyer/Freese, NKomVG, 4. Auflage (2017), § 136 Rn. 4.

²³ Ebenso BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey (Fn. 15), § 136 Rn. 67; vgl. auch KVR Nds/Wefelmeier (Fn. 20), § 136 Rn. 12; Suerbaum, Kommunale und sonstige öffentliche Unternehmen, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, 4. Auflage (2019), § 16 Rn. 55.

²⁴ Vgl. Meyer, Nichtwirtschaftliche Betätigung der Kommunen: Spiel ohne Grenzen?, LKV 2000, 321 (323); Ruthig/Storr (Fn. 8), Rn. 705.

²⁵ Blum/Häusler/Meyer/Freese (Fn. 22), § 136 Rn. 5; zu den Vorgaben des § 136 IV NKomVG ausführlich Thiele (Fn. 18), § 136 Rn. 15 ff.

zu einem bestimmten Zeitpunkt vorliegen müssen.²⁶ Ein Bestandsschutz ist somit gegeben, wenn im Nachhinein schärfere Anforderungen normiert würden oder sich tatsächliche Umstände änderten.²⁷ Damit entfällt in Gänze eine Prüfung im weiteren Verlauf und das Unternehmen kann sich unabhängig von den rechtlichen Voraussetzungen entwickeln.²⁸

Die Variante des Errichtens meint die Unternehmensgründung.²⁹ Eine Übernahme ist gegeben, wenn die Kommune ein Unternehmen, das sich zuvor in fremder Trägerschaft befand, in ihre alleinige Verantwortung überführt.³⁰ Schließlich wird auch an eine wesentliche Erweiterung angeknüpft. Ein Unternehmen wird erweitert, wenn der Gegenstand, der Umfang oder die angebotenen Leistungen ausgedehnt werden.³¹ Wann eine Erweiterung wesentlich ist, führt aufgrund der Natur als unbestimmter Rechtsbegriff zu Abgrenzungsproblemen.³² Wesentlich soll die Erweiterung sein, wenn eine erhebliche Steigerung des Umfangs oder des Leistungsvermögens erreicht wird.³³ Auch der Begriff der »erheblichen Steigerung« trägt allerdings nicht zu größerer Rechtssicherheit bei.³⁴ Aus der Stellung bei den anderen beiden Varianten ist daher zu schließen, dass die wesentliche Erweiterung einem neuen Unternehmen entsprechen muss.³⁵ Folglich ist bei einem neuen Unternehmensgegenstand oder bei Änderungen mit Auswirkungen, die einem neuen Unternehmen gleichkämen, von einer wesentlichen Erweiterung auszugehen.³⁶ Hierfür sprechen auch Sinn und Zweck der Norm. Denn nur so kann diese Modifikation und damit das wirtschaftliche Vorgehen erneut überprüft werden.³⁷ Es erschließt sich aber anhand der vagen Begriffsbestimmung, dass abseits dieser Anhalts-

punkte der Einzelfall entscheidend bleibt. Die Gemeindevertretung entscheidet als Adressat der Norm dabei gem. § 58 I Nr. 11 NKomVG selbst über das Vorliegen der Voraussetzungen.³⁸

2. Öffentlicher Zweck, § 136 I 2 Nr. 1 NKomVG

§ 136 I 2 Nr. 1 NKomVG fordert sodann einen öffentlichen Zweck, der das Unternehmen rechtfertigt. Verfassungsrechtlich ist stets ein Gemeinwohlbezug zur Legitimation zu fordern. Staatliches Handeln ist nur dann zulässig, wenn es durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt werden kann.³⁹ Die Erfüllung von Belangen des Gemeinwohls ist hierfür, auch im Hinblick auf die grundrechtlich geschützte Position privater Marktteilnehmer,⁴⁰ gerade die Legitimationsgrundlage.⁴¹ Die Grundrechte (insb. Art. 12, 14 GG) schützen jedoch nicht vor Konkurrenz und Minderung der Erwerbchancen durch Wettbewerber. Dies gilt, mit Ausnahme von verdrängenden Monopolstellungen, ebenso für eine Tätigkeit der öffentlichen Hand.⁴²

Die Unternehmen müssen im Lichte dessen zur Erfüllung der kommunalen Aufgaben⁴³ darauf ausgerichtet sein, im Einklang mit § 1 I NKomVG das Wohl der Einwohner zu fördern.⁴⁴ Dabei ist dieser Bezug zum Interesse der Einwohner insofern weit auszulegen, dass nicht nur Aufgaben der Daseinsvorsorge hierunter gefasst werden. Vielmehr können mannigfaltige, im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben zur Befriedigung der Bedürfnisse der Einwohner das Unternehmen rechtfertigen.⁴⁵ Die Kommune hat sich dabei an den konkreten Verhältnissen vor Ort zu orientieren.⁴⁶ So sind auch soziale und ökologische Zwecke einzubeziehen.⁴⁷ Durch dieses weite Verständnis hat die

26 So auch die Intention des Gesetzgebers, Nds. LT-Drs. 16/3147, S. 22; ebenso KVR Nds/Wefelmeier (Fn. 20), § 136 Rn. 15; Gaß (Fn. 8), C Rn. 90.

27 Nds. LT-Drs. 15/1380, S. 38; Jesser/Schirmer, Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen – nach dem Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetz –, DVP 2013, 101 (103); KVR Nds/Wefelmeier (Fn. 19), § 136 Rn. 15; nachdem die jüngste Gesetzesänderung aber »kommunalwirtschaftsfreundlich« war, stellt sich eine solche Frage momentan nicht.

28 Zur Bewertung dieser Regelung s. unten D. II.

29 BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey (Fn. 15), § 136 Rn. 30; Blum/Häusler/Meyer/Freese (Fn. 22), § 136 Rn. 13; ebenso Scharpf, »Errichtung«, »Übernahme« und »wesentliche Erweiterung« i.S. des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GO, BayVBl. 2005, 549 (549).

30 Gaß (Fn. 8), C Rn. 94; Blum/Häusler/Meyer/Freese (Fn. 22), § 136 Rn. 13; BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey (Fn. 15), § 136 Rn. 30.

31 KVR Nds/Wefelmeier (Fn. 20), § 136 Rn. 18; Gaß (Fn. 8), C Rn. 95; BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey (Fn. 15), § 136 Rn. 30; Erweiterung personeller, materieller oder inhaltlicher Art.

32 Vgl. Scharpf (Fn. 29), BayVBl. 2005, 549 (550 f.); Jesser/Schirmer (Fn. 27), DVP 2013, 101 (103); Gaß (Fn. 8), C Rn. 95.

33 RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (802) m. w. N.; zustimmend VGH Kassel NVwZ-RR 2009, 852 (854).

34 Ebenso KVR Nds/Wefelmeier (Fn. 20), § 136 Rn. 18.

35 Scharpf (Fn. 29), BayVBl. 2005, 549 (552); KVR Nds/Wefelmeier (Fn. 20), § 136 Rn. 18.

36 BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey (Fn. 15), § 136 Rn. 30; Jesser/Schirmer (Fn. 27), DVP 2013, 101 (103); Blum/Häusler/Meyer/Freese (Fn. 22), § 136 Rn. 14.

37 Ebenso KVR Nds/Wefelmeier (Fn. 20), § 136 Rn. 16, allerdings unter der Variante der Errichtung.

38 Es bedarf auch keiner Genehmigung durch die Kommunalaufsicht, was aus § 152 II NKomVG folgt.

39 Ehlers, Die Zulässigkeit einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Jura 1999, 212 (214); Sodan, Vorrang der Privatheit als Prinzip der Wirtschaftsverfassung, DÖV 2000, 361 (369); Suerbaum (Fn. 23), § 16 Rn. 30; Ronellenfisch (Fn. 8), § 3 Rn. 8.

40 BVerfGE 50, 290 (338); vgl. Ipsen, Rechtsschutz gegen kommunale Wirtschaftstätigkeit, ZHR 170 (2006), 422 (426); grundsätzlich besteht nur ein »Wettbewerb der Grundrechtsträger«, so Brüning, in: Schulte/Kloos (Hrsg.), Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht (2016), § 5 Rn. 27.

41 Vgl. Hösch, Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, WiVerw 2000, 159 (160); Burgi (Fn. 5), § 17 Rn. 24; Löwer, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), 416 (423 f.); Lange, Öffentlicher Zweck, öffentliches Interesse und Daseinsvorsorge als Schlüsselbegriffe des kommunalen Wirtschaftsrechts, NVwZ 2014, 616 (616).

42 BVerfGE 55, 261 (273); BVerwGE 39, 329 (337 f.); hierzu krit. Sachs/Mann, GG, 8. Auflage (2018), Art. 12 Rn. 95 m. w. N., der auf einen faktischen, freilich rechtfertigungsfähigen Eingriff hinweist.

43 S. §§ 2 II, 3 II 1 NKomVG.

44 Thiele (Fn. 18), § 136 Rn. 4.

45 BVerwGE 39, 329 (333); vgl. auch BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey (Fn. 15), § 136 Rn. 34 f.; Gaß (Fn. 8), C Rn. 104.

46 Gaß (Fn. 8), C Rn. 121; Blum/Häusler/Meyer/Freese (Fn. 22), § 136 Rn. 15; OLG Celle NZBau 2001, 648 (648).

47 Burgi (Fn. 6), § 17 Rn. 43; vgl. ferner BVerwGE 39, 329 (336); Jesser/Schirmer (Fn. 27), DVP 2013, 101 (103); Ipsen/Erdmann, NKomVG (2011), § 136 Rn. 10.

Kommune die Möglichkeit, auf sich verändernde Umstände zu reagieren.⁴⁸

Die Grenze liegt dort, wo ein öffentlicher Zweck nicht mehr unmittelbar, sondern nur noch mittelbar verfolgt wird.⁴⁹ Dies ist bei Unternehmen der Fall, deren ausschließliches Ziel die Gewinnerzielung ist.⁵⁰ Hiergegen wird eingewandt, dass eine verbesserte Einnahmesituation dazu führen kann, dass andere zu erledigende Aufgaben dadurch besser wahrgenommen werden können.⁵¹ Zwar dienen steigende Einnahmen unstreitig dem Gemeindehaushalt, jedoch haben sich Kommunen primär aus Abgaben zu finanzieren, was aus dem Leitgedanken des Steuerstaates folgt.⁵² Außerdem wäre eine angestrebte Gewinnerzielung nur mittelbare Folge der Betätigung und widerspricht somit der Funktion des § 136 I 2 Nr. 1 NKomVG, Unternehmen primär einem öffentlichen Zweck zu unterwerfen.⁵³ Gewinnerzielung kann zudem nie sicher vorhergesagt werden, sodass bei Ausbleiben von Gewinnen der öffentliche Zweck, wenn man ihn im Gewinnstreben sähe, entfielen.⁵⁴ Dennoch ist eine Gewinnmitnahme neben der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks gestattet und wird sogar von § 149 I NKomVG und der Maßgabe, dass die Unternehmen, solange nicht der öffentliche Zweck gefährdet wird, Erträge erwirtschaften sollen, ausdrücklich zugelassen. Dies folgt aus den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (vgl. § 110 II NKomVG). Dennoch ist die Ertragserzielung dem öffentlichen Zweck unterzuordnen und daher auch als Soll-Vorschrift konzipiert.⁵⁵ Verluste sind deshalb ebenfalls hinzunehmen.⁵⁶

Wenn Unternehmen Tätigkeiten am Rande des eigentlichen Unternehmensgegenstands anbieten, die nicht selbst von einem öffentlichen Zweck gedeckt sind, sind sie daher auch nur dann zulässig, wenn sie als Annex zur vom öffentlichen Zweck getragenen Haupttätigkeit gelten. Es sind dabei Intensität und Zusammenhang mit der Haupttätigkeit zu

prüfen sowie die Frage, ob die Kapazitäten hierzu ohnehin gegeben, aber zeitweise ungenutzt sind.⁵⁷ So handelt es sich dann um eine im Einklang mit § 110 II NKomVG stehende, wirtschaftlich sinnvolle und marktgerechte Ergänzung, die für sich betrachtet keinen öffentlichen Zweck verlangt.⁵⁸

Schließlich muss der öffentliche Zweck das Unternehmen »rechtfertigen«, was eine Abwägung verlangt, in der die örtlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen sind.⁵⁹ Diese Voraussetzung sollte regelmäßig bereits mit Vorliegen des öffentlichen Zwecks gegeben sein,⁶⁰ zumal Parallelnormen voraussetzen, dass der öffentliche Zweck das Unternehmen »erfordert«, also vernünftigerweise gebietet,⁶¹ und das »Rechtfertigen« im Vergleich hierzu weniger streng ist.⁶²

Aufgrund stetig veränderter Bedürfnisse und keiner starren Interpretationsmöglichkeit ist der öffentliche Zweck schließlich als unbestimmter Rechtsbegriff einzuordnen.⁶³ Diesen zeichnet gerade der Vorteil aus, auf verschiedene Situationen anwendbar zu sein. Die Gemeinde handelt bei der Prüfung des öffentlichen Zwecks daher unter Zweckmäßigkeitgesichtspunkten. Der Sachverhalt ist regelmäßig komplex und erfordert vielfältige Risiko- und Prognoseentscheidungen. Dies führt dazu, dass die Gerichte die umfangreichen und von außerrechtlichen, örtlichen Gegebenheiten geprägten Wertungen der Gemeinde nicht ersetzen können.⁶⁴ Sie stoßen hierbei praktisch und funktional an Grenzen. Daher hat die sach- und problemnähere Kommune – als Ausnahme⁶⁵ von der vollen Überprüfung – bei der Errichtung von Unternehmen einen Beurteilungsspielraum inne.⁶⁶ Die gerichtliche Prüfung ist daher auf Beurteilungsfehler beschränkt.⁶⁷

Für die Kommunalaufsicht gelten die gleichen Grundsätze: Sie überprüft die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben, wie

48 So ist es daher richtig, aufgrund des gesteigerten Bedürfnisses nach Internet in Gebieten mit schlechter mobiler Internetverbindung kostenlose, kommunale WLAN-Zonen als vom öffentlichen Zweck gedeckt anzusehen, s. hierzu *Haack*, Kommunales W-LAN als Daseinsvorsorge, *VerwArch* 2008, 197 (204 f., 217).

49 *Ipsen*, Möglichkeiten, Grenzen und Kontrolle wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen, *NdsVBl* 2015, 121 (122); *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 28.

50 Vgl. nur *BVerfGE* 61, 82 (107); *BVerfGE* 39, 329 (334); *Geis*, Kommunalrecht, 5. Auflage (2020), § 12 Rn. 77; *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 28 m. w. N.

51 So *Thiele* (Fn. 18), § 136 Rn. 4 unter Berufung auf § 149 I NKomVG; *Cremer*, Gewinnstreben als öffentliche Unternehmen legitimierender Zweck: Die Antwort des Grundgesetzes, *DÖV* 2003, 921 (922); *Wolff*, Verfassungs- und europarechtliche Fragen der wirtschaftlichen Betätigung deutscher Kommunen im Ausland, *DÖV* 2011, 721 (725).

52 *BVerfGE* 78, 249 (267); 93, 319 (342): »Prinzip des Steuerstaats«; vgl. *Löwer* (Fn. 41), *VVDStRL* 60 (2001), 416 (423).

53 *Schink* (Fn. 14), *NVwZ* 2002, 129 (134); *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 29; *Hösch* (Fn. 41), *DÖV* 2000, 393 (404).

54 *Ipsen* (Fn. 49), *NdsVBl* 2015, 121 (122).

55 *Thiele* (Fn. 18), § 149 Rn. 2; *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 149 Rn. 6.

56 *Gaß* (Fn. 8), C Rn. 66 f.; *Lange* (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 158; *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 149 Rn. 2, spricht daher auch von einem »Programmsatz«.

57 *BVerfGE* 82, 29 (34); *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 31; *Schink* (Fn. 14), *NVwZ* 2002, 129 (134 f.).

58 Vgl. *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 44; *Ipsen* (Fn. 40), *ZHR* 170 (2006), 422 (446).

59 *Pünder/Dittmar*, Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden, *Jura* 2005, 670 (673); *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 32.

60 Vgl. *Pünder/Dittmar* (Fn. 59), *Jura* 2005, 670 (673).

61 *OVG Münster NVwZ* 2003, 1520 (1523) zu § 107 I 1 Nr. 1 GO NRW.

62 Ebenso *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 32; *Gaß* (Fn. 8), C Rn. 101; *Lange* (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 89.

63 *Ipsen*, Niedersächsisches Kommunalrecht, 4. Auflage (2011), Rn. 649; *Brüning*, Risse im Rechtsrahmen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung, *NVwZ* 2015, 689 (691); *Gaß* (Fn. 8), C Rn. 121; *Jesser/Schirmer* (Fn. 27), *DVP* 2013, 101 (103); allgemein hierzu *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage (2017), § 7 Rn. 29.

64 *Kment/Vorwalter*, Beurteilungsspielraum und Ermessen, *JuS* 2015, 193 (197).

65 So zu Recht *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 17. Auflage (2019), Rn. 359 f. unter Hinweis auf Art. 19 IV GG; s. zum Problem auch *BVerfGE* 149, 407 (412 ff.).

66 *BVerfGE* 39, 329 (334); ferner *Freese*, Die geringe Steuerungswirkung von echten Subsidiaritätsklauseln im Gemeindefinanzrecht, *NdsVBl* 2009, 192 (193).

67 *BVerfGE* 39, 329 (334); *Oebbecke* (Fn. 20), § 41 Rn. 27; *Ipsen* (Fn. 49), *NdsVBl* 2015, 121 (124); allgemein *Kment/Vorwalter* (Fn. 64), *JuS* 2015, 193 (200 f.); *Detterbeck* (Fn. 65), Rn. 377 f.

es auch Art. 28 II 1 GG (»im Rahmen der Gesetze«) vorsieht. Bei der Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge handelt es sich um Angelegenheiten im eigenen Wirkungskreis, sodass sie gem. § 5 II NKomVG nur der Rechtsaufsicht, also der Überprüfung der Rechtmäßigkeit (§ 170 I 2 NKomVG), unterliegen.⁶⁸ Die Kommunalaufsicht wacht dabei schon begriffsnotwendig nur über die Kommunen, nicht aber über die Unternehmen. Der Beurteilungsspielraum bei unbestimmten Rechtsbegriffen besteht auch hier, damit keine Kontrolle der Zweckmäßigkeit entsteht – es handelt sich gerade nicht um eine Fachaufsicht.⁶⁹ Auch die Praxis ist äußerst zurückhaltend.⁷⁰ Verstärkt wird dieses Ergebnis durch das in den §§ 172 ff. NKomVG eingeräumte Ermessen, überhaupt tätig zu werden.⁷¹ Im Ergebnis stellt das Erfordernis des öffentlichen Zwecks somit nur eine geringe Hürde für kommunale wirtschaftliche Betätigung dar.⁷²

3. Angemessenes Verhältnis, § 136 I 2 Nr. 2 NKomVG

Eine angemessene Relation zwischen der Art und dem Umfang des Unternehmens und der Leistungsfähigkeit der Kommune bzw. dem voraussichtlichen Bedarf fordert § 136 I 2 Nr. 2 NKomVG. Hierbei hat die Zahl der Einwohner, aber auch die finanzielle Lage der Kommune in Zusammenspiel mit dem Umfang des Unternehmens Berücksichtigung zu finden.⁷³ Der voraussichtliche Bedarf am Markt⁷⁴ verlangt zudem eine Prognose für die Zukunft. Somit soll diese Vorgabe die Kommune vor finanzieller und personeller Überforderung durch Eindämmung der Risiken einer unverhältnismäßigen Größe schützen.⁷⁵ Eine Kommune, deren Haushaltslage schlecht ist, darf sich deshalb nicht risikoreich wirtschaftlich betätigen.⁷⁶ Für den unbestimmten Rechtsbegriff des »angemessenen Bedarfs« besteht ebenfalls ein Beurteilungsspielraum.⁷⁷

4. Subsidiarität der kommunalen Betätigung, § 136 I 2 Nr. 3 NKomVG

Als dritte Vorgabe fungiert die Subsidiaritätsklausel des § 136 I 2 Nr. 3 NKomVG. Im Anschluss an die Vorgänger-

norm des § 67 I Nr. 3 DGO⁷⁸ bestand bis 2005 eine sog. unechte Subsidiaritätsklausel, sodass bei Leistungsparität die kommunale Wirtschaftsbetätigung zulässig gewesen ist.⁷⁹ Diese wurde 2005⁸⁰ in eine echte Subsidiaritätsklausel mit einem 2011⁸¹ eingeführten, hierauf gerichteten subjektiv-öffentlichen Recht umgewandelt, das folglich prozessrechtlich zur Klagebefugnis verhalf. 2016 wurde dies allerdings mit der erneuten Einführung einer unechten Subsidiaritätsklausel wieder zurückgenommen.⁸² Es zeigt sich ein stetiger Wechsel im Hinblick auf die Anforderungen, die an die Subsidiarität gestellt werden. Zweck der Klausel ist, die ordnungspolitische Ausgeglichenheit zwischen privaten und öffentlichen Konkurrenten sicherzustellen.⁸³ Einerseits besteht das Ziel der Sparsamkeit, sodass die Gemeinde nicht tätig werden muss, wenn Private die Leistung übernehmen. Andererseits wird auch die private Konkurrenz vor übergreifender kommunaler Wirtschaftstätigkeit, zumal diese wettbewerblich nicht unter Druck steht und weitere Vorteile wie Nähe zu öffentlichen Ressourcen und Politik sowie fehlende Insolvenzfähigkeit genießt, geschützt.⁸⁴

Dabei ist die Kommunalwirtschaft bei der jetzt vorhandenen unechten Subsidiaritätsklausel bessergestellt, da sie auch bei gleicher Güte und Wirtschaftlichkeit tätig werden darf. Diese kumulativen Aspekte stellen die auf die Erfüllung des öffentlichen Zwecks bezogenen Kriterien eines Vergleichs in Form einer Zweck-Mittel-Relation⁸⁵ dar. Hinsichtlich der Güte sind nicht nur die Qualität der Leistung selbst, sondern auch die Umstände zu bewerten, wie zuverlässig, dauerhaft und unter welchen sozialen⁸⁶ und ökologischen Maßstäben die Leistung erbracht wird.⁸⁷ Da aufgrund von § 136 I 2 Nr. 1 NKomVG stets ein öffentlicher Zweck und damit ein öffentliches Leistungsinteresse gegeben sein muss, ist auch der Stellenwert der Leistungserbringung für die Einwohner zu betrachten. Ist dieser hoch einzustufen, verlangt dies umso mehr Nachhaltigkeit und Kontinuität.⁸⁸ In der Konsequenz wird dies häufig für die kommunale wirtschaftliche Betätigung sprechen, ist sie doch gerade nicht an Gewinnerzielung gebunden (vgl. § 149 I NKomVG).⁸⁹ Beabsichtigt ein Unternehmen, mehrere untereinander sachlich und wirtschaftlich zusammenhängende öffentliche Zwecke

68 Vgl. Hartmann/Mann/Mehde/Hartmann, Landesrecht Niedersachsen, 2. Auflage (2018), § 6 Rn. 33; Burgi (Fn. 6), § 8 Rn. 32.

69 Vgl. Ruffert, Grundlagen und Maßstäbe einer wirkungsvollen Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung, VerwArch 2001, 27 (45 f.); Ipsen (Fn. 63), Rn. 839.

70 Breuer (Fn. 17), WiVerw 2015, 150 (161); Oebbecke (Fn. 20), § 41 Rn. 44; Schoch, in: FS Wahl, S. 573 (593): »praktisch keine Rolle«.

71 Dies folgt aus der jeweiligen Verwendung von »kann«. Hierzu auch Lange (Fn. 19), Kap. 17 Rn. 42.

72 So auch Burgi (Fn. 6), § 17 Rn. 42 f.

73 Schulz/Tischer (Fn. 15), GewArch 2014, 1 (3); Oebbecke (Fn. 20), § 41 Rn. 35 f.

74 Ebenso Ruthig/Storr (Fn. 8), Rn. 709.

75 Ipsen/Erdmann (Fn. 47), § 136 Rn. 15; Suerbaum (Fn. 23), § 16 Rn. 71; Brüning (Fn. 63), NVwZ 2015, 689 (692); Ipsen (Fn. 49), NdsVBl. 2015, 121 (122); Pünder/Dittmar (Fn. 59), Jura 2005, 760 (764).

76 So auch OVG Schleswig NordÖR 2013, 528 (534).

77 Vgl. Oebbecke (Fn. 20), § 41 Rn. 37; BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey (Fn. 15), § 136 Rn. 37.

78 Deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935, RGBL. I, S. 49.

79 Zum Begriff *Pogoda*, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Subsidiaritätsklausel, LKV 2012, 159 (159); Breuer (Fn. 17), WiVerw 2015, 150 (160 f.).

80 Vgl. Nds. LT-Drs. 15/1680, S. 51.

81 Vgl. Nds. LT-Drs. 16/3147, S. 22.

82 Vgl. Nds. LT-Drs. 17/5423, S. 50.

83 Breuer (Fn. 17), WiVerw 2015, 150 (160); Pogoda (Fn. 79), LKV 2012, 159 (159).

84 Ausführlich darstellend Lange (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 111; Röhl (Fn. 17), Kap. 2 Rn. 183.

85 Burgi (Fn. 6), § 17 Rn. 46; vgl. hierzu ausführlich Ruffert (Fn. 69), 27 (45 ff.).

86 Ausdrücklich Nds. LT-Drs. 15/1680, S. 51.

87 Vgl. RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803); Breuer (Fn. 17), WiVerw 2015, 150 (163).

88 RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803); so auch Ruthig/Storr (Fn. 8), Rn. 710.

89 Ebenso RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803).

zu verfolgen, ist es als Ganzes Gegenstand der Prüfung. Damit sollen unbillige Ergebnisse vermieden werden, dass Private die gewinnbringenden Tätigkeiten übernehmen, während die Kommune die anderen Bereiche unwirtschaftlich führen müsste.⁹⁰ Ausnahmen der Subsidiarität sind mit einer Fiktion des öffentlichen Zwecks in § 136 I 3, 4 NKomVG normiert.⁹¹

Anhand der Erwägungen wird deutlich, dass der Gemeinde auch hier ein Beurteilungsspielraum zugestanden werden muss.⁹² Für die Beurteilung der Subsidiarität ist jedoch kein Verfahren normiert. Dennoch ist zu verlangen, dass sie den Markt erkundet, um die Entscheidung belegen und vertretbar begründen zu können.⁹³ Dies ist dann Gegenstand der Überprüfung der Rechtmäßigkeit, wobei das Ergebnis aufgrund des Beurteilungsspielraums unvertretbar sein müsste, um unzulässig zu sein.⁹⁴ Der Prüfung sind jedoch praktische Durchführungsprobleme immanent. Die Wirtschaftlichkeit kann nur durch eine naturgemäß unsichere Prognose erfasst werden.⁹⁵ Darüber hinaus ist es der Kommune zum einen verwehrt, Einblick in die Geschäftszahlen privater Konkurrenten zu erlangen.⁹⁶ Zum anderen erwähnt der Wortlaut explizit auch potentielle Bewerber, die noch gar nicht am Markt tätig sind. Dieses Kriterium auf sämtliche hypothetische Dritte anzuwenden, würde die Zulässigkeit kommunaler Wirtschaft nahezu unmöglich machen.⁹⁷ Daher sind vor dem Hintergrund des Zwecks nur bereits vor Ort tätige oder zur Aufnahme der Leistung bereite Private in die Subsidiaritätsprüfung einzubeziehen.⁹⁸

III. Territorialprinzip

Daneben ist die Frage umstritten, inwiefern Kommunen sich außerhalb ihres Gemeindegebiets wirtschaftlich betätigen dürfen.

1. Verfassungsrechtliche Betrachtung

Zunächst soll dies auf verfassungsrechtlicher Ebene betrachtet werden. Gänzlich gegen eine Zulässigkeit extraterritorialer Betätigung soll Art. 28 II 1 GG sprechen, da

nur die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ihrem Wirkungskreis entsprechen.⁹⁹ Entgegen dieser strikten Auslegung besteht die Auffassung, Art. 28 II 1 GG normiere keine Betätigungsgrenze, sondern schütze allein das Recht auf Selbstverwaltung.¹⁰⁰ Diese Betrachtungsweise berücksichtigt allerdings nicht ausreichend die Vorgaben des Art. 28 II 1 GG. Denn bei der wirtschaftlichen Betätigung handelt die Kommune weiter als Verwaltung und ist somit gem. Art. 20 III GG an das Verfassungsrecht und dadurch auch an Art. 28 II 1 GG gebunden.¹⁰¹ Hierbei sind die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft solche Interessen und Erfordernisse, die aus der Gemeinschaft stammen oder sich auf diese beziehen.¹⁰² Aus dieser Auslegung wird ersichtlich, dass auch eine Beschränkung auf die kommunalen Aufgaben und die Bedürfnisse der Gemeindeeinwohner besteht, womit eine örtliche Grenze einhergeht.¹⁰³ Dennoch ist entgegen der zunächst vorgestellten Auffassung keine feste Grenze zu ziehen. Vielmehr ist funktional zu betrachten, ob die Leistung des Unternehmens den Einwohnern der Gemeinde zugutekommt.¹⁰⁴ Es ist gerade die Bindung an den öffentlichen Zweck und die Bedürfnisse der Einwohner, die hier zum Ausdruck kommt und kommen muss.¹⁰⁵ Räumlich ist folglich auf den Schwerpunkt der Wertschöpfung der wirtschaftlichen Betätigung abzustellen. Erfolgt diese im Gebiet der Kommune oder ist sie auf die eigenen Einwohner bezogen, dann ist die Betätigung auch außerhalb des Gemeindegebiets zulässig.¹⁰⁶ Die wirtschaftliche Betätigung ist also erst dann als überörtlich zu qualifizieren, wenn ihr dieser Zusammenhang fehlt.

Aus der Bindung an den öffentlichen Zweck folgt überdies, dass eine Gebietsüberschreitung nur zur Gewinnerzielung unzulässig ist.¹⁰⁷ Dem Gebot der Wirtschaftlichkeit folgend sind Aufgabenerfüllungen zur Kapazitätsauslastung und Ressourcennutzung jedoch in engen Grenzen zulässig, solange dem öffentlichen Zweck gedient wird.¹⁰⁸

⁹⁰ RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803); BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 42; Ipsen/*Erdmann* (Fn. 47), § 136 Rn. 18.

⁹¹ Hierzu ausführlich KVR Nds/*Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 49 ff.; krit. *Suerbaum* (Fn. 23), § 16 Rn. 73.

⁹² BVerwGE 39, 329 (334); RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803); Blum/Häusler/Meyer/*Freese* (Fn. 22), § 136 Rn. 20; *Ruthig/Storr* (Fn. 8), Rn. 710.

⁹³ RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (805); *Lange* (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 117 f.; *Ruffert* (Fn. 69), VerwArch 2001, 27 (46 f.); *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 46; *Röhl* (Fn. 17), Kap. 2 Rn. 189.

⁹⁴ *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 46; Hartmann/Mann/Mehde/*Hartmann* (Fn. 68), § 6 Rn. 140; ebenfalls führt ein Verstoß gegen das hier vorgeschlagene Verfahren mangels Normierung nicht zur Unzulässigkeit.

⁹⁵ Vgl. *Leder*, Kohärenz und Wirksamkeit des kommunalen Wirtschaftsrechts im wettbewerbsrechtlichen Umfeld, DÖV 2008, 173 (176).

⁹⁶ KVR Nds/*Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 41.

⁹⁷ Vgl. ebenso BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 41; KVR Nds/*Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 38.

⁹⁸ RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (805); BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 41.

⁹⁹ Auch das Landesrecht dürfe hierüber nicht hinausgehen, so *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage (2014), S. 194; *Hill*, In welchen Grenzen ist kommunalwirtschaftliche Betätigung Daseinsvorsorge?, BB 1997, 425 (429).

¹⁰⁰ *Wolff* (Fn. 51), DÖV 2011, 721 (723 f.); *Moraing*, Kommunales Wirtschaftsrecht vor dem Hintergrund der Liberalisierung der Märkte, WiVerw 1998, 233 (247, 263).

¹⁰¹ Vgl. nur BeckOK Nds. KommR/*Dietlein* (Fn. 15), Systematische Einführung, Rn. 181; *Schink* (Fn. 14), NVwZ 2002, 129 (135); *Aust*, Das Recht der globalen Stadt (2017), S. 214; *Nierhaus* (Fn. 16), § 40 Rn. 42.

¹⁰² BVerfGE 79, 127 (151 f.).

¹⁰³ Vgl. *Ziekow* (Fn. 15), § 7 Rn. 56; *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 48; *Kühling*, Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme grenzüberschreitender Wirtschaftsbetätigung der Gemeinden, NJW 2001, 177 (179); *Nierhaus* (Fn. 16), § 40 Rn. 42; a. A. *Wolff* (Fn. 51), DÖV 2011, 721 (724).

¹⁰⁴ BVerwGE 122, 350 (354 f.); ebenso *Scharpf*, Rechtsprobleme der Gebietsüberschreitung – Kommunale Unternehmen extra muros?, NVwZ 2005, 148 (149).

¹⁰⁵ Ähnlich *Aust* (Fn. 101), S. 217 f.

¹⁰⁶ *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 47; Blum/Häusler/Meyer/*Freese* (Fn. 22), § 136 Rn. 11; *Kühling* (Fn. 103), NJW 2001, 177 (178); *Storbeck*, Grenzüberschreitende kommunale Zusammenarbeit (2016), S. 278; krit. *Nierhaus* (Fn. 16), § 40 Rn. 45.

¹⁰⁷ BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 53.

¹⁰⁸ Vgl. OVG Münster NVwZ 2008, 1031 (1035); *Nierhaus* (Fn. 16), § 40

2. Die niedersächsische Regelung

Zunächst ist in § 136 I 1 NKomVG einfachgesetzlich das Territorialprinzip festgesetzt, da die Gemeinden nur »ihre Angelegenheiten« wahrnehmen dürfen.¹⁰⁹ Der niedersächsische Gesetzgeber erlaubt jedoch in § 136 I 5, 6 NKomVG eine überörtliche Betätigung und begründet dies mit der Steigerung der Leistungs- und Konkurrenzfähigkeit.¹¹⁰ Fraglich ist allerdings, inwiefern dies mit Art. 28 II 1 GG vereinbar ist. Im Grundsatz kann eine überörtliche Betätigung mittels spezieller Ermächtigungsgrundlage erlaubt werden.¹¹¹ Art. 28 II GG als solcher steht dem nicht entgegen.¹¹² Jedoch müssen die Regelungen im Einklang mit den dargelegten Grundsätzen des Art. 28 II GG stehen. Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass die Gemeinde einerseits nicht übermäßig stark über die eigenen Angelegenheiten hinaus agieren darf, da auch gleichzeitig die demokratische Legitimation (Art. 20 II, 28 I 1 GG) dem Grunde nach nur für das eigene Gemeindegebiet besteht.¹¹³ Die Bürger der Zielgemeinde, auf deren Gebiet das kommunale Unternehmen agiert, haben die Tätigkeiten nicht demokratisch legitimiert und können sich nicht durch Wahlen äußern. Dennoch besteht die Betätigung allein zur Erfüllung eines öffentlichen Zwecks und ist zusätzlich noch aufgrund der kommunalrechtlichen Grundlage durch den seinerseits legitimierten Gesetzgeber abgesichert. Zum anderen kann sich selbstverständlich nicht nur die wirtschaftlich tätige Gemeinde, sondern auch die Zielgemeinde auf ihre Selbstverwaltungsgarantie berufen.¹¹⁴ Ihre Interessen sind also zwingend zu berücksichtigen.

§ 136 I 5 NKomVG regelt in diesem Sinne, dass die Gemeinde die privilegierten Bereiche des Satzes 3 zur Erfüllung des öffentlichen Zwecks auch außerhalb ihres Gebietes wahrnehmen kann, solange die berechtigten Interessen der Zielgemeinde gewahrt sind.¹¹⁵ Es wird sich also auf den öffentlichen Zweck fokussiert. Daher darf es nicht zu einer Ausweitung allein aufgrund der Gewinnerzielung kommen. Auch im Übrigen spiegelt das Gesetz die beschriebenen

Grundsätze wider. Da sich beide Gemeinden auf ihre Selbstverwaltungsgarantie berufen können, sind die Interessen durch praktische Konkordanz auszugleichen. Einerseits steht dabei die gesetzlich normierte Interessenwahrung der Zielgemeinde, die die Existenz der wirtschaftlichen Tätigkeit ihrer Unternehmen sichern darf.¹¹⁶ Andererseits ist aber gerade Zweck der ausdrücklichen Normierung, dass die Kommune sich überörtlich betätigen darf.¹¹⁷ Daher kann im Umkehrschluss aus § 136 I 6 NKomVG, der ein Einvernehmen der betroffenen Gemeinden nur bei der Wasserversorgung verlangt, auch nicht generell Einigkeit gefordert werden.¹¹⁸

Im Ergebnis geht die landesrechtliche Regelung mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben einher. Dies hat gleichfalls zur Folge, dass sich die Kommune im Rahmen der funktionalen Schwerpunktbetrachtung wirtschaftlich auch im Ausland betätigen darf. Das Territorialprinzip lässt eine darüber hinausgehende Betätigung jedoch nicht zu.¹¹⁹ Der damit verbundenen Frage der Geltung und Wirkung der europäischen Grundfreiheiten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten in solchen Konstellationen kann hier nicht nachgegangen werden.¹²⁰

IV. Stellung der privaten Wettbewerber

Auch die Rechtsstellung der privaten Konkurrenz kann eine Grenze der kommunalen Aktivitäten bedeuten. Ein beachtlicher Unterschied zur Kommunalaufsicht liegt nämlich darin, dass letztere lediglich im öffentlichen Interesse eingreift, während Privaten der Rechtsweg nach Art. 19 IV GG offen steht.¹²¹ Denn sie sind es, denen die kommunalen Unternehmen durch den größeren Wettbewerb schaden könnten. Das Handeln der kommunalen Unternehmen als Marktteilnehmer unterliegt dabei dem Wettbewerbsrecht, wodurch für die Art und Weise des Vorgehens gem. § 13 GVG der Zivilrechtsweg eröffnet ist.¹²² Gleichzeitig wurde aber durch den BGH festgestellt, dass über diesen Weg allein das Verhalten, nicht aber der Marktzugang überprüft werden kann.¹²³ Demzufolge hat sich der Rechtsschutz nunmehr auf den Verwaltungsrechtsweg zu konzentrieren,

Rn. 43; *Storbeck* (Fn. 106), S. 278; *Scharpf* (Fn. 104), NVwZ 2005, 148 (150); *Jarass*, Aktivitäten kommunaler Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, DVBl. 2006, 1, 7 f.; a. A. *Lux*, Das neue kommunale Wirtschaftsrecht in Nordrhein-Westfalen, NWVBl. 2000, 7 (10).

109 Dies meint die örtlichen Angelegenheiten. Der frühere Wortlaut wurde aus systematischen Gründen geändert, s. Nds. LT-Drs. 16/3147, S. 22; *Ipsen* (Fn. 49), NdsVBl. 2015, 121 (121).

110 Nds. LT-Drs. 17/6747, S. 7.

111 *Kühling* (Fn. 103), NJW 2001, 177 (179); *Schink* (Fn. 14), NVwZ 2002, 129 (136); *Jarass* (Fn. 108), DVBl. 2006, 1 (3); *Engels/Krausnick* (Fn. 18), § 8 Rn. 24.

112 Vgl. BVerwG NVwZ 1998, 592 (593).

113 Vgl. *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 50; *Nierhaus* (Fn. 16), § 40 Rn. 44; ablehnend daher *Jarass*, DVBl. 2006, 1 (4); ausführlich hierzu *Brosius-Gersdorf*, Wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden außerhalb ihres Gebiets, AöR 2005, 392 (422 ff.).

114 *Kühling* (Fn. 103), NJW 2001, 177 (179); *Jarass* (Fn. 108), DVBl. 2006, 1 (3); BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 24.2.

115 Satz 6 ermöglicht bei gesetzlich liberalisierten Tätigkeiten die überörtliche Betätigung. Dazu ausführlich *Blum/Häusler/Meyer/Freese* (Fn. 22), § 136 Rn. 26.

116 Vgl. *Kühling* (Fn. 103), NJW 2001, 177 (179 f.); *Jarass* (Fn. 108), DVBl. 2006, 1 (3 f.); *Lange* (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 96; deutlich strenger *Scharpf* (Fn. 104), NVwZ 2005, 148 (153).

117 BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 58.

118 I.E. ebenso BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 56.

119 Hier ist von einer bewussten Entscheidung des niedersächsischen Gesetzgebers auszugehen, da die Überörtlichkeit überhaupt erst 2016 eingeführt wurde, als andere Länder (z. B. § 107 III, IV GO NRW; § 101 III GO SH) schon Befugnisse zur Auslandsbetätigung geregelt hatten.

120 S. hierzu ausführlich *Krausnick*, Erosionen der örtlichen Selbstverwaltung, VerwArch 2011, 359 ff.

121 Vgl. *Brüning*, Zur Reanimation der Staatsaufsicht über die Kommunalwirtschaft, DÖV 2010, 553 (554); *Ipsen* (Fn. 63), Rn. 850; *Engels/Krausnick* (Fn. 18), § 10 Rn. 13.

122 BGHZ 150, 343 (347); vgl. auch *Ipsen* (Fn. 63), Rn. 668; *Hartmann/Mann/Mehde/Hartmann* (Fn. 68), § 6 Rn. 145; *Röhl* (Fn. 17), Kap. 2 Rn. 194; *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 36.

123 BGH NJW 1974, 1333 (1333 f.); BGHZ 150, 343 (347).

wenn es um die kommunalrechtlichen Voraussetzungen geht.¹²⁴ Für eine hiergegen gerichtete Klage müsste aus § 136 I 2 NKomVG ein subjektiv-öffentliches Recht folgen. Bis 2016 stellte § 136 I 3 NKomVG a. F. den Drittschutzcharakter der Subsidiaritätsklausel ausdrücklich klar. Mit der erfolgten Streichung und Einführung der unechten Subsidiaritätsklausel gilt aufgrund der vorherigen Rechtsprechung¹²⁵ und der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers¹²⁶ nun der Stand vor deren Einführung, dass kein Drittschutz bezweckt ist. Dies hat zur Folge, dass keine Klagebefugnis und mithin keine Möglichkeit besteht, die Einhaltung der Vorschriften überprüfen zu lassen.¹²⁷ Die kommunalrechtliche Rechtsstellung der privaten Konkurrenz¹²⁸ erweist sich also insoweit nicht als große Beschränkung.

V. Zwischenergebnis

Das Kommunalrecht stellt die bedeutendste Schranke der Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung durch die Gemeinde dar, während für die Art und Weise der Tätigkeit das hier nicht näher in den Blick zu nehmende allgemeine Wirtschaftsrecht gilt.¹²⁹ Dabei wurde aber aufgezeigt, dass die kommunalrechtlichen Grenzen der Betätigung durch die unbestimmten Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum nur schwerlich überprüfbar sind, was durch die punktuelle Betrachtung noch verstärkt wird.

D. Analyse der dargestellten Ergebnisse und Potenzial

Diese Erkenntnisse widersprechen dem, was eigentlich Anspruch des Gesetzgebers bei legislativen Entscheidungen um § 136 NKomVG sein sollte. So folgt nämlich einerseits aus den bei dem Merkmal der Subsidiarität angeführten Gründen, dass der Position der privaten Wettbewerbssteilnehmer Rechnung getragen werden muss. Andererseits besitzt die Kommunalwirtschaft eine wichtige, ergänzende Stellung, was vor allem aus der Erfüllung der Aufgaben auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge folgt. Daher gilt es, eine ordnungspolitische Balance zu finden. Dem sollen die folgenden Vorschläge dienen.

¹²⁴ Von einer Darstellung der Entwicklung der zivil- und verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung soll hier abgesehen werden, hierzu *Schoch* (Fn. 70), 573 (578 ff.).

¹²⁵ OVG Lüneburg NVwZ 2009, 258 (259 f.).

¹²⁶ Nds. LT-Drs. 17/6747, S. 6.

¹²⁷ So auch *Thiele* (Fn. 18), § 136 Rn. 6; Blum/Häusler/Meyer/Freese (Fn. 22), § 136 Rn. 19; KVR Nds./Wefelmeier (Fn. 20), § 136 Rn. 44; BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 87.

¹²⁸ Zu grundrechtlichen Abwehrensprüchen oben unter B. II. 2. sowie ausführlich *Wendt*, Rechtsschutz privater Konkurrenten gegen wirtschaftliche Betätigungen der Gemeinden, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 3. Auflage (2011), § 42 Rn. 43 ff.; zu fraglichem vergaberechtlichem Rechtsschutz *Mann*, Kommunales Wirtschaftsrecht als Vorfrage des Vergaberechts?, NVwZ 2010, 857 ff.

¹²⁹ Vgl. nur *Engels/Krausnick* (Fn. 18), § 8 Rn. 44; dies sind vor allem die europarechtlich determinierten Bereiche des Beihilfe- und Vergaberechts, hierzu ausführlich *Lange* (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 263 ff. sowie Rn. 273 ff.

I. Einführung von Verfahrensanforderungen

Durch die festgestellte Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen besteht eine nur eingeschränkte gerichtliche Kontrollmöglichkeit, die sich auf die rechtliche Vertretbarkeit bei derartigen Prognoseentscheidungen beschränkt. Dies führt zu einem gewissen Maß an Rechtsunsicherheit und schränkt den aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG ein.¹³⁰ Mangels Typisierung im Gesetz obliegt somit der Verwaltung eine stärkere Position. Dennoch kann die Gemeinde nur mit solchen offenen Begriffen im Gesetz individuell auf örtliche Begebenheiten und Bedürfnisse reagieren. Es besteht damit zwar Raum für Wertungen, der aber aufgrund der politischen und flexiblen Zweckmäßigkeitentscheidung zu akzeptieren ist.

Die hervorgerufene rechtliche Unsicherheit trifft in Niedersachsen jedoch auf kein Verfahren, das den Weg der Kommune zur Einschätzung der Voraussetzungen gestaltet. In anderen Bundesländern allerdings bestehen normierte Vorgehensweisen. So setzen z. B. Hessen¹³¹ und Nordrhein-Westfalen¹³² übereinstimmend fest, dass vor Aufnahme der Betätigung Chancen und Risiken zu erfassen und den örtlichen Selbstverwaltungskammern der Wirtschaft Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist. Die Abwägung der Risiken sollte auch bei jetziger Rechtslage in Niedersachsen erfolgen, würde auf diesem Weg aber transparent und nachvollziehbar festgesetzt.¹³³ Dies würde sowohl die Arbeit der Kommune strukturieren und erleichtern, als auch Kommunalaufsicht und Gericht bei der Überprüfung einen Rahmen geben. Ein Missachten der Regeln hätte hingegen die Rechtswidrigkeit der wirtschaftlichen Betätigung zur Folge.¹³⁴ Daneben wird die örtliche Privatwirtschaft über das Vorhaben informiert, sodass deren Meinung, aber auch eventuelle Angebote eingeholt werden können. Dies erleichtert das angesprochene Problem bei der Durchführung des Subsidiaritätsvergleichs mangels ausreichender Informationen der Kommune. Des Weiteren führt ein solches Einbinden zu erhöhter Akzeptanz seitens der Privatwirtschaft.¹³⁵ Gleichwohl behält die Kommune mangels Regelung von Einzelheiten in diesem bürokratischen Verfahren Wertungsspielräume. Denn die Gemeinde hat die Ergebnisse zwar zu berücksichtigen, sie ist aber dennoch frei in ihrer Beurteilung.¹³⁶ Folglich bleibt auch die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gewahrt, beschränkt sich der Eingriff doch nur auf verfahrensrechtliche

¹³⁰ Vgl. allgemein *Detterbeck* (Fn. 65), Rn. 359.

¹³¹ § 121 VI HGO.

¹³² § 107 V GO NRW.

¹³³ Vgl. *Dietl*, Die kommunalrechtlichen Vorgaben zur Durchführung eines Branchendialogs, KommJur 2015, 401 (401); BeckOK Hess. KommR/*Ogorek*, 1. 8. 2019, § 121 Rn. 73; *Brüning* (Fn. 121), DÖV 2010, 553 (558).

¹³⁴ Vgl. BeckOK Hess. KommR/*Ogorek* (Fn. 133), § 121 Rn. 76; *Articus/Schneider/Söbbecke*, Gemeindeordnung NRW, 5. Auflage (2016), § 107 Anm. 9; *Rauber u. a./Rauber*, Hessische Gemeindeordnung, 3. Auflage (2017), § 121 Anm. 8; *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 46.

¹³⁵ *Dietl* (Fn. 133), KommJur 2015, 401 (407).

¹³⁶ Ebenso BeckOK Hess. KommR/*Ogorek* (Fn. 133), § 121 Rn. 75; *Dietl* (Fn. 133), KommJur 2015, 401 (406).

Vorgaben.¹³⁷ Der materiellrechtlichen Unsicherheit kann also durch eine Einkleidung in einen prozessrechtlichen Mantel entgegengesteuert werden.¹³⁸

II. Regelmäßige Überprüfung der Voraussetzungen

Daneben wurden als Problem die punktuelle Betrachtung und der einhergehende Bestandsschutz durch § 136 I 2 NKomVG identifiziert. Für die Einhaltung des Bestandsschutzes spricht die Begründung zur Vorgängernorm § 67 I DGO, dass eine zwangsweise Liquidierung der Unternehmen verhindert werden sollte.¹³⁹ Daneben wird angeführt, dass das Unternehmen durch marktgerechte, zulässige Tätigkeitserweiterungen trotz Bestandsschutz nicht stagniere.¹⁴⁰ Auch ein kommunales Unternehmen sollte zur nachhaltigeren Planung auf einen gewissen Schutz in seinen Bestand vertrauen können. In der Praxis erscheint es zudem schwer durchführbar, regelmäßig Kontrollen über die Einhaltung vorzunehmen. Jedoch bedeutet ein Bestandsschutz in der Konsequenz, dass später bestehende Verstöße gegen die verfassungsrechtlich abgeleiteten Voraussetzungen unberücksichtigt bleiben.¹⁴¹ Zudem würden bessere Private nicht zum Zug kommen, sondern unwirtschaftliche, kommunale Unternehmen weiterbetrieben werden können.¹⁴² Deshalb stellt § 107 I 3 GO NRW die wirtschaftliche Betätigung unter dauernde Kontrolle. Dabei ist die Betätigung allerdings betriebsbezogen auszulegen, sodass letztlich nur der Unternehmensgegenstand kontrolliert wird.¹⁴³ Eine Änderung dessen unterliegt damit aber einer neuerlichen Prüfung.¹⁴⁴ Dies ist, ähnlich zur ohnehin unterworfenen »wesentlichen Erweiterung«, aus den genannten Gründen auch für Niedersachsen zu fordern, um dadurch den Zweck der Kontrolle des § 136 I 2 NKomVG nicht zu unterlaufen. Den Einwänden der schwer durchführbaren ständigen Kontrolle und des (zumindest begrenzt zugestandenen) Bestandsschutzes kann dadurch abgeholfen werden, dass eine Prüfung der Voraussetzungen nur periodisch stattfinden soll.¹⁴⁵ Eine Gesetzesänderung ist daher wünschenswert, damit das kommunale Unternehmen stetig die Anforderungen zu erfüllen hat.

¹³⁷ Dietl (Fn. 133), KommJur 2015, 401 (403); a. A. Cronauge (Fn. 20), Rn. 422.

¹³⁸ Ähnlich Uechtritz/Otting/Olgemöller, Kommunalrechtliche Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage (2012), § 6 Rn. 67 f.; Suerbaum (Fn. 23), § 16 Rn. 71.

¹³⁹ Hierzu Ipsen (Fn. 40), ZHR 170 (2006), 422 (429); Waechter, Kommunalrecht, 3. Auflage (1997), Rn. 605: »wirtschaftlich unsinnig«; krit. Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 6. Auflage (2018), § 2 Rn. 314.

¹⁴⁰ So RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803).

¹⁴¹ Suerbaum (Fn. 23), § 16 Rn. 57; Lange (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 156.

¹⁴² Breuer (Fn. 17), WiVerw 2015, 150 (157); ähnlich Suerbaum, Durchbruch oder Pyrrhussieg? Neues zum Schutz Privater vor der Kommunalwirtschaft, Die Verw. (40) 2007, 29 (41).

¹⁴³ OVG Münster NVwZ 2003, 1520 (1522).

¹⁴⁴ Dietlein/Hellermann (Fn. 139), § 2 Rn. 314; Engels/Krausnick (Fn. 18), § 8 Rn. 12.

¹⁴⁵ So geregelt in § 121 VII HGO, auch wenn das Ergebnis der Prüfung die Gemeinde nicht bindet, so Hess. LT-Drs. 16/2463, S. 60.

III. Beschränkung der weitläufigen Ausnahmen

Hinzu kommen die Ausnahmekataloge der nichtwirtschaftlichen Unternehmen (§ 136 III NKomVG) sowie die Fiktionen des § 136 I 3, 4 NKomVG, die den Anwendungsbereich der Schrankentrias nochmals verringern. Die Sicherstellung der Erfüllung der ausgenommenen Aufgaben ist hinsichtlich des § 136 III NKomVG allerdings wegen derer Bedeutung für die kommunale Daseinsvorsorge zu akzeptieren.¹⁴⁶ Außerdem besitzt die Kommune damit ein Steuerungsinstrument, zukunftssträchtige, öffentliche Investitionen wie beim Breitbandausbau (s. § 136 I 3 NKomVG) durch eine eingeschränkte Geltung der Schrankentrias zu fördern. Gleichwohl sorgen die Ausnahmen dafür, dass die Gemeinde nicht prüfen muss, ob die auch für den Schutz der Kommune normierten Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen.¹⁴⁷ Die wirtschaftlichen Folgen werden also nicht überprüft.¹⁴⁸ Dadurch bleibt ungeprüft, ob das kommunale Unternehmen letztlich konkurrenzfähig sein kann. Die Gemeinden als Träger der Unternehmen sollten sich somit i. S. d. Zwecks der Schrankentrias nicht mit wirtschaftlichen Tätigkeiten übernehmen, auch wenn sie keine Prüfung vornehmen müssen.

E. Fazit: Rechtliche Möglichkeiten, politische Grenzen

Schließlich bleibt damit festzuhalten, dass die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen generell zulässig ist. Vor allem die kommunalrechtliche Schrankentrias setzt dieser Grenzen, welche aber mit den diskutierten Problemen ihrer Wirkung behaftet ist. Darüber hinaus sind vielfältige Ausnahmen normiert. Es bestehen also rechtliche Möglichkeiten für eine Gemeinde, sich im Rahmen ihrer Selbstverwaltungsgarantie für wirtschaftliche Betätigung in verschiedenen Bereichen zu entscheiden. Um ihren speziellen Charakter, im öffentlichen Interesse die kommunalen Aufgaben zu erfüllen, beizubehalten, sollten Gemeinde und zuvor bereits Gesetzgeber politische Grenzen beachten und sich auf die zentralen Aufgaben im Rahmen der Daseinsvorsorge beschränken.¹⁴⁹ Damit bleibt die kommunale wirtschaftliche Betätigung im Wege der kommunalen Selbstverwaltung in ihrer Existenz berechtigt.¹⁵⁰ Die große politische Aufmerksamkeit, die sich in ständigen Änderungen der Norm widerspiegelt, geht aber letztlich nicht mit der rechtlichen Steuerungswirkung der Norm einher.¹⁵¹ Dem sollen daher die hier formulierten Lösungsvorschläge entgegensteuern.

¹⁴⁶ Vgl. Geis (Fn. 50), § 12 Rn. 81.

¹⁴⁷ Oft werden die Voraussetzungen aber gegeben sein, vgl. Lange (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 30; Röhl (Fn. 17), Kap. 2 Rn. 193.

¹⁴⁸ So auch Nierhaus (Fn. 16), § 40 Rn. 40, der sogar von »gemeinwohlsschädlich« spricht; vgl. Leder (Fn. 95), DÖV 2008, 173 (174); Breuer (Fn. 17), WiVerw 2015 150 (155 f.).

¹⁴⁹ Ebenso Brüning (Fn. 63), NVwZ 2015, 689 (695); Burgi (Fn. 6), § 17 Rn. 51.

¹⁵⁰ Vgl. Burgi (Fn. 6), § 17 Rn. 51; Breuer (Fn. 17), WiVerw 2015, 150 (164).

¹⁵¹ Ebenso Freese (Fn. 66), NdsVBl. 2009, 192 (193); Oebbecke (Fn. 20), § 41 Rn. 1; vgl. ferner bei einer echten Subsidiarität Leder (Fn. 95), DÖV 2008, 173 (176).

ÖffR Aufsatz

Christoph Schröder*

Religionsfreiheit im Beruf

Die (positive wie negative) Religionsfreiheit des Individuums birgt Potential, im beruflichen Umfeld Konflikte zu entfachen. Diese Konfliktfelder sowohl im Verhältnis zu staatlichen als auch privaten Arbeitgebern und den Sonderfall der kirchlichen Arbeitgeber sucht dieser Beitrag überblicksartig zu beleuchten. Ein besonderes Augenmerk gilt der (zum Teil nicht unproblematischen) Rechtsprechung des EuGH, die sich auch aufgrund in der Sache noch nicht abgeschlossener Verfahren aktuell noch in einem Prozess der Fortentwicklung befindet. Dabei hat dieser Beitrag den Anspruch, einen Überblick über die mitunter tiefgehenden Problemfelder zu geben.

A. Einleitung

Zu der pluralistischen Gesellschaftsform, in der wir leben, gehört es dazu, dass in nahezu sämtlichen Lebensbereichen Menschen verschiedener Glaubensrichtungen und Weltanschauungen aufeinandertreffen. Einer dieser Lebensbereiche ist der Arbeitsplatz. In diesem Spannungsfeld können hinsichtlich der grundrechtlich verbürgten Religionsfreiheit in vielfältiger Weise Konflikte auftreten. Neben dem Verbot, bestimmte religiöse Bekundungen von sich zu geben und religiösen Bekleidungs Vorschriften zu folgen, also seine Religionsfreiheit positiv auszuüben, sind in der jüngsten Vergangenheit auch mehrere Gerichtsentscheidungen ergangen, die sich mit der Frage beschäftigen, inwiefern ein Arbeitgeber vom Arbeitnehmer die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft fordern kann und ob dadurch die negative Religionsfreiheit des Letzteren verletzt ist. Der vorliegende Beitrag soll in diese Spannungsfelder anhand von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sowie des EuGH einführen und einen ersten Überblick, auch über die daraus resultierenden Entwicklungstendenzen, verschaffen. Dabei ist zunächst die Religionsfreiheit im Staatsdienst zu beleuchten (B.), bevor auf die Zulässigkeit von Vorgaben durch private Arbeitgeber eingegangen wird (C.) und abschließend der Sonderfall kirchlicher Arbeitgeber zu würdigen ist (D.).

B. Staatsdienst

Aufgrund der besonderen Rolle staatlicher Bediensteter im Vergleich zu Angestellten privater Unternehmen soll an dieser Stelle auf Probleme mit der Religionsfreiheit in staatlichen Dienstverhältnissen eingegangen werden. Entgegen der veralteten Auffassung von der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis, wonach in bestimmten, durch den Staat maßgeblich geprägten Bereichen die Grundrechte – wenn überhaupt – nur sehr begrenzt Anwendung finden, ist es

mittlerweile sowohl von der Rechtsprechung als auch von der ganz überwiegenden Literaturmeinung anerkannt, dass auch – oder gerade – in solchen vom Staat besonders intensiv erfassten Bereichen ein Schutz der Grundrechte stattfinden muss.¹ Das bedeutet, dass Beamte sich im Verhältnis zum staatlichen Arbeitgeber auf die Grundrechte berufen können.² Allerdings sind auch in staatlichen Beschäftigungsverhältnissen Einschränkungen möglich.³ Neben dem für Beamte geltenden Neutralitätsgebot aus Art. 33 V GG kommt hier außerdem die Funktionsfähigkeit der Verwaltung als Grund für eine Einschränkung der Religionsfreiheit in Betracht.

I. Beamtenrechtliches Neutralitätsgebot

Aus Art. 4 I, 3 III 1, 33 III GG ergibt sich eine Pflicht des Staates, weltanschaulich-religiös neutral aufzutreten. Als Repräsentanten des Staates bindet diese Pflicht auch Beamte.⁴ Dies muss ebenso für Angestellte des öffentlichen Dienstes gelten.⁵ Zwar regelt Art. 33 V GG explizit nur die Rechte und Pflichten der Beamten im statusrechtlichen Sinne.⁶ Allerdings ist es für den Bürger, dem der Staat gegenüber neutral auftreten soll, oft nur schwer ersichtlich, ob er einem Beamten oder einem nichtverbeamteten Angestellten gegenübersteht. Somit bindet die beamtenrechtliche Neutralitätspflicht alle staatlichen Bediensteten.⁷ Durch das Tragen religiöser Symbole könnte dieses Neutralitätsgebot verletzt sein. In jedem Fall ist es staatlichen Bediensteten verboten, ihre religiösen Überzeugungen als Maßstab ihrer Dienstausbübung zu nehmen.⁸ Das Neutralitätsgebot des Staates ist dem Bundesverfassungsgericht zufolge allerdings noch nicht verletzt, wenn nur einzelne Staatsbedienstete mit religiösen Kleidungsstücken nach außen hin sichtbar auftreten, er muss sich nicht jede private Grundrechtsausübung seiner Amtswalter in dieser Funktion als eigene zurechnen lassen.⁹ Allerdings ist auch ein einzelner Staatsbediensteter

¹ Umfassende Erläuterungen zur Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis: *Stern*, Staatsrecht III/1 (1988), S. 1377 ff.; diese Lehre ablehnend BVerfGE 33, 1 (10 f.), BVerfGE 41, 251 (259); nur stark vereinzelt befürwortende Stimmen, so z. B. *Ronellenfisch*, FS Heckel (1999), S. 427, 438 f.

² BeckOK Grundgesetz/*Germann*, 15. 5. 2019, Art. 4, Rn. 28; *Schröder, U.*, Der Schutzbereich der Grundrechte, JA 2016, 641 (644).

³ *Leppke*, Beamtenrecht, 13. Auflage (2019), Rn. 201.

⁴ v. *Schwanenflug/Szczerbak*, Das Tragen eines Kopftuches im Lichte des Neutralitätsgebots im Öffentlichen Dienst, NVwZ 2018, 441 (443).

⁵ So auch *Janz/Rademacher*, Die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates auf dem Prüfstand, NVwZ 1999, 706 (711).

⁶ Maunz/Dürig/*Badura*, Grundgesetz, 81. EL (September 2017), Art. 33 Rn. 1.

⁷ *Hailbronner*, Der öffentliche Dienst als »pouvoir neutre«, ZaöRV 2009, 267 (268).

⁸ BeckOK/*Germann* (Fn. 2), Art. 4 Rn. 56.5.

⁹ BVerfGE 138, 296 (340); BVerfG, Beschl. v. 14. 1. 2020 – BvR 1333/17,

* *Christoph Schröder* ist studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht an der Georg-August-Universität Göttingen von Prof. Dr. *Frank Schorkopf*.

Repräsentant des Staates. Es kann kein Unterschied darin gemacht werden, ob einzelne Staatsbedienstete Zeichen religiöser Zugehörigkeit tragen oder aber ob sich der Staat insgesamt zu einer Religion bekennt. Würde man der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts folgen, so müsste man Abgrenzungsschwierigkeiten in Kauf nehmen. So mag das genannte Argument vielleicht noch greifen, wenn nur eine geringe Anzahl an Staatsbediensteten religiöse Zeichen tragen. Problematisch wird es hingegen, wenn sich eine zunehmende Zahl an staatlich Bediensteten entsprechend kleiden möchte. In diesem Fall wäre unklar, ab wann man nicht mehr von einer individuellen Religionsausübung eines Einzelnen ausgehen kann. Nimmt hingegen der Staat durch gesetzliche Regelungen auf das Auftreten seiner Amtswalter Einfluss, wie beispielsweise beim Vorschreiben einer bestimmten Amtstracht für Richter und Staatsanwälte, so sollen ihm allerdings abweichende Verhaltensweisen der Angestellten eher zurechenbar sein, wie das Bundesverfassungsgericht jüngst im Streit um das Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen in Hessen feststellte.¹⁰ Die Amtstracht vor Gericht solle die Distanz und Neutralität des Staates darstellen, das Tragen religiöser Bekleidungsstücke sei geeignet, diese Neutralität in Frage zu stellen.¹¹ Mit der Vorgabe, keine religiösen Zeichen sichtbar zu tragen, kann der Staat somit einem möglichen Verlust in das Vertrauen auf unparteiische Amtsausübung entgegenwirken und so Verwaltung und Rechtsprechung stärken.¹² Folglich kann die Religionsfreiheit durch das beamtenrechtliche Neutralitätsgebot eingeschränkt werden.

II. Funktionsfähigkeit der Verwaltung

Eine Einschränkung der Religionsfreiheit im staatlichen Beschäftigungsverhältnis könnte ferner durch das Erfordernis einer funktionierenden Verwaltung gerechtfertigt sein. Dieses stellt als Teil des in Art. 20 III GG verankerten Rechtsstaatsprinzips konkurrierendes Verfassungsrecht dar.¹³ Sowohl im Verhältnis der Verwaltungsangestellten zu den Bürgern als auch behördenintern kann die Kommunikation, vor allem die nonverbaler Art, durch das Tragen eines religiösen Schleiers erheblich erschwert werden.¹⁴ Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit eines Verbots religiöser Verschleierung stellt auch die Versetzung auf eine Stelle ohne Kontakt zu Bürgerinnen und Bürgern keine geeignete Maßnahme dar. Zwar wird durch das offene Tragen religiöser Symbole an einem Arbeitsplatz ohne Kontakt zu Bürgern die staatliche Neutralitätspflicht nicht verletzt.¹⁵

Rn. 89.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 14. 1. 2020 (Fn. 9), Rn. 90. Zuletzt hat auch der niedersächsische Gesetzgeber am 12. 5. 2020, PIPr. 18/76, eine solche Regelung des neutralen Auftretens im Dienst in § 31 a NJG beschlossen, s. den Gesetzentwurf Nds. LT-Drs. 18/4394 mit ausführlicher Begründung auf S. 24 ff.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 14. 1. 2020 (Fn. 9), Rn. 90.

¹² BVerfG, Beschl. v. 14. 1. 2020 (Fn. 9), Rn. 91 ff.

¹³ BVerfGE 9, 268 (281).

¹⁴ Greve/Kortländer/Schwarz, Das Gesetz zu bereichsspezifischen Regelungen der Gesichtsverhüllung, NVwZ 2017, 992 (997).

¹⁵ Steinberg, Religiöse Symbole im säkularen Staat, Der Staat 56 (2017), 157 (175).

Allerdings erschwert eine Verschleierung auch die behördeninterne Kommunikation, weil die Wahrnehmung von Mimik und Gestik unter dem Schleier nicht oder nur sehr schwer möglich ist.¹⁶ Dieser Aspekt greift freilich nur für eine Vollverschleierung. Lediglich das Tragen eines religiösen Kopftuches, das noch die Gesichtszüge der Bediensteten erkennen lässt, erschwert die Kommunikation jedenfalls nicht.

III. Vermittlung freiheitlich-demokratischer Grundwerte

Zuletzt ist fraglich, ob das Tragen eines Kopftuches mit der Verpflichtung des Beamten, jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung einzustehen, vereinbar ist.¹⁷ Diese umfasst auch die Wahrung der Werteordnung des Grundgesetzes und die Bereitschaft, in jeder Situation für die Werte des Grundgesetzes einzustehen.¹⁸ Dies gilt auch dann, wenn diese Bereitschaft aufgrund der religiösen Überzeugung des Beamten bzw. Bewerbers fehlt.¹⁹ Ein solcher wesentlicher Wert unseres Grundgesetzes ist die Gleichstellung und -behandlung von Mann und Frau und die zentrale Stellung des Individuums ungeachtet seines Geschlechts.²⁰ Deshalb fehlt unter Umständen die charakterliche Eignung zur Aufnahme in das Beamtenverhältnis, wenn die Gleichstellung von Mann und Frau sowie die staatliche Neutralitätspflicht nicht beachtet werden, und es liegt eine erhebliche Dienstpflichtverletzung gem. § 34 S. 3 BeamtStG vor.²¹ Nun könnte man in dem Tragen des religiösen Kopftuches eine diese wesentliche Wertung des Grundgesetzes negierende Symbolik erkennen. Bei einer für die Betroffenen günstigen Beurteilung des Kopftuchs, auch unter Berücksichtigung der subjektiven Interpretation des Kopftuchs durch die betroffene Trägerin, ergibt sich eine solche Symbolik allerdings nur dann, wenn die Betroffene selbst dem Kopftuch einen den Gleichbehandlungsgrundsatz negierenden Gehalt beimisst.²² Trägt die Betroffene das Kopftuch hingegen in selbstbestimmter Ausübung ihrer eigenen religiösen Überzeugung und verdeutlicht damit gerade nicht eine ablehnende Haltung gegenüber den Werten des Grundgesetzes, so gibt sie auch keinen Anlass, ihre ständige Bereitschaft, für die freiheitlich-demokratische Grundordnung einzustehen, anzuzweifeln. So wird das Kopftuch vielfach auch als Ausdruck der Emanzipation muslimischer Frauen getragen, indem eine weibliche Eigenart gerade hervorgehoben wird.²³ Werden religiöse Symbole aber gerade so definiert, dass sie die Freiheit des Individuums hervorheben, stehen sie nicht im Widerspruch

¹⁶ Zu diesem Problem im Bereich des Schulunterrichts auch Mahrenholz, Darf die Schulverwaltung einer Schülerin das Tragen eines Schleiers in der Schule verbieten?, RdJB 1998, 287 (297 f.).

¹⁷ Diese Verpflichtung ergibt sich aus § 33 I 3 BeamtStG.

¹⁸ v. Roetteken/Rothländer/Kohde, Beamtenstatusgesetz, 27. EL (Oktober 2019), § 33 Grundpflichten, Rn. 17 f.

¹⁹ Reich, BeamtStG, Kommentar, 3. Auflage (2018), § 7 Rn. 8.

²⁰ Günther, Die Handschlagsverweigerung durch islamgläubigen Polizisten, ZBR 2018, 109 (112).

²¹ Masuch, Der charakterlose Polizist, DÖV 2018, 697 (703); Günther (Fn. 20), ZBR 2018, 109 (113 f.).

²² Jäschke/Müller, Kopftuchverbote gegenüber Schülerinnen an öffentlichen und privaten Schulen, DÖV 2018, 279 (280).

²³ Oebbecke, FS Rüfner (2003), S. 593, 600 f.

zu der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Insofern bietet das Tragen religiöser Symbole in dieser Lesart auch keinen Anlass zum Zweifel an der ständigen Bereitschaft, für ebendiese einzustehen.

C. Zulässige Vorgaben durch private Arbeitgeber

Nicht nur in staatlichen, sondern auch in privaten Dienstverhältnissen treten Probleme bezüglich der Einschränkungen der Religionsfreiheit auf. So hat sich die Große Kammer des EuGH in der Rechtssache *G4S Secure Solutions*²⁴ mit der Frage beschäftigt, ob ein privater Arbeitgeber Musliminnen verbieten darf, während der Arbeitszeit am Arbeitsplatz ein religiöses Kopftuch zu tragen. Dabei ging es vor allem um die Auslegung von Art. 2 II lit. a RL 2000/78/EG²⁵ bzw. konkreter, wann ein solches Kopftuchverbot eine unzulässige Diskriminierung und wann eine zulässige Ungleichbehandlung darstellt.²⁶ Im vorliegenden Fall hatte die Klägerin bereits mehrere Jahre in der beklagten Firma gearbeitet. In dieser galt zunächst die ungeschriebene Regel, dass das Tragen sichtbarer Zeichen der politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugung unzulässig sei. Später wurde diese Regel auch explizit in die Arbeitsordnung aufgenommen. Als die Klägerin sich danach dazu entschied, auch am Arbeitsplatz ein religiöses Kopftuch zu tragen, wurde sie entlassen. Durch derartige Kleidungs-vorschriften übt ein Arbeitgeber das ihm grundsätzlich zustehende Direktionsrecht aus.²⁷ Ein Arbeitgeber kann von seinen Arbeitnehmern grundsätzlich verlangen, sich auf bestimmte Art und Weise zu kleiden, um so ein einheitliches Erscheinungsbild zu wahren und Erwartungen der Kundschaft Rechnung zu tragen.²⁸ Hierbei muss aber eine (mittelbare) Diskriminierung vermieden werden.²⁹ Insofern vermag das Grundrecht auf Religionsfreiheit das Direktions- und Weisungsrechts eines Arbeitgebers einzuschränken.³⁰

Im Fall *G4S Secure Solutions* hat der Gerichtshof zunächst festgestellt, dass neben einer unmittelbaren Diskriminierung, also einer expliziten Ungleichbehandlung durch eine Maßnahme des Beklagten, auch eine mittelbare Diskriminierung die Richtlinie verletzt.³¹ Eine solche liegt gemäß Artikel 2 II lit. b der Richtlinie dann vor, »wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können.«

Etwas anderes gilt jedoch, wenn eine solche Benachteiligung sachlich gerechtfertigt und angemessen wäre, vgl. Art. 2 II lit. b, i RL 2000/78/EG. Diesbezüglich hat der EuGH sodann festgestellt, dass der Wunsch eines Unternehmens, seinen Kunden ein Bild von Neutralität zu vermitteln, ein unter die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRCh fallendes legitimes Ziel sei.³² Somit könne ein Arbeitgeber grundsätzlich das Tragen eines religiösen Kopftuches verbieten, wenn dies zur Wahrung einer Politik der Neutralität des Unternehmens beiträgt.³³

Eine Abwägung zwischen der unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 GRCh und der in Art. 10 GRCh verbürgten Religionsfreiheit wird in den Schlussanträgen der Generalanwältin vorgenommen, wonach alle Gesamtumstände in Erwägung zu ziehen sind.³⁴ So ist der Eingriff in die Religionsfreiheit im vorliegenden Fall weniger gravierend gewesen, weil die Klägerin eine gewisse Zeit in der Firma gearbeitet hat, ohne ein religiöses Kopftuch zu tragen und somit trotz Kopftuchverbots in die Erwerbswelt integriert werden konnte.³⁵ Ferner sei auch die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu berücksichtigen.³⁶ In Staaten mit laizistisch ausgelegten Verfassungen soll es somit eher möglich sein, sowohl im privaten als auch öffentlichen Sektor das *forum externum* stärker einzuschränken. Sind Verfassungen hingegen weniger deutlich dahingehend ausgerichtet, sind höhere Hürden an solche Einschränkungen zu stellen.³⁷ Ob stets eine solche Einzelfallabwägung vorzunehmen ist oder Unternehmerfreiheit und Religionsfreiheit bereits im Rahmen der abstrakten Prüfung einer arbeitgeberseitigen Regelung, die religiöse Symbole untersagt, abgewogen werden können, ist Gegenstand einer Vorlage des Bundesarbeitsgerichts an den EuGH.³⁸ Das BAG geht davon aus, dass bereits dem Einzelfall vorgelagert eine abstrakte Prüfung der Regelung zu erfolgen hat, auf der basierend ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmer anweist, religiöse Symbole nicht zu tragen.³⁹ Allerdings ist es nicht ausreichend, dass das Tragen religiöser Symbole nur eine abstrakte Gefahr für die durch das Verbot geschützten Güter darstellt, sondern es muss eine hinreichend konkrete Gefährdung vorliegen.⁴⁰ Für ein Verbot religiöser Zeichen am Arbeitsplatz kann es nicht bereits genügen, wenn sich vereinzelt Kunden beschweren.⁴¹

²⁴ EuGH, Urteil *G4S Secure Solutions*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203.

²⁵ ABl. EG Nr. L 303 v. 2. 12. 2000, S. 16.

²⁶ Schlussanträge GA Kokott in der Rechtssache C-157/15 v. 31. 5. 2016, ECLI:EU:C:2016:382 Rn. 24 ff.

²⁷ *Brose/Greiner/Preis*, Kleidung im Arbeitsverhältnis, NZA 2011, 369 (371).

²⁸ BAGE 103, 111 (119).

²⁹ Tschope/*Rinck*, Arbeitsrecht Handbuch, 11. Auflage (2019), Teil 2 A Rn. 189.

³⁰ BAGE 103, 111 (118 f.).

³¹ EuGH, Urteil *G4S Secure Solutions*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 Rn. 24.

³² EuGH, Urteil *G4S Secure Solutions*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 Rn. 38.

³³ EuGH, Urteil *G4S Secure Solutions*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 Rn. 40 ff.

³⁴ Schlussanträge GA Kokott in der Rechtssache C-157/15 v. 31. 5. 2016, ECLI:EU:C:2016:382 Rn. 117 ff.

³⁵ Schlussanträge GA Kokott in der Rechtssache C-157/15 v. 31. 5. 2016, ECLI:EU:C:2016:382 Rn. 124.

³⁶ Schlussanträge GA Kokott in der Rechtssache C-157/15 v. 31. 5. 2016, ECLI:EU:C:2016:382 Rn. 125.

³⁷ Schlussanträge GA Kokott in der Rechtssache C-157/15 v. 31. 5. 2016, ECLI:EU:C:2016:382 Rn. 125.

³⁸ Vorlagebeschluss des BAG v. 30. 1. 2019, 10 AZR 299/18, Rn. 75; EuGH, Vorabentscheidungsersuchen MH Müller Handels GmbH, Rs. C-341/19.

³⁹ Vorlagebeschluss des BAG v. 30. 1. 2019, 10 AZR 299/18, Rn. 77.

⁴⁰ BVerfGE 138, 296 (340 f.); BVerfG NJW 2017, 381 (383).

⁴¹ *Stein*, Kopftuchverbot am Arbeitsplatz – Hat der EuGH das letzte Wort gesprochen?, NZA 2017, 828 (833).

Vielmehr müsste es zu einer erheblichen Störung des geordneten Arbeitsablaufs im Betrieb kommen, der ein Verbot religiöser Zeichen erforderlich macht. Ob dies der Fall ist, lässt sich allerdings selten bei bloßer Betrachtung der abstrakten Regelung des Arbeitgebers beurteilen, sondern bedarf einer Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles. Deshalb kann dem vorliegenden Senat des BAG nicht darin gefolgt werden, dass eine Regelung, die das Tragen religiöser Zeichen am Arbeitsplatz untersagt, bereits losgelöst von einem konkreten Einzelfall beurteilt werden kann.

In demselben Vorlagebeschluss hat das BAG auch die Frage aufgeworfen, ob Art. 16 GRCh bei der Überprüfung von Weisungen des Arbeitgebers die Berücksichtigung nationaler Grundrechte insgesamt ausschließt.⁴² Wäre dies der Fall, so bliebe Art. 4 GG unangewendet und das Weisungsrecht des Arbeitgebers überwöge die Religionsfreiheit des Arbeitnehmers.⁴³ Aus dem Vorlagebeschluss geht hervor, dass das BAG nicht davon ausgeht, dass die Einbeziehung nationaler Grundrechte ausgeschlossen ist.⁴⁴ Vielmehr soll Art. 4 GG als günstigere Vorschrift im Sinne von Art. 8 I der Richtlinie Anwendung finden, da durch eine Einbeziehung freiheitsrechtlicher Aspekte in den Diskriminierungsschutz dieser erweitert wird.⁴⁵ Zwar gilt der Anwendungsvorrang des Unionsrechts auch hinsichtlich nationalen Verfassungsrechts.⁴⁶ Allerdings stehe Art. 16 GRCh unter einem Konkretisierungsvorbehalt, dem durch Einbeziehung des Art. 4 GG und dem durch nationale Rechtsprechung gefundenen Verständnis hiervon Rechnung getragen wird.⁴⁷ Gegen diese Auffassung des BAG wird zwar eingewendet, dass die vom EuGH aufgestellten Maßgaben bei einer Einbeziehung nationalen Rechts ausgehöhlt würden.⁴⁸ Der Vergleich zur Rechtsprechung des EuGH zu Art. 27 GRCh, den das BAG anstellt, spricht allerdings eher dafür, dass nationale Grundrechte zur Konkretisierung auch des Art. 16 GRCh herangezogen werden können. Die Gewährleistungen des Art. 16 GRCh gelten nämlich ihrem Wortlaut nach genau wie die des Art. 27 GRCh nur unter Berücksichtigung der »einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten«. Im Rahmen des Art. 27 GRCh hat der EuGH zudem bereits festgestellt, dass der Wortlaut eine Konkretisierung durch die »einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten« gebietet.⁴⁹ Eine Übertragung dieser Rechtsprechung auch auf Art. 16 GRCh wäre insofern nur konsequent.

Selbst wenn der EuGH aber entscheiden würde, dass nationale Grundrechte nicht anwendbar wären, ist doch fraglich, ob die Unternehmerfreiheit, wie vom BAG angenommen, generell die Religionsfreiheit überwiegen würde. Denn selbst wenn Arbeitnehmer sich nicht auf Art. 4 GG berufen könnten, bliebe dennoch die Gewährleistung aus Art. 10 GRCh.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass hohe Hürden für die Ausübung des Direktionsrechts des Arbeitgebers hinsichtlich des Verbots religiöser Bekleidung am Arbeitsplatz bestehen. Ob derartige Bekleidungsvorschriften zulässig sind, ist anhand einer Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände zu beurteilen. Bestätigt der EuGH die bereits in den Schlussanträgen der Generalanwältin *Kokott* in der Rechtssache *G4S Secure Solutions* vertretene Auffassung, dass stets eine Einzelfallabwägung erforderlich ist, und erkennt gleichzeitig die Anwendbarkeit nationaler Grundrechte als günstigere Vorschrift im Sinne von Art. 8 I der Richtlinie an, so stärkt er die Rechte des Individuums auf Ausübung seiner Religionsfreiheit.

D. Sonderfall: Kirchliche Arbeitgeber

Besonders brisant ist gerade auch durch die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *IR*⁵⁰ und *Egenberger*⁵¹ die Frage geworden, inwiefern die negative Religionsfreiheit bei der Aufnahme und Fortsetzung eines Berufs eingeschränkt werden darf, wenn es sich bei dem Arbeitgeber um eine kirchliche Einrichtung bzw. Religionsgemeinschaft handelt.

I. Besonderheiten des Staatskirchenrechts

Die Religionsgemeinschaften haben im Grundgesetz eine Sonderstellung inne. Insbesondere ergibt sich aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 III WRV ein Selbstverwaltungsrecht der Religionsgemeinschaften.⁵² Dies umfasst das Recht, ihre Ämter frei von staatlichen Einflüssen zu besetzen. Diese grundgesetzlich gewährte Eigenständigkeit gilt nicht nur für die Kirchen, sondern darüber hinaus auch für die kirchlichen Verbände, die nur einen Teil der kirchlichen Aufgaben erfüllen, beispielsweise die Caritas und Diakonie.⁵³ Das Selbstbestimmungsrecht gilt jedoch nicht schrankenlos, sondern steht gemäß Art. 140 GG i. V. m. 137 III 1 WRV unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Allerdings hat dieses allgemeine Gesetz keinen absoluten Vorrang, es ist vielmehr praktische Konkordanz herzustellen.⁵⁴ So gilt, wenn die Kirchen privatautonom Arbeitsverhältnisse begründen, zwar das staatliche Arbeitsrecht, allerdings bleibt das kirchliche Selbstbestimmungsrecht für die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse maßgeblich.⁵⁵ Das bedeutet, dass kirchliche

⁴² Vorlagebeschluss des BAG v. 30.1.2019, 10 AZR 299/18, Rn. 101.

⁴³ Vorlagebeschluss des BAG v. 30.1.2019, 10 AZR 299/18, Rn. 106 ff.

⁴⁴ Vorlagebeschluss des BAG v. 30.1.2019, 10 AZR 299/18, Rn. 107 ff.

⁴⁵ Vorlagebeschluss des BAG v. 30.1.2019, 10 AZR 299/18, Rn. 92 ff.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 9.3.1978, Rs. C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 – *Simenthal*, Rn. 17 ff.

⁴⁷ Vorlagebeschluss des BAG v. 30.1.2019, 10 AZR 299/18, Rn. 107 ff.

⁴⁸ *Hoppe/Groffy*, »Solange IV«? Religiöse Symbole am Arbeitsplatz im Spiegel der deutschen Rechtsprechung und des EuGH, *ArbRAktuell* 2019, 211 (214).

⁴⁹ EuGH, Urteil *Association de médiation sociale*, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2, Rn. 44 f.

⁵⁰ EuGH, Urteil *IR*, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696.

⁵¹ EuGH, Urteil *Egenberger*, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257.

⁵² *De Wall/Muckel*, Kirchenrecht, 5. Auflage 2019, § 11 Rn. 1.

⁵³ BVerfGE 46, 73 (85 ff.); 53, 366 (391); 137, 273 (306 ff.).

⁵⁴ *Hempelmann*, Selbstbestimmung, Selbstbestimmungsrecht, in: Heun/Honecker/Morlok/Wieland (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon* (2006), Sp. 2129, 2135.

⁵⁵ BVerfGE 70, 138 (165).

Arbeitgeber jedenfalls kirchliche Grundverpflichtungen als Gegenstand des Arbeitsverhältnisses in den Arbeitsvertrag mit aufnehmen dürfen und selbstständig definieren können müssen, was zu diesen grundlegenden Loyalitätspflichten zählt.⁵⁶

II. Urteile des EuGH

In diesem Bereich des kirchlichen Arbeitsrechts sind im Jahr 2018 zwei Urteile der Großen Kammer des EuGH ergangen. In dem *IR*-Urteil befasste sich der EuGH der Sache nach mit der Frage, ob es mit der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie⁵⁷ vereinbar ist, wenn ein kirchlicher Arbeitgeber von seinen Arbeitnehmern, im konkreten Fall einem Arzt in leitender Position, verlangt, sich an konfessionelle Vorgaben zu halten, und ob eine Regelung wie § 9 II AGG, die eine Ungleichbehandlung durch Religionsgemeinschaften aufgrund der Konfessionszugehörigkeit rechtfertigt, im Lichte der Richtlinie unangewendet bleiben muss.⁵⁸ Insbesondere war auch fraglich, ob ein kirchlicher Arbeitgeber basierend auf der Konfessionszugehörigkeit seiner Angestellten bei ansonsten gleicher Funktion unterschiedlich hohe Anforderungen an die Loyalitätspflicht stellen durfte.⁵⁹ In der Sache *Egenberger* ging es weiterhin um die Frage, ob ein kirchlicher Arbeitgeber selbstständig und verbindlich bestimmen kann, ob die Religionszugehörigkeit eines bestimmten Bewerbers eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung an den Bewerber darstellt.⁶⁰

Zunächst hat der EuGH in der Sache *Egenberger* dargelegt, dass Einstellungsentscheidungen kirchlicher Arbeitgeber, die sich darauf stützen, dass die Religion nach der Art der betreffenden Tätigkeiten oder den vorgesehenen Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos dieser Kirche oder Organisation sei, vollständig gerichtlich überprüfbar sein müssen, damit die Einhaltung der in Art. 4 II RL 2000/78/EG aufgestellten Kriterien sichergestellt ist.⁶¹ Dies sei auch mit Art. 17 AEUV vereinbar, der die Union dazu verpflichtet, den Status zu achten, den Kirchen und andere Religionsgemeinschaften in den einzelnen Mitgliedsstaaten genießen. Art. 17 AEUV betreffe nur die Neutralität der Union hinsichtlich der Beziehung von Mitgliedsstaaten zu den Religionsgemeinschaften, könne aber nicht bewirken, dass die Einhaltung der Richtlinie einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle entzogen werde.⁶² Weiterhin hänge die Rechtmäßigkeit einer Ungleichbehandlung aufgrund der individuellen Konfessionszugehörigkeit davon ab, ob ein direkter Zusammenhang zwischen der beruflichen Tätigkeit und den aufgestellten Anforderungen besteht.⁶³ Ein solcher Zusammenhang kann sich zum einen aus der Nähe zum Ver-

kündigungsauftrag der Religionsgemeinschaft ergeben und zum anderen daraus, dass die Ausübung der Tätigkeit zu einem glaubwürdigen Auftreten der Kirche oder kirchlichen Organisation nach außen erforderlich ist.⁶⁴ Hierbei findet aber nicht lediglich eine Überprüfung auf Willkür oder eine Plausibilitätskontrolle durch das entscheidende Gericht statt, vielmehr trifft den Arbeitgeber die Darlegungs- und im Zweifel auch die Beweislast für das Bestehen eines Zusammenhangs.⁶⁵ Diese Neuerung im kirchlichen Arbeitsrecht wurde bereits als »Paradigmenwechsel« bezeichnet.⁶⁶

Die vom EuGH eingeschlagene Rechtsprechungslinie ist dabei durchaus problematisch. So trägt sie den Besonderheiten des mitgliedstaatlichen Religionsverfassungsrechts nicht ausreichend Rechnung. Es kann nicht staatlichen Gerichten obliegen, die für die Identität einer Religionsgemeinschaft maßgeblichen Kriterien zu definieren.⁶⁷ Vielmehr ist die »parteiübergreifende Einmischung in die Überzeugungen, Handlungen und die Darstellung Einzelner oder religiöser und weltanschaulicher Gemeinschaften [...] dem Staat mangels Einsicht und geeigneter Kriterien untersagt.«⁶⁸ Auch ist die Auslegung des EuGH von Art. 17 AEUV streitbar. Anders als der EuGH kann man diese Vorschrift nämlich auch so verstehen, dass hierdurch nationale Besonderheiten der Mitgliedsstaaten zu den Kirchen einschließlich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts gewahrt werden sollen.⁶⁹ So wäre es vorzuzugswürdig gewesen, die Richtlinie im Lichte des Art. 17 AEUV so auszulegen, dass der mitgliedstaatliche Kirchenrechtspluralismus respektiert werden würde.⁷⁰ Zwar stellt Art. 17 AEUV kein »Kirchengrundrecht« im Sinne eines Freiheitsrechts für Glaubensgemeinschaften dar, allerdings weist er den Mitgliedsstaaten die Kompetenz zu, ihre Religionsverfassung autonom von der Union zu regeln.⁷¹ Die oben dargelegte Auslegung des Art. 17 AEUV durch den EuGH überschreitet somit die Kompetenz der Union.

III. Urteil des BAG

Der Rechtsprechung des EuGH dennoch folgend, hat das BAG mit seinem Urteil vom 25.10.2018⁷² entschieden, dass im konkreten Fall zu prüfen ist, ob die Ungleichbehandlung für die konkret ausgeübte Tätigkeit eine »wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung ange-

⁵⁶ BVerfGE 70, 138 (166 ff.).

⁵⁷ RL 2000/78/EG, s. o. (Fn. 25).

⁵⁸ EuGH, Urteil IR, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 Rn. 37.

⁵⁹ EuGH, Urteil IR, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 Rn. 33.

⁶⁰ EuGH, Urteil Egenberger, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 Rn. 41.

⁶¹ EuGH, Urteil Egenberger, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 Rn. 55.

⁶² EuGH, Urteil Egenberger, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 Rn. 58.

⁶³ EuGH, Urteil Egenberger, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 Rn. 63.

⁶⁴ EuGH, Urteil IR, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 Rn. 50.

⁶⁵ *Junker*, Gleichbehandlung und kirchliches Arbeitsrecht, NJW 2018, 1850 (1852).

⁶⁶ *Junker* (Fn. 65), NJW 2018, 1850 (1852).

⁶⁷ *Heinig*, Muss Kirche drin sein, wo Kirche drauf steht?, Die ZEIT, Beilage Christ und Welt, Nr. 48 vom 21. 11. 2019, S. 2.

⁶⁸ BVerfGE 137, 273 (305 f.).

⁶⁹ *Klein*, Das Recht der Kirchen im Tauziehen zwischen Luxemburg und Karlsruhe, EuR 2019, 338 (346); Streinz/*ders.*, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Auflage (2018), AEUV, Art. 17, Rn. 12.

⁷⁰ *Greiner*, Kirchenrechtliche Loyalitätsobliegenheiten nach dem »IR«-Urteil des EuGH, NZA 2018, 1289 (1291).

⁷¹ *Staats*, Kirche und europäische Integration, Göttinger E-Papers zu Religion und Recht (GöPRR) 2019, Nr. 17, S. 8.

⁷² BAG, NZA 2019, 455.

sichts des Ethos der Organisation« darstellt.⁷³ Wesentlich sei eine Anforderung allerdings nur dann, wenn aufgrund der hohen Bedeutung der angestrebten beruflichen Tätigkeit das Ethos der Organisation gefährdet wäre.⁷⁴ Durch diese Definition des Merkmals »wesentlich« entwickelt das BAG in unzulässiger Weise einen mit der Neutralität des Staats nicht zu vereinbarenden Maßstab dafür, was für den Ethos einer Religionsgemeinschaft maßgeblich ist.⁷⁵ Es kann einem säkularen Gericht somit nicht obliegen darüber zu entscheiden, was den Ethos und das Selbstverständnis einer Religionsgemeinschaft beeinträchtigt.

Billigt man diese Entscheidung trotzdem einem staatlichen Gericht zu, so stellt sich die Frage, ob das BAG in seinem Urteil die nach der Rechtsprechung des EuGH vorzunehmende Abwägung aller widerstreitenden Interessen ordnungsgemäß vorgenommen hat.⁷⁶ In diesem findet insbesondere Art. 10 GRCh keine Erwähnung. § 9 AGG setzt die Richtlinie 2000/78/EG der Europäischen Union um.⁷⁷ Hinsichtlich der beruflichen Anforderungen, die Religionsgemeinschaften an ihre Angestellten stellen dürfen, lässt die Richtlinie den Mitgliedsstaaten einen Umsetzungsspielraum, sodass § 9 AGG nicht vollständig europarechtlich determiniert ist. Auch bei solchen nicht vollständig determinierten Rechtsnormen findet allerdings die Grundrechtecharta neben den nationalen Grundrechten Anwendung und ist von den mitgliedsstaatlichen Gerichten zu berücksichtigen, sofern deren Anwendungsbereich nach Art. 51 GRCh eröffnet ist.⁷⁸ Dies ist auch dann der Fall, wenn ein mitgliedsstaatliches Gericht eine zur Umsetzung von EU-Recht erlassene nationale Regelung auslegt und anwendet.⁷⁹ Insofern hätte das BAG auch die Grundrechtecharta in die Abwägung miteinbeziehen müssen. Zugunsten der kirchlichen Arbeitgeber hätte Art. 10 GRCh berücksichtigt werden müssen, der auch die Autonomie der Glaubensgemeinschaften schützt, einschließlich der Anforderungen an Arbeitnehmer der Gemeinschaften.⁸⁰

⁷³ BAG, NZA 2019, 455 (460).

⁷⁴ BAG, NZA 2019, 455 (465).

⁷⁵ Anke, Diakonischer Republikanismus? Reflexive Loyalität, Atheistische Oberkirchenräte?, Göttinger E-Papers zu Religion und Recht (GöPRR) 2019, Nr. 18, S. 4.

⁷⁶ EuGH, Urteil Egenberger, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 Rn. 51.

⁷⁷ Vgl. MüKoBGB/Thüsing, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 8. Auflage (2018), AGG, § 9 Rn. 2.

⁷⁸ BVerfG NJW 2020, 300 (301) – Recht auf Vergessen I.

⁷⁹ Jarass, Charta der Grundrechte, 3. Auflage (2016), Art. 51 Rn. 23.

⁸⁰ Jarass (Fn. 79), Art. 10 Rn. 9.

IV. Ausblick

Festhalten kann man, dass das kirchliche Arbeitsrecht durch jüngste EuGH-Rechtsprechung erheblich in Aufruhr gekommen ist. Insbesondere scheint der EuGH hier das Recht des Individuums stärken zu wollen, während der die kirchlichen Arbeitgeber begünstigende Sonderweg wenigstens ein Stück weit korrigiert werden soll. Ob diese Ansicht tragbar ist, wird von Karlsruhe zu entscheiden sein.⁸¹ Hierbei wird auch ein besonderes Augenmerk darauf zu legen sein, ob der kirchenrechtliche Sonderweg als Teil der Verfassungsidentität anzusehen ist oder nicht.⁸² Gänzlich geklärt ist die Frage, inwiefern die Besonderheiten im kirchlichen Arbeitsrecht fortbestehen werden, jedenfalls nicht.

E. Fazit

Im öffentlichen Dienst sind Vorgaben des Dienstherrn bezüglich des Tragens religiöser Symbole grundsätzlich zulässig. Insbesondere können diese der Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Verwaltung sowie der Einhaltung der staatlichen Neutralitätspflicht dienen.

Auch private Arbeitgeber dürfen angesichts ihrer Berufsfreiheit grundsätzlich Vorgaben bezüglich des Tragens religiöser Symbole machen. Hierbei haben sie aber das Diskriminierungsverbot zu beachten und dürfen insbesondere auch nicht durch zunächst neutral erscheinende Regelungen Bekleidungsvorschriften, die nur Angehörige einer bestimmten Religion treffen, erlassen. Zudem ist stets eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen, in die vor allem auch die Gefahr einer konkreten Störung des Betriebsablaufs durch das Tragen der religiösen Symbole miteinzubeziehen ist.

Besonders die negative Religionsfreiheit ist in Beziehung zu kirchlichen Arbeitgebern betroffen. Hier hat die negative Religionsfreiheit der Arbeitnehmer jedenfalls vorläufig durch den EuGH eine Stärkung erfahren, während das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und kirchlichen Organisationen geschwächt wurde. Ob dies Bestand hat, bleibt abzuwarten.

⁸¹ Eine Verfassungsbeschwerde in der Rechtssache *Egenberger* ist bereits anhängig, vgl. Müller, Das erste Karlsruher Nein?, FAZ vom 2. 5. 2019, S. 8; 2 BvR 934/19.

⁸² Ablehnend: Klein, Das Recht der Kirchen im Tauziehen zwischen Luxemburg und Karlsruhe, EuR 2019, 338 (350 f.); naheliegend dagegen laut Greiner, Neuausrichtung des Kirchenarbeitsrechts durch den EuGH?, JM 2018, 233 (235).

StrafR Aufsatz

Luca Alexander Petersen*

Cyberangriffe – Definition, Regulierung, Pönalisierung

Cyberangriffe stellen ein viel genutztes Mittel der modernen Kriegsführung dar. Dabei wird die Nutzung vielfach heruntergespielt und auf vermeintlich bestehende Rechtslücken verwiesen. Der Beitrag setzt sich daher mit der Definition, Regulierung und Pönalisierung solcher Angriffe auseinander.

A. Einleitung

Medienberichten zufolge schossen iranische Streitkräfte am 20.6.2019 eine amerikanische Drohne vom Himmel, da sich diese im iranischen Luftraum befunden habe.¹ Der Gegenschlag der USA ließ nicht lange auf sich warten. Es sei jedoch kein traditioneller Gegenschlag mit kinetischer, also durch mechanische Übertragung wirkender,² Waffengewalt gewesen. Vielmehr wurden die Wirtschaftssanktionen weiter verschärft und eine Cyberoperation durchgeführt.³ Der US-Präsident *Trump* rechtfertigte dieses Vorgehen damit, dass ein hypothetischer traditioneller militärischer Gegenschlag 150 Todesopfer hätte erwarten lassen, was im Vergleich zum Abschuss einer Drohne als unverhältnismäßig anzusehen sei.⁴ Diese Stellungnahme vermag zunächst zu überzeugen. Sie birgt jedoch durch das häufige Einsetzen von vermeintlich minder schweren Cyberoperationen und das dadurch steigende Potenzial schwererer Gegenmaßnahmen die Gefahr einer Gewalteskalation in sich.⁵ Cyberangriffe sind verdeckt. Einzig die sich daraus ergebenden Folgen sind sichtbar und können im Einzelfall der Wirkung traditioneller militärischer Angriffe mit Objekt- oder Personenschäden gleichkommen.⁶ Sie sind zudem nur schwierig zurückzu-

verfolgen, was den Beweis einer Rechtsverletzung erheblich erschwert.⁷ Durch die derzeitigen Cyberoperationen wird ein solches Vorgehen normalisiert und gleichermaßen in seiner Bedeutung heruntergespielt.⁸ Viele Beispiele zeigen, dass Cyberangriffe mittlerweile zu einem gängigen, in der Nutzung exponentiell ansteigenden⁹ Instrument innerhalb internationaler Konflikte geworden sind. 2007 wurde Estland durch mehrere *denial-of-services-attacks* über einen Zeitraum von drei Wochen nahezu vom gesamten internationalen Informationsfluss abgeschottet.¹⁰ 2010 zerstörten die USA in Zusammenarbeit mit Israel mittels eines Wurmes (»Stuxnet«)¹¹ massenhaft zur Urananreicherung genutzte Zentrifugen des Iran.¹² Besondere Bedeutung weist der jüngste Angriff der USA auf eine iranische Computerdatenbank auf, die zur Planung von Angriffen auf Öltanker verwendet wurde.¹³ Er zeitigte keinerlei physische, sondern nur Datenschäden, die die Funktionsfähigkeit der Militärbasis beeinträchtigten. Dass der Angriff gerade als Reaktion auf Militärschläge auf amerikanische Öltanker im Golf von Oman erfolgte, zeigt, dass diese neuartige Waffentechnologie längst mit traditionellen Waffen in Verbindung gebracht wird.¹⁴ Ihr Gebrauch wirft rechtliche Fragen auf. So zeigt sich, dass die Operationen im Cyberraum vielfältig und häufig mit kinetischen Angriffen nur bedingt vergleichbar sind.¹⁵ Im Vordergrund sollen aufgrund der Aktualität staatlich veranlasste militärische Cyberangriffe stehen, die nur auf Beschädigung oder Zerstörung von Daten abzielen und keine physischen Schäden zeitigen. Dies stellt den bestehenden Rechtsrahmen im humanitären Völkerrecht (huVR) und im

* Dipl.-Jur. Luca Alexander Petersen ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung, internationales Strafrecht und Völkerrecht, Doktorand bei Prof. Dr. Dr. h. c. Kai Ambos und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Hogan Lovells International LLP in Hamburg. Der Beitrag ist eine verkürzte und aktualisierte Form der Studienarbeit, die im Seminar »Waffen- und Waffensysteme im (Humanitären) Völker(traf)recht« im WiSe 2019/2020 bei Prof. Dr. Dr. h. c. Kai Ambos geschrieben wurde.

1 *Al Jazeera News*, US-Iran standoff: A timeline of key events, 25.9.2019, <https://www.aljazeera.com/news/2019/06/iran-standoff-timeline-key-events-190622063937627.html>, zuletzt aufgerufen am 8.6.2020.

2 Vgl. *Neuneck*, Neue Waffentechniken und Rüstungskontrolle – Strahlen- und kinetische Waffen, *Physik in unserer Zeit*, 2001, 10 (10).

3 Vgl. *Tagesschau*, USA starteten Cyberangriffe auf den Iran, 23.6.2019, <https://www.tagesschau.de/ausland/usa-iran-151.html>, zuletzt aufgerufen am 13.3.2020.

4 *Trump* (@realDonaldTrump), Twitter, Tweet vom 21.6.2019, <https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1142055392488374272>, zuletzt aufgerufen am 13.3.2020.

5 *Dornbusch*, Das Kampfführungsrecht im internationalen Cyberkrieg (2018), S. 102; einen Vergleich zum Kalten Krieg zieht *Akoto*, Les Cyberattaques étatiques constituent-elles des actes d'agression en vertu du droit international public: Deuxième partie, *OttawaLRev* 2014, 199 (199, 230).

6 *Dornbusch* (Fn. 5), S. 100 ff.

7 *Schulze*, Cyber-»War« – Testfall der Staatenverantwortlichkeit (2015), S. 134.

8 *Rötzer*, USA–Iran: Sollen Cyberangriffe Kriege vermeiden?, *heise online*, 2.10.2019, <https://www.heise.de/tp/features/USA-Iran-Sollen-Cyberangriffe-Kriege-vermeiden-4544258.html>, zuletzt aufgerufen am 13.3.2020.

9 *Moore*, Cyber Attacks and the Beginnings of an International Cyber Treaty, *NCJIntL&ComReg* 2013, 223 (229 f.).

10 Vgl. *Dornbusch* (Fn. 5), S. 31 f., *denial-of-services-attacks* bezeichnen eine Manipulation durch eine Vielzahl von Anfragen, die eine Überbelastung des Systems herbeiführen (31); *Radziwill*, Cyber-Attacks and the Exploitable Imperfections of International Law (2015), S. IX.

11 Ein Wurm stellt eine sich selbstständig über Computernetzwerke verbreitende *malware* dar, vgl. *Woltag*, Cyber Warfare: Military Cross-Border Computer Network Operations under International Law (2014), S. 47.

12 *Woltag* (Fn. 11), S. 47; *Moore* (Fn. 9), *NCJIntL&ComReg* 2013, 223 (226).

13 *Nakashima*, Washington Post, Trump approved cyber-strikes against Iranian computer database used to plan attacks on oil tankers, 22.6.2019, https://www.washingtonpost.com/world/national-security/with-trumps-approval-pentagon-launched-cyber-strikes-against-iran/2019/06/22/250d3740-950d-11e9-b570-6416efdc0803_story.html?noredirect=on, zuletzt aufgerufen am 13.3.2020.

14 *Weisbord*, Judging Aggression, *ColumJTransnatlL* 2011, 82 (152).

15 *Dornbusch* (Fn. 5), S. 29.

Völkerstrafrecht (VStR) vor enorme Unsicherheiten. Eben diese Unsicherheiten werden vielfach ausgenutzt.¹⁶ Teilweise wird eine ganz eigene Regulierung von Cyberoperationen gefordert.¹⁷ Dieser Beitrag zeigt jedoch, dass sich ein einheitlicher Begriff des Cyberangriffs bestimmen lässt (dazu B.). Auch die Regelungen des *ius ad bellum* (C.II.3.) und *ius in bello* (C.III.4.) lassen sich auf diese Art von Angriffen anwenden.¹⁸ So können Cyberangriffe auch ohne physischen Schaden eine Gewaltanwendung oder einen bewaffneten Angriff darstellen. Einer erweiterten Pönalisierung im VStRs bedarf es daher nicht (C.V.).

B. Der Begriff des Cyberangriffs

Der Begriff »Cyberangriff« ist stark umstritten.¹⁹ Verkürzt ist dabei zunächst zu differenzieren, ob »Cyber« das Instrument zur Durchführung des Angriffs darstellt oder vielmehr das Objekt; also ob sich der Cyberangriff durch die »Waffe«²⁰ oder durch das Ziel definiert.²¹ Will man sich ernsthaft mit den Besonderheiten des Cyberangriffs auseinandersetzen, ist der Blick auf das Instrument zu richten.²² Dies zeigt nicht zuletzt ein Vergleich mit Chemiewaffen. Das Ziel, die Schädigung von Personen, ist das gleiche wie bei einem konventionellen Militärschlag. Die Folgen treten dagegen häufig nur mittelbar ein, was die Besonderheit des Einsatzmittels aufzeigt.²³ Es ist daher nicht darauf abzustellen, ob durch den Angriff ein Computernetzwerk betroffen ist, sondern vielmehr, ob der Cyberraum für den Angriff genutzt wird.²⁴ Davon ausgehend ist jedoch weiterhin unklar, wann ein Cyberangriff tatsächlich als solcher zu bezeichnen ist.²⁵ So werden recht uneinheitlich für scheinbar gleiche Maßnahmen die Begriffe »cyberstrikes«, »cyber-attack«, »computer network attack« ver-

wendet.²⁶ Das Bundesinnenministerium (BMI) differenziert zwischen Cyber-Angriff, Sabotage, Ausspähung und Spionage.²⁷ Aus allen Begrifflichkeiten lässt sich zunächst entnehmen, dass der Begriff »Cyberoperationen« als Oberbegriff verwendet werden kann.²⁸ Es überzeugt, darunter zwischen »Cyberangriffen« und sonstiger »Cyberausnutzung« zu differenzieren.²⁹ Unter eine Ausnutzung sind vor allem Cyberspionage und Cybermanipulationen zu fassen.³⁰ Ein Cyberangriff zeichnet sich durch grds. schwerwiegendere Schädigungen von Objekten oder Personen aus.³¹ *Schmitt et al.* konkretisieren die Definition wie folgt:³² »Ein Cyberangriff ist eine offensive oder defensive Cyberoperation, die mit hoher Wahrscheinlichkeit Verletzungen oder den Tod von Personen oder Beschädigung oder die Zerstörung von Objekten verursachen wird.«³³ Diese Definition ist offensichtlich an die allgemeine Definition des »Angriffs« i. S. d. Art. 49 I des Zusatzprotokolls I zu den Genfer Konventionen (GK ZP I) angelehnt, sodass die Kritik von *McGhee*, diese Definition sei nur die des »Angriffs« mit dem Zusatz »Cyber«, als berechtigt anzusehen ist.³⁴ Dies ist jedoch mit Blick darauf, dass sie eine gewisse Schwere des Angriffs hervorhebt und dadurch Cyberspionage und psychologische Cyberoperationen, nicht aber nicht-physische Schäden *per se*, ausschließt, durchaus sachgerecht.³⁵ Bei der Kritik, die Definition sei zu wenig konkret,³⁶ muss zudem berücksichtigt werden, dass diese in der Kommentierung

16 *Djabatey*, Reassessing U.S. Cyber Operations Against Iran and the Use of Force, 17.10.2019, <https://www.justsecurity.org/66628/reassessing-u-s-cyber-operations-against-iran-and-the-use-of-force>, zuletzt aufgerufen am 13.3.2020.

17 *Arimatsu*, A Treaty for Governing Cyber-Weapons: Potential Benefits and Practical Limitations, in: *Czosseck et al.* (Hrsg.), 4th International Conference on Cyber Conflict: Proceedings, NATO CCD COE Publications, Tallinn, 2012, https://ccdcoe.org/uploads/2019/03/CyCon_book_2012.pdf, zuletzt aufgerufen am 10.12.2019, S. 91.

18 *Ius ad bellum* bezeichnet das Recht auf/zum Krieg, *ius in bello* dagegen das im bewaffneten Konflikt anwendbare Völkerrecht, von *Heinegg*, in: *Epping/v. Heinegg* (Hrsg.), *Völkerrecht – Ein Studienbuch*, 7. Auflage (2018), § 50 Rn. 1 ff., § 60 Rn. 1 ff.

19 *Radziwill* (Fn. 10), S. 11 f.

20 Zum Begriff des Cyberinstruments als Waffe: *Boothby*, *Conflict Law: The Influence of New Weapons Technology, Human Rights and Emerging Actors* (2014), S. 176 ff.

21 *Nguyen*, Navigating *Jus Ad Bellum* in the Age of Cyber Warfare, *CaliLRev* 2013, 1079 (1086).

22 *Nguyen* (Fn. 21) *CaliLRev* 2013, 1079 (1083 f.).

23 *McGhee*, Cyber Redux: The Schmitt Analysis, *Tallinn Manual and US Cyber Policy*, *JLCyberWarfare* 2013, 64 (91).

24 *Nguyen* (Fn. 21) *CaliLRev* 2013, 1079 (1088); a. A.: *Hathaway et al.*, *The Law of Cyber-Attack*, *CaliLRev* 2012, 817 (826), die jedoch von ihrer Definition von der überholten Definition des *U.S. Department of Defense* abhängig zu machen scheint; vgl. auch *Dornbusch* (Fn. 5), S. 33 f.

25 Vgl. *Moore* (Fn. 9), *NCJIntL&ComReg* 2013, 223 (232).

26 *Moore* (Fn. 9), *NCJIntL&ComReg* 2013, 223 (232); *Nguyen* (Fn. 21) *CaliLRev* 2013, 1079 (1085); *Radziwill* (Fn. 10), S. 11 f.

27 *BMI*, Cyber-Sicherheitsstrategie für Deutschland 2011, https://www.kritis.bund.de/SharedDocs/Downloads/Kritis/DE/2016_16_11_Cyber_Sicherheitsstrategie2011.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt aufgerufen am 13.3.2020, S. 14 f.

28 *Kittichaisaree*, *Public International Law of Cyberspace* (2017), S. 154; *Schmitt et al.*, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, 2. Auflage (2017), S. 564.

29 »Cyber attacks and cyber exploitations«, *Roscini*, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law* (2014), S. 16; *Gervais*, *Cyber Attacks and the Laws of War*, *JLCyberWarfare* 2012, 19 ff.

30 Dazu *Buchan*, *Cyber Espionage and International Law* (2018) S. 13 ff. So ist insbes. Spionage nach internationalem Recht nicht verboten und gehört vielmehr zur allgemeinen Staatenpraxis, vgl. dazu *McGhee*, *Hack, Attack or Whack; The Politics of Imprecision in Cyber Law*, *JLCyberWarfare* 2014, 13 (17 f.); Eine Veränderung in diesem Bereich erkennt *Buchan* (S. 66 ff.).

31 Vgl. *McGhee* (Fn. 30), *JLCyberWarfare* 3 (2014), 13 (14); *Moore* (Fn. 9), *NCJIntL&ComReg* 2013, 223 (232).

32 Eine *allgemeine* Definition des Cyberangriffs wird häufig in verschiedenen Bereichen des Konfliktvölkerrechts behandelt und daher ist teilw. eine Verbindung zu der Definition eines »Angriffs« insbes. i. S. v. Art. 51 UN-Ch und Art. 49 I GK ZP I zu berücksichtigen. Durch die vielfältige Verwendung und Verweisung scheint es so, als seien in der Literatur Fragen der Definition mit solchen der Subsumtion vermengt worden; dies erkennt im Ansatz auch *Focarelli*, *Self-Defence in Cyberspace*, in: *Tsagourias/Buchan* (Hrsg.), *Research Handbook on International Law in Cyberspace* (2015), S. 255, 283.

33 »A cyber attack is a cyber operation, whether offensive or defensive, that is reasonably expected to cause injury or death to persons or damage or destruction to objects.«, *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 415, Rule 92 (Übersetzung durch den Verf.).

34 *McGhee* (Fn. 23) *JLCyberWarfare* 2013, 64 (90 f.).

35 *Moore* (Fn. 9), *NCJIntL&ComReg* 2013, 223 (233).

36 *Moore* (Fn. 9), *NCJIntL&ComReg* 2013, 223 (233).

näher konkretisiert wird³⁷. Mit Blick in die Zukunft bedarf es letztlich allerdings einer konkreten Definition, die den Cyberangriff hinsichtlich der Intensität von anderen Cyberoperationen abgrenzt sowie die Besonderheiten der Vielfältigkeit der Angriffe umfasst.³⁸ Nach alledem ist ein Cyberangriff als *eine defensive oder offensive Operation zu verstehen, die mittels eines Computernetzwerkes durchgeführt wird, um unmittelbar oder mittelbar einen physischen Schaden an einem Objekt oder den Tod oder Verletzungen von Personen zu verursachen, oder um durch eine Datenbeschädigung oder -zerstörung die Funktionsfähigkeit eines Computernetzwerkes in erheblicher Weise zu beeinträchtigen*.³⁹

C. Regulierung

Es stellt sich die Frage, ob Cyberangriffe einer Regulierung im internationalen Recht bedürfen und – bejahendenfalls –, ob sie durch das bestehende System bereits erfasst werden.

I. Regulierungsbedürftigkeit

Völkerrechtliche Regulierung meint die freiwillige kollektive Bindung mittels eines völkerrechtlichen Vertrages zwischen Staaten und/oder internationalen staatlichen Organisationen, um bestimmte Verhaltensweisen, basierend auf dem Konsensprinzip, durch Rechte und Pflichten verbindlich zu regeln.⁴⁰ Die Regulierung ist dabei stark politisch geprägt.⁴¹ Sie folgt regelmäßig einer Funktion, wie im vorliegenden Fall der *Sicherung des Friedens und der internationalen Sicherheit*.⁴² In diesem Bereich gibt es bereits eine Vielzahl von Regulierungen.⁴³ Insofern fragt sich, ob überhaupt ein Regelungsbedürfnis besteht.⁴⁴ Ein solches liegt regelmäßig vor, wenn sich unter Betrachtung der völkerrechtlichen Regelungen eine erhebliche Lücke aufzeigt, die nicht durch Auslegung zu schließen ist, und sich ein Konsens hinsichtlich der Notwendigkeit einer Normierung durch die Staaten bildet.⁴⁵ Regulierungen, insbes. im Völkerrecht, entstehen i. d. R. retroaktiv.⁴⁶ Dies liegt darin begründet, dass die Regulierungsbedürftigkeit erst festgestellt wird, wenn Situationen auftreten, die diese offenbaren.⁴⁷ Dagegen sind jedoch die bestehenden Regelungen häufig so weit gefasst, dass sie durch eine dynamische Auslegung auf aktuelle Veränderungen reagieren können.⁴⁸ Sowohl die UN-Charta als auch das huVR sind weit gefasst und sollen nicht nur

die Fälle umfassen, die bei der Ausarbeitung der Verträge bereits erkennbar waren.⁴⁹ Nach dem oben Aufgeführten scheinen die kontrovers diskutierten Regulierungsansätze ein Regelungsbedürfnis grds. anzuzeigen. Möglicherweise fehlt es jedoch bereits an einer Regelungslücke und es besteht eine ausreichende Regulierung.

II. Cyberspace als nicht-eigenständiger Raum

Zunächst ist dafür zu untersuchen, ob die bestehenden Regelungen des *ius ad bellum* und *ius in bello* auf den Cyberspace und damit auch auf Cyberangriffe Anwendung finden können. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn man den Cyberspace neben dem Land-, Luft-, See- und Weltraum⁵⁰ als eigenständigen Raum im völkerrechtlichen Sinne betrachten würde, weil ihm dann ein eigener rechtlicher Status zukäme.⁵¹ Dies ist jedoch dahingehend abzulehnen, als dass der Cyberspace kein vergleichbarer souveränitätsfreier Raum, d. h. ein solcher ohne nationalstaatliche oder übergeordnete Hoheitsgewalt, ist.⁵² Er ist nicht von der »realen Welt« losgelöst,⁵³ sondern stellt einen durch physische Konstruktionen geschaffenen Raum dar, der seine Verbindung zu diesen nicht verloren hat und einem Souverän zugeordnet werden kann.⁵⁴ Durch die Verbindung zwischen virtuellem Cyberspace und physischen Netzwerkkomponenten (Hardware) erstreckt sich die territoriale Hoheitsgewalt darauf.⁵⁵ Dies muss auch für die Daten gelten, die für den Austausch auf dieser physischen Ebene, also für die Funktionsfähigkeit, notwendig sind.⁵⁶ Aufgrund des Zieles des Grundsatzes der Souveränität, dem Staat die volle Kontrolle über den Zugang zu seinem Hoheitsgebiet und die Tätigkeiten in diesem zu gewähren,⁵⁷ muss dies auch für die Zerstörung oder Beschädigung gelten, die die Funktionsfähigkeit beeinträchtigt.⁵⁸ Durch einen solchen Angriff wird daher in die staatliche Souveränität in Form der territorialen Integrität eingegriffen.

III. *Ius ad bellum*

Cyberangriffe unterfallen damit grds. auch dem internationalen Recht. Dieser Rechtsrahmen ist unvollständig (bzw. unvollständig erforscht),⁵⁹ was die Gefahr der Ausnutzung von (vermeintlichen) Rechtslücken birgt.⁶⁰ Ob eine Rechtslücke tatsächlich besteht und es einer eigenständigen Regulierung bedarf, wird nachstehend untersucht.

37 Vgl. *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 415, Rule 92, Rn. 1–21.

38 Vgl. *Moore* (Fn. 9), NCJIntL&ComReg 2013, 223 (232 ff.); *Roscini* (Fn. 29), S. 16 ff.; *Hathaway et al.* (Fn. 24), CalILRev 2012, 817 (822); *Nguyen* (Fn. 21) CalILRev 2013, 1079 (1085 ff.).

39 Einen vergleichbaren Ansatz wählt *Roscini* (Fn. 29), S. 17. Vertiefend sei in diesem Zusammenhang zudem auf die Diskussion unter C. III. 1. und die Anmerkung in Fn. 93 verwiesen.

40 Vgl. *Ipsen* (Fn. 18), § 3 Rn. 3 ff., 14, 21.

41 *Herdegen*, Völkerrecht, 8. Auflage (2019), § 4 Rn. 1 ff.

42 *Ipsen* (Fn. 18), § 3 Rn. 14.

43 Allgemein zum Konfliktvölkerrecht, *Dornbusch* (Fn. 5), S. 60 ff.

44 Dazu *Moore* (Fn. 9), NCJIntL&ComReg 2013, 223 (230).

45 *Moore* (Fn. 9), NCJIntL&ComReg 2013, 223 (250 ff.).

46 *Dornbusch* (Fn. 5), S. 60.

47 *Dornbusch* (Fn. 5), S. 60.

48 *v. Heinegg* (Fn. 18), § 15 Rn. 21.

49 *v. Heinegg* (Fn. 18), § 15 Rn. 21, § 55 Rn. 18 ff.

50 Dazu *Herdegen* (Fn. 41), § 31 und § 32.

51 *Dornbusch* (Fn. 5), S. 26.

52 *Radziwill* (Fn. 10), S. 88.

53 *Dinniss*, *Cyber Warfare and the Laws of War* (2012), S. 28; *Dornbusch* (Fn. 5), S. 26.

54 *Dinniss* (Fn. 53), S. 28; *Schulze* (Fn. 7), S. 112.

55 *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 12, Rule 1, Rn. 4.

56 *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 12, Rule 1, Rn. 4; Vgl. auch UN-Generalversammlung, *Developments*, 24. 6. 2013, UN Doc. A/68/98, Ziff. 20.

57 Vgl. *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 19 (Rule 4), Rn. 14.

58 *v. Heinegg*, *Legal Implications of Territorial Sovereignty in Cyber-Space*, in: (Fn. 17), S. 7, 14; *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 20, Rule 4, Rn. 13.

59 *Radziwill* (Fn. 10), S. 4 f.

60 *Radziwill* (Fn. 10), S. 5.

1. Cyberangriff als Gewaltanwendung i. S. v. Art. 2 IV UN-Ch

Damit ein Cyberangriff eine *Gewaltanwendung* (»use of force«) darstellen kann, müsste er als Gewalt i. S. d. Art. 2 IV UN-Ch zu begreifen sein. Das Gewaltverbot, das zum Gewohnheitsrecht geworden ist und nach ganz herrschender Meinung auch zum zwingenden Völkerrecht (*ius cogens*) gehört,⁶¹ umfasst die Anwendung bewaffneter oder militärischer Gewalt, die einem Staat zurechenbar ist.⁶² Dies entspricht der gewöhnlichen und im Zusammenhang stehenden Bedeutung im engeren Sinne, vgl. Art. 31 I WÜRV.⁶³ Darüber hinaus können, insbes. in Abgrenzung zu Art. 51 UN-Ch (»armed attack«) und Art. 44 UN-Ch (»armed forces«), auch indirekte Gewalt⁶⁴ und in Grenzen auch – zumindest im traditionellen Sinne – nicht als militärisch erachtete physische Gewalt unter das Verbot fallen.⁶⁵ Nach ganz h. M. meint dies jedoch wiederum Waffengewalt und nicht wirtschaftlichen oder politischen Zwang, der vielmehr unter das Interventionsverbot fällt.⁶⁶ Was genau dagegen unter der *Gewalt* zu verstehen ist, ist weiterhin stark umstritten.⁶⁷ In der Konsequenz ist die Einordnung von Cyberangriffen mit nur mittelbaren Schäden oder reinen Datenschäden als Gewalt schwierig.⁶⁸ Ausgangspunkt der Überlegung muss dabei das Ziel der UN-Charta sein, beständigen Frieden zu schaffen und vor Gewalttätigkeiten zu schützen.⁶⁹ Zum einen darf dabei der Begriff der Gewalt nicht zu eng verstanden werden, um ein möglichst breites Verbot und damit einen größtmöglichen Schutz zu gewährleisten. Zum anderen darf der Begriff nicht zu weit verstanden werden, da damit ggf. auch das Recht zur Selbstverteidigung gem. Art. 51 UN-Ch einhergeht.⁷⁰ In der Literatur haben sich mehrere Ansätze entwickelt, um diesen Zwiespalt zu lösen: Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, unter welchen Anforderungen ein Cyberangriff, obwohl er keine traditionelle »bewaffnete« Gewalt darstellt, als Gewaltanwendung angesehen werden kann.⁷¹ Dabei ist zu differenzieren: Mittlerweile recht unumstritten fallen Cyberangriffe, die zu (mittelbaren) physischen Schäden führen, unter das Gewaltverbot.⁷² Bei dem jüngsten militärischen Angriff der USA auf die

iranische Computerdatenbank handelt es sich jedoch weder um eine bloß psychische noch um eine rein wirtschaftliche oder politische Zwangsmaßnahme.⁷³ Zudem enthält Art. 2 IV UN-Ch selbst nicht den Zusatz der »bewaffneten« Gewalt.⁷⁴ Maßgeblich kommt es darauf an, woran für die Gewaltanwendung angeknüpft wird.

a) Instrument-based-Ansatz

Nach dem *instrument-based*-Ansatz ist für diese Frage das Mittel, das für die Schädigungshandlung oder Zwangsausübung eingesetzt wird, selbst ausschlaggebend.⁷⁵ Zwar scheint dieser Ansatz mit Blick auf die betreffende Frage zunächst konsequent, da es gerade um die Art der »Waffe« geht. Ein zweiter Blick belegt jedoch, dass dieser nur bedingt praktikabel ist. Der Ansatz ist extrem weit gefasst und geht nicht auf die technischen Besonderheiten einer Waffe ein.⁷⁶ Innerhalb dieses Ansatzes schwanken die genauen Voraussetzungen. Nach einer engen Ansicht wird ein physischer Zwang gefordert.⁷⁷ Dieser tritt im Falle eines Cyberangriffs jedoch nicht unmittelbar ein.⁷⁸ Dem ist wiederum entgegenzuhalten, dass die Gewaltanwendung im Falle des Einsatzes toxischer Chemikalien zweifellos zu bejahen ist und damit ein entsprechender Fall bereits anerkannt ist.⁷⁹ Doch auch an einem weiteren Verständnis, das keinen physischen Zwang voraussetzt, bestehen erhebliche Zweifel. Bei neuartigen Waffen müsste immer der entsprechende Einzelfall geprüft werden. Zudem ist mit Blick auf das huVR entscheidend, welche Folgen durch den Einsatz von Waffen entstehen. Es zielt gerade auf die Eingrenzung von Gewalt und deren Auswirkungen im Rahmen militärischer Notwendigkeiten ab.⁸⁰ Dies zeigt sich insbes. daran, dass das huVR gerade generelle Verbote ausspricht, die Einzelfälle umfassen.⁸¹ Im Ergebnis ist dem IGH zuzustimmen, dass es bei der Anwendung von Gewalt nicht auf die Art der Waffe ankommt.⁸²

b) Target-based-Ansatz

Der *target-based*-Ansatz stellt dagegen auf das Ziel des Cyberangriffs ab.⁸³ Handelt es sich bei den Zielen um be-

61 Herdegen (Fn. 41), § 34 Rn. 16.

62 Herdegen (Fn. 41), § 34 Rn. 15.

63 Dazu Benatar, The Use of Cyber Force: Need for Legal Justification?, GoJIL 2009, 375 (381).

64 Simma et al./Randelzhofer/Dörr, UN-Ch, 3. Auflage (2012), Art. 2(4) Rn. 23 ff.

65 Simma et al./Randelzhofer/Dörr (Fn. 64), Art. 2(4) Rn. 21 f.

66 Diese Ansicht könnte, gerade im Hinblick auf die derzeitigen Sanktionsmaßnahmen der USA, erheblich ins Wanken geraten; vgl. dazu Dittmar, Angriffe auf Computernetzwerke – Ius ad bellum und ius in bello (2005), S. 70 ff. m. w. N. Aufgrund des Fokus dieses Beitrags wird jedoch auf eine Vertiefung verzichtet.

67 Radziwill (Fn. 10), S. 131; Simma et al./Randelzhofer/Dörr (Fn. 64), Art. 2(4) Rn. 16.

68 Schulze (Fn. 7), S. 98, der diese Fälle als »Grauzone« bezeichnet.

69 v. Heinegg (Fn. 18), § 55 Rn. 16; vgl. Art. 1 Abs. 1 UN-Ch und Art. 103 UN-Ch, woraus sich der Vorrang der UN-Ch ergibt.

70 Weisbord (Fn. 14) ColumJTransnatlL 2011, 82 (151).

71 Radziwill (Fn. 10), S. 132.

72 Dornbusch (Fn. 5), S. 115 f.

73 Vgl. v. Heinegg (Fn. 18), § 55 Rn. 18.

74 Vgl. insofern Art. 51 UN-Ch, wodurch ein qualitativer Unterschied deutlich wird; dazu auch Schulze (Fn. 7), S. 98.

75 Kanuck, Information Warfare: New Challenges for Public International Law, HarvIntLJ 1996, 272 (289).

76 Müller, Cyberattacks, the Laws of War, and the Crime of Aggression, ILSAQuart 2013, 21 (22).

77 Hollis, Why States Need an International Law for Information Operations, Lewis&ClarkLRev 2007, 1023 (1041).

78 Dornbusch (Fn. 5), S. 71.

79 Schmitt, Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework, ColumJTransnatlL 1999, 885 (913); Woltag, Cyber Warfare, MPEPIL 2015, Rn. 2.

80 Dornbusch (Fn. 5), S. 72.

81 Ebenda.

82 IGH, Advisory Opinion, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 8. 6. 1996, 1996 ICJRep 226, para. 39.

83 Sharp, Cyberspace and the Use of Force (1999), S. 129 f.; Jensen, Computer Attacks on Critical National Infrastructure: A Use of Force Invoking the Right of Self-Defense, StanJIntL 2002, 207 (226 ff.).

sonders bedeutsame bzw. anfällige Teile der Infrastruktur des betroffenen Staates, soll schon allein deshalb eine Gewaltanwendung vorliegen.⁸⁴ Als solche sind insbes. auch die Militär- und Staatsverwaltung anzusehen.⁸⁵ Der Vorteil dieses Ansatzes liegt darin, dass er eine weitergehende Differenzierung hinsichtlich der Intensität vereinfacht. Dies ist jedoch auch zugleich die größte Schwäche. So beinhaltet dieser Ansatz einen erheblichen Spielraum hinsichtlich der Frage, welche Ziele als kritisch zu betrachten sind, und verlagert damit lediglich die Definitionsfrage.⁸⁶ Zudem sind schon geringfügigste Störungen umfasst, sobald ein entsprechendes Ziel betroffen ist.⁸⁷ Auch scheint dieser Ansatz letztlich doch auf den Effekt des Angriffs abzustellen und dabei die kritische Infrastruktur als maßgebliches Kriterium heranzuziehen.

c) Effect-based-Ansatz

All dies zeigt, dass es vielmehr auf die Auswirkungen ankommt, worauf der *effect-based-Ansatz* entscheidend abstellt. Innerhalb dieses Ansatzes gibt es eine Vielzahl an Ansätzen, unter welchen Voraussetzungen ein Effekt für die Annahme einer Gewaltanwendung ausreichen soll. So vertritt *Sharp*, dass bereits jeder *computer network attack* (CNA), der zerstörerischen Effekt auf die territoriale Integrität oder die politische Unabhängigkeit eines Staates hat, eine unrechtmäßige Gewaltanwendung darstellt.⁸⁸ Dieser sehr weitgehende Ansatz ist zweifelsohne näher zu spezifizieren. *Schmitt* hat dazu ein System von mittlerweile acht Faktoren entwickelt.⁸⁹ Dieser Ansatz sieht sich indes dem Einwand ausgesetzt, dass sich daran die weitere Frage der Zuordnung der einzelnen Faktoren in ihrer Bedeutung anschließt. Letztlich scheint dabei nur das Kriterium der *Schwere* des Angriffs wirklich bedeutsam.⁹⁰ Die Ungenauigkeit, die sich durch die Vielzahl von Faktoren ergibt, verdeutlicht *Silver*, indem er die beabsichtigten Auswirkungen verändert und dabei aufzeigt, dass es letztlich nur entscheidend sei, ob die Zerstörung von Sachwerten oder Verletzung von Leib und

Leben die vorhersehbare Folge seien.⁹¹ Die Kriterien erscheinen in ihrer Gänze für die Lösung des Problems wenig praktikabel. Dennoch vermag der *effect-based-Ansatz* seinem Grunde nach zu überzeugen. So sind unter einer *Gewaltanwendung* nicht nur ein direkter bewaffneter Angriff zu verstehen, sondern eben auch solche Maßnahmen, die einen ähnlichen Wirkungsgehalt in sich tragen.⁹²

Gegenstand erheblicher Diskussion ist dabei wiederum die Frage, ob auch Angriffe, die lediglich die Funktionen beeinträchtigen, in ihrer Intensität physischen Objektbeschädigungen gleichgestellt werden können.⁹³ So lässt sich dem *Tallinn Manual* entnehmen, dass mehrheitlich befürwortet wird, dass die Beeinträchtigung der Funktionalität nur dann als Beschädigung des Objekts zu verstehen sei, wenn das betroffene Objekt oder Teile davon auch tatsächlich ausgetauscht werden müssen.⁹⁴ Dieses Verständnis begegnet Zweifeln.⁹⁵ Es scheint recht willkürlich, die Notwendigkeit einer physischen Reparatur zu fordern, wenn doch die Folgen durch den Funktionsausfall in gleicher Weise eintreten, obwohl sie durch eine technische Wiederherstellung beseitigt werden können.⁹⁶ Insbes. zeigt sich dies dadurch, dass die Cyberangriffe als Alternative zu einem traditionellen militärischen Angriff genutzt werden.⁹⁷ Der militärische Vorteil, also die Funktionslosigkeit der betroffenen militärischen Einheit, besteht in beiden Fällen gleichermaßen.⁹⁸ Es kann damit nicht darauf ankommen, ob die Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit eines physischen oder technischen Wiederaufbaus bedarf.⁹⁹ Die zeitliche Begrenzung des Schadens aufgrund der Wiederherstellbarkeit stellt gerade eine Besonderheit von Cyberangriffen dar.¹⁰⁰ Begrenzend muss eine Funktionsbeeinträchtigung gefordert werden, die bei einem entsprechenden

⁸⁴ *Jensen* (Fn. 83), *StanJIntL* 2002, 207 (226 f.); vgl. *Nguyen* (Fn. 21) *CaliLRev* 2013, 1079 (1119), *Radziwill* (Fn. 10), S. 138; Allg. zu kritischen Infrastrukturen: *Roscini* (Fn. 29), S. 55 ff.

⁸⁵ Des Weiteren: »Wasser- und Lebensmittelversorgung, Gesundheit, Gefahrstoffanlagen, Energieversorgung, Transportwesen, Kommunikation, Finanz- und Bankenwesen«, *Dornbusch* (Fn. 5), S. 99; *Focarelli* (Fn. 32), S. 268 f.

⁸⁶ *Handler*, *The New Cyber Face of Battle: Developing a Legal Approach to Accommodate Emerging Trends in Warfare*, *StanJIntL* 48 (2012), 209 (228).

⁸⁷ Ebenda.

⁸⁸ *Sharp* (Fn. 83), 90 f.

⁸⁹ »Severity, immediacy, directness, invasiveness, measurability, and presumptive legitimacy«, *Schmitt* (Fn. 79), *ColumJTransnatL* 1999, 885 (914 f.); »responsibility«, *Schmitt*, *Computer Network Attack: The Normative Software*, *YbIntHumL* 2001, 53 (65), wurde in »military character« und »state involvement« aufgesplittet, sowie »presumptive legitimacy« durch »presumptive legality« ersetzt, *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 334, Rule 69, Rn. 9.

⁹⁰ *Silver*, *Computer Network Attack as a Use of Force under Article 2(4) of the United Nations Charter*, *ILS* 2002, 73 (89, 91).

⁹¹ *Silver* (Fn. 90), *ILS* 2002, 73 (91).

⁹² So entschied der IGH, dass das Bewaffnen und Trainieren von Rebellen schon eine Gewaltanwendung i. S. v. Art. 2 Abs. 4 UN-Ch darstellen könne, IGH, *Judgement, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Merits, 27. 6. 1986, *ICJRep* 1986, 14, para. 228; Generell zum Problem der indirekten Gewaltanwendung vgl. *Simma et al./Randelzhofer/Dörr* (Fn. 64), Art. 2(4) Rn. 23–8.

⁹³ Anm.: Dieser Abschnitt befand sich in der urspr. Arbeit i. R. d. Diskussion über die Definition und ist zum Zwecke der Anschaulichkeit hier angepasst worden.

⁹⁴ *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 415, Rule 92, Rn. 10.

⁹⁵ Dies zeigt sich auch im Vergleich der beiden Auflagen des *Tallinn Manuals*, dem sich ein Meinungswandel entnehmen lässt. War 2013 noch davon die Rede, dass ein paar Experten soweit gingen, vgl. *Schmitt et al.*, *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Operations* (2013), S. 109, Rule 30, Rn. 11, sind es 2017 bereits einige Experten innerhalb der oben bezeichneten Mehrheit – und damit mehr als 2013 –, die eine Ausweitung auf eine technische Wiederherstellung befürworten, vgl. *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 415, Rule 92, Rn. 11.

⁹⁶ *Barkham*, *Information Warfare and International Law on the Use of Force*, *NYUJIntL&P* 2001, 57 (92).

⁹⁷ Vgl. Aussagen von US-Präsident *Donald Trump* (Fn. 4) mit zugehörigem Haupttext.

⁹⁸ Vgl. *Radziwill* (Fn. 10), S. 63–66.

⁹⁹ Vgl. *Dornbusch* (Fn. 5), S. 97 f.

¹⁰⁰ *Nguyen* (Fn. 21) *CaliLRev* 2013, 1079 (1103).

kinetischen Angriff eine physische Reparatur notwendig machen würde und damit als erheblich zu bezeichnen ist.¹⁰¹

d) Effect-on-target-based-Ansatz

Die Ungenauigkeiten des *effect-based*-Ansatzes könnten durch eine Verbindung zu einem *effect-on-target-based*-Ansatz beseitigt werden und dadurch einheitlich physische Schäden sowie Funktionsbeeinträchtigungen erfassen. Letztlich sind beide darin enthaltenen Kriterien maßgeblich und längst in der Literatur vermengt.¹⁰² So wird mehrheitlich entweder ein Angriff, der vergleichbar intensive Schäden verursacht, oder ein auf eine kritische Infrastruktur gerichteter, der kumulativ von einer gewissen Intensität ist, als Gewaltanwendung angesehen.¹⁰³ Durch das Zusammenspiel beider Ansätze mit den Kriterien der kritischen Infrastruktur (*target*) und der Schwere (*effect*) könnten insofern sowohl unmittelbare und mittelbare physische Schäden als auch nur auf die Funktionsunfähigkeit gerichtete Angriffe einheitlich bestimmt werden und dadurch der bestehenden Rechtsunsicherheit im Falle von Cyberangriffen begegnet werden.¹⁰⁴ Dieses Verständnis geht damit einher, dass Angriffe, die die staatliche Souveränität und insbes. solche Strukturen betreffen, die vom staatlichen Militär genutzt werden, auch bei geringerer Intensität eher als Gewaltanwendung im traditionellen Sinne angesehen werden.¹⁰⁵ Die Beschädigung oder Zerstörung von Daten und damit auch Computernetzwerkssystemen stellt danach immer dann eine Gewaltanwendung i. S. d. Art. 2 IV UN-Charta dar, wenn sie sich gegen eine kritische Infrastruktur richtet und in ihrer Wirkung auf die Funktion als erheblich anzusehen ist.¹⁰⁶

2. Cyberangriff als bewaffneter Angriff i. S. v. Art. 51 UN-Ch

Gem. Art. 51 UN-Ch besteht das Recht zur Selbstverteidigung unter der Voraussetzung, dass ein *bewaffneter Angriff* (»armed attack«) vorliegt. Die Anforderungen daran sind ungleich höher als i. R. v. Art. 2 IV UN-Ch.¹⁰⁷ Dabei ist zunächst festzustellen, dass es für die Voraussetzung des *bewaffneten* Angriffs nicht zwingend auf die Bestimmung der »Cyberwaffe« als Waffe im herkömmlichen Sinne ankommt, sondern vielmehr auf eine Vergleichbarkeit der Wirkungen.¹⁰⁸

¹⁰¹ Vgl. *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 415, Rule 92, Rn. 11.

¹⁰² *Focarelli* (Fn. 32), S. 269; *Dornbusch* (Fn. 5), S. 99 ff.

¹⁰³ Vgl. *Dornbusch* (Fn. 5), S. 112, die innerhalb des *targeted-based*-Ansatzes eine Intensitätsschwelle fordert, wofür letztlich die Folgen heranzuziehen sind.

¹⁰⁴ Vgl. *Roscini*, *Cyberoperations and the Use of force* (Fn. 32), S. 233, 245 ff.

¹⁰⁵ *Dornbusch* (Fn. 5), S. 100.

¹⁰⁶ So auch *Dornbusch* (Fn. 5), S. 111 f., 233; *Ziolkowski*, *Stuxnet – Legal Considerations*, HuV-I 2008, 202 (209); Ablehnend dagegen *Schulze* (Fn. 7), S. 95 f.

¹⁰⁷ *Simma et al./Randelzhofer/Dörr* (Fn. 64), Art. 51 Rn. 6, 20 ff.; *Radziwill* (Fn. 10), S. 132; eine Gleichstellung der Begriffe, die aufgrund des unterschiedlichen Wortlauts kaum haltbar scheint, befürwortet dagegen *Ziolkowski*, *Ius ad bellum in Cyberspace – Some Thoughts on the “Schmitt-Criteria” for Use of Force*, in: (Fn. 17), S. 299.

¹⁰⁸ v. *Heinegg* (Fn. 18), § 56 Rn. 11; *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 340, Rule 71,

So bedarf es einer massiveren und koordinierteren Gewaltanwendung gegen einen anderen Staat,¹⁰⁹ wobei auch eine Vielzahl kleinerer Angriffe einen bewaffneten Angriff darstellen können.¹¹⁰ Ein Cyberangriff kann das Recht auf Selbstverteidigung auslösen, soweit dieser, nach *Ausmaß und Auswirkungen*, einen bewaffneten Angriff darstellt.¹¹¹ Dabei kommt es wiederum nicht auf die Waffe selbst an.¹¹² Im Mittelpunkt steht daher die Frage, ob ein Angriff ohne physische Schäden diese Schwelle überschreiten kann.¹¹³ Das bloße Zerstören oder Beschädigen von Daten, das nur die Funktionsfähigkeit des Computersystems beeinträchtigt, solle dafür nicht reichen.¹¹⁴ Dies vermag nach dem oben Gesagten nicht zu überzeugen. Datenbeschädigungen, die – wie im Fall *Stuxnet* –¹¹⁵ physische Schäden hervorrufen, stellen bei entsprechendem Ausmaß einen bewaffneten Angriff dar, da sie mit Mitteln der Kriegsführung begangen werden und über einen bloßen Grenzzwischenfall hinausgehen.¹¹⁶ Versteht man diese Voraussetzung als »Mehr« gegenüber der Gewaltanwendung, kann es wiederum keinen Unterschied machen, ob die Funktionsfähigkeit durch physische oder virtuelle Schäden erheblich eingeschränkt wird.¹¹⁷ Beim jüngsten Angriff gegen den Iran war dies wohl nicht gegeben. Anders jedoch, wenn unter Umständen die gesamte Staatsverwaltung, Sicherheitssysteme oder die Elektrizitätsnetze betroffen sind und durch die Funktionsbeeinträchtigungen dieser Infrastrukturen zwar keine unmittelbaren Schäden, aber bspw. notstandsähnliche Zustände in der Zivilbevölkerung eintreten,¹¹⁸ sodass auch diese als schwerwiegendste Gewaltanwendungen¹¹⁹ bezeichnet werden können.¹²⁰ Unter Berücksichtigung dessen, dass einem angegriffenen Staat ein Selbstverteidigungsrecht gerade dann zustehen muss, wenn dieser im Rahmen seiner kritischen

Rn. 5; In dem hier behandelten Kontext wird die Verwendung der *Cybermittel* jedoch regelmäßig als *Cyberwaffe* zu verstehen sein (S. 452, Rule 103, Rn. 2); zur Frage, ob es sich um Waffen handelt, vgl. *Kolofsa*, *Is There Really a Need for a New “Digital Geneva Convention”?*, HuV 2019, 37 (44 f.).

¹⁰⁹ *Herdegen* (Fn. 41), § 34 Rn. 22.

¹¹⁰ *Simma et al./Randelzhofer/Dörr* (Fn. 64), UN-Ch, Art. 51 Rn. 21.

¹¹¹ *Schmitt et al.* (Fn. 28), Rule 71, S. 339, mit Bezug auf »*scale and effect*«, IGH, *Nicaragua* (Fn. 92), para. 195.

¹¹² IGH, *Nuclear weapons* (Fn. 82), para. 39.

¹¹³ *Focarelli* (Fn. 32), S. 256.

¹¹⁴ *Schmitt*, *Cyber Operations and the Jus Ad Bellum Revisited*, VillLRev 2011, 569 (589).

¹¹⁵ Dazu *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 342, Rule 71, Rn. 10.

¹¹⁶ *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 339, Rule 71, Rn. 11; v. *Heinegg* (Fn. 18), § 56 Rn. 7 f., 12.

¹¹⁷ Uneinig zeigt sich, wie auch im Falle der Gewaltanwendung, die Expertenkommission, *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 343, Rule 71, Rn. 13.

¹¹⁸ So auch *Bring*, *The Use of Force under the UN-Charter – Modification and Reform through Practice or Consensus*, in: Ebbesson et al. (Hrsg.), *International Law and Changing Perceptions of Security – Liber Amicorum Said Mahmoudi* (2014), S. 12; *Dittmar* (Fn. 66), S. 157 f.; *Dinstein*, *Computer Network Attacks and Self Defense ILS 2002*, 99 (105). Einen dahingehenden Ausblick in die Staatenpraxis wagt *Schmitt*, *Peacetime Cyber Responses and Wartime Cyber Operations under International Law: An Analytical Vade Mecum*, HarvNatlSecJ 2017, 239; kritisch: *Kittichaisaree* (Fn. 28), S. 171 f.

¹¹⁹ IGH, *Nicaragua* (Fn. 92), paras. 191 (»most grave forms of the use of force«).

¹²⁰ Kritisch dagegen *Schmitt* (Fn. 118) HarvNatlSecJ 2017, 239 (266 f.).

Infrastrukturen angegriffen wird,¹²¹ ist für einen *effect-on-target-based-Ansatz* zu plädieren, der das Ausmaß und die Auswirkungen berücksichtigt, aber auch die besonders sensiblen Infrastrukturen.¹²² Dabei ist jedoch festzuhalten, dass es sich um einen Extremfall handeln muss, damit das Selbstverteidigungsrecht ausgelöst wird.¹²³

3. Staatenverantwortlichkeit

Der Staat muss darüber hinaus für das begangene Unrecht verantwortlich sein, damit der angegriffene Staat gegen diesen sein Selbstverteidigungsrecht ausüben darf.¹²⁴ Verantwortlich ist ein Staat grds. nur für das Handeln eigener *de-facto-* oder *de-jure-*Staatsorgane.¹²⁵ Cyberangriffe werden jedoch häufig durch nichtstaatliche Akteure durchgeführt.¹²⁶ Gem. Art. 8 ILC-Artikel und Völkergewohnheitsrecht¹²⁷ ist das Verhalten von nicht-staatlichen Einheiten einem Staat ausnahmsweise zuzurechnen, wenn dieser eine *effektive Kontrolle* («effective control») über die Akteure ausübt.¹²⁸ Danach muss der Staat über jede spezifische Verletzungshandlung des nichtstaatlichen Akteurs die effektive Kontrolle ausüben.¹²⁹ Für einen solch engen Zurechnungsmaßstab spricht, dass der Staat grds. nur für sein Handeln verantwortlich sein soll.¹³⁰ Nach einem weitergehenden Ansatz des ICTY genügt dagegen bereits eine generelle *Gesamtkontrolle* («overall control») über die Koordinierung oder Planung eines militärischen Einsatzes einer nicht-staatlichen Gruppierung.¹³¹ Dafür spricht, dass bei einer zu engen Zurechnungsschwelle in vielfältiger Weise eine Umgehungsmöglichkeit bestünde, die eine erhebliche Durchsetzungslücke durch fehlende Staatenverantwortlichkeit begründen würde.¹³² Angesichts der steigenden Anzahl an Cyberangriffen scheint der *overall-control-Ansatz* zunächst vorzugswürdig, da die ohnehin schwierige Staatenverantwortung unter geringeren Anforderungen begründet werden kann.¹³³ Dieser Ansatz wird jedoch vielfach als zu

weitgehend abgelehnt.¹³⁴ Folge wäre auch, dass Staaten deutlich einfacher und möglicherweise zu Unrecht verantwortlich gemacht werden können.¹³⁵ Mit Blick auf das sich auslösende Selbstverteidigungsrecht des angegriffenen Staates ist dies mit besonderer Skepsis zu betrachten.¹³⁶ Eine allgemeine Anerkennung der *Gesamtkontrolle* als Zurechnungsregel ist daher nicht sachgerecht.¹³⁷ Betrachtet man jedoch die aktuellen Entwicklungen neuartiger Kriegsführung, ist es zumindest *de lege ferenda* notwendig, dass die Zurechnungskriterien in realistischer Weise angepasst werden.¹³⁸ Einen Kompromiss könnte dabei eine Beweislastumkehr durch die Begründung einer *Gesamtkontrolle* hinsichtlich einer *effektiven Kontrolle* bieten.¹³⁹ Es bedarf folglich weiterhin der *effektiven Kontrolle*. Darüber hinaus kommt auch ein Selbstverteidigungsrecht gegenüber nichtstaatlichen Akteuren in Betracht, sofern diese eine gewisse Organisationsstruktur besitzen.¹⁴⁰

IV. *Ius in bello*

Des Weiteren werden im Folgenden Cyberangriffe unter den Regelungen des *ius in bello* betrachtet, namentlich der Regelungen der Genfer Abkommen von 1949.¹⁴¹

1. Cyberangriff i. R. v. bewaffneten Konflikten (*huVR*)

Vorliegend wird aufgrund des Schwerpunkts des Aufsatzes und mit Blick darauf, dass bewaffnete Gruppen regelmäßig die nötigen Ressourcen nicht besitzen und mangels entsprechenden Wissens nicht staatlichen Militärstrukturen vergleichbar agieren,¹⁴² nur der internationale bewaffnete Konflikt zwischen Staaten betrachtet.¹⁴³ Nach umstrittener Definition liegt ein bewaffneter Konflikt i. S. d. gemeinsamen Art. 2 der GK vor, wenn es einen Einsatz von Waffengewalt zwischen Staaten oder anhaltende bewaffnete Gewalt zwischen Regierungsbehörden und organisierten bewaffneten Gruppen oder zwischen solchen Gruppen innerhalb eines Staates gibt.¹⁴⁴

121 Kittichaisaree (Fn. 28), S. 153, 166 ff.

122 Vgl. Focarelli (Fn. 32), S. 268 f.

123 Vgl. Schmitt et al. (Fn. 28), S. 341 ff., Rule 71, Rn. 7 ff.

124 Herdegen (Fn. 41), § 58 Rn. 1.

125 Art. 4 und 5 ILC-Artikel; Dörr (Fn. 18), § 30 Rn. 7 ff., 11 f.

126 Schulze (Fn. 7), S. 142.

127 Schulze (Fn. 7), S. 59.

128 Herdegen (Fn. 41), § 58 Rn. 6; IGH, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Merits, 2007 ICJRep, S. 43, para. 388 ff.; *Nicaragua* (Fn. 92), para. 115.

129 Herdegen (Fn. 41), § 58 Rn. 6; Dörr (Fn. 18), § 30 Rn. 19 f.; Nicht ausreichend insofern die Kontrolle der DRK über die Rebellentruppen, IGH, *Dem. Rep. Congo v. Uganda*, Armed Activities on the Territory of the Congo, 2005 ICJRep, S. 168; Ein leicht anderes Verständnis vertritt Schulze (Fn. 7), S. 61.

130 Schulze (Fn. 7), S. 139.

131 ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber, Judgment, ICTY-94-1-A, 15.7.1999, paras. 117, 137.

132 Dornbusch (Fn. 5), S. 127.

133 Shackelford, State Responsibility for Cyber Attacks: Competing Standards for a Growing Problem, in: Czosseck/Podins (Hrsg.), Conference on CyberConflict: Proceedings, CCD COE Publications, Tallinn, 2010, <https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/Shackelford-State-Responsibility-for-Cyber-Attacks-Competing-Standards-for-a-Growing-Problem.pdf>, zuletzt

aufgerufen am 13.3.2020, S. 197, 203 f.

134 IGH, *Genocide* (Fn. 128), para. 400.

135 Schulze (Fn. 7), S. 139.

136 Vgl. Schulze (Fn. 7), S. 150.

137 Schmitt et al. (Fn. 28), S. 96, Rule 17, Rn. 5 f.; Schulze (Fn. 7), S. 139 ff., der hervorhebt, dass auch bei der Entscheidung des ICTY nicht einzelne Privatpersonen zugerechnet wurden. A. A. Dornbusch (Fn. 5), S. 127 f.

138 Vgl. Dornbusch (Fn. 5), S. 127.

139 Herdegen (Fn. 41), § 58 Rn. 6; Ablehnend Schulze (Fn. 7), S. 151, der darüber hinaus eine Übertragung der »safe-haven«-Doktrin erwägt.

140 Focarelli (Fn. 32), S. 276 ff.; ausführlich dazu Szabó, Anticipatory Action in Self-Defence: Essence and Limits under International Law (2011), S. 203 ff.

141 Vgl. v. Heinegg (Fn. 18), § 60 Rn. 21 ff.

142 Gill, International Humanitarian Law Applied to Cyber-Warfare: Precautions, Proportionality and the Notion of 'Attack' under the Humanitarian Law of Armed Conflict, in: Tsagourias/Buchan (Fn. 32), S. 366, 371.

143 Es ist grds. zwischen einem internationalen – zwischen zwei Staaten – ausgeübten und einem nicht internationalen Konflikt zwischen Staat und nichtstaatlichen oder zwischen ausschließlich nichtstaatlichen organisierten bewaffneten Gruppen zu differenzieren, v. Heinegg (Fn. 18), § 61 Rn. 1.

144 Dimmiss (Fn. 53), S. 118 ff.; vgl. dazu ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Appeals

a) Begründung eines internationalen bewaffneten Konflikts

Zu untersuchen ist zunächst, ob ein Cyberangriff überhaupt einen internationalen bewaffneten Konflikt begründen kann. Problematisch ist dies wiederum dahingehend, dass *bewaffnete Gewalt* gefordert ist.¹⁴⁵ Dies könnte deshalb zu verneinen sein, weil der Cyberangriff zumeist keine unmittelbaren physischen Schäden hervorrufen wird und damit mit traditionellen Mitteln der Kriegsführung nur bedingt vergleichbar ist.¹⁴⁶ Wie bereits dargelegt, kann ein solcher Angriff allerdings ähnlich schwere Schäden hervorrufen. Ein Konsens scheint mittlerweile insoweit zu bestehen, als dass ein Cyberangriff einen bewaffneten Konflikt auslösen kann, wenn er kinetische Wirkungen entfaltet, die den Auswirkungen des Einsatzes traditioneller Waffengewalt gleichkommen.¹⁴⁷ Gemeint ist damit i. d. R. ein physischer Schaden, der eine Reparatur notwendig macht.¹⁴⁸ Dabei wird insbes. darauf verwiesen, dass es nicht darauf ankommen könne, ob ein traditionelles oder nicht traditionelles Mittel eingesetzt werde, wenn es letztlich die gleichen bzw. vergleichbare Konsequenzen hat.¹⁴⁹ In der Folge wären bloße, die Funktionsfähigkeit beeinträchtigende Datenbeschädigungen nicht umfasst.¹⁵⁰ Stellt man, wie oben dargestellt, konsequent auf die Wirkungen ab, kann es nicht entscheidend sein, ob auch eine bloß »virtuelle Reparatur« möglich ist, der Angriff aber nicht weniger intensiv ist.¹⁵¹ Dafür spricht, dass es gerade Sinn und Zweck des huVRs ist, einen umfassenden Schutz der Zivilbevölkerung vor den Folgen bewaffneter Konflikte zu gewährleisten.¹⁵² Dies erklärt auch das Fehlen einer expliziten Gewaltschwelle für das Bestehen eines internationalen bewaffneten Konflikts, um eine etwaige Schutzlücke zu vermeiden.¹⁵³ So scheinen auch die jüngsten Aktivitäten zu bestätigen, dass es Ziel der attackierenden Staaten ist, Ungewissheiten auszunutzen, um kritische Infrastrukturen anzugreifen, ohne dadurch einen eindeutigen bewaffneten Konflikt zu begründen.¹⁵⁴ Es überzeugt daher, eine

bloße Funktionsstörung grds. ausreichen zu lassen.¹⁵⁵ Diese muss jedoch von gewisser Intensität hinsichtlich der Dauer und des Ausmaßes und damit im Ergebnis mit traditioneller bewaffneter Gewalt vergleichbar sein.¹⁵⁶ Mit Blick auf die derzeitigen Aktivitäten ist diese Intensität indes eher fernliegend, da Cyberangriffe vielmehr vereinzelt und in Kombination mit traditionellen Waffen angewendet werden.

b) Angriff i. S. v. Art. 49 I GK ZP I

Relevant wird dies beispielsweise im Falle von Angriffen i. S. v. Art. 49 I GK ZP I. Nach der dortigen Legaldefinition ist eine offensive oder defensive Gewaltanwendung gegen den Gegner als Angriff zu verstehen. Fraglich ist daher wiederum, wie eine Gewaltanwendung zu definieren ist und ob Cyberangriffe darunterfallen können.¹⁵⁷ Insofern kann zunächst festgehalten werden, dass die Gewaltanwendung, die zur Begründung eines bewaffneten Konflikts führt, auch einen Angriff i. S. d. Art. 49 I GK ZP I darstellt.¹⁵⁸ Dagegen können die Begriffe nicht grds. gleichgestellt werden.¹⁵⁹ Eine Gewaltanwendung, die zugleich als Angriff innerhalb eines bewaffneten Konflikts anzusehen ist, muss nach dem dargelegten Verständnis eine Intensitätsschwelle überschreiten, die aber notwendigerweise geringere Anforderungen als der bewaffnete Konflikt selbst hat, um den Schutz der Zivilbevölkerung gewährleisten zu können.¹⁶⁰ Auch ein Angriff, der das anvisierte Objekt physisch nicht verletzt, aber in der Funktionalität zumindest vorübergehend beeinträchtigt, kann einen militärisch relevanten Angriff darstellen.¹⁶¹ Dementsprechend muss eine solche Operation in diesem Falle erst recht als Gewaltanwendung und damit als Angriff i. S. v. Art. 49 I ZP I GK zu betrachten sein.¹⁶²

c) Konfliktparteien

Im bewaffneten Konflikt ist es weitgehend anerkannt, dass für die Zurechnung eines Akteurs zu einem Staat bzw. einer bewaffneten Gruppe der Nachweis einer *Gesamtkontrolle* genügt.¹⁶³ Die Zurechnung wird daher deutlich weniger problematisch sein.¹⁶⁴

2. Prinzipien des humanitären Völkerrechts

Innerhalb des bewaffneten Konflikts sind darüber hinaus gewisse Grundprinzipien des huVRs zu berücksichtigen,

Chamber Decision, ICTY-94-1-AR, 2.10.1995, para. 70; ICC, Prosecutor v. Lubanga, PTC I Decision, ICC-01/04-01/06, 29. Jan. 2007, para. 209; Herdegen (Fn. 41), § 56 Rn. 5.

145 Droege, Get off my Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law, and the Protection of Civilians, IRRCC 2012, 533 (545).

146 Dornbusch (Fn. 5), S. 88 ff.

147 IKRK, Commentary GC I, 2016, Art. 2 Rn. 255; Schmitt et al. (Fn. 28), S. 381, Rule 82, Rn. 4.

148 Vgl. Dornbusch (Fn. 5), S. 97.

149 IKRK (Fn. 147), Art. 2 Rn. 255; v. Heinegg (Fn. 18), § 61 Rn. 8.

150 Anders wäre dies nur, wenn man mit Todd, Armed Attack in Cyberspace: Detering Asymmetric Warfare with an Asymmetric Definition, AFLRev 2009, 65 (81 ff.), und Barkham (Fn. 96), NYUJIntL&P 2001, 88, Daten als Objekte betrachten würde. Dies überzeugt mit Blick auf den oben vertretenen *effect-based*-Ansatz nicht. Es erscheint sachgerecht, die Verschiedenheit der Daten zu physischen Objekten zu begreifen und auf eine Vergleichbarkeit der Konsequenzen zu verweisen; vgl. Dornbusch (Fn. 5), S. 94 ff. Offenglassen IKRK (Fn. 147), Art. 2 Rn. 256.

151 Schmitt et al. (Fn. 28), S. 417, Rule 92, Rn. 10.

152 Vgl. v. Heinegg (Fn. 18), § 60 Rn. 2; Droege (Fn. 145), IRRCC 2012, 533 (547).

153 Droege (Fn. 145), IRRCC 2012, 533 (547).

154 Vgl. Droege (Fn. 145), IRRCC 2012, 533 (547).

155 Dornbusch (Fn. 5), S. 111 f.

156 Chaumette, International Criminal Responsibility of Individuals in Case of Cyberattacks, ICLRev 2018, 1 (13 f.).

157 Vgl. Dornbusch (Fn. 5), S. 139.

158 Dornbusch (Fn. 5), S. 140 f.

159 Dornbusch (Fn. 5), S. 140 m. w. N. in Fn. 548.

160 Lubell, Lawful Targets in Cyber Operations: Does the Principle of Distinction Apply?, ILS 2013, 252 (271 f.).

161 Vgl. Droege (Fn. 145), IRRCC 2012, 533 (559).

162 Droege (Fn. 145), IRRCC 2012, 533 (559); Dornbusch (Fn. 5), S. 141; vgl. Gill (Fn. 142), in: (Fn. 32), S. 375 f., der einen Vergleich zu Chemiewaffen zieht; kritisch dagegen Schmitt et al. (Fn. 28), S. 415, Rule 92, Rn. 11, vgl. auch oben unter »B«.

163 Schmitt et al. (Fn. 28), S. 380, Rule 82, Rn. 2 ff.

164 Dazu s. o. S. 12 f.

die sich im Hinblick auf Cyberangriffe als besonders problematisch herausstellen. Ausgewählte werden im Folgenden kurz beleuchtet.

a) Unterscheidungsgrundsatz

Gemäß dem in Art. 48 I GK ZP I niedergeschriebenen¹⁶⁵ Unterscheidungsgrundsatz sind die Konfliktparteien verpflichtet, »jederzeit zwischen der Zivilbevölkerung und Kombattanten sowie zwischen zivilen Objekten und militärischen Zielen« zu unterscheiden.¹⁶⁶ Die Verbindung zwischen militärisch und zivil genutzten Computernetzwerken (»dual-use«) im Falle von Cyberangriffen begründet insoweit die erste Problematik.¹⁶⁷ Auch hier lässt sich wiederum auf den zu Beginn genannten Beispielsfall *Stuxnet* verweisen. Der Wurm traf nach seiner Setzung nicht nur die staatlichen Computersysteme des Atomprojekts, sondern verteilte sich auch auf zivile.¹⁶⁸ Dabei blieb der Wurm jedoch unerkant und auch ohne Wirkung, da die Wirkung nur bei den entsprechenden staatlichen Systemen eintreten konnte.¹⁶⁹ Umstritten ist nun, ob ein Angriff, der auf ein militärisches Netzwerk gerichtet ist und nur als Nebeneffekt auch ein ziviles trifft, als Verstoß gegen den Unterscheidungsgrundsatz anzusehen ist.¹⁷⁰ Die Ansicht, dass immer automatisch ein Verstoß vorliegt¹⁷¹, ist mit Blick auf die daraus entstehende fast grundsätzliche Verletzung des huVRs schwer haltbar. Andererseits könnte eine zu weite Auslegung dazu führen, dass der gesamte zivile Cyberraum zu einem rechtmäßigen militärischen Ziel würde.¹⁷² Dies ist jedoch nur bedingt vorstellbar. Vielmehr wird sich ein Angriff regelmäßig gegen ein Computernetzwerk richten können, das nur Teil des Gesamtsystems ist und daher einzeln betrachtet werden kann.¹⁷³ Insofern ist dem *Tallinn Manual* zuzustimmen, dass es zur Erfüllung des Grundsatzes nur darauf ankommen kann, ob ein militärisches Ziel getroffen werden soll.¹⁷⁴ Eine Berücksichtigung der möglicherweise auch betroffenen zivilen Objekte findet dann i. R. d. Prüfung der Verhältnismäßigkeit statt.¹⁷⁵ Daran anschließend stellt sich die Frage, ob virtuelle Daten auch als zivile Objekte¹⁷⁶ verstanden werden können. Mit Blick auf den Wortsinn ist eine solche Gleichstellung mit physischen Objekten abzulehnen.¹⁷⁷ Viel-

mehr ist konsequenterweise auf den Funktionsverlust und die Vergleichbarkeit mit einem Objektschaden abzustellen.¹⁷⁸ Die hier betrachteten Angriffe müssen sich daher am Unterscheidungsgrundsatz messen lassen.

b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Zunächst ist festzuhalten, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an die erwarteten kollateralen zivilen Opfer, Verletzungen, Schäden und Zerstörungen anknüpft.¹⁷⁹ Insofern wird bestätigt, dass Cyberoperationen, die keinen physischen Effekt erwarten lassen, diesem Grundsatz nicht unterfallen.¹⁸⁰ Bei der Gleichstellung hinsichtlich der Funktionsfähigkeit ist jedoch auf den Effekt am Objekt abzustellen.¹⁸¹ Die Verhältnismäßigkeit aufgrund der Spezialität des Angriffs und der damit zusammenhängenden geringeren Gefahr von Kollateralschäden wird dahingehend jedoch i. d. R. eingehalten werden.¹⁸² Überdies ist dem Ansatz zuzustimmen, der die Reversibilität im Falle der Datenbeschädigungen positiv berücksichtigt.¹⁸³

V. Zwischenfazit

Die Ausführungen zeigen auf, dass eine völkerrechtliche Regulierung schon aus Gründen der Rechtsklarheit zu begrüßen wäre.¹⁸⁴ Die Entwicklungen in der Literatur und teilweise in der Staatenpraxis lassen jedoch erahnen, dass eine solche nicht zwingend notwendig ist.¹⁸⁵ Die Ansätze, die versuchen Cyberangriffe unter bestehende Regulierungen zu fassen, scheinen sich dahingehend immer mehr zu konkretisieren und können durch Verhaltensregeln (»soft law«) weitergehend entsprechend gesteuert werden.¹⁸⁶

D. Pönalisierung

Abschließend ist zu klären, ob das Durchführen von Cyberangriffen völkerstrafrechtlich zu pönalisieren ist. Im VStR kommt es zu einer Kombination aus strafrechtlicher, individueller Verantwortlichkeit und Grundsätzen des Völkerrechts.¹⁸⁷ In diesem Zusammenhang umfasst die Pönalisierung auch die Sanktionierung der Verletzung von Völkerrechtsgütern in individueller Form.¹⁸⁸ Bei der Legitimation der Pönalisierung, und damit auch hinsichtlich

¹⁶⁵ Der Unterscheidungsgrundsatz gilt darüber hinaus auch gewohnheitsrechtlich im nichtinternationalen Konflikt, vgl. *Rowe*, Distinctive Ethical Challenges of Cyberweapons, in: Tsagourias/Buchan (Fn. 32), S. 310.

¹⁶⁶ v. *Heinegg* (Fn. 18), § 62 Rn. 8.

¹⁶⁷ *Chaumette* (Fn. 156), ICLRRev 2018, 1 (15 f.).

¹⁶⁸ *Gill* (Fn. 142), S. 376 f.

¹⁶⁹ *Gill* (Fn. 142), S. 376 f.

¹⁷⁰ *Chaumette* (Fn. 156), ICLRRev 2018, 1 (15 f.).

¹⁷¹ *IKRK*, Report 31IC/11/5.1.2, 2011, https://rcrconference.org/app/uploads/2019/10/33IC-IHL-Challenges-report_EN.pdf, zuletzt abgerufen am 13. 3. 2020, S. 36 f.

¹⁷² *Geiß/Lahmann*, Cyber Warfare: Applying the Principle of Distinction in an Interconnected Space, *IsrLRev* 2012, 381 (385 f.); *Droege* (Fn. 145), *IRRC* 2012, 533 (565).

¹⁷³ *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 446, Rule 101, Rn. 6.

¹⁷⁴ *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 445, Rule 101, Rn. 1 ff.

¹⁷⁵ Vgl. *Droege* (Fn. 145), *IRRC* 2012, 533 (571).

¹⁷⁶ Vgl. Art. 52 IStGH-Statut.

¹⁷⁷ *Dornbusch* (Fn. 5), S. 95. Für eine Gleichstellung dagegen *Ambos*, In-

ternational Criminal Responsibility in Cyberspace, in: Tsagourias/Buchan (Fn. 32), S. 118, 131.

¹⁷⁸ *Dornbusch* (Fn. 5), S. 96 ff; s. a. oben S. 9 f.

¹⁷⁹ *Gill* (Fn. 142), S. 375.

¹⁸⁰ *Gill* (Fn. 142), S. 375.

¹⁸¹ So auch *Dornbusch* (Fn. 5), S. 180.

¹⁸² Vgl. *Gill* (Fn. 142), S. 377.

¹⁸³ Vgl. *Dornbusch* (Fn. 5), S. 180 f.

¹⁸⁴ So zeigt bereits die Resolution 53/70 der UN-Generalversammlung, dass die Gefahr durchaus früh erkannt wurde. Von einer Kodifikation ist man dagegen noch weit entfernt.

¹⁸⁵ So auch *Koloßka* (Fn. 108), *HuV* 2019, 37 (51 ff.); *Schulze* (Fn. 7), S. 190, der i. E. jedoch eine Kodifizierung befürwortet.

¹⁸⁶ Zur Wirkung *Dörr* (Fn. 18), § 21 Rn. 9.

¹⁸⁷ *Frau* (Fn. 18), § 35 Rn. 2; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Auflage (2018), § 5 Rn. 1.

¹⁸⁸ *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Vol. 1 (2013), S. 65 f.

der Frage der Strafwürdigkeit,¹⁸⁹ kommt es maßgeblich auf die Strafzwecke an. Neben solchen, die aus den nationalen Rechtsordnungen übernommen wurden,¹⁹⁰ sind dies vor allem auch die Förderung eines dauerhaften Weltfriedens, die nationale Aussöhnung oder die Schaffung einer unparteiischen und unbestrittenen Geschichtsaufzeichnung.¹⁹¹ Der Präambel des IStGH-Statuts lässt sich entnehmen, dass »die schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren«, verfolgt werden sollen. Es bedarf also einer »internationalen Betroffenheit« der Weltgemeinschaft.¹⁹² Zu klären ist damit, ob Cyberangriffe diese Schwelle überschreiten. Zur Beantwortung dieser Frage kann der *gravity*-Test herangezogen werden, den der IStGH verwendet, um festzustellen, ob ein Fall zugelassen wird.¹⁹³ Maßgeblich ist dahingehend die rechtliche und relative Schwere des Einzelfalles, die auch in vielen Artikeln des IStGH-Statuts niedergelegt ist.¹⁹⁴ Nach den Kriterien »scale, nature, manner of commission, impact«¹⁹⁵ haben Cyberangriffe aufgrund ihrer Auswirkungen und damit zusammenhängenden Außenwirkung grds. das Potenzial, die notwendige Schwere für eine individuelle völkerstrafrechtliche Pönalisierung zu erreichen.¹⁹⁶ Auch die Straftatbestände nach dem VStR (vgl. Art. 5 IStGH-Statut) könnten Cyberangriffe bereits umfassen, sodass besonders schwere Taten bereits pönalisiert sind.

I. Verbrechen i. S. d. Völkerstrafrechts

Cyberangriffe müssten zunächst der Jurisdiktionsgewalt des IStGH unterfallen.¹⁹⁷ Trotz einiger Besonderheiten der Cyberangriffe erscheint durch eine erweiterte Auslegung eine Zuständigkeitslücke dahingehend nicht zu bestehen.¹⁹⁸ Aufgrund des betrachteten Rechtsrahmens und des Umfangs des Beitrags wird im Folgenden auf das Verbrechen der Aggression gem. Art. 8*bis* IStGH-Statut und auf Kriegsverbrechen gem. Art. 8 IStGH-Statut eingegangen.¹⁹⁹

¹⁸⁹ So auch *Werkmeister*, *Straftheorien im Völkerstrafrecht* (2015), S. 50.

¹⁹⁰ »Resozialisierung, Vergeltung, Sühne, Spezial- und Generalprävention«, *Frau* (Fn. 18), § 35 Rn. 4; vgl. auch *Guilfoile*, *International Criminal Law* (2016), S. 87; kritisch dagegen *Ambos* (Fn. 187), § 5 Rn. 4.

¹⁹¹ *Guilfoile* (Fn. 190), S. 87.

¹⁹² *Gierhake*, *Zur Legitimation des Völkerstrafrechts*, ZIS 2008, 354 (358).

¹⁹³ *Roscini*, *Gravity in the Statute of the International Criminal Court and Cyber Conduct that constitutes, instigates or Facilitates International*, CLF 2019, 1 (2, 8); vgl. auch IStGH, *Situation in the DRC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest*, ICC-01/04-01/06, 10. Feb. 2006, para. 41.

¹⁹⁴ Ebenda (2).

¹⁹⁵ Ebenda (14, 18, 19, 21).

¹⁹⁶ Ebenda (25).

¹⁹⁷ Vgl. insbes. Art. 12 II a), b) und 13 b) IStGH Statut.

¹⁹⁸ Ausführlich *Chaumette* (Fn. 156), ICLRev 2018, 1 (23).

¹⁹⁹ Hinsichtlich des Genozidverbrechens gem. Art. 6 IStGH-Statut und des Verbrechens gegen die Menschlichkeit gem. Art. 7 IStGH-Statut sei verwiesen auf: *Chaumette* (Fn. 156), ICLRev 2018, 1 (9 f., 20 ff.); *Roscini* (Fn. 193), CLF 2019, 1 (3 ff.).

1. Kriegsverbrechen gem. Art. 8 IStGH Statut

Zunächst wird dabei die Strafbarkeit wegen Kriegsverbrechen gem. Art. 8 IStGH-Statut betrachtet. Diese liegt vor, wenn ein Verstoß gegen das huVR vorliegt, der unmittelbar eine völkerrechtliche Strafbarkeit i. S. d. Art. 8 IStGH-Statut begründet.²⁰⁰ Nach dem oben Dargelegten findet das huVR auch i. R. d. Cyberkriegsführung Anwendung. Die oben aufgeführten erheblichen Komplikationen hinsichtlich des Unterscheidungsgrundsatzes zeigen auf, dass regelmäßig zumindest objektiv ein Verbrechen gem. Art. 8 II b) IStGH-Statut wegen eines Angriffs auf Zivilisten oder ziviler Objekte vorliegen könnte.²⁰¹ Dies gilt sowohl für Cyberangriffe, die einen kinetischen Schaden verursachen, als auch für solche, die nur die Funktionsfähigkeit beeinträchtigen.²⁰² Eine Verwirklichung von Art. 8 II a) IStGH-Statut wegen einer schweren Verletzung der GK durch Cyberangriffe ist ebenfalls im Grundsatz möglich.²⁰³

2. Verbrechen der Aggression gem. Art. 8*bis* IStGH-Statut

Das Verbrechen der Aggression liegt dann vor, wenn eine individuell verantwortliche Person i. S. d. Art. 8*bis* I IStGH-Statut eine Angriffshandlung i. S. d. Abs. 2 in der in Abs. 1 geforderten Form begeht.

a) Individuelle Verantwortlichkeit (»leadership clause«)

Zunächst ist bereits problematisch, dass der Cyberangriff regelmäßig von nichtstaatlichen Akteuren durchgeführt wird, Art. 8*bis* jedoch deren Verhalten nicht umfasst.²⁰⁴ Der Akt der Aggression muss »durch eine Person, die tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken,«²⁰⁵ begangen werden. Entgegen dem Wortlaut kann dies auch eine Personengruppe sein, die insgesamt die Voraussetzungen erfüllt.²⁰⁶ Schon nach dem Wortlaut kann daher auch ein Angriff eines nicht-staatlichen Akteurs einem Staat zugerechnet werden und zur individuellen Verantwortlichkeit einer Person führen, soweit diese Person in der Position ist, effektive Kontrolle auszuüben.²⁰⁷ Richtigerweise kann die strafrechtliche Verantwortung eines Anführers nicht von seinen Kenntnissen über die technischen Abläufe abhängen.²⁰⁸ Vielmehr muss es genügen, dass er den Angriff generell anordnet.²⁰⁹

²⁰⁰ *Ambos* (Fn. 187), § 7 Rn. 229.

²⁰¹ Vgl. *Chaumette* (Fn. 156), ICLRev 2018, 1 (15 f.); hinsichtlich der Kenntlichmachung im bewaffneten Konflikt vgl. *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 496 ff., Rules 124–127.

²⁰² *Chaumette* (Fn. 156), ICLRev 2018, 1 (15 f.).

²⁰³ *Chaumette* (Fn. 156), ICLRev 2018, 1 (14); *Roscini* (Fn. 193), CLF 2019, 1 (3).

²⁰⁴ *Ambos*, *Individual Criminal Responsibility for Cyber Aggression*, JCo&SL 2016, 495 (503).

²⁰⁵ Art. 8*bis* Abs. 1 i. V. m. Art. 25 Abs. 3*bis* IStGH-Statut.

²⁰⁶ *Triffterer/Ambos/Zimmermann/Freiburg*, ICC Commentary, 3. Auflage (2016), Art. 8*bis* Rn. 35.

²⁰⁷ *Triffterer/Ambos/Zimmermann/Freiburg* (Fn. 206), Art. 8*bis* Rn. 92.

²⁰⁸ *Ambos* (Fn. 204), JCo&SL 2016, 495 (503 f.).

²⁰⁹ *Ambos* (Fn. 204), JCo&SL 2016, 495 (503 f.).

b) Schwellenklausel (»threshold clause«)

Darüber hinaus müsste die Schwellenklausel i. S. v. Art. 8bis IStGH-Statut erfüllt sein, wonach die Handlung »ihrer Art, ihrer Schwere und ihrem Umfang nach, eine offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen« darstellen muss.²¹⁰ Nach dem oben Dargestellten ist eine nach »Art, Schwere und Umfang«²¹¹ offenkundige Verletzung der UN-Charta durch datenbeschädigende Cyberangriffe theoretisch denkbar,²¹² praktisch dagegen jedoch kaum vorstellbar. Unterstrichen wird dies durch die zweite Auslegungshilfe, wonach es sich bei der Aggression um »the most serious and dangerous form of the illegal use of force« handeln muss.²¹³ Dass ein Cyberangriff diese Schwelle tatsächlich erreicht, ist derzeit, insbes. bei lediglich datenbeschädigenden Operationen, nicht zu erwarten.²¹⁴

c) Handlungen i. S. v. Art. 8bis II IStGH-Statut

Ein Cyberangriff könnte als eine der in Art. 8bis II IStGH-Statut niedergelegten Handlungsalternativen anzusehen sein. Dafür ist zunächst festzustellen, ob die dortige Aufzählung abschließend ist. Für ein solches Verständnis zeigt sich *Miller* offen. Dafür sprechen der nicht eindeutige Wortlaut und die *travaux préparatoires*.²¹⁵ Gerade die von *Miller* aufgeführten, nicht umgesetzten Erweiterungen lit. h) und i)²¹⁶ zeigen doch, dass den Vertragsstaaten eine mögliche Regelungslücke durchaus bewusst war, und ein Konsens dahingehend gerade nicht zustande kam. Und selbst wenn man davon ausginge, dass die Aufzählung in den Verhandlungen als nicht abschließend angesehen wurde, muss man bei dem derzeitigen Vertragstext festhalten, dass eine Erweiterung, ebenso wie eine Analogie,²¹⁷ mit dem Grundsatz *nullum crimen sine lege* (Art. 22 IStGH Statut) unvereinbar ist.²¹⁸ Die Auflistung ist daher als abschließend zu betrachten.²¹⁹ Dagegen könnte der Cyberangriff jedoch als »Einsatz von *Waffen* jeder Art durch einen Staat gegen das Hoheitsgebiet eines anderen Staates«²²⁰ oder »Angriff

durch die Streitkräfte eines Staates« i. S. v. lit. d) angesehen werden.²²¹ Art. 8bis II IStGH-Statut setzt jedoch zunächst wiederum Waffengewalt voraus. Dieser Begriff ist, insbes. nach den *travaux préparatoires*, von seinem Grundverständnis deutlich enger als derjenige der UN-Ch und umfasst insofern zunächst nur traditionelle, kinetische Schäden verursachende Waffen.²²² Nach dem bereits festgestellten, mittlerweile weit anerkannten Verständnis, wonach auch ein Cyberangriff einen militärischen Akt darstellen kann, kann auch eine entsprechende Auslegung nicht ausgeschlossen werden und ist mit dem Legalitätsprinzip vereinbar.²²³ Ebenso verhält es sich i. R. v. lit. b) und d). Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis der Angriffe durch »Cyberwaffen«²²⁴ und entsprechendem Abstellen auf die Folgen, die sich territorial sowohl hinsichtlich physischer Folgen als auch Funktionsbeeinträchtigungen auswirken, überzeugt es, Cyberangriffe auch unter Berücksichtigung der Wortlautgrenze als Waffen i. S. v. lit. b) und als Angriff i. S. v. lit. d) einzuordnen.²²⁵ Ein Cyberangriff kann folglich ein Aggressionsverbrechen darstellen.

II. Verantwortlichkeit und Beweisbarkeit

Auch im Rahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und der entsprechenden Beweisführung ist die Anonymität des Internets eine erhebliche Herausforderung.²²⁶ Eine Zurückverfolgung bis zum Hacker selbst oder der Begründung einer Vorgesetztenverantwortlichkeit²²⁷ ist allerdings nicht grds. ausgeschlossen.²²⁸ Insofern bedarf es eines Abkommens, das eine Zurückverfolgung vereinfacht und die Staaten zu einer Zusammenarbeit in diesen Fällen verpflichtet.²²⁹

III. Zwischenfazit

Auch hinsichtlich der Pönalisierung von Cyberangriffen greifen die bestehenden völkerstrafrechtlichen Regelungen und es bedarf insofern nicht notwendigerweise einer gesonderten Strafbarkeit im IStGH-Statut.²³⁰ Was das Verständnis des Cyberangriffs als neuartige Waffe im hVR und VStR angeht, ergibt sich ebenfalls kein besonderes, über die im IStGH-Statut geregelten Strafbarkeiten hinausgehendes Pönalisierungsbedürfnis. So zeigt auch der eingangs aufgeführte Cyberangriff der USA, dass dieser zwar als Gewaltanwendung i. S. d. Art. 2 IV UN-Ch einzuordnen ist, indes nicht die Schwere besitzt, um eine individuelle Völkerstraftat darzustellen.

²¹⁰ *Ambos* (Fn. 187), § 7 Rn. 265.

²¹¹ *Satzger*, Internationales und europäisches Strafrecht, 8. Auflage (2018), § 16 Rn. 83.

²¹² Generell zum zur Befürwortung der Strafbarkeit wegen der Verletzung der UN-Ch, *Weisbord* (Fn. 14) *ColumJTransnatL* 2011, 82 (155 f.).

²¹³ Res. RC/Res.6, vom 16. 6. 2010, abgedruckt in *Ambos*, Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, ZIS 2010, 649 (651).

²¹⁴ So auch *Chaumette* (Fn. 156), *ICLRev* 2018, 1 (9); *Radziwill* (Fn. 10), S. 170; *Ambos* (Fn. 177), S. 141.

²¹⁵ *Miller*, The Kampala Compromise and Cyberattacks: Can There Be an International Crime of Cyber-Aggression, *SCalInterdiscLJ* 2014, 217 (231 f.).

²¹⁶ Ebenda (231).

²¹⁷ *Weisbord* (Fn. 14), *ColumJTransnatL* 2011, 82 (154 f.); befürwortet wiederum von *Miller* (Fn. 215), *SCalInterdiscLJ* 2014, 217 (233 ff.).

²¹⁸ *Ambos* (Fn. 177), S. 140.

²¹⁹ *Satzger* (Fn. 211), § 16 Rn. 83; *Ambos* (Fn. 213), ZIS 2010, 649 (657); a. A. *Triffterer/Ambos/Zimmermann/Freiburg* (Fn. 206), Art. 8bis Rn. 158; *Miller* (Fn. 215), *SCalInterdiscLJ* 2014, 217 (231); *Gillet*, The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court, *ICLRev* 2013, 829 (845).

²²⁰ *Triffterer/Ambos/Zimmermann/Freiburg* (Fn. 206), Art. 8bis Rn. 158.

²²¹ *Ambos* (Fn. 204), *JCo&SL* 2016, 495 (495 f.).

²²² *Gillet* (Fn. 219), *ICLRev* 2013, 829 (838).

²²³ *Ambos* (Fn. 177), S. 138 f.

²²⁴ *Boothby* (Fn. 20), S. 176 ff.; *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 452, Rule 103.

²²⁵ Vgl. *Chaumette*, *ICLRev* 18 (2018), 1 (8 f.); *Triffterer/Ambos/Zimmermann/Freiburg* (Fn. 206), Art. 8bis Rn. 158; *Ambos* (Fn. 177), S. 140.

²²⁶ *Chaumette* (Fn. 156), *ICLRev* 2018, 1 (24 ff.).

²²⁷ Dazu *Schmitt et al.* (Fn. 28), S. 396, Rule 85.

²²⁸ *Chaumette* (Fn. 156), *ICLRev* 2018, 1 (26).

²²⁹ Ansätze bietet *Schulze* (Fn. 7), S. 205 ff.

²³⁰ *Roscini* (Fn. 193), *CLF* 2019, 1 (6).

E. Fazit

Aufgrund des Bestehens erheblicher Interessenskonflikte ist nicht von einem *politischen* Konsens hinsichtlich einer die Cyberkriegsführung regelnden völkerrechtlichen Übereinkunft auszugehen. Dies kann als Ergebnis dieses Beitrags jedoch auch nicht als zwingend notwendig bewertet werden.²³¹ So kann bereits durch eine klare Definition und einheitliche Auslegung hinsichtlich des bestehenden internationalen Rechts eine klare Linie gefunden werden, die dazu führt, dass durch eine einheitliche Staatenpraxis²³² dem Einsatz von Cyberangriffen klare Grenzen aufgezeigt werden und insofern die von diesen ausgehende Gefahr der Ausnutzung von Rechtsunsicherheiten eingedämmt werden kann.²³³ Insgesamt zeichnet sich eine klare Tendenz dahin-

gehend ab, Operationen im Cyberraum nicht mehr als rein virtuell zu betrachten, sondern vielmehr im Zusammenhang mit ihrer physischen Herkunft und den entsprechenden Auswirkungen.²³⁴ Dies ist für die hier betrachteten, auf mittelbare physische Schäden oder Funktionsbeeinträchtigungen gerichteten militärischen Operationen sachgerecht. Anders ließe sich dies hinsichtlich auf Informationsgewinnung oder psychologische Beeinflussung gerichtete Maßnahmen bewerten.²³⁵ Probleme zeigen sich endlich in der Zurückverfolgung von Handlungen im Cyberraum. Hier ist wiederum ein Handlungsbedarf zu konstatieren, der sich jedoch nicht durch die Regulierung von Cyberangriffen selbst, sondern primär durch zu schaffende Regelungen, Informationspflichten oder Beweishilfe betreffend, erschöpft.²³⁶

²³¹ So auch *Dinniss* (Fn. 53), S. 28.

²³² *Radziwill* (Fn. 10), S. 101.

²³³ Vgl. *Miller* (Fn. 215), SCalInterdiscLJ 2014, 217 (257), der die Bedeutung des *Tallinn Manuals* hervorhebt.

²³⁴ *Radziwill* (Fn. 10), 101 ff.

²³⁵ *Radziwill* (Fn. 10), S. 102 ff.

²³⁶ Vgl. *Beucher/Utzerath*, Cybersicherheit – Nationale und internationale Regulierungsinitiativen Folgen für die IT-Compliance und die Haftungsmaßstäbe, MMR 2013, 362.

GdR Aufsatz

Jennifer Reh*

»Rassenhygiene« im »Dritten Reich« – spezifisch nationalsozialistisches Unrecht?

Der nachfolgende Beitrag behandelt – unter Einbettung in den nationalen und internationalen Kontext – die »rassenhygienische« Sterilisations- und Familiengesetzgebung im Nationalsozialismus. Zentrale Forschungsfrage ist dabei, ob es sich bei den Maßnahmen tatsächlich um NS-spezifisches Unrecht handelte oder ob sich die »Rassenhygiene« im NS, insbesondere mit Blick auf internationale Ausprägungen, als Konzept gängiger Bevölkerungspolitik zu jener Zeit darstellte. Die dem Beitrag zugrundeliegende Studienarbeit wurde mit dem Nachwuchspreis für die beste studentische Arbeit an der hiesigen Juristischen Fakultät im Fach Rechtsgeschichte während des Sommersemesters 2019 von der Göttinger Vereinigung zur Pflege der Rechtsgeschichte e. V. ausgezeichnet.

A. Einführung

»[Der völkische Staat] muß dafür Sorge tragen, daß Kinder zeugt nur wer gesund ist; daß es nur eine Schande gibt: bei eigener Krankheit und eigenen Mängeln dennoch Kinder in die Welt zu setzen, doch eine höchste Ehre: darauf zu verzichten.«¹

Das vorangehende Zitat von *Adolf Hitler* verdeutlicht, welcher Zielrichtung die NS-Familienpolitik untergeordnet war. Im »Dritten Reich« sollte das Recht auf Fortpflanzung und Ehegemeinschaft ausschließlich den als »höherwertig« angesehenen »Volksgenossen« vorbehalten sein. Damit ging die Entrechtung der für die »Volksgemeinschaft« »unerwünschten« Personengruppen einher. Diese Bestrebungen werden unter die Begriffe der Eugenik bzw. »Rassenhygiene« gefasst.²

Ziel dieses Beitrags ist es zum einen, die verschiedenen Maßnahmen der »Rassenhygiene« im NS, deren Umsetzung und Adressatenkreis darzustellen. Der Fokus liegt dabei auf der gesetzlichen Regelung von Zwangssterilisationen sowie der »rassenhygienischen« Ausgrenzung im NS-Eherecht. Es werden ausschließlich »lebensverhütende« Maßnahmen

untersucht – die Vernichtung »lebensunwerten« Lebens in Form der sog. Euthanasie wird nicht adressiert.³

Zum anderen soll die »Rassenhygiene« im NS in einen breiteren historischen Kontext eingebettet werden. Zentrale Fragestellung ist hierbei, inwiefern »rassenhygienische« Maßnahmen im »Dritten Reich« NS-spezifisches Unrecht waren. Dafür werden zu Anfang die Entstehung »rassenhygienischer« Diskurse und ihre Entwicklungen in der Weimarer Republik betrachtet. Zudem wird ein Vergleich zu den internationalen Ausprägungen der »Rassenhygiene« gezogen. Die Frage nach der NS-Spezifität »rassenhygienischer« Maßnahmen stellte auch nach 1945 im Umgang mit der NS-Vergangenheit einen zentralen Anknüpfungspunkt dar, worauf am Ende dieses Beitrags eingegangen wird.

B. Ursprung »rassenhygienischer« Diskurse

»Rassenhygienische« Diskurse kamen in der Bevölkerungswissenschaft bereits Ende des 19. Jahrhunderts auf.⁴

Der britische Mediziner *Francis Galton* (1811–1911) führte im Jahr 1883 erstmalig den Begriff »Eugenik« ein.⁵ Laut *Galton* verhinderte der allgemeine zivilisatorische Fortschritt den Lauf der »natürlichen Selektion« der schwächeren Gesellschaftsglieder.⁶ In Verbindung mit der von ihm beobachteten divergierenden Geburtenrate in den unterschiedlichen Gesellschaftsschichten befürchtete *Galton* in letzter Konsequenz die »Entartung« der für ihn »höherwertigen« Bevölkerungsgruppe.⁷ Die Eugeniker forderten daher einen regulierenden Eingriff in den Fortpflanzungsprozess, um einerseits die fehlende »natürliche Auslese« hin zu einer notwendigen Verbesserung der Geburtenqualität zu lenken. Andererseits sollten »höherwertige« Erbträger durch staatliche Förderung zur Fortpflanzung angeregt werden.⁸

³ Siehe dazu *Klee*, »Euthanasie« im Dritten Reich. Die »Vernichtung lebensunwerten Lebens«, 2. Auflage (2014); *Burleigh*, »Tod und Erlösung«. Euthanasie in Deutschland 1900–1945 (2002) m. w. N.

⁴ Vgl. *Schwartz*, Die Mehrheit und die »Minderwertigen«. Eine global-historische Sicht auf Eugenik und »Euthanasie« im 20. Jahrhundert, in: Czeguhn/Hilgendorf/Weitzel, Eugenik und Euthanasie 1850–1945 (2009), S. 127.

⁵ *Galton*, Inquiries into Human Faculty and its Development (1883), S. 24 f. *Galton* verweist auf den griechischen Ursprung des Wortes »eugenos«, was zu Deutsch so viel bedeutet wie »edle, erbliche Qualitäten«.

⁶ *Galton* (Fn. 5), S. 48.

⁷ Vgl. *Vossen* (Fn. 2), S. 38.

⁸ *Weingart/Kroll/Bayertz*, Rasse, Blut und Gene. Geschichte der Rassenhygiene und Eugenik in Deutschland, 1. Auflage (1988), S. 36 f.; *Vossen* (Fn. 2), S. 38.

* *Jennifer Reh* studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität und arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht von Prof. Dr. *Eva Schumann*. Der Beitrag geht aus einer Studienarbeit im Seminar »Umsetzung von Inklusions- und Exklusionsstrategien mit Hilfe des Rechts vom Mittelalter bis zur Gegenwart« bei Prof. Dr. *Eva Schumann* hervor.

¹ *Hitler*, Mein Kampf, Bd. 2, 1. Auflage (1926), S. 36, abgedruckt in: Hartmann/Vordermayer/Plöckinger/Töppel, Hitler, Mein Kampf. Eine kritische Edition, Bd. II (2016), S. 1031.

² Vgl. *Vossen*, Gesundheitsämter im Nationalsozialismus. Rassenhygiene und offene Gesundheitsfürsorge in Westfalen 1900–1950 (2001), S. 37 ff.

Parallel dazu wurden auch im Deutschen Reich zum Ende des 19. Jahrhunderts eugenische Gedanken formuliert.⁹ Im Jahr 1895 prägte der Mediziner *Alfred Ploetz* (1860–1940) den für die deutsche Bewegung charakteristischen Begriff der »Rassenhygiene«.¹⁰ Inhaltlich stimmten die Forderungen der Eugeniker und Rassenhygieniker überein,¹¹ sodass die Termini Eugenik und »Rassenhygiene« synonym verwendet werden können.¹²

C. »Rassenhygienische« Diskurse in der Weimarer Republik

In der Weimarer Republik fanden »rassenhygienische« Ansätze erstmals Eingang in die politische Diskussion. Zahlreiche Kriegsgopfer, die stagnierende Geburtenrate sowie die durch die Forderungen des Versailler Vertrags belastete Wirtschaftslage lieferten »rassenhygienischen« Ideen einen fruchtbaren Boden.¹³ In den Anfangsjahren der Weimarer Republik wurde im Reichsgesundheitsrat¹⁴ primär die Einführung obligatorischer Gesundheitszeugnisse diskutiert. Diese sollten vor der Eheschließung zwecks Verhinderung »rassenhygienisch« unerwünschter Ehen ausgetauscht werden.¹⁵ Als Argumentationsstütze wurden internationale Entwicklungen herangezogen – so gab es zu der Zeit schon »rassenhygienische« Eheverbote in den USA und den skandinavischen Ländern.¹⁶ Eine gesetzliche

Regelung konnte sich in der Weimarer Republik jedoch nicht durchsetzen.¹⁷ Als einziger »Erfolg« konnte in dieser Zeit eine neue Vorschrift im Personenstandsgesetz verbucht werden, nach welcher bei Anmeldung der Eheschließung im Standesamt ein Merkblatt über die »Wichtigkeit einer ärztlichen Beratung vor der Eheschließung« an das Brautpaar auszuhändigen war.¹⁸

Zum Ende der Weimarer Republik verlagerte sich der politische Diskurs auf die mögliche Sterilisation von »Erbkranken«, wodurch man sich Kosteneinsparungen in der Anstaltsasylierung von psychisch Kranken und Verbrechern erhoffte.¹⁹ Den Höhepunkt der Debatte bildete im Juli 1932 der Entwurf eines Sterilisationsgesetzes des Preußischen Landesgesundheitsrates.²⁰ Danach sollten freiwillige Sterilisationen von »Erbkranken« ermöglicht werden, wobei es ausreichte, wenn die Betroffenen bloße Träger »erbkranker« Anlagen waren.²¹ In der Ärzteschaft stieß diese Gesetzesinitiative auf große Zustimmung, obwohl z. T. ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass für die Vererbbarkeit psychischer Leiden noch keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse existierten.²² Im Frühjahr 1933 wurde der Gesetzesentwurf an das Reichsinnenministerium übermittelt, sodass der Entwurf die direkte Arbeitsvorlage für das am 14.7.1933 verabschiedete nationalsozialistische »Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses« bildete.²³

D. »Rassenhygienische« Ausgrenzung im Nationalsozialismus

Während »rassenhygienische« Konzepte in der Weimarer Republik nur Bestandteil kontroverser Diskussionen waren, wurde die »Rassenhygiene« im NS zu einem wesentlichen Element der Staatsideologie. »Rassenhygienische« Ambitionen waren im NS-Staat dabei eng verzahnt mit der Abwehr der sog. »Rassenmischung«.²⁴ So sollten »die rassenpolitischen Maßnahmen die Geschlossenheit und Wesentlichkeit der deutschen Persönlichkeit« gewährleisten, während »die erbpflegerischen Maßnahmen die körperliche, geistige und seelische Gesundung und Gesundheit der

⁹ *Kramer*, »Ein ehrenhafter Verzicht auf Nachkommenschaft«. Theoretische Grundlagen und Praxis der Rechtsprechung des Erbgesundheitsgerichts Celle (1999), S. 31.

¹⁰ Vgl. *Ploetz*, Grundlinien einer Rassen-Hygiene, Theil 1: Die Tüchtigkeit unsrer Rasse und der Schutz der Schwachen (1895). Die Begriffswahl wurde aufgrund der begrifflichen Nähe zu den aufkommenden Rassetheorien stark kritisiert, konnte sich aber letztlich durchsetzen, da sich die Mehrheit der Rassenhygieniker selbst mit den Rassetheorien identifizieren konnte. Näher zur deutschen Entwicklung *Weingart/Kroll/Bayertz* (Fn. 8), S. 36 ff.

¹¹ Auch die Rassenhygieniker forderten negative und positive Gegenmaßnahmen zur fehlenden »natürlichen Selektion« und drohenden »Entartung«, vgl. *Vossen* (Fn. 2), S. 41; *Labisch/Tennstedt*, Der Weg zum »Gesetz über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens« vom 3.7.1934, Teil 1 (1985), S. 153.

¹² So auch *Kramer* (Fn. 9), S. 32; i. E. auch *Bock*, Zwangssterilisation im Nationalsozialismus, 1. Auflage (1986), S. 62; *Kroll*, Zur Entstehung und Institutionalisierung einer naturwissenschaftlichen und sozialpolitischen Bewegung: Die Entwicklung der Eugenik/Rassenhygiene bis zum Jahre 1933 (1983), S. 19. Dieser Beitrag verwendet primär den Begriff der »Rassenhygiene«, als den für die deutsche Entwicklung charakteristischen Begriff.

¹³ *Nitschke*, Die »Erbpolizei« im Nationalsozialismus. Zur Alltagsgeschichte der Gesundheitsämter im Dritten Reich (1999), S. 26 f.; *Labisch/Tennstedt* (Fn. 11), S. 158. Näher dazu *Kramer* (Fn. 9), S. 44 ff.

¹⁴ Der Reichsgesundheitsrat nahm seit 1900 eine unterstützende Funktion für das Reichsgesundheitsamt ein und wurde bei wichtigen Gesundheitsfragen und einschlägigen Gesetzesentwürfen zur Stellungnahme aufgefordert, vgl. *Möllers*, Gesundheitswesen und Wohlfahrtspflege im Deutschen Reiche (1923), S. 4 ff.

¹⁵ Vgl. Leitsätze des Reichsgesundheitsrates v. 26.2.1920, abgedruckt in: *Schopohl*, Die Eugenik im Dienste der Volkswohlfahrt, in: Abteilung für Volksgesundheit des Preußischen Ministeriums für Volkswohlfahrt, Veröffentlichungen aus dem Gebiete der Medizinalverwaltung, 18. Bd. 5. Heft (1932), S. 629, 682–686.

¹⁶ Vgl. dazu ausführlich *Kesper-Biermann*, »Ehegesundheit« als bevölkerungspolitisches Problem. Internationale Dimensionen von Diskussionen

und Gesetzgebung in der Weimarer Republik, in: Ehmer/Ferdinand/Reulecke, Herausforderung Bevölkerung. Zu Entwicklungen des modernen Denkens über die Bevölkerungen vor, im und nach dem »Dritten Reich« (2007), S. 123, 125 f., 128.

¹⁷ Vgl. *Kesper-Biermann* (Fn. 16), S. 123, 124 f.

¹⁸ Vgl. § 45 Abs. 5 »Gesetz über den Personenstand« v. 11.6.1920, RGBI. 1920 I, S. 1209 f. Die Erfolgsbilanz blieb allerdings gering, vgl. *Czarnowski*, Das kontrollierte Paar. Ehe- und Sexualpolitik im Nationalsozialismus (1999), S. 78.

¹⁹ Vgl. *Nitschke* (Fn. 13), S. 54.

²⁰ *Nitschke* (Fn. 13), S. 54 f.

²¹ Gesetzesentwurf abgedruckt bei *Müller*, Sterilisation und Gesetzgebung bis 1933 (1985), S. 127 f.

²² Vgl. *Vossen* (Fn. 2), S. 169 f.

²³ Ausführlich siehe *Benzenhöfer*, Zur Genese des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses (2006), S. 43–53.

²⁴ So auch *Weingart/Kroll/Bayertz* (Fn. 8), S. 369; *Christians*, »Erbgesund« und »rasserein« – Die NS-Sterilisationsgesetzgebung als Phase legitimer Radikalexklusion, in: Brechtken/Jasch/Kreutzmüller/Wiese, Die Nürnberger Gesetze – 80 Jahre danach (2017), S. 53, 55.

lebenden und kommenden Geschlechter verbürgen«, sodass sie »[i]n ihrem Zusammenwirken [...] den biologischen Bestand des Volkes« sichern sollten.²⁵ »Rassenhygienische« Ziele und das Streben nach der »Arisierung« der Gesellschaft verschmolzen im NS somit in der praktizierten »Rassen- und Erbpflge«.²⁶

Inwiefern »rassenhygienische« Maßnahmen Eingang in die NS-Gesetzgebung fanden, soll im folgenden Abschnitt untersucht werden.

I. Zwangssterilisationen nach dem »Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses«

Den radikalen Beginn der NS-Erbgesundheitspolitik bildete das »Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses« (GzVeN) vom 14. 7. 1933, durch welches Zwangssterilisationen von »Erbkranken« legalisiert wurden.²⁷ Der preußische Gesetzesentwurf wurde damit radikal um die Möglichkeit der Zwangssterilisation verschärft.²⁸

1. Die Diagnose »erbkrank«

Als »erbkrank« galt gem. § 1 Abs. 2, wer an »angeborenem Schwachsinn«, »Schizophrenie«, »zirkulärem (manisch-depressivem) Irresein«, »erblicher Fallsucht«, »erblichem Veitstanz (Huntingtonsche Chorea)«, »erblicher Blindheit«, »erblicher Taubheit« oder »schwerer erblicher körperlicher Missbildung« litt. Nach Abs. 3 konnte man ferner aufgrund von »schwerem Alkoholismus« sterilisiert werden. Die »Erbkrankheit« musste in der Person des Betroffenen zutage treten. Bloße Anlagenträger konnten also bei Auftreten von »Erbkrankheiten« in der Verwandtschaft nicht zwangssterilisiert werden.³⁰

Die mit Abstand häufigste Diagnose war »angeborener Schwachsinn«. Reichsweit waren etwa 60 % aller Zwangssterilisationen darauf zurückzuführen, gefolgt von diagnostizierter »Schizophrenie« bei 20 % der Betroffenen.³¹ Diese »Erbkrankheiten« basierten indes nicht

auf konkreten Diagnosen, sondern umfassten eine Vielzahl von Symptomen.³²

Anhand der Diagnose des »angeborenen Schwachsinn« spiegelt sich die sozialrassistische Ausrichtung des GzVeN am deutlichsten wider. In der Gesetzesbegründung wird darauf verwiesen, dass »sich unzählige Minderwertige und erblich Belastete hemmungslos fort[pflanzen], deren kranker und asozialer Nachwuchs der Gesamtheit zur Last fällt«. Die Sterilisierung sei »das einzig sichere Mittel, um die weitere Vererbung [...] zu verhüten« und »muß [...] demnach als eine Tat der Nächstenliebe und Vorsorge für die kommende Generation angesehen werden«.³³ Obwohl es sich um eine »Erbkrankheit« handelte, war für die Diagnose kein medizinischer Nachweis der Vererbung erforderlich. »Schwachsinn« galt als angeboren und damit erblich bedingt, sofern keine exogenen Faktoren wie Unfälle oder Krankheiten als Ursache in Betracht kamen.³⁴

Zur Feststellung des »angeborenen Schwachsinn« wurde auf den Intellekt des Betroffenen abgestellt, der anhand eines amtlichen Intelligenzprüfungsbogens überprüft wurde.³⁵ Dieser Bogen enthielt Fragen aus verschiedensten Wissensbereichen. Es sollten aber auch die »sittlichen Allgemeinvorstellungen« sowie die Urteilsfähigkeit und Gedächtniskraft überprüft werden.³⁶ Bei der Intelligenzprüfung wurden die individuellen Lebensumstände nicht berücksichtigt. Die Prüfung erfolgte unabhängig von Alter, Schulbildung und familiärem Hintergrund immer nach demselben Schema.³⁷ Das Niveau der Fragen orientierte sich dabei am Wissensstand des Bildungsbürgertums, sodass sie für die Prüflinge, von denen mehr als zwei Drittel nur die Hilfsschule abgeschlossen hatten,³⁸ nahezu unmöglich zu bewältigen waren.

Seit dem Jahr 1936 trat neben die Intelligenzprüfung die Prüfung der »Lebensbewährung« der Betroffenen.³⁹ Die »mangelnde Lebensbewährung« wurde in einer »asozialen Lebensführung« gesehen. Die »Schwachsinnigen« sollte man demnach an der »Verbildung ihrer sittlichen Begriffswelt« und ihrer Unfähigkeit sich ein »richtiges« Bild der »Ordnung der menschlichen Gesellschaft« zu machen, er-

25 Stuckart/Schiedermair, Rassen- und Erbpflge in der Gesetzgebung des Reiches, 5. Auflage (1944), S. 73.

26 Stuckart/Schiedermair (Fn. 25), S. 8; Nitschke (Fn. 13), S. 81.

27 RGBl. 1933 I, S. 529–531, vgl. §§ 3, 12 GzVeN.

28 Vgl. Weingart/Kroll/Bayertz (Fn. 8), S. 465.

29 Unter die Diagnose »erbliche Fallsucht« fielen nervlich bedingte Krampfanfälle. Die häufigste Form war die Epilepsie, vgl. Endres, Zwangssterilisation in Köln 1934–1945 (2009), S. 49.

30 Gütt/Rüdin/Rutke, Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. 7. 1933 mit Auszug aus dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933 (1934), S. 82 f.

31 Bock (Fn. 12), S. 302 f. mit Zahlen zu den übrigen Diagnosen (Stand 1934): 12 % Epileptiker, 3 % Manisch-Depressive, 2 % Alkoholiker, 1 % Taube, unter 1 % Blinde, körperliche Missgebildete und von Veitstanz Betroffene. Laut Bock nahmen die Anteile der letzten fünf Diagnosen im Laufe der Zeit ab, während der Anteil der Diagnosen von »angeborenem Schwachsinn« stieg. Vgl. Bock (Fn. 12), S. 303 m. w. N.

32 Vgl. Weingart/Kroll/Bayertz, (Fn. 8), S. 469.

33 Zitat aus der Gesetzesbegründung abgedruckt bei Gütt/Rüdin/Rutke, Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Gesetz und Erläuterungen, 2. Auflage (1936), S. 77.

34 Vgl. Gütt/Rüdin/Rutke (Fn. 33), S. 120.

35 Gütt/Rüdin/Rutke (Fn. 30), S. 48 f.

36 Der Intelligenzprüfungsbogen ist abgedruckt bei Gütt/Rüdin/Rutke (Fn. 30), S. 76–78.

37 Endres (Fn. 29), S. 154.

38 Endres (Fn. 29), S. 154; Vossen (Fn. 2), S. 285. Die schematische Durchführung der Intelligenzprüfungen wurde von verschiedenen Seiten stark kritisiert, sodass per Erlass des Reichsinnenministeriums (RIM) aus dem Jahr 1937 die Ärzte aufgefordert wurden, auf den Betroffenen individuell zugeschnittene Fragen zu stellen. Aus Bequemlichkeit und Zeitmangel wurde jedoch meist der Gutachtendruck weiterverwendet. Dazu Vossen (Fn. 2), S. 286–288.

39 Das Bestehen der Intelligenzprüfung wurde in diesen Fällen meist auf »Überlistungs- und Täuschungserfolge« zurückgeführt, vgl. Gütt/Rüdin/Rutke (Fn. 33), S. 124 f.

kennen, »so daß sie sich der Gemeinschaft nicht einzu-fügen« vermochten.⁴⁰ Die mangelnde »soziale Tauglichkeit« rechtfertigte demnach ihre Unfruchtbarmachung.⁴¹ Diese »Biologisierung sozialer Werturteile«⁴² traf v. a. die Gruppe der sog. »Asozialen«. Diese stellten in der nationalsozialistischen Logik den Antitypus zum wertvollen »Volksgenossen« dar und wurden als »Schädlinge« der »Volksgemeinschaft«, als »Feind im Inneren«⁴³, gesehen und deshalb auch als »Gemeinschaftsfremde« bezeichnet.⁴⁴ In der NS-Zeit findet sich keine allgemeingültige Definition des Begriffs »asozial«.⁴⁵ Vielmehr galt als »asozial«, wer straffällig wurde oder polizeilich auffiel, Fürsorgeleistungen erhielt, keinen »geordneten Haushalt« führte, seine Kinder nicht »zu brauchbaren Volksgenossen« erzog sowie Alkoholranke und Personen mit einer »abweichenden« Sexualmoral wie bspw. Prostituierte.⁴⁶

Durch das GzVeN wurde somit primär sozial unerwünschtes Verhalten geächtet. Im Vordergrund der Diagnose einer »Erbkrankheit« stand folglich nicht das persönliche Wohlergehen des Einzelnen, sondern dessen Nutzen und Wert für die »Volksgemeinschaft«.⁴⁷ Die Anwendung des GzVeN entsprach daher insgesamt einer »Klassenjustiz«.⁴⁸ Dies zeigt sich exemplarisch an einem Zwangssterilisationsbeschluss des Erbgesundheitsgerichts Hamburg, in welchem eine schlechte Haushaltsführung und mangelhafte Erziehung der Kinder i. S. d. »Volksgemeinschaft« eine Zwangssterilisation begründeten.⁴⁹

2. Das sog. »Erbgesundheitsverfahren« vor den Erbgesundheitsgerichten

Über die Durchführung der Zwangssterilisationen entschieden die eigens dafür eingerichteten Erbgesundheitsgerichte.⁵⁰ Die scheinbare Objektivität und Unabhängigkeit

des Verfahrens sollten dem Gesetz zu gesellschaftlicher Akzeptanz verhelfen.⁵¹ Die erste Phase des sog. »Erbgesundheitsverfahrens«, die vorgerichtliche Erfassung potentiell »Erbkranker«, verpflichtete die gesamte Ärzteschaft beim Verdacht einer »Erbkrankheit« den Patienten beim Amtsarzt anzuzeigen und stellte somit eine Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht dar.⁵² Die Anzeigepflicht war bewusst weit formuliert, um die »Erbgesundheit« von möglichst vielen Personen zu protokollieren und so »die erbbiologische Bestandsaufnahme des deutschen Volkes vorzubereiten«.⁵³ Der Amtsarzt entschied dann gem. § 3 GzVeN, ob die Anzeige zu einem Antrag auf Zwangssterilisation führen sollte.

Für die systematische Umsetzung des GzVeN waren ab Juli 1935 die neu eingerichteten staatlichen Gesundheitsämter zuständig.⁵⁴ Das amtliche Gutachtenformular, welches dem Antrag beim Erbgesundheitsgericht beizufügen war, beinhaltete neben Angaben über den gesundheitlichen Zustand des Patienten v. a. Ausführungen zum »erbgesundheitlichen« Hintergrund der Familie und Lebensweg des Betroffenen.⁵⁵

Vor Erbgesundheitsgerichten galt der Amtsermittlungsgrundsatz.⁵⁶ Dem Betroffenen konnte der Rechtsbeistand entzogen werden, wenn dessen Anwalt versuchte, die drohende Sterilisation seines Mandanten trotz ärztlich diagnostizierter »Erbkrankheit« abzuwehren.⁵⁷ Dies stand in den Augen des Gerichts im Widerspruch zum Gesetzeszweck, die »Erbgesundheit« der »Volksgemeinschaft« zu sichern.⁵⁸ Nach der gerichtlichen Anhörung des Betroffenen konnte außerdem die Unterbringung in einer Krankenanstalt bis zur Entscheidungsfindung angeordnet werden,⁵⁹ was an die Untersuchungshaft im Strafprozess erinnert.

Reichsweit endeten von 1934 bis 1936 ca. 85 % der Fälle vor einem Erbgesundheitsgericht mit einem Beschluss zur

40 Gütt/Rüdin/Ruttke (Fn. 33), S. 125.

41 Vgl. Entscheidungsgründe des Erbgesundheitsgerichts Kassel 1935, abgedruckt bei Gütt/Rüdin/Ruttke (Fn. 33), S. 125 Fn. 2.

42 Weingart/Kroll/Bayertz (Fn. 8), S. 476.

43 Ayaß, »Asozialer Nachwuchs ist für die Volksgemeinschaft vollkommen unerwünscht«. Die Zwangssterilisation von sozialen Außenseitern, in: Hamm, Lebensunwert, zerstörte Leben. Zwangssterilisation und »Euthanasie«, 3. Auflage (2008), S. 111.

44 Vgl. Ayaß, »Gemeinschaftsfremde«. Quellen zur Verfolgung von »Asozialen« 1933–1945. Materialien aus dem Bundesarchiv Heft 5 (1998), S. XII f.

45 Es gab unterschiedliche Definitionen von Seiten der Wissenschaft und Politik. Dazu Ayaß, »Asoziale« im Nationalsozialismus (1995), S. 105 ff.

46 »Richtlinien für die Beurteilung der Erbgesundheit« des Reichsinnenministeriums vom 18. 7. 1940, abgedruckt in: Ayaß (Fn. 44), Nr. 104 S. 253, an denen sich die Gesundheitsämter bei ihrer Bewertung orientierten.

47 So auch Endres (Fn. 29), S. 46.

48 Simon, Das »Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses« und seine Rezeption in den 50er Jahren im Bereich der Britischen Besatzungszone, in: Düwell/Vormbaum, Themen juristischer Zeitgeschichte (1). Schwerpunktthema: Recht und Nationalsozialismus (1998), S. 174, 179.

49 Beschluss des Hamburger Erbgesundheitsgerichts in Auszügen abgedruckt bei Ayaß (Fn. 43), S. 113.

50 Diese waren den Amtsgerichten angegliedert und jeweils mit einem Amtsrichter als Vorsitzenden und zwei ärztlichen Beisitzern besetzt, vgl. §§ 5, 6 GzVeN.

51 So Weingart/Kroll/Bayertz (Fn. 8), S. 468; Ley, Das Erbgesundheitsverfahren nach dem NS-Sterilisationsgesetz, in: Justizministerium des Landes NRW, Justiz und Erbgesundheit. Zwangssterilisation, Stigmatisierung, Entrechtung: »Das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses« in der Rechtsprechung der Erbgesundheitsgerichte 1934–1945 und seine Folgen für die Betroffenen bis in die Gegenwart (2009), S. 39.

52 Art. 3 der 1. Ausführungsverordnung v. 5. 12. 1933, RGBl. 1933 I, S. 1021; Gütt/Rüdin/Ruttke (Fn. 33), S. 212.

53 Gütt/Rüdin/Ruttke (Fn. 33), S. 210. Ziel der »erbbiologischen Bestandsaufnahme« war die Erfassung aller Untersuchungsergebnisse, die für erbpflegerische Maßnahmen bedeutend waren. Dabei sollte eine »Erbkartei« der Gesamtbevölkerung erstellt werden, um die Erbpflege zu erleichtern, vgl. Linden, Erb- und Rassenpflege, in: Klein, Der Amtsarzt. Ein Nachschlagewerk für Medizinal- und Verwaltungsbeamte, 2. Auflage (1943), S. 46–49.

54 Christinas (Fn. 24), S. 63.

55 Vgl. Gutachtenvordruck abgedruckt bei Gütt/Rüdin/Ruttke (Fn. 30), S. 70–75.

56 Gütt/Rüdin/Ruttke (Fn. 33), S. 235.

57 Rechtsmittel gegen diese Entscheidung waren unzulässig, vgl. Art. 4 der 3. Ausführungsverordnung v. 25. 2. 1935, RGBl. 1935 I, S. 289, 290.

58 Gütt/Rüdin/Ruttke (Fn. 33), S. 242; Ley (Fn. 51), S. 39, 53 f.

59 Vgl. Art. 4 Abs. 3 der 1. Ausführungsverordnung v. 5. 12. 1933, RGBl. 1933 I, S. 1021, 1022.

Durchführung der Zwangssterilisation.⁶⁰ Gegen diesen konnte beim Erbgesundheitsobergericht Beschwerde eingelegt werden.⁶¹ Der Rechtswittelweg konnte jedoch durch die Anordnung einer zeitweiligen Pflugschaft quasi entzogen werden, da der Betroffene dann nicht mehr selbst über die Einlegung einer Beschwerde entscheiden konnte.⁶² Die eingesetzten Pfleger waren dabei in erster Linie den Interessen der »Volksgemeinschaft« verpflichtet,⁶³ sodass ein Handeln zugunsten der »Erbkranken« unwahrscheinlich erscheint.

Insgesamt zeigt sich, dass die vermeintlich »Erbkranken« im Erbgesundheitsverfahren stark diskriminiert wurden. Von einem neutralen Verfahren kann nicht die Rede sein, da den Betroffenen von vorneherein jegliche Verfahrensrechte genommen werden konnten. Zwar sollte vor Gericht der Eindruck vermittelt werden, »daß hier niemand ›verurteilt‹ wird.«⁶⁴ Das Verfahren hatte jedoch faktisch eindeutig den Charakter eines Strafprozesses. Am Ende hieß es jedoch meist »in dubio pro Volksgemeinschaft«.

Insgesamt wurden bis zur kriegsbedingten Einstellung der Verfahren im Jahr 1944 ca. 400 000 Personen Opfer von Zwangssterilisationen.⁶⁵ Neben physischen Schmerzen durch den medizinischen Eingriff zogen Zwangssterilisationen v. a. eine gesellschaftliche Stigmatisierung der Betroffenen nach sich, die sich auf soziale Beziehungen, berufliche Perspektiven sowie das eigene Selbstwertgefühl negativ auswirkten.⁶⁶

II. »Rassenhygienische« Ausgrenzung im NS-Eherecht

Die »rassenhygienischen« Maßnahmen im NS erschöpften sich nicht in der gesetzlichen Regelung der Zwangssterilisationen. Die NS-»Rassenhygiene« zielte noch in eine andere Richtung: Die Auslese »erbgesunder« Menschen bei der Eheschließung. Die Ehe war im NS keine private Angelegenheit mehr, sondern stand primär im Dienst der »Volksgemeinschaft«.⁶⁷ Aus NS-Sicht stellte die Familie die »Keimzelle des Volkes« dar, deren Aufgabe darin be-

stand, dessen »Fortbestand« zu sichern, wobei »nur die erbgesunde Familie [...] die Garantin der Erbgesundheit des Volkes sein« konnte.⁶⁸ Deshalb sollte nur »erbgesunden« Personen das Recht zur Eheschließung und Fortpflanzung vorbehalten sein.

1. Selektive Förderung am Beispiel der Ehestandsdarlehen

Ab Juli 1933 ermöglichten die Bestimmungen über die Vergabe von Ehestandsdarlehen die Überprüfung der Eheeignung nach erbgesundheitlichen Gesichtspunkten.⁶⁹ Heiratswilligen deutschen Reichsangehörigen konnte auf Antrag ein Darlehen i. H. v. bis zu 1000 Reichsmark zinslos gewährt werden, wenn die künftige Ehefrau bis zur Eheschließung ihr bisheriges Arbeitsverhältnis aufkündigte.⁷⁰ Die Rückzahlung des Kredits konnte durch das sog. »Abkindern«⁷¹ entfallen, denn für jedes in der Ehe geborene Kind wurden 25 % des Darlehensbetrags erlassen.⁷²

Schon kurz nach der Einführung erfolgte eine »qualitative bevölkerungspolitische Nachbesserung« der Darlehensvergabe. Nach »rassenhygienischen« Gesichtspunkten war nämlich nur die Förderung »erbgesunder« Ehen wünschenswert.⁷³ Als eheungeeignet galt man insb. bei Vorliegen einer Erbkrankheit i. S. d. GzVeN⁷⁴ bzw. als Träger »erbkranker« Anlagen. Zur Feststellung waren entsprechende Nachforschungen in den Familien der Antragsteller erforderlich.⁷⁵ Das dadurch zusammengetragene Material diente wiederum der »erbbiologischen Erfassung« der Bevölkerung.⁷⁶

Die Tatsache, dass kein Ausschlussgrund vorlag, war seit Juli 1933 von den Heiratswilligen durch ein amtsärztliches Gesundheitszeugnis nachzuweisen.⁷⁷ Mit der Darlehensvergabe wurde dadurch auch ein erzieherischer Zweck verfolgt: Die Bevölkerung sollte an ärztliche Untersuchungen vor der Eheschließung gewöhnt und die Wichtigkeit der »Erb-

⁶⁰ Bock (Fn. 12), S. 233. Weitere Zahlen sind nicht veröffentlicht.

⁶¹ Nur in 15 bis 20 % führten die Beschwerden zu einer Aufhebung des erstinstanzlichen Beschlusses, vgl. Simon (Fn. 48), S. 179.

⁶² Art. 2 der 3. Ausführungsverordnung, RGBl. 1935 I, S. 289, 290; Gütt/Rüdin/Ruttke (Fn. 33), S. 198.

⁶³ Gütt/Rüdin/Ruttke (Fn. 33), S. 200.

⁶⁴ Gütt/Rüdin/Ruttke (Fn. 33), S. 229.

⁶⁵ Bock (Fn. 12), S. 233 f., 237 m. w. N. Auch außerhalb des GzVeN wurden im NS-Staat Zwangssterilisationen ohne gesetzliche Grundlage durchgeführt: In den Anfangsjahren fielen bis zu 800 Jugendliche Zwangssterilisationen zum Opfer. Die sog. »Rheinlandbastarde« waren Kinder von »weißen« Müttern und »schwarzen« Vätern, die während der französischen Besatzungszeit nach dem ersten Weltkrieg nichtehelich gezeugt wurden. Juden sowie Sinti und Roma wurden seit 1934 auf Grundlage des GzVeN zwangssterilisiert, ihr genauer Anteil an der Gesamtanzahl ist unbekannt. Ab 1941 fielen hunderte Juden, Polen sowie Sinti und Roma den Experimenten zur Massensterilisation durch Röntgenbestrahlung in den Konzentrationslagern zum Opfer. Zum Ganzen Bock (Fn. 12), S. 351–368 m. w. N.

⁶⁶ Näher dazu Vossen (Fn. 2), S. 322–325.

⁶⁷ Vgl. Rühers, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 8. Auflage (2017), S. 400.

⁶⁸ Stuckart/Schiedermaier (Fn. 25), S. 94.

⁶⁹ Vgl. Nitschke (Fn. 13), S. 95. Diese staatliche Sozialleistung war zunächst als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme angelegt, die Frauen zugunsten männlicher Arbeitskräfte aus der Erwerbstätigkeit verdrängen sollte, Linden (Fn. 53), S. 38. Die Vorschriften zur Darlehensvergabe finden sich deshalb in Abschnitt V des »Gesetzes zur Verminderung der Arbeitslosigkeit« v. 1. 6. 1933, RGBl. 1933 I, S. 323, 329.

⁷⁰ Die Durchschnittshöhe der ausgezahlten Darlehen betrug knapp 600 Reichsmark, was dem 4- bis 5-fachen Monatslohn eines Industriearbeiters entsprach, vgl. Czarnowski (Fn. 18), S. 104.

⁷¹ Bock (Fn. 12), S. 147.

⁷² § 8 der 1. Durchführungsverordnung v. 20. 6. 1933, RGBl. 1933 I, S. 377, 388.

⁷³ Siehe »Erläuterungen des Reichsministers der Finanzen zum Gesetz über die Förderung der Eheschließungen« vom 5. 7. 1933, Reichsgesundheitsblatt 1933 Nr. 41, S. 781 f.

⁷⁴ »Rundschreiben des Reichsministers des Innern, betr. Richtlinien für die ärztlichen Untersucher der Ehestandsdarlehensbewerber«, Reichsgesundheitsblatt 1934 Nr. 13, S. 269, 270.

⁷⁵ Reichsgesundheitsblatt 1934 Nr. 13, S. 269, 270 f.

⁷⁶ Gütt, Bevölkerungs- und Rassenpolitik, 2. Auflage (1938), S. 32.

⁷⁷ §§ 4, 5 der 2. Durchführungsverordnung v. 26. 7. 1933, RGBl. 1933 I, S. 540.

gesundheit« für die »Volksgemeinschaft« ins Bewusstsein gerückt werden.⁷⁸

Anfang 1939 wurden die Auslesekriterien weiter verschärft. Der sog. »Sippenbefund« war schon bei »mangelnder Lebensbewahrung« einzelner Verwandter positiv.⁷⁹ Damit wurden als »asozial« eingestufte Familien explizit aus der Ehestandsdarlehensvergabe ausgeschlossen.⁸⁰

Von 1933 bis 1943 wurden rund zwei Millionen Ehestandsdarlehen gewährt.⁸¹ Damit bewarben sich »nur« ca. 16 % aller Brautpaare um einen Ehekredit,⁸² was angesichts des hohen Geldbetrags erstaunlich ist. Jährlich wurden 2 bis 3 % aller Anträge aus »rassenhygienischen« Gründen abgelehnt, wobei 40 bis 50 % auf die Diagnose »angeborener Schwachsinn« zurückzuführen waren.⁸³ Die vergleichsweise niedrige Ablehnungsquote rührt daher, dass viele Brautpaare aus Angst, über den Darlehensantrag für Zwangssterilisationen in Betracht gezogen zu werden, von der Antragstellung absahen.⁸⁴

Die Vergabe von Ehestandsdarlehen zeigt exemplarisch, dass Sozialleistungen im NS-Staat nur »erbgesunden« Familien vorbehalten waren. Weitere familienfördernde Maßnahmen, die an die »Erbgesundheit« anknüpften, waren z. B. Kinder- und Ausbildungsbeihilfen, Steuererleichterungen und die Bevorzugung kinderreicher Familien bei der Wohnungsvergabe.⁸⁵ Insbesondere »asoziale« Familien wurden von jeglichen staatlichen Förderungsmaßnahmen ausgeschlossen.⁸⁶

2. Eheverbote des »Ehegesundheitsgesetzes«

Die Bestimmungen zur Ehestandsdarlehensvergabe bildeten den Auftakt zur staatlichen Gesundheitskontrolle vor der Eheschließung. Ärztliche Untersuchungen der Eheauglichkeit sollten durch das »Ehegesundheitsgesetz« (EGG) vom 18.10.1935 obligatorisch für jede Eheschließung werden.⁸⁷

Das EGG stand im engen inneren Zusammenhang zum »Blutschutzgesetz« vom 15.9.1935,⁸⁸ welches die »Rasse-

reinheit« des deutschen Volkes gewährleisten sollte.⁸⁹ Demgegenüber zielte das EGG auf die »Gesundung« des deutschen Volkes von innen ab, indem die für die »Volksgemeinschaft« aus »rassenhygienischen« Gründen unerwünschten Ehen verboten wurden.⁹⁰ Mit beiden Gesetzen wurde damit eine staatliche Fortpflanzungskontrolle etabliert, die im Ergebnis der »Aufartung« des »Volkkörpers« dienen sollte. Diese »Verstaatlichung der Ehe«⁹¹ fand durch das Ehegesetz vom 6.7.1938 Eingang in die gesamte NS-Ehegesetzgebung.⁹²

Das EGG sah in §§ 1a bis d »rassenhygienische« Eheverbote vor, welche auf die körperliche und geistige Gesundheit der Verlobten abstellten. Demnach durfte eine Ehe nicht geschlossen werden, wenn einer der Verlobten an einer mit Ansteckungsgefahr verbundenen Krankheit litt, die eine erhebliche Schädigung des anderen Teils oder der Nachkommen befürchten ließ, entmündigt war oder vorläufig unter Vormundschaft stand, an einer geistigen Störung litt, die die Ehe für die »Volksgemeinschaft« unerwünscht erscheinen ließ, oder an einer Erbkrankheit i. S. d. GzVeN erkrankt war.

Die Eheverbote sollten vor einer unglücklichen Ehe mit Krankheit, Elend und hohem Trennungsrisiko schützen, denn »[n]ur aus einer gesunden Ehe [könnten] gesunde Kinder hervorgehen; nur geistig und körperlich gesunde Ehepartner [könnten] in einer Ehe das persönliche Glück und die Zufriedenheit finden, die sie selbst von einer Familiengründung [erhofften]«.⁹³

Das EGG diente jedoch gerade nicht dem Schutz des Einzelnen, sondern ausschließlich den Interessen der »Volksgemeinschaft«. Die Orientierung an den Belangen der »Volksgemeinschaft« zeigt sich exemplarisch an der einzigen ausdrücklich formulierten Ausnahmeregel.⁹⁴ Nach § 1 Abs. 2 stand das Vorliegen einer Erbkrankheit i. S. d. GzVeN der Eheschließung nicht entgegen, wenn der andere Verlobte unfruchtbar war. Denn in dieser Konstellation war das

78 Vgl. Linden (Fn. 53), S. 38; Gütt (Fn. 76), S. 32.

79 »Erlaß des Reichsministers des Innern, betr. Richtlinien für die ärztlichen Untersucher der Ehestandsdarlehensbewerber« vom 14.1.1939, Reichsgesundheitsblatt 1934 Nr. 5, S. 70 f.

80 Vgl. Ayaß (Fn. 45), S. 107.

81 Czarnowski (Fn. 18), S. 226.

82 Czarnowski (Fn. 18), S. 228.

83 Nitschke (Fn. 13), S. 105.

84 So Bock (Fn. 12), S. 151.

85 Ein Überblick über die familienfördernden bevölkerungspolitischen Maßnahmen im NS findet sich bei Feldscher, Rassen- und Erbpflege im deutschen Recht, Rechtspflege und Verwaltung (1943), S. 149–153.

86 Näher dazu Ayaß (Fn. 45), S. 107–110.

87 »Gesetz zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes«, RGBl. 1935 I, S. 1246.

88 »Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre«, RGBl. 1935 I, S. 1146 f. Das »Blutschutzgesetz« war Bestandteil der Nürnberger Gesetze, die sich aus dem »Reichsbürgergesetz«, dem »Blutschutzgesetz« und dem »Reichsflaggengesetz« zusammensetzten, wodurch die Pseudolegalität der antisemitischen Verfolgungen gesetzlich festgelegt

wurde. Näher dazu Jasch/Rüdiger, Die Rassengesetzgebung im »Dritten Reich«, in: Brechtken/Jasch/Kreutzmüller/Wiese, Die Nürnberger Gesetze – 80 Jahre danach (2017), S. 165–203.

89 Gütt/Linden/Maßfeller, Blutschutz- und Ehegesundheitsgesetz. Gesetze und Erläuterungen, 2. Auflage (1937), S. 16.

90 Vgl. Linden (Fn. 53), S. 85.

91 Czarnowski, »Der Wert der Ehe für die Volksgemeinschaft«. Frauen und Männer in der nationalsozialistischen Ehepolitik, in: Heinsohn/Vogel/Weckel, Zwischen Karriere und Verfolgung. Handlungsräume von Frauen im nationalsozialistischen Deutschland (1997), S. 78, 84.

92 Vgl. RGBl. 1938 I, S. 807–822. Die Eheverbote aus dem EGG wurden in § 5 aufgenommen. Das Ehegesetz von 1938 führte zudem eugenisch motivierte Scheidungsgründe ein, welche aufgrund der begrenzten Länge des Beitrags hier nicht näher betrachtet werden. Insgesamt blieben die eugenischen Scheidungsgründe in ihrer Bedeutung hinter den Eheverboten zurück, vgl. dazu Czarnowski (Fn. 91), S. 84–90.

93 Gütt, Das Eheauglichkeitszeugnis. Gesetz zum Schutz der Erbgesundheit des deutschen Volkes, Der Öffentliche Gesundheitsdienst 1935, S. 561, 563.

94 Zu weiteren Ausnahmeregelungen Kirchberger, Ausnahmebewilligungen im Ehegesundheitsgesetz (1943).

Wohl der »Volksgemeinschaft« nicht gefährdet: Es konnte weder »erbkrankter« Nachwuchs gezeugt werden noch wurde die Fertilität eines »erbgesunden« »Volksgenossen« vergeudet.⁹⁵

Insgesamt sollten v. a. solche Personen von der Heirat abgehalten werden, die auf Grundlage des GzVeN nicht sterilisiert werden konnten. Das zeigt sich in der unbestimmten Formulierung des Eheverbotes aufgrund einer geistigen Störung, die die Ehe für die »Volksgemeinschaft« unerwünscht erscheinen ließ (§ 1 c). Dieses Ebehindernis ebnete den Weg in die »unbegrenzte Auslegung« durch die Gesundheitsämter⁹⁶ und ermöglichte einen erweiterten Zugriff auf die sozialen Randgruppen.⁹⁷ Die Ablehnung einer Zwangssterilisation bedeutete also nicht zugleich die Bejahung der Ehetauglichkeit.⁹⁸ Deshalb wurden die Eheverbote des EGG zum einen als mildere Maßnahme und zum anderen als notwendige Ergänzung des GzVeN gesehen.⁹⁹

Zwar sah § 2 EGG die obligatorische Ausstellung eines Ehetauglichkeitszeugnisses durch die Gesundheitsämter vor, um nachzuweisen, dass kein Ebehindernis nach § 1 EGG vorlag. Allerdings kam es mangels personeller und organisatorischer Ressourcen nie zur Einführung obligatorischer Ehetauglichkeitszeugnisse.¹⁰⁰ Zunächst entschieden allein die zuständigen Standesbeamten über die Vorlagepflicht.¹⁰¹ Ab Juni 1936 musste jedes Aufgebot beim Gesundheitsamt gemeldet werden, welches dann das Brautpaar anhand der vorhandenen »Erbkartei« und ggf. weiteren Nachforschungen innerhalb der 14-tägigen Aufgebotsfrist überprüfte.¹⁰²

Im Oktober 1941 wurden die Verlobten verpflichtet, eine Bescheinigung des Gesundheitsamtes vorzulegen, dass diesem keine Tatsachen bekannt waren, die auf das Vorliegen eines Ebehindernisses schließen ließen.¹⁰³ Diese sog. Eheunbedenklichkeitsbescheinigung bildete die unmittelbare Vorstufe zu obligatorischen Ehetauglichkeitszeugnissen, da alle Heiratswilligen beim Gesundheitsamt persönlich vorstellig werden mussten.¹⁰⁴ Gleichzeitig wurde dadurch der Abschluss der Verfahrensentwicklungen des EGG markiert.

Bisher liegen keine befriedigenden Forschungsergebnisse über die Anzahl der reichsweit verhängten Eheverbote und die Häufigkeit der einzelnen Verbotsgründe vor. Vereinzelt regionale Studien in der Forschungsliteratur belegen aber,

dass man im NS von einer vollständigen erbgesundheitlichen Überprüfung aller Ehepaare weit entfernt war.¹⁰⁵

Der Zugriff erschöpfte sich allerdings nicht in den Eheverbote, diese wurden vielmehr zu einem Trennungszwang erweitert.¹⁰⁶ Ab Februar 1939 sollten Paare, die trotz Eheverbots in einer eheähnlichen Gemeinschaft lebten, »durch gütliche Einwirkung, erforderlichenfalls unter Anwendung besonderer Maßnahmen [...] oder mit [...] polizeilichen Mitteln« getrennt werden.¹⁰⁷ Im Oktober 1941 wurde zudem mit der Einweisung in Konzentrationslager auf unbestimmte Zeit gedroht.¹⁰⁸

3. Zwischenfazit zur »Rassenhygiene« im NS

Von »rassenhygienischen« Maßnahmen im NS waren v. a. als »asozial« deklarierte Personengruppen betroffen. Die Ausgrenzungsmechanismen zeigen zudem Parallelen zur zeitgleich einsetzenden Judenverfolgung. Insgesamt ist zu konstatieren, dass mit der NS-Erbgesundheitspolitik die »erbbiologische Erfassung« der Gesamtbevölkerung angestrebt wurde. Das GzVeN war dabei zentrales Fundament »rassenhygienischer« Maßnahmen, da auch im Eherecht stets an die Indikationen des GzVeN angeknüpft wurde. Ob man von einem »Fehlschlag« der Maßnahmen sprechen kann, da »nur« bei den Zwangssterilisationen hohe Opferzahlen zu verzeichnen sind, ist fraglich. Eine Interpretation ist auch dahingehend möglich, dass die Bestrebungen im Anfangsstadium stecken geblieben sind. Die erbgesundheitliche Erfassung und »Auslese« der Gesamtbevölkerung war angesichts des organisatorischen und personellen Aufwands ein gewaltiges Vorhaben, das mangels »Zeitablaufs« letztlich nicht erreicht werden konnte. Deutlich wird allerdings, dass die »Rassenhygiene« im NS zur Staatsdoktrin wurde und die gesamte Familiengesetzgebung durchzog.

E. Internationale Dimensionen der »Rassenhygiene«

»Rassenhygienische« Bestrebungen gab es, wie schon ihre Entstehungsgeschichte zeigt, nicht nur im Nationalsozialismus. Wie bereits erwähnt, hatten »rassenhygienische« Ideen insb. in den USA, der Schweiz und den skandinavischen Ländern politischen Erfolg.¹⁰⁹ Die USA nahmen dabei eine Vorreiterstellung ein, denn schon 1913 galten in 36 US-Bundesstaaten »rassenhygienisch« begründete Eheverbote.¹¹⁰ Im Jahr 1933 existierten zudem in 26 Bundes-

⁹⁵ So schon *Stuckart/Schiedermair* (Fn. 25), S. 97.

⁹⁶ Siehe *Rickmann*, »Rassenpflege im völkischen Staat«. Vom Verhältnis der Rassenhygiene zur nationalsozialistischen Politik (2002), S. 182.

⁹⁷ Vgl. *Gütt/Linden/Maßfeller* (Fn. 89), S. 65 f.

⁹⁸ *Gütt/Linden/Maßfeller* (Fn. 89), S. 65 f.

⁹⁹ *Bock* (Fn. 12), S. 102; *Weingart/Kroll/Bayertz* (Fn. 8), S. 515.

¹⁰⁰ *Linden* (Fn. 53), S. 94; *Gütt* (Fn. 93), S. 561.

¹⁰¹ § 3 der 1. Durchführungsverordnung, RGBl. 1935 I, S. 1419.

¹⁰² Vgl. Runderlass des Reichsinnenministeriums zum EGG v. 16. 6. 1936, abgedruckt in: *Gütt/Linden/Maßfeller* (Fn. 89), S. 334; *Linden* (Fn. 53), S. 94; *Vossen* (Fn. 2), S. 331.

¹⁰³ Vgl. 2. Durchführungsverordnung v. 22. 10. 1941, RGBl. 1941 I, S. 650.

¹⁰⁴ So *Nitschke* (Fn. 13), S. 127.

¹⁰⁵ Vgl. zu Berlin-Charlottenburg *Dubitscher*, Praktische Erb- und Rassenpflege, Der Öffentliche Gesundheitsdienst 1940, S. 551, 556; zu Kiel *Derkmann*, Ehetauglichkeitsuntersuchungen als rassenhygienische Maßnahme, Archiv für Rassen- und Gesellschafts-Biologie 1940, S. 401, 417 f.; zu Westfalen *Vossen* (Fn. 2), S. 334–338.

¹⁰⁶ *Nitschke* (Fn. 13), S. 126.

¹⁰⁷ Runderlass des Reichsinnenministeriums v. 18. 2. 1939, zit. nach: *Nitschke* (Fn. 13), S. 126.

¹⁰⁸ Vgl. *Nitschke* (Fn. 13), S. 126 f.

¹⁰⁹ *Schwartz* (Fn. 4), S. 130.

¹¹⁰ Eheverbote wurden hauptsächlich wegen Geisteskrankheit, Schwachsinn, Epilepsie und Geschlechtskrankheit ausgesprochen. Dazu und zur Verteilung auf die einzelnen Bundesstaaten vgl. *v. Hoffmann*, Die Rassenhygiene in den Vereinigten Staaten von Amerika (1913), S. 50 f.

staaten Sterilisationsgesetze.¹¹¹ Von 1907 bis 1945 wurden auf Basis dieser Gesetze in den USA bis zu 45 000 Personen ihrer Fruchtbarkeit beraubt.¹¹² Bis in die 1970er Jahre wurde die Sterilisationspraxis fortgeführt, jedoch nicht mehr überwiegend aus eugenischen Beweggründen, sondern mit dem Ziel, ethnische Minderheiten (insb. Afroamerikanerinnen und indigene Bevölkerungsteile) zu beeinträchtigen.¹¹³ Da sich das Vorgehen in den einzelnen US-Bundesstaaten stark unterschied,¹¹⁴ eignet sich eine nähere Darstellung der »Rassenhygiene« in den USA nicht zum Vergleich mit den Maßnahmen im »Dritten Reich«. Ein überblicksartiger, gesamtstaatlicher Vergleich wird indes mit der Schweiz und Schweden vorgenommen.

I. Überblick über die Sterilisationsgesetzgebung in Schweden

Schon 1915 wurde in Schweden ein eugenisches Eheverbotsgesetz erlassen, das Ehehindernisse für Geistesranke, psychisch Kranke und Epileptiker vorsah, wenn diese Krankheiten erblich bedingt waren.¹¹⁵ Als Alternative zu den Eheverboten wurden auch Sterilisationen diskutiert.¹¹⁶ Das erste Sterilisationsgesetz Skandinaviens wurde 1929 in Dänemark erlassen,¹¹⁷ Schweden folgte 1935.¹¹⁸ Zwangssterilisationen waren demgemäß nur möglich, wenn die Betroffenen geschäftsunfähig waren. Ansonsten waren im schwedischen Gesetz grundsätzlich freiwillige Sterilisationen vorgesehen.¹¹⁹ Tatsächlich wurden die Betroffenen jedoch häufig in Drucksituationen zur Unterzeichnung der Sterilisierungsanträge von Ärzten gedrängt oder die Sterilisation wurde für die Entlassung aus Pflegeanstalten vorausgesetzt,¹²⁰ sodass in den meisten Fällen wohl nur auf dem Papier eine freiwillige Sterilisation vorlag. »Freiwillige« Sterilisationen waren für Geistesranke, Geistesschwache oder sonstige Personen mit geistiger Störung vorgesehen, wenn diese vererbbar waren (eugenische Indikation) oder wenn die Krankheit dazu führte, dass sich die Betroffenen in Zukunft nicht um ihre Kinder kümmern können würden (»soziale« Indikation).¹²¹ Diese »soziale« Indikation sollte die gesellschaftliche Sorge um alle Gesellschaftsmitglieder widerspiegeln, denn die Motivation hinter der eugenischen Entwicklung in Schweden war die Steigerung der Produktivität der Bevölkerung zur

Verbesserung des Wohlfahrtsstaates.¹²² Die Sterilisationsgesetzgebung war daher insbesondere von ökonomischen Erwägungen geleitet und sollte solche Personen erfassen, die der Gesellschaft zur Last fielen.¹²³ Von der »sozialen« Indikation waren deshalb v. a. soziale Randgruppen erfasst,¹²⁴ die den »Asozialen« im NS gleichzustellen sind. Bei der Reform des schwedischen Sterilisationsgesetzes im Jahr 1941 wurden »Asoziale« ausdrücklich als Sterilisationskandidaten erfasst, da diesen die Fähigkeit abgesprochen wurde, ihre Kinder zu leistungsfähigen Mitgliedern der Gesellschaft zu erziehen.¹²⁵ Insgesamt zeigt sich, dass bei der Normierung der Sterilisationsgründe das Wohl des Einzelnen hinter die Bedürfnisse des Gemeinwohls zurücktreten musste. Bis zur Aufhebung des Sterilisierungsgesetzes 1975 wurden in Schweden knapp 20 000 Personen aus »sozialen« oder eugenischen Gründen sterilisiert, wobei der Anteil der eugenischen Indikationen deutlich überwog.¹²⁶

II. Überblick über die eugenischen Eheverbote in der Schweiz

Im Jahr 1912 wurde in Art. 97 des schweizerischen Zivilgesetzbuches das Verbot der Eheschließung mit Urteilsunfähigen und Geisteskranken eingeführt.¹²⁷ Dabei wurde angenommen, dass Geistesranke aufgrund ihrer »erblichen Belastung« eine Gefahr für die Nachkommenschaft darstellten.¹²⁸ Mit Einführung des Eheverbotes wurde eine Ehefähigkeitskontrolle durch die Psychiatrie etabliert. Die Psychiater arbeiteten eng mit den Zivilstandsämtern, den Staatsanwaltschaften sowie den Fürsorge- und Armenbehörden zusammen.¹²⁹ Zur Feststellung der Ehefähigkeit wurden Intelligenztests sowie ärztliche Untersuchungen durchgeführt. Zudem wurden Fragen zur »erblichen Belastung« in der Familie, zu Lebensgewohnheiten, Ausbildung, Beruf und den moralischen Vorstellungen über das Ehe- und Familienleben gestellt.¹³⁰ Die Umsetzung des Eheverbots wurde jedoch immer wieder kritisiert. Im Jahr 1944 wurden von Experten 4 bis 5 % der Bevölkerung für eheunfähig gehalten, während jährlich nur ca. 50 Personen tatsächlich von dem Eheverbot betroffen waren.¹³¹ Im

111 In den meisten Gesetzen waren Zwangssterilisationen vorgesehen, vgl. Auflistung der Länder bei *Zurukzoglu*, Verhütung erbkranken Nachwuchses. Eine kritische Betrachtung und Würdigung (1938), S. 274–279.

112 Vgl. *Bock* (Fn. 12), S. 242.

113 Dazu *Hansen/King*, *Sterilized by the State. Eugenics, Race and the Population Scare in Twentieth-Century North America* (2013), S. 237–258. Die Gesamtzahl der Sterilisationsopfer in den USA beläuft sich auf 60 000, siehe *Bock* (Fn. 12), S. 242.

114 Vgl. *Hansen/King* (Fn. 113), S. 78–101.

115 *Broberg/Tydén*, *Eugenics in Sweden. Efficient Care*, in: *Broberg/Roll-Hansen, Eugenics and the Welfare State. Norway, Sweden, Denmark and Finland* (2005), S. 77, 100.

116 *Broberg/Tydén* (Fn. 113), S. 77, 100.

117 Deutsche Übersetzung abgedruckt bei *Zurukzoglu* (Fn. 111), S. 281 f.

118 Deutsche Übersetzung abgedruckt bei *Zurukzoglu* (Fn. 111), S. 299.

119 Vgl. *Broberg/Tydén* (Fn. 115), S. 103.

120 Näher dazu *Broberg/Tydén* (Fn. 115), S. 114–119.

121 *Broberg/Tydén* (Fn. 115), S. 103.

122 Vgl. *Spektorowski/Mizrachi*, *Eugenics and the Welfare State in Sweden. The Politics of Social Margins and the Idea of a Productive Society*, *Journal of Contemporary History* 2004, S. 333, 344.

123 Vgl. *Spektorowski/Mizrachi* (Fn. 122), S. 333, 345.

124 Vgl. *Spektorowski/Mizrachi* (Fn. 122), S. 333, 348.

125 Vgl. *Spektorowski/Mizrachi* (Fn. 122), S. 333, 348.

126 Die Anzahl der Sterilisationen nahm ab Mitte der 1950er Jahre deutlich ab, vgl. Tabelle bei *Broberg/Tydén* (Fn. 115), S. 77, 109 f.

127 *Ritter/Imboden*, »Hat die Eröffnung, dass er zivilrechtlich nicht ehelfähig ist, relativ ruhig aufgenommen«. Zur Praxis der psychiatrischen Ehefähigkeitsbegutachtung, in: *Wecker/Braunschweig/Imboden/Ritter, Eugenik und Sexualität. Die Regulierung reproduktiven Verhaltens in der Schweiz 1900–1960* (2013), S. 23, 28.

128 *Ritter/Imboden* (Fn. 127), S. 23, 28 f.

129 *Ritter/Imboden* (Fn. 127), S. 23, 30 f.

130 *Ritter/Imboden* (Fn. 127), S. 23, 40. Im Baseler Zivilstandsamt wurde seit den 1930ern zur besseren Erfassung heiratsunfähiger Personen eine Kartei geführt, in welcher Informationen der Vormundschafts-, Armen- und Fürsorgebehörden, Polizei und der Zivilgerichte gesammelt wurden, vgl. *Ritter/Imboden* (Fn. 127), S. 23, 38 f.

131 Vgl. *Huonker*, Diagnose: »moralisch defekt«. Kastration, Sterilisa-

Gegensatz zum Eheverbot konnte sich in der Schweiz keine reichsweite Gesetzgebung für eugenische Sterilisationen durchsetzen. Einzig im Kanton Waadt trat zum 1. 1. 1929 ein Sterilisationsgesetz in Kraft, das formal auf Freiwilligkeit beruhte, Geistesranke und -schwache betraf und der Verhütung »entarteter« Nachkommenschaft dienen sollte.¹³²

F. Fazit: Spezifika der »Rassenhygiene« im Nationalsozialismus

Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass sich »rassenhygienische« Maßnahmen im Nationalsozialismus in eine internationale Entwicklung einreihen. Fraglich ist, inwiefern sich das Vorgehen im »Dritten Reich« von dem der anderen Länder unterschied. Im Vergleich mit den USA, der Schweiz und Schweden konstatiert sich die Gemeinsamkeit der »Rassenhygiene« darin, dass die »Verbesserung« der »Bevölkerungsqualität« vordergründig war. Die dahinterstehende Motivation differierte allerdings: Während in anderen Ländern, wie z. B. in Schweden, meist ökonomische Erwägungen Auslöser waren, ging es im NS in erster Linie um die tatsächliche »Aufartung« der Bevölkerung. Dieser Ansatz ist jedoch auf den Ursprung der Eugenik zurückzuführen und damit kein rein nationalsozialistisches Konstrukt. Im Ergebnis machte die dahinterstehende Begründung keinen Unterschied: Die »rassenhygienische« Ausgrenzung bewirkte in allen Ländern eine Höherbewertung von Kollektiv- gegenüber Individualinteressen. Von den Regelungen waren daher primär gesellschaftliche Randgruppen betroffen, die sich nicht in das Bild einer idealen Gesellschaft einfügten. Die NS-Spezifik eugenischer Maßnahmen im »Dritten Reich« zeigt sich also nicht in ihrer Zielrichtung, sondern erst in der Eigenart ihrer Umsetzung. Der internationale Vergleich belegt zwar, dass auch Demokratien für »rassenhygienische« Konzepte anfällig waren. Ihre konsequente Durchsetzung war jedoch nur mit Hilfe eines diktatorischen Machtapparats möglich. Im Gegensatz zu anderen Staaten wurde die »Rassenhygiene« im »Dritten Reich« Teil der Staatsideologie. Die Radikalität ihrer Umsetzung offenbart sich zum einen in Bezug auf die Zwangssterilisierten in den Opferzahlen, die im Vergleich zum Ausland um ein Vielfaches höher sind. Zum anderen etablierte sich in keinem anderen Staat die »Rassenhygiene« in der gesamten Familienpolitik so ausgeprägt wie im NS-Staat. Dabei muss auch die Parallele zur antisemitischen Exklusion unterstrichen werden. Die Systematik der NS-»Rassenhygiene« zeigt sich zudem in der ausgeprägten Zusammenarbeit verschiedener staatlicher Stellen zur »erbbiologischen Erfassung« der Gesamtbevölkerung. Zwar ähnelte das schweizerische Vorgehen bei der Erfassung von Eheverbotskandidaten dem Vorgehen im NS, jedoch zeigen die

niedrigen Betroffenenzahlen, dass sie nicht mit derselben Effizienz umgesetzt wurden. Im NS wurde die »Aufartung« hingegen zur obersten Handlungsmaxime des Staates und konnte deshalb in der dargestellten Radikalität durchgesetzt werden. »Rassenhygienische« Gedanken tauchten zwar schon in der politischen Debatte der Weimarer Republik auf, allerdings wurden diese dort kontrovers diskutiert und konnten sich – was im Hinblick auf eine vermeintliche Kontinuität entscheidend ist – letztlich nicht durchsetzen. Zwar diente der preußische Gesetzesentwurf von 1932 als Vorlage für das Zwangssterilisationsgesetz, dennoch sah jener gerade keine Zwangsmaßnahmen vor. Im NS wurde damit zwar an eine bestehende Diskussion angeknüpft, den »rassenhygienischen« Maßnahmen wurde jedoch ein radikalerer Stempel aufgedrückt. Insgesamt zeigt sich daher sehr deutlich, dass die »Rassenhygiene« im »Dritten Reich« als NS-spezifisches Unrecht einzustufen ist.

G. Ausblick: Vergangenheitsbewältigung nach 1945

Die Frage der NS-Spezifik »rassenhygienischer« Maßnahmen im »Dritten Reich« spielte auch nach 1945 eine zentrale Rolle.

Im Gegensatz zu den antisemitischen Eheverboten des »Blutschutzgesetzes« wurden die »rassenhygienischen« Eheverbote bis heute politisch nicht geächtet. Durch ein Gesetz aus dem Jahr 1950 wurden lediglich die aus rassischen oder politischen Gründen verbotenen Ehen rehabilitiert.¹³³ Dass die eugenischen Eheverbote bis heute nicht davon umfasst sind, verwundert angesichts der parallelen Gesetzesentwicklung.

Das NS-Sterilisationsgesetz wurde von den Alliierten mit Verweis auf parallele Gesetzesentwicklungen im Ausland zunächst nicht als NS-Unrecht eingestuft.¹³⁴ Allerdings bestanden Bedenken bzgl. der Verfahrenspraxis, sodass die Erbgesundheitsgerichte nicht wiedereröffnet und somit nach 1945 keine neuen Zwangssterilisationen verfügt wurden.¹³⁵ Eine Aufhebung des GzVeN erfolgte erst spät im Jahr 1974.¹³⁶

In der britischen Besatzungszone wurde ab Juli 1947 als »Rehabilitierungsmaßnahme« die Überprüfung von abgeschlossenen Erbgesundheitsverfahren durch die Amtsgerichte auf Grundlage der Normen des GzVeN eingeleitet.¹³⁷

¹³³ »Gesetz über die Anerkennung freier Ehen rassisch und politisch Verfolgter« v. 23. 6. 1950, BGBl. 1950 I, S. 226.

¹³⁴ Vgl. »Kontrollratsgesetz Nr. 1 betreffend die Aufhebung von NS-Recht« v. 20. 9. 1945; *Tümmers*, Wiederaufnahmeverfahren und der Umgang deutscher Juristen mit der nationalsozialistischen Erbgesundheitspolitik nach 1945, in: Justizministerium des Landes NRW, Justiz und Erbgesundheit. Zwangssterilisation, Stigmatisierung, Entrechtung: »Das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses« in der Rechtsprechung der Erbgesundheitsgerichte 1934–1945 und seine Folgen für die Betroffenen bis in die Gegenwart (2009), S. 173, 176.

¹³⁵ *Tümmers* (Fn. 134), S. 173, 176.

¹³⁶ Art 8. »Fünftes Gesetz zur Strafrechtsreform«, BGBl. 1974 I, S. 1297, 1299.

¹³⁷ »Verordnung über die Wiederaufnahme von Verfahren in Erbgesundheitssachen« v. 28. 9. 1947, Verordnungsblatt für die britische Zone 1947,

tion und Rassenhygiene im Dienst Schweizer Sozialpolitik und Psychiatrie 1890–1970 (2003), S. 182.

¹³² Gesetzeswortlaut abgedruckt bei *Zurukzoglu* (Fn. 111), S. 264. Bis 1985 wurden im Kanton Waadt 178 Personen sterilisiert, in 191 Fällen war von der Unfruchtbarmachung abgesehen worden. In den anderen Kantonen wurden ohne gesetzliche Grundlage (Zwangs-)Sterilisationen durchgeführt, welche damit in das Belieben der Ärzte gestellt wurden, vgl. *Huonker* (Fn. 131), S. 96 f.

Voraussetzung für eine Wiederaufnahme war, in Anlehnung an § 12 Abs. 2 GzVeN, dass neue wissenschaftliche Erkenntnisse über die Beurteilung der Erbgesundheit vorlagen, neue Symptome aufgetreten waren oder die Betroffenen eine positive »Lebensbewährung« nachweisen konnten.¹³⁸ Indem das GzVeN zum Beurteilungsmaßstab der Wiederaufnahmeverfahren wurde, lebte »rassenhygienisches« Gedankengut erneut auf.¹³⁹ Die Stigmatisierung der »Erbkranken« wurde zunächst also nicht überwunden, sodass dies nicht als Rehabilitierung der Opfer gewertet werden kann.

Erst im Jahr 1988 wurden vom Deutschen Bundestag die auf Grundlage des GzVeN durchgeführten Zwangssterilisationen als NS-Unrecht anerkannt.¹⁴⁰ Eine politische Konsequenz wurde daraus jedoch erst 1998 mit der vollständigen Aufhebung der Sterilisationsbeschlüsse der Erbgesundheitsgerichte gezogen.¹⁴¹ Im Jahr 2007 erfolgte eine erneute Stellungnahme, in der das GzVeN selbst geächtet wurde, welches demnach in »seiner Ausgestaltung und Anwendung nationalsozialistisches Unrecht« darstelle.¹⁴² In der Entschädigungsgesetzgebung sind die Zwangssterilisierten

jedoch bis heute »Opfer zweiter Klasse«¹⁴³. Sie können sich nicht auf § 1 des Bundesentschädigungsgesetzes (BEG) berufen, da sie nicht als aus »rassischen« Gründen Verfolgte anerkannt sind.¹⁴⁴ Ihnen stehen lediglich Zahlungsansprüche aus dem Allgemeinen Kriegsfolgengesetz zu.¹⁴⁵

Dass die »rassenhygienische« Diskriminierung von Bevölkerungsgruppen im Umgang mit der NS-Vergangenheit in der jungen Bundesrepublik jahrzehntelang verkannt und bestritten wurde und bis heute eine vollständige Gleichstellung mit anderen NS-Opfergruppen noch nicht erreicht wurde, bleibt vor dem Hintergrund des Dargestellten denkwürdig. Eine Angleichung des § 1 BEG wäre daher als Anerkennung der Opfergruppe wünschenswert.

Nr. 14 S. 110.

138 Näher *Westermann*, Verschwiegenes Leid. Der Umgang mit den NS-Zwangssterilisationen in der Bundesrepublik Deutschland (2010), S. 136 ff. Bis 1965 wurden nur 964 Fälle zugunsten des Antragsstellers entschieden, vgl. *Westermann* (Fn. 138), S. 115.

139 Ähnlich *Tümmers* (Fn. 132), S. 181; *Westermann* (Fn. 138), S. 115.

140 Vgl. BT-Drs. 11/1714, S. 2.

141 Vgl. BGBl. 1998 I, S. 2501 f.

142 BT-Drs. 16/3811, S. 3. Vgl. zudem BT-Drs. 16/5450.

143 *Braun/Hermann/Brekke*, Zwischen Gesetz und Gerechtigkeit. Staatliche Sterilisationspolitiken und der Kampf der Opfer um Wiedergutmachung, *Kritische Justiz* 2012, S. 298, 303.

144 Vgl. *Braun/Hermann/Brekke* (Fn. 143), S. 298, 303.

145 Näher dazu *Westermann* (Fn. 138), S. 86 f. 2011 wurden die monatlichen Entschädigungszahlungen aus dem AKG auf 291 € angehoben, womit sie der Entschädigung an jüdische Opfer entsprechen, die zwar in Konzentrationslagern interniert waren, jedoch aus diversen Gründen keine Zahlungen aus dem BEG erhalten können. Darin könnte eine Art der Gleichstellung der Zwangssterilisierten mit denjenigen, die aus antisemitischen Gründen verfolgt wurden, zu sehen sein. Eine vollständige Gleichstellung ist allerdings immer noch nicht hergestellt, da die Zwangssterilisierten nach wie vor nicht vom BEG umfasst sind, vgl. *Braun/Hermann/Brekke* (Fn. 143), S. 298, 304.

ZivilR Fallbearbeitung

Lea Gottschalk* und Lisa Carlotta Blume†

Von unerreichbaren Mitarbeitern und hypothetischen OPs

In der hier besprochenen Klausur werden exemplarische Standardprobleme einer Klausur im Grundkurs I im Bürgerlichen Recht aus dem Bereich des BGB AT (Abgabe und Zugang von Willenserklärungen sowie Stellvertretung) und ein etwas anspruchsvolleres Problem im Deliktsrecht (Ersatz von nicht angefallenen Heilbehandlungskosten) vorgestellt. Der Beitrag enthält eine Originalklausur, die mit überdurchschnittlichem Erfolg abgeschlossen wurde, nebst Korrekturanmerkungen, die es Studienanfängern ermöglichen soll, die Kriterien einer Beurteilung im Juristischen Studium zu verstehen und einzuschätzen.

HINWEIS ZUR ANMERKUNGLÖSUNG

Im Unterschied zu den sonstigen Fallbearbeitungen in der GRZ bildet die Anmerkungslösung eine studentische Prüfungsleistung ohne nachträgliche Bearbeitung im Original ab. Der Co-Autor oder die Co-Autorin verfasst didaktische Anmerkungen zu Inhalt, Methodik und Stil der studentischen Lösung. Aus didaktischen Gründen sind daher inhaltliche und methodische Fehler der Originalbearbeitung abgedruckt, auf die freilich die Anmerkungen umfassend eingehen. Die Fußnoten wurden im Nachhinein hinzugefügt und dienen als Hinweise auf weiterführende Lektüre.

SACHVERHALT

Fall 1

Der vielbeschäftigte Anwalt A möchte gemeinsam mit seiner Frau F um Ostern einen Städtetrip in die lettische Hauptstadt Riga unternehmen. Er findet jedoch keine Zeit, sich selbst um die Buchung zu kümmern. Aus diesem Grund bevollmächtigt er mündlich seinen Mitarbeiter M, für ihn und seine Frau eine Reise zu buchen.

Kurz nachdem M aufgebrochen ist, ruft F bei A an. Sie freut sich, ihn mit der Buchung einer Reise in die litauische Hauptstadt Vilnius überraschen zu können. A, über die gemeinsame Reiselust erfreut, will eine Doppelbuchung vermeiden.

* Lea Gottschalk studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und arbeitet als studentische Hilfskraft am Institut für Landwirtschaftsrecht bei Prof. Dr. José Martínez. Die vorliegende Abschlussklausur wurde im Grundkurs I im Bürgerlichen Recht von Prof. Dr. Inge Hanewinkel an der Georg-August-Universität Göttingen gestellt.

† Dipl.-Jur. Lisa Carlotta Blume ist ehemalige wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Römisches Recht, Bürgerliches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte von Prof. Dr. Inge Hanewinkel.

Er versucht daher sofort, den M auf dessen privaten Mobiltelefon zu erreichen, jedoch ohne Erfolg. Wie üblich hat M sein Handy zu Arbeitsbeginn lautlos geschaltet. Nach einigen Freizeichen wird A mit der Mailbox des M verbunden, auf der er die Nachricht hinterlässt, dass M nun doch keine Reise mehr ins lettische Riga buchen solle. Im Anschluss daran erhält M eine SMS auf sein Handy, er habe eine neue Nachricht auf der Mailbox, womit A auch rechnete.

Kurz nach dem verpassten Anruf entdeckt M im Reisebüro der R ein günstiges Angebot für eine Reise für zwei Personen vom 26.3.2016 bis zum 30.3.2016 nach Riga mit Übernachtung im »Riga-Inn« sowie einem Besuch im Okkupationsmuseum und der Nationaloper zum Preis von insgesamt 1100 Euro, inkl. Hin- und Rückflug, und bucht diese, wobei er zu erkennen gibt, dass er »namens und im Auftrag« des A handelt. R ist einverstanden und stellt die Unterlagen zusammen. Nachdem M das Reisebüro der R verlassen hat, entdeckt er die Nachricht auf seinem Handy und hört die Mailbox ab.

R verlangt von A die Bezahlung der Reise nach Riga. Zu Recht?

Fall 2

Die R beschließt an diesem recht windigen Tag etwas früher Feierabend zu machen. Sie steigt in ihren Wagen und begibt sich auf den Weg nach Hause in ihr Reihenhäuschen mit kleinem Vorgarten, welches in einem dicht bebauten Wohngebiet mit schmalen Straßen am Rande der Stadt gelegen ist. Dort spielt, wie des Öfteren, der 16-jährige Nachbarsjunge N mit seinem Freund F auf der Straße Frisbee. Dabei kam es in der Vergangenheit ab und zu vor, dass sich die Frisbeescheibe in einen der umliegenden Vorgärten »verirrt« hat, ohne dass hierdurch bislang ein Schaden entstanden wäre. Gerade als die R ihren Wagen vor dem Haus parkt, ist der N wieder an der Reihe. F ruft ihm zu: »Zieh durch!«, woraufhin N alle Kraft in den Wurf legt. Die Frisbeescheibe wird dabei von einer Windböe erfasst, so dass sie nicht wie beabsichtigt in den Händen seines Freundes landet, sondern mit voller Wucht gegen die Stirn der R prallt, wodurch diese eine 5 cm lange, schmerzhaft Platzwunde erleidet. Nachdem die Wunde verheilt war, blieb jedoch eine Narbe zurück. R verlangt von N die Kosten einer operativen Entfernung in Höhe von 2 000 Euro, ohne die Operation jedoch durchführen lassen zu wollen, da sie die Risiken einer Behandlung scheut. Darüber hinaus verlangt sie von ihm ein Schmerzensgeld in Höhe von 1100 Euro.

Zu Recht?

Hinweise zu Fall 2: Andere Ansprüche als § 823 Abs. 1 BGB sind nicht zu prüfen. Unterstellen Sie, dass die Höhe des Schmerzensgeldes angemessen ist.

Die vorliegende Klausur für den Grundkurs I im Wintersemester 2015/16 von Frau Prof. Dr. Inge Hanewinkel ist, wie bei Klausuren im ersten Semester üblich, zweigeteilt. Schwerpunkte des ersten Teils zum BGB AT waren das Erkennen der Stellvertretung durch die Abgrenzung von der Botenschaft sowie Abgabe und Zugang der die Vollmacht widerrufenden Willenserklärung. Im deliktsrechtlichen Teil liegen die Schwerpunkte der Klausur in der haftungsbegründenden Kausalität und insbesondere bei Art und Umfang des Schadensersatzes nach §§ 249 ff. BGB. Im ersten Teil handelt es sich um gängige Standardprobleme, die Schwerpunkte des deliktischen Klausurteils befinden sich insgesamt im anspruchsvollen Bereich.

Erfahrungsgemäß bestehen im ersten Semester noch starke Probleme in der konsequenten Umsetzung des Gutachtenstils, beim Arbeiten am Gesetz mit konkretem Normbezug und in der Schwerpunktsetzung, die häufig mit dem Zeitmanagement steht und fällt. Dementsprechend wird auf diese Aspekte besonders Wert gelegt. Entsprechend dieser Erwartungen fielen auch in dieser Klausur die Bearbeitungen aus. In den Schwerpunkten des Falls fanden sich zugleich auch die beobachteten Hauptfehlerquellen.

Ein wichtiger Punkt, der vielen Studierenden Probleme bereitet hat, war die Qualifikation des geschlossenen Vertrages als Reisevertrag – hier wurde überwiegend fälschlicherweise ein Kaufvertrag angenommen. Gefordert war hier eine anwendungsorientierte Bearbeitung, die das Verständnis der Anwendbarkeit des BGB AT auf schuldrechtliche Verträge allgemein unter Beweis stellt.

Mit einer Nichtbestehensquote von knapp 11 % und einer Durchschnittsnote von 6,51 Punkten handelt es sich insgesamt um eine überdurchschnittlich gut ausgefallene Prüfung.

Anmerkung zum vorliegenden Korrekturstil: In einer »echten« Korrektur wären einige Anmerkungen anders ausgefallen oder gar unterblieben. In dieser Variante der Veröffentlichung wird nicht nur die »Erstsemesterleistung« im Rahmen einer Leistungserbringung mit entsprechendem Korrekturhorizont gewürdigt, sondern es soll aufgezeigt werden, was hieran gut und umgekehrt, was verbesserungswürdig ist. Die eventuell harsch klingenden Kommentare, die auch leicht als »Erbsenzählerei« aufgefasst werden können, dienen dem tieferen Verständnis, warum gerade das ungemein präzise Arbeiten im juristischen Gutachten so wichtig ist.

An einigen Stellen werden außerdem Formulierungsfragen auf- und angegriffen, die nicht der Bearbeiterin dieser Klausur angelastet werden können: Auch im Bereich der Lehrliteratur finden sich mitunter unpräzise oder gar falsche Formulierungen, die ungünstiger Weise in den allgemeinen juristischen Sprachgebrauch übergegangen sind. Beispielsweise die Falschbezeichnung des Antrags nach § 145 BGB als

»Angebot« entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes oder die inflationär häufige Verwendung des Wörtchens »fraglich« (s. u.). Dies soll nicht die unschuldige Bearbeiterin öffentlich an den Pranger stellen, sondern im Sinne einer Hilfestellung für alle Studierenden Verständnis und sprachliches Feingefühl erzeugen. Gerade auch in dieser Hinsicht danke ich der Bearbeiterin für das unverzagte Bereitstellen der Klausurleistung zu diesem Zweck ganz herzlich!

GLIEDERUNG

Fall 1

- A. Anspruch des R auf Bezahlung der Reise gem. § 651 a I 2 BGB
 - I. Anspruch entstanden
 - 1. Antrag gem. § 145
 - a) Antrag des R
 - b) Antrag des A
 - aa) Abgabe einer eigenen Willenserklärung
 - bb) Im fremden Namen
 - cc) Mit Vertretungsmacht
 - (1) Vollmacht erloschen
 - (2) Zwischenergebnis
 - dd) Zwischenergebnis
 - 2. Annahme gem. § 147
 - II. Ergebnis

Fall 2

- B. Anspruch der R gegen N auf Schadensersatz gem. § 823 I
 - I. Rechtsgutsverletzung
 - II. Verletzungshandlung
 - III. Haftungsbegründende Kausalität
 - IV. Zwischenergebnis
 - V. Rechtswidrigkeit
 - VI. Verschulden
 - 1. Verschuldensfähigkeit, §§ 827, 828
 - 2. Verschuldensform
 - VII. Schaden, §§ 249 ff.
 - VIII. Haftungsausfüllende Kausalität
 - IX. Ergebnis

GUTACHTEN

Fall 1

A. Anspruch des R auf Bezahlung der Reise gem. § 651 a I 2 BGB¹

R könnte gem. § 651 a I 2 BGB² einen Anspruch auf Zahlung der Reise in Höhe von 1100€ gegen A haben. Dafür müsste zunächst ein wirksamer Reisevertrag i.S.d. § 651 a I vorliegen.

Positiv anzumerken ist hier die gelungene Formulierung eines gutachterlichen Obersatzes. Zudem wurde die richtige Anspruchsgrundlage gefunden. Dieser gelungene Klausureinstieg macht als erster Eindruck von der Gesamtleistung bereits einiges aus.

I. Anspruch entstanden

Ein Vertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, das durch zwei inhaltlich aufeinander abgestimmte, das heißt korrespondierende, Willenserklärungen, namentlich Antrag (§ 145) und Annahme (§ 147), begründet wird.³

Sprachlich fällt hier positiv auf, dass sich die Bearbeiterin hinsichtlich der auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung an die gesetzliche Terminologie des § 145 BGB »Antrag« hält, während sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur überwiegend fälschlich von einem »Angebot« gesprochen wird. Für die Einigung hätte man zudem § 151 S. 1 Hs. 1 BGB erwähnen können.

1. Antrag gem. § 145

Es müsste ein Antrag gem. § 145 vorliegen. Ein Antrag ist eine auf Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die inhaltlich so bestimmt ist, dass der Antragsgegner nur noch mit einem bloßen »Ja« antworten muss, um den Antrag anzunehmen.⁴ Weiterhin muss der Antrag die sog. *essentialia negotii* enthalten; das sind zumindest die Festlegung der Vertragsparteien, Leistung und Gegenleistung.⁵

a) Antrag der R

Ein Antrag könnte darin liegen, dass die R das Reiseangebot nach Riga in ihrem Reisebüro auslegt. Fraglich ist jedoch, ob

¹ Mit der zum 1. 7. 2018 in Kraft getretenen Reform des Reiserechts wurde der ursprünglich von § 651 a BGB geforderte Reisevertrag umgewandelt in den Pauschalreisevertrag. Eine Pauschalreise kennzeichnet sich durch eine Gesamtheit von mindestens zwei verschiedenen Arten von Reiseleistungen, die für dieselbe Reise zusammengefasst sind, § 651 a II BGB n. F. Vorliegend sollte M für den A eine Reise nach Riga in einem Reisebüro buchen, die auch Flugdienstleistungen etc. umfasste. Auch nach der neuen Fassung wäre der Anspruch also aus § 651 a BGB herzuleiten.

² Paragraphen ohne Angabe ihrer Herkunft sind solche des BGB.

³ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Auflage (2019), § 4 Rn. 77 ff.

⁴ Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Auflage (2017), § 19 Rn. 3.

⁵ Musielak/Hau, Grundkurs BGB, 16. Auflage (2019), § 3 Rn. 166.

R diesen Antrag an jeden richten will, der ihn zur Kenntnis nimmt. Beim Auslegen des Reiseangebots liegt lediglich eine *invitatio ad offerendum* vor: R hat kein Interesse daran, mit jedem den Vertrag zu begründen. Außerdem wäre sie bei begrenzter Verfügbarkeit des Angebots jedem, der darüber hinaus den Antrag annimmt, schadenersatzpflichtig.⁶

Der Sachverhalt gibt nicht genug her, um von einer »Auslage« des Reiseangebotes auszugehen, sodass Ausführungen zu einer *invitatio ad offerendum* hier weder erwartet noch notwendig waren. Falls die Bearbeiterinnen und Bearbeiter doch von einer *invitatio ad offerendum* ausgegangen sind, war es zwingend erforderlich – so wie es die Bearbeiterin hier gemacht hat – die Ausführungen kurz zu halten.

Im Obersatz unter 1. Antrag gem. § 145 BGB nennt die Bearbeitung jedoch ganz richtig unter den *essentialia negotii* auch die Vertragsparteien. In diesem Fall hätte daher der Inhalt des Vertrages zumindest benannt werden müssen. Dazu gehört nicht nur das Feststellen einer Reise nach § 651 a a. F. BGB bzw. einer Pauschalreise nach § 651 a n. F. BGB, sondern auch, ob R als Reisevermittler oder als Reiseveranstalter tätig geworden ist. Dies war bereits nach der a. F. der §§ 651 a ff. BGB notwendig und nach § 651 a II BGB auch dem Gesetz entnehmbar, allerdings sollte der Reisevertrag als unbekannt Norm subsumiert werden, weshalb dieses Vorwissen insbesondere aus dem Bereich des Schuldrecht BT in Form des Geschäftsbesorgungsvertrages nach § 611 BGB nicht benoteter Gegenstand der Prüfungsleistung war. Nach der n. F. des Pauschalreiserechts drängt sich diese Unterscheidung nach § 651 b I 2 Nr. 1 BGB jedoch auf, sodass das Reisebüro R als Reiseveranstalter nach § 651 a BGB in den Pauschalreisevertrag eintritt und den Vertrag nicht lediglich als Reisevermittler schließt. Da hier entsprechend des Anforderungsniveaus im Grundkurs I jedoch lediglich intendiert war, eine andere Anspruchsgrundlage zu finden als den Kaufvertrag, wäre auch nach der neuen Gesetzeslage eine an sich notwendige Subsumtion allenfalls positiv in Form von Pluspunkten, nicht jedoch als Abzugsposten in die Bewertung eingeflossen.

Sprachlich fällt mit der Wendung »fraglich ist ...« eine kontrovers diskutierte Stilfrage auf. Dies kann sowohl als einleitende Floskel ohne Wertung verstanden werden als auch als Hinweis auf eine sich anschließende umfangreiche Prüfung umstrittener oder problematischer Rechtsfragen. Meine Empfehlung geht dahin, die Wendung für letzteren Fall einzusetzen.

b) Antrag des A

Weiterhin könnte ein Antrag gem. § 145 von A ausgehen. Dieser ist jedoch nicht persönlich in dem Reisebüro erschienen, um einen Antrag auf Abschluss eines Reisevertrags zu stellen. Es könnte allerdings eine Stellvertretung des

⁶ Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Auflage (2020), § 145 Rn. 2.

A durch den M gem. § 164 vorliegen.⁷ Dafür müsste M eine eigene Willenserklärung abgegeben haben.

Erfreulich ist der hier ausgewiesene Normbezug. Dadurch hebt sich die Leistung bereits positiv von der überwiegenden Anzahl an Bearbeitungen ab. Es empfiehlt sich jedoch, den Verweis auf die Rechtswirkung der Stellvertretung hinsichtlich des Antrages mit § 164 I 1 BGB noch präziser zu nennen. Im weiteren Verlauf ist entsprechend auch auf die passive Stellvertretung gemäß § 164 III BGB explizit einzugehen.

aa) Abgabe einer eigenen Willenserklärung

A beauftragte den M lediglich, eine Reise nach Riga für zwei Personen zu buchen. Damit liegt es im Ermessen des M, den Preis der Reise festzulegen. Er übermittelt folglich nicht nur eine fremde Willenserklärung wie der Bote⁸, sondern er gibt eine eigene ab, indem er selbst die essentialia negotii zum Teil festlegt.⁹

Das Erkennen der Stellvertretung in Abgrenzung zur Botenschaft stellt einen der Schwerpunkte des ersten Teils der Klausur dar, den die Verfasserin gut bearbeitet hat. Zusätzlich hätte hier durch das Subsumieren der einzelnen Sachverhaltsangaben (lediglich Reiseziel und grober Zeitrahmen, nicht jedoch die Einzelheiten wie An- und Abreise waren vorgegeben) der die Stellvertretung zur Botenschaft abgrenzende eigenständige Entscheidungsspielraum festgestellt werden können.

Optional ist es möglich, an dieser Stelle bereits auf den unproblematischen Zugang der Willenserklärung einzugehen.

bb) Im fremden Namen

Weiterhin müsste M sich als Stellvertreter des A zu erkennen geben (Offenkundigkeitsprinzip).¹⁰ Bei der Buchung der Reise zeigt M an, dass er namens des A handelt. Ein Handeln im fremden Namen liegt folglich vor.

cc) Mit Vertretungsmacht

Außerdem müsste M mit Vertretungsmacht¹¹ des A gehandelt haben, § 167 I. A beauftragt den M mündlich, eine Reise für ihn und seine Frau zu buchen, sodass erstmal von einer wirksamen Vollmacht ausgegangen werden könnte.

⁷ Vgl. grundlegend zu den Voraussetzungen der Stellvertretung: MüKoBGB/Schubert, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 8. Auflage (2018), § 164 Rn. 1–3.

⁸ Bitter/Röder, BGB Allgemeiner Teil, 3. Auflage (2017), § 10 Rn. 4 sowie weiterführend zur Abgrenzung der Botenschaft und sonstigem Handeln mit Fremdwirkung Mock, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 309.

⁹ Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 5. Auflage (2016), § 29 Rn. 3.

¹⁰ Zum Offenkundigkeitsprinzip vgl. Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 27. Auflage (2019), § 5 Rn. 86.

¹¹ Zu den Arten der Vollmachten vgl. BeckOK BGB/Schäfer, 1.2.2020, § 167 Rn. 1–61.

Jedoch entscheidet sich A, nachdem seine Frau ihn mit einer bereits gebuchten Reise überrascht, dass M nun doch keine Reise nach Riga mehr buchen solle. Indem er versucht, den M telefonisch zu erreichen, um seine Vollmachtserklärung zu widerrufen, will er verhindern, dass dieser den Reisevertrag nichtsdestotrotz für ihn abschließt.

Zutreffend wird hier auf § 167 BGB rekuriert. Allerdings ist das Zusammenspiel von Wortwahl und Normbezug nicht sauber: § 167 BGB regelt die rechtsgeschäftliche Erteilung der Vollmacht, also lediglich die gewillkürte Form der Vertretungsmacht und damit einen zwar verbreiteten, neben der gesetzlichen jedoch nicht den einzigen Fall der Vertretungsmacht.

An dieser Stelle hätte die (zunächst) wirksame Erteilung einer Innenvollmacht geprüft werden müssen, die nach den Angaben im Sachverhalt mit einem Hinweis auf das Wirksamwerden durch Zugang der Erklärung gemäß § 130 I 1 BGB zu begründen war. Die Wirksamkeit der Vollmachtserteilung (gutachterlich) festzustellen, ist Voraussetzung für jede Beseitigung – egal ob *ex tunc* oder *ex nunc*. Zudem hätte hier sinnvoll Systemverständnis präsentiert werden können, indem die Vollmacht als empfangsbedürftige Willenserklärung definiert wird. Unpräzise Aussagen, wie »es könnte erstmal von einer wirksamen Vollmacht ausgegangen werden«, sollten möglichst vermieden werden.

Um einen nachvollziehbaren Übergang für die weitere Prüfung zu schaffen, gibt die vorliegende Lösung Sachverhaltsangaben wieder, ohne eine Subsumtion vorzunehmen. Dies überbrückt hier den inhaltlich fehlenden Teil des Gutachtens. Hierbei handelt es sich um ein häufig zu beobachtendes Vorgehen bei Anfängerleistungen, deren Vermeidung bereits eine Qualitätssteigerung darstellt, mit der sich die Leistung positiv aus der Masse hervorheben kann.

(1) Vollmacht erloschen

Die Vollmacht könnte demnach aufgrund eines Widerrufs erloschen sein.¹² Der Widerruf ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die gegenüber dem Bevollmächtigten oder dem Dritten abgegeben werden muss.¹³ Die Abgabe ist die willentliche Entäußerung in den Rechtsverkehr, die in Hinblick auf eine konkrete Rechtsfolge getätigt wird.¹⁴ A versucht, dem M seine Vollmacht zu entziehen, indem er ihn anruft. Da M jedoch nicht an sein Mobiltelefon geht, spricht A ihm eine Nachricht auf die Mailbox, in der er ihm die Vollmacht entzieht. Die Abgabe ist somit erfolgt.

Die Bearbeitung qualifiziert den Widerruf an dieser Stelle nicht, es fehlt schon am Normbezug. Aus der weiteren Bearbeitung geht im Zwischenergebnis hervor, dass vorliegend ein Widerruf nach § 130 I 2 BGB geprüft wird.

¹² Eine Vollmacht ist grds. frei widerruflich. Vgl. zu den verschiedenen Formen des Widerrufs und seiner Wirkung MüKoBGB/Schubert (Fn. 7), § 168 Rn. 16–30.

¹³ Stadler (Fn. 4), § 17 Rn. 63 ff.

¹⁴ Palandt/Ellenberger (Fn. 6), § 130 Rn. 4.

Insoweit ist jedoch der Zeitpunkt, auf den im Folgenden abgestellt wird, der falsche: Es wird abgestellt auf einen Zugang vor Betätigung der Vollmacht. Hier handelt es sich jedoch um einen Widerruf einer Bevollmächtigung nach § 168 S. 2/3 BGB, wofür dieser Zeitpunkt auch maßgeblich gewesen wäre. Erst im Zwischenergebnis wird der für § 130 I 2 BGB maßgebliche Zeitpunkt genannt, an dem sich die vorherige Prüfung jedoch nicht orientiert.

Korrekt wird ein – wie auch immer gearteter – Widerruf als empfangsbedürftige Willenserklärung definiert (dies gilt gleichermaßen für § 130 I 2 BGB wie auch für § 168 S. 2/3 i. V. m. § 167 Abs. 1 BGB), weshalb die §§ 104 ff. BGB Anwendung finden. Allerdings wird die Abgabe als das »Sprechen einer Nachricht auf die Mobilbox« rechtlich nicht weiter qualifiziert. Für eine überdurchschnittliche Bearbeitung hätte an dieser Stelle die Abgabe einer Willenserklärung unter Abwesenden in Form einer verkörperten Gedankenerklärung gutachterlich festgestellt werden müssen. Diese Feststellung ist tatsächlich nur ganz vereinzelt geglückt.

Fraglich ist jedoch, ob die Willenserklärung damit schon wirksam ist. Da es sich beim Widerruf um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, muss zudem der Zugang erfolgt sein.¹⁵ Eine Willenserklärung gilt als zugegangen, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist und unter normalen Umständen dieser die Willenserklärung zur Kenntnis nehmen würde.¹⁶ Indem A dem M auf die Mailbox spricht, gelangt die Willenserklärung in dessen Machtbereich. Jedoch ist es fraglich, ob damit der Zugang schon erfolgt ist. A weiß, dass M sein Handy grundsätzlich zu Arbeitsbeginn lautlos schaltet, sodass er eventuelle Nachrichten nicht zur Kenntnis nehmen kann. Erst nachdem er das Reisebüro verlässt, hört er die Nachricht des A ab; der Reisevertrag ist zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen.

Auch hinsichtlich der Formulierung der Zugangsdefinition hätte genauer gearbeitet werden können: Die Bearbeitung definiert – korrekterweise, aber ohne dies zu nennen – den Zugang einer verkörperten Willenserklärung unter Abwesenden.

Hinsichtlich des Zugangs wurde von überdurchschnittlichen Bearbeitungen erwartet, dass zwischen der Benachrichtigung über die Mailboxnachricht per SMS und dem Inhalt der Nachricht selbst differenziert wird (Bekannter Parallelfall ist hier die Benachrichtigung im Briefkasten zur Abholung der eigentlichen Postsendung). Die Bearbeiterin tut dies zwar nicht ausdrücklich, stellt aber – und darauf kommt es hier im Ergebnis an – auf den richtigen Punkt ab, nämlich die Kenntnis vom Inhalt der Nachricht. Die Bearbeitung trennt hier auch nicht sauber zwischen der Wirkung von Kenntnisnahme des Inhalts unter gewöhnlichen Umständen und tatsächlicher Kenntnisnahme, sondern vermischt diese. Mit dem Abstellen lediglich auf die tatsächliche Kenntnisnahme nach

Vertragsschluss bricht die Bearbeitung jedoch vorschnell die Prüfung ab. Es hätte festgestellt werden müssen, ob über den fiktiven Zeitpunkt nach der zuvor aufgestellten Definition bereits vorher ein Zugang vorgelegen hat. Dies wird nicht klar herausgearbeitet.

Viele Bearbeiter kamen wegen einer angeblichen (und sehr fragwürdigen) Pflicht, auch während der Arbeitszeit regelmäßig das private Mobiltelefon im Rahmen der ständigen Erreichbarkeit auf Nachrichten zu überprüfen, zu einem Zugang, wodurch M zum *falsus procurator* wurde. Diese Lösung ist hier jedenfalls abzulehnen, da es bei dem Zugangserfordernis darauf ankommt, ob der Erklärende A aus seiner Sicht davon ausgehen konnte, dass M unter gewöhnlichen Umständen von der Nachricht auf dem lautlos gestellten Privatgerät Kenntnis auch während der Arbeitszeit erhalten könnte, was erkennbar nicht der Fall ist.

(2) Zwischenergebnis

Der Widerruf führte nicht zum Erlöschen der Vollmacht, da er zumindest zeitgleich mit dem Antrag hätte eingehen müssen, vgl. § 130 I 2.

Dieses Ergebnis ist – wie oben angemerkt – nicht kohärent mit der zuvor vorgenommenen Prüfung. In der vorliegenden Fallgestaltung ist ein Widerruf nach § 130 I 2 BGB vor Wirksamwerden der Bevollmächtigung fernliegend. Aber auch die Wirksamkeit eines Widerrufs nach § 168 BGB ist im Ergebnis abzulehnen, da er lediglich Wirkung *ex nunc* entfaltet, sodass Vertretungsmacht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegt und M nicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht gemäß § 177 BGB handelte, wodurch der Antrag des M schwebend unwirksam wäre.

dd) Zwischenergebnis

Gem. § 145 ist A somit an seinen Antrag gebunden, den M für ihn gestellt hat.

2. Annahme gem. § 147

Es müsste eine Annahme vorliegen. Die Annahme ist eine Willenserklärung, die auf den Antrag antwortet und diesen mit einem bloßen »Ja« annimmt.¹⁷ R ist einverstanden mit dem Antrag des M. Eine Annahme liegt vor.

Diese Definition der Annahme ist zwar gängig, aufgrund ihres umgangssprachlichen Stils jedoch zu vermeiden, bzw. nur als Faustformel zu verwenden. Vorzugswürdig ist die Formulierung: »Die Annahme ist eine grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der der Antragsempfänger die uneingeschränkte Zustimmung zum Antrag zum Ausdruck bringt.«¹⁸

¹⁷ Musielak/Hau (Fn. 5), § 3 Rn. 158.

¹⁸ Vgl. MüKoBGB/Busche (Fn. 7), § 147 Rn. 3; BGH NJW 2015, 2584 (2587).

¹⁵ Palandt/Ellenberger (Fn. 6), § 130 Rn. 11.

¹⁶ Brox/Walker (Fn. 3), § 7 Rn. 149.

Abgabe und Zugang dieser Willenserklärung unter Anwesenden sind zwar vorliegend völlig unproblematisch, da die Definition jedoch auch unter Anwesenden Zugang voraussetzt (»empfangsbedürftig«, Ausnahme: § 151 BGB),¹⁹ ist dies jedoch der Vollständigkeit halber festzustellen. Weiterhin ist hier ein Hinweis auf die passive Stellvertretung nach § 164 III BGB zwingend notwendig.

II. Ergebnis

R hat gegen A einen Anspruch auf Bezahlung der Reise in Höhe von 1100€ aus § 651 a I 2.

Im Sinne einer noch besseren Übereinstimmung mit dem einleitenden einführenden Voraussetzungssatz hätte hier noch das Zustandekommen eines Reisevertrages festgestellt werden können. Es liegt jedoch – und das ist wichtig und richtig – ein vollständiger, mit dem Obersatz inhaltlich übereinstimmender Ergebnissatz vor.

Fall 2

B. Anspruch der R gegen N auf Schadensersatz gem. § 823 I

R könnte gegen N einen Anspruch aus unerlaubter Handlung gem. § 823 I haben.²⁰

I. Rechtsgutsverletzung

Dafür müsste zunächst eines der absoluten Rechte aus § 823 I verletzt worden sein. In Betracht kommt hier eine Körperverletzung. Eine Körperverletzung ist jede Verletzung der äußerlichen körperlichen Integrität.²¹ Durch die Frisbeescheibe erleidet R eine lange Platzwunde auf der Stirn. Eine Rechtsgutsverletzung bzgl. der körperlichen Integrität liegt damit vor.

Zum einen ist die Formulierung des Ergebnissatzes hier nicht ganz sauber (Achtung: Gutachtenstil!) – weil eine Verletzung der körperlichen Integrität vorliegt, liegt auch eine Verletzung des Rechtsguts Körper vor. Zum anderen kann hier zusätzlich auch eine Gesundheitsschädigung aufgrund der entstandenen Schmerzen festgestellt werden. Dies ist aber wegen der teilweise unscharfen Trennung und des fließenden Übergangs zwischen Körperverletzung und Gesundheitsschädigung in dieser Genauigkeit für eine befriedigende Lösung nicht unbedingt notwendig.

II. Verletzungshandlung

Weiterhin müsste die Rechtsgutsverletzung auf einer Verletzungshandlung des N beruhen. Eine Verletzungshandlung ist jedes positive Tun, das der menschlichen Bewusst-

seinskontrolle und Willenslenkung unterliegt.²² Indem M die Frisbeescheibe auf die Straße wirft, liegt auch eine Verletzungshandlung vor.

III. Haftungsbegründende Kausalität

Die Verletzungshandlung müsste kausal (= ursächlich) für die Rechtsgutsverletzung sein. Kausal ist jedes positive Tun, das nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfele (*conditio sine qua non*).²³ Der Wurf mit der Frisbeescheibe kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Verletzung entfele. Nach der sog. Äquivalenztheorie²⁴ ist er als kausal einzuordnen.

Fraglich ist, ob diese Handlung auch nach der Adäquanztheorie²⁵ noch kausal ist, da die Frisbeescheibe nur gegen die Stirn der R prallt, da sie noch von einer Windböe erfasst wird. Nach der Adäquanztheorie ist eine Handlung kausal, wenn die Rechtsgutsverletzung nicht außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit liegt.²⁶ Dass eine Frisbeescheibe aufgrund einer Windböe ihre Richtung ändern kann, ist wahrscheinlich, insbesondere wenn es an dem Tag besonders windig war. Damit ist die Handlung auch nach der Adäquanztheorie kausal für die Rechtsgutsverletzung.

Nach der Lehre vom Schutzzweck der Norm muss die Rechtsgutsverletzung auch gerade unter den Schutz dieses Gesetzes fallen.²⁷ § 823 I schützt gerade vor Verletzungen der körperlichen Integrität. Die Rechtsgutsverletzung unterfällt damit gerade dem Schutzzweck der Norm.

Die haftungsbegründende Kausalität wird erfreulich ausführlich und dennoch in gebotener Kürze geprüft. Insbesondere die Unterscheidung zwischen Gefahrschaffung und Gefahrrealisierung, nämlich dem Wurf der Frisbeescheibe an sich, der unter Einbeziehung der Gesamtumstände zum Eintritt der Verletzung innerhalb der Lebenswahrscheinlichkeit führt, ist positiv zu bewerten.

IV. Zwischenergebnis

Der Wurf des N verursachte bei der R eine Platzwunde auf der Stirn, mithin eine Verletzung des Körpers. Er war für die Verletzung auch kausal.

¹⁹ Neuner, BGB AT, 11. Auflage (2019), § 33 Rn. 10 und zur Empfangsbedürftigkeit der Annahme § 37 Rn. 25.

²⁰ Zu den Voraussetzungen umfassend Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 13. Auflage (2016), S. 45 ff.

²¹ Kötz/Wagner (Fn. 20), Rn. 136.

²² Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 16. Auflage (2018), § 823 Rn. 19.

²³ Kötz/Wagner (Fn. 20), Rn. 186.

²⁴ Jacoby/von Hinden (Fn. 22), § 823 Rn. 21.

²⁵ Die Lehre von der Adäquanz wird im Schrifttum kritisch beurteilt, vgl. dazu etwa Musielak, Kausalität und Schadenszurechnung im Zivilrecht, JA 2013, 241.

²⁶ RGZ 158, 34 (38) sowie Fuchs/Paulker, Delikts- und Schadensersatzrecht, 8. Auflage (2012), S. 76.

²⁷ MüKoBGB/Wagner, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, 8. Auflage (2019), § 823 Rn. 71.

V. Rechtswidrigkeit

Nach der Lehre vom Erfolgsunrecht ist die Rechtswidrigkeit indiziert.²⁸

Eine solch knappe Ausführung ist hier ausreichend, weitergehende Ausführungen sind nicht angezeigt.

VI. Verschulden

Weiterhin müsste N verschuldensfähig sein und vorsätzlich bzw. wenigstens fahrlässig gehandelt haben.

1. Verschuldensfähigkeit, §§ 827, 828

N müsste verschuldensfähig sein. Dies ist insoweit fraglich, als dass er noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, sondern erst sechzehn Jahre alt ist. Gem. § 828 III ist die Verschuldensfähigkeit von Minderjährigen ausgeschlossen, wenn sie bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hatten. Da N jedoch schon öfter auf der Straße Frisbee gespielt hat und es auch schon vorkam, dass die Frisbeescheibe nicht bei seinem Freund ankam, sondern im Garten der umliegenden Häuser landete, ist davon auszugehen, dass N die erforderliche Kenntnis der schädigenden Handlung hatte. Auch muss ihm bewusst gewesen sein, dass an einem windigen Tag die Frisbeescheibe aufgrund von Windböen ihre Richtung ändern könnte. N ist folglich verschuldensfähig.

Sehr erfreulich ist, dass hier systemgetreu zunächst die Verschuldensfähigkeit und erst im Anschluss daran der Grad des Verschuldens geprüft werden, sodass das Problem nicht nur erkannt, sondern auch angemessen gelöst wurde. Weiterhin wird mit engem Normbezug gearbeitet, was ebenfalls positiv ins Gewicht fällt. Wünschenswert wäre, wenn noch auf die Wirkung des § 828 III BGB als widerlegbare Vermutung eingegangen werden würde.

Nicht abwegig wäre auch eine kurze Prüfung des § 828 II BGB gewesen, wobei N mit seinen 16 Jahren bereits nicht in die Altersspanne von sieben bis neun Jahren passt. Ob es sich hier um eine Realisierung der typischen Überforderungssituation aufgrund der spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs²⁹ handelt, oder diese sich im ruhenden Verkehr eventuell nicht eingestellt hat,³⁰ ist letztlich Frage der hier offenen Auslegung des Sachverhalts («Gerade als R ihren Wagen vor dem Haus parkt»). Weiterhin ist in den Blick zu nehmen, ob das Aussteigen von Personen aus PKW zu den spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs zählt, die Personen dieser Altersgruppe einzuschätzen besondere Schwierigkeiten haben.

2. Verschuldensform

Er müsste weiterhin vorsätzlich oder fahrlässig gem. § 276 II gehandelt haben.³¹ Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, § 276 II. Wer an einem windigen Tag auf der Straße Frisbee spielt und dem dabei bewusst ist, dass diese ihre Richtung ändern könnte, handelt zumindest fahrlässig i. S. d. § 276 II.

Bezugspunkt des Verschuldens ist der gesamte haftungsbegründende Tatbestand und damit insbesondere auch der Eintritt der Rechtsgutsverletzung. Die Bearbeitung bezieht sich auf die Verletzungshandlung und auf einen Teil der Kausalität. Hier hätte auch noch auf die Gefahr der Beschädigung von Sachen oder der Verletzung von Personen eingegangen werden sollen. Zudem wäre es begrüßenswert, wenn auf die Wucht, mit der N den Wurf ausgeführt hat, in die Prüfung mit einbezogen werden würde.

Hier hätte also zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und der objektiven Vorhersehbarkeit des Eintritts des Schädigungserfolges differenziert werden müssen. Die Prüfung der Verschuldensform ist damit nicht ganz vollständig.

VII. Schaden, §§ 249 ff.

R müsste ein kausaler ersatzfähiger Schaden entstanden sein. Der Schaden wird nach der Differenzhypothese berechnet, wobei es sich um den Unterschied der tatsächlichen Wertstellung und der hypothetischen Wertstellung ohne das schädigende Ereignis handelt.³² R fordert von N die Zahlung von Operationskosten in Höhe von 2000€ und ein Schmerzensgeld in Höhe von 1100€. Fraglich ist, ob R die Operationskosten von N verlangen kann, obwohl sie diese gar nicht durchführen lassen will. Gem. § 249 I ist der Zustand herzustellen, der bestünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Die Zahlung der Operationskosten würde R tatsächlich jedoch besser stellen, als es der Fall gewesen wäre, wenn sie nicht von der Frisbeescheibe getroffen worden wäre, da es sich allein um hypothetische Kosten handelt.³³ Daher kann sie nur Zahlung der 1100€ als angemessenes Schmerzensgeld gem. § 253 I, II verlangen.

Positiv festzuhalten sind zunächst die korrekte Darstellung der Vergleichspunkte der Differenzhypothese und das Erkennen des Problems der tatsächlich nicht angefallenen OP-Kosten: Ohne dies zu nennen, differenziert die Bearbeitung zutreffend zwischen materiellem und immateriellem Schaden. Diese erhebliche Denkleistung im Rahmen der Klausurbearbeitung stellt einen der Schwerpunkte der Klausur dar, dessen Erkennen bereits honoriert werden sollte. Hierbei handelt es sich letztendlich um die

²⁸ Kötz/Wagner (Fn. 20), Rn. 104; kritisch zur Lehre vom Erfolgsunrecht s. MüKoBGB/Wagner (Fn. 27), § 823 Rn. 19 ff.

²⁹ BGH NJW-RR 2005, 327 (327).

³⁰ vgl. BGHZ 161, 180, Rn. 11 – zitiert nach juris.

³¹ MüKoBGB/Wagner (Fn. 27), § 823 Rn. 28.

³² Palandt/Grüneberg (Fn. 6), Vorb. v. § 249 Rn. 10.

³³ In Ausnahmefällen wird der Ersatz fiktiver Kosten allerdings zugelassen, vgl. MüKoBGB/Oetker, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Auflage (2019), § 249 Rn. 367–374.

dahinterstehende Systematik, dass die Anspruchsgrundlage des § 823 I BGB, geprüft als haftungsbegründender Tatbestand, unterschiedliche Anspruchsinhalte im haftungsausfüllenden Tatbestand (§ 249 BGB einerseits und § 253 BGB andererseits) umfasst.

Es wäre erfreulich, wenn die Prüfung des Umfangs der beiden Schadensposten ausführlicher erfolgt wäre. Viele Bearbeitungen sind aufgrund mangelhaften Zeitmanagements jedoch auf diesen Punkt gar nicht mehr zu sprechen gekommen, weshalb die vorliegende Lösung positiv hervorsteht.

Die Ersatzfähigkeit des immateriellen Schadens nach § 253 I, II BGB wird als gegeben vorausgesetzt, während dazu die Anknüpfung an die durch die Platzwunde verursachten Schmerzen zumindest hätte genannt werden müssen. Die Ersatzfähigkeit der Kosten von notwendigen, aber nicht durchgeführten Heilbehandlungsmaßnahmen wird vom BGH deshalb abgelehnt, weil mit der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit kein Geschäft gemacht werden soll und weiterhin durch den Ersatz eines lediglich fiktiven Schadens hier die Wertung des § 253 BGB umgangen würde.³⁴ Hierbei handelt es sich im Ergebnis um eine teleologische Reduktion des § 249 II BGB, also eine Abweichung vom Grundsatz »freier« Verwendung des Schadensersatzes für die Fälle von nicht beabsichtigten Heilbehandlungen bei Personenschäden.³⁵ Eine andere Ansicht wäre etwa mit dem Hinweis, dass die Naturalrestitution nach § 249 BGB unterschiedslos für materielle

wie immaterielle Schäden Geltung entfaltet, vertretbar gewesen. Für eine sehr gute Bearbeitung hätte dieses Problem erkannt werden müssen.

VIII. Haftungsausfüllende Kausalität

Weiterhin müsste die Rechtsgutsverletzung kausal für den Schaden sein. Kausal ist jede Rechtsgutsverletzung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Schaden entfiel.³⁶ Die Platzwunde der R kann als kausal für den Schaden betrachtet werden.

IX. Ergebnis

R kann von N lediglich die Zahlung des Schmerzensgeldes i. H. v. 1100€ verlangen, § 249.

Die vorliegende Bearbeitung besticht durch einen überwiegend durchgehaltenen Gutachtenstil sowie ein gelungenes Zeitmanagement. Zudem überzeugt, dass die Probleme des Falles erkannt wurden. Diese Qualitäten machen bereits eine durchschnittliche Leistung aus. Drei der fünf inhaltlichen Schwerpunkte (Abgrenzung der eigenen WE zur Botenschaft, Abgabe und Zugang des Widerrufs der Vollmacht, die haftungsbegründende Kausalität und der haftungsausfüllende Tatbestand) wurden zudem auch souverän behandelt.

Die Bearbeitung gehört zu den zwei besten erbrachten Leistungen, das entspricht 0,4 % der an der Klausur Teilnehmenden.

³⁴ BGHZ 97, 14.

³⁵ Als Literaturhinweis zur Vertiefung: Zeuner, Anmerkung zu BGH, 14.1.1986 – VI ZR 48/85, JZ 1986, 640.

³⁶ Kötz/Wagner (Fn. 20), Rn. 210.

ÖffR Fallbearbeitung

Flora Jacobsen*

Dicke Luft in Göttingen

Der vorliegende Fall behandelt die kontroverse Frage nach der Rechtmäßigkeit von Dieselfahrverboten, zu der sicherlich auch künftig viele Gerichtsentscheidungen ergehen werden. Der neu gefasste § 47 IV a BImSchG findet ebenfalls Berücksichtigung. Neben vertieften Kenntnissen im Umweltrecht erfordert die Bearbeitung Kenntnisse im Europa- und Verwaltungsprozessrecht. Der Fall könnte somit primär (Teil-)Gegenstand einer Fortgeschrittenen-Hausarbeit sein, eignet sich jedoch in vielen Punkten auch zur Übung für Examenskandidaten.

SACHVERHALT

Wie viele deutsche Städte hat auch Göttingen seit langem mit dem Anstieg der gesundheitsschädlichen Stickstoffdioxidbelastung an Verkehrsschwerpunkten zu kämpfen. Der schleppend vorankommende Ausbau des öffentlichen Nahverkehrs und die Einführung einer Umweltzone im örtlichen Luftreinhalteplan (LRP) haben dieses Problem bisher nicht bekämpfen können, sodass die Messwerte im Jahresmittel an bestimmten Verkehrsschwerpunkten im Jahr 2019 das dritte Mal in Folge mit 60 Mikrogramm Stickstoffdioxid pro Kubikmeter Luft weit über den in § 3 der 39. BImSchV gesetzlich vorgeschriebenen Immissionsgrenzwerten für Stickstoffdioxid liegen.

Ein Gutachten im Auftrag der Stadt kommt zu dem zutreffenden Schluss, dass eine effektive und schnelle Reduzierung der Stickstoffdioxidbelastung nur mittels Fahrverboten für alle Fahrzeuge mit Dieselmotoren der Abgasklasse 4 oder niedriger erreicht werden kann. Mittels anderer Maßnahmen würden die Immissionsgrenzwerte hingegen erst im Jahr 2026 eingehalten werden.

Der Rat der Stadt Göttingen beschließt daher Anfang 2020 formell ordnungsgemäß eine Ergänzung des LRP im Sinne des § 47 I 1 BImSchG. Dieser sieht nun die Möglichkeit von Fahrverboten für alle Fahrzeuge mit Dieselmotoren der Abgasklasse 4 oder niedriger vor. Solche Fahrverbote sollen nach dem LRP jedoch das letzte Mittel sein sowie örtlich und zeitlich auf die besonders belasteten Verkehrsschwerpunkte beschränkt sein. Eine Befreiungsmöglichkeit von diesen Fahrverboten ist im LRP nicht gesondert vorgesehen.

Auf Grundlage dieses neuen LRP beschließt Göttingens Oberbürgermeister A am 1.4.2020 ein Fahrverbot für alle Fahrzeuge mit Dieselmotoren der Abgasklasse 4 oder niedriger auf der Bürgerstraße und dem Kreuzberggring.

* Flora Jacobsen studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Ihr herzlicher Dank gilt Sven Wedemeyer, Timo Marcel Albrecht und Jakob Schünemann für ihre Anregungen und Unterstützung bei der inhaltlichen Gestaltung.

Diese beiden Straßen sind Verkehrsschwerpunkte und weisen eine besonders hohe Stickstoffdioxidbelastung auf. Noch am selben Tag werden entsprechende Verbotsschilder aufgestellt.

Von diesem Verbot betroffen ist auch der Wagen der Handwerkerin H, mit dem sie jeden Tag zu ihren Kunden fährt. Durch das Fahrverbot auf zwei der größten Straßen Göttingens müsste sie fortan große Umwege in Kauf nehmen und würde zudem zu einigen Kunden nicht mehr vorfahren können. Sie wendet sich daher an eine befreundete Rechtsanwältin und bittet sie, die Rechtmäßigkeit dieser Fahrverbote zu überprüfen.

Ist das Fahrverbot rechtmäßig?

Abwandlung

Später stellt sich heraus, dass die in Göttingen ermittelten Grenzwerte für 2019 doch nur 50 Mikrogramm Stickstoffdioxid pro Kubikmeter Luft betragen. Obwohl das Gutachten im Auftrag der Stadt weiterhin zu dem Schluss kommt, dass nur Fahrverbote zu einer effektiven und zeitnahen Verringerung der Stickstoffdioxidimmissionen führen können, sieht der Rat der Stadt Göttingen davon ab, den LRP um eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage für dieses Verbot zu ergänzen und stützt sich dabei auf den neuen § 47 IV a BImSchG. Die Ratsmitglieder befürchten, dass ein solch unpopuläres Verbot ihre Wiederwahl gefährden könnte. Der bundesweit tätige und nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz anerkannte Umweltverband U ärgert sich sehr darüber, dass sich die Politik weigert, beschränkte Fahrverbote für einige Dieselaautos zu erlassen. Er will die Stadt Göttingen daher gerichtlich zur Ergänzung des LRP verpflichten.

Wäre eine Klage des U zulässig?

Zusatzfrage

Bei der Prüfung der Klage des Umweltverbandes kommen dem zuständigen Verwaltungsrichter Zweifel. Er ist der Auffassung, dass § 47 IV a S. 1 BImSchG mit der zugrundeliegenden Richtlinie RL 2008/50/EG nicht vereinbar ist. Der Richter fragt sich nun, ob es die Tragweite der relevanten Richtlinienangebote erfordert, § 47 IV a S. 1 BImSchG unangewendet zu lassen.

Welches verfahrensrechtliche Instrument steht dem Richter zur Klärung der Auslegungsfrage zur Verfügung und welchen Voraussetzungen unterliegt es?

GLIEDERUNG**Ausgangsfall**

- A. Ermächtigungsgrundlage
 - I. § 40 I 1 BImSchG
 - 1. Abschließende Wirkung von § 40 III BImSchG
 - 2. Sperrwirkung der 35. BImSchV
 - 3. Richtlinienkonforme Auslegung
 - a) Unionsrechtliche Verpflichtung einer bestimmten Auslegung
 - b) Praktische Wirksamkeit der Richtlinie
 - 4. Zulässigkeit der Beschilderung
 - 5. Anforderungen an die Beschilderung
 - II. Ergebnis
- B. Formelle Rechtmäßigkeit
 - I. Zuständigkeit
 - II. Verfahren
 - III. Form
 - IV. Zwischenergebnis
- C. Materielle Rechtmäßigkeit
 - I. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 40 I 1 BImSchG
 - 1. Rechtmäßigkeit des Luftreinhalteplans nach § 47 BImSchG
 - a) Formelle Rechtmäßigkeit
 - b) Materielle Rechtmäßigkeit
 - aa) Legitimer Zweck
 - bb) Geeignetheit
 - cc) Erforderlichkeit
 - dd) Angemessenheit
 - (1) Regelvermutung des § 47 IV a BImSchG
 - (2) Art. 14 I GG
 - (3) Art. 12 I GG
 - (4) Art. 2 I GG
 - (5) Art. 3 I GG
 - (6) Zwischenergebnis
 - 2. Zwischenergebnis
 - II. Weitere Voraussetzungen der verkehrsrechtlichen Anordnung
 - 1. Legitimer Zweck
 - 2. Geeignetheit
 - 3. Erforderlichkeit
 - 4. Angemessenheit
 - III. Zwischenergebnis
- D. Ergebnis

Abwandlung

- A. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges
- B. Statthafte Klageart
- C. Klagebefugnis
 - I. Klagebefugnis nach § 42 II Hs. 1 VwGO analog (gesetzliche Bestimmung)
 - II. Klagebefugnis nach § 42 II Hs. 2 VwGO analog (Verletzung in eigenen Rechten)

- 1. Schutznormtheorie
- 2. Klagebefugnis für unmittelbar betroffene Personen
- 3. Überindividueller Anspruch
- D. Richtiger Klagegegner
- E. Beteiligten- und Prozessfähigkeit
- F. Rechtsschutzbedürfnis
- G. Ergebnis

Zusatzfrage

- A. Das Vorabentscheidungsverfahren
- B. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen

FALLBEARBEITUNG**Ausgangsfall**

Das Fahrverbot ist rechtmäßig, wenn es auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruht (A.) und sowohl formell (B.) als auch materiell (C.) rechtmäßig ist.

A. Ermächtigungsgrundlage

Nach dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes bedarf jedes staatliche Handeln einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage, Art. 20 III GG. Umstritten ist, ob vorliegend eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für die vom Oberbürgermeister A ausgesprochenen Dieselfahrverbote besteht.

I. § 40 I 1 BImSchG

Als Rechtsgrundlage für ein solches Fahrverbot kommt § 40 I 1 BImSchG in Betracht, wonach die Straßenverkehrsbehörde den Straßenverkehr beschränken kann, soweit ein Luftreinhalteplan nach § 47 I BImSchG dies vorsieht.¹ Zu untersuchen ist insoweit, ob das konkrete Fahrverbot für alle Kraftfahrzeuge mit Dieselmotoren der Abgasklasse 4 oder niedriger auf der Bürgerstraße und dem Kreuzbergering auf besagte Norm gestützt werden kann.

1. Abschließende Wirkung von § 40 III BImSchG

Möglicherweise steht der Anordnung des Fahrverbotes auf Grundlage des § 40 I 1 BImSchG aber eine Sperrwirkung des § 40 III BImSchG entgegen. Nach dieser Norm kann die Bundesregierung eine Rechtsverordnung erlassen, die bestimmte Kfz entsprechend ihrer Antriebsart von Verkehrsverboten ausnimmt.² Daraus könnte folgen, dass nur in diesem Rahmen nach bestimmten Kfz differenzierende

¹ So im Ergebnis BVerwG, NVwZ 2018, 883 (885); Will, Die Rechtsgrundlagen für Fahrverbote zur Einhaltung der NO₂-Grenzwerte im Licht der aktuellen Rechtsprechung, NZV 2018, 393 (398); Engelmann, Dieselfahrverbote, SVR 2018, 330 (330).

² Brenner, Klagen im Zusammenhang mit Umweltzonen, DAR 2018, 71 (72).

Fahrverbote zulässig sind.³ Dagegen spricht jedoch bereits, dass der Wortlaut des § 40 I 1 BImSchG das Vorliegen einer Verordnung tatbestandlich nicht erfordert und auch § 40 III BImSchG die Bundesregierung zum Erlass von Ausnahmen von den Verkehrsverboten nicht verpflichtet, sondern nur »ermächtigt«.⁴

2. Sperrwirkung der 35. BImSchV

Eine Sperrwirkung könnte aber aus der 35. BImSchV folgen. Nach § 2 I der 35. BImSchV sind differenzierte Verkehrsverbote möglich, die an die dort vorgesehenen Plaketten anknüpfen. Die anvisierte Maßnahme soll aber gerade nicht an entsprechende Plaketten anknüpfen, sondern bestimmte Dieselfahrzeuge entsprechend der Antriebsart treffen. Die Verordnung könnte insoweit eine Sperrwirkung entfalten, als ein Verkehrsverbot an Plaketten anknüpfen muss und nicht nach der Antriebsart differenzieren darf.⁵ Dafür ließe sich anführen, dass die Verordnung explizit nur auf die Schadstoffemission und nicht auf die Antriebsart abstellt.⁶ Zudem könnte eine teleologische Auslegung dafürsprechen: Die Verordnung soll nämlich mit den Plaketten eine bundeseinheitliche Regelung schaffen, die leicht erkennbar bestimmte Fahrzeuge vom Verkehrsverbot ausnimmt.⁷ Gegen eine Sperrwirkung lässt sich jedoch anführen, dass eine bloße Verordnung eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht ohne Weiteres sperren kann.⁸ Anders wäre es nur, wenn das Gesetz selbst eine solche Möglichkeit vorsieht.⁹ Aus dem Wortlaut des § 40 I 1 BImSchG geht eine Einschränkung durch Rechtsverordnungen allerdings nicht hervor.¹⁰ Die Entscheidung zwischen den zuvor genannten Argumenten kann indes offenbleiben, wenn das Unionsrecht eine Auslegung dahingehend erfordert, dass die 35. BImSchV keine Sperrwirkung entfaltet.¹¹

3. Richtlinienkonforme Auslegung

Die Frage, ob die 35. BImSchV eine Sperrwirkung entfaltet, ist im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung zu klären. Das Gebot richtlinienkonformer Auslegung ergibt sich aus Art. 288 III AEUV und Art. 4 III EUV. Dem Unionsrecht ist demnach durch die richtlinienkonforme Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts praktische Wirksamkeit zu verleihen.¹²

a) Unionsrechtliche Verpflichtung einer bestimmten Auslegung

Das Unionsrecht müsste eine bestimmte Auslegung erfordern. Bei einer Überschreitung der in der Richtlinie RL 2008/50/EG vorgesehenen Grenzwerte müssen die Mitgliedstaaten Maßnahmen vorsehen, die den Zeitraum der Nichteinhaltung so kurz wie möglich halten, Art. 23 I UA 2 RL 2008/50/EG. Die Grenzwerte müssen nach Art. 13 I RL 2008/50/EG eingehalten werden. Die Richtlinie erfordert, dass die Mitgliedstaaten die Maßnahmen ergreifen, die zur schnellstmöglichen Einhaltung der Grenzwerte geeignet und erforderlich sind.¹³ Technische Schwierigkeiten und sonstige Herausforderungen stehen dieser Pflicht nicht entgegen.¹⁴ Aus der RL 2008/50/EG könnte sich folglich eine Pflicht ergeben, den Erlass von Dieselfahrverboten, die besonders geeignet sind, die Nichteinhaltung der Grenzwerte zu beenden, zu ermöglichen.¹⁵ Dagegen lässt sich anführen, dass die Richtlinie selbst nur Anforderungen an den Erlass von LRP aufstellt.¹⁶ Bestimmte Verkehrsverbote sind nicht vorgesehen.¹⁷ Zudem fällt der Vollzug des Planes gerade in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.¹⁸ Gegen eine solche Deutung des LRP könnte daher auch der in Art. 5 II EUV kodifizierte Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung sprechen.¹⁹ Indes sind die Verkehrsverbote unumgänglich, um die Richtlinie umzusetzen. Es spricht somit mehr für eine Pflicht der Mitgliedstaaten, Verkehrsverbote für Dieselfahrzeuge zu ermöglichen.²⁰

b) Praktische Wirksamkeit der Richtlinie

Der Richtlinie ist innerstaatlich praktische Wirksamkeit zu verleihen.²¹ Das könnte dadurch ermöglicht werden, dass die 35. BImSchV richtlinienkonform ausgelegt wird oder unangewendet bleibt, jedenfalls aber keine Sperrwirkung entfaltet.²² Dann könnte § 40 I 1 BImSchG als Ermächtigungsgrundlage für die Fahrverbote dienen.²³ Allerdings müssen dabei die Grenzen richtlinienkonformer Auslegung gewahrt bleiben. Die Auslegung darf nicht *contra legem* erfolgen.²⁴ Eine solche könnte sich hier daraus ergeben, dass die bundesgesetzliche Kompetenzordnung eine Fortschreibung der 35.

³ Brenner (Fn. 2), DAR 2018, 71 (72).

⁴ BVerwG NVwZ 2018, 883 (885); Will (Fn. 1), NZV 2018, 393 (398).

⁵ Vgl. BVerwG NVwZ 2018, 883 (885); Brenner (Fn. 2), DAR 2018, 71 (72); Lenz, Fahrverbote für Dieselfahrzeuge in Umweltzonen trotz grüner Plakette?, NVwZ 2017, 858 (860).

⁶ Vgl. BVerwG NVwZ 2018, 883, 885; Brenner (Fn. 2), DAR 2018, 71 (72); Lenz (Fn. 5), NVwZ 2017, 858 (860).

⁷ Vgl. BVerwG NVwZ 2018, 883, 885; Brenner (Fn. 2), DAR 2018, 71 (72); Lenz (Fn. 5), NVwZ 2017, 858 (860).

⁸ Hofmann, Das schwierige Verhältnis des deutschen Immissionsschutzrechts zum europäischen Luftqualitätsrecht, NVwZ 2018, 928 (932).

⁹ Hofmann (Fn. 8), NVwZ 2018, 928 (932).

¹⁰ Hofmann (Fn. 8), NVwZ 2018, 928 (932).

¹¹ Vgl. BVerwG NVwZ 2018, 883 (885).

¹² BeckOK/Mayer, Das Recht der Europäischen Union, 9.2014, Art 19 EUV Rn. 58.

¹³ BVerwG NVwZ 2018, 883 (885 f.); vgl. auch EuGH, Urt. v. 19.11.2014, Rs. C-404/13, ClientEarth, ECLI:EU:C:2014:2382.

¹⁴ BVerwG NVwZ 2018, 883 (885 f.); vgl. auch EuGH, (Fn. 13), ClientEarth.

¹⁵ BVerwG NVwZ 2018, 883, 885 f.; vgl. auch EuGH, Urt. v. 20.12.2017, Rs. C-664/15, Protect Umweltorganisation, ECLI:EU:C:2017:987.

¹⁶ Vgl. Pagenknopf, »Demobilisierung der Städte« – Fragen der Grenzen für die Rechtsprechung, NVwZ 2019, 185 (191).

¹⁷ Vgl. Pagenknopf (Fn. 16), NVwZ 2019, 185 (191).

¹⁸ Vgl. Pagenknopf (Fn. 16), NVwZ 2019, 185 (191).

¹⁹ Vgl. Pagenknopf (Fn. 16), NVwZ 2019, 185 (191).

²⁰ Vgl. auch BVerwG NVwZ 2018, 883 (885 f.).

²¹ Vgl. auch BVerwG NVwZ 2018, 883 (885 f.).

²² BVerwG, NVwZ 2018, 883 (886).

²³ BVerwG, NVwZ 2018, 883 (886).

²⁴ EuGH, Urt. v. 13.11.1990, Rs. C-106/89, Marleasing, Rn. 8, ECLI:EU:C:1990:395; EuGH, Urt. v. 26.9.1996, Rs. C-168/95, Arcaro, Rn. 41, ECLI:EU:C:1996:363; Streinz/W. Schroeder, EUV/AEUV, 3. Auflage (2018), Art. 288 Rn.113 m. w. N.

BlmSchV dem Bund vorbehalten, Art. 74 I Nr. 24 GG, und den Ländern die Kompetenz fehlt, selbst neue Differenzierungsmöglichkeiten vorzusehen.²⁵ Allerdings wird lediglich eine Anwendung von § 40 I 1 BImSchG ermöglicht, der zumindest seinem Wortlaut nach nicht vorsieht, dass nur der Bund den Rechtsrahmen von Regelungen zu Verkehrsverboten festlegen dürfte.²⁶ Die Ablehnung einer Sperrwirkung erfolgt daher nicht *contra legem*. § 40 I 1 BImSchG ist also anwendbar.

4. Zulässigkeit der Beschilderung

Neben der bloßen Anwendbarkeit des § 40 I BImSchG muss weiterhin die anvisierte Beschilderung von der Ermächtigung des § 40 I 1 BImSchG erfasst sein. Dazu muss das straßenverkehrsrechtliche Instrumentarium eine entsprechende Beschilderung zulassen.²⁷ Denkbar erscheint die Verwendung des Zeichens 251 StVO, das den Verkehr von Kfz verbietet. Dazu könnte ein textliches Zusatzzeichen genutzt werden, das alle Fahrzeuge bis auf die entsprechenden Dieselfahrzeuge zulässt.²⁸

Nach § 45 I, II StVO ordnet die Behörde die zur Kennzeichnung einer in einem Luftreinhalteplan festgesetzten Umweltzone erforderlichen Verkehrsverbote mittels der Zeichen 270.1 und 270.2 in Verbindung mit den dazu vorgesehenen Zusatzzeichen an. Diese Regelung könnte die Verwendung des Zeichens 251 mit einem neuen textlichen Zusatzzeichen sperren.²⁹ Dafür ließe sich anführen, dass von streckenbezogenen Verkehrsbeschränkungen keine Rede ist und der Verordnungsgeber nur für zonale Verkehrsbeschränkungen eine bestimmte Anordnungsbefugnis vorgesehen hat.³⁰ Allerdings lässt sich dem entgegen, dass sich aus dem Wortlaut der Verordnung keine Sperrwirkung ergibt.³¹ Gleiches gilt für die Begründung.³² Richtigerweise muss jedenfalls eine unionsrechtskonforme Auslegung erfolgen (s. o.), sodass eine Sperre für streckenbezogene Verbote nicht anzunehmen ist.³³

5. Anforderungen an die Beschilderung

Der Beschilderung könnte entgegenstehen, dass die StVO kein Verkehrszeichen enthält, das unmittelbar auf ein Verkehrsverbot für bestimmte Dieselfahrzeuge zugeschnitten

ist.³⁴ Andererseits soll aus § 39 III StVO folgen, dass textliche Zusatzzeichen möglich sind und keine Begrenzung auf die ausdrücklich in der StVO niedergelegten Zeichen besteht.³⁵ Voraussetzung ist, dass das Zusatzzeichen so eindeutig ist, dass es im Prinzip auch im fließenden Verkehr wahrgenommen und verstanden werden kann.³⁶ Ein Schild, das klarstellt, dass das Verkehrsverbot nur für bestimmte Diesel gilt, wäre hinreichend deutlich.³⁷ Eine entsprechende Beschilderung ist daher bereits *de lege lata* möglich.

II. Ergebnis

Das gewünschte Verkehrsverbot lässt sich daher grundsätzlich auf § 40 I 1 BImSchG stützen. Dieser stellt mithin eine taugliche Ermächtigungsgrundlage dar.

B. Formelle Rechtmäßigkeit

Das Fahrverbot ist formell rechtmäßig, wenn die zuständige Behörde gehandelt hat und keine Verfahrens- oder Formfehler vorliegen.

I. Zuständigkeit

Die Aufstellung der Verkehrszeichen müsste durch die sachlich und örtlich zuständige Behörde vorgenommen worden sein.³⁸ Gemäß § 40 I 1 BImSchG sind die Straßenverkehrsbehörden zuständig. In Niedersachsen sind die Landkreise und kreisfreien Städte gemäß § 44 I StVO i. V. m. § 2 Nr. 1 ZustVO für die Aufgaben der Straßenverkehrsbehörde zuständig. Die Stadt Göttingen ist zwar eine kreisangehörige Stadt gem. § 16 I NKomVG. Nach § 16 II NKomVG sind die für die kreisfreien Städte geltenden Vorschriften jedoch auf die Stadt Göttingen anzuwenden, soweit durch Rechtsvorschrift nichts anderes bestimmt ist. Mangels einer abweichenden Bestimmung ist die Stadt Göttingen daher die gemäß § 40 I 1 BImSchG i. V. m. § 44 I StVO i. V. m. § 2 Nr. 1 ZustVO – Verkehr i. V. m. § 16 II NKomVG sachlich zuständige Straßenverkehrsbehörde. Nach Maßgabe der §§ 85 I 1 Nr. 7, 7 II Nr. 2 NKomVG war folglich der Oberbürgermeister A als Hauptverwaltungsbeamter der Stadt Göttingen sachlich zuständig. Er war gemäß § 3 I Nr. 4 VwVfG auch örtlich zuständig, sodass insgesamt die sachlich und örtlich zuständige Behörde gehandelt hat.

II. Verfahren

Die Aufstellung der Verkehrsschilder müsste verfahrensfreierfolg sein.³⁹ Bei dem Erlass belastender VA ist

²⁵ Vgl. auch Brenner (Fn. 2), DAR 2018, 71 (72); Pagenknopf (Fn. 16), NVwZ 2019, 185 (188).

²⁶ Vgl. Hofmann (Fn. 8), NVwZ 2018, 928 (932).

²⁷ Vgl. VGH München NVwZ 2017, 894 (897).

²⁸ So im Ergebnis BVerwG NVwZ 2018, 883 (885); Will (Fn. 1), NZV 2018, 393 (403 f.).

²⁹ Vgl. VGH München NVwZ 2017, 894 (898); Brenner (Fn. 2), DAR 2018, 71 (73); Lenz (Fn. 5), NVwZ 2017, 858 (859).

³⁰ Brenner (Fn. 2), DAR 2018, 71 (73); Lenz (Fn. 5), NVwZ 2017, 858 (859).

³¹ Will (Fn. 1), NZV 2018, 393 (403).

³² Will (Fn. 1), NZV 2018, 393 (403).

³³ BVerwG NVwZ 2018, 883 (885); Will (Fn. 1), NZV 2018, 393 (403); Faßbender, Der Dieselskandal und der Gesundheitsschutz, NJW 2017, 1995 (1997).

³⁴ Vgl. auch VGH München NVwZ 2017, 894 (897 f.).

³⁵ BVerwG NVwZ 2018, 890 (893); OLG Oldenburg NZV 2016, 488 (488 f.); Hofmann (Fn. 8), NVwZ 2018, 928 (933).

³⁶ Vgl. BVerwG NVwZ 2018, 890 (893); OLG Oldenburg NZV 2016, 488 (488 f.); Hofmann (Fn. 8), NVwZ 2018, 928 (933).

³⁷ Vgl. BVerwG NVwZ 2018, 890 (893); Hofmann (Fn. 8), NVwZ 2018, 928 (933).

³⁸ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage (2017), § 10 Rn. 38.

³⁹ Vgl. Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage (2020), § 17

gem. § 28 I VwVfG grundsätzlich eine Anhörung des Betroffenen erforderlich. Vorfindlich jedoch ist die Ausnahme des § 28 II 4 VwVfG einschlägig, nach welcher bei Allgemeinverfügungen von einer Anhörung abgesehen werden kann.

III. Form

Das Fahrverbot wurde formgerecht angeordnet.

IV. Zwischenergebnis

Die Errichtung des Verkehrsschildes erfolgte mithin formell rechtmäßig.

C. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Errichtung des Verkehrsschildes müsste zudem materiell rechtmäßig sein.

I. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 40 I 1 BImSchG

Die Tatbestandsvoraussetzungen von § 40 I 1 BImSchG müssten erfüllt sein. Gem. § 40 I 1 BImSchG beschränkt oder verbietet die Straßenbehörde den Kraftfahrzeugverkehr nach Maßgabe der straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften, soweit ein Luftreinhalteplan nach § 47 I BImSchG dies vorsieht. Im LRP der Stadt Göttingen ist ein Verkehrsverbot vorgesehen. Um einen im Hinblick auf Art. 19 IV GG erforderlichen effektiven Rechtsschutz gegen die Maßnahmen zu eröffnen, unterliegen die Vorgaben des LRP sowie der LRP selbst inzident der gerichtlichen Kontrolle.⁴⁰

1. Rechtmäßigkeit des Luftreinhalteplans nach § 47 BImSchG

a) Formelle Rechtmäßigkeit

Der LRP ist formell rechtmäßig beschlossen worden.

b) Materielle Rechtmäßigkeit

Der LRP müsste weiterhin materiell rechtmäßig sein. Tatbestandlich müssten die durch eine Rechtsverordnung nach § 48 a I BImSchG festgelegten Immissionsgrenzwerte einschließlich festgelegter Toleranzmargen überschritten werden.⁴¹ In der Stadt Göttingen wurden 2019 das dritte Jahr in Folge die durch § 3 der 39. BImSchV vorgeschriebenen Grenzwerte für Stickstoffoxide weit überschritten. Folglich durfte ein LRP aufgestellt werden, § 48 a I BImSchG.

Zudem müssen auch die im LRP vorgesehenen Maßnahmen rechtmäßig sein.⁴² Der Behörde kommt ein Auswahlermessen in Form eines planerischen Gestaltungsspiel-

raumes zu.⁴³ Ermessensentscheidungen sind rechtmäßig, wenn das Ermessen rechtmäßig ausgeübt wurde, mithin keine Ermessensfehler vorliegen, vgl. §§ 40 VwVfG, 114 VwGO.⁴⁴ In Betracht kommt hier ein Ermessensfehler in Form eines Ermessensfehlgebrauchs. Ein Ermessensfehlgebrauch liegt auch dann vor, wenn gegen verfassungsrechtliche Ermessensgrenzen, insb. gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, verstoßen wird.⁴⁵ Nach § 47 IV BImSchG müssten die Maßnahmen dem Verursacheranteil entsprechend unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gegen alle Emittenten gerichtet werden, die zum Überschreiten der Immissionswerte beitragen. Die Maßnahmen sind verhältnismäßig, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgen und zur Erreichung dieses Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sind.⁴⁶

aa) Legitimer Zweck

Die im LRP festgelegten Maßnahmen müssten einen legitimen Zweck verfolgen. Ihr Ziel ist die schnellstmögliche Einhaltung der europarechtlich vorgegebenen Immissionsgrenzwerte, was wiederum einer Verbesserung der Luftqualität dient.⁴⁷ Dies soll letztlich dem Umweltschutz sowie dem Gesundheitsschutz der Bevölkerung zu Gute kommen.⁴⁸ Diese Erfordernisse des Allgemeinwohls stellen legitime Ziele dar.

bb) Geeignetheit

Die im LRP festgelegten Maßnahmen müssten geeignet sein, also das angestrebte Ziel fördern.⁴⁹ Das Verkehrsverbot für bestimmte Dieselfahrzeuge ist tauglich, zur Verbesserung der Luftqualität eine Schadstoffreduktion herbeizuführen. Es ist also ein geeignetes Mittel.

cc) Erforderlichkeit

Das Verkehrsverbot müsste erforderlich sein, also das mildeste unter den gleich geeigneten Mitteln zur Zweckerreichung darstellen.⁵⁰ In der Stadt Göttingen werden an bestimmten Verkehrsschwerpunkten die gesetzlich vorgeschriebenen Immissionsgrenzwerte für NO₂ kontinuierlich überschritten. Der LRP der Stadt Göttingen sah bereits die Einführung einer Umweltzone vor, diese hat das Problem bisher aber nicht bekämpfen können. Dies gilt ebenso für den Ausbau des öffentlichen Nahverkehrs. Zudem hat ein Gutachten festgestellt, dass die von § 47 I S. 3 BImSchG geforderte effektive und schnelle Reduzierung der Stick-

Rn. 940 ff.

⁴⁰ BVerwG NVwZ 2012, 1175 (1176).

⁴¹ Führ/Weiner, BImSchG, 2. Auflage (2019), § 47 Rn. 11.

⁴² Will (Fn. 1), NZV 2018, 393 (396).

⁴³ Führ/Weiner (Fn. 41), § 47 Rn. 28; Jarass, BImSchG, 12. Auflage (2017), § 47 Rn. 12.

⁴⁴ Eyermann/Rennert, VwGO Kommentar, 15. Auflage (2019), § 114 Rn. 1, 10.

⁴⁵ Detterbeck (Fn. 39), § 8 Rn. 330, 334; Erbguth/Guckelberger, Verwaltungsrecht AT, 9. Auflage (2018), § 14 Rn. 46, 47.

⁴⁶ Eyermann/Rennert (Fn. 44), § 114 Rn. 30.

⁴⁷ Vgl. VG Stuttgart ZUR 2017, 620 (627).

⁴⁸ Vgl. VG Stuttgart ZUR 2017, 620 (627).

⁴⁹ Maurer/Waldhoff (Fn. 38), § 10 Rn. 51.

⁵⁰ Maurer/Waldhoff (Fn. 38), § 10 Rn. 51.

stoffdioxidbelastung nur mittels Fahrverboten für alle Fahrzeuge mit Dieselmotoren der Abgasklasse 4 oder niedriger erreicht werden kann. Diese Fahrverbote sollen weiterhin das letzte Mittel sein und zudem auf besonders belastete Verkehrsschwerpunkte beschränkt sein. Der LRP stuft die Intensität seiner Maßnahmen folglich nach der Erforderlichkeit ab und sieht Eingrenzungen vor, was die Intensität der Beschränkung erheblich abmildert. Auch der LRP insgesamt war folglich erforderlich.

dd) Angemessenheit

Das Dieselfahrverbot müsste auch angemessen sein. Hierfür bedarf es einer Abwägung zwischen den durch die Überschreitung der Stickstoffdioxidgrenzwerte entstehenden Gesundheitsrisiken für die Bevölkerung und den Belastungen für die von einem Fahrverbot betroffenen Verkehrsteilnehmer, Fahrzeugeigentümer und Anwohner sowie für die Versorgung der Bevölkerung und Wirtschaft.⁵¹ Außer der Einhaltung der Verhältnismäßigkeitsmaßgaben nach § 47 IV a BImSchG sind insbesondere die Grundrechte der Fahrzeugbenutzer zu beachten.

(1) Regelvermutung des § 47 IV a BImSchG

Der neu eingefügte § 47 IV a BImSchG bestimmt, dass ein Verkehrsverbot für Kraftfahrzeuge mit Selbstzündungsmotor in der Regel nur für Gebiete in Betracht kommt, in denen die Stickstoffdioxidmissionen einen Jahresmittelwert von 50 Mikrogramm Stickstoffdioxid pro Kubikmeter Luft überschreiten. Er normiert somit eine Regelvermutung für eine Unangemessenheit von Verkehrsverboten aufgrund der Überschreitung der Stickstoffdioxidgrenzwerte, von der nur bei atypischen Fällen abgewichen werden dürfte.⁵²

In der Stadt Göttingen betrug der Jahresmittelwert in den vergangenen Jahren 60 Mikrogramm Stickstoffdioxid pro Kubikmeter Luft, sodass diese Regelvermutung nicht erfüllt ist. Es kann daher offenbleiben, ob diese Norm unionsrechtskonform auszulegen wäre.⁵³ In jedem Fall muss die Verhältnismäßigkeit des im LRP vorgesehenen Fahrverbotes unter Berücksichtigung aller Aspekte des konkreten Falls geprüft werden.

(2) Art. 14 I GG

Die vom Fahrverbot betroffenen Autofahrer könnten in ihrer Eigentumsfreiheit aus Art. 14 I 1 GG verletzt sein.

Ihrem sachlichen Schutzbereich unterfällt jede konkrete vermögenswerte Rechtsposition.⁵⁴ Das Eigentum an einem

Dieselfahrzeug und die entsprechende Nutzungsmöglichkeit stellt eine solche Rechtsposition dar.⁵⁵ Hinsichtlich des Grundstücks umfasst der Schutzbereich die Anbindung zum öffentlichen Straßennetz⁵⁶ sowie den Anliegergebrauch.⁵⁷ Ein Anspruch auf Aufrechterhaltung einer bestimmten günstigen Verkehrslage, sofern die Straße als Verkehrsmittler erhalten bleibt, wird dagegen nicht begründet.⁵⁸ Der Schutzbereich ist somit in sachlicher und als Jedermann-Grundrecht auch in persönlicher Hinsicht eröffnet.

Weiter müsste ein Eingriff vorliegen. Ein solcher kann durch Enteignung (Art. 14 III GG) sowie durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Art. 14 I 2 GG) erfolgen. Die Eingriffsformen sind voneinander abzugrenzen.⁵⁹ Eine Enteignung ist der vollständige oder teilweise Entzug konkreter vermögenswerter Rechtspositionen durch gezielten hoheitlichen Rechtsakt zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben.⁶⁰ Demgegenüber ist eine Inhalts- und Schrankenbestimmung jede abstrakt-generelle Festlegung der Rechte und Pflichten des Eigentümers.⁶¹ Durch das streckenbezogene Verkehrsverbot werden die Nutzungsmöglichkeiten des Fahrzeugs in einem abstrakt-generellen Rahmen näher ausgestaltet. Das für eine Enteignung entscheidende Merkmal des Güterbeschaffungsvorgangs liegt dagegen nicht vor.⁶² Es handelt sich somit um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung, Art. 14 I 2 GG.

Der Eingriff könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Es greift ein einfacher Gesetzesvorbehalt aus Art. 14 I 2 GG. Der LRP gründet auf § 47 I 1 BImSchG.

Der Gesetzgeber muss die Eigentumsfreiheit mit der Sozialbindung nach Art. 14 II GG in einen angemessenen Ausgleich bringen.⁶³ Streckenbezogene Dieselfahrverbote führen aufgrund ihrer weitgehenden räumlichen Begrenztheit grundsätzlich nur zu einer unwesentlich beschränkten Nutzbarkeit der Fahrzeuge, sodass die Eigentumsfreiheit nur geringfügig betroffen ist.⁶⁴ Auch sind zu hohe NO₂-Konzentrationen in der Umwelt ursächlich dafür, dass die Zahl der Atemwegs- sowie Herz- und Kreislauferkrankungen steigt.⁶⁵ Für bestimmte Personengruppen wie Asthmatiker manifestiert sich zudem ein zusätzliches Risiko für die Gesundheit.⁶⁶ Der Gesundheitsschutz der Bevölkerung wird auch unions-

⁵¹ BVerwG SVR 2018, 271 (274).

⁵² Zu dieser Auslegungsmöglichkeit: VGH Mannheim, NVwZ 2019, 813 (818).

⁵³ Dazu umfassend *Appel/Stark*, Zwischen Unionsrechtswidrigkeit und Irrelevanz, NVwZ 2019, 1552 ff.; VGH Mannheim, NVwZ 2019, 813 (817 ff.).

⁵⁴ *Sachs/Wendt*, GG-Kommentar, 8. Auflage (2018), Art. 14 Rn. 21; *Sodan/ders.*, GG-Kommentar, 4. Auflage (2018), Art. 14 Rn. 9; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 33. Auflage (2017), § 23 Rn. 1036.

⁵⁵ *Sachs/Wendt* (Fn. 54), Art. 14 Rn. 21; *Kingreen/Poscher* (Fn. 54), § 23 Rn. 1036.

⁵⁶ *Maunz/Dürig/Papier/Shirvani*, GG-Kommentar, Bd. II, EL 83 (April 2018), Art. 14 Rn. 220.

⁵⁷ *Sachs/Wendt* (Fn. 54), Art. 14 Rn. 46.

⁵⁸ BVerwG SVR 2018, 271 (274); *Giesberts/Reinhardt/Reese*, Umweltrecht, 2. Auflage (2018), § 40 BImSchG Rn. 11; *Sachs/Wendt* (Fn. 54), Art. 14 Rn. 46.

⁵⁹ BVerfGE 58, 300 (330 ff.).

⁶⁰ *Epping*, Grundrechte, 8. Auflage (2019), Rn. 469.

⁶¹ BVerfGE 58, 300 (330).

⁶² Vgl. BVerfGE 143, 246 (332 f.).

⁶³ *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Hofmann*, GG-Kommentar, 14. Auflage (2018), Art. 14 Rn. 40, 56.

⁶⁴ BVerwG SVR, 2018, 271 (274).

⁶⁵ VG Stuttgart ZUR 2017, 620 (628).

⁶⁶ VG Stuttgart ZUR 2017, 620 (628).

rechtlich betont und damit stark gewichtet.⁶⁷ Zudem ist zu beachten, dass der Vertrauensschutz umso geringer ausfällt, je älter das Fahrzeug ist, sodass die im LRP vorgesehenen Differenzierungen dem Alter und dem damit verbundenen Abgasverhalten entsprechend auch im Hinblick auf § 47 IV BImSchG angemessen sind. Allerdings werden durch die Regelung unter Umständen einzelne Anlieger besonders belastet. Möglicherweise haben diese aufgrund bestimmter Situationen mit ihrem Fahrzeug keinen Zugang mehr zur Wohnung, sodass die Nutzung erheblich eingeschränkt wird. Im Übrigen könnten im Einzelfall auch Gewerbetreibende wie Handwerker besonders hart getroffen sein. Arbeitsstellen können ggf. nicht mehr angefahren werden.

Insoweit ist zu untersuchen, ob entsprechende Ausnahmen möglich sind und diese bereits im LRP vorgesehen werden müssen. Der § 47 IV a S. 2 BImSchG bestimmt gesetzlich bereits Kraftfahrzeuge, die von Verkehrsverboten ausgenommen sind. Gemäß § 47 IV a S. 3 BImSchG kann nur im Einzelfall von der Ausnahme nach § 47 IV a S. 2 Nr. 6 BImSchG im LRP abgewichen werden. Daraus folgt, dass im Übrigen diese gesetzlichen Ausnahmen zwingend sind. Eine erneute Wiederholung im LRP wäre daher rein deklaratorisch und nicht zwingend notwendig.

Weiterhin bestimmt § 47 IV a S. 4 BImSchG, dass weitere Ausnahmen, insbesondere nach § 40 I 2 BImSchG, zugelassen werden können. Nach § 40 I 2 BImSchG obliegt es der Straßenverkehrsbehörde, Ausnahmen von Verboten des Kraftfahrzeugverkehrs zuzulassen, wenn unaufschiebbare und überwiegende Gründe des Allgemeinwohls dies erfordern. Diese Ausnahmeregelung räumt der Behörde Ermessen hinsichtlich des Erlasses von Einzelausnahmen ein, die als VA zu qualifizieren sind.⁶⁸ Bloße Interessen des Einzelnen genügen dabei nicht.⁶⁹

Diese können jedoch nach § 1 II der 35. BImSchV im Einzelfall oder für bestimmte Personengruppen ausnahmsweise Berücksichtigung finden.⁷⁰ Nach beiden Rechtsgrundlagen – § 40 I 2 BImSchG und § 1 II der 35. BImSchV – sind Ausnahmen im Einzelfall möglich, ohne dass diese nochmals deklaratorisch im LRP aufgeführt werden müssten.

Allerdings könnte eine Umsetzung unmöglich sein, wenn entsprechende Verkehrsschilder fehlen und solche im Hinblick darauf, dass die Behörde den Straßenverkehr durch Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen nach § 45 IV StVO regelt, erforderlich sind. Indes ergibt sich aus § 46 I 1 Nr. 11 StVO, dass Ausnahmen für den Einzelfall nicht zwingend mittels eines Verkehrszeichens bekannt gegeben werden müssen.⁷¹ Notwendige Ausnahmen können im Einzelfall folglich umfassend zugelassen werden. Die Inhalts-

und Schrankenbestimmungen sind daher verhältnismäßig. Es liegt also kein Verstoß gegen Art. 14 I 1 GG vor.

(3) Art. 12 I GG

Schließlich kommt auch eine Verletzung der Berufsfreiheit der betroffenen Autofahrer gem. Art. 12 I GG in Betracht. Berufswahl und Berufsausübung hängen eng miteinander zusammen, sodass trotz des separierenden Wortlauts des Art. 12 I GG beide gemeinsam den Schutzbereich des Art. 12 I bilden.⁷² Es handelt sich bei Art. 12 I um ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit.⁷³ Darunter fällt jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage.⁷⁴ Erfasst ist damit auch das Gewerbetreiben von in den betroffenen Straßen ansässigen Handwerkern.

Die Berufsausübung muss nicht unmittelbar eingeschränkt werden, es genügt, wenn Regelungen durch ihre Umsetzung einen engen räumlichen Bezug zur Berufsausübung aufweisen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz aufzeigen.⁷⁵ Die im LRP vorgesehene Möglichkeit von Verkehrsverboten ist auf besonders belastete Verkehrsschwerpunkte beschränkt, die für den städtischen Verkehr somit von großer Bedeutung sind. Damit sind Beeinträchtigungen des Zuliefererverkehrs und auch von Kraftfahrzeugen von Handwerkern in den betroffenen Straßen möglich. Es besteht insoweit ein räumlicher Bezug zur Berufsausübung, sodass ein Eingriff in diese vorliegt.

Dieser Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden, Art. 12 I 2 GG. Der LRP gründet auf § 47 I 1 BImSchG.

Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit müssen der Intensität des Eingriffs entsprechend verhältnismäßig im Sinne der sog. »Drei-Stufen-Theorie« sein.⁷⁶ Bei Einschränkungen im Bereich der Berufsausübungsbeschränkungen genügen vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls.⁷⁷ Belange des Natur- und Gesundheitsschutzes sind grundsätzlich vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls. Die Beeinträchtigung der Handwerker- und Lieferfahrzeuge wird zudem durch die gesetzlich vorgeschriebene Ausnahme nach § 47 IV a S. 2 Nr. 5 BImSchG erheblich abgeschwächt, auch wenn sie gewisse Anforderungen an den Stickstoffdioxidausstoß der Fahrzeuge stellt. Ohnehin können die Fahrverbote

⁶⁷ EuGH (Fn. 13), ClientEarth, Rn 55; BVerwG SVR 2018, 271 (274).

⁶⁸ Giesberts/Reinhardt/Reese (Fn. 58), § 40 BImSchG, Rn. 10.

⁶⁹ Jarass (Fn. 43), § 40 Rn. 16.

⁷⁰ BVerwG NVwZ 2018, 883 (888).

⁷¹ Vgl. auch BVerwG NVwZ 2018, 890 (893); Will (Fn. 1), NZV 2018, 393 (402).

⁷² Mangoldt/Klein/Starck/Manssen, GG-Kommentar, 7. Auflage (2018), Art. 12 Rn. 66.

⁷³ Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Hofmann (Fn. 63), Art. 12 Rn. 50.

⁷⁴ BVerfGE 7, 377, 397; Epping/Hilgruber/Ruffert, BeckOK Grundgesetz, 42. Edition (Stand: 1. 12. 2019), Art. 12 Rn. 40.

⁷⁵ Sodan/Sodan (Fn. 54), Art. 12 Rn. 20; Sachs/Mann (Fn. 54), Art. 12 Rn. 95.

⁷⁶ BVerfG NJW 1958, 1035; übereinstimmend Jarass, GG, 15. Auflage (2018), Art. 12 Rn. 45; Sachs/Mann (Fn. 54), Art. 12 Rn. 125.

⁷⁷ BVerfG NJW 1958, 1035; übereinstimmend Jarass (Fn. 76), Art. 12 Rn. 45; Sachs/Mann (Fn. 54), Art. 12 Rn. 125.

nur für besonders belastete Verkehrsschwerpunkte erteilt werden. Damit kann die Lieferung zwar erschwert sein, die Einschränkungen werden i. d. R. jedoch geringfügiger Natur sein und damit in ihrer Bedeutsamkeit hinter den bereits aufgeführten naturschutz- und gesundheitsrechtlichen Erwägungen zurücktreten. Im Einzelfall erforderliche Ausnahmen können weiterhin durch Verwaltungsakt festgelegt werden. Auch eine Verletzung von Art. 12 I GG scheidet daher aus.

(4) Art. 2 I GG

Die allgemeine Handlungsfreiheit tritt bei Vorliegen eines verfassungsrechtlich gerechtfertigten Eingriffs in ein spezielleres Grundrecht kraft formeller Subsidiarität zurück.⁷⁸ Aufgrund der vorliegend gerechtfertigten Eingriffe in die Berufs- und die Eigentumsfreiheit der Betroffenen tritt ihre allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG zurück.

(5) Art. 3 I GG

Eine etwaige von der ständigen Rechtsprechung anerkannte Ungleichbehandlung durch eine defizitäre Vollzugspraxis, die bereits strukturbedingt als Vollzugshindernis normativ angelegt ist,⁷⁹ ist gegenüber den Verkehrsteilnehmern nicht ersichtlich. Insbesondere genügen bloße Ineffizienzen bei Kontrollen nicht für eine Verletzung.⁸⁰

(6) Zwischenergebnis

Ein rechtmäßiger Luftreinhalteplan liegt vor.

2. Zwischenergebnis

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 40 I 1 BImSchG sind gegeben.

II. Weitere Voraussetzungen der verkehrsrechtlichen Anordnung

Nach § 40 I 1 BImSchG beschränkt oder verbietet die zuständige Straßenverkehrsbehörde den Kraftfahrzeugverkehr. Liegen die Voraussetzungen eines wirksamen Luftreinhalteplans vor, muss die zuständige Behörde die dort festgelegten Planvorgaben durchsetzen, es besteht insoweit kein Ermessen.⁸¹ Sieht der LRP jedoch einen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Maßnahmen vor, so besteht ein Auswahlermessen der Behörde.⁸² Bei Nichteinhaltung der Grenz-

werte ist im LRP festgelegt, dass die ausführende Behörde vor Einführung eines Dieselfahrverbotes prüfen muss, ob es gleich geeignete mildere Maßnahmen gibt. Gibt es solche nicht, müssen Dieselfahrverbote eingeführt werden. Diese sollen nach Möglichkeit zeitlich und räumlich begrenzt werden. Der Behörde steht insoweit ein Auswahlermessen zu. Dabei sind insbesondere immissionsschutzrechtliche Ziele, aber auch verkehrsrechtliche Belange einzubeziehen.⁸³

Vorliegend könnte ein Ermessensfehler in Form eines Ermessensfehlgebrauchs im Hinblick auf eine zeitliche Beschränkung der Maßnahme gegeben sein. Zu klären ist, ob das verhängte Dieselfahrverbot verhältnismäßig ist. Es müsste einen legitimen Zweck verfolgen und zur Erreichung dieses Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sein.

1. Legitimer Zweck

Das Verbot ist auf einen legitimen Zweck gerichtet (s. o.).

2. Geeignetheit

Es ist zur Schadstoffreduktion geeignet.

3. Erforderlichkeit

Das Dieselfahrverbot müsste erforderlich sein. Möglicherweise ließe es sich auf die Hauptverkehrszeiten beschränken, sodass zu verkehrsarmen Zeiten dennoch eine Nutzungsmöglichkeit gegeben wäre. Auch die Nutzung von Fahrzeugen zu verkehrsarmen Zeiten führt aber zu einem insgesamt zu hohen Stickstoffdioxidausstoß, sodass es sich nicht um eine gleich geeignete Maßnahme handelt. Weiterhin werden weder die bisher getroffenen noch andere Maßnahmen nach dem Gutachten in den nächsten Jahren zu einer ausreichenden Reduzierung der Stickstoffimmissionen führen. Das Fahrverbot ist folglich das einzige Mittel, um die Stickstoffreduzierung in absehbarer Zeit zu erreichen. Mildere, gleich effektive Mittel sind daher nicht ersichtlich, sodass ein Dieselfahrverbot auch erforderlich ist.

4. Angemessenheit

Das Fahrverbot für Dieselfahrzeuge bis einschließlich Schadstoffgruppe Euro 4 müsste auch angemessen sein. Die Fahrverbote sind auf die Bürgerstraße und den Kreuzberg räumlich beschränkt. Zudem sind die Fahrverbote das letzte Mittel, um die notwendige Reduzierung in absehbarer Zeit zu erreichen und somit der unionsrechtlich determinierten Zielvorgabe des § 47 I S. 3 BImSchG zu entsprechen. Die Vorgaben des LRP und die gesetzlich normierten Ausnahmetatbestände führen zudem dazu, dass die Beeinträchtigungen des konkreten Verbotes mit Blick auf Art. 14 I GG und Art. 12 I GG angemessen sind. Im LRP ist darüber hinaus jedoch vorgesehen, dass die Dieselfahrverbote nach Möglichkeit zeitlich beschränkt werden müssen. Eine solche zeitliche Eingrenzung wurde für die Verkehrs-

⁷⁸ Vgl. Dreier/Dreier, GG, Art. 2 I Rn. 93.

⁷⁹ BVerfG NJW 2004, 1022 (1023); BVerwG NVwZ 2018, 890 (893); Schink/Fellenberg, Dieselfahrverbote zur Einhaltung der Grenzwerte für NO₂?, NJW 2018, 2016 (2019).

⁸⁰ BVerfG NJW 2004, 1022 (1023); BVerwG NVwZ 2018, 890 (893); Schink/Fellenberg (Fn. 79), NJW 2018, 2016 (2019).

⁸¹ VG Stuttgart, Urt. v. 31.5.2005, 1 6 K 1121/05, abgedruckt, in: Ule/Laubinger/Rapkewitz, BImSchG-Rspr. 53, September 2006, VG § 47 Nr. 4 S. 2; Landmann/Rohmer/Hansmann/Röckinghausen, Umweltrecht, Bd. II, 90. EL (Juni 2019), BImSchG, § 47 Rn 29 a.

⁸² Jarass, BImSchG, (Fn. 43), § 40 Rn. 11; Führ/Knauff, (Fn. 41), § 40

Rn. 27.

⁸³ Führ/Knauff (Fn. 41), § 40 Rn. 31.

verbote auf dem Kreuzbergring und der Bürgerstraße nicht vorgenommen. Dabei käme eine zeitliche Eingrenzung durch Ermöglichung des Lieferverkehrs zu verkehrarmen Zeiten, z. B. am Morgen, durchaus in Betracht. Diese zeitliche Eingrenzung eröffnet zumindest kurze Zeitfenster für die Nutzung des Dieselfahrzeugs und verringert somit die Beeinträchtigung des Art. 14 I GG und Art. 12 I GG erheblich. Zwar würde auch die Effektivität der Maßnahme dadurch etwas verringert (s. o.), die Verkehrsverbote würden aber weiterhin verhindern, dass es zu verkehrsreichen Zeiten auf der Bürgerstraße und dem Kreuzbergring zur einer erhöhten Stickstoffdioxidemission und dadurch zu Grenzwertüberschreitungen kommt. Das Ziel der Maßnahme würde folglich weiter überwiegend erreicht werden können. Eine zeitliche Eingrenzung wäre daher aus Verhältnismäßigkeitsgründen erforderlich. Das von A verhängte Verkehrsverbot enthält jedoch keine zeitlichen Beschränkungen, obwohl der LRP eine solche Möglichkeit vorsieht. Das konkrete Dieselfahrverbot ist damit unverhältnismäßig.

III. Zwischenergebnis

Das Fahrverbot ist materiell rechtswidrig.

D. Ergebnis

Das Fahrverbot ist rechtswidrig.

Abwandlung

Eine Klage des Umweltverbandes U vor dem Verwaltungsgericht wäre zulässig, wenn die nachfolgenden Sachentscheidungs Voraussetzungen gegeben sind.

A. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung nach § 40 I 1 VwGO. Dafür müsste es sich zunächst um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handeln, § 40 I 1 VwGO. Nach der modifizierten Subjektstheorie ist eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen öffentlich-rechtlich sind, also in jedem denkbaren Anwendungsfall Träger öffentlicher Gewalt in ihrer spezifisch hoheitlichen Funktion berechtigen oder verpflichten. Streitentscheidende Norm ist § 47 I 1 BImSchG. Diese verpflichtet ausschließlich die Straßenverkehrsbehörde in ihrer Funktion zur Aufstellung eines LRP und ist somit eine öffentlich-rechtliche Norm i. S. d. modifizierten Subjektstheorie. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt mithin vor. Es sind weder Verfassungsorgane an der Streitigkeit beteiligt noch wird über spezifisches Verfassungsrecht gestritten, sodass mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art i. S. d. § 40 I 1 VwGO ist. Eine abdrängende Sonderzuweisung liegt nicht vor. Der Verwaltungsrechtsweg ist daher gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

B. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, vgl. § 88 VwGO. Der U strebt die Verurteilung der Stadt Göttingen zur Änderung des LRP im Sinne einer stellenweisen Einführung eines Dieselfahrverbots an. Statthafte Klageart könnte damit die Verpflichtungsklage gem. § 42 I Var. 2 VwGO sein, soweit der auf Grundlage des § 47 I BImSchG erlassene Plan ein Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG i. V. m. § 1 NVwVfG⁸⁴ ist. Dieser müsste Außenwirkung haben.⁸⁵ Die zuständige Behörde legt mittels des LRP die Maßnahmen fest, welche die schnellstmögliche Einhaltung der europarechtlich vorgegebenen Immissionsgrenzwerte zum Zwecke der menschlichen Gesundheit gewährleisten. Der LRP selbst entfaltet gegenüber dem Bürger jedoch keine unmittelbare Bindungs- und Rechtswirkung.⁸⁶ Mangels Außenwirkung handelt es sich damit beim LRP der Stadt Göttingen nicht um einen VA. Die Verpflichtungsklage nach § 42 I Var. 2 VwGO ist mithin nicht statthaft.

Es könnte aber eine allgemeine Leistungsklage gegeben sein. Diese wird in der VwGO zwar nicht explizit geregelt, von dieser aber verschiedentlich vorausgesetzt, vgl. §§ 43 II 1, 111 S. 1, 113 IV VwGO.⁸⁷ Sie ist statthafte Klageart, wenn der Kläger ein Tun, Dulden oder Unterlassen begehrt, das von der Rechtsnatur her keinem Verwaltungsakt entspricht.⁸⁸ U begehrt die Änderung des LRP, welcher keinen VA darstellt (s. o.). Statthaft ist mithin die allgemeine Leistungsklage.

C. Klagebefugnis

Nach überwiegender,⁸⁹ aber nicht unbestrittener⁹⁰ Auffassung müsste der Kläger – hier der Umweltverband U – bei der allgemeinen Leistungsklage gem. § 42 II VwGO analog klagebefugt sein. Ob eine Klagebefugnis erforderlich ist, könnte jedoch offenbleiben, wenn diese hier tatsächlich vorliegt.

I. Klagebefugnis nach § 42 II Hs. 1 VwGO analog (gesetzliche Bestimmung)

Eine Klagebefugnis nach § 42 II Hs. 1 VwGO analog liegt vor, wenn Bundes- oder Landesrecht ein Klagerecht unabhängig von der individuellen Betroffenheit des Klägers einräumen.⁹¹ Ein solches »prokuratorisches« Klagerecht könnte sich hier aus §§ 2 I S. 1 Nr. 1, 2 und 1 I 1 Nr. 4 a UmwRG i. V. m. Nr. 2.2. der Anlage 5 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeits-

⁸⁴ Auf den landesrechtlichen Zusatz wird im Folgenden verzichtet.

⁸⁵ Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens, VwVfG, 9. Auflage (2018), § 35 Rn. 141.

⁸⁶ Vgl. VG Stuttgart, Urt. v. 22. 5. 2005, 16 K 1121/05, Rn. 49; Scheidler, Strategische Umweltprüfung für Luftreinhaltepläne, ZUR 2006, 239 (240).

⁸⁷ BVerwG NJW 1969, 1131; Ipsen, Verwaltungsrecht AT, 11. Auflage (2019), § 18 Rn. 1102.

⁸⁸ Ipsen (Fn. 87), § 18 Rn. 1103.

⁸⁹ BVerwG NVwZ-RR 2017, 423 (424); Detterbeck (Fn. 39), § 31 Rn. 1392; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Auflage (2019), § 17 Rn. 8; Gärditz, VwGO, 2. Auflage (2018), § 42 Rn. 51.

⁹⁰ Ipsen (Fn. 87), § 18 Rn. 1107 m. w. N.

⁹¹ Kopp/Schenke, VwGO, 25. Auflage (2019), § 42 Rn. 180.

prüfung (UVPG) ergeben.⁹² Hierfür muss ein anerkannter Umweltverband i. S. d. § 3 UmwRG auf Fortschreibung des LRP klagen.⁹³ Diese Voraussetzungen erfüllt U. Weiterhin muss die Fortschreibung des LRP eine strategische Umweltprüfung (SUP) erforderlich machen.⁹⁴ Eine solche SUP ist gem. § 35 I Nr. 2 UVPG i. V. m. Nr. 2.2 Anlage 5 UVPG bei Luftreinhalteplänen nur dann notwendig, wenn in ihnen Maßnahmen festgelegt sind, welche bei der Genehmigung von UVP-pflichtigen Anlagen zu berücksichtigen sind und somit Auswirkungen auf deren Zulassung haben.⁹⁵ Lediglich verkehrsregelnde Maßnahmen gehören nicht dazu.⁹⁶ Für das im LRP vorgesehene Dieselfahrverbot ist damit keine SUP notwendig. U ist folglich nicht nach §§ 2 I S. 1 Nr. 1, 2 i. V. m. 1 I 1 Nr. 4 a UmwRG klagebefugt. Somit ist keine von der subjektiven Betroffenheit unabhängige gesetzliche Regelung i. S. d. § 42 II Hs. 1 VwGO gegeben.

II. Klagebefugnis nach § 42 II Hs. 2 VwGO analog (Verletzung in eigenen Rechten)

1. Schutznormtheorie

U könnte in seinen eigenen Rechten i. S. d. § 42 II Hs. 2 VwGO analog verletzt sein. Hierfür müsste er substantiiert geltend machen können, möglicherweise einen Anspruch auf die erstrebte Handlung zu haben.⁹⁷ Nach der Schutznormtheorie muss sich der Kläger auf eine Anspruchsgrundlage des öffentlichen Rechts berufen können, die zumindest auch dem Schutz seiner Interessen dient.⁹⁸ Anspruchsgrundlage könnte hier § 47 I BImSchG sein. Demnach ist die zuständige Behörde bei Überschreitung der festgelegten Immissionsgrenzwerte zur Aufstellung eines LRP verpflichtet, welcher die erforderlichen Maßnahmen zur dauerhaften Verminderung von Luftverunreinigungen festlegt. Dieser entfaltet aber als bloß innerbehördliches Handlungskonzept lediglich verwaltungsinterne Bindungswirkung. Der LRP an sich bezweckt nicht den Schutz der Interessen Dritter, sodass die Schutznormtheorie vorliegend nicht greift. U ist demnach nicht klagebefugt.

2. Klagebefugnis für unmittelbar betroffene Personen

Jedoch hat § 47 I BImSchG die Verwirklichung der in Art. 23 der EU-Richtlinie 2008/50/EG festgelegten Luftreinhalteplanung zum Ziel.⁹⁹ Gemäß Art. 1 Nr. 1 Richtlinie 2008/50/EG dient die Luftreinhalteplanung der »Vermeidung, Ver-

hütung oder Verringerung schädlicher Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit und Umwelt insgesamt«. Durch diese EU-rechtliche Verknüpfung soll es im Wege der Auslegung innerstaatlichen Rechts möglich sein, den Begriff des subjektiven Rechts i. S. d. § 42 II weit über den der Schutznormtheorie hinausgehend zu verstehen,¹⁰⁰ sodass auch ein Verband angesichts einer Untätigkeit der Behörde substantiiert geltend machen kann, dadurch möglicherweise in eigenen Rechten verletzt zu sein.¹⁰¹ Ein solches Verständnis ergibt sich aus dem »Janecek«-Urteil des EuGH vom 25. 7. 2008, wonach natürliche und auch juristische Personen einen Anspruch auf Errichtung eines Aktionsplans geltend machen können, soweit sie unmittelbar von der Gefahr einer Überschreitung der Grenzwerte betroffen sind.¹⁰² Daraufhin entschied das BVerwG, dass das »Feinstaub«-Urteil des EuGH, welches Aktionspläne zum Gegenstand hatte, auch auf LRP nach Art. 23 I der EU-Richtlinie 2008/50/EG übertragbar sei.¹⁰³ Zu klären ist, ob auch U diesem geschützten Adressatenkreis zugeordnet werden kann. Der LRP soll dem Gesundheitsschutz der Bevölkerung sowie dem Umweltschutz dienen.¹⁰⁴ Ein Klagerecht im Sinne eines Anspruchs auf Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Immissionsgrenzwerte folgt aus dem Recht der körperlichen Unversehrtheit gem. Art. 2 II 1 Alt. 2 GG und besteht für alle von den Immissionsüberschreitungen unmittelbar betroffenen natürlichen Personen.¹⁰⁵ Der Umweltverband U kann zwar nicht unmittelbar in seiner *körperlichen* Unversehrtheit betroffen sein. Er könnte aber dennoch als juristische Person unmittelbar betroffen sein. Bei einer unionsrechtlich gebotenen Auslegung des § 42 II VwGO ist es mit Blick auf das Effektivitätsgebot aus Art. 4 III EUV angezeigt, auch räumliche Betroffenheit als Maßstab für die Begründung subjektiven Rechts heranzuziehen. Juristischen Personen, die ihren Sitz in einem von Grenzwertüberschreitungen betroffenen Gebiet haben, wird dann die Rechtsmacht verliehen, die Gesundheit ihrer Mitglieder geltend zu machen.¹⁰⁶ Jedoch ist hier nicht davon auszugehen, dass U räumlich von der Immissionsüberschreitung betroffen ist.

3. Überindividueller Anspruch

Die Rechtsprechung erweitert die Klagebefugnis indes auf Umweltverbände, die zwar nicht räumlich betroffen sind, aber die Verletzung von unionsrechtlich bedingtem Umweltrecht geltend machen. Es handelt sich dabei um eine prokuratorische Rechtsstellung, deren Anerkennung durch Art. 23 RL 2008/50/EG und Art. 9 III Aarhus-Kon-

⁹² Jarass (Fn. 43), § 47 Rn. 61a; Gärditz/Schlacke (Fn. 89), § 1 UmwRG Rn. 40.

⁹³ Jarass (Fn. 43), § 47 Rn. 61a; Gärditz/Schlacke (Fn. 89), § 1 UmwRG Rn. 40.

⁹⁴ Jarass (Fn. 43), § 47 Rn. 61a; Gärditz/Schlacke (Fn. 89), § 1 UmwRG Rn. 40.

⁹⁵ Scheidler (Fn. 86), ZUR 2006, 239 (241); Jarass (Fn. 43), § 47 Rn. 47; Landmann/Rohmer/Beckmann (Fn. 81), § 33 KrWG; Feldhaus/Schink, BImSchG, 2. Auflage (2014), § 47 Rn. 62.

⁹⁶ Feldhaus/Schink (Fn. 95), § 47 Rn. 62.

⁹⁷ Detterbeck (Fn. 39), § 31 Rn. 1392.

⁹⁸ Ramsauer, Die Dogmatik der subjektiven öffentlichen Rechte, JuS 2012, 769 (771); Kopp/Schenke (Fn. 91), § 42 Rn. 78, 83.

⁹⁹ Führ/Weiner (Fn. 41), § 47 Rn. 3.

¹⁰⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 8.3.2011, Rs. C-240/09, Lesoochránárske zoskupenie – »slowakischer Braunbär«, Rn. 51 f., ECLI:EU:C:2011:125; BVerwG NVwZ 2014, 64 (64).

¹⁰¹ BVerwG NVwZ 2014, 64; Bunge, Zur Klagebefugnis anerkannter Umweltverbände. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. September 2013, ZUR 2014, 3 (4 f.).

¹⁰² EuGH, Urt. v. 25.7.2008, Rs. C-237/07, Janecek, Rn. 39, ECLI:EU:C:2008:447.

¹⁰³ BVerwG ZUR 2014, 52 (52).

¹⁰⁴ Siehe bereits die Ausführungen unter Angemessenheit des Dieselfahrverbots.

¹⁰⁵ BVerwG NVwZ 2014, 64 (67).

¹⁰⁶ BVerwG NVwZ 2014, 64 (67).

vention zulässig ist.¹⁰⁷ Zwar findet die Aarhus-Konvention im EU-Recht nicht unmittelbar Anwendung. Die innerstaatlichen Voraussetzungen für die Einleitung gerichtlicher Prüfungsverfahren sind jedoch einer im Einklang mit Art. 9 III Aarhus-Konvention stehenden unionsrechtskonformen Auslegung zugänglich.¹⁰⁸ Nach der neueren Rechtsprechung des EuGH haben Umweltverbände bei LRP, welche dem Unionsrecht unterliegen, die Möglichkeit, eine effektive Umsetzung von Umweltrecht einzuklagen.¹⁰⁹ Ziel ist es, die gerichtliche Überprüfbarkeit umweltrelevanter Konzeptionen zu gewährleisten, um so eine Verbesserung des Umwelt- und Gesundheitsschutzes zu ermöglichen.¹¹⁰ Der Umweltverband muss allerdings anerkannt i. S. d. 3 § UmwRG sein.¹¹¹ Als anerkannter Umweltverband i. S. d. § 3 UmwRG kann U demnach vorliegend einen Anspruch aus § 47 I BImSchG geltend machen, sodass er klagebefugt i. S. d. § 42 II Hs. 2 VwGO analog ist.

D. Richtiger Klagegegner

Nach § 78 I Nr. 1 VwGO ist eine Anfechtungsklage grds. gegen den Rechtsträger der handelnden Behörde zu richten. Dies ist hier die Stadt Göttingen.

E. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

U ist als juristische Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligten- und gem. § 62 III Alt. 1 VwGO, wenn durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten, prozessfähig. Die Stadt Göttingen ist als juristische Person des öffentlichen Rechts gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 beteiligten- und nach § 62 III Alt. 2 VwGO i. V. m. §§ 86 I 2 und 7 II Nr. 2, 16 II NKomVG, vertreten durch Oberbürgermeister A, prozessfähig.

F. Rechtsschutzbedürfnis

Fraglich ist, ob dem Kläger ein Rechtsschutzbedürfnis für eine allgemeine Leistungsklage nur zusteht, wenn er die entsprechende Leistung zuvor bei der Behörde beantragt hat. Einer Ansicht nach ist ein solcher Antrag vor Klageerhebung erforderlich.¹¹² Ein zuvor von U an die Umweltbehörde gestellter Antrag ist hier jedoch nicht ersichtlich, sodass demnach kein Rechtsschutzbedürfnis bestünde. Die Gegenauffassung sieht demgegenüber von einem Antragsanfordernis ab,¹¹³ sodass das Rechtsschutzbedürfnis hier gegeben wäre. Für die zweite Auffassung spricht § 156 VwGO. Diese Norm macht implizit deutlich, dass dadurch, dass

der Beklagte durch sein Verhalten keinen Anlass zur Erhebung der gegen ihn gerichteten Klage gegeben hat, nicht das Rechtsschutzbedürfnis entfällt,¹¹⁴ sondern der Kläger bei einem sofortigen Anerkenntnis des Beklagten »nur« die Prozesskosten zu tragen hat. Insbesondere dann, wenn vor Klageerhebung kein entsprechender Antrag gegenüber dem Beklagten erfolgte, auf den dieser hätte reagieren können, hat der Beklagte in diesem Sinne keinen Anlass zur Klageerhebung.¹¹⁵ Zudem gilt § 156 VwGO nur für die allgemeine Leistungs- und Verpflichtungsklage, sodass das Erfordernis eines Antrags vor Klageerhebung dieser Norm ihren Anwendungsbereich nehmen würde.¹¹⁶ Die zweite Auffassung kann also im Ergebnis überzeugen. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis von U ist danach gegeben.

G. Ergebnis

Sämtliche Sachentscheidungsvoraussetzungen sind gegeben, sodass die Verbandsklage des U vor dem Verwaltungsgericht zulässig ist.

Zusatzfrage

Der Verwaltungsrichter könnte die Frage dem EuGH¹¹⁷ zur Vorabentscheidung gem. Art. 267 vorlegen.

A. Das Vorabentscheidungsverfahren

Beim Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV handelt es sich um ein institutionalisiertes Instrument des kooperativen Gerichtsdialogs zwischen dem Gerichtshof und den Fachgerichten der Mitgliedstaaten, um ein geordnetes Zusammenspiel hierarchielos nebeneinanderstehender Rechtsordnungen im europäischen Mehrebenensystem zu ermöglichen.¹¹⁸ Das Element der Kooperation äußert sich dadurch, dass die Entscheidung des Gerichtshofs dem Prinzip nach auf die Antwort der ihm gestellten Rechtsfragen beschränkt, ohne dem Fachgericht im Ausgangsfall die Letztentscheidungsbefugnis zu nehmen. Mit dem Zweck zur Wahrung der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts sowie zur Ermöglichung des Rechtsschutzes zugunsten des Einzelnen handelt es sich bei diesem Verfahren nicht nur quantitativ um die bedeutendste Verfahrensart des AEU-Vertrages.¹¹⁹

¹⁰⁷ So insgesamt BVerwG ZUR 2014, 52 (52).

¹⁰⁸ EuGH (Fn. 100), *Lesoochranárske zoskupenie – »slowakischer Braunbär«*, Rn. 52; *Kopp/Schenke* (Fn. 91), § 42 Rn. 180.

¹⁰⁹ EuGH (Fn. 100), *Lesoochranárske zoskupenie – »slowakischer Braunbär«*; übereinstimmend BVerwG, ZUR, 2014, 52 (Rn. 47 f.).

¹¹⁰ *Gärditz/Schlacke* (Fn. 89), Vorbemerkung §§ 1–8 UmwRG Rn. 5 f.

¹¹¹ BVerwG, ZUR 2014, 52 (57); übereinstimmend *Bunge* (Fn. 101), ZUR 2014, 3 (6).

¹¹² *Hufen* (Fn. 5), § 17 Rn. 11; BVerwG DVBl. 1978, 608; BVerwG, NVwZ 2002, 97.

¹¹³ *Detterbeck* (Fn. 39), § 31 Rn. 1393; *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 45), § 23 Rn. 15.

¹¹⁴ So auch *Schenke*, *Verwaltungsprozessrecht*, 16. Auflage (2019), § 9 Rn. 363.

¹¹⁵ Vgl. *Detterbeck* (Fn. 39), § 31 Rn. 1393.

¹¹⁶ BVerwG NVwZ 2002, 97 (99).

¹¹⁷ Dessen sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 256 I 1 AEUV *e contrario*. Von der Ermächtigung des Art. 256 III AEUV wurde bisher kein Gebrauch gemacht, vgl. Art. 23 I EuGH-Satzung, *Streinz/Ehricke* (Fn. 24), Art. 267 AEUV, Rn. 1, 12.

¹¹⁸ *Slaughter*, A Typology of Transjudicial Communication, *Richmond Law Review*, 1994, 99 (112 f.); *Rosas*, The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue, *European Journal of Legal Studies* 2008, 121 (125 f.); *Poli*, Der justizielle Pluralismus der europäischen Verfassungsgemeinschaft: »Babylonische Gerichte« oder »Gerichte für Babylon«?, *Der Staat* 2016, 373 (377).

¹¹⁹ Vgl. EuGH [Plenum], Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, Beitritt zur EMRK II, Rn. 176, ECLI:EU:C:2014:2454; *Hering*, Zwischen Dialog und

Infolge der Leitentscheidung des EuGH in der Rechtssache *Simmenthal II* ist das Vorabentscheidungsverfahren zum Instrument zur Etablierung des Vorrangs des Unionsrechts avanciert.¹²⁰ In *Simmenthal II* verleiht der EuGH jedem mitgliedstaatlichen Fachgericht die Kompetenz, mitgliedstaatliches Recht, das nicht im Einklang mit unionsrechtlichen Vorgaben steht, unangewendet zu lassen, sodass hinsichtlich nationalen Rechts eine dezentrale Befugnis zur Nichtanwendung besteht.¹²¹ Dagegen liegt das Verwerfungsmonopol im Hinblick auf das Unionsrecht zentralisiert beim EuGH.¹²² Diese dezentral-zentral ausgestaltete Kontrollkompetenz führt zu dem einen dazu, dass das Individuum als Subjekt der Unionsrechtsordnung auch unionsrechtlichen Rechtsschutz vor nationalen Fachgerichten erlangen kann. In unionsrechtlich geprägten Verfahren kann der EuGH im Falle der Vorlage durch seine Antwort auf entscheidungserhebliche Auslegungs- und Gültigkeitsfragen zumindest mittelbar erheblichen Einfluss auf die Auslegung und Anwendung mitgliedstaatlichen Rechts nehmen.¹²³ Zudem wird durch die Antwort dem Fachgericht unterer Instanz ein neues Mittel an die Hand gelegt, sich der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu widersetzen.¹²⁴ Diese Machtposition erklärt den Anstieg der Vorlagefragen und fördert die Einflussnahme des Gerichtshofs.¹²⁵

B. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die Vorlageberechtigung ergibt sich aus Art. 267 II AEUV für jedes »Gericht eines Mitgliedstaates«. Nach dieser Maßgabe ist vorliegend das deutsche Verwaltungsgericht zur Vorlage berechtigt.¹²⁶

Kontrolle: Das Vertragsverletzungsverfahren zur verschärften Durchsetzung von Vorlagepflichtverletzungen letztinstanzlicher Gerichte – Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 4. 10. 2018, Rs. C-416/17 (Kommission/Frankreich, *Précompte mobilier*), EuR 2020, 112 (112); *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 2011, Rn. 751; *Thiele*, Europäisches Prozessrecht, 2. Auflage (2014), § 9. Das Vorabentscheidungsverfahren, Rn. 2, 5 f.

120 *Haltern*, Europarecht, Bd. 2, 3. Auflage (2017), Rn. 1023 ff.

121 EuGH, Urt. v. 9. 3. 1978, Rs. C-106/77, *Simmenthal II*, Rn. 21/23 f., ECLI:EU:C:1978:49.

122 EuGH, Urt. v. 22. 10. 1987, Rs. C-314/85, *Foto-Frost*, Rn. 14, ECLI:EU:C:1987:452; *Haltern* (Fn. 120), Rn. 1023.

123 *Haltern* (Fn. 120), Rn. 1027.

124 EuGH [GK], Urt. v. 8. 9. 2010, Rs. C-409/06, *Winner Wetten*, Rn. 56, ECLI:EU:C:2010:503; *Lenaerts*, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, EuR 2015, 3 (14).

125 *Haltern* (Fn. 120), Rn. 1028.

126 Der Verweis auf die Einbindung des Verwaltungsgerichts in das deutsche Gerichtssystem genügt nicht. »Gericht eines Mitgliedstaates« ist vielmehr ein unionsrechtlicher Begriff, der losgelöst von mitgliedstaatlichen Strukturen autonom vom EuGH gem. Art. 19 I 2 EUV ausgelegt wird. Insofern sind die Kriterien des Gerichtshofs entscheidend, wonach es sich um eine unabhängige, durch oder aufgrund eines Gesetzes eingerichtete Stelle mit ständigem Charakter handeln muss, deren Zuständigkeit obligatorisch ist und deren Verfahren auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abzielt. Zudem müssen diese Entscheidungen unter Anwendung von Rechtsnormen mit Bindungswirkung ergehen. Vgl. dazu die Recht-

Der Gegenstand der Vorlagefrage ist die Auslegung der Tragweite der einschlägigen Richtliniennormen, wie vorliegend Art. 13 I i. V. m. Anhang XI RL 2008/50/EG im Hinblick auf die sich daraus ergebenden Gebote für die Mitgliedstaaten, die Stickstoffwerte möglichst gering zu halten, Art. 267 I b) AEUV. Unter dem Begriff »Handlung der Organe« werden alle Sekundärrechtsakte i. S. d. Art. 288 AEUV erfasst,¹²⁷ die die Organe der Union am Maßstab der Kompetenzgrundlagen des AEU-Vertrages zur Ausübung ihrer Zuständigkeit erlassen.¹²⁸ Die Tatsache, dass die Richtlinie nach Maßgabe des Art. 288 III AEUV im Grundsatz¹²⁹ nur im Hinblick auf das zu erreichende Ergebnis verbindlich ist und im Übrigen keine unmittelbare Geltung entfaltet, steht der Tauglichkeit als Gegenstand der Vorlage nicht entgegen.¹³⁰ Dem Verwaltungsgericht müssten Zweifel hinsichtlich der Auslegung der Richtlinie bestehen. Die Vorlagefrage müsste zudem zum Erlass des fachgerichtlichen Urteils erforderlich sein, Art. 267 II AEUV. Diese Entscheidungserheblichkeit, bei deren Begründung das Fachgericht einen weiten, vom Gerichtshof nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum genießt,¹³¹ liegt in der Regel vor, wenn die Antwort sich im Tenor der Entscheidung des Ausgangstreits niederschlägt.¹³² Im konkreten Fall hängt von der Frage der Auslegung maßgebend der Ausgang der Verhältnismäßigkeitsprüfung und somit die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit bzw. -widrigkeit der Maßnahme ab, sodass hier Entscheidungserheblichkeit vorliegt.

Zu beachten ist, dass es sich bei den Vorlagefragen ausschließlich um abstrakte Rechtsfragen losgelöst vom zugrundeliegenden Einzelfall handeln muss. Darüber hinaus bedarf es einer Begründung unter Angabe aller relevanten rechtlichen und tatsächlichen Angaben, weshalb die Frage vorgelegt wird.¹³³ Im Übrigen ist die Form nach Maßgabe des Art. 23 I EuGH-Satzung zu beachten.¹³⁴

sprechungsnachweise EuGH [GK], Urt. v. 24. 5. 2016, Rs. C-396/14, *MT Højgaard und Züblin*, Rn. 23, ECLI:EU:C:2016:347 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen; EuGH, Beschluss v. 18. 6. 1980, Rs. C-138/80, *Borker*, Rn. 4, ECLI:EU:C:1980:162.

127 *VdGroeben/Schwarze/Hatje/Gaitanides*, EUV/AEUV/GRC, 7. Auflage (2015), Art. 267 AEUV, Rn. 18.

128 *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Europäisches Unionsrecht, 2. Auflage (2018), Art. 288 AEUV, Rn. 9.

129 Zur ausnahmsweisen Direktwirkung der Richtlinie siehe *Pechstein/Nowak/Häde/Gundel*, Frankfurter Kommentar zum EUV, GRC, AEUV, 1. Auflage (2017), Art. 288 AEUV Rn. 38 ff.

130 EuGH, Urt. v. 20. 5. 1976, Rs. C-111/75, *Mazzalai/Ferrovie del Renon*, Rn. 7/11, ECLI:EU:C:1976:68.

131 EuGH, Urt. v. 10. 7. 1997, Rs. C-373/95, *Maso u. a.*, Rn. 26 ECLI:EU:C:1997:353; EuGH, Urt. v. 19. 2. 2002, Rs. C-35/99, *Arduino*, Rn. 24, ECLI:EU:C:2002:97.

132 *Thiele* (Fn. 119), § 9. Das Vorabentscheidungsverfahren, Rn. 40.

133 *Pechstein/Nowak/Häde* (Fn. 129), Art. 267 AEUV, Rn. 85 f.

134 *Pechstein/Nowak/Häde* (Fn. 129), Art. 267 AEUV, Rn. 87.

StrafR Fallbearbeitung

Leonore Merth*

Kaltblütig – Nichtwahrheitsgemäßer Bericht über einen Mord und seine Folgen

Der Beitrag behandelt schwerpunktmäßig Probleme der limitierten Akzessorietät beim Mordtatbestand. Des Weiteren geht es um die Verleitung zur Falschaussage beim Irrtum über die Gutgläubigkeit des Vordermanns.

SACHVERHALT

Der notorisch erfolglose Geschäftsmann A sucht seinen sehr erfolgreichen älteren Bruder B auf, um diesen darum zu bitten, ihm ein privat gewährtes Darlehen zu erlassen. B lehnt ab; er habe schon genug getan. A müsse endlich lernen, sich allein durchzusetzen. Es kommt zu einem sich lang hinziehenden Streitgespräch, in dessen Rahmen allerlei wechselseitige Vorwürfe erhoben werden und das immer bedrohlichere Züge annimmt, sodass B mehr und mehr zu fürchten beginnt, A könne am Ende noch gewalttätig werden. Tatsächlich ersticht A den B schließlich mit einem auf dessen Schreibtisch herumliegenden Brieföffner, um die Rückzahlung des (nur mündlich vereinbarten) Darlehens zu vermeiden. Im Vorfeld der tödlichen Begegnung hatte die Freundin des A (F) massiv auf diesen eingewirkt, nicht wieder klein beizugeben. F, die A und B gut kennt und einschätzen kann, hatte dabei billigend in Kauf genommen, dass A seinen Bruder tötet, um nicht zahlen zu müssen. Ihr selbst ist es jedoch nicht um (mittelbare) finanzielle Auswirkungen gegangen. Stattdessen sollte der A endlich lernen, sich durchzusetzen.

Im Weiteren beschließt A, sich vorsorglich ein falsches Alibi zu verschaffen. Zu diesem Zweck spricht er seinen zerstreuten Schulfreund S an, mit dem er begonnen hatte, eine Feier anlässlich ihres zehnjährigen Abi-Jubiläums zu planen. Er werde nunmehr in einer Rundmail in den Abi-Jahrgang von dem ersten Planungstreffen zwischen A und S berichten und vortragen, wer Interesse an einer Feier hat. S ist einverstanden. In der Rundmail berichtet A dann – CC an S – von einem Treffen zwischen ihm und S, das er auf den Abend des Todes des B datiert. A will dem S auf diese Weise suggerieren, dass sie sich zur Tatzeit getroffen hatten. Tatsächlich war das Treffen einen Tag früher. S, der von dem Tod des B erfahren und diesen schon immer für einen unerfreulichen Menschen gehalten hatte, ist indes doch nicht so zerstreut wie von A angenommen. Er durchschaut

alles und entschließt sich, dem A zu helfen, weil er an dem Täuschungsmanöver erkennt, dass dieser seiner Hilfe bedarf. Später sagt er in der Hauptverhandlung gegen A dementsprechend aus, dass die beiden sich an dem betreffenden Tag abends getroffen haben. A wird aufgrund allerlei Unsicherheiten und auch aufgrund der Aussage des S freigesprochen.

Hinweise zur Bearbeitung: Strafbarkeit nach StGB? §§ 223 ff., 258 StGB sind nicht zu prüfen. Bitte gehen Sie davon aus, dass das Zureden der F im Vorfeld des Zusammentreffens der Brüder die Entschlussfassung des A, den B zu töten, gefördert hat.

GLIEDERUNG**Tatkomplex 1: Das Streitgespräch****Strafbarkeit des A**

A. § 212 I StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Taterfolg und Tathandlung

b) Objektive Zurechnung

c) Zwischenergebnis

2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Ergebnis

B. §§ 211, 212 I

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Ergebnis

Strafbarkeit der F

A. §§ 211, 212, 26, 28

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

2. Zwischenergebnis

II. Ergebnis

B. §§ 211, 212, 27, 28

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

2. Subjektiver Tatbestand

3. Limitierte Akzessorietät

a) Literatur

b) Rechtsprechung

c) Ergebnis

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Ergebnis

* Leonore Merth studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht von Prof. Dr. Eva Schumann. Die Falllösung entstand im Rahmen der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht an der Georg-August-Universität Göttingen bei apl. Prof. Dr. Peter Rackow im Wintersemester 2019/20.

Tatkomplex 2: Das Alibi**Strafbarkeit des S gem. § 153**

- A. Tatbestand
- B. Rechtswidrigkeit und Schuld
- C. Ergebnis

Strafbarkeit des A

- A. §§ 267 ff.
- B. §§ 153, 25 I Alt. 2
- C. §§ 153, 26
 - I. Tatbestandsmäßigkeit
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - 2. Subjektiver Tatbestand
 - II. Ergebnis
- D. §§ 159, 30 I
- E. § 160 I Hs. 2 Alt. 2
- F. §§ 160 I Hs. 2 Alt. 2, II, 22, 23
 - I. Vorprüfung
 - II. Tatentschluss
 - III. Unmittelbares Ansetzen gem. § 22
 - IV. Rechtswidrigkeit und Schuld
 - V. Ergebnis

Konkurrenzen**GUTACHTEN****Tatkomplex 1: Das Streitgespräch****Strafbarkeit des A****A. § 212 I StGB**

A könnte sich gem. § 212 I StGB¹ wegen Totschlags strafbar gemacht haben, indem er B mit dem Brieföffner erstach.

I. Tatbestand**1. Objektiver Tatbestand****a) Taterfolg und Tathandlung**

Die Handlung des A müsste zum Tod des B geführt haben. A stach den B mit einem Brieföffner, was zu seinem Tod führte. Der Taterfolg ist eingetreten. Seine Handlung lässt sich nicht hinwegdenken, ohne dass der Taterfolg entfiele.² Er handelte kausal im Sinne der Äquivalenztheorie.

b) Objektive Zurechnung

A müsste eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen haben, die sich im tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht hat.³ Das

Einstechen war rechtlich erheblich und führte zum Todeserfolg.

c) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung des Tatbestandes in Kenntnis aller Tatumstände.⁴ A wollte B töten, um die Rückzahlung zu vermeiden. Er handelte vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe liegen nicht vor.

III. Schuld

Entschuldigungs- oder Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

IV. Ergebnis

A hat sich wegen Totschlags gem. § 212 I strafbar gemacht.

B. §§ 211, 212 I

A könnte sich wegen Mordes gem. §§ 211 II, 212 I strafbar gemacht haben, indem er B mit dem Brieföffner erstach.

I. Tatbestand**1. Objektiver Tatbestand**

Der Grundtatbestand des § 212 I ist erfüllt (s. o.).

Möglicherweise hat A durch die Tötung Mordmerkmale der zweiten Gruppe verwirklicht.

Er könnte gem. § 211 II 2. Gruppe Var. 1 heimtückisch gehandelt haben. Dies ist das bewusste Ausnutzen der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung.⁵ Arglos ist das Opfer, wenn es sich keines Angriffs versieht.⁶ B fürchtete während des Gesprächs, A könne gewalttätig werden. Er war also nicht arglos; damit handelte A nicht heimtückisch. A hat kein Mordmerkmal der zweiten Gruppe verwirklicht.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte mit dolus directus 1. Grades bzgl. der Verwirklichung des § 212 I (s. o.).

¹ Alle folgenden Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

² Vgl. Rengier, Strafrecht AT, 11. Auflage (2019), § 13 Rn. 5.; Schönke/Schröder/Eisele, Strafgesetzbuch, 30. Auflage (2019), vor § 13 Rn. 73 a.

³ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 47. Auflage (2017), § 6 Rn. 251; Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, 29. Auflage (2018), vor § 13 Rn. 14.

⁴ Vgl. Rengier (Fn. 2), § 14 Rn. 7; BGHSt 19, 295 (298).

⁵ Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 3), § 211 Rn. 6.

⁶ Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 3), § 211 Rn. 7; BGHSt 19, 321.

Weiterhin könnte er ein täterbezogenes Mordmerkmal aus § 211 II Gruppe 1 oder 3⁷ verwirklicht haben. In Betracht kommt die Habgier gem. § 211 II Gruppe 1 Var. 3. Habgierig handelt, wer rücksichtslos und mit extremem Egoismus nach einem Vermögenszuwachs um den Preis eines Menschenlebens strebt.⁸

A wollte seiner Rückzahlungsverpflichtung aus dem Darlehen entgehen, indem er B tötete. A und B hatten sich mündlich über ein privat zu gewährendes Darlehen geeinigt, welches – im Gegensatz zum Verbraucherdarlehensvertrag (vgl. §§ 491 I, 492 I BGB) – keinem Formzwang unterworfen ist, sodass der geschlossene Darlehensvertrag wirksam ist. B hatte daher einen aus § 488 I S. 2 BGB folgenden Rückzahlungsanspruch gegen A. Dieser handelte folglich, um die Realisierung des gegen ihn gerichteten, berechtigten Anspruch zu verhindern. Ob dies ausreichend ist, um das Mordmerkmal der Habgier zu erfüllen, ist umstritten.⁹

Dagegen spricht, dass der Anspruch im Zeitpunkt des Tötens nicht geltend gemacht wird, sondern irgendwann in der Zukunft geltend gemacht werden soll.¹⁰ Es soll nicht auf ein fremdes Vermögen zugegriffen werden, sondern ein Zugriff auf das eigene Vermögen abgewehrt werden. Das erscheint weniger verwerflich als das Streben nach einer Vermögensvermehrung.¹¹ Bei den Mordmerkmalen geht es aber gerade darum, Taten mit einem gesteigerten Unrechtsgehalt zu charakterisieren und deswegen schwerer zu bestrafen.¹² Eine Tötung, um einem berechtigten Anspruch zu entgehen, könnte daher dem Sinn und Zweck der Vorschrift zuwiderlaufen.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass Ansprüche sehr wohl reale Vermögensseinbußen sind, da sie nach Eintritt der Fälligkeit (vgl. § 271 BGB) jederzeit geltend gemacht werden können. Unabhängig davon, ob die tätige Person Gewinn erzielen oder Aufwendungen ersparen will, geht es ihr darum, ihre Vermögenslage auf rücksichtslose Art und Weise zu verbessern.¹³ Die Tötung zur Abwehr von berechtigten Ansprüchen ist daher nicht weniger verwerflich und zielt ebenfalls darauf ab, die eigene Vermögenslage zu verbessern. Daher erfüllt auch die Tötung zur Abwehr eines berechtigten Anspruchs das Mordmerkmal der Habgier. A handelt folglich habgierig.

Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat sich gem. §§ 211 II Gruppe 1 Var. 3, 212 wegen Mordes an B strafbar gemacht.

Strafbarkeit der F

A. §§ 211, 212, 26, 28

F könnte sich gem. §§ 211, 212, 26, 28 wegen Anstiftung zum Mord strafbar gemacht haben, indem sie massiv auf A einwirkte, nicht wieder klein beizugeben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

F müsste A zu dessen vorsätzlich begangener, rechtswidrigen Tat bestimmt haben. Mit dem Mord des A an B liegt eine taugliche rechtswidrige und vorsätzliche Vortat vor. Bestimmen zur Tat heißt, den Tatentschluss hervorzurufen.¹⁴ Es ist nicht ersichtlich, dass F mit ihren Äußerungen so auf A einwirkte, dass dieser den Tatentschluss erst fasste. Es ist genauso möglich, dass A schon vorher zur Tat bereit war. Wegen der Zweifel ist nach dem Grundsatz in dubio pro reo eine Anstiftung abzulehnen.¹⁵

2. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand der Anstiftung zum Mord nach §§ 211, 212, 26, 28 wurde nicht erfüllt.

II. Ergebnis

F hat sich nicht wegen Anstiftung zum Mord gem. §§ 211, 212, 26, 28 strafbar gemacht.

B. §§ 211, 212, 27, 28

F könnte sich durch die Einwirkungen auf A stattdessen wegen Beihilfe zum Mord gem. §§ 211, 212, 27 I, 28 strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Die Vortat ist gegeben. F müsste zur Haupttat Hilfe geleistet haben. Hilfe leistet, wer die Tat oder den Tatentschluss fördert, also eine physische oder psychische Unter-

⁷ Zur Einordnung der Mordmerkmale vgl. *Rengier*, Strafrecht BT II, 21. Auflage (2020), § 4 Rn. 6 f.

⁸ Vgl. *Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 2), § 211 Rn. 17; *Fischer*, Strafrecht, 67. Auflage (2020), § 211 Rn. 10.

⁹ *MüKoStGB/Schneider*, Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage (2017), § 211 Rn. 66.

¹⁰ Vgl. *MüKoStGB/Schneider* (Fn. 9), § 211 Rn. 65.

¹¹ Vgl. *Kühl*, Die drei speziellen niedrigen Beweggründe des § 211 II StGB, JA 2009, 566 (571).

¹² *Rengier* (Fn. 7), § 4 Rn. 3.

¹³ BGH NJW 1957, 1808.

¹⁴ *Rengier* (Fn. 2), § 45 Rn. 12.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), § 16, Rn. 882.

¹⁵ Zur Anwendung des Zweifelsatzes »in dubio pro reo« vgl. BGH NStZ 2005, 85; BGH NStZ 2009, 630.

stützungshandlung leistet.¹⁶ Das Zureden der F hat die Entschlussfassung des A gefördert. Damit liegt eine Form der psychischen Beihilfe vor. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

F müsste vorsätzlich bezüglich der Haupttat und des Hilfeleistens gehandelt haben (sog. doppelter Gehilfenvorsatz).¹⁷ F hat billigend in Kauf genommen, dass ihre Einwirkungen seinen Tatentschluss fördern. Bezüglich der Beihilfehandlung handelte sie mit dolus eventualis. Sie nahm außerdem den Tod des B in Kauf. Außerdem billigte sie, dass A den B tötet, um die Rückzahlung zu vermeiden.

Zwar hat A das Mordmerkmal der Habgier erfüllt. Die subjektiven Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe des § 211 stellen aber besondere persönliche Merkmale dar und müssen demnach bei jedem Teilnehmenden selbst vorliegen. F müsste daher bei ihrer Beihilfehandlung selbst aus Habgier gehandelt haben.¹⁸ F ging es aber gerade nicht um mittelbare finanzielle Auswirkungen. Sie hatte Eventualvorsatz bezüglich der Tötung, aber nicht bezüglich des Mordmerkmals Habgier.

Sie könnte allerdings selbst das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe erfüllt haben. Dies sind Gründe, die aus Sicht aller billig und gerecht Denkenden auf moralisch tiefster Stufe stehen, gar verachtungswürdig sind.¹⁹ Aufgrund der Unbestimmtheit des Mordmerkmals und damit einhergehender verfassungsrechtlicher Bedenken ist es restriktiv auszulegen.²⁰ Als Orientierungshilfe kann dienen, darauf abzustellen, ob die Motivation zur Tötung noch menschlich nachvollziehbar und begreiflich ist.²¹ F wollte, dass A endlich lernt, sich durchzusetzen. An sich ist diese erzieherische Motivation nicht verachtungswürdig. Dadurch, dass F den Tod des B in Kauf nahm, wird dieses Anliegen allerdings verachtenswert: Es steht in einem krassen Missverhältnis, jemanden bei Inkaufnahme einer Tötung zu einem durchsetzungsfähigen Menschen machen zu wollen. Diese Rücksichtslosigkeit ist kaum nachvollziehbar. F handelte daher aus einem niedrigen Beweggrund.

3. Limitierte Akzessorietät

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass F keinen Vorsatz hinsichtlich der Habgier hatte, aber ein eigenes Mordmerkmal erfüllte. Diese Frage ist umstritten.²²

¹⁶ Rengier (Fn. 2), § 45 Rn. 12.; MüKoStGB/Joicks (Fn. 9), § 27 Rn. 6.

¹⁷ Rengier (Fn. 2), § 45 Rn. 12.

¹⁸ Vgl. Rengier (Fn. 7), § 5 Rn. 3; NK-StGB/Neumann/Saliger, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage (2017), § 211 Rn. 114.

¹⁹ BeckOK StGB/Eschelbach, 1. 2. 2020, § 211 Rn. 29; BGH NSTZ 2020, 86.

²⁰ Vgl. Rengier (Fn. 7), § 4 Rn. 16.

²¹ Rengier (Fn. 7), § 4 Rn. 17.

²² Gute Überblicke bei Radtke, Besondere persönliche Merkmale gem. § 28 StGB, JuS 2018, 641 und Gerhold, Grundfragen der Akzessorietät der Teilnahme bei Beteiligung mehrerer an einem vorsätzlichen Tötungsdelikt

a) Literatur

In der Literatur ist ganz herrschende Meinung, dass es sich bei § 211 um eine Qualifikation des § 212 handelt. Damit wären die Mordmerkmale strafscharfend, sodass § 28 II anzuwenden wäre.²³ Die Strafschärfung gilt gemäß § 28 II nur für die beteiligte Person, die selbst ein Mordmerkmal erfüllt. F erfüllt das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe selbst. Das von ihr verwirklichte Mordmerkmal wirkt somit strafscharfend, sodass sich die Strafandrohung gemäß §§ 27 II S. 1, 28 II nach der Strafandrohung für Mord richtet. Die Strafe ist gem. § 27 II S. 2 lediglich nach § 49 I abzumildern.

b) Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung ist § 211 ein eigenständiger Tatbestand.²⁴ Weil die Mordmerkmale strafbegründend wirkten, sei § 28 I anzuwenden.²⁵ Danach ist die Strafe abzumildern, wenn beim Teilnehmenden Merkmale fehlen, die der/die TäterIn verwirklicht.²⁶ Dabei wird eine Ausnahme gemacht, wenn der Teilnehmende selbst ein strafbegründendes Merkmal verwirklicht (»gekreuzte Mordmerkmale«).²⁷ F handelte nicht aus Habgier, sondern aus einem sonstigen niedrigen Beweggrund, sodass es zu einer doppelten Tatbestandsverschiebung²⁸ kommt und sie wegen Beihilfe zum Mord bestraft wird. Auch hier bleibt lediglich die obligatorische Strafmilderung des § 27 II S. 2.

c) Ergebnis

Beide Lösungsansätze kommen zum gleichen Ergebnis, sodass ein Streitentscheid entbehrlich ist. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

F hat sich gem. §§ 211, 212, 28, 27 wegen Beihilfe zum Mord strafbar gemacht. Die Strafe ist jedoch nach § 27 II S. 2 i. V. m. § 49 I zu mildern.

Tatkomplex 2: Das Alibi

Strafbarkeit des S gem. § 153

S könnte sich gem. § 153 wegen falscher uneidlicher Aussage strafbar gemacht haben, indem er in der Hauptverhandlung

i. S. d. §§ 211 f., 28 f. StGB, JA 2019, 721.

²³ MüKoStGB/Schneider (Fn. 9), § 211 Rn. 271; Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 3), § 211 Rn. 16.

²⁴ Vgl. BGH NJW 1952, 834 (835); BGH NSTZ 1981, 299 (299).

²⁵ Vgl. BGH NJW 2005, 996 (997); BGH NSTZ-RR 2002, 139 (140).

²⁶ Vgl. MüKoStGB/Schneider (Fn. 9), § 211 Rn. 269; BGHSt 22, 375 (378).

²⁷ BGH NJW 2005, 996 (998); BGH NSTZ-RR 2002, 139 (140).

²⁸ Vgl. dazu auch Gerhold (Fn. 22), JA 2019, 721 (727).

gegen A aussagte, dass die beiden sich an dem betreffenden Tag abends getroffen haben.

A. Tatbestand

S müsste vor einer zur eidlichen Vernehmung zuständigen Stelle als Zeuge uneidlich falsch ausgesagt haben. Das Gericht ist eine zur Vernehmung von ZeugInnen zuständige Stelle.²⁹

Der Begriff der Falschheit einer Aussage ist umstritten. Zum Teil könnte ein objektiver Maßstab herangezogen werden, wonach eine Aussage falsch ist, wenn das Ausgesagte und die Realität auseinanderklaffen.³⁰ Andererseits könnte ein subjektiver Vergleichsmaßstab angebracht sein, der dem Gedanken Rechnung trägt, dass Beweispersonen immer nur eine sinnliche Wahrnehmung wiedergeben können.³¹ Dann wäre eine Aussage falsch bei dem Abweichen des Erklärten vom Wissen des Aussagenden.³² Vermittelnd könnte die prozessuale Wahrheitspflicht bereits verletzt sein, wenn die Beweisperson nicht ihr Bestmöglichste gibt, um ihr Erinnerungsbild wiederzugeben. Erfolgt diese Gewissensanspannung nicht, gilt die Aussage als falsch.³³ S sagt aus, dass er und A sich an dem betreffenden Tag abends getroffen haben. Er weiß dabei, dass S und A sich tatsächlich einen Tag früher getroffen haben. Er berichtet damit entgegen seinem Wissen die Unwahrheit und sagt nach all den genannten Anforderungen falsch aus. Dabei wusste er von der Falschheit und handelte so, weil er den B schon immer für einen unerfreulichen Menschen hielt. Er handelte daher mit *dolus directus* ersten Grades. Der Tatbestand ist erfüllt.

B. Rechtswidrigkeit und Schuld

S kann sich als Freund weder auf § 157 noch auf §§ 34, 35 berufen. Er ist kein Angehöriger im Sinne des § 11 I Nr. 1, noch stellt die potenzielle Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe eine Gefahr im Sinne des §§ 34, 35 dar. S handelte somit rechtswidrig und schuldhaft.

C. Ergebnis

S hat sich gem. § 153 strafbar gemacht.

Strafbarkeit des A

A. §§ 267 ff.

Die Urkundendelikte könnten ausgeschlossen werden, wenn die E-Mail eine schriftliche Lüge darstellt. Bei sogenannten schriftlichen Lügen entspricht nur der Inhalt nicht der Wahr-

heit.³⁴ A verfälschte in der E-Mail das Datum, sodass lediglich deren Inhalt von der Realität abweicht. Die E-Mail ist eine schriftliche Lüge. Die §§ 267 ff. sind nicht einschlägig.

B. §§ 153, 25 I Alt. 2

§ 153 ist ein eigenhändiges Delikt.³⁵ Eine Falschaussage nach § 153 in mittelbarer Täterschaft ist nicht möglich.

C. §§ 153, 26³⁶

Durch die Angabe des falschen Datums in der E-Mail könnte A sich wegen Anstiftung zur Falschaussage gem. §§ 153, 26 strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

Die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat des S liegt vor (s. o.).

Zu dieser müsste A den S angestiftet haben. Dies setzt ein Bestimmen zur Haupttat voraus, mithin das Hervorrufen des Tatentschlusses.³⁷ S beschließt, nachdem er die E-Mail erhalten hat, dem A zu helfen, unter anderem weil er den zu Tode gekommenen B nicht leiden konnte. Die E-Mail ist ursächlich für die spätere Falschaussage in der Hauptverhandlung. A hat bei S den Tatentschluss hervorgerufen. Ein Bestimmen zur Haupttat ist gegeben.

2. Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich bzgl. des Bestimmens und der Haupttat nach § 153 gehandelt haben, sog. doppelter Anstiftervorsatz.³⁸ Vorliegend hielt A den S jedoch für so zerstreut, dass dieser nicht erkennen würde, wenn das in der E-Mail genannte Datum des Treffens von dem tatsächlichen abweicht. Vielmehr hielt er ihn für gutgläubig, während S de facto bösgläubig war und die Täuschung erkannte. Allerdings könnte der Anstiftervorsatz *a maiore ad minus* in dem Vorsatz zur Begehung des Delikts in mittelbarer Täterschaft enthalten sein.³⁹ Dies würde jedoch zu Wertungswidersprüchen führen angesichts dessen, dass die §§ 153 ff. i. V. m. §§ 26, 30, 159 einen wesentlich strengeren Strafrahmen aufweisen als § 160, der historisch gesehen gerade die Fälle erfassen soll, in denen der Aussagende bösgläubig falsch aussagt.⁴⁰ Zudem

³⁴ Vgl. *Rengier* (Fn. 7), § 33 Rn. 1.

³⁵ *MüKoStGB/Müller* (Fn. 9), § 153 Rn. 73; *BeckOK StGB/Kudlich* (Fn. 19), § 153 Rn. 2.

³⁶ Zum Aufbau in Fällen, in denen die Beweisperson entgegen der Vorstellung des Täters bösgläubig falsch aussagt, vgl. *Rengier* (Fn. 7), § 49 Rn. 54 und mit genauer Erläuterung der Ergänzungsfunktion des anschließend ggf. zu prüfenden § 160: *Hettinger/Bender* (Fn. 31), JuS 2015, 577 (583).

³⁷ Siehe bereits Fn. 15.

³⁸ *BeckOK StGB/Kudlich* (Fn. 19), § 159 Rn. 3.

³⁹ *Rengier* (Fn. 7), § 49 Rn. 58.

⁴⁰ Bei der Schaffung des StGB war die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft noch nicht geklärt und die Teilnahmekonstellationen streng akzessorisch aufgebaut, vgl. *Schönke/Schröder/Bosch/Schittenhelm* (Fn. 2), § 160, Rn. 3.

²⁹ *Schönke/Schröder/Bosch/Schittenhelm* (Fn. 2), § 153 Rn. 4; *MüKoStGB/Müller* (Fn. 9), § 153 Rn. 61.

³⁰ *MüKoStGB/Müller* (Fn. 9), § 153 Rn. 42 ff.

³¹ Dazu und mit gutem Überblick zu sämtlichen Theorien lesenswert: *Hettinger/Bender*, Die Aussagedelikte (§§ 153–162 StGB), JuS 2015, 577 (580).

³² *Schönke/Schröder/Bosch/Schittenhelm* (Fn. 2), § 153 Rn. 4.

³³ *Hettinger/Bender* (Fn. 31), JuS 2015, 577 (580).

liegt mit Blick auf den Wortlaut des § 26 ein Verstoß gegen Art. 103 II GG nahe.⁴¹ Der Vorsatz des A kann mithin nicht die vorsätzliche Begehung einer Falschaussage erfassen.

Der subjektive Tatbestand liegt nicht vor.

II. Ergebnis

A hat sich nicht gem. §§ 153, 26 strafbar gemacht.

D. §§ 159, 30 I

Eine versuchte Anstiftung zur Falschaussage nach §§ 159, 30 I scheitert ebenfalls am mangelnden Vorsatz zur Verwirklichung der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat (s. o.).

E. § 160 I Hs. 2 Alt. 2

A könnte sich wegen Verleitung zur uneidlichen Falschaussage gem. § 160 I Hs. 2 Alt. 2 strafbar gemacht haben, indem er mit der E-Mail suggerieren wollte, dass A und S sich zur Tatzeit trafen, obwohl das tatsächliche Treffen einen Tag früher stattfand.

Dafür müsste er S zur Ableistung einer falschen uneidlichen Aussage verleitet haben. Es ist umstritten, wie der Begriff des »Verleitens« auszulegen ist.⁴²

Einerseits könnte der Begriff des Verleitens dahingehend auszulegen sein, dass er sich an Kriterien der mittelbaren Täterschaft orientiert. Ein Verleiten läge sodann vor, wenn der Falschaussagende ein Strafbarkeitsdefizit aufweist, also wie bei der mittelbaren Täterschaft nicht voll deliktisch handelt. Dies unterstützt der Telos der Norm angesichts dessen, dass § 160 die Strafbarkeitslücke schließen soll, die der nicht anwendbare § 25 I Alt. 2 im Rahmen des § 153 hinterlässt.⁴³ Einerseits könnte man darauf abstellen, dass § 160 die Lücke schließen soll, die der bei § 153 nicht anwendbare § 25 I Alt. 2 hinterlässt. Dann wäre das »Verleiten« ähnlich wie die mittelbare Täterschaft zu verstehen. Der Falschaussagende müsste also ein Defizit aufweisen, sodass er nicht voll deliktisch handelt.

Indes gibt der Wortlaut des § 160 keine Anhaltspunkte für eine Orientierung an den Kriterien der mittelbaren Täterschaft. Das »Verleiten« könnte demnach auch weiter auszulegen sein und auch einen voll deliktisch handelnden Aussagenden erfassen.⁴⁴ Dann müsste die Handlung des »Verleitens« den Aussagenden hinreichend motivieren, falsch auszusagen.⁴⁵

In dem Fall sagte S bewusst falsch aus, handelte also voll deliktisch. Nach der engen Interpretation wäre § 160 I Hs. 2 Alt. 2 mangels »Verleitens« ausgeschlossen, nach der weiteren wäre die Handlung des A (die E-Mail) tatbestandsmäßig. Der Streit muss entschieden werden. Für die erste und gegen die zweite Ansicht spricht der Zweck des § 160, nach dem die durch § 25 I Alt. 2 hervorgerufenen Strafbarkeitslücken geschlossen werden sollten.⁴⁶ Um den Sinn und Zweck der Norm hinreichend zu würdigen, ist hier der restriktiven Auslegung zu folgen⁴⁷, die § 160 als exklusiven Fall der mittelbaren Täterschaft versteht.⁴⁸ Vorliegend hat S das Täuschungsmanöver des A erkannt. Ein Verleiten liegt nicht vor. Es bleibt lediglich eine Bestrafung wegen Versuchs.

A hat sich nicht gem. § 160 I Hs. 2 Alt. 2 strafbar gemacht (a. A. vertretbar).

F. §§ 160 I Hs. 2 Alt. 2, II, 22, 23

A könnte sich wegen versuchter Verleitung zur Falschaussage gem. §§ 160 I Hs. 2 Alt. 2, II, 22, 23 strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

§ 160 I Hs. 2 Alt. 2 ist nicht vollendet. Der Versuch ist gem. §§ 160 II, 23 I Alt. 2 strafbar.

II. Tatentschluss

A müsste vorsätzlich bzgl. aller Tatbestandsmerkmale des § 160 I Hs. 2 Alt. 2 gehandelt haben. Er wollte sich ein falsches Alibi verschaffen, indem er S wegen der Planung des Abi-Jubiläums ansprach und ihm sagte, er werde eine Rundmail über das erste Planungstreffen schicken. Dabei datierte er das Treffen auf den Tatabend und nicht auf den tatsächlichen Tag davor. A kam es darauf an, dem S zu suggerieren, dass sie sich zur Tatzeit trafen. Er wollte, dass S glaubt, dass A nicht an dem Abend den B getötet haben konnte. Es ging ihm nicht vorrangig darum, die EmpfängerInnen der Mail davon zu überzeugen. Er beabsichtigte, dass S im Falle einer Befragung zugunsten des A unbewusst falsch aussagt. Er wollte S zur Falschaussage verleiten. Der subjektive Tatbestand ist in Form des *dolus directus* 1. Grades erfüllt.

III. Unmittelbares Ansetzen gem. § 22

A müsste nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben, vgl. § 22. Dafür müsste er subjektiv die Schwelle zum »Jetzt-geht's-los« überschritten haben und objektiv Handlungen vorgenommen haben, die geeignet waren, unmittelbar – ohne wesentliche Zwischenakte – in die Tatbestandsverwirklichung einzumünden.⁴⁹ Spätestens als A die E-Mail

41 Rengier (Fn. 2), § 43 Rn. 82.

42 Vgl. Rengier (Fn. 7), § 49 Rn. 57.

43 Dölling/Duttge/König/Rössner/Heinrich, Gesamtes Strafrecht, 4. Auflage (2017), § 160 Rn. 2 f.; Kudlich/Henn, Täterschaft und Teilnahme bei den Aussagedelikten, JA 2008, 510 (513).

44 BGH NJW 1966, 2130; Lackner/Kühl/Heger (Fn. 3), § 160 Rn. 4.

45 MüKoStGB/Müller (Fn. 9), § 160 Rn. 11.

46 Schönke/Schröder/Lencker/Bosch (Fn. 2), § 160 Rn. 1.

47 Vgl. Dölling/Duttge/König/Rössner/Heinrich (Fn. 43), § 160 Rn. 3.

48 Hettinger/Bender (Fn. 31), 577 (584).

49 Vgl. Dölling/Duttge/König/Rössner/Ambos (Fn. 43), § 22 Rn. 16 ff.; vgl. LG Mönchengladbach, Urt. v. 3. 9. 2014 – 32 Ns 18/14, Rn. 34.

verschickte, überschritt er subjektiv die Versuchsschwelle. Nach seiner Vorstellung von der Tat war die E-Mail geeignet, dem S glaubhaft zu machen, dass A den B nicht getötet haben konnte. Es bedurfte nach der Tätervorstellung keiner weiteren Zwischenschritte, um S von dem falschen Alibi zu überzeugen. Die E-Mail war gerade bei einem zerstreuten Empfänger wie S objektiv geeignet, ihn zur Falschaussage zu verleiten. A setzte nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar an. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

V. Ergebnis

A hat sich gem. §§ 160 I, II, 22, 23 strafbar gemacht.

Konkurrenzen

Die Strafbarkeiten des A wegen Mordes gem. §§ 211 II Gruppe 1 Var. 3, 212 und versuchter Falschaussage gem. §§ 160 I, II, 22, 23 stehen gem. § 53 in Tatmehrheit.

StuDi Vorstellung

Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger*

Professorenvorstellung

Als neu berufene Professorin für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht stellt sich Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger den Studierenden und Mitarbeitenden der Juristischen Fakultät Göttingen vor.

Am 1.3.2020 hat sich für mich mit der Ernennung zur Professorin für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht an der Georg-August-Universität ein Kreis geschlossen. Im Oktober 2000 zog ich nach dem Abitur aus dem heutigen Landkreis Göttingen (damals war meine Heimatstadt Osterode am Harz noch selbst Kreisstadt) zum Jurastudium nach Trier. Weit weg sollte es gehen, um einmal eine ganz andere Ecke Deutschlands kennenzulernen. Heute bin ich sehr glücklich zurückzukehren – nach vielen teilweise längeren, teilweise kürzeren, oft mehrfachen und immer spannenden Zwischenstopps in Trier, Lyon, Berlin, Luxemburg, Jena, Ann Arbor und Leipzig. Dass ich eines Tages einen Lehrstuhl an der ehrwürdigen Georgia Augusta erhalten sollte, davon hatte ich damals nicht zu träumen gewagt.

Dabei begann alles im Zentralen Hörsaalgebäude in Göttingen. Dort besuchte ich mit einem Schulfreund probeweise Vorlesungen in Psychologie und Rechtswissenschaft. Danach war die Entscheidung für mein Studienfach klar, und ich habe sie bis heute nie bereut. Nach Trier ging ich damals auch, um neben dem Jurastudium eine fachspezifische Fremdsprachenausbildung im anglo-amerikanischen Recht absolvieren zu können. Im Laufe meiner Zeit im »Vierländereck« kamen Kurse im französischen und italienischen Recht hinzu. Über ein Erasmus-Stipendium konnte ich außerdem ein Semester in Lyon studieren. Die Einblicke in fremde Rechtsordnungen und die damit verbundene Außenperspektive auf das eigene Rechtssystem haben mein juristisches Verständnis daher bereits während meiner Studienzeit geprägt. Denn ein solcher Perspektivenwechsel regt dazu an, vertraute Strukturen kritisch zu hinterfragen, und trägt dazu bei, die größeren Zusammenhänge zu erkennen.

In Trier arbeitete ich zunächst als studentische Hilfskraft und im Anschluss an mein Erstes Juristisches Staatsexamen als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Professur für Öffentliches Recht, insbesondere ausländisches Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht von *Meinhard Schröder*. Da ich mich damals schon für die verschiedenen Bereiche des Öffentlichen Rechts, des Europa- und Völkerrechts interessierte, wählte ich für meine Doktorarbeit ein Thema, das die verschiedenen Rechtsgebiete verbindet: den Einfluss



Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger

der Aarhus-Konvention (eines sog. gemischten Abkommens der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten) sowie des Unionsrechts auf den deutschen Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten.¹ Ich kann nur jeder Doktorandin und jedem Doktoranden empfehlen, das eigene Thema sorgfältig zu wählen und sich in dieser wichtigen Phase zeitlich nicht zu sehr unter Druck zu setzen. Das Thema meiner Arbeit hat mich bis zu ihrem Abschluss gefesselt, und ich finde es auch heute noch sehr spannend. In meiner Mitarbeiterzeit sammelte ich außerdem erste Lehrerfahrungen und entdeckte meine Freude an der Lehre.

Für das Rechtsreferendariat zog es mich anschließend nach Berlin. Besonders reizte mich damals die Möglichkeit, meine Verwaltungsstation in einem Bundesministerium zu absolvieren (meine Wahl fiel auf das Referat »Recht der Europäischen Union« des Bundeswirtschaftsministeriums) und Kanzleien mit einem öffentlich-rechtlichen Fokus kennenzulernen. Ein besonderes Highlight war auch meine Wahlstation bei der Generalanwältin am Gerichtshof der Europäischen Union *Juliane Kokott* in Luxemburg – verbunden mit einer ersten Rückkehr ins schöne Trier.

Auch wenn ich die meisten Stationen des Referendariats spannend fand, entschied ich mich nach dem Zweiten Juristischen Staatsexamen, zurück an die Universität zu gehen. Denn in meinen Augen verbindet die wissenschaftliche Laufbahn auf einzigartige Weise zwei Vorteile, die für mich von unschätzbarem Wert sind: Zum einen kann ich rechtlichen Fragen unabhängig auf den Grund gehen, ohne dass ein Ergebnis vorgegeben wird; zum anderen kann ich mir meine Forschungsthemen auch noch selbst aussuchen. Hinzu kommt die Lehre, die aus meiner Sicht ein sehr vielseitiges Gesamtpaket garantiert.

* Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger ist seit März 2020 Inhaberin eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ A. Schwerdtfeger, Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention (2010).

Da mein Doktorvater nach Beendigung meines Referendariats kurz vor seiner Emeritierung stand, wechselte ich für die Habilitation zu seinem »akademischen Sohn« *Matthias Ruffert*, der mich damals noch an der Friedrich-Schiller-Universität Jena an seinem Lehrstuhl aufnahm. Mit ihm wechselte ich später an die Humboldt-Universität und damit zurück nach Berlin. In meinem Habilitationsprojekt bin ich der Frage nachgegangen, wie Krisen die Gesetzgebung verändern (genauer gesagt: das Gesetzgebungsverfahren und die Gestaltung von Gesetzen) und wo insoweit verfassungsrechtliche Grenzen verlaufen – eine in Zeiten der Coronapandemie wieder hochaktuelle Frage, die ich in meiner Arbeit vor allem am Beispiel der europäischen Finanz- und Staatsschuldenkrise untersucht habe.² Meine Forschung wurde drei Jahre lang von der Deutschen Forschungsgemeinschaft über die Finanzierung einer eigenen Stelle gefördert, was mir wertvolle Freiräume sicherte. Zwei mehrmonatige Forschungsaufenthalte an der University of Michigan Law School in Ann Arbor ermöglichten es mir in dieser Zeit, meine Arbeit um eine rechtsvergleichende Perspektive zu ergänzen.

Von großem Gewinn waren in meiner Habilitationsphase der regelmäßige fachliche Austausch in einem Habilitandenkreis aus zehn öffentlich-rechtlichen Kolleg/-innen von anderen Universitäten und die gemeinsame Förderung mit Nachwuchswissenschaftlerinnen benachbarter Disziplinen im Fast Track Programm der Robert Bosch Stiftung. Ohne ihre Begleitung wäre mir dieser Weg sicherlich schwerer gefallen, denn steinig ist er allemal. Einige der Kolleg/-innen aus beiden Kreisen sind für mich heute enge Freunde und wichtige Berater.

An meine Habilitation an der Humboldt-Universität zu Berlin schlossen sich Lehrstuhlvertretungen an der Freien Universität Berlin, in Leipzig, Göttingen und zuletzt in Trier an, wo ich den alten Lehrstuhl meines Doktorvaters vertreten durfte, an dem ich bereits als studentische Hilfskraft und dann als wissenschaftliche Mitarbeiterin gearbeitet hatte. Auch auf diesen Lehrstuhl habe ich einen Ruf erhalten, was mich in eine sehr glückliche, aber zugleich nicht einfache Entscheidungssituation brachte. Meine Wahl fiel auf Göttingen.

Ich freue mich besonders, nun hier eine Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht zu

² A. Schwerdtfeger, Krisengesetzgebung (2018).

übernehmen, nachdem ich bereits ein Jahr den Lehrstuhl von *Christine Langenfeld* vertreten durfte. In Göttingen sehe ich vielfältige Anknüpfungspunkte an meine bisherige Forschung, die sich über das Öffentliche Recht, das Europa- und das Völkerrecht erstreckt. Neben dem Verwaltungsrecht, das ich an meinem Lehrstuhl vor allem in seinen europäischen, internationalen und vergleichenden Dimensionen untersuchen möchte, reizen mich weiterhin besonders der Grundrechtsschutz im Mehrebenensystem, das Parlamentsrecht, die Gesetzgebungslehre und das Außenverfassungsrecht. Gerade an den Schnittstellen zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen und Rechtsgebieten stellen sich spannende Fragen, die sich anschaulich im Umwelt- und Klimaschutzrecht sowie im Migrationsrecht zeigen, denen ich mich zukünftig verstärkt widmen möchte. Vor diesem Hintergrund schätze ich es sehr, in Göttingen ein so inspirierendes Umfeld vorzufinden – an der Juristischen Fakultät und darüber hinaus.

Auch auf die Lehre mit den Göttinger Student/-innen, die ich in meiner Vertretungszeit als sehr aufgeschlossen, interessiert und engagiert kennengelernt habe, freue ich mich sehr. Mein Interesse an der Juristenausbildung war ein Grund für mich, das Lehrbuch meines Onkels³ fortzuführen, das ich bereits als Studentin Korrektur lesen durfte. In der Lehre möchte ich zukünftig neue Lehrformate erproben und freue mich, dass es hierfür in Göttingen Gestaltungsspielräume gibt. Bereits im Wintersemester 2020/21 werde ich ein Forschungskolloquium anbieten, in dem auch eine vorbereitende Leistung erbracht werden kann. Die Göttinger Fakultät legt mit der Ausbildung im Schwerpunktbereich bereits einen Fokus auf die forschungsorientierte Lehre. In Vorbereitung auf die wissenschaftlichen Arbeiten im Schwerpunktbereich sollen die Student/-innen im Austausch mit Professor/-innen aus dem In- und Ausland in das wissenschaftliche Arbeiten eingeführt werden und die angewandten Methoden reflektieren. Die Student/-innen sollen die einzelnen Veranstaltungen, die sich neben inhaltlichen und formalen Fragen auch dem Schreibprozess widmen, maßgeblich mitgestalten.

Mit dieser Perspektive freue ich mich sehr darauf, dass meine alte geographische Heimat nun auch meine neue akademische Heimat werden kann.

³ G. Schwerdtfeger/A. Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 15. Auflage (2018).

StuDi Erfahrungsbericht

Lucas Karrasch*

Ein Verwaltungspraktikum im Bundesfinanzministerium

Das Verwaltungspraktikum im rechtswissenschaftlichen Studium bietet vielfältige Möglichkeiten zum Einblick in verschiedene Verwaltungsbehörden. Eine mögliche Praktikumsstelle ist das Bundesfinanzministerium. Der Autor teilt seine Erfahrungen zu Bewerbungsphase, Inhalt und eigener Tätigkeit.

A. Die Bewerbungsphase

I. Die Idee des Praktikums

Auf die Option, das Verwaltungspraktikum im Bundesfinanzministerium (BMF) zu absolvieren, stieß ich bei einer Internetrecherche über die verschiedenen Möglichkeiten des Verwaltungspraktikums etwa ein Vierteljahr vor dem Praktikumsbeginn. Bundes-, Landes- und Kommunalbehörden gewähren ihren Praktikanten einen außergewöhnlichen Einblick in die Verwaltungsstrukturen der Bundesrepublik Deutschland. Die Internetseiten des Niedersächsischen Landesjustizprüfungsamtes und der Praktikumsprotokollpool des Fachschaftsrates Jura der Universität Göttingen eignen sich sehr gut für einen ersten Überblick.¹ Es ist empfehlenswert, sich verschiedene Behörden herauszusuchen und sich mit den Bewerbungsvoraussetzungen vertraut zu machen. Die Beschreibungen auf den Internetseiten verdeutlichen den Bewerbern die an sie gerichteten Erwartungen, wobei diese im Wortlaut oft anspruchsvoll klingen. Für die künftigen Bewerber sollte dies jedoch kein Grund zur Verunsicherung sein.

II. Die Voraussetzungen

Nach § 4 I Nr. 2 NJAG² muss die Dauer der praktischen Studienzeit bei einer Verwaltungsbehörde vier Wochen betragen. Ein Praktikum im BMF dauert bis zu zwölf Wochen. Mein Praktikum umfasste im Februar und März 2019 einen Zeitraum von fünf Wochen. Soweit es kostentechnisch und zeitlich möglich erscheint, ist es durchaus ratsam, den Praktikumszeitraum über die vorgeschriebenen vier Wochen hinaus zu strecken. So lassen sich mehr Eindrücke gewinnen und eine bessere Einbindung in die Arbeitsabläufe erzielen.

Zur Bewerbung um ein Praktikum im BMF ist erforderlich, dass es sich für den Bewerber um ein Pflichtpraktikum

handelt, der Bewerber sich mindestens im vierten Fachsemester befindet und dass er über ein fundiertes theoretisches Wissen verfügt.³ Der Bewerbung, für die eine Vorlaufzeit von mindestens vier Monaten eingeplant werden sollte, sind die gängigen Unterlagen beizufügen.⁴ Bei der Bewerbung sollte außerdem mitgeteilt werden, in welchem Zeitraum und in welcher Abteilung man eingesetzt werden möchte. Es sollten dabei drei verschiedene Referate angegeben werden, die sich aus dem Organigramm des BMF entnehmen lassen.⁵ Für das juristische Studium sind dabei vor allem die Steuerabteilung, die Abteilung für Föderale Finanzbeziehungen und Staats- und Verfassungsrecht, für Finanzmarktpolitik, für Europapolitik und die Abteilung für Beteiligungen und Bundesimmobilien zu nennen.⁶ Die Kosten für Unterkunft und Anreise werden seitens des BMF nicht übernommen und sollten dementsprechend rechtzeitig eingeplant werden. Dem begegnet das BMF jedoch mit einer Aufwandsentschädigung in Höhe von monatlich 300 €.⁷

B. Das Praktikum

I. Allgemeines

Das BMF wird von dem Bundesfinanzminister, zwei Parlamentarischen Staatssekretärinnen und vier Staatssekretären, welchen wiederum einzelne Geschäftsbereiche zugewiesen sind, geleitet. Insgesamt verfügt das BMF über zehn verschiedene Abteilungen, welche in Unterabteilungen und Referate untergliedert werden. Im Ministerium können mehrere Praktikanten zeitgleich betreut werden, indem sie in unterschiedlichen Abteilungen und Referaten untergebracht werden.

Mein Tätigkeitsbereich lag im Referat E A 7 in der Abteilung für Europapolitik. Das Referat E A 7 beschäftigt sich

³ Bundesministerium der Finanzen, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Ministerium/Arbeiten-Ausbildung/Arbeiten-Ministerium/Praktikum/praktikum.html>, zuletzt abgerufen am 29. 3. 2020.

⁴ Dies sind u. a. ein tabellarischer Lebenslauf, das Abiturzeugnis, eine aktuelle Studienbescheinigung, der Nachweis für ein Pflichtpraktikum und ein Nachweis über bisherige Studienleistungen, vgl. dazu Bundesministerium der Finanzen, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Ministerium/Arbeiten-Ausbildung/Arbeiten-Ministerium/Praktikum/praktikum.html>, zuletzt abgerufen am 29. 3. 2020.

⁵ Bundesministerium der Finanzen, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Ministerium/organigramm.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 29. 3. 2020.

⁶ Bundesministerium der Finanzen, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Ministerium/organigramm.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 29. 3. 2020.

⁷ Bundesministerium der Finanzen, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Ministerium/Arbeiten-Ausbildung/Arbeiten-Ministerium/Praktikum/praktikum.html>, zuletzt abgerufen am 29. 3. 2020.

* Lucas Karrasch studiert seit 2016 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ Niedersächsisches Landesjustizprüfungsamt, https://www.justizportal.niedersachsen.de/startseite/p_karriere/landesjustizpruefungsamt/staatliche_pflichtfachpruefung_und_erste_pruefung/praktikum-158050.html, zuletzt abgerufen am 29. 3. 2020; Fachschaftsrat Jura Göttingen, <http://fachschaft-jura.eu/studium/praktikum/>, zuletzt abgerufen am 29. 3. 2020.

² Nds. GVBl. 2004, S. 7.

mit Europarecht, also der europarechtlichen Prüfung von nationalen Gesetzesvorhaben und sog. EU-Vorhaben⁸, sowie mit dem europäischen Beihilferecht im Zuständigkeitsbereich des BMF, beispielsweise in der Wirtschafts- und Währungsunion, im Steuerbereich und im Finanzmarktbereich. Darüber hinaus ist das Referat für die Koordination der Verfahren vor den europäischen Gerichten (EuGH, EuG) im BMF-Zuständigkeitsbereich verantwortlich. In diesem Referat arbeiteten insgesamt sechs Volljuristen und vier weitere Mitarbeiter. Als Praktikant ist man dabei der Referatsleitung unmittelbar unterstellt und wird einem hauptverantwortlichen Referenten zugewiesen. Arbeitsaufträge an den Praktikanten erteilen indes alle Referenten des Referats. Die Abteilung E und das gesamte Ministerium beschäftigen vor allem Wirtschaftswissenschaftler und Juristen als Mitarbeiter. Neben originären Praktikumsaufgaben bestand die Möglichkeit einer Führung durch das Bundesfinanzministerium und die Teilnahme an Ausschusssitzungen oder Terminen in anderen Bundesministerien und im Bundestag.

II. Typische Aufgaben

Grundsätzlich bestand das Tätigkeitsfeld darin, sich in eine im Studium wenig behandelte Thematik einzuarbeiten und anhand von Entscheidungen der Europäischen Kommission, Urteilen und Kommentaren den Referenten zuzuarbeiten oder selbst Antworten für die zuständigen Stellen zu formulieren. Die Arbeit in einem angrenzenden Büro ermöglichte dabei eine enge Zusammenarbeit mit dem Referatsteam und die direkte Einbindung in die Arbeitsabläufe.

Ein üblicher Praktikumstag dauerte acht Stunden, was jedoch je nach Referat sowie Art und Anzahl der anfallenden Aufgaben variieren kann. In der Abteilung für Europapolitik und im Referat E A 7 waren neben dem Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) vor allem in Hinblick auf den Brexit viele Aufgaben zu bewältigen und Fragen zu klären, beispielsweise die Anwendung und Auslegung der Regelungen des Art. 50 EUV und die verschiedenen Austrittsszenarien. Die Praktikanten hatten dabei die Möglichkeit, an den wöchentlichen Referats- und Abteilungsbesprechungen teilzunehmen. In diesen Runden wurden die Projekte der unterschiedlichen Referenten besprochen. Bei den Referatsbesprechungen erhielt man als Praktikant einen sehr guten Überblick über die Arbeit im Referat, konnte seine erledigten Tätigkeiten vorstellen und feststellen, ob man diese verstanden hat. Bei der Abteilungsbesprechung ging es im Allgemeinen um die anfallenden

Aufgaben der Abteilung und die Ausarbeitungen für den Minister und die Staatssekretäre in der folgenden Woche. Neben den wöchentlich stattfindenden Treffen konnten die Praktikanten außerdem an dem sog. Brexit Jour Fixe zu den aktuellen Entwicklungen des Brexits, der Eurogruppe und dem Wirtschafts- und Finanzausschuss teilnehmen.

Einen Schwerpunkt meiner Tätigkeit bildete die Erstellung von Sprechzetteln für die Parlamentarischen Staatssekretärinnen des BMF. Die Sprechzettel dienten der Vorbereitung von Sitzungen des Haushalts- und des Finanzausschusses des Deutschen Bundestags zum Thema »Interparlamentarische Konferenz über Stabilität, wirtschaftspolitische Koordinierung und Steuerung in der EU«. Ein Sprechzettel muss konkreten Anforderungen genügen und ein komplexes Thema so zusammenfassen, dass die Parlamentarische Staatssekretärinnen auf etwaige Rückfragen des Ausschusses reagieren können. Zu meinen Aufgaben zählte auch eine Ausarbeitung zum Thema »Allgemeine und spezielle Brückenklausele im EUV/AEUV«. Die allgemeine Brückenklausele legt nach Art. 48 VII UAbs. 1 EUV fest, dass der Europäische Rat nach der Zustimmung durch das Europäische Parlament in Beschlüssen von der vorausgesetzten Einstimmigkeit zum Mehrheitsprinzip wechseln kann. Dabei sollte untersucht werden, in welchen Politikbereichen in der EU diese Brückenklausele zur Anwendung kommen und wo diese möglicherweise noch eingesetzt werden könnten.

Eine weitere Aufgabe verdeutlichte den hohen Stellenwert der Öffentlichkeitsarbeit im BMF: Jeder Bürger kann nach dem Informationsfreiheitsgesetz (§ 1 IFG)⁹ an das Ministerium Anfragen zu bestimmten Themen stellen, welche dann an die Referate weitergeleitet und von diesen beantwortet werden. Im konkreten Fall ging es darum, einen Antwortentwurf an einen Bürger zum Thema Beihilfesubventionsäquivalent/Berechnung von Rückforderungsbeträgen zu formulieren. Die Rechtsgrundlage für Rückforderungsentscheidungen der Kommission ist Art. 108 III AEUV. Diese Entscheidung muss Angaben enthalten, die es den Mitgliedstaaten ermöglichen, ohne große Schwierigkeiten den Rückforderungsbetrag selbst zu bestimmen.¹⁰

Die Referatsleiterin und die anderen Referenten nahmen sich viel Zeit für Feedback und die Erläuterung und Besprechung einzelner Aufgaben. Die unterschiedlichen Referate ermöglichten den Praktikanten auch das Erkunden des Berliner Regierungsviertels.

III. Fazit

Die Arbeit im Bundesfinanzministerium war abwechslungsreich und bot einen spannenden Einblick in die dortigen juristischen Tätigkeiten. Sie erforderte methodische Fähigkeiten bei der eigenständigen Entwicklung von Lösungsansätzen zu aktuellen Themen, für die keine unmittelbar

⁸ Bei sog. EU-Vorhaben handelt es sich um eine Begrifflichkeit aus der Ministerialverwaltung. Diese umfasst Gesetzesvorhaben des Primär- und Sekundärrechts der Europäischen Union, Empfehlungen und Beschlüsse der Europäischen Kommission sowie Vorschläge der Mitgliedstaaten zu den verschiedensten Politikbereichen der Europäischen Union. Vgl. zu einer Regierungsiniziativa *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Macron sieht Europa am »Scheidpunkt«, 4.3.2019, <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/emmanuel-macron-fordert-tiefgreifende-reform-der-eu-16072374.html>, zuletzt abgerufen am 29.3.2020.

⁹ BGBl. 2005 I S. 2722.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 12.10.2000, Rs. C-480/98 – Spanien/Kommission, Rn. 25 f.

einschlägigen Quellen zur Verfügung standen. Durch die anspruchsvollen und vielfältigen Aufgaben erhielt ich einen umfangreichen Einblick in die verschiedenen Tätigkeitsfelder im BMF. Gleichzeitig gewann ich einen Überblick über die Organe der EU, das Europarecht in seiner Anwendung und die Arbeitsweise im Bundesfinanzministerium. Neben dem fachlichen Gewinn ist die Gelegenheit hervorzuheben, für einige Wochen im politischen Berlin zu navigieren. Nach Beendigung des Studiums besteht die Möglichkeit zur

Ableistung der Verwaltungsstation des Referendariats im BMF¹¹ – eine Rückkehr nicht ausgeschlossen. Trockenes Verwaltungspraktikum? Nicht im Bundesfinanzministerium!

¹¹ Bundesministerium der Finanzen, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Ministerium/Arbeiten-Ausbildung/Arbeiten-Ministerium/Referendariat/referendariat.html>, zuletzt abgerufen am 29.3.2020.

RiLG Patrick Wiemann*

Klausurentechnik und -taktik im Zivilrecht

Die Grundlagen der zivilrechtlichen Klausurbearbeitung sind aus unerfindlichen Gründen immer wieder ein Problem vieler Klausuren im ersten wie zweiten Staatsexamen. Die Veranstaltung »Klausurentechnik und -taktik im Zivilrecht« soll den Teilnehmer/-innen dabei helfen, neben den erheblichen Fachkenntnissen nicht den Blick für das Ganze zu verlieren und systematisch an die Lösung einer Zivilrechtsklausur heranzugehen.

Als Prüfer in beiden juristischen Staatsexamina sieht man sich bereits nach kurzer Zeit mit einer Vielzahl unterschiedlicher Bearbeitungen konfrontiert und arbeitet daran, diese unter Zugrundelegung eines möglichst objektiven Bewertungsmaßstabes zu bewerten. Dabei ist es aufgrund der Tatsache, dass es sich bei juristischen Klausuren und deren Lösungen letztlich um geisteswissenschaftliche Leistungen handelt, nahezu unmöglich, alle denkbaren Ansätze der Kandidaten zu antizipieren, weshalb man als Prüfer stets flexibel auf Lösungsvorschläge reagieren können muss. Neben den objektiven, an der vorgestellten Lösung orientierten Bewertungskriterien gibt es jedoch auch eine Reihe subjektiver Kriterien, die mitunter nicht einmal bewusst bei der Notendefinition eine Rolle spielen. Deren Einfluss auf die Notengebung zu reflektieren und möglichst zu minimieren, ist ebenfalls Aufgabe des Prüfers bzw. der Prüferin. Dennoch bestehen auch hier Ansatzpunkte für Prüflinge, mit wenig Aufwand die Notengebung in ihrem Sinne positiv zu beeinflussen.

Die seit dem Sommersemester 2019 vom Autor im Rahmen des Göttinger Examenskurses angebotene Veranstaltung »Klausurentechnik und -taktik im Zivilrecht« widmet sich mit zahlreichen Fallbeispielen den o. g. Problemen und versucht, die Studierenden einerseits für die Prüferperspektive zu sensibilisieren, andererseits aber auch, immer wieder vorkommende Fehlerquellen aufzuzeigen und deren Vermeidung einzuüben. Denn die Praxis zeigt, dass überdurchschnittlich viele Kandidatinnen und Kandidaten nicht an der fehlenden Kenntnis hochgradig komplexer juristischer Probleme scheitern, sondern oftmals an den Grundlagen juristischer Fallbearbeitung.

A. Die Prüferperspektive

Es ist durchaus hilfreich, wenn auch nicht zwingend, sich als Studierende mit der Prüferperspektive auseinanderzusetzen; sich also zu fragen, welche Anforderungen ein/-e

hypothetische/-r Prüfer/-in wohl an die jeweilige Arbeit stellt. Hierbei wird, wenngleich im Universitätsalltag häufig thematisiert, das äußere Erscheinungsbild der Arbeit meist unterschätzt. Eine taktische Herangehensweise sollte immer darin bestehen, dem/-r Prüfer/-in so wenig wie möglich Angriffsfläche zu bieten. Dies betrifft nicht nur das Schriftbild, sondern auch eine logische Gliederung der Arbeit und die häufig ungenutzte Möglichkeit der Bildung von Absätzen. Zwar dürfte der notenmäßige Nutzen solcher Methoden kaum quantifizierbar sein, sollte aber dennoch nicht vernachlässigt werden.

Aber auch sog. »weiche Kriterien« sollten nicht vernachlässigt werden. Denn Prüfer/-innen sind »auch nur Menschen« – meist üben sie neben einer hauptamtlichen oder -beruflichen Tätigkeit in ihrem sog. Nebenamt die Prüfertätigkeit aus, müssen also mündliche Prüfungen, aber auch schriftliche Begutachtungen von Klausurlösungen »nebenbei« durchführen bzw. dies in ihren Arbeitsalltag integrieren. Auch kommt hinzu, dass jede/-r Prüfer/-in individuell-subjektive Eindrücke und Maßstäbe hat – es bleibt letztlich reiner Zufall, an welchen Prüfer man gerät. Wenngleich dies auf den ersten Blick entmutigend erscheinen mag, lässt sich hieraus doch der Schluss ziehen, dass man es sowieso nicht jedem Recht machen kann und daher in taktischer Hinsicht besonderen Wert auf Aspekte legen sollte, die mit hoher Wahrscheinlichkeit im Sinne der meisten Prüfer/-innen sind. Und wenn man sich diesbezüglich unsicher ist, sollte man sich und seinen eigenen Bauch befragen. Denn in den meisten Fällen hilft auch der gesunde Menschenverstand überraschend gut weiter.

Zur Examensvorbereitung kann es sich auch anbieten, eine Klausurlösung einem/-r Kommilitonen/-in anzubieten und – ggf. im Austausch – einmal eine Korrektur vorzunehmen. Diese muss nicht unbedingt inhaltlicher Natur sein. Es reicht bereits aus, wenn man ein (möglichst ehrliches) Urteil darüber erhält, welches Gefühl der oder die Korrektor/-in bei der Bewertung hatte und warum dies der Fall ist. Schnell zeigen sich dadurch gerade im Bereich der »weichen Kriterien« Schwachstellen, die im Zweifelsfall auch einem/-r Prüfer/-in auffallen.

B. Die Fallbearbeitung

Neben diesen »weichen Kriterien« der Bewertung liegt der Schwerpunkt naturgemäß in der juristischen Lösung. Diese zu erarbeiten ist Aufgabe einer/-s jeden Examenskandidatin/-en. Hierbei sollte jedoch gerade in zivilrechtlichen Klausuren nach einem relativ festen Schema vorgegangen werden, um häufige Fehler zu vermeiden.

* Patrick Wiemann ist Richter am Landgericht Göttingen. Er prüft seit 2015 im ersten sowie seit 2016 im zweiten Staatsexamen und ist Leiter einer Arbeitsgemeinschaft für Rechtsreferendare. Seit dem Sommersemester 2019 lehrt er an der Universität Göttingen die Klausurentechnik und-taktik im Zivilrecht.

I. Der Sachverhalt

Oftmals vernachlässigt, führt bereits eine suboptimale Sachverhaltsanalyse zu schwerwiegenden Folgefehlern. Diese besteht in erster Linie darin, den angebotenen Sachverhalt überhaupt erst einmal zu verstehen. Als eine mögliche Methode bietet es sich z. B. an, sich den Sachverhalt als eine Art Film vorzustellen oder ihn sich selbst gedanklich zu erzählen. Dabei können Hilfsmittel wie Textmarker zum Einsatz kommen, deren Nutzen sollte aber nicht überschätzt werden. Nicht selten sieht man als Prüfer Aufgabentexte, die zu etwa 90 % aus unterschiedlichsten farblichen Markierungen bestehen. Wenngleich für die Notengebung vollkommen irrelevant, erweckt dies bei dem Prüfer typischerweise den Eindruck, der Prüfling verbringe erheblich zu viel Zeit mit der Analyse des Sachverhaltes, die im Ergebnis indes genau das Gegenteil mit sich bringt: Sehr oft finden sich relevante Umstände gar nicht in den Lösungen wieder, obwohl sie farblich markiert wurden. Dies legt die Vermutung nahe, dass die Prüflinge den Wald vor lauter Bäumen nicht mehr gesehen haben.

II. Die Fallfrage

Nach der Sachverhaltsanalyse sollte man sich die Fallfrage vergegenwärtigen. Dies klingt einfach, ist es aber nicht immer. Gerade dann, wenn nach der Rechtslage gefragt wird, sollte man immer auch denkbare Gegenansprüche, Einwendungen oder Einreden im Blick haben. Daher bietet sich sodann eine Unterteilung der Fragestellung in verschiedene Teile an, beispielsweise nach Sachverhaltsteilen, Personen oder nach den möglichen Begehren der Beteiligten.

III. Gedankliche Begutachtung

Der nächste Schritt ist die gedankliche Begutachtung des Sachverhaltes, also die eigentliche geisteswissenschaftliche Leistung. Hierbei sollten immer Anspruchsgrundlagen gesucht werden, also Normen, die für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhaltes (Tatbestand) eine Rechtsfolge vorsehen. Nur bei deren Vorliegen ist sodann zu prüfen, ob sog. Gegennormen bestehen. Dies dürfte in den meisten Examensfällen der Fall sein, da erst hierdurch ein gewisser Schwierigkeitsgrad erreicht wird. Aber auch hierbei ist immer darauf zu achten, dass die benannten Gegennormen überhaupt die gewollte Rechtsfolge aufweisen. Ein häufiger Fehler ist dabei im Zusammenhang mit der Anfechtung zu erkennen: So wird nicht § 142 I BGB, der die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts anordnet, zitiert, sondern nur § 123 I BGB. Dieser wiederum legt aber nur dar, unter welchen Voraussetzungen eine Anfechtung möglich ist – es fehlt dann also in der Prüfung diejenige Norm, die die eigentliche Rechtsfolge enthält. Dies mag für manche/-n Leser/-in trivial anmuten, ist aber in der Examenspraxis nur ein Beispiel für eine Vielzahl von Grundlagenfehlern.

IV. Schriftliche Begutachtung

1. Die Grundlagen beherrschen

Es folgt sodann die schriftliche Begutachtung in Form einer möglichst sauberen Subsumtion. Ziel dieses Schrittes ist es, eine aufgestellte Hypothese anhand eines vorgegebenen Schemas auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Dies soll hier nicht weiter vertieft werden, ist aber nicht umsonst immer wieder Gegenstand der juristischen Ausbildung und wird auch in der oben erwähnten Veranstaltung noch einmal grundlegend gelehrt – denn ein schlechter Gutachtenstil gibt nicht selten den Ausschlag für eine Bewertung »unter dem Strich«, wenn die Bearbeitung ansonsten auf der Kippe steht. Es nützt nichts, wenn ein Prüfling das Problem des gutgläubigen Zweiterwerbs einer Vormerkung sicher beherrscht, dieses aber scheinbar losgelöst von jedem logischen Schema im Fließtext seiner Bearbeitung mitteilt, ohne dass eine gutachterliche Herangehensweise wenigstens im Ansatz erkennbar wäre. Nur am Rande sei an dieser Stelle erwähnt, dass das sichere Beherrschen des Gutachtenstils auch als Fundament für das Referendariat und damit das zweite Staatsexamen unerlässlich ist, weil einerseits auch im zweiten Examen Gutachten, meist in Form sog. Relationen, verlangt werden und andererseits auch der sog. »Urteilsstil« besser beherrschbar wird, wenn zuvor der Gutachtenstil sicher erlernt wurde.

2. Keine Oberflächlichkeit

Die schriftliche Begutachtung sollte des Weiteren aufzeigen, dass der/die Bearbeiter/-in in der Lage ist, die gefundenen Normenkomplexe logisch zu strukturieren und dabei juristische Besonderheiten zu berücksichtigen. In der Examensrealität kommt es leider immer wieder vor, dass »ein Anspruch aus § 812 BGB« (ohne Absatz, Satz oder gar Alternative) vor möglichen Ansprüchen aus möglichen Gewährleistungsrechten geprüft wird. Eine solche Arbeit hat es bereits ab Seite 1 besonders schwer, akzeptable Noten zu erreichen. Auch hier wird wieder deutlich, dass die Grundlagen der juristischen Fallbearbeitung essentieller sind, als mancher glauben mag.

3. Am Sachverhalt arbeiten

Ferner sollte man sich stets vor Augen halten, dass eine juristische Klausur fast immer auch das argumentative Geschick der Prüflinge überprüfen soll. Dies gelingt jedoch nur, wenn die mögliche Lösung der Begutachtung hierfür eine Grundlage bietet. Soll heißen: Oftmals sollen unbestimmte Rechtsbegriffe mit Leben gefüllt werden, die sich entweder aus dem Gesetz selbst oder einer (erfundenen) vertraglichen Regelung ergeben können. An solchen Stellen sollen die Prüflinge zeigen, dass sie lebensnah und vor allem am Sachverhalt orientiert argumentieren können. Auch die Auslegungsmethoden sollten in diesem Zusammenhang sicher beherrscht werden.

4. Mit Abwandlungen umgehen

Sollte ein Sachverhalt eine oder mehrere Abwandlung(en) enthalten, liegt es zumindest nahe, dass deren Lösung(en) anders ausfallen, als die des Grundsachverhaltes. Zwingend ist dies aber nicht. Deshalb sollte man sich davor hüten, die Lösung der Abwandlung zwingend zu einem abweichenden Ergebnis zu bringen. Als Prüfer merkt man erfahrungsgemäß recht schnell, wenn eine Argumentation erzwungen zu sein scheint. Überzeugungskraft ist ein erheblich positives Bewertungskriterium. In diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben soll, dass es auch Klausurgutachten gibt, die in nahezu jedem denkbaren Punkt eine Mindermeinung vertreten. Dies mag mit der entsprechenden Argumentation auch in Ordnung sein, birgt jedoch die Gefahr, dass hierdurch Folgeprobleme übersehen werden. Eine taktische Herangehensweise zeichnet sich auch dadurch aus, dass man möglichst viele sich bietende Probleme löst, ohne diese freilich durchweg »heraufzubeschwören«. Diese Gratwanderung ist es, die vielen Prüflingen Probleme zu bereiten scheint. Damit umzugehen, kann man jedoch nur sicher lernen, indem man bei jeder sich bietenden Gelegenheit Übungsklausuren schreibt.

C. Fazit

Die eingangs erwähnte Veranstaltung »Klausurentchnik und -taktik im Zivilrecht« soll nicht das inhaltliche wissenschaftliche Fundament für eine Klausurlösung im Bereich von 14 Punkten aufwärts liefern. Vielmehr soll durch pragmatische Vermittlung von Grundlagenwissen sowie -techniken – die entgegen jeder Erwartung aus Sicht des Autors die häufigsten Fehlerquellen im ersten Examen darstellen – ein solides Grundgerüst für das Anfertigen zivilrechtlicher Klausuren geschaffen werden. Dabei wird anhand von echten Examensfällen sukzessive eingeübt, wie man auch in einer Stresssituation den Überblick behält und sich auch

von einem vermeintlich komplexen Sachverhalt nicht übermannen lässt. Dabei ist es für die Zuhörer der Veranstaltung besonders hilfreich, dass die Dozentin und der Dozent der Parallelveranstaltungen zum Öffentlichen Recht sowie zum Strafrecht ebenfalls eine langjährige Prüfertätigkeit nachweisen können. Deshalb verfügen sie ebenfalls über eine große Bandbreite an Erfahrung und können die Vermeidung immer wiederkehrender Fehlerquellen plastisch vermitteln. Auch, dass die Dozentinnen und Dozenten sog. »Praktiker/-innen« sind, ist als Kontrast zum üblichen universitären Rahmen zu verstehen, der es den Zuhörer/-innen ermöglicht, auch diese nicht zu vernachlässigende Perspektive kennen zu lernen. Dies ist bereits deshalb essenziell, weil der weit überwiegende Anteil der Prüferinnen und Prüfer Praktiker sind.¹

Im Hinblick auf den relativ geringen Umfang von etwa 12 Stunden – aufgeteilt in vier Blöcke – ist die Veranstaltung »Klausurentchnik und -taktik im Zivilrecht« nach alledem eine lohnende Investition in ein erfolgreicherer Examen.²

¹ »Unsere [570] Mitglieder sind Volljuristinnen und Volljuristen. Sie haben ein Jurastudium an einer Universität und anschließendes Referendariat absolviert. Sie sind beispielsweise als Rechtsanwältinnen oder Rechtsanwälte und Richterinnen oder Richter tätig. Ebenso sind sie als Staatsanwältinnen oder Staatsanwälte oder Angehörige der öffentlichen Verwaltungen beschäftigt. Wir beteiligen die juristischen Fakultäten der niedersächsischen Universitäten in Göttingen, Hannover oder Osnabrück. Ihre Professorinnen und Professoren werden wegen ihres Amtes Mitglieder des Landesjustizprüfungsamts.«, <https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizpruefungsamt/aufgaben-des-landesjustizpruefungsamtes--157813.html>, zuletzt abgerufen am 20. 4. 2020.

² Wer sich noch eingehender mit dem Themenkomplex beschäftigen möchte, dem sei eine Lektüre von *Mayer/Oesterwinter*, Die BGB-Klausur – eine Schreibwerkstatt, 2. Auflage (2018), oder *Pense/Lüdde*, Methodik der Fallbearbeitung im Studium und Examen, 4. Auflage (2020) ans Herz gelegt.

GdR Kurzbiografie

Timo Marcel Albrecht*

Adam von Trott zu Solz

Der folgende Beitrag porträtiert in Kurzform Leben und Wirken des Göttinger Juristen und Widerstandskämpfers Adam von Trott zu Solz. Sämtliche Angaben sind der umfangreichen und äußerst lesenswerten, durch Benigna von Krusenstjern verfassten Biografie entnommen.¹

Erst in den letzten Jahren erlangte der in Göttingen ausgebildete Jurist und Diplomat Adam von Trott zu Solz (9. 8. 1909–26. 8. 1944) als mutiger sowie am Ende in einem Schauprozess von Roland Freisler vor dem Volksgerichtshof zum Tode verurteilter Widerstandskämpfer gegen das NS-Regime die ihm gebührende öffentliche Anerkennung und Bekanntheit. Zusammen mit Helmuth James Graf von Moltke und Peter Graf Yorck von Wartenburg zählte er zum Kern des Kreisauer Kreises, der wohl wichtigsten Gruppe des zivilen, bewusst milieuübergreifenden Widerstands gegen Hitlers Herrschaft. Zudem wirkte er bei der Vorbereitung des Umsturzversuchs vom 20. 7. 1944 mit, für die er engstens mit dem Attentäter Claus Schenk Graf von Stauffenberg kooperierte. Adam von Trott war überzeugter Kosmopolit und Weltbürger, zugleich aber auch heimatverbundener Patriot sowie als Sozialdemokrat Verfechter der Weimarer Republik.

Herkunft, Ausbildung und Internationalität

Geboren wurde Adam von Trott in eine seit mindestens dem 13. Jahrhundert im Nordhessischen ansässige Adelsfamilie, deren Stammsitz in Imshausen bei Bebra liegt. Sein Vater August, ebenfalls Jurist, wirkte lange in Staatsdiensten, etwa als Kasseler Regierungspräsident und preußischer Kultusminister. Seine sozial engagierte sowie anglophile Mutter Eleonore wuchs in einem Diplomatenhaushalt auf und zählte in ihrer hugenottischen Familienlinie u. a. John Jay zu ihren Vorfahren, einen der US-Gründerväter, Mitverfasser der *Federalist Papers* und ersten Chief Justice des US-Supreme Courts. Den somit in illustrierter Familientradition Stehenden führte das Jurastudium zunächst nach München, danach jedoch für mehrere Semester nach Göttingen. Für seine spätere politische und internationale Ausrichtung sowie den Wertekompass prägender als das eigentliche Studium wurde für Adam von Trott indes ein mehrwöchiger Aufenthalt in Genf – dem damaligen Sitz des Völkerbundes,

»Mekka des Internationalismus« und »Welthauptstadt« der 1920er Jahre. Nachhaltig beeindruckten ihn dort die vielen kulturübergreifenden Begegnungen, das internationale Flair sowie die globale politische Zusammenarbeit und Friedensbemühungen. »Es muß etwas Größeres geben als die Nation«², notierte er kurz nach dieser Reise – eine Sentenz, die für ihn im Laufe seines Lebens noch von Bedeutung sein sollte. Auch der Kontakt nach England wurde ihm wichtig: Vermittelt über eine der vielen Genfer Begegnungen, studierte er 1929 ein Trimester am Oxforder Mansfield College – eine, wie er es selbst wahrnahm, Zeit des Lernens, was genau Demokratie bedeuten könne und in der sich sein Interesse an der britischen Sozialdemokratie vertiefte. Zurückgekehrt nach Deutschland, führte ihn der Besuch des Repetitoriums nach Berlin. Auch wenn ihm dort die vielen großstädtischen Angebote sowie der bewusst gesuchte Kontakt zu Arbeitern und Sozialdemokraten gefielen, entschied sich Adam zwecks eines ruhigeren, fokussierten Abschlusses des Jurastudiums für eine Rückkehr nach Göttingen. Wenngleich ihm zuvor »die Juristerei ehrlich gesagt keine Freude«³ bereitet hatte, gelang dennoch der Studienabschluss mit Prädikat. Göttingen sollte auch für seine Doktorarbeit erste Wahl bleiben: Die vom Völkerrechtler Herbert Kraus betreute Promotion über »Hegels Staatsphilosophie und das internationale Recht« beendete er im Anschluss mit erst 21 Jahren. Um nach Oxford zurückzukehren und dort als Rhodes-Stipendiat am Balliol College den noch jungen Studiengang *Philosophy, Politics and Economics* (PPE bzw. *Modern Greats*) zu absolvieren, unterbrach er 1931 das in seiner Heimat bereits begonnene Referendariat. Vor Ort engagierte er sich in zahlreichen Initiativen – u. a. der Rhetorik-Schmiede *Oxford Union* –, hörte Mahatma Gandhi bei einem der vielen Vorträge und knüpfte diverse politische Kontakte. Größte Sorgen bereitete ihm gerade im internationalen Umfeld Oxfords unterdessen die politische Entwicklung in seinem Heimatland, insbesondere die schon von Anfang an als Desaster wahrgenommene Machtübertragung an die Nationalsozialisten.

Zurück in Deutschland, setzte der liberale, weltoffene Adam von Trott sein Referendariat ab Herbst 1933 fort, jedoch unter politisch deutlich gewandelten und ihn bedrückenden Umständen im NS-Reich. Zwischenzeitliche Ideen für eine Habilitation bei Hermann Heller zerschlugen sich wegen dessen frühen Todes im selben Jahr. Trotz skeptischer Belegungen suchte und behielt von Trott gezielt Kontakt zu antinazistischen, sozialdemokratischen wie auch jüdischen Bekannten. Obligatorische NS-Indoktrinationsmaßnahmen

* Dipl.-Jur. Timo Marcel Albrecht studierte von 2012 bis 2019 Rechtswissenschaften an den Universitäten Göttingen, Aarhus und Genf. Seit April 2019 arbeitet er als Doktorand an der Georg-August-Universität Göttingen am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht von Prof. Dr. Eva Schumann. Zudem ist er aktueller Stipendiat des Adam von Trott Study Bursary 2019/20, welches einen (infolge der Corona-Pandemie allerdings auf das kommende Jahr verschobenen) Forschungsaufenthalt an der University of Oxford ermöglicht.

¹ von Krusenstjern, »daß es Sinn hat zu sterben – gelebt zu haben«. Adam von Trott zu Solz 1909–1944, Biographie, 3. Auflage (2010).

² Notizbuch (1929), Bundesarchiv Koblenz, N 1416:21, zit. nach von Krusenstjern (Fn. 1), S. 112, Endnote 58.

³ So schrieb es Adam von Trott am 21. 2. 1928 in einem Brief an seine Mutter, zit. nach von Krusenstjern (Fn. 1), S. 94, Endnote 15.

wie das achtwöchige Referendarlager bei Jüterbog, Brandenburg, oder der herrschende Rassenhass stießen ihn dagegen ab. Anders als viele verweigerte er sich trotz entsprechenden Drucks einem Beitritt in die NSDAP oder den NS-Juristenbund, was ihn im Referendardienst zunehmend isolierte und zahlreiche Schwierigkeiten hervorrief. Zugleich stellte *Adam von Trott* damit aber unter Beweis, dass eine Andienung an den NS-Zeitgeist keineswegs, wie oft behauptet, unausweichlich war. Trotz aller Hürden schloss er im Herbst 1936 sein Assessorexamen ab, entschied sich jedoch, auch mangels befriedigender Berufsperspektiven im »Dritten Reich«, für einen weiteren längeren Auslandsaufenthalt, der ihn, finanziert durch die *Rhodes-Stiftung*, über die USA nach China (1937/38) führte.

Auslandsreisen und Arbeit im Auswärtigen Amt

Weitere Auslandsreisen, Bekanntenbesuche und Einladungen verschlugen den bereits von der Notwendigkeit eines organisierten deutschen (und international unterstützten) Widerstands überzeugten *Adam von Trott* nach Großbritannien und in die USA (1939/40). So warnte der zwar kein bedeutsames Amt Innehabende, aber durch seine zahlreichen Freunde (etwa aus Oxforder Zeiten) Unterstützte bei persönlichen Unterredungen mit Großbritanniens Außenminister *Halifax* sowie Premierminister *Chamberlain* eindringlich vor der aggressiven außenpolitischen Gefahr des »Dritten Reiches« und zu starkem *Appeasement*. Im Ausland verbleiben wollte *von Trott* jedoch nicht, gerade angesichts der Lage in seinem Heimatland, welcher er nicht tatenlos zusehen wollte. Nach längerer Zeit des Haderns mit seinen Berufsperspektiven im NS-Staat trat er schließlich, dank der Vermittlung von Freunden und um dem Kriegsdienst zu entgehen, 1940 in die Informationsabteilung des Auswärtigen Amtes ein. Eingesetzt wurde der große Englandfreund zunächst ausgerechnet für Propagandafragen mit Bezug zu Großbritannien. Erst jetzt, im Jahr der Hochzeit mit seiner Frau *Clarita*, trat er nach langjähriger Verweigerung der NSDAP bei. Obwohl sich *Adam von Trott* damit und durch sein Amt zweifellos formal in den Dienst des NS-Regimes stellte, blieben größte innerliche Distanz und Widerstandsplanungen nicht nur bestehen, sondern verstärkten sich mit zunehmender Entgrenzung des NS-Regimes noch. Die Parteimitgliedschaft schützte ihn vor Oppositionsverdacht und so konnte er auf Dienstreisen unbemerkt ausländische Widerstandskämpfer und hochrangige Kontaktpersonen treffen, etwa in den besetzten Niederlanden, Schweden sowie der Schweiz. In Unkenntnis dessen erfolgte gar die Beförderung zum Legationssekretär, später zum Legationsrat.

Engagement gegen den Krieg und Widerstand im Kreisauer Kreis

So verwundert es angesichts seiner Werte und Überzeugungen keineswegs, dass sich *Adam von Trott* unter dem Eindruck von desaströser Außenpolitik und mörderischer Judenverfolgung voller Überzeugung dem beginnenden, ihm nun auch persönlich bekannt werdenden deutschen Widerstand anschloss. Als Kernmitglied wirkte er im *Kreisauer*

Kreis mit, der 1940 durch die beiden Juristen *Helmuth James Graf von Moltke* und *Peter Graf Yorck von Wartenburg* begründet sowie nachträglich nach dem Gut der Familie *von Moltke* im niederschlesischen Kreisau, dem Ort der meisten Widerstandsgruppentreffen, benannt wurde. Als Ausweg aus den verhängnisvollen Entwicklungen unter der Nazi-Herrschaft hielt *von Trott* dabei ein Attentat auf *Hitler* für unumgänglich. In der Tyrannenmord-Frage kam jedoch kein Konsens im *Kreisauer Kreis* zustande; sein Schwerpunkt sollte vielmehr in der Arbeit an programmatischen Entwürfen für die Zeit nach dem Ende der NS-Herrschaft liegen. Schon seit langem vom Wert europäischer Verständigung überzeugt, betätigte sich *Adam von Trott* intensiv an diesen Planungen, die außenpolitisch etwa – beinahe visionär – eine kooperative soziale Friedensordnung samt Föderalisierung Europas, eine Zollunion, gemeinsame Währung sowie Internationalisierung von Streitkräften und innenpolitisch die Wiedererrichtung des Rechtsstaates vorsahen. Weiterhin vermittelte er eine Denkschrift des deutschen Widerstands ins Ausland, wo sie u. a. Premierminister *Winston Churchill* vorgelegt wurde. Seine letzte Auslandsreise führte *von Trott* schließlich ins formal neutrale Schweden, wo er den im Exil weilenden späteren Bundeskanzler *Willy Brandt* um eine Regierungsbeteiligung nach *Hitlers* Sturz ersuchte.

Das Attentat vom 20. Juli 1944 mitsamt Nachspiel

Nach dem Misslingen mehrerer Widerstandsaktivitäten und Aufdeckungen einiger Beteiligter wurde der *Kreisauer Kreis* nicht zuletzt durch Verhaftungen von Mitgliedern geschwächt. In dieser Lage kam *Adam von Trott* schließlich mit dem zum Attentat auf *Hitler* fest entschlossenen Militär *Claus Graf Schenk von Stauffenberg* in Kontakt. Gemeinsam mit dem Sozialdemokraten *Julius Leber* sollte *von Trott* wesentlicher ziviler Bestandteil der Gruppe rund um den kriegsversehrten *von Stauffenberg* werden. Trotz aller Unterschiede in Werdegang und politischer Ausrichtung verband ihn mit letzterem eine enge Freundschaft. Beide einte die Überzeugung, dass das mörderische Treiben des NS-Regimes und die verheerenden Konsequenzen des Krieges nur durch einen gezielten, sorgsam geplanten Umsturz der höchsten Führung beendet werden könnten. So war es *von Trott*, der *von Stauffenberg* noch am Abend vor dem Attentat vom 20. Juli 1944 in seiner Berliner Wohnung empfing und darin bestärkte, das Vorhaben durchzuführen.

Durch den dann erfolgten tragischen Fehlschlag tief getroffen, wurde *Adam von Trott* kurz darauf am 25. Juli festgenommen. Eine in der Zwischenzeit mögliche Flucht unternahm er bewusst nicht, um seine Familie vor der erwarteten Sippenhaft zu schützen. Es folgten zahlreiche Verhöre und Folter, ehe er, zusammen mit anderen Widerstandskämpfern, nach drei Wochen Gestapo-Haft vor dem *Volksgerichtshof* unter dem berüchtigten Präsidenten *Roland Freisler* angeklagt wurde. Wie nicht anders erwartet, erging in einem polemisch geführten Schauprozess am 15.8.1944 – nur wenige Tage nach seinem 35. Geburtstag – in den Räumen des Berliner Kammergerichtes das auf Hoch- und Landesverrat gestützte Todesurteil. Die Vollstreckung durch den

Strang erfolgte am 26. 8. 1944 in der Haftanstalt von Berlin-Plötzensee.

Bilanz und Erinnerung

Leben, Wirken und Persönlichkeit des *Adam von Trott* (wie auch anderer Widerstandskämpfer) zeigen nach alledem und trotz des tragischen Endes, dass eine Anbiederung an das NS-Regime keineswegs alternativlos war. Es ist auch sein bedeutsames Beispiel, welches belegt, dass man humanen Werten auch in schwierigster Zeit treu bleiben kann, ja in ganzer Konsequenz und mit praktischem Einsatz treu bleiben muss, um sie nicht zu verraten. Er fungiert damit zweifelsohne als moralisches Vorbild für gewissenhaftes Verhalten unter einem gänzlich gewissenlosen Regime. Dies ist insbesondere deshalb besonders zu würdigen, da es großen

Mut erforderte, um in einem totalitären Regime wie der NS-Herrschaft aus einem Geist des Widerstehens aktiven Widerstand werden zu lassen – den allermeisten gelang dies bekanntermaßen nicht. Besonders zu würdigen ist ferner sein unter Beweis gestelltes Bemühen als Brückenbauer zugunsten europäischer und internationaler Verständigung. Viele seiner visionären Ideen sind heute weitergedacht und umgesetzt, etwa die beispiellos erfolgreiche europäische Integration, Friedenssicherung sowie internationale Kooperation, welche aber – dies lehren in aller Deutlichkeit sein Leben wie auch die Jetztzeit – keineswegs selbstverständlich, sondern stets aufs Neue zu verteidigen sind.

Auch für die Zukunft bleibt nur zu wünschen, dass (nicht nur) Göttingen weiterhin Wirken und Werte *Adam von Trotts* wachhält, eines inspirierenden Alumnus' unserer Fakultät!

GdR Rezension

Victor Johannes Loxen*

Buchbesprechung zu Thiele, Allgemeine Staatslehre

Die folgende Rezension behandelt das bei UTB aufgelegte Buch »Allgemeine Staatslehre – Begriff, Möglichkeit, Fragen im 21. Jahrhundert« (Tübingen, 2020) von Priv.-Doz. Dr. Alexander Thiele, 323 Seiten, ISBN 978-3-8252-5381-3, 22 €.

Mit dem vorliegenden Lehrbuch »Allgemeine Staatslehre« schreibt Alexander Thiele in einen Fachbereich hinein, der weder genau abgegrenzt ist noch sich aktuell besonderer Popularität im akademischen Raum erfreut. Dies könnte daran liegen, dass die von Hermann Heller der Staatslehre zugewiesene Aufgabe als Versuch, den Staat »in seiner gegenwärtigen Struktur und Funktion zu begreifen«, angegriffen wird – nicht nur hinsichtlich der Methode, sondern auch der überhaupt bestehenden Möglichkeit einer solchen Untersuchung.

So lassen sich lediglich zwei vergleichbare aktuelle Lehrbücher finden: nämlich die von Schöbener/Knauff und Zippelius. Gleichwohl wohnt dem besprochenen Themenfeld eine reiche Tradition inne, wie an den klassischen Autoren Hans Kelsen, Georg Jellinek oder eben Hermann Heller zu erkennen ist. Diese Problematik einer überaus unscharfen und kritisierten Wissenschaft ist dem Verfasser bewusst und er wird sie mit einer experimentellen Herangehensweise zu lösen versuchen. Es ist zu notieren, dass das Werk wegen seines extensiven Fußnotenapparats und der noch darzuliegenden Methode Studierende sowie Fortgeschrittene und Interessierte ansprechen soll.

Der Autor beginnt mit der Feststellung, dass weitgehende Uneinigkeit in der Forschung und der Lehre über den Inhalt der Allgemeinen Staatslehre besteht, versucht sich anschließend aber in einer Feststellung grundlegender Gemeinsamkeiten. Die Allgemeine Staatslehre zeichne sich erstens durch moderne Staatlichkeit als Gegenstand einer analytisch-kritischen Seins- und Sollenswissenschaft aus, zweitens sei sie dabei notwendig interdisziplinär und wegen des dadurch entstehenden Spektrums an Herangehensweisen individuell-experimentell. Letztlich gesteht Thiele ein, dass es im Angesicht der 193 UN-Mitgliedstaaten unmöglich sei, eine allumfassende Allgemeine Staatslehre zu konstruieren. Deswegen wird der Untersuchungsgegenstand gut begründet auf aktuell bestehende demokratische Verfassungsstaaten wie unter anderem Frankreich, Südafrika oder Südkorea beschränkt.

Im Hinblick auf die soeben aufgestellten Charakteristika bestehen die schon erwähnten Zweifel an der Möglichkeit einer wissenschaftlich haltbaren Allgemeinen Staatslehre; das Werk befindet sich merklich unter Rechtfertigungsdruck.

Erstens sei der Staat durch drastische Globalisierungsprozesse in einer auflösenden Diffusion begriffen, seine einheitliche, demokratische Souveränität nicht mehr wirklich gewährleistet. Dem entgegnet der Verfasser zunächst, dass unbegrenzte Souveränität schon immer eine Fiktion gewesen sei und deshalb allenfalls von einem quantitativen, nicht qualitativen Verlust die Rede sein könne (vgl. S. 23). Dies lässt jedoch die Frage offen, inwiefern Souveränität durch quantitative Abgabe und nicht zurechenbare Diffusion nicht doch letztendlich faktisch entleert und etwa durch supra-/internationale Institutionen ein erhebliches Demokratiedefizit erleiden könnte. Des Weiteren wird angeführt, dass es Staatlichkeit zur Aufrechterhaltung des öffentlichen Friedens immer noch bedürfe, was Beispiele wie der *failed state* Somalia bewiesen (vgl. S. 23 f.). Dieser Einwand vermag nicht zu überzeugen. Thiele argumentiert vorliegend gegen eine deskriptiv-analytische Position (die Staatssouveränität löst sich in ein diffuses übernationales System auf) mit normativen Argumenten gegen Anarchismus (Herrschaftslosigkeit), dessen Genese die Vertreter der Diffusionsthese (z. B. Udo Di Fabio, S. 20) nicht annehmen oder goutieren würden. Zudem führt der Autor an, dass das Aufkommen des Rechtspopulismus im Modus des »take back control« (Brexit) oder »America first« (Trump) eine Renationalisierungstendenz aufzeige, die die wenigstens latente Existenz von ausgeprägter staatlicher Souveränität beweise (vgl. S. 25 f.). Dementgegen könnten diese Anstrengungen ebenso als partikuläre Phänomene in einer strukturellen, vielleicht sogar dialektisch fortschreitenden Auflösungstendenz gelesen werden. Schließlich vermag die Aufrechterhaltung des modernen Staates im Antlitz der Auflösungsthese doch gelingen, jedoch nur im Ergebnis. Denn der Verfasser argumentiert hilfsweise damit, dass diese Auflösungsbewegungen sich jedenfalls in der Gegenwart nicht vollständig vollzogen hätten. Eine Allgemeine Staatslehre mit dem Untersuchungsobjekt des modernen Staates könne also »im Jetzt« noch bestehen (vgl. S. 27). Das zweite Merkmal, nach dem die Allgemeine Staatslehre notwendig interdisziplinär ist, werde mit dem Vorwurf angegangen, der Fachrichtung ermangele eine gefestigte Methode. Demgegenüber konzessiert Thiele, dass die Staatslehre ob der möglichen Extensität des Untersuchungsgegenstandes in der Tat keine scharf konturierte wissenschaftliche Methode oder Begrenzung aufbringen kann. Dies sei allerdings insoweit unschädlich, als es überhaupt keine definierte Herangehensweise brauche. Vielmehr könne ein wissenschaftlicher Erkenntnisgewinn auch durch einen »bewusst unzureichenden Versuch« (S. 30) erlangt werden. Zwar soll hier nicht in eine wissenschaftsphilosophische Diskussion eingestiegen werden, es sei dennoch angemerkt, dass dieses Feyerabend'sche *anything-goes*-Diktum zumindest kontrovers betrachtet wird. Im Folgenden wird gegen den Vorwurf der methodischen Unschärfe eingewendet, dass diese An-

* Victor Johannes Loxen studiert Rechtswissenschaften, Kunstgeschichte und Philosophie an der Georg-August-Universität Göttingen.

schuldigung dann auch das gesamte Öffentliche Recht deutlich härter treffen müsse (S. 35). Die Fachrichtung bediene sich ebenfalls synkretisch an allerlei Wissenschaften, die zur Entscheidung nicht zuletzt verfassungsrechtlicher Fragen oft und nach Belieben herangezogen werden würden. Diese Argumentation erreicht nicht die eigentliche Rechtfertigung der Allgemeinen Staatslehre, sondern die Ablenkung der vielleicht angebrachten Kritik auf eine wesentlich etabliertere Disziplin – wer würde schon das Öffentliche Recht dermaßen in Frage stellen? Was damit aber gewonnen ist, bleibt fraglich.

Nach dieser holprigen, doch hinreichenden Rechtfertigung geht das Buch zu seinem Herzstück über. Ganz im Geiste des »bewusst unzureichenden Versuchs« stellt der Verfasser zehn ausgewählte Fragen an die Allgemeine Staatslehre, die sich bis zur einschließlich vierten Frage nicht auf den demokratischen Verfassungsstaat fokussieren und deshalb entsprechend kürzer sowie allgemeiner gestaltet sind. Von der fünften bis zur zehnten Frage wird dann der demokratische Verfassungsstaat in seinen unterschiedlichen Facetten untersucht.

Zunächst werden der moderne Staat und sein Verhältnis zur Gesellschaft thematisiert. *Thiele* erläutert die europäische Entstehung des Nationalstaats, gibt acht nachvollziehbare Merkmale zur Definition und stellt die verschiedenen rechtswissenschaftlichen Staatsbegriffe von *Schmitt* bis *Smend* dar. Das Verhältnis des Staates zur Gesellschaft sei, wolle es nicht totalitär werden, im demokratischen Verfassungsstaat durch eine dichotomische Trennung gekennzeichnet. Im Zuge dessen müsse wider die Ausleuchtung alles gesellschaftlichen Lebens ein »Raum der Dunkelheit« (S. 55) erzeugt werden – garantiert durch Grundrechte. Auf Basis dieser Vorbereitung wird in Frage zwei erklärt, wie Staaten entstehen, ihre Wandlungsprozesse verlaufen und wie sie untergehen. Dem Leser werden die Abläufe originärer und derivativer Staatsentstehung einleuchtend dargelegt, worauf eine umfassende Typifikation innerstaatlicher Transformationsprozesse folgt, deren Antrieb der Autor in Legitimitätsdefiziten sieht. Diesen Defiziten werde in fast allen Staaten die Möglichkeit einer Verfassungsänderung entgegengesetzt, die gesellschaftliche Wandlungen in außerrevolutionäre Bahnen lenken soll. Um die Frage nach gerechtfertigter und legitimer Herrschaft soll es anschließend in Kapitel III gehen. Theoriesicher und bemerkenswert offen steigt *Thiele* mit der anarchistischen Kritik an Herrschaft überhaupt ein und macht diese insofern fruchtbar, als er sie zwar negiert und die Notwendigkeit eines das Gemeinwesen regulierenden Gewaltmonopols konstatiert, doch aus diesem Widerspruch das Konzept der Legitimität herleitet, so beide Seiten zusammenführt und Gegensätze aufhebt. Die Betrachtung von Legitimität als Anerkennungswürdigkeit der Herrschaft aus Sicht der Beherrschten stellt der Verfasser in das Zentrum der Allgemeinen Staatslehre. Legitimität wird daraufhin durch das Prisma des demokratischen Verfassungsstaates in drei Voraussetzungen aufgespalten: Teilhabe (Demokratie), Begrenzung (Rechtsstaat) und Leistungsfähigkeit (Sozialstaat) *an* respektive *von* Herrschaft. Frage vier stellt systematisch

schlüssig die unterschiedlichen Typologien von Regierungssystemen heraus und geht gesondert auf die verschiedenen Systeme einer Demokratie ein. Hier dürfe aber nicht nur auf formal-demokratische Organisation geachtet werden, faktische Bedingungen seien über Demokratieindizes in die Bewertung einer Demokratie einzubeziehen.

Nun werden in Frage fünf die Grundbedingungen demokratischer Verfassungsstaaten und deren Finanzierungsoptionen herausgearbeitet. Dies beginnt mit der Gewaltenteilung und setzt sich in Ausführungen über die vorgenannten Legitimitätsbedingungen Demokratie, Rechtsstaat und Sozialstaat fort. Beendet wird das Kapitel mit einem Exkurs zum Thema Staatsfinanzierung, der die Möglichkeiten und eminente Bedeutung verfassungsstaatlicher Finanzierung durch unterschiedlichste Instrumente hervorhebt. Kapitel VI zeigt uns die staatlichen Herrschaftsträger, ihre Funktionen und Ausformungen auf. Das Staatsvolk sei beispielsweise nach der Auffassung des Autors als *pouvoir constitué* nicht mehr souverän, sondern stelle das verfasste »Legitimationsendsubjekt« dar. Überdies werden mit angemessener Tiefe das Parlament, die Gubernative und ihre Organe sowie Bürokratie und Rechtsprechung thematisiert beziehungsweise interdisziplinär problematisiert. Ähnliches vollzieht sich im nächsten Abschnitt, der die gesellschaftlichen Herrschaftsträger durchleuchtet. Die Zivilgesellschaft wird in ihre Akteure, von Parteien über Lobbygruppen, Kirchen, öffentlicher Meinung bis zu »Superreichen« aufgespalten und kritisch erörtert. Hiernach ist in Frage acht von der innerstaatlichen Organisation der Bundesstaaten und Kommunen zu lesen, wobei der Teil über die Relevanz von »Megacities« aufgrund seiner außereuropäischen Betrachtung positiv zu erwähnen ist. Im vorletzten Teil geht das Lehrbuch noch auf die internationale Einbettung von demokratischen Verfassungsstaaten ein, die sich in vielseitigen völkerrechtlichen Formen ausprägt, deren Durchsetzungsschwierigkeiten *Thiele* aber nicht unbeachtet lässt. In der zehnten und letzten Frage eröffnet das Lehrbuch dem Leser noch eine konstruktive Zukunftsperspektive. Den Nationalstaat als solchen gelte es zu überwinden, nicht jedoch die Staatlichkeit zum Zwecke einer Weltregierung. Vielmehr bräuchte es einen international gesicherten Mindeststandard für Grundrechte und umfassende internationale Kooperation.

Dieser Tage erscheint es als ein merkwürdiges Unterfangen, dermaßen grundlegend über den demokratischen Verfassungsstaat nachzudenken. Ein Kommentar zum Infektionsschutzgesetz (IfSG) oder die aktuell zusätzlich lohnenswerten Beiträge im Verfassungsblog liegen in Corona-Zeiten augenscheinlich näher. Eine solche Sicht greift allerdings vielleicht doch zu kurz. Krisen wie die gegenwärtige beinhalten immer eine umfassende Intensitätssteigerung, die uns aus der Selbstverständlichkeit des Alltags enthebt, und stellen einen Belastungstest sowohl für Problemlösungsmechanismen als auch die damit befassten Institutionen dar. Sich mit den (Vor-)Bedingungen des demokratischen Verfassungsstaates zu befassen, kann also gerade derzeit besonders ertragreich sein. Dies ermöglicht *Alexander Thieles* Lehrbuch, ungeachtet der problematischen

wissenschaftlichen Rechtfertigung zu Anfang, weitgehend. Die Fragen bauen didaktisch nachvollziehbar aufeinander auf und legen ein für jede/n Rechtswissenschaftler/in elementares Fundament, ohne dabei den kritischen Blick zu verlieren oder in ideenlose, deskriptive Ausführungen abzugleiten. Ebenso erreicht der Autor sein Ziel, mit vielen Fragen sowie programmatischen Aufträgen an die Allgemeine Staatslehre noch mehr oder weniger offene Forschungs-

felder aufzuzeigen, die sich als anschlussfähiges Sprungbrett für interessierte Lektüre oder etwaige akademische Arbeiten nutzen lassen. In Anbetracht dieser Ausführungen ist das vorliegende Lehrbuch neben Jurastudierenden ebenso all jenen zu empfehlen, die sich mit Staatlichkeit im Allgemeinen und insbesondere ihrer demokratisch-verfassungsstaatlichen Ausprägung befassen möchten.

ZivilR Rechtsprechungsübersicht

Friederike Ammann*, Sven Neubert† und Torben Schneider§

Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht**Crowdworker sind in der Regel keine Arbeitnehmer i. S. d. § 611 a BGB**

LAG München, Urt. v. 4. 12. 2019 – 8 Sa 146/19

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Ein Vertrag, der keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung begründet, ist kein Arbeitsvertrag. Daher ist eine Rahmenvereinbarung, die nur die Bedingungen der erst noch abzuschließenden Einzelverträge wiedergibt, selbst aber noch keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung begründet, kein Arbeitsvertrag.

Tierhalterhaftung beim »Hundegetümmel«

OLG Koblenz, Urt. v. 9. 12. 2019 – 12 U 249/18

Leitsatz der Redaktion

Führt ein »Hundegetümmel« zu einem Sturz einer Person, so realisiert sich in diesem »Getümmel« eine tiertypische Gefahr. Der geschädigten Person steht in diesem Fall ein Schadensersatzanspruch aus §§ 833, 253 BGB zu.

Zur Möglichkeit der Vertragsanpassung bei einem Irrtum über die tatsächliche Wohnfläche bei vorheriger Zustimmung zum Mieterhöhungsbegehren

BGH, Urt. v. 11. 12. 2019 – VIII ZR 234/18

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Stimmt der Mieter einem Mieterhöhungsbegehren des Vermieters zu, kommt dadurch unabhängig davon, ob das Mieterhöhungsbegehren den formellen Voraussetzungen des § 558 a BGB genügt und materiell berechtigt war, eine vertragliche Vereinbarung über die begehrte Mieterhöhung zustande.

2. Stimmt der Mieter einem Mieterhöhungsverlangen zu, das auf einer unrichtigen (zu großen) Wohnfläche beruht, liegen die Voraussetzungen einer Vertragsanpassung nach § 313 I BGB ungeachtet eines Kalkulationsirrtums der Parteien bezüglich der Wohnfläche nicht vor, wenn der Vermieter die vereinbarte Mieterhöhung unter Berücksichtigung der tatsächlichen Wohnfläche auch in einem gerichtlichen Mieterhöhungsverfahren nach §§ 558, 558 b BGB hätte

durchsetzen können; denn in einem solchen Fall ist dem Mieter ein Festhalten an der Vereinbarung zumutbar.

Erlöschen der Betriebserlaubnis durch Montage nicht zugelassener Felgen als Sachmangel

BGH, Urt. v. 11. 12. 2019 – VIII ZR 361/18

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Die Betriebserlaubnis für ein Fahrzeug erlischt im Falle nachträglicher Veränderungen (hier: Montage nicht zugelassener Felgen) nur dann, wenn diese mit einem gewissen Grad an Wahrscheinlichkeit eine Gefährdung für andere Verkehrsteilnehmer verursachen. Dabei haben Behörden und Gerichte für jeden konkreten Einzelfall zu ermitteln, ob die betreffende Veränderung eine Gefährdung von Verkehrsteilnehmern nicht nur für möglich erscheinen, sondern erwarten lässt.

2. Die Setzung einer Frist zur Nacherfüllung ist nach § 326 V BGB nur dann entbehrlich, wenn beide Varianten der Nacherfüllung unmöglich sind.

3. Ob ein in der Vornahme einer nicht genehmigten nachträglichen Veränderung an einem Fahrzeug liegender Sachmangel als geringfügig einzustufen und damit als unerhebliche Pflichtverletzung im Sinne des § 323 V 2 BGB zu werten ist, kann angesichts der in § 19 II, V StVZO angeordneten Rechtsfolgen nicht losgelöst von den Voraussetzungen des § 19 II 2 Nr. 2 StVZO beurteilt werden.

Der in der Teilungserklärung vereinbarte Zweck »Laden mit Lager« schließt das »Kinderlärm«-Privileg nicht grundsätzlich aus

BGH, Urt. v. 13. 12. 2019 – V ZR 203/18

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Bei der Prüfung, ob sich eine nach dem in der Teilungserklärung vereinbarten Zweck (hier: »Laden mit Lager«) ausgeschlossene Nutzung (hier: Betreiben eines Eltern-Kind-Zentrums) als zulässig erweist, weil sie bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr stört als die vorgesehene Nutzung, ist regelmäßig die Ausstrahlungswirkung des § 22 I a BImSchG auf das Wohnungseigentumsrecht zu berücksichtigen; dies gilt auch dann, wenn die Teilungserklärung vor Einfügung dieser Vorschrift in das Bundes-Immissionsschutzgesetz errichtet worden ist.

* Friederike Ammann arbeitet als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover.

† Sven Neubert studiert seit 2016 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

§ Torben Schneider studiert seit 2015 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

Haftung des Fahrzeughalters für ein »erhöhtes Parkentgelt« auf einem unentgeltlichen privaten Parkplatz

BGH, Urt. v. 18. 12. 2019 – XII ZR 13/19

Amtliche Leitsätze

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, 863).
2. Verstößt der Fahrzeugführer gegen die Parkbedingungen und verurteilt 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.

Eine jahrzehntelange Duldung begründet kein gewohnheitsrechtliches Wegerecht

BGH, Urt. v. 24. 1. 2020 – V ZR 155/18

Amtliche Leitsätze

1. Gewohnheitsrecht kann als dem Gesetz gleichwertige Rechtsquelle allgemeiner Art nur zwischen einer Vielzahl von Rechtsindividuen und in Bezug auf eine Vielzahl von Rechtsverhältnissen entstehen, nicht aber beschränkt auf ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn.
2. In einem konkreten Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn kann ein Wegerecht nach dem BGB außerhalb des Grundbuchs nur aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung oder als Notwegerecht unter den Voraussetzungen des § 917 BGB entstehen.
3. Die im Sinne von § 917 I 1 BGB ordnungsmäßige Benutzung eines Gewerbegrundstücks kann es nach den Umständen des Einzelfalls erfordern, dass auf dem verbindungslosen Grundstücksteil Kraftfahrzeuge be- und entladen sowie gegebenenfalls auch abgestellt werden, so dass eine Zufahrt erforderlich ist; dies setzt aber in der Regel voraus, dass das Grundstück nach seinen konkreten Verhältnissen eine gewerbliche Nutzung größeren Umfangs erlaubt.

Ein auf ungewöhnlichem Material errichtetes Testament ist grundsätzlich nicht unwirksam

OLG München, Beschl. v. 28. 1. 2020 – 31 Wx 229/19, 31 Wx 230/19, 31 Wx 231/19

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Der Wirksamkeit eines Testaments steht grundsätzlich nicht entgegen, dass es auf ungewöhnlichem Material (hier: Notizzettel minderer Qualität im Format 10 cm x 7 cm) errichtet wurde.
2. Zur Ermittlung des Testierwillens in einem solchen Fall ist auf alle, auch außerhalb der Urkunde liegenden Umstände zurückzugreifen. Erhebliches Gewicht kommt dem Umstand zu, wenn der Erblasser auch frühere Testamente auf ungewöhnlichem Papier errichtet hat.
3. Ein Widerruf des Testaments durch bloßes Einreißen der Urkunde bedarf einer besonders sorgfältigen Würdigung aller Umstände. Insbesondere bei Papier minderer Qualität und geringer Größe kann jedenfalls (auch) eine bloß zufällige Beschädigung naheliegen.

Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Rechtsmangels bei SIS-Eintragung eines Kfz

BGH, Urt. v. 26. 2. 2020 – VIII ZR 267/17

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Eine bei Gefahrübergang bestehende Eintragung eines Kraftfahrzeugs in das Schengener Informationssystem (SIS) stellt einen Rechtsmangel dar, für den der Verkäufer grundsätzlich haftet. Allein ein bei Gefahrübergang vorliegendes tatsächliches Geschehen, das erst zu einem späteren Zeitpunkt zu einer SIS-Eintragung führt, genügt demgegenüber nicht.

Käufern eines Fahrzeugs mit unzulässiger Abschalteneinrichtung steht ein Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zu

BGH, Urt. v. 25. 5. 2020 – VI ZR 252/19

Leitsätze der Redaktion

1. Dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung versehenen Fahrzeugs steht ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte, die Herstellerin des Fahrzeugs ist, zu. Die Beklagte haftet wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB. Das Verhalten der innerbetrieblich handelnden Personen wird der Beklagten vollumfänglich zugerechnet (§ 31 BGB).
2. Der Käufer kann die Erstattung des für das Fahrzeug gezahlten Kaufpreises verlangen, muss sich aber den gezogenen Nutzungsvorteil anrechnen lassen und der Beklagten das Fahrzeug zur Verfügung stellen.

ÖffR Rechtsprechungsübersicht

Jakob Wagner-Douglas* und Sven Wedemeyer‡

Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht

Kooperativer Grundrechtsschutz durch das BVerfG im europäischen Mehrebenensystem

 BVerfG, Beschl. v. 6. 11. 2019 – 1 BvR 16/13 –
 Recht auf Vergessen I

 BVerfG, Beschl. v. 6. 11. 2019 – 1 BvR 276/17 –
 Recht auf Vergessen II

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Die Frage, ob die Grundrechte des Grundgesetzes oder die der Grundrechtecharta der Europäischen Union Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts sind, hängt von der Frage ab, ob das betroffene innerstaatliche Recht (bzw. der Rechtsakt) unionsrechtlich nicht vollständig (Recht auf Vergessen I) oder vollständig (Recht auf Vergessen II) determiniert ist.

2. Hat die deutsche Staatsgewalt bei der Durchführung des Unionsrechts einen innerstaatlichen Gestaltungsspielraum, sodass ein Fall nicht vollständiger unionsrechtlicher Determination vorliegt, prüft das Bundesverfassungsgericht das innerstaatliche Recht im Regelfall am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes. Insoweit gilt eine Regelvermutung des gleichen Schutzniveaus der Grundrechtsregime, die aus ihrer engen Verbundenheit folgt. Beide Grundrechtsregime basieren auf dem gemeinsamen Fundament der Europäischen Menschenrechtskonvention und bilden eine gemeinsame europäische Grundrechtstradition. Zur Widerlegung der Vermutung bedarf es konkreter und hinreichender Anhaltspunkte.

3. Soweit eine vollständige Determination vorliegt, verdrängen die Unionsgrundrechte im Wege des Anwendungsvorrangs die Grundrechte des Grundgesetzes, sodass im Grundsatz allein diese den Prüfungsmaßstab bilden. Dieser Prüfungsmaßstab gilt unter dem Vorbehalt, dass die Unionsgrundrechte geeignet sind, hinreichend wirksamen Schutz zu gewährleisten. Das Bundesverfassungsgericht übt seine Kontrollkompetenz, die ihm aus seiner Integrationsverantwortung aus Art. 23 I GG erwächst, in einem engen kooperativen Gerichtsdialog unter Beachtung seiner Vorlagepflicht, Art. 267 III AEUV, aus.

* Jakob Wagner-Douglas ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht und Europarecht am Lehrstuhl für Allgemeines Völkerrecht von Prof. Dr. Andreas L. Paulus.

‡ Sven Wedemeyer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht und Europarecht am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht von Prof. Dr. Frank Schorkopf.

Verfassungsmäßigkeit des Kopftuchverbots für Rechtsreferendarinnen – Sondervotum Maidowski: Kopftuchverbot ist insbesondere unverhältnismäßig

 BVerfG, Beschl. v. 14. 1. 2020 – 2 BvR 1333/17 –
 Kopftuch III

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Das Verbot des Tragens religiöser Bekleidung – bei Tätigkeiten, bei denen sie als Repräsentanten des Staates wahrgenommen werden könnten – greift in die individuelle Glaubensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ein.

2. Der Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Als mit der Glaubensfreiheit kollidierende Verfassungsgüter, kommen der Grundsatz der weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates, der Grundsatz der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege sowie die negative Religionsfreiheit Dritter in Betracht.

3. Der staatlichen Neutralitätsverpflichtung kommt eine besondere Bedeutung zu, wenn der Staat im Bereich der Justiz auf das äußere Gepräge seiner Amtshandlung besonderen Einfluss nimmt und sich dieses Handeln zurechnen lässt. Anders als im Bereich einer bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule, tritt der Staat dem Bürger in der Justiz klassisch-hoheitlich und daher mit größerer Beeinträchtigungswirkung gegenüber.

4. Das normative Spannungsverhältnis zwischen den Verfassungsgütern unter Berücksichtigung des Toleranzgebots aufzulösen, obliegt zuvörderst dem demokratischen Gesetzgeber, der im öffentlichen Willensbildungsprozess einen für alle zumutbaren Kompromiss zu finden hat. Dabei verfügt er über eine Einschätzungsprärogative. Angesichts der konkreten Ausgestaltung des Verbots kommt keiner der kollidierenden Rechtspositionen ein derart überwiegendes Gewicht zu, das verfassungsrechtlich dazu zwingt, Rechtsreferendarinnen das Tragen religiöser Symbole im Gerichtssaal zu verbieten oder zu erlauben. Das vom Gesetzgeber gewählte Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen hält eine Verfassungsmäßigkeitsprüfung stand.

Nichtigkeit des Zustimmungsgesetzes zum Abkommen über ein Einheitliches Patentgericht (EPGÜ)

BVerfG, Beschl. v. 13. 2. 2020 – 2 BvR 739/17

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Der Bürger genießt ein Recht zur Sicherung seiner demokratischen Einflussmöglichkeiten im europäischen Integrationsprozess aus Art. 38 I 1 GG (»Recht auf Demokratie«). Der Schutz umfasst auch die Wahrung der formellen Anfor-

derungen des Art. 23 I GG an eine wirksame Übertragung von Hoheitsrechten (»formelle Übertragungskontrolle«).

2. Das EPGÜ ersetzt in der Sache unionsrechtliche Regelungen, deren Verankerung nicht die notwendigen Mehrheiten erreicht hat, im Wege des Völkerrechts und weist demnach ein besonderes Näheverhältnis zum Integrationsprogramm der Europäischen Union auf. Die Anforderungen des Art. 23 I GG gelten daher auch für solche Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen.

3. Durch das EPGÜ werden Rechtsprechungsaufgaben ausschließlich einem supranationalen Gericht übertragen und es greift dadurch in den Regelungstatbestand des Art. 92 GG ein. Soweit durch die Zustimmungsgesetze das Grundgesetz seinem Inhalt nach verändert wird, bedarf es nach Maßgabe der Art. 23 I 3, 79 III GG in formeller Hinsicht einer verfassungsändernden Mehrheit im Bundestag.

4. Das EPGÜ hat die erforderliche Zwei-Drittel-Mehrheit nicht erreicht und kann eine Hoheitsrechtsübertragung nach Maßgabe der Art. 23 I 3, 79 III GG nicht legitimieren. Es verletzt deshalb den Bürger in seinem Recht aus Art. 38 I 1, 20 I und II i. V. m. 79 III GG.

Nichtigkeit des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung

BVerfG, Urt. v. 26. 2. 2020 – 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 2527/16

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR), Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, umfasst als Ausdruck persönlicher Autonomie ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben. Dieses schützt die Freiheit, sich das Leben zu nehmen, sowie die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und Hilfe, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen. Diese Entscheidung des Einzelnen ist als Akt autonomer Selbstbestimmung von Staat und Gesellschaft zu respektieren. Aus diesem Recht leitet sich dagegen kein Anspruch gegenüber Dritten auf Suizidhilfe ab, sodass niemand verpflichtet werden kann, Suizidhilfe zu leisten.

2. § 217 StGB greift in das APR Sterbewilliger ein, auch wenn diese nicht unmittelbare Adressaten der Norm sind. Staatliche Maßnahmen können auch im Wege mittelbarer oder faktischer Wirkung Grundrechte beeinträchtigen und bedürfen daher hinreichender Rechtfertigung.

3. Der Kontrollmaßstab ist eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung. Bei der Regelung der assistierten Selbsttötung entsteht ein Spannungsfeld zwischen der Achtung der Autonomie Suizidwilliger sowie der staatlichen Pflicht, das Rechtsgut Leben zu schützen. Der sich aus der Verfassung ergebende hohe Rang dieser Rechtsgüter ist grundsätzlich geeignet, deren effektiven präventiven Schutz auch mit Einsatz strafrechtlicher ultima ratio-Maßnahmen zu rechtfertigen. Suizidhilfe darf nur in der Weise unter Strafe gestellt

werden, dass trotz des Verbots im Einzelfall ein Zugang zu freiwillig bereitgestellter Suizidhilfe real eröffnet bleibt.

4. Das Verbot des § 217 Abs. 1 StGB verengt die Möglichkeiten einer assistierten Selbsttötung in einem verfassungswidrigen Umfang, dass dem Einzelnen faktisch kein Raum zur Wahrnehmung seiner verfassungsrechtlich geschützten Freiheit verbleibt.

Judikat des Gerichtshofs sowie Beschlüsse der EZB zum PSPP sind ultra vires-Akte

BVerfG, Urt. v. 5. 5. 2020 – 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 1651/15

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge üben die ultra vires-Kontrolle in der Europäischen Union, die ein Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund darstellt, im Einklang mit der Europäischen Integrationsidee kooperativ aus, um nicht den Anwendungsvorrang sowie die einheitliche Anwendung des Unionsrechts ohne Weiteres zu unterlaufen. Die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts fallen primär in die Zuständigkeit des Gerichtshofs, Art. 19 I 2 EUV. Die anzuwendenden Methoden und Grundsätze müssen nicht zwingend denen der mitgliedstaatlichen Gerichte entsprechen. Die in Rede stehende Auslegung des Gerichtshofs in Bezug auf die Unionsrechtskonformität der Beschlüsse des Rates der EZB verkennt jedoch in offensichtlicher Weise die Bedeutung und Tragweite des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der seine kompetenzrechtliche Ausprägung in Art. 5 I 2, IV EUV erfahren hat, und sie ist schlechterdings nicht mehr vertretbar. Damit überschreitet dieser die vom Rechtssprechungsverbund gesetzten Grenzen seines Mandats und handelt ultra vires.

2. Der Senat ist daher nicht an die Auslegung des Gerichtshofs gebunden. Ob die Durchführung des PSPP kompetenzgemäß erfolgte, beurteilt der Senat eigenständig. Das währungspolitische Ziel des PSPP, Herbeiführung einer Inflationsrate von knapp unter zwei Prozent, hat erhebliche wirtschaftspolitische Auswirkungen. Aus den Beschlüssen lässt sich jedoch eine Benennung, Gewichtung sowie Abwägung von Zweck und Mittel, wie diese der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert, nicht erkennen, sodass dadurch die Kompetenz der EZB mit Blick auf Art. 119 und Art. 127 ff. AEUV sowie Art. 17 ff. EZB-Satzung überschritten wurde und ein ultra vires-Akt vorliegt.

3. Das Vorliegen einer Verletzung der Integrationsverantwortung durch die Bundesregierung und den Bundestag kann nicht beurteilt werden. Dieses hängt davon ab, ob eine nachvollziehbar dargelegte Verhältnismäßigkeitsprüfung des EZB-Rates innerhalb einer Übergangsfrist von drei Monaten endgültig festgestellt wird. Bis zur Darlegung dürfen die Träger der Integrationsverantwortung nicht an der Umsetzung, Vollzug oder Operationalisierung von ultra vires-Maßnahmen mitwirken.

4. Die angegriffenen Befugnisse des Bundesnachrichtendienstes sind mit den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit nur vereinbar, wenn sie durch eine unabhängige objektive Kontrolle flankiert sind.

5. Aufgrund der erheblichen Bedeutung der Befugnisse des Bundesnachrichtendienstes für die Sicherung der politischen Handlungsfähigkeit der Bundesregierung und der Behebbarkeit der Verfassungsverstöße, gelten die beanstandeten Vorschriften trotz ihrer Verfassungswidrigkeit vorläufig, längstens aber bis zum 31. 12. 2021, fort.

Verbot sichtbarer Tätowierung für Polizeivollzugsbeamte in Bayern

BVerwG, Urt. v. 14. 5. 2020 – 2 C 13.19

Leitsatz der Redaktion

Das Bayerische Beamtengesetz untersagt Polizeivollzugsbeamten unmittelbar, sich beim Tragen der Dienstkleidung (Sommeruniform) sichtbaren Körperbereich, d. h. konkret an Kopf, Hals, Händen und Unterarmen, tätowieren zu lassen. Nach dem Bayerischen Beamtengesetz sind äußerlich erkennbare Tätowierungen und vergleichbare auf Dauer angelegte Körpermodifikationen im sichtbaren Bereich mit der Neutralitäts- und Repräsentationsfunktion von uniformierten Polizeivollzugsbeamten unvereinbar. Durch das APR geschützte individuelle Interessen der Polizeivollzugsbeamten an einer Tätowierung müssen für den sichtbaren Bereich gegenüber der Notwendigkeit eines einheitlichen und neutralen Erscheinungsbildes zurücktreten. Insofern wurde die Revision des Klägers zurückgewiesen.

Verfassungswidrigkeit der Ausland-Ausland-Fermmeldeaufklärung nach BND-Gesetz

BVerfG, Urt. v. 19. 5. 2020 – 1 BvR 2835/17

Von der Redaktion bearbeitete Leitsätze

1. Die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte nach Art. 1 III GG ist nicht auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt. Der Schutz des Art. 10 I und des Art. 5 I 2 GG als Abwehrrechte gegenüber einer Telekommunikationsüberwachung erstreckt sich auch auf Ausländer im Ausland.

2. Die angegriffenen Befugnisse des Bundesnachrichtendienstes verletzen das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG und sind somit aus formellen Gründen verfassungswidrig.

3. Auch in inhaltlicher Hinsicht genügen die einzelnen Vorschriften den sich aus den Grundrechten ergebenden materiellen Anforderungen nicht. Insbesondere sind die Regelungen der Telekommunikationsüberwachung selbst, die Regelungen zur Übermittlung von Erkenntnissen der Auslandsüberwachung an andere Stellen, sowie die Vorschriften zur Kooperation nicht hinreichend begrenzt und ausgestaltet.

4. Zwar ist die strategische Auslandstelekommunikationsüberwachung mit Art. 10 I GG nicht grundsätzlich unvereinbar, jedoch als anlasslose Befugnis eine Ausnahmebefugnis, welche begrenzt bleiben muss und nur durch deren besonderes Aufgabenprofil gerechtfertigt ist. Die Ausgestaltung der strategischen Überwachung muss auf dieses Aufgabenprofil der Auslandsaufklärung bezogen und von ihm aus in verhältnismäßiger Weise begrenzt sein. Dem genügen die angegriffenen Vorschriften weithin nicht.

StrafR Rechtsprechungsübersicht

Jannis Strotmann* und Denise Wenzl†

Rechtsprechungsübersicht Strafrecht**Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums bei anwaltlicher und behördlicher Auskunft**

BGH, Beschl. v. 17. 12. 2019 – 1 StR 364/18

Leitsätze der Redaktion

1. Unvermeidbar ist ein Verbotsirrtum erst dann, wenn der Täter alle seine geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und etwa aufkommende Zweifel durch Nachdenken oder erforderlichenfalls durch Einholung verlässlichen und sachkundigen Rechtsrats beseitigt hat. Dabei müssen sowohl die Auskunftsperson als auch die Auskunft aus der Sicht des Täters verlässlich sein; die Auskunft selbst muss zudem einen unrechtsverneinenden Inhalt haben.

2. Eine Auskunft ist in diesem Sinne nur dann verlässlich, wenn sie objektiv, sorgfältig, verantwortungsbewusst und insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilt worden ist. Dabei darf der Täter nicht vorschnell auf die Richtigkeit eines ihm günstigen Standpunktes vertrauen.

3. Der Rat eines Rechtsanwalts ist nicht ohne Weiteres bereits deshalb vertrauenswürdig, weil er von einer kraft ihrer Berufsstellung vertrauenswürdigen Person erteilt worden ist. Entscheidend ist vielmehr, ob der Rechtsrat – aus der Sicht des Anfragenden – nach eingehender sorgfältiger Prüfung erfolgt und von der notwendigen Sachkenntnis getragen ist. Auskünfte, die erkennbar vordergründig und mangelhaft sind, können den Täter nicht entlasten. Vielmehr muss der Beratende eine vollständige Kenntnis von allen tatsächlich gegebenen, relevanten Umständen haben. Insbesondere bei komplexen Sachverhalten und erkennbar schwierigen Rechtsfragen ist regelmäßig ein detailliertes, schriftliches Gutachten erforderlich, um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen. Unzutreffende Auskünfte unzuständiger Behörden können nur dann zur Unvermeidbarkeit des Irrtums führen, wenn sich für den Täter die fehlende Zuständigkeit und Beurteilungskompetenz nicht aufdrängt.

»Migration tötet« als Plakatslogan stellt nicht zwangsläufig Volksverhetzung dar

LG Potsdam, Beschl. v. 20. 12. 2019 – 23 Os 56/19

Leitsätze der Redaktion

1. Um den Tatbestand der Volksverhetzung nach § 130 StGB verfassungskonform auszulegen, bedarf es der Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Auslegungsmethoden.

2. Eine Bestrafung nach § 130 Abs. 1 StGB kommt erst in Betracht, wenn alle möglichen Auslegungsmethoden eine strafrechtliche Relevanz aufweisen, welche nicht mehr von der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt sind.

Untreue im Falle der Nichtaufdeckung »schwarzer Kassen«

BGH, Beschl. v. 12. 2. 2020 – 2 StR 291/19

Leitsätze der Redaktion

1. Eine Strafbarkeit wegen Untreue nach § 266 Abs. 1 Alt. 1 oder 2 StGB kann gegeben sein, wenn der Angestellte einer juristischen Person ohne wirksame Einwilligung Vermögenswerte entzieht, um sie nach Maßgabe eigener Zwecksetzung, wenn auch möglicherweise im Interesse des Treugebers, zu verwenden.

2. Zum Kernbereich einer Vermögensbetreuungspflicht eines Angestellten mit eigenständiger Dispositionsmacht über fremdes Vermögen gehört es auch, seiner Arbeitgeberin verborgene Geldmittel auf verdeckten, nicht unter ihrem Namen geführten, Konten zu offenbaren. Das Schwergewicht der Pflichtwidrigkeit liegt in diesem Fall regelmäßig nicht auf einzelnen Verwaltungs- und Verschleierungshandlungen des Treuenehmers, sondern in dem Unterlassen der Offenbarung durch ordnungsgemäße Verbuchung der Geldmittel.

3. Ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB kann bereits durch das Einrichten und Führen einer solchen sog. schwarzen oder verdeckten Kasse eintreten, ohne dass es auf die Grundsätze einer schadensgleichen Vermögensgefährdung ankommt. Maßgeblich ist, ob die Treugeberin nach der konkreten Ausgestaltung der verdeckten Kasse auf diese nicht mehr zugreifen kann und die ausgegliederten Vermögenswerte damit nicht nur in ihrem wirtschaftlichen Wert gemindert, sondern der Treugeberin dauerhaft entzogen sind.

4. Die dauerhafte Entziehung der Verfügungsmöglichkeit der Treugeberin über die Vermögenswerte stellt einen endgültigen Vermögensverlust dar, der zur Vollendung des Tatbestands der Untreue und zu einem Vermögensnachteil in

* Jannis Strotmann studiert seit 2016 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

† Denise Wenzl studiert seit 2016 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

Höhe der in der verdeckten Kasse vorenthaltenen Mittel führt; die Verwendung der entzogenen Mittel ist danach nur eine Schadensvertiefung und ihre Rückführung allenfalls Schadenswiedergutmachung.

Keine Verurteilung wegen Meineides im Wahlprüfungsverfahren

BGH, Beschl. v. 14. 4. 2020 – 5 StR 424/19

Leitsätze der Redaktion

1. § 154 StGB bedarf aufgrund der Anknüpfung an das Merkmal »zuständige Stelle« eine einschränkende Auslegung, die insofern vorzunehmen ist, als dass der Eid in einem Verfahren geleistet worden sein muss, in welchem ein solcher Eid von Gesetzes wegen her zugelassen ist.

2. Eine Strafbarkeit wegen Meineides entfällt, wenn nach Art des Verfahrens oder Stellung des Schwörenden eine eidliche Vernehmung unzulässig war, da so der objektive Tatbestand des Meineides nicht verwirklicht ist.

Amtsanmaßung gemäß § 132 Alt. 1 StGB ist kein eigenhändiges Delikt

BGH, Beschl. v. 14. 4. 2020 – 5 StR 37/20

Leitsätze der Redaktion

1. Eine Amtsanmaßung i. S. d. § 132 Alt. 1 StGB kann auch in Mittäterschaft begangen werden und stellt kein eigenhändiges Delikt dar.

2. Für ein eigenhändiges Delikt kommt es entscheidend darauf an, dass sich das maßgebliche Unrecht auf das eigene verwerfliche Tun bezieht.

3. Bei § 132 Alt. 1 StGB handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, bei welchem es im Schwerpunkt um die Gefährdung des Bürgervertrauens und nicht um ein höchstpersönliches sozialschädliches Verhalten geht.

Diebstahl von Kunstobjekten aus der Papiermülltonne

OLG Köln, Beschl. v. 21. 4. 2020 – III.1 RVs 78/20

Leitsätze der Redaktion

1. Von einem Künstler angefertigte, aussortierte und in einer Papiermülltonne auf seinem Grundstück entsorgte Werke verbleiben weiterhin im Eigentum des Künstlers. Dies gilt auch, wenn sie aus der Papiermülltonne hinausgefallen sind, sodass es sich um fremde bewegliche Sachen im Sinne des § 242 Abs. 1 StGB handelt. Nach der Verkehrsanschauung besteht ferner der Gewahrsam des Künstlers fort.

2. Stellt sich der Täter vor, dass er zur Mitnahme der Bilder berechtigt sei, unterliegt er einem vermeidbaren Verbotsirrtum. Es ist erkennbar, dass derjenige, der ein Bild in die auf seinem Grundstück stehende Papiermülltonne wirft, andauernde Rechte daran zustehen. Dies gilt insbesondere, wenn es sich um Werke eines berühmten Künstlers handelt.

Unmittelbares Ansetzen zum Diebstahl in einem besonders schweren Fall aus einem Zigarettenautomaten

BGH, Beschl. v. 28. 4. 2020 – 5 StR 15/20

Leitsätze der Redaktion

1. Entscheidend ist, ob der Gewahrsam durch Schutzmechanismen gesichert ist. Ist dies der Fall, reicht für den Versuchsbeginn der erste Angriff auf einen solchen Schutzmechanismus regelmäßig aus, wenn sich der Täter bei dessen Überwindung nach dem Tatplan ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder weitere eigenständige Willensbildung einen ungehinderten Zugriff auf die erwartete Beute vorstellt. Für ein unmittelbares Ansetzen zur geplanten Wegnahme nicht erforderlich ist, dass der angegriffene Schutzmechanismus auch erfolgreich überwunden wird. Deshalb reicht der Beginn des Einbrechens, Einsteigens oder Eindringens im Sinne von § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB regelmäßig aus, um einen Versuchsbeginn anzunehmen.

2. Die Verhüllung (mit Planen und Handtüchern) bedeutete den ersten Schritt hin zum Aufbruch des Automaten. Dieser war damit dem Blick anderer entzogen und dem Zugriff des Angeklagten in besonderem Maße ausgesetzt. Nach dessen Vorstellung sollte der Einsatz des Trennschleifers oder anderer Aufbruchsmittel unmittelbar folgen. Für den Fall, dass der Trennschleifer nicht zum Einsatz kommen konnte, hatte sich der Angeklagte weitere Werkzeuge bereitgelegt. Die fremden Sachen, die durch den Zigarettenautomaten vor Wegnahme besonders geschützt waren, waren damit bereits konkret gefährdet.

Extra Rechtsprechungsübersicht

Sophie Norbeck*

Rechtsprechungsübersicht zur COVID-19-Pandemie

Angesichts der Corona-Pandemie sahen sich Gerichte bundesweit mit einer Vielzahl neuer Fallgestaltungen konfrontiert. Insbesondere das Ausmaß der Grundrechtseinschränkungen in den vergangenen Monaten ist als solches bisher beispiellos in der Geschichte der Bundesrepublik. Der besonderen Situation für das Rechtswesen Rechnung tragend, stellt diese Rechtsprechungsübersicht ausgewählte Entscheidungen dar (Redaktionsschluss am 29.5.2020). Sie ordnet die Entscheidungen nach einzelnen Themenkomplexen und innerhalb dieser nach Chronologie.

VERBOT VON GOTTESDIENSTEN**»Das Verbot von Gottesdiensten ist zulässig«**

OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 8. 4. 2020 – 11 S 21/20

Leitsätze der Redaktion

1. Die SARS-CoV2-Eindämmungsmaßnahme soll die Zahl von Neuinfektionen mit dem Coronavirus und die Ausbreitungsgeschwindigkeit verringern. Dadurch soll eine Überlastung des öffentlichen Gesundheitssystems vermieden werden.

2. Das Virus stellt eine erhebliche Gefahr für die Gesundheit und das Leben jedes/jeden Einzelnen sowie für die Bevölkerungsgesundheit insgesamt dar.

3. Das Verbot von öffentlichen Gottesdiensten in Kirchen und ähnlichen Gebäuden ist daher ein geeignetes und erforderliches Mittel, um die Infektionskurve abzuflachen.

»Verbot von Gottesdiensten an Ostern sind zur Verringerung der Ansteckungsrate zulässig«

BVerfG, Beschl. v. 10. 4. 2020 – 1 BvQ 28/20

Leitsätze der Redaktion

1. Gottesdienstverbote stellen einen überaus schwerwiegenden Eingriff in die Glaubens- und Religionsfreiheit dar und bedürfen daher einer fortlaufenden und strengen Prüfung der Verhältnismäßigkeit anhand der aktuellen pandemischen Situation (Pressemitteilung Nr. 24/20 vom 10. 4. 2020).

2. Würden Gottesdienste über die Osterfeiertage stattfinden dürfen, würden sich viele Menschen in den Kirchen versammeln. Dies würde die Gefahr einer Ansteckung mit dem COVID-19-Virus erheblich erhöhen.

3. Das durch Art. 4 I, II GG geschützte Recht der Religions- und Glaubensfreiheit und die damit verbundenen Feiern zu Ostern müssen derzeit zurücktreten, um die Gefahren für das Leib und die körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II GG zu schützen.

»Das Verbot von Gottesdiensten durch die Eindämmungsverordnung ist nicht zu beanstanden«

VG Berlin, Beschl. v. 27. 4. 2020 – 14 L 32/20

Leitsätze der Redaktion

1. Das Verbot von Gottesdiensten durch die Coronavirus-Eindämmungsverordnung ist rechtlich nicht zu beanstanden.

2. Durch das Verbot wird der Kernbereich der Religionsfreiheit nicht berührt. Kirchenbesuche zur individuellen stillen Einkehr bleiben ebenso wie private Andachten im Kreise der Haushaltangehörigen erlaubt. Darüber hinaus können Gottesdienste auf elektronischem Weg stattfinden und von gläubigen Menschen genutzt werden, um ihrer Religions- und Glaubensfreiheit nachzukommen.

»Der ausnahmslose Verbot des Freitagsgebetes ist nicht mit Art. 4 I, II GG vereinbar«

BVerfG, Beschl. v. 29. 4. 2020 – 1 BvQ 44/20

Leitsätze der Redaktion

1. Das Verbot des gemeinsamen Freitagsgebets im Fastenmonat Ramadan ist als schwerwiegender Eingriff in die nach Art. 4 I, II GG geschützte Glaubensfreiheit zu qualifizieren. Insbesondere dem Fastenmonat kommt eine liturgische Bedeutung zu.

2. Die physische Anwesenheit an den Freitagsgebeten wird in verschiedenen Koranstellen ausdrücklich dargelegt.

3. Die Niedersächsische Verordnung zum Schutze vor Neuinfektionen mit dem Corona-Virus enthält keine Möglichkeiten für die ausnahmsweise Zulassung von Gottesdiensten, sofern sichergestellt werden kann, dass bei der Würdigung aller konkreten Umstände eine relevante Erhöhung der Infektionsgefahr verneint werden kann.

4. Vorliegend führt der Antragssteller aus, dass zwischen den Gläubigen der erforderliche Mindestabstand gewahrt werden kann, weil die Zahl der Teilnehmer an den jeweiligen Freitagsgebeten auf 24 reduziert werde, obwohl die Moschee Platz für 300 Gläubige bietet.

* Sophie Norbeck studiert seit 2016 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

VERSAMMLUNGSVERBOTE

»Ein pauschales Versammlungsverbot aufgrund der Corona-Pandemie ist unzulässig«

BVerfG, Beschl. v. 15. 4. 2020 – 1 BvR 828/20

Leitsätze der Redaktion

1. Ein pauschales Versammlungsverbot zu Zeiten der Corona-Pandemie besteht nicht.
2. Die Versammlungsfreiheit stellt ein wesentliches Element der freiheitlich demokratischen Grundordnung dar.
3. Ob eine Versammlung verboten werden darf ist eine Frage des Einzelfalls. Sie dürfen nicht verboten werden, soweit sichergestellt werden kann, dass die nötigen Maßnahmen eingehalten werden können.

»Verbot der Versammlung zum 1. Mai in Hamburg ist mit Art. 8 GG vereinbar«

VG Hamburg, Beschl. v. 21. 4. 2020 – 11 E 1790/20

Leitsätze der Redaktion

1. Versammlungen unter freiem Himmel sind zulässig, soweit der Infektionsschutz sichergestellt werden kann.
2. Das Verbot der Versammlung ist zulässig. Es werden mehr als die angekündigten 25 Teilnehmer erwartet. Vergleichbare Veranstaltungen mussten aufgelöst werden, weil aufgrund von Interaktionen zwischen Teilnehmern und Passanten, die erforderlichen Abstandsregeln nicht mehr eingehalten worden sind.
3. Unübersichtliche Situationen und Ausschreitungen müssen aufgrund infektionsschutzrechtlicher Sicht sicher ausgeschlossen werden, damit das Verbot einer Versammlung unzulässig ist.

»Teilnehmerlisten stellen keine geeignete Maßnahme bei Versammlungen dar, um mögliche Infektionsketten nachzuweisen und sind nicht mit Art. 8 GG vereinbar«

VG Köln, Beschl. v. 7. 5. 2020 – 7 L 809/20

Leitsätze der Redaktion

1. Mit Art. 8 GG ist es unvereinbar, dass der Versammlungsleiter aus Gründen des Infektionsschutzes eine Liste über die Teilnehmer mit Daten über Vor- und Zunamen, Adresse und Telefonnummer zu führen und diese zwei Monate zur Ermittlung von Kontaktpersonen durch das Gesundheitsamt bereit zu halten hat.
2. Die Versammlungsfreiheit gewährt den Teilnehmern den Schutz, anonym an Versammlungen teilzunehmen. Insbesondere solche Personen sollen anonym an Versammlungen teilnehmen können, die aus Furcht vor Sanktionen des Arbeitgebers, staatlicher Erfassung der eigenen Person oder

politischen Meinung nicht bereit sind, ihre Identität zu offenbaren.

3. Der Führung einer Namensliste fehlt es schon an der Eignetheit. Es kann nicht gewährleistet werden, dass obligatorische Listen inhaltlich richtig sind. Insbesondere kritische Teilnehmer könnten sich veranlasst fühlen, falsche Angaben bezüglich ihrer Identität abzugeben.

MUND-NASEN-SCHUTZ

»Ein Mund-Nasen-Schutz stellt eine taugliche Schutzmaßnahme dar«

OVG Lüneburg, Beschl. v. 5. 5. 2020 – 13 MN 119/20

Leitsätze der Redaktion

1. Gem. § 32 1 IfSG werden die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Ge- und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen.
2. Die Voraussetzungen des § 28 I 1 IfSG liegen vor. Die Behörden werden bei dem Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen zum Handeln verpflichtet.
3. § 28 I 1 IfSG wurde generalklauselartig ausgestaltet.
4. Der Begriff der »Schutzmaßnahmen« ist folglich umfassend und eröffnet der Infektionsschutzbehörde ein möglichst breites Spektrum geeigneter Maßnahmen (Senatsbeschluss v. 27. 4. 2020 13 MN 98/20).
5. Die Mund-Nasen-Bedeckung kann eine filternde Wirkung der Atemluft haben, indem sie die Ausgangsgeschwindigkeit und den damit verbundenen Ausbreitungsradius verringert.
6. Die Verpflichtung, eine Mund-Nasen-Bedeckung an bestimmten Orten zu tragen, kann daher als eine taugliche Schutzmaßnahme i. S. d. § 28 I 1 IfSG angesehen werden.

»Eine Mund-Nasen-Bedeckung ist eine zulässige Schutzmaßnahme«

BayVGH, Beschl. v. 5. 5. 2020 – 20 NE 20.926

Leitsätze der Redaktion

1. Das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes wird voraussichtlich durch § 28 I IfSG gedeckt.
2. Die sachgerechte Anwendung von Masken kann einen tauglichen Fremdschutz darstellen und das Infektionsrisiko verringern. Der Tröpfchenauswurf in der Luft wird durch die stoffliche Barriere verringert.
3. An die Geeignetheit und Erforderlichkeit des Mund-Nasen-Schutzes sind keine erhöhten Anforderungen zu stellen. Dies ergibt sich aus dem Fortbestand der pandemischen

Lage, dem potentiell tödlichen Verlauf der Viruserkrankung sowie dem Fehlen eines wirksamen Impfstoffs und von Medikamenten.

4. Bei dem Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes handelt es sich um eine notwendige Schutzmaßnahme. Insbesondere ist zu beachten, dass die Verpflichtung zum Tragen zeitlich und örtlich beschränkt ist.

ZIVILRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

»Räumungsfristen sind zu verlängern«

LG Berlin, Beschl. v. 26. 3. 2020 – 67 S 16/20

Leitsätze der Redaktion

Gerichtliche Räumungsfristen (§ 721 ZPO) sind derzeit zu verlängern.

»Soforthilfe unterliegt nicht der Pfändung«

LG Köln, Beschl. v. 23. 4. 2020 – 39 T 57/20

Leitsätze der Redaktion

1. Die Corona-Soforthilfe erfolgt ausschließlich zu Minimierung der finanziellen Notlage des betroffenen Unternehmers bzw. des Selbstständigen, die im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie stehen.

2. Um eine unangemessene Härte i. S. d. § 765 a ZPO zu verhindern sind die Soforthilfen dem Schuldner zu belassen und von der Pfändung auszunehmen.

WEITERE URTEILE

»Allgemeinverfügung zur Schließung von Einzelhandelsgeschäften ist rechtlich nicht zu beanstanden«

OVG Hamburg, Beschl. v. 26. 3. 2020 – 5 Bs 48/50

Leitsätze der Redaktion

1. Ein Verstoß gegen Art. 3 I GG ist nicht anzunehmen. Das stark spezialisierte Warensortiment von E-Nikotinprodukten ist nicht von gleicher Bedeutung wie Waren, die die Bevölkerung für den täglichen Bedarf braucht.

2. Zudem ergibt sich aus dem derzeitigen Stand (März 2020), dass der Tabakkonsum ein Risikofaktor im Falle der COVID-19-Erkrankung darstellt.

»Untersagung von Betrieben mit einer Ladenfläche über 800 m² ist unzulässig«

VG Hamburg, Beschl. v. 21. 4. 2020 – 3 E 1675/20

Leitsätze der Redaktion

1. Die Untersagung von Betrieben mit einer Fläche von über 800 m² stellt einen Verstoß gegen die Berufsfreiheit und den Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG dar.

2. Eine differenzierte Betrachtungsweise anhand der Verkaufsfläche ist nicht unmittelbar infektionsschutzrechtlich begründet.

3. Es kann nicht angenommen werden, dass große Verkaufsflächen eine hohe Anziehungskraft für Kunden begründen und es dadurch zu einem Anstieg der potentiellen Kundenanzahl in den Straßen und im öffentlichen Nahverkehr kommt. Eine solche »Sogwirkung« für Läden resultiert nicht aus der Fläche des jeweiligen Geschäfts. Sie lässt sich vielmehr aus der Attraktivität des Warenangebots herleiten.

4. Des Weiteren liegen mildere Mittel vor, wie z. B. die Gewährleistung des Mindestabstands.

»Die Schließung von Fitnessstudios ist zulässig«

BVerfG, Beschl. v. 28. 4. 2020 – 1 BvR 899/20

Leitsätze der Redaktion

1. Die Berufsfreiheit und die wirtschaftlichen Interessen der Betreiber von Fitnessstudios müssen aufgrund der aktuellen Lage zurücktreten.

2. Durch das COVID-19-Virus besteht eine Gefahr für Leib und Leben. Der Staat ist gem. Art. 2 II GG verpflichtet, Gefahren für Leib und Leben abzuwenden.

3. Die beanstandete Regelung ist zudem vorerst bis zum 3. Mai 2020 befristet. Dadurch wird sichergestellt, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird und die jeweilige Entwicklung der Corona-Pandemie berücksichtigt werden kann.

»Generelle Quarantänepflicht für aus dem Ausland Einreisende ist unzulässig«

OVG Lüneburg, Beschl. v. 11. 5. 2020 – 13 MN 143/20

Leitsätze der Redaktion

1. § 5 der Niedersächsischen Verordnung über infektionsschützende Maßnahmen fehlt es an einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

2. Gem. § 32 1 i. V. m. § 30 I 2 IfSG dürfen nur Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider Quarantänemaßnahmen unterzogen werden. Der Personenkreis wird in § 2 Nr. 4 bis 7 IfSG legaldefiniert.

3. Die Einordnung nach § 2 Nr. 4 bis 7 IfSG bedarf einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit. Eine bloße entfernte Wahrscheinlichkeit ist hingegen nicht ausreichend. Die Aufnahme des Krankheitserregers muss wahrscheinlicher sein als das Gegenteil.

4. Allein der Umstand, sich zuvor im Ausland befunden zu haben, ist nicht ausreichend, um unter Quarantäne gestellt zu werden.

»**Grundschullehrerin muss unterrichten**«

VGH Hessen, Beschl. v. 14. 5. 2020 – 1 B1308/20

Leitsätze der Redaktion

1. Schulen dienen der Erfüllung des staatlichen Bildungsauftrags für Schülerinnen und Schüler. Diesem kann nur nachgekommen werden, wenn der Unterricht in persönlicher Präsenz stattfindet.

2. Kernaufgabe von Lehrerinnen und Lehrern ist es gem. § 34 1 BeamStG, die Schülerinnen und Schüler zu unterrichten.

3. § 3 Ia der Verordnung zur Coronabekämpfung sieht vor, dass der Unterricht in zahlenmäßig reduzierten Gruppen stattzufinden hat, sodass der Mindestabstand von 1,5 m gewahrt werden kann.

4. Schülerinnen und Schüler, die aufgrund ihres Alters oder individuellen Stands der Entwicklung und Fähigkeit nicht in der Lage sind, die Schutzmaßnahmen einzuhalten, werden vom Unterricht ausgeschlossen.

5. § 3 Ia der Verordnung ist aus infektionsrechtlichen Gründen nicht zu beanstanden.