

# HANOVER LAW REVIEW

ISSN: 2568-6550

<b>Editorial</b>	Nathalie Hamm	Ein Plädoyer für mehr Tagträume
<b>Aufsatz</b>	Volker Wiese & Patricia Meinking	Das Internationale Privatrecht im Staatsexamen – Eine Einführung, Teil 1
<b>Lernbeitrag</b>	Alina Rauch	Übermittlung personenbezogener Daten an Private – Beispiel Stadionverbot
<b>Entscheidungen</b>	Tim Nix	Zahlung „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ – OLG Hamm 18 U 68/20
	Kent Wilke & Tim Nix	Entfall der Leistungspflicht durch corona-bedingte Schließung – BGH XII ZR 64/21
	Btissam Boulakhrif	Verfassungsmäßigkeit der Nachweispflicht eines Masern-Impfschutzes – BVerfG 1 BvR 469/20
	Marie-Christin Runkel	Gehilfenvorsatz bei Mord und Körperverletzung – BGH 2 StR 302/21
<b>Studienpraxis &amp; Fallbearbeitung</b>	Marvin Ehrenpfort	Kurzarbeit in der Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene, 13 Punkte
	Patricia Meinking	Studienarbeit im Internationalen Privatrecht, 14 Punkte
	Nils Welsch	Klausur im Sachenrecht I, 18 Punkte
	Leandra Nürnberger	Hausarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht, 16 Punkte
	Philippos Ioannidis	Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht, 17 Punkte
<b>Varia</b>	Amani Mehdawi & Alexander Stein	Interview mit Dr. Thomas Keß

Seiten 267 bis 272

Kurz & Knapp

Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!



# Dein Karrierestart

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

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

**Bitte wende Dich an:**

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



**KSB INTAX**  
Rechtsanwälte  
Wirtschaftsprüfer  
Steuerberater  
Notare

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

## VERLAG

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

Registernummer  
VR 202863  
Amtsgericht Hannover

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

## INFO

Erscheinungsweise: Quartalsweise zum Quartalsende  
Erscheinungsort: Hannover

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

## DRUCK

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

## ZITIERVORSCHLAG

amerikanisch:  
Autor, 1 Han LR 2022, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:  
Autor, Han LR 2022, Anfangsseite (Fundstellenseite)

## KONZEPT, SATZ &amp; DESIGN

Dr. Tim Brockmann  
Jari Kohne  
Oliver Marks

## KONTAKT

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

## REDAKTION

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

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:

Anika Brämer; Julia Brandt (Redaktionsleitung Zivilrecht); Marvin Ehrenpfort; Anna Engel (Redaktionsleitung Strafrecht); Jolanda Fiss; Rocky Glaser; Patrick Glatz; Nils Grimmig; Nathalie Hamm (Redaktionsleitung Strafrecht); Clara Kittelmann; Johanna Lange; Amani Mehdawi; Raja Mudrak; Sophia Mustafoska; Tim Nix; Yael Prantl; Aron Rössig; Marie-Christin Runkel (Redaktionsleitung Zivilrecht); Eric Scheu; Laura Schlunk; Patrick Semrau; Dominik Stanislavchuk; Simon Weber; Celina Weddige; Henrik Wichmann (Redaktionsleitung Öffentliches Recht); Roman-Hendrik Wilms; Jasmin Wulf (Redaktionsleitung Öffentliches Recht); Jendrik Wüstenberg.

## WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

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

## HANOVER LAW REVIEW

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

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

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

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

Einsendungen, Beiträge und Interessensbekundungen sind ausdrücklich erbeten.

## UNTERSTÜTZERINNEN UND UNTERSTÜTZER

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

**Prof. Dr. Hermann Butzer,**  
**Prof. Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec.,**  
**Dr. Nassim Eslami,**  
**RA David Faber, LL.M.,**  
**Dr. Sven Hasenstab,**  
**Dr. Thomas Keß,**  
**Prof. Dr. Stephan Meder,**  
**PD Dr. Erol Pohlreich,**  
**Prof. Dr. Timo Rademacher, M.Jur.,**  
**Prof. Dr. Volker Wiese, LL.M. (McGill),**  
**Prof. Dr. Christian Wolf,**  
**Prof. Dr. Sascha Ziemann,**  
**Kanzlei Pfeiffer • von der Heyde und**  
**KSB INTAX v. Bismarck PartGmbB**

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

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

## Ein Plädoyer für mehr Tagträume

*„Gar nichts tun, das ist die allerschwierigste Beschäftigung und zugleich diejenige, die am meisten Geist voraussetzt.“*

(Oscar Wilde)

Vor einigen Wochen stand ich am Bahnsteig und musste zehn Minuten auf einen Zug warten. Zu kurz also, um etwas zu Essen zu kaufen oder einen Kaffee trinken zu gehen. Sofort kam der Standardgriff in die Jackentasche zum Handy – und dann der kurze Schock: Akku leer, Bildschirm schwarz. Während mir also nichts anderes übrigblieb als dazustehen und meiner Smartphone-Ablenkung hinterher zu trauern, wurde mir bewusst, wie lange es her ist, dass ich irgendwo einfach nur gewartet habe. Die Situation des Wartens löst bei mir inzwischen den fast schon reflexartigen Griff zum Handy aus, sei es, um Nachrichten zu checken, ein bisschen Zeitung zu lesen oder schnell eine E-Mail zu beantworten. Oder auch einfach nur, um fünf Mal hintereinander auf die Uhr zu schauen – als würde der Zug davon schneller kommen. Und wenn ich mir die Menschen um mich herum auf dem Bahnsteig so anschau, bin ich mit diesem Reflex offensichtlich nicht allein.

Das Smartphone hat uns unfassbare Möglichkeiten eröffnet, um mit anderen Menschen in Kontakt zu treten, Berufs- und Privatleben zu organisieren und unsere Freizeit zu gestalten. Es hat uns aber auch die kleinen Momente genommen, in denen wir ansonsten zwischen unseren vollen Terminkalendern und To-Do-Listen noch der Langeweile frönen müssten. Egal wann und wo, auch der kleinste Augenblick des Nichtstuns lässt sich mithilfe des allgegenwärtigen Smartphones in der Hosentasche noch mit Produktivität oder – bei den meisten von uns wohl noch häufiger – zumindest mit vielfältiger Ablenkung füllen.

Nichtstun im eigentlichen Sinne ist doch aber ohnehin nicht möglich, mag der eine oder die andere jetzt einwenden – und natürlich ist da etwas dran. Auch wer auf der Couch liegt und an die Decke starrt, tut natürlich immer noch genau das: auf der Couch liegen und an die Decke starren. Aber er oder sie beschäftigt sich weder körperlich (Sport, putzen, aufräumen etc.) noch geistig (lesen, fernsehen, lernen etc.) in besonderer Weise, sondern ist allein mit sich, seinen Gedanken und Beobachtungen. Diese Art des „Nichtstuns“ hat in unserer Gesellschaft ein furchtbar

schlechtes Image. Es wird bestenfalls assoziiert mit Langeweile und Einfallslosigkeit, schlimmstenfalls mit Unproduktivität, Faulheit und mangelnder Disziplin. Einfach nur herumsitzen, -stehen, -liegen geht nicht, irgendwas sollte man dabei schon machen.

Dabei ist eigentlich genau das Gegenteil der Fall: So kann das Nichtstun nicht nur zu Langeweile führen, sondern stattdessen auch dazu, dass wir uns von äußeren Reizen abwenden, die Gedanken wandern lassen und in Tagträume verfallen. Und letztere sind sehr viel besser als ihr Ruf. Sie fördern vorausschauendes Denken, helfen neue Perspektiven zu entwickeln und begünstigen Kreativität. So geben einige berühmte Köpfe von Albert Einstein bis J. K. Rowling an, dem Gedankenschweiflassen ihre besten Ideen zu verdanken. Auch unsere Leistungskraft und Produktivität können vom Tagträumen profitieren und Tagträume können darüber hinaus sogar unsere Gedächtnisleistung steigern, insbesondere unser Konzentrationsvermögen und die Fähigkeit gespeicherte Informationen abzurufen – also genau die Fähigkeiten, die auch für ein erfolgreiches Lernen im Studium und in der Examensvorbereitung essentiell sind.

Unser Gehirn wird von uns beim Lernen ständig mit neuem Input versorgt. Um all diese Eindrücke verarbeiten und langfristig abspeichern zu können, braucht es Pausen; unter anderem deswegen sind ausreichend Schlaf und regelmäßige Unterbrechungen für ein konzentriertes und effektives Lernen so wichtig. Leider neigen wir dazu, unsere Lernpausen mit noch mehr Input zu füllen – zwar vielleicht nicht fachlicher Art. Aber auch die spannende Netflix-Serie, der interessante LTO-Artikel oder der Instagram-Feed bedeuten für unser Gehirn eine weitere Flut an Eindrücken statt einer echten Pause, die eine Verarbeitung des soeben Gelesenen und Gelernten ermöglicht.

Anders dagegen beim Tagträumen: Tagträume durchlaufen unterschiedliche Modi des Denkens – mal empathisch, mal analytisch, mal chaotisch. Indem andere Denkweisen dabei ausgeschaltet werden, geben Tagträume unterschiedlichen Hirnarealen eine kurze Pause. Schließlich können Tagträume einen mentalen Rückzugsraum vom manchmal belastenden Lernalltag bieten und – ähnlich wie etwa Meditation – das Stresslevel und den Blutdruck senken.

Natürlich können Tagträume im falschen Moment auch den gegenteiligen Effekt haben und zum Effizienzkiller werden. In einer Examensklausur etwa ist mit Sicherheit nicht der richtige Zeitpunkt, um die Gedanken weit schweifen zu lassen und beim Navigieren durch den innerstädtischen Berufsverkehr kann zu exzessives Tagträumen mitunter auch mal lebensgefährlich werden.

Umso mehr spricht dies dafür, die Vorteile des Nichtstuns und Tagträumens mit dem richtigen Timing zu nutzen und unserem Gehirn zumindest in den kleinen Momenten der Tatenlosigkeit, die sich über den Tag verteilt ergeben, eine kurze Pause zu bieten. Statt also nach sechs Stunden Lernen in der Bib die zehnmündige Straßenbahnfahrt noch zu nutzen, um 20 digitale Karteikarten zu wiederholen, lieber einfach hinsetzen, zurücklehnen – und gar nichts tun. Dieses kurze Nichtstun fördert nicht nur die Verarbeitung des vorher mühsam Gelernten, sondern macht auch mentale Kapazitäten frei für neue Aufgaben, ermöglicht kreative Denkprozesse und bringt Abstand zum Alltags- und Lernstress. Dann können wir anschließend umso fokussierter und konzentrierter in die nächste Lerneinheit oder die nächste Vorlesung starten – anstatt doch nach zehn Minuten wieder aus dem Fenster zu starren oder einen „ganz kurzen“ Blick aufs Smartphone zu werfen.

Auch meine zehn Minuten des Nichtstuns am Bahnsteig gingen schließlich vorbei. Nachdem ich innerlich einmal akzeptiert hatte, dass die nächste Steckdose wohl erst im ICE auf mich warten würde, verflog die Zeit sogar schneller als anfangs gedacht. Nachdem ich mein Gesicht ein paar Minuten einfach nur in die Sonne gehalten hatte, war ich fast schon enttäuscht, als der Zug tatsächlich pünktlich kam. Und nachdem mir die Warterei auch noch die zündende Idee für dieses Editorial geliefert hat, war sie am Ende paradoxerweise sogar geradezu produktiv.

Mein Vorsatz für das neue Jahr lautet deshalb: Lieber hin und wieder mal gar nichts tun als immer irgendwas. Dabei will ich das Nichtstun aber auf keinen Fall als neuen Punkt auf einer To-Do-Liste begreifen, den es im Sinne einer weiteren Selbstoptimierung abzuarbeiten gilt. Ich will einfach nur die kleinen Momente des Wartens, die uns der Alltag ohnehin immer wieder aufzwingt, nutzen, um die Gedanken wandern zu lassen, anstatt mich gleich wieder mit dem Smartphone abzulenken. Sei es beim Warten auf die Straßenbahn, in der Schlange an der Supermarktkasse oder im Wartezimmer beim Arzt.

Und mein kühner Vorschlag an die Leserinnen und Leser: Wie wäre es damit, nach dem Lesen dieser Ausgabe einfach mal zehn Minuten innezuhalten, nichts zu tun und sich Tagträumen hinzugeben? Eine solche Aufnahmepause tut dem Lerneffekt der Lektüre sicher keinen Abbruch, ganz im Gegenteil. Und wieder produktiv sein können wir alle doch in zehn Minuten noch genauso gut, oder?

*Nathalie Hamm  
für die Redaktion*

## AUFSATZ &amp; LERNBEITRAG

<b>Prof. Dr. Volker Wiese, LL.M. Dipl.-Jur. Patricia Meinking</b>	Das Internationale Privatrecht im Staatsexamen – Eine Einführung, Teil I	Seiten <b>225 bis 231</b>
<b>Dipl.-Jur. Alina Rauch, B.A.</b>	Übermittlung personenbezogener Daten an Private: Polizeiarbeit zwischen Sicherheit und Freiheit in deutschen Fußballstadien	Seiten <b>233 bis 240</b>

## ENTSCHEIDUNGEN

<b>stud. iur. Tim Lennard Nix</b>	Ausschluss des § 814 BGB bei Zahlung „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“	Seiten <b>241 bis 245</b>
<b>stud. iur. Kent Wilke stud. iur. Tim Lennard Nix</b>	Der Entfall der Leistungspflicht durch coronabedingte Schließung eines Fitnessstudios	Seiten <b>246 bis 251</b>
<b>Dipl.-Jur. Btissam Boulakhrif</b>	Verfassungsmäßigkeit der Verpflichtung zum Nachweis eines ausreichenden Impfschutzes gegen Masern	Seiten <b>252 bis 260</b>
<b>stud. iur. Marie-Christin Runkel</b>	Gehilfenvorsatz beim Mord und bei der Körperverletzung	Seiten <b>261 bis 266</b>

## KURZ &amp; KNAPP

<b>RA David Faber, LL.M.</b>	Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht - 4/2022	Seiten <b>267 bis 268</b>
<b>Prof. Dr. Hermann Butzer &amp; cand. iur. Daniel Müller</b>	Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht - 4/2022	Seiten <b>269 bis 270</b>
<b>Prof. Dr. Sascha Ziemann &amp; stud. iur. Hannah Hölzen</b>	Rechtsprechungsübersicht Strafrecht - 4/2022	Seiten <b>271 bis 272</b>

## STUDIENPRAXIS &amp; FALLBEARBEITUNG

<b>stud. iur. Marvin Ehreppfort</b>	Kurzarbeit in der Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene, 13 Punkte	Seiten <b>275 bis 281</b>
<b>Dipl.-Jur. Patricia Meinking</b>	Studienarbeit im Internationalen Privatrecht, 14 Punkte	Seiten <b>282 bis 302</b>
<b>stud. iur. Nils Welsch</b>	Klausur im Sachenrecht I, 18 Punkte	Seiten <b>303 bis 306</b>
<b>stud. iur. Leandra Nürnberger</b>	Hausarbeit in der Übung im Öffentlichen Recht für Fort- geschrittene, 16 Punkte	Seiten <b>307 bis 322</b>
<b>stud. iur. Philippos Ioannidis</b>	Klausur im Strafrecht I, 17 Punkte	Seiten <b>323 bis 327</b>

## VARIA

<b>Dipl.-Jur. Amani Mehdawi Dipl.-Jur. Alexander Stein</b>	Interview mit Dr. Thomas Keß	Seiten <b>329 bis 335</b>
--	------------------------------	---------------------------

## Das Internationale Privatrecht im Staatsexamen – Eine Einführung, Teil I

Prof. Dr. Volker Wiese, LL.M. (McGill) und Dipl.-Jur. Patricia Meinking

Prof. Dr. Volker Wiese, LL.M. (McGill) ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Leibniz Universität Hannover.

Dipl. Jur. Patricia Meinking ist Rechtsreferendarin am LG Wiesbaden.

§ 16 NJAVO: Prüfungsstoff der Pflichtfachprüfung

(1) Der Prüfungsstoff der Pflichtfachprüfung umfasst im Pflichtfach Bürgerliches Recht:

[...]

13. die Artikel 1 bis 9, 17 bis 19 und 24 bis 26 der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die **gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen** in Grundzügen,

14. die Artikel 1 bis 4, 6 und 19 bis 21 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das **auf vertragliche Schuldverhältnisse** anzuwendende Recht (**Rom I**) in Grundzügen,

15. die Artikel 1 bis 4, 10 bis 12, 14, 23, 24 und 26 der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das **auf außervertragliche Schuldverhältnisse** anzuwendende Recht (**Rom II**) in Grundzügen,

16. **allgemeine Lehren des Internationalen Privatrechts in Grundzügen**, soweit sie zum Verständnis des in den Nummern 13 bis 15 genannten Prüfungsstoffs erforderlich sind, [...].<sup>1</sup>

Zumindest in Niedersachsen spielte das Internationale Privatrecht (IPR) in der Examensvorbereitung bis dato eine untergeordnete bis gar keine Rolle. Für Studierende, die künftig die Zulassung zur Pflichtfachprüfung beantragen,<sup>2</sup> dürfte sich das ändern. Nunmehr können gemäß § 16 Abs. 1 NJAVO im Staatsexamen auch (allgemeine) Lehren des Internationalen Privatrechts in Grundzügen abgefragt werden, soweit sie zum Verständnis der Brüssel Ia-, Rom-

I- oder der Rom-II-Verordnungen erforderlich sind. Vor diesem Hintergrund möchte dieser Beitrag einen Überblick über die relevante internationalprivatrechtliche Materie geben. In diesem Kontext beschäftigt sich der Beitrag zunächst mit der praktischen Bedeutung des IPR (I.) sowie mit seinem Regelungsgegenstand und seinen Rechtsquellen (II.). Im Anschluss wird auf Grundprinzipien und -methoden des IPR (III.) sowie Aufbau und Anwendung von Kollisionsnormen (IV.) eingegangen. Teil I dieser Einführung endet dann mit einem Exkurs zur Bedeutung des in § 16 Abs. 1 NJAVO gar nicht explizit erwähnten EGBGB als Teil des für das IPR im Examen relevanten Prüfungsstoffs (V.). Dies alles dient der Vorbereitung eines Verständnis-hintergrunds für die im Teil II dieser Einführung dann näher zu behandelnden Rom-I- (VI.) und Rom-II-Verordnungen (VII.) Abschließend wird mit kurzen Beispielfällen gezeigt werden, was Examenskandidat:innen im Hinblick auf das IPR in ihren Klausuren erwarten können (VIII.).<sup>3</sup>

### I. Praktische Bedeutung des IPR

Zweck der Anwendung des IPR ist es, das anwendbare Privatrecht auf einen Sachverhalt zu bestimmen, der sich nicht nur rein innerstaatlich abspielt, sondern – auf die eine oder andere Art – grenzüberschreitende Elemente aufweist. Wie leicht man in einer globalisierten Welt auf einen derart international verknüpften Sachverhalt treffen kann, mag schnell einleuchten. Man stelle sich zum Beispiel vor, dass eine deutsche Verbraucherin ein Smartphone über Amazon von einem französischen Händler bestellt, welches bei Inbetriebnahme im Urlaub in Italien Feuer fängt. Folge des Feuers sind ein zerstörtes Smartphone, ein kaputtter Tisch und im schlimmsten Fall noch

<sup>1</sup> Hervorhebung durch die Verfasser:innen; ähnliche, allerdings im Wortlaut teilweise abweichende Normen finden sich in den Juristenausbildungsgesetzen der Länder Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Saarland.

<sup>2</sup> NJAVO geändert: Prüfungskatalog für Examensdurchgänge ab 2022 angepasst (<https://www.jura.uni-hannover.de/de/news-veranstaltungen/neuigkeiten/aktuelles-detailansicht/news/njavo-geaendert-pruefungskatalog-fuer-examensdurchgaenge-ab-2022-angepasst/>; Abruf v. 29. April 2022).

<sup>3</sup> Ausgelassen wird in diesem Beitrag die Thematik des internationalen Zivilverfahrensrechts (IZVR), welches Gegenstand der Brüssel Ia-Verordnung ist und nunmehr auch im Staatsexamen abgefragt werden kann, siehe § 16 Abs. 1 Nr. 13 NJAVO. Das IZVR befasst sich mit der grenzüberschreitenden Durchsetzung von Ansprüchen; es geht also um Prozessrecht, welches bei Sachverhalten mit Auslandsberührung das gerichtliche Verfahren regelt. Empfohlen wird zur Einführung in diese Thematik Nitsche, Grundfälle zum Internationalen Zivilverfahrensrecht (Brüssel Ia-VO), JuS 2021, 727 sowie der Überblick von juracademy.de, abrufbar unter <https://www.juracademy.de/internationales-privatrecht/internationales-zivilverfahrensrecht.html> (Abruf v. 27. September 2022).

Verbrennungen der Verbraucherin und ihres Kleinkindes. Neben der Frage, wo diese deutsche Verbraucherin nun klagen kann,<sup>4</sup> drängt sich – spätestens der/dem Rechtsanwender:in – auch die Frage auf, nach welchem materiellen Recht sich die Ansprüche der Verbraucherin oder vielleicht auch des Kleinkindes richten, also schlicht, welches Recht auf diesen grenzüberschreitenden Sachverhalt anwendbar ist. Denn das Smartphone wird auf Amazon, dessen europäischer Hauptsitz in Luxemburg ist, von einem französischen Händler vertrieben, wird zur Verbraucherin nach Deutschland verbracht und gerät anschließend in Italien in Brand. Denkbar ist überdies, dass das Smartphone selbst aus den USA/Kalifornien bezogen wird und in den USA zuvor aus Teilen zusammengesetzt wurde, die aus Japan und China stammen. Findet nun luxemburgisches, deutsches, französisches, italienisches, US-amerikanisch-kalifornisches, chinesisches oder japanisches Recht Anwendung? Auch im Vorfeld solcher Haftungsszenarien lohnt es sich, sich mit dem anwendbaren Recht auseinanderzusetzen. Der/Die Unternehmer:in, der/die nun ggf. in die Haftung genommen wird, möchte und sollte wissen, nach welchem materiellen Recht sich seine/ihre Haftung richtet. Dies bestimmt unter anderem ganz wesentlich mit, wie er/sie die hierdurch begründeten Risiken ab- und versichern muss; dies und die hierfür zu zahlenden (Versicherungs-)Prämien sind ein nicht zu unterschätzender Teil der Kalkulation der Preise, die er/sie für seine Produkte wird verlangen müssen. Entscheidend kann es z.B. darauf ankommen, ob verschuldensunabhängig gehaftet wird, ob eine Vermutung für das Vorliegen des Verschuldens greift, ob es eine Haftungshöchstgrenze gibt und ob und wie hoch ein etwaig zu zahlendes Schmerzensgeld ausfallen kann. In welchem Maße das IPR also das globale Wirtschaftsleben auf der einen, aber auch unser Alltagsleben auf der anderen Seite beeinflusst, erschließt sich schnell. Dass die spannenden Fragen, mit welchen sich im IPR tagtäglich auseinandergesetzt wird, nunmehr auch einen Teil des Examensstoffs bilden, ist daher begrüßenswert.

## II. Regelungsgegenstand und Rechtsquellen des IPR

Nach der Legaldefinition in Art. 3 EGBGB umfasst das Internationale Privatrecht diejenigen Vorschriften, die bei Sachverhalten mit einer Verbindung zu einem ausländischen Staat das anzuwendende Recht bestimmen. Anders als es seine Bezeichnung vermuten lässt, ist das IPR grundsätzlich nationales Recht.<sup>5</sup> Im deutschen Recht finden sich die entsprechenden Normen in den Artt. 3ff. EGBGB. Vorrangig sind jedoch – wie Art. 3 EGBGB deklaratorisch zeigt – europarechtliche Rechtsakte aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts sowie völkerrechtliche Verträge.<sup>6</sup> Von Bedeutung sind in diesem Zusammenhang insbesondere die Rom-Verordnungen im Europarecht sowie das UN-Kaufrecht aus dem völkervertragsrechtlichen Bereich.

## III. Grundprinzipien und -methoden des IPR

Wie in anderen Rechtsgebieten auch finden sich im IPR einige spezielle Grundprinzipien und -methoden, deren Verständnis es für die Lösung eines Falls braucht.

### 1. Fragestellung vom Sachverhalt her

Das heutige deutsche und kontinentaleuropäische IPR fragt im Ausgangspunkt nicht nach Zwecken einzelner Gesetze, etwa des BGB in § 280 oder § 823 Abs. 1, um deren Anwendungsbereiche zu bestimmen.<sup>7</sup> Vielmehr wird auf Grundlage der von Savigny entwickelten Methodik vom Sachverhalt her gefragt.<sup>8</sup> Das bedeutet, dass das für bestimmte Rechtsverhältnisse anwendbare Recht bestimmt wird.<sup>9</sup> Mit Rechtsverhältnissen sind etwa vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse oder auch das Familien-, Erb- oder Sachenrecht gemeint.

### 2. Grundsatz der engsten Verbindung

Für die Bestimmung des anwendbaren Rechts wird anknüpfend an die Fragestellung vom Sachverhalt her grundsätzlich nach der engsten Verbindung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses gefragt. Gesucht wird das – oft sogenannte – „räumlich“ beste oder gerechte Recht.<sup>10</sup> Bei der Entscheidung, welches Recht das „räumlich“ beste oder gerechteste ist, kommt es letztlich auf eine umfassende Abwägung der jeweiligen Partei-, Verkehrs- und Ordnungsinteressen an, wobei das IPR sich grundsätzlich einer Bewertung der Qualität oder des Inhalts des an-

<sup>4</sup> Dies ist eine Frage des IZVR, welches hier außer Betracht bleibt.

<sup>5</sup> Vgl. Lorenz in: BeckOK BGB, 61. Ed., Stand: 01.08.2022, EGBGB Einleitung zum IPR Rn. 3.

<sup>6</sup> Siehe Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Art. 3 Rn. 3f.

<sup>7</sup> v. Hein in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, Einleitung zum IPR Rn. 28.

<sup>8</sup> v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 28.

<sup>9</sup> v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 28; vgl. auch Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Einleitung um IPR Rn. 4.

<sup>10</sup> Vgl. BGHZ 119, 137 (141); kritisch zum Begriff „räumlich“ bestes oder gerechtes Recht v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 29.

wendbaren Rechts entzieht.<sup>11</sup> Es geht also im Grunde von einer Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen aus.

Mit Kollisionsnormen – ein anderer Name für die Regeln des IPR lautet Kollisionsnormen, weil dem Internationalen Privatrecht gewissermaßen das Bild zugrunde liegt, die „Kollision“ verschiedener zur Anwendung in Betracht kommender Rechtsordnungen in Ausgleich zu bringen – wird jedoch nicht blind diesen Grundsätzen gefolgt. Im IPR gibt es den sogenannten *ordre-public*-Vorbehalt (siehe unter III.3.), mit dessen Hilfe aus unserer Sicht unangemessene Ergebnisse der Anwendung fremden Rechts ausgeblendet werden können.<sup>12</sup> Auch können materiellrechtliche Erwägungen in die kollisionsrechtliche Entscheidung einfließen, etwa wenn es um die Verwirklichung eines angemessenen Verbraucher- oder Arbeitnehmerschutzes geht.<sup>13</sup> Überdies gibt es sogenannte Eingriffsnormen (siehe zum Beispiel Art. 9 Rom I), die international zwingendes Recht darstellen und durch eine am jeweiligen Zweck des (wohlgeordnet materiellen) Gesetzes orientierte Sonderanknüpfung den Grundsatz der engsten Verbindung durchbrechen.<sup>14</sup> Schließlich nimmt als Ergänzung zum Grundsatz einer objektiv zu verstehenden engsten Verbindung die Parteiautonomie im IPR (sogenannte subjektive Anknüpfung<sup>15</sup>) eine zunehmend größere Bedeutung ein,<sup>16</sup> wie etwa Art. 3 Rom I oder Art. 14 Rom II zeigen. Gemeint ist die Gewährung der Rechtswahlfreiheit.

### 3. Ergebniskorrektur durch den *ordre public*

#### (vgl. Art. 6 EGBGB)

Teilweise führt der „Sprung ins Dunkle“, der durch die Suche nach der engsten Verbindung ohne (qualitative) Bewertung der fremden Rechtsordnung stattfindet, zu einem Ergebnis, welches korrigiert werden sollte, wenn zum Beispiel in der anwendbaren Rechtsordnung in erbrechtlichen Fragen offen zwischen den Geschlechtern der potentiellen Erben unterschieden und diskriminiert wird.<sup>17</sup> Dieser Korrektur dient der *ordre public*, der zum Beispiel in Art. 6 EGBGB normiert ist. Danach ist eine Rechtsnorm

eines anderen Staates nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. In diesem Kontext spielen auch die (deutschen) Grundrechte eine herausragende Rolle.

Der *ordre public* dient jedoch niemals einer Bewertung oder gar einer Normenkontrolle ausländischen Rechts.<sup>18</sup> Vielmehr sollen inländische unabdingbare Grundwertungen vor dem Überwirken als unangemessen empfundener Ergebnisse der Anwendung des ausländischen Rechts geschützt werden.<sup>19</sup> Aus diesem Grund ist ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Art. 6 EGBGB ein hinreichender Inlandsbezug des zur Entscheidung anstehenden Falls.<sup>20</sup> Widrigenfalls bedarf es nämlich eines Schutzes inländischer unabdingbarer Grundwertungen nicht.

### IV. Aufbau und Anwendung der Kollisionsnormen

Der Aufbau einer Kollisionsnorm orientiert sich an dem aus dem Grundstudium bereits bekannten Schema von Tatbestand und Rechtsfolge; allerdings mit dem Unterschied, dass in der Regel besondere Bezeichnungen genutzt werden.<sup>21</sup> Statt Tatbestand verwendet man im IPR den Begriff Anknüpfungs- oder Verweisungsgegenstand<sup>22</sup> und statt Rechtsfolge Anknüpfungsmoment, -punkt oder -merkmal<sup>23,24</sup> Zur Veranschaulichung kann als Beispiel Art. 7 Abs. 1 S. 1 EGBGB zur Rechts- und Geschäftsfähigkeit dienen:

Art. 7 Abs. 1 S. 1 EGBGB

*Die Rechtsfähigkeit und die Geschäftsfähigkeit einer Person unterliegen dem Recht des Staates, dem die Person angehört.*

Anknüpfungsgegenstand ist in diesem Fall die Rechts- und Geschäftsfähigkeit einer Person, während das Anknüpfungsmoment das Recht des Staates, dem die Person angehört (also die Staatsangehörigkeit) bildet.

<sup>11</sup> v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 30.

<sup>12</sup> Vgl. Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Art. 6 Rn. 1.

<sup>13</sup> Vgl. v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 34.

<sup>14</sup> v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 34; vgl. auch Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Einleitung zum IPR Rn. 50.

<sup>15</sup> Im Gegensatz zur objektiven Anknüpfung, die durch faktisch determinierte Anknüpfungsmomente, wie etwa dem Aufenthalt einer Person oder der Belegenheit einer Sache, vorgenommen wird.

<sup>16</sup> v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 34.

<sup>17</sup> Vgl. zum Zweck der Ergebniskorrektur allgemein Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Art. 6 Rn. 1ff.

<sup>18</sup> Vgl. Behrentin/Grünenwald, Leihmutterchaft im Ausland und die deutsche Rechtsordnung, NJW 2019, 2057 (2060) mit Verweis auf v. Hoffmann/Thom, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 150 sowie Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Art. 6 Rn. 10 m.w.N.

<sup>19</sup> Vgl. exemplarisch OLG Schleswig BeckRS 2007, 19588 Rn. 37.

<sup>20</sup> v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), EGBGB Art. 6 Rn. 199; Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Art. 6 Rn. 16.

<sup>21</sup> Vgl. Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Einleitung zum IPR Rn. 34.

<sup>22</sup> Fortlaufend als Anknüpfungsgegenstand bezeichnet.

<sup>23</sup> Fortlaufend als Anknüpfungsmoment bezeichnet.

<sup>24</sup> v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 56f.; Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Einleitung ins IPR Rn. 34.

## 1. Anknüpfungsgegenstand

Zentral für den Tatbestand einer Kollisionsnorm, also für den Anknüpfungsgegenstand, ist die Bezeichnung eines eher abstrakt gehaltenen Oberbegriffs aus einem zivilrechtlichen Teilgebiet.<sup>25</sup> Dieses kann entweder einen ganzen Komplex betreffen, wie etwa der Begriff der allgemeinen Wirkungen der Ehe in Art. 14 EGBGB, oder spezielle Rechtsinstitute, wie etwa in Art. 7 Abs. 1 EGBGB (siehe oben) die Rechts- und Geschäftsfähigkeit.<sup>26</sup> Was im Einzelnen mit diesen Anknüpfungsgegenständen gemeint sein kann, ob sich zum Beispiel eine in den islamisch geprägten Rechtstraditionen bekannte sogenannte Morgengabe – hierbei handelt es sich typischerweise um das Versprechen eines Ehemanns bei der Eheschließung, bestimmte Vermögenswerte (z.B. Geld und/oder andere Kostbarkeiten) an seine Ehefrau zu übertragen, wenn sie dies etwa im Fall einer Trennung verlangt<sup>27</sup> – noch zu den allgemeinen Wirkungen einer Ehe zählen lässt oder zum Güter-, Unterhalts- oder Scheidungsrecht, richtet sich letztlich nach der zutreffenden Auslegung der Kollisionsnorm.<sup>28</sup> Ob ein bestimmtes Rechtsinstitut unter einen bestimmten Anknüpfungsgegenstand subsumiert werden kann, ist im IPR eine Frage der sogenannten Qualifikation (dazu unter IV.3).<sup>29</sup>

## 2. Anknüpfungsmerkmal

Anknüpfungsmerkmal einer Kollisionsnorm bezeichnet die Rechtsfolge, die im IPR in der Verweisung auf eine bestimmte Rechtsordnung liegt. Die Verweisung selbst ist dabei in der Regel nicht konkret gehalten, weil nur ganz ausnahmsweise auf eine bestimmte Rechtsordnung selbst verwiesen wird (Bsp. Art. 22 Abs. 1 S. 1 EGBGB: *Die Annahme als Kind im Inland unterliegt dem deutschen Recht.*). Im Allgemeinen wird das anzuwendende Recht unter Bezugnahme auf ein Element des vorliegenden Sachverhalts abstrakt bezeichnet (z.B. Art. 22 Abs. 1 S. 2 EGBGB: *Im Übrigen unterliegt sie [also die Annahme als Kind] dem Recht des Staates, in dem der Anzunehmende zum Zeitpunkt der Annahme seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.*)<sup>30</sup> Schon damit Kollisionsregeln nicht nur einseitig zugunsten einer bestimmten Rechtsordnung, etwa der deutschen, eingreifen, sondern allseitig angewendet werden können, umfasst das

Anknüpfungsmoment in der Regel selbst einen subsumtionsfähigen Rechtssatz, wenn zum Beispiel auf das Recht des Staates verwiesen wird, in dem die betreffende Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Hier bleibt durchaus noch zu klären, was unter dem gewöhnlichen Aufenthalt zu verstehen ist und wo dieser hinsichtlich der betreffenden Person dann tatsächlich liegt.

Häufig wird im Zusammenhang des IPR auch von (Vertrags-, Delikts-, Scheidungs- oder Erb-)Statut gesprochen. Damit ist schlicht die Rechtsordnung gemeint, auf die für einen bestimmten Anknüpfungsgegenstand verwiesen wird;<sup>31</sup> das Vertragsstatut ist also das auf ein vertragliches Schuldverhältnis anwendbare Recht.

## 3. Anwendung der Kollisionsnormen:

### Begriff der Qualifikation

Liegt dem Rechtsanwendenden ein grenzüberschreitender Sachverhalt vor, stellt sich zur Ermittlung des anwendbaren Rechts die Frage, welche Kollisionsnorm anzuwenden ist. Dazu muss zunächst ermittelt werden, unter welchen Anknüpfungsgegenstand der Sachverhalt subsumiert werden kann.<sup>32</sup> Diesen Vorgang der Zuordnung eines Rechtsinstituts zu einem bestimmten sachlichen Anwendungsbereich einer Kollisionsnorm bezeichnet man im IPR als Qualifikation.<sup>33</sup>

Im Ausgangspunkt betrifft das Problem der Qualifikation schlicht die angemessene Auslegung der im IPR verwendeten Systembegriffe. Ordnet beispielsweise Art. 43 Abs. 1 EGBGB an, dass „*Rechte an einer Sache ... dem Recht des Staates [unterliegen], in dem sich die Sache befindet*“, dann spricht kaum etwas dagegen, unter dem Begriff „Sache“ auch im deutschen IPR nur die körperlichen Gegenstände (§ 90 BGB) zu verstehen. Da Gesetzgeber sich auch bei der Schaffung einer Kollisionsnorm dem Grunde nach regelmäßig an den Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung orientieren werden, sind die Anknüpfungsgegenstände nach den Definitionen und Begriffsverwendungen der Rechtsordnung auszulegen, der die Kollisionsnorm entstammt. Dies wird im IPR als der Grundsatz der sogenannten *lex-foi*-Qualifikation bezeichnet.<sup>34</sup> Allerdings wird dieser Grundsatz schon im deutschen IPR nicht strikt

<sup>25</sup> Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Einleitung zum IPR Rn. 34; vgl. auch v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 56.

<sup>26</sup> Vgl. Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Einleitung zum IPR Rn. 34.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu sowie zur Qualifikation der Morgengabe BGH, Urt. v. 9.12.2009 – XII ZR 107/08 = NJW 2010, 1528 = BeckRS 2010, 4537.

<sup>28</sup> v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 56.

<sup>29</sup> V. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 56; vgl. auch Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Einleitung zum IPR Rn. 53f.

<sup>30</sup> Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Einleitung zum IPR Rn. 34; vgl. auch v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 57.

<sup>31</sup> v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 57.

<sup>32</sup> Vgl. v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 109; Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Einleitung zum IPR Rn. 53.

<sup>33</sup> v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 109; Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Einleitung zum IPR Rn. 54.

<sup>34</sup> v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 118; Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Einleitung zum IPR Rn. 59.

durchgehalten. So trifft beispielsweise Art. 13 Abs. 1 EGBGB eine kollisionsrechtliche Bestimmung über die Ehe. Unter Ehe versteht das deutsche Recht in § 1353 BGB aber mittlerweile die Verbindung zweier Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts. Die gleichgeschlechtliche Ehe ist im IPR demgegenüber nicht durch Art. 13 Abs. 1 EGBGB geregelt, sondern in Art. 17b Abs. 4 EGBGB besonders angesprochen. Ehe im deutschen IPR ist also nicht zwingend dasselbe wie Ehe im sonstigen deutschen bürgerlichen Recht.

Die Qualifikation gestaltet sich auch in sonstigen Fällen nicht immer problemlos. So kann es vorkommen, dass ausländische (Rechts-)Phänomene zu beurteilen sind, die dem deutschen Recht unbekannt sind. Ein bereits erwähntes Beispiel betrifft die Vereinbarung einer Morgengabe im islamischen Recht.<sup>35</sup> Hier ist höchst fraglich, ob sie als allgemeine Ehwirkung, güterrechtlich, unterhaltsrechtlich oder scheidungsrechtlich zu qualifizieren ist.<sup>36</sup> Diese Einordnung ist es jedoch, die über die anwendbare Kollisionsnorm und damit auch über das anwendbare Recht entscheidet.<sup>37</sup> Letztlich ist in solchen Fällen wohl rechtsvergleichend danach zu fragen, welche Funktion die unbekanntes Rechtsinstitute im ausländischen Recht erfüllen sollen und wie wir im deutschen Recht Äquivalentes regeln würden, sollten wir ein derartiges Rechtsinstitut in unsere Rechtsordnung integrieren. Ein derart rechtsvergleichend-funktionaler Ansatz könnte offenbaren, welchem Systembegriff im IPR wir das unbekanntes Rechtsphänomen zuordnen würden.<sup>38</sup>

Kaum umsetzbar wäre demgegenüber der Ansatz, die Einsortierung aus dem betroffenen Recht in das deutsche zu reimportieren, zum Beispiel eine islamische Morgengabe, weil sie im betreffenden Recht güterrechtlich einsortiert ist, auch im deutschen Recht güterrechtlich zu qualifizieren (sogenannte Qualifikation nach der *lex causae*).<sup>39</sup> Vor der Qualifikation des Phänomens „Morgengabe“ im deutschen Recht wissen wir ja noch gar nicht, welche Kollisionsnorm des deutschen IPR letztlich anzuwenden ist und wissen daher auch nicht, welches die betroffene Rechtsordnung überhaupt sein soll, aus der sich eine besondere Einsortierung ergeben könnte.

Besonders dramatisch zeigte sich das Problem der Quali-

fikation nach der *lex causae* im sogenannten Tennessee-Wechsel-Fall<sup>40</sup>, der auch immer wieder mal Gegenstand (mündlicher) Prüfungen ist. Hier stellte sich das Problem der Qualifikation im Rahmen der Frage nach der Reichweite einer Verweisung: In dem Verfahren wurde gegen den nunmehr in Bremen wohnenden Aussteller eines Eigenwechsels (*promissory note*) geklagt, welcher in Tennessee auszubezahlen war. Internationalprivatrechtlich anwendbar war auf das Rechtsverhältnis „Wechsel“ zwischen den Parteien das (materielle) Recht des Staates Tennessee, welches materiell-rechtlich allerdings keine Verjährungsvorschriften enthielt. Denn das Recht von Tennessee ordnete die Verjährung als prozessrechtliches Rechtsinstitut ein (sogenannte *limitation of action*). Für prozessuale Fragestellungen galt – und gilt immer noch – das sogenannte *lex-fori*-Prinzip, wonach deutsche Gerichte stets deutsches Prozessrecht anzuwenden haben. Daher konnte ein deutsches Gericht Prozessregeln des Staates Tennessee nicht beachten. Ohne angemessene Würdigung des Qualifikationsproblems schlussfolgerte das Reichsgericht in diesem Fall, dass weder die amerikanische Verjährungsregel – da nicht dem deutschen Prozessrecht zugehörig – noch die deutsche Verjährungsvorschrift für Wechsel – da ja nicht deutsches materielles Recht in der Sache anzuwenden war – Beachtung finden könne. Ein schlicht unverständliches Ergebnis, da man damit zu einem unverjährbaren Wechselanspruch gelangte, obwohl in beiden beteiligten Rechtsordnungen Verjährungsregeln für Wechselansprüche durchaus vorgesehen waren. Auf den Gedanken, die prozessualen Verjährungsregeln im Recht von Tennessee – bei angemessener Würdigung – als Teil der anzuwendenden materiellrechtlichen Rechtsordnung zu qualifizieren und damit von der Verweisung auf das Recht von Tennessee als mitumfasst anzusehen, verfiel das Reichsgericht damals nicht. Dass das vom Reichsgericht gefundene Ergebnis dem Gerechtigkeitsgefühl widersprechen muss, drängt sich auf und zeigt, wie entscheidend der Vorgang der Qualifikation im Einzelfall sein kann.

#### 4. Besonderheit der Rück- und Weiterverweisung

Verweist das IPR eines Staates auf eine andere Rechtsordnung, so kann sich die Frage stellen, ob sich diese Verwei-

<sup>35</sup> Vgl. Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Einleitung zum IPR Rn. 54.

<sup>36</sup> Vgl. Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Einleitung zum IPR Rn. 54 m.w.N; für eine Qualifikation als allgemeine Ehwirkung BGH NJW 2010, 1528.

<sup>37</sup> Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Einleitung zum IPR Rn. 54.

<sup>38</sup> Siehe zur rechtsvergleichenden Qualifikation auch v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 120.

<sup>39</sup> Siehe zum Begriff v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), Einleitung zum IPR Rn. 119 m.w.N sowie Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Einleitung zum IPR Rn. 62.

<sup>40</sup> RGZ 7, 21ff.

sung allein auf die Sachnormen des fremden Rechts bezieht (sogenannte Sachnormverweisung) oder auch dessen Kollisionsnormen umfasst (sogenannte Gesamtverweisung). Handelt es sich um eine Gesamtverweisung, kann es zu einer Rück- oder Weiterverweisung kommen, wenn das Kollisionsrecht des fremden Staats entweder auf das verweisende Recht zurück- (sogenannte Rückverweisung) oder auf das Recht eines Dritten Staates verweist (sogenannte Weiterverweisung). Solche Fälle können z.B. vorkommen, wenn nach deutschem IPR an die Staatsangehörigkeit anzuknüpfen ist, im ausländischen IPR allerdings an den gewöhnlichen Aufenthalt einer Person und die betreffende Person mit ausländischer Nationalität in Deutschland oder in einem weiteren (dritten) Staat wohnt. Die Fälle der Rück- und Weiterverweisung fasst man auch unter den (französischen) Begriff des *renvoi* zusammen.<sup>41</sup> Verweist das IPR der verwiesenen Rechtsordnung dagegen nicht weiter auf eine andere Rechtsordnung, sondern auf das eigene materielle Recht, weil im Beispiel etwa die betreffende Person mit ausländischer Staatsangehörigkeit in dem Staat ihrer Nationalität auch lebt oder ebenfalls im ausländischen IPR an die Staatsangehörigkeit anzuknüpfen ist, so spricht man von einer Annahme der Verweisung.<sup>42</sup> Im EGBGB ist in Art. 4 Abs. 1 geregelt, dass es sich bei den Verweisungen des deutschen IPR grundsätzlich um Gesamtverweisungen handelt, sofern dies nicht dem Sinn der Verweisung widerspricht. Dies nennt man auch die „Renvoifreundlichkeit“ des deutschen IPR.<sup>43</sup> In S. 2 wird außerdem der Abbruch einer Rückverweisung geregelt.<sup>44</sup> Danach sind (nur) die deutschen Sachvorschriften anzuwenden, wenn das Recht des anderen Staates auf deutsches Recht zurückverweist. Dies verhindert ein ansonsten denkbare ewiges „Hin- und Herverweisen“ zwischen den beteiligten Rechtsordnungen. Art. 4 Abs. 1 EGBGB regelt damit zugleich grundsätzliche Problemlagen der Verweisungstechnik.

Neuere Regelungswerke wie etwa die Rom-Verordnungen legen dagegen häufig fest, dass es sich bei den Verweisungen lediglich um Sachnormverweisungen handelt und schließen Rück- und Weiterverweisungen aus. Art. 24 Rom II lautet zum Beispiel: „*Unter dem nach dieser Verordnung anzuwendenden Recht eines Staates sind die in diesem*

*Staat geltenden Rechtsnormen unter Ausschluss derjenigen des Internationalen Privatrechts zu verstehen.*“<sup>45</sup> Diese Ausschlüsse der Rück- und Weiterverweisungen dienen dazu, die kollisionsrechtlichen Wertungen der eigenen Anknüpfungsmomente voll zum Tragen kommen zu lassen.<sup>46</sup> Kommt es aus deutscher Sicht etwa auf die Staatsangehörigkeit einer Person an und gerade nicht auf deren Aufenthalt, riskiert ein *renvoi* die Aufweichung dieser kollisionsrechtlichen Wertung, wenn auf das Aufenthaltsrecht weiter- oder rückverwiesen wird.

Andererseits kann es bei vollständigem Ausblenden des *renvoi* zu dem (bedenklichen) Ergebnis eines fehlenden internationalen Entscheidungseinklangs kommen. Das IPR des Forumsstaats, das z.B. an die Staatsangehörigkeit anknüpft, setzt sich dann nämlich stets gegenüber abweichenden kollisionsrechtlichen Wertungen der an sich zur Anwendung berufenen Rechtsordnung durch, in der z.B. das Aufenthaltsrecht bevorzugt wird. Läge der Gerichts-ort – das Forum – jetzt aber im Staat der zuletzt erwähnten Rechtsordnung und würden die Gerichte dieses Staates ebenfalls jeglichen *renvoi* ausblenden, dann würden diese Gerichte demselben Fall nicht die Anwendung des Rechts der Staatsangehörigkeit, sondern die Anwendung des Rechts des Aufenthalts zugrunde legen. Es würde von diesen Gerichten dann also nicht in gleicher Weise entschieden,<sup>47</sup> sondern das Entscheidungsergebnis wäre abhängig davon, wo – zuerst – geklagt würde. Letzteres widerspricht aber Gerechtigkeitsidealen im IPR und kann zu einem unerwünschten „Wettlauf“ zu den Gerichten führen, wenn es etwa wegen der Unterschiedlichkeiten in den jeweiligen Kollisionsrechten taktisch klug wird, einer Leistungsklage des Gläubigers im Wohnsitzstaat des Schuldners mit einer negativen Feststellungsklage des Schuldners im Wohnsitzstaats des Gläubigers zuvorzukommen.

## V. Bedeutung des EGBGB

Die wesentliche Bedeutung des EGBGB für das Verständnis der allgemeinen Lehren des IPR lässt sich – wie man bereits deutlich an obigen Ausführungen erkennt – nicht übersehen: An sich ist das EGBGB notwendiger Ausgangspunkt aller kollisionsrechtlicher Überlegungen, die man aus deutscher Sicht anzustellen hat. So liefert ins-

<sup>41</sup> Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Art. 4 Rn. 2; siehe auch v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), EGBGB Art. 4 Rn. 1.

<sup>42</sup> Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Art. 4 Rn. 2.

<sup>43</sup> Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Art. 4 Rn. 4; ähnlich auch v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), EGBGB Art. 4 Rn. 1: „Das deutsche IPR ist grundsätzlich gemäßigt renvoifreundlich“.

<sup>44</sup> v. Hein in: MüKoBGB (Fn. 7), EGBGB Art. 4 Rn. 20; Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Art. 4 Rn. 1.

<sup>45</sup> Hervorhebungen diesseits, ähnliche Regelungen finden sich in Art. 20 Rom I und Art. 11 Rom III.

<sup>46</sup> Vgl. Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Art. 4 Rn. 5.

<sup>47</sup> Vgl. Lorenz in: BeckOK BGB (Fn. 5), EGBGB Art. 4 Rn. 1.

besondere Art. 3 EGBGB nicht nur eine Legaldefinition des Begriffs Internationales Privatrecht, sondern ordnet die Rangfolge der verschiedenen Rechtsquellen im IPR – wenn auch wegen des ohnehin bestehenden Vorrangs der europäischen Rom-Verordnungen nur klarstellend – anschaulich an.

Lücken in den Rom-Verordnungen sind zudem durch die Kollisionsnormen des EGBGB zu schließen. So überlässt beispielsweise Art. 1 Abs. 2 lit. a Rom I Fragen der Rechts- und Geschäftsfähigkeit den Kollisionsrechten der Mitgliedstaaten, sodass für das Internationale Vertragsrecht neben der Rom I auch Art. 7 EGBGB unmittelbar Relevanz erhält. Ähnliches gilt insbesondere für das – auch praktisch enorm wichtige – Recht der Stellvertretung (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom I und Art. 8 EGBGB) oder für die deliktische Haftung aus der Verletzung von Persönlichkeitsrechten (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom II und Art. 40 EGBGB). Das Verständnis der Grundlagen im IPR, wie etwa das der Problematik des *renvoi*, bleibt ohne Rückgriff auf das EGBGB und die dort getroffenen Regelungen – etwa Art. 4 EGBGB – weitgehend im Wagen. Das Internationale Sachenrecht betrifft schließlich ein Rechtsgebiet, für das es beispielsweise gar keine vorrangige europäische Rom-Verordnung gibt; es bleibt hier bei der Anwendung der Artt. 43ff. EGBGB.

Trotz dieser evidenten Bedeutung des EGBGB im IPR bleibt allerdings unklar, was hiervon nach der NJAVO überhaupt alles zum Prüfungsstoff der Pflichtfachprüfung zählt. Denn in § 16 Abs. 1 (Nr. 13 bis 16) NJAVO wird erstaunlicherweise das EGBGB nicht besonders erwähnt. Gleichwohl wird Bezug genommen auf die allgemeinen Lehren des IPR (Nr. 16) und vor allem auch auf die Bereiche, die nach Art. 1 Abs. 2 der Rom-Verordnungen vom europäischen Kollisionsrecht ausgenommen und damit den Mitgliedstaaten überlassen sind (Nr. 14 und 15). Dies kann als Einfallstor dienen, jedenfalls für die Bereiche der vertraglichen und außervertraglichen Haftung – und möglicherweise sogar für den Bereich des IZVR (Nr. 13) – dann doch neben den europäischen Verordnungen die Regelungen im EGBGB als (notwendig zu ergänzenden) Bestandteil des Prüfungsstoffs – jedenfalls in Grundzügen – anzusehen.

Schon deshalb gilt: Prüflinge sollten sich nicht in falscher Sicherheit wiegen!

Mit Verwunderung nimmt man jedoch zur Kenntnis, dass ausgerechnet das in Artt. 43ff. EGBGB geregelte Internationale Sachenrecht offenbar nicht zu dem in § 16 Abs. 1 NJAVO erwähnten Prüfungsstoff zählt. Dies ist bedauerlich, weil der das Internationale Sachenrecht beherrschende Grundsatz der Anknüpfung an die Belegenheit

einer Sache (sogenannte *lex-rei-sitae*-Regel; siehe Art. 43 Abs. 1 EGBGB) vor allem als kollisionsrechtlicher „Ausflug“ in Klausuren besonders einfach zu handhaben gewesen wäre. Besonders findige Klausurersteller:innen könnten nun auf die Idee verfallen, die sehr klar formulierte Vorschrift des Art. 43 Abs. 1 EGBGB dann doch zur Prüfung zu stellen, weil diese Norm z.B. doch auch nichts weiteres als die Umsetzung einer der allgemeinen Lehren des IPR ist. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die allgemeinen Lehren des Internationalen Privatrechts nach § 16 Abs. 1 Nr. 16 NJAVO in Grundzügen nur soweit beherrscht werden müssen, wie sie zum Verständnis des in den Nr. 13 bis 15 genannten Prüfungsstoffs erforderlich sind; und hierzu zählt neben dem Schuldrecht das Sachenrecht eben gerade nicht. Vor allem in mündlichen Prüfungen liegt es dann aber doch nicht allzu fern, neben dem Verkauf einer Sache – als vertragsrechtliches Problem – auch deren Veräußerung – etwa als Teil der dinglichen Vollzugsakte des Kaufgeschäfts – anzusprechen, um etwa ebenfalls im IPR das dem deutschen Recht so überragende Trennungs- und Abstraktionsprinzip in die Prüfung mit einzubeziehen. Dem Verständnis des in der Rom I angesprochenen Internationalen Vertragsrechts (vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 14 NJAVO) dient dies alles ebenfalls. Schön wäre es daher gewesen, wenn § 16 Abs. 1 NJAVO diesbezüglich ein wenig klarer formuliert worden wäre.

*Das Internationale Privatrecht im Staatsexamen – Eine Einführung, Teil II wird voraussichtlich in der kommenden Ausgabe (01/2023) erscheinen und auf die prüfungsrelevanten Regelungen der Rom-Verordnungen konkret eingehen sowie Beispielsfälle behandeln, die Examenskandidat:innen erwarten können.*



## Die Übermittlung personenbezogener Daten an Private in Niedersachsen: Polizeiarbeit zwischen Sicherheit und Freiheit in deutschen Fußballstadien

Dipl.-Jur. Alina Rauch, B.A.

Alina Rauch ist Referendarin am LG Bückeburg und beschäftigte sich im Rahmen ihrer Studienarbeit im Schwerpunkt 6 Verwaltung mit der hiesigen Thematik.

### A. Einleitung: „Mit der Sicherheit beginnt die Freiheit“?

Daten sind aus dem heutigen Zeitalter nicht mehr wegzudenken. Durch eine effektive Datenerhebung und Datenverarbeitung kann es der Polizei ermöglicht werden, Straftaten vorbeugend zu bekämpfen und auf zukünftige Bedrohungssituationen zu reagieren.<sup>2</sup> Es ist jedoch kein Phänomen der Neuzeit, dass polizeiliches Arbeiten eine Verarbeitung von Informationen voraussetzt. Als grundlegendes Problem für die Datenerhebung im Rahmen der Polizeiarbeit stellt sich jedoch der Anknüpfungspunkt heraus: hier kann nicht immer auf altbewährte Fachtermini des Polizeirechts, wie Störer oder Gefahr, zurückgegriffen werden, da eine Ermittlung derselben gerade noch aussteht. Die polizeiliche Arbeit entwickelte sich daher durch die Informationsverarbeitung von der reagierenden Gefahrenabwehr zum präventiven Sicherheitsrecht.<sup>3</sup>

In keinem anderen Rechtsgebiet wird das Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit deutlicher als im polizeilichen Recht der Datenverarbeitung. Im Rahmen eines adäquaten Ausgleiches dieser beiden notwendigen Voraussetzungen einer funktionierenden Demokratie ist es daher unerlässlich, genaueste Regelungen zu einer rechtssicheren Datenverarbeitung für die polizeiliche Arbeit zu schaffen. Umso mehr gilt dies in den Bereichen der Datenübermittlung, in denen der Staat die sonst so schützende Hand über die verarbeiteten Daten nicht aufrechterhalten kann: die Abgabe der Daten an Private. In vielen Fällen finden sich neuste technische Entwicklungen im Polizeirecht in der Notlage wieder, bereits im Vorfeld in Verruf zu geraten; oftmals stellen sie sich im Nachhinein aber als unverzichtbare Bestandteile wirksamer Polizeiarbeit heraus.<sup>4</sup> Allerdings birgt vor allem die Übermittlung der Daten an Private verschiedene Gefahren, die nicht aus dem Blick verloren werden dürfen, sodass der niedersächsische Gesetzgeber

mit § 44 NPOG eine mögliche Voraussetzung geschaffen hat, Daten durch die Polizei auch an Private rechtssicher zu übermitteln. § 44 NPOG stellt somit die zentrale Norm zur Übermittlung von Daten durch die Polizeibehörden an Private dar. Besonders häufig findet § 44 NPOG im Zusammenhang mit dem Datenaustausch zwischen Polizei und Stadionbetreibern oder Fußballvereinen Anwendung. Um dem Problem andauernder Gewaltexzesse rund um die Stadien in Deutschland und der damit einhergehenden Bindung von Polizei und Sicherheitspersonal Herr zu werden, wurden seitens der Polizei, aber auch durch die Politik und die Vereine verschiedene Möglichkeiten geschaffen, um eine Strategie zur Wahrung der Sicherheit der Stadionbesucher zu gewährleisten. Oftmals wird in diesen Fällen von der Möglichkeit eines Stadionverbotes Gebrauch gemacht.

Die Einrichtung der Zentralen Informationsstelle Sport (ZIS) vor über 20 Jahren markiert den Beginn des Datenaustausches zwischen den zuständigen Polizeibehörden. Hierbei stellt die ZIS nach eigenen Angaben sicher, dass die vor Ort ansässige Polizeistelle über alle notwendigen Hintergrundinformationen verfügt, um die Sicherheit der Zuschauer am Veranstaltungsort zu gewährleisten.<sup>5</sup> Unter Federführung der ZIS entstand sodann auch das Nationale Konzept Sport und Sicherheit (NKSS)<sup>6</sup>, das in besonderer Weise die Kooperation zwischen Behörden und privaten Veranstaltern fördert. Kernaussage des NKSS ist der Erkenntnisaustausch zwischen den Netzwerkpartnern. Dazu zählen nicht nur Stadionbetreiber und Vereine, sondern auch die Sicherheitsbehörden. Für einen solchen Erkenntnisaustausch ist insbesondere die Übermittlung von Daten und Informationen unverzichtbar. Da es sich bei den Akteuren auf der Seite von Fußballvereinen und Stadionbetreibern um Private handelt, kann eine Datenüber-

<sup>1</sup> Di Fabio, Sicherheit in Freiheit, NJW 2008, 421 (422).

<sup>2</sup> Shirvani, Präventiv-polizeiliche Datenerhebung und der Schutz besonderer Vertrauensverhältnisse, ZG 2001, 45 (45).

<sup>3</sup> Möstl, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, DVBl 2007, 581 (582).

<sup>4</sup> Di Fabio (Fn. 1), NJW 2008, 421 (421).

<sup>5</sup> Landesamt für Zentrale Polizeiliche Dienste, <https://lzpdp.polizei.nrw/zentrale-informationsstelle-sporteinsatz> (Abruf v. 06.09.2022).

<sup>6</sup> Nationaler Ausschuss Sport und Sicherheit, [https://polizei.nrw/sites/default/files/2018-06/doc1\\_nkss\\_konzept2012.pdf](https://polizei.nrw/sites/default/files/2018-06/doc1_nkss_konzept2012.pdf) (Abruf v. 06.09.2022).

mittlung in Niedersachsen seitens der Polizeibehörden nur nach § 44 NPOG erfolgen. Diese Datenübermittlung ermöglicht es dann, ein Stadionverbot durch die Betreiber oder Vereine gegen gewaltbereite Fans zu erlassen.

## **B. Begrenzung der Verwendung personenbezogener Daten für polizeiliche Zwecke**

Vor dem Hintergrund des schlechten Rufes der Verwendung personenbezogener Daten für die Polizeiarbeit<sup>7</sup> darf nicht aus den Augen verloren werden, dass den Staat Schutzpflichten für seine Bürger treffen. Aus den Grundrechten ergibt sich eine Verpflichtung zum Schutz von Leib und Leben, sodass nach pflichtgemäßem Ermessen geeignete Maßnahmen ergriffen werden können oder müssen, um den staatlichen Schutzpflichten gerecht zu werden.<sup>8</sup> Dafür bedarf es in vielen Fällen der Datenverarbeitung durch die Behörden. Der Bereich der Datenübermittlung unterliegt in besonderem Maße dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und muss daher den Anforderungen, die das BVerfG an die Eingriffe in das Grundrecht gestellt hat, gerecht werden.<sup>9</sup> Der Eingriff ist umso erheblicher, sofern die Daten den öffentlichen Bereich verlassen und in private Hände gelangen. Die Übermittlung von Daten widerspricht den wesentlichen Grundsätzen des Datenschutzrechtes, sodass es einer Rechtfertigung bedarf.<sup>10</sup> Vor allem der Zweckbindungsgrundsatz<sup>11</sup> personenbezogener Daten im Datenschutzrecht wird durch eine als rechtswidrig bezeichnete Praxis der Zweckumwandlung<sup>12</sup> aus den Angeln gehoben. Die polizeiliche Praxis der Übermittlung von Daten an Private sieht sich daher einer Vielzahl von Bedenken ausgesetzt.<sup>13</sup> Es darf daher nicht den Polizeibehörden allein überlassen werden, das Recht auf informa-

tionelle Selbstbestimmung zu schützen; vielmehr bedarf es eindeutiger gesetzlicher Vorschriften und einer ausreichenden aufsichtsbehördlichen Kontrolle.<sup>14</sup> Macht man sich den intensiven Eingriff in das Grundrecht bewusst, den eine Übertragung der personenbezogenen Daten an Private darstellt, so kann dies nur bedeuten, dass es sich bei der Übermittlung um Ausnahmefälle handeln muss.<sup>15</sup>

## **C. Datenübermittlung an Private nach § 44 NPOG**

Zur Übermittlung von Daten an Private bedarf es einer Ermächtigungsnorm des Gesetzgebers, die dieser mit § 44 NPOG geschaffen hat. Mit dieser Befugnisnorm will der niedersächsische Gesetzgeber den Anforderungen des BVerfG bezüglich des Datenschutzes im Bereich der Gefahrenabwehr gerecht werden.<sup>16</sup> Die Datenübermittlung müsste nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 NPOG zur Abwehr einer Gefahr erforderlich sein. Die Gefahrenabwehr meint im vorliegenden Fall die Abwehr konkreter Gefahren und nicht die allgemeine Aufgabe der Gefahrenabwehr von Sicherheitsbehörden.<sup>17</sup> Die Übermittlung im Vorfeld konkreter Gefahren erfordert eine einzelfallbezogene Abwägung der Polizei, ob, unter welchen Umständen und warum aus der vorliegenden Situation eine Lage erwachsen kann, bei der der Eintritt eines Schadens für die öffentliche Sicherheit und Ordnung wahrscheinlich ist; es handelt sich somit um eine Prognoseentscheidung der Behörde.<sup>18</sup> Der Begriff der Gefahr hat daher wie der Anfangsverdacht im Strafprozessrecht eine prägnante rechtsstaatliche Funktion, indem er als Eingriffsschwelle für die Befugnisnormen fungiert.<sup>19</sup> Der Erforderlichkeitsgrundsatz nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 NPOG setzt den äußeren Rahmen für die Übermittlung; die Datenverarbeitung ist nur dann erforderlich, wenn sie der Abwehr einer konkreten Gefahr dient und der Private die

<sup>7</sup> So u.a. die „Fan-Anwältin“ Waltraud Verleih, die zur Arbeitsgemeinschaft Fananwälte gehört, in ihren Aussagen, in denen sie die Datenweitergabe der Polizei als unzulässig bezeichnet, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lto-interview-fan-anwaeltin-zum-dfl-konzept-sicherer-stadionbesuch/?Stadionbesuch%22> (Abruf v. 07.09.2022).

<sup>8</sup> Breucker, Präventivmaßnahmen gegen reisende Hooligans, NJW 2004, 1631 (1631); zu den staatlichen Schutzpflichten siehe auch Di Fabio in Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, 97. EL 2022, Art. 2 Rn. 51ff m.w.N.

<sup>9</sup> Volkszählungsurteil des BVerfG, BVerfGE 65, 1.

<sup>10</sup> Tomerius, Die Übermittlung von Daten an Fußballvereine durch die Berliner Polizei, Die Polizei 2017, 104 (107).

<sup>11</sup> Ausführlich zum Zweckbindungsgrundsatz siehe u.a. Wolff in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 40. Edition, Stand: 01.05.2022, Grundlagen und bereichsspezifischer Datenschutz, Syst. A Prinzipien des Datenschutzrechts, Rn. 19ff.

<sup>12</sup> So u.a. Albert, Stellungnahme zur Reform der Datenerfassung der ZIS als Vertreter der Arbeitsgemeinschaft Fananwälte, S. 9, <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST16-1558.pdf> (Abruf v. 06.09.2022); zur Zweckumwandlung in diesem Zusammenhang siehe Wittig in: Graf, BeckOK StPO, 44. Edition, Stand: 01.07.2022, § 481 Rn. 1ff.

<sup>13</sup> Vertiefend und weiterführend zu diesen Bedenken: Müller-Eiselt, Highway oder Nadelöhr? Zu den Voraussetzungen und Grenzen polizeilicher Datenübermittlung an Private – dargestellt anhand der Kooperationspraxis zwischen Polizei und Fußballvereinen bei der Verhängung von Stadionverboten, DVBl 2014, 1168 (1169).

<sup>14</sup> Arzt, Bundespolizeigesetz – Wie weiter in der nächsten Legislatur?, ZRP 2021, 205 (207); allgemein zu den Aufsichtsbehörden als „Hüter des Datenschutzgrundrechtes“: Selmayr in: Ehmman/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage 2018, Art. 51 Rn. 3ff.

<sup>15</sup> Zustimmend Müller-Eiselt (Fn. 13), DVBl 2014, 1168 (1171).

<sup>16</sup> Vgl. zu den Anforderungen: Tomerius (Fn. 10), Die Polizei 2017, 104 (107).

<sup>17</sup> Graf in: Möstl/Weiner, Polizei- und Ordnungsrecht Niedersachsen, 2020, § 44 Rn. 5,6.

<sup>18</sup> Müller-Eiselt (Fn. 13), DVBl 2014, 1168 (1171).

<sup>19</sup> Waechter, Polizei- und Ordnungsrecht, 2000, Kap. V Rn. 208.

Daten nicht aus allgemein zugänglichen Quellen erhalten kann.<sup>20</sup> Die Polizei hat vor der Übertragung die Möglichkeiten zu evaluieren, die Gefahr ohne die Datenübermittlung an Private abzuwehren.<sup>21</sup>

### **I. Die Problematik der konkreten Gefahr im Umfeld von Fußballvereinen, Stadionbetreibern und Fußballspielen**

Im Zusammenhang mit dem deutschen Fußball kann die Polizei die personenbezogenen Daten gewaltbereiter Fußballfans an Fußballvereine oder Stadionbetreiber übermitteln, um den Vereinen oder privatrechtlichen Betreibern den Erlass von Stadionverboten zu ermöglichen.<sup>22</sup> Durch die Maßnahme des Stadionverbotes versuchen die Vereine und Betreiber potenzielle Störer und auffällige Gewalttäter aus den Fußballstadien zu verdrängen.<sup>23</sup> Hierbei darf nicht in Vergessenheit geraten, dass es sich bspw. bei Bundesligaspielen oder der Austragung der Fußballweltmeisterschaft um privatrechtlich organisierte Veranstaltungen und Turniere handelt, bei denen vorrangig der Veranstalter für die Sicherheit und Ordnung zu sorgen hat.<sup>24</sup> Ein Zusammenspiel von Polizei, Vereinen und Stadionbetreibern optimiert jedoch die Sicherheit vor und in den Stadien, trägt zur Eindämmung der Gewalt bei und begünstigt damit auch die Polizeiarbeit.<sup>25</sup>

Dieses Zusammenwirken wird in der Regel nur durch den Austausch von Daten zwischen den Akteuren ermöglicht. Oft stellt diese Datenübermittlung den ersten Schritt auf dem Weg zum Stadionverbot dar, das als präventiver Baustein zur Sicherheitsoptimierung durch das NKSS verkauft wird.<sup>26</sup> Das Konzept wurde in Gemeinschaftsarbeit von den Innenministern der Länder und des Bundes, dem Deutschen Fußballbund e.V. (DFB), den Polizeibehörden, den Kommunen, der Koordinationsstelle Fanprojekte, Sportvereinen und -verbänden, Verkehrsunternehmen und weiteren Akteuren entwickelt.<sup>27</sup> Durch das Konzept soll das Vorgehen im Rahmen der Gewährleistung der Stadionsicherheit bundesweit vereinheitlicht werden.

Grundlegend für dieses Konzept ist auch die gemeinsame Handhabung von Stadionverboten, sodass durch den DFB eine Richtlinie zur einheitlichen Behandlung von Stadionverboten erarbeitet wurde. Durch diese Richtlinie ist es den Vereinen aufgrund gegenseitiger Anerkennung möglich, bundesweite Stadionverbote auszusprechen.<sup>28</sup> Als grundlegender Anknüpfungspunkt der Anordnung eines Stadionverbotes gilt hierbei die Information, dass gegen den Fan ein Ermittlungsverfahren oder eine Gefahrenabwehrmaßnahme ergangen ist. Diese Information wird im Rahmen einer Datenübermittlung und mit der „Anregung“ eines Stadionverbotes mit dem Fußballverein als privaten Akteur geteilt. Der Fußballverein selbst erlässt dann nach den DFB-Richtlinien ein privatrechtliches Stadionverbot gegenüber dem Fan.<sup>29</sup> Spätestens seit der BGH-Entscheidung zu den Voraussetzungen eines rechtmäßigen bundesweiten Stadionverbotes<sup>30</sup> sind diese Verbote aus der alltäglichen Praxis des DFB nicht mehr wegzudenken. Und auch das BVerfG bestätigte: bundesweite Stadionverbote sind rechtmäßig.<sup>31</sup> Allerdings kann eine Ausstrahlungswirkung des allgemeinen Gleichbehandlungsverbotes aus Art. 3 Abs. 1 GG in das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Stadionbetreiber und Fußballfan und -besucher bejaht werden; daher ist es für den Erlass des Verbotes zwingend erforderlich, dass dieses sachlich begründet ist. Für diese sachliche Begründung des Verbotes reiche aber eine auf Tatsachen gründende Besorgnis, dass die Betroffenen künftig Störungen verursachen werden, aus. Der Nachweis einer Straftat ist nicht erforderlich.<sup>32</sup>

Die Datenübermittlung nach § 44 NPOG stellt insoweit den Ausgangspunkt für die nachfolgenden Handlungen dar und ist somit Voraussetzung für den Erlass eines Stadionverbotes. In Niedersachsen setzt dies u.a. eine konkrete Gefahr voraus. Diese liegt vor, wenn Tatsachen die Annahme bestätigen, dass die Person durch ihr Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die öffentliche Sicherheit im Zusammenhang mit dem Besuch eines Fußballspiels be-

<sup>20</sup> Müller/Schwabenbauer in: Litsken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Auflage 2021, Kap. G Rn. 815; Waechter (Fn. 19), Kap. X Rn. 672.

<sup>21</sup> Müller-Eiselt (Fn. 13), DVBl 2014, 1168 (1177).

<sup>22</sup> Ogorek in: Möstl/Kugelman, BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 22. Edition, Stand: 01.06.2022, § 27 Rn. 47.1.

<sup>23</sup> Müller-Eiselt (Fn. 13), DVBl 2014, 1168 (1169).

<sup>24</sup> Breucker, Sicherheitsmaßnahmen für die Fußballweltmeisterschaft 2006, Prävention durch Polizei und Deutschen Fußball Bund, NJW 2006, 1233 (1233).

<sup>25</sup> Siegel, Hooligans im Verwaltungsrecht, Stadionverbote und andere polizeirechtliche Maßnahmen zur Eindämmung von Gewalt in Fußballstadien, NJW 2013, 1035 (1038).

<sup>26</sup> Tomerius (Fn. 10), Die Polizei 2017, 104 (105).

<sup>27</sup> Nationaler Ausschuss Sport und Sicherheit (Fn. 6), S.5.

<sup>28</sup> DFB, Richtlinien zur einheitlichen Behandlung von Stadionverboten, [https://www.dfb.de/fileadmin/\\_dfbdam/123175-Richtlinien\\_zur\\_einheitlichen\\_Behandlung\\_von\\_Stadionverboten\\_ab\\_01\\_12\\_16.pdf](https://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/123175-Richtlinien_zur_einheitlichen_Behandlung_von_Stadionverboten_ab_01_12_16.pdf) (Abruf v. 06.09.2022); Tomerius (Fn. 10), Die Polizei 2017, 104 (105).

<sup>29</sup> Schmitt, Das bundesweite Stadionverbot, Eine rechtliche Untersuchung mit Praxishinweisen für Fußballvereine und Betroffene, 2013, S. 65.

<sup>30</sup> BGH NJW 2010, 534.

<sup>31</sup> Grundlegend dazu BVerfGE 148, 267.

<sup>32</sup> BVerfGE 148, 267, Rn. 45.

einträchtigen wird.<sup>33</sup>

### 1. Der Eintrag in die Datei Gewalttäter Sport als Voraussetzung für die Annahme einer konkreten Gefahr

Die Datei Gewalttäter Sport stellt eine Verbunddatei i.S.v. § 29 BKAG dar.<sup>34</sup> Im Zusammenhang von Verbunddatei und konkreter Gefahr wird diskutiert, ob der Eintrag einer Person in der Datei Gewalttäter Sport mit dem Vorliegen einer konkreten Gefahr, die von dem Eingetragenen ausgehen muss, gleichzusetzen ist. Eine Aufnahme in die Datei und die damit verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten erfolgt nicht nur bei rechtskräftigen Verurteilungen, sondern bereits dann, wenn ein Ermittlungsverfahren wegen bestimmter Katalogstraftaten eingeleitet worden ist. In gewissen Fällen reichen bereits präventiv-polizeiliche Maßnahmen für die Datenspeicherung, sofern nach Ansicht der Polizei eine Beteiligung der Person an künftigen Straftaten im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen möglich ist.

Die Datei Gewalttäter Sport wird durch die ZIS verwaltet, die bei der Polizei NRW angesiedelt ist.<sup>35</sup> Sie enthält verschiedenste personenbezogene Daten, darunter auch Daten zu staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren sowie Angaben zu Vereinszuordnungen und bestehenden Stadionverböten.<sup>36</sup> Bereits die Tatsache, dass eine Person in der Datei erfasst ist, kann für sie bei der Personenkontrolle oder einem anderen Abgleich zu weitreichenden Konsequenzen führen. Die Dateien wurden zu dem Zweck geschaffen, den Polizeibehörden Anhaltspunkte zu liefern, auf deren Basis eine Gefahrenprognose erstellt werden kann.<sup>37</sup> Seitens der Polizei wird der bloße Eintrag als Tatsache für die Gefahrenprognose gewertet. Hiergegen muss allerdings eingewandt werden, dass der Vermerk in der Datei zwar auf Tatsachen beruht, jedoch selbst keine Tatsache i.S.d. Gefahrenbegriffes darstellt. Der Eintrag in der Datei allein kann eine konkrete Gefahr nicht begründen. Wäre dies der Fall, wäre es dem Staat jederzeit möglich, sich die notwendige konkrete Gefahr für die Eingriffsmaß-

nahmen selbst zu konstruieren.<sup>38</sup>

Problematisch in diesem Zusammenhang ist auch der Vorgang der Eintragung in der Gewalttäterdatei Sport: diese setzt nicht immer eine vorangegangene Gewalttat voraus. Vielmehr werden auch Personen erfasst, die im Bereich eines Fußballspiels Adressat einer Identitätsfeststellung oder Durchsuchung geworden sind oder nur den gleichen Anreiseweg wie Gewalttäter genutzt haben.<sup>39</sup> Da, insbesondere in diesen Fällen, die Einbußen an Grundrechtsschutz und nachträglichen Rechtsschutzmöglichkeiten auszugleichen sind, sind an die Übermittlung strengere Anforderungen als der Eintrag in der Gewalttäterdatei Sport zu stellen.<sup>40</sup> Ein solcher Eintrag kann daher die notwendige konkrete Gefahr nicht zweifelsohne begründen.

### 2. Ultra- oder Hooligan-Zugehörigkeit als konkrete Gefahr

Immer wieder wird auch darüber diskutiert, ob die offensichtliche Zugehörigkeit einer Person zu einer Gruppe als Prognosekriterium für die konkrete Gefahr ausreichend ist. Im Rahmen des deutschen Fußballs sind die Hooligan- oder Ultra-Szene die bekanntesten Personengruppen, aus denen heraus Gewalttaten in und um Stadien begangen werden. Als Hooligans werden Personen bezeichnet, die Fußballspiele als gemeinsame Gruppe zum Anlass nehmen, Gewalt auszuüben. Der Hooliganismus kann als gewaltbereite und gewalttätige Subkultur bezeichnet werden. Bei den Ultras handelt es sich um fanatische Fußballanhänger. Allerdings steht bei den Ultras die Liebe zum Sport und zum Verein im Vordergrund, während der Hooliganismus primär auf Gewalttaten ausgerichtet ist. Dennoch kommt es auch aus der Ultra-Szene heraus gehäuft zu gewalttätigen Auseinandersetzungen. Eine klare Trennung zwischen den Gruppierungen erfolgt oftmals nicht.<sup>41</sup>

Es wird vertreten, dass bereits die Zugehörigkeit zu einer dieser Gruppen die grundlegende Gewaltbereitschaft in und aus der jeweiligen Gruppe heraus fördere und daher einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit schaffe.<sup>42</sup> Hier-

<sup>33</sup> Ruch, Gruppenzugehörigkeit als Prognosekriterium – gefahrenabwehrrechtliche Grenzen der polizeilichen Anregung zivilrechtlicher Stadionverbote, JZ 2015, 936 (938).

<sup>34</sup> Allgemein zu Verbunddateien des BKA siehe Graulich in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Auflage 2019, BKAG § 29 Rn. 6ff.

<sup>35</sup> Arzt in: Liskan/Denninger (Fn. 20), Kap. G Rn. 1254f.

<sup>36</sup> Schiffbauer, Fußballfans im Abseits des effektiven Rechtsschutzes? Das bundesweite Stadionverbot, die Verbunddatei „Gewalttäter Sport“ und Art. 19 Abs. 4 GG, DVBl 2014, 1173 (1175).

<sup>37</sup> Arzt/Eier, Zur Rechtmäßigkeit der Speicherung personenbezogener Daten in „Gewalttäter“-Verbunddateien des Bundeskriminalamtes, DVBl 2010, 816 (818, 819).

<sup>38</sup> So auch Arzt, Gefährderansprache und Meldeaufgabe bei Sport-Großereignissen, Die Polizei 2006, 156 (159).

<sup>39</sup> Ruch (Fn. 33), JZ 2015, 936 (939).

<sup>40</sup> Zustimmend insbesondere Ruch (Fn. 33), JZ 2015, 936 (938).

<sup>41</sup> Kehr, Datei Gewalttäter Sport, Eine Untersuchung der Rechtsgrundlagen des BKAGs unter besonderer Berücksichtigung datenschutzrechtlicher und verfassungsrechtlicher Aspekte, 2015, S. 40, 41.

<sup>42</sup> Vgl. zu dieser Annahme die Ausführungen bei Schönrock/Knape, Meldeaufgaben und gefahrenabwehrrechtliche Vorfeldmaßnahmen, Die Polizei 2012, 280 (282).

bei muss dennoch berücksichtigt werden, dass nicht nur soziale Merkmale für die Prognoseentscheidung ausreichend sind, sondern auch individuelle Kriterien Berücksichtigung finden müssen. Ein Vorgehen alleine nach dem Auswahlkriterium einer Gruppenzugehörigkeit genügt den Anforderungen an eine konkrete Gefahr nicht. Vielmehr darf gerade nicht von den Forderungen der Ultras nach Mitbestimmung in „ihrem“ Verein und ihrer Dominanz in den Fankurven auf eine wechselseitige Zurechnung von gewalttätigen Handlungen geschlossen werden. Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Fan-Szene schafft für die zu treffende Maßnahme keinen prognostischen Gewinn.<sup>43</sup> Es ist demzufolge festzustellen, dass die Zugehörigkeit zur Ultra- oder Hooligan-Szene keine ausreichende Grundlage für die Annahme einer konkreten Gefahr darstellt. Eine Gefahrenprognose, die der Abwehr einer konkreten Gefahr dient, erfordert seitens der Behörden immer eine Abwägung individueller Faktoren und eine Einzelfallgerechtigkeit, die über den Eintrag in Gewaldateien und der offensichtlichen Mitgliedschaft in einer Fan-Gruppierung hinausgeht.

## II. Stadionverbote als notwendige Rechtsfolge der Datenübermittlung?

Das Stadionverbot ist eine zivilrechtliche Ausprägung des Hausrechts von Stadionbetreibern gegenüber den Besuchern. Sinn und Zweck des Hausrechts ist es, die Sicherheit innerhalb eines geschützten Bereiches zu wahren und dies durch gesetzliche Unterlassungsansprüche nach §§ 858, 903, 1004 BGB geltend machen zu können.<sup>44</sup> Für den Fußballbetrieb in der 1. und 2. Bundesliga, der 3. Liga und der 4. Spielklassenebene sowie alle weiteren Spiele des DFB und des Ligaverbandes wurde die Richtlinie zur einheitlichen Behandlung von Stadionverboten des DFB geschaffen. Diese Richtlinie konkretisiert nicht nur örtliche Stadionverbote, sondern schafft die Grundlage für das gegenseitige Anerkennen und die bundesweite Verhängung von Stadionverboten über die Regeln der Stellvertretung (§§ 164ff. BGB).<sup>45</sup> Hintergrund des (bundesweiten) Stadionverbotes ist es, zukünftiges sicherheitsbeeinträchtigendes Verhalten zu vermeiden. Hierbei ist anzumerken, dass das Stadionverbot aufgrund der zivilrechtlichen Rechtsgrund-

lagen gerade keine staatliche Sanktion, sondern eine präventive privatrechtliche Anordnung darstellt.<sup>46</sup>

Bei allen Bemühungen um größtmögliche Sicherheit in deutschen Stadien darf nicht in Vergessenheit geraten, dass auch die datenschutzrechtlichen Übermittlungsvorschriften nicht aus Praktikabilitätsgründen überspannt werden dürfen, sondern ihrerseits ebenfalls Schutzvorschriften darstellen. Eine vorbehaltlose Anregung eines Stadionverbotes durch die Polizei, die allein der Einfachheit halber die notwendigen Schritte an die privaten Veranstalter abwälzt, stellt in jedem Fall eine Umgehung polizeilicher Standardmaßnahmen und eine unzulässige „Flucht ins Privatrecht“ dar. Das Stadionverbot, besonders dann, wenn es für die Bundesrepublik ausgesprochen wird, ist auf diejenigen Fälle zu begrenzen, in denen die örtliche und zeitliche Flexibilität des Stadionverbotes essentiell ist. Eine Individualisierung dieser Fälle lässt sich durch eine klare Identifizierbarkeit bei Gewalt- und sonstigen Straftätern gewährleisten, von denen eine konkrete Gefahr weiterer Straftaten im Zusammenhang mit Fußballspielen anzunehmen ist. Angesichts der zahlreichen Spielorte ist es in solch gelagerten Fällen im Sinne einer effektiven und effizienten Gefahrenabwehr geboten, die notwendigen Daten seitens der Polizei an Betreiber zu übermitteln, um so mit dem bundesweiten Stadionverbot die Sicherheit der Besucher zu gewährleisten.<sup>47</sup>

## III. Verhältnismäßigkeit einer Datenübermittlung im Zusammenhang mit Fußballspielen und polizeilichen Standardmaßnahmen

Das Stadionverbot als Rechtsfolge einer Datenübermittlung zwischen Polizei und Stadionbetreibern stellt nur eine Möglichkeit zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit dar. Vielmehr müssen sich die Polizeibehörden, um eine rechtswidrige Flucht ins Privatrecht zu vermeiden, zunächst ihrer polizeilichen Standardmaßnahmen bedienen. Die Polizei verfügt mit den Mitteln des Aufenthaltsverbotes, der Gefährderansprache, der Meldeaufflage oder dem Präventivgewahrsam selbst über potenzielle Mittel, um den Störer von den Stadien fernzuhalten.<sup>48</sup> Besonders das Aufenthaltsverbot wird begrifflich oft in einem Atemzug

<sup>43</sup> Ruch (Fn. 33), JZ 2015, 936 (939).

<sup>44</sup> Schmitt (Fn. 29), S. 48; ausführlich zum zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB siehe Wellenhofer, Sachenrecht, 36. Auflage 2021, § 24.

<sup>45</sup> § 4 Abs. 3 der Richtlinie (Fn. 28), dazu auch BGH, NJW 2010, 534 (535); zu den allgemeinen Regeln der Stellvertretung: Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 46. Auflage 2022, § 11.

<sup>46</sup> Knappe/Schönrock, Polizeiliche Eingriffsbefugnisse bei Sportgroßveranstaltungen, Die Polizei 2011, 245 (248).

<sup>47</sup> Zum selben Ergebnis gelangt auch Ruch (Fn. 33), JZ 2015, 936 (940).

<sup>48</sup> Behnken, Fan-Aussperrungen nach dem Polizei- und Ordnungsrecht, NordÖR 2013, 1 (6); allgemein zu den Standardmaßnahmen im Polizeirecht: Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Auflage 2020, § 11.

mit dem Stadionverbot genannt.

Die Datenübermittlung muss verhältnismäßig sein, um als einzige oder zusätzliche Maßnahme neben den Standardmaßnahmen Anwendung zu finden. Als legitimes Ziel lässt sich die Verhütung von Straftaten im Zusammenhang mit Fußballspielen anführen.<sup>49</sup> Die Datenübermittlung müsste als Maßnahme geeignet sein. Eine Maßnahme ist geeignet, wenn sie zur Zielerreichung beitragen kann.<sup>50</sup> Durch die Datenübermittlung werden Stadionverbote überhaupt ermöglicht. Der Betroffene ist der Gefahr einer Anzeige wegen Hausfriedensbruch ausgesetzt, sobald er das Stadion trotz des Verbotes besucht und dieses durch einen szenekundigen Beamten oder durch das Ordnungspersonal des Stadions bemerkt wird. Die Möglichkeit eines Strafverfahrens hat eine abschreckende Wirkung, sodass der Störer das Stadion nicht betreten wird, sofern er sich dieser Gefahr eines Strafverfahrens nicht aussetzen möchte.<sup>51</sup> Die Datenübermittlung ist aber auch parallel zum Aufenthaltsverbot zur Gefahrenabwehr geeignet: durch die Verhängung des Stadionverbotes wird die Wahrscheinlichkeit gesteigert, dass die Störer gar nicht erst zum Spiel anreisen, weil die Chance auf Einlass gering ist. Die Datenübermittlung ist daher zur Verhütung von Straftaten geeignet.<sup>52</sup>

Die Datenübermittlung müsste erforderlich sein; es darf kein anderes gleich geeignetes Mittel geben, dass die Rechte des Betroffenen weniger stark einschränkt.<sup>53</sup> Im Rahmen der Erforderlichkeit ist zu klären, ob das Aufenthaltsverbot gegenüber der Datenübermittlung das mildere Mittel darstellt oder ob beide Maßnahmen auch nebeneinanderstehen dürfen.<sup>54</sup> Durch das Stadionverbot kann der Verein den Verkauf von Eintrittskarten an den Gefährder unterlassen oder ihm die Dauerkarte entziehen. Selbst wenn es dem Störer gelingen sollte, trotzdem in den Besitz von Karten zu gelangen, gilt das Stadionverbot weiterhin, denn nach § 1 Abs. 6 der DFB-Richtlinien wird die Wirksamkeit des Stadionverbotes gerade nicht durch den Erwerb einer Eintrittskarte aufgehoben. Sollte es dem Fan gelingen ins Stadion zu gelangen, so wird er sich besonders unauffällig verhalten, um nicht erkannt zu werden, sodass hier zumindest eine mittelbare Einwirkung des Stadionverbotes er-

kennbar ist. Wird er zudem im Stadion trotz eines Verbotes angetroffen, ist der Verein zur Anzeige wegen Hausfriedensbruchs nach § 3 Abs. 3 der DFB-Richtlinien verpflichtet. Daher besteht bei jedem rechtswidrigen Eintritt ins Stadion immer die Möglichkeit eines Strafverfahrens für den Betroffenen. Somit kann festgestellt werden, dass die Gefahr durch das Stadionverbot abgewehrt bleibt, wohingegen die gleiche Eignung des Aufenthaltsverbotes mangels effektiver Durchsetzbarkeit bezweifelt werden muss.<sup>55</sup>

Zudem stellt sich die Frage, ob ein Aufenthaltsverbot überhaupt das mildere Mittel darstellt. Dafür wird angeführt, dass dem Bürger beim Stadionverbot allein der Fußballveranstalter gegenüberstehe und der Staat als Initiator der Maßnahme nicht erkannt wird, sodass der Rechtsschutz erschwert wird. Dagegen ist einzuwenden, dass dem Betroffenen aufgrund seines vorangegangenen Verhaltens in der Regel bewusst ist, auf welcher Informationsgrundlage das Stadionverbot erlassen wurde. Sofern dies nicht der Fall ist, sind die Stadionverbote durch die Vereine zu begründen, sodass der Fan zwangsläufig erfährt, durch welche zugrunde liegenden Daten er Adressat der Maßnahme wird.<sup>56</sup> Mit dem Aufenthaltsverbot wird ferner nicht nur in die Rechte des Fans eingegriffen, sondern auch in die des Veranstalters, da ihm nicht mehr die Entscheidungsfreiheit zugebilligt wird, wenn er ins Stadion einlässt. Es spricht daher einiges dafür, dass es sich bei dem Aufenthaltsverbot gerade nicht um ein milderes Mittel handelt, sodass die Datenübermittlung im Ergebnis erforderlich ist.

Zuletzt darf die Datenübermittlung nicht zu einem Nachteil führen, der zum erstrebten Erfolg außer Verhältnis steht. Hierbei ist die Angemessenheit der Übermittlung zu überprüfen.<sup>57</sup> In den Fällen, in denen es durch die Datenübermittlung zur Abwehr von Straftaten und somit zum Schutz von Leib, Leben und Gesundheit der von den Taten betroffenen Personen kommt, sind diese Schutzgüter höher zu gewichten als die Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung der Täter.<sup>58</sup> Für den Abwägungsprozess sind auch die Interessen der Vereine und Betreiber zu berücksichtigen, die durch das Stadionverbot Herr der Sicherheit im Stadion bleiben und denen eine effektive

<sup>49</sup> Kirchhoff, Übermittlung von Gefährderdaten durch die Polizei an Fußballveranstalter, NJW 2017, 294 (297).

<sup>50</sup> Ullrich in: Möstl/Weiner (Fn. 17), § 4 Rn. 25.

<sup>51</sup> Tomerius (Fn. 10), Die Polizei 2017, 104 (113).

<sup>52</sup> Kirchhoff (Fn. 49), NJW 2017, 294 (297).

<sup>53</sup> Ullrich in: Möstl/Weiner (Fn. 17), § 4 Rn. 34.

<sup>54</sup> Kirchhoff (Fn. 49), NJW 2017, 294 (297).

<sup>55</sup> Vgl. zum Ganzen: Kirchhoff (Fn. 49), NJW 2017, 294 (298).

<sup>56</sup> Kirchhoff (Fn. 49), NJW 2017, 294 (298).

<sup>57</sup> Ullrich in: Möstl/Weiner (Fn. 17), § 4 Rn. 43.

<sup>58</sup> Kirchhoff (Fn. 49), NJW 2017, 294 (298).

Durchsetzung ihres Hausrechts zur Seite stehen muss.<sup>59</sup> Damit ist festzustellen, dass seitens der Polizei sowohl trotz als auch ohne parallel verhängtes Aufenthaltsverbot eine Datenübermittlung zulässig sein kann: zum einen kann gemeinsam mit dem Aufenthaltsverbot eine optimale Sicherheitslage hergestellt, zum anderen bei Verzicht auf ein Aufenthaltsverbot der Eingriff in die Rechte des Fußballfans gering gehalten werden.<sup>60</sup> Hier muss im Rahmen der gesetzlichen Grenzen die größtmögliche Flexibilität gegeben sein.

Abschließend ist anzumerken, dass in diesem Zusammenhang für eine Datenübermittlung an Private im besonderen Maße auf die Erforderlichkeit derselben abzustellen ist. Diese kann sich ausschließlich daraus ergeben, dass durch die Kooperation weitere Möglichkeiten zur Gefahrenabwehr geschaffen werden, die das Eintreten der Störer in die Stadien tatsächlich verhindern. Hierbei darf also auf den praktischen Nutzen eines privatrechtlichen Stadionverbots abgestellt werden, welches in den Grenzen der Erforderlichkeit geltend gemacht werden kann und in diesem Zusammenhang kein Umgehen der Möglichkeiten des Polizeirechts durch eine Flucht ins Privatrecht darstellt.<sup>61</sup>

#### IV. Rechtsschutzmöglichkeiten der Fußballfans

Der Verwaltungsrechtsweg ist für Maßnahmen der Datenübermittlung an Private eröffnet. Als statthafte Klageart gegen die Übermittlung kommt in der Regel die allgemeine Leistungsklage in der Form der Unterlassungsklage in Betracht. Sofern zuvor ein erledigendes Ereignis eingetreten ist, ist sodann eine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO einschlägig.<sup>62</sup> Bei der Datenübermittlung handelt es sich nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um einen Realakt, da es an der Weitergabe an einer auf eine unmittelbare Rechtsfolge gerichteten Regelung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG mangelt.<sup>63</sup>

Rechtlich komplizierter wird es im Rahmen der Überprüfung von Stadionverböten, die auf den übermittelten Daten beruhen: Diese stellen privatrechtliche Maßnahmen dar, wogegen der Adressat nur bei den Zivilgerichten klagen kann. Es ist dem Fan zwar möglich im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Rechtswidrigkeit der Da-

tenübermittlung feststellen zu lassen, ungeachtet dessen hat er durch diese Klage lediglich einen Titel errungen, der das Stadionverbot nicht aus der Welt schafft. Um die Aufhebung des Stadionverbotes zu erreichen sind die Möglichkeiten des Fans begrenzt: eine Aufhebung des Verbotes ist für den Verein nur verpflichtend, wenn er im Verfahren, das Anlass für den Erlass des Verbotes war, freigesprochen wird oder eine Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO erfolgt. Für die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm zur Begründung der Aufhebung des Verbotes trägt er allerdings die Beweislast.<sup>64</sup>

Sofern das Ermittlungsverfahren nach §§ 153, 153a StPO eingestellt wird, ist ein Antrag des Betroffenen auf Aufhebung des Stadionverbotes erforderlich. Eine Verpflichtung zur Befreiung besteht in diesem Fall gleichwohl nicht. In diesem Zusammenhang wird schnell deutlich, dass es trotz fehlender Nachweisbarkeit der Schuld eines Fans, nach einmaliger Verhängung des Stadionverbotes eines enormen Kraftaktes seitens des Adressaten bedarf, die Maßnahme wieder aus der Welt zu schaffen.<sup>65</sup> Somit wird klar, wieso in der Literatur von „Fußballfans im Abseits des effektiven Rechtsschutzes“<sup>66</sup> gesprochen wird: Zum einen ist es für den Adressaten mühsam, ein einmal bestehendes Stadionverbot zu beseitigen; zum anderen ist die Begründung des Stadionverbotes mit dem Eintrag in die Datei Gewalttäter Sport oftmals beschlossene Sache, ohne dass die Schuld nachgewiesen wurde oder obwohl der Fan nur einer erkennungsdienstlichen Maßnahme ohne Gefährdungspotenzial in der Nähe eines Stadions unterzogen wurde. An die vorangegangene Übermittlung der Daten ist daher aufgrund der dargestellten Einbußen an Rechtsschutz der nachfolgenden Maßnahmen strenge Anforderungen zu stellen.<sup>67</sup>

#### D. Ausblick

Im Polizeirecht hat im Laufe der letzten Jahre ein Paradigmenwechsel stattgefunden: die Polizeibehörde soll weniger als reagierende Gefahrenabwehrbehörde auftreten, sondern vielmehr als proaktive Risikoversorge vor Gefahren schützen. In diesem Zusammenhang ist eine um-

<sup>59</sup> Schmitt (Fn. 29), S. 353.

<sup>60</sup> Kirchhoff (Fn. 49), NJW 2017, 294 (298).

<sup>61</sup> So abschließend auch Müller-Eiselt (Fn. 13), DVBl 2014, 1168 (1172).

<sup>62</sup> Graf in: Möstl/Weiner (Fn. 17), § 44 Rn. 34.

<sup>63</sup> OVG Bautzen, BeckRS 2016, 118090, Rn. 16; insbesondere der Erlass eines Stadionverbotes ist keine unmittelbare verbindliche Rechtsfolge der Datenübermittlung, sondern stellt einen eigenen zivilrechtlichen Akt des Stadionbetreibers/Fußballvereins dar.

<sup>64</sup> Ausführlich hierzu Tomerius (Fn. 10), Die Polizei 2017, 104 (113).

<sup>65</sup> Tomerius (Fn. 10), Die Polizei 2017, 104 (113).

<sup>66</sup> Schiffbauer (Fn. 36), DVBl 2014, 1173.

<sup>67</sup> Vgl. dazu Ruch (Fn. 33), JZ 2015, 936 (938, 939).

fassende Datenverarbeitung als informationelle Vorfeldarbeit unerlässlich, um die polizeiliche Aufgabenerledigung sicherzustellen. Informationelle Maßnahmen sind daher notwendige Vorbereitungen und Ergänzungen klassischer Gefahrenabwehr<sup>68</sup>. All diese erforderliche polizeiliche Aufgabenerledigung darf hingegen nicht zur Abkehr von Rechtstaatlichkeit führen. Obwohl, oder vielmehr gerade weil sich der BGH und das BVerfG zu den Voraussetzungen eines rechtmäßigen Stadionverbotes geäußert haben, darf auch in Zukunft nicht aus dem Blick verloren werden, dass durch die Möglichkeit von Stadionverboten keine inflationäre Abwälzung der polizeilichen Arbeit auf private Stadionbetreiber und Fußballvereine erfolgen darf. Vielmehr müssen sie als gezieltes privatrechtliches Mittel im Raum zwischen Sicherheit und Freiheit Anwendung finden, um so sowohl dem Schutz der Besucher als auch der Flexibilität der Sicherheitsarchitektur gerecht zu werden.

Die Datenübermittlung an Private zeigt wie kein anderer rechtlicher Problemkreis den ewigen Kampf zwischen Sicherheit und Freiheit auf.<sup>69</sup> Die Freiheit muss nicht jeden Preis für die Sicherheit zahlen. Vielmehr ist ein schonender Ausgleich zwischen der Notwendigkeit von Datenverarbeitungen und dem Schutz der Rechte des Einzelnen und damit der Gewährleistung der informationellen Freiheit zu finden. Sich hierzu im Bereich der Datenübermittlung an Private und damit auch im Bereich des deutschen Fußballs an der konkreten Gefahr zu orientieren, scheint ein verfassungsmäßiger Weg, um die Grenze zwischen Sicherheit und Freiheit in der Waage zu halten.

<sup>68</sup> So auch Möstl (Fn. 3), DVBl 2007, 581 (588).

<sup>69</sup> Müller-Eiselt (Fn. 13), DVBl 2014, 1168 (1172).

## Ausschluss des § 814 BGB bei Zahlung „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“

stud. iur. Tim Lennard Nix

OLG Hamm, Urt. v. 09.12.2021 – 18 U 68/20

§§ 652, 812, 814 BGB

### Sachverhalt (vereinfacht)

Der Kläger (K) war Mieter in einem Haus mit mehreren Eigentumswohnungen. Y war Eigentümerin einer im 2. OG gelegenen Wohnung besagten Hauses. Im Sommer 2018 entschied sich Y ihre Eigentumswohnung zu verkaufen. Dazu schloss sie mit der Beklagten (B) am 06.06.2018 einen qualifizierten Alleinauftrag bezüglich Maklerleistungen.

K wandte sich sodann an B und erklärte sein Interesse an der Wohnung der Y, welche K später auch erwarb. Unter dem 15.06.2018 übersandte A – ein Mitarbeiter der Beklagten – für die Beklagte mittels Mail, das von ihm erstellte Exposé an K. Das Exposé enthielt einen „Courtagepassus“. Mit gleicher Mail übermittelte A weiter Unterlagen zur Immobilie und stellte einen Besichtigungstermin in Aussicht. Mittels Mail forderte K am 24.06.2018 weitere Unterlagen an, welche am 27.06.2018 übersandt wurden.

Am 13.07.2018 wurde der notarielle Kaufvertrag mit einem Kaufpreis i.H.v. 325.000,00 € geschlossen. Auf Wunsch von Y, welche noch mit 5.000,00 € an der Instandhaltungsrücklage beteiligt war, wurde der ursprüngliche Kaufpreis von 320.000,00 € um 5.000,00 € auf 325.000,00 € erhöht. Diese Erhöhung wurde ihr von dem Notar angeraten.

Mit Schreiben vom 16.07.2018 übersandte B dem K eine Rechnung über eine Maklergebühr i.H.v. 11.602,50 €. K zahlte den Betrag zunächst nicht. Mit einer Mail vom 31.07.2018 entschuldigte sich K mit der Begründung, die Bank habe das Geld noch nicht bereitgestellt. Mit Schreiben vom 16.08.2018 zweifelte K das Bestehen der Forderung an. Dabei weist K insbesondere auf die bestehenden Vorkenntnisse hin und unterbreitet gleichzeitig einen Vergleichsvorschlag, nach welchem K den hälftigen Betrag ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zahlen würde. B übersandte mit Schreiben vom 21.08.2018 eine Mahnung mit Fristsetzung bis zum 12.06.2019. K zahlte am 31.08.2018 den gesamten Rechnungsbetrag unter dem Hinweis „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 25.01.2019 forderte K von B bis zum 11.02.2019 einen Betrag i.H.v. 11.817,28 € zurück. Dieser Betrag enthielt bereits berechnete Zinsen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 01.02.2019 wies B diese Forderung zurück.

K behauptete, er habe von Y selbst von der Verkaufsabsicht erfahren. Bei einem zufälligen Treffen habe K die Y auch über sein Kaufinteresse unterrichtet. Bei einem Treffen anlässlich einer Eigentümerversammlung erklärte Y, sie habe noch keinen Preis, wolle sich aber an einen Makler wenden. Am Folgetag habe Y bei K angerufen und angeboten, dass man die Wohnung für 320.000,00 € auch „ohne Makler“ verkaufen könne. Nachdem K am 08.06.2018 eine Finanzierungszusage von der finanzierenden Bank erhielt, teilte Y mit, dass mit der Abwicklung des Wohnungsverkaufs, insbesondere der Vereinbarung eines Notartermins, nun B betraut sei. Daraufhin habe K sich an B gewandt und erklärt, dass ein Kaufpreis vereinbart sei und die Wohnung im Übrigen auch bekannt wäre. Eine Besichtigung wurde auf das Angebot der B hin, ohne dass K dies gewollt hätte, durchgeführt.

**Hat K einen Anspruch auf Rückzahlung gegen B i.H.v. 11.817,28 €?**

## EINORDNUNG

Zum Verdienst seiner Courtage muss infolge des Nachweises oder der Vermittlung des Maklers<sup>1</sup> ein Vertrag zustande kommen. Inwiefern aber Makler zu entlohnen sind, wenn der Kunde Vorkenntnisse von dem Vertragsgegenstand – üblicherweise, wie auch in diesem Fall eine Wohnung oder Immobilie – hat, bedarf einer genauen Betrachtung des notwendigen Kausalzusammenhangs.

Gebettet in einen Anspruch aus Leistungskondition stellt sich die Frage, inwiefern die Formulierung „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ den Vorbehalt einer Leistung ausdrückt und die Anwendung des § 814 Alt. 1 BGB hemmt.

## LEITSÄTZE

1. Verwendet ein Verbraucher bei einer Leistung die Formulierung „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“, so bringt er damit hinreichend zum Ausdruck, die Leistung nur unter Vorbehalt erbringen zu wollen. Dies führt dazu, dass der Empfänger der Leistung nicht darauf vertrauen darf, das Empfangene behalten zu dürfen, wodurch die Einwendung des § 814 BGB regelmäßig ausgeschlossen wird.

2. Ein Makler kann auch trotz Vorkenntnis seines Kunden die Maklerprovision verdienen, wenn der Makler zusätzliche Informationen liefert, die eine für den Erwerb wesentliche Maklerleistung darstellen. Um eine wesentliche Maklerleistung annehmen zu können, ist erforderlich (und ausreichend), dass der Kunde durch den Nachweis des Maklers den konkreten Anstoß bekommen hat, sich um das ihm bereits bekannte Objekt zu kümmern (vgl. BGH, Urt. v. 04.10.1995 – IV ZR 163/94; BGH, Urt. v. 20.11.1997 – III ZR 57/96). Eine solche weitere wesentliche Maklerleistung kann in der Organisation und Durchführung einer Objektbesichtigung liegen. Dies kommt aber nur dann in Betracht, wenn dem Maklerkunden das Objekt nicht schon vorher gut bekannt gewesen ist.

3. Ebenso kann eine weitere wesentliche Maklerleistung unter Umständen darin liegen, dass der Makler dem Kunden Unterlagen zur Verfügung stellt, die dieser benötigt, um eine Finanzierung zum Erwerb des Objekts zu erlangen. Hat er bereits vorher eine Zusage über die Finanzierung erhalten, so liegt in der Übermittlung der Unterlagen keine weitere wesentliche Maklerleistung.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

## A. Anspruch entstanden

## I. Tatbestand

1. Etwas erlangt
2. Durch Leistung
3. Ohne Rechtsgrund
  - a) Übersendung des Exposés
  - b) Weitergehende Nachweisleistungen
    - aa) Übersendung weiterer Unterlagen
    - bb) Besichtigung der Wohnung
  - c) Vermittlungsleistung
  - d) Zwischenergebnis

## II. Rechtsfolge

## B. Anspruch nicht untergegangen

## C. Anspruch durchsetzbar

## D. Ergebnis

K könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung i.H.v. 11.817,28 € gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben.

**A. Anspruch entstanden**

B müsste von K etwas durch Leistung und ohne Rechtsgrund erlangt haben.

**I. Tatbestand****1. Etwas erlangt**

B müsste etwas erlangt haben. Etwas ist jeder vermögenswerte Vorteil. K hat an B die in Rechnung gestellte Maklerprovision i.H.v. 11.602,50 € gezahlt. B hat etwas erlangt.

**2. Durch Leistung**

Dies müsste durch eine Leistung des K geschehen sein. Eine Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. K hat an B geleistet, um die vermeintlich offene Forderung i.H.v. 11.602,50 € zu tilgen. K wollte bewusst das Vermögen der B mehrten. K hat eine Leistung erbracht.

**3. Ohne Rechtsgrund**

Dies müsste ohne rechtlichen Grund geschehen sein. Es mangelt an einem rechtlichen Grund, wenn der Empfänger zum Zeitpunkt der Leistung kein Recht auf das Geleistete hatte, den ihm zugeflossenen Vorteil also nicht behalten darf.

Bestünde zwischen K und B ein Maklervertrag i.S.d. § 652 BGB, könnte sich aus diesem ein Lohnanspruch der

<sup>1</sup> Zur besseren Lesbarkeit wird das generische Maskulinum verwendet, mit dem alle Geschlechter angesprochen sein sollen.

B gem. § 652 Abs. 1 S. 1 BGB gegen K ergeben. Dieser würde ein Recht auf das Geleistete darstellen. Ein Lohnanspruch entsteht, wenn infolge des Nachweises oder der Vermittlung des Maklers ein Vertrag (Hauptvertrag) entsteht, § 652 Abs. 1 S. 1 BGB.

Der Kaufvertrag über die Wohnung der Y im 2. OG müsste folglich aufgrund des Nachweises der B oder durch ihre Vermittlung zustande gekommen sein, um einen Lohnanspruch der B zu begründen. Jedoch wusste K bereits vor den Maklertätigkeiten der B von der Wohnung der Y und ihren Verkaufsabsichten. Die Vorkenntnisse des K schließen den notwendigen adäquat kausalen Sachzusammenhang zwischen dem Kaufentschluss des K und der Maklertätigkeit der B aus. B könnte jedoch trotz der Vorkenntnisse einen Lohnanspruch haben, wenn sie eine Nachweis- oder Vermittlungsleistung erbracht hat, welche wesentlich für den Kaufentschluss des K war. Als notwendig wesentliche Maklerleistung kommen dafür verschiedene Anknüpfungspunkte in Betracht.

#### a) Übersendung des Exposés

A könnte K durch die Übersendung des Exposés die Wohnung der Y nachgewiesen haben. Jedoch müsste diese Leistung auch zu einem Zeitpunkt erbracht worden sein, in welchem zwischen K und B bereits ein Maklervertrag bestand. Bis zur Übersendung des Exposés am 15.06.2018 haben zwischen K und B keine Vertragsverhandlungen stattgefunden. Erst mit der Übersendung des Exposés und dem darin enthaltenen Provisionsverlangen hat B ein Angebot zum Abschluss eines Maklervertrages abgegeben. Dieses hat K sodann mit der Inanspruchnahme der Leistungen der B angenommen. Erst in diesem Moment ist zwischen K und B ein Maklervertrag zustande gekommen. Zum Zeitpunkt der Übersendung des Exposés bestand zwischen K und B kein Lohnanspruch begründender Maklervertrag.

#### Anmerkung:

Wäre bereits ein Maklervertrag gegeben, wäre zu prüfen, inwieweit in der Übersendung ein für den zwischen Y und K entstandenen Kaufvertrag kausaler Nachweis

lag. Hat der Kunde Vorkenntnisse von dem Vertragsgegenstand mangelt es (im Fall des Nachweismaklers) regelmäßig daran, dass der Vertrag infolge der Maklerleistung zustande gekommen ist (die wohl h.M.<sup>2</sup> verortet dieser Problematik in der Kausalität).<sup>3</sup> Im vorliegenden Fall hatte K bereits Kenntnis von den Verkaufsabsichten der Y, ihrer Person selbst und der Wohnung und deren Attribute.

Zu prüfen wäre überdies, ob K sich auf seine Vorkenntnisse berufen könnte. Vereinzelt wird vertreten, dass bei Nichtoffenlegung der Vorkenntnisse gegenüber dem Makler, dem Kunden verwehrt bleiben soll, sich auf diese Vorkenntnisse zu berufen.<sup>4</sup> Jedoch offenbarte K bereits in seiner Mail vom 11.06.2018 – vor dem Abschluss des Maklervertrages – seine Vorkenntnisse B gegenüber.

K könnte eine Nachweisbestätigung (nachträgliches Provisionsversprechen) abgegeben haben. Eine Nachweisbestätigung liegt vor, wenn sich nach Erbringung der Maklerleistung oder Abschluss des Hauptvertrages der Kunde zur Zahlung einer Provision verpflichtet. Dieses Geschäft ist regelmäßig ungünstig für den Kunden und es sind entsprechend hohe Anforderungen zu stellen.<sup>5</sup> Ein konkludenter Vertragsschluss über ein nachträgliches Provisionsversprechen kann nicht aus der Inanspruchnahme von Maklerleistungen nach Übersendung des Exposés an K ge- deutet werden.<sup>6</sup>

#### b) Weitergehende Nachweisleistungen

Trotz der Vorkenntnisse des K könnte B einen Anspruch auf die Zahlung seiner Maklerprovision haben. Zur Begründung des Provisionsanspruchs genügt Mitursächlichkeit. Es können also über den Nachweis des Objekts hinausgehende Nachweisleistungen genügen, um einen Provisionsanspruch zu begründen. Liefert der Makler trotz der Vorkenntnisse des Kunden zusätzliche Informationen, welche für den Erwerb wesentliche Maklerleistungen darstellen, kann dieser einen Anspruch auf eine Maklerprovision haben.<sup>7</sup> Um eine wesentliche Maklerleistung annehmen zu können, ist erforderlich (und ausreichend), dass der Kunde durch den Nachweis des Maklers den konkreten Anstoß

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 09.11.1983 – IVa ZR 60/82; BGH, Urt. v. 04.10.1995 – IV ZR 163/94, Rn. 13f. (juris); Hamm/Schwerdtner Maklerrecht, 7. Auflage 2016, V. Rn. 278, 584; Kneller in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, 63. Edition, Stand: 01.08.2022, § 652 Rn. 25; Mansel in: Jauernig, 18. Auflage 2021, § 652 Rn. 24; Roth in: Münchener Kommentar zum BGB Band VI, 8. Auflage 2020, § 652 Rn. 206; a.A.: Arnold in: Staudinger, 2021, §§ 652, 652 Rn. 31.

<sup>3</sup> Kneller in: BeckOK BGB [Fn. 2], § 652 Rn. 43; Retzlaff in: Grüneberg, 81. Auflage 2022, § 652 Rn. 49; Roth in: MüKoBGB Band VI [Fn. 2], § 652 Rn. 195.

<sup>4</sup> OLG Koblenz, Urt. v. 18.07.1989 – 3 U 157/88; OLG Schleswig, Bes. v. 12.06.2014 – 16 U 134/13, Rn. 13 (juris).

<sup>5</sup> Roth in: MüKoBGB Band VI [Fn. 2], § 652 Rn. 34.

<sup>6</sup> OLG Hamm, Urt. v. 09.12.2021 – 18 U 68/20, Rn. 52.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 20.11.1997 – III ZR 57/96, Rn. 21 (juris); Meier in: beck-online Grosskommentar BGB, Stand: 01.08.2022, § 652 Rn. 243; Retzlaff in: Grüneberg [Fn. 3], § 652 Rn. 25, 49; Roth in: MüKoBGB Band VI [Fn. 2], § 652 Rn. 198.

bekommen hat, sich um den bereits bekannten Gegenstand des Hauptvertrages zu kümmern.<sup>8</sup>

#### aa) Übersendung weiterer Unterlagen

Die Übersendung weiterer Unterlagen durch A am 27.06.2018 könnte für K einen konkreten Anstoß gegeben haben, damit er sich um den Gegenstand des Hauptvertrages kümmert. In dem konkreten Fall wirkt sich der Erhalt der übersandten Unterlagen nicht auf das Kaufverhalten des K aus. K wird weder in seinem Kaufentschluss noch der konkreten Gestaltung des Hauptvertrages beeinflusst.

**Anmerkung:** Das OLG Hamm strengt die Überlegung an, dass sofern die Unterlagen zum Erhalt der Finanzierung des Wohnungskaufs notwendig waren, hierin die den konkreten Anstoß gebende Maklerleistung gesehen werden kann.<sup>9</sup> Jedoch scheidet im vorliegenden Fall eben jene Möglichkeit aus, da bereits vor Übersendung der Unterlagen die Finanzierung des Wohnungskaufs gesichert war. Andernfalls wäre zu prüfen, ob die konkret erlangten Dokumente kausal für die Finanzierungsicherung waren.

In einer Klausur ist in Fällen wie dem Vorliegenden besonders auf die zeitliche Abfolge und im Sachverhalt aufgeworfene Besonderheiten zu achten.

#### bb) Besichtigung der Wohnung

In der von B angebotenen und von K angenommenen Wohnungsbesichtigung könnte der notwendige konkrete Anstoß gegeben sein. Eine Wohnungsbesichtigung bietet die Gelegenheit sich einen tatsächlichen Eindruck des infragestehenden Objekts zu verschaffen. Abseits von den Objekt inhärenten Eigenschaften ist beim Wohnungskauf der persönliche Eindruck ein oft ausschlaggebendes Kriterium. Eine Innenbesichtigung einer Wohnung ist grundsätzlich geeignet eine wesentliche Maklerleistung darzustellen.<sup>10</sup>

Die Eignung als wesentliche, die Provision auslösende Maklerleistung kann indes nur überzeugen, wenn der Kunde die Wohnung nicht zuvor bereits in Augenschein genommen hat.<sup>11</sup> K war die Wohnung bereits bekannt. Schon mehrfach hat er sich in den konkreten Räumlichkeiten aufgehalten. Überdies war die Wohnung des K der der Y ähnlich. Die Besichtigung war folglich ungeeignet eine we-

sentliche Maklerleistung darzustellen und K einen konkreten Anstoß zu geben.

#### c) Vermittlungsleistung

B könnte eine Vermittlungsleistung erbracht haben. Eine Vermittlungsleistung ist das Einwirken auf den potenziellen Vertragspartner, mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses. Die Vermittlungstätigkeit ist dabei die bewusste finale Herbeiführung der Abschlussbereitschaft des potenziellen Vertragspartners des gewünschten Hauptvertrages. Y hatte den Entschluss, ihre Wohnung zu verkaufen, bereits vor der Kontaktaufnahme mit B geschlossen. Auf die Erhöhung der Forderung um 5.000,00 € auf 325.000,00 € hat der Notar, nicht B hingewirkt. Auch in dieser Hinsicht ist B somit keine Vermittlungsleistung zuzuschreiben. B hat keine Vermittlungsleistung erbracht.

#### d) Zwischenergebnis

B hat keine Maklerleistung erbracht, welche einen Lohnanspruch aus einem Maklervertrag gem. § 652 Abs. 1 S. 1 BGB begründet. B hatte in der Folge zum Zeitpunkt der Leistung kein Recht auf das Geleistete. Es fehlt an einem rechtlichen Grund.

### II. Rechtsfolge

B ist nach der Maßgabe der §§ 818 ff. BGB verpflichtet K das Erlangte herauszugeben.

#### B. Anspruch nicht erloschen

Der Anspruch des K dürfte auch nicht erloschen sein. In Betracht kommt die dauernde rechtshindernde Einrede der B gem. § 814 BGB. Nach § 814 Alt. 1 BGB kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Schuldner die Leistung in Kenntnis der Nichtschuld bewirkt hat. Kenntnis setzt zum Zeitpunkt der Leistung die positive Kenntnis voraus, nicht leisten zu müssen. Weder grob fahrlässige Unkenntnis, bloße Zweifel am Bestehen der Nichtschuld oder das bloße Kennen der Umstände, welche die Nichtschuld begründen, reichen zur Verwirklichung des Tatbestands aus.<sup>12</sup> K erklärte in seinem Schreiben vom 16.08.2018, dass seiner Meinung nach erhebliche Zweifel an dem Entstehen des von B geltend gemachten Anspruchs bestünden. K wendete insbesondere seine Vorkenntnisse B gegen-

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 20.04.1983 – IVa ZR 232/81, Rn. 16 (juris); Hamm in: Hamm, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 12. Auflage 2022, § 24 Rn. 59.

<sup>9</sup> OLG Hamm, Urt. v. 09.12.2021 – 18 U 68/20, Rn. 56.

<sup>10</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 27.02.1998 – 25 U 139/97, Rn. 23 (juris); OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.02.1999 – 7 U 133/98, Rn. 12 (juris); OLG Stuttgart, Urt. v. 10.07.2002 – 3 U 31/02, Rn. 59 (juris); Hamm/Schwerdtner Maklerrecht [Fn. 2] V. Rn. 570.

<sup>11</sup> OLG Hamm, Urt. v. 09.12.2021 – 18 U 68/20, Rn. 60.

<sup>12</sup> Sprau in: Grüneberg [Fn. 3], § 814 Rn. 4; Stadler in: Jauernig [Fn. 2], § 814 Rn. 3; Wiese in: Schulze, 11. Auflage 2021, § 814 Rn. 2.

über ein. Zudem hatte K diverse Einwendungen gegen den geltend gemachten Anspruch erhoben. Das Angebot eines Vergleiches ohne Anerkenntnis einer Rechtspflicht zeigt bestehende Zweifel an der Richtigkeit seiner Behauptungen zum Bestehen der Forderung auf. Diese reichen jedoch nicht aus, um eine positive Kenntnis der Nichtschuld zu begründen.

Fraglich erschiene überdies, ob § 814 Alt. 1 BGB – die Verwirklichung des Tatbestands unterstellt – anwendbar wäre. Die Anwendung ist ausgeschlossen, wenn eine Leistung unter Vorbehalt getätigt worden ist und der Empfänger daher nicht darauf vertrauen kann, das Erhaltene behalten zu dürfen.<sup>13</sup> K hat die Zahlung des Provisionsbetrags unter dem Hinweis erbracht, dass dies „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ geschehe. In dieser Formulierung könnte der Charakter einer Zahlung unter Vorbehalt zum Ausdruck gekommen sein.<sup>14</sup> Nachdem B sich K gegenüber mit einem Anspruch auf Beitragszahlung rühmte, hielt K diesem diverse Einwendungen entgegen. Mit der Erhebung rechtshindernder Einwendungen brachte K zu Genüge zum Ausdruck, sich keinem Anspruch der B ausgesetzt zu sehen. Sprachlichen Ausdruck findet diese Haltung in der Formulierung, dass „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ geleistet wurde. Von einem juristischen Laien kann nicht die exakte Verwendung juristischer Termini verlangt werden. Insofern darf nicht starr an dem Wortlaut festgehalten werden. Die von K verwendete Formulierung lässt verstehen, dass eine Zahlung unter dem Vorbehalt einer möglichen Rückforderung erfolgt.

**Anmerkung:** Relevant an dieser Stelle zu erwähnen ist, dass es sich bei K um einen juristischen Laien handelt. Als solcher wird er nicht bei jeder Zahlung formelhaft den Zusatz „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ verwenden. Bei juristisch beratenen Personen könnte dies wiederum anders zu bewerten sein. An diesem Punkt der Prüfung ist Sorgfalt und ein Gespür für den Einzelfall gefragt.

Der Anspruch des K ist nicht gem. § 814 Alt. 1 BGB erloschen.

### C. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch des K ist durchsetzbar.

### D. Ergebnis

K hat einen Anspruch gegen B i.H.v. 11.817,28 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

### FAZIT

Mit seiner Entscheidung hat das OLG Hamm Klarheit für die Anforderungen an eine Zahlung unter Vorbehalt im Rahmen des § 814 BGB geschaffen. Leisten Privatpersonen auf ein Zahlungsverlangen mit der Anmerkung, dass dies „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ geschehe, scheint ein Ausschluss der Anwendung des § 814 Alt. 1 BGB wahrscheinlich. Hierbei handelt es sich aber um kein Absolut. Für jeden Fall muss unter Heranziehung der individuellen Umstände erforscht werden, wie die Formulierung, ohne die Anerkennung einer Rechtspflicht zu zahlen verstanden werden muss. Jedenfalls hat das OLG Hamm mit diesem Urteil aber ein Beispiel geliefert, welches als Orientierungshilfe in der Klausur dienen kann.

Zudem hat sich das OLG Hamm in eine Reihe von Entscheidungen eingefügt, welche sich mit der Entstehung des Lohnanspruchs von Maklern beschäftigt hat und welche Anforderungen dabei an die Nachweistätigkeiten zu stellen sind. Auch hierbei ist argumentative Sorgfalt am Einzelfall geboten. Genaues Arbeiten mit dem Kausalitätsbegriff, sowie dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses macht eine gute Klausur aus.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 17.02.1982 – IVb ZR 657/80, Rn. 10 (juris); Sprau in: Grüneberg [Fn. 3], § 814 Rn. 5; Stadler in: Jauernig [Fn. 2], § 814 Rn. 4.

<sup>14</sup> So etwa bereits der BGH, vgl. BGH, Urt. v. 09.06.1992 – VI ZR 215/19, Rn. 22 (juris); a.A.: OLG Koblenz, Urt. v. 20.09.1983 – 3 U 1636/82, Rn. 30 (juris), Die Formulierung sei bloß eine formelhafte Klausel. Zu beachten bleibt, dass die Formulierung in dieser Entscheidung von einem Versicherer – keinem Verbraucher, wie in der besprochenen Entscheidung – verwendet wurde.

## Der Entfall der Leistungspflicht durch coronabedingte Schließung eines Fitnessstudios

stud. iur. Kent Wilke & stud. iur. Tim Lennard Nix

BGH, Urt. v. 04.05.2022 – XII ZR 64/21

§§ 275, 313, 326 BGB, Art. 240 § 5 EGBGB

### Sachverhalt (leicht abgeändert):

B ist Betreiberin mehrerer Fitnessstudios im Raum E. Nach vorheriger langjähriger Mitgliedschaft schloss K mit B am 08.12.2019 einen schriftlichen Vertrag über die Nutzung des Fitnessstudios mit einer Laufzeit von 24 Monaten. Der monatliche Beitrag betrug 29,90 EUR. Die Zahlung erfolgte per Lastschriftverfahren.

Die B musste jedoch ihre Fitnessstudios aufgrund einer behördlichen Anordnung im Zusammenhang mit dem SARS-CoV-2-Virus im Zeitraum vom 01.03.2020 bis 01.06.2020 schließen. Während dieses Zeitraums buchte B weiterhin bei K die monatlichen Beiträge im Lastschriftverfahren ab. K kündigte den Vertrag daraufhin wirksam zum 08.12.2020 und forderte B dazu auf, ihm die im schließungsbedingten Zeitraum abgebuchten Beiträge zur Gesamthöhe von 89,70 Euro bis zum 06.07.2020 durch Rücküberweisung zu erstatten.

Die B sendete K daraufhin ein Formular zu, welches die Überschrift „Gutschrift über Trainingszeit“ trug. Darin heißt es unter anderem:

„Durch die Vereinbarung

- 1) verschiebt sich automatisch das nächst mögliche ordentliche Vertragsende entsprechend der vereinbarten Gutschriftzeitdauer,
- 2) wird die kostenfreie Trainingszeit vor dem nächst möglichen ordentlichen Vertragsende gewährt.“

K sendete das Formular unausgefüllt und nicht unterschrieben zurück.

**Hat K gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der abgebuchten Beiträge sowie einer anteiligen Servicepauschale zur Gesamthöhe von 89,70 EUR?**

### EINORDNUNG

Die Corona-Maßnahmen des Bundes sowie der Länder erschütterten viele Vertragsverhältnisse stark. Insbesondere langfristige Verträge sind betroffen. Die jeweiligen Vertragsparteien stehen dabei oft ohne Schuld dar, wenn eine Behörde eine Schließungsanordnung ausspricht. Es stellt sich also die Frage, wer das Risiko dafür trägt, dass eine globale Pandemie zu besagten behördlich angeordneten Schließungen führt. Der Bundesgerichtshof durfte sich in verschiedenen Konstellationen<sup>1</sup> mit dieser delikaten Frage beschäftigen.

### LEITSÄTZE

1. Während der Zeit der Schließung eines Fitnessstudios aufgrund der hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie war es dem Betreiber rechtlich

unmöglich, dem Nutzungsberechtigten die Möglichkeit zur vertragsgemäßen Nutzung des Fitnessstudios zu gewähren und damit seine vertragliche geschuldete Hauptleistungspflicht zu erfüllen. Für den Zeitraum der Schließung hat der Nutzungsberechtigte einen Anspruch auf Rückzahlung der entrichteten Monatsbeträge, sofern der Betreiber von der „Gutscheinelösung“ nach Art. 240 § 5 Abs. 2 EGBGB keinen Gebrauch macht.

2. Eine Anpassung vertraglicher Verpflichtungen an die tatsächlichen Umstände kommt grundsätzlich dann nicht in Betracht, wenn das Gesetz in den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung die Folge der Vertragsstörung bestimmt. Daher scheidet eine Anwendung des § 313 BGB aus, soweit der Tatbestand des § 275 Abs. 1 BGB erfüllt ist.

3. Bei Art. 240 § 5 EGBGB handelt es sich um eine spezialgesetzliche Regelung, die die gesetzliche Rechtsfolge der Unmöglichkeit modifiziert und in ihrem Geltungsbereich

<sup>1</sup> Miete von Geschäftsräumen: BGH NZM 2022, 99 m. Anm. Kappus; Absage einer Hochzeitsfeier: BGH NZ-Fam 2022, 449 m. Anm. Selk; Rückerstattung für Veranstaltungskarte: BGH, Urt. v. 13.07.2022 – VIII ZR 317/21.

die Anwendung des § 313 BGB ausschließt.

4. Der Betreiber eines Fitnessstudios hat deshalb gegen seinen Vertragspartner keinen Anspruch auf eine Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage dahingehend, dass die vereinbarte Vertragslaufzeit um den Zeitraum einer pandemiebedingten Schließung des Fitnessstudios verlängert wird.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

### A. Gegenseitiger Vertrag

#### B. Bewirkung einer nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht geschuldeten Gegenleistung

##### I. Bewirkung der Gegenleistung

##### II. Nicht geschuldet gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB

##### 1. Vollständige Nichtleistung

##### 2. Geschuldete Leistung durch Leistungshindernis ausgeschlossen, § 275 Abs. 1 bis 3 BGB

##### a) Naturwissenschaftliche Unmöglichkeit

##### b) Rechtliche Unmöglichkeit

##### aa) Zeitweise rechtliche Unmöglichkeit

##### (1) Möglichkeit der Nacherfüllung der geschuldeten Leistung

##### (2) Möglichkeit der Befriedigung des Leistungsinteresses

##### (a) 1. Ansicht: Vollständige Befriedigung

##### (b) 2. Ansicht: Gebrauchsüberlassung als absolute Fixschuld

##### (c) 3. Ansicht: Nachträgliche Erfüllung gegen Vertragszweck und unzumutbar

##### (d) Stellungnahme

##### bb) Zwischenergebnis

##### c) Zwischenergebnis

##### 3. Kein Übergang der Preisgefahr

##### 4. Zwischenergebnis

### C. Rechtsfolge

#### I. Berechtigung des B

#### II. Gebrauch der Berechtigung

#### III. Zwischenergebnis

### D. Ergebnis

K könnte gegen B einen Anspruch auf Rückerstattung i.H.v. 89,70 EUR gem. §§ 326 Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB haben. Dafür

müsste K eine nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht geschuldete Gegenleistung an B bewirkt haben.

### A. Gegenseitiger Vertrag

Die §§ 320 ff. BGB sind ausweislich der amtlichen Überschrift nur bei gegenseitigen Verträgen anwendbar. Gegenseitigkeit besteht, wenn ein betreffender Vertrag Leistungspflichten statuiert, die nach Willen der Parteien miteinander stehen und fallen sollen, d.h. eine Leistung nicht ohne die entsprechende Gegenleistung erfolgen soll.<sup>2</sup> Bei einem Fitnessstudiovertrag wie dem vorliegenden sollen jedenfalls die Gebrauchsüberlassung der Räume und Geräte durch den Fitnessstudiobetreiber und die Beitragszahlungen des Kunden miteinander stehen und fallen. Ob es sich um einen reinen Gebrauchsüberlassungsvertrag handelt oder um einen typengemischten Vertrag mit miet- und dienstvertraglichen Elementen, ist für die Frage nach der Gegenseitigkeit unerheblich.<sup>3</sup>

Folglich liegt ein gegenseitiger Vertrag vor.

### B. Bewirkung einer nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB

#### nicht geschuldeten Gegenleistung

##### I. Bewirkung der Gegenleistung

Das vertraglich festgelegte Leistungsinteresse der B müsste durch K befriedigt worden sein. Vorliegend haben die Parteien vereinbart, dass K der B pro Monat 29,90 EUR schuldet. Durch die Beifügung eines SEPA-Lastschriftmandats durch B und dem Ausstellen desselben von K auf B haben die Parteien konkludent vereinbart, dass Buchgeld geschuldet sein soll,<sup>4</sup> d.h. dass die 29,90 EUR auf das Konto der B gutgeschrieben werden sollen. Ob es sich dabei nicht vielmehr um eine Ersetzungsbefugnis des Schuldners handelt, an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) Buchgeld zu leisten, ist unerheblich, da dadurch auch Erfüllungswirkung eintritt.<sup>5</sup>

Für den besagten Schließungszeitraum (01.03.2020 bis 01.06.2020), d.h. drei Monate, schuldet K der B nach der Vereinbarung 89,70 EUR. In diesem Zeitraum löst B die, von K auf sie ausgestellte, Lastschrift bei der Bank des K mit den entsprechenden Beträgen ein und erhält die Beträge auf seinem Konto vorbehaltlos gutgeschrieben. In entsprechender Anwendung der Dogmatik der Anweisungsfälle bei wirksamer Weisung im Kontext des § 812 BGB,<sup>6</sup> ist die

<sup>2</sup> Emmerich in: Limperg/Oetker/Rixecker/Säcker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3, 9. Aufl. 2022, § 320 Rn. 35; Schmidt in: Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 63. Edition 01.08.2022, § 320 Rn. 11.

<sup>3</sup> Vgl. zur Einordnung eines Fitnessstudiovertrags: BGH, Versäumnisurt. v. 08.02.2012 – XII ZR 42/10, Rn. 16 (juris); AG Brandenburg, Urt. v. 18.04.2016 – 31 C 204/15, Rn. 14 (juris); Maties in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK-BGB [Fn. 3], § 611 Rn. 240.

<sup>4</sup> Vgl. Fetzer in: MüKo-BGB Band 3 [Fn. 3], § 362 Rn. 22; Looschelders, Schuldrecht AT, 19. Auflage 2021, § 13 Rn. 34.

<sup>5</sup> Vgl. Looschelders [Fn. 5], § 17 Rn. 23a.

<sup>6</sup> Vgl. dazu Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 10. Aufl. 2020, § 13 Rn. 26ff.

Gutschrift dem K dadurch zuzurechnen, dass B als – durch das auf sie ausgestellte SEPA-Lastschriftmandat – ausgewiesene Erklärungsbotin des K gegenüber der Bank des K auftritt, die daraufhin die Buchung tätigt.<sup>7</sup>

Mithin hat B die ihm obliegende Leistungspflicht bewirkt.

## II. Nicht geschuldet gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB

Die Gegenleistung ist gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht geschuldet, wenn die geschuldete Leistung vollständig wegen eines Leistungshindernisses nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ausbleibt und der Schuldner der Gegenleistung nicht die Preisgefahr trägt.

### 1. Vollständige Nichtleistung

Vom 01.03.2020 bis zum 01.06.2020 hat B weder dem K den Gebrauch des Fitnessstudios ermöglicht noch Kurse oder andere Trainingsleistungen angeboten. Mithin liegt kein Fall der Teilleistung vor, § 326 Abs. 1 S. 1 aE BGB.

### 2. Geschuldete Leistung durch Leistungshindernis ausgeschlossen, § 275 Abs. 1 bis 3 BGB<sup>8</sup>

Die Leistungspflicht müsste gem. § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen sein. Vorliegend kommt nur in Betracht, dass die Pflicht der B zur Gebrauchsüberlassung und, je nach Ansicht, zusätzlich zum Angebot von Kursen und Trainingsleistungen gem. § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist. Die Leistungspflicht ist gem. § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, wenn und soweit sie für den Schuldner oder jedermann unmöglich ist. Unmöglich ist eine Leistung, wenn sie nicht erbracht werden kann (naturwissenschaftlich) oder erbracht werden darf (rechtlich).<sup>9</sup>

#### a) Naturwissenschaftliche Unmöglichkeit

Es wäre für B aus naturwissenschaftlicher Sicht möglich gewesen, das Fitnessstudio zu öffnen, um dem Leistungsinteresse des K gerecht zu werden.

#### b) Rechtliche Unmöglichkeit

Indessen durfte B infolge einer behördlichen Anordnung vom 16.03.2020 bis zum 04.06.2020 nicht öffnen, weshalb die geschuldeten Leistungen nicht erbracht werden durfte.

#### aa) Zeitweise rechtliche Unmöglichkeit

Problematisch ist jedoch, dass die Gebrauchsüberlassung sowie das Angebot von Kursen und Trainingsleistungen theoretisch nachholbar sind. Aufgrund des Grundsatzes *pacta sunt servanda* soll der Anspruch auf Leistung nur „solange“ ausgeschlossen sein, wie tatsächlich oder rechtlich Unmöglichkeit vorliegt.<sup>10</sup> Sofern das Leistungsinteresse des Gläubigers nur vorübergehend nicht befriedigt werden kann oder darf, ist der Anspruch auf Leistung und im Spiegelbild auf Gegenleistung nicht gem. §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen.

#### (1) Möglichkeit der Nacherfüllung der geschuldeten Leistung

Die Leistung muss für eine nur vorübergehende Unmöglichkeit grundsätzlich nachträglich erfüllbar sein:

Zum einen kommt in Betracht, dass B dem K innerhalb des Vertragszeitraumes kostenlos längeres Training ermöglicht, d.h. ihre Öffnungszeiten für K erweitert. Rein faktisch wäre dies eine mögliche Nachleistung, da der durchschnittliche Verkehrsteilnehmer nicht von Anfang bis Ende der vertraglich festgelegten Öffnungszeiten im Fitnessstudio verweilt, sondern zu spezifischen Kernzeiten (ca. 1,5 h). Andererseits ist erkennbar, dass K nur in den vertraglich festgelegten Öffnungszeiten trainieren und B diese auch nur zu diesen Zeiten, insbesondere im Hinblick auf arbeitsrechtliche und wirtschaftliche Aspekte, anbieten möchte. Geschuldet ist insofern die Möglichkeit zur regelmäßigen sportlichen Betätigung in gleichen Betätigungsintervallen.<sup>11</sup> Somit wäre eine Erweiterung der Öffnungszeiten keine mögliche Nacherfüllung.

Zum anderen kommt in Betracht, dass B dem K den Gebrauch über den Vertragszeitraum hinweg für die „verlorenen“ drei Monate anbietet. Dies scheint auch das ursprüngliche Leistungsinteresse des K nachträglich befriedigen zu können. Dass K eine Erweiterung nun ablehnt, wäre dabei unbeachtlich, da nur das erkennbare Leistungsinteresse bei Vertragsschluss für die Bewertung maßgeblich ist.<sup>12</sup> Mithin liegt grundsätzlich nur eine zeitweise rechtliche Unmöglichkeit vor.

<sup>7</sup> Vgl. Fetzner in: MüKo-BGB Band 3 [Fn. 3], § 362 Rn. 30.

<sup>8</sup> Eine frühe Übersicht zu schuldrechtlichen Auswirkungen der Corona-Krise vgl. Wolf/Eckert/Denz/Gerking/Holze/Künnen/Kurth, Die zivilrechtlichen Auswirkungen des Covid-19-Gesetzes – ein erster Überblick, JA 2020, 401.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 21.01.2010 – Xa ZR 175/07, Rn. 23 (juris); BGH, Urt. v. 25.10.2012 – VII ZR 146/11, Rn. 33 (juris); Grüneberg in: Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 275 Rn. 14, 16; Lorenz in: BeckOK-BGB [Fn. 3], § 275 Rn. 22; Lorenz in: Schmidt, COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 1 Rn. 20.

<sup>10</sup> Grüneberg in Grüneberg [Fn. 10], § 275 Rn. 10; Lorenz in: BeckOK-BGB [Fn. 3], § 275 Rn. 39; Ernst in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 151; Riehm in: BeckOGK-BGB [Fn. 4], § 275 Rn. 165, 168.

<sup>11</sup> BGH, Versäumnisurt. v. 08.02.2012 – XII ZR 42/10, Rn. 17 (juris); LG Freiburg, Urt. v. 27.04.2021 – 9 S 41/20, Rn. 30 (juris); English/Weinert, Der Rückzahlungsanspruch bei Schließung von Fitnessstudios wegen Covid-19, NJW 2022, 1987 (1988); Jänsch, COVID-19-Pandemie und Fitnessstudioverträge, COVuR 2021, 578 (579).

<sup>12</sup> Grüneberg in: Grüneberg [Fn. 10], § 275 Rn. 12.

**(2) Möglichkeit der Befriedigung des Leistungsinteresses**

Anknüpfend an das ursprüngliche Leistungsinteresse könnte jedoch die vorübergehende Unmöglichkeit der endgültigen Unmöglichkeit gleichzusetzen sein. Das ist der Fall, wenn durch das Hindernis die Erreichung des Vertragszwecks in Frage gestellt ist und bei billiger Abwägung der beiderseitigen Belange zumindest einer Partei nicht mehr zugemutet werden kann, die Leistung dann noch zu fordern oder zu erbringen.<sup>13</sup> Umstritten ist, ob eine Verlängerung eines Fitnessstudiovertrages um die verlorene Trainingszeit, das ursprüngliche Leistungsinteresse des Gläubigers überhaupt bzw. in zumutbarer Weise befriedigt. Es könnte also hinsichtlich der oben getroffenen Wertung, dass eine Erweiterung der Laufzeit das ursprüngliche Leistungsinteresse des Gläubigers befriedigen kann, eine Korrektur vorzunehmen sein.

**(a) 1. Ansicht: Vollständige Befriedigung**

Nach einer vereinzelt vertretenen Ansicht in der Rechtsprechung<sup>14</sup> könne eine Erweiterung der Laufzeit das ursprüngliche Leistungsinteresse des Beitragszahlers befriedigen. Der Inhaber des Fitnessstudios habe parallel einen Anspruch auf Vertragsanpassung gem. § 313 Abs. 1 BGB, der auf die Verlängerung des Vertragsverhältnisses gerichtet ist. Nach dieser Ansicht wäre also nicht von der oben getroffenen Wertung abzuweichen.

**(b) 2. Ansicht: Gebrauchsüberlassung als absolute Fixschuld**

Nach der Gegenansicht in der Literatur<sup>15</sup> sei die Gebrauchsüberlassung sowie das Angebot von Kursen und Trainingsangeboten bei Fitnessstudioverträgen eine absolute Fixschuld, d.h. das ursprüngliche Leistungsinteresse des Beitragszahlers nicht durch eine nachträgliche Gebrauchsüberlassung zu befriedigen. Nach dieser Ansicht ist also die vorübergehende Unmöglichkeit mit der dauernden gleichzusetzen und somit von oben genannter Wertung abzuweichen.

**(c) 3. Ansicht: Nachträgliche Erfüllung gegen Vertragszweck und unzumutbar**

Nach einer dritten Ansicht, namentlich vertreten vom BGH<sup>16</sup> und Instanzgerichten<sup>17</sup>, sei die nachträgliche Gebrauchsüberlassung sowie das Angebot von Kursen und Trainingsmöglichkeiten zwar grundsätzlich möglich, jedoch stelle diese Leistung den Vertragszweck infrage und die Erfüllung sei dem Beitragszahler unter beiderseitiger Abwägung der Belange von Gläubiger und Schuldner nicht zumutbar. Nach dieser Ansicht ist also die vorübergehende Unmöglichkeit mit der dauernden gleichzusetzen. Damit ist von der oben genannten Wertung abzuweichen.

**(d) Stellungnahme**

Die dargestellten Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Mithin ist Stellung zu beziehen. Für die erst genannte Ansicht spricht zunächst, dass sie die Fitnessstudiobetreiber vor hohen finanziellen Belastungen schützt, die aus höherer Gewalt, namentlich einer Pandemie, entstehen. Die Beitragszahler werden hingegen durch eine kostenlose Nacherfüllung geschützt.<sup>18</sup> Insofern erscheint die erste Ansicht als Kompromiss der verschiedenen Interessenlagen.

Gegen die Ansicht spricht jedoch die innere Systematik des Gesetzes: Der Gesetzgeber hat in Art. 240 § 5 Abs. 2 EGBGB erkannt, dass es durch kurzfristige Schließungen im Verlauf von COVID-19-Maßnahmen zu Liquiditätsproblemen von Betreibern von „Musik-, Kultur-, Sport- oder sonstigen Freizeiteinrichtung“-en kommen kann.<sup>19</sup> Ausgelöst werden diese Liquiditätsprobleme – nach ausdrücklicher gesetzgeberischer Analyse, die dem Art. 240 § 5 EGBGB zugrunde gelegt wurde<sup>20</sup> – durch Rückzahlungsansprüche der Kunden aus §§ 326 Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB.<sup>21</sup> Fitnessstudio- bzw. „Sportstudio“-betreiber werden sogar explizit in der Gesetzesbegründung benannt.<sup>22</sup> Durch eine Nichtanwendung des § 275 BGB auf den vorliegenden Fall, der eine typische Konstellation des Leistungshindernisses durch eine Maßnahmenschließung darstellt, würde die sinnvol-

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 19.10.2007 – V ZR 211/06, Rn. 24 (juris); OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.09.2004 – 8 U 97/04, Rn. 44 (juris); Lorenz in: BeckOK-BGB [Fn. 3], § 275 Rn. 40; Grüneberg in: Grüneberg [Fn. 10], § 275 Rn. 11.

<sup>14</sup> AG Zeitz, Urt. v. 01.12.2020 – 4 C 112/20; AG Verden, Urt. v. 12.02.2021 – 2 C 384/20; AG Minden, Urt. v. 29.04.2021 – 2 C 17/21; AG Oldenburg, Urt. v. 16.06.2021 – 7 C 7305/20; AG Gelnhausen, Urt. v. 24.06.2021 – 53 C 77/21; AG Paderborn Urt. v. 09.07.2021 – 57 a C 245/20.

<sup>15</sup> Jänsch, COVID-19-Pandemie und Fitnessstudioverträge, COVuR 2021, 578; Stöber, Fitnessstudio-Verträge in Zeiten von Corona, NJW 2022, 897 (897); Orth in: Schmidt [Fn. 10], § 11 Rn. 140; Riehm in: BeckOGK-BGB [Fn. 4], § 275 Rn. 211; zum Fixschuldder Charakter von Fitnessstudioverträgen Fries/Schulze in: Schulze BGB, 11. Aufl. 2021, § 323 Rn. 7.

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 04.05.2022 – XII ZR 64/21.

<sup>17</sup> LG Osnabrück, Urt. v. 09.07.2021 – 2 S 35/21; AG Torgau, Urt. v. 20.08.2020 – 2 C 382/19; AG Cloppenburg, Urt. v. 11.06.2021 – 21 C 243/21.

<sup>18</sup> AG Zeitz, Urt. v. 01.12.2020 – 4 C 112/20, Rn. 29 (juris); AG Gelnhausen, Urt. v. 24.06.2021 – 53 C 77/21, Rn. 4 (juris).

<sup>19</sup> BT-Drs. 19/18697, 1, 5; Jänsch, COVID-19-Pandemie und Fitnessstudioverträge, COVuR 2021, 578 (579).

<sup>20</sup> BT-Drs. 19/18697, 5.

<sup>21</sup> Büsche in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 13, 8. Aufl. 2021, Art. 240 EGBGB § 5 Rn. 1; Jänsch, COVID-19-Pandemie und Fitnessstudioverträge, COVuR 2021, 578 (581); Stöber, Fitnessstudio-Verträge in Zeiten von Corona, NJW 2022, 897 (897f.).

<sup>22</sup> BT-Drs. 19/18697, 5.

le Anwendung des Art. 240 § 5 Abs. 2 EGBGB hinsichtlich Fitnessstudioschließungen völlig abgeschnitten werden. Bei konsequenter Anwendung des Dogmas auf die übrigen Fälle der Gebrauchsüberlassung zur Freizeit, würde sogar eine völlige Sinnlosigkeit der Norm drohen.

Ferner spricht gegen die erste Ansicht eine Folgenabwägung unter vertragstheoretischen und verfassungsrechtlichen Aspekten. Es bestehen drei mögliche Lösungen. Erste Option: Der Kunde bekommt den Betrag zurückerstattet und es kommt zu keiner Vertragsanpassung, §§ 326 Abs. 1 u. 4, 275 Abs. 1 BGB. Zweite Option: Der Kunde bekommt den Betrag nicht zurückerstattet, aber es besteht ein Anspruch auf kostenlose Vertragsverlängerung, § 313 Abs. 1 BGB. Dritte Option: Der Kunde bekommt den Betrag zurückerstattet, §§ 326 Abs. 1 und 4, 275 Abs. 1 BGB, aber es besteht ein Anspruch auf kostenpflichtige Vertragsverlängerung, § 313 Abs. 1 BGB.<sup>23</sup>

Bei der ersten Option würde der Fitnessstudiobetreiber das Risiko für unvorhergesehene Umstände tragen, die ihm die Gebrauchsüberlassung unmöglich machen. Dies steht jedoch im Einklang mit der grundsätzlichen Risikoverteilung eines Mietvertrages: Der Vermieter trägt das Risiko die geschuldete Sache nicht überlassen zu können.<sup>24</sup>

Bei der zweiten Option scheint ein Kompromiss für beide Seiten gefunden worden zu sein, jedoch greift diese Option stark in die negative Vertragsfreiheit des Kunden ein, Art. 2 Abs. 1 GG. Ferner wird nicht einbezogen, dass sich der Kunde gegebenenfalls aus konkreten Gründen nur für die anfangs festgelegte Vertragslaufzeit entschieden hat (geplanter Umzug, berufliche Umorientierung, längere Auslandsaufenthalte) und aus diesen Gründen gerade keinen Nutzen aus seiner Mitgliedschaft ziehen kann, wenn der Vertragszeitraum verlängert wird. Gleiches gilt gegebenenfalls für den Fitnessstudiobetreiber. Zwar werden in dem vorliegenden Fall solche Aspekte nicht angeführt, jedoch sind alle diese Aspekte, selbst wenn sie vorliegen, im Massenverkehr gerade nicht für die jeweiligen Vertragspartner konkret ersichtlich. Sie können gerade nicht zur Bestimmung der „vertraglichen Risikoverteilung“ angeführt werden, §§ 133, 157 BGB. Vielmehr ist abstrakt generell im Massenverkehr auf das beidseitig erkennbare fehlende Interesse abzustellen, über den Vertragszeitraum

hinaus die Leistung zu empfangen oder zu erbringen. Somit ist die zweite Option nur ein fadenscheiniger Kompromiss, der es nicht vermag, den Grundsatz *pacta sunt servanda* zu durchbrechen.

Die dritte Option sorgt für eine Modifikation der Rechtsfolge des § 275 Abs. 1 BGB durch eine Anwendung des § 313 Abs. 1 BGB.<sup>25</sup> Wenn die Umstände wegfallen, die Geschäftsgrundlage geworden sind, die jedoch in der Unmöglichkeit der Leistung münden, bleibt kein Raum mehr für eine Vertragsanpassung.<sup>26</sup> § 275 Abs. 1 BGB schließt eine Anwendung des § 313 Abs. 1 BGB aus. Der Gesetzgeber hat in Art. 240 § 5 Abs. 2 EGBGB ferner eine spezialgesetzliche Kompromisslösung geschaffen, die vom Rechtsanwender zu respektieren ist:<sup>27</sup> Der Kunde muss einen Wertgutschein annehmen, den er später liquidieren kann, sofern ihm dieser vom Betreiber angeboten wird, Art. 240 § 5 Abs. 2 u. 5 Nr. 2 EGBGB.

Mithin ist aus Gründen der einfachgesetzlichen Systematik, Vertragstheorie, Risikobewertungen und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten die erste Ansicht abzulehnen. Im Hinblick darauf, dass die zweite und dritte Ansicht zum gleichen Ergebnis kommen, kann dahinstehen, ob die durchgängige Gebrauchsüberlassung eine absolute Fixschuld darstellt oder eine vorübergehende Unmöglichkeit der Gebrauchsüberlassung nach allgemeinen Gesichtspunkten von Vertragszweck und Zumutbarkeit der endgültigen Unmöglichkeit gleichzustellen ist.

Folglich ist von oben genannter Wertung abzuweichen: Die nachträgliche Gebrauchsüberlassung kann das ursprüngliche Leistungsinteresse des K nicht bzw. nicht in zumutbarer Weise befriedigen.

#### **bb) Zwischenergebnis**

Mithin liegt vorübergehende rechtliche Unmöglichkeit vor, die der dauernden rechtlichen Unmöglichkeit gleichzusetzen ist.

#### **c) Zwischenergebnis**

Vorliegend ist die Pflicht der B zur Gebrauchsüberlassung und, je nach Ansicht, zusätzlich zum Angebot von Kursen und Trainingsleistungen, für die drei Monate gem. § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

<sup>23</sup> Vergleichbar dem Anspruch auf erneuten Vertragsabschluss, bei einer ursprünglich der dauernden gleichzustellenden nur vorübergehenden Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB, welche infolge unerwarteter Entwicklungen entfällt, vgl. RG, Urt. v. 27.08.1938 – I 36/38; Grüneberg in: Grüneberg [Fn. 10], § 275 Rn. 12; Schulze in: Schulze [Fn. 13], § 275 Rn. 7.

<sup>24</sup> Jänsch, COVID-19-Pandemie und Fitnessstudioverträge, COVuR 2021, 578 (580); Stöber, Fitnessstudio-Verträge in Zeiten von Corona, NJW 2022, 897 (898).

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 04.05.2022 – XII ZR 64/21, Rn. 33 (juris).

<sup>26</sup> Allgemeine Ansicht: Vgl. nur Finkenauer in: MüKo-BGB Band 3 [Fn. 3], § 313 Rn. 156 mWn; Looschelders [Fn. 5], § 37 Rn. 7.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 04.05.2022 – XII ZR 64/21, Rn. 35 (juris).

### 3. Kein Übergang der Preisgefahr

Eine vertragliche oder gesetzliche Abwälzung der Preisgefahr auf den Kunden bei Nichtleistung ist nicht ersichtlich. Insbesondere fehlt es an einer Verantwortlichkeit des K für die Schließung, § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB.

### 4. Zwischenergebnis

Mithin schuldet K der B gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht die Verschaffung eines vorbehaltlosen Auszahlungsanspruches gegen seine Bank i.H.v. 89,70 EUR.

### C. Rechtsfolge

Grundsätzlich ist die Rücküberweisung des Buchgeldes geschuldet, § 346 Abs. 1 BGB.

Etwas anderes könnte sich aus Art. 240 § 5 Abs. 2 EGBGB ergeben. Demnach ist ein Betreiber einer Sporteinrichtung gegenüber dem Inhaber einer vor dem 08.03.2020 erworbenen Nutzungsberechtigung berechtigt, anstelle einer Erstattung des Entgelts einen Gutschein zu übergeben. Sinn und Zweck der Norm ist gerade die Behebung erheblicher Liquiditätsprobleme auf Seiten von Betreibern von Kultur- und Freizeiteinrichtungen, die infolge der verschiedenen Schließungsmaßnahmen ab dem 08.03.2020 entstanden sind.<sup>28</sup> Die Berechtigung bestand bis Ende 2021, vgl. Art. 240 § 5 Abs. 5 Nr. 2 EGBGB.

### I. Berechtigung des B

Vorliegend war also B gegenüber K, der seine Nutzungsbeziehung für die streitgegenständliche Zeit am 08.12.2019 erwarb, bis Ende 2021 grundsätzlich berechtigt, ihm anstelle der sofortigen Rücküberweisung einen Wertgutschein anzubieten. Korrespondierend dazu bestand für K die Pflicht, das Angebot anzunehmen, sofern kein Fall des Art. 240 § 5 Abs. 5 Nr. 1 EGBGB vorliegt. Hier trägt K nicht vor, dass ihm die Annahme eines Wertgutscheins angesichts seiner persönlichen Lebensumstände unzumutbar ist.

### II. Gebrauch der Berechtigung

Fraglich ist jedoch, ob B gegenüber K Gebrauch von seiner Berechtigung gemacht hat. B bietet hier eine Vertragsverlängerung an, die eine Art „Zeitgutschein“ darstellt. Der angebotene Gutschein inkorporiert also gerade nicht den in Art. 240 § 5 Abs. 3 EGBGB geforderten Gesamtwert. Auch ergeben sich aus ihm nicht die nach Art. 240 § 5 Abs. 4 EGBGB notwendigen („muss sich ergeben“) Hinweise auf Ausstellungsgrund und Ablehnungs- und Einlösungsmög-

lichkeiten.

Im Rechtsstreit konnte B nur bis Ende 2021 von der Berechtigung Gebrauch machen, d.h. sie kann sich ihrer Rückzahlungsverpflichtung nicht mehr entziehen.

### III. Zwischenergebnis

Mithin sind die gezahlten Beträge zurückzuzahlen.

### D. Ergebnis

Folglich hat K gegen B gem. §§ 326 Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rückerstattung der gezahlten Beträge i.H.v. 89,70 EUR.

## FAZIT

Die Entscheidung des BGH sorgt für Rechtsklarheit im Veranstaltungssektor und stärkt die Rechte der Verbraucher. Die Veranstalter sind hingegen darauf verwiesen eventuelle Verluste gegenüber dem Staat geltend zu machen, sofern sich im konkreten Fall eine Anspruchsgrundlage finden lässt.

Der Fall eignet sich hervorragend für Fortgeschrittenen- und Examensklausuren. Da er primär im allgemeinen Schuldrecht spielt, ist auch nicht ausgeschlossen ihn als schwere Abschlussklausur in BGB II laufen zu lassen. Dabei ist jedoch davon auszugehen, dass auf Art. 240 § 5 EGBGB hingewiesen wird und auch Rechtsansichten der Parteien vermehrt dargelegt werden.

Zum Schluss sei noch darauf hingewiesen, dass der BGH aufgrund des Revisionsvortrags, auch darauf eingegangen ist, ob nicht unter dem Gesichtspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung von einem Leistungsbestimmungsrecht auszugehen ist, welches dem Fitnessstudiobetreiber die Möglichkeit geben könnte die „Öffnungszeiten“ selbst festzulegen. Der BGH hat dies vor dem Hintergrund abgelehnt, dass nach Verkehrssitte und unter Berücksichtigung der Umstände des Vertragsschlusses mit „Training in den Öffnungszeiten“ die bei Vertragsschluss geltenden Öffnungszeiten gemeint sind. Die konkreten Öffnungszeiten müssen nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen sein. Bei entsprechendem Hinweis in der Klausur müsste auch darauf eingegangen werden.

<sup>28</sup> Busche in: MüKo-BGB Band 13 [Fn. 22], EGBGB Art. 240 § 5 Rn. 2; Preiser in: BeckOGK-EGBGB [Fn. 4], Art. 240 § 5 Rn. 2.

## Verfassungsmäßigkeit der Verpflichtung zum Nachweis eines ausreichenden Impfschutzes gegen Masern

Dipl.-Jur. Btissam Boulakhrif

BVerfG 1 BvR 469/20, 1 BvR 470/20, 1 BvR 471/20, 1 BvR 472/20

§§ 20 Abs. 8 S. 1 Nr. 1, Abs. 9 S. 1 Nr. 1, Abs. 12 S. 1, Abs. 13 S. 1 IfSG, Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art. 6 Abs. 2 S. 1, Art. 3 Abs. 1 GG

### Sachverhalt (gekürzt)

Bei den Beschwerdeführenden handelt es sich um Kinder, die nicht gegen die Infektionskrankheit Masern geimpft wurden, sowie deren Eltern. Die Beschwerdeführenden müssen zur Betreuung in einer Kindertagesstätte beziehungsweise durch eine Tagesmutter gem. § 20 Abs. 8 S. 1 Nr. 1, Abs. 9 S. 1, Abs. 13 S. 1 IfSG einen ausreichenden Impfschutz bzw. eine Immunität gegen Masern nachweisen können. Konsequenz der nicht erfolgten Vorlage eines entsprechenden Nachweises ist ein Betreuungs- und Aufnahmeverbot, welches durch das zuständige Gesundheitsamt der Betreuungsstelle gegenüber ausgesprochen wird. Zugleich erlischt der Anspruch der Beschwerdeführenden auf eine Betreuung. Dies kann nur durch einen Nachweis einer entsprechenden Impfung abgewendet werden. Die Beschwerdeführenden rügen eine Verletzung des elterlichen Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG durch die Begrenzung auf die Wahl zwischen Vornahme der Impfung oder Verzicht auf außerfamiliäre Betreuung, des Rechts auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG durch Verabreichung der Impfung, sowie des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG durch fehlende Nachweispflichten bei anderen Betreuungsangeboten.

### Frage: Hat die Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg?

#### EINORDNUNG

Spätestens mit der Corona-Pandemie ist das Stichwort "Impfpflicht" im rechtlichen Diskurs angekommen. So wird häufig auch die Nachweispflicht bezüglich einer Impfung genannt, welche auch aus den Hochzeiten der Corona Pandemie als Maßnahme bekannt ist. Dabei handelt es sich bei Vorschriften um das Erbringen eines Impfnachweises, wie im vorliegenden Sachverhalt, nicht um eine Impfpflicht, sondern um die Pflicht zum Nachweis einer Impfung in spezifischen Situationen, wie zumeist der Besuch einer Gemeinschaftseinrichtung. Allen voran eine politische Diskussion, wirft sie aber auch rechtliche Fragen rund um den Eingriff in Freiheitsrechte und dessen Verhältnismäßigkeit durch legislative sowie exekutive Akte auf, die eine Überwindung pandemischer Lagen oder Ausrottung gefährlicher Infektionskrankheiten zum Ziel haben.

Im vorliegenden Falle spielen insbesondere das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG, sowie das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eine Rolle.

#### LEITSÄTZE

1. Das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) ist Freiheitsrecht im Verhältnis zum Staat, der in das Erziehungsrecht der Eltern nicht ohne rechtfertigenden Grund eingreifen darf. In der Beziehung zum Kind bildet aber das Kindeswohl die maßgebliche Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung.
2. Die Entscheidung über die Vornahme von Impfungen bei entwicklungsbedingt noch nicht selbst entscheidungsfähigen Kindern ist ein wesentliches Element der elterlichen Gesundheitsvorsorge und fällt in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Bei der Ausübung der am Kindeswohl zu orientierenden Gesundheitsvorsorge für ihr Kind sind die Eltern jedoch weniger frei, sich gegen Standards medizinischer Vernünftigkeit zu wenden, als sie es kraft ihres Selbstbestimmungsrechts über ihre eigene körperliche Integrität wären.
3. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG wird nicht vom Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG

I. Zuständigkeit des BVerfG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG

II. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, § 90 Abs. 1 BVerfGG

III. Beschwerdegegenstand, § 90 Abs. 1 BVerfGG

IV. Beschwerdebefugnis, § 90 Abs. 1 BVerfGG

V. Erschöpfung des Rechtsweges und Grundsatz der Subsidiarität, § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG

VI. Ordnungsgemäßer Antrag (§§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG), Frist (§ 93 BVerfGG)

VII. Zwischenergebnis

B. Begründetheit

I. Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

1. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

b) Sachlicher Schutzbereich

c) Zwischenergebnis

2. Eingriff

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a) Schranke

b) Schranken-Schranke

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

(1) Verstoß gegen Art. 20 GG

(2) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

(a) Legitimer Zweck

(b) Geeignetheit

(c) Erforderlichkeit

(d) Angemessenheit

cc) Zwischenergebnis

c) Zwischenergebnis

4. Zwischenergebnis

II. Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

1. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

b) Sachlicher Schutzbereich

c) Zwischenergebnis

2. Eingriff

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a) Schranke

b) Schranken-Schranke

c) Zwischenergebnis

4. Zwischenergebnis

III. Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG

1. Feststellung einer verfassungsrechtlich relevanten Ungleichbehandlung

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

3. Zwischenergebnis

IV. Zwischenergebnis

C. Ergebnis

**A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG**

Die Verfassungsbeschwerde müsste gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG zulässig sein.

**I. Zuständigkeit des BVerfG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG**

Das Bundesverfassungsgericht ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG für Entscheidungen über Verfassungsbeschwerden zuständig.

**II. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, § 90 Abs. 1 BVerfGG**

Die Beschwerdeführenden müssten beteiligtenfähig i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG sein. Gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG kann „Jedermann“ Verfassungsbeschwerde erheben. Jedermann i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG ist diejenige, die Träger\*in der im konkreten Fall in Betracht kommenden Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte ist.<sup>1</sup>

Die Eltern sind hier als Träger\*innen des elterlichen Erziehungsrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG, die Kinder als Träger\*innen des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, sowie alle Beschwerdeführenden als Träger\*innen des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG beteiligtenfähig. Für Minderjährige handeln vor Gericht ihre gesetzlichen Vertreter\*innen.<sup>2</sup> Die minderjährigen Beschwerdeführenden sind nach Maßgabe des § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB wirksam durch ihre Eltern vertreten. Mithin sind die Beschwerdeführenden beteiligten- und prozessfähig.

**III. Beschwerdegegenstand, § 90 Abs. 1 BVerfGG**

Es müsste zudem ein tauglicher Beschwerdegegenstand i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG vorliegen. Ein solcher ist gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt.<sup>3</sup> Damit sind alle Akte der Exekutive, Legislative und Judikative

<sup>1</sup> Bethge in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 61. Aufl. 2021, § 90 Rn. 125; Grünewald in: Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG, 13. Edition Stand 01.06.2022, § 90 Rn. 14.

<sup>2</sup> Grünewald in: Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG (Fn. 1), § 90 Rn. 43.

<sup>3</sup> Ebd., Rn. 175a.

umfasst.<sup>4</sup>

Die Beschwerdeführenden rügen eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 6 Abs. 2, Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art. 3 Abs. 1 GG durch die Vorschriften aus dem Infektionsschutzgesetz, die die Pflicht zum Nachweis einer Masernimpfung zur Aufnahme in einer außerfamiliären Kinderbetreuung betreffen. Dies betrifft die §§ 20 Abs. 8 S. 1 Nr. 1, Abs. 9 S. 1 Nr. 1, Abs. 12 S. 1, Abs. 13 S. 1 IfSG und somit einen Akt der Legislative. Folglich liegt auch ein tauglicher Beschwerdegegenstand vor.

#### IV. Beschwerdebefugnis, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Die Beschwerdeführenden müssten beschwerdebefugt i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG sein.

Aus der Behauptung der Grundrechtsverletzung muss sich die Möglichkeit einer Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten ergeben, durch welche die Beschwerdeführenden selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sind.<sup>5</sup> Dies ist der Fall wenn die Beschwerdeführenden Adressat\*innen des Aktes der öffentlichen Gewalt sind, dieser bereits oder noch bei Erhebung der Verfassungsbeschwerde gegeben ist und sich ohne Zwischenakt auf die Beschwerdeführenden auswirkt.<sup>6</sup> Die Beschwerdeführenden müssen, um der Nachweispflicht nachzukommen, entweder eine Impfung am eigenen Körper erdulden oder die Durchführung einer solchen als Eltern zulassen. Dabei erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die körperliche Integrität der Kinder verletzt und das elterliche Erziehungsrecht eingeschränkt wird. Diese Nachweispflichten werden durch das Gesetz hinreichend zeitlich und inhaltlich spezifisch geregelt, als dass es für die Betroffenheit keines weiteren Aktes bedarf. Die Nachweispflicht betrifft die Beschwerdeführenden nach wie vor.

Fraglich ist, ob dies auch für die Rüge des Betreuungsverbots aus § 20 Abs. 8, 9 IfSG gilt. Dieses richtet sich an die jeweilige Betreuungsstelle und nicht an die Eltern. Ausnahmsweise können auch an Dritte adressierte Akte der öffentlichen Gewalt eine Selbstbetroffenheit begründen. Dies ist der Fall, wenn eine hinreichend enge Beziehung zwischen dem öffentlichen Akt und den grundrechtlichen Freiheiten der Beschwerdeführenden besteht.<sup>7</sup> Wird das

Betreuungsverbot gegenüber der Einrichtung ausgesprochen, so führt dies gleichzeitig dazu, dass die Eltern ihre Kinder nicht mehr in der Einrichtung ihrer Wahl betreuen lassen können. Mithin ist eine hinreichend enge Beziehung zu bejahen. Folglich ist die Beschwerdebefugnis gegeben.

#### V. Erschöpfung des Rechtsweges und Grundsatz der Subsidiarität, § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG

Die Beschwerdeführenden haben jeweils den Rechtsweg i.S.d. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG erschöpft. Der Grundsatz der Subsidiarität ist ebenfalls gewahrt.

#### VI. Ordnungsgemäßer Antrag (§§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG), Frist (§ 93 BVerfGG)

Die Vorschriften bezüglich Form und Frist gem. §§ 23 Abs. 1, 92, 93 BVerfGG wurden eingehalten.

#### VII. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG zulässig.

#### B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, sofern ein verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts vorliegt.

#### I. Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

##### 1. Schutzbereich

Der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG müsste in persönlicher und sachlicher Hinsicht eröffnet sein.

##### a) Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG müsste eröffnet sein. Es handelt sich um ein Jedermann-Grundrecht, auf das sich die Beschwerdeführenden als lebende Menschen berufen können.<sup>8</sup> Mithin ist der persönliche Schutzbereich eröffnet.

##### b) Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich müsste eröffnet sein. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schützt die körperliche Integrität des Menschen.<sup>9</sup> Dabei können auch Heileingriffe die körperliche

<sup>4</sup> Bethge in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG (Fn. 1), §90 Rn. 176; Grünwald in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG (Fn. 1), §90 Abs. 1, Rn. 47.

<sup>5</sup> Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 178.

<sup>6</sup> Grünwald in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG (Fn. 1), §90 Abs. 1, Rn. 94 ff.

<sup>7</sup> BVerfGE 108, 370 (384); Grünwald in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG (Fn. 1), § 90 Abs. 1, Rn. 103.

<sup>8</sup> Epping, Grundrechte (Fn. 5), Rn. 109.

<sup>9</sup> Horn, in: Stern/Becker Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 2 Rn. 60.

Integrität tangieren.<sup>10</sup> Vorliegend geht es um die Verabreichung eines Impfstoffes in den Körper des Kindes über die Injektion mit einer entsprechenden Spritze, zu deren Zweck auch die Hautbarriere durchdrungen werden muss. Folglich ist der sachliche Schutzbereich eröffnet.

### c) Zwischenergebnis

Der Schutzbereich ist eröffnet.

## 2. Eingriff

Es müsste ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen. Nach dem klassischen Eingriffsbegriff müsste der Akt hoheitlicher Gewalt unmittelbar und final, imperativ zu einer Verkürzung der Grundrechtsausübung führen.<sup>11</sup> Durch § 20 Abs. 8, 9 S. 1, 6, Abs. 12 S. 1, 3 wird eine Nachweispflicht normiert, die ein Betreuungsverbot bei Nichtnachweis zur Folge hat. Dies stellt zunächst keinen unmittelbaren Zwang dar, da Eltern nach wie vor die Möglichkeit bleibt, auf die Impfung zu verzichten, sodass hier kein Impfzwang besteht. Es wird somit nicht unmittelbar durch die Norm die körperliche Integrität des Kindes eingewirkt.

Problematisch könnte hier jedoch sein, dass mit dem Nichtnachweis der Anspruch auch frühkindliche oder vorschulische Förderung nach § 24 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 SGB VIII erlischt. Dies übt einen besonderen Druck auf die Eltern aus, die offensichtlich eine solche Förderung für ihr Kind wünschen. Es kann deswegen davon ausgegangen werden, dass hier eine Drucksituation kreiert wird, die im Zweifel einen derartigen Zwang auslöst, der einem unmittelbarem und imperativem Eingriff gleichkommt. In jedem Fall ist aber auch ein mittelbar-faktischer Eingriff gegeben. Folglich liegt ein Eingriff in den Schutzbereich vor.

## 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

### a) Schranke

Es müsste eine taugliche Schranke gegeben sein. Art. 2 Abs. 2 GG unterliegt gem. Art. 2 Abs. 3 GG einem einfachen Gesetzesvorbehalt.<sup>12</sup> Hier liegt mit den Vorschriften aus dem Infektionsschutzgesetz ein formelles Bundesgesetz vor, sodass eine taugliche Schranke gegeben ist.

### b) Schranken-Schranke

Die Schranke selbst muss verfassungsgemäß sein und insbesondere auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.

#### aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Die formelle Verfassungsmäßigkeit der Nachweispflicht ist nicht zu beanstanden. Insbesondere hat der Bund gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG die Gesetzgebungskompetenz. Art. 104a Abs. 4 GG normiert, dass Bundesgesetze, die für die Länder eine Pflicht zur Erbringung von Geldleistung, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen statuieren, unter bestimmten Voraussetzungen der Zustimmung des Bundesrates bedürfen. Jedoch wird in diesem Falle keine Leistungspflicht begründet, sondern stattdessen eine bereits bestehende Pflicht, nämlich die Pflicht, Betreuungsplätze für Kinder zur Verfügung zu stellen, gemindert, indem der Anspruch hierauf bei Nichtnachweis einer erfolgten Masernimpfung erlischt. Folglich handelt es sich im Umkehrschluss um ein Einspruchsgesetz, sodass eine fehlende Zustimmung des Bundesrates unschädlich ist.

Dem Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG ist, durch die Ermächtigung zum Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in § 20 Abs. 14 IfSG, Genüge getan.

#### bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Die Nachweispflicht aus dem IfSG müsste auch materiell verfassungsgemäß sein.

#### (1) Verstoß gegen Art. 20 GG

Der § 20 Abs. 8 IfSG könnte gegen den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts verstoßen, welcher sich aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 GG ergibt.<sup>13</sup> Danach besteht bei der Ausgestaltung des Gesetzes die Pflicht des Gesetzgebers die wesentlichen Fragen selbst zu regeln.<sup>14</sup> Dabei meint wesentlich diejenigen Fragen, die für die Verwirklichung der Grundrechte relevant sind.<sup>15</sup>

Problematisch ist hier, dass eine Nachweispflicht nach § 20 Abs. 8 IfSG auch gelten könnte, wenn die Masernimpfung nur über einen spezifischen Kombinationsimpfstoff verabreicht werden könnte. Dieser Kombinationsimpfstoff wiederum könnte jedoch Impfstoffe enthalten die über diejenigen hinausgehen, die zum Zeitpunkt der Verab-

<sup>10</sup> Ebd.; Epping, Grundrechte (Fn. 5), Rn. 107.

<sup>11</sup> Ebd., Rn. 392.

<sup>12</sup> Lang in: Epping/Hillgruber (Hrsg.) BeckOK GG, 52. Ed. Stand 15.08.2022, Art. 2 Rn. 243.

<sup>13</sup> Huster/Rux, in: BeckOK GG (Fn. 12), Rn. 173.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid.

scheidung des Gesetzes verfügbar waren. Um der Nachweispflicht nachzukommen, müsste dann jedoch dieser Kombinationsimpfstoff verabreicht werden. Dies würde zu einer Ausweitung der Impfpflicht führen, die jedoch nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch das Gesundheitssystem und insbesondere dessen Marktlage bestimmt würde. Die Frage, welche Impfstoffe verabreicht werden, ist jedoch relevant für die Entscheidung der Eltern über die Vornahme der Impfung, sowie des Patienten, ob eine Impfung vorgenommen werden soll und betrifft somit deren Grundrechtsausübung im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Folglich handelt es sich hier um eine wesentliche Frage, die durch den Gesetzgeber geregelt werden muss, um dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts Genüge zu tun.

Der § 20 Abs. 8 IfSG könnte jedoch verfassungskonform ausgelegt werden. Die Vorschrift könnte insoweit ausgelegt werden, als dass die Pflicht zum Nachweis einer Impfung nur dann greift, wenn eine Verfügbarkeit von Kombinationsimpfstoffen gegeben ist, die nicht über die Impfstoffkomponenten gegen Masern, Mumps, Röteln oder Windpocken hinausgehen. Diese Impfstoffkomponenten lagen bereits bei Verabschiedung des Gesetzes vor. Der Wortlaut des § 20 Abs. 8 IfSG ist diesbezüglich offen. Er enthält zwar keine Beschränkung auf die oben genannte Impfstoffkombination, jedoch auch keine Anhaltspunkte für einen entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers. Dafür können insbesondere die Gesetzesmaterialien hinzugezogen werden, in denen lediglich auf den Kombinationsimpfstoff gegen Masern, Mumps, Röteln und Windpocken verwiesen wird. Auch das Ziel, die Infektionskrankheit Masern zu eliminieren, welche von den europäischen Mitgliedsstaaten der Weltgesundheitsorganisation verfolgt wird und auf die sich der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien bezieht, spricht dafür, dass auch diese Staaten den o.g. Kombinationsimpfstoff verwenden. Ferner wurde der Kombinationsimpfstoff auch schon vor Erlass des Gesetzes von der Ständigen Impfkommission empfohlen und ist gängige Praxis im deutschen Gesundheitssystem.

Nach Maßgabe von Sinn und Zweck sowie Historie des § 20 Abs. 8 IfSG ist dieser verfassungskonform so auszulegen, dass er die Pflicht auf die Verfügbarkeit solcher Kombinationsimpfstoffe beschränkt, die nicht über Masern, Mumps, Röteln und Windpocken hinausgehen. Mithin liegt

kein Verstoß gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes vor.

## **(2) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Es müsste außerdem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt worden sein. Dafür müssen die Vorschriften zur Nachweispflicht einer Masernimpfung aus dem IfSG einen legitimen Zweck verfolgen, geeignet, erforderlich und angemessen sein.<sup>16</sup>

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

Die Nachweispflicht müsste einem legitimen Zweck dienen. Dies ist gegeben, wenn der Zweck nicht im Widerspruch zum GG steht.<sup>17</sup> Ziel der Vorschriften aus dem IfSG ist es, die Verbreitung der Infektionskrankheit Masern zu verhindern und vulnerable Gruppen in Gemeinschaftseinrichtungen, die nicht geimpft werden können, vor einer gerade für diese gefährliche Masernerkrankung zu schützen. Damit kommt der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nach. Folglich liegt ein legitimer Zweck vor.

### **(b) Geeignetheit**

Die Nachweispflicht müsste geeignet sein, diesen Zweck zu verfolgen. Dafür muss er diesen zumindest fördern.<sup>18</sup> Dabei kommt dem Gesetzgeber ein Beurteilungs- und Prognosespielraum zu.<sup>19</sup> Durch die Maßnahme setzt der Gesetzgeber einerseits einen Anreiz für Eltern, ihre Kinder impfen zu lassen, was die Impfquote in der Bevölkerung erhöht und damit nachhaltig vulnerable Gruppen in der Gesellschaft schützt. Zum anderen werden vulnerable Individuen geschützt, die in der jeweiligen Gemeinschaftseinrichtung betreut werden oder mit Personen in Kontakt treten, die in der Gemeinschaftseinrichtung betreut werden oder tätig sind. Folglich sind die Vorschriften geeignet.

### **(c) Erforderlichkeit**

Die Nachweispflicht müsste des Weiteren erforderlich sein. Erforderlich ist dieses, wenn es kein gleich wirksames aber milderer Mittel gegeben hätte, den Zweck zu verfolgen.<sup>20</sup> Auch hier kommt dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu, sodass sich die Prüfung auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt.<sup>21</sup> Die Maßnahme einer Impfpflicht wäre zwar mindestens ebenso geeignet, jedoch ein intensiverer Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Da-

<sup>16</sup> Epping, Grundrechte (Fn. 5), Rn. 48; Hufen, Staatsrecht II, 7. Aufl. 2018, § 9 Rn. 15.

<sup>17</sup> Epping, Grundrechte (Fn. 5), Rn. 50; Sachs, Verfassungsrecht II, 3. Aufl. 2017, § 10 Rn. 37.

<sup>18</sup> Epping, Grundrechte (Fn. 5), Rn. 53; Hufen, Staatsrecht II (Fn. 16), § 9 Rn. 20.

<sup>19</sup> BVerfG NJW 2018, 2542 (2543 f.); NJW 2022, 1999 (2010).

<sup>20</sup> Epping, Grundrechte (Fn. 5), Rn. 55; Hufen, Staatsrecht II (Fn. 16), § 9 Rn. 21.

<sup>21</sup> BVerfG, 1 BvR 781/21, Rn. 185; 1 BvR 2649/21, Rn. 187.

gegen sind keine Maßnahmen ersichtlich, die einen Schutz vor Ausbrüchen der Masernerkrankung zu einem ebenso hohen Grad sicherstellen und damit vulnerable Gruppen schützen. Insbesondere ist eine Empfehlung nicht genauso geeignet, da sie Eltern einen Entscheidungsspielraum zugesteht, der sich im Zweifel negativ auf die Impfquote auswirken könnte und somit vulnerable Menschen in der Gesellschaft stärkerer Gefährdung aussetzen würde. Folglich sind die Vorschriften des IfSG auch geeignet.

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

Die Nachweispflicht müsste angemessen sein. Dies ist der Fall, wenn der beabsichtigte Zweck nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs steht bzw. die kollidierenden verfassungsrechtlichen Normen einen angemessenen Ausgleich finden.<sup>22</sup>

Hier kollidieren das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit der Kinder aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG mit der Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG im Hinblick auf die Gesundheit seiner Bürger\*innen. Auf der einen Seite haben wir durch den Stich der Spritze eine marginale Einwirkung auf die Körper der zu impfenden Kinder. Ferner sind auch Impfreaktionen in aller Regel von geringer Intensität. Schließlich ist noch die Dispositionsfreiheit über diese medizinische Maßnahme betroffen, welche jedoch bei Vornahme kaum spürbare Konsequenzen nach sich zieht. Auf der anderen Seite steht demgegenüber eine Vielzahl von Personen mit denen die Kinder im Laufe ihrer Betreuung in Kontakt treten werden. Diese werden nur dann wirksam geschützt, wenn die Impfquote in der Gesellschaft und insbesondere in denen von ihnen besuchten Einrichtungen möglichst hoch ist. Dabei ist zu beachten, dass es sich um eine hoch ansteckende Infektionskrankheit handelt, sodass größere Ausbrüche bei niedriger Impfquote zu befürchten wären. Gleichzeitig ist die Konsequenz einer Infektion für vulnerable Gruppen i.d.R. besonders gravierend. Im Vergleich zu erheblichen Impfreaktionen ist die Wahrscheinlichkeit eines schwerwiegenden Verlaufs der Masernerkrankung, die mit Lungen- oder Hirnentzündungen einhergehen und mitunter tödlich enden kann, um ein Vielfaches höher. Das Eintreten von Impfschäden ist dagegen höchst unwahrscheinlich, sondern höchstens milde Symptome oder Nebenwirkungen sind zu erwarten.

Dem gegenüber steht der Schutz der Bevölkerung vor Masernausbrüchen. Dabei sind gerade auch vulnerable Gruppen zu schützen, welche sich nicht selbst durch eine Impfung schützen können und denen gesellschaftliche Teilhabe nicht verwehrt werden sollte. Dies ist höher zu gewichten, als auf die Vornahme einer, in ihren Wirkungen harmlose Impfung, die zudem das entsprechende Individuum selbst auch schützt, verzichten zu dürfen, welche durch das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt wird. Folglich ist die gesetzliche Nachweispflicht auch angemessen.

#### **(cc) Zwischenergebnis**

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist gewahrt. Mithin ist die Nachweispflicht hinsichtlich des Eingriffs in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG formell und materiell verfassungsgemäß.

#### **c) Zwischenergebnis**

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

#### **4. Zwischenergebnis**

Es liegt keine Verletzung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor.

### **II. Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG**

#### **1. Schutzbereich**

Der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG müsste in persönlicher und sachlicher Hinsicht eröffnet sein.

##### **a) Persönlicher Schutzbereich**

Der persönliche Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG müsste eröffnet sein. Dies ist er für Eltern.<sup>23</sup> Die Beschwerdeführenden sind Eltern der zu impfenden Kinder. Mithin ist der persönliche Schutzbereich eröffnet.

##### **b) Sachlicher Schutzbereich**

Ferner müsste der sachliche Schutzbereich eröffnet sein. Der sachliche Schutzbereich umfasst die Erziehung und Pflege des Kindes.<sup>24</sup> Während Erziehung die Wahrung von geistiger und seelischer Entwicklung des Kindes meint, umfasst Pflege die des körperlichen und seelischen Wohlergehens.<sup>25</sup> Vom Schutzbereich sind diejenigen Handlungen nicht umfasst, die nicht das Kindeswohl zum Ziel haben („Elternrecht als sog. treuhänderische Freiheit“).<sup>26</sup>

<sup>22</sup> Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 317 f.; Hufen, Staatsrecht II (Fn. 16), § 9 Rn. 23.

<sup>23</sup> Kotzur/Vasel, in: Stern/Becker, GG-Kommentar (Fn. 9), Art. 6 Rn. 54 f.; Epping, Grundrechte (Fn. 5), Rn. 518.

<sup>24</sup> Michael/Morlok, Grundrechte, 6. Aufl. 2017, § 9 Rn. 256; Uhle in: BeckOK GG (Fn. 12), Art. 6 Rn. 51.

<sup>25</sup> Ebd.; Epping, Grundrechte (Fn. 5), Rn. 519.

<sup>26</sup> BVerfGE 133, 59 (77 f.); 121, 69 (92); 103, 89 (107); Epping, Grundrechte (Fn. 5), Rn. 520.

Einen Aspekt der Pflege stellt die Gesundheitsvorsorge des Kindes dar.<sup>27</sup> Jedenfalls soweit das Kind noch nicht in der Lage ist, diese Entscheidung über die Vornahme einer medizinischen Behandlung selbst zu treffen.<sup>28</sup>

Impfungen dienen der Immunisierung vor Krankheiten, insbesondere solcher, die potenziell einen schweren Verlauf nehmen können. Damit betrifft die Entscheidung über die Vornahme einer Impfung das körperliche Wohlbefinden des Kindes. Ferner betrifft auch die Wahl des Betreuungsangebots die Entwicklung des Kindes zu einer eigenständigen Person in einer sozialen Gemeinschaft unter anderen Kindern, anderen Bezugspersonen oder auch im familiären Kreis. Die verschiedenen Optionen zur Förderung der Entfaltung des Kindes stellt sich hier durch die respektive Wahl einer Kindertagesstätte beziehungsweise Tagesmutter dar. Folglich ist die Gesundheitsvorsorge und damit die Pflege des Kindes, sowie die Erziehung durch die Eltern betroffen, sodass der sachliche Schutzbereich eröffnet ist.

### c) Zwischenergebnis

Der Schutzbereich ist eröffnet.

## 2. Eingriff

Es müsste ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen. Der zur außerfamiliären Betreuung erforderliche Nachweis einer Impfung gegen Masern beim Kind führt an und für sich nicht dazu, dass die Eltern eine solche vornehmen müssen. Ferner richtet sich auch das Betreuungsverbot nicht direkt gegen die Eltern, sondern bindet die Betreuungsstellen. Jedoch werden hier die Eltern vor die Wahl gestellt entweder eine Impfung ihres Kindes zuzulassen, welche sie ablehnen oder auf eine außerfamiliäre Betreuung zu verzichten, die sie für ihr Kind als förderlich erachten. Folglich ist die Wahl ihrer Erziehungs- und Pflegemethoden durch den verpflichtenden Impfnachweis entsprechend stark eingeschränkt. Wie oben bereits dargelegt wird hierdurch ein erheblicher Druck auf die Eltern ausgeübt der im Ergebnis einer unmittelbaren und finalen Verkürzung des Freiheitsbereichs gleichkommt. Somit liegt ein Eingriff in den Schutzbereich vor.

## 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff in den Schutzbereich könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

### a) Schranke

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG müsste eine Schranke vorsehen. Das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG wird vorbehaltlos gewährleistet. Es kann nur aufgrund von kollidierendem Verfassungsrecht eingeschränkt werden.<sup>29</sup> Das Infektionsschutzgesetz stellt zwar kein Verfassungsrecht dar, könnte jedoch Ausfluss der Schutzpflicht des Staates i.R.d. Art. 2 Abs. 2 GG sein, wonach sich der Staat schützend vor die körperliche Unversehrtheit seiner Bürger\*innen zu stellen hat. Im vorliegenden Falle gefährdet durch die Infektionskrankheit Masern. Folglich ist eine taugliche Schranke gegeben.

### b) Schranken-Schranke

Ferner müsste die Schranke selbst verfassungskonform sein. Die Nachweispflicht ist hinsichtlich des Eingriffs in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG formell verfassungsgemäß. Fraglich ist zunächst, ob Art. 6 Abs. 2 GG vom Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 umfasst ist. Das Zitiergebot soll immer dann greifen, wenn ein Gesetzesvorbehalt normiert ist.<sup>30</sup> Art. 6 Abs. 2 GG unterliegt dagegen keinem Gesetzesvorbehalt sondern nur verfassungsimmanenten Schranken.<sup>31</sup> Mithin liegt auch kein Verstoß gegen das Zitiergebot vor. Auch hier kollidiert die verfassungskonform auszulegen- den Vorschriften des IfSG zur Nachweispflicht mit der Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Dabei ist die Gesundheitsvorsorge im Lichte der marginalen Berührung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit der Kinder zu betrachten. Die Freiheit der Eltern eine Betreuungsstelle ohne Impfnachweispflicht wählen zu können beeinflusst jedoch durchaus ihre Familien- und Lebensgestaltung, beispielsweise hinsichtlich der Ausübung eines Berufs. Dem steht, zum einen die erheblichen Auswirkungen einer Masernerkrankung gegenüber, die oben ausgeführt wurden. Zum anderen steht die Ausübung der elterlichen Erziehungsfreiheit im vorliegenden Fall aber auch im Konflikt zum erheblichen Schutzbedürfnis gegenüber denjenigen Mitgliedern der Gesellschaft, die sich nicht selbst durch eine Impfung schützen können, bezüglich dessen ebenfalls auf die Ausführungen zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verwiesen

<sup>27</sup> Brosius-Gersdorf in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 158; Jestaedt/Reimer in: Bonner Kommentar Grundgesetz, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 270; Uhle, in: BeckOK GG (Fn. 12), Art. 6 Rn. 54.

<sup>28</sup> Jestaedt/Reimer in: BK GG (Fn. 27), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 115 ff.

<sup>29</sup> BVerfGE 98, 218 (244 f.); 107, 104 (118 ff.).

<sup>30</sup> BVerfGE 24, 267 (396); 28, 36 (46); 64, 72 (79).

<sup>31</sup> BVerfG, 1 BvR 2780/06, Rn. 34; Epping, Grundrechte (Fn. 5), Rn. 525 f.

wird.

Folglich steht auch das elterliche Erziehungsrecht hinter der Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zurück, die durch die Nachweispflicht ohne ersichtlich gleich geeignetes, aber milderer Mittel erreicht werden kann. Mithin ist die Schranke verfassungskonform.

### c) Zwischenergebnis

Mithin ist die Nachweispflicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

### 4. Zwischenergebnis

Das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG ist nicht verletzt.

## III. Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG

### 1. Feststellung einer verfassungsrechtlich relevanten

#### Ungleichbehandlung

Zunächst müsste eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung festgestellt werden können. Eine solche liegt vor, wenn wesentlich Gleiches ungleich behandelt wird.<sup>32</sup> Als Vergleichspaar kommen hier diejenigen Kinder in Betracht, die nicht in einer nach § 43 Abs. 1 SGB VIII erlaubnispflichtigen Kindertagespflege Betreuung erfahren sowie deren Eltern. Nur diese sind nicht von der Nachweispflicht nach Maßgabe des § 20 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 33 Nr. 2 IfSG betroffen. Die Beschwerdeführenden dagegen ersuchen Betreuung in einer nach § 43 Abs. 1 SGB VIII erlaubnispflichtigen Stelle und sind daher im Gegensatz zur o.g. Gruppe von der Nachweispflicht betroffen. Mithin liegt ein verfassungsrechtlich relevantes Vergleichspaar vor.

### 2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung müsste verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Der Maßstab der Prüfung richtet sich nach der Form der Differenzierung.<sup>33</sup> Vorliegend handelt es sich um situationsgebundene und nicht personenbezogene Kriterien, des Weiteren besteht keine Nähe zu Differenzierungsmerkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG. Folglich besteht ein größerer Regelungsspielraum des Gesetzgebers.<sup>34</sup> Es müssen sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung vorliegen.<sup>35</sup>

Nicht erlaubnispflichtig ist u.a. die Betreuung von Kindern im eigenen Elternhaus. Hier kann für einen Verzicht auf die Nachweispflicht angeführt werden, dass die Eltern selbst

die Modalitäten der Betreuung beeinflussen können. Sie können qua Hausrecht bestimmen, ob eine Impfung erforderlich ist oder nicht. Gleichzeitig sind keine Kinder oder Angestellte einer Infektion ausgesetzt, die auf die Aufnahme nicht geimpfter Kinder keinen Einfluss üben können. Auch der Ausbruchsradius ist geringer. Letzteres gilt auch für nur vorübergehende oder zeitlich überschaubare Betreuungen, die ebenfalls ein geringeres Infektionsrisiko aufweisen, da der Zeitraum der Kontaktaufnahme im Gegensatz zur regelmäßigen Halb- oder Ganztagsbetreuung in einer Gemeinschaftseinrichtung stark reduziert ist. Auch der Verzicht auf einen Impfnachweis beim Besuch einer Schule unterscheidet sich insofern, als hier die Schulpflicht der Kinder betroffen ist. Eine Nichtaufnahme wegen fehlender Impfung würde hier also gegen diese verstoßen. Gleichzeitig wollte der Gesetzgeber gerade keine Impfpflicht statuieren, sondern den Eltern einen Entscheidungsspielraum überlassen. Hier wäre die Abwägung also keine zwischen optionaler Betreuung oder Nachweis, sondern zwischen verpflichtender Betreuung oder Nachweis. Gemessen am hohen Stellenwert des Schulbesuchs für die Entwicklung des Kindes hat der Gesetzgeber hier eine andere Abwägung getroffen. Mithin liegen sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung vor.

### 3. Zwischenergebnis

Es liegt keine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG vor.

## IV. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet.

## C. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg.

## FAZIT

Das Bundesverfassungsgericht hält, nachdem es bereits die entsprechenden Eilanträge abgelehnt hatte, wenig überraschend die Nachweispflicht einer Masernimpfung für verfassungsgemäß. Dabei nahm das Gericht eine verzahnte Prüfung von Art. 6 Abs. 2 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor. Nimmt es eine doch sehr dezidierte Verhältnismäßigkeitsprüfung und verfassungskonforme Auslegung des § 20 Abs. 8 IfSG vor, so bleibt die Richtschnur des Kindeswohls im Rahmen des Schutzbereichs des Art. 6 Abs. 2 GG doch

<sup>32</sup> BVerfGE 116, 164 (180); 138, 136 (180); 49, 148 (165).

<sup>33</sup> Kischel in: BeckOK GG (Fn. 12), Art. 3 Rn. 24 ff.; Hufen, Staatsrecht II (Fn. 16), § 39 Rn. 15 f.

<sup>34</sup> BVerfGE 88, 87 (96); 124, 199 (220); 129, 49 (69); 130, 240 (254); 138, 136 (180 f.).

<sup>35</sup> Kischel in: BeckOK GG (Fn. 12), Rn. 30 ff.; Michael/Morlok, Grundrechte (Fn. 24), § 25 Rn. 793.

noch einiger Erörterung schuldig und wird stattdessen in der verzahnten Prüfung der Verhältnismäßigkeit thematisiert. Schließlich schafft das Bundesverfassungsgericht mit dem “zielgerichtet-mittelbaren” (Rn. 77) Eingriff eine Eingriffsintensität die sich zwischen dem klassischen und modernen Eingriffsbegriff bewegt, wobei die Notwendigkeit hierfür durchaus fraglich ist, da ein Eingriff wohl auch nach dem modernen Eingriffsbegriff zu bejahen gewesen wäre.

## Gehilfenvorsatz beim Mord und bei der Körperverletzung

stud. iur. Marie-Christin Runkel

BGH, Beschl. v. 15.03.2022 – 2 StR 302/21

§§ 211 Abs. 2, 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 227, 27 StGB

### Sachverhalt (vereinfacht):

Nachdem bei einem Einbruch in eine durch K betriebene Bar mehrere tausend Euro entwendet worden sind, lobte dieser zur Ergreifung der Täter eine Belohnung aus. Hierauf wurde der P aufmerksam, der zusammen mit A, C und R an einem weiteren Einbruch beteiligt gewesen war und aus deren Gesprächen geschlossen hatte, dass diese zuvor in die Bar des K eingedrungen gewesen sein mussten.

P teilte dem K mit, dass er wisse, wer für den Einbruch bei ihm verantwortlich sei und dass von den betreffenden Personen beabsichtigt sei, das Diebesgut für eine Nacht in der Kneipe des N zu lagern. Der K entschloss sich zusammen mit seinem Bruder B dazu, die Gruppe um A, C und R für ihre „Verfehlung zu bestrafen“. Hierzu gewannen sie sowohl den Präsidenten einer regionalen Abteilung der „Hells Angels“ (H) als auch den S als Fahrer. Die Gruppe traf sich entsprechend einer Verabredung in der kommenden Nacht mit dem P vor der Kneipe des N. P bestätigte, dass sich die gesuchten Einbrecher (A, C und R) in der zu dieser Zeit geschlossenen Kneipe befänden und verließ anschließend die Örtlichkeit.

In diesem Moment traf der N ein, den die Gruppe in ihre Gewalt brachte, indem ihm von dem Bruder des K (B) eine nach Absprache mit H mitgeführte Schusswaffe an den Kopf gehalten und er von den Beteiligten in den Vorraum der Kneipe gedrängt wurde. Ein Kellner und der A wurden im Inneren auf Geräusche an der Tür aufmerksam und gingen von einer Rückkehr des P aus; mit einem körperlichen Angriff rechnete niemand der Geschädigten.

Während der S mit dem N zunächst im Eingangsbereich verblieb und diesen von einem Eingreifen abhielt, drangen die anderen aus der Gruppe um den K schreiend in die Kneipe ein. Der B fügte dem Kellner durch einen Schlag mit der Pistole einen Schädel-Impressionsbruch zu, so dass dieser bewusstlos zu Boden ging. A und C wurden durch Schüsse in die Oberarme bzw. die Leistengegend ebenso verletzt wie durch den Einsatz stumpfer Gewalt. Der K hielt währenddessen den am Ende des Raumes sitzenden R von einer Flucht ab. Trotz dessen flehender Bitte, ihn zu verschonen, schoss H – dem die Schusswaffe zwischenzeitlich übergeben worden war – dem R aus kurzer Distanz in den Oberkörper, so dass dieser innerhalb kurzer Zeit verstarb. Nachdem der Versuch des B, weitere Schüsse auf die am Boden Liegenden abzugeben, aus technischen Gründen misslang, floh die Gruppe aus der Kneipe.

### Wie haben sich S und P zu Lasten von A, C und R strafbar gemacht?

Auf eine Strafbarkeit nach § 222 StGB ist nicht einzugehen.

### EINORDNUNG

In der zugrunde liegenden Entscheidung befasste sich der BGH mit der Frage der Voraussetzungen des doppelten Gehilfenvorsatzes. Entscheidend ist die genaue Auseinandersetzung mit den subjektiven Vorstellungen des Gehilfen. Insb. bei Tötungsdelikten und der erfolgsqualifizierten Körperverletzung ist festzustellen, ob die konkret von den Haupttätern vorgenommenen Handlungen von der Vorstellung des Teilnehmers umfasst sind. Im dargestellten Fall stellt sich dies besonders interessant dar, da die Teilnehmer selbst keine Handlungen in Bezug auf die Durchführung der konkreten Tathandlungen geleistet haben.

### LEITSÄTZE

1. Für den sog. „doppelten Gehilfenvorsatz“ des Gehilfen ist zusätzlich zu seinem Vorsatz bezüglich des eigenen Teilnehmerbeitrags auch sein Vorsatz bezüglich der vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat der Täter erforderlich.
2. Für seinen Vorsatz bzgl. der Haupttat kommt es darauf an, ob deren wesentlicher Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung von seinem Vorstellungsbild umfasst sind.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

## Strafbarkeit des S

## A. Strafbarkeit des S gem. §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 27 StGB

## I. Tatbestand

## 1. Objektiver Tatbestand

- a) Beihilfefähige Haupttat
  - aa) Deliktspezifische Merkmale
  - bb) Mittäterschaftliche Handlungszurechnung
- b) Hilfeleisten

## 2. Subjektiver Tatbestand: Doppelter Gehilfenvorsatz

## II. Ergebnis

## B. Strafbarkeit gem. §§ 227 Abs. 1, 27 StGB

## I. Tatbestand

## 1. Objektiver Tatbestand

- a) Beihilfefähige Haupttat
  - aa) Körperliche Misshandlung
  - bb) Kausalität und objektive Zurechnung
  - cc) Erfolgsqualifizierende Todesfolge
  - dd) Spezifischer Gefahrzusammenhang
  - ee) Zwischenergebnis
- b) Hilfeleisten

## 2. Subjektiver Tatbestand

## II. Ergebnis

## C. Strafbarkeit des S gem. §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 27 StGB

## D. Strafbarkeit des S gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 4, 5, 27 StGB

## I. Tatbestand

## 1. Objektiver Tatbestand

- a) Beihilfefähige Haupttat: Körperverletzung
  - aa) Deliktspezifische Merkmale
    - (1) Körperliche Misshandlung
    - (2) Kausalität und objektive Zurechnung
    - (3) Qualifikationsmerkmale
  - bb) Mittäterschaftliche Begehung
- b) Hilfeleisten

## 2. Subjektiver Tatbestand

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

## III. Ergebnis

## Strafbarkeit des P

## A. Strafbarkeit gem. §§ 227 Abs. 1, 27 StGB

## I. Tatbestand

- 1. Beihilfefähige Haupttat
- 2. Hilfeleisten

## 3. Doppelter Gehilfenvorsatz

## II. Ergebnis

## B. Strafbarkeit des P gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 4, 27 StGB

**1. Teil: Strafbarkeit des S****A. Strafbarkeit von S gem. §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 27 StGB**

S könnte sich wegen Beihilfe zum Mord zu Lasten des R gem. §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 27 StGB strafbar gemacht haben, indem er K und dessen Helfer zum Aufenthaltsort von A, C und R gefahren und dort den Inhaber der Bar festgehalten hat.

**I. Tatbestand**

S müsste den Tatbestand erfüllt haben.

**1. Objektiver Tatbestand**

Zunächst müsste S den objektiven Tatbestand erfüllt haben.

**a) Beihilfefähige Haupttat**

Es müsste eine beihilfefähige Haupttat vorliegen. Die Beihilfe ist an einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat möglich.

In Betracht kommt ein mittäterschaftlicher Mord an R durch K, B und H gem. §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 25 Abs. 2 StGB.

**aa) Deliktspezifische Merkmale**

K, B und H müssten die deliktspezifischen Merkmale des § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB erfüllt haben. Erforderlich ist der Tod eines anderen Menschen, für den die Handlung des Täters kausal war und der ihm objektiv zurechenbar ist. Kausal nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel ist eine Handlung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg entfiel. Objektiv zurechenbar ist ein Erfolg, wenn das Verhalten des Täters eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen hat, die sich im konkreten Erfolg realisiert. R ist gestorben. Dieser Erfolg wäre ohne den Schuss des H nicht eingetreten. Durch den Schuss auf die Brust eines anderen Menschen wird eine konkrete Lebensgefahr geschaffen. Gerade diese Gefahr für das Leben des R hat sich in seinem Tod verwirklicht.

Hierbei könnte das Mordmerkmal der Heimtücke nach § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB erfüllt worden sein. Heimtückisch handelt, wer die Arg- und Wehrlosigkeit seines

Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Arglos ist, wer nicht mit einem Angriff auf seine körperliche Unversehrtheit rechnet. Wehrlos ist das Opfer, wenn es infolge der Arglosigkeit zur Verteidigung außerstande oder eingeschränkt ist. Der R saß in der Kneipe des N und konnte nichts von dem Vorhaben der Gruppe um K wissen. Diese stürmte die Kneipe und überraschte R, sodass ihm eine Verteidigung nicht möglich war. Damit ist auch das Mordmerkmal der Heimtücke verwirklicht. Mithin erfüllt erstmalig nur H den Tatbestand des § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB.

### bb) Mittäterschaftliche Handlungszurechnung

Die Handlung des H könnte K und B gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden. Die Mittäterschaft i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB erfordert einen gemeinsamen Tatplan und die gemeinsame Ausführung durch die Mittäter. Der gemeinsame Tatplan ist ein auf gegenseitigem Willen beruhendes Einverständnis, eine Tat durch gemeinsames, arbeitsteiliges Zusammenwirken begehen zu wollen. Vor dem Eindringen in die Kneipe hatten H, B und K den gemeinsamen Entschluss gefasst, sich an A, C und R für deren Einbruch bei K zu rächen. Dieser gemeinsame Entschluss umfasste die Tötung des R, zumindest konkludent im Zeitpunkt der Geschehnisse im Innenraum der Kneipe. K und B stürmten ebenfalls in den Innenraum. K hat den R festgehalten und dem H wurde die Pistole von seinen Komplizen übergeben. Damit liegt eine mittäterschaftliche Begehung nach dem gemeinsamen Tatplan vor und die Tötung des R durch H ist K und B i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen.

### b) Hilfeleisten

S könnte einen Teilnahmebeitrag in Form des Hilfeleistens i.S.v. § 27 StGB vorgenommen haben. Das Hilfeleisten liegt in jedem Tatbeitrag, der die Haupttat entweder ermöglicht, erleichtert oder die Rechtsgutverletzung durch den Täter vergrößert.

S hat die Täter zur Kneipe gefahren und dafür gesorgt, dass der N nicht dazwischentreten konnte. Somit hat er den Mord an R ermöglicht und erleichtert. Ein Hilfeleisten liegt also vor.

## 2. Subjektiver Tatbestand

S müsste auch den subjektiven Tatbestand erfüllt haben. Dieser erfordert ein vorsätzliches Handeln. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Tatbestandes in Kenntnis der objektiven Umstände. *Dolus directus* 1. Grades erfordert einen zielgerichteten

Willen zur Tatbestandsverwirklichung, während *dolus directus* 2. Grades das Wissen der Verwirklichung erfordert. Beim *dolus eventualis* nimmt der Täter den Taterfolg billigend in Kauf.

Der Vorsatz des S müsste sich auf die Tat von K, B und H und auf seine eigene Teilnahme in Form des Hilfeleistens beziehen.

Fraglich ist, ob S Vorsatz in Bezug auf die heimtückische Tötung des R hatte. Der Gehilfe muss die Einzelheiten der Tat nicht kennen. Allerdings ist erforderlich, dass er den wesentlichen Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung erfasst.

S befand sich zum Zeitpunkt des Schusses auf R nicht in der Kneipe, sondern lediglich im Eingangsbereich. Aus dem Tatplan, der in Anwesenheit des S entwickelt wurde, lässt sich nicht entnehmen, dass S von der Tötungsabsicht der anderen wusste. Es ist aber davon auszugehen, dass S den Schuss gehört hat. Auch nachdem er diesen hörte, nahm er keine Handlung vor, um einzugreifen oder sich von dem Handeln des H zu distanzieren. Darin könnte eine Billigung des Handelns seiner Komplizen liegen. Es ist aber davon auszugehen, dass sich die Handlungen sehr schnell abgespielt haben. Angesichts der Gewaltbereitschaft von K, B und H gab es keine denkbare Handlung (des S), um dem etwas entgegen zu halten. Allein von seinem Nichteinschreiten kann daher noch nicht auf das Vorliegen des Eventualvorsatzes geschlossen werden.

S wusste, dass K, B und H eine Waffe mitnahmen. Allein aus dem Hören des Schusses könnte sich ein Wissen bzw. eine Billigung ergeben. S konnte aber nicht wissen, worauf geschossen wurde. Es hätte sich auch um einen Warnschuss oder einen nicht lebensgefährlichen Schuss handeln können. Demnach war dem S die Zielrichtung des Schusses nicht bekannt.

Folglich ist ein Vorsatz des S in Bezug auf die heimtückische Tötung des R abzulehnen und der subjektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

## II. Ergebnis

S hat sich nicht wegen Beihilfe zum Mord strafbar gemacht.

### B. Strafbarkeit gem. §§ 227 Abs. 1, 27 StGB

S könnte sich wegen Beihilfe zur Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 227 Abs. 1, 27 StGB zu Lasten von R strafbar gemacht haben, indem er K, B und H zur Kneipe von N transportierte und auf diesen aufpasste.

**I. Tatbestand**

S könnte den objektiven und den subjektiven Tatbestand von §§ 227 Abs. 1, 27 StGB erfüllt haben.

**1. Objektiver Tatbestand****a) Beihilfefähige Haupttat**

Erforderlich ist hierfür zunächst eine beihilfefähige Haupttat. In Betracht kommt eine Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 227 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB von K, B und H zu Lasten von R. Voraussetzung dafür ist der Tod einer anderen Person, der infolge einer Körperverletzung gerade durch eine dieser anhaftenden Gefahr verursacht wird, § 227 Abs. 1 StGB.

**aa) Körperliche Misshandlung**

Es könnte eine körperliche Misshandlung des R gegeben haben. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble und unangemessene Behandlung, die die körperliche Unversehrtheit oder Integrität nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Dem R wurde von H in die Brust geschossen. K und B ist diese Handlung i.S.v. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen. R erlitt erhebliche Verletzungen und seine körperliche Unversehrtheit wurde beeinträchtigt. Damit liegt eine Körperverletzung vor.

**bb) Kausalität und objektive Zurechnung**

Der Schuss auf R müsste kausal für seine Verletzungen gewesen sein und diese müssten H, B und K objektiv zurechenbar sein. Ohne den Schuss auf den Oberkörper des R hätte dieser keine Verletzung erlitten. Die Gefahr von Verletzungen ist dem Schuss auf einen anderen Menschen immanent. Damit sind die Kausalität und die objektive Zurechnung zu bejahen.

**cc) Erfolgsqualifizierende Todesfolge**

Im Tod des R hat sich die erfolgsqualifizierende Todesfolge des § 227 Abs. 1 StGB erfüllt.

**dd) Spezifischer Gefahrezusammenhang**

Es müsste Kausalität und ein spezifischer Gefahrezusammenhang zwischen der Körperverletzung des R und seinem Tod vorliegen. Die Verletzung eines Menschen mittels eines Schusses in die Brust birgt die spezifische Gefahr, dass die Person stirbt. Infolge des Schusses in die Brust ist der R an seinen Verletzungen gestorben. Der spezifische Gefahrezusammenhang liegt damit vor.

**ee) Zwischenergebnis**

Demnach haben K, B und H als beihilfefähige Haupttat § 227 Abs. 1 StGB verwirklicht.

**Anmerkung:** Unschädlich ist, dass ihre Tat hinter dem ebenfalls verwirklichten Mord in Mittäterschaft auf Konkurrenzebene zurücktritt.

**b) Hilfeleisten**

Das Hilfeleisten des S liegt in der Mitnahme von K, B und H zur Kneipe und im Bewachen des N.

**2. Subjektiver Tatbestand**

S müsste Vorsatz bzgl. seines eigenen Hilfeleistens und bzgl. der Körperverletzung mit Todesfolge durch K, B und H aufweisen. S ging davon aus, dass R eine Abreibung erfahren würde. Dabei nahm er eine Körperverletzung des R zumindest in Kauf. Eine besondere Folge kann dem Teilnehmer nur zugerechnet werden, wenn sich sein Vorsatz auf die konkrete Handlung bezieht, durch die die Folge herbeigeführt wird.<sup>1</sup> S wusste von der Mitnahme der Waffe und musste annehmen, dass K, B oder H diese auch einsetzen würden. Allerdings ist nicht zu ermitteln, dass er sich mehr vorgestellt hat, als den Einsatz der Waffe als Drohmittel oder zur „Bestrafung“; letztere jedoch nicht in Form eines tödlichen Schusses in die Brust, sondern eher in der Gestalt eines Schusses in die Arm- oder Beingegend. Daher liegt kein Vorsatz des S in Bezug auf die tödliche Folge vor und der subjektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

**II. Ergebnis**

S hat sich nicht gem. §§ 227 Abs. 1, 27 StGB strafbar gemacht.

**C. Strafbarkeit des S gem. §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 22, 23 Abs. 1, 27 StGB**

S könnte sich gem. §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 22, 23 Abs. 1, 27 StGB wegen Beihilfe zum versuchten Mord zu Lasten von A und C strafbar gemacht haben, indem er K, B und H zur Kneipe gefahren und den N bewacht hat.

Der Versuch ist gem. § 211 i.V.m. § 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar und dadurch, dass A und C nicht gestorben sind, ist der Versuch noch nicht vollendet.

Mangels Vorsatzes bzgl. der versuchten Morde durch K, B und H erfüllt S jedoch den subjektiven Tatbestand nicht. Mithin scheidet die Strafbarkeit aus.

<sup>1</sup> Hardtung in: v. Heintschel-Heinegg, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Auflage 2020, § 18 Rn. 63.

**D. Strafbarkeit des S gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2****Alt. 1, Nr. 4, 5, 27 StGB**

Der S könnte sich wegen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung zu Lasten von A und C gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, 4, 5, 27 StGB strafbar gemacht haben, indem er K, B und H zur Kneipe fuhr und den N bewachte.

**I. Tatbestand**

S müsste tatbestandsmäßig gehandelt haben.

**1. Objektiver Tatbestand**

Hierfür müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

**a) Beihilfefähige Haupttat**

Es müsste eine beihilfefähige Haupttat vorliegen. In Betracht kommt eine gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 4, 5, 25 Abs. 2 StGB von K, B und H zu Lasten von A und C.

**aa) Deliktspezifische Merkmale**

Die deliktspezifischen Merkmale müssten erfüllt sein.

**(1) Körperliche Misshandlung**

Es könnte eine körperliche Misshandlung von A und C vorliegen. A und C erlitten Schüsse in ihre Oberarme und die Leistengegend. Hierbei entstanden ihnen erhebliche Verletzungen, sodass ihre körperliche Unversehrtheit erheblich beeinträchtigt ist und eine körperliche Misshandlung gegeben ist.

**(2) Kausalität und objektive Zurechnung**

Die Schüsse müssten kausal für die Verletzungen von A und C sein sowie K, B und H objektiv zurechenbar sein. Ohne die Schüsse wären die Verletzungen nicht entstanden und die dadurch entstehende Gefahr der Körperverletzung hat sich realisiert, so dass die Kausalität und objektive Zurechenbarkeit vorliegen.

**(3) Qualifikationsmerkmale des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1,****Nr. 4, 5 StGB**

K, B und H könnten die Qualifikationsmerkmale des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 4, 5 StGB erfüllt haben. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB meint die Körperverletzung mittels einer Waffe im technischen Sinn, die bestimmungsgemäß erhebliche Verletzungen herbeiführen kann.<sup>2</sup> Nr. 4 erfordert

ein aktives Zusammenwirken von mindestens zwei Personen am Tatort und nach Nr. 5 muss eine Verletzungshandlung den Umständen nach objektiv geeignet sein, das Leben des Opfers in Gefahr zu bringen.<sup>3</sup> A und C wurden mit einer Pistole angeschossen, einer Waffe im technischen Sinn. Schüsse auf einen anderen Menschen schaffen eine konkrete Lebensgefahr für diesen. K, B und H haben in der Kneipe gemeinschaftlich gehandelt. Demnach sind die Qualifikationen ebenfalls erfüllt.

**bb) Mittäterschaftliche Begehung**

K, B und H müssten die Körperverletzung mittäterschaftlich begangen haben. Die Schüsse wurden bei dem Überfall abgegeben, bei welchem K, B und H auf der Grundlage ihres Tatplans gemeinsam handelten. Die abgegebenen Schüsse sind ihnen daher wechselseitig zuzurechnen.

**b) Hilfeleisten**

S könnte zur Haupttat Hilfe geleistet haben. Indem er die anderen zur Kneipe gefahren und den N bewacht hat, liegt ein Hilfeleisten i.S.d. § 27 Abs. 1 StGBvor.

**2. Subjektiver Tatbestand**

Der subjektive Tatbestand müsste ebenfalls erfüllt sein. S wusste, dass K, B und H in der Kneipe A, C und R aufsuchen wollten, um sie zu „bestrafen“. Zu diesem Zweck hatte er sie gefahren. Dabei nahm er zumindest billigend in Kauf, dass A und C zum Zwecke der „Bestrafung“ verletzt werden könnten.<sup>4</sup> Ihm war bewusst, dass er diese Handlungen durch die Hinfahrt ermöglicht und durch das Bewachen des N erleichtern konnte. Mithin ist sein Vorsatz gegeben. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

S hat rechtswidrig und schuldhaft gehandelt.

**III. Ergebnis**

Der S hat sich wegen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht.

**2. Teil: Strafbarkeit des P****A. Strafbarkeit des P gem. §§ 227 Abs. 1, 27 StGB**

P könnte sich wegen Beihilfe zur Körperverletzung mit Todesfolge zu Lasten des R gem. §§ 227 Abs. 1, 27 StGB strafbar gemacht haben, indem er dem K erzählte, dass A, C

<sup>2</sup> BGH NStZ 2016, 407 (409).

<sup>3</sup> Fischer, Kommentar zum StGB, 69. Auflage 2022, § 224 Rn. 23; Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 30. Auflage 2019, § 224 Rn. 12

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 15.03.2022 – 2 StR 302/21.

und R bei ihm eingebrochen seien und das Diebesgut in der Kneipe des N lagern würden, in der sie sich derzeit auch befänden.

### I. Tatbestand

P müsste tatbestandsmäßig gehandelt haben und hierfür den objektiven und subjektiven Tatbestand erfüllt haben.

#### 1. Beihilfefähige Haupttat

K, B und H haben eine Körperverletzung mit Todesfolge in Mittäterschaft begangen.

#### 2. Hilfeleisten

P hat K überhaupt erst mittgeteilt, wer für den Einbruch verantwortlich war. Er hat die weiteren Taten damit ermöglicht und ein Hilfeleisten liegt vor.

#### 3. Doppelter Gehilfenvorsatz

Weiterhin müsste P mit doppeltem Gehilfenvorsatz gehandelt haben. Sein Vorsatz müsste sich auf die Begehung der Körperverletzung mit Todesfolge beziehen. Der Vorsatz des Teilnehmers ist nicht schon ausgeschlossen, wenn er den Erfolg weder gewollt noch gebilligt hat und der Täter diesen vorsätzlich herbeigeführt hat.<sup>5</sup> Der Erfolg kann über den Vorsatz des Teilnehmers hinausgehen, jedoch muss der Gehilfe zumindest den wesentlichen Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung der Haupttat erfassen.<sup>6</sup> Nicht erforderlich ist dabei die Vorhersehbarkeit aller zum Tode führenden Einzelheiten.<sup>7</sup> Auch nach § 18 StGB genügt Fahrlässigkeit nur in Bezug auf den Taterfolg, während sich der Vorsatz (auch des Gehilfen) auf die Begehungsweise beziehen muss.<sup>8</sup> Für den P ist es erforderlich, dass die Körperverletzung mit Todesfolge des R von seiner Vorstellung der Haupttat erfasst war. P war bewusst, dass K sich an A, C und R rächen und ihnen eine „Abreibung“ verpassen wollte. Dabei hat er Körperverletzungshandlungen gegen R in Kauf genommen. Allerdings wusste P nicht, dass eine Schusswaffe Verwendung finden würde. Es ist nicht erkennbar, dass er sich derartige Körperverletzungen vorgestellt hat, die zum Tod führen würden. Daher ist sein Vorsatz bzgl. der Haupttat abzulehnen.

### II. Ergebnis

Eine Strafbarkeit des P gem. §§ 227 Abs. 1, 27 StGB scheidet aus.

### B. Strafbarkeit des P gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 4, 27 StGB

P könnte sich wegen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 4, 27 StGB strafbar gemacht haben, indem er dem K vom Einbruch durch A, C und R und von deren Aufenthaltsort erzählt hat. P nahm in Kauf, dass A, C und R durch K, B und H gemeinsam verletzt würden. Ihm war auch bewusst, dass seine Mitteilung an K dies überhaupt erst ermöglichen würde.

Folglich hat sich P wegen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht.

### FAZIT

Die aus der Entscheidung erkennbaren Voraussetzungen für die Prüfung der Teilnehmerstrafbarkeit entfalten ihre Relevanz in den verschiedenen Stadien des juristischen Studiums. Denkbar ist die Einbettung in einer Klausur in Grundkursen zum Strafrecht, denn schon hier ist die Prüfung einer Beihilfe an Tötungsdelikten denkbar. Weiterhin besteht auch eine hohe Relevanz im weiteren Verlauf des Studiums. Insbesondere bei der Frage nach dem Vorstellungsbild der Teilnehmer kann auch der Rückgriff auf Regelungen der StPO erforderlich sein. Der BGH hat zwar den Vorsatz jeweils bezüglich der Haupttat abgelehnt, stellt jedoch auch fest, dass dies keinen Ausschluss darstellt, sofern sich aus einer neuen Beweiswürdigung andere Feststellungen ergeben. Zur Vertiefung empfehlenswert: *Kudlich*, „Der Bestrafter und seine Helfer“, JA 2022, 868; *Woring*, Entscheidungsbesprechung, ZJS 5/2022, 786.

<sup>5</sup> BGH, Beschl. v. 15.03.2022 – 2 StR 302/21.

<sup>6</sup> Ebd.

<sup>7</sup> Ebd.

<sup>8</sup> Ebd.

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ZIVILRECHT

**BGH, Urteil vom 28. September 2022 – VIII ZR 319/20 (Zur Zulässigkeit einer negativen Bewertung bei eBay)**

Verfasst ein Nutzer eine Produktbewertung bei eBay mit dem Inhalt „Ware gut, Versandkosten Wucher“ steht in dieser Bewertung eine Diffamierung nicht im Vordergrund. Denn der Beklagte setzt sich – wenn auch in scharfer und möglicherweise überzogener Form – kritisch mit einem Teilbereich der gewerblichen Leistung auseinander, indem er die Höhe der Versandkosten beanstandet. Die Zulässigkeit eines Werturteils hängt dabei nicht davon ab, ob es mit einer Begründung versehen ist. Daher stellt eine solche Äußerung auch keine Schmähkritik dar. Wegen seiner das Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG beschränkenden Wirkung ist der Begriff der Schmähkritik eng auszulegen. Auch eine überzogene, ungerechte oder gar ausfällige Kritik macht eine Äußerung für sich genommen noch nicht zur Schmähung. Hinzutreten muss vielmehr, dass bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung des Betroffenen im Vordergrund steht, der jenseits polemischer und überspitzter Kritik herabgesetzt und gleichsam an den Pranger gestellt werden soll. An dieser Wertung ändern auch die allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay nichts, die unter anderem vorsehen, dass abgegebenen Bewertungen „sachlich gehalten sein müssen und keine Schmähkritik enthalten dürfen“. Denn die zitierte Klausel enthält über die bei Werturteilen ohnehin allgemein geltende (deliktsrechtliche) Grenze der Schmähkritik hinaus keine strengeren vertraglichen Beschränkungen für die Zulässigkeit von Werturteilen in Bewertungskommentaren. Zwar ist der Wortlaut der Klausel nicht eindeutig. Für das Verständnis, dem Sachlichkeitsgebot der Klausel solle gegenüber dem Verbot der Schmähkritik ein eigenständiges Gewicht nicht zukommen, spricht aber bereits der Umstand, dass hier genaue Definitionen zu dem unbestimmten Rechtsbegriff „sachlich“ in den AGB fehlen. Es liegt in diesem Fall im wohlverstandenen Interesse aller Beteiligten, die Zulässigkeit von grundrechtsrelevanten Bewertungen eines getätigten Geschäfts an den gefestigten Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Schmähkritik auszurichten und hierdurch die Anforderungen an die Zulässigkeit von Bewertungskommentaren für die Nutzer und eBay selbst möglichst greifbar und verlässlich zu konturieren. Zudem hätte es der gesonderten Erwähnung der Schmähkritikgrenze nicht bedurft, wenn dem Nutzer schon durch die Vorgabe, Bewertungen sachlich zu halten, eine deutlich schärfere Einschränkung hätte auferlegt werden sollen. Außerdem würde man der grundrechtlich verbürgten Meinungsfreiheit des Bewertenden von vornherein ein geringeres Gewicht beimessen als den Grundrechten des Verkäufers, wenn man eine Meinungsäußerung eines Käufers regelmäßig bereits dann als unzulässig einstufte, wenn sie herabsetzend formuliert ist und/oder nicht (vollständig oder überwiegend) auf sachlichen Erwägungen beruht. Eine solche, die grundrechtlichen Wertungen nicht hinreichend berücksichtigende Auslegung entspricht nicht dem an den Interessen der typischerweise beteiligten Verkehrskreise ausgerichteten Verständnis redlicher und verständiger Vertragsparteien.

**BGH, Urteil vom 27.09.2022 – VI ZR 336/21 (Zum Schadensbegriff des § 7 Abs. 1 StVG)**

Die Blockade einer Schiene durch ein verunfalltes Kraftfahrzeug, die dazu führt, dass das Gleis deshalb an der blockierten Stelle nicht (mehr) befahren werden kann, stellt in Bezug auf die blockierte Schiene eine Sachbeschädigung bzw. Eigentumsverletzung dar. Insoweit unterscheidet sich der Schadensbegriff des § 7 StVG nicht von dem des § 823 BGB. Die Verletzung des Eigentums an einer Sache bzw. die Beschädigung einer Sache kann nicht nur durch eine Beeinträchtigung der Sachsubstanz, sondern auch durch eine sonstige die Eigentümerbefugnisse treffende tatsächliche Einwirkung auf die Sache selbst erfolgen, die deren Benutzung objektiv verhindert. Voraussetzung ist stets, dass die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung der Sache ihren Grund in einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache selbst hat. Werden die Eigentümerbefugnisse durch eine tatsächliche Einwirkung auf die Sache derart beeinträchtigt, dass deren Verwendungsfähigkeit vorübergehend praktisch aufgehoben ist, bedarf es für die Annahme einer Eigentumsverletzung bzw. einer Sachbeschädigung grundsätzlich nicht zusätzlich der Überschreitung einer zeitlich definierten Erheblichkeitsschwelle. Die erforderliche Intensität der Nutzungsbeeinträchtigung folgt hier grundsätzlich bereits aus dem Entzug

des bestimmungsgemäßen Gebrauchs (hier: Blockade einer Schiene durch ein verunfalltes Kraftfahrzeug, die dazu führt, dass das Gleis deshalb an der blockierten Stelle nicht befahren werden kann).

---

**OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 12.10.2022 – 17 U 125/21 (Zu den Ausgleichsansprüchen nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft)**

Sofern innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft finanzielle Zuwendungen von erheblichen Wert von einem Partner an den anderen Partner vorgenommen werden, die sich aber im Rahmen der Gepflogenheiten des bestehenden hohen Lebensstandards des zuwendenden Partners halten und den zuwendenden Partner wirtschaftlich nicht spürbar belasten, so kann darin eine Schenkung im Sinne des § 516 BGB liegen. Denn eine Schenkung liegt im Rahmen einer Partnerschaft vor, wenn die Zuwendung nach deren Willen unentgeltlich im Sinne echter Freigiebigkeit erfolgt und nicht an die Erwartung des Fortbestehens der Beziehung geknüpft, sondern zur freien Verfügung des Empfängers geleistet wird. Wird die nichteheliche Lebensgemeinschaft beendet besteht ferner nur unter bestimmten Voraussetzungen ein Ausgleichsanspruch für derartige Geschenke. Zwar kann eine Schenkung nach § 530 Abs. 1 BGB wegen groben Undanks widerrufen werden. Grober Undank liegt aber nicht schon dann vor, wenn ein Partner die nichteheliche Lebensgemeinschaft – gleich aus welchem Grund – verlässt, da mit der Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft jederzeit gerechnet werden muss. Der Widerruf einer Schenkung setzt vielmehr objektiv eine Verfehlung des Beschenkten von gewisser Schwere voraus. Darüber hinaus muss die Verfehlung auch in subjektiver Hinsicht Ausdruck einer Gesinnung des Beschenkten sein, die in erheblichem Maße die Dankbarkeit vermissen lässt, die der Schenker erwarten kann. Maßgeblich ist eine Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls. Anhaltspunkte dafür, was der Schenker an Dankbarkeit erwarten kann, können neben dem Gegenstand und der Bedeutung der Schenkung auch die näheren Umstände bieten, die zu der Schenkung geführt und deren Durchführung bestimmt haben. Besondere Bedeutung kann ferner der persönlichen Beziehung zwischen Schenker und Beschenktem zukommen. Dabei kann nach den Umständen des Falls auch eine Auseinandersetzung mit den emotionalen Aspekten des dem Widerruf zugrundeliegenden Geschehens angezeigt sein, etwa wenn der Beschenkte nicht geplant, sondern im Affekt handelt oder der Schenker durch sein eigenes, provozierendes und uneinsichtiges Verhalten gegenüber dem Beschenkten zur Eskalation einer Auseinandersetzung mit beigetragen hat. Doch auch wenn die Zuwendungen als unbenannte Zuwendungen zu qualifizieren sind, besteht in der eingangs geschilderten Konstellation kein Ausgleichsanspruch. Bei unbenannten Zuwendungen lässt ein Partner dem anderen einen Vermögenswert um der Beziehung willen und als Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der Lebensgemeinschaft zukommen, wobei er die Vorstellung oder Erwartung hegt, dass die Lebensgemeinschaft Bestand haben und er innerhalb dieser Gemeinschaft am Vermögenswert und dessen Früchten weiter teilhaben werde, und bei denen die Zuwendung nicht zu einer frei disponiblen Bereicherung führt. Ausgleichsansprüche nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder die ungerechtfertigte Bereicherung wegen Zweckverfehlung kommen bei solchen gemeinschaftsbezogenen Aufwendungen jedoch nur dann in Betracht, wenn sie über das hinausgehen, was das tägliche Zusammenleben erst ermöglicht und im Rahmen des täglichen Zusammenlebens erbracht wird. Insbesondere bei Beiträgen zu laufenden Kosten, die im täglichen Leben regelmäßig anfallen oder durch größere Einmalzahlungen beglichen werden, scheidet ein Ausgleich regelmäßig aus. Bei der Abwägung, ob und in welchem Umfang Zuwendungen zurückerstattet oder Arbeitsleistungen ausgeglichen werden müssen, ist zu berücksichtigen, dass der Partner es einmal für richtig erachtet hat, dem anderen diese Leistungen zu gewähren. Ein korrigierender Eingriff ist grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn dem Leistenden die Beibehaltung der durch die Leistungen geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Das Merkmal der Unbilligkeit impliziert zugleich, dass ein Ausgleich nur wegen solcher Leistungen in Betracht kommt, denen nach den jeweiligen Verhältnissen unter Gesamt abwägung der Umstände des Einzelfalls eine erhebliche Bedeutung zukommt.

---

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ÖFFENTLICHES RECHT

**EuGH – C-793/19, Urt. v. 20.09.2022 (Unionsrechtswidrigkeit der Vorratsdatenspeicherung)**

Art. 15 Abs. 1 der RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) ist im Licht der Art. 7, Art. 8 und Art. 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 EU-GRCharta dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die präventiv zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen. Die anlassunabhängige Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten ist nur zulässig, wenn sie zum Schutz vor aktuellen und ernststen Bedrohungen der nationalen Sicherheit erforderlich und in zeitlicher Hinsicht auf das absolut notwendige Maß beschränkt ist und einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

**EuGH – C-344/20, Urt. v. 13.10.2022 (Unternehmensinternes Verbot zum Tragen religiöser Zeichen)**

Art. 2 II Buchst. a RL 2000/78/EG ist dahin auszulegen, dass eine Bestimmung in einer Arbeitsordnung eines Unternehmens, die es den Arbeitnehmern verbietet, ihre religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen, welche diese auch immer sein mögen, durch Worte, durch die Kleidung oder auf andere Weise zum Ausdruck zu bringen, keine unmittelbare Diskriminierung „wegen der Religion oder der Weltanschauung“ im Sinne dieser Richtlinie gegenüber Arbeitnehmern darstellt, die ihre Religions- und Gewissensfreiheit durch das sichtbare Tragen eines Zeichens oder Bekleidungsstücks mit religiösem Bezug ausüben möchten, vorausgesetzt, dass diese Bestimmung allgemein und unterschiedslos angewandt wird.

**BVerfG – 1 BvR 469/20, Beschl. v. 21.07.2022 (Einrichtungsbezogene Nachweispflicht über Masernimpfung)**

Die in § 20 Abs. 8, Abs. 9 und Abs. 12 IfSG enthaltenen Regelungen über den Nachweis einer Masernimpfung im Fall einer Betreuung in bestimmten Gemeinschaftseinrichtungen sowie über die Rechtsfolgen bei Ausbleiben des Nachweises greifen in das Grundrecht der beschwerdeführenden Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) ihrer Kinder ein und beschränken deren Recht auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Diese Eingriffe sind verfassungsrechtlich allein bei verfassungskonformer Auslegung von § 20 Abs. 8 S. 3 IfSG gerechtfertigt. Sie genügen den Anforderungen des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts und sind im verfassungsrechtlichen Sinn verhältnismäßig. Trotz des nicht unbeträchtlichen Gewichts der mittelbaren Eingriffe in das Grundrecht der Kinder aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und in das der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG belasten sie weder die betroffenen Kinder noch deren Eltern in unzumutbarer Weise, sondern sind zum Schutz von von einer Masernerkrankung besonders gefährdeten Personen verhältnismäßig im engeren Sinne.

**BVerfG – 1 BvR 2354/13, Beschl. v. 28.9.2022 (Datenübermittlung durch Verfassungsschutz)**

Verfassungsschutzbehörden dürfen die mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobenen personenbezogenen Daten und Informationen nur dann an andere Behörden übermitteln, wenn die Rechtsgrundlage hierfür hinreichend bestimmt und normenklar ist sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt. Die Übermittlungsbefugnisse in § 20 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BVerfSchG zielen darauf ab, Staatsschutzdelikte effektiv zu bekämpfen und damit einhergehend den Bestand und die Sicherheit des Staates sowie Leib, Leben und Freiheit der Bevölkerung zu schützen; sie dienen damit legitimen Zwecken. Sie genügen jedoch im Hinblick auf ihre Angemessenheit den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Denn sie begrenzen die Übermittlung nicht durchgehend auf den Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter oder die Verfolgung besonders schwerer Straftaten. Darüber hinaus fehlt es an der verfassungsrechtlich gebotenen Übermittlungsschwelle. Bei einer Neuregelung der Übermittlung mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobener personenbezogener Daten und Informationen zur Gefahrenabwehr hat der Gesetzgeber darauf zu achten, eine Übermittlung nicht zu weit im Vorfeld einer in ihren Konturen noch nicht absehbaren Gefahr für die Schutzgüter zu erlauben. Eine präventiv ausgerichtete

Anknüpfung der Übertragungsschwelle an Straftaten im Vorfeldstadium ist verfassungsrechtlich angesichts der Schwere des Eingriffs nicht hinnehmbar, wenn nur diffuse Anhaltspunkte für mögliche Gefahren bestehen. Dies schließt nicht aus, die Übermittlung zur präventiven Verhinderung von abstrakten Gefährdungsdelikten wie § 89a oder § 129a StGB zu ermöglichen. Sicherzustellen ist dabei aber bereits auf Ebene der Übermittlungsvorschrift selbst, dass eine Übermittlung nur bei einer konkretisierten Gefahr für das durch die jeweiligen Straftatbestände geschützte Rechtsgut erfolgen darf.

#### **BVerwG – 4 C 4.20, Beschl. v. 29.03.2022 (Isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen)**

Auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt verleiht dem Begünstigten eine schutzwürdige Rechtsposition und damit ein subjektives öffentliches Recht. Dieses Recht ist bei zulässiger isolierter Anfechtung einer belastenden Nebenbestimmung nur unter den Voraussetzungen des § 48 VwVfG aufhebbar, der das Ermessen der Verwaltung durch ein rechtsstaatliches Abwägungsprogramm zwischen Vertrauensschutz und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung begrenzt. Es wird durch eine rechtswidrige Nebenbestimmung auch dann beeinträchtigt, wenn diese zusammen mit dem Verwaltungsakt erlassen wurde. Sofern die Nebenbestimmung materiell-rechtlich von dem Verwaltungsakt getrennt werden kann, besteht daher ein Anspruch auf ihre Aufhebung. Im Anfechtungsprozess gegen die belastende Nebenbestimmung kann dem Kläger die Rechtswidrigkeit des bestandskräftig gewordenen Verwaltungsakts daher nicht entgegengehalten werden. Das gilt über die auf den Regelungsausspruch bezogene Feststellungswirkung hinaus, jedenfalls aber dann, wenn der Verwaltungsakt – wie die streitgegenständliche Baugenehmigung und andere vorhabenbezogene Zulassungsentscheidungen – die Rechtmäßigkeit des Vorhabens feststellt.

#### **BayVGh – 10 B 21.1694, Urt. v. 08.03.2022 (Versammlungsrechtlicher Schutz eines Klima-Camps)**

Als Abwehrrecht gewährleistet Art. 8 GG den Grundrechtsträgern das Selbstbestimmungsrecht über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung. In ihrer idealtypischen Ausformung sind Demonstrationen die gemeinsame körperliche Sichtbarmachung von Überzeugungen in voller Öffentlichkeit, wobei die Teilnehmenden einerseits in der Gemeinschaft mit anderen eine Vergewisserung dieser Überzeugungen erfahren und andererseits nach außen – schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und des Umganges miteinander oder die Wahl des Ortes – im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen. Enthält eine Veranstaltung sowohl Elemente, die auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet sind, als auch solche, die diesem Zweck nicht zuzurechnen sind („gemischte Veranstaltung“), so ist entscheidend, ob die Veranstaltung ihrem Gesamtgepräge nach eine Versammlung darstellt. Gemessen daran war die Veranstaltung der Klägerin (sog. „Augsburger Klima-Camp“) im maßgeblichen Zeitpunkt ihrem Gesamtgepräge nach überwiegend auf die kollektive Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet und mithin als Versammlung im Sinne von Art. 8 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 BayVersG zu qualifizieren.

#### **BayVGh – 5 N 20.1331, Urt. v. 01.06.2022 (Neutralitätsgebot und „Kreuzerlass“)**

Durch die in § 28 BayAGO ausgesprochene Aufforderung, im Eingangsbereich eines jeden Dienstgebäudes gut sichtbar ein Kreuz anzubringen, verstößt der Beklagte gegen die Verpflichtung des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität. Die Pflicht zur Wahrung von Neutralität ist allerdings ein objektiv-rechtliches Verfassungsprinzip, das als solches keine einklagbaren subjektiven Rechte der Kläger als Weltanschauungsgemeinschaften begründet. Diese können einen Abwehranspruch nur dann geltend machen, wenn eines der Grundrechte verletzt wird, aus denen die staatliche Neutralitätspflicht hergeleitet wird (Art. 4 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG). Durch die Aufforderung, Kreuze in staatlichen Dienstgebäuden anzubringen, wird jedoch nicht in die Grundrechte der Kläger aus Art. 4 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG eingegriffen. Die in Eingangsbereichen staatlicher Dienststellen angebrachten Kreuze entfalten insbesondere keine den christlichen Glauben fördernde und damit die Weltanschauungsfreiheit der Kläger potentiell beeinträchtigende Wirkung.

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT STRAFRECHT

**BGH 1 StR 126/21, Beschl. v. 16.06.2021 (Notwehr)**

Der erkennbar unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln stehende Geschädigte G verlangte aufgrund minderwertiger Qualität des von dem M erworbenen Kokains den Kaufpreis zurück. In einer verbalen Auseinandersetzung zückte G ein Küchenmesser, woraufhin M seine Geldtasche fallen ließ. G nahm die Geldtasche an sich und lief davon, woraufhin M und A bewaffnet mit einem Holzbesenstiel die Verfolgung aufnahmen. Als sie G eingeholt hatten, forderte M den G unter wuchtigen Schlägen gegen den Kopf und die Arme auf, ihm das Geld zurückzugeben. G machte mit dem Messer Abwehrbewegungen und warf dem M die Geldtasche entgegen.

Das Landgericht verurteilte M und A aufgrund der Schläge vor dem Fallenlassen der Geldtasche wegen gemeinschaftlich begangener gefährlicher Körperverletzung. Der BGH hob dieses Urteil mit dem Argument auf, dass die Handlungen der Angeklagten gem. § 32 StGB gerechtfertigt gewesen seien. Die Notwehrhandlung sei insbesondere erforderlich gewesen. M sei nicht auf das mildeste, aber mit Unsicherheiten behaftete Mittel von Schlägen auf die Hand oder den Arm zu verweisen. Aufgrund der geringen Kalkulierbarkeit des Fehlschlagrisikos dürften keine überhöhten Anforderungen an die zu treffende Entscheidung für oder gegen eine weniger gefährliche Verteidigungshandlung gestellt werden. Auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel müsse nur zurückgegriffen werden, wenn die Abwehrwirkung unzweifelhaft sei und genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung stehe. Eine Einschränkung der Gebotenheit wegen des Angriffs einer unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln stehenden Person könne zwar grundsätzlich in Frage kommen, sei aber durch das Tatgericht nicht hinreichend belegt worden.

**BGH 4 StR 333/20, Urt. v. 30.07.2021 (Bedingter Tötungsvorsatz bei Polizeiflucht)**

Das Urteil befasst sich mit den Anforderungen an die Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes. Der Angeklagte A flüchtete von einer Polizeikontrolle, um seine Fahrt ohne Fahrerlaubnis zu verbergen. Während der Flucht bog er in eine Sackgasse, die in einem Rad- und Fußweg mündete, der wiederum zu einer bogenförmigen Brücke über eine Autobahn führte. Auf der Brücke hielten sich drei Personen auf, von denen der Angeklagte zwei wahrnahm. A erfasste mit seinem Fahrzeug eine Person von hinten, die mit dem Kopf auf der Windschutzscheibe aufschlug, nach vorn geschleudert wurde und reglos liegen blieb.

Der BGH hob das landgerichtliche Urteil wegen versuchten Mordes auf, da das voluntative Element des bedingten Tötungsvorsatzes nicht hinreichend belegt worden sei. Insbesondere hätte sich das Tatgericht intensiver mit dem Vorstellungsbild des Täters und der Risikoeinschätzung seines Fahrverhaltens auseinandersetzen müssen. Zwar sei die Gefährlichkeit der Tathandlung ein wesentlicher Indikator für das kognitive und voluntative Vorsatzelement, jedoch müsse auch bei gefährlichen Handlungen stets auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt werden. Diesen Anforderungen sei das Urteil nicht gerecht geworden, da keine kritische Auseinandersetzung mit der konkreten Tatsituation erfolgt sei. Ein kollisionsfreies Passieren der Fußgänger sei nicht ausgeschlossen gewesen, weswegen nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Angeklagte auf das Ausbleiben eines tödlichen Unfallgeschehens vertraut habe. Als fehlerhaft habe sich zudem die seitens des Tatgerichts versäumte vorsatzkritische Berücksichtigung von Vermeidewillen und Eigengefährdung des Angeklagten erwiesen.

**BGH 6 StR 174/21, Urt. v. 08.09.2021 (Hochsitz als Hütte im Sinne des § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB)**

Der Angeklagte A hatte sich seit mehreren Jahren erfolglos um die Aufnahme in die Jägerschaft an seinem Wohnort bemüht. Aufgrund dieser Ausgrenzung beschloss er, sich an der Jägerschaft zu rächen. Dafür zündete er mehrfach mehrere hundert Kilo schwere, überdachte Jagdhochsitze an, die völlig oder teilweise ausbrannten.

Zu entscheiden war, ob die Jagdhochsitze „Hütten“ i.S.v. § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB sind. Der BGH schloss sich den Ausführungen des Generalbundesanwalts an, wonach Hütten Bauwerke seien, bei denen an die Größe, Festigkeit und Dauerhaftigkeit geringere Anforderungen zu stellen seien, als bei Gebäuden. Sie müssten dennoch ein selbstständiges, unbewegliches Ganzes bilden, das eine nicht völlig geringfügige Bodenfläche bedecke und ausreichend abgeschlossen sei.

Abgeschlossenheit erfordere dabei keine Verschlussheit oder sonstige den Zutritt beschränkende Vorrichtungen, sondern eine gegen äußere Einwirkungen schützende Begrenzung. Erforderlich sei zudem eine hinreichende Erdverbundenheit. Daran gemessen handle es sich bei Jagdhochsitzen um Hütten i.S.v. § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB, da sie unbewegliche Gebäude mit kleineren Abmessungen darstellen. Sie hätten eine nicht völlig unbeachtliche Bodenfläche und Begrenzungen nach oben durch ein Dach und nach allen Seiten durch Wände. Eine hinreichende Erdverbundenheit ergebe sich aufgrund einer Verankerung oder eines erheblichen Eigengewichts.

**BGH 4 StR 511/20, Urt. v. 11.11.2021 (Beteiligung an einem Kraftfahrzeugrennen gem. § 315d Abs. 2 StGB)**

Die Angeklagten A und B entschlossen sich konkludent zu einem spontanen Kraftfahrzeugrennen. Im Verlauf des Rennens scherte der Angeklagte A in einer Kurve zu einem Überholvorgang aus. Der Angeklagte B erkannte die Absicht des A, ihn trotz eines möglichen Gegenverkehrs zu überholen und beschleunigte weiter. Als dem Angeklagten A die Geschädigte G entgegenkam, verlor er alkoholbedingt die Kontrolle über sein Fahrzeug und kollidierte mit dem Fahrzeug der G. Eine Mitfahlerin der G starb, G und drei weitere Insassen wurden lebensbedrohlich verletzt.

Die Verurteilung des Angeklagten B wegen Teilnahme an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen gem. § 315d Abs. 2 StGB wurde durch den BGH bestätigt. Es handle sich hierbei um ein eigenhändiges Delikt, da die Täterschaft an eine bestimmte Ausführungshandlung gebunden sei (Teilnahme an einem Kraftfahrzeugrennen) und nicht aus der Gefährdung oder Verletzung eines Rechtsguts resultiere. Daher erfülle ein Teilnehmer an einem Kraftfahrzeugrennen nur dann den Qualifikationstatbestand des § 315d Abs. 2 StGB, wenn er durch sein eigenes Fahrverhalten während der Rennens eine konkrete Gefahr für eines der genannten Individualrechtsgüter verursacht habe und zwischen seinem Verursachungsbeitrag und dem Gefährdungserfolg ein innerer Zusammenhang bestehe. Für die Verursachung einer konkreten Gefahr genüge es hierbei, dass der Angeklagte die Ausgestaltung des den Gegenverkehr konkret gefährdenden Überholvorgangs mitbestimmt habe, ohne dass es auf einen Verstoß gegen weitere Pflichten ankomme. Der innerliche Zusammenhang entfalle ebenfalls nicht durch das Fahrverhalten des A, da der zu der kritischen Verkehrssituation führende Überholvorgang des B in einem renntypischen Zusammenhang mit der die Gefährdung unmittelbar herbeiführenden Handlung des A gestanden habe.

**BGH 1 StR 397/21, Beschl. v. 18.11.2021 (Heimtückemord)**

Der Angeklagte A konnte die aus Betäubungsmittelgeschäften begründeten Forderungen des Opfers O nicht begleichen. O forderte in der Folgezeit daher diese und weitere unberechtigte Forderungen unter Schlägen und Drohungen von A. Als O erneut nach dem Geld fragte, zog A eine Waffe und forderte mehr Zeit zur Begleichung seiner Schulden. O entgegnete „Schieß doch, Hurensohn, ich lasse Dich nicht so einfach in Ruhe.“ Daraufhin schoss A dem O in den Kopf, der verstarb. In seiner Entscheidung hatte sich der BGH mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der von A begangene Totschlag durch Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein könnte. Der BGH bejahte das Vorliegen einer Notwehrlage. Diese habe im Hinblick auf die Willensfreiheit und das Vermögen des A bestanden, da die fortlaufenden Drohungen des O zur Durchsetzung der rechtsgrundlosen Zahlungen ununterbrochen fortgewirkt hätten. Jedoch sei die Notwehrhandlung des A nicht erforderlich gewesen, da ein milderes, gleich effektives Mittel bestanden habe. A hätte sich nämlich an die Strafverfolgungsbehörden wenden können, was ihm auch im Hinblick auf den nemo-tenetur-Grundsatz zumutbar gewesen sei, da er seine eigene Beteiligung nicht hätte preisgegeben müssen. Weiterhin hatte der BGH zu entscheiden, ob das Mordmerkmal der Heimtücke erfüllt war. Fraglich sei bereits nach Ansicht des BGH, ob O arglos gewesen sei, da ein Erpresser mit einem Gegenangriff des Erpressen rechnen müsse. Zumindest aber müsse das Merkmal der Heimtücke restriktiv ausgelegt werden, da der Gegenwehr des Erpressungsopfers nicht das Tückische innewohne, welches den gesteigerten Unwert der Heimtücke ausmache.

## Vorbemerkungen zur Kategorie Studienpraxis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Ist dieser Teil der Bearbeitung repräsentativ für die Gesamtnote?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hierzu brauchen wir Hilfe: Wenn Du überdurchschnittliche (Benotung von Zwischenprüfungsleistungen mit mind. 15 Punkten; von Klausuren und Hausarbeiten aus den Großen Übungen sowie Studienarbeiten mit mind. 14 Punkten) Studienleistungen hast, die Du gern veröffentlichen möchtest, sprich uns bitte unter

*redaktion@hanoverlawreview.de*

an.

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

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

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

## Abschlussklausur im Grundkurs BGB II, 16 Punkte

stud. iur. Marvin Ehrenpfort

Die Klausur ist im Wintersemester 2020/2021 in der Veranstaltung BGB II an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden.

Aus urheberrechtlichen Gründen wurden Sachverhalt und Bearbeitung hinsichtlich der handelnden Personen, Gegenstände und Daten abgewandelt.

### Sachverhalt

#### Fall 1

Pizzakoch K bezieht wiederkehrend Waren von Küchenausstatter H. Um seine Speisen auf dem Maschseefest anzubieten, spricht K am 10.06.2019 mit H ab, einen mobilen Pizzaofen zum Preis von 8.000,00 € von demselben zu kaufen und ab dem 25.07.2019 abzuholen sowie zu bezahlen. Darüber hinaus wird K ein passender feuerfester Fußbodenschutz zu einem Preis von 500,00 € verkauft, sogleich übergeben und von ihm bezahlt.

Den von K bestellten Pizzaofen, bei dem es sich um ein Standardmodell aus der Produktion eines Zulieferers handelt, stellt H am 25.07.2019 für K bereit, damit er diesen bei der Abholung gleich zur Hand hat. Am Morgen des 28.07.2019 überwindet ein Dieb sämtliche Sicherungssysteme des H, sodass er unter anderem den für K bestimmten Ofen entwenden kann. Wenige Stunden später taucht K auf und erwartet von H die Übergabe des Ofens. Indessen empört sich H über den Diebstahl und verlangt gleichwohl Zahlung von 8.000,00 €; immerhin könne er nichts dafür, dass K so lange auf sich warten lasse, bis das Teil gestohlen werde. K wiederum fordert Ersatzlieferung; das sei ja wohl nicht unmöglich. H gerät so sehr in Rage, dass er nunmehr die Zahlung von 8.500,00 € für den Ofen und den – ursprünglich bereits bezahlten – Bodenschutz verlangt.

**Frage 1:** Kann H von K Zahlung von 500,00 € für den Bodenschutz verlangen?

**Frage 2:** Kann K von H Übergabe und Übereignung des Ofens verlangen?

#### Sachverhaltsfortsetzung Fall 1

Das Verhalten von K brachte H derart aus dem Gleichgewicht, dass er seine Tätigkeit niederlegen möchte. Dazu überträgt er „sein Geschäft inklusive sämtlicher etwaiger Ansprüche gegen K“ an seinen Schwager S und fasst die Modalitäten der Übertragung in einer E-Mail zusammen, die er sowohl S als auch K sendet.

Beim Lesen der E-Mail fällt K ein, dass H am 01.02.2015 fertig zubereitete, gefrorene Pizzen für eine Weihnachtsfeier von ihm erwarb, für welche der Werklohn in Höhe von 2.500,00 € noch aussteht. K nutzt am 30.08.2019 die Beantwortungsfunktion „an alle“ seines E-Mail-Programms und formuliert folgendes:

Hallo H, hallo S,

*ich nehme an, ihr erinnert Euch noch an die Versorgung der Weihnachtsfeier von H? Da die Werklohnforderung in Höhe von 2.500,00 € noch aussteht, verrechne ich Euch beiden gegenüber den Kaufpreis für den Ofen. Damit werde ich nun wohl Ruhe vor Euch haben.*

S nimmt in einer weiteren E-Mail Stellung und erklärt, ihn als neuen Forderungsinhaber gingen die Pizzen nichts an. Außerdem komme K nun reichlich spät mit der Forderung, sodass eine Verrechnung ohnehin nicht infrage komme.

**Frage 3:** Kann S von K Zahlung von 8.000,00 € für den Ofen verlangen?

Bearbeitungsvermerk: Gehen Sie – unabhängig von Ihrer Lösung zu den Fragen 1 und 2 – davon aus, dass H zum Zeitpunkt der Übergabe seines Geschäfts gegen A einen fälligen, am 10.06.2019 entstandenen Zahlungsanspruch in Höhe von 8.000,00 € aus dem Kaufvertrag über den Ofen hatte.

#### **Fall 2**

Die G-GmbH versendet E-Mail-Newsletter an Angemeldete mit dem Betreff „Restposten“. Zu Beginn der E-Mail befindet sich ein rot umrandeter Kasten, in dem auf die dreiwöchige Lieferfrist und das Widerrufsrecht gem. §§ 312d, 355 BGB hingewiesen wird, sowie folgender Satz steht:

*Bitte beachten Sie unsere Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter diesem Link.*

Beim Drücken des Links wird unter anderem Folgendes auf einer Internetseite angezeigt:

#### **§ 17 (Preisveränderung)**

*Aufgrund der Corona-Pandemie und der unsicheren ökonomischen Lage, kann sich der Kaufpreis lt. Newsletter auch nachträglich um bis zu 4 % erhöhen.*

Frau F erhielt einen solchen Newsletter und bestellte per E-Mail ein darin für 220,50 € angepriesenes Produkt. Mit der Lieferung desselben erhielt sie eine Rechnung der B-GmbH in Höhe von 229,30 € unter Hinweis auf § 17 der AGB. F wies drei Monate lang in zahlreichen Schreiben darauf hin, lediglich 220,50 € zahlen zu wollen.

**Frage:** Hat die G-GmbH gegen F einen Zahlungsanspruch in Höhe von 229,30 €?

#### **Zusatzfrage:**

M beaufsichtigte ihren 10-jährigen Enkel E für einen Tag, um ihrem Sohn unter die Arme zu greifen. Gleichwohl lässt sich der Kauf einer neuen Récamiere nicht weiter aufschieben. Daher betritt M mit E das Möbelhaus des H. Nach der Bezahlung einer Récamiere, hebt H eine solche aus einem Regal heraus. Da das Regal nicht für das Gewicht einer Récamiere ausgelegt ist, verbog sich dieses dabei leicht, sodass die Récamiere auf E fiel und ihm am Oberschenkel Verletzungen zufügte.

**Frage:** Welche besonderen Voraussetzungen müssen vorliegen, damit E in den Schutzbereich des zwischen M und H geschlossenen Vertrags einbezogen ist? Die Voraussetzungen sind zu nennen und es ist zu subsumieren.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

### **Frage 1**

#### **A. Zahlungsanspruch von H gegen K über 500,00 € gem. § 433 Abs. 2 BGB**

Küchenausstatter H könnte gegen Pizzakoch K einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung über 500,00 € gem. § 433 Abs. 2 BGB Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Bodenschutzes haben. Dazu müsste der Anspruch entstanden sein und dürfte nicht untergegangen sein.

### **I. Anspruch entstanden**

Der Anspruch könnte entstanden sein. Voraussetzung ist ein wirksamer Kaufvertrag gem. § 433 BGB zwischen H und K. Dieser setzt eine Einigung gem. §§ 145 ff. BGB mit zwei übereinstimmenden aufeinander bezogenen Willenserklärungen voraus. Fraglich ist, welche Leistung Inhalt des Vertrags geworden ist. H und K haben zwei übereinstimmende, aufeinander bezogene Willenserklärungen abgegeben, die den Kauf eines Pizzaofens über 8000,00 € sowie eines Bodenschutzes über 500,00 € als Vertragsinhalt bezwecken sollen. Der Bodenschutz dient der ordnungsgemäßen

Nutzung des Pizzaofens. Somit wird durch Auslegung anhand des objektiven Empfängerhorizonts nach §§ 133, 157 BGB ersichtlich, dass beide Gegenstände in einem inneren Verhältnis zueinanderstehen und mithin als eine Leistung eines einzelnen Kaufvertrages geschuldet werden sollen. Somit ist zunächst ein Kaufpreiszahlungsanspruch des H gegen K über 8500,00 € gem. § 433 Abs. 2 BGB entstanden.

## II. Anspruch teilweise untergegangen

Der Anspruch könnte indes teilweise untergegangen sein, indem K 500,00 € für den Bodenschutz zahlte. Voraussetzung ist eine wirksame Erfüllung gem. § 362 Abs. 1 BGB. Dazu müsste der Schuldner die geschuldete Leistung gegenüber dem Gläubiger bewirkt haben.

### 1. Teilleistung gem. § 266 BGB

K könnte eine Teilleistung gem. § 266 BGB aus dem Kaufvertrag mit H erbracht haben. Dazu muss die Leistung teilbar sein und der Schuldner müsste zur Teilleistung berechtigt sein.

#### a) Teilbarkeit der Leistung

Die Leistung in Form der Zahlung der Geldschuld über 8500,00 € müsste teilbar sein. Teilbar ist eine Leistung, wenn sie ohne Wertminderung und ohne Beeinträchtigung des Vertragszwecks zerlegt werden kann. Im Zuge der Teilung von Geldschulden, verliert das Geld selber nicht an Wert und ist mithin teilbar.

#### b) Berechtigung zur Teilleistung

K müsste zur Teilleistung berechtigt sein. Gem. § 266 BGB ist der Schuldner nicht zu Teilleistungen berechtigt. Etwas anderes könnte sich aus der Parteivereinbarung zwischen H und K ergeben, die den § 266 BGB als dispositives Recht zurücktreten ließe. H und K müssten die Teilbarkeit übereinstimmend erklärt haben. Sie einigten sich darauf, die Übergabe und Übereignung des Bodenschutzes Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung über 500,00 € am 10.06.2019 zu erbringen und die Übergabe und Übereignung des Pizzaofens Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung über 8000,00 € ab dem 25.07.2019 zu bewirken. Somit wurde zwischen H und K eine Teilleistung hinsichtlich der Geldschuld über 500,00 €, sowie über 8000,00 € zu einem späteren Zeitpunkt vereinbart.

### 2. Zwischenergebnis

Mithin war K zur Teilleistung der Zahlung über 500,00 €, erfüllbar ab dem 10.06.2019, also sofort nach Vertragsent-

stehung, berechtigt. K hat die Zahlung der Geldschuld über 500,00 € sofort bewirkt. Folglich ist der Zahlungsanspruch des H gegen K gem. § 362 Abs. 1 BGB untergegangen.

## B. Ergebnis

Der Kaufpreiszahlungsanspruch des H gegen K gem. § 433 Abs. 2 BGB über 500,00 € für den Bodenschutz ist zwar wirksam entstanden. Im Rahmen einer Teilleistung des K jedoch gem. § 362 Abs. 1 BGB erfüllt worden und ist mithin untergegangen. H hat keinen Anspruch gegen K auf Kaufpreiszahlung über 500,00 € gem. § 433 Abs. 2 BGB Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Bodenschutzes.

## Frage 2

### A. Anspruch von K gegen H auf Übergabe und Übereignung des Pizzaofens gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB

K könnte gegen H einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Pizzaofens gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung über 8000,00 € haben. Dazu müsste der Anspruch entstanden sein und dürfte nicht untergegangen sein.

#### I. Anspruch entstanden

Zunächst müsste der Anspruch entstanden sein. Mit Verweis auf die oben genannten Erwägungen ist zwar zunächst ein wirksamer Kaufvertrag mit dem Bodenschutz sowie dem Ofen als Vertragsinhalt entstanden. Die gleichen Erwägungen, die K zu einer Teilleistung über 500,00 € für den Bodenschutz berechtigen, begründen auch die Berechtigung des H zur Teilleistung des Ofens. Die Trennung des Bodenschutzes und des Pizzaofens tritt ohne Wertminderung ein. H hat den Bodenschutz an K übergeben und übereignet und somit auch eine berechtigte Teilleistung erbracht. Es besteht infolgedessen noch ein Anspruch des K gegen H auf Übergabe und Übereignung des Pizzaofens.

#### II. Anspruch untergegangen

Dieser Anspruch könnte jedoch untergegangen sein, wenn die Leistung für den Schuldner oder jedermann gem. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden ist. Unmöglichkeit ist die dauerhafte Nichterbringbarkeit des geschuldeten Leistungserfolgs.

#### 1. Ursprünglicher Leistungsgegenstand

Fraglich ist, welcher Leistungsgegenstand, namentlich eine Stück- oder Gattungsschuld, geschuldet war. Bei der Übergabe und Übereignung eines Pizzaofens als Leistungs-

inhalt könnte es sich um eine Gattungsschuld gem. § 243 Abs. 1 BGB handeln. Eine Gattungsschuld bestimmt sich danach, ob eine nach allgemeinen Merkmalen bestimmte Gattung vereinbart wurde, aus der zu leisten ist. Zunächst haben sich K und H auf den Kauf eines Pizzaofens geeinigt, bei dem es sich um ein jederzeit beziehbares Standardmodell handelt. Nach Auslegung der Willenserklärungen von H und K nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB wird ersichtlich, dass K kein Interesse an einem konkreten Stück hat, vielmehr an einem beliebigen zweckerfüllenden Pizzaofen. Auch H hat keinen konkreten Gegenstand erwähnt. Somit besteht zunächst eine Gattungsschuld gem. § 243 Abs. 1 BGB.

## 2. Konkretisierung

Indes könnte die Gattungsschuld gem. § 243 Abs. 2 BGB zu einer Stückschuld konkretisiert worden sein. Voraussetzungen sind zunächst die Auswahl und Aussonderung des Leistungsgegenstands durch den Schuldner. B hat den Ofen am 25.07.2019 in seinem Lager für K bereitgehalten, mithin ausgesondert und ausgewählt. Weiterhin müsste H alles für ihn Mögliche zum Bewirken der Leistung getan haben. Die Leistungshandlung bestimmt sich nach der Vereinbarung über den Leistungs- und Erfolgsort gem. § 269 BGB. Es könnte sich um eine Holschuld handeln, wenn beide Parteien vereinbarten, dass Erfolgs- und Leistungsort am Wohnsitz des Schuldners zusammenfallen sollen. H und K vereinbarten die Abholung des Ofens im Lager des H durch K ab dem 25.07.2019. Mithin handelt es sich um eine Holschuld. Damit müsste der Schuldner den geschuldeten Gegenstand zur Entgegennahme durch den Gläubiger bereitgestellt haben und denselben zur Abholung aufgefordert haben. H hat mit K bereits am 10.06.2019 die Abholung ab dem 25.07.2019 vereinbart, mithin bestand eine Aufforderung zur Abholung durch K. H hat folglich alles ihm Mögliche getan, um die Leistung zu bewirken. Der Erfolg hing lediglich von K ab. Somit wurde der Leistungsgegenstand gem. § 243 Abs. 2 BGB zu einer Stückschuld konkretisiert. Ab dem Morgen des 25.07.2019 schuldete B dem A den konkreten Ofen, der sich in seinem Lager befand.

## 3. Untergang des Gegenstands

Dieser Gegenstand müsste untergegangen sein. Im Rahmen eines Diebstahls am 28.07.2019 im Lager des H wurde der Pizzaofen ohne Verschulden des H entwendet. Somit ist die Erbringung der Leistung für H unmöglich.

## 4. Zwischenergebnis

Damit sind die Voraussetzungen des § 275 Abs. 1 BGB erfüllt. Rechtsfolge ist die Unmöglichkeit der Leistung für H und damit der Untergang des Anspruchs des K aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB gem. § 275 Abs. 1 BGB.

## B. Ergebnis

K hat gegen H keinen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Pizzaofens gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung über 8000,00 €.

## Frage 3

### A. Anspruch von S gegen K auf Zahlung von 8000,00 € gem. § 433 Abs. 2 i.V.m. § 398 S. 1 BGB

S könnte gegen K einen Zahlungsanspruch in Höhe von 8000,00 € gem. § 433 Abs. 2 i.V.m. § 398 S. 1 BGB Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pizzaofens haben. Dazu müsste der Anspruch entstanden sein und dürfte nicht untergegangen sein.

### I. Anspruch entstanden

Der Anspruch könnte entstanden sein. Voraussetzung ist ein wirksamer Kaufvertrag zwischen K und S. Dieser setzt eine Einigung gem. §§ 145 ff. BGB mit zwei übereinstimmenden, aufeinander bezogenen Willenserklärungen voraus. S hat gegenüber K selbst keine Willenserklärung abgegeben. Es liegt somit erstmal kein wirksamer Kaufvertrag vor.

### 1. Abtretung gem. § 398 S. 1 BGB

Jedoch könnte S anderweitig Inhaber des Forderungsrechts geworden sein. Ursprünglich war H Inhaber der Forderung der Kaufpreiszahlung über 8000,00 € gegen K. H könnte dieses Recht an S gem. § 398 S. 1 BGB abgetreten haben.

### a) Verfügungsvertrag

Voraussetzung ist zunächst ein wirksamer Verfügungsvertrag zwischen H und S. Dazu müssen sich Zedent und Zessionar über den Forderungsübergang geeinigt haben. Im Rahmen der Übertragung der Firma des H an S, einigen sich dieselben auf die Abtretung, auch etwaiger Ansprüche gegen K an S. Somit bestand ein Verfügungsvertrag zwischen H und S.

### b) Existenz der Forderung und Inhaberschaft des Zedenten

Die abzutretende Forderung müsste existieren und der Altgläubiger müsste Inhaber derselben sein. Es ist davon auszugehen, dass H zum Zeitpunkt der Übergabe seines Geschäfts einen fälligen Zahlungsanspruch in Höhe von 8000,00 € gegen K hat. Somit existiert die Forderung und der Zedent H ist Inhaber der Forderung.

### c) Bestimmbarkeit der Forderung

Die Forderung müsste bestimmbar sein. Dazu muss sich feststellen lassen, welche Forderung erfasst wird. Bei einer Globalzession ist nicht erforderlich die konkreten einzelnen Forderungen zu individualisieren. Vielmehr darf es nur nicht zu Unsicherheiten im Sinne der Rechtssicherheit kommen, welche Forderungen umfasst werden und welche nicht. H hat S sämtliche Forderungen gegen K abgetreten. Es stellen sich keine Zweifel hinsichtlich anderer Forderungen, die ggf. nicht erfasst werden sollten. Damit ist die Forderung hinreichend bestimmbar.

### d) Übertragbarkeit der Forderung

Die Forderung müsste übertragbar sein. Dazu darf kein vertraglicher oder gesetzlicher Ausschluss bestehen. In Ermangelung einschlägiger Verbotsgesetze und vertraglicher Verbotsvereinbarungen, ist die Forderung übertragbar.

## 2. Zwischenergebnis

Somit erfüllt das Verfügungsgeschäft zwischen H und S sämtliche Voraussetzungen einer wirksamen Abtretung gem. § 398 S. 1 BGB hinsichtlich des Forderungsrechts über die Zahlung in Höhe von 8000,00 € gegen K. Mithin ist S der Inhaber dieser Forderung geworden und der Anspruch ist zunächst entstanden.

## II. Anspruch untergegangen

Der Anspruch könnte jedoch untergegangen sein, indem A mit dem Zahlungsanspruch gem. § 387 BGB aufrechnete. Zunächst müsste eine Aufrechnungslage bestehen.

### 1. Wechselseitigkeit der Forderungen

K und S müssten wechselseitige Forderungen innehaben. Dazu müssen beide Parteien jeweils Gläubiger und Schuldner des anderen sein. S hat einen Anspruch gegen K auf Kaufpreiszahlung über 8000,00 € und ist somit Gläubiger des K. Jedoch hat K gegen H lediglich einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung in Höhe von 2500,00 € und somit keinen

Anspruch gegen S. Anderes könnte sich aus § 406 BGB ergeben. Dieser erlaubt eine Ausnahme der Gegenseitigkeit der Forderungen, wenn vor der Abtretung der Hauptforderung eine Aufrechnungslage bestand und der Schuldner Kenntnis von der Abtretung hatte. Die Forderung gegen H, den Zedenten, bestand bereits vor dem 10.06.2019 und somit vor der Aufrechnungslage. K wurde in Kenntnis der Abtretung gesetzt. Somit sind die Voraussetzungen des § 406 BGB erfüllt und K behält seine Aufrechnungsmöglichkeit zunächst trotz Ermangelung der Gegenseitigkeit der Forderungen.

### 2. Gleichartigkeit der Forderungen

Die Forderungen müssten gleichartig sein. Beide Forderungen beinhalten eine Geldschuld und sind mithin gleichartig.

### 3. Durchsetzbarkeit und Fälligkeit der Gegenforderung

Die Gegenforderung des A müsste fällig und durchsetzbar sein. Die Forderung ist seit dem 01.02.2015 fällig. Fraglich ist, ob der Forderung eine peremptorische Einrede entgegensteht, diese also nicht durchsetzbar ist. Die Forderung könnte gem. §§ 194 ff. BGB verjährt sein. In Ermangelung speziellerer Regelungen beträgt die Verjährungsfrist gem. § 195 BGB drei Jahre. Beginn der Verjährungsfrist ist gem. § 199 Abs. 1 BGB der Schluss des Jahres der Anspruchsentstehung, mithin um 24 Uhr des 31.12.2015. Die Frist wurde nicht gehemmt und endet um 24 Uhr am 31.12.2018. Gem. § 215 BGB ist auf den Moment der Entstehung der Aufrechnungslage abzustellen, also den 10.06.2019. An diesem Tag ist der Anspruch nicht durchsetzbar und die Aufrechnung scheitert an der Aufrechnungslage.

## B. Ergebnis

Der Anspruch von S gegen K ist entstanden und nicht untergegangen. S hat gegen K einen Zahlungsanspruch in Höhe von 8000,00 € gem. § 433 Abs. 2 i.V.m. § 398 S. 1 BGB Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung der Metallhalterung.

## Fall 2

### A. Anspruch der G-GmbH gegen F auf Zahlung der 229,30 € gem. § 433 Abs. 2 BGB

Die G-GmbH könnte gegen F einen Zahlungsanspruch in Höhe von 229,30 € gem. § 433 Abs. 2 BGB Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des beworbenen Produkts haben. Voraussetzung ist ein wirksamer Kaufvertrag zwischen F und der G-GmbH.

**I. Einigung**

F und die G-GmbH könnten sich über die essentialia negotii gem. §§ 145 ff. BGB geeinigt haben. Nach Auslegung aus dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB stellt der Newsletter aufgrund fehlenden Rechtsbindungswillens wegen ungewünschter Überbestellung nur eine invitatio ad offerendum dar. F schickte per E-Mail ein Angebot zum Kauf eines Artikels an die G-GmbH, die ihrerseits spätestens mit Zusendung des Artikels angenommen hat. Fraglich ist, auf welchen Preis sich die Parteien geeinigt haben. Die G-GmbH musste davon ausgehen, dass F den Artikel zu dem Kaufpreis aus dem Newsletter bestellte. Somit ist ein Vertrag mit einem Kaufpreis über 220,50 € geschlossen worden. Die zusätzliche Zahlung in Höhe von bis zu 8,80 € könnte sich aus einer Nebenabrede des § 17 ergeben, wenn dieser Vertragsbestandteil geworden ist.

**II. AGB-Prüfung**

Die Bestimmung in § 17 der AGB der G-GmbH könnte Teil des Vertrags geworden sein.

**1. Vorliegen von AGB gem. § 305 Abs. 1 BGB**

Zunächst könnte es sich bei der Klausel § 17 um AGB handeln. AGB sind vorformulierte Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen, die der Verwender im Zeitpunkt des Vertragsschlusses stellt. Die G-GmbH hat die Klausel vor den Vertragsverhandlungen formuliert und diese mithilfe des Newsletters und dem eingebauten Link an eine Vielzahl von Kunden geschickt. Somit handelt es sich um AGB gem. § 305 Abs. 1 BGB.

**2. Einbeziehung in den Vertrag gem. § 305 Abs. 2 BGB**

Die AGB könnten gem. § 305 Abs. 2 BGB in den Vertrag einbezogen worden sein. Dazu muss es zunächst einen ausdrücklichen Hinweis oder einen deutlich sichtbaren Aushang gegeben haben. Durch den rot umrandeten Kasten und dem Link zu den AGB in der E-Mail der G-GmbH wurde hinreichend auf die AGB hingewiesen. Weiterhin müsste F eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme haben. F musste in zumutbarer Weise lediglich auf den Link klicken. Somit bestand eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme. Fraglich ist, ob es sich bei der Klausel gem. § 305c Abs. 1 BGB um eine überraschende Klausel handelt. Überraschend sind Bestimmungen, wenn sie nach den Umständen des Vertrags so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner üblicherweise nicht mit ihnen rechnen braucht. Besonders beim Vorliegen eines Newsletters, darf der Käufer davon ausgehen, dass er bei einer Bestel-

lung auf die abgebildeten Preise vertrauen darf, insbesondere weil es sich dabei um einen Teil der essentialia negotii handelt. Somit brauchte F nicht mit einer Bestimmung zu rechnen, die die wesentlichen Vertragsbestandteile verändert. Mithin ist der § 17 gem. § 305c Abs. 1 BGB nicht Bestandteil des Vertrages geworden. Somit ist die Bestimmung des § 17 gem. § 306 Abs. 1 BGB kein Teil des Vertrags geworden. Dieser ist jedoch weiter wirksam. Es ist mithin ein Kaufvertrag über den Artikel zum Preis von 220,50 € entstanden.

**B. Ergebnis**

Die G-GmbH hat gegen F keinen Zahlungsanspruch in Höhe von 229,30 € gem. § 433 Abs. 2 BGB Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Artikels.

**Zusatzfrage****A. Einbeziehung von E in den Schutzbereich des Vertrages zwischen M und H**

E könnte in den Schutzbereich des Vertrages zwischen M und H einbezogen sein. Nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter werden eine Leistungsnähe, ein Schutzinteresse des Gläubigers, die Erkennbarkeit für den Schuldner und die Schutzbedürftigkeit des Dritten vorausgesetzt.

**I. Leistungsnähe**

Der Dritte müsste mit der Leistung des Schuldners bestimmungsgemäß in Berührung kommen und deshalb den damit verbundenen Risiken in gleichem Maße ausgesetzt sein wie der Gläubiger. Der Enkel E ist durch das Betreten des Geschäfts des H in gleichem Maße den dortigen Risiken ausgesetzt wie M. Da M Angehörige des E mit Aufsichtspflicht ist, kam E auch bestimmungsgemäß mit der Leistung in Berührung, indem er stets in der Nähe der M blieb. Somit kam E bestimmungsgemäß mit der Leistung des H in Berührung.

**II. Schutzinteresse des Gläubigers**

Des Weiteren müsste M ein berechtigtes Interesse an der Einbeziehung des E in den Schutzbereich des Vertrags haben. Dazu müsste der Gläubiger nach der Wohl-und-Wehe-Formel für den Dritten mitverantwortlich sein. M hatte als beaufsichtigende Angehörige eine personenbezogene Fürsorgepflicht für E und ist mithin mitverantwortlich für die Körperschäden des E. Somit hat M ein berechtigtes Interesse an der Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrags.

### III. Erkennbarkeit für den Schuldner

Die Einbeziehung des Dritten müsste für den Schuldner erkennbar und zumutbar sein. H kannte die Anwesenheit des E und konnte mithin erkennen, dass er mit der Leistung in Kontakt kommen kann.

### IV. Schutzbedürftigkeit des Dritten

Der Dritte müsste schutzbedürftig sein. Dazu dürfte er keine gleichwertigen Ansprüche haben. Deliktische Ansprüche des E sind den vertraglichen nicht gleichwertig. Vertragliche Ansprüche des E sind nicht ersichtlich. Somit ist E schutzbedürftig.

### B. Ergebnis

E ist ein den Schutzbereich des Vertrags zwischen M und H einbezogen.

## ANMERKUNGEN

Die vorliegende Bearbeitung wurde als besonders erfreuliche Leistung gelobt, die nur unter kleineren Mängeln leide und stellenweise weit über das Maß der geforderten Ausführungen hinausgehe.

Die Bearbeitung von der ersten Frage zu Fall 1 wird als fehlerfrei gewertet und zeugt laut Begutachtung von einem guten Problembewusstsein des Verfassers. Auch die Ausführungen zur zweiten Fallfrage überzeugen den Prüfer und werden als „insgesamt gelungen“ eingestuft. Dass kurze Erläuterungen zu Stück- und Vorratsschuld fehlten, werde durch die insgesamt stimmige und nachvollziehbare Prüfung wettgemacht, mit welcher der Verfasser ein gutes Gesamtverständnis der Zusammenhänge offenbare.

Frage 3 wird als im Wesentlichen zutreffend gelöst bewertet, da der Verfasser lediglich auf die Abtretungsverbote nicht eingehe. Verkannt werde allerdings, dass K sowohl gegenüber H als auch gegenüber S die Aufrechnung erklärt habe. Weiterhin werde ein kleinerer Fehler bei der Berechnung der Verjährungsfrist gemacht, der jedoch nicht ergebnisrelevant ins Gewicht falle.

Die Prüfung zu Fall 2 überzeugt, vor allem die Ausführungen zu § 305c BGB werden gelobt. Im Ergebnis gut vertretbar und mit überzeugender Argumentation sehe der Verfasser in § 17 der AGB eine überraschende Klausel, die kein Vertragsbestandteil geworden ist. Folgerichtig verzichte der Verfasser auf eine Inhaltskontrolle, die allerdings hilfs-gutachterlich hätte nachgeholt werden können.

Die Bearbeitung der Zusatzfrage gelingt ausweislich des Gutachtens im Wesentlichen gut.

Insgesamt wird die Bearbeitung als gut gelungen bewertet, die im Wesentlichen nur unter einer fehlenden Prüfung zur Aufrechnung gegenüber H leide. Unter Berücksichtigung der noch frühen Ausbildungsphase und des guten Problembewusstseins könne die Klausur dennoch mit sehr gut (16 Punkte) bewertet werden.

## Studienarbeit im Internationalen Privatrecht, 14 Punkte

Dipl.-Jur. Patricia Meinking

Die Studienarbeit zum Thema „Gleichgeschlechtliche Ehen und IPR“ des Schwerpunktbereichs 5 wurde im Sommersemester 2021 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt.

Herzlicher Dank gebührt dabei Professor Dr. Volker Wiese, der sich mit der Veröffentlichung der Arbeit und des Votums einverstanden erklärt hat.

**Aufgabe:** Stellen Sie die für gleichgeschlechtliche Ehen, einschließlich deren Begründung, Auflösung und allgemeinen Wirkungen, in Deutschland geltenden internationalprivatrechtlichen Regelungen dar. Nehmen Sie zu den Ergebnissen – auch im Hinblick auf die Rechtsentwicklungen der jüngeren Zeit – kritisch Stellung.

### BEARBEITUNG

#### A. Wenn das Gesetz der Liebe (nicht mehr) im Weg steht<sup>1</sup>

Zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Grundgesetzes im Jahre 1949 galt Homosexualität noch als sittenwidrig.<sup>2</sup> Sie wurde in §§ 175 f. StGB a.F. unter Strafe gestellt.<sup>3</sup> Die Rechtslage änderte sich erst mit der Abschaffung des strafrechtlichen Verbots im Jahre 1969.<sup>4</sup> Danach ließ die Stigmatisierung homosexueller Partnerschaften in Deutschland sukzessiv nach. Einen Höhepunkt erreichte die Entwicklung mit der Zulassung gleichgeschlechtlicher Ehen am 01.10.2017.

Jene Entwicklung schlug sich auch im IPR nieder. Diese Arbeit setzt sich daher mit den korrespondierenden kollisionsrechtlichen Fragen auseinander. In einem ersten Schritt werden die aktuell in Deutschland für gleichgeschlechtliche Ehen geltenden internationalprivatrechtlichen Regelungen erörtert. Dabei beschränkt sich die Arbeit auf die zentralen Bereiche der Begründung<sup>5</sup>, der Auflösung<sup>6</sup> und der allgemeinen<sup>7</sup> Ehwirkungen. Außer Betracht bleiben insb. die EuGüVO<sup>8</sup>, bilaterale Verträge wie etwa mit dem Iran oder der Türkei sowie das internationalprivatrechtliche Namens-, Unterhalts- und Abstammungs- sowie Adoptionsrecht.

An diese Darstellung der Rechtslage schließt sich eine kritische Stellungnahme an.<sup>9</sup> Angesichts dessen, dass die einschlägigen Kollisionsnormen erst kürzlich eingeführt wurden, erfolgt zunächst eine Auseinandersetzung mit der zuvor geltenden Rechtslage. Denn i.R.d. deutschen Kollisionsrechts stellte sich lange die Frage, wie unter anderem Recht geschlossene gleichgeschlechtliche Ehen zu behandeln waren.<sup>10</sup> Mögliche Lösungen, deren Argumente dargestellt werden, sahen die Gleichstellung mit der heterosexuellen Ehe oder aber der eingetragenen Lebenspartnerschaft vor.

Die Entscheidung des Gesetzgebers für die grundsätzliche Gleichbehandlung mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft sorgt für Unstimmigkeiten. Nicht zuletzt unter dem Blick des Verfassungsrechts wirft die Ungleichbehandlung von verschieden- und gleichgeschlechtlicher Ehe Fragen auf. Die Arbeit wird diesen, aber auch andere Kritikpunkte unter die Lupe nehmen.

#### B. Das in Deutschland geltende IPR für gleichgeschlechtliche Ehen

Mit den nun geltenden Art. 17b IV und V differenziert das deutsche IPR klar zwischen gleichgeschlechtlichen und he-

<sup>1</sup> Zur Förderung des Leseflusses verwendet die vorliegende Arbeit ausschließlich männliche Formen; diese schließen Angehörige aller Geschlechter selbstverständlich mit ein. Alle folgenden Art. sind solche des EGBGB, Absätze werden in römischen, Sätze in arabischen Ziffern notiert.

<sup>2</sup> Vgl. BT-Drs. 18/6665, S. 7; siehe auch BVerfGE 6, 389.

<sup>3</sup> Vgl. BT-Drs. 18/6665, S. 7.

<sup>4</sup> BT-Drs. 18/6665, S. 7.

<sup>5</sup> Dazu unter B.I.

<sup>6</sup> Dazu unter B.II.

<sup>7</sup> Dazu unter B.III.

<sup>8</sup> Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24.06.2016 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands.

<sup>9</sup> Dazu unter C.

<sup>10</sup> Dazu unter C.I.1.

terosexuellen Ehen.<sup>11</sup> Gem. dem neuen Art. 17b IV 1 sind auf gleichgeschlechtliche Ehen die für eingetragene Lebenspartnerschaften geltenden I-III entsprechend anwendbar. Art. 17b IV ordnet außerdem die Geltung der Rom III-VO<sup>12</sup> für die Scheidung gleichgeschlechtlicher Ehen sowie die Geltung der EuGüVO für deren güterrechtliche Wirkungen an.<sup>13</sup> Schließlich enthält Art. 17b V Verweise auf einige für die heterosexuelle Ehe geltende Kollisionsnormen, um etwaige Rechtsunsicherheiten, die im Hinblick auf die Anwendbarkeit der entsprechenden Regelungen bestanden, auszuräumen.<sup>14</sup>

## I. Die Begründung der Ehe<sup>15</sup>

### 1. Eine rechtspolitische Anknüpfung<sup>16</sup>

Für die Begründung und damit die Bedingungen für die Eingehung der gleichgeschlechtlichen Ehe gilt nach Art. 17b IV 1 i.V.m. I 1 das Recht des Register führenden Staats (sog. Registerstatut<sup>17</sup>).<sup>18</sup> Damit ist – anders als sonst beim Personalstatut<sup>19</sup> – als Anknüpfungsmerkmal nicht etwa die Staatsangehörigkeit oder der gewöhnliche Aufenthalt gewählt worden, die Ausdruck einer besonderen Verbindung zum Staat sind.<sup>20</sup> Dies hat den Grund, dass der Verweis auf das Heimatrecht aufgrund der in vielen Staaten fehlenden Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen „vielfach ins Leere führen würde“.<sup>21</sup> So wird garantiert, dass ein Recht zur Anwendung kommt, welches die gleichgeschlechtliche Ehe anerkennt.<sup>22</sup> Die Anknüpfung hat daher im Grunde das rechtspolitische Ziel, die gleichgeschlechtliche Ehe auch für ausländische Staatsangehörige bzw. Partner mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland zu ermöglichen.<sup>23</sup>

## 2. Sachlicher Anwendungsbereich

Das Registerstatut umfasst alle Fragen, die bei der Schließung der heterosexuellen Ehe dem Eheschließungsstatut und dem Formstatut unterfallen.<sup>24</sup> Geregelt sind daher die materiellen Voraussetzungen der Eheschließung einschließlich der Folgen ihres Fehlens sowie die Form der Eheschließung.<sup>25</sup> Nach dem Registerstatut richtet sich auch, ob einer der oder beide Ehegatten die Staatsangehörigkeit des betreffenden Staates besitzen oder dort den gewöhnlichen Aufenthalt haben muss/müssen.<sup>26</sup> Art. 13 IV für im Inland sowie Art. 11 für im Ausland geschlossene Ehen finden – *argumentum e contrario* zu Art. 17b V 1 – keine entsprechende Anwendung.<sup>27</sup> Dagegen ist Art. 13 III<sup>28</sup> nach Art. 17b V 1 entsprechend anzuwenden,<sup>29</sup> wonach die gleichgeschlechtliche Ehe unwirksam ist, wenn der Verlobte im Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr nicht vollendet hatte, und aufhebbar, wenn der Verlobte zu diesem Zeitpunkt das 16., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte.

## 3. Einordnung der Umwandlung eingetragener Lebenspartnerschaften

### a. Die Umwandlung in eine Ehe nach § 20a LPartG

Vor der Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe gab es in Deutschland für gleichgeschlechtliche Paare nach § 1 I 1 LPartG a.F. die Möglichkeit der Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft.<sup>30</sup> Gem. § 20a I 1 LPartG gibt es nunmehr die Möglichkeit, eine solche Lebenspartnerschaft in eine Ehe umzuwandeln. Auch diese Umwandlung wird von dem Begriff der Eingehung der Ehe i.S.d.

<sup>11</sup> Vgl. Mankowski IPRax 2017, 541 (543); Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

<sup>12</sup> Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.10 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts.

<sup>13</sup> BT-Drs. 19/4670, S. 6; Köhler, IPR (2. Aufl.), Rn. 463.

<sup>14</sup> BT-Drs. 19/4670, S. 20.

<sup>15</sup> Gegenstand dieser Arbeit ist nicht § 1309 BGB, der sich zwar im Umfeld des IPR verorten lässt, jedoch Sachrecht ist (Mankowski IPRax 2017, 541 (549)). Daraus ergibt sich, dass gleichgeschlechtliche Paare im Gegensatz zu verschiedengeschlechtlichen Paaren keines Ehefähigkeitszeugnisses bedürfen, was wiederum Fragen nach der Verfassungsmäßigkeit aufwirft, vgl. dazu Kaiser FamRZ 2017, 1889 (1892).

<sup>16</sup> Die Arbeit beschränkt sich auf eine Auseinandersetzung mit der aktuell geltenden Rechtslage, wie sie sich im Hinblick auf nach dem 01.10.17 geschlossene Ehen verhält. Es wird aber darauf hingewiesen, dass Art. 17b IV auch für vor dem 01.10.17 im Ausland geschlossene gleichgeschlechtliche Ehen gilt, siehe dazu AG Berlin-Schöneberg BeckRS 2019, 24626 sowie BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 79.

<sup>17</sup> Im heutigen IPR meint „Statut“ die Rechtsordnung, welche für den jeweiligen Sachverhalt maßgeblich ist, siehe dazu Rauscher, IPR, Rn. 32.

<sup>18</sup> BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 79.

<sup>19</sup> Personalstatut i.w.S. meint die Anknüpfung bei Rechtsverhältnissen, die aus dem Personen-, Familien- und Erbrecht resultieren und somit die natürliche Person unmittelbar berühren, siehe dazu Junker, IPR, § 5 Rn. 24 und § 13 Rn. 2. Zur traditionellen Anknüpfung des Personalstatuts Durantaye IPRax 2019, 281 (282).

<sup>20</sup> Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 181; Durantaye IPRax 2019, 281 (282); zum Gesetzeszweck Staudinger/Mankowski (2011), Art. 17b EGBGB Rn. 1ff.

<sup>21</sup> BT-Drs. 19/4670 S. 27; siehe dazu auch Durantaye IPRax 2019, 281 (282) sowie MüKoBGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rn. 76.

<sup>22</sup> Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 181.

<sup>23</sup> Vgl. BT-Drs. 19/4670 S. 27; insofern noch zur eingetragenen Lebenspartnerschaft Staudinger/Mankowski (2011), Art. 17b EGBGB Rn. 1; Erman/Stürmer, Art. 17b EGBGB Rn. 7; Wagner IPRax 2001, 281 (289).

<sup>24</sup> Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 184 mit Verweis auf Helms StAZ 2018, 33 (36).

<sup>25</sup> Erman/Stürmer, Art. 17b EGBGB Rn. 21; vgl. zu Art. 13 Palandt/Thorn, Art. 13 EGBGB Rn. 1.

<sup>26</sup> Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 184; siehe zu Art. 17b a.F. Staudinger/Mankowski (2011), Art. 17b EGBGB Rn. 31.

<sup>27</sup> Vgl. Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 184.

<sup>28</sup> Der BGH hat dem BVerfG die Frage vorgelegt, ob Art. 13 III Nr. 1 verfassungsgemäß ist, siehe BGH NZFam 2019, 65.

<sup>29</sup> So auch schon wegen des *ordre-public*-Charakters der Norm Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 184.

<sup>30</sup> Siehe auch Kaiser, FamRZ 2019, 845 (845).

Art. 17b I 1 umfasst, sodass auch insoweit die Registerrechtsordnung Anwendung findet.<sup>31</sup> Nach § 20a V LPartG hat die Umwandlung zur Konsequenz, dass alle Rechte und Pflichten rückwirkend ab dem Tag der Begründung der eingetragenen Lebenspartnerschaft nach den eherechtlichen Sachnormen zu begründen sind.<sup>32</sup>

### **b. Umwandlung einer nach Auslandsrecht begründeten eingetragenen Lebenspartnerschaft in eine deutsche Ehe**

Der Umgang mit der Umwandlung einer nach einer Auslandsrechtsordnung begründeten eingetragenen Lebenspartnerschaft in eine deutsche Ehe ist umstritten.<sup>33</sup> Möglich sei es, in diesem Fall nach Art. 17b IV zur Anwendung von § 20a LPartG zu kommen.<sup>34</sup> Dafür spräche insb., dass auch in ausländischen Rechtsordnungen die eingetragene Lebenspartnerschaft als Alternative zur Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geschaffen wurde und insoweit funktionsäquivalent zur deutschen eingetragenen Lebenspartnerschaft ist.<sup>35</sup> In anderen Fällen, in denen gleichgeschlechtliche Paare zwischen der Eingehung einer Lebenspartnerschaft und einer Ehe wählen können, komme dieser Weg jedoch nicht in Betracht.<sup>36</sup>

Entscheidend gegen die Anwendung des § 20a LPartG sprechen allerdings systematische sowie formelle Argumente. Zum einen ist eine Rückwirkung der Ehe auf den Tag der Begründung der Lebenspartnerschaft nach § 20a V LPartG bei ausländischen Lebenspartnerschaften nicht möglich, denn nach Art. 17b IV 1 i.V.m. III ist die zuletzt begründete Lebensgemeinschaft für die in Art. 17b I beschriebenen Wirkungen und Folgen maßgebend; deutsches Recht soll ausländisches Recht also gerade nicht rückwirkend verdrängen.<sup>37</sup> Zum anderen ist für eine wirksame Eheschließung das vereinfachte Verfahren des § 20a LPartG nur dann ausreichend, wenn die Lebenspartnerschaft vor

einem deutschen Standesbeamten geschlossen wurde.<sup>38</sup> Denn danach prüft der Standesbeamte nicht die Eheschließungsvoraussetzungen, sondern lediglich den Eheschließungswillen sowie das Bestehen einer Lebenspartnerschaft durch Vorlegen einer öffentlichen Urkunde.<sup>39</sup> Ob eine Lebenspartnerschaft in eine Ehe umgewandelt werden kann, sollte daher das Recht des registerführenden Staats entscheiden.<sup>40</sup> Dafür sprechen auch die Gesetzesmaterialien, wonach die Umwandlung in eine Ehe bei einer Eheschließung im Inland von Partnern einer ausländischen Lebenspartnerschaft Sache des registerführenden Staates ist.<sup>41</sup> Dieses Ergebnis führt deshalb zu keinen Härten, weil der Zugang zu einer deutschen gleichgeschlechtlichen Ehe über Art. 17b IV 1 i.V.m. I 1 durch die Schließung einer neuen Ehe im Inland offensteht.<sup>42</sup>

### **c. Zwischenergebnis**

Während die Umwandlung einer nach deutschem Recht begründeten eingetragenen Lebenspartnerschaft in eine Ehe gem. § 20a I 1 LPartG unter den Begriff der Begründung der Ehe des Art. 17b I 1 fällt, gilt dies für die Umwandlung ausländischer eingetragener Lebenspartnerschaften nicht. Letzteren steht der Weg einer deutschen gleichgeschlechtlichen Ehe vielmehr über die Schließung einer neuen Ehe im Inland offen.

### **4. Anforderungen an die Registrierung<sup>43</sup>**

Art. 17b I 1 knüpft an den registerführenden Staat an, sodass – wortlautgemäß – eine Registrierung Voraussetzung ist. Dabei muss die gerichtliche, behördliche oder sonstige öffentlich bestellte Stelle dazu befugt sein, die Registrierung der Ehe vorzunehmen, wobei jede von einer staatlichen oder staatlich beliebigen Stelle vorgenommene Beurkundung der Eheerklärungen in amtlichen Akten ausreicht.<sup>44</sup> Die Registrierung muss darüber hinaus nach dem anzuwendenden Recht zwingende Voraussetzung sein.<sup>45</sup>

<sup>31</sup> BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 79.

<sup>32</sup> Ebd.

<sup>33</sup> Siehe allein Helms StAZ 2018, 33 (38); Kaiser FamRZ 2019, 845 (853); Magnus StAZ 2019, 163 (168 f.); BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 79.

<sup>34</sup> BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 79.

<sup>35</sup> Löhnig NZFam 2019, 166 (166); BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 79.

<sup>36</sup> BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 79; so auch Löhnig NZFam 2019, 166 (166).

<sup>37</sup> Kaiser, FamRZ 2019, 845 (853) sowie dies., FamRZ 2017, 1985 (1995).

<sup>38</sup> Vgl. ebd.

<sup>39</sup> Vgl. ebd.

<sup>40</sup> So auch Helms, StAZ 2018, 33 (38).

<sup>41</sup> BT-Drs. 19/4670, S. 28.

<sup>42</sup> Vgl. Helms, StAZ 2018, 33 (38).

<sup>43</sup> Außer Betracht bleiben Fälle, in denen eine ausländische gleichgeschlechtliche Ehe vor einem Konsulat im Inland geschlossen wird, bei der der Registrierungsort nicht mit dem registerführenden Staat gleichgesetzt werden kann, vgl. zur eingetragenen Lebenspartnerschaft MüKoBGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rn. 21. Die Frage, ob es solche Fälle bei gleichgeschlechtlichen Ehen gibt, ist eher der Rechtsvergleichung zuzuordnen und würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

<sup>44</sup> Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 182; MüKoBGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rn. 23; zu Art. 17b a.F. Staudinger/Mankowski (2011), Art. 17b EGBGB Rn. 8.

<sup>45</sup> Andrae, IntFamR, § 1 Rn. 182.

## 5. Sachnormverweisung

Art. 17b I 1 verweist auf die Sachvorschriften des registerführenden Staates und ist somit ausdrücklich eine Sachnormverweisung.<sup>46</sup> Dies hat den Zweck, kollisionsrechtlich die Wirksamkeit und die Wirkungen der Ehe abzusichern.<sup>47</sup> Ein etwaiger *renvoi*<sup>48</sup> könnte dagegen zur Folge haben, dass eine die gleichgeschlechtliche Ehe nicht anerkennende Rechtsordnung anzuwenden wäre.<sup>49</sup>

## 6. Anknüpfung von Vorfragen

Etwaige Vorfragen, wie bspw. das Bestehen einer anderweitigen Ehe, sind selbstständig nach deutschem IPR und nicht unselbstständig nach dem IPR der *lex causae*<sup>50</sup> in der Hauptfrage anzuknüpfen.<sup>51</sup>

## II. Scheidung und Trennung gleichgeschlechtlicher Ehen

Für die Scheidung gleichgeschlechtlicher Ehen gilt gem. Art. 17b V 1 Art. 17 I-III entsprechend, soweit nicht die Rom III-VO eingreift.<sup>52</sup> Insofern stellt sich in einem ersten Schritt die Frage nach Anwendungsbereich und relevantem Regelungsgehalt der Rom III-VO, bevor das autonome deutsche Kollisionsrecht behandelt wird.

### 1. Zur Rom III-VO

Die Rom III-VO ist anwendbar für Verfahren, die ab dem 21.06.2012 eingeleitet wurden/werden.<sup>53</sup> Sie regelt das auf Scheidungen mit Auslandsberührung anwendbare Recht und überlässt es den Mitgliedstaaten, ob sie auf gleichgeschlechtliche Ehen anzuwenden ist.<sup>54</sup> Mit Art. 17b IV 1 hat der Gesetzgeber dies nun ausdrücklich angeordnet.<sup>55</sup>

### a. Sachlicher Anwendungsbereich

Die Rom III-VO umfasst das Kollisionsrecht für die Ehescheidung und die Ehetrennung ohne Lösung des Ehebandes.<sup>56</sup> Scheidung meint die Auflösung der Ehe mit Wirkung *ex nunc*.<sup>57</sup> Mit dem Begriff der Trennung ist ein eigenständiges Rechtsinstitut zur Lockerung des Ehebands gemeint, wobei dieses nicht vollständig aufgelöst wird.<sup>58</sup>

Erfasst sind insb. die materiellen Scheidungsvoraussetzungen wie ein etwaiges Verschuldens- oder Zerrüttungsprinzip, Trennungsfristen, Widerspruchsmöglichkeiten und die Möglichkeit der einvernehmlichen Scheidung.<sup>59</sup> Das Scheidungsstatut entscheidet darüber hinaus grds. auch über die Form der Scheidung.<sup>60</sup>

Die Rom III-VO regelt hingegen nicht das auf die Aufhebung, die Nichtigkeitserklärung sowie die Feststellung einer nichtigen Ehe oder Nichtehe anwendbare Recht.<sup>61</sup> Diese Rechtsfragen verbleiben – wie auch die Regelung der Scheidungsfolgen – beim autonomen Kollisionsrecht.<sup>62</sup> Nach dem EuGH sind außerdem auch Privatscheidungen<sup>63</sup> nicht vom Anwendungsbereich umfasst.<sup>64</sup>

### b. Rechtswahl, Art. 5 Rom III-VO

Nach Art. 5 Rom III-VO haben die Ehegatten die Möglichkeit, in gewissen Grenzen das in ihrem Fall anzuwendende Recht zu bestimmen. Die Einführung der Rechtswahlmöglichkeit dient dazu, den Bürgern aufgrund erhöhter Mobilität mehr Flexibilität und Rechtssicherheit zu bieten.<sup>65</sup> Art. 5 I Rom III-VO enthält zu diesem Zweck einen Katalog vier wählbarer Rechtsordnungen.<sup>66</sup>

<sup>46</sup> Ebd., § 1 Rn. 183.

<sup>47</sup> Ebd., § 1 Rn. 183; so auch schon *Hausmann*, IntEuFamR, I Rn. 214.

<sup>48</sup> *renvoi* ist der Oberbegriff für Rück- und Weiterverweisung, näher dazu *Junker*, IPR, § 8 Rn. 2.

<sup>49</sup> *Andrae*, IntFamR, § 1 Rn. 183.

<sup>50</sup> Als *lex causae* bezeichnet man das Wirkungsstatut, also das auf die Hauptfrage anwendbare Recht, vgl. *Junker*, IPR, § 10 Rn. 8.

<sup>51</sup> *Andrae*, IntFamR, § 4 Rn. 186; *Hausmann*, IntEuFamR, I Rn. 219; so zu Art. 17b a.F. auch *Staudinger/Mankowski* (2011), Art. 17b EGBGB Rn. 34.

<sup>52</sup> *BeckOK BGB/Heiderhoff*, Art. 17b EGBGB Rn. 61.

<sup>53</sup> *Andrae*, IntFamR, § 3 Rn. 11; Gegenstand dieser Arbeit sind nicht vor dem 21.06.12 eingeleitete Verfahren.

<sup>54</sup> *Andrae*, IntFamR, § 3 Rn. 1; *BeckOK BGB/Heiderhoff*, Art. 17b EGBGB Rn. 57, Art. 1 Rom III-VO Rn. 19.

<sup>55</sup> *Andrae*, IntFamR, § 3 Rn. 8; *BeckOK BGB/Heiderhoff*, Art. 17b EGBGB Rn. 57.

<sup>56</sup> *Andrae*, IntFamR, § 3 Rn. 7.

<sup>57</sup> *Althammer/Arnold*, Art. 1 Rom III-VO Rn. 6, Art. 1 Brüssel IIa-VO Rn. 4.

<sup>58</sup> *Althammer/Arnold*, Art. 1 Rom III-VO Rn. 11; vgl. auch *Palandt/Thorn*, Art. 1 Rom III-VO Rn. 2.

<sup>59</sup> *Althammer/Arnold*, Art. 1 Rom III-VO Rn. 8 mit Verweis auf *Palandt/Thorn*, Art. 1 Rom III-VO Rn. 6.

<sup>60</sup> *Althammer/Arnold*, Art. 1 Rom III-VO Rn. 9; *Palandt/Thorn*, Art. 1 Rom III-VO Rn. 6.

<sup>61</sup> *Andrae*, IntFamR, § 3 Rn. 10.

<sup>62</sup> *ErwG 10 der Rom III-VO*; *Andrae*, IntFamR, § 3 Rn. 10.

<sup>63</sup> Bei der Privatscheidung ist kein konstitutiver hoheitlicher Rechtsakt erforderlich, vgl. dazu *BeckOK BGB/Heiderhoff*, Art. 17 EGBGB Rn. 28 sowie *Palandt/Thorn*, Art. 2 Rom III-VO Rn. 8.

<sup>64</sup> *EuGH IPRax 2018*, 261; krit. *Palandt/Thorn*, Art. 1 Rom III-VO Rn. 3; anders noch *BT-Drs. 17/11049*, S. 8; die Entscheidung des EuGH hat zur Einführung des Art. 17 II geführt (*Palandt/Thorn*, Art. 1 Rom III-VO Rn. 3), siehe dazu unter B.II.2.

<sup>65</sup> *ErwG 15 der Rom III-VO*; so auch *Andrae*, IntFamR, § 3 Rn. 12.

<sup>66</sup> *NK-BGB/Lugani*, Art. 5 Rom III-VO Rn. 35; *Althammer/Mayer*, Art. 5 Rom III-VO Rn. 8.

**aa. Wählbare Rechtsordnungen****(1) Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt,****Art. 5 I lit. a Rom III-VO**

Nach Art. 5 I lit. a Rom III-VO können die Ehegatten das Recht des Staates wählen, in dem sie sich gewöhnlich aufhalten. Ein gemeinsames eheliches Zusammenleben der Ehegatten oder Leben am selben Ort ist für lit. a nicht erforderlich; ausreichend ist, wenn sie in demselben Staat (getrennt) leben.<sup>67</sup>

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist gemeinschaftsautonom auszulegen.<sup>68</sup> Daneben sind auch der Kontext der Vorschrift sowie das mit ihr verfolgte Ziel zu berücksichtigen.<sup>69</sup>

Der gewöhnliche Aufenthalt bezeichnet den faktischen Daseins- und Lebensmittelpunkt einer Person.<sup>70</sup> I.R. seiner Bestimmung sind die körperliche Anwesenheit, die Dauer, die Regelmäßigkeit, die Umstände und Gründe für den Aufenthalt, die Staatsangehörigkeit, die Sprachkenntnisse und familiäre sowie soziale Bindungen des Betroffenen in diesem Staat als Kriterien zu berücksichtigen.<sup>71</sup> Durch eine zeitweilige Abwesenheit auch von längerer Dauer wird der gewöhnliche Aufenthalt nicht aufgehoben, sofern die Absicht besteht, zurückzukehren.<sup>72</sup> Auch der Wille des Betroffenen, in diesem Staat permanent zu bleiben, kann als Indiz dienen.<sup>73</sup> Es handelt sich allerdings um einen rein tatsächlichen „Wohnsitz“, der, im Gegensatz zur Wohnsitzbegründung, keinen rechtsgeschäftlichen Willen voraussetzt.<sup>74</sup>

Sehr umstritten ist, ob eine Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt in mehreren Staaten haben kann.<sup>75</sup> Diese Möglichkeit wird teilweise bejaht<sup>76</sup> und teilweise abgelehnt.<sup>77</sup> Begrifflich zumindest sei sie nicht ausgeschlossen, denn dem Begriff des Daseinsmittelpunkts sei ein gewisser Beurteilungsspielraum immanent.<sup>78</sup> Die aufgeführten Tatbestandsmerkmale könnten aufgrund der Anknüpfung an die tatsächliche Lebensführung des Betroffenen auch auf mehrere Aufenthaltsorte zutreffen.<sup>79</sup> Nichtsdestotrotz ist es zum Zweck der Rechtssicherheit notwendig, am Ende eine Auswahl zu treffen.<sup>80</sup> Die Anerkennung mehrerer gewöhnlicher Aufenthalte hätte zur Folge, dass im Anschluss der sog. effektive Aufenthalt bestimmt werden müsste, was zu einer unnötigen Verkomplizierung der Anknüpfung und letztlich sogar zu demselben Ergebnis führen würde.<sup>81</sup> Daher ist in diesem Punkt der ablehnenden Ansicht zu folgen.

**(2) Letzter gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt,****Art. 5 I lit. b Rom III-VO**

Nach Art. 5 I lit. b Rom III-VO ist auch das Recht des Staates wählbar, in dem die Ehegatten zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen zum Rechtswahlzeitpunkt dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist dabei wie in lit. a auszulegen.<sup>82</sup> Der Ehegatte muss dort „noch“ seinen gewöhnlichen Aufenthalt haben, sodass dieser fortdauernd und ununterbrochen bestanden haben muss.<sup>83</sup>

**(3) Heimatrecht eines der Ehegatten,****Art. 5 I lit. c Rom III-VO**

Nach Art. 5 I lit. c Rom III-VO ist es den Ehegatten auch möglich, das Recht eines Staates zu wählen, dessen Staats-

<sup>67</sup> So auch NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 45; Althammer/Mayer, Art. 5 Rom III-VO Rn. 15.

<sup>68</sup> Zur einheitlichen Auslegung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts im Kontext des Gemeinschaftsrechts EuGH BeckRS 2009, 70389 Rn. 34; siehe auch NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 53; MüKoBGB/Winkler v. Mohrenfels, Art. 5 Rom III-VO Rn. 5; zum Problem der einheitlichen Auslegung des Begriffs NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 47ff. m.w.N.

<sup>69</sup> Vgl. EuGH BeckRS 2009, 70389 Rn. 34; Calliess/Kroll-Ludwigs, Art. 5 Rome III Rn. 24.

<sup>70</sup> Zu Art. 14 BGH NJW 1993, 2047 (2048); siehe auch Calliess/Kroll-Ludwigs, Art. 5 Rome III Rn. 24; Palandt/Thorn, Art. 5 EGBGB Rn. 10; MüKoBGB/Winkler v. Mohrenfels, Art. 5 Rom III-VO Rn. 5; zitiert wird an dieser Stelle auch Literatur zum Begriff im EGBGB, denn die Bedeutung der Begriffe stimmt im Wesentlichen überein, siehe dazu Palandt/Thorn, Art. 5 EGBGB Rn. 13.

<sup>71</sup> Calliess/Kroll-Ludwigs, Art. 5 Rome III Rn. 25; NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 54; vgl. zum Begriff i.S.d. Brüssel IIA-VO (Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27.11.03 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000) EuGH BeckRS 2009, 70122 Rn. 39ff.

<sup>72</sup> Zu Art. 14 BGH NJW 1993, 2047 (2048); Palandt/Thorn, Art. 5 EGBGB Rn. 10; vgl. auch MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 91.

<sup>73</sup> Calliess/Kroll-Ludwigs, Art. 5 Rome III Rn. 25; NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 54.

<sup>74</sup> Vgl. zum Begriff i.S.d. §§ 606ff. ZPO a.F. KG NJW 1988, 649 (650) m.w.N.; siehe auch BGH NJW 1975, 1068 (1068) zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts nach dem Haager Unterhaltsabkommen.

<sup>75</sup> Vgl. Andrae, IntFamR, § 2 Rn. 70; MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 92.

<sup>76</sup> Siehe z.B. KG NJW 1988, 649; OLG Frankfurt FPR 2001, 233 (234); Spickhoff IPRax 1995, 185 (189).

<sup>77</sup> Siehe z.B. OLG Stuttgart BeckRS 2003, 30309552 unter II.1; LG München BeckRS 2011, 12330 unter II.3.a; BeckOK BGB/Lorenz, Art 5 EGBGB Rn. 15; Pirrung IPRax 2011, 50 (54); Palandt/Thorn, Art. 5 EGBGB Rn. 10.

<sup>78</sup> MüKoBGB/Hein, Art. 5 EGBGB Rn. 170; vgl. dazu auch Baetge IPRax 2005, 335 (337).

<sup>79</sup> So zum Begriff i.S.d. §§ 606ff. ZPO a.F. KG NJW 1988, 649 (650).

<sup>80</sup> MüKoBGB/Hein, Art. 5 EGBGB Rn. 170.

<sup>81</sup> HK-BGB/Dörner, Art. 5 EGBGB Rn. 10; so auch MüKoBGB/Hein, Art. 5 EGBGB Rn. 170.

<sup>82</sup> NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 55; siehe zum Begriff unter B.II.1.a.

<sup>83</sup> NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 55.

angehörigkeit einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl besitzt.<sup>84</sup> Die Staatsangehörigkeit bestimmt sich nach dem Staatsangehörigkeitsrecht des Staates, um den es geht.<sup>85</sup> Gemeinsame Staatsangehörigkeit ist – anders als bei Art. 8 lit. c Rom III-VO – nicht erforderlich. Der Verzicht auf dieses Erfordernis erweitert die Rechtswahlmöglichkeiten.<sup>86</sup>

#### (4) Lex fori, Art. 5 I lit. d Rom III-VO

Art. 5 I lit. d Rom III-VO sieht schließlich vor, dass die Ehegatten das Recht des Staates des angerufenen Gerichts, also die *lex fori*, wählen können.

Fraglich ist dabei, ob für die Rechtswahl das Gericht bereits angerufen sein muss oder ob eine vorsorgliche Wahl der *lex fori* möglich ist.<sup>87</sup> Der Wortlaut des lit. d scheint zwar in der deutschen Fassung ein bereits angerufenes Gericht vorauszusetzen, andere Sprachfassungen tun dies jedoch nicht, sodass der Wortlaut sein argumentatives Gewicht verliert und vielmehr die teleologische Auslegung maßgeblich ist.<sup>88</sup> Für die Wahlmöglichkeit auch schon vor Verfahrensbeginn sprechen insb. die Regelungen betreffend den Zeitpunkt der Rechtswahl in II und III.<sup>89</sup> Gleichwohl muss sich die Rechtswahl auf eine bestimmte Rechtsordnung beziehen, sodass die Wahl der *lex fori* (*sog. floating choice of law*) als solcher unzulässig ist.<sup>90</sup> Denn wesentlicher Grundsatz der Rom III-VO ist nach ErWG 18, dass beide Ehegatten ihre Rechtswahl in voller Sachkenntnis treffen und sich über die rechtlichen Folgen der Rechtswahl im Klaren sind. Dies ist nur dann der Fall, wenn eine bestimmte Rechtsordnung gewählt wird.<sup>91</sup> Zwar kann auch bei einer bestimmten Rechtswahl der antragstellende Ehegatte diese umgehen, indem er das Scheidungsverfahren in einem anderen zuständigen Forum einleitet.<sup>92</sup> Nichtsdestotrotz waren sich die Ehegatten dann zumindest im Zeitpunkt der Rechtswahl über die gewählten Rechtsfolgen im Klaren, sodass nur diese Auslegung dem ErWG 18

ausreichend Rechnung trägt.

Ließe man die abstrakte Rechtswahl zugunsten des Rechts des Staates des (irgendwann) angerufenen Gerichts zu, so hätte es der Antragsteller in der Hand, mittelbar durch eine Forumswahl auch ein ihm möglichst günstiges auf die Scheidung anwendbares Recht zu bestimmen.<sup>93</sup> Der gebotene Schutz vor Übervorteilung würde dann nur unzureichend über die geringen Formvorschriften der Art. 6 und 7 Rom III-VO gewährt.<sup>94</sup> Die Rechtswahl wäre letztlich dem Ehegatten überlassen, der am Ende schneller einen Scheidungsantrag stellt, obwohl die Rom III-VO nach ErWG 21 ein „*race to the courthouse*“ gerade verhindern wollte.<sup>95</sup> Unter diesen Gesichtspunkten ist es zu bevorzugen, die Rechtswahl zwar vor Verfahrensbeginn, aber nur im Hinblick auf eine bestimmte Rechtsordnung zuzulassen.

#### bb. Zustandekommen, materielle und formelle Wirksamkeit

Gem. Art. 6 I Rom III-VO richtet sich das Zustandekommen einer Rechtswahlvereinbarung nach dem Recht, das nach dieser Verordnung Anwendung finden würde, wenn die Vereinbarung wirksam wäre. Das Zustandekommen meint das Vorliegen zweier übereinstimmender, auf den Abschluss einer Rechtswahlvereinbarung gerichtete Willenserklärungen.<sup>96</sup> Fragen der Rechts- und Handlungsfähigkeit sind zwar nach Art. 1 II lit. a Rom III-VO vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen. Die Folgen ihres Fehlens richten sich jedoch wiederum nach dem gem. Art. 6 I Rom III-VO anzuwendenden Recht.<sup>97</sup> Art. 6 II Rom III-VO statuiert schließlich, dass für die Wirksamkeit der Zustimmung eines Ehegatten zu der Vereinbarung das Recht des Staates seines gewöhnlichen Aufenthalts gelten soll, wenn es nicht gerechtfertigt erscheint, ihn an den Wirkungen seines Verhaltens nach dem gewählten Recht festzuhalten.

<sup>84</sup> Zur Sonderfrage mehrfacher Staatsangehörigkeit ausf. NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 58ff.; zu Staatenlosen und Flüchtlingen NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 61f.; eine ausführliche Darstellung dazu unterbleibt an dieser Stelle.

<sup>85</sup> NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 57.

<sup>86</sup> Ebd.

<sup>87</sup> NK-BGB/Lugani, Art. 5 Rom III-VO Rn. 64.

<sup>88</sup> Ebd.; bei verschiedenen Sprachfassungen muss auf andere Auslegungsmittel zurückgegriffen werden, siehe dazu Riesenhuber/Riesenhuber, § 10 Rn. 15 m.w.N.

<sup>89</sup> Helms FamRZ 2011, 1765 (1767); Palandt/Thorn, Art. 5 Rom III-VO Rn. 5; vgl. auch Althammer/Mayer, Art. 5 Rom III-VO Rn. 26.

<sup>90</sup> Palandt/Thorn, Art. 5 Rom III-VO Rn. 5.

<sup>91</sup> So auch Palandt/Thorn, Art. 5 Rom III-VO Rn. 5.

<sup>92</sup> Althammer/Mayer, Art. 5 Rom III-VO Rn. 26.

<sup>93</sup> Althammer/Mayer, Art. 5 Rom III-VO Rn. 25.

<sup>94</sup> Vgl. Althammer/Mayer, Art. 5 Rom III-VO Rn. 27, die dennoch die a.A. vertritt.

<sup>95</sup> Siehe dazu auch Althammer/Mayer, Art. 5 Rom III-VO Rn. 25.

<sup>96</sup> Althammer/Mayer, Art. 6 Rom III-VO Rn. 3.

<sup>97</sup> Althammer/Mayer, Art. 6 Rom III-VO Rn. 3.

Auch die materielle Wirksamkeit unterliegt dem gewählten Recht.<sup>98</sup> Sie umfasst ein etwaiges Vorliegen von Willensmängeln, Bedingungen oder Teilnichtigkeit.<sup>99</sup> Dem I unterliegt auch die Auslegung der Rechtswahlvereinbarung.<sup>100</sup> Ob Art. 6 I Rom III-VO und ErwG 18 den Rückgriff auf nationale Kontrollinstrumente hinsichtlich des Inhalts der Rechtswahlvereinbarung und ihrer Angemessenheit versperren, ist umstritten.<sup>101</sup> Angesichts der Maßgeblichkeit des gewählten Rechts für die materielle Wirksamkeit spricht jedoch mehr dafür, eine Inhalts- und Angemessenheitskontrolle insoweit vorzunehmen, als eine solche nach dem gewählten Recht vorgesehen ist.<sup>102</sup>

Für die Form der Rechtswahl gelten nach Art. 7 Rom III-VO autonome sowie nationale Elemente.<sup>103</sup> I schreibt als autonomes Mindestfordernis die Schriftform mit Datierung sowie Unterzeichnung vor, wobei eine elektronische Übermittlung dem Schriftformerfordernis genügt, wenn sie eine dauerhafte Aufzeichnung ermöglicht.<sup>104</sup> Art. 7 II-IV Rom III-VO verlangen sodann unter bestimmten Umständen die Einhaltung ggf. strengerer Formvorschriften der teilnehmenden Mitgliedstaaten.<sup>105</sup>

### cc. Zeitpunkt der Rechtswahl, Art. 5 II Rom III-VO

Gem. Art. 5 II Rom III-VO kann eine Rechtswahlvereinbarung jederzeit, spätestens jedoch zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts, geschlossen oder geändert werden. Sofern die *lex fori* die Möglichkeit der Rechtswahl auch im Laufe des Verfahrens noch vorsieht, können die Ehegatten nach Art. 5 III Rom III-VO auch zu diesem Zeitpunkt noch eine Rechtswahl vor Gericht treffen, sofern dies im Einklang mit dem Recht des Staates des angerufenen Gerichts zu Protokoll genommen wird.<sup>106</sup>

### c. Objektive Anknüpfung, Art. 8 Rom III-VO

Art. 8 Rom III-VO regelt das anwendbare Recht für den Fall einer fehlenden Rechtswahl.

#### aa. Anknüpfungsleiter

Art. 8 Rom III-VO sieht vier mögliche Anknüpfungskriterien vor. Die nachfolgenden Kriterien greifen dabei nur, wenn die vorrangigen nicht einschlägig sind.<sup>107</sup>

Erstrangig entscheidet nach lit. a der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt<sup>108</sup> der Ehegatten im Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts. Eine Mindestdauer sieht Art. 8 Rom III-VO nicht vor, sodass bereits kurz nach einer gemeinsamen Aufenthaltsverlegung die Anknüpfung nach lit. a greift.<sup>109</sup>

Auf zweiter Stufe erfolgt nach lit. b eine Anknüpfung an den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, wenn ein Ehegatte bei Anrufung des Gerichts den Aufenthalt noch beibehalten hat und der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt nicht vor mehr als einem Jahr vor Anrufung endete.

Auf der dritten Stufe wird nach lit. c an die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten im Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts angeknüpft.<sup>110</sup> Anders als bei Art. 5 lit. c Rom III-VO ist die gemeinsame Staatsangehörigkeit beider Ehegatten entscheidend.

Auf vierter Stufe ist nach lit. d an das Recht des angerufenen Staates anzuknüpfen. Die Geltung der *lex fori* kann dabei zur Anwendung eines Rechts führen, mit dem außer der Anhängigkeit des Verfahrens keine enge Verbindung gegeben ist.<sup>111</sup>

#### bb. Maßgeblicher Zeitpunkt

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Anknüpfungskriterien des Art. 8 Rom III-VO ist die Anrufung des Gerichts. Die Maßgeblichkeit dieses Zeitpunkts eröffnet insb. für den Scheidungsantragstellenden, der das anzuwendende Recht steuern kann, Raum für taktische Überlegungen.<sup>112</sup>

<sup>98</sup> Palandt/Thorn, Art. 6 Rom III-VO Rn. 1.

<sup>99</sup> Althammer/Mayer, Art. 6 Rom III-VO Rn. 3.

<sup>100</sup> BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 6 Rom III-VO Rn. 4; NK-BGB/Lugani, Art. 6 Rom III-VO Rn. 5; a.A. ohne Begründung Palandt/Thorn, Art. 6 Rom III-VO Rn. 1.

<sup>101</sup> Althammer/Mayer, Art. 6 Rom III-VO Rn. 3.

<sup>102</sup> Wie hier Becker, NJW 2011, 1543 (1545); Hausmann, IntEuFamR, A Rn. 394; BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 6 Rom III-VO Rn. 6f.; Althammer/Mayer, Art. 6 Rom III-VO Rn. 3; Rauscher, IPR, Rn. 830; a.A. BeckOKG/Gössl, Art. 6 Rom III-VO Rn. 10ff.; Hau, FamRZ 2013, 249 (252).

<sup>103</sup> Rauscher, IPR, Rn. 831.

<sup>104</sup> Ebd.

<sup>105</sup> Vgl. dazu Altmann/Mayer, Art. 7 Rom III-VO Rn. 7ff.

<sup>106</sup> Althammer/Mayer, Art. 5 Rom III-VO Rn. 29.

<sup>107</sup> Andrae, IntFamR, § 3 Rn. 24.

<sup>108</sup> Siehe zum Begriff bereits unter B.II.1.b.aa.(1).

<sup>109</sup> Rauscher, IPR, Rn. 826.

<sup>110</sup> Zur Sonderfrage mehrfacher Staatsangehörigkeit ausf. NK-BGB/Lugani, Art. 8 Rom III-VO Rn. 21ff.; zu Staatenlosen und Flüchtlingen NK-BGB/Lugani, Art. 8 Rom III-VO Rn. 24; eine ausführliche Darstellung dazu unterbleibt an dieser Stelle.

<sup>111</sup> Althammer/Tolani, Art. 8 Rom III-VO Rn. 13; MüKoBGB/Winkler von Mohrenfels, Art. 8 Rom III-VO Rn. 10.

<sup>112</sup> Althammer/Tolani, Art. 8 Rom III-VO Rn. 14.

#### d. Sachnormverweisung

Unter dem nach der Rom III-VO anzuwendenden Recht eines Staates sind nach Art. 11 Rom III-VO die in diesem Staat geltenden Rechtsnormen unter Ausschluss derjenigen des IPR zu verstehen.

#### e. Anknüpfung von Vorfragen

Aus Art. 1 II Rom III-VO sowie ErwG 10 lässt sich ableiten, dass sich der Anwendungsbereich nicht auf Vorfragen erstreckt.<sup>113</sup> Diese sind vielmehr eigenständig nach den Kollisionsnormen der jeweiligen Mitgliedstaaten anzuknüpfen.<sup>114</sup> Dazu gehört insb. die Frage nach dem Bestehen einer wirksamen Ehe.<sup>115</sup>

#### f. Fehlen der gleichgeschlechtlichen Ehe im Scheidungsstatut

Die Anwendbarkeit der Rom III-VO auf gleichgeschlechtliche Ehen kann dazu führen, dass für die Scheidung das Recht eines Staates berufen wird, der die gleichgeschlechtliche Ehe nicht kennt.<sup>116</sup> Insofern stellt sich die Frage, ob dann das für die verschiedengeschlechtliche Ehe geltende Scheidungsrecht Anwendung findet oder ob nach anderen Anknüpfungen gesucht werden muss.<sup>117</sup> Denn im erstgenannten Fall würde man den Anwendungsbereich der Sachnormen des berufenen Rechts auf gleichgeschlechtliche Ehen ausdehnen.

Maßgeblich für die Anwendung des für heterosexuelle Ehen geltenden Scheidungsrechts spricht, dass sich ansonsten ein „Sonderkollisionsrecht“ für die gleichgeschlechtliche Ehe entwickeln würde.<sup>118</sup> Denn Art. 5 und Art. 8 Rom III-VO wären dann nur unter der Voraussetzung anwendbar, dass sie auf das Recht eines Staates verweisen, der die gleichgeschlechtliche Ehe kennt.<sup>119</sup> Dies aber stünde im Widerspruch zu der beabsichtigten Gleichstellung von homo-

und heterosexueller Ehe.<sup>120</sup> Anzuwenden sind somit die Vorschriften des anwendbaren Rechts über die Scheidung heterosexueller Ehen.<sup>121</sup> Sollten Mitgliedstaaten die gleichgeschlechtliche Ehe nicht kennen, so bleibt ihren Gerichten letztlich nur der Weg, einen Ausspruch der Scheidung unter Berufung auf Art. 13 Alt. 2 Rom III-VO abzulehnen.<sup>122</sup>

#### 2. Zu Art. 17 I-III

Art. 17b V 1 verweist auf Art. 17 I-III. Damit unterliegen nach Art. 17 I auch vermögensrechtliche Scheidungsfolgen, die nicht unter die EuGüVO oder unter die EuUntVO<sup>123</sup> fallen, der Rom III-VO. Scheidungen, die nicht ohnedies in den Anwendungsbereich der Rom III-VO fallen, werden gleichwohl auf in Art. 17 II beschriebener Weise nach den Regelungen der Rom III-VO angeknüpft. Damit sind vor allem Privatscheidungen gemeint.<sup>124</sup> Schließlich können nach Art. 17 III gleichgeschlechtliche Ehen im Inland nur durch ein Gericht geschieden werden.

Problematisch gestaltet sich im Zusammenhang mit Art. 17b V 1 jedoch die Frage, worauf genau die Norm verweist und ob nicht statt den II und III die III und IV gemeint sind. Denn zwischenzeitlich hat sich der in Bezug genommene Art. 17 geändert; es wurde ein neuer II eingeführt.<sup>125</sup> Vertreten wird, dass jedenfalls ein Verweis auf die jetzigen I, III und IV gewollt sei.<sup>126</sup> Begründet wird dies damit, dass der Rechtsausschuss den ursprünglich lediglich auf I und II beschränkten Verweis auf III erweiterte.<sup>127</sup> Allerdings erweiterte der Rechtsausschuss den Verweis gerade wegen der Einführung des Art. 17 II, sodass diese Argumentation nicht überzeugt.<sup>128</sup> Vielmehr ist der Verweis wörtlich zu nehmen und auf den Versorgungsausgleich nicht Art. 17 IV, sondern vielmehr Art. 17b I anzuwenden.<sup>129</sup>

<sup>113</sup> Althammer/Arnold, Art. 1 Rom III-VO Rn. 12 mit Verweis auf Gruber IPRax 2012, 381 (389).

<sup>114</sup> Althammer/Arnold, Art. 1 Rom III-VO Rn. 12; Hausmann, IntEuFamR, A Rn. 340; a.A. Palandt/Thorn, Art. 1 Rom III-VO Rn. 8, der für eine unselbstständige Anknüpfung ist.

<sup>115</sup> Althammer/Arnold, Art. 1 Rom III-VO Rn. 13; Hausmann, IntEuFamR, A Rn. 340; vgl. auch BT-Drs. 17/11049, S. 8.

<sup>116</sup> NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 30.

<sup>117</sup> Ebd.

<sup>118</sup> NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 33; so auch Gruber IPRax 2012, 381 (382).

<sup>119</sup> NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 33 unter Fn. 53.

<sup>120</sup> NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 33.

<sup>121</sup> NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 32; Gruber IPRax 2012, 381 (382); Hausmann, IntEuFamR, A Rn. 316.

<sup>122</sup> Hausmann, IntEuFamR, A Rn. 316; vgl. auch Althammer/Althammer, Vorbemerkungen zur Rom III-VO Rn. 11.

<sup>123</sup> Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18.12.08 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen.

<sup>124</sup> BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rn. 61.

<sup>125</sup> Vgl. Kaiser, FamRZ 2019, 845 (851 f.).

<sup>126</sup> So Kaiser, FamRZ 2019, 845 (852); siehe auch MüKoBGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rn. 86.

<sup>127</sup> Vgl. Kaiser, FamRZ 2019, 845 (852) mit Verweisen auf BT-Drs. 19/4670, S. 6, 27 sowie BT-Drs. 19/6137, S. 2.

<sup>128</sup> Siehe BT-Drs. 19/6137, S. 5; so auch ohne Begründung BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rn. 61, wonach auf den Versorgungsausgleich Art. 17b I anzuwenden ist.

<sup>129</sup> Vgl. BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rn. 61.

### III. Allgemeine Wirkungen der gleichgeschlechtlichen Ehe

I.R.d. Ehwirkungen unterscheidet man grds. zwischen allgemeinen und güterrechtlichen Wirkungen bzw. solchen, für die das Gesetz besondere Anknüpfungsregeln vorsieht.<sup>130</sup> Eine solche Differenzierung lässt sich auch in der Systematik des in Deutschland geltenden IPR für gleichgeschlechtliche Ehen erkennen, wenngleich bei diesen der Kreis güterrechtlicher Wirkungen aufgrund der nach Art. 17b IV 2 geltenden EuGüVO<sup>131</sup> weiter zu fassen ist.<sup>132</sup>

#### 1. Zum Begriff der allgemeinen Ehwirkungen

Allgemeine Wirkungen einer Ehe sind generell solche, für die das Gesetz keine besonderen Anknüpfungsregeln vorsieht.<sup>133</sup> Mit den „allgemeinen Ehwirkungen“ i.S.d. Art. 17b I 1 sind wegen der nach Art. 17b IV 2 vorrangigen EuGüVO seit deren Inkrafttreten nur noch die persönlichen Ehwirkungen gemeint.<sup>134</sup> U.a. umfassen sie die Verpflichtung zur gegenseitigen Fürsorge und Unterstützung und zur gemeinsamen Lebensgestaltung, Haftungsbeschränkungen bei Erfüllung der Verpflichtungen aus der Ehe und die Pflichten zur gegenseitigen Hilfeleistung im nichtwirtschaftlichen Bereich.<sup>135</sup> Eigentumsvermutungen und die Berechtigung, den Ehegatten aus Geschäften zur Deckung des gemeinsamen Lebensbedarfs zu verpflichten (sog. Schlüsselgewalt), werden dagegen von der EuGüVO erfasst.<sup>136</sup> Ausgenommen und gesondert angeknüpft werden außerdem das Unterhalts-, das Erb-, das Abstammungs- und Adoptions- sowie das Namensrecht.<sup>137</sup>

#### 2. Rechtswahl, Art. 17b V 2 i.V.m. Art. 14 I

Im Hinblick auf die allgemeinen Ehwirkungen ist den Ehegatten nach Art. 17b V 2 mittlerweile die Rechtswahl nach Art. 14 I möglich.<sup>138</sup> Die Einführung der Rechtswahlmöglichkeit bezweckte die Abmilderung der Regelung des

Art. 17b I 1, der auch zur Anwendung eines Rechts führen kann, das den Ehegatten sehr fremd ist.<sup>139</sup> Schließt z.B. ein niederländisches Paar die Ehe in Deutschland, so gälte gem. Art. 17b IV 1 i.V.m. I 1 das ihm fremde, deutsche Recht für die allgemeinen Ehwirkungen. Die Bezugnahme auf Art. 14 I hingegen erlaubt es den Ehegatten, zwischen verschiedenen Rechtsordnungen zu wählen, die in einem Alternativverhältnis zueinander stehen.<sup>140</sup> Die Öffnung der Rechtswahl auch für gleichgeschlechtliche Paare ermöglicht eine Flexibilisierung des Ehwirkungsstatuts.<sup>141</sup> Mit einem Wechsel des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts können die Ehegatten auch das Ehwirkungsstatut wechseln, was bei der Registeranknüpfung eine Neuregistrierung im neuen Aufenthaltsstaat erfordert.<sup>142</sup>

Die Rechtswahl muss grds. die allgemeinen Ehwirkungen unter Ausschluss der ehelichen Vermögensbeziehungen zum Gegenstand haben; wird hingegen eine allgemeine Rechtswahl getroffen, die sich sowohl auf vermögensrechtliche als auch auf nicht vermögensrechtliche Seiten bezieht, so unterliegt der erste Teil der EuGüVO und der zweite Teil dem EGBGB.<sup>143</sup>

#### a. Wählbare Rechtsordnungen

**aa. Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt, Art. 14 I 2 Nr. 1**  
Wählbar ist zum einen das Recht des Staates, in dem beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (Art. 14 I 2 Nr. 1). Der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt ist für jeden Ehegatten selbstständig zu bestimmen.<sup>144</sup> Nicht erforderlich ist, dass beide Ehegatten am selben Ort leben; vielmehr ist ausreichend, dass der gewöhnliche Aufenthalt im selben Staat liegt.<sup>145</sup>

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist durch Auslegung der jeweils maßgebenden Kollisionsnormen zu prä-

<sup>130</sup> Vgl. Hausmann, IntEuFamR, I Rn. 271; siehe zum deutschen Sachrecht Heiderhoff IPRax 2018, 1 (2) sowie zu allgemeinen Ehwirkungen i.S.d. Art. 14 BeckOK BGB/Mörsdorf, Art. 14 EGBGB Rn. 7.

<sup>131</sup> Der zeitliche Anwendungsbereich der entsprechenden Kollisionsnormen wird in Art. 69 III EuGüVO beschränkt; ihre Anwendbarkeit wird dieser Arbeit zugrunde gelegt.

<sup>132</sup> Vgl. dazu Heiderhoff IPRax 2018, 1 (2); siehe auch Hausmann, IntFamR, I Rn. 275 sowie BT-Drs. 385/18, S. 35f.

<sup>133</sup> Siehe zu Art. 14 BGH NJW 2010, 1528 (1530); MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 Rn. 33; BeckOK BGB/Mörsdorf, Art. 14 EGBGB Rn. 7.

<sup>134</sup> MüKoBGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rn. 80; vgl. zu Art. 14 Heiderhoff IPRax 2017, 160 (162).

<sup>135</sup> BT-Drs. 385/18, S. 36; Hausmann, IntFamR, I Rn. 274.

<sup>136</sup> Hausmann, IntFamR, I Rn. 275.

<sup>137</sup> Vgl. die Kommentierung zur eingetragenen Lebenspartnerschaft in Hausmann, IntEuFamR, I Rn. 220.

<sup>138</sup> Die Rechtswahl muss nach dem 28.01.19 erfolgt sein, vgl. NK-BGB/Andrae, Art. 14 EGBGB Rn. 9; die Rechtslage vor diesem Zeitpunkt ist nicht Gegenstand dieser Arbeit.

<sup>139</sup> BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rn. 60.

<sup>140</sup> BeckOK BGB/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rn. 60; MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 84.

<sup>141</sup> MüKoBGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rn. 80 mit Verweis auf Palandt/Thorn, Art. 14 EGBGB Rn. 6; siehe auch BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 80.

<sup>142</sup> Vgl. MüKoBGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rn. 80; BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 80.

<sup>143</sup> Andrae, IntFamR, § 4 Rn. 189 und 280.

<sup>144</sup> MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 Rn. 90.

<sup>145</sup> MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 Rn. 90; so auch Andrae, IntFamR, § 4 Rn. 192.

zisieren, wobei nicht auf die Kriterien des IPR der *lex fori* zurückzugreifen, sondern ein autonomes Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts zu entwickeln ist.<sup>146</sup> Denn Ziel ist eine einheitliche Handhabung der Begriffsauslegung.<sup>147</sup> Insofern gelten die Ausführungen zum gewöhnlichen Aufenthalt i.S.d. Rom III-VO entsprechend.<sup>148</sup>

#### **bb. Letzter gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt,**

##### **Art. 14 I 2 Nr. 2**

Zum anderen ist das Recht des Staates wählbar, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt während der Ehe zuletzt hatten, wenn einer von ihnen im Zeitpunkt der Rechtswahl dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 14 I 2 Nr. 2). Der andere Ehegatte muss seinen Aufenthalt in diesem Staat ununterbrochen beibehalten haben.<sup>149</sup> Es ist daher weder ausreichend, dass der Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort wiederbegründet, nachdem er ihn zwischenzeitlich aufgegeben hatte, noch, dass er mit dem anderen Ehegatten zurück in dessen Heimatstaat gekommen ist, ohne sich sicher zu sein, ob er dort verbleiben oder an seinen ursprünglichen Aufenthaltsort zurückkehren will.<sup>150</sup>

#### **cc. Heimatrecht eines Ehegatten, Art. 14 I 2 Nr. 3**

Schließlich ist auch – ungeachtet des Art. 5 I – die Wahl des Rechts des Staates möglich, dem ein Ehegatte im Zeitpunkt der Rechtswahl angehört (Art. 14 I 2 Nr. 3). Die Staatsangehörigkeit beurteilt sich aufgrund des völkerrechtlichen Prinzips der Gleichheit souveräner Staaten nach dem Staatsangehörigkeitsrecht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit infrage steht.<sup>151</sup>

Haben beide oder einer der Ehegatten eine doppelte Staatsangehörigkeit, kommt es (ausweislich des Wortlauts) nicht auf die Effektivität einer Staatsangehörigkeit<sup>152</sup> nach Art. 5 I 1 an.<sup>153</sup> Auch ein etwaiger Vorrang der deutschen

Staatsangehörigkeit nach Art. 5 I 2 ist nicht zu beachten.<sup>154</sup> Der Ausschluss des Art. 5 I i.R.d. Art. 14 I 2 Nr. 3 hat den Zweck, die Rechtswahl der Ehegatten nicht unangemessen einzuschränken.<sup>155</sup>

#### **b. Zustandekommen, materielle und formelle Wirksamkeit**

Die Einigung ist nach den allgemeinen kollisionsrechtlichen Regeln über das Zustandekommen einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl zu beurteilen, sodass sich das Zustandekommen und die materielle Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung nach dem Recht richten, das im Falle der Wirksamkeit der Rechtswahl anzuwenden wäre.<sup>156</sup> Welches Recht für die Auslegung maßgeblich sein soll, ist dagegen umstritten.<sup>157</sup> Während dafür argumentiert wird, auch hier das gewählte Recht anzuwenden,<sup>158</sup> scheint die Anwendung der *lex fori* in den Fällen vorzugswürdig, in denen das gewählte Recht die Rechtswahl auf diesem Gebiet nicht kennt.<sup>159</sup>

Die Form der Rechtswahl ist in Art. 14 I 3 und 4 geregelt. Nach S. 3 muss sie notariell beurkundet werden. Wird sie im Ausland vorgenommen, so genügt es nach Art. 14 I 4, wenn sie den Formerfordernissen für einen Ehevertrag nach dem gewählten Recht oder am Ort der Rechtswahl entspricht.

#### **c. Zeitpunkt der Rechtswahl**

Da Art. 14 I zum Zeitpunkt der Rechtswahl keine besonderen Vorgaben enthält, ist sie jederzeit während der Ehe möglich.<sup>160</sup> Sie entfaltet aber erst bei Vorliegen der Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit Wirkung.<sup>161</sup> Sie kann darüber hinaus auch schon zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen, z.B. durch Verlobte vor der Eheschließung oder durch die Ehegatten vor einem geplanten Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts.<sup>162</sup> Die Möglichkeit einer rückwirkenden

<sup>146</sup> MüKoBGB/Hein, Art. 5 EGBGB Rn. 146 m.w.N.

<sup>147</sup> Vgl. MüKoBGB/Hein, Art. 5 EGBGB Rn. 139, 146.

<sup>148</sup> Siehe zum Begriff daher unter B.II.1.b.aa.(1).

<sup>149</sup> BGH NJW 1993, 2047 (2048); MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 94; Andrae, IntFamR, § 4 Rn. 193.

<sup>150</sup> BGH NJW 1993, 2047 (2048f.); MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 94.

<sup>151</sup> MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 95 sowie MüKoBGB/Hein, Art. 5 EGBGB Rn. 17.

<sup>152</sup> Mit Effektivität der Staatsangehörigkeit ist das Recht des Staates gemeint, mit dem eine Person insb. aufgrund ihres gewöhnlichen Aufenthalts oder ihres Lebensverlaufs am engsten verbunden ist, vgl. dazu Art. 5 I 1.

<sup>153</sup> MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 97.

<sup>154</sup> Ebd.

<sup>155</sup> Ebd.

<sup>156</sup> BeckOGK/Hertel, Art. 14 EGBGB Rn. 88; MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 104; Palandt/Thorn, Art. 14 EGBGB Rn. 8; vgl. zur Rechtswahl beim Internationalen Erbrecht Dörner DNotZ 1988, 67 (87); a.A. Börner IPRax 1995, 309 (313f.).

<sup>157</sup> Siehe NK-BGB/Andrae, Art. 14 EGBGB Rn. 18.

<sup>158</sup> MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 104 m.w.N.

<sup>159</sup> So NK-BGB/Andrae, Art. 14 EGBGB Rn. 18.

<sup>160</sup> MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 103.

<sup>161</sup> Staudinger/Mankowski (2011), Art. 14 EGBGB Rn. 151; Palandt/Thorn, Art. 14 EGBGB Rn. 5.

<sup>162</sup> MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 103; ebenso Palandt/Thorn, Art. 14 EGBGB Rn. 5.

Rechtswahl wird zwar diskutiert, ist jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit für bereits abgeschlossene Tatbestände abzulehnen.<sup>163</sup>

#### d. Sachnormverweisung

Gem. Art. 4 II 2 können die Parteien, wenn sie das Recht eines Staates wählen können, nur auf die Sachvorschriften des Rechts eines Staates verweisen.

### 3. Objektive Anknüpfung

Haben die Ehegatten keine Rechtswahl getroffen, finden nach Art. 17b IV 1 auch für die allgemeinen Ehwirkungen die Sachvorschriften des registerführenden Staats Anwendung.<sup>164</sup>

#### 4. Anknüpfung von Vorfragen

I.R.d. Anknüpfung von Vorfragen ist insb. die Frage nach der Wirksamkeit der Ehe von Interesse. Dabei ist zwischen Art. 14 I und Art. 17b I 1 zu unterscheiden.

Bei einer nach Art. 14 I getroffenen Rechtswahl ist die Beurteilung des Bestehens einer Ehe eine selbstständig anzuknüpfende Vorfrage.<sup>165</sup> Nichts anderes gilt für die Frage nach dem Fortbestand der Ehe.<sup>166</sup>

Ohne Rechtswahl ist auf die objektive Anknüpfung des Art. 17b I 1 zurückzugreifen, der auf die Sachvorschriften des registerführenden Staats verweist. In diesem Fall ist letztlich nicht entscheidend, ob die Vorfrage unselbstständig oder selbstständig angeknüpft wird, denn in beiden Fällen findet das Recht des registerführenden Staats Anwendung.

### IV. Gesamtbetrachtung zu B.

Während sich der Gesetzgeber bei der Begründung der gleichgeschlechtlichen Ehe für eine rechtspolitisch motivierte Anknüpfung an das Registerstatut entschied, erfährt sie beim für ihre Scheidung und ihre allgemeinen Ehwirkungen geltenden Kollisionsrecht eine weitergehende Gleichbehandlung mit der verschiedengeschlechtlichen Ehe. Die Anknüpfungen richten sich dabei in erster Linie nach einer etwaig getroffenen Rechtswahl. In diesem Rahmen hat vor allem die Wahl des Rechts des Staates des ge-

wöhnlichen Aufenthalts Bedeutung. Subsidiär erfolgt eine objektive Anknüpfung. Bei der Scheidung gilt in diesem Fall eine Anknüpfungsleiter, in deren Rahmen ebenfalls primär an den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft wird, bevor ein Rückgriff auf das Heimatrecht oder gar auf die *lex fori* erfolgt. Bei den allgemeinen Ehwirkungen hingegen bleibt es bei fehlender Rechtswahl bei der Anwendung des Registerstatuts.

Statt die gleichgeschlechtliche Ehe zum Hauptregelungsgegenstand zu machen<sup>167</sup> oder eine einheitliche Kollisionsnorm für verschieden- und gleichgeschlechtliche Ehe einzuführen, entschied sich der Gesetzgeber für eine komplizierte Verweisungstechnik. Ob damit eine zufriedenstellende Lösung gefunden wurde, ist Inhalt des folgenden Abschnitts.

### C. Eine gelungene kollisionsrechtliche Lösung?

*Prima facie* sollte das Ziel eigentlich eine Gleichstellung verschieden- und gleichgeschlechtlicher Partnerschaften sein. Der Gesetzgeber hat sich jedoch auf dem Terrain des IPR gerade gegen eine Gleichbehandlung mit der heterosexuellen Ehe entschieden.<sup>168</sup> Ein Blick auf die kollisionsrechtliche Behandlung vor dem 01.10.17 soll Licht ins Dunkel des Wegs zu dieser Ungleichbehandlung bringen. Im Anschluss untersucht diese Arbeit, an welchen Stellen Kritikpunkte bleiben.

#### I. Die Rechtslage vor der Einführung des aktuell geltenden Kollisionsrechts

Die Qualifikation gleichgeschlechtlicher Ehen war vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.07.17 (sog. „Eheöffnungsgesetz“<sup>169</sup>) noch umstritten.<sup>170</sup>

##### 1. Der Streit vor der Eheöffnung

Mit der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen schufen ausländische Rechtsordnungen ein Rechtsinstitut, welches dem deutschen Recht unbekannt war.<sup>171</sup> Im Hinblick auf die international sukzessive Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe (erstmalig in den Niederlanden am 01.04.01) fehl-

<sup>163</sup> Wie hier Erman/Stürner, Art. 14 EGBGB Rn. 17; MüKoBGB/Looschelders, Art. 14 EGBGB Rn. 103; a.A. Staudinger/Mankowski (2011), Art. 14 EGBGB Rn. 153; ohne weitergehende Begründung Lichtenberger DNotZ 1986, 644 (660).

<sup>164</sup> Der Verweis auf Art. 14 in Art. 17b V 2 ist als Verweis auf Art. 14 I zu verstehen, sodass Art. 14 II im Fall der fehlenden Rechtswahl gerade nicht anzuwenden ist, siehe dazu BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 80; zur Sachnormverweisung des Art. 17b I 1 siehe bereits unter B.I.5.

<sup>165</sup> Staudinger/Mankowski (2011), Art. 14 EGBGB Rn. 14; BeckOK BGB/Mörsdorf, Art. 14 EGBGB Rn. 73; Palandt/Thorn, Art. 14 EGBGB Rn. 14.

<sup>166</sup> Staudinger/Mankowski (2011), Art. 14 EGBGB Rn. 17.

<sup>167</sup> Insofern krit. Mankowski IPRax 2017, 541 (550).

<sup>168</sup> Vgl. dazu Löhnig NZFam 2017, 1085 (1085).

<sup>169</sup> Im Folgenden mit EÖG abgekürzt.

<sup>170</sup> Ausf. hierzu MüKoBGB/Coester (5. Aufl.), Art. 17b EGBGB Rn. 143ff.

<sup>171</sup> Vgl. Röthel IPRax 2002, 496 (496).

te in Deutschland lange insb. eine Kollisionsregel.<sup>172</sup> Um ihre kollisionsrechtliche Einordnung wurde daher bis zum Inkrafttreten des EÖG gestritten.<sup>173</sup>

#### **a. Einerseits: Anwendung des für die Ehe geltenden Kollisionsrechts**

Vertreten wurde eine Anwendung der für die Ehe maßgeblichen Kollisionsnormen.<sup>174</sup> Dafür wurde angeführt, dass, sofern eine Rechtsordnung heterosexuellen und gleichgeschlechtlichen Paaren dasselbe Rechtsinstitut zur Verfügung stelle, für das Kollisionsrecht nichts anderes gelten könne.<sup>175</sup> Die Voraussetzung der Geschlechterverschiedenheit für die Eheschließung<sup>176</sup> hindere die Subsumtion unter den kollisionsrechtlichen Ehebegriff nicht, da dieser mithilfe der funktionalen Qualifikation zu bestimmen und weiter als der des materiellen Rechts sei.<sup>177</sup> Da der deutsche Gesetzgeber den Partnern bewusst die Eingehung einer Ehe i.R.d GG versagt habe und die Verweisung auf das Recht des registerführenden Staats zu einer beliebigen Durchbrechung dieses Prinzips führe, sollte insb. Art. 17b a.F. nicht gelten.<sup>178</sup> Dass Art. 17b Rechtsinstitute erfassen sollte, die mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft vergleichbar seien, bedeute nicht, dass alle rechtlich verfestigten gleichgeschlechtlichen Partnerschaften dieser Regelung unterfielen.<sup>179</sup> Vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots hätte eine Gleichstellung mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft die gleichgeschlechtliche Ehe darüber hinaus auf fragwürdige Weise bevorzugt, indem mit ihr die Möglichkeit der mittelbaren Wahl des Wirkungsstatuts verbunden gewesen wäre.<sup>180</sup> Denn die Anknüpfung an den Registrierungsort sei Anknüpfung an ein von den Parteien beeinflussbares Merkmal.<sup>181</sup>

#### **b. Andererseits: Anwendung des für eingetragene Lebenspartnerschaften geltenden Kollisionsrechts**

Allerdings habe auch entscheidend gegen die Anwendung des für die Ehe geltenden Kollisionsrecht gesprochen, dass dies die Schließung einer gleichgeschlechtlichen Ehe erschwerete.<sup>182</sup> Nach Art. 13 I hätte in diesem Fall für jeden Verlobten das Recht des Staates Anwendung gefunden, dem er angehört. In letzter Konsequenz hieße dies, dass eine unter anderem Recht geschlossene Ehe nach deutschem IPR bereits dann unwirksam gewesen wäre, wenn das Heimatrecht nur eines Ehegatten die Eheschließung untersage.<sup>183</sup>

Nach anderer Ansicht sollten deshalb die für eingetragene Lebenspartnerschaften geltenden Kollisionsnormen Anwendung finden.<sup>184</sup> Ändere ein ausländischer Gesetzgeber den Ehebegriff des eigenen Sachrechts, so führe dies nicht automatisch dazu, dass auch der Ehebegriff im deutschen IPR eine entsprechende Erweiterung erfahre.<sup>185</sup> Das Institut der Ehe habe nach deutscher Auffassung als „*unantastbaren Ordnungskern*“<sup>186</sup> vorausgesetzt, dass die Partner verschiedenen Geschlechts seien.<sup>187</sup> Die Anknüpfung an die Heimatrechte der Beteiligten nach Art. 13 I hätte darüber hinaus zu einem unangemessenen Ergebnis geführt, welches das Ziel des Gesetzgebers, die Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften zu bekämpfen,<sup>188</sup> verfehlt hätte.<sup>189</sup>

#### **c. Der Beschluss des BGH vom 20.04.16**

Dieser (zweiten) Ansicht schloss sich auch der BGH mit einem Beschluss vom 20.04.16 an.<sup>190</sup> Für den BGH entscheidend war, dass die Behandlung der gleichgeschlechtlichen Ehe nach Art. 13 zur Folge hätte, dass entgegen dem Normzweck des Art. 17b die im Ausland geschlossene Ehe in Deutschland von vornherein weder als

<sup>172</sup> Vgl. ebd.

<sup>173</sup> MüKoBGB/Coester (5. Aufl.), Art. 17b EGBGB Rn. 143ff.; Köhler, IPR, Rn. 436.

<sup>174</sup> Gebauer/Staudinger IPRax 2002, 275 (277); Hoffmann/Thorn, IPR, § 8 Rn. 73b; Köhler, IPR, Rn. 436f.; Röthel IPRax 2002, 496 (498).

<sup>175</sup> Köhler, IPR, Rn. 437.

<sup>176</sup> Siehe allein BVerfG NJW 1993, 3058 (3058) sowie BGH NJW 2016, 2322 (2325).

<sup>177</sup> Durantaye IPRax, 2019, 281 (283); Röthel IPRax 2002, 496 (498); Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (592).

<sup>178</sup> Palandt/Heldrich (76. Aufl.), Art. 17b EGBGB Rn. 1.

<sup>179</sup> So aber BGH NJW 2016, 2322 (2325); a.A. Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (592); siehe dazu auch Durantaye IPRax 2019, 281 (283).

<sup>180</sup> Palandt/Heldrich (76. Aufl.), Art. 17b EGBGB Rn. 1; so auch Mankowski IPRax 2017, 541 (543f.).

<sup>181</sup> Mankowski IPRax 2017, 541 (544).

<sup>182</sup> So Heiderhoff IPRax 2017, 160 (164) und Köhler, IPR, Rn. 437.

<sup>183</sup> MüKoBGB/Coester (5. Aufl.), Art. 17b EGBGB Rn. 147; Heiderhoff IPRax 2017, 160 (164); Köhler, IPR, Rn. 437.

<sup>184</sup> Siehe allein KG FamRZ 2011, 1525; OLG Zweibrücken NJW-RR 2011, 1156; Boele-Woelki/Fuchs/Martiny, Legal Recognition, S. 198; Heiderhoff IPRax 2017, 160 (164); Henrich FamRZ 2002, 137 (138); Sieberichs IPRax 2008, 277 (278); Staudinger/Mankowski (2011), Art. 13 EGBGB Rn. 177a.

<sup>185</sup> Staudinger/Mankowski (2011), Art. 13 EGBGB Rn. 178.

<sup>186</sup> KG FamRZ 2011, 1525 sowie Staudinger/Mankowski (2011), Art. 13 EGBGB Rn. 179.

<sup>187</sup> So BVerfG NJW 1993, 3058 (3058); Staudinger/Mankowski (2011), Art. 13 EGBGB Rn. 179.

<sup>188</sup> Vgl. BT-Drs. 14/3751, S. 60.

<sup>189</sup> MüKoBGB/Coester (5. Aufl.), Art. 17b EGBGB Rn. 21, 147.

<sup>190</sup> BGH NJW 2016, 2322.

Ehe noch als eingetragene Lebenspartnerschaft Wirkung entfalten könnte.<sup>191</sup> Art. 17b solle jedoch die Anerkennung von im Ausland geschlossenen, gleichgeschlechtlichen Partnerschaften gewährleisten.<sup>192</sup> Daher habe die Regelung alle ausländischen Arten rechtlich verfestigter gleichgeschlechtlicher Partnerschaften einem weiten Begriff der eingetragenen Lebenspartnerschaften unterfallen lassen, wenn mit der Gleichgeschlechtlichkeit der Partner und der Rechtsförmlichkeit der Statusbegründung die beiden Grundvoraussetzungen erfüllt seien.<sup>193</sup>

Der BGH entschloss sich damit für den Weg, den auch der Gesetzgeber ein Jahr später gehen würde.<sup>194</sup>

## 2. Die Einführung des Art. 17b IV a.F.<sup>195</sup>

Art. 2 § 4 Nr. 2 des EÖG ordnete an, dass Art. 17b I-III für die gleichgeschlechtliche Ehe entsprechend gelten sollten.<sup>196</sup>

Im Zuge der eilig vorgenommen kollisionsrechtlichen Absicherung der am 01.10.17 eingeführten „Ehe für alle“ wurde zu diesem Zweck der Art. 17b IV eingeführt.<sup>197</sup> Der Gesetzgeber entschied sich somit dafür, die gleichgeschlechtliche Ehe nicht als Ehe i.S.d. Art. 13ff. zu qualifizieren.<sup>198</sup> Ziel sei, dieser Ehe, losgelöst vom Heimatrecht der Betroffenen, rechtliche Gültigkeit zu verleihen.<sup>199</sup>

Mit der Einführung des Art. 17 IV a.F. blieben allerdings etwaige Rechtsunsicherheiten insb. im Hinblick auf die Anwendbarkeit der für die Ehe geltenden Kollisionsnormen, die der Gesetzgeber in der Folge zu beseitigen versuchte.<sup>200</sup> Daher wurden die Regelungen zur gleichgeschlechtlichen Ehe in Art. 17b IV und V zuletzt am 31.03.20<sup>201</sup> um die aktuellen Verweise ergänzt.<sup>202</sup>

## II. Das Kollisionsrecht – Ein Versagen des Gesetzgebers?

Das EÖG sah erstmalig den neuen Art. 17b IV a.F. als spezielle Kollisionsregel für gleichgeschlechtliche Ehen vor. Der Entwurf des EÖG lässt sich auf die Fraktion *Die Linke*<sup>203</sup> zurückführen, den die Fraktion *Bündnis 90/Die Grünen*<sup>204</sup> sowie der Bundesrat<sup>205</sup> später wörtlich kopierten. Ursprünglich sollte er jedoch nur als Statement dienen.<sup>206</sup> Konsequenterweise weist das heute geltende Kollisionsrecht, das noch immer auf dem Art. 17b IV a.F. fußt, an vielen Stellen Unstimmigkeiten auf. Dem IPR werden nicht zuletzt „schlechte handwerkliche Qualität“<sup>207</sup> und das Fehlen eines einheitlichen Systems<sup>208</sup> vorgeworfen. Der folgende Teil dieser Arbeit beschäftigt sich mit den kritikfähigen Elementen des für gleichgeschlechtliche Ehen geltenden Kollisionsrechts.

### 1. Verfassungsmäßigkeit des Art. 17b IV – Die indirekte Rechtswahlmöglichkeit für Homosexuelle

Allen voran stellt sich die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des eingeführten Art. 17b IV, denn auch das Internationale Privatrecht ist an den Grundrechten zu messen.<sup>209</sup> Gleichgeschlechtliche Ehen werden nicht der heterosexuellen Ehe, sondern der eingetragenen Lebenspartnerschaft gleichgestellt. Dies führt gerade dadurch zu einer Ungleichbehandlung, dass gleichgeschlechtliche Paare indirekt die Möglichkeit haben, eine Rechtswahl zu treffen. Verschiedengeschlechtlichen Paaren steht diese Möglichkeit nicht zu. Vielmehr richten sich bei ihnen für jeden Verlobten die Voraussetzungen der Eheschließung gem. Art. 13 I nach dem Recht des Staates, dem er angehört. Die vom Gesetzgeber gewählte Anknüpfung für gleichgeschlechtliche Paare führt letztlich zu einer materiellen Privilegierung und gleichzeitig zu einer Benachteiligung

<sup>191</sup> BGH NJW 2016, 2322 (2325); als weiteres Argument sah der BGH die Kappungsgrenze in Art. 17b IV a.F., die mittlerweile jedoch nicht mehr Gesetz ist und daher in dieser Arbeit nicht gesondert behandelt wird.

<sup>192</sup> BGH NJW 2016, 2322 (2325); siehe insoweit zu Art. 17a a.F. auch Wagner IPRax 2001, 281 (288).

<sup>193</sup> BGH NJW 2016, 2322 (2325) m.w.N.

<sup>194</sup> So auch Durantaye, IPRax 2019, 281 (283).

<sup>195</sup> Gemeint ist Art. 17b IV in seiner Fassung vom 01.10.17 bis 21.12.18.

<sup>196</sup> BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 76.

<sup>197</sup> Ebd.

<sup>198</sup> Durantaye IPRax 2019, 281 (282); vgl. Mankowski, NJW 2019, 465 (470); siehe auch Mankowski, IPRax 2017, 541 (543): „Das deutsche Kollisionsrecht verwendet [...] zwei verschiedene Ehebegriffe, einen für die verschieden- und einen für die gleichgeschlechtliche Ehe.“

<sup>199</sup> Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593); vgl. auch Löhmig, NZFam 2017, 1085 (1085).

<sup>200</sup> Siehe dazu BT-Drs. 19/4670, S. 27; Heiderhoff, IPRax 2018, 1 (3); Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (596).

<sup>201</sup> Davor zuletzt geändert zum 29.01.19 sowie davor zum 22.12.18; diese Änderungen sind jedoch entweder in der aktuellen Fassung noch enthalten oder für den eingeschränkten Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit ohne Bedeutung.

<sup>202</sup> Siehe auch BT-Drs. 19/4670, S. 27.

<sup>203</sup> BT-Drs. 18/8.

<sup>204</sup> BT-Drs. 18/5098.

<sup>205</sup> BR-Drs. 273/15.

<sup>206</sup> Mankowski, IPRax 2017, 541 (550).

<sup>207</sup> Siehe zum Begriff Mankowski, IPRax 2017, 541 (550).

<sup>208</sup> Siehe dazu Durantaye, IPRax 2019, 281 (281).

<sup>209</sup> BVerfGE 31, 58.

verschiedengeschlechtlicher Paare.<sup>210</sup> Eine solche Ungleichbehandlung muss sich an Art. 3 I GG, Art. 3 III 1 GG und Art. 6 I GG messen lassen.<sup>211</sup>

### a. Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 I GG

Der allgemeine Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn zwei Gruppen von Normadressaten unterschiedlich behandelt werden, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.<sup>212</sup>

#### aa. Ungleichbehandlung von Gleichem

In einem ersten Schritt müsste es sich bei der gleich- und verschiedengeschlechtlichen Ehe also um etwas Gleiches handeln.

#### (1) Gleichgeschlechtliche Ehen als „Ehe“ i.S.d. Art. 6 I GG?

Zu untersuchen ist, ob die gleichgeschlechtliche Ehe ebenfalls unter den Schutz des Art. 6 I GG fällt und damit auf allen Ebenen der verschiedengeschlechtlichen Ehe gleichgestellt ist.<sup>213</sup>

Das BVerfG hat in der Vergangenheit immer wieder festgestellt, dass „Ehe“ i.S.d. Art. 6 I GG die unter Mitwirkung des Staats geschlossene, auf Dauer angelegte, auf freiem Entschluss und der Gleichberechtigung der Partner beruhende Lebensgemeinschaft von *Mann und Frau* meine.<sup>214</sup> Daraus sowie aus dem Gesetzgebungsverfahren lasse sich ableiten, dass der Gesetzgeber die Geschlechterverschiedenheit als eines der Kernmerkmale des Ehebegriffs i.S.d. Art. 6 I GG betrachte.<sup>215</sup> So könnte man annehmen, dass gleichgeschlechtliche Ehen nicht dem Schutz des Art. 6 I GG unterlägen. Dafür spreche insb., dass die Ehe als Vorstufe der Familie betrachtet werde und ihr daher gerade die Fortpflanzungsfähigkeit zu eigen ist, die einer gleichgeschlechtlichen Ehe fehle.<sup>216</sup>

Dennoch lässt sich dagegenhalten, dass Art. 6 I GG nicht als bewusste Entgegensetzung zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen konzipiert wurde, da sich der damalige Parlamentarische Rat schlichtweg überhaupt nicht mit dieser Frage beschäftigte.<sup>217</sup> Auch die Argumentation, dass der Ehe Fortpflanzungspotenzial innewohne und sie insoweit als Vorstufe zur Familie betrachtet werde, trägt insoweit nicht, als unter den Familienbegriff des Art. 6 I GG auch nicht eheliche Familien und gleichgeschlechtliche Paare mit Kindern fallen.<sup>218</sup>

#### (2) Am Ende gleich i.S.d. Art. 3 I GG

Eine Entscheidung bzgl. der Reichweite des Schutzes des Art. 6 I GG kann an dieser Stelle jedoch dahingestellt bleiben. Denn eine Gleichbehandlung von gleich- und verschiedengeschlechtlicher Ehe ist bereits aus dem Grund geboten, dass beide nach geregelter Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zielen der Ehe vergleichbar bzw. im Wesentlichen gleich sind.<sup>219</sup> Die Regelung des auf die Eheschließung anwendbaren Rechts betrifft gleich- und verschiedengeschlechtliche Paare gleichermaßen. Zwar sind homosexuelle und heterosexuelle Ehen international noch unterschiedlich geregelt, und gerade homosexuelle Ehen nicht überall zulässig.<sup>220</sup> I.R.v. Art. 3 I GG ist Gleichheit in jeder Hinsicht aber auch nicht erforderlich.<sup>221</sup> Vor diesem Hintergrund ergeben sich keine Unterschiede solcher Art, dass die ungleiche Behandlung schon unbedenklich ist, weil es sich gar nicht um vergleichbare Normadressatengruppen handelt. Die vorgesehene Ungleichbehandlung durch Gewährung der indirekten Rechtswahlfreiheit nur für gleichgeschlechtliche Paare bedarf somit einer Rechtfertigung.

#### bb. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal ergeben sich aus Art. 3 I GG unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz reichen.<sup>222</sup> Bei einer Ungleichbehandlung, die ihren Anknüpfungspunkt in

<sup>210</sup> Vgl. Mankowski IPRax 2017, 541 (543f.).

<sup>211</sup> Zum Verhältnis des EGBGB zum GG MüKoBGB/Hein, Einl. IPR Rn. 45; in die Richtung eines verfassungsrechtlichen Verstoßes deutend Mankowski, IPRax 2017, 541 (551).

<sup>212</sup> Manssen, StaatsR II, § 34 Rn. 920 mit Verweis auf BVerfGE 55, 72 (88).

<sup>213</sup> Dies als Voraussetzung für die Vergleichbarkeit i.R.d. Art. 3 I GG nennend Thom/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

<sup>214</sup> Vgl. nur BVerfGE 10, 59 (66); 29, 166 (176); 62, 323 (330).

<sup>215</sup> Ipsen NVwZ 2017, 1096 (1097).

<sup>216</sup> Vgl. Ipsen NVwZ 2017, 1096 (1098f.); so auch BeckOK GG/Uhle, Art. 6 Rn. 4.

<sup>217</sup> Brosius-Gersdorf NJW 2015, 3557 (3560); vgl. für gleichgeschlechtliche Eltern BVerfGE 133, 59 (79).

<sup>218</sup> Siehe dazu Brosius-Gersdorf NJW 2015, 3557 (3561) m.w.N.

<sup>219</sup> Vgl. zur gebotenen Gleichbehandlung im Falle der Vergleichbarkeit BVerfGE 124, 199; 126, 400.

<sup>220</sup> Zu einem Überblick über die gleichgeschlechtliche Ehe anerkennende Staaten siehe JurisPK-BGB/Duden, Art. 17b EGBGB Rn. 11.

<sup>221</sup> Vgl. BeckOK GG/Kischel, Art. 3 Rn. 15.

<sup>222</sup> BVerfGE 126, 400 (416); 97, 169 (180f.).

der Person, also z.B. in ihrer sexuellen Orientierung, findet, unterliegt der Gesetzgeber regelmäßig einer strengen Gleichheitsprüfung.<sup>223</sup> Die Entscheidung des Einzelnen für eine gleich- oder verschiedengeschlechtliche Ehe hängt evident untrennbar mit der sexuellen Orientierung zusammen.<sup>224</sup> Insofern müssten also Unterschiede von einigem Gewicht bestehen, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.

Eine Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung ist darin zu sehen, dass bei einer Anknüpfung nach Art. 13 einem deutschen Staatsangehörigen die Eheschließung dann verwehrt würde, wenn er die Ehe mit einem ausländischen Partner schließen will, dessen Heimatrecht die gleichgeschlechtliche Ehe nicht anerkennt.<sup>225</sup> Dies würde eine Beeinträchtigung seiner Eheschließungsfreiheit bedeuten,<sup>226</sup> die durch Art. 6 I GG geschützt wird.<sup>227</sup> Deren Schutz auch für gleichgeschlechtliche Paare zu gewährleisten, stellt ein legitimes Ziel der Ungleichbehandlung dar.<sup>228</sup> Warum sich der Gesetzgeber nicht z.B. für eine Anknüpfung an das Registerstatut, die sowohl für gleich- als auch für verschiedengeschlechtliche Ehen gilt, oder für eine lediglich subsidiäre Anknüpfung an das Registerstatut entschieden hat, bleibt zwar fraglich.<sup>229</sup> Dies ändert jedoch nichts an der Legitimität des verfolgten Ziels.

Im nächsten Schritt lasse sich auch an der Erforderlichkeit des Art. 17b IV 1 zweifeln, denn über die besondere Kollisionsnorm des Art. 13 II finde zumindest in den Fällen ohnehin deutsches und die gleichgeschlechtliche Ehe anerkennendes Recht Anwendung, in denen eine enge Verbindung zu Deutschland aufgrund von Staatsangehörigkeit oder gewöhnlichem Aufenthalt gegeben sei.<sup>230</sup> Lediglich in den Fällen, in denen keine solche enge Verbindung vorliege, führe eine Anknüpfung nach Art. 17b I 1 zu einem anderen Ergebnis.<sup>231</sup> Allerdings steht dem Gesetzgeber i.R.d.

Erforderlichkeit ein weiter Einschätzungsspielraum zu.<sup>232</sup> Vor diesem Hintergrund lässt sich die Erforderlichkeit gerade damit begründen, dass auch in den übrigen Fällen die Eheschließungsfreiheit ausreichend geschützt werden muss.<sup>233</sup> Der Schutz der Eheschließungsfreiheit liefert daher einen ausreichend gewichtigen Grund für die Ungleichbehandlung.<sup>234</sup>

### cc. Ergebnis zu Art. 3 I GG

Die Ungleichbehandlung von verschieden- und gleichgeschlechtlicher Ehe wirft zwar verfassungsrechtliche Fragen auf, die einer strengen Prüfung unterzogen werden müssen. Die Eheschließungsfreiheit rechtfertigt letztendlich jedoch ebendiese Ungleichbehandlung. Ein Verstoß gegen Art. 3 I GG ist daher nicht feststellbar.<sup>235</sup>

### b. Verbot der Geschlechterdiskriminierung, Art. 3 III 1 GG

Denkbar ist auch, dass die Ungleichbehandlung gegen das Verbot der Diskriminierung nach dem Geschlecht verstößt.<sup>236</sup> Verboten ist danach jedoch nur jede Ungleichbehandlung, die an die Eigenschaft des Grundrechtsträgers als Mann oder Frau anknüpft, und gerade nicht eine solche, die nach der sexuellen Orientierung differenziert.<sup>237</sup> Durch die indirekt gewährte Rechtswahlfreiheit in Art. 17b IV 1 i.V.m. I werden Männer und Frauen jedoch nicht unterschiedlich behandelt, denn die sexuelle Orientierung hängt gerade nicht mit dem Geschlecht zusammen.

### c. Schutz der Ehe, Art. 6 I GG

Schließlich ist auch ein Verstoß gegen Art. 6 I GG denkbar. Art. 6 I GG stellt die Ehe unter den besonderen Schutz des Staates.<sup>238</sup> Er wirkt als besonderer Gleichheitssatz und verwehrt es dem Staat, die Ehe zu benachteiligen.<sup>239</sup> Ginge man nun mit der wohl (noch) herrschenden Ansicht<sup>240</sup> davon aus, dass die gleichgeschlechtliche Ehe nicht unter den Ehebegriff des Art. 6 I GG falle, so bedürfte die

<sup>223</sup> BVerfGE 126, 400 (417, 419); vgl. auch BVerfGE 88, 87 (96).

<sup>224</sup> Vgl. noch zur eingetragenen Lebenspartnerschaft BVerfGE 126, 400 (419).

<sup>225</sup> Vgl. Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

<sup>226</sup> Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

<sup>227</sup> Weitergehend zur Eheschließungsfreiheit BeckOK GG/Uhle, Art. 6 Rn. 22 m.w.N.

<sup>228</sup> Krit. Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

<sup>229</sup> Siehe insb. BT-Drs. 19/4670 S. 27, die eine diesbzgl. Auseinandersetzung missen lässt.

<sup>230</sup> Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

<sup>231</sup> Vgl. Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

<sup>232</sup> BeckOK GG/Huster/Rux, Art. 20 Rn. 196.1; dies letztlich auch zugehend Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

<sup>233</sup> Krit. Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

<sup>234</sup> So auch BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 85.

<sup>235</sup> A.A. ohne Begründung Palandt/Thorn, Art. 13 EGBGB Rn. 5.

<sup>236</sup> In diese Richtung deutend Mankowski IPRax 2017, 541 (551).

<sup>237</sup> Maunz/Dürig/Langefeld, Art. 3 III Rn. 42.

<sup>238</sup> Epping, Grundrechte, Rn. 504.

<sup>239</sup> Ebd., Rn. 511.

<sup>240</sup> Siehe allein Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 Rn. 4; BeckOK GG/Uhle, Art. 6 Rn. 4 m.w.N.

Schlechterstellung der heterosexuellen Ehe im Hinblick auf die Gewährung der indirekten Rechtswahl einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Diese ist allerdings auch i.R.v. Art. 6 I GG im Schutz der Eheschließungsfreiheit für gleichgeschlechtliche Paare zu sehen.<sup>241</sup>

#### d. Ergebnis zur Verfassungsmäßigkeit

Die Regelungen für gleichgeschlechtliche Ehen mit grenzüberschreitendem Bezug weisen zwar *prima facie* eine fragwürdige Ungleichbehandlung auf. Das IPR lässt mit Art. 17b IV 1 i.V.m. I 1 eine indirekte Rechtswahl für sie zu, die verschiedengeschlechtlichen Paaren nicht zuteilwird. Die Begründung des Gesetzgebers für die Registeranknüpfung ist jedoch nachvollziehbar und sichert die Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich ab.

#### 2. „Das Auslaufmodell wird zum Referenzpunkt“<sup>242</sup>

Der Gesetzgeber hat sich mit Art. 17b IV 1 dafür entschieden, auf die gleichgeschlechtliche Ehe die Regelungen zur eingetragenen Lebenspartnerschaft entsprechend anzuwenden. Dies verwundert insoweit, als dass eine eingetragene Lebenspartnerschaft gem. § 1 S. 1 LPartG nach dem 30.09.17 nicht mehr begründet werden kann. Damit hat der Gesetzgeber sich für einen Verweis auf Regelungen entschieden, die seit dem 01.10.17<sup>243</sup> im deutschen Sachrecht nur noch für Altfälle aus der Zeit vor dem EÖG und für im Ausland begründete Lebenspartnerschaften gelten.<sup>244</sup> Die Begründung für diese Entscheidung ist nachvollziehbar. Sie wäre jedoch insofern zu überdenken, als dass die „Regelung für das Auslaufmodell zum Referenzpunkt [wird], während das heute schon wichtigere und in Zukunft relativ noch mehr an Bedeutung gewinnende Institut [der gleichgeschlechtlichen Ehe] nur im Wege einer Verweisung normiert wird.“<sup>245</sup> Eine Erklärung dafür, warum die gleichgeschlechtliche Ehe nicht Kern der Regelungen ist, liefert der Gesetzgeber nicht.<sup>246</sup>

Im Hinblick auf die wachsende Bedeutung der gleichgeschlechtlichen Ehe und die eingetragene Lebens-

partnerschaft als „Kind einer Zwischenzeit“<sup>247</sup> wäre es begrüßenswert (gewesen), wenn die gleichgeschlechtliche Ehe den Kern der Kollisionsregelungen bilden würde, die ihrerseits einen Verweis auf die eingetragene Lebenspartnerschaft enthielten.<sup>248</sup> So aber wird der Mangel einer deutschen Kollisionsregel sichtbar, die der gleichgeschlechtlichen Ehe mehr Bedeutung verleiht. Ein Mangel, der sich angesichts der fehlenden Begründung nur der übereilten Handlung oder – schlimmstenfalls – der Faulheit des Gesetzgebers zuschreiben lässt.

#### 3. Gibt es noch die „eine“ Ehe?

Während dem seit dem 01.10.17 geltenden § 1353 I 1 BGB nur ein Ehebegriff innewohnt, nämlich der, nach welchem die Ehe „von zwei Personen *verschiedenen oder gleichen Geschlechts* auf Lebenszeit geschlossen“<sup>249</sup> wird, kennt das EGBGB mit Art. 13 und Art. 17b IV 1 zwei verschiedene Ehebegriffe.<sup>250</sup> Konsequenz ist bzw. könnte sein, dass Unklarheiten im Hinblick darauf bestehen, was der Ehebegriff in weiteren Normen meint.<sup>251</sup> Zwar können sich sach- und kollisionsrechtlicher Ehebegriff aus funktionalen Gründen unterscheiden.<sup>252</sup> Auf bestehende Rechtsunsicherheiten weisen jedoch auch die Nachbesserungen des Gesetzgebers hin, welcher z.B. mit Art. 17b V einige für die verschiedengeschlechtliche Ehe geltenden Kollisionsnormen des EGBGB für entsprechend anwendbar erklärt. Dazu schreibt sogar der Gesetzgeber selbst, dass die Entscheidung für die Gleichstellung mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft im IPR zu ergänzendem Klarstellungsbedarf im Hinblick auf kollisionsrechtliche Regelungen führt, die ihrerseits auf die Ehe Bezug nehmen.<sup>253</sup> Die bestehende Rechtsunsicherheit in diesem Punkt hätte sich von vornherein durch eine einheitliche Anknüpfung vermeiden lassen, die der Gesetzgeber aber „zukünftigen Reformüberlegungen“ überlässt.<sup>254</sup> Warum er hier nicht *a priori* sauber arbeitet, bleibt fraglich.

<sup>241</sup> Siehe dazu bereits unter C.II.1.a.bb.

<sup>242</sup> Formulierung von Mankowski IPRax 2017, 541 (550).

<sup>243</sup> Siehe auch BT-Drs. 19/4670, S. 28.

<sup>244</sup> Mankowski IPRax 2017, 541 (550).

<sup>245</sup> Zitat von Mankowski IPRax 2017, 541 (550).

<sup>246</sup> Vgl. BT-Drs. 19/4670, S. 27.

<sup>247</sup> Formulierung von Mankowski IPRax 2017, 541 (550).

<sup>248</sup> So auch Mankowski IPRax 2017, 541 (550).

<sup>249</sup> Hervorhebungen durch den Verfasser.

<sup>250</sup> Siehe auch Mankowski IPRax 2017, 541 (543).

<sup>251</sup> Darauf hindeutend auch Mankowski IPRax 2017, 541 (551).

<sup>252</sup> Thorn/Paffhausen IPRax 2017, 590 (593).

<sup>253</sup> BT-Drs. 19/4670, S. 20.

<sup>254</sup> Ebd.

#### 4. Abschied von der Blindheit des IPR

Der Gesetzgeber entschied sich für die Einführung des Art. 17b IV, um die Wirksamkeit gleichgeschlechtlicher Ehen zu gewährleisten.<sup>255</sup> Die inhaltliche Ausgestaltung ausländischer Rechtsordnungen bewertete er demgemäß indirekt durch die Einführung eines an den Eheschließungsort anknüpfenden Kollisionsrechts. Denn auf diese Art findet z.B. im Falle einer gleichgeschlechtlichen Eheschließung im Inland immer deutsches Recht Anwendung, welches diese Art der Ehe anerkennt.

Damit kehrt er sich von einem Grundsatz des IPR ab, wonach von der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen auszugehen sei.<sup>256</sup> Das IPR achte nicht darauf, wie die in Betracht kommenden Rechtsordnungen inhaltlich ausgestaltet seien, sondern verweise *blind* auf das Recht des Staates mit der engsten Verbindung.<sup>257</sup>

Die Blindheit des IPR ist jedoch lediglich ein Ideal oder gar ein Mythos.<sup>258</sup> Die deutschen Regelungen zur gleichgeschlechtlichen Ehe seien zwar ein Extrembeispiel für seine Materialisierung.<sup>259</sup> Allerdings sollen die für die Ehebegründung geltenden Kollisionsnormen vor allem auch Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit im Hinblick auf die Ehwirksamkeit gewährleisten, und zumindest den Versuch unternehmen, sog. hinkende Ehen<sup>260</sup> zu verhindern.<sup>261</sup> Insofern gebietet gerade auch das Grundrecht der Eheschließungsfreiheit eine Durchbrechung der Anknüpfung an das Heimatrecht, wie sie Art. 13 I grds. für verschiedene gleichgeschlechtliche Ehen vorsieht.<sup>262</sup> Dies zeigt nicht zuletzt die in Art. 13 II normierte Ausnahme vom Staatsangehörigkeitsgrundsatz in Folge der Spanier-Entscheidung des BVerfG.<sup>263</sup> Nichts anderes gilt für die Eheschließungsfreiheit gleichgeschlechtlicher Paare.

Das IPR mag also zwar einen seiner Ursprünge in der Neutralität haben. Die Grundrechte als Teil unserer Rechtsstaatlichkeit<sup>264</sup> sind dabei jedoch zu beachten. Dazu gehört nicht zuletzt die Garantie der wirksamen Eheschließung, die es dem Gesetzgeber gestattet, dem Grundsatz der Gleichbehandlung inländischen und ausländischen Rechts entgegenzutreten.

#### 5. Und dennoch: Klarheit in wenigen Punkten?

Der Gesetzgeber hat zumindest in einigen wenigen Punkten Klarheit zu schaffen versucht.<sup>265</sup> Dies wirft die Frage nach dem Erfolg dieser Versuche auf.

##### a. Verweis auf die Rom III-VO

Die Anwendbarkeit der Rom III-VO auf gleichgeschlechtliche Ehen wurde vor der „Ehe für alle“ in Deutschland überwiegend abgelehnt.<sup>266</sup> Nach Inkrafttreten des Art. 17b IV in seiner Fassung vom 01.10.17 bis 21.12.18 war sodann fraglich, ob die Rom III-VO auch für gleichgeschlechtliche Ehen gilt, denn ausdrücklich äußert sich die Verordnung zu dieser Frage nicht.<sup>267</sup> Im Gegenteil nimmt sie die Entscheidung über die Gültigkeit der Ehe nach Art. 1 II lit. b Rom III-VO aus ihrem sachlichen Anwendungsbereich heraus und überlässt sie nach ErWG 10 den Kollisionsnormen, die in dem betreffenden Mitgliedstaat anzuwenden sind.

Mit der Neufassung des Art. 17 IV 1 hat der Gesetzgeber nunmehr einen Hinweis eingeführt, wonach sich das auf die Scheidung und die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendende Recht nach der Rom III-VO richtet.<sup>268</sup> Auch wenn die Rom III-VO durch ihre Anknüpfungen zu einem Recht führen kann, das die gleichgeschlechtliche Ehe nicht kennt, lassen sich aufkommende Unklarheiten über Methodik und notfalls über die Verweigerungsmöglichkeit des Art. 13 Alt. 2 Rom III-VO lösen.<sup>269</sup> Insofern hat der Gesetzgeber für die nötige Klarheit gesorgt.

<sup>255</sup> Vgl. dazu BT-Drs. 19/4670, S. 27.

<sup>256</sup> Durantaye IPRax 2019, 281 (281) mit Verweis auf Savigny, System VIII, S. 27f.; siehe auch Junker, IPR, § 4 Rn. 22.

<sup>257</sup> Vgl. Weller RabelsZ 81 (2017), 747 (751f.); die Frage, wie neutral oder wertungsgeladen das IPR generell ist und sein sollte, geht über diese Arbeit hinaus.

<sup>258</sup> So etwa Durantaye IPRax 2019, 281 (282).

<sup>259</sup> Durantaye IPRax 2019, 281 (282); siehe auch Coester-Waltjen IPRax 2021, 29 (30).

<sup>260</sup> Eine hinkende Ehe liegt dann vor, wenn sie nach einer Rechtsordnung wirksam ist, nach einer anderen jedoch nicht, siehe dazu Rauscher, IPR, Rn. 727.

<sup>261</sup> So auch Coester-Waltjen IPRax 2021, 29 (30).

<sup>262</sup> So zu Art. 13 II Rauscher, IPR, Rn. 711.

<sup>263</sup> Coester-Waltjen IPRax 2021, 29 (31).

<sup>264</sup> Vgl. Maunz/Dürig/Grzeszick, Art. 20 Rn. 24, 50.

<sup>265</sup> Vgl. BT-Drs. 19/4670, S. 20, 27.

<sup>266</sup> Althammer/Arnold, Art. 1 Rom III-VO Rn. 13; NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 29; Pietsch NJW 2012, 1768 (1768).

<sup>267</sup> Siehe insoweit NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 21.

<sup>268</sup> Vgl. NK-BGB/Gruber, Art. 1 Rom III-VO Rn. 27; BT-Drs. 19/4670, S. 27: Die Anwendbarkeit der Rom III-VO „wird im neuen Absatz 4 klargestellt, um insoweit Rechtsunsicherheit zu vermeiden“.

<sup>269</sup> Siehe dazu bereits unter B.II.2.1.e.

### b. Annäherung an die verschiedengeschlechtliche Ehe durch Art. 17b V

Schließlich bezweckt der neue Art. 17b V die Klarstellung, dass solche Kollisionsnormen des EGBGB, die bisweilen auf die Ehe Bezug nehmen, auch für die gleichgeschlechtliche Ehe gelten.<sup>270</sup> Damit schafft der Gesetzgeber *prima facie* dahingehende Klarheit, dass der Begriff der Ehe zumindest im EGBGB (von Art. 13 abgesehen) auch die gleichgeschlechtliche Ehe mitumfasst. Diese Annäherung an eine möglichst parallellaufende Behandlung von verschiedenen- und gleichgeschlechtlicher Ehe im deutschen IPR ist begrüßenswert.<sup>271</sup>

### III. Gesamtbetrachtung zu C. und Ausblick

Vor Inkrafttreten des EÖG war die kollisionsrechtliche Handhabung ausländischer gleichgeschlechtlicher Ehen in Deutschland umstritten. Möglich waren eine Anwendung des für die verschiedengeschlechtliche Ehe geltenden Art. 13 oder des Art. 17b I, der bei eingetragenen Lebenspartnerschaften auf das Registerstatut verweist. Diesen Streit vermochte der BGH insofern aufzulösen, als er sich für die Ansicht entschied, die eine Gleichbehandlung mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft verfolgte. Diesem Weg folgte später auch der Gesetzgeber mit der Einführung des Art. 17b IV a.F.

Damit tat er gleichgeschlechtlichen Paaren den Gefallen, ihrer Eheschließung zur Gültigkeit zu verhelfen. Auch die Abkehr vom Grundsatz der Neutralität des IPR ist insofern begrüßenswert, als auf diesem Wege der Eheschließungsfreiheit zur Geltung verholfen wird.

Nichtsdestotrotz wurde ein zweiter Ehebegriff eingeführt, der zu Unklarheiten in sonst auf die Ehe Bezug nehmenden Gesetzen führt. Überdies ist der Verweis auf das „Auslaufmodell“ zu hinterfragen. Die in Zukunft wohl weitaus relevantere gleichgeschlechtliche Ehe hätte vielmehr zum Hauptregelungsgegenstand gemacht werden sollen. Schließlich führte der Weg des Gesetzgebers auch zu einer verfassungsrechtlich zumindest zu hinterfragenden Ungleichbehandlung von gleich- und verschiedengeschlechtlichen Ehen.

Vor diesem Hintergrund ist eine Reform insb. des in Art. 17b IV und V enthaltenen IPR wünschenswert. Denkbar wäre insb. eine einheitliche Kollisionsnorm für verschieden- und gleichgeschlechtliche Ehen, die an den Eheschließungsort anknüpft.<sup>272</sup> Dies hätte den Vorteil, den Ehebegriff des EGBGB zu vereinheitlichen und die zu hinterfragende Ungleichbehandlung zu beseitigen. Darüber hinaus wäre die gleichgeschlechtliche gemeinsam mit der verschiedengeschlechtlichen Ehe der Hauptregelungsgegenstand der entsprechenden Kollisionsnormen, wodurch auch die insoweit komplizierte Verweisungstechnik in den aktuellen Art. 17b IV und V obsolet würde.

### D. Fazit

„Die Ehe für alle gibt es im IPR nicht.“<sup>273</sup>

Kein anderes „Geschmäckle“ hinterlässt ein kritischer Blick auf die für gleichgeschlechtliche Ehen geltenden Kollisionsnormen. Das IPR enthält *de facto* zwei Ehebegriffe. Den Mut zu einer einheitlichen Anknüpfung – also schlicht zur „Ehe für alle“ – hatte der Gesetzgeber auf diesem Terrain nicht.

Dennoch ist das erklärte Ziel des Gesetzgebers, die Gültigkeit gleichgeschlechtlicher Ehen zu garantieren,<sup>274</sup> nobel. Zu diesem Zweck erklärt er im Art. 17b IV 1 die Art. 17b I-III für entsprechend anwendbar. Auf diesem Weg findet gerade für die Begründung, aber auch für die allgemeinen Ehwirkungen der gleichgeschlechtlichen Ehe das Recht des registerführenden Staats Anwendung.

Auch eine Annäherung an die verschiedengeschlechtliche Ehe nahm der Gesetzgeber durch den Verweis auf die Rom III-VO vor, die somit für die Scheidung der gleichgeschlechtlichen Ehe Anwendung findet. Dies mag zur Anwendung eines Rechts führen, welches die gleichgeschlechtliche Ehe gar nicht anerkennt. Diese Verweise lassen sich jedoch in einer Zeit, in der sie noch nicht in allen Staaten anerkannt wird, nicht vermeiden.

Schließlich werden in Art. 17b V 1 und 2 Kollisionsnormen, die auf die Ehe Bezug nehmen, für entsprechend anwendbar erklärt. Damit sorgte der Gesetzgeber zum einen für Klarheit dahingehend, dass die Ehe im EGBGB wohl in den

<sup>270</sup> Siehe BT-Drs. 19/4670, S. 27.

<sup>271</sup> Siehe allerdings zu Problemen im internationalprivatrechtlichen Abstammungs- und Adoptionsrecht beispielhaft zum Verweis auf Art. 19 I 3 Helms StAZ 2018, 33 (36f.); zu den Verweisen auf Art. 19 I 3 und Art. 22 II 1 Kaiser FamRZ 2019, 845 (852); vgl. zur Problematik vor Einführung des Art. 17b V, die aber stellenweise weiterhin vorhanden ist Mankowski IPRax 2017, 541 (544f.).

<sup>272</sup> Ausf. Coester-Waltjen IPRax 2021, 29 (31ff.); siehe auch Durantaye IPRax 2019, 281 (288) sowie Sonnenberger, FS Coester-Waltjen, S. 787, 802.

<sup>273</sup> Zitat von Durantaye IPRax 2019, 281 (289).

<sup>274</sup> Vgl. BT-Drs. 19/4670, S. 27.

meisten Fällen auch die gleichgeschlechtliche Ehe meint. Zum anderen wurde für gleichgeschlechtliche Ehen die Rechtswahlmöglichkeit im Hinblick auf die allgemeinen Ehwirkungen eingeführt, die zu begrüßen ist.

Nichtsdestotrotz wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber sich für eine allseitige Kollisionsnorm entschieden hätte, die an den Eheschließungsort anknüpft. Auf diese Weise hätte er für Klarheit im Hinblick auf die Bedeutung des Ehebegriffs und tatsächlich auch im IPR für die Einführung der „Ehe für alle“ gesorgt. Die Einführung einer einheitlichen Anknüpfung überlässt er jedoch „zukünftigen Reformüberlegungen“.<sup>275</sup> Warum er an dieser Stelle nicht ausbessernd tätig wird, scheint vor dem Hintergrund, dass die entsprechenden Argumente bereits hinlänglich ausgetauscht sind,<sup>276</sup> nicht nachvollziehbar. Der Hinweis der Bundesregierung, dass ein „alle Interessen berücksichtigendes Lösungskonzept [...] erst mittelfristig nach umfangreichen Überlegungen und Konsultationen ausgearbeitet werden“ kann,<sup>277</sup> überzeugt insofern nicht. Zumindest jetzt – fast 4 Jahre nach Inkrafttreten des EÖG – wäre eine Reform erstrebenswert.

## GUTACHTEN

### I.

Mit der Seminararbeit soll Verf. Stellung beziehen zu der Frage, wie im Internationalen Privatrecht gleichgeschlechtliche Ehen angeknüpft werden. Diese Frage stellt sich schon seit längerer Zeit im Hinblick auf im Ausland geschlossene gleichgeschlechtliche Ehen; seitdem das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017 (BGBl. I, 2787) allerdings auch in Deutschland die so genannte Ehe für alle eingeführt hat, gilt dies mittlerweile allgemein. Zu beachten ist daher in erster Linie das nunmehr in Art. 17b IV und V EGBGB vorgesehene Regime.

Neben der Darstellung der geltenden Regeln wird eine Analyse erwartet, die die Rechtsentwicklung der jüngeren Zeit kritisch hinterfragt. Auffällig ist hierbei insbesondere, dass die gleichgeschlechtliche Ehe – anders als im deutschen Sachrecht – kollisionsrechtlich nicht der sonstigen Ehe (vgl. Art. 13 ff. EGBGB) gleichgestellt wird, sondern vielmehr der eingetragenen Lebenspartnerschaft (vgl. Art.

17b IV 1 EGBGB). Dies ist systematisch wenig kohärent und wirkt unter Umständen – in die eine oder in die andere Richtung – diskriminierend. Dabei mag freilich das eigentliche Problem weniger in der Relevanz des Registerstatuts iSd Art. 17b IV 1 EGBGB liegen als in der generellen Bedeutung des Staatsangehörigkeitsprinzips nach Art. 13 I EGBGB. Weil nämlich die Eingehung gleichgeschlechtlicher Ehen in vielen Ländern der Erde untersagt ist, könnte eine Anknüpfung an Staatsangehörigkeiten in einer Vielzahl von Fällen zur Beachtlichkeit von Eheverboten führen, die rechts- und ordnungspolitisch, jedenfalls nach der Reform des deutschen Sachrechts, mehr als fragwürdig erscheinen. Der Erwartung einer Darstellung und Diskussion dieser komplexen Sachlage galt es in der Arbeit zu entsprechen.

### II.

Nach einer (kurzen) Einführung in die Gesamthematik der Arbeit stellt Verf. Art. 17b IV und V EGBGB dar, und zwar thematisch geordnet nach erstens: Begründung der Ehe, zweitens: Scheidung und Trennung der Ehe sowie drittens: Allgemeine Wirkungen der Ehe.

#### 1.

Dabei beginnt Verf. zunächst mit der Darstellung des sog. Registerstatuts, das vor allem die Eingehung der gleichgeschlechtlichen Ehe nach einem Recht gewährleisten soll, das die gleichgeschlechtliche Ehe auch anerkennt. Hinsichtlich den mit der Form verbundenen Fragen verweist Verf. auf Art. 17b V 1 iVm Art. 13 IV und 11 EGBGB, wobei letztere gerade nicht anzuwenden sind, sondern allein das Registerstatut gilt. Hingegen gilt – der insgesamt umstrittene – Art. 13 III EGBGB entsprechend.

Leider vermisst man ein wenig, welche Bedeutung den sich nach dem Registerstatut zu beurteilenden „materiellen Voraussetzungen der Eheschließung“ letztlich zukommt (z.B. Eheverbote etc.). Etwas vertiefter geht Verf. stattdessen auf die Möglichkeit einer Umwandlung einer nach Auslandsrecht begründeten eingetragenen Lebensgemeinschaft in eine deutsche Ehe ein, die nach § 20a LPartG nicht möglich sei, sondern vielmehr gem. Art. 17b IV 1 iVm I 1 EGBGB neu begründet werden müsse. Streng genommen geht es hierbei aber wohl weniger um eine kollisionsrechtliche Anknüpfungsfrage, sondern wohl eher

<sup>275</sup> Ebd., S. 20.

<sup>276</sup> So Durantaye IPRax 2019, 281 (288)

<sup>277</sup> BT-Drs. 19/4852, S. 43.

um die Auslegung des § 20a LPartG und der Detailfrage nach der Funktionsäquivalenz einer im Ausland geschlossenen eingetragenen Lebenspartnerschaft zu einer nach dem deutschen LPartG begründeten. Verf. verweist noch auf die Anforderungen an eine Registrierung, auf das Vorliegen einer Sachnormverweisung sowie auf den Umgang mit der Anknüpfung von Vorfragen.

## 2.

Verf. fragt nun nach dem auf die Scheidung und Trennung gleichgeschlechtlicher Ehen anzuwendenden Recht und fragt zunächst nach der Anwendbarkeit der Rom III-VO. Verf. meint, die Rom III-VO überlasse es den Mitgliedstaaten, ob sie auf gleichgeschlechtliche Ehen anzuwenden ist, welches der deutsche Gesetzgeber in Art. 17b IV 1 EGBGB schließlich angeordnet habe. Dies wird zwar gleichsam wortwörtlich so auch in der Literatur vertreten (Bsp.: BeckOK/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rn. 57), ist aber überaus fraglich, weil die Rom III-VO möglicherweise schon von sich aus auf gleichgeschlechtliche Ehen anzuwenden ist (so bspw. Calliess/Wiese, Rome Regulations 3rd, Art. 1 Rom III Rn. 11), weshalb der deutsche Gesetzgeber in Art. 17b IV 1 EGBGB letztlich auch nur eine klarstellende Regelung traf (so eben auch ausdrücklich BT-Drcks. 19/4670, S. 27).

Der Sache nach ist es freilich zutreffend, wenn Verf. in der Arbeit anschließend unmittelbar auf die Rom III-VO Bezug nimmt. Die folgenden Ausführungen sind dann auch dem Grunde nach zutreffend, aber in ihrer Allgemeinheit zunächst wenig spezifisch auf die Besonderheiten einer gleichgeschlechtlichen Ehe ausgerichtet und betreffen zum Teil etwas weit ausholend allgemeinere Fragestellungen (Bsp.: gewöhnlicher Aufenthalt). Zutreffend weist Verf. indes auf die Besonderheit hin, dass die Anknüpfungen der Rom III-VO zu Rechtsordnungen führen können, die für die Scheidung gleichgeschlechtlicher Ehen gar keine Regelungen kennen, da sie z.B. gleichgeschlechtliche Ehen nicht anerkennen. Verf. plädiert dafür, in diesem Fall das für heterosexuelle Ehen geltende Recht des an sich berufenen Scheidungsstatuts entsprechend anzuwenden. Verf. erläutert nun noch den Verweis des Art. 17b V 1 EGBGB auf Art. 17 I bis III EGBGB.

## 3.

Anschließend äußert sich Verf. zu den kollisionsrechtlichen Aspekten der allgemeinen Wirkungen einer gleichgeschlechtlichen Ehe. Verf. zählt hierzu nicht die Wirkungen güterrechtlicher, unterhalts-, erb-, abstammungs-

adoptions- und namensrechtlicher Art. Allgemeine – oder persönliche – Ehwirkungen sind nach Art. 17b V 2 EGBGB einer Rechtswahl nach Art. 14 I EGBGB zugänglich, die Verf. eingehender erläutert. Auch legt Verf. das objektive Anknüpfungsmodell dar, das – etwas überraschend (vgl. BeckOGK/Repasi, Art. 17b EGBGB Rn. 80) – nicht entsprechend Art. 14 II EGBGB dem allgemeinen Anknüpfungsmodell folgt, sondern für das schlicht das Registerstatut berufen wird. Hierzu wären weitere erklärende Hinweise der/ des Verf. hilfreich gewesen, warum dies der Gesetzgeber wohl so angeordnet hat.

## III.

In einem letzten Abschnitt unterwirft Verf. den dargestellten Regelungen nun einer kritischen Betrachtung. Verf. blickt dazu zunächst auf die umstrittene Rechtslage vor der Einführung der Ehe für alle zurück. Dies erhellt, dass es im Kern schon immer darum ging, dem Regime des Art. 13 I EGBGB und der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeiten der Verlobten bei gleichgeschlechtlichen Verbindungen auszuweichen. Denn mit einer derartigen Anknüpfung konnte es nationalen Rechten vorbehalten bleiben, ihren Staatsangehörigen den Zugang zu einer gleichgeschlechtlichen Ehe zu erschweren.

Vor Einführung der Ehe für alle galt dies freilich ganz augenscheinlich für das deutsche Recht selbst, da für deutsche Verlobte das deutsche Recht die Eingehung einer Ehe ausschloss (vgl. BGH NJW 2016, 2322, 2325 Rn. 36). Konsequenz war es daher damals, die gleichgeschlechtliche Verbindung wenigstens entsprechend den Regeln für die eingetragene Lebenspartnerschaft in Art. 17b EGBGB aufrecht zu erhalten. Allerdings galt damit auch die so genannte Kappungsgrenze des Art. 17b IV EGBGB aF, die Wirkungen einer im Ausland geschlossenen gleichgeschlechtlichen Verbindung, die über das deutsche LPartG hinausgingen, ausschloss. Auf letzteres geht Verf. allerdings leider nicht ein.

Mit der Öffnung der Ehe für alle entschied sich der deutsche Gesetzgeber dann auch, die Kappungsgrenze fallen zu lassen. Er entschied sich freilich auch nicht, Art. 13 EGBGB für gleichgeschlechtliche Ehen zur Anwendung zu berufen und (ausländischen) Eheverböten und -erschwernissen gegebenenfalls mithilfe eines angepassten Art. 13 II EGBGB zu begegnen. Stattdessen blieb es bei der Anwendung des Registerstatuts nach Art. 17b EGBGB. Dies missachtet möglicherweise den besonderen Sinn, der Art.

13 I EGBGB herkömmlich zugrunde gelegt wird. So betonte etwa das BVerfG in seiner Spanier-Entscheidung: „Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für das Staatsangehörigkeitsprinzip beruht auf der Annahme, es entspreche dem Interesse der Beteiligten, in persönlichen Angelegenheiten nach dem Recht ihres Heimatstaates beurteilt zu werden, weil bei genereller Betrachtung die Staatsangehörigkeit ihre fortdauernde persönliche Verbundenheit mit diesem Staat dokumentiere und ihnen das vom Gesetzgeber der eigenen Nationalität geschaffene, auf Personen ihrer Nationalität ausgerichtete Recht am vertrautesten sei. Hinzu kommt hier das regelmäßig im wohlverstandenen Interesse der ausländischen Verlobten liegende Bestreben, nach Möglichkeit die Voraussetzungen für eine Anerkennung der Ehe in den – vielleicht nur vorübergehend verlassenen – Heimatstaaten der Verlobten zu schaffen, um der Ehe einen entsprechenden Bestandsschutz zu sichern.“ Diesem Ansatz widerspricht die Anknüpfung an das Recht des registerführenden Staats deutlich jedenfalls dann, wenn die Heimatrechte der Verlobten grundsätzlich eine gleichgeschlechtliche Ehe erlauben, aber zB wegen sonstiger Ehehindernisse, etwa wegen eines Verbots der Heirat eines schutzbefohlenen Mündels (vgl. BeckOGK/Rentsch, Art 13 EGBGB Rn. 94), die im Registerstaat unbekannt sind, in einem konkreten Fall die Eingehung einer Ehe nicht gestatten. Es entstünden in einem solchen Fall sog. „hinkende“ gleichgeschlechtliche Ehen. Verf. diskutiert jedoch nicht diese Problemlage, sondern, ob in der – durch die Verlobten durch ihre Wahl eines bestimmten Registerorts immerhin manipulierbare – Anknüpfung an das Recht des registerführenden Staats nicht eine (mittelbare) Diskriminierung der verschiedenen gleichgeschlechtlichen Ehe liegen könnte, für die den Verlobten nach Art. 13 EGBGB eine solche Möglichkeit gerade nicht offen steht. Verf. rechtfertigt jedenfalls diese „Privilegierung“ der gleichgeschlechtlichen Ehe unter Hinweis auf die ansonsten bedrohte Eheschließungsfreiheit, die durch Art. 6 I GG geschützt sei. Dies übergeht freilich nicht nur die *ratio* des Art. 13 II EGBGB spezifisch im IPR, sondern lässt auch im Unklaren, warum Art. 6 I GG, der, wie auch Verf. feststellt, möglicherweise gar keine Anwendung auf gleichgeschlechtliche Verbindungen findet, die Eheschließungsfreiheit mit einem gleichgeschlechtlichen Partner überhaupt schützen sollte.

Die Erwägungen der/des Verf. sind damit zwar gedankenreich, bleiben letztlich aber undeutlich und hätten noch besser mit den spezifisch internationalprivatrechtlichen

Aspekten abgestimmt werden können. Immerhin widmet sich Verf. noch einer besonderen Kritik, weil es rechtstechnisch in der Tat wenig überzeugt, die gleichgeschlechtliche Ehe an eine IPR-Vorschrift der eingetragenen Lebenspartnerschaft zu knüpfen, deren Regelungsgegenstand, jedenfalls im nationalen Recht, ein „Auslaufmodell“ ist. Auch ist der Kritik mit Nachdruck zuzustimmen, dass das EGBGB trotz Einführung der Ehe für alle ganz offensichtlich in Bruch mit diesem Konzept zwei verschiedene Ehebegriffe kennt. Auch stimmt es, wenn Verf. meint, das IPR sei jedenfalls an dieser Stelle kein „blinder Sprung“ mehr in das fremde Recht. Es ist wohl vielmehr richtig, dass die Anknüpfung an das Recht des Registers aus der Idee geboren ist, den Heimatrechten gleichgeschlechtlicher Verlobter eher zu misstrauen und den Sprung hier hinein möglichst zu verhindern.

#### IV.

Dem Fazit der/des Verf., die Ehe für alle gebe es im IPR nicht, ist deutlich zuzustimmen. Sehr akkurat hat Verf. versucht, sich in die Problemlage hineinzuarbeiten und die Ausführungen lesen sich mit großem Gewinn. Die zuvor aufgezeigte Kritik zeigt jedoch, dass man bestimmten Aspekten auch noch vertiefter unter einem spezifisch internationalprivatrechtlichen Ansatz hatte nachgehen können. Formal ist an der Arbeit jedenfalls nichts auszusetzen. Die Arbeit kann deshalb bewertet werden mit

gut (14 Punkte).

*verfasst von Prof. Dr. Volker Wiese, LL.M. (McGill),  
Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales  
Privatrecht und Rechtsvergleich  
an der Leibniz Universität Hannover*

## Klausur im Sachenrecht I, 18 Punkte

stud. iur. Nils Welsch

Die Klausur wurde im Wintersemester 2021/2022 in der Veranstaltung Sachenrecht I an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt. Herzlicher Dank gebührt Herrn Professor Dr. Stephan Meder, der sich mit der Veröffentlichung einverstanden erklärt hat.

### Sachverhalt

Rechtsreferendar R träumt seit langer Zeit von einem neuen Rennrad, mit welchem er standesgemäß zum Gericht fahren kann. Als er nun endlich das dafür erforderliche Geld erspart hat, begibt er sich sogleich zum Fahrradhändler F. Bei diesem kaufte er sich für 1.500 € sein Traum-Rennrad und fuhr direkt damit los. Schnell merkt R allerdings, dass das Rad nicht den gewünschten Effekt auf seine Mitreferendar\*innen hat, welche vom neuen Rad gänzlich unbeeindruckt blieben. R nutzt sein neues Fahrrad daraufhin nicht mehr regelmäßig, es steht vielmehr nutzlos in seinem neuen WG-Zimmer herum und nimmt Platz weg.

R entscheidet sich daher, das Rennrad seinem Mitbewohner und Jura-Studenten C zu leihen, welcher kein eigenes Rad zur Verfügung hat. Der C fährt mit dem Rennrad täglich zur Vorlesung, bis ihm dieses eines Tages vor dem Hörsaalgebäude vom Dieb D gestohlen wurde.

Auch der 15-jährige M möchte dem aktuellen Rennrad-Trend folgen und sucht im Internet nach günstigen Angeboten. Dabei stößt er auf das von Dieb D entwendete und nun inserierte Rennrad. Dieb D bietet hier das Rad zu einem Preis von 200 € an. M wird bei diesem sehr niedrigen Preis für das neuwertige Fahrrad zwar etwas stutzig, schlägt aufgrund des einmaligen Angebotes allerdings direkt zu, ohne den D nach der Herkunft des Rades zu fragen. Bei einem gemeinsamen Treffen einigen sich D und M über den Kaufvertrag und die Übereignung des Rades, welches M sogleich mitnimmt. Im Nachhinein erlangen die Eltern des M Kenntnis von dem „guten Schnapper“ und genehmigen den geschlossenen Kaufvertrag.

Einige Tage später erfährt R von den gesamten Geschehnissen, dem Diebstahl des Rades und dem Weiterverkauf an M. R überlegt sich nun, dass er das Rad sowieso so nicht mehr nutzen würde und ist daher mit der Übereignung des Rennrades an den für ihn sehr sympathischen M einverstanden.

Bei der regelmäßigen Nutzung des Rades bekommt M schnell seinen ersten platten Reifen. Da er Fahrradreifen selbst nicht wechseln kann, bringt er das Fahrrad zu seiner Freundin L, welche den Reifen reparieren soll. Bei der Reparatur erkennt L die hohe Qualität des Fahrrads und möchte dieses gar nicht mehr an M zurückgeben. Sie überredet den M daraufhin, ihr das Rad zu einem Preis von 500 € zu verkaufen und zu übereignen, immerhin würde er dann noch einen Gewinn in Höhe von 300 € machen. Dabei geht die L stets davon aus, dass die Eltern des M in den Verkauf und die Übereignung eingewilligt haben. Als die Eltern des M wenig später von dem Verkauf des Rades erfahren, sind sie erschüttert, dass M das gute Rad verkaufen konnte und sind damit nicht einverstanden.

Die L übereignet das Rennrad sogleich an ihren Opa S weiter, ein passionierter Fahrradsammler. Da dieser sich zunächst jedoch noch auf Weltreise befindet, einigen sich S und L darauf, dass L das Fahrrad für den S verwahrt. Der S geht dabei stets davon aus, dass L mit dem Kauf des Rades auch das Eigentum daran erlangt hat. Auf der weiteren Reise verstirbt der S, sein alleiniger Erbe ist sein Sohn P.

Nach einiger Zeit überlegt es sich der M anders und möchte das Rennrad wieder zurückhaben, immerhin waren seine Eltern eh gegen den Verkauf des Rades.

Kann M die Herausgabe des Rennrades von L verlangen?

**Bearbeiterhinweis:** Es sollen ausschließlich dingliche Ansprüche geprüft werden. Vertragliche, bereicherungsrechtliche sowie deliktische Ansprüche sind nicht zu prüfen.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

**A. Anspruch M gegen L aus § 985**

M könnte gegen L einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrrades aus § 985 BGB<sup>1</sup> haben.

**I. Eigentümer**

Hierfür müsste M zunächst Eigentümer des Fahrrades sein. Das Fahrrad ist als körperlicher Gegenstand eine Sache nach § 90. Eigentum ist das absolute Herrschaftsrecht an einer Sache, welches in § 903 S. 1 näher konkretisiert wird.

**1. Ursprünglicher Eigentümer**

Ursprünglich war gem. der Eigentumsvermutung aus § 1006 Abs. 1 F der Eigentümer des Fahrrades. Durch die Einigung zwischen R und F, der anschließenden Übergabe, dem Einigsein im Zeitpunkt der Übergabe und der Verfügungsbefugnis des F, ist R Eigentümer am Fahrrad geworden.

**2. Eigentum des R****a. Verlust des Eigentums an C**

R könnte das Eigentum an C verloren haben. Zwischen R und C wurde ein schuldrechtlicher Leihvertrag gem. § 598 geschlossen, wodurch das Eigentum unberührt blieb und R lediglich dem C unmittelbaren Fremdbesitz gestattete (§ 868). R hat das Eigentum nicht an C verloren.

**b. Verlust des Eigentums an D**

Indes könnte R durch den Diebstahl des D das Eigentum verloren haben. Eigentum ist ein Recht, das durch den Diebstahl, einen Realakt nicht tangiert wird. Beim Diebstahl wird dem Eigentümer R hier lediglich sein mittelbarer Besitz (§ 868) entzogen, er bleibt aber weiterhin Eigentümer. R hat damit das Eigentum am Fahrrad nicht verloren.

**c. Verlust Eigentum R an M**

Allerdings könnte R das Eigentum an M verloren haben.

**aa. gutgläubiger Erwerb gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1**

R könnte das Eigentum gem. §§ 929 Abs. 1 S. 1, 932 Abs. 1 durch eine Übereignung des D an M verloren haben.

**(1) Einigung**

D und M müssten sich gem. § 929 Abs. 1 S. 1 geeinigt haben. Die dingliche Einigung ist ein abstraktes Rechtsgeschäft. Eine Einigung erfordert zwei übereinstimmende, aufeinander

ander bezogene, hinreichend bestimmte Willenserklärungen, Angebot und Annahme, §§ 145ff. D und M hatten sich geeinigt, dass M neuer Eigentümer am Fahrrad werden soll. Eine dingliche Einigung im Rahmen einer Verfügung liegt damit vor.

**(2) Wirksamkeit Willenserklärung M**

Allerdings könnte die Willenserklärung des M aufgrund beschränkter Geschäftsfähigkeit gem. §§ 106, 2 nach § 108 Abs. 1 unwirksam sein. M ist 15 Jahre alt und damit gem. §§ 106, 2 beschränkt geschäftsfähig. Indes könnte seine Willenserklärung gem. § 107 wirksam sein. Hierfür müsste er durch diese einen lediglich rechtlichen Vorteil erlangen. Ein lediglich rechtlicher Vorteil setzt voraus, dass der Rechtskreis des Minderjährigen nicht verkleinert wird, insofern sind auch rechtlich neutrale Geschäfte umfasst. Die Willenserklärung der dinglichen Einigung ist strikt vom schuldrechtlichen Kaufvertrag zu trennen. Daher erlangt M durch diese Willenserklärung das Recht des Eigentums, sodass sein Rechtskreis durch die Erlangung einer zusätzlichen Rechtsposition erweitert wird, sodass die Willenserklärung des M im Rahmen der dinglichen Einigung wirksam ist gem. § 107. Eine Einigung zwischen M und D liegt damit vor. Die Genehmigung der Eltern gem. §§ 1626, 1629, 184 Abs. 1 ist unbeachtlich.

**(3) Übergabe**

Zwischen M und D müsste gem. § 929 S. 1 eine Übergabe stattgefunden haben. Diese liegt vor, wenn der Veräußerer auf seine Veranlassung hin den Besitz an der Sache einräumt und selbst jegliche Besitzposition aufgibt. D gibt M das Fahrrad, welches M unmittelbar mitnimmt, sodass er den Besitz in Form der tatsächlichen Sachherrschaft gem. § 854 Abs. 1 erlangt. Der Besitz erfordert einen natürlichen Besitzbegründungswillen. Es handelt sich dabei um einen natürlichen Willen, sodass die beschränkte Geschäftsfähigkeit des M unbeachtlich ist und er damit wirksam Besitz begründet hat. D hat dabei jegliche Besitzposition aufgegeben, sodass eine Übergabe vorliegt.

**(4) Einigsein im Zeitpunkt der Übergabe**

D und M sind sich im Zeitpunkt der Übergabe einig geblieben.

**(5) Berechtigung**

D müsste als Veräußerer auch berechtigt gewesen sein. Eine Berechtigung hat grds. nur der Eigentümer oder eine

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

von ihm rechtsgeschäftlich ermächtigte Person. Zunächst war D als Dieb kein Eigentümer und auch nicht gem. § 185 Abs. 1, § 183 S. 1 ermächtigt.

**(a) Gutgläubiger Erwerb durch M gem. § 932 S. 1**

Unabhängig von einer möglichen groben Fahrlässigkeit des M, die gem. § 932 Abs. 2 den gutgläubigen Erwerb ausschließen würde, kommt ein solcher bei gestohlenen Sachen gem. § 935 S. 1 Var. 1 ohnehin nicht in Betracht. Ein gutgläubiger Erwerb scheidet aus.

**(b) Genehmigung gem. § 185 Abs. 2 S. 1, § 184 Abs. 1**

Allerdings könnte R die Verfügung des D gem. §§ 185 Abs. 2 S. 1, 184 Abs. 1 rückwirkend genehmigt haben. Durch sein Einverständnis ist dies konkludent geschehen, sodass die Übereignung rückwirkend wirksam ist. R hat damit sein Eigentum an M übertragen.

**bb. Zwischenergebnis**

M ist damit Eigentümer geworden.

**Korrekturanmerkung:**

Gem. § 929 S. 1.

**3. Verlust Eigentum des M an L**

Allerdings könnte M das Eigentum am Fahrrad gem. § 929 S. 2 an L übertragen haben.

**a. Einigung**

M und L haben sich geeinigt. Allerdings könnte die für die Einigung erforderliche Willenserklärung des M aufgrund seiner beschränkten Geschäftsfähigkeit unwirksam sein (§ 108 Abs. 1). Hier würde M durch wirksame Übereignung und damit durch seine Willenserklärung seine Rechtsposition als Eigentümer verlieren. Damit würde sich sein Rechtskreis vom status quo zum status quo minus wandeln, sodass ein lediglich rechtlicher Vorteil nicht vorliegt und folglich eine Wirksamkeit der Willenserklärung des M gem. § 107 nicht in Betracht kommt.

Allerdings könnte die dann gem. § 108 Abs. 1 schwebend unwirksame Willenserklärung, von dem gesetzlichen Vertreter, hier die Eltern gem. §§ 1626, 1629 genehmigt werden (§ 184 Abs. 1).

**Korrekturanmerkung:**

§ 108 Abs. 1 meint das Rechtsgeschäft, nicht die Willenserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen.

Die Eltern des M waren mit der Übereignung nicht einverstanden, sodass die Genehmigung als endgültig verweigert gilt und damit die Willenserklärung des M endgültig unwirksam ist, sodass L von M kein Eigentum gem. § 929 S. 2 erworben hat.

**4. Verlust Eigentum des M an S**

Indes könnte durch die Veräußerung des Fahrrades durch L an S der M sein Eigentum am Fahrrad verloren haben.

**a. Gutgläubiger Erwerb gem. §§ 929 S. 1, 930, 933**

**aa. Einigung**

Zwischen L und S liegt eine dingliche Einigung über den Übergang des Eigentums vor.

**bb. Übergabe**

Grundsätzlich ist gem. § 929 S. 1 eine Übergabe erforderlich. Eine solche ist zwischen M und S aufgrund der Weltreise des S nie erfolgt. Allerdings kann die Übergabe durch das Übergabesurrogat des Besitzkonstituts gem. § 930 ersetzt werden. Hierfür müssten Erwerber und Veräußerer ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbaren, durch das der Erwerber mittelbaren Besitz gem. § 868 erhält. Hierfür müsste ein Rechtsverhältnis geschlossen worden sein, durch das die L auf Zeit zum Besitz berechtigt war. Zudem müsste sie das Fahrrad mit Fremdbesitzerwillen besessen haben und S müsste einen Herausgabeanspruch gehabt haben. L verpflichtet sich hier das Fahrrad für S zu verwahren, sodass ein Verwahrungsvertrag zwischen L und S gem. § 688 vorlag. Aus diesem resultierte ein Anspruch auf Herausgabe des Fahrrades gem. § 695 S. 1 gegen L. Zudem hatte L erkennbaren Fremdbesitzerwillen, indem sie das Fahrrad für S verwahren wollte. Damit liegt ein Besitzmittlungsverhältnis gem. § 868 zwischen L und S vor. Folglich liegt ein Übergabesurrogat vor.

**cc. Berechtigung**

L müsste auch zur Übertragung des Eigentums berechtigt gewesen sein. Mangels Eigentümerstellung oder sonstiger Berechtigung ist dies nicht der Fall.

**b. gutgläubiger Erwerb gem. §§ 929 S. 1, 930, 933**

Allerdings könnte S gutgläubig Eigentum erworben haben. Hier hatte M der L zwecks Reparatur und später zwecks Kaufvertrag Besitz am Fahrrad verschafft, sodass ein Diebstahl aufgrund der willentlichen Besitzaufgabe des M ausscheidet. Ein gutgläubiger Erwerb ist damit grundsätzlich möglich. Allerdings ist gem. § 933 und dessen Wortlaut

erforderlich, dass der gute Glaube des S zum Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe bestehen muss. Eine faktische Übergabe zwischen L und S fand also nie statt, aufgrund des Todes des S. Bei Tod geht der Besitz, hier der mittelbare Besitz des S als Erfasser an dessen Erben, gem. § 857, hier der P. Allerdings fand nie eine Übergabe zwischen P und L statt. Folglich hat weder S noch P gutgläubig Eigentum am Fahrrad erworben. Damit ist M Eigentümer am Fahrrad.

## II. Besitzer

Anspruchsgegner müsste der Besitzer, hier die L sein. Wie oben dargestellt ist L unmittelbare Fremdbesitzerin und P mittelbarer Besitzer. Der Eigentümer kann gem. § 985 sowohl vom mittelbaren als auch vom unmittelbaren Besitzer die Herausgabe der Sache an sich verlangen, sodass L als unmittelbare Fremdbesitzerin richtige Anspruchsgegnerin ist.

## III. Kein Recht zum Besitz

Zudem dürfte L kein Recht zum Besitz gegenüber M gem. § 986 Abs. 1 haben. Der schuldrechtliche Verwahrungsvertrag zwischen P und L hat keine Wirkung auf M. Zudem hat P gegenüber M ebenfalls kein Recht zum Besitz, sodass auch kein abgeleitetes Recht der L zum Besitz gem. § 986 Abs. 1 S. 1 Var. 2 vorliegt.

## IV. Ergebnis

M hat gegen L einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrrads gem. § 985.

### B. Anspruch aus § 1007 Abs. 1

Ein Anspruch aus § 1007 Abs. 1 scheidet aus, da L gutgläubig gem. § 932 Abs. 2 war.

### C. Anspruch aus § 1007 Abs. 2 S. 1

Ein Anspruch aus § 1007 Abs. 2 S. 1 kommt nicht in Betracht, da wie oben festgestellt L das Fahrrad von M nicht gestohlen hat.

### D. Gesamtergebnis

M hat gegen L einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrrades gem. § 985.

## ANMERKUNGEN

Es handelt sich um eine besonders hervorragende Leistung. Der Verfasser hat alles richtig geprüft und zeigt gutes Verständnis für die Probleme aus dem BGB AT und dem Sachenrecht I. Die Klausur wurde daher mit 18 Punkte bewertet.

## Hausarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht, 16 Punkte

stud. iur. Leandra Nürnberger

Die Hausarbeit wurde im Sommersemester 2021 in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt. Herzlicher Dank gebührt Professor Dr. Hermann Butzer, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

### Sachverhalt

#### Teil 1

Im Jahr 2020 breitete sich weltweit das Corona-Virus SARS-CoV-2 aus. Der Deutsche Bundestag stellte im März 2020 und erneut am 18. November 2020 fest, dass in Deutschland eine epidemische Lage von nationaler Tragweite von unbestimmter Dauer vorliege. Um die Pandemie zu bekämpfen, werden durch das Auswärtige Amt, das BMG und das BMI u.a. fortlaufend andere Staaten als Risikogebiete ausgewiesen. Diese Einstufung beruht dabei zum einen auf den länderspezifischen Neuinfektionszahlen der letzten sieben Tage pro 100.000 Einwohnern (sog. 7-Tage-Inzidenz), zum anderen auf einer Beurteilung der weiteren Gesamtumstände, die für oder gegen ein erhöhtes Ansteckungsrisiko sprechen könnten.

A ist Deutscher und lebt in Hannover. Am 13. Januar 2021 trat er eine von ihm lang ersehnte und bereits seit Februar 2020 geplante Reise nach Namibia an, wo er neben anderen Zielen den Sossusvlei-, den Skelettküsten- und den Etosha-Nationalpark besuchte. Nach herrlichen vierzehn Tagen der Entspannung flog A am 27. Januar 2021 von Windhoek aus zurück in die Heimat und landete nach einem kurzen Zwischenstopp in Frankfurt am Main, bei dem er den Transitbereich des Flughafens nicht verließ, am 28. Januar 2021 in Hannover. Nach Abklärung seiner Urlaubsdestination in einem auf dem Flughafen eingerichteten Kontroll- und Informationsstand des örtlich zuständigen Gesundheitsamtes wurde A mittels eines Antigen-Schnelltests negativ auf das Corona-Virus getestet und ihm sodann nach ordnungsgemäßer Anhörung mündlich mitgeteilt, dass er sich ab sofort für zehn Tage in der eigenen Wohnung oder in einer anderen, eine Absonderung ermöglichenden Unterkunft in Quarantäne begeben müsse. Diese Unterkunft dürfe er für die Dauer der Maßnahme nicht verlassen, direkte körperliche Kontakte zu anderen Personen seien zu vermeiden. Als Begründung wurde angeführt, A komme – was zutrifft – aus einem Risikogebiet. Es bestehe mithin ein erhöhtes Infektionsrisiko. Eine entsprechende Anordnung erfolge gegenüber allen Rückkehrern aus Risikogebieten. Besondere Umstände, die ein Absehen von der Quarantäneanordnung rechtfertigen würden, seien nicht ersichtlich. Der Schutz der Bevölkerung stehe hier im Vordergrund. Frühestens nach fünf Tagen könne A einen weiteren Test auf eine Infektion mit dem Corona-Virus vornehmen lassen. Sollte er hierbei ein negatives Ergebnis vorweisen können, bestehe die Möglichkeit, die Absonderungsdauer zu verkürzen.

A erwiderte, es sei zwar richtig, dass Namibia zu einem Risikogebiet erklärt worden sei. Gleichwohl falle die 7-Tage-Inzidenz in Namibia durchgängig deutlich niedriger aus als in Deutschland und in der Region Hannover. Am 28. Januar 2021 läge – auch dies war korrekt – der Inzidenzwert in Deutschland bei gut 98, in der Region Hannover gar bei etwa 131, in Namibia dagegen lediglich bei 79 Fällen pro 100.000 Einwohnern. Es sei damit nicht ersichtlich, wieso eine Weiterverbreitung des Virus durch ihn wahrscheinlicher sei als bei anderen Bürgerinnen oder Bürgern, die sich in seinem Reisezeitraum im Inland aufgehalten hätten. Außerdem habe er bei seiner Tour durch Namibia zwar verschiedene Stationen gemacht, aber kaum Kontakt zu anderen Personen gehabt, da er alleine gereist sei. Weil er berufstätig sei, könne er nicht einfach zehn Tage lang zu Hause bleiben. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Gesundheitsamtes rechtfertigten die Anordnung dagegen mit dem Umstand, dass es sich bei Namibia weiterhin um ein Risikogebiet handele. Der Inzidenzwert sei nicht das einzige maßgebliche Kriterium. Außerdem müsse das Gesundheitsamt gerade in diesen „verrückten Zeiten“ konsequent handeln. Es könne nicht sein, dass einige Personen aus Risikogebieten in Quarantäne müssten, andere aber nicht. Weil Namibia zudem schon zum Zeitpunkt des Urlaubsantritts ein Risikogebiet gewesen sei, hätte A wissen können, dass er sich aus diesem Grunde nach dem Urlaub absondern müsse.

Nach einiger Diskussion fuhr A direkt mit seinem am Flughafen geparkten Auto zu seiner Wohnung, in welcher er alleine lebt. Noch am selben Abend beschloss er, die Anordnung nicht einfach hinzunehmen und sich vor Gericht dagegen zu wehren. Um so schnell wie möglich Klarheit zu schaffen und um seine Wohnung baldmöglichst wieder verlassen zu können, ließ er deshalb am Freitag, dem 29. Januar 2021, durch seinen Anwalt einen entsprechenden, ordnungsgemäß verfassten Antrag und eine Klage gegen die Anordnung beim zuständigen Verwaltungsgericht einreichen.

Hat der Antrag des A Erfolg?

## Teil 2

B betreibt in der Innenstadt von Hannover ein Restaurant mit großzügigem Außenbereich. Auch er ärgert sich über die aktuellen Corona-Maßnahmen von Bund, Ländern und Gemeinden. Im Zuge steigender Infektionszahlen in Deutschland und in Niedersachsen hatte das Niedersächsische Gesundheitsministerium bereits Ende Oktober 2020 formell ordnungsgemäß verordnet, dass Gastronomiebetriebe vorerst bis Ende November schließen mussten. Einziger der „Außer-Haus-Verkauf“ von Speisen und Getränken blieb weiterhin erlaubt. Dieses Betriebsverbot wurde in der Folge mehrfach, ebenfalls formell ordnungsgemäß, aktuell bis zum 14. Februar 2021 verlängert.

B ist empört. Er sieht nicht ein, warum man alle Restaurants pauschal schließen müsse. Schließlich habe er nach dem ersten „Lockdown“ im März 2020 kräftig in seinen Betrieb investiert und etwa für mehrere Tausend Euro Heizpilze angeschafft, um seinen Gästen – zur Vermeidung der Verbreitung von Aerosolen im Gastraum des Restaurants – auch in der kalten Jahreszeit ein Verweilen im Außenbereich zu ermöglichen. Zudem habe er zwischen den Tischen spezialangefertigte Plexiglasscheiben aufgestellt, um einen Kontakt zwischen verschiedenen Gästegruppen weitestgehend auszuschließen. Sein umfassendes Hygienekonzept sehe darüber hinaus vor, dass alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dauerhaft besonders schützende FFP-2-Masken trügen und regelmäßig und auf seine Kosten auf eine Infektion hin getestet würden. Auch der Dokumentationspflicht bezüglich der Kontaktdaten seiner Gäste sei er immer vorbildlich nachgekommen.

Nachdem sich in der dritten Kalenderwoche 2021 abzeichnete, dass das allgemeingültige Verbot in der aktuellen Landesverordnung eventuell weiter – auch über den 14. Februar 2021 hinaus – Bestand haben könnte, verlor B endgültig die Geduld, und beschloss, gegen die Regelung nunmehr gerichtlich vorzugehen. Nicht nur stehe seine Existenz als Gastronom auf dem Spiel, es gehe ihm letztlich auch „um's Prinzip“. Durch seinen Rechtsanwalt reichte er daher am 29. Januar 2021 einen entsprechenden Antrag beim zuständigen Gericht ein.

Im gerichtlichen Verfahren verteidigt die Landesregierung ihr Vorgehen. Angesichts der bedrohlichen Lage durch die hohen Infektionszahlen sei man gezwungen, harte Maßnahmen zu ergreifen und weitere Infektionen durch Kontaktreduzierungen im öffentlichen Raum zu verhindern, um eine Überlastung der Krankenhäuser auszuschließen und eine Kontaktnachverfolgung durch die Gesundheitsämter zu ermöglichen. Dazu gehöre es auch, das Zusammenkommen vieler Menschen aus unterschiedlichen Haushalten in Gastronomiebetrieben auszuschließen. Ferner könne immerhin weiter ein „Außer-Haus-Verkauf“ stattfinden. Im Übrigen gleiche der Bund Umsatzeinbußen großzügig aus.

Wie wird das Gericht in der Hauptsache entscheiden?

### Bearbeitervermerke:

1. Unterstellen Sie, dass beide gerichtliche Entscheidungen am 1. Februar 2021 ergehen.
2. Es sind alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachterlich – zu erörtern.
3. Von der Verfassungskonformität der Normen des IfSG ist auszugehen. Auf die Niedersächsische Verordnung über Maßnahmen zur Eindämmung des Corona-Virus SARS-CoV-2 (NdsCoronaVO) i.d.F. vom 30.10.2020 (NdsGVBl., S. 368), zuletzt geändert durch VO vom 22.1.2021 (NdsGVBl., S. 26) wird hingewiesen.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

**Antrag des A**

A's Antrag hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und insoweit er begründet ist.

**A. Zulässigkeit****I. Eröffnung der Verwaltungsrechtsweges**

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten müsste eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Es müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art vorliegen und es dürfte keine abdrängende Sonderzuweisung bestehen.<sup>1</sup> Eine Norm ist nach modifizierter Subjekttheorie öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie auf einer Seite spezifisch einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet.<sup>2</sup> Streitscheidende Normen sind solche des IfSG (§§ 28ff. IfSG). Diese berechtigen und verpflichten die Gesundheitsbehörde als Träger öffentlicher Gewalt Maßnahmen zum Infektionsschutz zu ergreifen. Es liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. A wendet sich gegen die Anordnung der sofortigen Absonderung und damit eindeutig gegen eine hoheitliche Maßnahme. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht einschlägig. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

**II. Statthafte Antragsart**

Die statthafte Antragsart richtet sich grds. nach dem Begehren, § 88 VwGO analog. A möchte baldmöglichst seine Wohnung wieder verlassen, sodass Anträge des einstweiligen Rechtsschutzes in Betracht kommen.

**1. § 47 Abs. 6 VwGO**

Es könnte ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 47 Abs. 6 VwGO in Betracht kommen. Dieser ist statthaft, wenn in der Hauptsache ein Normenkontrollantrag nach § 47 Abs. 1 VwGO einschlägig ist.<sup>3</sup> Der Antragsteller müsste die Überprüfung der Wirksamkeit einer

Rechtsvorschrift iSd § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO begehren und das Landesrecht müsste dies vorsehen.<sup>4</sup> Rechtsverordnungen wirken abstrakt-generell und entfalten Außenwirkung.<sup>5</sup> Die Absonderungsanordnung selbst regelt einen konkreten Sachverhalt – die Rückkehr aus einem Risikogebiet – für einen größeren feststehenden Personenkreis – alle Rückkehrer aus diesem Gebiet. Sie wirkt nicht abstrakt-generell. Zwar könnte sie auf einer Rechtsvorschrift, der NdsQuarantäneVO fußen.<sup>6</sup> Allerdings gibt es aber keine Anhaltspunkte dafür, dass A die Klärung der Wirksamkeit der NdsQuarantäneVO begehrt. Vielmehr möchte er Klarheit darüber erlangen, ob er in seinem konkreten Fall tatsächlich in Quarantäne muss bzw. ob er baldmöglichst seine Wohnung wieder verlassen kann. In der Hauptsache ist kein Antrag iSd § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO statthaft. Ein Antrag iSd § 47 Abs. 6 VwGO ist nicht einschlägig.

**2. § 80 Abs. 5 VwGO**

Es könnte ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs iSd § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO in Betracht kommen.

**a) Anfechtungsklage in der Hauptsache**

Ein solcher kommt in Betracht, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage iSd § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO einschlägig ist,<sup>7</sup> also der Kläger die Aufhebung eines belastenden Verwaltungsaktes begehrt.<sup>8</sup> Die Absonderungsanordnung müsste ein Verwaltungsakt iSd § 35 VwVfG<sup>9</sup> sein. Ein Verwaltungsakt ist jede hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die unmittelbare Außenwirkung hat.<sup>10</sup> Vorliegend ordnete das zuständige Gesundheitsamt A's Absonderung nach dessen Rückkehr an. Das Gesundheitsamt müsste eine Behörde iSd § 1 Abs. 1 VwVfG sein. Gem. § 1 Abs. 4 VwVfG ist das jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Aus §§ 159 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3, 161 S. 1 Nr. 4a NKomVG iVm §§ 10 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 2, 3 NGöGD ergibt sich die Zuständigkeit der Region Hannover für Aufgaben des öffentlichen Gesundheitsdienstes im übertragenen Wirkungskreis nach dem IfSG.<sup>11</sup> Das Gesundheitsamt der Region Hannover ist als

<sup>1</sup> Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. 2015, § 24 Rn 1003.

<sup>2</sup> Uerpmann-Witzack, Examens-Repetitorium Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn 5.

<sup>3</sup> Marquardsen/Gerlach, Die Corona-Pandemie in der verwaltungsrechtlichen Prüfung – Teil I, JA 2020, 721 (723).

<sup>4</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 19 Rn 13.

<sup>5</sup> Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 13 Rn 3.

<sup>6</sup> Niedersächsische Verordnung zu Quarantänemaßnahmen für Ein- und Rückreisende zur Eindämmung der Corona-Pandemie.

<sup>7</sup> Marquardsen/Gerlach (Fn. 3), JA 2020, 721 (724).

<sup>8</sup> Uerpmann-Witzack, ExamensRep VerwR AT (Fn. 2), § 3 Rn 46.

<sup>9</sup> IVm § 1 I NVwVfG, welcher auf alle weiteren §§ des VwVfG im Rahmen des Gutachtens Anwendung findet.

<sup>10</sup> Uerpmann-Witzack, ExamensRep VerwR AT (Fn. 2), § 3 Rn 47a.

<sup>11</sup> Hermenau in: Dietlein/Mehde, Beck'scher Online-Kommentar – Kommunalrecht Niedersachsen, 16. Edition, Stand: 01.01.2021, § 161 Rn 8.

untere Gesundheitsbehörde eine Behörde iSd § 1 Abs. 4 VwVfG. Die Anordnung stellt eine hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts dar (s.o.), deren Rechtswirkung unmittelbar nach außen tritt. Sie ist aber an alle Rückkehrer aus Risikogebieten adressiert, sodass sie nicht konkret-individuell iSd § 35 S. 1 VwVfG wirkt. Es könnte sich um eine Allgemeinverfügung iSd § 35 S. 2 VwVfG handeln. Diese bezieht sich inhaltlich auf einen bestimmten Sachverhalt, richtet sich jedoch an einen größeren bestimmbaren Personenkreis und wirkt konkret-generell.<sup>12</sup> Die Anordnung stellt eine konkrete Regelung dar – die Absonderung für zehn Tage – für einen bestimmten Sachverhalt und einen größeren Personenkreis (s.o.). Sie wirkt konkret-generell. Sie ist eine Allgemeinverfügung iSd § 35 S. 2 VwVfG. A begehrt die Aufhebung der ihn belastenden Anordnung, sodass in der Hauptsache eine Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft ist.

#### b) Weitere Voraussetzungen

Die Allgemeinverfügung müsste zudem wirksam sein. Dafür müsste sie ordnungsgemäß bekannt gegeben worden sein, § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG. Gem. § 41 Abs. 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt gegenüber demjenigen bekannt zu geben, für den er bestimmt oder der von ihm betroffen ist. A wurde mündlich mitgeteilt, dass er sich in Absonderung begeben müsse. Es liegt eine personifizierte Mitteilung ggü. demjenigen vor, für den die Anordnung bestimmt ist. Sie wurde wirksam bekannt gegeben. Hinweise für die Nichtigkeit iSd §§ 43 Abs. 3, 44 VwVfG oder die Erledigung gem. § 43 Abs. 2 VwVfG sind nicht gegeben. Die Allgemeinverfügung ist ein wirksamer Verwaltungsakt. Darüber hinaus dürften Rechtsbehelfe nach § 80 Abs. 2 VwGO keine aufschiebende Wirkung haben. Diese könnte gesetzlich ausgeschlossen sein, § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO. Dafür müsste ein förmliches Gesetz des Bundes den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung vorschreiben.<sup>13</sup> Gem. §§ 28 Abs. 3, 16 Abs. 8 IfSG entfällt die aufschiebende Wirkung bei Verwaltungsakten iSd § 28 Abs. 1 IfSG. Dieser umfasst die Schutzmaßnahmen der §§ 29–31 IfSG, also auch die nach § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG.<sup>14</sup> Gem. §§ 28 Abs. 3, 16 Abs. 8 IfSG entfällt kraft Gesetzes die aufschiebende Wirkung. Das IfSG ist zudem ein Gesetz des Bundes.<sup>15</sup> Die aufschiebende Wirkung von

Rechtsbehelfen entfällt gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO.

### 3. Zwischenergebnis

In der Hauptsache ist eine Anfechtungsklage statthaft. Es geht um die Aufhebung der belastenden Allgemeinverfügung, bei der Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben. Ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO ist statthaft. Ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO kommt gem. § 123 Abs. 5 VwGO nicht mehr in Betracht.

### III. Antragsbefugnis

A müsste gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog antragsbefugt sein. Antragsbefugt ist, wer geltend machen kann, durch den Rechtsakt in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt zu sein, wobei die Möglichkeit einer Rechtsgutverletzung ausreicht.<sup>16</sup> A darf vorliegend seine Wohnung für zehn Tage nicht mehr verlassen. Er kann in der Zeit auch nicht zur Arbeit. Es erscheint daher möglich, dass A in seinem Grundrecht auf Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG verletzt ist. Zumindest aber kann eine Verletzung seines Rechtes aus Art. 2 Abs. 1 GG nicht evident ausgeschlossen werden. A ist antragsbefugt.

### IV. Antragsgegner

Der Antrag müsste sich gegen den richtigen Antragsgegner richten, § 78 Abs. 1 VwGO analog. Antragsgegner iSd § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist nach dem Rechtsträgerprinzip grds. die juristische Person des öffentlichen Rechts, deren Behörde den umstrittenen Verwaltungsakt erlassen hat. Als Rechtsträger kommen Bund, Länder und Körperschaften in Betracht.<sup>17</sup> Rechtsträger der unteren Gesundheitsbehörde ist die Region Hannover (s.o.). Die Region Hannover ist eine Gebietskörperschaft, § 3 Abs. 1 NKomVG. Solche zählen als Körperschaften des öffentlichen Rechts zu den juristischen Personen des öffentlichen Rechts.<sup>18</sup> Die Region Hannover ist als juristische Person des öffentlichen Rechts und Rechtsträger des Gesundheitsamtes, welches die Anordnung erlassen hat, richtiger Antragsgegner iSd § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog.

### V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

A ist als natürliche Person beteiligungsfähig gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig.

<sup>12</sup> Kießling in: Kießling, Infektionsschutzgesetz – Kommentar, 1. Aufl. 2020, § 32 Rn 9.

<sup>13</sup> Schoch in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht VwGO – Band I und II Kommentar, 39. EL 2020, § 80 Rn 154.

<sup>14</sup> Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 12), § 30 Rn 14.

<sup>15</sup> Lindner in: Schmidt, COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 17 Rn 15.

<sup>16</sup> Marquardsen/Gerlach (Fn. 3), JA 2020, 721 (725).

<sup>17</sup> Meissner/Schenk in: Schoch/Schneider, VwGO (Fn. 13), § 78 Rn 33.

<sup>18</sup> Pautsch in: Dietlein/Mehde, BeckOK NKomVG (Fn. 11), § 2 Rn 5.

Die Region Hannover ist juristische Person des öffentlichen Rechts und gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig. Sie ist selbst nicht prozessfähig. Von § 62 Abs. 3 VwGO sind auch juristische Personen des öffentlichen Rechts erfasst, sodass für diese vor Gericht der gesetzliche Vertreter handelt.<sup>19</sup> Nach § 86 Abs. 1 S. 2 NKomVG ist das der Hauptverwaltungsbeamte. Gem. § 7 Abs. 1 Alt. 3, Abs. 2 Nr. 5 NKomVG ist das in der Region Hannover der Regionspräsident.

## VI. Vorverfahren

Es handelte eine Niedersächsische Behörde. Es kann dahinstehen ob ein Vorverfahren iFd § 80 Abs. 5 VwGO notwendig ist, gem. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO iVm § 80 Abs. 1 NJG ist es entbehrlich.

## VII. Form und Frist

Es gelten die allgemeinen Formanforderungen nach §§ 81, 82 VwGO analog.<sup>20</sup> Fristen sind bei Anträgen iSd § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO grds. nicht einzuhalten.<sup>21</sup> A stellte bereits einen Tag nach der Anordnung ordnungsgemäß verfassten Antrag und Klage, sodass diese frist- und formgerecht ergingen.

## VIII. Zuständigkeit des Gerichtes

Gem. § 80 Abs. 5 S. 1 iVm §§ 45 ff. VwGO ist das Gericht der Hauptsache zuständig. A hat Antrag und Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht eingereicht. Gem. § 73 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 NJG ist dies das Verwaltungsgericht Hannover.

## IX. Rechtsschutzbedürfnis

A müsste ein hinreichendes Bedürfnis haben, Rechtsschutz zu erlangen. Daran würde es fehlen, wenn der Rechtsbehelf in der Hauptsache offensichtlich unzulässig wäre.<sup>22</sup> Hinweise dafür, dass die Anfechtungsklage offensichtlich unzulässig oder verfristet wäre, sind nicht gegeben. Strittig ist, ob für einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO Widerspruch oder Anfechtungsklage bereits erhoben sein muss. Nach einer Ansicht ist dies Voraussetzung, da es vor deren Einlegung noch keinen Rechtsbehelf gibt, deren aufschiebende Wirkung angeordnet werden kann. Nach einer anderen Ansicht ist dies nicht notwendig, wofür der Wortlaut

des § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO und die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG sprechen.<sup>23</sup> A hat zeitgleich Antrag und Klage eingereicht, sodass der Streit dahinstehen kann. Auch ist ein Aussetzungsverfahren in Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 2-4, S. 2 VwGO nicht vorgeschrieben,<sup>24</sup> sodass das rechtlich schutzwürdige Interesse nicht mangels Aussetzungsantrag iSd § 80 Abs. 4 S. 1 VwGO entfällt. A's Antragsbefugnis indiziert zudem ein rechtlich schutzwürdiges Interesse.

## X. Zwischenergebnis Zulässigkeit

A's Antrag iSd § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO ist zulässig.

## B. Begründetheit

Der Antrag müsste begründet sein. Das ist er, wenn das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das Vollziehungsinteresse überwiegt. Maßgebend sind in erster Linie die Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren. Diese werden beim Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes grds. nur summarisch überprüft und bestehen nur, wenn der zu vollziehende Verwaltungsakt rechtswidrig und der Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt ist.<sup>25</sup> Dann jedenfalls überwiegt das Aussetzungsinteresse.<sup>26</sup> Bleiben die Erfolgsaussichten unklar, ist eine Interessenabwägung vorzunehmen.<sup>27</sup>

## I. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Die Anfechtungsklage müsste zulässig und begründet sein. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit sind im Rahmen der (analogen) Zulässigkeitsprüfung des Antrages nach § 80 Abs. 5 VwGO festgestellt worden. Die Klage wäre begründet, wenn die Anordnung rechtswidrig ist und A dadurch in seinen Rechten verletzt wird. Sie ist rechtswidrig, wenn sie ohne Ermächtigungsgrundlage erlassen worden oder formell oder materiell rechtswidrig ist.

## 1. Ermächtigungsgrundlage der Absonderungsanordnung

Die Anordnung müsste auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage fußen. Dies könnte § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG sein, welcher ausdrücklich die Absonderung in Krankenhäusern oder in sonstiger geeigneter Weise regelt. Aus dem Umkehrschluss, dass § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG zum Erlass

<sup>19</sup> Bier/Steinbeiß-Winkelmann in: Schoch/Schneider, VwGO (Fn. 13), § 62 Rn 17.

<sup>20</sup> Schoch in: Schoch/Schneider, VwGO (Fn. 13), § 80 Rn 478.

<sup>21</sup> Schoch in: Schoch/Schneider, VwGO (Fn. 13), § 80 Rn 469.

<sup>22</sup> Uerpmann-Witzack, ExamensRep VerwR AT (Fn. 2), § 15 Rn 298.

<sup>23</sup> Uerpmann-Witzack, ExamensRep VerwR AT (Fn. 2), § 15 Rn 296.

<sup>24</sup> Schoch in: Schoch/Schneider, VwGO (Fn. 13), § 80 Rn 503.

<sup>25</sup> Erbguth/Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht – mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht, 10. Aufl. 2020, § 21 Rn 14.

<sup>26</sup> Uerpmann-Witzack, ExamensRep VerwR AT (Fn. 2), § 15 Rn 300.

<sup>27</sup> Marquardsen/Gerlach (Fn. 3), JA 2020, 721 (726).

von Rechtsverordnungen ermächtigt, ergibt sich, dass die in § 28 IfSG genannten Maßnahmen ein Vorgehen mit Verwaltungsakt ermöglichen.<sup>28</sup> So auch Maßnahmen iSd § 30 IfSG. Strittig ist, ob ein Rückgriff auf § 28 IfSG als Ermächtigungsgrundlage zulässig ist. Einer Ansicht nach stellt die Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG eine ausreichende Rechtsgrundlage zur Anordnung von Quarantänemaßnahmen dar und wird nicht von § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG verdrängt.<sup>29</sup> §§ 28 Abs. 1 S. 1 iVm 30 Abs. 1 S. 2 IfSG wäre Ermächtigungsgrundlage. Einer anderen Ansicht nach reicht § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG aus und es verbietet sich der Rückgriff auf die Generalklausel.<sup>30</sup> § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG wäre Ermächtigungsgrundlage. Für die letzte Ansicht spricht die unzureichende Reglungsdichte des § 28 IfSG<sup>31</sup> und dass § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG die Eingriffsvoraussetzungen spezieller regelt.<sup>32</sup> Auch der Adressatenkreis des § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG sperrt einen Rückgriff auf die Generalklausel.<sup>33</sup> Die besseren Argumente sprechen für die letzte Ansicht. Die Normen des IfSG sind als verfassungskonform anzusehen, sodass bzgl. des Bestimmtheits- und Zitiergebotes keine Bedenken bestehen. Ermächtigungsgrundlage ist § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG.

## 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Anordnung müsste formell rechtmäßig sein. Sie erfolgte durch das zuständige Gesundheitsamt der Region Hannover (s.o.), nach A's Anhörung. Diese wäre gem. § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG entbehrlich gewesen. Sie wurde begründet, was gem. § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG nur bei schriftlichen oder elektronischen Verwaltungsakten erforderlich wäre. Die Anordnung ist formell rechtmäßig.

## 3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Anordnung müsste materiell rechtmäßig sein. Das ist sie, wenn sie hinreichend bestimmt ist, den Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und eine rechtmäßige Rechtsfolge gewählt ist.

### a) Hinreichende Bestimmtheit der Anordnung

Die Anordnung müsste hinreichend bestimmt sein. Das Bestimmtheitsgebot folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG und ist für

Verwaltungsakte in § 37 Abs. 1 VwVfG normiert.<sup>34</sup> Erforderlich ist, dass aus dem Verwaltungsakt erkennbar wird, wer von wem was verlangt. Es genügt, wenn der Empfänger durch Auslegung nach Treu und Glauben die Regelung aus dem gesamten Inhalt des Bescheids, insb. seiner Begründung und weiterer bekannter oder ohne Weiteres erkennbarer Umstände unzweifelhaft entnehmen kann.<sup>35</sup> Aus der Anordnung lässt sich entnehmen, dass A jeglichen Kontakt zu anderen Personen durch Absonderung für die Dauer von zehn Tagen unterbinden soll. Der Grund und die erlassende Behörde sind erkennbar. Über die Verkürzungsmöglichkeit wird aufgeklärt. Die Anordnung ist hinreichend bestimmt.

### b) Tatbestand § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG

#### aa) Sonstige Krankheit, § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG

Sie müsste aufgrund einer Krankheit iSd § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG erfolgen. Erfasst sind Fälle, bei denen die Krankheit durch soziale Kontakte iSd § 2 Nr. 3 IfSG übertragen werden kann.<sup>36</sup> COVID-19 ist eine, durch das SARS-CoV-2-Virus ausgelöste<sup>37</sup> und über Aerosole von Mensch zu Mensch übertragbare Krankheit.<sup>38</sup> Es liegt eine Krankheit iSd §§ 30 Abs. 1 S. 2 iVm 2 Nr. 3 IfSG vor.

#### bb) Adressat iSd § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG

A müsste als Adressat der Maßnahme Kranker, Krankheits- oder Ansteckungsverdächtiger oder Ausscheider sein. Der Adressatenkreis ist in § 2 Nr. 4-7 IfSG legaldefiniert. Um Kranker, Krankheitsverdächtiger oder Ausscheider zu sein, müsste es Hinweise auf eine Erkrankung (Nr. 4) oder Symptome (Nr. 5) geben oder es müssten Krankheitserreger nachgewiesen worden sein (Nr. 6). Hinweise darauf gibt es bei A nicht. Beim Test am Flughafen konnten keine Krankheitserreger nachgewiesen werden. A war zu dem Zeitpunkt weder Kranker, noch Krankheitsverdächtiger oder Ausscheider. Er könnte trotz negativen Test Ansteckungsverdächtiger sein. Der Test kann bei einer Inkubationszeit von fünf bis sechs Tagen kurz nach der Einreise die Ansteckungsgefahr nicht vollumfänglich ausschließen.<sup>39</sup> Ansteckungsverdächtig iSd § 2 Nr. 7 IfSG ist derjenige, bei

<sup>28</sup> Marquardsen/Gerlach, Die Corona-Pandemie in der verwaltungsrechtlichen Prüfung – Teil II, JA 2020, 801 (801).

<sup>29</sup> OVG Schleswig, BeckRS 2020, 10989 (Rn 11).

<sup>30</sup> OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 8099 (Rn 30).

<sup>31</sup> Stach, Die häusliche Quarantäne nach Ein- oder Rückreise aus dem Ausland, NJW 2021, 10 (11).

<sup>32</sup> VGH München, BeckRS 2020, 33531 (Rn 32).

<sup>33</sup> Marquardsen/Gerlach (Fn. 28), JA 2020, 801 (806).

<sup>34</sup> Marquardsen/Gerlach (Fn. 28), JA 2020, 801 (804).

<sup>35</sup> Erbguth/Guckelberger, VerwR AT (Fn. 25), § 14 Rn 54.

<sup>36</sup> Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 12), § 30 Rn 13.

<sup>37</sup> OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 11641 (Rn 14).

<sup>38</sup> Aligbe, Infektionsschutzrecht in Zeiten von Corona – Der Ratgeber zu den Infektionsgefahren und Schutzmaßnahmen, 1. Aufl. 2021, S. 8.

<sup>39</sup> VGH München, BeckRS 2021, 3815 (Rn 9).

dem die Aufnahme von Krankheitserregern anzunehmen ist, ohne dass dieser Adressat iSd § 2 Nr. 4-6 IfSG ist. Die Annahme besteht bei hinreichender Wahrscheinlichkeit eines infektiösen Kontaktes des Betroffenen.<sup>40</sup>

### (1) Hinreichende Wahrscheinlichkeit

Als Maßstab für die Wahrscheinlichkeit kann auf den polizei- und ordnungsrechtlichen Grundsatz zurück gegriffen werden, dass daran umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je größer und schwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist.<sup>41</sup> Der Maßstab ist flexibel und beurteilt sich unter Berücksichtigung der Eigenheiten der jeweiligen Krankheit, der verfügbaren epidemiologischen Erkenntnisse sowie anhand der Erkenntnisse über Expositionsart, -umfang und -zeitpunkt und der Empfänglichkeit für die Krankheit.<sup>42</sup> Das zugrunde liegende Erkenntnismaterial muss belastbar und auf den konkreten Fall bezogen sein.<sup>43</sup>

### (a) Eigenheiten und epidemiologische

#### Erkenntnisse COVID-19

SARS-CoV-2 ist Auslöser der COVID-19-Erkrankung. Hauptübertragungsweg ist die respiratorische Aufnahme virushaltiger Partikel. Die Erkrankung ist sehr infektiös und manifestiert sich als Infektion der Atemwege mit Symptomen wie Husten, Fieber, Schnupfen, etc. Der Anteil der Infizierten, der tatsächlich erkrankt beträgt bis zu 85%.<sup>44</sup> Es können symptomlose Infektionen aber auch schwere Pneumonien mit Lungenversagen und Tod auftreten.<sup>45</sup> Besondere Gefahr besteht für das Gesundheitssystem, welches bei vielen schweren Verläufen mit deutlich längeren intensivmedizinischen Behandlungen an seine Kapazitätsgrenzen gelangen kann.<sup>46</sup> Seit Mitte Dezember 2020 traten Mutationen sowohl im Vereinigten Königreich, als auch Südafrika auf. Bei beiden Varianten ist von einer erhöhten Übertragbarkeit auszugehen.<sup>47</sup> Das Virus hat sich weltweit verbreitet. In Deutschland wurde die epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt. Diese kann festgestellt werden, wenn eine dynamische Ausbreitung einer

bedrohlichen übertragbaren Krankheit stattfindet, sodass eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit angenommen werden kann (§§ 5 Abs. 1 S. 6 Nr. 2 iVm 2 Nr. 3a IfSG).

### (b) Expositionsart, -umfang und -zeitpunkt, Empfänglichkeit

Aufgrund der Inkubationszeit und A's negativem Test am Flughafen kommt als Expositionszeit und -ort nur der Urlaub in Namibia bzw. die Reise im Flugzeug in Betracht. Namibia gilt als Risikogebiet, trotz durchgängig niedriger Inzidenzwerte. Die Einstufung erfolgt auf Basis der 7-Tage-Inzidenz und der Gesamtumstände im betroffenen Staat, die für oder gegen ein erhöhtes Ansteckungsrisiko sprechen. Berücksichtigt werden u.a. Infektionszahlen, Ausbruchsart, Testkapazitäten, Eindämmungsmaßnahmen, etc.<sup>48</sup> Nach der Risikobewertung dürfte für Einreisende aus Risikogebieten ein hinreichend konkreter Bezug zu einer Infektionsgefahr bestehen.<sup>49</sup> Eine gesetzliche Vermutung ist dahingehend im IfSG aber nicht vorgesehen.<sup>50</sup> Es müssen weitere Faktoren berücksichtigt werden, wie z.B. die Reiseart. Ein hinreichender Abstand wird auf Flugreisen im Transportmittel selbst, aber auch in Wartebereichen nicht immer möglich sein.<sup>51</sup> Zudem ist eine Lüftung mit geeigneten Filtersystemen in Flugzeugen nicht immer gewährleistet. Auch das Bewegungs- und Kontaktpprofil von Reisenden unterscheidet sich typischerweise von dem Daheimgebliebener, u.a. durch stärkere Nutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln oder der Kontaktaufnahme zu Personen, die nicht dem alltäglichen Umfeld entstammen.<sup>52</sup> A bereiste verschiedene Stationen, u.a. typische Tourismusziele wie den Etosha-Nationalpark und räumte ein, dass er Kontakt zu anderen Personen hatte, wenn auch in geringen Ausmaß. Hinweise auf eine besondere Empfänglichkeit gibt es hingegen keine.

<sup>40</sup> Gabriel in: Eckart/Winkelmüller, Beck'scher Online-Kommentar – Infektionsschutzrecht, 3. Edition, Stand: 01.01.2021, § 2 Rn 37.

<sup>41</sup> OVG Münster BeckRS 2021, 28 (Rn 16).

<sup>42</sup> VG Schleswig, BeckRS 2021, 1974 (Rn 8).

<sup>43</sup> Gabriel in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK InfSchR (Fn. 40), § 2 Rn 38.

<sup>44</sup> OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 36298 (Rn 34); BeckRS 2020, 29454 (Rn 28).

<sup>45</sup> OVG Bremen, BeckRS 2020, 33589 (Rn 6).

<sup>46</sup> OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 11641 (Rn 14).

<sup>47</sup> OVG Münster, BeckRS 2021, 28 (Rn 25).

<sup>48</sup> OVG Magdeburg, BeckRS 2020, 37573 (Rn 19).

<sup>49</sup> OVG Magdeburg, BeckRS 2020, 37573 (Rn 19).

<sup>50</sup> Stach (Fn. 31), NJW 2021, 10 (13).

<sup>51</sup> OVG Schleswig, BeckRS 2020, 10989 (Rn 17).

<sup>52</sup> OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 33216 (Rn 36).

**(2) Zwischenergebnis Wahrscheinlichkeit /****Adressat der Maßnahme**

Angesichts der Gefährlichkeit von COVID-19 mit teils schweren bis hin zu tödlichen Krankheitsverläufen, der hohen Infektiosität, der Möglichkeit das Virus unbemerkt weiter zu geben und den daraus resultierenden schweren gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Folgen, insb. die Gefahr eines kollabierenden Gesundheitssystems, ist der möglicherweise eintretende Schaden durch Einreise einer ansteckenden Person besonders hoch. Folglich sind die Wahrscheinlichkeitsanforderungen gering zu halten. Dafür spricht auch der Sinn und Zweck des IfSG eine effektiven infektiologischen Gefahrenabwehr zu gewährleisten.<sup>53</sup> Auch der Wortlaut des § 2 Nr. 7 IfSG lässt ein infektiologisch relevantes Gefahrenpotential genügen<sup>54</sup> und verlangt keinen abschließenden Beweis für eine Erregeraufnahme. Zudem ergibt sich im konkreten Fall aus A's Urlaubsdestination als Risikogebiet, seinem Bewegungsprofil vor Ort und der Reiseart ein erhöhtes infektiologisches Gefahrenpotential, sodass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass A einen infektionsrelevanten Kontakt hatte. A ist Ansteckungsverdächtiger iSd § 2 Nr. 7 IfSG.

**cc) Absonderung iSd § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG**

Die Anordnung müsste eine Absonderung iSd § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG vorsehen. A sollte sich entweder in seine Wohnung oder eine die Absonderung ermöglichende Unterkunft begeben. Es kommt die Absonderung in sonst geeigneter Weise iSd § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 IfSG in Betracht. Teilweise wird vertreten, dass es sich bei der häuslichen Quarantäne mangels Absonderung um keine Quarantäne iSd § 30 IfSG handeln kann.<sup>55</sup> Die Auffassung verkennt den Sinn und Zweck einer Absonderung, der auch im häuslichen Umfeld erreicht werden kann, sofern die Wohnverhältnisse dies ermöglichen.<sup>56</sup> A lebt allein, sodass sich die Wohnung für eine Absonderung iSd § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 IfSG eignet.

**dd) Zwischenergebnis Tatbestand**

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG liegen vor.

**c) Rechtsfolge**

Die Rechtsfolge müsste ermessensfehlerfrei sein. § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG räumt der zuständigen Behörde Entscheidungsermessen ein.<sup>57</sup> Die Tatbestandsvoraussetzungen liegen vor. Hinweise, die eine Ausnahme vom Ergreifen der Maßnahme rechtfertigen würden, sind nicht gegeben. Ein Tätigwerden der Gesundheitsbehörde ist vom Ermessensspielraum umfasst. Allerdings könnten Ermessensfehler hinsichtlich des Auswahlermessens vorliegen.

**(1) Ermessensfehler bzgl. der Störer-Auswahl**

Eventuelle hätte die Behörde Ermittlungen anstellen müssen, bevor sie bei A einen Ansteckungsverdacht feststellte und ihn als infektiologischen Störer einstufte. Ohne aussagekräftige Tatsachengrundlage lässt sich eine Erregeraufnahme nicht zuverlässig bewerten.<sup>58</sup> Dafür genügt angesichts der in Rede stehenden epidemischen Gefahr ein relativ großzügiger Plausibilitätsmaßstab.<sup>59</sup> Zudem ist es nahezu ausgeschlossen, die Kontakte einer Person vor ihrer Einreise in jedem Einzelfall rekonstruieren zu können, um den Ansteckungsverdacht auszuräumen.<sup>60</sup> Die Behörde testete A, hörte diesen an und stützte anschließend dessen Einstufung als Ansteckungsverdächtigen auf die bisherigen epidemiologischen Erkenntnisse und die Einzelfallumstände, welche ein hinreichendes Gefährdungspotential begründeten (s.o.). Eine fehlerhafte Adressatenauswahl ist nicht ersichtlich.

**(2) Ermessensfehler bzgl. Absonderungsanordnung**

Die Anordnung selbst müsste ermessensfehlerfrei erfolgt sein, § 40 VwVfG. Ein Nichtgebrauch trotz Ermessensspielraum (Ermessensunterschreitung)<sup>61</sup> ist angesichts der Überprüfung, ob eine Ausnahme gerechtfertigt wäre nicht einschlägig. Es könnte ein Ermessens Fehlgebrauch in Form einer sachfremden Erwägung vorliegen, indem die Behörde anführt, dass das Gesundheitsamt gerade in diesen verrückten Zeiten konsequent handeln müsse. Bei

<sup>53</sup> Rixen, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, 1097 (1100).

<sup>54</sup> Rixen (Fn. 53), NJW 2020, 1097 (1100).

<sup>55</sup> Lindner in: Schmidt, COVID-19 (Fn. 15), § 17 Rn. 79.

<sup>56</sup> Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 12), § 30 Rn 14.

<sup>57</sup> Sodan in: Ehlers/Fehling/ Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht – Band 2 Planungs-, Bau- und Straßenrecht, Umwelt- und Gesundheitsrecht, Medien- und Informationsrecht, 4. Auflage, 2020, § 56 Rn 51.

<sup>58</sup> Stach (Fn. 31), NJW 2021, 10 (13).

<sup>59</sup> Rixen (Fn. 53), NJW 2020, 1097 (1100).

<sup>60</sup> OVG Schleswig, BeckRS 2020, 10989 (Rn 17).

<sup>61</sup> Bull/Mehde, VerwR AT (Fn. 1), § 16 Rn 594.

einem Fehlgebrauch hält die Behörde den Rahmen der Ermächtigungsnorm ein, übt ihr Ermessen aber aus Gründen außerhalb des Ermessenszwecks aus.<sup>62</sup> § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG ermächtigt zur Absonderungsanordnung, mit dem Zweck Infektionsketten zu unterbrechen und die öffentliche Gesundheit zu schützen.<sup>63</sup> Ein konsequentes Handeln des Gesundheitsamtes sorgt für die bessere Nachvollziehbarkeit und Akzeptanz der Maßnahmen, sowie einen effektiven Schutz der öffentlichen Gesundheit. Konsequentes Handeln zu wollen ist ein Grund innerhalb des Ermessenszwecks. Eine sachfremde Erwägung liegt nicht vor. Es könnte eine Ermessensüberschreitung vorliegen. Dabei wählt die Behörde eine Rechtsfolge, die nicht mehr vom Ermessensspielraum umfasst ist. Grenzen des Ermessensspielraums ergeben sich aus dem Gleichheits- und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.<sup>64</sup>

#### (a) Gleichheitsgrundsatz

Die Anordnung dürfte nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Dieser ist verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten/ -betroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede vorliegen, die die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten.<sup>65</sup> A wendet ein, dass angesichts der Inzidenzwerte in Namibia und Hannover von ihm keine größere Infektionsgefahr ausgeht, als von Daheimgebliebenen. Reiserückkehrer und Daheimgebliebene, die sich im Inland in einem Gebiet mit erhöhter Inzidenz aufgehalten haben sind schon wegen des typischerweise anderen Bewegungs- und Kontaktprofil von Reisenden (s.o.) nicht vergleichbar.<sup>66</sup> Auch unterliegen Personen für die Zeit ihres Aufenthalts im Risikogebiet nicht den gleichen Beschränkungen des öffentlichen Lebens wie Daheimgebliebene.<sup>67</sup> Wegen der unterschiedlich ausgestalteten Art und Häufigkeit der Testung weltweit sind auch die Inzidenzwerte nicht unbedingt vergleichbar.<sup>68</sup> Eine Vergleichbarkeit der Gruppen oder des Sachverhaltes ist nicht gegeben. Zumal eine Ungleichbehandlung dem Zweck entsprechend aus infektionsschutzrechtlichen

Gründen gerechtfertigt sein könnte.<sup>69</sup> Die Anordnung verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

#### (b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Die Anordnung müsste verhältnismäßig sein. Das ist sie, wenn mit der Maßnahme ein legitimer Zweck verfolgt wird und sie zur Erreichung des Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.<sup>70</sup>

#### (aa) Legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit

Der Zweck der Absonderung iSd § 30 Abs. 1 IfSG ist die Unterbrechung von Infektionsketten durch Distanzierung möglicherweise infektiöser Personen von anderen.<sup>71</sup> Dies ergibt sich auch aus dem in § 1 IfSG normierten Ziel, übertragbare Krankheiten zu erkennen, vorzubeugen und einzudämmen. Die Absonderung wird angeordnet, um das von A ausgehende Risiko einer Ansteckung für andere zu reduzieren und die Weiterverbreitung zu verhindern. Sie verfolgt einen legitimen Zweck. Die Absonderung müsste geeignet sein. Das ist sie, wenn sie den erstrebten Erfolg herbeizuführen oder zumindest zu fördern vermag.<sup>72</sup> Die Weiterverbreitung lässt sich nicht vollständig vermeiden, solange Übertragungswege nicht nachvollziehbar sind, sodass die Maßnahme ungeeignet sein könnte. Allerdings dient auch eine Verlangsamung der Ausbreitung dem Zweck des § 1 Abs. 1 IfSG.<sup>73</sup> Nach bisherigen Kenntnisstand ist die strikte, systematische Reduzierung von Kontakten geeignet, das Infektionsgeschehen wirksam einzudämmen.<sup>74</sup> Bei der Absonderung werden Kontakte reduziert und so Infektionsketten unterbrochen. Es handelt sich um eine den Zweck zumindest fördernde Maßnahme. Sie müsste erforderlich sein. Das ist sie, wenn kein milderes Mittel besteht, welches bei gleicher Eignung eine weniger intensive Grundrechtseinschränkung nach sich ziehen würde.<sup>75</sup> Als mildere Mittel käme v.a. die Anordnung eines strengen Hygienekonzepts in Betracht, wonach A bspw. nur mit FFP-2-Maske und Handschuhen die Wohnung verlassen darf, sowie die Anordnung von Home-Office, wenn dies möglich ist. Die Kontrollierbarkeit der Umsetzung

<sup>62</sup> Sachs in: Stelkens/Bonk, *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*, 9. Auflage, 2018, § 40 Rn 62.

<sup>63</sup> Kießling in: Kießling, *IfSG* (Fn. 12), § 30 Rn 1f.

<sup>64</sup> Bull/Mehde, *VerwR AT* (Fn. 1), § 16 Rn 595.

<sup>65</sup> VGH Mannheim, *NVwZ* 2021, 86 (Rn 51).

<sup>66</sup> OVG Lüneburg, *BeckRS* 2020, 33216 (Rn 36).

<sup>67</sup> VGH Mannheim, *NVwZ* 2021, 86 (Rn 57).

<sup>68</sup> OVG Lüneburg, *BeckRS* 2020, 33216 (Rn 37).

<sup>69</sup> VGH Mannheim, *NVwZ* 2021, 86 (Rn 54).

<sup>70</sup> Peine/Siegel, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Auflage, 2020, § 13 Rn 535.

<sup>71</sup> Kießling in: Kießling, *IfSG* (Fn. 12), § 30 Rn 1.

<sup>72</sup> Bull/Mehde, *VerwaltungsR AT* (Fn. 1), § 4 Rn 150.

<sup>73</sup> VG Hamburg, *BeckRS* 2020, 4762 (Rn 45).

<sup>74</sup> BayVerfGH, *BeckRS* 2020, 3698 (Rn 31).

<sup>75</sup> Stach (Fn. 31), *NJW* 2021, 10 (14).

dürfte aber schwieriger sein. Auch die gleiche Eignung kann vor dem Hintergrund von Anwendungsfehlern, bspw. beim falschen Tragen einer Maske, in Abrede gestellt werden. Zudem stellt die häusliche Absonderung das mildere Mittel ggü. der Absonderung in einem Krankenhaus dar.<sup>76</sup> Die Absonderung ist auch erforderlich.

#### **(bb) Angemessenheit**

Sie müsste angemessen sein. Eine Maßnahme ist angemessen, wenn das eingesetzte Mittel nicht außer Verhältnis zu dem mit ihm verfolgten Zweck steht.<sup>77</sup> Liegt ein schwerer Eingriff in das von der Maßnahme betroffene Interesse vor, muss auf der anderen Seite das zu schützende Interesse und der Nutzen entsprechend hoch sein.<sup>78</sup> Die Absonderungsmaßnahme dient dem Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit, womit der Staat seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nachkommt.<sup>79</sup> Diese Pflicht muss umso ernster genommen werden, je höher der Rang des infrage stehenden Rechtsgutes ist.<sup>80</sup> Dem menschliche Leben kommt innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung ein Höchstwert zu.<sup>81</sup> Demgegenüber stehen die betroffenen Grundrechte, wie die Rechte aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 iVm Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 11 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG. Diese werden nicht schrankenlos gewährleistet. Art. 2 Abs. 2 S. 2 iVm Art. 104 Abs. 2 GG sowie Art. 11 GG unterliegen bspw. einem Gesetzesvorbehalt, sodass ein Eingriff durch die verfassungskonformen Normen des IfSG zur Seuchenabwehr gerechtfertigt werden könnte. Ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG ist mangels fehlender berufsregelnder Tendenz der Anordnung nicht gegeben.<sup>82</sup> Darüber hinaus liegt mit dem Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit ein vernünftiger Grund des Gemeinwohls vor. Ein Eingriff auf Ebene der Berufsausübungsregelung kann dann gerechtfertigt werden.<sup>83</sup> Die Eingriffe werden umso intensiver, je länger die Maßnahme andauert.<sup>84</sup> Vorliegend dauert die Maßnahme nur zehn Tage und kann durch einen erneuten Test auf fünf Tage verkürzt werden. Vor dem Hintergrund, dass es sich dabei auch noch um ein Wochenende handelt, dürften auch die Fehltage auf der Arbeit nicht sehr schwer ins Gewicht fallen und ggf. durch Entgeltfortzahlung oder Verdienstausschüttung

gung nach § 56 IfSG kompensiert werden. Auch war die Notwendigkeit einer Absonderung bereits vor Reiseantritt bekannt. Die Eingriffsintensität wird zudem durch die Möglichkeit Ausnahmen zu machen, was unzumutbare Belastungen ausschließen soll, abgemildert.<sup>85</sup> Die Tatsache, dass gerade kein Ausnahmegrund vorliegt, spricht für die Zumutbarkeit. Die Eingriffe sind angesichts der Dauer und in Frage stehenden Beeinträchtigungen nicht sehr intensiv. Demgegenüber steht der vergleichsweise hohe Nutzen der Absonderung für die öffentliche Gesundheit. Sie ist geeignet Infektionsketten zu unterbrechen und so eine Vielzahl an Personen vor Erkrankungen zu schützen. Auch dem Erhalt der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems kommt ein hohes Gewicht zu, denn dieses ist zur Erfüllung der Schutzpflichten unverzichtbar. Die Nachteile, die mit der Verbreitung durch Einreisende als unentdeckte Überträger verbunden sind, wiegen zudem wirtschaftlich und gesundheitsökonomisch schwer. Das öffentliche Interesse an der Unterbrechung von Infektionsketten, der Eindämmung der Pandemie und daraus resultierend der Entlastung des Gesundheitssystems überwiegt A's Interesse seine Wohnung baldmöglichst wieder verlassen zu können. Die Anordnung ist angemessen.

#### **4. Zwischenergebnis Rechtmäßigkeit der Anordnung**

Die Anordnung ist hinreichend bestimmt, erfüllt den Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage und ist verhältnismäßig. Sie ist materiell rechtmäßig. Ein Verstoß gegen andere Rechtsgrundsätze ist nicht ersichtlich. Auch wird nichts tatsächlich oder rechtlich Unmögliches verlangt, wodurch die Anordnung unwirksam würde. Sie ist formell und materiell rechtmäßig.

#### **II. Zwischenergebnis Erfolgsaussichten in der Hauptsache**

Die Anordnung ist rechtmäßig und verletzt A nicht in seinen Rechten. A's Klage wäre zulässig, aber unbegründet. Sie hätte keine Aussicht auf Erfolg.

<sup>76</sup> Riedner/Müller, Grundrechte in Zeiten einer Pandemie – Ein Zwischenstand (März 2020–August 2020), VR 2021, 87 (88).

<sup>77</sup> Peine/Siegel, VerwR AT (Fn. 70), § 7 Rn 185.

<sup>78</sup> Marquardsen/Gerlach (Fn. 28), JA 2020, 801 (807).

<sup>79</sup> OVG Magdeburg, BeckRS 2020, 37573 (Rn 31).

<sup>80</sup> Marquardsen/Gerlach (Fn. 28), JA 2020, 801 (807).

<sup>81</sup> Marquardsen/Gerlach (Fn. 28), JA 2020, 801 (807).

<sup>82</sup> VGH Mannheim, NVwZ 2021, 86 (Rn 47).

<sup>83</sup> Kestges, Examinatorium Grundrechte, 1. Auflage, 2020, S. 55.

<sup>84</sup> Stach (Fn. 31), NJW 2021, 10 (15).

<sup>85</sup> Rixen (Fn. 53), NJW 2020, 1097 (1101).

### C. Ergebnis

Die Erfolgsaussichten in der Hauptsache sind eindeutig, sodass eine Interessenabwägung entfällt. Das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt A's Aussetzungsinteresse. Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist zulässig aber unbegründet und hat keine Aussicht auf Erfolg.

### Antrag des B

Das Gericht wird B's Antrag in der Hauptsache stattgeben, wenn dieser zulässig und insoweit er begründet ist.

### A. Zulässigkeit

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängende Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Streitentscheidend sind die Normen des IfSG und die Regelung der Landesverordnung (§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO).<sup>86</sup> Diese berechnen und verpflichten das Gesundheitsministerium als Träger öffentlicher Gewalt Maßnahmen zum Infektionsschutz zu ergreifen, u.a. Öffnungsverbote für Gastronomiebetriebe zu erlassen. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor. B wendet sich gegen das Öffnungsverbot und damit eindeutig gegen eine hoheitliche Maßnahme. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht einschlägig. Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet.

#### II. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren, § 88 VwGO. B sieht nicht ein, warum pauschal alle Restaurants schließen müssen. Er möchte gegen das all-gemeingültige Öffnungsverbot von Gastronomiebetrieben vorgehen, wobei es ihm „um's Prinzip“ geht. Dies ist so zu verstehen, dass B die Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Öffnungsverbots auf Grundlage des § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO begehrt. In Betracht kommt ein Normenkontrollantrag iSd § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO. Die NdsCoronaVO ist kein förmliches Gesetz, sondern eine im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsverordnung des Niedersächsischen Gesundheitsministeriums zur Abwehr der

Gefahren durch SARS-CoV-2. § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO gilt auch für diejenigen, die zum Zeitpunkt des Erlasses noch kein Gaststättengewerbe betrieben haben,<sup>87</sup> sodass kein von vornherein feststehender Personenkreis adressiert wird. Folglich handelt es sich um eine abstrakt-generelle Regelung, welche den Rechtskreis natürlicher oder juristischer Personen berührt und somit Außenwirkung entfaltet. Die Verordnung müsste bereits erlassen sein. Die Verlängerung war zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht beschlossen. B stellte aber am 29.01.2021 Antrag gegen die bereits am 30.10.2020 erlassene und bis zum 14.02.2021 wirksame Verordnung. Diese ist tauglicher Antragsgegenstand iSd § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet (s.o.), sodass die NdsCoronaVO vom Rahmen der Gerichtsbarkeit des OVG umfasst ist. § 75 NJG sieht eine Überprüfung durch das OVG vor. Ein Normenkontrollantrag iSd § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ist statthaft.

#### III. Antragsbefugnis

B ist als natürliche Person gem. § 47 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 VwGO grds. antragsberechtigt. Gem. § 47 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 VwGO müsste er geltend machen durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in seinen Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden.<sup>88</sup> § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO ist an die Betreiber eines Gastronomiebetriebes adressiert und ordnet deren Schließung an. Es erscheint daher möglich, dass B in seinem Grundrecht auf Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 I GG zumindest aber in seinem Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist. B ist antragsbefugt iSd § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO.

#### IV. Antragsgegner

B müsste den Antrag gegen den richtigen Antragsgegner gestellt haben. Der Antrag ist nach § 47 Abs. 2 S. 2 VwGO gegen die Körperschaft, Anstalt oder Stiftung zu richten, welche die Rechtsvorschrift erlassen hat.<sup>89</sup> Die Verordnung wurde durch das Niedersächsische Gesundheitsministerium erlassen. Dieses ist gem. Anlage 1 Abs. 2 Nr. 4.22 NdsLandRegGeschäftV<sup>90</sup> für den öffentlichen Gesundheitsdienst innerhalb seines Geschäftsbereiches tätig geworden. In diesen Fällen vertritt das Ministerium gem. II NDSVertret2012<sup>91</sup> das Land Niedersachsen. Norm-

<sup>86</sup> Niedersächsische Verordnung über Maßnahmen zur Eindämmung des Corona-Virus SARS-CoV-2 idF v. 30.10.2020, zuletzt geändert durch VO v. 22.01.2021; im Folgenden immer abgekürzt mit NdsCoronaVO.

<sup>87</sup> Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 13), § 32 Rn 20.

<sup>88</sup> Panzer in: Schoch/ Schneider, VwGO (Fn. 13), § 47 Rn 39.

<sup>89</sup> Panzer in: Schoch/ Schneider, VwGO (Fn. 13), § 47 Rn 83.

<sup>90</sup> Geschäftsverteilung der Niedersächsischen Landesregierung, v. 17.7.2012 (Nds.MBl. S. 610), idF v. 23.6.2020 (Nds. MBl. S. 516), folgend abgekürzt mit: NdsLandRegGeschäftV.

<sup>91</sup> RdErl. zur Vertretung des Landes Niedersachsen, v. 12.07.2012 (Nds.MBl. 2012, 578), idF v. 09.11.2020 (Nds. MBl. S. 1274); folgend abkürzt mit: NDSVertret2012.

erlassende Körperschaft ist das Land Niedersachsen in Vertretung durch das Gesundheitsministerium.

### V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

B ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligungsfähig und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Das Land Niedersachsen ist als juristische Person des öffentlichen Rechts gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig. Es ist nicht selbst prozessfähig. Vor Gericht handelt gem. § 62 Abs. 3 VwGO der gesetzliche Vertreter. Gem. V Nr. 2c NDSVertret2012 wird das Land durch die Behörde vertreten, die für die streitgegenständliche Angelegenheit sachlich zuständig ist, hier das Niedersächsische Gesundheitsministerium (s.o.). Das Verfahren findet vor dem OVG statt, sodass sich jeder Beteiligte gem. § 67 IV, II 1 VwGO von einem Prozessbevollmächtigten iSd § 67 Abs. 2 S. 1 VwGO vertreten lassen muss.<sup>92</sup>

### VI. Form und Frist

Mangels Sachverhaltsangaben wird unterstellt, dass der Antrag formell ordnungsgemäß erging. Nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO gilt eine Antragsfrist von einem Jahr nach Bekanntgabe. Die NdsCoronaVO wurde am 30.10.2020 erlassen und bekannt gegeben.<sup>93</sup> B stellte fristgerecht am 29.01.2021 Antrag.

### VII. Zuständigkeit des Gerichts

B hat Antrag beim zuständigen Gericht eingereicht. Hinweise auf einen Vorbehalt des Verfassungsgerichts iSd § 47 Abs. 3 VwGO bestehen nicht. Sachlich zuständig ist gem. § 47 Abs. 1 VwGO das OVG. Für das Land Niedersachsen ist das gem. § 74 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 NJG das Oberverwaltungsgericht in Lüneburg.

### VIII. Rechtsschutzbedürfnis

B müsste ein rechtlich schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit haben. Dieses fehlt, wenn der Antragsteller seine Rechtsstellung durch die Erklärung der Unwirksamkeit der angegriffenen Rechtsnorm nicht verbessern kann.<sup>94</sup> An einem schutzwürdigen Interesse könnte es fehlen, weil es B „um’s Prinzip“ geht. Er kann seine Rechtsstellung aber dahingehend verbessern, dass

er seinen Betrieb wieder öffnen darf, sollte die Norm für unwirksam erklärt werden. Das Hauptverfahren ist auch nicht offensichtlich unzulässig oder verfristet. Einfachere Wege Rechtsschutz zu erlangen sind nicht ersichtlich, insb. kommt bei der Normenkontrolle kein Widerspruch in Betracht.<sup>95</sup> Zudem wird ein rechtlich schutzwürdiges Interesse durch die Antragsbefugnis indiziert.<sup>96</sup> B hat ein rechtlich schutzwürdiges Interesse.

### IX. Zwischenergebnis Zulässigkeit

B’s Antrag ist zulässig.

### B. Begründetheit

Der Antrag müsste begründet sein. Das ist er, wenn die Satzung oder Verordnung rechtswidrig ist.<sup>97</sup> Sie ist rechtswidrig, wenn sie auf keiner Ermächtigungsgrundlage fußt oder sich als formell oder materiell rechtswidrig erweist.

### I. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der NdsCoronaVO ist §§ 32 S. 1, 2 iVm 28 Abs. 1 S. 1, 2 IfSG, wonach die Landesregierung unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28-31 IfSG maßgebend sind durch Rechtsverordnungen entsprechende Ge- und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten erlassen kann. Es ist von der Verfassungskonformität der Normen des IfSG auszugehen, sodass es keiner formellen oder materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung der Ermächtigungsgrundlage bedarf.

### II. Formelle Rechtmäßigkeit der NdsCoronaVO

Das Gesundheitsministerium müsste für den Erlass der Verordnung zuständig gewesen sein. Gem. § 3 Nr. 1 NdsSubdelegVO<sup>98</sup> wird dem Gesundheitsministerium die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen iSd § 32 S. 1 IfSG übertragen. § 32 S. 2 IfSG sieht dies auch vor. Das Niedersächsische Gesundheitsministerium war zuständig. Die NdsCoronaVO wurde formell ordnungsgemäß erlassen. Sie ist formell rechtmäßig.

### III. Materielle Rechtmäßigkeit der NdsCoronaVO

Das Öffnungsverbot der NdsCoronaVO müsste materiell rechtmäßig sein. Das ist sie, wenn die Voraussetzungen

<sup>92</sup> Hufen, VerwaltungsprozessR (Fn. 4), § 19 Rn 8.

<sup>93</sup> In Nds.GVBl 2020, 368; idF v. 22.01.2021 am 23.01.2021 in Nds. GVBl 2021, 26.

<sup>94</sup> Giesberts in: Posser/ Wolff, Beck’scher Online-Kommentar – VwGO, 56. Edition, Stand: 01.01.2021, § 47 Rn 43.

<sup>95</sup> Hufen, VerwaltungsprozessR (Fn. 4), § 19 Rn 41.

<sup>96</sup> Giesberts in: Posser/ Wolff, BeckOK VwGO (Fn. 94), § 47 Rn 43.

<sup>97</sup> Uerpman-Wittzack, ExamensRep VerwR AT (Fn. 2), § 14 Rn 291.

<sup>98</sup> Verordnung zur Übertragung von Ermächtigungen aufgrund bundesgesetzlicher Vorschriften des Landes Niedersachsen v. 09.12.2011 (Nds. GVBl. S. 487), idF v. 04.08. 2020 (Nds. GVBl. S. 266).

der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und sie nicht gegen sonstiges höherrangiges Recht verstößt.

### 1. Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Zunächst müssten die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und die Maßnahme müsste sich in deren Rahmen halten. § 32 IfSG verweist für die möglichen Maßnahmen und Voraussetzungen auf die §§ 28–31 IfSG, sodass zunächst die Voraussetzungen des § 28 IfSG vorliegen müssten.

#### a) Auftreten einer übertragbaren Krankheit,

##### § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG

Es müssten Kranke, Krankheits- oder Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt worden sein. Das bedeutet, dass eine übertragbare Krankheit aufgetreten sein muss, wobei es einen örtlichen Bezug zum Krankheitsgeschehen geben muss.<sup>99</sup> COVID-19 ist eine übertragbare Krankheit (s.o.), wobei durch die steigenden Infektionszahlen zahlreiche Kranke, Krankheits- oder Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider auch in Niedersachsen festgestellt worden sind. Ein örtlicher Bezug ist gegeben. Eine übertragbare Krankheit iSd § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG ist aufgetreten.

#### b) Nicht-Störer als Adressat der Maßnahme

Fraglich ist, ob die Maßnahmen auch ggü. Personen erfolgen dürfen, die nicht zu der in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG benannten Personengruppe gehören. Die benannte Personengruppe, die als Störer einzustufen ist, wegen der von ihr ausgehenden Gefahr der Weiterverbreitung, ist zwar vorrangiger Adressat. Es können aber auch Dritte Adressat von Maßnahmen iSd § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG sein.<sup>100</sup> So kann ein hinreichender Bezug zu einer Infektionsgefahr anzunehmen sein, wenn sich Personen in Arbeits- und Betriebsstätten, sowie in für Kunden- und Besucherverkehr geöffneten Einrichtungen aller Art aufhalten, bei denen sich eine Vielzahl von Mitarbeitern und Besuchern unmittelbar persönlich begegnen können und deshalb eine erhöhende infektiologische Gefahrenlage besteht.<sup>101</sup> Dies ist auch in einem Gastronomiebetrieb anzunehmen, sodass auch dieser Adressat der Maßnahmen iSd § 28 Abs. 1 S. 1

IfSG sein kann.

#### c) Schutzmaßnahme, § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG

Das Öffnungsverbot müsste von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt, also eine Schutzmaßnahme iSd § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG sein. Was von Schutzmaßnahmen iSd § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG umfasst ist, ist weit auszulegen, um den Infektionsschutzbehörden ein breites Spektrum geeigneter Maßnahmen an die Hand zu geben. Zugleich ist der Umfang nach Inhalt und Zweck der Rechtsgrundlage hinreichend zu begrenzen. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG umfasst so auch Maßnahmen, die Untersagungen oder Beschränkungen von unternehmerischen Tätigkeiten in den Bereichen Industrie, Gewerbe, Handel und Dienstleistungen zum Inhalt haben.<sup>102</sup> Mit dem Verbot iSd § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO für Gastronomiebetriebe iSd § 1 Abs. 3 NGastG liegt eine Beschränkung der unternehmerischen Tätigkeit im Dienstleistungsbereich vor. Das Öffnungsverbot iSd § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO ist von den Maßnahmen des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG gedeckt.

#### d) Erforderlichkeit der Maßnahme

##### iSd § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 IfSG

Gem. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG muss die Behörde notwendige Schutzmaßnahmen ergreifen, sofern eine übertragbare Krankheit aufgetreten ist.<sup>103</sup> Dies ist vorliegend der Fall, sodass kein Entschließungsermessen besteht. § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 IfSG sieht allerdings vor, dass die Maßnahmen nur solange und soweit es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist bestehen. Es besteht ein inhaltlicher und zeitlicher Verhältnismäßigkeitsvorbehalt.

##### aa) Legitimer Zweck, Geeignetheit

§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO müsste einen legitimen Zweck verfolgen. Er fußt u.a. auf § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG. Die Maßnahme muss an dem Ziel ausgerichtet sein, die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern.<sup>104</sup> Wie bereits aus der Verordnungsbezeichnung hervorgeht, geht es um die Eindämmung von SARS-CoV-2. Der verfolgte Zweck ist am Ziel des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG ausgerichtet und legitim, insb. vor dem Hintergrund, dass der Staat damit seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nachkommt. Die Regelung müsste geeignet sein. Dabei kommt

<sup>99</sup> Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 12), § 28 Rn 11.

<sup>100</sup> BVerwG NJW 2012, 2823 (Rn 26); OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 7097 (Rn 26).

<sup>101</sup> OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 36298 (Rn 43).

<sup>102</sup> OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 30046 (Rn 15).

<sup>103</sup> Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 12), § 28 Rn 17.

<sup>104</sup> Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 12), § 28 Rn 15.

dem Ordnungsgeber, aufgrund der vielen fehlenden oder sich ändernden Erkenntnisse ein relativ großer Einschätzungsspielraum zu.<sup>105</sup> Bereits seit Ende Oktober 2020 sind Betriebe geschlossen und die Fallzahlen steigen weiter. Das spricht eher dafür, dass sich die Kontakte aus einem öffentlichen und kontrollierbaren Bereich in den privaten Bereich verlagert haben, als dass sie tatsächlich durch Schließungen reduziert werden. Die Schließungen von Gastronomiebetrieben sind nicht geeignet den Zweck tatsächlich zu erreichen. Sie könnte den Zweck aber zumindest fördern. Durch das Verbot soll verhindert werden, dass unterschiedliche Personen zum gemeinsamen Verzehr von Speisen und Getränken in einem geschlossenen Raum zusammenkommen, wobei kein Atemschutz getragen werden kann. In solchen Situationen kann ein Verbot Übertragungsmöglichkeiten reduzieren und so die Infektionseindämmung zumindest fördern.

#### bb) Erforderlichkeit

Das Öffnungsverbot müsste erforderlich sein. Maßstab für die Effektivität eines mildereren Mittels ist die Effektivität der Schließung. Diese genau festzustellen dürfte mangels belastbarer Erkenntnisse zur konkreten infektiologischen Relevanz einzelner Betriebsarten schwierig sein.<sup>106</sup> Zunächst könnten bestimmte tätigkeitsbezogene Maßnahmen mildere aber gleich effektive Mittel darstellen, bspw. die Verpflichtung zu einem Hygienekonzept. Die Annahme, dass die bisherigen Hygienekonzepte angesichts der Infektionsdynamik im Oktober 2020 nicht hinreichend effektiv waren, rechtfertigt nicht den Schluss, dass zukünftig verbesserte Konzepte keine ähnlich effektive Wirkung wie Schließungen entfalten können.<sup>107</sup> So bestünde die Möglichkeit neben den in § 4 Abs. 2 NdsCoronaVO aufgezählten Maßnahmen, zumindest die Außenbereiche der Gastronomie wieder zu öffnen oder einen Zugang nur mit Immunitätsnachweis oder negativen Test zu ermöglichen, wobei die Kontaktnachverfolgungsdaten per App zu erfassen sind, um die Gesundheitsämter zu entlasten. Man könnte eine regelmäßige Test- sowie FFP2-Maskenpflicht für Mitarbeiter, eine FFP2-Maskenpflicht für alle Gäste in Bereichen außerhalb des Sitzplatzes und die Installation einer geeigneten Raumluftfilteranlage anordnen.

Auch gebietsbezogene Maßnahmen können einbezogen werden, wie der Ausbau technischer und personeller Mittel zur Kontaktnachverfolgung, sowie der Test- und Impfmöglichkeiten. Um einen Restauranttourismus zu verhindern, müssen auch nicht zwangsläufig flächendeckende Betriebsverbote angeordnet werden. Man könnte dem damit begegnen, dass die Betriebe nur für Ortsansässige geöffnet werden. In der Kombination von tätigkeits- und gebietsbezogenen Maßnahmen in Verbindung mit den in § 4 Abs. 2 NdsCoronaVO genannten Maßnahmen dürfte die Übertragungswahrscheinlichkeit ähnlich effektiv reduziert werden. Der Kontrollaufwand dürfte allerdings immens sein. Die Übertragungsmöglichkeiten in diesen Bereichen vollständig ausschließen, wie es bei einer Schließung der Fall wäre, können sie auch nicht. Fraglich ist auch, ob sie angesichts personellen und finanziellen Aufwands tatsächlich mildere Mittel sind. Die Maßnahme ist erforderlich.

#### cc) Angemessenheit

Sie müsste angemessen sein. Die Betriebsschließung dient dem Schutz der hochwertigen Rechtsgüter von Leben und körperlicher Unversehrtheit. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG begründet eine besondere Schutzpflicht des Staates, ist aber nicht per se anderen Grundrechten übergeordnet.<sup>108</sup> Demgegenüber steht kein Eingriff in Art. 14 GG, dessen Schutzbereich die Existenz, nicht aber die konkreten Umsätze oder Gewinnchancen umfasst.<sup>109</sup> Zumal die Regelung keine Enteignung iSd Art. 14 GG regelt, sondern eine Nutzungsbeschränkung darstellt. Eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG kann aufgrund des hinreichenden Differenzierungsgrundes, dass die Verbreitung am gemeinwohlverträglichsten durch Verbote und Beschränkungen in den Bereichen Freizeit, Sport, körpernaher Dienstleistungen, etc. verhindert werden können, gerechtfertigt sein.<sup>110</sup> Zudem muss es möglich sein, Öffnungen unter Beachtung der Infektionslage Schritt für Schritt sowie ggf. versuchsweise und damit nahezu zwangsläufig ungleich vorzunehmen.<sup>111</sup> Das Öffnungsverbot stellt aber einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG auf Ebene einer Berufsausübungsregelung dar. Das Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG tritt aufgrund der Subsidiarität zurück. Mit den in Frage stehenden Rechtsgütern des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dürfte ein vernünftiger Grund des Allgemeinwohls

<sup>105</sup> Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 1. Aufl. 2020, S. 49.

<sup>106</sup> OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 444 (Rn 17); BeckRS 2021, 5447 (Rn 21).

<sup>107</sup> OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 444 (Rn 19); BeckRS 2021, 5447 (Rn 24).

<sup>108</sup> Schrappe/François-Kettner/Knieps/Pfaff/Püschel/Glaeske, Pandemie durch SARS-CoV-2/Covid-19 – Datenbasis verbessern, Prävention gezielt weiterentwickeln, Bürgerrechte wahren, MedR 2020, 637 (643).

<sup>109</sup> LG Berlin, NVwZ-RR 2021, 301 (Rn 30).

<sup>110</sup> OVG Saarlouis, BeckRS 2020, 30643 (Rn 28).

<sup>111</sup> OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 5447 (Rn 37).

vorliegen, sodass der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt sein könnte. Dafür sprechen auch die schwerwiegenden, irreversiblen Folgen steigender Infektionszahlen für eine Vielzahl an Betroffenen, v.a. aufgrund einer Überlastung des Gesundheitswesens. Die Verordnung sieht Ausnahmemöglichkeiten vor und ermöglicht einen Außer-Haus-Verkauf, was ebenfalls für die Angemessenheit spricht. Ebenso wie die Möglichkeit von Ausgleichszahlungen und die Befristung der Verordnung. Schwere Grundrechtseingriffe lassen sich damit jedoch allenfalls vorübergehend rechtfertigen.<sup>112</sup> So müssen die Anforderungen an das Eingriffsinteresse und den Nutzen umso höher sein, je länger und intensiver die Maßnahme andauert. Hier dauern sie seit November 2020 an, wobei es seit März 2020 immer wieder tiefe und länger andauernden Eingriffe gab. Die existenzgefährdende Wirkung vertieft sich mit jedem weiteren Tag.<sup>113</sup> Insgesamt dürfte dies nicht nur kurzfristige, finanzielle sondern auch langfristige, volkswirtschaftliche Folgen nach sich ziehen, z.B. aufgrund eines geänderten Konsum- und Nutzungsverhalten der Kunden.<sup>114</sup> Allein der Außer-Haus-Verkauf kann das nicht abmildern. Auch die Kompensationseignung der Ausgleichszahlungen des Bundes ist fraglich, bedenkt man, dass die Soforthilfeprogramme die wirtschaftliche Existenz von den Betroffenen oftmals nicht aufrechterhalten können.<sup>115</sup> Die Veränderung des Konsumverhaltens kann es jedenfalls nicht abfangen. Als Argument für die Verhältnismäßigkeit kann auch die Befristung nur schwerlich herhalten, wenn die Maßnahmen mehrmals verlängert werden.<sup>116</sup> Das ist vorliegend der Fall, wobei eine erneute Verlängerung absehbar ist. Auch die daraus resultierende Planungsunsicherheit intensiviert den Eingriff. Sicher müssen sich Fallzahlen und neue Erkenntnisse auf die Dauer und Intensität der Maßnahme im Rahmen einer Neubewertung auswirken können. Das Auftreten von Mutationen bei Viren ist aber z.B. keine neue medizinische Erkenntnis, sondern vielmehr ein bekannter Umstand, der von vornherein hätte berücksichtigt werden müssen. Aktuell müssen Betreiber befürchten, dass bei jedem Auftreten einer neuen Virusvariante, die zu steigenden Infektionszahlen führt, die Schließung angeordnet wird. Dabei ist nicht zu vergessen, dass es Virusstämme gibt, die jährlich mutieren.<sup>117</sup> Ob dies auch bei SARS-CoV-2

der Fall sein wird, ist noch nicht absehbar. Eine Regelung, die als Lösung dafür aber nur die Schließung kennt, kann nicht angemessen alle Interessen berücksichtigen. Dafür bedürfte es vielmehr einer Öffnungsperspektive mit konkreten Zahlen und Fakten, wann und unter welchen Umständen geöffnet werden darf und wie (zumindest theoretisch) mit Virusvariationen, gegen die u.U. die bekannten Impfstoffe nicht wirken, langfristig umgegangen werden soll. Vor dem Hintergrund, dass die Annahme einer infektiologischen Relevanz von Gastronomiebetrieben noch immer auf keinen belastbaren Erkenntnissen beruht, ist die Zumutbarkeit der Berufsausübungsregelung ausgewählter Branchen zum Wohle der Allgemeinheit bei dieser Dauer nicht gegeben. Zudem dürften so tiefe, gravierende, andauernde Eingriffe wie hier nicht gerechtfertigt sein, wenn auf der Gegenseite nur unzureichend Maßnahmen zur Bewältigung der Situation ergriffen werden, wie es sich bei der Knappheit an PSA, Impfstoffen und Tests zeigt oder beim Abbau der zunächst ausgebauten Intensivbettenkapazitäten samt Notfallreserven seit 01.08.2020.<sup>118</sup> Nicht zu vergessen ist, dass auch der psychische Druck aufgrund von Zukunftsängsten und Finanzsorgen auf Betroffene wächst und dies u.U. zu psychosomatischen Erkrankungen führen kann. Dem Staat kommt hier ebenso eine Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu, wie hinsichtlich etwaiger Infektionskrankheiten. Zumal sich die Regelung auf eine Vielzahl von Personen auswirkt, wie z.B. Arbeitnehmer, Betriebsinhaber, Lieferanten, Vermieter, etc. Unter diesen Umständen kann eine Regelung, die pauschal die Öffnung von bestimmten Betrieben untersagt und damit tief, andauernd und folgenreich in Grundrechte eingreift jedenfalls aus jetziger Sicht nicht mehr angemessen sein.

## 2. Vereinbarkeit mit sonstigem höherrangigem Recht

Fraglich ist, ob die Maßnahme mit sonstigen höherrangigen Rechten vereinbar ist. Zwar könnte z.B. der Wesensgehalt eines Grundrechts betroffen sein, wenn jeglicher Störungsabwehranspruch materiell-rechtlich beseitigt oder eine wirkungsvolle Geltendmachung verfahrensrechtlich verwehrt wird.<sup>119</sup> Eine weiterreichende Prüfung dahingehend und auch die Verletzung sonstiger höherrangiger Rechte oder Rechtsgrundsätze (z.B. Bestimmtheitsgrund-

<sup>112</sup> Schmitz/Neubert, Praktische Konkordanz in der Covid-Krise – Vorübergehende Zulässigkeit schwerster Grundrechtseingriffe zum Schutz kollidierenden Verfassungsrechts am Beispiel von Covid-19-Schutzmaßnahmen, NVwZ 2020, 666 (667f).

<sup>113</sup> Schmitz/Neubert (Fn. 112), NVwZ 2020, 666 (667).

<sup>114</sup> OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 444 (Rn 28); BeckRS 2021, 5447 (Rn 31).

<sup>115</sup> Schmitz/Neubert (Fn. 112), NVwZ 2020, 666 (669).

<sup>116</sup> Schmitz/Neubert (Fn. 112), NVwZ 2020, 666 (668).

<sup>117</sup> Kersten/Rixen, Verfassungsstaat in der Corona-Krise (Fn. 105), S. 19.

<sup>118</sup> Stach (Fn. 31), NJW 2021, 10 (14).

<sup>119</sup> Schmitz/Neubert (Fn. 112), NVwZ 2020, 666 (669).

satz, usw.) kann angesichts der Unverhältnismäßigkeit aber dahinstehen.

#### IV. Zwischenergebnis

§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO steht nicht im Einklang mit dem in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und überschreitet den Rahmen der Ermächtigungsgrundlage. Die Norm ist rechtswidrig.

#### C. Ergebnis

B's Antrag ist zulässig und begründet. Das OVG wird seinem Antrag stattgeben und § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO für unwirksam erklären.

#### ANMERKUNGEN

Gelobt wurde insbesondere die Einhaltung der Formalia und des Gutachtenstils. Auch die Strukturierung des Gutachtens, insb. die Prüfung der statthaften Antragsart in Teil 1, sowie insgesamt die ausgezeichnete Prüfung der Zulässigkeit in beiden Teilen fielen positiv ins Gewicht. Die Prüfung der Tatbestandsmerkmale der Ermächtigungsgrundlage in Teil 1 gelinge ausgezeichnet. Kritisch angemerkt wurde, dass ein Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO in Teil 1 eher fernliegend sei. Auch sei bei der Prüfung des Verwaltungsaktes in Teil 1 das Problem übersehen worden, dass sich das Erfordernis der Absonderung direkt auch aus der Quarantäne VO ergebe. Zudem sei die Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit nicht fehlerfrei gelungen. In Teil 1 werde hier nicht festgestellt, dass der Verwaltungsakt mündlich erteilt wurde. In Teil 2 werde die formelle Rechtmäßigkeit zu ausführlich thematisiert, wobei diese laut Sachverhaltsangaben gegeben war, sodass die Schwerpunktsetzung nicht ganz gelinge. Insgesamt konnte die Arbeit nicht mithilfe des allgemeinen Lösungsbogen bewertet werden, da es aber nach Einschätzung des Korrektors mehrere gut vertretbare Lösungswege gibt, wurde die Arbeit mit 16 Punkten bewertet.

## Klausur in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht, 17 Punkte

stud. iur. Philippos Ioannidis

Die Klausur wurde im Sommersemester 2021 in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt. Herzlicher Dank gebührt Privatdozent Dr. Erol Pohlreich, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

### Sachverhalt

Dem 18-jährigen Abiturienten A ist es in der schriftlichen Abiturprüfung im Fach Mathematik aus Zeitdruck nicht gelungen, alle Fragen zu beantworten. Nachdem er nur 4 der 5 gestellten Aufgaben bearbeitet hatte, musste er die Klausur unterschreiben, abgeben und den Prüfungsraum verlassen. Als er sich am Nachmittag mit den anderen Prüflingen unterhält, muss er zu seinem Entsetzen feststellen, dass er sich an zwei entscheidenden Stellen auch noch verrechnet hat. Nun ist er sicher, mit der abgegebenen Klausurbearbeitung nicht bestanden zu haben. Deshalb bricht er in der Nacht in das Büro der Schuldirektorin ein, in dem sich die eingesammelten Klausuren befinden, und ergänzt seine Klausurlösung um die fehlende Aufgabe. Die so ergänzte Bearbeitung legt er wieder an ihren Platz im Büro, an dem er sie gefunden hat. Lehrer B, der Beamter und für die Korrektur der Klausur des A zuständig ist, korrigiert die Klausur in der von A überarbeiteten Fassung eine Woche später und bewertet sie mit 11 Punkten. Über die Arbeit erstellt er ein schriftliches Gutachten, in dem er seine Bewertung begründet und das er an die Klausur anheftet.

Auch sonst hat A Probleme zu lösen. Zwar ist er seit kurzem im Besitz einer Fahrerlaubnis und auch Halter eines Pkw, doch das Autofahren bereitet ihm wegen seiner Fahrweise ständig Ärger: Er ist bereits mehrfach mit stark überhöhter Geschwindigkeit in eine Geschwindigkeitsmessung geraten und hatte daraufhin hohe Bußgelder zu zahlen. Deshalb beschließt er, dies für die Zukunft zu verhindern. Er bringt hierzu am 2.5.2021 auf seinem Kfz-Kennzeichen einen farblosen Lack auf. Dieser Lack ist mit bloßem Auge nicht zu erkennen, sorgt aber dafür, dass bei einer Geschwindigkeitsmessung für den Fall, dass A „geblitzt“ wird, auf dem Foto die Stelle mit dem Kennzeichen des A überbelichtet und das Kennzeichen deshalb nicht zu erkennen ist.

Mit dem Auto fährt er wie geplant am 6.5.2021 mit stark überhöhter Geschwindigkeit auf der Autobahn und wird prompt „geblitzt“. Wie geplant ist jedoch auf dem Foto das Kennzeichen wegen Überbelichtung nicht zu entziffern, sodass A nicht belangt wird.

### Strafbarkeit des A nach dem 23. Abschnitt des StGB?

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

### Tatkomplex 1: Die Mathematik-Klausur

#### A. Strafbarkeit des A gem. § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 2, Var. 3 StGB<sup>1</sup>

A könnte sich wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 2, Var. 3 strafbar gemacht haben, indem er nach der Abgabe seiner Klausur in das Büro der Schuldirektorin einbrach und seine Klausurlösung um die fehlende Aufgabe ergänzt hat.

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Tatobjekt: Urkunde

Zunächst müsste es sich bei der Klausur um eine Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 handeln. Eine Urkunde ist jede verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und die ihren Aussteller erkennen lässt. Es müssten damit Perpetuierungsfunktion, Beweisfunktion sowie die Garantiefunktion erfüllt sein.

<sup>1</sup> Alle §§ sind, wenn nicht anders gekennzeichnet, solche des StGB.

**aa) Perpetuierungsfunktion**

Die Klausur müsste zunächst eine verkörperte menschliche Gedankenerklärung darstellen. Die Klausur wurde auf dem Klausurpapier, mithin einem körperlichen Gegenstand verfasst. Auch enthält die Klausur die untrennbare Gedankenerklärung, dass der Verfasser den gelernten Pflichtstoff auf die konkreten Aufgaben in Mathematik anwenden kann. Damit ist die Perpetuierungsfunktion gegeben.

**bb) Beweisfunktion**

Weiterhin müsste die verkörperte Gedankenerklärung zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt sein. Die Klausur ist zum Beweis der erbrachten schriftlichen Abiturleistung als rechtlich erhebliche Tatsache geeignet und bestimmt. Mithin liegt die Beweisfunktion vor.

**cc) Garantiefunktion**

Zuletzt bedarf es, dass die verkörperte Gedankenerklärung ihren Aussteller bezeichnet oder sonst erkennbar macht. Indem A die Klausur mit seinem Namen unterschrieben hat, ist er als Aussteller erkennbar. Damit ist die Garantiefunktion ebenfalls gegeben.

**dd) Zwischenergebnis**

Die Klausur stellt eine Urkunde dar.

**b) Eine unechte Urkunde herstellen, Var. 1**

A müsste eine unechte Urkunde hergestellt haben. Dies ist der Fall, wenn die Erklärung nicht von demjenigen stammt, der aus ihr als Aussteller hervorgeht.

A hat die Abiturklausur geschrieben. Der gedankliche Inhalt der Klausur rührt geistig von A her i.S.d. Geistigkeitstheorie. Damit liegt keine Identitätstäuschung der Urkunde vor. Die Urkunde ist echt. Var. 1 entfällt.

**c) Eine echte Urkunde verfälschen, Var. 2**

A könnte jedoch eine echte Urkunde verfälscht haben. Verfälschen ist jede unbefugte, nachträgliche Veränderung der Beweisrichtung und des gedanklichen Inhalts einer echten Urkunde, sodass diese nach dem Eingriff etwas Anderes zum Ausdruck bringt als vorher.

Fraglich ist, ob dies auch durch den Aussteller selbst geschehen kann. Dies ist umstritten.

Eine Ansicht setzt für das Verfälschen ebenfalls eine Identitätstäuschung voraus. Geschützt sei damit nur das Vertrauen in die Echtheit, nicht in die Wahrheit von Urkunden. Danach hätte A als Aussteller die Urkunde nicht verfälscht.

Eine andere Ansicht lässt jede unbefugte, nachträgliche Änderung der Beweisrichtung und des gedanklichen Inhalts ausreichen. Nach ihr kann der wahre Aussteller die Urkunde verfälschen. Voraussetzung ist aber, dass der Aussteller seine ausschließliche Dispositionsbefugnis verloren hat, weil zwischenzeitlich ein Dritter ein Beweisrecht an der ursprünglichen Fassung der Urkunde erlangt hat. Die Bearbeitungszeit der Abiturprüfung endete mit der Abgabe. Mit der Abgabe erlangte die Schule ein Recht auf den unverfälschten Fortbestand der Prüfungsleistung, sodass die Klausur nicht mehr der des A unterlag. Die Schule bzw. die Direktorin und B erlangten damit ein Beweisführungsrecht. Nach der Ansicht kann A den Verfälschungstatbestand erfüllen.

Beide Ansichten führen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Ein Streitentscheid ist erforderlich. Für die erste Ansicht spricht, dass diese im Hinblick auf den hinreichenden Schutz durch § 274 Abs. 1 geboten sei. Dagegen spricht jedoch, dass der Verfälschungstatbestand damit keine eigenständige Bedeutung hätte. Er wäre somit überflüssig. Der Zweck des § 267, der Schutz berechtigter Beweisinteressen des Rechtsverkehrs, spräche auch eher für die 2. Ansicht. Damit ist diese vorzugswürdig. Der zweiten Ansicht ist zu folgen. Ein Verfälschen liegt vor.

Mit Ende der Abänderungsbefugnis, die mit der Abgabe zusammenfiel, hatte die Schule bereits ein Recht auf den unverfälschten Fortbestand erlangt. Indem A seine Klausur nach der Abgabe ergänzte, veränderte er nachträglich und unbefugt den gedanklichen Inhalt der Bearbeitung. Mithin fälschte A eine echte Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 2.

**d) Eine verfälschte Urkunde gebrauchen, Var. 3**

Weiterhin könnte A die verfälschte Urkunde gebraucht haben. Dies liegt vor, wenn demjenigen, der durch die Urkunde getäuscht werden soll, diese so gegenständlich zugänglich gemacht wird, dass dieser die Möglichkeit hat, die Urkunde wahrzunehmen. A hat die verfälschte Urkunde zur Korrektur abgegeben. Damit hat er die Klausur der Direktorin in der Weise zugänglich gemacht, dass sie bei der Korrektur von dieser Kenntnis nehmen konnte. Folglich liegt Var. 3 vor.

**2. Subjektiver Tatbestand****a) Vorsatz bzgl. des objektiven Tatbestandes**

A wusste jedenfalls nach der Parallelwertung in der Laiensphäre, dass eine Klausur eine zum rechtlichen Nachweis der erbrachten Prüfungsleistung dienende verkörperte Gedankenerklärung ist. Er wusste, dass er durch das spä-

tere Ergänzen den gedanklichen Inhalt änderte und dass der Korrektor bzw. die Direktorin dies zur Kenntnis nahmen. A handelte damit vorsätzlich.

#### **b) Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr**

Weiterhin brauchte A Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr. Nach überwiegender Auffassung reicht *dolus directus* 2. Grades und damit wissentliches Handeln aus. A wollte mit dem Ergänzen erzielen, dass B die veränderte Klausur als eine in der Prüfungszeit angefertigte ansieht und durch diese irrige Annahme zum Korrigieren, einem rechtlich erheblichen Verhalten, bestimmen. Mithin handelte er mit Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr.

### **II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

### **III. Ergebnis**

A hat eine echte Urkunde verfälscht, § 267 Abs. 1 Var. 2, als auch eine verfälschte Urkunde gebraucht, Var. 3.

### **IV. Konkurrenzen**

Wie das Konkurrenzverhältnis zwischen Var. 2 und Var. 3 ist, ist nicht einheitlich zu beurteilen. Die überwiegende Ansicht geht von einer tatbestandlichen Handlungseinheit aus. Es liegt nur ein einheitliches Delikt der Urkundenfälschung vor, bei der die mit dem Verfälschen bereits vollendete Straftat erst mit dem Gebrauchen beendet ist. Das Verfälschen bildet dann materiell die Vorbereitungshandlung zum Gebrauchen, sodass hier auf Var. 3 abzustellen ist.

A ergänzte seine Klausur mit dem festen Plan, die verfälschte Urkunde dem B zugänglich zu machen. Das Verfälschen ist damit als Vorbereitungshandlung des Gebrauchs anzusehen.

A hat sich wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 strafbar gemacht.

#### **B. Strafbarkeit des A gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1**

A könnte sich der Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 strafbar gemacht haben.

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Objektiver Tatbestand**

###### **a) Tatobjekt: Urkunde**

Eine Urkunde liegt vor (siehe oben).

###### **b) Dem Täter nicht ausschließlich gehört**

Weiterhin darf die Urkunde nicht dem A ausschließlich gehören. Dabei dürfen nicht die zivilrechtlichen bzw. dinglichen Eigentumsverhältnisse herangezogen werden, sondern wer das Beweisführungsrecht der Urkunde hat. Zum Zeitpunkt des Ergänzens der Klausurlösung um die fehlende Aufgabe hat A bereits die Klausur abgegeben. Damit hatte die Direktorin bereits das Beweisführungsrecht an der Urkunde. Damit gehört A die Urkunde nicht ausschließlich i.S.d. § 274 Abs. 1.

###### **c) Tathandlung: Beschädigen, Var. 2**

A könnte die Urkunde beschädigt haben. Dies liegt vor, wenn der Beweiswert zwar beeinträchtigt wird, im Übrigen die Urkunde aber als solche mit Beweisqualität fortbesteht. Vorliegend hat A den Erklärungsinhalt dahingehend geändert, dass er die fehlende Aufgabe ergänzte. Die Beweisqualität als solche bleibt jedoch bestehen. Damit liegt eine Beschädigung vor.

### **2. Subjektiver Tatbestand**

A handelte vorsätzlich bezüglich des objektiven Tatbestandes. Ferner bedarf es der Absicht, einem anderen einen Nachteil zuzufügen. Auch hier genügt *dolus directus* 2. Grades. Für den Nachteil reicht jede Beeinträchtigung eines fremden Beweisführungsrechts. A weiß zumindest aus der Parallelwertung der Laiensphäre, dass der Klausur eine potentielle Beweisbedeutung innewohnt, die sich jederzeit realisieren kann und nimmt diese Folge seines Handelns hin. Mithin handelt er mit Nachteilzuefügungsabsicht.

### **II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

### **III. Ergebnis**

A hat sich folglich auch gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 strafbar gemacht. Dies tritt jedoch im Wege der Konsumtion hinter § 267 Abs. 1 Var. 3 zurück.

#### **C. Strafbarkeit des A gem. § 271 Abs. 1**

A könnte sich auch der mittelbaren Falschbeurkundung strafbar gemacht haben, indem er den Korrektor B durch das Ergänzen der fehlenden Aufgabe dazu brachte, die Abiturprüfung mit 11 Punkten zu bewerten und ein schriftliches Gutachten zu erstellen, in der er die Bewertung des A begründete und an seine Klausur anheftete.

**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand****a) Amtsträger**

B ist Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 und ist als Korrektur zur Anfertigung von Gutachten zur Klausur zuständig.

**b) Öffentliche Urkunde**

Fraglich ist, ob das schriftliche Gutachten eine öffentliche Urkunde darstellt. Dabei wird an § 415 ZPO angeknüpft. Es handelt sich demnach um eine Urkunde, wenn sie von einer öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb ihrer örtlichen und sachlichen Zuständigkeit in der vorgeschriebenen Form aufgenommen worden ist.

B hat vorliegend im Rahmen seiner Zuständigkeit des förmlichen Korrektors ein schriftliches Gutachten verfasst. Strafrechtlich gesehen bedarf es jedoch zusätzlich der Erstreckung auf einen öffentlichen Glauben der Urkunde. Die öffentliche Urkunde muss daher für den Verkehr nach außen bestimmt und mit einer besonders erhöhten Beweiskraft versehen werden („Beweiswirkung für und gegen jedermann“).

Staatliche Zeugnisse beweisen, dass der genannte Zeuginhaber an der Prüfung teilgenommen hat, die aufgeführten Arbeiten vorgelegen haben und die angegebenen Noten erteilt worden sind. Nicht bewiesen werden jedoch die ordnungsgemäße Erbringung und Bewertung der Leistungen. Im vorliegenden Fall ist gerade die ordnungsgemäße Erbringung problematisch. Durch das nachträgliche Verfälschen ist die Klausur in der Endform nämlich nicht ordnungsgemäß eingegangen. Dies ist von der Beweiskraft jedoch nicht gedeckt, sodass es sich nicht um eine öffentliche Urkunde handelt.

**2. Zwischenergebnis**

Der objektive Tatbestand liegt nicht vor.

**II. Ergebnis**

A hat sich nicht der mittelbaren Falschbeurkundung strafbar gemacht.

**Tatkomplex 2: Kfz-Kennzeichen****A. Strafbarkeit des A gem. § 267 Abs. 1 Var. 2**

A könnte sich der Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 2 strafbar gemacht haben, indem er auf seinem Kennzeichen einen farblosen Lack aufbrachte und mit stark überhöhter Geschwindigkeit geblitzt wurde.

**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand**

Bei dem Kennzeichen müsste es sich um eine Urkunde handeln.

Das Kennzeichen beinhaltet keine Gedankenerklärung in Schriftform. Allerdings könnte es durch Beweiszeichen menschliche Gedankenerklärungen verkörpern. Der Nummer auf dem Nummernschild ist bei isolierter Betrachtung keine eigenständige Gedankenerklärung beizumessen. Es könnte jedoch Bestandteil einer zusammengesetzten Urkunde sein. Davon spricht man, wenn eine verkörperte Gedankenerklärung mit ihrem Bezugsobjekt räumlich fest zu einer Beweismittelinheit verbunden ist, sodass beide zusammen einen einheitlichen Beweis- und Erklärungsinhalt in sich vereinigen.

Das Kennzeichen stellt mit dem unlesbaren Stempel der Zulassungsstelle eine Einheit dar. Sie erklärt, dass ein unter diesem Kennzeichen registrierter Pkw ordnungsgemäß zugelassen ist. Damit liegt eine zusammengesetzte Urkunde vor.

Welcher konkrete Pkw wiederum dem Kennzeichen zuzuordnen ist, ergibt sich aus der durch Schrauben verbundenen Einheit am Nummernschild und Pkw. Das gesamte Nummernschild in Verbindung mit dem Pkw stellt damit eine eigene zusammengesetzte Urkunde dar.

Weiterhin beinhaltet die Beweisfunktion die Erklärung, dass einem bestimmten Kfz für diesen Halter dieses Kennzeichen zugestellt ist. Durch den Stempel ist die Zulassungsstelle als Aussteller auch erkennbar. Eine zusammengesetzte Urkunde liegt vor.

Diese Urkunde müsste verfälscht worden sein. Bei zusammengesetzten Urkunden gelangt man zu einer Verfälschung, wenn der Beweiseinheit durch die Manipulation eine andere Beweisrichtung gegeben wird. Dabei darf die zusammengesetzte Urkunde nicht aufhören zu existieren. Das Aufbringen des Lacks manipuliert vorliegend nicht den Beweisinhalt der Urkunde. In die Gedankenerklärung der Urkunde der Zulassungsstelle wird gerade nicht eingegriffen. Es kommt lediglich zur eingeschränkten Gebrauchsfähigkeit.

**2. Zwischenergebnis**

Der objektive Tatbestand liegt nicht vor.

**II. Ergebnis**

A ist nicht strafbar nach § 267.

**B. Strafbarkeit des A gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1**

A könnte sich wegen Urkundenfälschung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 wegen derselben Tat strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand****a) Urkunde**

Eine echte Urkunde liegt vor.

**b) Urkunde, die dem Täter nicht gehört**

Im Fall von Kfz haben immer auch Dritte, insbesondere der Staat, ein Beweisführungsrecht. Damit gehört A die zusammengesetzte Urkunde nicht ausschließlich.

**c) Beschädigen**

Fraglich ist, ob A die Urkunde beschädigt hat. Im allgemeinen Straßenverkehr stellt der Lack kein Hindernis hinsichtlich des Erkennens der Kennziffer für andere Verkehrsteilnehmer dar. Allerdings verhindert der Lack wegen der Überbelichtung, dass das Nummernschild auf dem Foto eines Radargeräts erkennbar ist. Sinn des „Blitzens“ ist jedoch das fotografierte Fahrzeug zu identifizieren. Der Beweiswert der zusammengesetzten Urkunde ist dahingehend beeinträchtigt. Damit liegt ein Beschädigen vor.

**2. Subjektiver Tatbestand**

A handelte vorsätzlich bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale.

Fraglich ist, ob er mit der Absicht handelte, einem anderen einen Nachteil zuzufügen. A bezweckte, dem staatlichen Straf- und Bußgeldanspruch zu entgehen. Dieses stellt kein von § 274 Abs. 1 geschütztes Interesse dar. Die Selbstbegünstigung soll nicht pönalisiert werden. Damit liegt keine Nachteilzfügungsabsicht vor.

**II. Ergebnis**

A hat sich nicht gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 strafbar gemacht.

**C. Strafbarkeit des A gem. §§ 268 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3, Abs. 4, 22**

A könnte sich ferner wegen der versuchten Fälschung technischer Aufzeichnungen wegen derselben Tat strafbar gemacht haben.

Dafür müsste eine technische Aufzeichnung i.S.d. § 268 Abs. 2 vorliegen. Durch das durch Impuls ohne menschliche Mitwirkung produziertes Radarfoto mit der Aufzeichnung von Datum, Zeit und Geschwindigkeit liegt dieses

vor.

Weiterhin könnte diese verfälscht worden sein. A wollte vorliegend nicht auf das Beweisfoto einwirken. Die Verfälschung war damit nicht geplant. Die Manipulation berührt ebenfalls nur die Brauchbarkeit des Radarfotos.

Zuletzt käme § 268 Abs. 3 in Betracht, jedoch fehlt es an einem Eingriff in den Funktionsablauf des Radargeräts. Keine mögliche Tathandlung käme hier in Betracht. A hat sich folglich nicht gem. § 268 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3, Abs. 4, 22 strafbar gemacht.

**Gesamtergebnis**

A hat sich gem. § 268 Abs. 1 Var. 2 strafbar gemacht.

**ANMERKUNGEN**

Der Verfasser erkennt ausweislich des Votums alle zu prüfenden Normen.

Hinsichtlich des ersten Tatkomplexes wird angemerkt, dass die Strafbarkeiten nach §§ 267 Abs. 1 Var. 2, Var. 3 und 271 Abs. 1 StGB erörtert und alle Schwerpunkte erkannt sowie gut vertretbar gelöst werden.

Beim zweiten Tatkomplex werden die Strafbarkeiten nach §§ 267 Abs. 1 Var. 2 und 274 StGB als richtig erkannt festgestellt. Auch Schwerpunkte seien korrekt erkannt und gut vertretbar gelöst worden.

Beim dritten Tatkomplex war schließlich auf § 268 Abs. 1 Nr. 1 StGB abzustellen, wobei zwar der Versuch geprüft, jedoch richtig erkannt wurde, dass keine unechte technische Aufzeichnung hergestellt werden sollte.

Die Klausurleistung wurde daher insgesamt mit 17 Punkten bewertet.



## Interview mit Dr. Thomas Keß

Dr. Thomas Keß ist seit 2010 Richter am Niedersächsischen Finanzgericht und seit 2012 Lehrbeauftragter für Steuerrecht am Lehrstuhl für Zivilrecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Juristischen Fakultät und Vorstand des VFS Hannover – Verein zur Förderung der Steuerrechtswissenschaft an der Leibniz Universität Hannover. Seine Vorlesung „Grundzüge des Steuerrechts“ findet in jedem Sommersemester statt. Daneben ist er Mitherausgeber des Schwarz/Pahlke, Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung.

Das Gespräch mit ihm fand an einem herbstlichen Nachmittag im Restaurant „Meineid“ im hannoverschen Justizviertel statt. Wir danken Herrn Dr. Keß herzlich für seine Bereitschaft, sich interviewen zu lassen. Das Interview führten Alexander Stein und Amani Mehdawi.

### **Was hat Sie dazu bewogen mit dem Jurastudium zu beginnen?**

Vor dem Jurastudium habe ich zunächst eine Ausbildung in der Finanzverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen gemacht. Zu dieser gehörte auch ein Studium an der Fachhochschule für Finanzen in Nordkirchen. Im Laufe dieser Ausbildung haben wir uns auch mit Gesellschaftsrecht und mit Verfassungsrecht beschäftigt. Ich fand diese Gebiete spannend und wollte mehr von ihnen wissen. Außerdem waren viele unserer Dozenten und Dozentinnen selbst Juristen und erzählten aus ihrem Studium, was ebenfalls mein Interesse weckte. Auslöser für die Entscheidung, Jura zu studieren, war dann ein packender Vortrag des Bochumer Steuerrechtsprofessors Roman Seer<sup>1</sup>, der selbst zunächst erst auch die Ausbildung in Nordkirchen gemacht hatte und vor uns Studierenden von seinem Werdegang berichtete: Vom Finanzbeamten übers Jurastudium bis hin zum Professor und der damit verbundenen wissenschaftlichen Befassung mit dem Steuerrecht. Das fand ich so reizvoll, dass ich mich zu diesem Schritt entschlossen und mich für das Jurastudium eingeschrieben habe.

### **Wo und wann haben Sie studiert? Welchen Schwerpunkt haben Sie belegt?**

Ich habe zunächst im Wesentlichen an der Uni Bonn studiert, später auch an der Uni Köln. Den Fokus meines Studiums habe ich – soweit das ging – wegen meiner Vorerfahrungen aus der vorherigen Ausbildung auf das Steuerrecht gelegt. Meinen Schwerpunkt, der damals noch Wahlfach hieß, habe ich dann auch im Steuerrecht gemacht. Dafür musste man im Rahmen eines Seminars eine Arbeit zu einem grundlegenden oder aktuellen steuerrechtlichen

Thema schreiben und einen Vortrag halten. Außerdem stellte das Wahlfach einen Teil der mündlichen Prüfung im Examen dar.

### **Was würden Sie rückblickend als besonders prägend für Ihre Studienzeit beschreiben?**

Zunächst war für mich sicherlich die Zeit neben dem Studium prägend. Ich war damals stark bei ELSA engagiert, wo wir ziemlich viel auf die Beine gestellt haben, insbesondere Fahrten und Vortragsveranstaltungen. Das war für mich ein guter Ausgleich zum Studium. Die Zeit, die ich nicht in der Bibliothek verbringen wollte – und das war ziemlich oft –, habe ich im Bonner Büro von ELSA verbracht.

Inhaltlich hat mich das Wahlfach-Seminar meines späteren Doktorvaters und Chefs Professor Dr. Joachim Lang<sup>2</sup> begeistert und geprägt. Professor Lang hat damals an der Uni Köln ein Seminar zu der damaligen Reform der Unternehmensbesteuerung angeboten. Das war kein typisches Seminar, bei dem man sich einmal die Woche in der Uni 1 ½ Stunden die Vorträge der Teilnehmerinnen und Teilnehmer angehört hat. Vielmehr sind wir nach Vals in die Schweiz gefahren und haben dort eine Woche lang in einem Fünf-Sterne-Hotel getagt. Vormittags haben wir uns mit dem Steuerrecht beschäftigt, unsere Vorträge gehalten und die Themen mit Praktikern diskutiert. „Der Prof“ hat stets darauf geachtet, dass wir bis mittags unser „Soll“ erfüllt hatten, sodass wir anschließend Skifahren oder uns in der hoteleigenen Therme entspannen konnten. Zum Abendessen gab es ein großartiges Fünf-Gänge-Menü. Dieses Seminar war ein besonderes Erlebnis und hat großen Spaß gemacht. Es war auf jeden Fall auch ein Mark-

<sup>1</sup> Inhaber des Lehrstuhls für Steuerrecht und Direktor des Instituts für Steuerrecht und Steuervollzug an der Ruhr-Universität Bochum.

<sup>2</sup> Direktor des Instituts für Steuerrecht an der Universität zu Köln.

stein meines Jurastudiums. Danach wurde ich Hilfskraft und Mitarbeiter am Institut von Professor Lang, was viele Weichen für meinen späteren Werdegang gestellt hat.

**Ihr Doktorvater ist Professor Dr. Joachim Lang. Herr Professor Lang gilt als eine der prägenden Persönlichkeiten des Steuerrechts. Wie haben Sie die Zusammenarbeit mit ihm empfunden und was war Thema ihrer Promotion?**

Joachim Lang war eine sehr spannende und umtriebige Persönlichkeit. Er war nicht nur in der steuerrechtswissenschaftlichen Forschung unterwegs, sondern hat die Ergebnisse seiner Überlegungen in der Politikberatung auch für die Praxis nutzbar gemacht. So hat er im Auftrag des Bundesfinanzministeriums einen Entwurf eines idealen Einkommensteuergesetzes ausgearbeitet, der in einigen osteuropäischen Ländern auch umgesetzt wurde. Später hat er eine sehr prominent besetzte Kommission zur Reform des Unternehmenssteuerrechts geleitet, deren Vorschläge durch den Gesetzgeber seit Anfang des Jahrtausends bis heute nach und nach realisiert wurden. Dann war er ein begeisterter Lehrer und Missionar für sein Rechtsgebiet – es ist aber wohl den meisten Steuerrechtlern gemein, dass sie für ihren Bereich „brennen“. Außerdem war Professor Dr. Lang ein sehr nahbarer und lebenslustiger Mensch, der immer ein offenes Ohr für seine Studenten und Mitarbeiter hatte und für gute Stimmung sorgte.

Ich bin in einer Zeit erst als studentische Hilfskraft, dann als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Institut für Steuerrecht an der Universität zu Köln gelandet, in der dort unheimlich viel Spannendes passiert ist. Es war die Zeit der großen Steuerreformentwürfe und Professor Dr. Lang arbeitete mit einer Gruppe prominenter Steuerwissenschaftler und -praktiker an einem Reformvorschlag des Einkommensteuergesetzes, dem „Kölner Entwurf“. Wir nahmen als Mitarbeiter an den Diskussionen teil und trugen mit eigenen Beiträgen zu der Arbeit bei. In meine Zeit fiel außerdem ein Kongress aller europäischen Steuerrechtsprofessoren, der in Köln stattfand und den wir organisierten. Dann fanden zwei Studentenseminare in Österreich statt, die ich mitbetreute. Aber auch der Alltag im Institut war immer recht kurzweilig. Wenn „der Prof“ in der Uni war, sind wir mit der gesamten Institutsbelegschaft zum Mittagessen in die Mensa gezogen und haben dort stundenlang gegessen und geklönt.

Und eine Doktorarbeit habe ich in der Zeit auch geschrieben. In ihr habe ich die unterschiedliche Besteuerung bei

Liquidationen von Personengesellschaft einerseits und von Kapitalgesellschaften andererseits verglichen und untersucht, ob und wie diese Unterschiede verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden können. Ich glaube nicht, dass diese Arbeit die Menschheit vorangebracht hat [lacht].

**Professor Dr. Joachim Lang und Professor Dr. Klaus Tipke gelten als Begründer der „Kölner Schule“ des Steuerrechts. Wie denken Sie, hat Sie diese beeinflusst?**

Die sog. „Kölner Schule“ bemüht sich um ein systematisches, prinzipienorientiertes Steuerrecht. Professor Dr. Tipke hat hierzu in seinem dreibändigen Werk namens „Die Steuerrechtsordnung“ die wissenschaftlichen Grundlagen geschaffen. Die Besteuerung soll danach insbesondere am Maßstab des aus dem allgemeinen Gleichheitssatz abgeleiteten Prinzips der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit folgerichtig im Sinne eines inneren Systems ausgestaltet und angewandt werden. Auf dieser Grundlage hat Professor Dr. Lang seine Reformentwürfe erarbeitet. Ziel ist ein einfaches und – vor allem wegen seiner Prinzipientreue – nachvollziehbares und dadurch gerechtes Steuerrecht. Leider sind wir in der Realität doch recht weit davon entfernt. Im Gegenteil werden die Steuergesetze andauernd komplizierter und chaotischer, weil der Gesetzgeber sie zum einen für Lenkungs Zwecke „missbraucht“, etwa indem er durch Steuerbegünstigungen bestimmte Investitionen fördert und weil er zum anderen – wie in der Geschichte von dem Hasen und dem Igel – unliebsame Steuergestaltungen durch komplizierte Gegenmaßnahmen verhindert, was wiederum Gestaltungen zur Folge hat usw.

Doch auch wenn es kein ideales Steuersystem gibt, mangelt es nicht vollständig an einer Prinzipienorientierung. So legt auch das Bundesverfassungsgericht bei der Überprüfung der Steuergesetze anhand des Gleichheitssatzes den Maßstab der finanziellen Leistungsfähigkeit zugrunde und achtet – jedenfalls bisher – auf seine folgerichtige Ausgestaltung durch den Gesetzgeber.

Außerdem adressiert der Gedanke, das Recht – und hier speziell das Steuerrecht – an Prinzipien und dem inneren System der Gesetze zu orientieren, ja alle Rechtsanwender. Die Prinzipien- und Systemorientierung hilft bei der Anwendung und Auslegung der abstrakten Gesetze im konkreten Einzelfall. Und man kann gerichtlich gegen die Gesetze vorgehen, wenn sie ohne hinreichenden Grund gegen verfassungskräftige Prinzipien und die Systematik

verstoßen.

In diesem Sinne bin ich durch die „Kölner Schule“ beeinflusst – um jetzt zu Eurer Frage zurückzukommen: Einmal, weil ich es befürworten würde, wenn der Gesetzgeber sich bei der Ausgestaltung der Steuergesetze wieder mehr auf verfassungsfundierte Prinzipien und die Systematik besinnt. Und dann, weil ich mich bemühe, mich sowohl – soweit dies möglich ist – bei meiner Tätigkeit als Finanzrichter, also bei der Anwendung der Steuergesetze im finanzgerichtlichen Verfahren, als auch bei meiner Tätigkeit als Kommentator von Gesetzen an deren innerem System zu orientieren.

### **Was hat Sie nach Hannover verschlagen?**

In Hannover hat sich für mich die Gelegenheit ergeben, als Finanzrichter anzufangen. Zuvor war ich in Köln als Rechtsanwalt in einer Großkanzlei tätig. Das hat mich aber nie so recht befriedigt. Zudem hatte ich schon seit dem Referendariat den Gedanken, dass das Richteramt und die Tätigkeit als Finanzrichter im Besonderen etwas für mich sein könnten. Nach langer Flaute bei den Stellenbesetzungen hat sich dann 2010 in Hannover die erste Möglichkeit geboten, am Finanzgericht anzufangen, sodass ich dann hierher gewechselt bin.

### **Seit 2010 sind Sie Richter am Finanzgericht in Hannover. Wie sieht Ihre Arbeit beim Finanzgericht aus und wie ist es aufgebaut?**

Die Finanzgerichte sind besondere Verwaltungsgerichte. Auf die Klage eines Steuerpflichtigen hin haben sie also zu überprüfen, ob ein von diesem gerühtes Handeln der beklagten Finanzbehörde rechtmäßig war. Etwa wenn das Finanzamt von einem *Influencer*, der auf *YouTube* Juralehrbücher anpreist, die ihm von den Verlagen kostenlos überlassen werden, wegen der Überlassung der Bücher Steuern verlangt. Oder wenn es einem Finanzdienstleister die steuerliche Berücksichtigung seines Ferrari versagt.

Das Besondere an der Finanzgerichtsbarkeit ist, dass sie – anders als die anderen Gerichtsbarkeiten – nur zweistufig aufgebaut ist. Wir haben also als Eingangsinstanz die Finanzgerichte und als Revisionsinstanz den Bundesfinanzhof mit Sitz in München. Es gibt keine Berufungsinstanz, d.h. keine zweite Instanz, die den Streitfall noch einmal tatsächlich und nicht nur rechtlich prüft. Die Finanzgerichte sind Obergerichte und damit auf gleicher Ebene mit Oberlandes- und Oberverwaltungsgerichten. Bei diesen gibt es Senate, die aus drei Berufsrichtern und zwei eh-

renamtlichen Richtern bestehen. Am Niedersächsischen Finanzgericht haben wir zurzeit 15 Senate. Deren Zuständigkeit richtet sich grundsätzlich nach der örtlichen Zuständigkeit der verschiedenen Finanzämter. Darüber hinaus gibt es aber Sonderzuständigkeiten, insbesondere für die Körperschaftsteuer, die Umsatzsteuer, die Erbschaft- und Schenkungsteuer.

Mein Arbeitsalltag besteht vor allem darin, Klageverfahren und Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu bearbeiten. Am häufigsten sind Klageverfahren für die mündliche Verhandlung des Senats vorzubereiten. Wir Richter schauen uns also an, was die klagenden Bürger und das beklagte Finanzamt vortragen und filtern heraus, was zwischen ihnen streitig ist, wie die Rechtslage ist und wer was noch aufklären und beweisen muss.

Im gesetzlichen Regelfall entscheidet im finanzgerichtlichen Klageverfahren der Senat auf Grund einer mündlichen Verhandlung. In der Praxis ist es aber so, dass sich viele Verfahren bereits im Laufe der Vorbereitung erledigen, weil das Finanzamt der Klage auf den Hinweis des berichterstattenden Richters abhilft, der klagende Steuerpflichtige seine Klage auf einen solchen Hinweis zurücknimmt oder beide Seiten sich in einer bestimmten Weise verständigen und den Rechtsstreit daraufhin für erledigt erklären.

Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit, den Fall durch den Senat auf den berichterstattenden Richter als Einzelrichter zu übertragen, der dann allein anstelle des Senats entscheidet. Auch können sich Steuerpflichtiger und Finanzamt einvernehmlich mit einer Entscheidung durch den Berichterstatter einverstanden erklären. Letzteres passiert recht häufig. Tatsächlich werden deshalb – jedenfalls in meinem Senat – nur relativ wenige Klageverfahren mündlich durch den Senat verhandelt und entschieden. Bei uns findet nur einmal im Monat eine Senatssitzung statt, in der dann durchschnittlich fünf Fälle behandelt werden. Allerdings gibt es auch Senate, in denen das anders ist.

### **Welche Anforderungen muss man für eine Tätigkeit in der Finanzgerichtsbarkeit erfüllen? Wie viele steuerliche Vorkenntnisse sind Ihrer Meinung nach dafür erforderlich?**

Zunächst einmal benötigt man die Befähigung zum Richteramt, also das zweite Staatsexamen, und die Note soll-

te auch nicht allzu schlecht ausgefallen sein. Es werden grundsätzlich immer noch zwei Prädikatsexamina verlangt. Zusätzlich ist natürlich ein gewisses steuerliches praktisches Vorwissen erforderlich. Bevor man bei einem Finanzgericht in das Richteramt eintreten kann, muss man nach dem zweiten Examen zwei oder drei Jahre z.B. als Berater, in der Finanzverwaltung oder in einem Unternehmen tätig gewesen sein. Aber es werden auch Ausnahmen gemacht, etwa wenn man vorher eine entsprechende Ausbildung gemacht hat oder im Finanzamt tätig gewesen ist.

**Wie sind Sie im Jahr 2012 als Lehrbeauftragter an die Uni Hannover gekommen?**

Den Lehrauftrag habe ich durch einen glücklichen Zufall bekommen. Als ich damals in Hannover als Finanzrichter angefangen habe, sind just die beiden im Steuerrecht tätigen Honorarprofessoren – der ehemalige Vorsitzende Richter am Bundesfinanzhof Professor Dr. Hans-Joachim Kanzler und der frühere Vorsitzende Richter am hiesigen Finanzgericht Professor Dr. Friedrich Harenberg – ausgeschieden. Damals war das Steuerrecht am Lehrstuhl von Professor Dr. Butzer angesiedelt, der zu dieser Zeit auch Dekan der Juristischen Fakultät gewesen ist. Über einen Kollegen aus dem Finanzgericht, der mit ihm bekannt war, fragte er bei mir an, ob ich mir vorstellen könne, das Steuerrecht zu übernehmen. Das konnte ich und so durfte ich an der Uni loslegen. Die Lehrtätigkeit macht mir so viel Spaß, dass ich sie bis heute sehr gerne mache.

**Wie gelingt es ein (vermeintlich) trockenes Thema wie das Steuerrecht so aufzubereiten, dass man am Ende sogar einen Lehrpreis<sup>3</sup> dafür bekommt?**

Ich habe tatsächlich den Eindruck, dass die Studierenden Spaß an der Steuerrechtsvorlesung haben. Vielleicht liegt es daran, dass ich versuche, die Vorlesung ein wenig unterhaltsam und nicht so wahnsinnig ernst zu gestalten. Vielleicht liegt es auch daran, dass das Fach nicht klausur-relevant ist.

Wahrscheinlich liegt es aber vor allem daran, dass die Teilnehmerin und Teilnehmer in der Vorlesung merken, dass dieses Rechtsgebiet unheimlich praxisrelevant ist und alle irgendwann einmal betrifft. Das versuche ich auch immer rüberzubringen. Früher oder später hat jeder mit Steuern

zu tun und gerade als Jurist wird man garantiert mit der Materie konfrontiert, sei es im Gesellschafts-, Erb-, Familien-, Kapitalmarktrecht etc. In allen Rechtsgebieten gibt es Überschneidungen mit dem Steuerrecht, überall gibt es steuerliche Konsequenzen. Daher sollte man sich zumindest ein bisschen auch mit diesem Bereich auseinandersetzen.

Außerdem ist das Steuerrecht spannend und abwechslungsreich – auch wenn das nicht sein Ruf ist. Ich vergleiche das immer ein bisschen mit Hannover: Es gilt allgemein als langweilig, aber wenn man es kennengelernt hat, findet man es richtig gut. Mir ist es jedenfalls so gegangen und ich glaube das kommt auch bei den Studierenden an. Die Vorlesung zum Steuerrecht findet übrigens in jedem Sommersemester statt. Ich würde mich freuen, wenn viele der Leserinnen und Leser einfach mal vorbeischauen! Ihr werdet dort auch mit Schnittchen verpflegt und könnt was gewinnen...

**Seit neuestem bieten Sie gemeinsam mit Professor Dr. Kay Blaufus<sup>4</sup> ein interdisziplinäres Seminar zur Steuerwissenschaft an. Letztes Jahr stand das Thema „Rechtssicherheit im Unternehmenssteuerrecht“ im Mittelpunkt, dieses Jahr widmen Sie sich Fragestellungen zu „Steuergestaltung und Moral“. Können Sie ein bisschen erzählen, was es damit auf sich hat?**

Die Idee für ein interdisziplinäres Seminar entstand bei der Vorbereitung eines anderen Projekts, dass der VFS Hannover<sup>5</sup> zusammen mit Professor Dr. Kay Blaufus aus der wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät und der Kanzlei KPMG organisieren, der Veranstaltung „Time For Taxes“. Das ist eine steuerrechtliche und steuerpolitische Diskussionsrunde, die damals die Rechtssicherheit im Unternehmenssteuerrecht zum Thema hatte. Durch das Seminar wollten wir die Studierenden der Wirtschafts- und der Rechtswissenschaften in dieses Projekt einbinden. Leider wurde das Seminar durch Corona beeinträchtigt, aber dennoch sind sehr schöne Arbeiten dabei entstanden und auch von den Teilnehmerinnen und Teilnehmern gab es sehr positive Rückmeldungen. Ich habe eine Menge über die Arbeit der Wirtschaftswissenschaftler gelernt – vielleicht auch Professor Dr. Blaufus über die der Juristen. Jedenfalls hatten wir eine Menge Spaß bei dem Seminar und haben daher

<sup>3</sup> Die Vorlesung „Grundzüge des Steuerrechts“ wurde in den Sommersemestern 2015 und 2018 mit dem Gorgias-Lehrpreis für Rhetorik und Didaktik der Leibniz Universität Hannover ausgezeichnet.

<sup>4</sup> Lehrstuhlinhaber und Leiter des Instituts für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre an der wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät an der Leibniz Universität Hannover.

<sup>5</sup> Verein zur Förderung der Steuerrechtswissenschaft an der Leibniz Universität Hannover e.V.

beschlossen, es ein weiteres Mal anzubieten.

Da die Themen „Steuergestaltung“ und „Moral“ zurzeit recht viel diskutiert werden – man denke nur an den Cum-Ex-Skandal, über den viel in den Medien berichtet wird –, haben wir uns für das Oberthema „Steuergestaltung und Moral“ entschieden. Dieses Thema soll von den Studierenden aus juristischer und aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht untersucht werden. Die Juristen beleuchten also die Rechtslage etwa zu den Fragen, wann ein Steuersparmodell legal, wann es illegal oder wann es legal, aber illegitim ist und welche Folgen das hat. Was passiert, wenn Unternehmen Investitionen in Steueroasen tätigen? Ist ein Unternehmensvorstand verpflichtet, auch „aggressive“ Steuergestaltungen zu nutzen, um den Gewinn zu maximieren? Und muss ein Rechtsanwalt darauf hinweisen, dass eine Steuergestaltung zwar legal, aber vielleicht moralisch problematisch ist? Die Studierenden der wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät gehen empirisch an die Sache heran und werten eine Umfrage aus, die wir in der „normalen Bevölkerung“ haben durchführen lassen und die wir außerdem selbst unter Steuerexperten durchgeführt haben. Die Befragung umfasste vor allem einfache Fallbeispiele, die die Befragten rechtlich und moralisch bewerten sollten. Die Studierenden werden ihre Arbeiten bei einer Seminarveranstaltung in der Villa Tramm des Steuerberaterverbandes Niedersachsen präsentieren. Und als krönender Abschluss des Seminars findet am 17. Januar 2023 ein Abendsymposium zum Thema „Steuergestaltung und Moral“ im Leibnizhaus statt, an dem prominente Steuerrechtlerinnen und Steuerrechtler mitwirken. So wird etwa der Einführungsvortrag von dem ehemaligen Bundesverfassungsrichter und Ex-Präsidenten des Bundesfinanzhofs Professor Dr. Rudolf Mellinghoff gehalten. In diesem Rahmen werden dann auch die Ergebnisse des Seminars vorgestellt und die beiden besten Arbeiten mit einem Preisgeld prämiert. Wir laden alle, die interessiert sind, ganz herzlich zu diesem Abendsymposium ein.

**2015 haben Sie den VFS Hannover gegründet. Woraus hat sich die ursprüngliche Gründungsidee ergeben und welche Zielsetzung verfolgt der Verein?**

Gegründet wurde der Verein im Jahr 2015 mit dem Ziel – wie es der etwas sperrige Name schon sagt –, das Steuer-

recht an der Leibniz Uni zu fördern. Die Idee kam bei einem Bier mit dem Rechtsanwalt Dr. Zacharias Schneider<sup>6</sup> im (absolut empfehlenswerten) Lindener Lokal „... und der böse Wolf“. Wir wussten, dass Unternehmen, Kanzleien und die Finanzverwaltung händeringend nach Juristinnen und Juristen suchten, die über gewisse Grundkenntnisse im Steuerrecht verfügten. Das Steuerrecht ist aber eine Art Stiefkind der juristischen Ausbildung und vor allem im Norden Deutschlands, so auch in Hannover, wird es kaum von den juristischen Fakultäten angeboten. Unsere Idee war es deshalb, die Sache kurzerhand selbst in die Hand zu nehmen und durch die Gründung eines Vereins alle am Steuerrecht Interessierten zusammenzubringen. Ziel des Vereins war und ist es, ein steuerrechtliches Angebot außerhalb des universitären Lehrplans aufzubauen. Wir möchten die Studierenden durch ein niederschwelliges Angebot mit dem ihnen unbekanntem Rechtsgebiet bekannt machen und sie dafür interessieren. Die Idee schlug damals ein wie eine Bombe. Bereits bei der Gründung hatte der VFS Hannover 100 Mitglieder. Mittlerweile sind es über 350 Personen und Unternehmen. Es sind die meisten großen Kanzleien<sup>7</sup> im Steuerrecht in Hannover sowie die Unternehmen Continental und HDI im Boot, aber auch Angestellte der Nord/LB, der TUI und der VGH. Gemeinsam mit all diesen Partnern versuchen wir das Steuerrecht am Standort Hannover und vor allem in der Uni mit vielen Veranstaltungen und Angeboten voranzubringen. Ein großes Ziel ist es nach wie vor irgendwann vielleicht sogar einen steuerrechtlichen Lehrstuhl an der Leibniz Uni zu errichten.

**Warum sollte man als Studierender dem VFS Hannover beitreten?**

Der VFS Hannover bietet den Studentinnen und Studenten für einen Jahresbeitrag von nur 5 Euro ein umfangreiches Angebot an Aktivitäten an. Dabei ist es nicht erforderlich, dass man schon etwas mit dem Steuerrecht am Hut hat. Im Gegenteil.

Es gibt das regelmäßige Treffen „Auf ein Bier mit...“, bei dem sich die Studierenden mit Leuten aus der (nicht allein steuerrechtlichen) Praxis, also aus der Beratung, aus Unternehmen, der Verwaltung oder der Gerichtsbarkeit auf ein Getränk treffen und sie in entspannter Atmosphäre

<sup>6</sup> Partner bei der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft in Hannover.

<sup>7</sup> Brandi Rechtsanwälte, KSB Intax, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Kapp, Ebeling & Partner, Schulze-Borges Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater PartGmbH, Seidel Elfers TAX UNIT Partnerschaft, Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Gehrke econ RA Gesellschaft mbH, LW.P Lüders Warneboldt, KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Deloitte GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Ernst & Young GmbH, PwC – PricewaterhouseCoopers.

ausquetschen können. Daneben gibt es auch Kanzlei- und Unternehmensbesuche.

Wir organisieren mehrtägige Studienfahrten abwechselnd nach Berlin und München, die jedes Jahr in der vorlesungsfreien Pfingstwoche stattfinden und die für die studentischen Mitglieder des Vereins kostenfrei sind. Dabei werden u.a. das Bundesfinanzministerium bzw. der Bundesfinanzhof besucht und es gibt ein spannendes Rahmenprogramm.

Dann gibt es einen dreitägigen Steuerrechts-Crashkurs, den wir alle zwei Jahre zusammen mit dem Lehrstuhl für Steuerrecht in der Universität Osnabrück anbieten. Dabei stellen zum einen der Lehrstuhlinhaber Professor Dr. Steffen Lampert von der Uni Osnabrück sowie Praktikerrinnen und Praktiker aus Beratung, Gericht, Verwaltung und Unternehmen die Grundzüge der wichtigsten Steuerarten<sup>8</sup> vor. Das Ganze ist für studentische Mitglieder des VFS Hannover kostenfrei.

Der VFS Hannover bietet so zum einen die Möglichkeit, sich recht entspannt einmal mit steuerrechtlichen Themen auseinanderzusetzen, gleichzeitig mit interessanten Menschen in Kontakt zu kommen, die nicht nur Steuerrecht machen, sondern auch in ganz anderen Bereichen unterwegs sind und bei dem Ganzen noch eine Menge Spaß zu haben. Dem Spaßfaktor kommt bei all unseren Veranstaltungen für die Studierende ohnehin ein großes Gewicht zu...

**Und dann gibt es ja auch noch den Steuerrechts-Moot-Court.**

Ja. Alle zwei Jahre veranstaltet der Bundesfinanzhof zusammen mit der DSTjG, der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft, einen *Moot Court* im Steuerrecht. Der VFS Hannover bemüht sich seit seiner Gründung erfolgreich darum, dass auch die Leibniz Universität Hannover mit einem Team in dem Wettbewerb vertreten ist. Und so hatten wir in den letzten drei Durchgängen Mannschaften, die sich aus Studentinnen und Studenten mit und ohne steuerrechtliche Vorbelastung zusammengesetzt haben.

Der Verein organisiert für die Teammitglieder u.a. eine Einführung in das Steuerrecht, eine Schulung zur Erstellung von Revisionschriften, eine Klausurtagung im Harz, einen Rhetorikkurs sowie Probeverhandlungen.

Bei dem vorletzten Durchgang im Jahr 2019 hat es das hannoversche Team bei 13 teilnehmenden Universitäten sensationell in die Finalrunde der letzten Vier geschafft und dann den zweiten Platz erreicht. Dabei ist unser Team gegen die *Bucerius Law School* und die Mannschaften aus Heidelberg und München angetreten, alles Universitäten mit großen Steuerrechtsinstituten. Das war in etwa so als würde Arminia Hannover gegen FC Bayern München im Finale der *Champions League* spielen...

Und dieses Jahr kam es noch besser: Für den aktuellen Durchgang des Wettbewerbs hat die Fakultät extra die Stelle eines Lehrbeauftragten geschaffen. Mein Kollege aus dem Finanzgericht Andre Ossinger hat diesen Lehrauftrag erhalten und das aktuelle Team, zusammen mit zwei Mitgliedern des Teams aus 2019, Alexander Stein und Sören von Kries, betreut. Und mit dieser Betreuung hat es das Team aus Hannover nicht nur in die Finalrunde geschafft, um dort Anfang Oktober vor einer Jury aus Bundesrichtern und Professoren in einer simulierten mündlichen Verhandlung in den Räumlichkeiten des Bundesfinanzhofs aufzutreten. Es hat mit seinen Schriftsätzen und seiner Präsentation alle 14 Teams der anderen Universitäten hinter sich gelassen und vor Heidelberg, Passau und Bochum den ersten Platz erreicht. Ich kann es immer noch nicht glauben und bin total begeistert von der Truppe!

**Das ist ja eine ganze Menge. Wie schaffen Sie das als Verein?**

Das schaffen wir nur mit viel Unterstützung der Mitglieder. Der VFS Hannover ist ein unglaublich aktiver Verein mit sehr vielen verschiedenen Aktivitäten. Diese können wir aber nur mit vielen Unterstützern in und um den Verein realisieren. Zwar mag es manchmal in Chaos ausarten – auch nach 7 Jahren lässt sich das nicht ganz vermeiden –, trotzdem gelingt es uns als Verein immer wieder gute Projekte auf die Beine zu stellen und so Praktiker, aber auch Studierende, zu begeistern. Ich danke daher an dieser Stelle allen, die uns bei diesen Veranstaltungen unterstützen und so den Verein am Laufen halten.

<sup>8</sup> Einkommen-, Körperschaft-, Erbschaft- und Schenkung-, Umsatz- und Gewerbesteuer.

**Lassen Sie uns über die *Tax Law Clinic* sprechen. Wie kamen Sie darauf, diese hier in Hannover zu gründen? Bei dem Projekt sind Sie auf einige Hürden gestoßen. Was ist bei der *Tax Law Clinic* anders als zB bei einer *Legal Clinic*, die es ja so in verschiedenen Formen bereits erfolgreich auch in Deutschland gibt?**

Seit der Vereinsgründung haben wir im VFS Hannover die Idee, in Hannover Deutschlands erste *Tax Law Clinic* zu errichten, also eine unentgeltliche Steuerrechtsberatung von Studierenden für Studierende. Denn in Hannover gibt es ja die allgemeine *Legal Clinic* und die *Refugee Law Clinic*. Warum nicht auch eine *Tax Law Clinic*? Leider ist eine studentische Rechtsberatung im Steuerrecht aber – anders als in allen anderen Rechtsgebieten – unzulässig. Das hat historische Gründe und ist nicht wirklich nachvollziehbar. Deshalb gehen wir gerichtlich gegen das gesetzliche Verbot vor und wollen es kippen. Zuletzt haben wir beim Bundesgerichtshof eine Rechtsbeschwerde eingelegt. Dabei hat uns Professor Dr. Volkert Vorwert unterstützt, der Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof und Honorarprofessor hier an der Leibniz Universität Hannover ist. Außerdem haben wir vor kurzem zusammen mit der Universität zu Köln und unterstützt durch zahlreiche Hochschullehrerinnen und -lehrer eine Stellungnahme zu einem aktuellen Gesetzgebungsvorhaben abgegeben, in dem wir die Ermöglichung der *Tax Law Clinic* vorschlagen. Und es sieht derzeit wirklich danach aus, als könnten diese Bemühungen endlich Früchte tragen. Weitere Informationen zu unseren Bemühungen um die *Tax Law Clinic* und den aktuellen Stand der Dinge könnt Ihr bei Interesse auf der Website des VFS Hannover finden.

**Zuletzt: Würden Sie sagen, dass das Steuerrecht in der juristischen Ausbildung zu kurz kommt?**

Natürlich [lacht]! Das Steuerrecht hat – wie schon gesagt – eine immense Bedeutung im alltäglichen Leben. Gleichzeitig ist es aber – wie auch das Sozialrecht – ein komplexes und kompliziertes Rechtsgebiet, das nicht ohne Weiteres eigenständig erschlossen werden kann, wie etwa andere Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts. Es wäre daher wünschenswert, wenn in der juristischen Ausbildung wenigstens die Grundzüge verpflichtend gelehrt würden. Es ist nicht erforderlich, dass dieser Stoff examensrelevant wird, aber es sollte ein Basiswissen und ein Problembewusstsein geschaffen werden. Die niedersächsische Justizministerin Barbara Havliza hat zuletzt bei einer Veranstaltung herausgestellt, dass Kanzleien, Unternehmen und die Verwaltung händeringend Steuerrechtler suchen und

die fehlende steuerrechtliche Ausbildung von Juristen an den norddeutschen Universitäten auch für Niedersachsen einen Standortnachteil darstellt.

**Und zum Abschluss: Was würden Sie unseren Leserinnen und Lesern aus den unteren Semestern gern auf den Weg geben?**

Schaut über den Tellerrand, nicht nur in fachlicher Hinsicht! Ich fand es für mich wichtig, im Studium Erfahrungen zu sammeln, sei es im beruflichen oder im sozialen Bereich. Beruflich kann man früh praktische Erfahrungen sammeln, indem man etwa neben den Pflichtpraktika in einem Unternehmen oder bei einem Anwalt arbeitet. Sozial, in dem man sich in studentischen Organisationen engagiert. Das macht Spaß, man lernt nette Leute kennen und es schafft eine gute Abwechslung zum harten Lernalltag in der Bib. Das gilt auch für den VFS Hannover, wo wir uns freuen würden, Euch im Boot zu haben. Schaut mal vorbei!





# HANOVER LAW REVIEW