NJ Neue Justiz

Zeitschrift für Anwalts- und Gerichtspraxis

Herausgeber

Dr. Bernhard Dombek
Dr. Frank Engelmann
Stefan Graßhoff
Dr. Detlef Haselbach
Jan Helge Kestel
Dr. Dr. Bernhard Klose
Dr. Joachim Kronisch
Guido Kutscher
Dr. Marcus Mollnau
Prof. Dr. Gerhard Ring
Prof. Dr. Johannes Weberling

Aus dem Inhalt

Aufsätze

Gerhard Ring
Die Rechtsprechung des BGH zum Personengesellschaftsrecht im Jahre 2020 141

Christian F. Majer/Arne Pautsch
Das Grundgesetz und Diskriminierung wegen der „Rasse" – Anmerkungen zur geplanten Neufassung von Art. 3 Abs. 3 GG 149

Dieter Müller
Ist § 3 Abs. 1 a Nr. 7 SächsCoronaSchVO verfassungswidrig? 152

Hartmut Rank/Mahir Muharemović/Stanislav Splavnic
Rechtsentwicklung in Südosteuropa im 2. Halbjahr 2020 156

Rechtsprechung

AG Braunschweig, Urteil vom 29. Oktober 2020 – 112 C 1262/20
Schmerzensgeld wegen absichtlichen Anhustens (*mit Anmerkung Piper*) 164

BGH, Urteil vom 25. November 2020 – XII ZR 40/19
Mietminderung wegen einer Flächenabweichung (*mit Anmerkung Klose*) 167

OLG Dresden, Urteil vom 24. Februar 2021 – 5 U 1782/20
Corona-bedingte Mietminderung 170

OLG Brandenburg, Beschluss vom 9. Februar 2021 – 7 W 100/20
Keine Einzelrichterzuständigkeit durch Ablauf des ersten Zivilrichterjahres 176

OLG Jena, Beschluss vom 2. Februar 2021 – 1 OLG 331 Ss 83/20
Keine ausdrückliche Vollmacht für Abwesenheitsvertretung notwendig 182

KG Berlin, Urteil vom 4. Februar 2021 – 3 Ws (B) 6/21 – 122 Ss 2/21
Fahrverbot aufgrund beharrlichen Pflichtverstoßes nach verbotener Nutzung elektronischer Geräte 183

4/2021

Jahrgang 75 | Seiten 141 – 188
ISSN 0028-3231 | E 10934

Nomos
www.neue-justiz.nomos.de

Inklusive Online-Nutzung
beck-online

Als Abonnent steht Ihnen diese Zeitschrift online zur Verfügung. Sie erhalten außerdem Vollzugriff auf das Archiv.
Details siehe Inhaltsverzeichnis

Schritt. Den Rassen wurden Charaktermerkmale und Eigenschaften zugesprochen, etwa Menschen mit dunkler Hautfarbe eine verminderte Intelligenz sowie die Unfähigkeit zur Zivilisation. Daran schloss sich bei einigen schließlich eine generelle Abwertung dieser Menschen an, die oftmals Tieren gleichgesetzt oder angenähert wurden, womit nicht nur die Sklaverei, sondern auch zahllose weitere Verbrechen gerechtfertigt wurden.[31] Leider ist es in der Öffentlichkeit unüblich geworden, auf diese Zusammenhänge hinzuweisen.

Als Folgeproblem ergibt sich die Notwendigkeit der Abgrenzung zum Begriff der Behinderung, weil Behinderung als einziges Merkmal des Art. 3 Abs. 3 GG eine Bevorzugung nicht verbietet. Dies führt jedoch im Ergebnis zu keinen unüberwindbaren Schwierigkeiten. Körperliche Merkmale, welche zugleich zu einem regelwidrigen Zustand und – daraus resultierend – Funktionsstörungen führen,[32] fallen unter das Merkmal Behinderung, und zwar unabhängig vom entsprechenden sozialrechtlichen Begriff der Schwerbehinderung in § 2 Abs. 1, 2 SGB IX.[33] Fehlt es an einer Funktionsstörung, bleibt es bei der Variante „körperliche Merkmale".

V. Fazit

Eine Streichung des Begriffs „Rasse" im Grundgesetz würde den Schutz der Betroffenen herabsetzen, da dann eine Lücke im Schutz vor Diskriminierungen entstünde. Sie ist vor allem im Hinblick auf die aktuell angestrebte Ersetzung durch die Formulierung „aus rassistischen Gründen" abzulehnen. Sinnvoll, wenn auch nicht zwingend notwendig, ist hingegen eine Ersetzung des Begriffs „Rasse" durch „körperliche Merkmale". Dieser Begriff würde den Rekurs auf die überholten Rassetheorien vermeiden und klarstellen, dass auch solche körperlichen Merkmale erfasst sind, welche nach den überkommenen Theorien keine Relevanz haben (wie etwa Kleinwuchs, rote Haare oder Fettleibigkeit). Er ermöglichte somit einen lückenlosen Diskriminierungsschutz, wie es der Zweck des Art. 3 Abs. 3 GG auch in toto gebietet.

31 Siehe die Nachweise in Fn. 8, 9.

32 Zum Begriff der Behinderung *Langenfeld* (Fn. 7), Art. 3 Abs. 3 Rn. 108; *Serr* (Fn. 11), AGG § 1 Rn. 28 ff.; *Armbrüster* (Fn. 8), AGG § 1 Rn. 10; *Breier/Dassau/Kiefer/Thivessen* (Fn. 13), 3.4 Rn. 21 f.

33 *Langenfeld* (Fn. 6), Art. 3 Abs. 3 Rn. 108; zum Begriff der Schwerbehinderung *Luthe*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, Stand: 3.11.2020, § 2 SGB IX, Rn. 109 ff.

Ist § 3 Abs. 1 a Nr. 7 SächsCoronaSchVO verfassungswidrig?

Prof. Dr. Dieter Müller, Bad Dürrenberg*

I. Regelungsgegenstand des § 3 Abs. 1 a Nr. 7 SächsCoronaSchVO

Der Freistaat Sachsen erließ am 12. Februar 2021 durch das Sächsische Staatsministerium für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt die Sächsische Corona-Schutz-Verordnung (SächsCoronaSchVO).[1]

Die Verordnung beinhaltete u. a. die folgende Regelungsalternative in § 3 Abs. 1 a Nr. 7 SächsCoronaSchVO:

> **§ 3 Mund-Nasenbedeckung und Mund-Nasen-Schutz**
> (1 a) Eine Verpflichtung zum Tragen eines medizinischen Mund-Nasen-Schutzes besteht ...
> 7. in Kraftfahrzeugen, die mit Personen aus unterschiedlichen Hausständen besetzt sind, insbesondere im beruflichen Kontext und bei Fahrgemeinschaften, ...

In der nachfolgenden Verordnung vom 5. März 2021 wurde folgende Formulierung in Nr. 7 ergänzt: „mit Ausnahme der Fahrzeugführerin oder des Fahrzeugführers".[2] Diese Regelung gilt bis zum 31. März 2021.

Eine nähere sachliche Begründung für die spezielle Regelungsalternative des § 3 Abs. 1 a Nr. 7 SächsCoronaSchVO existiert bislang nicht.

Die Ergänzung des Verordnungsgebers vom 5. März 2021 dürfte so auszulegen sein, dass Fahrzeugführer ab dem 8. März 2021 durch die Vorschrift nicht mehr länger zum Tragen eines medizinischen Mund-Nasen-Schutzes verpflichtet sind, sehr wohl aber weiterhin sämtliche Fahrgäste, wenn diese aus einem anderen Hausstand stammen.

Die folgenden Ausführungen gelten daher zunächst für das Verhalten und hinsichtlich sämtlicher eingeleiteter Bußgeldverfahren gegenüber den Kraftfahrzeugführern bis zum Außerkrafttreten der Vorschrift des § 3 Abs. 1 a Nr. 7 SächsCoronaSchVO aF am 7. März 2021.[3] Die Ausführungen zur Gesetzgebungskompetenz beziehen sich jedoch in vollem Umfang auch auf die aktuelle Verordnung.

II. Regelungsmaterie

1. Räumlicher Geltungsbereich

Der räumliche Geltungsbereich von § 3 SächsCoronaSchVO wie überhaupt der gesamten Rechtsverordnung bezieht sich ausschließlich auf das Staatsgebiet des Freistaates Sachsen.

Die Vorschrift gilt innerhalb und außerhalb des öffentlichen Verkehrsraumes, also überall dort, wo Kraftfahrzeuge mindestens zu zweit bestiegen werden. Für diese verkehrsjuristische Bewertung ist nur der öffentliche Verkehrsraum interessant. Die Regelung gilt im rechtlich-öffentlichen Verkehrsraum nach sächsischem Straßenrecht (§§ 2, 6 SächsStrG), im rechtlich-öffentlichen Verkehrsraum nach dem Straßenrecht

* Der Autor lehrt Straßenverkehrsrecht an der Hochschule der Sächsischen Polizei in Rothenburg/O.L. und ist Vorsitzender des juristischen Beirats des DVR.

1 SächsGVBl. 2021 Nr. 7, S. 213, erschienen am 13. Februar 2021.

2 SächsGVBl. 2021 Nr. 10, S. 288, erschienen am 6. März 2021.

3 aF = alte Fassung, d. h. ohne den ab 8. März 2021 geltenden Zusatz „mit Ausnahme der Fahrzeugführerin oder des Fahrzeugführers".

des Bundes (§§ 1, 2 FStrG) und im tatsächlich-öffentlichen Verkehrsraum (VwV-StVO zu § 1 StVO).

2. Verhaltenspflicht

Die Vorschrift konstituiert für sämtliche Regelungsalternativen des Abs. 1a eine Verhaltenspflicht „zum Tragen eines medizinischen Mund-Nasen-Schutzes". Ein „medizinischer Mund-Nasen-Schutz" wird weder im Medizinproduktegesetz, noch in der Medizinprodukteverordnung definiert. Ein „medizinischer Mund-Nasen-Schutz" wird auch als „medizinische Maske" bezeichnet. Dazu zählen sogenannte OP-Masken oder auch Masken der höheren medizintechnischen Standards KN95 oder FFP2.[4] Sogenannte „Alltagsmasken" zählen nicht dazu und würden der Verhaltenspflicht widersprechen.

Der unbestimmte Rechtsbegriff des „Tragens" wird ebenfalls nicht definiert, sodass der Begriff auch dann erfüllt ist, wenn die vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte empfohlene Trageweise nicht praktiziert wird.[5]

3. Personeller Geltungsbereich

Der personelle Geltungsbereich der Regelungsalternative des Abs. 1a Nr. 7 bezieht sich auf „Personen", also Menschen jeglichen Lebensalters (§ 1 Bürgerliches Gesetzbuch). Es müssen zumindest zwei Personen sein. Die Regelung bezieht sich bis zum 7. März 2021 ausdrücklich auch auf Fahrzeugführer wie der Verordnungsgeber auf seiner offiziellen Website mit den Worten: „Auch der Fahrer muss eine solche Maske tragen",[6] deutlich herausstellt. Die Formulierung wurde nach dem Hinzufügen der Ergänzung nicht von der Website der „Amtlichen Bekanntmachungen" entfernt, was aber auf ein redaktionelles Versehen zurückzuführen sein dürfte. Gemeint sind daher aktuell nur die Fahrgäste in Kraftfahrzeugen.

Dabei bezieht sich die Regelungsalternative wie generell die gesamte SächsCoronaSchVO auf sämtliche Personen, die sich innerhalb des räumlichen Geltungsbereichs befinden, also auch auf durchreisende Personen.

Diese Personen müssen „aus unterschiedlichen Hausständen" stammen. Der unbestimmte Rechtsbegriff des „Hausstands" wird in der Rechtsverordnung nicht definiert. Allgemein fallen unter diesen Begriff alle Personen, die tatsächlich dauerhaft in einem gemeinsamen Haushalt leben. Damit ist das Erfüllen des Rechtsbegriffs nicht davon abhängig, ob die Mitglieder an der Anschrift des Haushalts melderechtlich erfasst sind, sondern lediglich die Tatsache des dauerhaften Zusammenlebens ist entscheidend.[7]

4. Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Regelungsbereich des § 3 Abs. 1a SächsCoronaSchVO bezieht sich auf Kraftfahrzeuge. Der Rechtsbegriff „Kraftfahrzeuge" ist gesetzlich verbindlich definiert im Bundesrecht durch § 1 Abs. 2 Straßenverkehrsgesetz (StVG).

Dadurch, dass die Regelungsalternative dem Begriff des Kraftfahrzeugs die Präposition „in" voranstellt, gilt diese nicht für Kraftfahrzeuge ohne geschlossene Karosserie.

Die Formulierung „insbesondere im beruflichen Kontext und bei Fahrgemeinschaften" ist eine beispielhafte Aufzählung der beiden aus Sicht des Verordnungsgebers wichtigsten Anwendungsfälle der neuen Eingriffsnorm. Allerdings gilt die Verpflichtung auch für alle anderen Fälle, also ab dem Zeitpunkt, in dem mindestens zwei Personen aus verschiedenen Hausständen ein Kraftfahrzeug gleichzeitig betreten.

Die Regelung gilt demnach auch bei der beruflichen Beförderung von Personen für sämtliche Fahrgäste. Sie gilt auch für die Berufsausübung, wenn Kraftfahrzeuge mindestens zu zweit genutzt werden wie z. B. bei Streifenfahrten mit dem Funkstreifenwagen oder bei Einsätzen mit dem Tanklöschfahrzeug der Feuerwehr. Die Regelung gilt sogar dann, wenn sich Politiker aus Bund und Ländern von Chauffeuren durch den Freistaat Sachsen fahren lassen.

III. Verkehrsjuristische Bewertung

1. Gesetzgebungskompetenz für das Straßenverkehrsrecht

Gesetze und Verordnungen werden im Bund und in den Ländern von den Parlamenten und Ministerien erlassen. Wer auf welche Weise gesetzgeberisch tätig werden darf, ist in den Kompetenzkatalogen des Grundgesetzes und der betreffenden Gesetze geregelt. Greift dabei eine neue Regelung in die Grundrechte von betroffenen Bürgern ein, gilt das Zitiergebot, d. h. der Eingriff bedarf einer gesetzlichen Grundlage, die beim Erlass der Verordnung im amtlichen Publikationsorgan (Bundesgesetzblatt oder Gesetz- und Verordnungsblatt auf Länderebene) ausdrücklich benannt werden muss.

Gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes und der Länder auf *„den Straßenverkehr, das Kraftfahrwesen, den Bau und die Unterhaltung von Landstraßen für den Fernverkehr sowie die Erhebung und Verteilung von Gebühren oder Entgelten für die Benutzung öffentlicher Straßen mit Fahrzeugen"*. Relevant für das hier behandelte Thema ist ausschließlich der Straßenverkehr.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) äußerte sich 1975 grundlegend zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Straßenverkehrs. Es entschied, dass der Bundesgesetzgeber auf Grund der ihm in Art. 74 Nr. 22 GG[8] zugewiesenen Gesetzgebungskompetenz alle erforderlichen Maßnahmen treffen könne, *„um einen ordnungsgemäßen Ablauf des Straßenverkehrs sicherzustellen"*.[9] Sachliche Grundlage der Entscheidung war die Verfassungsbeschwerde eines Firmeninhabers, der mit seinem Kraftfahrzeug reine Reklamefahrten im öffentlichen Verkehrsraum durchführte, die jedoch nach dem Wortlaut der damaligen Norm des § 33 Abs. 1 Satz 3 StVO generell verboten waren. Das *BVerfG* er-

4 Nähere offizielle Informationen sind zu finden auf der Website der Bundesregierung unter der Adresse: https://www.Bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/corona-massnahmen-1734724.

5 Wie medizinische Masken korrekt getragen werden sollen, wird auf der Website des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte genau und verständlich erklärt sowie durch eine Grafik anschaulich gezeigt, siehe https://www. bfarm.de/SharedDocs/Risikoinformationen/Medizinprodukte/DE/schutzmasken.html#Medizinische_Gesichtsmasken.

6 Siehe https://www.coronavirus.sachsen.de/amtliche-bekanntmachungen.html (abgerufen am 6. März 2021).

7 Die durch einen Verzicht auf die Koppelung des Begriffs an die rechtlichen Voraussetzungen des Sächsischen Meldegesetzes (SächsMG) vom 21. April 1993 deutlich eingeschränkte Möglichkeit der Überprüfung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs wird in diesem Gutachten nicht behandelt.

8 Damals hatte der Art. 74 noch keine zwei Absätze.

9 *BVerfG*, Beschl. v. 10. Dezember 1975 – 1 BvR 118/71, BVerfGE 40, 371-384, juris.

klärte die Norm aufgrund einer Verletzung des Grundrechts des Beschwerdeführers gem. Art. 12 Abs. 1 GG für nichtig. In diesem Zusammenhang definierte das *BVerfG* die Inhalte der Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Straßenverkehrsrechts wie folgt:

„Das Straßenverkehrsrecht dient hiernach dem Zweck, die spezifischen Gefahren, Behinderungen und Belästigungen auszuschalten oder wenigstens zu mindern, die mit der Straßenbenutzung unter den Bedingungen des modernen Verkehrs verbunden sind. Es regelt in diesem Rahmen die (polizeilichen) Anforderungen, die an den Verkehr und an die Verkehrsteilnehmer gestellt werden, um Gefahren von anderen Verkehrsteilnehmern oder Dritten abzuwenden und den optimalen Ablauf des Verkehrs zu gewährleisten. Das Straßenverkehrsrecht ist sachlich begrenztes Ordnungsrecht, für das dem Bund – abweichend vom sonstigen (Polizei-) Ordnungsrecht – die Gesetzgebungskompetenz zusteht.“[10]

2. Sachliche Inhalte der Regelungskompetenz für den Straßenverkehr

a) Regelungsgegenstand Verkehrswesen

Entscheidend für den verfassungsgemäßen Regelungsinhalt einer Vorschrift ist die systematische Begründung des BVerfG, dass *„die Gruppe der Nummern 21 bis 23 des Art. 74 GG Gegenstände umfasst, die zum Verkehr gehören oder diesem unmittelbar oder mittelbar dienen, also um Bereiche, die man als „Verkehrswesen“* umschreiben kann“.[11]

Wenn der Regelungsgegenstand von § 3 Abs. 1 a Nr. 7 SächsCoronaSchVO dem „Verkehrswesen“ zugeordnet werden kann, ist keine Länderkompetenz des Freistaates Sachsen für diese Regelung zu begründen. Bereits durch den räumlichen Anwendungsbereich der Vorschrift im öffentlichen Verkehrsraum und die Einbeziehung von Kraftfahrzeugen als Regelungsgegenstand sowie von Kraftfahrzeugführern als Verkehrsteilnehmern[12] ist das Verkehrswesen direkt betroffen, was die Verfassungswidrigkeit der Norm nach sich zieht.

b) Regelungsgegenstand Verkehrsverhalten

Das BVerfG äußerte zudem bereits in einer sehr frühen Entscheidung, dass Vorschriften, die den Verkehrsteilnehmern ein bestimmtes Verhalten vorschreiben oder untersagen oder aber ein bestimmtes Verhalten der Verkehrsteilnehmer von einschränkenden Voraussetzungen abhängig machen, neben der bundesrechtlichen Regelung des Straßenverkehrs in der StVO und der StVZO nicht bestehen können.[13]

§ 3 Abs. 1 a Nr. 7 SächsCoronaSchVO schreibt Kraftfahrzeugführern bei Vorliegen der Voraussetzungen ein bestimmtes Verhalten, nämlich das Tragen eines medizinischen Mund-Nasen-Schutzes vor, untersagt im Umkehrschluss die Fahrzeugbenutzung ohne einen medizinischen Mund-Nasen-Schutz und macht im Ergebnis die aktive Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr vom Einhalten dieser Verhaltensvorschrift abhängig. Für die betroffenen Fahrgäste, die ebenfalls einen Mund-Nasen-Schutz tragen müssen, gilt die Regelung ebenfalls als eine Vorschrift, die deren Benutzung eines Verkehrsmittels negativ begrenzt und greift damit ebenfalls, vergleichbar etwa der Gurtpflicht und Helmpflicht aus § 21 a StVO, in deren Verkehrsverhalten ein.

Demnach greift das Verdikt des BVerfG, sachlich konkurrierendes Landesrecht dürfe es nicht geben. Dabei kommt es noch nicht einmal auf die Entscheidung der Frage an, ob § 3 Abs. 1 a Nr. 7 SächsCoronaSchVO mit dem Inhalt von § 23 Abs. 4 Satz 1 StVO inhaltlich konkurriert.

Bereits die Tatsache einer landesrechtlichen Regelung für den fließenden Straßenverkehr begründet deren Verfassungswidrigkeit.

c) Regelungsgegenstand Straßenverkehr

Ergänzend sei ein historisches Argument angeführt. Zu den beiden Regelungsgegenständen [14] „Straßenverkehr und Straßenverkehrsrecht“ äußerte sich das *BVerfG* in einer weiteren Entscheidung, wonach die Regelungsgegenstände des Straßenverkehrs *„einerseits im Zusammenhang mit, andererseits gerade auch in Abgrenzung zum Begriff des Straßen-(Wege-) rechts zu bestimmen“* seien.[15] Es handele sich um deutlich gegeneinander abgegrenzte Gesetzgebungsbereiche, auch wenn sie in einem sachlichen Zusammenhang stehen, insbesondere das Straßenverkehrsrecht das Straßenrecht voraussetze. Schließlich begründete das *BVerfG* in dieser Entscheidung die Rechtfertigung für bundeseinheitliche Regelungen des Straßenverkehrsrechts auch noch explizit verfassungshistorisch, indem es ausführte, bereits im **Parlamentarischen Rat** habe von Anfang an Einigkeit darüber bestanden, dass ein bundeseinheitliches Verkehrsrecht ermöglicht werden müsse. Bereits der **Herrenchiemseer** Verfassungsentwurf habe in seinem Art. 36 Nr. 36 die „Vorranggesetzgebung“ des Bundes über den Straßenverkehr vorgesehen. Die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis des Bundes für den Straßenverkehr sei dementsprechend vom Parlamentarischen Rat ohne Einschränkung befürwortet worden.

In den vorgenannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts beziehen sich die Senate ausschließlich auf materiell-rechtliche Regelungen des Straßenverkehrsrechts.

Würde es sich bei der Verhaltensvorschrift des § 3 Abs. 1 a Nr. 7 SächsCoronaSchVO auch ihrem engeren Inhalt nach um eine Regelungsmaterie des Straßenverkehrsrechts handeln, besäße nach der Rechtsprechung des BVerfG somit allein der Bund die Gesetzgebungskompetenz.

3. Regelungsgegenstände des Straßenverkehrsrechts im StVG

Straßenverkehr und Straßenverkehrsrecht sind einerseits im Zusammenhang mit, andererseits gerade auch in Abgrenzung zum Begriff des Straßen-(Wege-)rechts zu bestimmen.[16] Da die SächsCoronaSchVO auf das Infektionsschutzgesetz gegründet ist, besteht allein aus dieser Sicht keine inhaltliche Konkurrenz der beiden Regelungsmaterien, die etwa dem Straßenverkehrsrecht sachlich deutlich näheren Straßenrecht vergleichbar wäre. Mittels einer dem Infektionsschutz dienenden Verhaltensregel in den Regelungskatalog des

10 *BVerfG* (Fn. 9), aaO

11 *BVerfG*, Urt. v. 30. Oktober 1962 – 2 BvF 2/60, BVerfGE 15, 1-25, Rn. 51.

12 Die Eigenschaft als Verkehrsteilnehmer erfüllt jede Person, die sich im öffentlichen Verkehrsraum verkehrserheblich verhält (vgl. dazu § 1 Abs. 2 StVO).

13 *BVerfG*, Beschl. v. 3. Oktober 1957 – 1 BvR 194/52, BVerfGE 7, 111-120, Rn. 26.

14 Damals hatte der Art. 74 noch keine zwei Absätze.

15 *BVerfG*, Beschl. v. 9. Oktober 1984 – 2 BvL 10/82, BVerfGE 67, 299-329, Rn. 47, juris.

16 *BVerfG*, Beschl. v. 9. Oktober 1984 – 2 BvL 10/82, BVerfGE 67, 299-329, Rn. 47.

Straßenverkehrsrechts einzugreifen, ist daher mehr als fernliegend. Dass eine Norm des Landesrechts wie die der SächsCoronaSchVO der Gesetzgebungsmaterie des Bundeslandes zuzuordnen ist, reicht daher nicht aus, eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG zu verneinen, weil für die Abgrenzung zwischen Bundes- und Landeskompetenz der Regelungsgegenstand wesentlich ist, dass die Teilnahme am Straßenverkehr als Führer eines Kraftfahrzeuges ausschließlich im Interesse des Verkehrs verboten werden kann.[17]

Ob ein das Landesrecht verbietender Regelungsinhalt vorliegt, lässt sich, nachdem die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Straßenverkehr geklärt ist, nur aufgrund der speziellen Regelungsinhalte des Straßenverkehrsgesetzes entscheiden. Die Straßenverkehrs-Ordnung kann landesrechtliche Vorschriften nur dann verhindern, wenn das Straßenverkehrsgesetz hierzu eine ausreichende Ermächtigung gibt.[18] Wenn also das Thema der Gesichtsverhüllung abschließend in der StVO geregelt ist, darf dazu keine ergänzende oder irgendwie modifizierende Regelung von einem Bundesland erlassen werden.

Die Vorschrift des § 6 StVG listet zunächst einmal die Gegenstände auf, die ua in der StVO vom Verordnungsgeber geregelt werden dürfen:[19]

> **§ 6 Ausführungsvorschriften**
> (1) Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur wird ermächtigt, Rechtsverordnungen mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassen über
> 3. die sonstigen zur Erhaltung der Sicherheit und Ordnung auf den öffentlichen Straßen, für Zwecke der Verteidigung, zur Verhütung einer über das verkehrsübliche Maß hinausgehenden Abnutzung der Straßen oder zur Verhütung von Belästigungen erforderlichen Maßnahmen über den Straßenverkehr, und zwar hierzu unter anderem ...

Neue Vorschriften der StVO werden regelmäßig unter Zitierung von § 6 Abs. 1 Nr. 3 erster Halbsatz StVG erlassen.[20] Auch das mit der 53. Verordnung zur Änderung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften im Jahr 2017 eingeführte Verhüllungsverbot des § 23 Abs. 4 StVO wurde auf diese gesetzliche Regelung gegründet.[21]

§ 3 Abs. 1 a Nr. 7 SächsCoronaSchVO dient ersichtlich nicht dem Zweck der Gefahrenabwehr vor den spezifischen Gefahren des Straßenverkehrs und auch nicht dem Zweck, den Verkehrsablauf positiv zu steuern. Die Regelung soll dem Gesundheitsschutz dienen, speziell Ansteckungen mit dem Coronavirus verhindern helfen. Die Regelung bezieht sich jedoch auf ein Verhalten im öffentlichen Straßenverkehr und sie steht hinsichtlich der Kraftfahrzeugführer inhaltlich in Konkurrenz zu einer speziellen Vorschrift des Straßenverkehrsrechts, nämlich dem § 23 Abs. 4 StVO, der lautet:

> **§ 23 Sonstige Pflichten von Fahrzeugführenden**
> (4) Wer ein Kraftfahrzeug führt, darf sein Gesicht nicht so verhüllen oder verdecken, dass er nicht mehr erkennbar ist.
> ...

Dieser Tatbestand fordert kein vollständiges Verhüllen oder Verdecken des Gesichts, sondern lediglich eine solche, dass die kraftfahrzeugführende Person „nicht mehr erkennbar ist".[22] Wäre eine fehlende Erkennbarkeit durch das Tragen eines medizinischen Mund-Nasen-Schutzes gegeben, würde nicht nur ein ordnungswidriges Handeln der kraftfahrzeugführenden Person gegeben sein, sondern auch ein Eingreifen des sächsischen Verordnungsgebers in den sachlichen Anwendungsbereich des Verordnungsgebers der StVO.

Als Argument gegen eine in Konkurrenz zu § 23 Abs. 4 StVO stehende Regelung könnte angeführt werden, dass die Identifizierung eines Fahrzeugführers auf einem Beweisfoto trotz des Tragens eines medizinischen Mund-Nasen-Schutzes unproblematisch möglich wäre. Wird ein solcher fachlich korrekt angelegt, sind die Kinnpartie und die Nasenpartie vollständig verdeckt, wohingegen die Augenpartie, der Haaransatz (soweit vorhanden) und die Ohren frei erkennbar sind. Allerdings gilt die Feststellung der vorgenannten erkennbaren Teile des Kopfes nur unter der Prämisse, dass keine Sonnenbrille oder z. B. ein Basecap getragen werden, die jederzeit erlaubt sind.

Im Zweifelsfall entscheidet sich die Identifizierbarkeit auf der Grundlage eines anthropologischen Sachverständigengutachtens. Für ein anthropologisches Identitätsgutachten anhand von Fotos gilt nach Auffassung des BGH allgemein, dass es kein standardisiertes Verfahren hinsichtlich des Vergleichs einer bestimmten Zahl morphologischer Merkmale oder Körpermaßen des Täters mit den entsprechenden Merkmalen des Tatverdächtigen gibt.[23] Die morphologischen Merkmale sind nicht eindeutig bestimmbar. Die Abschätzung der Beweiswertigkeit sind nach der persönlichen Erfahrung eines Sachverständigen subjektiv. Graduelle Abweichungen sind zwischen einzelnen Sachverständigen möglich. Zudem müssen die Lichtbilder eine gewisse Qualität aufweisen, um als Identifizierungsgrundlage zu dienen. Auch bezüglich der Eignung des Bildmaterials kommen die Sachverständigen häufig zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Nach alledem ist es sehr unwahrscheinlich, dass ein Fahrzeugführer, der während der Fahrt einen medizinischen Mund-Nasen-Schutz sachgemäß trägt, nach einem Verkehrsverstoß auf einem Beweisfoto erkannt werden kann. Damit kann mittels des Gegenarguments eine Übereinstimmung der beiden in Frage stehenden Regelungsmaterien wenigstens hinsichtlich des Kraftfahrzeugführenden nicht ernsthaft bestritten werden.

Auch die Neuregelung vom 5. März 2021 greift weiterhin unzulässig in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes ein, weil auch hinsichtlich der transportierten Fahrgäste mit der Verpflichtung, im Kraftfahrzeug eine medizinische Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen, materiellrechtlich in das Verhaltensrecht im Straßenverkehr eingegriffen wird.

---

17 Vergleichbar siehe *BVerfG*, Beschl. v. 9. Februar 1972 – 1 BvR 111/68, BVerfGE 32, 319-332, Rn. 25, wobei es in der Sache um eine landesrechtliche Regelung über Außenwerbung im Straßenraum ging.

18 BVerfG, Beschl. v. 9. Februar 1972 – 1 BvR 111/68, BVerfGE 32, 319-332, Rn. 32.

19 Verordnungsgeber ist das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI), das gemeinsam mit den 16 Bundesländern im Bundesrat über die Inhalte der StVO entscheidet.

20 Vgl. BGBl. 2020 I, S. 814, 3047.

21 BGBl. I, S. 3549.

22 Vgl. dazu näher *Rebler/Müller*, Alltagsmaske & Co. versus Verhüllungsverbot, in: Die POLIZEI 2021, S. 30 ff.

23 *BGH*, Urt. v. 15. Februar 2005 – 1 StR 91/04, juris, auch zum Folgenden.

IV. Fazit

1. § 3 Abs. 1 a Nr. 7 SächsCoronaSchVO behandelt auch nach der Ergänzung der Vorschrift eine Materie des Verkehrswesens, des Straßenverkehrs und des Verkehrsverhaltens für die dem Bund gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG die Gesetzgebungskompetenz zusteht.
2. Da dem Freistaat Sachsen für die Regelung des § 3 Abs. 1 a Nr. 7 SächsCoronaSchVO keine Gesetzgebungskompetenz zusteht, ist diese Regelung nichtig, sowohl hinsichtlich der möglichen Verstöße von Kraftfahrzeugführern (bis zum 7. März 2021 begangen), als auch von deren Fahrgästen.
3. In Berlin muss gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 Zweite SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (2. InfSchMV) vom 4.3.2021 „in sonstigen Fahrzeugen von nicht fahrzeugführenden Personen, sofern die Nutzung des Fahrzeugs nicht ausschließlich mit den in § 2 Absatz 2 genannten Personen erfolgt," eine „medizinische Gesichtsmaske" getragen werden. Im Saarland muss gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1 a der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) vom 6.3.2021 von „Personen bei der Nutzung von Kraftfahrzeugen, die nicht das Fahrzeug führen und nicht unter § 6 Absatz 1 Satz 1 fallen," eine Mund-Nasen-Bedeckung getragen werden. Auch diese Regelungen sind aus den genannten verfassungsrechtlichen Gründen nichtig.
4. Eine Verurteilung auf Grundlage ungültiger Vorschriften verletzt das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG; solche Normen bilden keinen Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung und können das Recht auf Handlungsfreiheit nicht wirksam beschränken.[24] Die Polizei sollte Verstöße gegen die Vorschrift nicht verfolgen und Bußgeldbehörden sollten Verstöße gegen die Vorschrift nicht ahnden.
5. Der Freistaat Sachsen sollte § 3 Abs. 1 a Nr. 7 SächsCoronaSchVO aus der SächsCoronaSchVO streichen. Die Länder Berlin und Saarland sollten ihre parallelen Regelungen ebenfalls streichen.

24 *BVerfG*, Beschl. v. 3. Oktober 1957 – 1 BvR 194/52, BVerfGE 7, 111-120.

Rechtsentwicklung in Südosteuropa im 2. Halbjahr 2020

Hartmut Rank, Bukarest / Dr. Mahir Muharemović, Tuzla / Stanislav Splavnic, Chisinau und Bukarest*

Die Neue Justiz setzt in Zusammenarbeit mit dem Rechtsstaatsprogramm Südosteuropa der Konrad-Adenauer-Stiftung eV (KAS) im Anschluss an den Überblick in der NJ 2020, 439 ff., ihre halbjährliche Berichterstattung über die Entwicklung des Rechts in ausgewählten Ländern Südosteuropas fort. Trotz der Beeinträchtigungen durch die Covid-19-Pandemie gab es im 2. Halbjahr 2020 relevante Rechtsentwicklungen in Südosteuropa, welche nachfolgend in alphabetischer Reihenfolge für Albanien, Bosnien-Herzegowina, Bulgarien, Kosovo, Kroatien, Montenegro, Nordmazedonien, Republik Moldau, Rumänien sowie Serbien dargestellt werden.

ALBANIEN (Aulona Hazbiu, Tirana**)

Das albanische Parlament war nach der Sommerpause wieder aktiv und hat unter Einhaltung von Abstands- und Schutzregeln regelmäßig getagt. Wichtige Gesetzesinitiativen bezogen sich auf die am 25. April 2021 anstehenden Neuwahlen. Unter internationalem Druck wurde im Juni 2020 ein überparteilicher Konsens zur Verabschiedung einer umfassenden Wahlrechtsreform erzielt. Teil der Übereinkunft war auch die Änderung weiterer Gesetze, die in den Augen der politischen Parteien notwendig erschienen, um unanfechtbare Wahlergebnisse zu erzielen. Das Gesetzespaket umfasst die Änderung u. a. des Whistleblower-Gesetzes, der Strafprozessordnung und der Organisation der Staatsanwaltschaft.

Wahlrechtsgesetz

Nach jahrelangem politischen Streit über eine Reform wurde am 23. Juli 2020 ein neues *Wahlrechtsgesetz* verabschiedet, welches die Änderungen die OSZE/ODIHR-Empfehlungen zur Entpolitisierung der Wahlbehörde, sowie zur Schaffung eines unabhängigen und sanktionsbewehrten Systems zur Überprüfung der Partei- und Wahlkampffinanzierung umsetzen soll. Die Novellierungen regeln u. a. (die Verwendung neuer Technologien (u. a. zur Wähleridentifizierung), das Wahlverfahren für im Ausland lebende Albaner, Vorschriften zum verbotenen Stimmenkauf, und insbesondere die Wahlfinanzierung (Parteispenden und Festlegung der Höhe des Staatsanteils an der gesamten Parteienfinanzierung). Die Wähleranmeldung wird neu geregelt und ein Register sowie eine neue Wahlbehörde geschaffen.

Whistleblower-Gesetz

Die Änderungen im Gesetz über Whistlerblower betreffen die Erweiterung seines Anwendungsbereiches auf korrupte Praktiken im Umfeld von Wahlen, insbes. den Stimmenkauf. Den OSZE/ODIHR-Empfehlungen zufolge sollte der albanische Gesetzgeber besondere Maßnahmen im Bereich der *präventiven Korruptionsbekämpfung* treffen. Daher werden nun Personen, die Hinweise über Wahlkorruption oder Stimmenkauf geben, in den Schutzbereich des Whistleblower-Gesetzes einbezogen. Dies stellt im internationalen Vergleich eine Ausnahme dar. In der zentralen Wahlbehörde wird eine spe-

* Der Autor Rank ist Rechtsanwalt, LL.M., MBA, und leitet seit 2017 das Rechtsstaatsprogramm Südosteuropa der KAS mit Sitz in Bukarest. Der Autor Muharemović, LL.M., und der Autor, Splavnic, LL.M., sind Wissenschaftliche Mitarbeiter im Rechtsstaatsprogramm Südosteuropa der KAS.

** Die Autorin arbeitet als Senior Expertin in einem EU-finanzierten Projekt, das die laufende Justizreform in Albanien unterstützt. Sie hat ihre beiden juristischen Staatsexamina in Deutschland abgelegt. Zu ihrer beruflichen Laufbahn zählen Stationen als Senior Associate bei einer albanischen Großkanzlei sowie als wissenschaftliche Mitarbeiterin beim albanischen Obersten Gerichtshof.