

## AUFSÄTZE

LAURENA FAJEN

**Die Ex-post-Triage im Lichte des Verfassungsrechts**

TILL KOCH

**Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft**

PHILIPP JEDAMZIK

**Peter O. Chotjewitz (1934-2010), Die Herren des Morgengrauens (1978)**

## FALLBEARBEITUNGEN

ARNE MISSELWITZ

**Was für eine Schreinerei?!**

JAN EBELING

**Die lästige »Frauen«quote**

LEA KRUSE, LEONARD HOFFMANN UND DR. FERDINAND WEBER

**Frequentierte Ruhestätte**

RICARDA BARDOWICKS, JULIA BIASTOCH UND KATHARINA REISCH

**Der Impfpass**

## STUDIUM UND DIDAKTIK

PROF. DR. ALEXANDER BAUR IM INTERVIEW MIT LENA JOHN

**Professorenvorstellung**

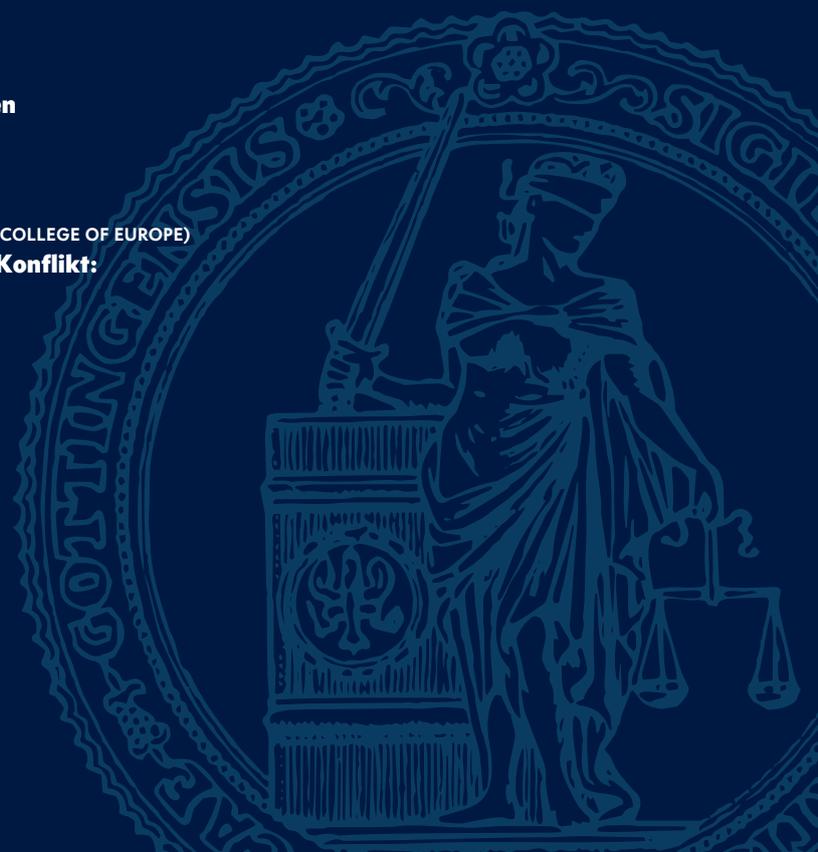
JULIAN JANSEN UND JAKOB SCHÜNEMANN

**Die fachspezifische Promovierendenausbildung auf Reisen**

## VARIA

DIPL.-JUR. TIMO MARCEL ALBRECHT UND ASS. IUR. NILS IMGARTEN, LL.M. (COLLEGE OF EUROPE)

**Transitional Justice – Umgang mit Folgen von Krieg und Konflikt:  
Grenzen und Potenziale des Rechts**



**GRZ** | Göttinger  
Rechtszeitschrift

## Impressum



Göttinger  
Rechtszeitschrift e. V.

Platz der Göttinger Sieben 6  
37073 Göttingen

Registergericht: Amtsgericht Göttingen  
Registernummer: VR 201862

### Vorstand des Geschäftsjahres 2023/2024

Vorstandsvorsitzende: Lena John  
Schriftführerin: Katharina Reisch  
Kassenwartin: Lea Kruse

Mail: [kontakt@g-rz.de](mailto:kontakt@g-rz.de)

Web: <https://www.goettinger-rechtszeitschrift.de>

### Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Seine Nutzung ist im Rahmen der Creative Commons Lizenz "CC BY-ND 3.0 DE" gestattet. Das Werk darf daher unter angemessener Namensnennung und ohne Bearbeitung oder Veränderung zu beliebigen Zwecken in jedwedem Format oder Medium verbreitet oder vervielfältigt werden. Weitere Informationen: <https://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/d>

Ausgabe 2/2023, 6. Jahrgang, 1. Auflage, Dezember 2023

© 2023 Göttinger Rechtszeitschrift e. V.

*Satz* Yannik Kneisel

*Druck* esf-print Friedrichs, Berlin

*Schrift* Equity und Concourse von MB Type

ISSN 2627-3721

Printed in Germany

## Informationen

### Erscheinungsweise

Die Göttinger Rechtszeitschrift erscheint halbjährlich.

### Autor:in werden

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

### Zitiervorschlag

*Autor:in*, GRZ 2/2023, Seite

## Mitwirkende

### Redaktionsleitung

Niklas Middelbeck, Zivilrecht  
Ricarda Bardowicks, Öffentliches Recht  
Hendrik Uken, Strafrecht  
Meret Unruh, Grundlagen des Rechts  
Lena John, Studium und Didaktik

### Schriftkoordination

Tim Konrad Becker

### Ressort für Zivilrecht

Tim Konrad Becker, Arne Misselwitz, Jelle Christian Reinhardt, Elisabeth Selle, Elisabeth Ungerecht

### Ressort für Öffentliches Recht

Henning Hilbert, Elisabeth Selle, Moritz Jestaedt, Anna Peuser, Jakob Schünemann, Sven Wedemeyer, Julian Jansen

### Ressort für Strafrecht

Anneke Alberts, Tom Hendrik Becker, Belinda Behrens, Tim Nicklas Festerling, Amélie Klein, Lea Kruse, Louisa Lingner, Nils Lütgert, Katharina Reisch, Paul Schäfer, Julius Schütte, Ole Johannes Timm, Ottilia Katharina Voigt

### Ressort für Grundlagen des Rechts

Mattis Bieberle-Aumann, Franz Keßeler, Tim Priet

### Ressort für Studium und Didaktik

David Simon Diekmann, Leonard Hoffmann

### Öffentlichkeitsarbeit

Fides Lisei Richter (Direktorin), Amélie Klein

### Publikation

Yannik Kneisel (Direktor), Joja Drangmeister, Lena John

### Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Martin Ahrens  
Prof. Dr. Alexander Baur  
Prof. Dr. Stefanie Bock  
Prof. Dr. Gunnar Duttge  
Prof. Dr. Sina Fontana, MLE.  
Dr. Simon Gerdemann, LL.M. (Berkeley)  
Prof. Dr. Inge Hanewinkel  
Prof. Dr. Stefan Harrendorf  
Prof. Dr. Hans Michael Heinig  
Dr. Alexander Heinze, LL.M. (TCD)  
Prof. Dr. Rüdiger Krause  
Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel  
Priv.-Doz. Dr. Roman Lehner  
Dr. Nikolaus Linder  
Prof. Dr. Gerhard Lingelbach  
Prof. Dr. Thomas Mann  
Prof. Dr. Joachim Münch  
Prof. Dr. Dr. Dietmar von der Pfordten  
Apl.-Prof. Dr. Peter Rackow  
Prof. Dr. Philipp M. Reuß, MJur (Oxon.)  
Prof. Dr. Marcus Schladebach, LL.M.  
Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger  
Dr. Andreas Seidel  
Prof. Dr. Alexander J. Thiele  
Prof. Dr. Meik Thöne, M. Jur. (Oxford)  
Prof. Dr. Peter Unruh  
Dr. Ferdinand Weber, MLE.

## Vorwort

Sehr geehrte Leserinnen und Leser, liebe Studierende,

seit unserem Amtsantritt im Juli haben wir die Vereinsarbeit der Göttinger Rechtszeitschrift als neuer Vorstand unterstützen und voranbringen dürfen. Jetzt freuen wir uns sehr, das Ergebnis der letzten Monate im Rahmen der neuesten Ausgabe der Göttinger Rechtszeitschrift zum Jahresabschluss 2023 präsentieren zu dürfen. Die Veröffentlichung steht und fällt stets mit dem Engagement unserer Mitglieder. Wir bedanken uns ganz herzlich für die Arbeit, die Zeit und die Kreativität, die in jede Ausgabe aufs Neue eingebracht werden. Unser Dank gilt darüber hinaus unserem wissenschaftlichen Beirat, der durch die fachliche Begutachtung der Beiträge, facettenreiche wissenschaftliche Veröffentlichungen erst möglich macht.

Auch in dieser Ausgabe decken die Autorinnen und Autoren ein breites Spektrum unterschiedlichster spannender Fragestellungen und Ereignisse ab.

In der Aufsatzrubrik schaut sich *Laurena Fajen* die Ex-post-Triage im Lichte des Verfassungsrechts näher an. In der Kategorie »Grundlagen des Rechts« setzt sich *Till Koch* mit der Erklärung des preußischen Staatsanwalts Julius Hermann v. Kirchmann von 1847 über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft auseinander. Darüber hinaus analysiert *Philipp Jedamzik* Peter O. Chotjewitz' »Die Herren des Morgengrauens (1978)«.

Zum Klausurentraining enthält diese Ausgabe einige Fallbearbeitungen: Im Zivilrecht widmet sich *Arne Misselwitz* sachenrechtlichen Fragestellungen, insbesondere dem Vermieterpfandrecht und Herausgabeansprüchen. Die von *Jan Ebeling* bearbeitete Fortgeschrittenenfalllösung im Öffentlichen Recht hat die Prüfung eher selten vorkommender besonderer Gleichheitsgrundrechte im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle zum Inhalt. Im Anschluss setzt sich *Lea Kruse* in ihrer von *Leonard Hoffmann* und Dr. *Ferdinand Weber* kommentierten Falllösung mit dem eher weniger bekannten Friedhofsrecht und europäischen Grundfreiheiten auseinander. Im Strafrecht bearbeitete *Ricarda Bardowicks* eine Klausur für Fortgeschrittene im Bereich der Urkunden-, Vermögens- und Straßenverkehrsdelikte, die

mit Anmerkungen der wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen *Julia Biastoch* und *Katharina Reisch* versehen wurde.

In der Rubrik Studium und Didaktik stellt sich Prof. Dr. *Alexander Baur* als neuer Lehrstuhlinhaber für Strafrecht und Kriminologie an der Juristischen Fakultät Göttingen in einem Interview mit *Lena John* vor. Im Anschluss teilen *Jakob Schünemann* und *Julian Jansen* ihre Eindrücke und Erfahrungen von den ersten beiden Promovierendenexkursionen im Rahmen des Promovierendenprogramms der Juristischen Fakultät.

Unter Varia findet sich schließlich ein aktueller Veranstaltungsbericht von Dipl.-Jur. *Timo Marcel Albrecht* und Ass. iur. *Nils Imgarten*, LL.M. (College of Europe) über die Veranstaltung zur *Transnational Justice* vom 23.11.2023, die in der Veranstaltungsreihe »Recht interdisziplinär« von der GRZ und dem Alumniverein der Studienstiftung des deutschen Volkes durchgeführt wurde.

Den Abschluss bilden – wie gewohnt – die Rechtsprechungsübersichten in allen drei Rechtsgebieten, die von *Tim Konrad Becker*, *Julian Jansen*, *Tom Hendrik Becker* und *Hendrik Uken* erstellt wurden.

Wir wünschen Ihnen und Euch eine anregende und lehrreiche Lektüre! Über Zuschriften und Anregungen unserer Leserinnen und Leser freuen wir uns stets, zögern Sie bitte nicht, uns bei einem jedweden Anliegen zu kontaktieren. Wir freuen uns auf die anstehenden Projekte und wünschen einen guten Start in das Jahr 2024.

Im Namen der Redaktion

Der Vorstand der Göttinger Rechtszeitschrift e.V.

*Lena John, Katharina Reisch und Lea Kruse*



## Inhaltsverzeichnis

### Aufsätze

Laurena Fajen

**ÖffR** Die Ex-post Triage im Lichte des Verfassungsrechts → 1

Till Koch

**GdR** Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft → 9

Philipp Jedamzik

**GdR** Peter O. Chotjewitz (1934-2010), Die Herren des Morgenrauens (1978) → 16

### Fallbearbeitungen

Arne Misselwitz

**ZivilR** Was für eine Schreinerei?! → 28

Jan Ebeling

**ÖffR** Die lästige »Frauen«quote → 37

Lea Kruse, Leonard Hoffmann und Dr. Ferdinand Weber

**ÖffR** Frequentierte Ruhestätte → 47

Ricarda Bardowicks, Julia Biastoch und Katharina Reisch

**StrafR** Der Impfpass → 59

### Studium und Didaktik

Prof. Dr. Alexander Baur im Interview mit Lena John

**StuDi** Professorenvorstellung → 68

Julian Jansen und Jakob Schünemann

**StuDi** Die fachspezifische Promovierendenausbildung auf Reisen → 70

### Varia

Dipl.-Jur. Timo Marcel Albrecht und Ass. iur. Nils Imgarten (College of Europe)

**Aktuelles** Transitional Justice – Umgang mit Folgen von Krieg und Konflikt: Grenzen und Potenziale des Rechts → 73

Tim Konrad Becker

**ZivilR** Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht → 78

Julian Jansen

**ÖffR** Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht → 80

Tom Hendrik Becker und Hendrik Uken

**StrafR** Rechtsprechungsübersicht Strafrecht → 83

**ÖffR** Aufsatz

Laurena Fajen\*

# Die Ex-post-Triage im Lichte des Verfassungsrechts

*Die Ex-post-Triage wird spätestens seit der COVID-19-Pandemie kontrovers diskutiert und ist nach dem Infektionsschutzgesetz in seiner derzeitigen Fassung ausgeschlossen. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat die Ex-post-Triage bislang keine Erwähnung gefunden. Der Beitrag befasst sich daher mit der Frage nach der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Ex-post-Triage.*

## A. Einführung und Problemstellung

Das Beta-Coronavirus SARS-CoV-2, das Anfang 2020 als Auslöser von COVID-19 identifiziert wurde,<sup>1</sup> hat mit seiner rasanten Ausbreitung die ganze Welt vor große Herausforderungen gestellt. Bilder aus Bergamo und New York zeigten schon bald in aller Deutlichkeit die Brisanz von COVID-19: Von überfüllten Intensivstationen, auf denen weder die personellen Ressourcen noch die verfügbaren Betten oder Beatmungsgeräte für alle Behandlungsbedürftigen ausreichten, über nächtliche Militärkonvois für den Abtransport der Verstorbenen bis hin zu Massengräbern.<sup>2</sup>

Auch in Deutschland kam es ab Februar 2020 zu einer zunehmenden Ausbreitung des Virus.<sup>3</sup> Es stand zu befürchten, dass bei einem weiteren, exponentiellen Anstieg der Infektions- und Erkrankungszahlen auch die Kapazitätsgrenzen des deutschen Gesundheitssystems erreicht werden könnten und folglich die nicht ausreichend vorhandenen Behandlungskapazitäten zugeteilt werden müssten (Triage-Situation).<sup>4</sup> Angesichts dieser Entwicklungen befürchteten Menschen mit Behinderung, einen schlechteren Zugang zu überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungsressourcen zu haben, und erhoben Verfassungsbeschwerden.<sup>5</sup> Sie wollten einen wirksamen Schutz vor Benachteiligung aufgrund ihrer Behinderung bei der Entscheidung über die Zu-

teilung der Behandlungsressourcen erreichen, die während der COVID-19-Pandemie nicht für alle Behandlungsbedürftigen ausreichen könnten.<sup>6</sup>

Das Bundesverfassungsgericht äußerte sich daraufhin nur zur Ex-ante-Triage und ließ insbesondere die Frage der Verfassungsmäßigkeit der kontrovers diskutierten Ex-post-Triage offen. Der Gesetzgeber hat als Reaktion auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine Änderung des Infektionsschutzgesetzes beschlossen. Im Zuge dessen wurden im Wesentlichen das für Zuteilungsentscheidungen maßgebliche Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenschancen eingefügt und die in einem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit<sup>7</sup> noch vorgesehene Ex-post-Triage ausgeschlossen. Vor diesem Hintergrund stellt sich – unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aus dem ergangenen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – die Frage, ob der kategorische Ausschluss der Ex-post-Triage aus verfassungsrechtlicher Perspektive überzeugen kann.<sup>8</sup>

Im Folgenden wird zunächst eine Begriffsklärung vorgenommen (B.). Da zwar der Zeitpunkt der Entscheidung bei der Ex-post-Triage ein anderer ist (nach Behandlungsbeginn), als bei der Ex-ante-Triage (vor Behandlungsbeginn), die Entscheidung im Ergebnis aber auf der gleichen Grundlage getroffen wird, werden sodann die wesentlichen Aspekte des »Triage-Beschlusses« des Bundesverfassungsgerichts sowie die Kritik an der Entscheidung dargestellt (C.). Es folgt ein Blick auf die Umsetzung des »Triage-Beschlusses« durch den Gesetzgeber (D.), die auch einen Ausgangspunkt der anschließenden verfassungsrechtlichen Bewertung der Ex-post-Triage bildet (E). Abschließend wird ein kurzes Fazit gezogen (F.).

## B. Begriffsklärung

### I. Ex-ante-Triage

Die Zuteilung von unzureichenden, überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungsressourcen zwischen

\* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag ging aus einer Arbeit im Rahmen eines Forschungskolloquiums im Öffentlichen Recht bei Prof. Dr. *Angela Schwerdtfeger* hervor.

1 BeckOK InfSchR/*Aligbe*, 10.1.2023, § 20c IfSG Rn. 14a.

2 *Heinig/Kingreen/Lepsius* et al., Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise, JZ 2020, 861 (861); *Froese*, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Krise, DÖV 2022, 389 (390).

3 *Kingreen*, Grundlagen des deutschen Infektionsschutzrechts, in: *Huster/Kingreen* (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2. Auflage (2022), S. 3 (19).

4 *Poscher*, Die Abwägung von Leben gegen Leben, Triage und Menschenwürdegarantie, in: *Hörnle/Huster/Poscher* (Hrsg.), Triage in der Pandemie (2021), 41 (41); BVerfG NJW 2022, 380 (382).

5 *Tolmein* im Namen der Beschwerdeführenden, Verfassungsbeschwerde, 27.6.2020, S. 3, pdf-Version S. 2, [https://www.menschenundrechte.de/uploads/media/Verfassungsbeschwerde\\_COVID\\_19\\_Triage\\_Az\\_1\\_BvR\\_1541\\_20\\_HP.pdf](https://www.menschenundrechte.de/uploads/media/Verfassungsbeschwerde_COVID_19_Triage_Az_1_BvR_1541_20_HP.pdf) (zuletzt abgerufen am 27.9.2023).

6 BVerfG NJW 2022, 380 (380).

7 *Bundesministerium für Gesundheit*, Entwurf einer Formulierungshilfe des Bundesministeriums für Gesundheit für die Fraktionen der SPD, Bündnis90/Die Grünen und der FDP zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes, Bearbeitungsstand: 5.5.2022, S. 4.

8 Nach Redaktionsschluss hat der Marburger Bund eine Verfassungsbeschwerde unter anderem bezüglich des Ausschlusses der Ex-post-Triage angekündigt (<https://www.marburger-bund.de/bayern/meldungen/marburger-bund-klagt-gegen-triage-regelung-im-infektionsschutzgesetz>, zuletzt abgerufen am 8.11.2023). Auf die dort angedeutete Argumentation mit der ärztlichen Berufsfreiheit wird in diesem Beitrag daher nicht eingegangen.

Personen, die noch keine Behandlung erhalten haben, diese aber gleichermaßen und zur selben Zeit benötigen, wird als Ex-ante-Triage bezeichnet.<sup>9</sup> Übersteigt beispielsweise die Anzahl der zeitgleich in einer medizinischen Versorgungseinrichtung eintreffenden Personen, die eine Sauerstoffbehandlung benötigen, die Anzahl der zur Verfügung stehenden Beatmungsgeräte, muss entschieden werden, wer (zuerst) behandelt wird.<sup>10</sup>

## II. Ex-post-Triage

Hiervon abzugrenzen ist die Situation, in der alle verfügbaren überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungsressourcen bereits zugeteilt worden sind. Eine neu eintreffende Person könnte also nur versorgt werden, wenn hierfür die bereits begonnene Behandlung einer anderen Person mit evident schlechterer Prognose abgebrochen werden würde.<sup>11</sup>

Folgendes Beispiel<sup>12</sup> vermag die Situation zu verdeutlichen: Person A wird seit einigen Wochen auf der Intensivstation eines Krankenhauses künstlich beatmet. Es tritt keinerlei Verbesserung ihres Zustandes ein, und die Ärzte schätzen ihre Überlebenschance als minimal ein. Person B erleidet einen schweren Schlaganfall und benötigt ebenfalls eine intensivmedizinische Behandlung, mit der ihre Überlebenschance hervorragend wäre. Die Kapazitäten der Intensivstationen sind allerdings bundesweit aufgrund der COVID-19-Pandemie erschöpft. Die Ex-post-Triage würde in dieser Situation die Einbeziehung bereits zugeteilter Behandlungsressourcen in die Zuteilungsentscheidung ermöglichen, sodass die Behandlung der Person A abgebrochen und stattdessen bei Person B aufgenommen werden könnte.

## C. Erkenntnisse aus dem »Triage-Beschluss« des Bundesverfassungsgerichts

Bis zum »Triage-Beschluss« des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Dezember 2021 gab es für Zuteilungsentscheidungen bei pandemiebedingt nicht ausreichend verfügbaren überlebenswichtigen intensivmedizinischen Ressourcen keine allgemein geltenden oder rechtlich verbindlichen Standards.<sup>13</sup> Die bis dahin von medizinischen Fachgesellschaften ausgearbeiteten klinisch-ethischen Empfehlungen für derartige Zuteilungsentscheidungen

stellten lediglich eine Handlungsempfehlung einer Gruppe von Experten im informellen Konsens ohne rechtliche Verbindlichkeit dar.<sup>14</sup>

## I. Verletzung von Art. 3 III 2 GG

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat aufgrund der Verfassungsbeschwerde von Menschen mit Behinderungen, die Nachteile bei der pandemiebedingten Triage befürchteten, mit seinem »Triage-Beschluss« entschieden, dass der Gesetzgeber Art. 3 III 2 GG verletzt hat.<sup>15</sup> Für den Staat folge aus Art. 3 III 2 GG der Auftrag, Menschen wirksam davor zu schützen, dass sie wegen ihrer Behinderung benachteiligt werden.<sup>16</sup> Aus diesem Schutzauftrag könne in speziellen Konstellationen besonderer Schutzbedürftigkeit eine konkrete Schutzpflicht werden.<sup>17</sup> Dies sei u. a. dann der Fall, wenn mit der Benachteiligung wegen einer Behinderung Gefahren für hochrangige grundrechtlich geschützte Rechtsgüter wie insbesondere für die Gesundheit und das Leben einhergehen würden oder in Situationen struktureller Ungleichheit.<sup>18</sup> Da es bei den Zuteilungsentscheidungen um das Überleben geht, hat das Bundesverfassungsgericht Gefahren für das Leben und damit eine konkrete Schutzpflicht aus Art. 3 III 2 GG festgestellt. Diese habe der Gesetzgeber verletzt, indem er keine wirksamen Vorkehrungen getroffen hat, um zu verhindern, dass Menschen mit einer Behinderung bei der pandemiebedingten Triage benachteiligt werden.<sup>19</sup>

Im Rahmen des »Triage-Beschlusses« hat das Bundesverfassungsgericht damit erstmals eine konkrete Schutzpflicht aus Art. 3 III 2 GG hergeleitet.<sup>20</sup> Das Bundesverfassungsgericht leitet grundsätzlich aus der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte den Schutzpflichtcharakter her.<sup>21</sup> Demnach enthält jedes Grundrecht eine Wertentscheidung des Grundgesetzes und der Staat ist verpflichtet, für die Umsetzung dieser Wertentscheidungen zu sorgen.<sup>22</sup> Die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene dogmatische Herleitung staatlicher Schutzpflichten aus den Grundrechten ist in der Literatur umstritten.<sup>23</sup> Das Bestehen grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates ist allerdings

<sup>9</sup> Marckmann/Neitzke/Schildmann et al., Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie, Med Klin Intensivmed Notfmed 2020, 477 (478); Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 3. Auflage (2022), S. 206.

<sup>10</sup> Weber (Hrsg.)/Werner, Rechtswörterbuch, 24. Auflage (2022), Stichwort Triage, S. 1639; BVerfG JZ 2022, 145 = JZ 2022, 153 (153) (Hilgendorf).

<sup>11</sup> Sonneck, Die Pflicht des Gesetzgebers, die Triage zu regeln, COVuR 2022, 130 (133); Kranz/Ritter, Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen, NVwZ 2022, 133 (136); Merkel/Augsberg, Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, JZ 2020, 704 (710 f.).

<sup>12</sup> Beispiel angelehnt an Hörnle/Hoven/Huster/Weigend, Wer darf weiterleben?, Warum die Ex-post-Triage erlaubt und geregelt werden muss, in: FAZ vom 28.7.2022, 6 (6).

<sup>13</sup> BVerfG NJW 2022, 380 (381).

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2022, 380 (386).

<sup>15</sup> BVerfG NJW 2022, 380 (381).

<sup>16</sup> BVerfG NJW 2022, 380 (383).

<sup>17</sup> BVerfG NJW 2022, 380 (384) unter Verweis auf BVerfGE 142, 313 (338).

<sup>18</sup> BVerfG NJW 2022, 380 (384) unter Verweis auf BVerfGE 49, 89 (142); BVerfGE 88, 203 (252).

<sup>19</sup> BVerfG NJW 2022, 380 (386 f.).

<sup>20</sup> Bislang beispielsweise aus Art. 2 II 1 GG in BVerfGE 142, 313 (338).

<sup>21</sup> Grundlegend dazu BVerfGE 39, 1 (41 f.).

<sup>22</sup> Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996), S. 75; Callies, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, 321 (322); vgl. zur Ableitung von Schutzpflichten aus allen Grundrechten auch BVerfGE 117, 202 (227).

<sup>23</sup> Vgl. nur Cremer, Der sog. objektiv-rechtliche Gehalt der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Eine kritische Würdigung eines »Grundbestands des Grundrechtswissens«, in: Erbguth/Müller/Neumann (Hrsg.), Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch, Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur (1999), 59 (61 ff.); einen Überblick über die Kritik in der Literatur gibt Callies (Fn. 22), JZ 2006, 321 (323 ff.).

auch in der Literatur allgemein anerkannt,<sup>24</sup> sodass die vorgebrachten Zweifel an der dogmatischen Herleitung hier im Ergebnis keine Relevanz haben. Dass sich in diesem Fall der allgemeine grundrechtliche Schutzauftrag zu einer konkreten Schutzpflicht verdichtet,<sup>25</sup> hat das Bundesverfassungsgericht außerdem überzeugend begründet, sodass die Herleitung einer konkreten Schutzpflicht aus Art. 3 III 2 GG keinen Bedenken bezeugt.

## II. Die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit

Des Weiteren hat das Bundesverfassungsgericht beschlossen, dass über die Zuteilung pandemiebedingt unzureichender, überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungsressourcen allein nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit entschieden werden soll.<sup>26</sup> Es ist also nur auf die Überlebensaussicht bezüglich der aktuellen Erkrankung abzustellen, da bei Abstellen auf eine längerfristig erwartbare Überlebensdauer eine pauschale Benachteiligung von Menschen mit Behinderung drohe.<sup>27</sup> Den Grund hierfür sieht das Bundesverfassungsgericht u. a. in der aufgrund der Behinderung tatsächlich oder – aufgrund von vorschnellen Schlüssen bei unbewusster stereotyper Wahrnehmung von Behinderungen – vermeintlich kürzeren Lebenserwartung.<sup>28</sup>

Problematisch ist vor diesem Hintergrund aber, dass die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit grundsätzlich mittelbar gerade auch die Einbeziehung von Behinderungen ermöglicht: Menschen mit bestimmten Behinderungen haben gerade aufgrund der mit ihrer Behinderungen regelmäßig einhergehenden Erkrankungen auch in der akuten Erkrankungssituation im Vergleich zu Menschen ohne Behinderung eine geringere Überlebenswahrscheinlichkeit.<sup>29</sup> So wird also eine mittelbare Diskriminierung geradezu ermöglicht, was dem ersten Leitsatz des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts selbst zuwider läuft, nach dem der Staat vor unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung schützen muss. Da mittelbare Diskriminierungen genauso gegen Art. 3 GG verstoßen wie unmittelbare,<sup>30</sup> ist fraglich, ob und inwieweit auf diese Weise die konkrete Schutzpflicht aus Art. 3 III 3 GG erfüllt werden kann. Ob beispielsweise ein an formaler Chancengleichheit orientiertes Zuteilungsverfahren nach dem am Zufallsprinzip »First come, first served«<sup>31</sup> unter diesem

Aspekt allerdings besser geeignet wäre, soll an dieser Stelle nicht weiter untersucht werden. Es erscheint aber wiederum schon allein bezogen auf unterschiedliche – unter anderem körperliche – Voraussetzungen und den möglichen Einfluss dieser darauf, sich in medizinische Behandlung zu begeben, zweifelhaft.

## III. Keine Äußerung zur Ex-post-Triage

Angesichts der kontroversen Diskussionen um die Ex-post-Triage<sup>32</sup> und der verbreiteten Abgrenzung<sup>33</sup> von Ex-ante- und Ex-post-Triage verwundert es, dass das Bundesverfassungsgericht sich dazu nicht geäußert hat. Aus der im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vorausgesetzten Definition der Triage<sup>34</sup> lässt sich schließen, dass hier nur die Ex-ante-Triage gemeint sein kann.<sup>35</sup>

## D. Die Umsetzung des »Triage-Beschlusses«

### I. § 5c IfSG

Als Reaktion auf die an den Gesetzgeber gerichtete Aufforderung, seiner aus der konkreten Schutzpflicht aus Art. 3 III 2 GG folgenden Handlungspflicht nachzukommen und geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Benachteiligungen aufgrund einer Behinderung in pandemiebedingten Triage-Situationen zu verhindern,<sup>36</sup> wurde § 5c in das Infektionsschutzgesetz eingefügt.<sup>37</sup> § 5c IfSG enthält im Wesentlichen das Zuteilungskriterium sowie Regelungen zum Verfahren für Zuteilungsentscheidungen aufgrund von pandemiebedingt nicht ausreichend verfügbarer überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungsressourcen.

Die Voraussetzung für eine Zuteilungsentscheidung nach § 5c II 1 IfSG ist, dass alle anderen Möglichkeiten ausgeschöpft worden sind. Es müssen insbesondere alle Behandlungskapazitäten im jeweiligen Krankenhaus (§ 5c I 2 Nr. 1 IfSG) und – sofern eine Verlegung der betroffenen Patient:innen gesundheitlich möglich ist – auch regional und überregional ausgeschöpft sein (§ 5c I 2 Nr. 2 IfSG).

Gemäß § 5c II 4 IfSG sind bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten von der Zuteilungsentscheidung ausgeschlossen. Damit ist die

<sup>24</sup> Vgl. nur *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 39. Auflage (2023), § 4 Rn. 149 ff.; *Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633 (1633 f.).

<sup>25</sup> BVerfG NJW 2022, 380 (384).

<sup>26</sup> BVerfG NJW 2022, 380 (387).

<sup>27</sup> BVerfG NJW 2022, 380 (386).

<sup>28</sup> BVerfG NJW 2022, 380 (386).

<sup>29</sup> *Bitner*, NZS-Jahresrevue 2021: Verfassungsrecht, NZS 2022, 288 (289); *Walter*, Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür, NJW 2022, 363 (363 f.).

<sup>30</sup> *Walter* (Fn. 29), NJW 2022, 363 (363) unter Verweis auf BVerfGE 151, 1 (1).

<sup>31</sup> *Lübbe*, Orientierung in der Corona-Krise? Nicht mit Doppelbotschaften, MedR 2020, 434 (436); *Gaede/Kubiciel/Salinger* et al., Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, medstra

2020, 129 (133).

<sup>32</sup> Gegen die Zulässigkeit der Ex-post-Triage argumentiert u. a. *Muckel*, Staatliche Schutzpflichten für Menschen mit Behinderungen bei der Triage, JA 2022, 259 (260); für die Zulässigkeit der Ex-post-Triage u. a. *Hörnle/Hoven/Huster/Weigend* (Fn. 11), in: FAZ vom 28.7.2022, 6 (6).

<sup>33</sup> Vereinzelt wird vorgeschlagen, die Unterscheidung in Ex-ante-/Ex-post-Triage zu nivellieren, vgl. *DIVI/DGINA/DGAI* et al., Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie, Klinisch-ethische Empfehlungen, 14.12.2021, S. 5, <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/viewdocument/6260/211214-divi-covid-19-ethik-empfehlung-version-3-entscheidungen-ueber-die-zuteilung-intensivmedizinischer-ressourcen> (zuletzt abgerufen am 27.9.2023)

<sup>34</sup> BVerfG NJW 2022, 380 (381).

<sup>35</sup> So auch *Muckel* (Fn. 32), JA 2022, 259 (260).

<sup>36</sup> BVerfG NJW 2022, 380 (388).

<sup>37</sup> BT-Drs. 20/3877, S. 9.

Ex-post-Triage gesetzlich explizit ausgeschlossen. Dies führt zu folgendem Widerspruch: Die Zuteilungsentscheidung über die unzureichenden Behandlungskapazitäten ist zwar gemäß § 5c II 1 IfSG nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit zu treffen. Wenn allerdings die Personen nacheinander auf der Intensivstation eintreffen – was in der Realität der Regelfall sein dürfte – und die bereits zugewiesenen Behandlungsressourcen von der Zuteilungsentscheidung ausgeschlossen sind, ist de facto vielmehr der Zeitpunkt des Eintreffens auf der Intensivstation maßgeblich.<sup>38</sup> Somit würde im Ergebnis das in § 5c II 1 IfSG festgelegte Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit ins Leere laufen und eine Zuteilung unter Beachtung des § 5c II 4 IfSG nach zeitlichen Aspekten (vgl. C. II.; »first come, first served«) erfolgen.

## II. Erfüllung der Schutzpflichten aus Art. 3 III 2 GG

Als Zuteilungskriterium hat der Gesetzgeber folglich den Wortlaut des Bundesverfassungsgerichts<sup>39</sup> übernommen. Insofern kann hier auf die unter C. III. 1. dargelegten Zweifel an der Diskriminierungsfreiheit der Heranziehung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit verwiesen werden. Es kommt für die Beurteilung, ob und inwieweit der Gesetzgeber mit diesem Kriterium seiner Schutzpflicht aus Art. 3 III 2 GG nachkommt, also darauf an, wie das Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit auch unter Berücksichtigung von § 5c II 2, 3 IfSG konkret anzuwenden ist.

Nach § 5c II 2 IfSG dürfen Komorbiditäten im Rahmen der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nur berücksichtigt werden, soweit sie diese erheblich verringern. In § 5c II 3 IfSG wird klargestellt, dass u. a. eine Behinderung nicht berücksichtigt werden darf, wenn sie sich nicht auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit auswirkt. Die Idee, sich vor diesem Hintergrund an dem in § 12 III 1 TPG für die Zuteilung eines Spenderorgans vorgegebenen Kriterium der Erfolgsaussicht zu orientieren,<sup>40</sup> das so eng zu interpretieren ist, dass darüber nur noch »aussichtslose Fälle«<sup>41</sup> von einer Zuteilung ausgeschlossen werden können, vermag nicht zu überzeugen. Neben aller Kritik an dem Kriterium selbst,<sup>42</sup> der zweifelhaften Vergleichbarkeit der Problemlagen im Bereich der Transplantationsmedizin und der pandemiebedingten Triage, ist nicht zuletzt fraglich, ob in einem solchen Fall überhaupt weiterhin eine intensivmedizinische Behandlung indiziert<sup>43</sup> ist.

<sup>38</sup> So auch BeckOK InfSchR/Eckart, 10.1.2023, § 5c IfSG Rn. 12.

<sup>39</sup> BVerfG NJW 2022, 380 (387).

<sup>40</sup> Taupitz, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, MedR 2020, 440 (443).

<sup>41</sup> Walter (Fn. 29), NJW 2022, 363 (365).

<sup>42</sup> Hierzu vertiefend Augsberg, Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie (2021), 4 (34 ff.).

<sup>43</sup> Eine Grundvoraussetzung für die Zuteilungsentscheidung ist aber die Indikation für die intensivmedizinische Behandlung, vgl. BT-Drs. 20/3877, S. 19.

Eine Schutzpflichtverletzung kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn der Gesetzgeber – wie bis vor der Einfügung des § 5c IfSG – keine Schutzvorkehrungen getroffen hat, oder getroffene Maßnahmen evident ungeeignet oder unzulänglich sind, um das Schutzziel zu erreichen bzw. erheblich dahinter zurückbleiben.<sup>44</sup> Da eine Begrenzung der Gefahr, dass Menschen mit einer Behinderung bei der pandemiebedingten Triage benachteiligt werden, insbesondere mit der Klarstellung in § 5c II 2, 3 IfSG, nicht zu verkennen ist, ist zumindest nicht von einer Verletzung der Schutzpflichten aus Art. 3 III 2 GG und damit insofern von einer Eignung als Grundlage für Triage-Entscheidungen auszugehen.

## E. Verfassungsrechtliche Bewertung der Ex-post-Triage

Die Ex-post-Triage findet also in dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts keine Erwähnung, die Äußerungen des Gesetzgebers zum Ausschluss selbiger gehen nicht über einen pauschalen Hinweis auf das die Ex-post-Triage ausschließende Vertrauen auf Weiterbehandlung hinaus,<sup>45</sup> und die aktuelle Regelung führt zu einem Wertungswiderspruch (vgl. D. I.), der dafür spricht, die Ex-post-Triage zuzulassen. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden die Ex-post-Triage – unabhängig von den gegen das in § 5c II 1 IfSG festgelegte Kriterium in Bezug auf Art. 3 III 2 GG grundsätzlich bestehenden Bedenken – verfassungsrechtlich bewertet werden. Denn für Art. 3 III 2 GG ist die Unterscheidung von Ex-ante- und Ex-post-Triage nicht von Bedeutung: Ob die Gefahr struktureller Benachteiligung droht, hängt weniger vom Zeitpunkt der Entscheidung – also vor oder nach Behandlungsbeginn –, sondern vielmehr von dem Maßstab, der ihr zugrunde gelegt wird, ab.<sup>46</sup> Die zum Teil gesehene Gefahr, dass Behandlungskapazitäten für potenzielle Patient:innen mit guter Prognose »freigehalten« werden könnten und solche mit schlechter Prognose womöglich nicht behandelt werden würden,<sup>47</sup> wenn mit dem Ausschluss der Ex-post-Triage eine einmal getroffene Zuteilungsentscheidung nicht reevaluiert werden darf, vermag daran nichts zu ändern. Während im Ex-ante-Szenario anerkannt ist, dass für das medizinische Personal gleichwertige Handlungspflichten zur Rettung von Leben kollidieren,<sup>48</sup> ist das Freihalten von Behandlungsplätzen nicht mit einer straffreien Kollision von Handlungspflichten zu rechtfertigen.<sup>49</sup>

## I. Kollidierende Schutzpflichten aus Art. 2 II 1 GG

Aus Art. 2 II 1 GG ergibt sich eine umfassende Schutzpflicht des Staates, die dem Staat und seinen Organen gebietet, sich schützend und fördernd vor das Leben zu stellen und

<sup>44</sup> BVerfG NJW 1995, 2339 (2341).

<sup>45</sup> Vgl. BT-Drs. 20/3953, S. 2.

<sup>46</sup> So auch Hörnle/Hoven/Huster/Weigend (Fn. 12), FAZ vom 28.7.2022, 6 (6).

<sup>47</sup> Vgl. Hörnle/Hoven/Huster/Weigend (Fn. 12), FAZ vom 28.7.2022, 6 (6).

<sup>48</sup> Waßmer, Die strafrechtlichen Implikationen der Triage, JA 2021, 298 (299).

<sup>49</sup> Rönnau/Wegner, Grundwissen – Strafrecht: Triage, JuS 2020, 403 (406 f.).

es vor allem auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren.<sup>50</sup> In der Situation der Ex-ante-Triage kollidieren demnach Schutzpflichten aus Art. 2 II 1 GG<sup>51</sup>: Es muss zwischen mehreren Behandlungsbedürftigen entschieden werden, wer bei unzureichenden Ressourcen die lebensrettende intensivmedizinische Behandlung erhält.

In der Situation der Ex-post-Triage kollidieren ebenfalls Schutzpflichten,<sup>52</sup> wenn in Frage steht, ob die überlebenswichtige Behandlung einer Person zugunsten einer anderen Person, die ebenfalls dieser Behandlung bedarf und mit dieser bessere Überlebenschancen hätte, abgebrochen werden darf.

In der Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten gibt es keine »Anspruchserfüllungsbesitzstände«<sup>53</sup>, die einer anderen Person in Bezug auf ihren eigenen Schutzanspruch anspruchvernichtend entgegengehalten werden könnten. Die bereits in Behandlung befindliche Person hat keinen stärkeren Schutzanspruch als die Person, die später im Krankenhaus eintrifft. Es liegt daher eine »symmetrische Schutzpflichtenkollision«<sup>54</sup> vor, die dafür spricht, auch bereits zugewiesene Behandlungskapazitäten in Zuteilungsentscheidungen einzubeziehen und somit die Ex-post-Triage zuzulassen.

## II. Kein Vertrauensschutz

Wie in Abgrenzung zur Ex-ante-Triage bei der Ex-post-Triage mit dem Umstand umzugehen ist, dass eine Person bereits behandelt wird, ist umstritten. Zum Teil wird angenommen, dass mit der Aufnahme der Behandlung einer Person ein schützenswertes Vertrauen entsteht, das dem Abbruch der Behandlung zugunsten einer anderen Person von vornherein entgegensteht.<sup>55</sup> Auch im Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes wurde das Vertrauen auf die Fortsetzung einer begonnenen Behandlung als Grund für den Ausschluss der Ex-post-Triage herangezogen.<sup>56</sup> Dies begegnet allerdings grundlegenden Bedenken. Ein schützenswertes Vertrauen auf die immerwährende Schutzpflichtenerfüllung, ohne das Hinzutreten weiterer Schutzberechtigter zu berücksichtigen, ist schutzpflichtdogmatisch nicht zu

erklären.<sup>57</sup> Es widerspricht zudem schon dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 20 III GG), eine Grundrechtsposition allein aufgrund eines individuellen oder kollektiven »Systemvertrauens[s]«<sup>58</sup>, welches durch die Möglichkeit einer Behandlungsbeendigung im Rahmen der Ex-post-Triage erschüttert oder zerstört werde,<sup>59</sup> ohne eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zurücktreten zu lassen.<sup>60</sup>

Auch über ein Vertrauen in eine unter allen Umständen fort-dauernde Behandlung kann also keine Asymmetrie im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis begründet werden, die einen kategorischen Ausschluss später eintreffender Personen rechtfertigen könnte.<sup>61</sup>

## III. Lebenswertindifferenz

Als grundgesetzliches Leitprinzip verbietet die aus dem Recht auf Leben nach Art. 2 II 1 GG in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG hergeleitete Lebenswertindifferenz<sup>62</sup> eine Bewertung menschlichen Lebens und damit eine pauschale<sup>63</sup> Abwägung von Leben gegen Leben.<sup>64</sup> Jedes menschliche Leben ist danach als solches gleich wertvoll und genießt den gleichen verfassungsrechtlichen Schutz.<sup>65</sup> Das Verbot der pauschalen Abwägung von Leben gegen Leben darf allerdings nicht insofern missverstanden werden, als dass jegliche Abwägung ausgeschlossen ist. Gemeint ist damit vielmehr, dass das Leben nicht unter einen »Quantifizierungsvorbehalt«<sup>66</sup> gestellt ist. Ausgeschlossen ist also die bloße zahlenmäßige Abwägung; beispielsweise die Tötung eines oder mehrerer Menschen zur Rettung einer größeren Anzahl an Menschen.<sup>67</sup>

In der Situation der Ex-ante-Triage ist unbestritten, dass die notwendiger- und unausweichlicher Weise zwischen den Behandlungsbedürftigen zu treffende Auswahlentscheidung als solche weder gegen die Garantie der Menschenwürde gemäß Art. 1 I GG noch gegen das Recht auf Leben und Gesundheit aus Art. 2 II 1 GG verstößt.<sup>68</sup> Es steht außer

50 BVerfG NJW 2006, 751 (757); BVerfGE 39, 1 (42).

51 So auch *Brech*, Triage und Recht, Patientenauswahl beim Massenfall Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin, Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen, in: Sodan (Hrsg.), Schriften zum Gesundheitsrecht, Bd. 11 (2008), S. 249.

52 So auch *Lehner*, »Triage« und Grundrechte – Überlegungen aus der Perspektive von Schutzpflichtendogmatik und Diskriminierungsverboten, DÖV 2021, 252 (261); kritisch, ob die Unterscheidung von Abwehrrecht und Schutzpflicht für die Beurteilung von Ex-ante- und Ex-post-Triage von Bedeutung sein sollte *Poscher* (Fn. 4), 41 (49 f.).

53 *Lehner* (Fn. 52), DÖV 2021, 252 (261).

54 *Lehner* (Fn. 52), DÖV 2021, 252 (261).

55 *Brade/Müller*, Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?, NVwZ 2020, 1792 (1797); *Sternberg-Lieben*, Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision, MedR 2020, 627 (636).

56 BT-Drs. 20/3953, S. 2.

57 *Lehner* (Fn. 52), DÖV 2021, 252 (261).

58 *Sowada*, Strafrechtliche Probleme in der Corona-Krise, NStZ 2020, 452 (457 f.).

59 *Sowada* (Fn. 58), NStZ 2020, 452 (458); vgl. auch *Brech* (Fn. 51), S. 303 f.

60 *Lehner* (Fn. 52), DÖV 2021, 252 (261); zur Verhältnismäßigkeitsprüfung bei kollidierenden Grundrechtspositionen im Detail BVerfGE 142, 74 (97).

61 *Lehner* (Fn. 52), DÖV 2021, 252 (261).

62 *Brade/Müller* (Fn. 55), NVwZ 2020, 1792 (1796); BVerfG NJW 2006, 751 (751).

63 BVerfGE 39, 1 (58).

64 *Dederer/Gierhake/Preiß*, Ein Jahr Pandemie – eine Zwischenbilanz aus rechtsphilosophischer und verfassungsrechtlicher Perspektive (Teil 2) CO-VuR 2021, 522 (524) unter Verweis auf BVerfGE 39, 1 (58); BVerfGE 115, 118 (158).

65 BVerfGE 115, 118 (152, 158).

66 *Hufen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 9. Auflage (2021), § 13, S. 223.

67 BVerfGE 39, 1 (58 f.); *Hufen* (Fn. 66), § 13, S. 223 unter Verweis auf BVerfGE 115, 118 (139) zu § 14 III Luftsicherheitsgesetz.

68 *Lindner*, Die »Triage« im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte, MedR 2020, 723 (724).

Frage, dass es verfassungsrechtlich weder möglich noch geboten ist, die nicht für alle Behandlungsbedürftigen ausreichenden überlebenswichtigen Behandlungsressourcen niemandem zuzuteilen, um der dilemmatischen Situation durch Nichtentscheidung zu entgehen.<sup>69</sup> Dagegen wird im Rahmen der Diskussion um die Ex-post-Triage vorgebracht, die Beendigung der Behandlung einer Person zugunsten einer anderen Person, die bei Aufnahme der Behandlung bessere Überlebenschancen hätte, verbiete die Menschenwürde<sup>70</sup> und/oder stünde in einem Widerspruch zu dem Grundrecht auf Leben und sei daher unzulässig<sup>71</sup>. Die nachfolgenden Erwägungen zeigen allerdings auf, dass diese pauschalen Einschätzungen verkürzt sind, bedeutsame verfassungsrechtliche Wertungen verkennen und dass sich daraus vielmehr Argumente für die Ex-post-Triage ergeben.

### 1. Schutz der Gesundheit der gesamten Bevölkerung

Aus Art. 2 II 1 GG folgt nicht nur eine Schutzpflicht gegenüber dem Leben und der körperlichen Unversehrtheit des Individuums, sondern auch gegenüber dem Leben und der körperlichen Unversehrtheit der Bevölkerung.<sup>72</sup> Die Gesundheit der Bevölkerung ist zwar nicht primäres Schutzgut des Art. 2 II 1 GG,<sup>73</sup> die Schutzpflicht ergibt sich aber sekundär aus der Tatsache, dass die staatlichen Pflichten aus Art. 2 II 1 GG gegenüber allen Grundrechtsberechtigten bestehen.<sup>74</sup> Das Menschenbild des Grundgesetzes ist zwar stark von der Achtung der individuellen Selbstbestimmung, daneben aber auch von einer Gemeinschaftsbezogen- und gebundenheit geprägt.<sup>75</sup>

Das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Bevölkerung sind gefährdet, wenn das Gesundheitssystem an seine Kapazitätsgrenzen stößt,<sup>76</sup> und Intensivstationen durch das Verbot der Ex-post-Triage faktisch geschlossen werden. Eine einmal getroffene Zuteilungsentscheidung darf dann nicht reevaluiert werden. Auch vor diesem Hintergrund ist die Selbstverständlichkeit, mit der die Ex-post-Triage letztlich ausgeschlossen wurde,<sup>77</sup> nicht nachvollziehbar.

### 2. Keine Absolutheit des Lebensschutzes

Außerdem unterliegt Art. 2 II 1 GG gemäß Art. 2 II 3 GG einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Schon daraus folgt, dass der Schutz des Rechtsguts Leben nicht insofern absolut geboten sein kann, als dass diesem ausnahmslos gegenüber allen

anderen Rechtsgütern Vorrang gebührt.<sup>78</sup> Vielmehr ermöglicht Art. 2 II 3 GG eine Abwägung des Schutzes des Lebens mit anderen Rechtsgütern, insbesondere dem Lebensrecht anderer und trägt so gerade der Bezeichnung des Lebens als verfassungsrechtlichem »Höchstwert«<sup>79</sup> Rechnung.<sup>80</sup>

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stellt dabei sicher, dass staatliche Grundrechtseingriffe in instrumenteller Hinsicht geeignet und erforderlich sind und dass das Gewicht der damit einhergehenden Beeinträchtigungen in einem angemessenen, proportionalen Verhältnis zu ihrem Zweck und dem Grad seiner Förderung durch die jeweilige Maßnahme steht.<sup>81</sup>

Nicht unberücksichtigt bleiben darf vor diesem Hintergrund auch, dass sich grundrechtliche Kollisionslagen im Verlauf und in verschiedenen Konstellationen anders bzw. verändert darstellen können,<sup>82</sup> sodass eine einmalige Abwägung zugunsten einer Person nicht als statisch betrachtet werden darf. Nur die Ex-post-Triage würde diesem Umstand Rechnung tragen und eine an die jeweilige Situation ausgerichtete, neuerliche Abwägung und angepasste Entscheidungen ermöglichen.

### 3. Gleicher Maßstab für die Ex-ante- und Ex-post-Triage

Wenn in der Situation der Ex-ante-Triage – mangels »normativer Irrationalität«<sup>83</sup> und damit mangels Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – anerkannt wird, dass die Abwägung bei erkennbar erheblich höheren Chancen auf Rettung der einen Person zugunsten dieser Person ausfällt,<sup>84</sup> kann für die Beurteilung der Ex-post-Triage kein anderer Maßstab angesetzt werden. Das Leben der später eintreffenden intensivmedizinisch behandlungsbedürftigen Person kann nicht per se weniger schützenswert sein,<sup>85</sup> als dasjenige der bereits in intensivmedizinischer Behandlung befindlichen Person, sodass die Abwägung der Lebensrechte auch hier bei deutlich überwiegender Chance auf Rettung zugunsten der neu eintreffenden Person ausfallen könnte.<sup>86</sup>

<sup>69</sup> Lindner (Fn. 68), MedR 2020, 723 (724).

<sup>70</sup> V. Münch/Kunig/Kunig/Kämmerer, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Auflage (2021), Art. 2 Rn. 99.

<sup>71</sup> Muckel (Fn. 32), JA 2022, 259 (260).

<sup>72</sup> Brech (Fn. 51), S. 194; Hufen (Fn. 66), § 13, S. 221; vgl. auch BVerfGE 4, 7 (15 f.).

<sup>73</sup> Spickhoff (Hrsg.)/Steiner, Medizinrecht, Beck'sche Kurzkommentare, Bd. 64, 4. Auflage (2022), Art. 2 GG Rn. 15; Brech (Fn. 51), S. 194.

<sup>74</sup> Steiner, Das Bundesverfassungsgericht und die Volksgesundheit, MedR 2003, 1 (2); Brech (Fn. 50), S. 194; vgl. auch BVerfG NJW 2022, 139 (149).

<sup>75</sup> Brech (Fn. 51), S. 194.

<sup>76</sup> Froese (Fn. 2), DÖV 2022, 389 (390 f.).

<sup>77</sup> Vgl. BT-Drs. 20/3953, S. 2.

<sup>78</sup> BVerfGE 88, 203 (253 f.); Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, 19. Auflage (2022), § 12, S. 97.

<sup>79</sup> BVerfGE 39, 1 (42).

<sup>80</sup> Vgl. Poscher (Fn. 4), 41 (50).

<sup>81</sup> Poscher (Fn. 4), 41 (52); vgl. zur Bedeutung der Verhältnismäßigkeit zur Bewältigung von Grundrechtskollisionen in der Pandemie vertiefend Goldhammer/Neuhöfer, Grundrechte in der Pandemie – Allgemeine Lehren, JuS 2021, 212 (214 ff.).

<sup>82</sup> Zur realen Unzuverlässigkeit von Verlaufsprognosen vertiefend Walter (Fn. 29), NJW 2022, 363 (365).

<sup>83</sup> Poscher (Fn. 4), 41 (63).

<sup>84</sup> Vgl. hierzu auch die Feststellung, dass die Regelung von Kriterien für Triage-Entscheidungen nicht von vornherein im Widerspruch dazu steht, dass Leben nicht gegen Leben abgewogen werden darf in BVerfG NJW, 380 (388).

<sup>85</sup> Vgl. Hörnle/Hoven/Huster/Weigend (Fn. 12), FAZ vom 28.7.2022, 6 (6).

<sup>86</sup> So im Ergebnis auch Poscher (Fn. 4), 41 (63).

#### 4. Kein Eingriff in die Menschenwürde

Die Menschenwürde schützt den »soziale[n] Wert- und Achtungsanspruch«<sup>87</sup> eines jeden Menschen, aus dem sich das Verbot ergibt, ihn »zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder [...] einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt«<sup>88</sup>. Sobald der Schutzbereich von Art. 1 I GG eröffnet ist und eine Maßnahme in diesen eingreift, liegt aufgrund der Unantastbarkeit der Menschenwürde eine Grundrechtsverletzung vor.<sup>89</sup>

a) Kein notwendiger Zusammenhang der Verletzung von Art. 2 II 1 und Art. 1 I GG

Die Wahrung und Verletzung des Achtungsanspruchs, der sich aus der Menschenwürde ergibt, und des Rechts auf Leben korrelieren nicht notwendigerweise.<sup>90</sup> Wenn Art. 2 II 1 GG nicht verletzt wird, bedeutet dies nicht zwingend, dass auch eine Verletzung von Art. 1 I GG nicht in Betracht kommt.<sup>91</sup> Anders gewendet folgt daraus auch, dass zwar das Leben als biologisch-physische Existenz des Menschen die Basis der Menschenwürde ist,<sup>92</sup> aber nicht in jedem staatlicherseits zu verantwortenden Tod eines Grundrechtsträgers eine Verletzung des sich aus der Menschenwürde ergebenden Achtungsanspruchs liegt.<sup>93</sup> Zur Verdeutlichung abseits der pandemiebedingten Triage dient hier der finale Rettungsschuss.<sup>94</sup> Wenn also beispielsweise zur Rettung einer (unschuldigen) Geisel, der Geiselnahmer getötet wird, liegt darin kein Eingriff in Art. 1 I GG. Vielmehr liegt darin ein Eingriff in Art. 2 II 1 GG, der wiederum durch Art. 2 II 1 GG und entsprechende polizeirechtliche Eingriffsgrundlagen gerechtfertigt sein kann, sofern er das einzige Mittel zur Rettung der Geisel ist.<sup>95</sup> Auch die Rechtfertigung eines Eingriffs in das Recht auf Leben schließt allerdings nicht per se eine Verletzung des aus der Menschenwürde folgenden Achtungsanspruchs aus.<sup>96</sup>

b) Keine Missachtung der Subjektqualität

Bezogen auf Entscheidungen in der Situation der Ex-post-Triage ist für die Beurteilung der Verletzung von Art. 1 I GG also von Relevanz, ob die Subjektqualität der Be-

troffenen hierdurch missachtet wird. Sofern eine Abwägung, in Anerkennung eines grundsätzlich gleichen Rechts auf Leben, anhand eines Kriteriums wie der Überlebenswahrscheinlichkeit getroffen wird, kommt hierin gerade zum Ausdruck, dass die Betroffenen als »gleichwertige autonome Subjekte«<sup>97</sup> geachtet werden. Eine Verletzung von Art. 1 I GG liegt dann nicht vor.

Etwas anderes ergibt sich, wenn stattdessen pauschal hierarchisiert wird. Wenn eine Triage-Entscheidung beispielsweise anhand von Kriterien erfolgt, die unter der Prämisse stehen, dass bestimmte Grundrechtsträger mit einer geringeren menschlichen Würde ausgestattet sind, als andere und dadurch ihr Status als autonomes Subjekt infrage gestellt wird, verstößt diese gegen Art. 1 I GG.<sup>98</sup> Eine Zuteilungsentscheidung aufgrund der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nach § 5c II 1 IfSG beruht also gerade nicht auf einem solchen Kriterium.

Auch die Unterschiede der Ex-ante-Triage und der Ex-post-Triage können folglich auf die Feststellung von Verletzungen von Art. 1 I GG keinen Einfluss haben.<sup>99</sup> In beiden Situationen der Triage wird die Subjektqualität der Betroffenen gleichermaßen nicht notwendigerweise missachtet.

#### F. Fazit

Die Vorstellung, dass eine überlebenswichtige Behandlung zugunsten eines anderen beendet wird, mag befremdlich erscheinen. Vor diesem Hintergrund ist im Grundsatz zumindest nachvollziehbar, dass die Ex-post-Triage im ersten Zugriff intuitiv häufig anders wahrgenommen und eingeschätzt wird als die Ex-ante-Triage, bei der Behandlung nicht beendet, sondern zugunsten eines anderen nicht aufgenommen wird. Allerdings erscheint die Vorstellung, dass, wenn (wie im Eingangsbeispiel unter B. II. dargestellt) aufgrund der de facto Schließung von Intensivstationen infolge des Ausschlusses der Ex-post-Triage, ein akut lebensbedrohliches, aber eigentlich gut zu behandelndes Ereignis wie ein Schlaganfall, zum Tod führen würde, nicht weniger befremdlich.

Bei genauerer Betrachtung der Ex-post-Triage unter verfassungsrechtlichen Aspekten hat sich zudem gezeigt, dass die Argumente und Bedenken, die gegen die Ex-post-Triage angeführt werden, vielmehr Argumente für die Ex-post-Triage darstellen. Insbesondere kollidieren auch in der Situation der Ex-post-Triage in symmetrischer Weise Schutzpflichten aus Art. 2 II 1 GG (vgl. E. I.), was gerade dafür spricht, bereits zugeweilte Behandlungskapazitäten in Zuteilungsentscheidungen einzubeziehen. Das als Grund für den Ausschluss der Ex-post-Triage herangezogene Vertrauen auf die Fortsetzung einer begonnenen Behandlung ist darüber hinaus verfassungsrechtlich wohl kaum haltbar

<sup>87</sup> BVerfG NJW 1993, 1457 (1458).

<sup>88</sup> BVerfG NJW 1993, 1457 (1458).

<sup>89</sup> *Hufen*, Die Menschenwürde, Art. 1 I GG, JuS 2010, 1 (2); vgl. auch BVerfGE 115, 118 (160).

<sup>90</sup> So auch *Goldhammer/Neuhöfer* (Fn. 81), JuS 2021, 212 (213).

<sup>91</sup> *Poscher* (Fn. 4), 41 (65); vertiefend zu (möglichen) Wechselwirkungen zwischen dem Recht auf Leben und der Menschenwürde *Kramer*, Die pandemiebedingte Triage-Situation und das Regelungsziel der Maximierung der Überlebendenzahl, DÖV 2023, 19 (25).

<sup>92</sup> BVerfG, NJW 2006, 751 (757).

<sup>93</sup> *Poscher* (Fn. 4), 41 (65).

<sup>94</sup> Vgl. *Goldhammer/Neuhöfer* (Fn. 81), JuS 2021, 212 (213).

<sup>95</sup> Beispiel nach *Hufen* (Fn. 66), § 10, S. 169.

<sup>96</sup> Vgl. *Wittreck*, Menschenwürde und Folterverbot, Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG, DÖV, 873 (874 f.): Ein Grundrechtsträger, dessen Tötung gerechtfertigt wäre, dürfte auch dann nicht gefoltert werden, wenn es keine andere Option zur Rettung seiner Opferebene gäbe.

<sup>97</sup> *Poscher* (Fn. 4), 41 (74).

<sup>98</sup> Zur Autonomie und Selbstbestimmung des Menschen als Kern der Menschenwürde *Hufen* (Fn. 89), JuS 2010, 1 (3 f.); vgl. auch *Poscher* (Fn. 4), 41 (74).

<sup>99</sup> So auch *Poscher* (Fn. 4), 41 (76).

(vgl. E. II.). Auch vor dem Hintergrund von Art. 2 II 1 GG ist eine Ex-post-Triage geradezu geboten, da mangels Absolutheit des Lebensschutzes nie sicher vorhersehbare Behandlungsverläufe mit der Möglichkeit der Reevaluation von Zuteilungsentscheidungen korrespondieren sollten und nur so adäquate Abwägungsentscheidungen möglich sind (vgl. E. III. 2.)). Schließlich steht auch aus Art. 1 I GG bei Achtung der Subjektqualität der Betroffenen der Ex-post-Triage nicht entgegen (vgl. E. III. 4. b)).

Sollte im Rahmen der in § 5c VII 1 IfSG vorgesehenen Evaluation an der bisherigen Regelung des Zuteilungskriteriums trotz der dargelegten Bedenken – möglicherweise mangels geeigneter Alternativen – festgehalten werden, spricht daher vieles dafür, die Ex-post-Triage zuzulassen, nicht zuletzt, um den Wertungswiderspruch im Rahmen der aktuellen Regelung zu vermeiden (vgl. D. I.).

Nicht vergessen werden darf bei alledem, dass eine Triage immer nur in Ausnahmesituationen erforderlich wird. Allen Triage-Situationen ist eine spezifische Tragik gemein; hier kann es keine guten, sondern allenfalls vorzugswürdige Entscheidungen geben.<sup>100</sup> Jede Entscheidung über die Verteilung der unzureichenden Behandlungsressourcen führt unweigerlich zu einem Verlust von Menschenleben.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> Merkel/Augsberg (Fn. 11), JZ 2020, 704 (714).

<sup>101</sup> So auch Gaede/Kubiciel/Salinger et al. (Fn. 31), medstra 2020, 129 (130).

## GdR Aufsatz

Till Koch\*

# Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft

Inhalt, Rezeption und heutige Relevanz eines Vortrags im vormärzlichen Berlin

1847 erklärte der preußische Staatsanwalt Julius Hermann v. Kirchmann die Jurisprudenz als Wissenschaft für wertlos. Der Beitrag erläutert nicht nur seine Beweggründe sowie die Reaktion der derart herabgewürdigten Rechtswissenschaft, sondern macht Kirchmanns Kritik auch für eine Reflexion über die heutige Rechtswissenschaft und ihr Studium fruchtbar.

## A. Einleitung

»Die Juristen sind durch das positive Gesetz zu Würmern geworden, die nur von dem faulen Holz leben, [...]; drei beachtliche Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden Makulatur.«<sup>1</sup>

Dies ist wohl die berühmteste<sup>2</sup> der vielen provokanten Thesen, die der preußische Oberstaatsanwalt Julius Hermann von Kirchmann 1847 in seinem Vortrag »Von der Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft« aufstellte. Damit löste er nicht nur damals einen Skandal aus, sondern stieß eine bis in unsere Zeit anhaltende Debatte an.<sup>3</sup> Selbst als Studierender der heutigen Rechtswissenschaft hat man beim Lesen des Vortrags Mühe, sich nicht persönlich angegriffen zu fühlen: Von einem verwissenschaftlichten Rechtssystem ohne emotionale Verankerung im Volk ist da die Rede, von rückwärtsgewandten und willkürlichen Gesetzen und von der Notwendigkeit, die Rechtspflege ausschließlich Nicht-Juristen zu überlassen. All dies kulminiert in der titelgebenden Schlussfolgerung, dass die Jurisprudenz als Wissenschaft wertlos sei. Angesichts dieser Thesen stellen sich Fragen, denen sich dieser Aufsatz annehmen möchte: Wie kam Kirchmann zu diesem vernichtenden Urteil? Was entgegnete ihm die derart attackierte Rechtswissenschaft seither? Schließlich soll aus einer studentischen Perspektive, insbesondere mit Blick auf das juristische Studium, gefragt werden: Inwiefern ist Kirchmanns Kritik auch für die heutige Rechtswissenschaft relevant?

\* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag ging aus einer vorbereitenden Leistung im Anschluss an die Vorlesung Römische Rechtsgeschichte II bei Prof. Dr. Inge Hanewinkel hervor.

1 Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin (1848), S. 23.

2 Diese Sentenz sei »einer Arie gleich, die als einzige aus einer versunkenen Oper der Nachwelt erhalten geblieben ist«, so Maunz, Von der Wertlosigkeit der Rechtswissenschaft, in: Verlag C. H. Beck München (Hrsg.), Der Aquädukt 1963. Im 200. Jahre ihres Bestehens herausgegeben von der C.H. Beck'schen Verlagsbuchhandlung (1963), S. 289 (289).

3 Vgl. nur Peters, Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft: Wider den epistemischen Nationalismus, ZaöRV 2007, 721 (732), sie bringt Kirchmanns Thesen in die Debatte um den Wert der Völkerrechtswissenschaft ein.

## B. Der Vortrag, der Referent und seine Zeit

### I. Der Vortrag: die Zerstörung der Rechtswissenschaft

Kirchmann hielt seinen Vortrag vor der juristischen Gesellschaft zu Berlin. Wann und wo genau, ist nicht mehr feststellbar,<sup>4</sup> sicher ist aber, dass Kirchmann bei seinem Vortrag frei gesprochen hat.<sup>5</sup> Wenn bei der Rezeption von »dem Vortrag« gesprochen wird, ist zu bedenken, dass nur der Nachdruck – von Kirchmann noch 1847 in Auftrag gegeben und 1848 erschienen – gemeint ist. Mit seinem mündlichen Vortrag adressierte Kirchmann – bewusst<sup>6</sup> – ein juristisches Publikum. Diesen Adressatenbezug gilt es im Auge zu behalten, wenn nun wiedergegeben wird, was Kirchmann über die Juristen und ihre Wissenschaft zu sagen hatte.

Inhaltlich benennt Kirchmann zunächst folgende Ausgangsprobleme: Die Justiz sei ineffizient, was eine große Rechtsunsicherheit des Volkes zur Folge habe und dazu führe, dass das Volk sein eigenes Recht nicht respektiere.<sup>7</sup> Auf der Suche nach der Ursache dieser Probleme stellt Kirchmann folgende zentrale Prämisse auf:

»Die Jurisprudenz hat es wie jede andere Wissenschaft mit einem Gegenstande zu thun, der selbstständig, frei und unabhängig in sich besteht, unbekümmert, ob die Wissenschaft existiert, ob sie ihn versteht oder nicht.«<sup>8</sup>

Dieser Gegenstand sei das natürliche Recht, »[...] wie es in dem Volke lebt und von jedem Einzelnen in seinem Kreise verwirklicht wird.«<sup>9</sup> Das Naturrecht kenne zwar einige abstrakte Leitsätze, sei aber kasuistisch geprägt, da es sich auf die Besonderheiten des einzelnen Falles konzentriere und »[...] in den dunklen Regionen des Gefühls [des Volkes, d.V.]« ruhe.<sup>10</sup> Ein Volk könne zwar ohne Recht nicht bestehen, wohl aber ohne Rechtswissenschaft.<sup>11</sup> Der Rechtswissenschaft komme es lediglich zu, das bestehende Naturrecht zu systematisieren.<sup>12</sup> Bei der Erfüllung dieser Aufgabe sei die Rechtswissenschaft im Vergleich zu den Naturwissen-

4 Bast, Tabellarischer Lebenslauf Kirchmanns, in: Bast (Hrsg.): Julius Hermann von Kirchmann: Jurist, Politiker, Philosoph (1993), S. XI (XII).

5 Vgl. Klenner, Kirchmann als Rechtstheoretiker, in: Bast, (Hrsg.): Julius Hermann von Kirchmann: Jurist, Politiker, Philosoph (1993), S. 1 (2).

6 Kirchmann (Fn.1), S. 5.

7 Kirchmann (Fn. 1), S. 6.

8 Kirchmann (Fn. 1), S. 7.

9 Ebd.

10 Kirchmann (Fn. 1), S. 9

11 Kirchmann (Fn. 1), S. 8.

12 Kirchmann (Fn. 1), S. 9.

schaften zurückgeblieben.<sup>13</sup> Daraus folgert *Kirchmann*, dass dem Recht Kräfte innewohnen, die den Anstrengungen der Rechtswissenschaft, das Recht zu systematisieren, entgegen-träten.<sup>14</sup>

Einen Großteil seines Vortrages widmet er nun der Fragestellung, worin diese hemmenden Kräfte bestehen. Er benennt deren vier:

Erstens sorgten die schnellen Veränderungen des natürlichen Rechts dafür, dass die Rechtswissenschaft dem Recht immer hinterherhinke und nie auf Höhe der Zeit sei. Dies sei bei den Naturwissenschaften, die sich mit der unveränderlichen Natur beschäftigten, anders, weshalb die Naturwissenschaften weiterentwickelt seien.<sup>15</sup> Dieses Problem verschärfe sich zweitens noch dadurch, dass die Rechtswissenschaft ständig historisches Recht auf die Gegenwart anwende.<sup>16</sup> Als Beispiel dafür führt er die Rezeption des römischen Rechts im Rahmen des *Usus Modernus* an. *Kirchmann* postuliert daher: »Die Gegenwart ist allein berechtigt.«<sup>17</sup>

Als dritte hemmende Kraft des Rechts für deren Untersuchung durch die Wissenschaft führt *Kirchmann* an, dass das Recht im Gegensatz zu den Gegenständen der Naturwissenschaften sich nicht nur aus Wissen, sondern auch aus Gefühlen zusammensetze. Gefühle würden aber wissenschaftliche Arbeit erschweren.<sup>18</sup> Der vierte Faktor, der die Wissenschaft an einer Systematisierung des Naturrechts hindere,

»[...] ist die Gestalt des positiven Gesetzes, jener Zwittergestalt von Sein und Wissen, die zwischen dem Recht und der Wissenschaft sich eindringt und beide mit ihren verderblichen Wirkungen bedeckt. [...] Während in allen anderen Regionen das Wissen das Sein unberührt lässt, ehrfurchtsvoll vor demselben zurücktritt, wird im Rechte durch das positive Gesetz das Umgekehrte erzwungen. Das Wissen, selbst das falsche und mangelhafte, überwältigt das Sein.«<sup>19</sup>

Das positive Gesetz erhebe also den Anspruch, das Naturrecht ersetzen zu können, obwohl es eigentlich nur Produkt der Rechtswissenschaft sei und dazu oft Mängel aufweise. Die Wechselwirkungen zwischen dem positiven Gesetz und dem Naturrecht führt *Kirchmann* weiter aus: Zwar verdränge der mit der Kodifikation einhergehende Amnesieeffekt das natürliche Recht, dennoch sei das natürliche Recht aufgrund seiner Veränderlichkeit dem positiven Gesetz stets voraus, weshalb selbst Wahrheiten im positiven Gesetz mit der Zeit

unwahr würden.<sup>20</sup> *Kirchmann* kritisiert auch die Wirkung des positiven Gesetzes auf die Rechtswissenschaft: Die Wissenschaft beschäftige sich nur noch mit den Mängeln des positiven Gesetzes, anstatt ihrer eigentlichen Aufgabe, der Erforschung des Naturrechts, nachzukommen:

»Aus einer Priesterin der Wahrheit wird sie [die Wissenschaft, d. V.] durch das positive Gesetz zu einer Dienerin des Zufalls, des Irrthums, der Leidenschaft, des Unverstandes. Statt des Ewigen, Absoluten, wird das Zufällige, Mangelhafte ihr Gegenstand. Aus dem Aether des Himmels sinkt sie in den Morast der Erde.«<sup>21</sup>

Außerdem sei die Rechtswissenschaft durch ihre Fokussierung auf das positive Gesetz ineffizient, denn »[...] drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden Makulatur.«<sup>22</sup> Generell kritisiert *Kirchmann* das positive Gesetz aufgrund seiner Willkür, die nur Despoten für deren Zwecke zugutekäme<sup>23</sup> und sich vor allem in völlig willkürlichen Formvorschriften äußere, deren Auslegung mittlerweile vornehmliche Aufgabe der Wissenschaft sei.<sup>24</sup> *Kirchmann* bilanziert in Erweiterung der bekannten These *Savignys*: »Nicht bloß die Gegenwart, keine Zeit hat den Beruf zur Gesetzgebung in diesem Sinne.«<sup>25</sup>

Neben diesen vier hemmenden Faktoren, die einer wissenschaftlichen Betrachtung des Rechts im Wege stünden, sieht *Kirchmann* ein weiteres Problem in der allgemeinen Verwissenschaftlichung des Rechts, die die emotionale Bindung des Rechts zum Volk unterbreche und das Recht zum Privileg des Juristenstandes mache.<sup>26</sup> In der Konsequenz existiere eine große Rechtsunsicherheit im Volke, da niemand den Ausgang von Prozessen vorhersagen könne, obwohl bei Betrachtung des natürlichen Rechts kein Zweifel am Ausgang bestehen würde: »Die Rechtspflege ist durch die Wissenschaft zum Glücksspiel geworden.«<sup>27</sup>

Vor dem Hintergrund dieser hemmenden Kräfte, die einer wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Naturrecht im Wege stehen, und der fehlenden Bindung des Volkes an sein Recht fordert *Kirchmann*, die Rechtspflege den Händen der Wissenschaft zu entziehen und ähnlich wie in England Nicht-Gelehrten zu überlassen. Diese Forderung sei auch im Volke vorhanden und breche sich Bahn im verstärkten Einsatz von Schiedsgerichten.<sup>28</sup> Nach diesen provokanten Thesen vertröstet er sich und sein Publikum – wie gesagt, allesamt Juristen – damit, dass trotz der zurückgebliebenen Rechtswissenschaft das Naturrecht in der Nation existiere und damit trotz allem eine Rechtsordnung bestünde.<sup>29</sup>

13 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 10.

14 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 11.

15 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 13.

16 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 14. Dieses Problem ist freilich keines des Rechts, sondern der Rechtswissenschaft. Hier hält *Kirchmann* seine eigene Trennung von Recht und Wissenschaft nicht durch.

17 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 16. Diese These ist in der Erstausgabe von 1848 als einziger Satz hervorgehoben.

18 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 17 f.

19 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 19 f.

20 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 21.

21 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 22.

22 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 23.

23 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 21.

24 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 31.

25 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 21.

26 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 32 f.

27 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 34

28 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 36.

29 *Kirchmann* (Fn. 1), S. 44.

## II. Der Referent: ein enfant terrible des Juristenstandes

*Julius Hermann von Kirchmann* wurde am 5.11.1802 als sechstes Kind einer Offiziersfamilie im sächsischen, später preußischen Schafstädt geboren. Er starb am 20.10.1884 in Berlin an den Folgen einer schweren Lungenentzündung.<sup>30</sup> In einem 1912 erschienenen Philosophenlexikon findet sich direkt nach diesen Angaben folgende Information: »[...] verlor wegen radikaler Anschauungen sein Amt.«<sup>31</sup> Im Folgenden soll daher nicht nur der Vortrag in *Kirchmanns* Werdegang eingeordnet, sondern auch nachgezeichnet werden, inwiefern der Vortrag umgekehrt seinen Werdegang beeinflusste.

*Kirchmann* legte ein exzellentes Abitur ab und studierte danach Rechtswissenschaften in Leipzig und Halle. Ab 1833 war er als Strafrichter in Halle tätig, 1834 wurde er – gerade 32-jährig – Direktor des Königlichen Stadt- und Landgerichts in Querfurt. 1844 wurde ihm der Rote Adlerorden für besondere Verdienste um das Justizwesen verliehen. Daraufhin folgte 1846 die Berufung zum leitenden Staatsanwalt in Berlin.<sup>32</sup> Vor seinem Vortrag im Jahre 1847 hatte *Kirchmann* im Justizwesen eine steile Karriere durchlaufen, wobei sich ein Aufstieg in höchste politisch-juristische Führungskreise abzeichnete. Die oben geschilderten radikalen Thesen über die Rechtspflege stammen nicht von einem frustrierten Justizopfer, sondern von einem leitenden Funktionär dieser Justiz. *Klenner* stellt dazu fest: »Was auch immer er sonst noch war, zunächst war er Jurist.«<sup>33</sup>

Der Vortrag stellte einen Wendepunkt in *Kirchmanns* Werdegang dar. Zwar blieb er vorerst Staatsanwalt und wechselte noch 1848 zum Berliner Kammergericht.<sup>34</sup> Nichtsdestoweniger war das Vertrauen seiner Vorgesetzten durch seine provokanten Thesen massiv geschädigt. Als *Kirchmann* 1848 als Staatsanwalt in einem Verfahren gegen einen studentischen Demonstranten ein nach Ansicht seiner Vorgesetzten viel zu geringes Strafmaß forderte, war das Fass übergelaufen: *Kirchmann* wurde per Beförderung in die schlesische Provinz nach Ratibor quasi zwangsversetzt.<sup>35</sup> Aufgrund weiterer politischer Vorfälle in den folgenden Jahren<sup>36</sup> musste sich *Kirchmann* Disziplinarverfahren unterziehen; 1867 schließlich wurde er per Urteil des Königlichen Obertribunals zu Berlin unter Verlust aller Pensionsansprüche aus dem Dienstverhältnis entlassen.<sup>37</sup> Diese harte Sanktion dürfte auch mit *Kirchmanns* politischen Engagement während der Ereignisse um 1848 und darüber

hinaus zusammenhängen.<sup>38</sup> *Kirchmann* zählte sich zu den gemäßigten Linken und schloss sich dem entsprechenden Flügel der preußischen Nationalversammlung an, in die er 1848 gewählt wurde.<sup>39</sup> Aufgrund seiner politischen Aktivität wurde er auch im Zusammenhang mit seinem Vortrag von seinen Gegnern als potenzieller Sozialist stigmatisiert.<sup>40</sup>

Erwähnenswert für die Einordnung des Vortrages in *Kirchmanns* Werdegang sind noch seine Leistungen auf philosophischen Gebieten. So war er als Herausgeber der von ihm begründeten »Philosophischen Bibliothek« tätig, insbesondere, nachdem er sich aus dem Justizwesen und auch aus der Politik zurückziehen musste.<sup>41</sup> Die Neue Deutsche Biographie kategorisiert seine philosophischen Thesen als geprägt vom naiven Realismus.<sup>42</sup> Dieser Einordnung kann auch bezogen auf den Vortrag gefolgt werden: So ist die postulierte Trennung von Recht und Rechtswissenschaft eine Ausprägung der Trennung von Sein und Wissen im naiven Realismus, nach der das Sein (das Recht) auch ohne das Wissen (die Rechtswissenschaft) existiert.<sup>43</sup>

Zusammenfassend ist zu sagen, dass der Inhalt des Vortrages geprägt war durch *Kirchmanns* langjährige Praxiserfahrung in der Jurisprudenz, durch seine von den Ereignissen des Jahres 1848 beeinflussten politischen Ansichten sowie durch den naiven Realismus als sein philosophisches Grundkonzept. Durch die Radikalität seiner Thesen hat der Vortrag umgekehrt *Kirchmanns* Werdegang massiv beeinflusst und prägt, wie eingangs festgestellt, auch sein Bild in der Nachwelt als Außenseiter, eben als *enfant terrible* seiner Zunft.

## III. Kirchmanns zeitgenössische Gegner: die Historische Rechtsschule

Zum Zeitpunkt des Vortrages dominierte die sogenannte Historische Rechtsschule die Rechtswissenschaft und auch die Jurisprudenz.<sup>44</sup> Einer ihrer wesentlichen Begründer, *Savigny*, war als preußischer Minister für Gesetzgebung *Kirchmanns* oberster Vorgesetzter. Die Historische Schule sieht das Recht als eine die Zeiten überdauernde Ordnung, die durch die Geschichte entstanden sei und nicht durch kurzfristige Ereignisse wie z.B. Kodifikationen beeinflusst werden könne.<sup>45</sup> Exklusive Aufgabe der Rechtswissenschaft

30 *Bast* (Fn. 4), S. IX (XI).

31 *Eisler*, *Kirchmann, Julius Hermann von*, in: *Eisler* (Hrsg.), *Philosophenlexikon* (1912), S. 351 (351).

32 *Bast* (Fn. 4), S. XI f.; *Holz*, *Kirchmann, Julius Hermann von*, in: *Bayerische Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), *Neue Deutsche Biographie* Bd. 11 (1977), S. 654(654).

33 *Klenner* (Fn. 5), S. 1 (1).

34 *Bast* (Fn. 4), S. IX (XII).

35 *Hülle*, *Julius Hermann von Kirchmann und kein Ende*, *JuS* 1984, 748 (750).

36 Dazu *Schütz*, *Einwirkungen des preußischen Justizministers auf die Rechtspflege* (1970), S. 140 ff.

37 *Bast* (Fn. 4), S. XIV.

38 So jedenfalls interpretierte das politisch linke Lager diesen Vorgang: o.A., *Aus alten Disziplinarakten*, in: *Vorwärts*. Berliner Volksblatt, Jg. 14, Nr. 267 vom 14.11.1897.

39 *Scheerer*, *Kirchmann als Politiker*, in: *Bast* (Hrsg.): *Julius Hermann von Kirchmann; Jurist, Politiker, Philosoph* (1993), S. 15 (15).

40 *Klenner* (Fn. 5), S. 1 (5).

41 *Wiethölter*, *Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884): Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer*, in: *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Streitbare Juristen: Eine andere Tradition*, 1. Auflage (1988), S. 57 (44).

42 *Holz* (Fn. 32), S. 654 (654).

43 *Bast*, *Kirchmanns Philosophie*, in: *Bast* (Hrsg.), *Julius Hermann von Kirchmann; Jurist, Politiker, Philosoph* (1993), S. 35 (35 f.).

44 *Rückert*, *Historische Schule*, in: *Cordes/Lück/Werkmüller* (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Auflage (2009), Sp. 1048 (1053).

45 *Ritter*, *Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschicht-*

sei es, die geschichtliche Entwicklung des Rechts nachzuvollziehen und aus ihr unter Ausmerzung von Fehlbildungen das Recht der Gegenwart abzuleiten.<sup>46</sup> Zum inhaltlichen Verhältnis von *Kirchmanns* Vortrag und dieser damals herrschenden Meinung bilanziert *Klenner*:

»Insofern *Kirchmann* also die Gesetzgebung geringschätzte, befand er sich in Übereinstimmung mit seinem Minister; indem er aber ausgerechnet die Jurisprudenz als Rechtswissenschaft für wertlos erklärte, schlug er in aller Unschuld vor, die heiligste Kuh seines Ministers und der durch diesen herrschenden Rechtstheorie zu schlachten.«<sup>47</sup>

Überhaupt verlangte *Kirchmann* schon durch den Titel seines Vortrags von den vor ihm versammelten Rechtswissenschaftlern, ihre Überzeugung von ihrer eigenen Wichtigkeit zu revidieren. Die teilweise heftigen Reaktionen, die im Folgenden nachgezeichnet werden, sind nicht verwunderlich.

## C. Zur Rezeption der Gedanken Kirchmanns

### I. Zeitgenössische Reaktionen: Ablehnung

Schenkt man der Schilderung *Sternbergs* Glauben, wurde der Vortrag vom Publikum begeistert aufgenommen.<sup>48</sup> Die Begeisterung hielt aber nicht lange vor: Schon kurz nach dem Vortrag erschienen die Erwiderungen, welche *Klenner* zu Recht als »eine einzige Gegenattacke, getragen von Vorurteilen, gespickt mit Verdächtigungen und mit Vorwürfen gefüllt«<sup>49</sup> bezeichnet. Sie stammen alle von den Adressaten der Kritik *Kirchmanns*, den Rechtswissenschaftlern der Historischen Schule. Im Folgenden sollen exemplarisch zwei Reaktionen nachgezeichnet werden.

Ein anonymes Autor, den *Sternberg* als den Rechtsgelehrten *Rudorff* (1803-1873) identifiziert, kritisiert *Kirchmann* recht unsachlich: Gleich zu Anfang seiner Erwiderung wirft er *Kirchmann* vor, er habe mit dem Vortrag seine Berufs- und Standesehre preisgegeben.<sup>50</sup> Der Autor sieht die revolutionären Tendenzen des Jahres 1848 sehr kritisch und erhofft sich von der Jurisprudenz eine Verteidigung der alten Ordnung, weshalb er die Rückwärtsgewandtheit, die *Kirchmann* kritisiert, begrüßt.<sup>51</sup> Zwar gesteht auch er Mängel der Jurisprudenz ein,<sup>52</sup> fokussiert sich aber im Folgenden darauf, den Volksbegriff *Kirchmanns* als zu unbestimmt zu

kritisieren<sup>53</sup> und ihn selbst zu definieren: Das Volk in *Kirchmanns* Vortrag sei nicht das Volk, das die Historische Rechtsschule als Grundlage für die deutsche kulturelle Identität propagiert. Vielmehr sei *Kirchmanns* Volk gleichzusetzen mit dem Pöbel, mit der untersten Schicht der Gesellschaft.<sup>54</sup> Diesem Volk könne man auf keinen Fall die Rechtspflege anvertrauen, denn:

»Wo [...] ist die Garantie, daß eine auch über die Rechtsfragen erkennende v. Kirchmannsche Jury von Communisten nicht ›nach dem in ihrer Brust lebenden dunklen Gefühle‹[...] dem ungenossen Beklagten sein Eigentum aberkennt, um mit dem genossen Kläger zu teilen?«<sup>55</sup>

Deswegen müsse *Kirchmanns* Reformvorschlag »für einen der unglücklichsten [gehalten werden], die je in der Seele eines praktischen Juristen geboren wurde«<sup>56</sup> – eine vernichtende Bilanz.

Auch *Stahl* (1802-1861) kritisiert in seiner 1848 publizierten Erwiderung die Auswirkungen einer Rechtspflege durch das Volk, welches nur durch das natürliche Recht geleitet würde. Zunächst sei für viele wichtige, aber sehr spezielle Rechtsmaterien gar kein rechtliches Bewusstsein im Volk vorhanden.<sup>57</sup> Er ordnet dies in die Theorie der Historischen Rechtsschule ein, nach der sich die menschliche Entwicklung immer weiter spezialisiere und so Expertenstände zwangsläufig entstehen müssten. Weiterhin sei das Volksurteil viel mehr von Gefühlen geprägt als das wissenschaftliche, deswegen wäre keine Gleichmäßigkeit der Behandlung gleichartiger Fälle zu erwarten.<sup>58</sup> In der Konsequenz wäre die Rechtsunsicherheit bei einer Rechtspflege durch das Volk viel höher als bei der gegenwärtigen Rechtspflege durch die Jurisprudenz in Kombination mit den positiven Gesetzen.<sup>59</sup> Daher liege die Lösung der Probleme, die auch *Stahl* sieht, in der Verbesserung der Rechtswissenschaft und nicht in der Abschaffung ebenjener.<sup>60</sup> Denn die Ursache für die Entfremdung des Volkes von seinem Recht läge nicht in der Rechtswissenschaft, sondern sei ein Produkt geschichtlicher Prozesse, namentlich der Kleinstaateri mit ihrer unwissenschaftlichen Partikulargesetzgebung, die das wissenschaftlich gepflegte gemeine Recht ersetze.<sup>61</sup> *Stahl* führt zum Schluss noch ein grundsätzliches Argument ins Feld: Im Gegensatz zu *Kirchmann*, der das Recht als Naturrecht versteht, welches sich ausschließlich aus dem Volksbewusstsein ergebe, ist für *Stahl* das Recht

lichkeit des Rechts (1965), S. 19 f.

46 *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Auflage (1840), S. 112 f.

47 *Klenner* (Fn. 5), S. 1 (5).

48 *Sternberg*, J. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte des realpolitischen Realismus (1908), S. 11.

49 *Klenner* (Fn. 5), S. 1 (4).

50 Anonymus, zugeschrieben *Rudorff*, Kritik der Schrift des Staatsanwalts v. Kirchmann über die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Von einem Lehrer dieser Wissenschaft (1848), S. 4.

51 Anonymus, zugeschrieben *Rudorff* (Fn. 50), S. 7.

52 Anonymus, zugeschrieben *Rudorff* (Fn. 50), S. 10.

53 Anonymus, zugeschrieben *Rudorff* (Fn. 50), S. 14.

54 Anonymus, zugeschrieben *Rudorff* (Fn. 50), S. 15 f.

55 Anonymus, zugeschrieben *Rudorff* (Fn. 50), S. 20.

56 Anonymus, zugeschrieben *Rudorff* (Fn. 50), S. 21.

57 *Stahl*, Rechtswissenschaft oder Volksbewusstsein? Eine Beleuchtung des von Herrn Staatsanwalt von Kirchmann gehaltenen Vortrags: Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, wiedergegeben in: *Klenner* (Hrsg.): Julius Hermann von Kirchmann. Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (1990), S. 47 (63).

58 *Stahl* (Fn. 57), S. 47 (64 ff.).

59 *Stahl* (Fn. 57), S. 47 (70).

60 *Stahl* (Fn. 57), S. 47 (66).

61 *Stahl* (Fn. 57), S. 47 (73).

»nicht ein bloßes Werk des Volkswillens, der Volksansicht, es ist etwas Selbständiges, eine sittliche Anforderung über dem Volke, und es ist in letzter Instanz nicht der Wert des Rechts zu bemessen, ob es der Volksansicht, sondern der Wert der Volksansicht, ob sie dem Rechte entspricht [...].«<sup>62</sup>

Diese Ansicht entspringt den Gedanken der Historischen Schule, nach denen das Recht sich trotz einiger Abänderungen durch die Geschichte hindurch erhalte und an sich unveränderlich sei.<sup>63</sup>

Insgesamt waren sich die zeitgenössischen Rezipienten, als Vertreter der herrschenden Historischen Schule, in ihrer Ablehnung von *Kirchmanns* Thesen einig.<sup>64</sup>

## II. Rezeption im Nationalsozialismus: Begeisterung

»Der Nationalsozialismus [...] wird sich auch mit der Persönlichkeit und dem Werke v. *Kirchmanns* auseinanderzusetzen haben, um ihm endgültig seinen Platz in der Geschichte des deutschen Rechtes zu geben.«<sup>65</sup>

*Neeße* (1911-1987), ein prominenter Rechtslehrer im Nationalsozialismus,<sup>66</sup> schrieb diese Zeilen zu Beginn seines Vorwortes zu einer 1938 erschienen Neuauflage von *Kirchmanns* Vortrag. Zu untersuchen ist, wie *Kirchmanns* Vortrag und *Kirchmanns* Person für die NS-Ideologie vereinnahmt wurden.

Für die Vereinnahmung *Kirchmanns* persönlich musste zunächst ein Problem überwunden werden: *Kirchmann* war ein überzeugter Demokrat. Für *Neeße* wird diese politische Haltung aber aufgewogen durch »die Kraft seines Willens, die Unbedingtheit seines persönlichen Einsatzes, der Opfermut und die Lauterkeit seines Kampfes«<sup>67</sup>. Sein Charakter unterscheidet sich daher massiv von den »Demokraten« des Novemberdeutschland«<sup>68</sup>. Seine politische Haltung dagegen müsse vor dem Hintergrund ihrer Zeit verstanden werden.<sup>69</sup>

Der Inhalt der Rede sei eine Kampfansage an den Liberalismus im Recht, der sich »offenbarte [...] als ›Positivismus«, als lebensferner und volksfremder Paragraphen-

kult.«<sup>70</sup> *Kirchmanns* These, dass das natürliche Recht auch ein emotionales Element voraussetze, eine Verbindung des Volkes mit dem Recht, wird als antiliberalistisch und anti-individualistisch gewertet und in den Kontext der völkischen Weltanschauung gestellt. Den Begriff »völkisch« hat *Kirchmann* nie verwendet, dennoch wird er als Begründer der völkisch-nationalsozialistischen Rechtsordnung gefeiert.<sup>71</sup> Allerdings findet auch *Neeße* Ansatzpunkte für Kritik: Er ist der Überzeugung, dass nicht allein die Gegenwart berechtigt sei, Recht zu schaffen. Weiterhin führt er an, dass Fortschritte im Recht auch Juristen und nicht nur, wie von *Kirchmann* behauptet, Nicht-Juristen zu verdanken seien, und er ist der Meinung, dass für die Kreation eines Volkrechtes auch Juristen gebraucht werden.<sup>72</sup> An dieser Stelle wird deutlich, dass *Neeße* eben auch ein Jurist war.

*Neeße* beschäftigt sich auch kurz mit der zeitgenössischen Rezeption des Vortrages und stürzt sich dabei auf die Erwiderung von *Stahl* – aber nicht aus inhaltlichen, sondern aus antisemitischen Gründen: *Stahl* war jüdischer Abstammung, weshalb *Neeße* *Stahls* Kritik an *Kirchmann* so wertete:

»Der Jude erkannte mit unheimlich sicheren Instinkte, daß Gedanken der in jener Rede vorgetragenen Art [...] zugleich auch das Judentum selbst empfindlich treffen mußten. Der Jude hat kein Vaterland. In einem völkischen Rechte gibt es für ihn in Lehre und Forschung keine Arbeitsmöglichkeit mehr.«<sup>73</sup>

So wird *Kirchmanns* Vortrag indirekt über seine Rezeptionsgeschichte auch für antisemitische Thesen vereinnahmt.

Zwar beschränkte sich die Rezeption von Person und Werk *Kirchmanns* im Nationalsozialismus im Wesentlichen auf dieses Vorwort, was möglicherweise in der demokratischen Biografie *Kirchmanns* begründet liegt. Dennoch zeigt sich, dass eine Rezeption des Inhalts des Vortrages im Sinne der NS-Ideologie leicht möglich war.

## III. Rezeption nach 1945: und ewig grüßt Herr Kirchmann

»Die praktische Umsetzung und Wirkfähigkeit der großen, prospektiven Ideen geht jedoch oftmals auch von Menschen aus, die zu Lebzeiten durch Denk- und Tatkraft auf Staat und Gesellschaft Einfluss nahmen, deren Leistung später aber nur wenigen, den Kennern, präsent bleibt.«<sup>74</sup>

Glaut man *Bast*, dann ist *Kirchmann* so eine Person: Wirkmächtig, wenngleich nur den Kennern bekannt.

So sah sich 1966 *Larenz* genötigt, ebenfalls vor der Berliner Juristischen Gesellschaft eine explizite Gegenrede zu *Kirchmanns* Vortrag zu halten.<sup>75</sup> *Larenz* hält die Rechtswissen-

62 *Stahl* (Fn. 57), S. 47 (75).

63 So auch *Hattenhauer*, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Auflage (1996), S. 202 ff.

64 So *Sternberg*, Kirchmann, Julius Hermann von, in: Königlich-Bayerische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Allgemeine Deutsche Biographie Bd. 51 (1906), S. 166 (167); Vgl. für weitere zeitgenössische Reaktionen auch *Retslag*, Apologie der Jurisprudenz. Eine Erwiderung auf den von Herrn Staatsanwalt von Kirchmann in der juristischen Gesellschaft zu Berlin gehaltenen Vortrag (1848); ferner *Schönstedt*, Die Bedeutung der Jurisprudenz als Wissenschaft. Eine Entgegnung (1848).

65 *Neeße*, Vorwort des Herausgebers, in: *Neeße* (Hrsg.), Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Eine Rede des Staats-Anwalts Julius Hermann von Kirchmann aus dem Jahre 1847 (1938), S. 5 (5).

66 *Klee*, Das Personenlexikon zum Dritten Reich: wer war was vor und nach 1945, 5. Auflage (2015), S. 430 f.

67 *Neeße* (Fn. 65), S. 5 (5 f.).

68 Ebd.

69 *Neeße* (Fn. 65), S. 5 (6).

70 *Neeße* (Fn. 65), S. 5 (12).

71 *Neeße* (Fn. 65), S. 5 (14).

72 *Neeße* (Fn. 65), S. 5 (14 ff.).

73 *Neeße* (Fn. 65), S. 5 (16).

74 *Bast* (Fn. 4), S. IX (IX).

75 *Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft

schaft für unentbehrlich, unter anderem, weil nur die Wissenschaft der Rechtsprechung eine wissenschaftliche, mithin verfassungsrechtlich haltbare Methode zur richterlichen Rechtsfortbildung verschaffen könne.<sup>76</sup> Richterliche Rechtsfortbildung wiederum sei notwendig, damit das Recht mit dem Wandel der Lebensverhältnisse Schritt halten könne, wie von *Kirchmann* gefordert.<sup>77</sup> Insoweit kontrolliere die Rechtswissenschaft die Rechtsprechung. Auch setze eine gerechte Rechtsprechung - definiert als eine Rechtsprechung, die vergleichbare Fälle gleichbehandelt - eine über den Einzelfall hinausgehende systematische Betrachtung voraus, die nur die Rechtswissenschaft leisten könne.<sup>78</sup> Schließlich litt positive Gesetze zwar oft unter den von *Kirchmann* beschriebenen Mängeln; hier komme es aber der Rechtswissenschaft zu, bei der Vorbereitung der Gesetzgebung ebendiese Mängel zu verhindern.<sup>79</sup>

Andere Autoren wie *Esser* sahen in *Kirchmann* aufgrund seiner Forderung, sich mit dem im Volk befindlichen Naturrecht anstelle positiver Gesetze zu beschäftigen, einen Rechtssoziologen *avant la lettre*.<sup>80</sup> *Wiethölter* betont hingegen, *Kirchmann* sei vor dem Hintergrund seines philosophischen Lebenswerks dahingehend zu verstehen, dass nur ein Philosoph ein wahrer Rechtslehrer sein könne.<sup>81</sup> Einigkeit besteht darin, dass »der Vortrag immer wieder Zitate für eine Schocktherapie geliefert [...]«<sup>82</sup> habe, folglich als permanenter Anlass zur Selbstreflexion der Rechtswissenschaft taugt.

## D. Fazit: Vom Wert der Rechtswissenschaft

Genau diese Selbstreflexion soll nun abschließend versucht werden: (Wann?) ist die Jurisprudenz als Wissenschaft wertlos?

Es fällt nicht schwer, *Kirchmanns* Thesen einzeln aufzugreifen und zu widerlegen, um den wissenschaftlichen Wert der Jurisprudenz unter Beweis zu stellen. Viele der oben genannten Gegenargumente vermögen noch heute zu überzeugen und können noch ergänzt werden:

*Kirchmanns* Prämisse, die Trennung von Sein (Recht) und Wissen (Rechtswissenschaft), innerhalb derer das Recht die Rechtswissenschaft determiniert, ist nicht haltbar. Die

(1966), S. 5.

<sup>76</sup> *Larenz* (Fn. 75), S. 5; ähnlich *Maunz* (Fn. 2), S. 289 (299 ff.).

<sup>77</sup> *Larenz* (Fn. 75), S. 19. Freilich hatte *Larenz* großen Anteil an einer Methodik, die ab 1933 Rechtsfortbildung contra legem propagierte, bspw. in seiner Vorlesung »Vertrag und Unrecht«, vgl. *Frasssek*, Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht. Die Umsetzung weltanschaulicher Programmatik in den schuldrechtlichen Schriften von Karl Larenz (1994), S. 40 f.

<sup>78</sup> *Larenz* (Fn. 75), S. 20 f.; insoweit wie *Stahl* (Fn. 58).

<sup>79</sup> *Larenz* (Fn. 75), S. 24.

<sup>80</sup> *Esser*, 100 Jahre Anklagezustand über die Jurisprudenz. Zum Gedächtnis Julius H. v. Kirchmanns, Deutsche Rechts-Zeitschrift 1947, S. 315 (315); ebenso *Frenzel*, Rechtssoziologie – das unbenannte Prüfungsfach: Bedeutung, Methoden, Geschichte, JuS 2018, 517 (520); *Klenner* (Fn. 57), S. 79 (91).

<sup>81</sup> *Wiethölter* (Fn. 41), S. 57 (44).

<sup>82</sup> *Klenner* (Fn. 5), S. 1 (2).

Rechtswissenschaft hat im Gegenteil auch umgekehrt das Recht fortgebildet, man denke nur an *Jherings* c.i.c., die ein Produkt der Rechtswissenschaft ist.<sup>83</sup> *Kirchmanns* scharfe Kritik an der Rückwärtsgeandtheit und unverständlichen Abstraktheit des positiven Gesetzes verfängt noch heute; allein hat er keine sinnvolle Alternative benannt.<sup>84</sup> Sein Naturrechtsbegriff ist zu unbestimmt und war gerade deswegen willkommene Argumentationshilfe für eine nationalsozialistische Auffassung, die bestehende positive Gesetze zugunsten einer Willkürherrschaft zu überwinden suchte.<sup>85</sup> Was *Kirchmanns* Sentenz von den Bibliotheken, die nach drei berichtigenden Worten des Gesetzgebers Makulatur werden, angeht, so weisen einige darauf hin, dass viele juristische Abhandlungen ganz ohne Zutun des Gesetzgebers von Anfang an Makulatur sind.<sup>86</sup> Andere wiederum betonen den rechtshistorischen Wert von Abhandlungen zu ehemals gültigen Normen, aufgrund dessen juristische Abhandlungen trotz der Gesetzesänderung nicht automatisch Makulatur werden.<sup>87</sup> Unabhängig davon sind die Methoden der Gesetzesauslegung wissenschaftlich in dem Sinne, dass sie mit einem standardisierten Verfahren um das Auffinden einer Wahrheit bemüht sind.<sup>88</sup> Folglich ist die Rechtswissenschaft keine wertlose Wissenschaft, und wir studieren sie nicht umsonst – wie erleichternd!

Gleichwohl bleibt *Kirchmanns* Kritik an einer Rechtswissenschaft, die sich auf das positive Gesetz fokussiert, auch heute relevant. *Kirchmann* verlangte statt der Gesetzesauslegung eine Beschäftigung mit dem Naturrecht, was heute überholt ist. In einem weiteren Sinne dürfen wir seine Forderungen aber dahingehend in die heutige Zeit übersetzen, sich mit den Grundlagen des (positiven) Rechts stärker zu beschäftigen.<sup>89</sup> Denn wirklich wertvoll wird die Rechtswissenschaft erst, wenn sie sich nicht auf dogmatische Gesetzesauslegung beschränkt: Die Beschäftigung mit den Grundlagen des positiven Rechts bewirkt ein tieferes Verständnis desselben, was wiederum die Rechtsanwendung erleichtert.<sup>90</sup> Nur Grundlagenfächer vermitteln das Verständnis, dass selbst grundlegende Normentscheidungen auch anders getroffen werden können. Dies ist umso wichtiger, da »die Halbwertszeit vieler Rechtsnormen gesunken [...]«<sup>91</sup> ist.

<sup>83</sup> *Larenz* (Fn. 75), S. 9.

<sup>84</sup> Insoweit ist *Stahl* zuzustimmen, s.o. C.I.

<sup>85</sup> S.o. C.II.

<sup>86</sup> *Sendler*, Zur Makulaturproduktion des Gesetzgebers, in: Wilke (Hrsg.), Festschrift zum 125-jährigen Bestehen der juristischen Gesellschaft zu Berlin (1984), S. 753 (757).

<sup>87</sup> *Peters* (Fn. 3), 721 (732), am Beispiel der Literatur zum letztlich nie in Kraft getretenen Europäischen Verfassungsvertrag.

<sup>88</sup> *Larenz* (Fn. 75), S. 12; zweifelnd *Hülle* (Fn. 35), 748 (752).

<sup>89</sup> Nicht umsonst wurde *Kirchmann* als Vordenker der Rechtssoziologie gesehen, s.o. C.III.

<sup>90</sup> Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen (2012), S. 57, <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.html>, zuletzt abgerufen am 6.10.2023.

<sup>91</sup> Ebd. – ob der Wissenschaftsrat hier an *Kirchmanns* Makulatur-sentenz gedacht hat?

Nach alledem ist es aus der Perspektive eines Studenten kurz vor der ersten Pflichtfachprüfung bedauerlich, wie gering die Rolle der Grundlagenfächer ausfällt:<sup>92</sup> Für die Zwischenprüfung der Göttinger Fakultät müssen zwingend nur zwei Grundlagenfächer belegt werden.<sup>93</sup> Alles darüber hinaus ist optional und wird regelmäßig aufgrund der Stofffülle der dogmatischen Fächer nicht belegt.<sup>94</sup> Für die Großen Übungen im Hauptstudium sind Grundlagen irrelevant, im Rahmen der Pflichtfachprüfung spielen sie – wenn überhaupt – eine untergeordnete Rolle.

Damit ist das Fazit aus der Beschäftigung mit *Kirchmanns* Vortrag schon gezogen: Dogmatische Gesetzeswissenschaft ist eine praktische Notwendigkeit. Aber erst die Grundlagenfächer bereichern sie zu einer rundum wertvollen, weil vom Bestehen einzelner Gesetze unabhängigen, Wissenschaft. Deswegen kann die nun schon zehn Jahre alte Forderung des Wissenschaftsrats nur wiederholt werden: Mehr Zeit für Grundlagenfächer bei gleichzeitiger Entlastung des Studiums von Detailwissen!<sup>95</sup> Ansonsten könnte sich im schlimmsten Fall eine etwas modifizierte *Kirchmann'sche* Sentenz bewahrheiten: Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Studiensemester werden Makulatur.

---

<sup>92</sup> So bezogen auf das deutsche rechtswissenschaftliche Studium insgesamt der Wissenschaftsrat (Fn. 90), S. 32 und 53 f.

<sup>93</sup> Vgl. § 14 II 2 der Zwischenprüfungsordnung der Göttinger Juristischen Fakultät.

<sup>94</sup> Selbst der Musterstudienplan der Fakultät empfiehlt, sich pro Zwischenprüfungssemester auf ein bis zwei Grundlagenfächer zu beschränken, vgl. Juristische Fakultät der Universität Göttingen, Musterstudienplan (29.06.2022), online unter <https://www.uni-goettingen.de/de/musterstudienplan+der+juristischen+fakult%C3%A4t+%28pdf%29/531581.html>, zuletzt abgerufen am 6.10.2023.

<sup>95</sup> Wissenschaftsrat (Fn. 90), S. 57.

## GdR Aufsatz

Philipp Jedamzik\*

# Peter O. Chotjewitz (1934-2010), Die Herren des Morgengrauens (1978)

*Der Beitrag bewegt sich im interdisziplinären Forschungsfeld von Recht und Literatur. Er behandelt ein heute weitgehend unbekanntes Werk, das einen Einblick in das politische Klima der Bundesrepublik Deutschland in den 1970er Jahren ermöglicht. Im Mittelpunkt stehen die Folgen des Verdachts, mit den von der Bundesrepublik verfolgten RAF-Terroristen zu sympathisieren.*

## A. Einführung

Linker Terrorismus in Deutschland? Was heute nur noch wenigen Deutschen in Erinnerung sein dürfte, hielt im September und Oktober 1977 die Bevölkerung in Atem. Später als »Deutscher Herbst« bekannt, sah sich die Bundesrepublik Deutschland (BRD) einer engen Abfolge von Attentaten der bereits seit 1968 operierenden Roten Armee Fraktion (RAF) ausgesetzt, die in der Nacht vom 17. auf den 18.10.1977 mit dem Freitod der inhaftierten RAF-Führungsriege (sog. Todesnacht von Stammheim) ihr schlagartiges Ende fand.<sup>1</sup> Doch lagen wirklich Suizide vor?

Ins Visier der Staatsschützer gerieten derweil auch Sympathisanten der Gruppierung – wie beispielsweise *Peter O. Chotjewitz*. Dieser verarbeitete im Werk »Die Herren des Morgengrauens« seine Erfahrungen mit staatlicher Verfolgung und widmete sich damit bewusst seinerzeit tabuisierten Themen.<sup>2</sup> Der dadurch bereits vorprogrammierte Skandal folgte 1978, als sich sein Verlag weigerte, das Buch zu veröffentlichen und ihn kurzerhand aus selbigem herauswarf.<sup>3</sup> Was aber hatte *Chotjewitz* geschrieben, das diese Reaktion auslöste?

Zur Beantwortung dieser Frage untersucht der Aufsatz zuerst die verschiedenen Ebenen und Motive, derer sich *Chotjewitz* bedient. Dabei richtet sich das Augenmerk vornehmlich auf die besondere Erzählstruktur, den Sympathisantenverdacht sowie die Charakterisierung der Justiz.

In einer Synthese wird nachfolgend der Bezug des Buchinhalts zur Terrorismusbekämpfung der BRD in den 1970er Jahren hergestellt. Dabei wird zunächst das persönliche Verhältnis des Autors zur RAF sowie dessen dichterische Aufarbeitung der Todesnacht von Stammheim ventiliert. Abschließend folgt eine Erörterung diverser rechtlicher Aspekte der Terrorismusbekämpfung, die vorwiegend legislative Schritte in den Blick nimmt.

## I. Zur Person Peter O. Chotjewitz

*Peter Otto Chotjewitz* gilt als einer der letzten umfassend historisch-literarisch gebildeten Autoren Deutschlands.<sup>4</sup> Er war – vor allem in den 1970er Jahren – die literarische Stimme der westdeutschen Linken.<sup>5</sup>

Das Licht der Welt erblickte er am 14.6.1934 in Berlin.<sup>6</sup> Nach Ende des Zweiten Weltkrieges siedelte er 1945 mit seinen Eltern von dort nach Nordhessen um.<sup>7</sup> Im Anschluss an die Mittlere Reife absolvierte *Peter Chotjewitz* eine Maler- und Anstreicherlehre im Betrieb seines Vaters.<sup>8</sup> Begleitend be-

<sup>4</sup> Krause, Nicht ohne meine roten Hosenträger, Welt Online v. 16.12.2010, [https://www.welt.de/print/die\\_welt/kultur/article11658335/Nicht-ohne-meine-roten-Hosentraeger.html](https://www.welt.de/print/die_welt/kultur/article11658335/Nicht-ohne-meine-roten-Hosentraeger.html) (zuletzt abgerufen am 3.10.2023).

<sup>5</sup> Baron, Die wichtigsten Bücher der Woche, Spiegel Online v. 10.6.2009, <https://www.spiegel.de/kultur/literatur/vorgelesen-die-wichtigsten-buecher-der-woche-a-629045.html> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023); Verdofsky, Mitten im Wespennest, FR v. 15.12.2010, <https://www.fr.de/kultur/literatur/mitten-wespennest-11450978.html> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023); Feldmann, Ein Schrank voller Manuskripte, der Freitag v. 15.06.2007, <https://www.freitag.de/autoren/joachim-feldmann/ein-schrank-voller-manuskripte> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023).

<sup>6</sup> Holzheimer, Chotjewitz, in: Kraft (Hrsg.), Lexikon der deutschsprachigen Gegenwartsliteratur seit 1945 Bd. A-J (2003), S. 211; Bekes, Peter O. Chotjewitz, in: Korte (Hrsg.), KLG. Kritisches Lexikon zur deutschsprachigen Gegenwartsliteratur, Stand: 1.6.2011, <http://www.1nachschaegel1NET-1inrzse0u0828.han.sub.uni-goettingen.de/document/16000000089> (zuletzt abgerufen am 18.6.2023).

<sup>7</sup> Holzheimer (Fn. 6), S. 211 (211); Verdofsky (Fn. 5); Ferchl, Nachruf Peter Chotjewitz. »Ein richtiges Leben im falschen«, Stuttgarter Zeitung v. 16.12.2010, <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.nachruf-peter-chotjewitz-ein-richtiges-leben-im-falschen.2e7223b3-164f-46f6-a74b-aa8f1c22882.html> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023).

<sup>8</sup> Schäfermeyer, Chotjewitz, Peter Otto, in: Kühlmann (Hrsg.), Killy Literaturlexikon Bd. 2 (2008), S. 417; Süselbeck, Spätromische Dekadenz stand ihm gut, taz v. 15.12.2010, <https://taz.de/15130379/?goMobile2=1579564800052>

\* Der Autor leistet zurzeit den juristischen Vorbereitungsdienst beim Oberlandesgericht Braunschweig ab und arbeitet als Wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Römisches Recht, Bürgerliches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte bei Frau Prof. Dr. Inge Hanewinkel. Der Beitrag ging aus einer Arbeit im Rahmen des Seminars »Juristendichter: Grenzgänge zwischen Recht und Literatur« hervor, welches im Sommersemester 2023 von Frau Prof. Dr. Inge Hanewinkel veranstaltet wurde.

<sup>1</sup> Rauball, Aktuelle Dokumente: Die Baader-Meinhof-Gruppe (1973), S. 3; Tolmein, Die Todesnacht von Stammheim, Deutschlandfunk v. 18.10.2007, <https://www.deutschlandfunkkultur.de/die-todesnacht-von-stammheim-102.html> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023).

<sup>2</sup> Schultz-Gerstein, »Dies ist kein Buch über Baader«, Der Spiegel 33/1978, <https://www.spiegel.de/kultur/dies-ist-kein-buch-ueber-baader-a-0afdc1ed-0002-0001-0000-000040607344> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023).

<sup>3</sup> Raddatz, Warum platzt die Autoren-Edition: Ein Lehrstück von den Schwierigkeiten, Mitbestimmung im Verlagswesen zu praktizieren, Zeit Online v. 11.8.1978, <https://www.zeit.de/1978/33/warum-platzt-die-auto-rent-edition> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023).

suchte er eine Abendschule in Kassel, die er mit dem Abitur abschloss.<sup>9</sup>

Der Abschluss öffnete ihm die Pforten der Frankfurter Goethe-Universität.<sup>10</sup> Dem von ihm aufgenommenen Studium der Rechte widmete er sich jedoch nicht, um der einst als Jurist zu praktizieren; es trieb ihn vielmehr die schlichte Aussicht, »Dinge zu lernen, die man woanders nicht gelernt hätte«.<sup>11</sup> Noch vor Abschluss der ersten Staatsprüfung wechselte er für sein Studium nach München, wo er selbiges abschloss.<sup>12</sup>

Für sein Rechtsreferendariat kehrte *Chotjewitz* nach Berlin zurück.<sup>13</sup> Nebenher studierte er im Zweitstudium Geschichte, Philosophie, Publizistik und Musik.<sup>14</sup> Er schloss sein Referendariat 1965 erfolgreich mit der zweiten Staatsprüfung ab und beendete zeitgleich seine juristische Karriere, um stattdessen als freier Schriftsteller zu arbeiten.<sup>15</sup>

Der große schriftstellerische Erfolg blieb jedoch zunächst aus.<sup>16</sup> 1975 ließ er seine juristische Karriere kurzzeitig wieder aufleben, indem er eine Anwaltskanzlei eröffnete und kurz darauf den befreundeten RAF-Terroristen *Andreas Baader*<sup>17</sup> als Wahlverteidiger in dessen Strafprozess vertrat.<sup>18</sup>

Seinen literarischen Durchbruch und wohl größten Erfolg bescherte ihm 1978 der Roman »Die Herren des Morgenrauens«.<sup>19</sup> Wenngleich die folgenden Veröffentlichungen an diesen Erfolg nicht anknüpfen konnten, schrieb *Chotjewitz* bis zu seinem Tod eine Vielzahl weiterer Werke und bediente sich dazu eines breiten Spektrums an Formaten: Romane,

Essays, Hörspiele, Gedichte, Dramen, Rezensionen und auch Kurzgeschichten entfloßen seiner Feder.<sup>20</sup>

*Peter O. Chotjewitz* verschied am 15.12.2010 nach schwerer Krankheit mit 76 Jahren in Stuttgart.<sup>21</sup>

## II. Zum Werk »Die Herren des Morgenrauens«

In seinem Romanfragment »Die Herren des Morgenrauens« verarbeitet *Peter O. Chotjewitz* seine Erfahrungen aus der Freundschaft mit *Andreas Baader*, dem gegen diesen geführten Terroristenprozess und der eigenen Überwachung durch den Staatsschutz.<sup>22</sup>

Es handelt von einem gegen *Fritz Buchonia*, ebenfalls Rechtsanwalt und Schriftsteller, eingeleiteten Ermittlungsverfahren wegen öffentlicher Aufforderung zur Begehung von Straftaten.<sup>23</sup> In das Visier der Strafverfolgungsbehörden gerät *Buchonia* durch den Einsatz für die Verbesserung der Haftbedingungen von Gefangenen; zu diesem Zwecke hatte er ein Schreiben an Schriftstellerkollegen aufgesetzt, dem eine Erklärung der Häftlinge beigelegt war, das die Staatsanwaltschaft in Teilen als Aufforderung zur Begehung von Straftaten wertete.<sup>24</sup> In der Folge leidet der Protagonist unter irrationalen Ängsten und Verfolgungswahn.<sup>25</sup> Er schildert eindringlich – changierend zwischen Albtraum und Wachen – den Fortgang des Ermittlungsverfahrens gegen ihn.<sup>26</sup>

Eng mit der Handlung verbunden und dadurch genauso virulent wie die Thematik selbst ist auch die Vorgeschichte seiner Publikation.<sup>27</sup> So war zunächst geplant und vertraglich vereinbart, dass das Buch in Bertelsmanns *Autoren Edition* erscheint.<sup>28</sup> Die *Autoren Edition*, 1972 aus der Taufe gehoben, fungierte als eine literarische Abteilung des Bertelsmann Verlags München.<sup>29</sup> Der Bertelsmann Verlag suchte dergestalt, autorensseitiger Mitbestimmung Raum zu

(zuletzt abgerufen am 3.10.2023); *Bekes* (Fn. 6).

<sup>9</sup> *Hees*, Chotjewitz, in: Feilchenfeldt (Hrsg.), Deutsches Literatur-Lexikon: Das 20. Jahrhundert: Biographisches-Bibliographisches Handbuch Bd. 5 (2003), S. 253; *Wilpert*, Lexikon der Weltliteratur: Biographisch-bibliographisches Handwörterbuch nach Autoren und anonymen Werken: Deutsche Autoren A-Z (2004), S. 103; Berliner Morgenpost, Nachruf. Autor und Baader-Verteidiger Chotjewitz ist tot, 15.12.2010, <https://www.morgenpost.de/berlin-aktuell/article104964961/Autor-und-Baader-Verteidiger-Chotjewitz-ist-tot.html> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023).

<sup>10</sup> *Hees* (Fn. 9), S. 253 (253).

<sup>11</sup> *Chotjewitz/Roth*, Mit Jünger ein' Joint aufm Sofa, auf dem schon Goebels sass (2011), S. 285.

<sup>12</sup> *Ferchl* (Fn. 7); *Chotjewitz/Roth* (Fn. 11), S. 312.

<sup>13</sup> *Ferchl* (Fn. 7).

<sup>14</sup> *Schmitz*, Chotjewitz, Peter Otto, in: Harenberg (Hrsg.), Harenberg Literaturlexikon: Autoren, Werke und Epochen: Gattungen und Begriffe von A bis Z (2000), S. 209; *Chotjewitz*, Peter O. Chotjewitz, in: Matthaei (Hrsg.), Grenzverschiebung: Neue Tendenzen in der deutschen Literatur der 60er Jahre (1970), S. 124; *Süselbeck* (Fn. 8).

<sup>15</sup> *Verdofsky* (Fn. 5); *Schäfermeyer* (Fn. 8), S. 417; *Bekes* (Fn. 6).

<sup>16</sup> *Baron* (Fn. 5); *Krause* (Fn. 4); *Ferchl* (Fn. 7); *Feldmann* (Fn. 5).

<sup>17</sup> Mehr zur Freundschaft mit *Andreas Baader* s. u.

<sup>18</sup> *Süselbeck* (Fn. 8); *Bekes* (Fn. 6); Spiegel Online, Peter O. Chotjewitz gestorben, 15.12.2010, <https://www.spiegel.de/kultur/literatur/politischer-schriftsteller-peter-o-chotjewitz-gestorben-a-734827.html> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023); *Wilpert* (Fn. 9), S. 103; *Hoeps*, Arbeit am Widerspruch: »Terrorismus« in deutschen Romanen und Erzählungen (1838-1992) (2001), S. 217.

<sup>19</sup> *Krause* (Fn. 4).

<sup>20</sup> Berliner Morgenpost (Fn. 9); Spiegel Online (Fn. 18); Literaturport, Peter O. Chotjewitz, 26.11.2021, <https://www.literaturport.de/lexikon/peter-o-chotjewitz/> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023); *Wilpert* (Fn. 9), S. 103.

<sup>21</sup> *Hammelehle*, Zum Tod von Peter O. Chotjewitz: Alles begann in einer Lesbenbar, Spiegel Online v. 15.12.2010, <https://www.spiegel.de/kultur/literatur/zum-tod-von-peter-o-chotjewitz-alles-begann-in-einer-lesbenbar-a-734831.html> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023); *Bekes* (Fn. 6).

<sup>22</sup> *Jander*, Isolation oder Isolationsfolter: Die Auseinandersetzung um die Haftbedingungen der RAF-Häftlinge, in: Kraushaar (Hrsg.), Die RAF und der linke Terrorismus Bd. 2 (2006), S. 973 (989); *Holzheimer* (Fn. 6), S. 211 (213).

<sup>23</sup> *Fues*, Die Wirklichkeit der Unwirklichkeit der Wirklichkeit: Über Peter O. Chotjewitz' Romanfragment Die Herren des Morgenrauens, in: Reinhold/Hermand (Hrsg.), Basis: Jahrbuch für deutsche Gegenwartsliteratur Bd. 10 (1980), S. 78 (78 f.).

<sup>24</sup> *Quack*, Die fragwürdige Identifikation: Studien zur Literatur (1991), S. 136; *Holzheimer* (Fn. 6), S. 211 (213).

<sup>25</sup> Spiegel Online, Skandal gewollt?, 06.8.1978, <https://www.spiegel.de/kultur/skandal-gewollt-a-e4c21d6e-0002-0001-0000-000040615918> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023).

<sup>26</sup> *Schäfermeyer* (Fn. 8), S. 417 (418).

<sup>27</sup> *Bekes* (Fn. 6).

<sup>28</sup> *Schultz-Gerstein* (Fn. 2); *Chotjewitz/Roth* (Fn. 11), S. 95.

<sup>29</sup> *Raddatz* (Fn. 3).

geben: Vier Autoren als Herausgeber und ein Bertelsmann-Lektor konnten frei über die Annahme von Manuskripten zur Buchveröffentlichung entscheiden – so jedenfalls die Konzeption.<sup>30</sup> Dieses Gremium hatte bereits ihr Placet zur Veröffentlichung des Romans von *Peter O. Chotjewitz* erteilt.<sup>31</sup> Der Bertelsmann Verlag ließ jedoch ohne Wissen der Herausgeber der *Autoren Edition* ein Gutachten anfertigen, demzufolge die juristische Zulässigkeit des Manuskripts Bedenken begegne.<sup>32</sup> Namentlich drohe dem Bertelsmann Verlag – bzw. den verantwortlichen Redakteuren – eine Strafbarkeit nach § 88a StGB<sup>33, 34</sup>. Der Bertelsmann Verlag forderte Änderungen von *Chotjewitz*, was diesen zur Neufassung zweier Kapitel sowie Modifikation mancher Details veranlasste; gegen die geforderte Veränderung von Grundlinien der Handlung verwahrte sich *Chotjewitz* jedoch.<sup>35</sup> Daraufhin wurde der Vertrag mit ihm verlagsseitig gekündigt.<sup>36</sup> Der Bertelsmann Verlag schaffte in diesem Zuge die mittlerweile unliebsam gewordene *Autoren Edition* sogar gänzlich ab.<sup>37</sup> *Uwe Timm*, ein damaliges Mitglied des Gremiums der *Autoren Edition*, bezeichnete diesen Vorgang später als einen Fall politischer Zensur.<sup>38</sup>

»Die Herren des Morgengrauens« wurde schließlich 1978 vom Rotbuch Verlag in Berlin veröffentlicht.<sup>39</sup>

## B. Ebenen und Motive

*Peter O. Chotjewitz* bedient sich in seinem Werk verschiedenster Motive, die auf mehreren Erzählebenen abgebildet werden. Die komplexe Struktur der Erzählung führt dabei zu einem verwirrenden In- und Durcheinander von Realität und Fiktion.<sup>40</sup> Der folgende Abschnitt nimmt sich der Auflösung dieser Konfusion an und erläutert die bedeutendsten Motive wie die Schilderung des Sympathisantenverdachts.

30 Spiegel Online (Fn. 25).

31 *Baier*, Sprachlos: Deutsche Wirklichkeit 1978 – verspielt, vertan, Die Zeit v. 1.12.1978, <https://www.zeit.de/1978/49/sprachlos> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023).

32 *Fues* (Fn. 23), S. 78 (91).

33 Die Norm stellt die »Verfassungsfeindliche Befürwortung von Straftaten« unter Strafe. Der Straftatbestand war nur vom 1.5.1976 bis 14.8.1981 in Kraft.

34 *Baumann*, Mythos RAF: Literarische und filmische Mythenradierung von Bölls »Katharina Blum« bis zum »Baader Meinhof Komplex« (2012), S. 152.

35 *Fues* (Fn. 23), S. 78 (91); *Chotjewitz/Roth* (Fn. 11), S. 97.

36 *Raddatz* (Fn. 3); *Hoeps* (Fn. 18), S. 217.

37 *Hartung*, Die Repression wird zum Milieu: Die Beredsamkeit linker Literatur, in: Born/Manthey/Schmidt (Hrsg.), Literaturmagazin 11: Schreiben oder Literatur (1979), S. 52 (67); Spiegel Online (Fn. 25); *Holzheimer* (Fn. 6), S. 211 (213).

38 *Timm*, »In Deutschland gibt es eine neue Arroganz«, Spiegel Online v. 30.3.2011, <https://www.spiegel.de/kultur/literatur/bestseller-autor-uwe-timm-in-deutschland-gibt-es-eine-neue-arroganz-a-753512.html> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023).

39 *Raddatz* (Fn. 3); *Schultz-Gerstein* (Fn. 2); *Fues* (Fn. 23), S. 78 (92).

40 *Fues* (Fn. 23), S. 78 (91).

## I. Erzählstruktur

*Chotjewitz* gilt in Betreff der von ihm verwendeten Erzählstrukturen als »provokierender Experimentator«<sup>41</sup>. Auch »Die Herren des Morgengrauens« werden als wirr, unnötig verschachtelt und überkompliziert empfunden.<sup>42</sup>

### 1. Romanfragment

Die augenscheinlichste Ursache für die vielfach gebrochene erzählerische Anlage des Buchs liegt in seiner Form als Romanfragment.<sup>43</sup>

Bereits ein Blick in das Inhaltsverzeichnis der »Herren des Morgengrauens« offenbart das Fehlen des sechsten von zehn Kapiteln.<sup>44</sup> Stattdessen folgt dem eigentlichen Abschluss des Werks ein mit »Unvollendete Kapitel und Notizen aus Buchonias Plastiktüte« überschriebener Anhang.<sup>45</sup> Besagte Notizen enthalten zusätzliche Szenen, deren Einordnung in die Rahmenhandlung des Romans nur teils gelingt. Es sind darüber hinaus alternative Versionen<sup>46</sup> zu bestehenden Kapiteln und Notizen zum fehlenden sechsten Kapitel<sup>47</sup> enthalten.

Auch inhaltlich ist das Werk Fragment geblieben, ist doch weder das gegen *Fritz Buchonia* angestrebte Strafverfahren noch die übergeordnete Geschichte am Ende des letzten Kapitels abgeschlossen.<sup>48</sup>

### 2. Zwischen Traum und Wirklichkeit

»Jemand musste in *Fritz Buchonia* ein schlechtes Gewissen erzeugt haben, denn ohne dass er sich einer Schuld bewusst gewesen wäre, hatte er eines Morgens einen Traum.«<sup>49</sup>

Mit diesen Worten beginnt das erste Kapitel von *Chotjewitz'* Romanfragment.<sup>50</sup> Die Einleitung beschreibt bereits erstaunlich konkret, was den Leser im Laufe der Geschichte erwartet. So verlagert *Peter O. Chotjewitz* einen wesentlichen Teil der Handlung in Träume, Wahnvorstellungen und Erinnerungen.

Zunächst ist der unablässig wiederkehrende Traum von der Erstürmung seines Hauses durch Staatsschutzbeamte zu nennen.<sup>51</sup> Diese kürt er in Ansehung der Tageszeit des Eindringens zu den titelgebenden »Herren des Morgengrauens«.<sup>52</sup>

41 *Wilpert* (Fn. 9), S. 103.

42 *Raddatz* (Fn. 3).

43 *Bekes* (Fn. 6).

44 *Chotjewitz*, Die Herren des Morgengrauens (1978), S. 191.

45 Ebd.

46 Ders., a.a.O., S. 186.

47 Ders., a.a.O., S. 176 ff.

48 *Fues* (Fn. 23), S. 78 (90).

49 *Schultz-Gerstein* (Fn. 2); *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 5.

50 *Schultz-Gerstein* (Fn. 2).

51 *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 5.

52 Ders., a.a.O., S. 74, 147.

Zwei Kapitel (sowie mehrere der im Anhang befindlichen Notizen) tragen sich sogar vollständig auf der Traumbene zu. Dies ist zum einen das dritte Kapitel, in dem *Fritz* sich einem Gerichtsverfahren stellen muss.<sup>53</sup> Dort wird er für eine andere Person gehalten und beobachtet, wie Staatschutzbeamte im Zuschauerbereich des Gerichtssaals den vorsitzenden Richter kontrollieren.<sup>54</sup> Zum anderen schildert das fünfte Kapitel einen Traum, in dem sich *Fritz Buchonia* in Isolationshaft im Gefängnis befindet.<sup>55</sup> Damit verbunden sind die Folgen einer solchen »Isolationsfolter«, Hungerstreik und Zwangsernährung.<sup>56</sup> Das sehr erschreckend dargestellte Kapitel endet schließlich damit, dass *Fritz* seine eigene Ermordung durch den Staat imaginiert.<sup>57</sup>

### 3. Buch im Buche: literarische Reflexion und die Figur des Franz Westphal

Um die Verwirrung auf Seiten des Lesers perfekt zu machen, beginnt der von *Chotjewitz* ins Leben gerufene Protagonist seinerseits, die Geschehnisse in einem Buch zu verarbeiten.<sup>58</sup>

Er stellt den Protagonisten seines eigenen Buches, *Franz Westphal*, vor, der ebenfalls Schriftsteller und Jurist ist.<sup>59</sup> Trotz Vermeidung der Ich-Perspektive liegen die autobiographischen Züge des Werkes offen zutage.<sup>60</sup>

Im siebten und achten Kapitel schildert *Fritz*, was *Franz Westphal* im Buch bisher passiert ist. Beide Erzählebenen werden dabei derart eng ineinander verwoben, dass zuweilen auch dem aufmerksamen Leser nicht einsichtig ist, ob nun *Fritz* oder *Franz* handelt.<sup>61</sup>

Ausgangspunkt des *Franz Westphal* betreffenden Handlungsstrangs ist das Ableben von dessen Mandanten *Andi* im Gefängnis in »S.«.<sup>62</sup> Aus diesem Grund macht er auf dem Weg zu einer Lesereise nach Wien Zwischenstation in Traunstein, um die Nachlassangelegenheiten für *Andi* zu ordnen und der Beerdigung beizuwohnen.<sup>63</sup> In Bezug auf die Beerdigung von *Andi* sagt *Fritz* aus, dass er immerhin *Franz* gehen lassen wollte, da er persönlich nicht gehen konnte, weil er Nachteile für sich fürchtete.<sup>64</sup> Es wird deutlich, wie eng verwoben die Geschichten von *Fritz Buchonia* und *Franz Westphal* sind; in Tat und Wahrheit ist es ein und dieselbe.

*Peter O. Chotjewitz* nutzt das Buchprojekt von *Fritz Buchonia* aber auch, um Kritik an seinem eigenen Buch zu üben.<sup>65</sup> Dabei bedient er sich *Fritzens*, der – willig greifen die Ebenen

ineinander – wiederum Kritik an seinem Buch über *Franz Westphal* übt.<sup>66</sup> Als Hauptmonitum nennt *Chotjewitz* die grundsätzliche Untauglichkeit des Konzepts, erfordere der Gegenstand doch »Klartext«.<sup>67</sup> Dazuhin wirft er sich vor, Personen und Orte nicht beim richtigen Namen zu nennen.<sup>68</sup> Dass er es nicht schaffe, den Sinn der behördlichen Maßnahmen oder die diversen Rechtsbrüche ausdrücklich zu benennen, verärgert *Fritz Buchonia* und veranlasst ihn zur Einschätzung seiner vorangegangenen Kapitel als missraten.<sup>69</sup> Insgesamt hält er sein Werk für missglückt, weshalb er beschließt, *Franz* »spurlos verschwinden zu lassen«.<sup>70</sup> So lässt der Autor die Figur des *Franz Westphal* am Ende des achten Kapitels jäh und endgültig abtreten.

### 4. Resultat unzuverlässiger Erzählung

Das Zusammenspiel vom fragmentarischen Charakter des Werks, der Verlagerung von Handlungssträngen in Träume und die Einführung einer zweiten Handlungsebene durch die Figur des *Franz Westphal* führt dazu, dass die Erzählung innerlich völlig durcheinander und damit konfus wirkt.

Ein solcher Erzähler, der den Leser stellenweise bewusst im Unklaren lässt, wird im angloamerikanischen Sprachraum *unreliable narrator* geheißen.<sup>71</sup> Die hiesige Literaturwissenschaft spricht von »unzuverlässiger Erzählung«.<sup>72</sup>

Die wohl augenfälligste Folge dieser Technik ist, dass der Leser nicht mehr zu unterscheiden imstande ist, ob ein Ereignis *Buchonia* oder *Westphal* widerfährt oder die Handlung sich gar nur auf Traumbene entfaltet.<sup>73</sup> Durch diese Erzählweise bemächtigt sich des Lesers ebendie Unsicherheit und Überforderung, die auch *Fritz Buchonia* zunehmend heimsucht. Auch er vermag nicht länger zu unterscheiden, wann er tatsächlich verfolgt wird und wann seine Einbildung ihm einen Streich spielt.

Zusätzlich schafft *Chotjewitz* durch die verschiedenen Erzählebenen Distanz.<sup>74</sup> Dahinter verbirgt sich die Angst *Chotjewitz*' vor persönlicher Strafverfolgung.<sup>75</sup> Er sucht dergestalt, sein Werk justizieller Repression von vornherein zu entziehen.<sup>76</sup>

Ein weiteres auf diese Art verarbeitetes Motiv ist der drohende Identitätsverlust.<sup>77</sup> So spielt es keine Rolle für die Staatsschutzbehörden, ob sie *Fritz Buchonia* oder *Franz*

53 *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 45 ff.

54 Ders., a.a.O., S. 53.

55 Ders., a.a.O., S. 67 ff.

56 *Fues* (Fn. 23), S. 78 (83).

57 *Hartung* (Fn. 37), S. 52 (65).

58 *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 44.

59 *Hartung* (Fn. 37), S. 52 (67).

60 Spiegel Online (Fn. 25); *Bekes* (Fn. 6).

61 *Raddatz* (Fn. 3).

62 *Bekes* (Fn. 6).

63 *Schultz-Gerstein* (Fn. 2); *Baumann* (Fn. 34), S. 496.

64 *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 96.

65 *Hartung* (Fn. 37), S. 52 (68).

66 *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 121.

67 *Fues* (Fn. 23), S. 78 (87); *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 121.

68 *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 119.

69 Ders., a.a.O., S. 125.

70 *Quack* (Fn. 24), S. 137; *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 136.

71 Siehe zur Figur des *unreliable narrator* etwa *Nünning*, *Unreliable Narration: Studien zur Theorie und Praxis unglaubwürdigen Erzählens in der englischsprachigen Erzählliteratur* (1998), S. 1.

72 *Fludernik*, *Erzähltheorie: eine Einführung*, 4. Auflage (2013), S. 49, 167.

73 *Raddatz* (Fn. 3); *Baumann* (Fn. 34), S. 247.

74 *Fues* (Fn. 23), S. 78 (86).

75 *Baumann* (Fn. 34), S. 247, 151; *Baier* (Fn. 31).

76 *Schultz-Gerstein* (Fn. 2).

77 *Hartung* (Fn. 37), S. 52 (65).

*Westphal* überwachen. Die Person wird auf das bloße Ermittlungsobjekt reduziert. Dies zeigt sich besonders deutlich in der von *Fritz* im dritten Kapitel imaginierten Gerichtsverhandlung. Dort ist es sowohl dem Staatsanwalt als auch dem vorsitzenden Richter völlig gleichgültig, dass *Fritz* nicht der richtige Angeklagte ist. Sie messen seiner Identifikation keine Bedeutung bei und führen den Prozess unbeirrt fort.

Die Art der unzuverlässigen Erzählung trägt damit dazu bei, das bedrückende Gefühl eines vermeintlichen Sympathisanten auf den Leser zu übertragen. Dass die Halluzinationen Verfolgung, Überwachung, Haft und schließlich als Selbstmord getarnter Mord im Gefängnis zum Gegenstand haben, verstärkt diesen Eindruck noch.<sup>78</sup>

Unter Literaturwissenschaftlern stößt besagte konfuse Erzählweise indes beileibe nicht nur auf Gegenliebe. Dadurch, dass der Leser kaum mehr unterscheiden kann, wer nun die Angstvisionen hat, wird das Buch passagenweise für »zerbrochen« und damit nicht wirklich gelungen gehalten.<sup>79</sup> Allzu viele Erzählebenen verwässerten den an sich begrüßenswerten Ansatz.<sup>80</sup> Eine einfache Erzählung wäre demnach sowohl mutiger als auch literarisch wertiger gewesen.<sup>81</sup>

## II. Der Sympathisantenverdacht und seine Folgen

Das Motiv des Sympathisantenverdachts nimmt in *Chotjewitz'* Werk eine Schlüsselstellung ein und gibt damit die Stimmung der 1970er Jahre wieder.<sup>82</sup> Sympathisant war, wer die Gewaltaktionen der RAF-Terroristen zwar nicht direkt unterstützte, aber dem als faschistoid empfundenen Staat die Unterstützung verweigerte bzw. solche den Terroristen bspw. durch Unterschlupfgewährung angedeihen ließ.<sup>83</sup> Aus einer sog. »Kontaktschuld mit dem Terrorismus«<sup>84</sup> erwuchs das Stigma des »Sympathisanten«; der Begriff wurde innerhalb eines Großteils der Bevölkerung als Schimpfwort gebraucht.<sup>85</sup> Dem Begriff wohnt eine beträchtliche inhaltliche Unschärfe inne; die Grenze zwischen (direkten) Unterstützern und bloßen Sympathisanten war stets kontrovers.<sup>86</sup> Dennoch war der Begriff im Diskurs der 1970er Jahre ein vielfach verwendetes Schlagwort.<sup>87</sup>

78 *Raddatz* (Fn. 3).

79 Ebd.

80 *Baier* (Fn. 31).

81 *Raddatz* (Fn. 3).

82 *Hammelehle* (Fn. 21).

83 *Kraushaar/Reemtsma*, »Die entscheidende Triebkraft besteht in einem unbändigen, alles ausfüllenden Hass«: Interview mit dem ehemaligen Präsidenten des Bundeskriminalamtes Dr. Horst Herold, in: *Kraushaar* (Hrsg.), *Die RAF und der linke Terrorismus Bd. 2* (2006), S. 1370 (1382).

84 *Balz*, *Gesellschaftsformierungen: Die öffentliche Debatte über die RAF in den 70er Jahren*, in: *Colin/De Graaf/Pekelder* (Hrsg.), *Der »Deutsche Herbst« und die RAF in Politik, Medien und Kunst: Nationale und internationale Perspektiven* (2008), S. 170 (177).

85 *Holzheimer* (Fn. 6), S. 211 (213); *Baumann* (Fn. 34), S. 365.

86 *Bergstermann*, *Stammheim: Eine moderne Haftanstalt als Ort der Auseinandersetzung zwischen Staat und RAF* (2016), S. 14; *Kraushaar/Reemtsma* (Fn. 83), S. 1370 (1383).

87 *Pflieger*, *Die Rote Armee Fraktion: RAF*, 3. Auflage (2011), S. 118.

Über die Anzahl der RAF-Sympathisanten herrscht in der Forschung Uneinigkeit, was sich bereits aus der Natur der Begriffsbestimmung ergibt. Je nachdem, wie eng die Begriffsdefinition ausfällt, rangieren die Schätzungen von mehreren Tausend bis hin zu 10.000 RAF-Sympathisanten.<sup>88</sup> Zu den bekannteren Sympathisanten dieser Zeit gehörten zum einen Verleger und Schriftsteller (wie beispielsweise *Heinrich Böll*), aber auch Politiker sahen sich dem Sympathisantenvorwurf ausgesetzt.<sup>89</sup>

*Peter O. Chotjewitz* bezeichnete sich selbst ebenfalls als RAF-Sympathisanten.<sup>90</sup> Er schildert in seinem Werk die existenziellen Folgen des Sympathisantenverdachts.<sup>91</sup>

Welche Eingriffe durch den Staat und durch die Medien er *Fritz Buchonia* dabei erfahren lässt, soll nun untersucht werden.

### 1. Überwachung durch den Staatsschutz

*Fritz Buchonia* zieht die Aufmerksamkeit des Staatsschutzes auf sich, indem er den bereits beschriebenen Aufruf der Gefängnisinsassen weiterverbreitet.<sup>92</sup> Unmittelbare Folge ist die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens gegen ihn.<sup>93</sup>

Dieses führt schon bald dazu, dass sich *Fritzens* ein Gefühl unentwegter Verfolgung bemächtigt.<sup>94</sup> Immer, wenn er hofft, einen seiner heimlichen Überwacher entdecken zu können, greift er ins Leere und findet für seine Verfolgung keinerlei Beleg.<sup>95</sup> Letztlich kulminiert der Wahn *Fritz Buchonias* in einer veritablen Paranoia.<sup>96</sup>

Negative Erfahrungen mit der Polizei sammelt er bei einer Reise ins Ausland. Grenzbeamte hindern ihn zunächst an der Ausreise und unterziehen ihn strengster Kontrolle.<sup>97</sup> Sodann halten sie ihn über einen längeren Zeitraum ohne Nennung von Gründen fest.<sup>98</sup> Es schließt sich eine gründliche Durch-

88 *Aust*, *Der Baader Meinhof Komplex* (1986), S. 301; *Weinhauer*, »Staat zeigen«: Die polizeiliche Bekämpfung des Terrorismus in der Bundesrepublik bis Anfang der 1980er Jahre, in: *Kraushaar* (Hrsg.), *Die RAF und der linke Terrorismus Bd. 2* (2006), S. 932 (942); *Wesel*, *Strafverfahren, Menschenwürde und Rechtsstaatsprinzip: Versuch einer Bilanz der RAF-Prozesse*, in: *Kraushaar* (Hrsg.), *Die RAF und der linke Terrorismus Bd. 2* (2006), S. 1048 (1053).

89 *Holzheimer* (Fn. 6), S. 211 (213); *Riederer*, *Die RAF und die Folterdebatte der 1970er Jahre* (2014), S. 178.

90 *Chotjewitz/Roth* (Fn. 11), S. 163.

91 *Schultz-Gerstein* (Fn. 2); *Sudau*, *Werkbearbeitung, Dichterfiguren: Traditionsaneignung am Beispiel der deutschen Gegenwartsliteratur* (1985), S. 61 f.

92 *Raddatz* (Fn. 3).

93 *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 13.

94 *Bekes* (Fn. 6); *Baumann* (Fn. 34), S. 329; *Schultz-Gerstein* (Fn. 2); *Spiegel Online* (Fn. 25); *Baier* (Fn. 31).

95 *Schultz-Gerstein* (Fn. 2).

96 *Baumann* (Fn. 34), S. 247; *Spiegel Online* (Fn. 25); *Hartung* (Fn. 37), S. 52 (65).

97 *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 58.

98 Ebd.

suchung seines Pkw an.<sup>99</sup> Des Weiteren ist im Werk von illegitimen Hausdurchsuchungen sowie telefonischen Lauschangriffen die Rede.<sup>100</sup>

Als *Fritz Buchonia* in Gestalt *Franz Westphals* an der Beerdigung *Andis* teilnimmt, stellt dieser fest, dass durch das massive Polizeiaufgebot sowie Absperrungen und Beschränkungen des Ablaufs der Trauerfeier sogar Trauer verboten werde.<sup>101</sup> Die Maßnahmen der Staatsschützer degradierten die Trauergäste und Hinterbliebenen zu bloßen Statisten behördlicher Inszenierung.<sup>102</sup> Sie werden während der Trauerfeier durch Polizisten mit Maschinenpistolen bedroht und heimlich fotografiert.<sup>103</sup>

Letzten Endes führen der Verfolgungswahn und die Angst vor dem drohenden Prozess gegen ihn so weit, dass er das Land zu verlassen erwägt.<sup>104</sup> Doch fühlt er sich zu alt, um noch einmal in der von ihm in Erwägung gezogenen Deutschen Demokratischen Republik (DDR) von vorne zu beginnen, und entscheidet sich gegen die Emigration.<sup>105</sup>

## 2. Instrumentalisierung der Medien und der Bevölkerung

Nachdem in *Fritz Buchonias* Ermittlungsverfahren einige Zeit nichts passiert ist, entschließt sich das Amt für Befragungswesen, ihn nun doch stärker einzuschüchtern.<sup>106</sup> Es initiiert eine große Medienkampagne gegen ihn<sup>107</sup>, frei nach dem – schon von *Plutarch* erkannten und durch *Francis Bacon* verbreiteten – Prinzip »*Audacter calumniare, semper aliquid haeret*« – »Verleumde nur dreist, irgendetwas bleibt immer hängen«. <sup>108</sup> Beweise für *Fritzens* Schuld liegen nämlich weiterhin nicht vor.

Zu Beginn des neunten Kapitels vermelden Funk und Presse die Einleitung eines Strafverfahrens gegen *Fritz Buchonia*.<sup>109</sup> Eine Zeitung zitiert gar wörtlich aus der Anklageschrift, was bedeutet, dass Ermittlungsbehörden – den Verboten des StGB zuwider – Dokumente an die Presse weitergegeben haben.<sup>110</sup> Dies erkennt *Fritz* und telefoniert mit Staatsanwalt *Propheter*, der sich gegen jede Beteiligung verwahrt und vorgibt, des Dokumentenlecks wegen bereits Ermittlungen zu führen.<sup>111</sup> Tage der Zermürbung folgen: Unablässig schrillt bei *Buchonias* das Telefon, unablässig muss *Fritz* sich gegenüber Medienvertretern rechtfertigen.<sup>112</sup> Auch Teile der

Nachbarschaft und seines Bekanntenkreises gehen auf Abstand zu ihm und seiner Familie.<sup>113</sup>

*Fritz* fühlt sich innerhalb seines Dorfes zunehmend isoliert.<sup>114</sup> Einige Zeit geht ins Land, bis die Kampagne abflaut und die Menschen mit ihm und seiner Familie wieder Kontakt aufzunehmen beginnen.<sup>115</sup> Zurück bleibt das Gefühl der Auslieferung gegenüber dem Staatsschutz sowie der Öffentlichkeit, die ersterem nur allzu gefügig zu Willen zu sein scheint.<sup>116</sup>

Auch hier ist Grundlage für *Chotjewitz*' Schilderungen seine Beobachtung aus dem tatsächlichen Umgang der politischen Führung mit dem RAF-Terrorismus. So nutzten die Ermittlungsbehörden bereits seit Beginn der 1970er Jahre die Medien gezielt für ihre Zwecke.<sup>117</sup> Das Bundesinnenministerium, das Bundeskanzleramt und insbesondere das Bundeskriminalamt instrumentalisierten die Medien regelrecht und machten sie auf diese Weise zum verlängerten Arm des Polizei- und Sicherheitsapparates.<sup>118</sup>

Ein Skandal – womöglich Vorlage für die Geschehnisse um *Fritz Buchonia* – ereignete sich Anfang 1977 und damit ein Jahr vor Erscheinen der »Herren des Morgengrauens«. <sup>119</sup> Die Staatsanwaltschaft hatte Anklage wegen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung (der RAF) gegen den Rechtsanwalt *Kurt Groenewold* erhoben.<sup>120</sup> Der damalige Bundesjustizminister *Hans-Jochen Vogel* ließ mit den Worten »Sicher findet das anliegende Werk ihr Interesse« Ablichtungen der Anklageschrift an sechs ausgewählte Journalisten zusenden.<sup>121</sup> Einer derselben enthüllte dem »Stern« die Indiskretion des Ministers, der sie mit breitem öffentlichem Echo publik machte.<sup>122</sup> Die Parallele zu *Fritz Buchonia* ist offenkundig.

## III. Die Stellung der Justiz

Das von *Chotjewitz* in »Die Herren des Morgengrauens« von der Justiz gezeichnete Bild verdient ebenfalls nähere Betrachtung.

Wenige Tage nachdem *Fritz Buchonia* vom gegen ihn eröffneten Ermittlungsverfahren erfahren hat, erreicht ihn eine Vorladung zur Vernehmung.<sup>123</sup> Diesen Brief beschreibt er als »schlicht wie alle Justizschreiben, ohne an der Gewalt der Behörde den geringsten Zweifel zu lassen; man hat zu kommen, wenn die Justiz ruft, so absurd die Vorwürfe auch

99 Ders., a.a.O., S. 59.

100 *Schultz-Gerstein* (Fn. 2).

101 *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 96 f.; *Hartung* (Fn. 37), S. 52 (69).

102 *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 97.

103 Ders., a.a.O., S. 100.

104 *Quack* (Fn. 24), S. 153.

105 *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 124.

106 Ders., a.a.O., S. 137.

107 *Fues* (Fn. 23), S. 78 (82).

108 *Meyer*, Meyers Großes Konversations-Lexikon Bd. 2, 6. Auflage (1905), S. 77.

109 *Fues* (Fn. 23), S. 78 (82).

110 Ebd.

111 *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 138.

112 Ders., a.a.O., S. 139 ff.

113 *Fues* (Fn. 23), S. 78 (82).

114 *Hartung* (Fn. 37), S. 52 (65); *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 143.

115 *Fues* (Fn. 23), S. 78 (82).

116 Ebd.

117 *Weinhauer* (Fn. 88), S. 932 (938).

118 *Kraushaar*, Der nicht erklärte Ausnahmezustand: Staatliches Handeln während des sogenannten Deutschen Herbstes, in: *Kraushaar* (Hrsg.), Die RAF und der linke Terrorismus Bd. 2 (2006), S. 1011 (1019).

119 *Wagner*, Strafprozeßführung über Medien (1987), S. 27.

120 Ebd.

121 Ebd.

122 Ebd.

123 *Schultz-Gerstein* (Fn. 2).

sein mögen.«.<sup>124</sup> Ferner schildert er eine *de-facto*-Umkehr der Unschuldsvermutung, indem ihm – ohne konkrete Angabe der gegen ihn erhobenen Vorwürfe – aufgegeben wird, alle Schriftstücke mitzubringen, die ihn entlasten könnten.<sup>125</sup> Auch das beschreibt *Fritz* als typisch: Es genüge, dass man beschuldigt wird, und schon müsse man sich entlasten.<sup>126</sup>

Im zweiten Kapitel macht er sich auf den Weg zum Gerichtsgebäude, um der Vorladung Folge zu leisten.<sup>127</sup> Angekommen im Justizgebäude erinnert es *Fritz* weniger an ein Gericht und eher an die Hauptverwaltung eines großen Wirtschaftsunternehmens.<sup>128</sup>

Er wird vom Staatsanwalt *Propheter*, der für *Fritzens* Verfahren zuständig ist, angetroffen und in einen großen Saal geführt.<sup>129</sup> Dort angelangt verbreitet sich der Staatsanwalt in ausgreifenden Monologen über die schier unbegrenzten Möglichkeiten der Justiz und versucht, *Fritz Buchonia* zum Geständnis zu bewegen.<sup>130</sup> *Fritz* weigert sich indes, woraufhin *Propheter* ihm die Verschlimmerung seiner Lage in Aussicht stellt.<sup>131</sup>

In der bereits vorgestellten Traumverhandlung werden zwei weitere Kritikpunkte an der Justiz manifest. Dort lügen die Polizisten in der Gerichtsverhandlung über den Tathergang; als eine andere Zeugin dies aufdeckt, verweist der imaginierte Richter *Propheter* lediglich darauf, dass Polizisten »allemaal die besseren Beobachter und damit glaubwürdiger seien.«.<sup>132</sup> *Chotjewitz* drückt damit ein tiefes Misstrauen gegenüber der Polizei aus. Für seine Begriffe ist die bundesrepublikanische Justiz keineswegs neutral, sondern ausgesprochen voreingenommen. Zudem klafft seines Erachtens in Sachen Gewaltenteilung zwischen Sein und Sollen ein beträchtlicher Graben; so stellt er dar, wie Staatsschutzagenten die Richter kontrollieren.<sup>133</sup>

Auf *Propheter* trifft *Buchonia* das nächste Mal erst im letzten Kapitel. Da es ihm ob Verfolgungswahns und öffentlicher Medienkampagne an der nötigen Muße zur Schriftstellerei gebricht, sucht er *Propheter* auf und erbittet ein baldiges Urteil.<sup>134</sup> Dieses aber versagt *Propheter* ihm, sei das Führen eines solchen Prozesses doch in der aktuellen politischen Lage nicht opportun, weil schon einige Monate keine Verbrechen aus Staatsfeindschaft stattgefunden hätten.<sup>135</sup>

Die Ermittlungen brächten *Fritz* dazuhin auch Vorteile, da sie ihm die Möglichkeit gäben, sich zum Märtyrer zu

stilisieren.<sup>136</sup> Das Buch endet damit, dass *Fritz Buchonia* sich von *Propheter* verabschiedet, nach Hause begibt, seine Sachen packt und seine Familie verlässt.<sup>137</sup>

Insgesamt ist zu konstatieren, dass *Chotjewitz* in seinem Werk ein vielfach gestörtes Bild der Justiz zeichnet. Er wirft ihr Verstöße gegen rechtsstaatliche Prinzipien wie die Unschuldsvermutung vor und zeigt sachfremde Beweggründe (z. B. Opportunität einer Anklage) für ihr Handeln auf.

### C. Grenzgang zwischen Dichtung und Wahrheit

Ein anderer Dichter und Jurist in Personalunion war *Johann Wolfgang von Goethe*.<sup>138</sup> Dieser schrieb einst ein Buch mit dem Titel »Aus meinem Leben. Dichtung und Wahrheit«, in dem er seine persönlichen Erlebnisse literarisch verarbeitete.<sup>139</sup>

Auch das Werk von *Peter Otto Chotjewitz* bewegt sich passend zu diesem Titel zwischen freier Dichtung und konkreter Schilderung realer Geschehnisse und Erfahrungen des Autors in den 1970er Jahren.

#### I. Fritz Buchonia als Peter O. Chotjewitz

Nachgerade aufzudrängen scheint sich die Einsicht, dass *Fritz Buchonia* das fiktionale Abbild von *Chotjewitz* ist.<sup>140</sup> Dabei fällt zunächst auf, dass sowohl *Buchonia* als auch *Chotjewitz* die Tätigkeit als Jurist zugunsten der Schriftstellerei aufgegeben haben.<sup>141</sup> Beide wohnen sie in kleinen Orten in Nordhessen. Sie sind beide verheiratet – bzw. *Chotjewitz* war es zur Zeit der Niederschrift – mit einer Frau namens *Renate*.<sup>142</sup> *Fritz Buchonia* hat wie *Chotjewitz* zum Zeitpunkt der Buchveröffentlichung zwei Söhne.<sup>143</sup>

Bereits die Betrachtung der persönlichen Verhältnisse fördert den autobiographischen Charakter des Werks zutage.<sup>144</sup> Dennoch scheut sich *Chotjewitz* davor, in der Ich-Form zu schreiben.<sup>145</sup> Er bevorzugt es, auktorial über einen Dritten zu berichten.<sup>146</sup> An einer Stelle im Buch bricht er jedoch mit dieser Form. So schreibt er die im Anhang befindliche und mit »Betreuer« betitelte Notiz vollständig in der Ich-Form und schildert, wie er im Auto verfolgt wird und diverse Verkehrskontrollen durch Staatsschutzbeamte über sich ergehen lassen muss.<sup>147</sup>

<sup>124</sup> *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 22.

<sup>125</sup> Ebd.

<sup>126</sup> *Schultz-Gerstein* (Fn. 2).

<sup>127</sup> *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 24 ff.

<sup>128</sup> Ders., a.a.O., S. 25.

<sup>129</sup> *Fues* (Fn. 23), S. 78 (80); *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 35.

<sup>130</sup> *Schultz-Gerstein* (Fn. 2); *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 42.

<sup>131</sup> *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 42.

<sup>132</sup> Ders., a.a.O., S. 50.

<sup>133</sup> *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 53 f.

<sup>134</sup> *Fues* (Fn. 23), S. 78 (89).

<sup>135</sup> *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 165.

<sup>136</sup> *Fues* (Fn. 23), S. 78 (89 f.).

<sup>137</sup> *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 168.

<sup>138</sup> *Schramm*, Law and Literature, JA 2007, 581 (584).

<sup>139</sup> *Goethe*, Aus meinem Leben. Dichtung und Wahrheit, in: Hettche (Hrsg.), Reclam-Gesamtausgabe Bd. 1 (1991).

<sup>140</sup> *Fues* (Fn. 23), S. 78 (83).

<sup>141</sup> *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 117.

<sup>142</sup> Namentlich erwähnt z. B. *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 57.

<sup>143</sup> *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 61.

<sup>144</sup> *Raddatz* (Fn. 3); Spiegel Online (Fn. 25); *Baier* (Fn. 31).

<sup>145</sup> *Bekes* (Fn. 6).

<sup>146</sup> *Fues* (Fn. 23), S. 78 (79).

<sup>147</sup> *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 174 ff.

## 1. Verhältnis Chotjewitz' zur RAF und persönliche Verstrickung

Die größte Gemeinsamkeit und damit Identität von *Fritz Buchonia* und *Peter Chotjewitz* zeigt sich in Bezug auf das gegen beide eingeleitete Ermittlungsverfahren.<sup>148</sup> So wurde auch gegen *Chotjewitz* Anklage wegen Aufforderung zu Straftaten erhoben, weil er im April 1977 an andere Autoren einen Appell für die Verbesserung der Haftbedingungen der RAF-Terroristen im Stuttgarter Gefängnis Stammheim verschickte; dem beigefügt war die Hungerstreik-Erklärung *Guðrun Ensslin*<sup>149</sup>, die mit den Worten schloss: »Den Widerstand bewaffnen. Die Illegalität organisieren. Den anti-imperialistischen Kampf offensiv führen.«<sup>150</sup> Das Verfahren gegen *Chotjewitz* wurde kurz nach Abschluss des Romans eingestellt.<sup>151</sup> Bereits aus diesem Einsatz für inhaftierte RAF-Terroristen lässt sich schließen, dass *Chotjewitz* der RAF durchaus wohlgesonnen war.

*Peter Chotjewitz* kannte einige der späteren RAF-Mitglieder wie *Andreas Baader* bereits vor Gründung derselben.<sup>152</sup> Er lernte *Baader* Ende der 1960er Jahre in Westberlin kennen und freundete sich mit ihm an.<sup>153</sup> In dem seiner Verhaftung folgenden sog. Stammheim-Prozess trat *Chotjewitz* als *Baadere* Wahlverteidiger auf und besuchte ihn regelmäßig im Gefängnis.<sup>154</sup> Nach seinem Tod war *Chotjewitz* der Testamentsvollstrecker *Baadere*.<sup>155</sup> Hier zeigt sich die Parallele zu *Andi* aus dem Buch *Fritz Buchonias*. Die Namensähnlichkeit – *Andi* ist die landläufige Koseform von *Andreas* – sowie die Tatsache, dass *Franz* der Anwalt und Testamentsvollstrecker *Andis* war, legt beredt Zeugnis darüber ab, dass für die Figur *Andis* *Andreas Baader* Modell stand.<sup>156</sup>

Letztlich kann auch durch die Beschreibung *Andis* auf *Chotjewitz*'s Verhältnis zu *Andreas Baader* geschlossen werden. Er stellt *Andi* als zutiefst moralischen, glaubwürdigen Menschen dar, zu dem er sogar eine körperliche Anziehung verspürt.<sup>157</sup> Keinesfalls könne es sich bei ihm um einen Verbrecher oder Unmenschen handeln.<sup>158</sup> Es sei durchaus denkbar, dass man ihm dereinst ein Denkmal errichte.<sup>159</sup>

148 Bekes (Fn. 6).

149 *Guðrun Ensslin* gehörte neben *Andreas Baader*, *Ulrike Meinhof*, *Jan-Carl Raspe* und *Holger Meins* zu den Protagonisten der ersten Generation der RAF. Siehe dazu *Koenen*, Camera Silens: Das Phantasma der »Vernichtungshaft«, in: *Kraushaar* (Hrsg.), Die RAF und der linke Terrorismus Bd. 2 (2006), S. 994 (994); *Jefßberger/Schuchmann*, Die Stammheim-Protokolle: Der Prozess gegen die erste RAF-Generation (2021), S. 7; *Rauball* (Fn. 1), S. 3.

150 Spiegel Online (Fn. 25); *Schmitz* (Fn. 14), S. 209 (209).

151 *Fues* (Fn. 23), S. 78 (79); *Schultz-Gerstein* (Fn. 2).

152 *Chotjewitz/Roth* (Fn. 11), S. 28; Spiegel Online (Fn. 18).

153 *Hammelehle* (Fn. 21); *Jander* (Fn. 22), S. 973 (989).

154 *Peters*, Hundert Tage: Die RAF Chronik 1977 (2017), S. 43; *Baumann* (Fn. 34), S. 86; *Hammelehle* (Fn. 21); *Berliner Morgenpost* (Fn. 9); *Baron* (Fn. 5).

155 *Jander* (Fn. 22), S. 973 (989).

156 *Hartung* (Fn. 37), S. 52 (67); *Raddatz* (Fn. 3).

157 *Baumann* (Fn. 34), S. 151; *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 129 f.

158 Ebd.

159 Spiegel Online (Fn. 25); *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 130.

Insgesamt ist zu erkennen, dass *Chotjewitz* – wohl vornehmlich durch seine persönliche Freundschaft zu *Andreas Baader* – sehr mit der RAF sympathisierte. Da er aber – abgesehen von seiner Tätigkeit als Wahlverteidiger – nicht weiter in die terroristischen Machenschaften der RAF involviert war, bleibt *Chotjewitz* bloßer Sympathisant und überschreitet nicht die Schwelle zur Unterstützung der terroristischen Vereinigung.

## 2. Die Todesnacht von Stammheim

Die sog. Todesnacht von Stammheim bezeichnet das Ende der ersten Generation der RAF und damit des Deutschen Herbstes.<sup>160</sup> Was aber geschah in dieser so schicksalsschweren Nacht?

Ausgangspunkt ist die Verhaftung der Führungsriege der ersten RAF-Generation Anfang Juni 1972.<sup>161</sup> Dazu gehören u. a. *Andreas Baader*, *Jan-Carl Raspe* und *Guðrun Ensslin*.<sup>162</sup> Gegen sie und andere wird am 21.5.1975 der sog. Stammheim-Prozess vor dem OLG Stuttgart eröffnet.<sup>163</sup> Dieser geht am 28.4.1977 zu Ende; die Angeklagten *Baader*, *Raspe* und *Ensslin* werden jeweils zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt.<sup>164</sup>

### a) Geschehnisse und Spekulationen

Derweil sieht die RAF nur noch eine Möglichkeit, um ihre inhaftierten Gesinnungsgenossen freizubekommen – die Entführung des damaligen Arbeitgeberpräsidenten *Hanns-Martin Schleyer*.<sup>165</sup> Die folgenden Wochen stellten sich als Schicksalswochen der RAF dar, die die deutsche Bevölkerung in Atem hielten und später als »Deutscher Herbst« in die Geschichte eingehen sollten.<sup>166</sup>

Durch eine von langer Hand geplante Aktion gelingt am 5.9.1977 die Entführung *Hanns-Martin Schleyers*.<sup>167</sup> Nach erfolgreicher Flucht übermittelt die RAF ihre Bedingungen für die Freilassung *Schleyers*: Sie fordern in erster Linie die Freilassung von elf inhaftierten Gesinnungsgenossen (darunter *Baader*, *Ensslin* und *Raspe*).<sup>168</sup> Die Bundesregierung kommt intern bereits früh überein, den Forderungen der Geiselnnehmer nicht zu entsprechen.<sup>169</sup> Um den Druck auf

160 *Kraushaar* (Fn. 118), S. 1011 (1011 ff.).

161 *Pflieger* (Fn. 87), S. 42; *Weinhauer* (Fn. 88), S. 932 (939).

162 *Pflieger* (Fn. 87), S. 42 ff.

163 *Jefßberger/Schuchmann* (Fn. 149), S. 15; *Pflieger* (Fn. 87), S. 70.

164 *Pflieger* (Fn. 87), S. 93 f.; *Peters* (Fn. 154), S. 84 f.; WDR, Ein glatter Verfassungsbruch, 17.3.2007, <https://www1.wdr.de/stichtag/stichtag2746.html> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023).

165 *Pflieger* (Fn. 87), S. 105; *Siemens*, Die Opfer der RAF, in: Bundeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), Aus Politik und Zeitgeschichte 40-41 (2007), S. 9 (12).

166 *Pflieger* (Fn. 87), S. 105; *Jefßberger/Schuchmann* (Fn. 149), S. 352.

167 *Aust* (Fn. 88), S. 458 ff.; *Pflieger* (Fn. 87), S. 110 ff.

168 *Pflieger* (Fn. 87), S. 121 f.; *Polzin*, Kein Austausch! Die verfassungsrechtliche Dimension der Schleyer-Entscheidung, in: *Kraushaar* (Hrsg.), Die RAF und der linke Terrorismus Bd. 2 (2006), S. 1026 (1026).

169 *Polzin* (Fn. 168), S. 1026 (1027); *Pflieger* (Fn. 87), S. 127; *Funke*, Staatsräson und Verfassungsgräson: Staatliche Handlungslegitimation im

die Bundesregierung zu erhöhen<sup>170</sup>, bringen am 13.10.1977 vier palästinensische Terroristen in Absprache mit der RAF die Lufthansa-Maschine »Landshut« samt 86 deutschen Reisenden unter ihre Kontrolle.<sup>171</sup> Die Maschine landet am 17.10.1977 in Mogadischu.<sup>172</sup> Einen Tag später können somalische Soldaten und die aus Deutschland eingeflogene GSG 9 alle Insassen den Fängen der Geiselnnehmer entreißen.<sup>173</sup>

Als die in Stuttgart-Stammheim inhaftierten RAF-Terroristen *Andreas Baader*, *Jan-Carl Raspe*, *Gudrun Ensslin* und *Irmgard Möller* dies in derselben Nacht erfahren, beschließen sie, sich selbst zu richten.<sup>174</sup> Die beiden Männer erschießen sich mit hereingeschmuggelten Waffen, *Gudrun Ensslin* erhängt sich und *Irmgard Möller* fügt sich schwere Stichverletzungen in der Herzgegend zu; nur letztgenannte überlebt.<sup>175</sup> Die Nacht geht als Todesnacht von Stammheim in die Annalen ein.<sup>176</sup> Die RAF verkündet daraufhin die Tötung *Schleyers*, dessen Leiche am 19.10.1977 in einem Wagen gefunden wird.<sup>177</sup> Damit endet der Deutsche Herbst.<sup>178</sup>

Heute wird davon ausgegangen, dass die RAF-Häftlinge durch die Art ihrer Verletzungen den Eindruck zu erwecken suchten, sie wären von staatlicher Seite getötet worden.<sup>179</sup> Ebendiesen Vorwurf erheben Sympathisanten und Angehörige der RAF sodann auch. Sachverständige bestätigten jedoch den suizidalen Charakter des Dahinscheidens, sodass die Staatsanwaltschaft Stuttgart ein entsprechendes Ermittlungsverfahren am 18.4.1978 einstellt.<sup>180</sup>

Ein anderer Vorwurf lautete, Justizbeamte hätten die Zellen der Häftlinge verwandt, somit mitbekommen, dass die Häftlinge sich zu suizidieren anschickten, und sich nichtsdestoweniger nicht zum Einschreiten bemüßigt gesehen.<sup>181</sup> Den Befunden der Staatsanwaltschaft Stuttgart zufolge liegen jedoch auch hierfür keine Anhaltspunkte vor.<sup>182</sup>

## b) Dichterische Verarbeitung

Auch die Geschehnisse aus der Todesnacht von Stammheim greift *Chotjewitz* in seinem Buch auf. So berichtet er aus der

---

Deutschen Herbst am Beispiel der erpressten Freilassung von Gefangenen der RAF, in: Drecktrah (Hrsg.), *Die RAF und die Justiz: Nachwirkungen des »Deutschen Herbstes«*, S. 185 (186 f.).

170 *Pflieder* (Fn. 87), S. 171; *Kraushaar* (Fn. 118), S. 1011 (1013).

171 *Winkler*, *Die Geschichte der RAF* (2007), S. 334; *Pflieder* (Fn. 87), S. 172 f.; *Jeßberger/Schuchmann* (Fn. 149), S. 352.

172 *Pflieder* (Fn. 87), S. 190; *Polzin* (Fn. 168), S. 1026 (1028).

173 *Pflieder* (Fn. 87), S. 193 f.; *Kraushaar* (Fn. 118), S. 1011 (1013).

174 *Pflieder* (Fn. 87), S. 196.

175 *Aust* (Fn. 88), S. 576; *Pflieder* (Fn. 87), S. 196 f.; *Tolmein* (Fn. 1); *Hoeps* (Fn. 18), S. 39.

176 *Aust* (Fn. 88), S. 584; *Tolmein* (Fn. 1).

177 *Pflieder* (Fn. 87), S. 198 f.; *Jeßberger/Schuchmann* (Fn. 149), S. 353.

178 *Kraushaar* (Fn. 118), S. 1011 (1011 f.).

179 *Pflieder* (Fn. 87), S. 203.

180 Ebd.; *Aust* (Fn. 88), S. 585 ff.

181 *Pflieder* (Fn. 87), S. 204; *Tolmein* (Fn. 1).

182 *Pflieder* (Fn. 87), S. 204.

Perspektive *Franz Westphals* von Gesprächen, die er mit *Andi* – das fiktive *Alter Ego Andreas Baaders* – geführt hat; in diesen äußert *Andi* seine Befürchtung, die staatliche Obrigkeit wolle ihn im Gefängnis ermorden.<sup>183</sup> Sie gedenke, die Todesumstände so zu arrangieren, dass die Öffentlichkeit von einem Selbstmord ausginge.<sup>184</sup> Ein solcher Fall könne u. a. eintreten, wenn eine hochgestellte Persönlichkeit entführt werde und er freigespresst werden solle.<sup>185</sup> Dass *Chotjewitz* damit unmittelbar auf die Entführung *Schleyers* anspielt, ist einsichtig. Er schlägt den Bogen von der Fiktion zur Realität gleichfalls durch die Anspielung auf die Entführung der »Landshut«: »Wahrscheinlich werde die öffentliche Erregung kurz vor seinem Tode durch ein zweites aufsehen-erregendes Ereignis noch zusätzlich gesteigert werden, etwa eine zweite Entführung. Natürlich werde man in jedem Falle versuchen, seinen Tod als Selbstmord darzustellen.«<sup>186</sup>

Dieses Exzerpt wirft unweigerlich die Frage auf, ob *Chotjewitz* impliziert, die RAF-Häftlinge in Stammheim seien tatsächlich im Regierungsauftrag ermordet worden.<sup>187</sup> Aufschluss darüber gibt eine Notiz aus dem Anhang der »Herren des Morgengrauens« mit dem Titel »Zwei Versionen«. Hier stellt *Franz* dar, dass er mit *Andi* vereinbart habe, dieser hinterlasse ein Zeichen, sollte er sich der elenden Haft tatsächlich durch Freitod entziehen.<sup>188</sup> *Franz* beschreibt weiterhin, dass ein solches Zeichen nach dem Tod von *Andi* nicht entdeckt werden konnte, er aber zu einer Korrektur des Kapitels gezwungen worden sei, die besagt, dass es auch möglich sei, dass *Andi* bloß vergessen hatte, das Zeichen zu hinterlassen.<sup>189</sup> Damit spielt *Chotjewitz* auf obig beleuchtete erzwungene Änderungen am Werk durch den Bertelsmann Verlag an. Einige Rezensenten, darunter *Klaus Hartung*, kommen zu dem Schluss, dass *Chotjewitz* damit »klar« andeute, dass es sich um staatlichen Mord handelt.<sup>190</sup>

*Chotjewitz* selbst gesteht in seiner Biographie nur, dass man den Mordvorwurf tatsächlich aus einem Kapitel herauslesen könne, für ihn diese Frage aber eher unwichtig gewesen sei.<sup>191</sup> Auffällig an der Beschreibung ist, dass *Chotjewitz* jeglichen Hintergrund der Entführungen und Freipressversuche unbeachtet lässt, und so eine sehr einseitige Darstellung der Geschehnisse um die Todesnacht von Stammheim liefert. Dies überrascht wenig, da *Chotjewitz* angesprochen auf die u. a. von *Andreas Baader* begangenen Morde und billigend in Kauf genommenen Opfer stets ausweichend reagierte und sich selbst davon nicht distanzierte.<sup>192</sup>

---

183 *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 94; *Schultz-Gerstein* (Fn. 2).

184 *Raddatz* (Fn. 3).

185 *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 95.

186 Ders., a.a.O., S. 95.

187 *Schultz-Gerstein* (Fn. 2).

188 *Chotjewitz* (Fn. 44), S. 186.

189 Ebd.

190 *Hartung* (Fn. 37), S. 52 (68).

191 *Chotjewitz/Roth* (Fn. 11), S. 96.

192 *Hammlelehle* (Fn. 21).

## II. Rechtliche Aspekte der Terrorismusbekämpfung

*Peter O. Chotjewitz* berichtet über menschenunwürdige Haftbedingungen, telefonische Lauschangriffe, illegitime Hausdurchsuchungen und vieles mehr.<sup>193</sup> Er bezichtigt Politik und Ermittlungsbehörden des Abbaus rechtsstaatlicher Prinzipien sowie unverhältnismäßig harten Durchgreifens. Auf welche Vorkommnisse und Änderungen der Rechtslage während der Bekämpfung des RAF-Terrorismus in den 1970er Jahren er sich bezogen haben könnte, untersucht der folgende Abschnitt.

Der Gesetzgeber war besonders rege und erließ binnen vier Jahren sechs Gesetze mit *in summa* 27 Einschränkungen von Rechten der Verteidigung und mehreren Erleichterungen staatsanwaltlicher Verfolgung.<sup>194</sup>

Da der Bundestag die wichtigsten Amendements 1974 beschloss und simultan langwierige staatsanwaltliche Ermittlungen den Prozessbeginn in Stammheim bis 1975 verzögerten, behaupten einige Stimmen, die zügige Gesetzesverabschiedung sei Kind des politischen Wunsches, eigens auf den Prozess zugeschnittene Normen zu schaffen.<sup>195</sup>

Erste Änderungen des Strafprozessrechts begrenzten durch Novellierung der §§ 137 bzw. 146 StPO die maximale Anzahl an Wahlverteidigern auf drei Personen und untersagten die Mehrfachverteidigung.<sup>196</sup> Letzteres schmälerte die strafprozessuale Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung merklich, werden die Angeklagten doch dergestalt als Einzelne isoliert; dies erschwert die Koordination der Verteidigung spürbar.<sup>197</sup> Des Weiteren befähigten die §§ 231a, 231b StPO das Gericht, die Hauptverhandlung auch in Abwesenheit der Angeklagten fortzuführen, sind diese selbstverschuldet verhandlungsunfähig oder aufgrund ordnungswidrigen Benehmens ausgeschlossen.<sup>198</sup>

Neben einer Verkürzung des Rechts des Angeklagten zur Abgabe von Erklärungen während der Hauptverhandlung durch eine Neufassung von § 257 StPO, wurde am stärksten kritisiert, dass die neu geschaffenen §§ 138a, 138b StPO die Möglichkeit vorsahen, Anwälte von der Verteidigung eines Mandanten auszuschließen.<sup>199</sup>

Ausschlaggebend dafür war ein Verfahren aus dem Jahre 1972, in dem *Gudrun Ensslin* bereits erstmals der Prozess gemacht wurde und das Gericht ihren Verteidiger *Otto Schily*

ausschloss, was das Bundesverfassungsgericht mangels Rechtsgrundlage für grundgesetzwidrig befand.<sup>200</sup>

Auch das materielle Strafrecht erfuhr Änderungen. Im Jahre 1976 fand der neue Straftatbestand der Bildung einer terroristischen Vereinigung in § 129a Eingang in das StGB.<sup>201</sup> Zuletzt schuf der Gesetzgeber mit § 88a StGB einen Straftatbestand, der das Befürworten zukünftiger Straftaten unter Strafe stellte.<sup>202</sup> Die hinreichende Bestimmtheit der Vorschrift und ihre Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit begegneten ernstlichen Zweifeln.<sup>203</sup> Nachdem die Norm nur zu einer einzigen Verurteilung in fünf Jahren führte, wurde sie mangels kriminalpolitischen Nutzens 1981 wieder abgeschafft.<sup>204</sup>

Abseits rechtlicher Novellen gab es weitere Justizskandale, die das Vertrauen der Bevölkerung in den Rechtsstaat erschütterten. So wurde am 17.3.1977 die rechtswidrige Abhörung von den in Stammheim inhaftierten RAF-Terroristen und ihren Verteidigern bekannt.<sup>205</sup> Selbst das Bundeskanzleramt und das Bundesamt für Verfassungsschutz waren in den illegalen Einbau der Abhöranlage involviert.<sup>206</sup> Dazu kamen Presseberichte über menschenunwürdige Haftbedingungen in Stuttgart-Stammheim.<sup>207</sup>

Die von *Chotjewitz* vorgebrachte Kritik entzündete sich also an zahlreichen Punkten, die zumindest einen Anhalt in realen (Rechts-) Entwicklungen hatten.

## D. Fazit

Der vorliegende Aufsatz setzte sich zum Ziel, sowohl die literarische Gestaltung als auch die Hintergründe der »Herren des Morgengrauens« von *Peter Otto Chotjewitz* zu untersuchen.

Durch die Verwendung einer komplexen Erzählstruktur, die sich durch Träume, fehlende Kapitel und eine zweite Handlungsebene auszeichnet, gelingt es dem Autor, leserseitig beträchtliche Unsicherheit hervorzurufen, die es diesem erlaubt, sich in das Gefühlsleben des Protagonisten hineinzuversetzen. Dabei legt *Chotjewitz* auf eindruckliche Weise die existenziellen Folgen des Sympathisantenverdachts dar und

<sup>193</sup> *Schultz-Gerstein* (Fn. 2).

<sup>194</sup> *Wesel* (Fn. 88), S. 1048 (1052).

<sup>195</sup> *Bergstermann* (Fn. 86), S. 161 f.; *Müller*, Stammheim und das Strafprozessrecht, in: *Drecktrah* (Hrsg.), *Die RAF und die Justiz: Nachwirkungen des »Deutschen Herbstes«*, S. 95 (98).

<sup>196</sup> *Bergstermann* (Fn. 86), S. 162; *Dahs*, Das »Anti-Terroristen-Gesetz« – eine Niederlage des Rechtsstaats, *NJW* 1976, 2145 (2146).

<sup>197</sup> *Wesel* (Fn. 88), S. 1048 (1053).

<sup>198</sup> *Bergstermann* (Fn. 86), S. 162 f.; *Wesel* (Fn. 88), S. 1048 (1053).

<sup>199</sup> *Bergstermann* (Fn. 86), S. 163; *Wesel* (Fn. 88), S. 1048 (1052).

<sup>200</sup> *Bergstermann* (Fn. 86), S. 163.

<sup>201</sup> *Müller* (Fn. 195), S. 95 (98); *Dahs* (Fn. 196), *NJW* 1976, 2145 (2147).

<sup>202</sup> *Lorenz*, Wieder einführen, was schon mal nicht funktionierte?, *LTO* v. 3.12.2019, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/labrecht-pruefung-wiedereinfuehrung-tatbestand-befuerwortung-straftaten-stgb-hetze-internet/> (zuletzt abgerufen am 3.10.2023).

<sup>203</sup> *Lorenz* (Fn. 202); *Hoeps* (Fn. 18), S. 43 f.; obwohl der BGH die Norm 1979 bestätigte: *BGHSt* 28, 312-317.

<sup>204</sup> *Lorenz* (Fn. 202).

<sup>205</sup> *WDR* (Fn. 164).

<sup>206</sup> *Ebd.*

<sup>207</sup> *Jander*, Isolation oder Isolationsfolter: Die Auseinandersetzung um die Haftbedingungen der RAF-Häftlinge, in: *Colin/De Graaf/Pekelder* (Hrsg.), *Der »Deutsche Herbst« und die RAF in Politik, Medien und Kunst: Nationale und internationale Perspektiven* (2008), S. 141 (146 ff.); *Hoeps* (Fn. 18), S. 37.

zeichnet das Bild einer aus ihren rechtsstaatlichen Fugen geratenen Justiz.<sup>208</sup>

Dass *Chotjewitz* durch seine Freundschaft mit dem führenden RAF-Mitglied *Andreas Baader* sowie seinen politischen Einsatz für Haftverbesserungen der Terroristen teilweise persönlich involviert war und diese Erfahrungen verdeckt autobiographisch seinen Protagonisten *Fritz Buchonia* erleben lässt, konnte aufgedeckt werden.

In Bezug auf seine Ausführungen zur Todesnacht von Stammheim erhebt der Autor wie dargetan schwere Vorwürfe gegen den Staat. Zuletzt konnte ermittelt werden, dass Hintergrund für *Chotjewitz'* rechtsstaatliche Bedenken eine starke Verschärfung des Straf- und Strafprozessrechts in den 1970er Jahren war.

Es ist anzumerken, dass die Behandlung, die Sympathisanten und andere Unbeteiligte seitens des Staatsapparates erfahren, im Vordergrund steht, wohingegen der Autor auf die Aktionen und Motivationen der RAF selbst kaum eingeht.<sup>209</sup>

Durch diesen Schwerpunkt erweckt das Werk den Eindruck, die staatliche Reaktion auf den Terrorismus habe eine weit- aus größere Gefahr für die deutsche Gesellschaft dargestellt als die Aktivitäten der RAF selbst.<sup>210</sup>

Auch dem geneigten Leser mutet diese Darstellung allzu einseitig an. So fordert *Chotjewitz* von sich selbst zwar Klartext bei der Schilderung staatlichen Unrechts, lässt allerdings völlig unkommentiert, dass der von ihm heroisierte *Andreas Baader* unschuldige Menschen getötet hat. Die Darstellung der Geschehnisse erscheint daher eigentümlich unreflektiert. *Chotjewitz* selbst sagt dazu: »Dies ist kein Buch über Baader, sondern ein Buch über mich und meinesgleichen.«<sup>211</sup> Dieser *prima vista* legitime Einwand übersieht, dass die staatliche Überwachung und Verfolgung der Sympathisanten unauflöslich mit der durch die RAF geschaffenen Ausnahmesituation in der BRD verwoben ist.

Nichtsdestoweniger vermag ein mitunter überzogenes Vorgehen gegen *Chotjewitz* bzw. sein fiktives Abbild *Fritz Buchonia* nicht in Abrede gestellt zu werden.

Letztlich führen auch die stellenweise allzu enigmatischen Andeutungen *Chotjewitz'* dazu, dass die Auseinandersetzung mit der sog. Todesnacht gleichsam *ad calendae graecas* verschoben wird, das Werk mithin nicht wirkungsvoll zur Durchbrechung der Sprachlosigkeit beiträgt, die sich nach Mogadischu und Stammheim wie ein Schleier über die Bundesrepublik gelegt hat.<sup>212</sup>

<sup>208</sup> *Schultz-Gerstein* (Fn. 2); *Sudau* (Fn. 91), S. 61 f.

<sup>209</sup> *Tremel*, *Literrorisierung: Die RAF in der deutschen Belletristik zwischen 1970 und 2004*, in: Kraushaar (Hrsg.), *Die RAF und der linke Terrorismus Bd. 2* (2006), S. 1117 (1119).

<sup>210</sup> Ebd.

<sup>211</sup> *Schultz-Gerstein* (Fn. 2).

<sup>212</sup> *Baier* (Fn. 31).

# #lokaljournalismus

Verlässliche Nachrichten auf allen Kanälen

Folgt uns  
auf Instagram,  
Facebook und Co.  
Werdet Teil unserer  
Community!



Göttinger Tageblatt Eichsfelder Tageblatt



Partner im RedaktionsNetzwerk Deutschland

**ZivilR** Fallbearbeitung

Arne Misselwitz\*

# Was für eine Schreinerei?!

Der diesem Beitrag zugrundeliegende Sachverhalt wurde als Abschlussklausur in der Vorlesung Sachenrecht I (Mobiliarsachenrecht) im Wintersemester 2022/2023 bei Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp gestellt. In der Bearbeitungszeit von zwei Stunden war im Schwerpunkt das Erlöschen eines Vermieterpfandrechts sowie der gutgläubige Erwerb einer Sache zu prüfen. Insbesondere die Bearbeitung von Aufgabe 1 ist angesichts des Einstiegs über einen Herausgabeanspruch zu Verwertungszwecken für Anfänger:innen anspruchsvoll.

## SACHVERHALT

### Aufgabe 1

Zu Beginn des Jahres 2022 möchte Sabine (S) ihr Hobby zum Beruf machen und beschließt daher, eine eigene Schreinerei zu eröffnen. Dazu mietet sie von Valentin (V) ein Betriebsgrundstück, auf dem sich eine kleine Werkstatt sowie Parkplätze für die Geschäftsfahrzeuge befinden. S schafft sich außerdem einen kleinen Lieferwagen an, mit dem die fertigestellten Möbel ausgeliefert werden. Gelegentlich fährt S mit dem Lieferwagen nach Feierabend auch nach Hause. Soweit S den Lieferwagen nicht benutzt, wird der Lieferwagen wieder auf dem Betriebsgrundstück abgestellt. Aufgrund eines Gesprächs mit S ist dies dem V auch bekannt.

Auf den erfolgreichen Start folgt eine Auftragsflaute, sodass die Einnahmen von S stark zurückgehen. Ihre wirtschaftliche Lage verschlechtert sich immer weiter, sodass sie den V nicht mehr bezahlen kann. Infolgedessen schuldet sie ihm noch einige Monatsmieten. Nur der Lieferwagen ist S noch geblieben. Diesen nutzt sie am Mittwoch, den 7.12.2022 um damit nach der Arbeit nach Hause zu fahren und stellt ihn dort ab. In den nächsten Tagen fährt sie mit dem Fahrrad zur Schreinerei, um Kosten zu sparen.

V ist derweil der Ansicht, er sei geduldig genug gewesen und will nun die noch ausstehende Miete eintreiben. Dazu möchte er gerne den Lieferwagen der S verkaufen, um seine Forderung aus dem Erlös zu befriedigen. S lehnt dies ab. Der Lieferwagen sei ihr »Ein und Alles« und stehe schließlich auch nicht bei der Werkstatt, sondern bei ihr zu Hause. V sieht das ganz anders und verlangt von S Herausgabe des Lieferwagens zum Verkauf. Der Lieferwagen gehöre schließlich zur Schreinerei und sei nur vorübergehend bei S zu Hause abgestellt.

*Kann V von S die Herausgabe des Lieferwagens zum Zweck des Verkaufs verlangen?*

## BEARBEITUNGSHINWEIS:

Die §§ 811 ff. ZPO sind nicht zu prüfen.

### Aufgabe 2

Kurz bevor die Schreinerei der S endgültig schließen muss, erhält S noch den Auftrag des Kunden Knut (K), ein extravagantes Bett aus massiven Eichenstämmen zu fertigen. Zum Ausmessen schickt S ihre Angestellte Amelie (A) an einem Freitagnachmittag kurz vor Feierabend mit einem speziellen Lasermessgerät zu K. Sie soll die genauen Maße des Schlafzimmers aufnehmen, in dem das Bett stehen soll. Am Montag soll sie dann die Maße und das Messgerät wieder mitbringen.

A begibt sich auf den Weg zu K, fasst unterwegs aber andere Pläne. Sie ist von der angekündigten Schließung der Schreinerei, für die sie der S die Schuld gibt, so erbost, dass sie noch etwas dazuverdienen will. Sie ändert ihre Route und begibt sich stattdessen zum Werkzeughändler Winfried (W), der auch gebrauchte Werkzeuge ankauft. A bietet W das Lasermessgerät zum günstigen Preis von 150 € an (Wert: 200 €). W wundert sich zwar ein wenig, dass A das Lasermessgerät so preiswert loswerden möchte, freut sich aber über das für ihn günstige Geschäft und wird mit A handelseinig.

A übergibt W das Lasermessgerät, nimmt den Kaufpreis entgegen, verlässt den Laden und begibt sich schnurstracks in einen längeren und, wie sie meint: »wohlverdienten« Urlaub.

Als A am Montag nicht zur Arbeit erscheint, wird S misstrauisch. Sie fragt herum und erfährt, dass W ein hervorragendes Geschäft mit einem Lasermessgerät gemacht habe. Als sie zu W fährt erkennt sie »ihr« Messgerät wieder und verlangt dieses von ihm heraus. W verweigert die Herausgabe mit dem Argument, er habe von alledem nichts gewusst.

*Kann S von W die Herausgabe des Lasermessgeräts verlangen?*

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht - Schwerpunkt Familienrecht - am Lehrstuhl von Prof. Dr. Barbara Veit.

**GLIEDERUNG****Aufgabe 1**

- A. Herausgabeanspruch des V zum Zweck des Verkaufs aus §§ 1231, 1257, 562 I 1 BGB
- I. Vermieterpfandrecht
    1. Entstehung des Vermieterpfandrechts
      - a) Forderung aus dem Mietverhältnis
      - b) Lieferwagen als Sache des Mieters
      - c) Einbringen des Lieferwagens
      - d) Zwischenergebnis
    2. Erlöschen des Vermieterpfandrechts
      - a) Entfernen des Lieferwagens
        - aa) Wortlaut
        - bb) Systematik
        - cc) Telos
        - dd) Zwischenergebnis
      - b) Ohne Wissen oder unter Widerspruch
    3. Zwischenergebnis
  - II. Ergebnis
- B. Ergebnis Aufgabe I

**Aufgabe 2**

- A. Anspruch S gegen W auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 985 BGB
- I. Eigentum der S
    1. Dingliche Einigung
    2. Übergabe
    3. Einigsein
    4. Erwerb vom Nichtberechtigten
      - a) [Verkehrsgeschäft]
      - b) Besitz als Rechtsschein
      - c) Gutgläubigkeit des W
      - d) Keine abhanden gekommene Sache
        - aa) Besitzverlust durch Aushändigung an A
        - bb) Besitzverlust der S durch Änderung der Route durch A
        - cc) Unfreiwilligkeit des Besitzverlustes
        - dd) Analoge Anwendung des § 935 I 2 BGB
        - ee) Zwischenergebnis
      - e) Zwischenergebnis
  - II. Besitzer ohne Recht zum Besitz
  - III. Ergebnis
- B. Anspruch auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 861 I BGB
- C. Anspruch auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 1007 I BGB
- D. Anspruch auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 1007 II BGB
- E. Anspruch auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 812 I 1 Var. 2 BGB
- F. Ergebnis Aufgabe II

**Gesamtergebnis****LÖSUNG****AUFGABE 1****A. Herausgabeanspruch des V zum Zweck des Verkaufs aus §§ 1231, 1257, 562 I 1 BGB**

S ist Eigentümerin des Lieferwagens. Wenn V den Lieferwagen verkaufen und daraus seine Mietforderung befriedigen will, muss ihm ein entsprechendes Verwertungsrecht zustehen.

V könnte ein Vermieterpfandrecht haben und daraus einen Herausgabeanspruch geltend machen. Ist der Pfandgläubiger nicht im Alleinbesitz des Pfandes, so kann er nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung die Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs fordern, § 1231 S. 1 BGB. Dieser Herausgabeanspruch ist gemäß § 1257 BGB entsprechend auch auf entstandene gesetzliche Pfandrechte und damit auf das Vermieterpfandrecht (§ 562 I 1 BGB) anwendbar.<sup>1</sup> V wäre als Pfandgläubiger zum Verkauf berechtigt, sobald seine Forderung aus dem Mietverhältnis (§ 535 II BGB) ganz oder zum Teil fällig ist, § 1228 II 1 BGB.

**I. Vermieterpfandrecht**

V und S haben einen Mietvertrag über das Grundstück mit der Werkstatt und den Parkplätzen geschlossen. Gemäß § 578 II 1, I BGB sind die Vorschriften der §§ 562 bis 562d BGB auch auf Mietverhältnisse über Räume, die keine Wohnräume sind, entsprechend anwendbar.

**1. Entstehung des Vermieterpfandrechts**

Das Vermieterpfandrecht des V müsste wirksam entstanden sein.

- a) Forderung aus dem Mietverhältnis

Die strenge Akzessorietät der Pfandrechte (§§ 1250, 1252 BGB) fordert dafür eine Forderung aus dem Mietverhältnis, § 562 I 1 BGB. S und V haben ein Mietverhältnis über das Betriebsgrundstück geschlossen, § 535 I BGB. S ist mit der Miete in Rückstand. Damit hat V eine Forderung aus dem Mietverhältnis auf die ausstehende Miete, § 535 II BGB.

- b) Lieferwagen als Sache des Mieters

Das Vermieterpfandrecht entsteht nur an Sachen des Mieters, § 562 I 1 BGB. Der Lieferwagen müsste im Eigentum der S stehen. Sie hat den Lieferwagen für ihre Schreinerei angeschafft und Eigentum an diesem erworben. Der Lieferwagen ist damit eine Sache der S iSv § 562 I 1 BGB.

<sup>1</sup> MüKoBGB/Schäfer, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8, 9. Auflage (2023), § 1231 Rn. 9; Soergel/Habersack, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 16, 13. Auflage (2001), § 1231 Rn. 1.

## c) Einbringen des Lieferwagens

Der Lieferwagen der S müsste auch iSd § 562 I 1 BGB eingebracht worden sein.

Eingebracht sind die Sachen, die während der Mietzeit willentlich und wissentlich in die Mieträume oder auf das Mietgrundstück verbracht werden.<sup>2</sup> Bei Sachen, die nur vorübergehend in der Absicht alsbaldiger Wiederentfernung eingebracht werden, ist danach zu unterscheiden, ob der (nur) vorübergehende Verbleib der bestimmungsgemäßen Nutzung der Mietsache entspricht.<sup>3</sup>

Die Parkplätze auf dem Betriebsgrundstück sind dazu bestimmt, Kraftfahrzeuge vorübergehend abzustellen, um sie anschließend wieder zu nutzen. Dementsprechend gehört das Parken des Lieferwagens zum Gebrauch der Mietsache. Wird der Lieferwagen auf dem Betriebsgrundstück geparkt, ist er eingebracht iSd § 562 I 1 BGB.

## d) Zwischenergebnis

Mit Abstellen des Lieferwagens auf dem Parkplatz der Schreinerei ist das Vermieterpfandrecht des V wirksam entstanden, §§ 578 II 1, I iVm 562 I 1 BGB.

**2. Erlöschen des Vermieterpfandrechts**

Das Vermieterpfandrecht des V könnte wieder erloschen sein.

S ist mit dem Lieferwagen am 7.12.2022 nach der Arbeit nach Hause gefahren. Gemäß § 562a I 1 BGB erlischt das Pfandrecht des Vermieters mit der Entfernung der Sachen vom Grundstück, außer wenn diese ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters erfolgt. Der Vermieter kann jedoch nicht widersprechen, wenn die Entfernung den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entspricht oder wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen, § 562a I 2 BGB.

## a) Entfernen des Lieferwagens

Fraglich ist damit zunächst, ob S am 7.12.2022 den Lieferwagen vom Betriebsgrundstück ihrer Schreinerei iSd § 562a I 1 BGB entfernt hat, als sie damit nach Hause gefahren ist. Diese räumliche Trennung war von S nur als vorübergehend gedacht. Ob eine von vornherein lediglich vorübergehend geplante räumliche Wegschaffung des Lieferwagens vom Grundstück als Entfernung angesehen werden kann, ist umstritten.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> BGH NJW 2018, 1083 (1084 Rn. 11); Staudinger/v Emmerich, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2021), 1. Auflage, § 562 Rn. 10 m.w.N.

<sup>3</sup> BGH NJW 2018, 1083 (1084 Rn. 11); OLG Frankfurt ZMR 2006, 609; MüKoInsO/Ganter, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 1, 4. Auflage (2019), § 50 Rn. 86.

<sup>4</sup> Vgl. etwa OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2007, 230 (231); LG Neuruppin NZM 2000, 862 (863); OLG Hamm MDR 1981, 407; OLG Karlsruhe NJW 1971, 624 (625); Jauernig/Teichmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage

Einerseits könnte ein Entfernen iSd § 562a I 1 BGB nur für den Fall angenommen werden, dass die Sache endgültig aus dem Zugriffsbereich des Vermieters verbracht wird.<sup>5</sup> Eine von S am 7.12.2022 nur vorübergehend geplante Wegschaffung des Lieferwagens reicht dann für das Erlöschen des Vermieterpfandrechts nicht aus. Der Lieferwagen wäre nicht vom Grundstück entfernt worden und das Vermieterpfandrecht nicht erloschen.

Andererseits könnte für ein Entfernen iSd § 562a I 1 BGB jede auch nur vorübergehende räumliche Trennung genügen.<sup>6</sup> Das Vermieterpfandrecht des V wäre dann auch mit der Heimfahrt der S am 7.12.2022 erloschen.

Entscheidend für die Frage, ob der Lieferwagen durch die Heimfahrt am 7.12.2022 in diesem Sinne vom Betriebsgrundstück entfernt wurde, ist die Auslegung der Norm.

Die Frage des Erlöschens des Vermieterpfandrechts bei planmäßig nur vorübergehender räumlicher Trennung der Sache vom Grundstück ist in Rspr. und Lit. streitig und wurde durch BGH NJW 2018, 1083 in dem zweitgenannten Sinn entschieden. Diese Lösung wird hier zugrunde gelegt. Vertretbar sind auch andere Auffassungen, die eine als vorübergehend gedachte Wegschaffung des Lieferwagens für das Erlöschen des Vermieterpfandrechts nicht ausreichen lassen.<sup>7</sup> Entscheidend ist nicht das Ergebnis, sondern die argumentative, mit den gängigen Auslegungsmethoden geführte Auseinandersetzung.

## aa) Wortlaut

Der Wortlaut differenziert nicht danach, ob die dem Pfandrecht unterliegenden Sachen auf Dauer oder nur vorübergehend weggeschafft werden.<sup>8</sup> Der Gesetzestext spricht ohne Einschränkung von einer Entfernung. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch setzt das keine bestimmte Zeitdauer oder weiteren, zusätzlichen Umstände über das räumliche Entfernen hinaus voraus.<sup>9</sup> Auch sonst enthält der Gesetzeswortlaut keine Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung.<sup>10</sup>

Nach dem Wortlaut erlischt das Vermieterpfandrecht daher mit jeder – auch nur vorübergehenden – räumlichen Trennung vom Grundstück und entsteht erneut bei Wiedereinbringung der Sache.

(2021), § 562a Rn. 2; Staudinger/v Emmerich (Fn. 2), § 562a Rn. 5 m.w.N.; Soergel/Heintzmann Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 8, 13. Auflage (2007), § 562a Rn. 3.

<sup>5</sup> Etwa OLG Frankfurt NJW-RR 2007, 230 (231); LG Neuruppin NZM 2000, 962 (963); Jauernig/Teichmann (Fn. 4), § 562a Rn. 2; Soergel/Heintzmann (Fn. 4), § 562a Rn. 3.

<sup>6</sup> Etwa OLG Karlsruhe NJW 1971, 624 (625); OLG Hamm MDR 1981, 407; MüKoInsO/Ganter (Fn. 3), § 50 Rn. 95a.

<sup>7</sup> Vgl. zum Meinungsstand insgesamt BGH NJW 2018, 108 (1084 f. Rn. 16 ff.).

<sup>8</sup> BGH NJW 2018, 1083 (1085 Rn. 20).

<sup>9</sup> Ebd.

<sup>10</sup> Ebd.

### bb) Systematik

Das Vermieterpfandrecht erlischt trotz Entfernen der Sache vom Grundstück des Vermieters nicht, wenn dieses Entfernen ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters erfolgt, § 562a I 1 Hs. 2 BGB.

Das Gesetz schützt damit die Sicherungsinteressen des Vermieters, indem er über das Wegschaffen der Sachen des Mieters in Kenntnis gesetzt werden muss und unter den Voraussetzungen des § 562a I 2 BGB dieser Entfernung widersprechen kann. Im Zuge dessen steht dem Vermieter, soweit er der Entfernung widersprechen darf, auch ein Selbsthilferecht (§ 562b I BGB) und ein Herausgabeanspruch auf Zurückschaffung der Sachen auf das Grundstück zu (§ 562b II BGB). Hierdurch kann der Vermieter das Erlöschen des Vermieterpfandrechts verhindern und seine Sicherungsinteressen wahren. Daher gibt es keinen Anlass, warum das Vermieterpfandrecht bei einem (nur) vorübergehenden Entfernen bestehen bleiben und erst bei der endgültigen Wegschaffung der Sache aus dem Zugriffsbereich des Vermieters erlöschen sollte.

Auch ist das Vermieterpfandrecht als besitzloses Pfandrecht ausgestaltet, sodass sich etwaige besitzrechtliche Erwägungen (§ 854 II BGB) nicht auf das Vermieterpfandrecht übertragen lassen.<sup>11</sup>

### cc) Telos

Sinn und Zweck des Vermieterpfandrechts ist die Sicherung des Vermieters durch ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters. Das Pfandrecht gibt ihm auch gegenüber anderen Gläubigern des Mieters den Vorrang.<sup>12</sup> Dieses Recht wird geschwächt, wenn das Vermieterpfandrecht mit jedem (auch nur vorübergehenden) Wegschaffen der eingebrachten Sachen erlischt. Das Entstehen und Erlöschen des Pfandrechts wäre der Willkür des Mieters ausgesetzt.<sup>13</sup> Der Mieter könnte das Vermieterpfandrecht durch kurzfristiges Wegschaffen der Sachen vom gemieteten Grundstück leerlaufen lassen.

Genau diese Abhängigkeit vom Einbringungswillen des Mieters ist jedoch charakteristisch für das Vermieterpfandrecht. Das besitzlose Vermieterpfandrecht ist per se vom Einbringungswillen des Mieters abhängig und damit grundsätzlich schwächer ausgestaltet als sein – an den Besitz anknüpfendes – Pendant im Werkvertragsrecht (§ 647 BGB).<sup>14</sup> Die Entstehung eines Werkunternehmerpfandrechts an den Sachen des Bestellers kann von diesem nicht verhindert werden, während der Vermieter stets das Einbringungsrisiko trägt, sodass dieses Risiko systemimmanent ist.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> BGH NJW 2018, 1083 (1085 f. Rn. 20 ff.).

<sup>12</sup> BeckOK BGB/Wiederhold, 1.11.2022, § 562 Rn. 1; BT-Drs. 14/4553, S. 60.

<sup>13</sup> OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2007, 230 (231); Soergel/Heintzmann (Fn. 4), § 562a Rn. 3.

<sup>14</sup> BGH NJW 2018, 1083 (1086 Rn. 26).

<sup>15</sup> BGH NJW 2018, 1083 (1085 f. Rn. 20 ff.).

An Sachen des Mieters, die dieser gar nicht erst einbringt, hat der Vermieter von vornherein kein Vermieterpfandrecht. Das Vermieterpfandrecht ist vom Gesetz unter den Vorbehalt des Einbringens gestellt worden. Dieses Risiko trägt immer der Vermieter.

Umgekehrt steht der Fortbestand des Vermieterpfandrechts unter dem Vorbehalt, dass die Sachen nicht wieder vom Grundstück entfernt werden. Der besondere Untergangsgrund des § 562a BGB, der über die grundsätzlichen Untergangsgründe für Pfandrechte hinausgeht, ermöglicht dem Mieter eine Entlastung seiner Sachen durch Entfernung.<sup>16</sup> Unter den Voraussetzungen des § 562a S. 1 Hs. 2, S. 2 BGB ist damit auch das Untergangsrisiko des Pfandrechts durch Entfernung der Sachen vom Grundstück dem Vermieter zugewiesen.

Sofern jede räumliche Trennung für ein Entfernen genügt, entstehen zudem keine Auslegungsschwierigkeiten beim unbestimmten Rechtsbegriff einer nicht nur vorübergehenden Entfernung. Eine rechtssichere Handhabe des Untergangsgrundes ist damit gewährleistet.

### dd) Zwischenergebnis

Auch die nur vorübergehend geplante räumliche Entfernung einer Sache des Mieters führt zum Untergang des Vermieterpfandrechts. Das Vermieterpfandrecht des V am Lieferwagen der S ist somit auch durch die Heimfahrt der S am 7.12.2022 erloschen. S ist anschließend mit dem Fahrrad zur Schreinerei gefahren, sodass das Vermieterpfandrecht am Lieferwagen auch nicht erneut entstanden ist.

### b) Ohne Wissen oder unter Widerspruch

Etwas anderes könnte sich nur daraus ergeben, dass V von der Entfernung nichts wusste oder diese gegen dessen Widerspruch erfolgte, § 562a I 1 Hs. 2 BGB.

Aufgrund eines Gespräches mit S war V bekannt, dass der Lieferwagen für Auslieferungen und gelegentlich auch für den Heimweg der S genutzt und nur im Übrigen auf dem Betriebsgrundstück abgestellt wird.

Im Sachverhalt wird nicht erwähnt, dass V der Entfernung des Lieferwagens am 7.12.2022 widersprochen hat. Daher hat V nicht widersprochen.

Falls d. Bearb. dies nicht erkennt, muss weiter geprüft werden, ob ein etwaiger Widerspruch unbeachtlich wäre, weil die Entfernung entweder den gewöhnlichen Lebensverhältnissen der S entspricht oder weil die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung offenbar ausreichen, § 562a I 2 BGB. Hier kommt die erstgenannte Variante in Betracht.

Im Falle der Gewerbmiete ist mit den gewöhnlichen Lebensverhältnissen iSv § 562a I 2 Var. 1 BGB die Entfernung von

<sup>16</sup> Ähnlich BeckOK BGB/Wiederhold (Fn. 12), § 562a Rn. 1.

Sachen im regelmäßigen Geschäftsbetrieb gemeint.<sup>17</sup> Der Lieferwagen der S diente zur Auslieferung der hergestellten Möbel und für gelegentliche Fahrten vom Betriebsgrundstück nach Hause. S hat sich den Lieferwagen für diese dienstlichen Fahrten angeschafft und bisher in diesem Sinne genutzt. Auch die Heimfahrt am 7.12.2022 gehörte daher zum fortbestehenden Geschäftsbetrieb der S. V hätte somit jedenfalls nicht widersprechen können, § 562a I 2 BGB. Auch dann wäre also das Vermieterpfandrecht erloschen.

### 3. Zwischenergebnis

Das Vermieterpfandrecht des V ist mit Entfernen des Lieferwagens vom Betriebsgrundstück am 7.12.2022 erloschen. Eine – erneute – Entstehung des Vermieterpfandrechts bei V würde voraussetzen, dass der Lieferwagen wieder auf das Betriebsgrundstück gelangt. Dies ist bislang nicht geschehen.

## II. Ergebnis

V steht kein Vermieterpfandrecht zu, aus dem er Herausgabe des Lieferwagens von S verlangen könnte, §§ 1231, 1257, 562 I 1 BGB.

### B. Ergebnis Aufgabe 1

V hat gegen S keinen Anspruch auf Herausgabe des Lieferwagens.

Sofern die Inhaberschaft eines Vermieterpfandrechts am Lieferwagen bejaht wird, besteht ein Herausgabeanspruch aus §§ 1231, 1257, 562 I 1 BGB, denn die ausstehenden Mietforderungen sind fällig und die Pfandreife ist damit gegeben, §§ 579 II, 556b I, 1228 II 1 BGB.

Weitere Hinweise:

Der Herausgabeanspruch aus §§ 1227 i.V.m. 985 BGB und der Anspruch aus § 562b II 1 BGB zielen grundsätzlich auf die Zurückschaffung der belasteten Sachen auf das Grundstück.<sup>18</sup> Während für eine Herausgabe an den Pfandgläubiger zum Zweck der Verwertung § 1231 BGB (i.V.m. § 1257 BGB) einschlägig ist, finden für die Zurückschaffung durch den Mieter sowie auf das Verhältnis zu sonstigen Dritten, die im Besitz der belasteten Sachen sind, die §§ 985 i.V.m. 1227 BGB und § 562 b II 1 BGB Anwendung.<sup>19</sup> Da S noch nicht ausgezogen ist, wäre Rechtsfolge der genannten Ansprüche nicht Herausgabe an V, sondern nur Rückschaffung des Lieferwagens auf das vermietete Grundstück.<sup>20</sup>

V begehrt aber nicht Rückschaffung des Lieferwagens, sondern Herausgabe zum Verkauf. Die genannten Ansprüche sind daher nicht zu prüfen und wären im Übrigen auch nicht gegeben, da V kein Vermieterpfandrecht am Lieferwagen (mehr) hat.

## AUFGABE 2

### A. Anspruch S gegen W auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 985 BGB

S könnte gegen W einen Anspruch auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 985 BGB haben, wenn sie Eigentümerin und W Besitzer des Lasermessgeräts ist. W dürfte zudem kein Recht zum Besitz zustehen, § 986 BGB.

#### I. Eigentum der S

Ursprünglich war S Eigentümerin des Lasermessgeräts. Fraglich ist, ob sie dieses durch Übereignung der A an W gemäß §§ 929 S. 1, 932 I 1 BGB verloren hat.

Aufgrund der offenkundig fehlenden Berechtigung der A zur Verfügung kann d. Bearb. direkt mit der Prüfung des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten beginnen. Alternativ ist auch eine vorrangige Prüfung des § 929 S. 1 BGB möglich.

#### 1. Dingliche Einigung

A und W müssten sich darüber geeinigt haben, dass W das Eigentum am Lasermessgerät erwerben soll, § 929 S. 1 BGB. Die Einigung als dinglicher Vertrag setzt Angebot und Annahme voraus.<sup>21</sup>

A hat W das Lasermessgerät zum Preis von 150 € verkauft und ihm das Lasermessgerät auch direkt ausgehändigt. Bei sog. Handgeschäften fallen der Abschluss des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts und die dingliche Erfüllung regelmäßig zusammen. A und W haben also nicht nur einen schuldrechtlichen Kaufvertrag geschlossen, sondern sich konkludent auch auf die dingliche Eigentumsübertragung geeinigt, § 929 S. 1 BGB.

#### 2. Übergabe

A müsste das Lasermessgerät an W übergeben haben, § 929 S. 1 BGB.

Eine Übergabe setzt jedenfalls voraus, dass A sich jeglicher Besitzposition am Lasermessgerät entledigt und W mindestens mittelbaren Besitz erlangt hat. Damit A sich

<sup>17</sup> BGH NJW 2018, 1083 (1084 Rn. 15); Staudinger/v Emmerich (Fn. 2), § 562a Rn. 18; BT-Drs. 14/4553, S. 60.

<sup>18</sup> Grüneberg/Weidenkaff, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Auflage (2023), § 562b Rn. 8 ff.; BeckOGK BGB/Förster, 1.1.2023, § 1227 Rn. 5 f.; zu Konkurrenzen BeckOGK BGB/Reuschle, 1.1.2023, § 562b Rn. 21.

<sup>19</sup> Staudinger/Wiegand, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2019), § 1231 Rn. 1; Staudinger/v Emmerich (Fn. 2), § 562b Rn. 2, 12 ff.; Soergel/Habersack (Fn. 1), § 1231 Rn. 2.

<sup>20</sup> BeckOGK BGB/Förster, (Fn. 18), § 1227 Rn. 6; Grüneberg/Weidenkaff

(Fn. 18), § 562b Rn. 10 f.; MüKoBGB/Schäfer (Fn. 1), § 1227 Rn. 1; Soergel/Habersack (Fn. 1), § 1227 Rn. 3.

<sup>21</sup> BGH NJW 2016, 1887; BGH NJW-RR 2019, 637; Staudinger/Heinze, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2020), § 929 Rn. 8 f.

einer Besitzposition am Lasermessgerät entledigen kann, müsste sie zuvor Besitzerin des Lasermessgeräts gewesen sein, § 854 I BGB. Unabhängig von der Frage, ob A zunächst Besitzdienerin der S gewesen ist (§ 855 BGB), hat sie auf eigenen Entschluss hin ihre vorgegebene dienstliche Route geändert und sich zu W begeben, um das Lasermessgerät zu verkaufen. Mit der Umsetzung ihres Entschlusses hat A das Lasermessgerät als ihr gehörend besessen und damit ihren unmittelbaren Eigenbesitz begründet, § 872 BGB. Durch die Aushändigung des Geräts an W hat sie diesen Besitz völlig aufgegeben und W unmittelbaren Eigenbesitz verschafft.

A hat das Lasermessgerät an W übergeben.

### 3. Einig sein

A und W waren sich auch bei der Übergabe noch darüber einig, dass W das Eigentum am Lasermessgerät erwerben soll.

Da es sich hier um ein Handgeschäft handelt, bei dem schuldrechtlicher Vertrag und beabsichtigte Erfüllung zusammenfallen, braucht dies nicht geprüft werden.

### 4. Erwerb vom Nichtberechtigten

A war weder Eigentümerin noch von S zur Verfügung gemäß § 185 I BGB ermächtigt, sodass W allenfalls nach den Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten, gemäß § 932 I 1 BGB Eigentum erwerben konnte.

#### a) [Verkehrsgeschäft]

Mangels Anlasses, der an der Eigenschaft als Verkehrsgeschäft zweifeln lässt, braucht dies nicht geprüft zu werden.

Falls darauf eingegangen wird: Mit A und W stehen sich sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich zwei verschiedene Personen gegenüber, sodass die Verfügung ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts darstellt.

#### b) Besitz als Rechtsschein

A ist Eigenbesitzerin (§ 872 BGB) gewesen und hat W den Besitz am Lasermessgerät verschafft, § 932 I 1 BGB.

#### c) Gutgläubigkeit des W

W müsste zudem gutgläubig gewesen sein.

Er ist dann nicht gutgläubig gewesen, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen ist, dass das Lasermessgerät nicht der A gehört hat, § 932 I 1, II BGB. Es war W nicht bekannt, dass nicht A Eigentümerin des Lasermessgeräts gewesen ist.

Möglicherweise ist W infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, dass das Lasermessgerät nicht der A gehört hat. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße

verletzt ist, weil das außer Acht gelassen wurde, was jedem einleuchten muss.<sup>22</sup> W müssten Umstände bekannt gewesen sein, die mit auffälliger Deutlichkeit und gerade offensichtlich dafürgesprochen haben, dass nicht A Eigentümerin gewesen ist.<sup>23</sup> Drängen sich für den Erwerber verdächtige Umstände eines Kausalgeschäfts auf, kann sich auch eine Nachforschungspflicht, ob der Eigentümerstellung des Veräußerers ergeben.<sup>24</sup> Eine allgemeine Erkundigungsobliegenheit besteht für W indes nicht.<sup>25</sup>

A hat dem W das Lasermessgerät zu einem günstigen Preis von 150 € und damit unter Wert angeboten. Zwar hat dies bei W gewisse Zweifel erweckt. Die grob fahrlässige Unkenntnis der Nichteigentümerstellung der A erforderte aber, dass jeder an Stelle des W mit A verhandelnden Person hätte einleuchten müssen, dass nicht A Eigentümerin des Lasermessgeräts ist. Allein ein für den Erwerber günstiges Geschäft reicht dafür nicht aus.<sup>26</sup> W durfte bei einer Differenz von Wert und Verkaufspreis des Lasermessgeräts von nur 50 € davon ausgehen, ein »Schnäppchen« zu machen, ohne dabei zwingend an der Eigentümerstellung der A zweifeln zu müssen. Außerdem erfolgt der Verkauf und die Veräußerung im Geschäft des W, sodass sich auch aus der Berücksichtigung aller sonstigen Umstände des Geschäftsabschlusses keine Anhaltspunkte aufdrängen, die gegen eine Eigentümerstellung der A sprechen.

W war damit gutgläubig im Hinblick auf die Eigentümerstellung der A, § 932 I 1, II BGB.

Eine andere Auffassung ist nur mit entsprechender Argumentation vertretbar.

#### d) Keine abhanden gekommene Sache

Das Lasermessgerät dürfte der S nicht i.S.v. § 935 I 1 BGB abhandengekommen sein.

Abhandengekommen ist eine Sache, wenn der unmittelbare Besitzer seinen Besitz an der Sache ohne oder gegen seinen Willen verloren hat, § 935 I BGB.<sup>27</sup>

#### aa) Besitzverlust durch Aushändigung an A

Zunächst hatte S unmittelbaren Besitz am Lasermessgerät, § 854 I BGB. Sie könnte ihren Besitz durch Aushändigung des Lasermessgeräts an A in der Werkstatt verloren haben.

<sup>22</sup> BGH NJW 2013, 1946 (1947 Rn. 11).

<sup>23</sup> BGH JuS 1979, 62; BGH WM 1956, 884 (885); Grüneberg/Herrler (Fn. 18), § 932 Rn. 10; Staudinger/Heinze (Fn. 21), § 932 Rn. 50.

<sup>24</sup> Eingehend Staudinger/Heinze (Fn. 21), § 932 Rn. 55 ff.

<sup>25</sup> BGH NJW 1966, 1959 (1960); BeckOK BGB/Kindl, 1.11.2022, § 932 Rn. 16.

<sup>26</sup> Eine Nachforschungspflicht des Erwerbers ergibt sich erst, wenn die Sache erheblich unter ihrem Marktwert verkauft und veräußert werden soll, vgl. BGH NJW 1975, 735 (736); OLG Bremen MDR 2006, 986; MüKoBGB/Oechsler (Fn. 1), § 932 Rn. 49; BeckOK BGB/Kindl (Fn. 25), § 932 Rn. 16 m.w.N.

<sup>27</sup> BGH NJW 2014, 1524; Staudinger/Heinze (Fn. 21), § 935 Rn. 4 m.w.N.

A hat durch diese Aushändigung jedenfalls die tatsächliche Sachherrschaft am Lasermessgerät erlangt. Sie kann allerdings auch Besitzdienerin der S (§ 855 BGB) geworden sein; dann wäre S weiterhin Besitzerin geblieben.

Besitzdiener i.S.v. § 855 BGB ist, wer in einem äußerlich erkennbaren sozialen Abhängigkeitsverhältnis zum Besitzer steht und dessen Weisungen unterworfen ist.<sup>28</sup> A ist bei S angestellt und damit ihren Weisungen unterworfen, vgl. § 611a BGB. Aufgrund ihres Beschäftigungsverhältnisses in der Schreinerei der S ist dieses soziale Abhängigkeitsverhältnis der A auch nach außen erkennbar. Durch die nach außen hin erkennbare Beschäftigung der A im Organisationsgefüge der S und ihre Weisungsabhängigkeit wird die tatsächliche Sachherrschaft von A der S zugerechnet. Als S der A das Lasermessgerät zur Erfüllung des Auftrags bei K ausgehändigt hat, hat S folglich ihren unmittelbaren Besitz nicht aufgegeben. S war weiterhin unmittelbare Besitzerin, § 855 BGB.

#### bb) Besitzverlust der S durch Änderung der Route durch A

S könnte ihren Besitz am Lasermessgerät jedoch in dem Moment verloren haben, als A sich dazu entschieden hat, das Lasermessgerät an W zu verkaufen und sie daraufhin tatsächlich ihre Route änderte. Damit könnte A ihre Stellung als Besitzdienerin i.S.v. § 855 BGB aufgegeben und sich zur Eigenbesitzerin (§ 872 BGB) aufgeschwungen haben.<sup>29</sup> Eine rein innerliche Willensänderung genügt dafür jedoch nicht.<sup>30</sup> Diese muss sich auch nach außen hin manifestieren; erst dann entfällt der Zurechnungsgrund des § 855 BGB.<sup>31</sup>

A hat sich dazu entschlossen, ihre Route zu ändern und das Lasermessgerät im eigenen Namen gewinnbringend zu verkaufen. Sodann hat sie tatsächlich ihre dienstliche Route verlassen und sich zu W begeben. Dadurch hat sie ihren Entschluss nach außen erkennbar manifestiert. In diesem Zeitpunkt hat A das für die Zurechnung maßgebliche soziale Abhängigkeitsverhältnis mitsamt der Weisungsabhängigkeit von S verlassen und sich zur Eigenbesitzerin aufgeschwungen, § 872 BGB. Dadurch hat S zu diesem Zeitpunkt ihren unmittelbaren Besitz am Lasermessgerät verloren.

#### cc) Unfreiwilligkeit des Besitzverlustes

Dieser Besitzverlust der S müsste unfreiwillig, also ohne oder gegen ihren Willen erfolgt sein. S hatte keine Kenntnis davon, dass A ihre Route ändern und das Lasermessgerät an W übergeben würde. Ihr Besitzverlust erfolgte damit un-

freiwillig. Grundsätzlich ist das Lasermessgerät damit abhandengekommen, § 935 I 1 BGB.

#### dd) Analoge Anwendung des § 935 I 2 BGB

Etwas anderes könnte sich aus einer analogen Anwendung des § 935 I 2 BGB auf die unbefugte Weggabe durch Besitzdiener ergeben.<sup>32</sup>

Für den mittelbaren Besitz bestimmt § 935 I 2 BGB, dass es für die Freiwilligkeit des Besitzverlusts nur auf den Willen des unmittelbaren Besitzers ankommt. Der Wille des mittelbaren Besitzers ist in diesem Falle nicht maßgeblich. Diese Regelung könnte entsprechend auf den Besitzdiener angewandt werden.<sup>33</sup> Wendet man § 935 I 2 BGB analog an, wäre ein gutgläubiger Eigentumserwerb des W von A aufgrund ihrer freiwilligen Übergabe des Lasermessgeräts möglich.

Voraussetzung für eine analoge Anwendung ist das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenlage im konkreten Fall.

Für eine vergleichbare Interessenlage spricht der durch die tatsächliche Sachherrschaft entstehende äußere Eindruck der A. Für W macht es keinen erkennbaren Unterschied, ob A als unmittelbare (Fremd-) Besitzerin und Besitzmittlerin für S oder als Besitzdienerin der S auftritt.

Darüber hinaus ist auch eine planwidrige Regelungslücke erforderlich. Bei der Besitzdienerschaft ist nur die Besitzherrin S Besitzerin, während A eben keine eigenständige Besitzposition innehat, § 855 BGB. Infolge dieser gesetzlichen Zurechnungsnorm hat A als Besitzdienerin überhaupt keinen Besitz am Lasermessgerät und kann damit auch nicht den Rechtsschein einer Besitzerstellung erzeugen, solange sie sich innerhalb des Direktionsrechts der S bewegt.<sup>34</sup> Der äußere Anschein ist damit insoweit irrelevant, als das Gesetz sich mit § 855 BGB gegen einen Rechtsschein der tatsächlichen Sachherrschaft der A entscheidet und damit die Schutzwürdigkeit des Rechtsverkehrs verneint.<sup>35</sup> Für den Besitzdiener besteht daher keine planwidrige Regelungslücke.<sup>36</sup>

S als Besitzherrin verliert ihren unmittelbaren Besitz in dem Moment ohne ihren Willen, als A ihre dienstliche Route verlässt, sich dadurch unbefugt zur Eigenbesitzerin aufschwingt

<sup>28</sup> BGH NJW 2014, 1524; Staudinger/*Gutzeit*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2018), § 855 Rn. 5; MüKoBGB/*Schäfer* (Fn. 1), § 855 Rn. 3 ff. m.w.N.

<sup>29</sup> BGH NJW 1979, 714 (715); BeckOGK BGB/*Götz* (Fn. 18), § 855 Rn. 49 ff.; Grüneberg/*Herrler* (Fn. 18), § 855 Rn. 6; BeckOK BGB/*Fritzsche* (Fn. 25), § 855 Rn. 21.

<sup>30</sup> Staudinger/*Gutzeit* (Fn. 28), § 855 Rn. 27; BeckOGK BGB/*Götz* (Fn. 18), § 855 Rn. 51.

<sup>31</sup> Erman/*Elzer*, BGB Kommentar, 17. Auflage (2023), § 855 Rn. 4; Soergel/*Stadler*, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Auflage, Bd. 14, § 855 Rn. 6.

<sup>32</sup> Eingehend zum Meinungsstand MüKoBGB/*Schäfer* (Fn. 1), § 855 Rn. 24 f.; Staudinger/*Gutzeit* (Fn. 28), § 855 Rn. 28 ff.

<sup>33</sup> Vgl. *Neuner*, Der Redlichkeitsschutz bei abhanden gekommenen Sachen, JuS 2007, 401 (405 m.w.N.); Braun, § 935 I 2 BGB ist zu eng formuliert, JZ 1993, 391 (394 f.); MüKoBGB/*Schäfer* (Fn. 1), § 855 Rn. 25; Staudinger/*Heinze* (Fn. 21), § 935 Rn. 14.

<sup>34</sup> Vgl. OLG Köln MDR 2006, 90 (90); Grüneberg/*Herrler* (Fn. 18), § 855 Rn. 6, § 935 Rn. 8; Staudinger/*Gutzeit* (Fn. 28), § 855 Rn. 28.

<sup>35</sup> i.E. ähnlich Staudinger/*Gutzeit* (Fn. 28), § 855 Rn. 28.

<sup>36</sup> Vgl. BGHZ 199, 227; Grüneberg/*Herrler* (Fn. 18), § 935 Rn. 8; Staudinger/*Heinze* (Fn. 21), § 935 Rn. 14 m.w.N. aus der Rspr.; Staudinger/*Gutzeit* (Fn. 28), § 855 Rn. 28.

und die Sache an W weitergibt. Auf die spätere Übergabe von A an W ist § 935 I 2 BGB daher nicht analog anwendbar.

Eine andere Auffassung ist vertretbar. In diesem Fall wäre das Lasermessgerät nicht abhandengekommen und ein gutgläubiger Eigentumserwerb des W möglich.

ee) *Zwischenergebnis*

S hat ihren unmittelbaren Besitz am Lasermessgerät unfreiwillig verloren. Das Lasermessgerät ist damit abhandengekommen, § 935 I 1 BGB.

e) *Zwischenergebnis*

A ist weiterhin Eigentümerin des Lasermessgeräts.

## II. Besitzer ohne Recht zum Besitz

W ist unmittelbarer Besitzer des Lasermessgeräts, § 854 I BGB. Der von ihm mit A abgeschlossene Kaufvertrag (§ 433 BGB) wirkt nur zwischen ihnen als Besitzrecht (Relativität der Schuldverhältnisse). Gegenüber S hat W kein Recht zum Besitz, § 986 BGB.

## III. Ergebnis

S hat gegen W einen Anspruch auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 985 BGB.

## B. Anspruch auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 861 I BGB

S könnte gegen W einen Anspruch auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 861 I BGB haben.

Dazu müsste W der S ihren Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen haben. Durch das Aufschwingen der A zum Eigenbesitzer (§ 872 BGB) hat diese zunächst verbotene Eigenmacht gegen S geübt, § 858 I BGB. Dieser von A erlangte Besitz ist fehlerhaft, § 858 II 1 BGB. W muss diese Fehlerhaftigkeit des Besitzes indes nur dann gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe der A ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes bei dem Erwerb kennt, § 858 II 2 BGB. Beides ist nicht der Fall. S hat damit keinen Anspruch gegen W auf Herausgabe aus § 861 I BGB.

Da S gegen W jedenfalls den petitorischen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB geltend machen kann, ist zwingend nur noch der possessorische Herausgabeanspruch aus § 861 I BGB zu prüfen. Die folgenden Ansprüche (C. – E.) bringen S keine zusätzlich vorteilhafte materielle oder prozessuale Rechtsposition und müssen daher nicht geprüft werden. Wenn d. Bearb. dies gleichwohl tut, muss die Prüfung knapp ausfallen; andernfalls werden die Schwerpunkte falsch gesetzt.

## C. Anspruch auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 1007 I BGB

W war bei Besitzerwerb des Lasermessgeräts gutgläubig, sodass S gegen ihn keinen Anspruch auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 1007 I BGB hat.

## D. Anspruch auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 1007 II BGB

Das Lasermessgerät ist der früheren Besitzerin S abhandengekommen. W ist nicht Eigentümer der Sache und das Lasermessgerät ist ihm auch nicht vor der Besitzzeit der S abhandengekommen. Der Anspruch ist nicht gemäß § 1007 III BGB ausgeschlossen.

S hat gegen W einen Anspruch auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 1007 II BGB.

## E. Anspruch auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 812 I 1 Var. 2 BGB

A hat W das Lasermessgerät übergeben. Auch der bloße Besitz ist als vorteilhafte Rechtsposition anerkannt.<sup>37</sup> Durch das Abhandenkommen des Lasermessgeräts konnte A dem W nicht das Eigentum verschaffen (§ 935 I 1 BGB). Damit hat W den Besitz am Lasermessgerät iSv § 812 I 1 Var. 2 BGB erlangt.

W müsste den Besitz am Lasermessgerät in sonstiger Weise und nicht durch Leistung erlangt haben.<sup>38</sup> Der Vorrang der Rückabwicklung innerhalb bestehender Leistungsbeziehungen sperrt grundsätzlich einen direkten Durchgriff.<sup>39</sup> Den Besitz am Lasermessgerät hat W nicht durch Übergabe von S, sondern von A in Erfüllung ihrer aus dem Kaufvertrag bestehenden Besitzverschaffungspflicht erlangt (§ 433 I 1 BGB).

Die Möglichkeit einer direkten Besitzkondition könnte sich aber aus dem Abhandenkommen des Lasermessgeräts und der Wertung des § 935 I BGB ergeben. Normativ entscheidet sich der Gesetzgeber zugunsten des Eigentümers und gegen die Erwerbsinteressen des Gutgläubigen. Das könnte man auch auf die Besitzkondition übertragen. Folgt man dem, ist hier eine direkte Besitzkondition der S bei W möglich.

In ähnlichen Fällen, in denen der Besitzer (bspw. durch Verarbeitung) Eigentum an der von einem Dieb erlangten Sache erwirbt (§§ 946 ff. BGB), hat der vormalige Eigentümer nach herrschender Meinung einen direkten

<sup>37</sup> BGH NJW 1953, 58 (59); MüKoBGB/Schwab, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage (2020), Bd. 7, § 812 Rn. 6; Staudinger/Lorenz, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2007, § 812 Rn. 73.

<sup>38</sup> Staudinger/Lorenz (Fn. 37), § 812 Rn. 23.

<sup>39</sup> BGH NJW 2013, 2519 (2520 Rn. 11); grundsätzlich Staudinger/Lorenz (Fn. 37), § 812 Rn. 62 ff.; MüKoBGB/Schwab (Fn. 37), § 812 Rn. 66 f.; Grüneberg/Sprau (Fn. 18), § 812 Rn. 7, 39; Thöne, Die Grundprinzipien des Bereicherungsrechts, JuS 2019, 193 (195 f.).

Kondiktionsanspruch gegen den neuen Eigentümer. Die Wertung des § 935 BGB wirke auch im Bereicherungsrecht fort und legitimiere einen direkten Durchgriff.<sup>40</sup>

Hier erwirbt W zwar kein Eigentum. Er erwirbt aber den Besitz am abhandengekommenen Lasermessgerät von A. Diese Konstellation ist mit der oben genannten vergleichbar.

Falls dieser Anspruch geprüft wird, sind beide Ansichten vertretbar. Folgt man der zweitgenannten Ansicht, ist weiter zu prüfen:

Die Erlangung der Besitzposition durch W müsste auf Kosten der S erfolgt sein. Dies setzt voraus, dass die Besitzposition von der Rechtsordnung der S zugewiesen ist.<sup>41</sup> S hat den Besitz am Lasermessgerät innegehabt, der ihr als Eigentümerin auch grundsätzlich zugewiesen ist (§ 903 BGB), sodass die Besitzerlangung des W auf Kosten der S erfolgte.

Für die Besitzerlangung besteht mangels vertraglicher oder gesetzlicher Gestattung kein Rechtsgrund.

S hat gegen W einen Anspruch auf Herausgabe des Lasermessgeräts aus § 812 I 1 Var. 2 BGB.

## F. Ergebnis Aufgabe 2

S kann von W die Herausgabe des Lasermessgeräts verlangen.

## GESAMTERGEBNIS

Aufgabe 1: V hat gegen S keinen Anspruch auf Herausgabe des Lieferwagens zur Versteigerung.

Aufgabe 2: S kann von W Herausgabe des Lasermessgeräts verlangen.

<sup>40</sup> BGHZ 55, 176 (Jungbullenfall); MüKoBGB/Füller (Fn. 1), § 951 Rn. 23 m.w.N.

<sup>41</sup> BeckOK BGB/Wendehorst, 1.11.2022, § 812 Rn. 110; MüKo BGB/Schwab (Fn. 37), § 812 Rn. 280.

**ÖffR** Fallbearbeitung

Jan Ebeling\*

## Die lästige »Frauen«quote

Der Beitrag behandelt die in der universitären Fallbearbeitung selten vorkommenden besonderen Gleichheitsgrundrechte, konkret die Verfassungsmäßigkeit einer Quotenregelung für die Stellenbesetzung im öffentlichen Dienst nach dem geltenden nds. Gleichbehandlungsgesetz. Prozessualer Anlass ist eine konkrete Normenkontrolle, womit es sich um eine unübliche Kombination handelt.

### SACHVERHALT:

Nach der Sommerpause des Jahres 2023 erkennen die Regierungsfractionen des niedersächsischen Landtags, dass der Anteil der Frauen im öffentlichen Dienst in Führungspositionen äußerst gering ist, und beschließen als eine von mehreren Maßnahmen zur Förderung der Gleichberechtigung der Geschlechter das Niedersächsische Gleichberechtigungsgesetz (NGG). Der Entwurf wird am 1.9. beschlossen und tritt zum 15.9. in Kraft. Dieser bestimmt für Stellenbesetzungen:

#### § 1 Zielsetzung

(1) Ziel dieses Gesetzes ist es,

1. für Frauen und Männer in der öffentlichen Verwaltung die Vereinbarkeit von Familien- und Erwerbsarbeit zu fördern und zu erleichtern sowie

2. Frauen und Männern eine gleiche Stellung in der öffentlichen Verwaltung zu verschaffen.

#### § 13 Auswahlkriterien

(5) <sup>1</sup>In einem Bereich, in dem ein Geschlecht unterrepräsentiert ist, darf zur Erreichung des in § 1 Abs. 1 Nr. 2 genannten Ziels bei der Einstellung, Beförderung und Übertragung höherwertiger Tätigkeiten eine Person des unterrepräsentierten Geschlechts bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gegenüber einer Person des anderen Geschlechts bevorzugt werden.<sup>2</sup> Eine Bevorzugung nach Satz 1 ist nicht zulässig, wenn bei der Person des anderen Geschlechts schwerwiegende persönliche Gründe vorliegen, hinter denen das in Satz 1 genannte Ziel zurücktreten

*muss und die durch persönliche Gründe, die bei der Person des unterrepräsentierten Geschlechts vorliegen, nicht aufgewogen werden.*

Der A ist langjähriger Finanzbeamter und kann auf eine erfolgreiche Karriere zurückblicken. Seit einiger Zeit ist er sogar von der profanen Arbeit der Finanzämter entbunden und an das Finanzministerium abgeordnet. Dort ist zum 1.10.2024 eine Stelle als Referatsleitung ausgeschrieben, die einer höheren Besoldungsstufe entspricht und für die der A fachlich geeignet ist. Seine dienstlichen Leistungsbeurteilungen sind stets vorzüglich, weshalb sich A zunächst sehr sicher wägt, die begehrte Stelle zu erhalten. Neben ihm bewirbt sich noch die Kollegin B auf die Stelle. A und B haben ihre Ausbildung zusammen absolviert, dieselbe Abschlussnote erreicht und dieselbe Laufbahn gewählt; die Leistungsbewertungen der B sind genauso vorzüglich wie die des A.

Als A von dem Gesetzesbeschluss erfährt, fürchtet er um seine ersehnte Beförderung: Er selbst hat drei Kinder, wobei die B kinderlos ist, und nach der alten Beförderungspraxis galt die Anzahl der Kinder als sozialer Grund, der eine bevorzugte Beförderung auslöste. Dies ist nach dem Willen des Gesetzgebers nun ausdrücklich nicht mehr der Fall. Nach der neuen gesetzlichen Regelung des NGG würde nun die B befördert werden. Die für die Stellenbesetzung verantwortliche Staatssekretärin hat zudem bereits durchblicken lassen, dass die Anzahl der Kinder angesichts der klaren gesetzlichen Regelung nun kein überwiegender Grund mehr für eine Beförderung sein könne und sie das NGG, auf das sie sich für ihre Entscheidung beruft, für rechtspolitisch äußerst gelungen halte.

Als der A die Mitteilung über seine Ablehnung erhält, wehrt er sich vor dem Verwaltungsgericht. Er erreicht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, dass die Stelle vorerst nicht besetzt wird. Seine gleichzeitig erhobene Klage auf Besetzung der Referatsleitung mit seiner Person wird im Oktober verhandelt.

Dort bringt der A vor, er sehe nicht ein, dass er jahrelang für den Staat gearbeitet und sich mit der Erziehung von drei Kindern sogar noch mehr für die Gemeinschaft eingebracht habe, nur um jetzt den Kürzeren zu ziehen. Es sei schön und gut, dass etwas getan werde, um Frauen zu unterstützen. Ihm selbst sei bereits aufgefallen, dass ihm bei der Arbeit mit jeder Beförderung immer weniger Frauen begegneten. Aber diese strikte gesetzliche Regelung benachteilige ja nur Männer, die eben häufiger für solche Beförderungsämter zur Verfügung stünden. Viele Frauen entschieden sich ja bewusst gegen eine Karriere. Es sei ungerecht, dass ihm das nun als Nachteil erwachse.

\* Der Autor ist Wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Rechts- und Sozialphilosophie von Prof. Dr. Dr. Dietmar von der Pfordten an der Georg-August-Universität Göttingen. Die vorliegende Fallbearbeitung basiert auf einem fiktiven Übungsfall, der für die vorlesungsbegleitenden Begleitkollegs der hiesigen Juristischen Fakultät im Rechtsgebiet Staatsrecht II (Grundrechte) konzipiert wurde. Zur Veröffentlichung wurde er prozessual neu eingekleidet und inhaltlich ergänzt.

Dennoch sieht es zunächst schlecht für A aus, der vorsitzende Richter R hält die Rechtslage für ziemlich klar, insbesondere sei die Ausnahme des § 13 Abs. 5 Satz 2 NGG keinesfalls erfüllt. Wenn der A vorbringe, Frauen entschieden sich gegen eine Karriere, dann müsse ihm auch vorgehalten werden, er habe sich für seine Kinder entschieden. Das könne er nun nicht als schwerwiegenden persönlichen Grund vorbringen. R sei an die Entscheidung des Gesetzgebers gebunden und könne da auch nichts machen.

Zur Überraschung aller Beteiligten kann der A die Mitglieder der Kammer aber von der Verfassungswidrigkeit des NGG überzeugen: Das Grundgesetz verbiete eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts, gerade auch in Bezug auf Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen im öffentlichen Dienst. Die vorliegenden Verstöße gegen Art. 3 und 33 GG seien offenbar und ließen dem Gericht keine Auslegungsspielräume offen.

Infolgedessen setzt die Kammer das Verfahren aus und legt die Sache dem BVerfG im Wege eines Normkontrollantrags nach Art. 100 I GG vor.

*Hat der Antrag des Verwaltungsgerichts Aussicht auf Erfolg?*

#### **BEARBEITUNGSVERMERK:**

Es sind keine Freiheitsgrundrechte zu prüfen. Gehen Sie davon aus, dass das NGG für die Stellenbesetzung maßgeblich ist.

#### **GLIEDERUNG**

- A. Zulässigkeit
  - I. Vorlageberechtigung
  - II. Tauglicher Vorlagegegenstand
  - III. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit
  - IV. Entscheidungserheblichkeit
  - V. Form
  - VI. Zwischenergebnis Zulässigkeit
- B. Begründetheit
  - I. Formelle Verfassungswidrigkeit
  - II. Materielle Verfassungswidrigkeit
    - 1. Verletzung von Art. 33 II GG
      - a) Keine Zugangsgleichheit zu öffentlichem Amt
        - aa) Persönliche Voraussetzung: Deutsche
        - bb) Öffentliches Amt
        - cc) Kein gleicher Zugang nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (Ungleichbehandlung)
          - (1) Leistungspatt
          - (2) Entscheid
        - dd) Zwischenergebnis
      - b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
      - c) Zwischenergebnis
    - 2. Verletzung von Art. 3 III Var. 1 GG
      - a) Rechtlich relevante Ungleichbehandlung
        - aa) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichen
          - (1) Wesentlich Gleiches
          - (2) Ungleichbehandlung
          - (3) Zwischenergebnis
        - bb) Anknüpfung an ein verbotenes Kriterium
        - cc) Rechtliche Relevanz
      - b) Rechtfertigung
        - aa) Zwingende biologische Unterschiede
        - bb) Kollidierendes Verfassungsrecht
          - (1) Art. 3 II 2 GG
          - (2) Verhältnismäßigkeit
            - (a) Legitimes Ziel
            - (b) Geeignetheit
            - (c) Erforderlichkeit
            - (d) Angemessenheit
            - (e) Zwischenergebnis
        - cc) Zwischenergebnis
      - c) Ergebnis
    - 3. Verletzung von Art. 3 I GG
      - a) Rechtlich relevante Ungleichbehandlung
      - b) Zwischenergebnis
    - 4. Zwischenergebnis
  - III. Zwischenergebnis Begründetheit
- C. Gesamtergebnis

## GUTACHTEN

Der Antrag des Verwaltungsgerichts auf Normenkontrolle gem. Art. 100 I GG und §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

### A. Zulässigkeit

Zunächst müsste der Antrag zulässig sein. Dies ist der Fall, wenn alle nachfolgenden Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

#### I. Vorlageberechtigung

Die Kammer des Verwaltungsgerichts müsste zur Vorlage berechtigt sein. Zur Vorlage berechtigt ist jedes Gericht, das zur Entscheidung in der jeweiligen Sache berufen ist und für dessen Entscheidung es auf die Gültigkeit der gerügten Norm ankommt.<sup>1</sup> Bei der Kammer des Verwaltungsgerichts handelt es sich um das zuständige, erkennende Gericht i.S.d. Art. 100 I 1 GG. Mithin ist sie vorlageberechtigt.

#### II. Tauglicher Vorlagegegenstand

Weiter müsste es sich bei den §§ 1, 13 NGG<sup>2</sup> um einen tauglichen Vorlagegegenstand handeln. Gem. Art. 100 I GG kann vorlagefähiger Antragsgegenstand nur ein nachkonstitutionelles Gesetz<sup>3</sup> sein, wobei damit ein formelles, d.h. parlamentarisches Gesetz gemeint ist.<sup>4</sup> Es kann sich dabei gem. Art. 100 I 2 GG auch um Landesrecht handeln. Vorliegend rügt die Kammer die Vereinbarkeit des NGG, eines parlamentarischen Landesgesetzes, mit dem Grundgesetz. Dieses ist zum 15.9.23 und damit zum Zeitpunkt der Verhandlung (»im Oktober«) bereits in Kraft getreten. Demnach liegt ein tauglicher Vorlagegegenstand vor.

#### III. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit

Außerdem müsste die Kammer von der Verfassungswidrigkeit überzeugt sein, d.h. sie muss die Norm selbst prüfen, zu

<sup>1</sup> Ipsen/Kaufhold/Wischmeyer, Staatsrecht I - Staatsorganisationsrecht, 34. Auflage (2022), § 18 S. 271 Rn. 61. Letztlich ist jedes Gericht in jeder Instanz vorlageberechtigt, ausgenommen sind nur private Schiedsgerichte und Rechnungshöfe, vgl. Fleury, Verfassungsprozessrecht, 10. Auflage (2015) S. 35 Rn. 169. Unproblematisch handelt es sich bei der Kammer des VG um ein Gericht, d.h. einen staatlichen Spruchkörper, der gesetzlich mit den Aufgaben der Rechtsprechung betraut, sachlich unabhängig und als Gericht bezeichnet ist, siehe zur Definition Dreier/Wieland, Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 3. Auflage (2018), Art. 100 Rn. 14.

<sup>2</sup> Streitgegenständlich sind lediglich die §§ 1, 13 NGG, sodass sich die Prüfung auch nur auf diese beschränkt. Folgend wird synonym vom NGG (als Ganzem) gesprochen. In der Klausursituation kann dies kommentarlos so erfolgen.

<sup>3</sup> Regelmäßig unausgesprochen bleibt, dass das Gesetz wenigstens »existent« sein muss, Fleury (Fn. 1), S. 36 Rn. 176, was sich typischerweise am Inkrafttreten zeigt, kommt es für die Entscheidungserheblichkeit (s.u.) doch auf eine Divergenz zwischen Gültigkeit und Ungültigkeit der Norm an. Siehe zu den Ausnahmen: Fleury (Fn. 1), S. 22 Rn. 96 ff.

<sup>4</sup> Dreier/Wieland (Fn. 1), Art. 100 Rn. 17.

dem Ergebnis kommen, dass die Norm verfassungswidrig ist und auch nicht verfassungskonform ausgelegt werden kann. Zweifel an der Verfassungswidrigkeit genügen nicht.<sup>5</sup> Ausweislich des Sachverhalts konnte A die Kammer von der Verfassungswidrigkeit der §§ 1, 13 NGG überzeugen, sie hält die Verstöße sogar für offenbar. Insbesondere ist sie der Ansicht, ihr verbleibe kein Auslegungsspielraum, sodass auch die Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung ausgeschlossen ist. Demnach ist die Kammer des Verwaltungsgerichts i.S.d. Art. 100 I 1 GG von der Verfassungswidrigkeit der gerügten Normen überzeugt.

#### IV. Entscheidungserheblichkeit

Darüber hinaus müsste es gem. Art. 100 I 1 GG auf die Gültigkeit der §§ 1, 13 NGG für die Entscheidung des Rechtsstreits ankommen, sie müssten entscheidungserheblich sein. Das ist dann der Fall, wenn das Verwaltungsgericht im Falle der Ungültigkeit der Normen zu einem anderen Ergebnis kommt als im Falle ihrer Gültigkeit. Die Normenkontrolle muss letztlich für die Entscheidung des anhängigen Verfahrens unerlässlich sein.<sup>6</sup> Im vorliegenden Fall liegt es genau so: Wenn sich die §§ 1, 13 NGG als verfassungswidrig herausstellen, entfällt die Rechtsgrundlage, aufgrund derer die zuständige Staatssekretärin S die bevorzugte Besetzung der Referatsleitung mit B vornimmt. Strenggenommen musste S die Stelle nicht unter Berufung auf § 13 V 1 NGG mit B besetzen, da das Leistungsniveau von A und B laut Sachverhalt vergleichbar ist. In diesem Fall hätte die Ungültigkeit des NGG nicht zu einer anderen Entscheidung des Verwaltungsgerichts geführt, weil es nicht auf das Gesetz ankäme. Gleichwohl hat sich die S ausdrücklich auf das NGG berufen, sodass die gerichtliche Überprüfung der bevorzugten Auswahl der B von der Verfassungsmäßigkeit der gerügten Normen abhängt. Folglich ist die Gültigkeit der gerügten Normen gem. Art. 100 I 1 GG entscheidungserheblich.

#### V. Form

Von der Einhaltung der Formvorschriften des § 80 II BVerfGG ist auszugehen, insbesondere hat die Kammer das Verfahren laut Sachverhalt ausgesetzt.

Ergänzender Hinweis: Die konkrete Normenkontrolle kennt kein Fristerfordernis und keine Verfahrenskonkurrenzen.

#### VI. Zwischenergebnis Zulässigkeit

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor, der Normkontrollantrag der Kammer des Verwaltungsgerichts gem. Art. 100 I 1, 2 Alt. 1 GG und §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG ist nach alledem zulässig.

<sup>5</sup> Fleury (Fn. 1), S. 37 Rn. 181.

<sup>6</sup> Jarass/Pieroth/Kment, GG, 17. Auflage (2022), Art. 100 Rn. 16.

## B. Begründetheit

Der Normkontrollantrag ist begründet, sofern die als verfassungswidrig gerügten §§ 1, 13 NGG tatsächlich mit Normen des Grundgesetzes<sup>7</sup> unvereinbar sind, Art. 100 I 1, 2 Alt. 1 GG. Das ist der Fall, wenn die §§ 1, 13 NGG formell oder materiell verfassungswidrig sind.

### I. Formelle Verfassungswidrigkeit

Das NGG könnte formell verfassungswidrig sein. Um formell mit der Verfassung vereinbar zu sein, müssten die Vorschriften über die Zuständigkeit, das Verfahren und die Form des Gesetzgebungsverfahrens des GG eingehalten worden sein. Mangels eines ausschließlichen, konkurrierenden oder ungeschriebenen Kompetenztitels des Bundes war das Land Niedersachsen für die Gesetzgebung betreffend das NGG zuständig (vgl. Art. 70 GG). Die Vorschriften bzgl. des Verfahrens und der Form von Landesgesetzen sind nicht Regelungsgegenstand des GG, sondern der nds. Verfassung,<sup>8</sup> die Überprüfung ihrer Einhaltung obliegt nicht dem BVerfG.<sup>9</sup> Von der Einhaltung der übrigen formellen Anforderungen des GG ist mangels entgegenstehender Angaben auszugehen.<sup>10</sup> Demnach ist das NGG formell verfassungskonform.

### II. Materielle Verfassungswidrigkeit

Das NGG müsste auch materiell verfassungskonform sein. Dazu dürfte es nicht gegen inhaltliche Vorschriften des GG verstoßen. In Betracht kommen Verstöße gegen die Art. 33 II, 3 III Var. 1 und 3 I GG.

Hinweis: Selbstverständlich können die Grundrechte auch außerhalb einer Verfassungsbeschwerde Prüfungsmaßstab sein. Gleichwohl ist hier Vorsicht geboten: Es wäre falsch, die Verletzung der Grundrechte des A zu prüfen, da das NGG auf seine *generelle* Vereinbarkeit mit dem GG hin untersucht wird.

#### 1. Verletzung von Art. 33 II GG

Die §§ 1, 13 NGG könnten gegen Art. 33 II GG, das Grundrecht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern, verstoßen. Das ist der Fall, wenn sie einer Personengruppe die Zugangsgleichheit zu einem öffentlichen Amt nach den Kriterien der Eignung, Befähigung sowie fachlichen Leistung verwehren

und dieser ungleiche Zugang nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

#### a) Keine Zugangsgleichheit zu öffentlichem Amt

##### aa) Persönliche Voraussetzung: Deutsche

Zunächst ist fraglich, ob die persönliche Voraussetzung, deutsch zu sein, bei den von den Regelungen Betroffenen vorliegt.<sup>11</sup> Das Merkmal, »Deutsche[r]« i.S.d. Art. 33 II GG zu sein, wird anhand des Art. 116 GG bestimmt. Es ist davon auszugehen, dass jedenfalls auch deutsche Staatsbürger:innen von den §§ 1, 13 NGG adressiert sind und überwiegend von der Regelung betroffen sein werden. Demnach liegt die persönliche Voraussetzung jedenfalls in Bezug auf diesen Personenkreis vor.

##### bb) Öffentliches Amt

Weiter müsste es sich bei den in §§ 1, 13 V 1 NGG genannten Stellen (»Einstellung, Beförderung und Übertragung höherwertiger Tätigkeiten« in der »öffentlichen Verwaltung«) um öffentliche Ämter i.S.d. Art. 33 II GG handeln. Mit *Öffentlichem Amt* sind dabei alle beruflichen sowie ehrenamtlichen haupt- und nebenamtlichen Funktionen staatlicher Organe gemeint.<sup>12</sup> Der Anwendungskreis des NGG erstreckt sich auf die gesamte öffentliche (Landes-)Verwaltung, hiervon sind jedenfalls auch die staatlichen Organe, wie Ministerien und Landesbehörden, erfasst. Demnach handelt es sich bei den in § 13 V 1 NGG genannten Stellen in der öffentlichen Verwaltung auch um öffentliche Ämter.

##### cc) Kein gleicher Zugang nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (Ungleichbehandlung)

Darüber hinaus müsste eine Ungleichbehandlung dergestalt vorliegen, dass den Regelungsadressat:innen des NGG der gleiche Zugang zu den öffentlichen Ämtern nach den Kriterien der *Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung* verwehrt wird.

Die Kriterien der Befähigung, fachlichen Leistung und Eignung stellen eine Entscheidung der Verfassung für das Prinzip der Bestenauslese dar. *Befähigung* meint dabei Fähigkeiten wie Wissen, Ausbildung und Erfahrung, die für die jeweilige Tätigkeit erforderlich sind, wobei die *fachliche Leistung* dabei die praktische Bewährung der Befähigung

<sup>7</sup> Prüfungsmaßstab ist hierbei das *gesamte* Grundgesetz, vgl. Jarass/Pieroth/*Kment* (Fn. 6), Art. 100 Rn. 31 und Lechner/*Zuck*, BVerfGG, 8. Auflage (2019), § 80 Rn. 41 f.; BeckOK GG/*Morgenthaler*, 15.5.2023, Art. 100 Rn. 15.

<sup>8</sup> Das Gesetzgebungsverfahren ist in den Art. 41 ff. NV geregelt.

<sup>9</sup> Genauer: Dem BVerfG obliegt die Prüfung der Vereinbarkeit von Landesrecht (im Sinne formeller Gesetze) mit dem GG (und ggf. der Vereinbarkeit mit sonstigem Bundesrecht), nicht aber die Vereinbarkeit mit Normen des Landesverfassungsrechts, hier also den Art. 41 ff. NV. Vgl. Jarass/Pieroth/*Kment* (Fn. 6), Art. 93 Rn. 100 und Dreier/*Wieland* (Fn. 1), Art. 100 Rn. 35.

<sup>10</sup> Es sei beispielsweise das Zitiergebot gem. Art. 19 I 2 GG genannt.

<sup>11</sup> Falsch wäre es an dieser Stelle, dieses Tatbestandsmerkmal anhand der Person des A zu prüfen, da die Verfassungsmäßigkeit des NGG abstrakt geprüft wird. In diesem Zusammenhang wird deutlich, weshalb der Ausdruck »konkrete Normenkontrolle« missdeutig sein kann. Präziser wäre es, von einer »abstrakten Normenkontrolle, die anlässlich eines konkreten Falls durchgeführt wird« zu sprechen.

<sup>12</sup> Jarass/Pieroth/*Jarass* (Fn. 6), Art. 33 Rn. 12 und Hömig/Wolff/*Domgörgen*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage (2022), Art. 33 Rn. 3. Die Autoren nehmen eine weite Auslegung des Begriffs vor und beziehen auch die Gemeinden, sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts mit ein. Es kommt also maßgeblich auf die öffentlich-rechtliche Funktion, nicht auf die Staatlichkeit des ausübenden Organs an.

in der Vergangenheit ist, die eine Leistungserwartung für die Zukunft rechtfertigt. Die *Eignung* wiederum meint alle sonstigen geistigen, körperlichen, psychischen und charakterlichen Eigenschaften, die für ein spezifisches Amt von Bedeutung sind.<sup>13</sup>

#### (1) Leistungspatt

Zwar enthält der Art. 33 II GG die positiv genannten Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung, die zwingend beachtet werden müssen. Daraus folgt insbesondere auch, dass die alternative Anwendung anderer Kriterien nicht erlaubt ist. Gleichwohl fehlt eine Aussage für den Fall, dass die genannten Kriterien auf alle Bewerber:innen gleichermaßen zutreffen (sog. Leistungspatt). In diesem Fall dürfen nach allgemeiner Ansicht ergänzend weitere Kriterien hinzugezogen werden.<sup>14</sup> Das weitere, von § 13 V 1 NGG aufgestellte Kriterium des in einem Bereich unterrepräsentierten Geschlechts ist allerdings umstritten.<sup>15</sup> Das BVerfG hat diese Frage noch nicht abschließend entschieden. Man kann diesbezüglich eine Lösung über den Schutzbereich oder die Rechtfertigung konstruieren:

Bei einer Lösung über den *Schutzbereich* wird der grundrechtlich geschützte Gewährleistungsinhalt (Zugang zu öffentlichen Ämtern nach dem Prinzip der Bestenauslese) durch das angegriffene NGG letztlich nicht betroffen: Es wird allein eine das - im jeweiligen Bereich - unterrepräsentierte Geschlecht bevorzugende Regelung für den schmalen Bereich der gleichen Qualifikation der Bewerber:innen geschaffen. In einer Situation der gleichen Qualifikation der Bewerber:innen müsse die personalverantwortliche Person stets auf andere Kriterien zurückgreifen, sodass es sich nicht einmal um ein grundsätzliches Novum handle. Das Geschlecht der Bewerber:in könne und müsse ggf. als Hilfskriterium herangezogen werden. An die Hilfskriterien werden die Anforderungen formuliert, dass die Einstellung kein Automatismus sein dürfe und Umstände des Einzelfalls mit in die Entscheidung einfließen könnten (Vorhandensein einer sog. Härtefallklausel).<sup>16</sup> Diesen Anforderungen genügt der § 13 V NGG: Es handelt sich um eine Ermessensvorschrift, die durch den Ausnahmetatbestand der überwiegenden, schwerwiegenden persönlichen Gründe ergänzt wird. Nach dieser Ansicht läge bereits keine Ungleichbehandlung vor.

<sup>13</sup> Jarass/Pieroth/*Jarass* (Fn. 6), Art. 33 Rn. 17.

<sup>14</sup> Dürig/Herzog/Scholz/*Badura*, Grundgesetz Kommentar, Bd. IV, 100. EL (2023), Art. 33 GG Rn. 26; von Münch/Kunig/*Bickenbach*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 7. Auflage (2021), Art. 33 Rn. 76 sowie in Bezug auf reine Frauenquoten: Jarass/Pieroth/*Jarass* (Fn. 6), Art. 33 Rn. 28.

<sup>15</sup> Dreier/*Brosius-Gersdorf*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Auflage (2015), Art. 33 Rn. 117.

<sup>16</sup> Diese Anforderungen entsprechen letztlich der ständigen Rechtsprechung des EuGH, der diese Kriterien in vergleichbaren Fällen bei der Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 2 I u. IV Richtlinie 76/207/EWG d. Rates v. 09.02.1976 aufgestellt hat (vgl. EuGH NJW 1997, 3429 ff. u. EuGH NJW 2000, 1549 ff.). Die nationalen Gerichte haben sich dem weitgehend angeschlossen, *Epping*, Grundrechte, 9. Auflage (2021), S. 451 Rn. 852 m.w.N.

Für eine Lösung über die *Rechtfertigung* geht man zunächst für den Tatbestand davon aus, dass eine Ungleichbehandlung vorliegt. Wenn der Art. 33 II GG festlegt, dass ausschließlich die Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung angewendet werden dürfen, dann ist eine bzw. jede Anwendung von Hilfskriterien schlicht ein Verstoß gegen diese Norm und damit in der Folge eine Ungleichbehandlung. Für die Rechtfertigung muss zunächst berücksichtigt werden, dass der Grundsatz der Bestenauslese unbeschränkt gilt, d.h. nach allgemeiner Grundrechtsdogmatik schrankenlos gewährleistet wird und dementsprechend nur Hilfskriterien von Verfassungsrang rechtfertigende Wirkung entfalten können, ansonsten müsse per Los entschieden werden.<sup>17</sup> Vorliegend kommt als Rechtfertigungsgrund Art. 3 II 2 GG in Betracht, der allerdings nur relative Quotenregelungen (bei gleicher Qualifikation dürfen Frauen bzw. das unterrepräsentierte Geschlecht bevorzugt werden) rechtfertigt, keine absoluten Quoten (Dienststellen müssen - u.U. bis zu einem bestimmten Zeitpunkt - ein bestimmtes Quorum bei der Stellenbesetzung durch Frauen bzw. das unterrepräsentierte Geschlecht erfüllen).<sup>18</sup> Vorliegend handelt es sich gleichwohl um eine relative Quotenregelung. Auch eine Lösung über die Rechtfertigung nimmt die o.g. Anforderungen an die Hilfskriterien auf,<sup>19</sup> die - wie bereits festgestellt - erfüllt sind. Nach dieser Ansicht läge folglich eine Ungleichbehandlung vor, die allerdings durch Art. 3 II 2 GG gerechtfertigt wird.

#### (2) Entscheid

Die beiden Ansichten wenden im Wesentlichen dieselben Kriterien an und gelangen beide zu dem Ergebnis, dass keine Verletzung des Art. 33 II GG vorliegt. Dennoch ist ein Entscheid erforderlich, da ggf. noch die Rechtfertigung geprüft werden muss.

Letztlich überzeugt die Rechtfertigungslösung, da sie näher an Wortlaut und Systematik des Art. 33 II GG liegt: Die öffentlichen Ämter werden nur nach Leistungskriterien vergeben und jede Anwendung anderer als leistungsbezogener Kriterien ist prinzipiell rechtfertigungsbedürftig.<sup>20</sup>

#### dd) Zwischenergebnis

Die Anwendung des Kriteriums des unterrepräsentierten Geschlechts in § 13 V NGG stellt eine Ungleichbehandlung in Form des ungleichen Zugangs zu öffentlichen Ämtern nach Art. 33 II GG dar.

#### b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung durch § 13 V NGG, der als Hilfskriterium das unterrepräsentierte Geschlecht in die Personalentscheidung einbezieht, wird durch Art. 3 II 2 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt, der dem Gesetzgeber

<sup>17</sup> Dreier/*Brosius-Gersdorf*, (Fn. 15), Art. 33 Rn. 118.

<sup>18</sup> Dreier/*Brosius-Gersdorf*, (Fn. 15), Art. 33 Rn. 119.

<sup>19</sup> Ebd.

<sup>20</sup> Vgl. BeckOK GG/*Hense*, 15.8.2023, GG Art. 33 Rn. 16.

die Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter aufträgt, sodass dieser zu ebendieser Durchsetzung verfassungslegitim ungleich behandeln darf. Insbesondere genügt § 13 V GG den weiteren Ausgestaltungsanforderungen (lediglich relative Quote, Ermessensvorschrift, Härtefallklausel, vgl. oben).

c) Zwischenergebnis

Es liegt keine Verletzung des Art. 33 II GG vor.

## 2. Verletzung von Art. 3 III Var. 1 GG

Allerdings könnten die §§ 1, 13 NGG gegen Art. 3 III Var. 1 GG verstoßen. Voraussetzung dafür ist, dass es sich bei den Regelungen des NGG um eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung handelt, die an ein von Art. 3 III GG verbotenes Kriterium anknüpft und die nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

a) Rechtlich relevante Ungleichbehandlung

aa) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Zunächst muss eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vorliegen.

(1) Wesentlich Gleiches

Dabei meint der Begriff des »wesentlich Gleichen« nicht die vollständige Identität der beiden Lebenssachverhalte, sondern die Vergleichbarkeit aufgrund wertender Betrachtung. Dafür wird ein Vergleichspaar gebildet unter Herausarbeitung des nächsthöheren Oberbegriffs.<sup>21</sup> Der (möglicherweise mehrstellige) Oberbegriff ist der Begriff, der beide Fälle einfängt, aber nach Möglichkeit auch nur diese, d.h. der möglichst eng gewählt ist. Das Differenzierungsmerkmal ist dasjenige Merkmal, das den Unterschied der beiden Fälle ausmacht.<sup>22</sup>

Die relevanten Eigenschaften der regelungsbetroffenen Personen – Angestellte und Beamt:innen des öffentlichen Dienstes – können in Bezug auf die geregelten Modalitäten – Einstellung, Beförderung und Übertragung höherwertiger Tätigkeiten – durch den gemeinsamen Oberbegriff der *Stellenbesetzung in der öffentlichen Verwaltung* beschrieben werden. Das die jeweiligen Sachverhalte unterscheidende Kriterium

<sup>21</sup> Vgl. für die – gewissermaßen metaphysischen – Voraussetzungen dieser Begriffsbildungstechnik vertiefend *Schnapp*, Logik für Juristen, 7. Auflage (2016), S. 30 ff. und für eine Kritik daran *Morscher*, Die wissenschaftliche Definition (2017), S. 209 ff., insb. S. 211.

<sup>22</sup> *Epping* (Fn. 16), S. 419 ff. Rn. 776 ff., insb. 782 f., der (nicht nur diktatorisch) hervorragend darstellt; *Epping/Hillgruber/Kischel*, Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage (2020), Art. 3 Rn. 28 ff., insbesondere 45 f., obgleich dort – gewissermaßen als Kernkriterien – die Persönlichkeitsmerkmale/Nähe zu Art. 3 III GG, gleichzeitige Betroffenheit von Freiheitsgrundrechten und die Verfügbarkeit besonders herausgestellt werden; von *Münch/Kunig/Boysen* (Fn. 14), Art. 3 Rn. 62 f., *Jarass/Pieroth/Jarass* (Fn. 6), Art. 3 Rn. 10 ff.

in § 13 V 1 NGG ist lediglich das (unterrepräsentierte) *Geschlecht*. In der binären Logik des § 1 I Nr. 1 NGG können dies die Geschlechter Mann und Frau sein. Das Geschlecht macht für die berufliche Eignung aber grundsätzlich keinen Unterschied, sodass mit der Bildung eines gemeinsamen, sinnvollen Oberbegriffs der *Stellenbesetzung in der öffentlichen Verwaltung* zunächst etwas wesentlich Gleiches vorliegt.

Vertiefender Hinweis: Den Begriff des Differenzierungsmerkmals präzise zu definieren und zu subsumieren, ist sowohl für die Prüfung essenziell, ob an ein von Art. 3 III GG verbotenes Kriterium angeknüpft wird, als auch für die Fragen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

(2) Ungleichbehandlung

Weiter müsste eine Ungleichbehandlung vorliegen. Das ist der Fall, wenn an die beiden Lebenssachverhalte unterschiedliche Folgen geknüpft werden.<sup>23</sup> Im Falle der Unterrepräsentation in einem Bereich darf das unterrepräsentierte Geschlecht gem. § 13 V 1 NGG bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt eingestellt, befördert oder mit höherwertigen Aufgaben betraut werden. Dabei handelt es sich um eine unterschiedliche, für das jeweils unterrepräsentierte Geschlecht nachteilige Rechtsfolge, also im Ergebnis um eine Ungleichbehandlung.

(3) Zwischenergebnis

Dementsprechend liegt insgesamt eine Ungleichbehandlung von ansonsten wesentlich Gleichem vor.

bb) Anknüpfung an ein verbotenes Kriterium

Das NGG müsste zudem an ein durch Art. 3 III GG verbotenes Kriterium anknüpfen. Hier knüpft der Gesetzeswortlaut direkt an das Geschlecht an. Sofern eine Person zum überrepräsentierten Geschlecht gehört, kann diese nachrangig befördert werden, vgl. oben. Es handelt sich dabei um ein von Art. 3 III GG verbotenes Kriterium.

Ergänzender Hinweis: Dabei sind nicht nur direkte ausdrückliche, sondern auch indirekte, d.h. verdeckte (auch "mittelbar" genannte) Ungleichbehandlungen erfasst. Bei diesen knüpft der Gesetzgeber an andere, als die in Art. 3 III GG genannten, Kriterien an. Infolge der gesellschaftlichen Bedingungen treffen diese aber nur oder überwiegend Träger:innen eines Merkmals des Art. 3 III GG.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> von *Münch/Kunig/Boysen* (Fn. 14), Art. 3 Rn. 62 f. Bemerkenswert, aber im vorliegenden Fall nicht relevant, weil eine Benachteiligung evident vorliegt, ist, dass teilweise eine Benachteiligung gefordert wird. Andere lassen jede Ungleichbehandlung genügen, vgl. *Epping/Hillgruber/Kischel* (Fn. 22), Art. 3 Rn. 19 m.w.N.

<sup>24</sup> *Dreier/von Achenbach*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 4. Auflage (2023), Art. 3 II, III, Rn. 41, 39 ff.

cc) *Rechtliche Relevanz*

Die Ungleichbehandlung geht vom selben Hoheitsträger aus, sie ist damit rechtlich relevant.<sup>25</sup>

b) *Rechtfertigung*

Gleichwohl könnte die Differenzierung zwischen den Geschlechtern verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Es sind nur solche Differenzierungen zulässig, die der Lösung von Problemen dienen, die ihrer Natur nach nur bei einem Geschlecht auftreten oder die durch kollidierendes Verfassungsrecht rechtfertigbar sind.<sup>26</sup>

aa) *Zwingende biologische Unterschiede*

Es könnte ausnahmsweise an zwingende biologische Unterschiede zwischen den Geschlechtern angeknüpft werden.<sup>27</sup> Entsprechende biologische Unterschiede, die eine Bevorzugung i.S.d. § 13 NGG rechtfertigen, sind gleichwohl nicht ersichtlich.

bb) *Kollidierendes Verfassungsrecht*

## (1) Art. 3 II 2 GG

Es kommt aber eine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht. Vorliegend könnte Art. 3 II 2 GG rechtfertigend anwendbar sein. Dieser geht über das Ungleichbehandlungsverbot des Art. 3 III GG hinaus und normiert ein Gleichbehandlungsgebot sowie den Auftrag, die Gleichberechtigung der Geschlechter tatsächlich zu fördern.<sup>28</sup> Aus Art. 3 II 2 GG ergibt sich die Aufgabe des Gesetzgebers, die Lebensverhältnisse von Männern und Frauen<sup>29</sup> anzugleichen. Frauen müssen die gleichen Erwerbschancen wie Männer haben. Überkommene Rollenverteilungen dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden.<sup>30</sup>

Es lässt sich tatsächlich beobachten, dass Frauen trotz rechtlicher Chancengleichheit in leitenden Positionen unterrepräsentiert sind.<sup>31</sup> Daraus kann geschlossen werden,

dass Frauen im Berufsleben vielfach verdeckten Diskriminierungen ausgesetzt sind und daher – gerade bei der Bewerbung um höher qualifizierte Stellen – erheblichen Nachteilen ausgesetzt sind.

Diese Nachteile dürfen verfassungslegitim durch den Gesetzgeber ausgeglichen werden. Die Entscheidungsquote kann demnach grundsätzlich durch den Verfassungsauftrag aus Art. 3 II 2 GG gerechtfertigt werden.

(2) *Verhältnismäßigkeit*

Sie müsste gleichwohl auch verhältnismäßig sein. Das ist sie, wenn die Quotenregelung ein legitimes Ziel verfolgt, zu dessen Erreichung sie geeignet, erforderlich und angemessen ist.

(a) *Legitimes Ziel*

Das Ziel des NGG ist laut § 1 I NGG die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit zu fördern sowie die gleiche Stellung von Frauen und Männern in der öffentlichen Verwaltung zu erreichen. Das ist insbesondere vor dem Hintergrund des Art. 3 II 2 GG ein legitimer Zweck.

(b) *Geeignetheit*

Die Regelung ist zur Erreichung des Zwecks auch geeignet.

(c) *Erforderlichkeit*

Sie müsste auch erforderlich sein. Erforderlich meint, dass keine mildereren Mittel gleicher Eignung gegeben sind. Eine alternative Maßnahme stellt die Erforderlichkeit nur dann in Frage, wenn sie evident in jeder Hinsicht sachlich gleichwertig ist (sog. Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers).<sup>32</sup> Andere Maßnahmen, wie z.B. die Einrichtung familienfreundlicher Arbeitsplätze o.Ä., sind denkbar, aber nicht gleich effektiv. Eine evident gleich geeignete Maßnahme ist nicht ersichtlich. Dementsprechend ist die Erforderlichkeit gegeben.

(d) *Angemessenheit*

Das NGG müsste zudem angemessen sein. Eine staatliche Maßnahme ist unangemessen, wenn der angestrebte Zweck und das verwendete Mittel außer Verhältnis zueinander stehen. In Bezug auf die Grundrechte aus Art. 3 GG erfolgt

von Frauen und Männern, BT-Drucksache 14/8952, S. 2-4; sowie: Bericht der Landesregierung über die Durchführung des niedersächsischen Gleichberechtigungsgesetzes (NGG) für den Zeitraum vom 01.01.2013 bis 31.12.2017, Nds. LT-Drucksache 18/3741, S. 22 ff., 29 ff.

<sup>32</sup> Dreier/Schulze-Fielitz, Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Auflage (2015), Art. 20 Rn. 192, 191. Der Gesetzgeber dürfe typisieren, Konzepte erproben und die Eignung neuer Organisationsformen prüfen.

Der verfassungsrechtliche Grund dafür ist letztlich der Grundsatz der Gewaltenteilung aus Art. 20 II GG: Hiernach zeigt sich die zurückhaltende Prüfung der Verhältnismäßigkeit als Zurückhaltung der Judikative gegenüber dem Kompetenzbereich der Legislative.

<sup>25</sup> Jarass/Pieroth/Jarass (Fn. 6), Art. 3 Rn. 13.

<sup>26</sup> Jarass/Pieroth/Jarass (Fn. 6), Art. 3 Rn. 117.

<sup>27</sup> Das prägnanteste Beispiel ist die Gebärfähigkeit.

<sup>28</sup> Dreier/von Achenbach, (Fn. 24), Art. 3 II, III, Rn. 59.

<sup>29</sup> In der herrschenden Kommentarliteratur wird die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des PStG bzgl. Eintragungen im Geburtenregister (BVerfGE 147, 1) dahingehend ausgelegt, dass sich nur das Ungleichbehandlungsverbot des Art. 3 III GG auf das sog. dritte Geschlecht bezieht, nicht aber das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 II GG, siehe paradigmatisch: Epping/Hillgruber/Kischel (Fn. 22), Art. 3 Rn. 183, 219b und Dreier/von Achenbach (Fn. 24), Art. 3 II, III, Rn. 50 ff. Entgegen der herrschenden Meinung lässt sich der Entscheidung an den entsprechenden Stellen, BVerfGE 147, 1 (24, 28 f.), aber nicht entnehmen, dass das BVerfG einer Einbeziehung des dritten Geschlechts in Art. 3 II GG grundsätzlich entgegensteht. Gleichwohl kommt es hierauf in der vorliegenden Fallkonstellation nicht an.

<sup>30</sup> BVerfGE 85, 191 (206 f.) (Nachtarbeitsverbot für Frauen).

<sup>31</sup> Bericht der Bundesregierung zur Berufs- und Einkommenssituation

die Prüfung der Angemessenheit anhand eines *stufenlosen* Prüfungsmaßstabs, der zunächst gebildet werden muss.

Beachte: Lange wurde die Prüfung der Verhältnismäßigkeit und insbesondere der Angemessenheit anhand der folgenden Differenzierung vorgenommen: Die sog. *Willkürformel* fand bei einer sachbezogenen Differenzierung außerhalb des grundrechtssensiblen Bereichs statt. Es musste lediglich willkürliches staatliches Handeln ausgeschlossen werden, was immer der Fall war, wenn es plausible, sachliche Gründe für die Differenzierung gab. Demgegenüber stand die sog. *neue Formel*, die bei personenbezogenen Differenzierungen im grundrechtssensiblen Bereich anwendbar war. Gemäß der neuen Formel war umfassend die Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Teilweise findet sich diese Zweiteilung noch in der Fallbearbeitung. Es entspricht aber der nunmehr herrschenden Dogmatik des BVerfG, stets die Verhältnismäßigkeit zu prüfen, wobei der Prüfungsmaßstab bzw. die Prüfungsdichte anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu bilden ist.<sup>33</sup>

Der Prüfungsmaßstab kann bei einem Eingriff mit geringer Intensität auf eine reine Willkürkontrolle beschränkt sein, bei einem Eingriff mit hoher Intensität aber auch eine umfassende Angemessenheitsprüfung nötig erscheinen lassen.

Für eine *geringere Intensität* der Ungleichbehandlung können sprechen: bloß sach- bzw. verhaltensbezogene Ungleichbehandlung; Differenzierungsmerkmal ist für Betroffene verfügbar, d.h. Betroffene können der Differenzierung ausweichen; Gewährung von freiwilligen staatlichen Leistungen; Regelung von Massenentscheidungen; Regelung komplexer Lebenssachverhalte oder Prognoseentscheidung.

Für eine *gesteigerte Intensität* der Ungleichbehandlung können sprechen: personenbezogene Ungleichbehandlung; sachbezogene Differenzierung bewirkt unmittelbar Ungleichbehandlung von Personengruppen; Differenzierungsmerkmal ist für Betroffene nicht verfügbar, Betroffene können der Differenzierung nicht ausweichen; das Differenzierungsmerkmal steht den Merkmalen in Art. 3 III GG nahe oder entspricht diesen; negative Auswirkungen auf den Gebrauch von Freiheitsrechten oder Missachtung des Gebots der Folgerichtigkeit.<sup>34</sup>

Mit der Anknüpfung an das Geschlecht handelt es sich bereits um ein verbotenes Merkmal des Art. 3 III GG, das zudem personenbezogen ist und von den Betroffenen nicht beeinflusst werden kann. Außerdem ist die Geschlechtsidentität nicht oder höchstens sehr eingeschränkt verfügbar.

<sup>33</sup> Hömig/Wolff/Wolff (Fn. 12), Art. 3 Rn. 6, mit exemplarisch gebildeten sachgebietsbezogenen Prüfungsmaßstäben in Rn. 10, Epping/Hillgruber/Kischel (Fn. 22), Art. 3 Rn. 28 ff., insb. 45 ff. sowie Dreier/von Achenbach (Fn. 24), Art. 3 II, III, Rn. 48., Art. 3 I Rn. 35, 39 ff., insb. 45 ff., die grundsätzlich den stufenlosen Prüfungsmaßstab anwendet, aber sich gegen eine starre Verhältnismäßigkeitsprüfung ausspricht. Diese herrschende Ansicht stützt sich auf BVerfGE 129, 49 (49, 68 f.) (BAföG-Teilerlass).

<sup>34</sup> Die Ausführungen zum Prüfungsmaßstab sind von Epping (Fn. 16), S. 432 ff. Rn. 809 ff. übernommen.

Es bestehen auch Folgenachteile, die sich auf die Freiheitsrechte auswirken, z.B. das berufliche Fortkommen (Art. 12 I GG) oder die Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der Karriere (Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG).

Für einen eingeschränkten Prüfungsmaßstab spricht hier die Komplexität der Lebenssachverhalte. Die Gründe für Unterrepräsentationen sind komplex, sie lässt sich nur unter Berücksichtigung einer Vielzahl gesellschaftlicher Faktoren erklären. Andererseits kann ein solches diffuses Kausalitätsfeld nicht insgesamt dazu führen, dass beim Anknüpfen gesetzlicher Regelungen an höchstpersönliche Merkmale eine geringere gerichtliche Kontrolle stattfindet. Dementsprechend ist in diesem Fall eine umfassende Prüfung der Angemessenheit angezeigt.

Gegen ein angemessenes Verhältnis zwischen Zweck und Mittel des NGG spricht zunächst die besondere Intensität der möglichen Benachteiligungen der Regelungsadressat:innen. Diese tragen auf persönlicher Ebene die Konsequenzen für gesellschaftliche Missstände, auf die sie nur beschränkten Einfluss haben. Die Personen, die sich auf die entsprechenden Stellen bewerben, genügen gerade den Anforderungen, die der Art. 33 II GG und damit die Verfassung an sie stellt. Dazu tritt der Umstand, dass die Gründe für eine Unterrepräsentation eines Geschlechts, z.B. von Frauen in Führungspersonen im öffentlichen Dienst, schwierig zu benennen sind.<sup>35</sup> Aus dem o.g. Bericht der Bundesregierung (Fn. 29) ergibt sich, dass relevante Faktoren für den Erfolg der Berufslaufbahn sein können: Leben in alten oder neuen Bundesländern, das Alter, das Bildungsniveau, die staatliche Versorgung mit Altersrenten, die Aufteilung der Familienarbeit, der Gegenstand der Arbeit (insbesondere Sorgearbeit). Dies führt effektiv dazu, dass beispielsweise der Anteil der Frauen in Führungspositionen gering ist, also ist das Zusammenspiel der verschiedenen Faktoren, die zu einer Benachteiligung führen, komplex. Aus dieser Gemengelage eine so intensive Maßnahme wie § 13 V NGG abzuleiten, bedarf deswegen grundsätzlich einer tragfähigen Rechtfertigung.

Weiter kann gegen die Regelung angeführt werden, dass es sich nur um eine Symptombekämpfung<sup>36</sup> handelt: Mit dem Führungspersonal in der öffentlichen Verwaltung ist nur eine vergleichsweise kleine Personengruppe angesprochen, die zudem typischerweise ökonomisch gutgestellt ist. Zwar

<sup>35</sup> Man kann den vorliegenden Fall, wie hier geschehen, als Beispiel heranziehen. Dabei ist aber Vorsicht geboten, denn es wird nicht der Fall zwischen A und B verhandelt, sondern anlässlich deren Rechtsstreits abstrakt die Verfassungsmäßigkeit des NGG geprüft, vgl. Fn. 11.

<sup>36</sup> Vgl. etwa BeckOK GG/Kischel, 15.8.2023, GG Art. 3 Rn. 208a in plakativer Weise zu paritätisch besetzten Wahllisten: »Wie so oft setzt eine Quotierung also in gleichheitswidriger Weise bei den Symptomen an, anstatt in unproblematischer Weise bei den Ursachen zu beginnen: mehr Frauen für die Parteimitgliedschaft zu gewinnen (...).« Zwar handelt sich um einen anderen Kontext, der dahinterstehende Gedanke ist aber übertragbar.

ist der § 13 V NGG neutral formuliert, käme also theoretisch nicht nur dem Führungspersonal zugute. Faktisch relevant wird die Regelung aber im Bereich dieser Personengruppe. Dies war dem Gesetzgeber ausweislich des Sachverhalts nicht nur bewusst, sondern auch von ihm gewollt. Betrachtet man die o.g. für den beruflichen Erfolg relevanten Faktoren, so bestehen zahlreiche Handlungsmöglichkeiten, die ursachennäher wirken: So könnten die Lebens- und Erwerbsbiografien von Frauen aus den sog. neuen Bundesländern etwa im Rentensystem, im Steuersystem usw. bevorteilt werden, bestimmte Höchstalter für Einstellungen in den öffentlichen Dienst für Frauen hochgesetzt werden, bestimmte Qualifizierungs- und Bildungsmaßnahmen für Frauen etabliert werden, bei der Berechnung von Altersrenten bestimmte Sorgearbeit besonders bzw. weitreichender berücksichtigt werden. Es könnten die bestehenden gesetzlichen Maßnahmen zur Förderung der Vereinbarkeit von Familien- und Sorgearbeit (Mutterschutzgesetz, Elternzeit) ausgeweitet werden oder bestimmte Sorgearbeiten finanziell ausgeglichen oder besonders gefördert werden usw. Gegen einen Verweis auf diese Alternativen spricht gleichwohl, dass für viele der – bloß partikular – genannten, möglichen Maßnahmen, die eher an den Symptomen ansetzen, keine Gesetzgebungskompetenz des Landes Niedersachsen besteht.

Dogmatisch bleibt weiter die Frage zu beantworten, ob das Vorgehen des Gesetzgebers dadurch unangemessen wird, dass das gewählte Mittel der Einführung einer Quote in einem eindeutigen Missverhältnis zu den Zielen der Förderung von Familien- und Erwerbsarbeit sowie der gleichen Stellung von Mann und Frau in der öffentlichen Verwaltung steht, weil die gewählte Maßnahme im Verhältnis zu ihrer einschneidenden Wirkung schlicht ihrem selbstgesteckten Ziel nicht ausreichend dienlich ist.

Für die Beantwortung ist zunächst erneut auf die Einschätzungsprärogative des einfachen Gesetzgebers zu rekurrieren<sup>37</sup>, der Grundsatz der Gewaltenteilung gebietet eine zurückhaltende Prüfung auch der Angemessenheit. Das Bundesverfassungsgericht stellt keine genuin eigenen Ermessenserwägungen an, sondern überprüft die Erwägungen des Gesetzgebers auf ein auffälliges Missverhältnis.<sup>38</sup> Zieht man für die Auslegung den Willen des historischen verfassungsändernden Gesetzgebers bei Einführung des Art. 3 II 2 GG heran, so ergibt sich aus den Materialien, dass die Entscheidung, den Art. 3 II 2 GG als Staatsziel zu formulieren, bewusst getroffen wurde und kein Individualanspruch auf konkrete einzelne staatliche Maßnahmen begründet werden sollte.<sup>39</sup> Es sollte eine Förderungspolitik auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene angestoßen werden, der Staat soll nicht nur in rechtliche, sondern auch gesellschaftliche Bereiche wirken, er soll nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers gerade auch auf die Be-

seitigung beruflicher Nachteile hinwirken.<sup>40</sup> Zieht man dies für die weitere Auslegung heran,<sup>41</sup> so muss besonders betont werden, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber den staatlichen Organen – und damit allen voran dem einfachen Gesetzgeber – möglichst umfassende Handlungsmöglichkeiten einräumen wollte, er hat die konkretere Ausgestaltung bewusst in die politische Sphäre delegiert.<sup>42</sup> Zudem handelt es sich bei § 13 V NGG um eine Regelung, die auf Beseitigung beruflicher Nachteile zielt, was wiederum ebenfalls dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers entspricht. Mit Schaffung einer Quotenregelung ist außerdem nicht der Anspruch verbunden, dem Auftrag des Art. 3 II 2 GG nunmehr nachgekommen zu sein. Der Sachverhalt spricht von einer von mehreren Maßnahmen, das NGG ist daher im Kontext dieses Bündels und nicht isoliert zu betrachten.

Nach alledem lässt sich festhalten, dass es gerade die Sache des einfachen Gesetzgebers ist, in Bereichen unklarer Kausalität und komplexer Lebenssachverhalte, eine Entscheidung treffen zu dürfen. Ihm steht die Einschätzungsprärogative zu. Die gewählte Regelung entspricht zudem dem Willen des historischen verfassungsändernden Gesetzgebers und enthält Einschränkungen, nämlich eine Öffnungsklausel, um Härtefälle zu vermeiden und eröffnet der Behörde durch die Formulierung mit »darf« einen Ermessensspielraum, wodurch ihr die Möglichkeit eingeräumt wird, in eine Abwägung einzutreten, die dem Einzelfall gerecht wird. Ein eindeutiges Missverhältnis zwischen Mittel und Zweck kann daher nicht festgestellt werden. Die Regelungen des NGG sind angemessen.

(3) Zwischenergebnis

Das NGG ist folglich insgesamt verhältnismäßig.

cc) *Zwischenergebnis*

Die Ungleichbehandlung ist gerechtfertigt.

c) Ergebnis

Die §§ 1, 13 NGG verstoßen nicht gegen Art. 3 III Var. 1 GG.

### 3. Verletzung von Art. 3 I GG

Letztlich könnten die §§ 1, 13 NGG gegen Art. 3 I GG verstoßen. Voraussetzung dafür ist, dass eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung vorliegt, die verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist.

<sup>37</sup> Vgl. Fn. 32.

<sup>38</sup> Vgl. Schwerdtfeger/Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 15. Auflage (2018), S. 193 f., Rn. 465 f.

<sup>39</sup> BT-Drucksache 12/6000, S. 50.

<sup>40</sup> BT-Drucksache 12/6000, S. 50.

<sup>41</sup> Das Argument lässt sich zwar problemlos auch aus der allgemeinen verfassungsrechtlichen Dogmatik der Staatszielbestimmungen herleiten, gleichwohl können tiefere Kenntnisse zu den Gesetzgebungsmaterialien des Bundestages in der Klausursituation selbstverständlich nicht erwartet werden.

<sup>42</sup> Epping/Hillgruber/Kischel (Fn. 22), Art. 3 Rn. 53 ff., insb. 55; Dreier/von Achenbach (Fn. 24), Art. 3 II, III, Rn. 61.

#### a) Rechtlich relevante Ungleichbehandlung

Es liegt eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung vor: Im Falle der Unterrepräsentation in einem Bereich darf das jeweils unterrepräsentierte Geschlecht gem. § 13 V 1 NGG bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt eingestellt, befördert oder mit höherwertigen Aufgaben betraut werden, vgl. oben B. II. 2. A) aa) (3).

Sind allerdings die jeweiligen Vergleichspaare, die Anknüpfungspunkte der Ungleichbehandlung, identisch, verdrängt Art. 3 III GG als *lex specialis* den Art. 3 I GG im Wege der Spezialität.<sup>43</sup> Dies ist vorliegend der Fall, Art. 3 I GG ist nicht anwendbar.

Hinweis: An dieser Stelle lässt sich das Prinzip der Spezialität gut verdeutlichen. Der Art. 3 I GG verbietet generell Ungleichbehandlungen von wesentlich Gleichem bzw. die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem. Der Art. 3 III GG geht darüber hinaus und verbietet die Differenzierung aufgrund bestimmter Kriterien. Er setzt also präzisere Anforderungen an staatliches Handeln und ist demnach spezieller. Nach dem Prinzip der Spezialität (oder auch: *lex specialis derogat legi generali*) verdrängt eine Norm, die präzisere bzw. speziellere Voraussetzungen schafft, die allgemeinere Norm.<sup>44</sup> Wenn es sich also um das gleiche Vergleichspaar handelt (Stellenbesetzung in der öffentlichen Verwaltung mit Geschlecht als unterscheidendem Kriterium) und keine weitere Ungleichbehandlung in Betracht kommt, enthält Art. 3 III GG die vorrangigen Beurteilungsregeln für die Verfassungskonformität des staatlichen Handelns. Es bleibt dann kein Raum mehr für Art. 3 I GG.

#### b) Zwischenergebnis

Dementsprechend verstoßen die §§ 1, 13 NGG auch nicht gegen Art. 3 I GG.

### 4. Zwischenergebnis

Das NGG verstößt nicht gegen inhaltliche Vorschriften des GG und ist demnach materiell verfassungskonform.

### III. Zwischenergebnis Begründetheit

Der Normkontrollantrag ist unbegründet.

## C. Gesamtergebnis

Der Normkontrollantrag der Kammer des Verwaltungsgerichts gem. Art. 100 I 1, 2 Alt. 1 GG und §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat deshalb keine Aussicht auf Erfolg. Die Entscheidung des BVerfG erwächst gem. § 31 II BVerfGG in Gesetzeskraft.

<sup>43</sup> Jarass/Piero/roth/Jarass (Fn. 6), Art. 3 Rn. 134, 4.

<sup>44</sup> Reimers, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage (2020), S. 107 ff. Rn. 196 ff., insb. 199.

**ÖffR** Fallbearbeitung

Lea Kruse, Leonard Hoffmann und Dr. Ferdinand Weber\*

## Frequentierte Ruhestätte

Die Hausarbeit behandelte schwerpunktmäßig verwaltungsrechtliche Fragestellungen. Sie forderte von den Kandidatinnen und Kandidaten, sich mit einer weniger vertrauten Fallkonstellation aus dem Friedhofsrecht auseinanderzusetzen, in der eine eigene und freie Argumentation im Mittelpunkt stand. Letztlich folgt eine Fallfrage zu den europäischen Grundfreiheiten, welche zum klassischen (examensrelevanten) europarechtlichen Repertoire gehört.

### SACHVERHALT:

#### Teil 1

Die niedersächsische Stadt N plant für den 21. März 2023 zum Frühlingsbeginn eine öffentliche Mahnwache auf ihrem Grünbergfriedhof anlässlich des Klimawandels. Es handelt sich um einen kommunalen Friedhof der N, dessen Verwaltung dem städtischen Friedhofsamt obliegt. Seine Nutzung wird durch eine Friedhofssatzung geregelt. Der Friedhof liegt auf einer etwa vier Hektar großen, bewaldeten Erhebung im Stadtzentrum, in der sich aus Sicht der Stadt in den letzten Jahren klimabedingte Veränderungen bemerkbar gemacht haben, insbesondere das schnellere Austrocknen von Bäumen und Sträuchern. Aus diesem Grund soll die für jedermann zugängliche Mahnwache vor der Friedhofskappelle in Anwesenheit des Bürgermeisters stattfinden. Zudem sind Vorträge des zuständigen Stadtdezenten und eines Klimaforschers vorgesehen.

Als das Ehepaar Brudermeier hiervon erfährt, sieht es eine einmalige Gelegenheit, der Stadt den Spiegel ihrer falschen Politik vorzuhalten. Herr und Frau Brudermeier bekleiden hohe Positionen in der chemischen und verarbeitenden Industrie und sind davon überzeugt, dass sich eine sozialverträgliche »Transformation« der Gesellschaft, wenn überhaupt, nur durch einen starken Industriestandort machen lässt. Sie ärgern sich schon lange über die Einführung reiner »Fahrradzonen« in N, die ihre traditionellen Wege zur Arbeit mit dem PKW beträchtlich verlängern und haben sich selbst mit Studien versorgt, die sie zu der Überzeugung brachten, dass Vieles an der These vom menschengemachten Klimawandel auf Übertreibungen beruht.

Die von der Stadt vorgeschobenen Veränderungen der Friedhofsfauna seien ohnehin allein auf den erkennbaren Personalmangel im öffentlichen Dienst und eine deshalb vorhersehbar schlechte Baumpflege und Wasserversorgung zurückzuführen – also tatsächlich menschengemacht, aber nicht klimabedingt.

Die Eheleute melden deshalb Ende Januar 2023 mit zehn Mitstreitern aus ihrem privaten Studienkreis Klimawahrheit für den 21. März eine Versammlung für 30 Personen an. Sie soll zum Zeitpunkt der Mahnwache etwa 40 Meter entfernt von der Friedhofskappelle auf dem Friedhofsgelände stattfinden. Dabei sollen Transparente (»Klimablödsinn, Geldverbrenner – warum herrschen nur noch Spinner?« und »Sozialpolitik für Menschen, keine Steuergelder für Hirngespinnste!«) hochgehalten und, zwischen den Vorträgen und Reden der Mahnwache, Sprechchöre über ein Megafon eingeschoben werden.

Am 10. März geht ein Schreiben der Stadt N bei ihr ein. Diese untersagt die Versammlung unter Hinweis auf § 2 und § 3 der Friedhofssatzung und ordnet die sofortige Vollziehung der Untersagung an. Eine Versammlung als Gegendemo laufe dem Friedhofszweck als Ort der Ruhe und der pietätvollen Totenandacht diametral zuwider. Es handle sich um einen öffentlichen Raum mit besonderer Zweckbestimmung, der nicht dem Aufeinanderprallen politischer Meinungen und der Auseinandersetzung diene. Die Ausnahmeklausel in § 3 Friedhofssatzung ziele auf besondere religiöse und ähnliche Überzeugungen mit konkretem Bestattungsbezug ab und sei von vornherein nicht einschlägig.

Frau Brudermeier ist von alledem nicht überzeugt. Ein paar Kommunalpolitiker im Ehrenamt, die nebenbei auch Satzungen verfassen (lassen), können wohl kaum ihr Grundrecht auf Versammlungsfreiheit »aufheben«. Das passiere hier in der Sache aber durch die »Auflage«. Da es nur noch wenige Tage bis zur Mahnwache sind, wendet Frau Brudermeier sich an das Verwaltungsgericht und möchte schnell Gewissheit, wie es um die geplante Versammlung bestellt ist.

*Hat das Vorgehen von Frau Brudermeier hinsichtlich der Versammlung und des Grabmalantrags Aussicht auf Erfolg?*

### BEARBEITUNGSVERMERK:

Frau Brudermeier besitzt nur die niederländische Staatsangehörigkeit.

\* Lea Kruse studiert seit dem Sommersemester 2021 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Leonard Hoffmann ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Frank Schorkopf. Dr. Ferdinand Weber, MLE, ist Habilitand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Universität Göttingen. Der Beitrag geht aus einer Hausarbeit hervor, welche im Sommersemester 2023 im Rahmen der Großen Übung im Öffentlichen Recht bei Prof. Dr. Frank Schorkopf gestellt wurde.

**Teil 2**

Nachdem Herr Brudermeier eines unerwarteten Todes verstarb, möchte Frau Brudermeier die zuvor getroffene Vereinbarung mit ihrem Mann und auch auf ihren Wunsch die sterblichen Überreste ihres Mannes bis zur gewünschten Bestattung nicht in der Obhut »dieser Stadtregierung« belassen. Sie wendet sich deshalb an die zwei Straßen neben dem Friedhof befindliche, neu eröffnende Niederlassung der privaten Urnenaufbewahrungsfirma »I vostri cari Srl« aus Italien. Als die Stadt N von der Eröffnung und dem Vorhaben Frau Brudermeiers erfährt, sendet sie Schreiben an Frau Brudermeier und »I vostri cari Srl«. Die private Urnenaufbewahrung sei unzulässig, weil die Aufbewahrung sterblicher Überreste – was zutrifft – nur Betriebe in kommunaler Hand besorgen dürfen. Das finde seine Berechtigung in der gebührenden Achtung des Andenkens Verstorbener und Hygieneerwägungen, die beide in öffentlicher Hand gewährleistet werden, während bei privaten Unternehmen in diesem Bereich Gewinnerzielungsabsichten zu sehr im Vordergrund stünden. Der Zweigstelle der »I vostri cari Srl« aus Italien stehe hier folglich weder ein Recht zu, noch habe sie eine besondere Erlaubnis erhalten. Frau Brudermeier kann sie sich kaum vorstellen, dass es Lokalpolitikern überlassen ist, Unternehmen aus der Europäischen Union Betätigungsverbote zu erteilen. Der Inhaber von »I vostri cari Srl«, Mario de Morti, habe ihr gegenüber gesagt, er sehe etwaigen Maßnahmen der Stadt aufgrund seiner Firma schützenden Normen des Europarechts gelassen entgegen.

*Ist ein Verbot der gewerblichen Urnenaufbewahrung gegenüber »I vostri cari Srl« mit Europarecht vereinbar?*

**GLIEDERUNG****Teil 1: »Die Versammlung«**

- A. Zulässigkeit
  - I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
  - II. Statthafte Antragsart
  - III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog
  - IV. Rechtsschutzbedürfnis
    - 1. Vorheriger Antrag bei der Behörde
    - 2. Keine Bestandskraft des VA
    - 3. Vorherige Erhebung eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache
    - 4. Zwischenergebnis
  - V. Antragsgegner, § 78 VwGO analog
  - VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit
  - VII. Zwischenergebnis
- B. Begründetheit
  - I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung
  - II. Interessenabwägung
    - 1. Ermächtigungsgrundlage
    - 2. Formelle Rechtmäßigkeit
    - 3. Materielle Rechtmäßigkeit
      - a) Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 II 1 NVersG
        - aa) Versammlung
        - bb) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit
          - (1) Verstoß gegen § 3 der Friedhofssatzung (FS)
            - (a) Rechtmäßigkeit des § 3 der FS
            - (b) Zwischenergebnis
          - (2) Verstoß gegen den Widmungszweck des Friedhofes
            - (3) Zwischenergebnis
        - cc) Zwischenergebnis
      - b) Zwischenergebnis
    - 4. Zwischenergebnis der Interessenabwägung
  - III. Ergebnis der Begründetheit
- C. Ergebnis

**Teil 2:**

- A. Vereinbarkeit der gewerblichen Urnenaufbewahrung mit Europarecht
  - I. Anwendbarkeit
  - II. Schutzbereich
    - 1. Grenzüberschreitender Sachverhalt
    - 2. Persönlicher Schutzbereich
    - 3. Sachlicher Schutzbereich
    - 4. Zwischenergebnis
  - III. Beeinträchtigung
  - IV. Rechtfertigung
    - 1. Achtung der Verstorbenen
    - 2. Schutz der öffentlichen Gesundheit
    - 3. Zwischenergebnis
  - V. Ergebnis

## GUTACHTEN

### TEIL 1: »DIE VERSAMMLUNG«

Der Antrag von Frau Brudermeier hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig (A) und soweit er begründet (B) ist.

#### A. Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig, wenn sämtliche Sachentscheidungs-voraussetzungen vorliegen.

##### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein. Mangels einer aufdrängenden Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO. Dazu müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen, für die keine abdrängende Sonderzuweisung besteht. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt nach überwiegender Ansicht vor, wenn die streitentscheidende Norm ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt verpflichtet oder berechtigt.<sup>1</sup> Streitgegenstand bildet in diesem Fall die Versamlungsuntersagung. Als streitentscheidende Normen kommen die des NPOG oder des NVersG in Betracht. Beide berechtigen die zuständige Behörde, eine Maßnahme zu treffen. Eine Festlegung ist daher zu diesem Zeitpunkt noch nicht notwendig, es läge jedoch in beiden Fällen eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art liegt vor, wenn ein Rechtsverhältnis zwischen Verfassungsorganen besteht.<sup>2</sup> Frau Brudermeier ist eine private Klägerin, somit handelt es sich aufgrund mangelnder doppelter Verfassungsunmittelbarkeit um keine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Folglich ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

Der Bearbeitung gelingt im ersten Prüfungspunkt ein gelungener Einstieg, indem der Verwaltungsrechtsweg übersichtlich und konzise behandelt wird. Insbesondere bei verwaltungsrechtlichen Prüfungen sollte darauf geachtet werden, ob sich an dieser Stelle tatsächlich ein Problem verbirgt. Falls dem nicht so ist, empfiehlt sich ein kompakter Bearbeitungsstil. Hierdurch kann bereits früh gezeigt werden, dass Schwerpunkte gesetzt werden. Dies sollte sich dann auch dadurch ausdrücken, dass nicht überflüssige Unterebenen ausgenommen werden.

#### II. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem klägerischen Begehren gem. §§ 122 I, 88 VwGO. Frau Brudermeier begehrt, dass die Versammlung auf jeden Fall durchgeführt werden kann. Aufgrund des Umstands, dass nur noch wenige Tage bis zur Mahnwache sind, kommt nur ein Antrag im einstweiligen Rechtsschutz in Betracht. Gem. § 123

V VwGO ist der einstweilige Rechtsschutz nach § 123 I VwGO subsidiär gegenüber dem Rechtsschutz gem. § 80 V VwGO. Die Art des Antrags richtet sich nach dem Verfahren in der Hauptsache.<sup>3</sup> In diesem erfolgt die Abgrenzung nach dem intensiveren Rechtsschutz für den Antragsteller.<sup>4</sup> Vorliegend kommt es der Antragstellerin darauf an, dass die geplante Versammlung möglichst stattfinden kann.

Dafür müsste die Versamlungsversagung, ausgestellt von der Stadt N, beseitigt werden. Dies kann durch eine Anfechtungsklage in der Hauptsache erfolgen. Die Untersagung der Versammlung müsste einen VA gem. § 35 1 VwVfG iVm. § 1 I NVwVfG<sup>5</sup> darstellen. Die Versamlungsuntersagung stellt eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts dar, deren unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Somit wäre in der Hauptsache eine Anfechtungsklage einschlägig. Es kommt der Rechtsschutz gem. § 80 V VwGO in Betracht.

Sicherlich gibt es an dieser Stelle Stimmen, welche gerne hören, dass sich die Abgrenzung zwischen § 123 I VwGO und § 80 V VwGO danach richtet, ob Rechtsschutz aufschiebende Wirkung entfalten würde. Hierdurch würde sich der argumentative Aufbau leicht ändern, im Ergebnis jedoch zu keinem anderen Ergebnis führen. Wichtiger ist, auch an dieser Stelle, dass der Gutachtenstil eingehalten wird und die Thematik der statthafte Antragsart mangels im Sachverhalt angelegter Probleme übersichtlich und stringent behandelt wird. Im Schreiben der Stadt wird die sofortige Vollziehung gem. § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO angeordnet. Somit ist der Antrag gem. § 80 V 1 Alt. 2 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung statthaft.

#### III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Grds. finden auch die Vorschriften für die Anfechtungsklage Anwendung auf das vorläufige Rechtsschutzverfahren.<sup>6</sup> Der Kläger muss demnach analog § 42 II VwGO durch den Vollzug des VA möglicherweise in seinen Rechten verletzt sein. Vorliegend ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Antragstellerin in Art. 8 I GG verletzt ist. Problematisch könnte es sein, dass dieses Grundrecht nur den Deutschen zusteht, Frau Brudermeier jedoch die niederländische Staatsangehörigkeit besitzt. Zu klären ist, ob auch sie sich als Unionsbürgerin auf Art. 8 GG berufen kann.

Einer Ansicht nach können auch Deutschengrundrechte auf Unionsbürger angewendet werden. Dies ergibt sich aus

<sup>3</sup> Hartmann/Mann/Mehde/Hartmann, Landesrecht Niedersachsen, 3. Auflage (2020), § 6 Rn. 87.

<sup>4</sup> Gärditz, Rechtsschutz und Rechtsprechung, in: Herdegen/Masing/Po-scher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1. Auflage (2021), § 13 Rn. 82.

<sup>5</sup> § 1 I NVwVfG gilt im Folgenden als mitzitiert.

<sup>6</sup> Sodan/Ziekow/Puttler, Verwaltungsgerichtsordnung, Bd. 3, 5. Auflage (2018), § 80 Rn. 112; Schenke/Hug/Schenke/Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO, 28. Auflage (2022), § 80 Rn. 133.

<sup>1</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 17. Auflage (2021), § 3 Rn. 118.

<sup>2</sup> Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage (2019), § 17 Rn. 1018.

dem europäischen Diskriminierungsverbot der Art. 18 ff. AEUV. Dieses schreibt vor, dass Deutschengrundrechte unionsrechtskonform anzupassen sind und sich auch EU-Ausländer auf diese berufen können.<sup>7</sup>

Nach einer anderen Ansicht erscheint es überzeugender, keinen Rückgriff auf Art. 8 GG zu erlauben, sondern vereinfacht gesagt, den Schutz über Art. 2 I GG als Auffangtatbestand zuzubilligen.<sup>8</sup>

Beide Ansichten kommen zwar zu einem unterschiedlichen Ergebnis, dies ist jedoch unerheblich, da sich die EU-Ausländer zumindest auf Art. 2 I GG berufen können. Somit ist eine Verletzung von Art. 2 I GG nicht von vornherein ausgeschlossen. Demnach besteht analog § 42 II VwGO die Antragsbefugnis für Frau B.

Dieser Punkt wurde schön gesehen. Jedoch ist es inkonsequent, den Streit vorliegend nicht zu entscheiden. Der Obersatz fragt danach, ob sich Frau Obermeier auf Art. 8 I GG berufen kann. Es ist nicht dasselbe, wenn das Ergebnis lautet, dass sie sich nach einer Ansicht lediglich auf Art. 2 I GG berufen kann. An dieser Stelle hätte sich mit Hilfe der gängigen Argumente – welche erst später ausführlich unter B. II. 3. a. 2) b) aufgeführt werden – auseinandergesetzt werden können.

#### IV. Rechtsschutzbedürfnis

Für das Verfahren im Eilrechtsschutz müsste Frau Brudermeier ein Rechtsschutzbedürfnis aufweisen.

##### 1. Vorheriger Antrag bei der Behörde

Das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin könnte schon daran scheitern, dass es einen vorherigen Antrag bei der Behörde bedürfte. Unter Umständen könnte von dem Antragsersfordernis abgesehen werden. Aus einem Umkehrschluss des § 80 VI 1 VwGO ergibt sich, dass nur in Fällen des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO ein vorheriger Antrag gestellt werden muss.<sup>9</sup> Somit besteht im Falle des § 80 II 1 Nr. 4 kein Antragsersfordernis.

##### 2. Keine Bestandskraft des VA

Weiterhin würde kein Rechtsschutzbedürfnis bestehen, wenn der VA Bestandskraft entfaltet hätte. Für den Antrag nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO ist zwar keine Frist einzuhalten, jedoch darf der VA nicht bestandskräftig geworden sein. Ansonsten wäre das angestrebte Verfahren aussichtslos, wenn

der VA endgültig vollziehbar wäre.<sup>10</sup> Vorliegend hat der VA durch eine Verfristung keine Bestandskraft erlangt.

Achten Sie bei ihren Formulierungen auf die Klarheit ihrer Aussage. Hier könnte man die Kandidatin auch dahingehend verstehen, dass eine Verfristung vorliegt. Gemeint wurde wohl eher, dass keine Bestandskraft erwuchs, und zwar nicht »durch eine Verfristung« im Besonderen. Besser: »Mangels Verfristung im vorliegenden Fall hat der VA keine Bestandskraft erlangt.«

#### 3. Vorherige Erhebung eines Rechtsbehelfes in der Hauptsache

Umstritten ist, ob die Antragstellerin vorher bzw. zeitgleich einen Rechtsbehelf in der Hauptsache einlegen muss. Einerseits müsste dem Wortsinn des § 80 V 2 VwGO nach keine Anfechtungsklage vor dem Antrag erhoben werden. Jedoch läge dann gar kein Rechtsbehelf vor, dessen Suspensiveffekt wiederhergestellt werden kann.<sup>11</sup> Andererseits ist dies mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes, das aus Art. 19 IV GG resultiert, nur schwer vereinbar.<sup>12</sup> Da die Frist des § 74 VwGO nicht abgelaufen ist, besteht auch noch die Möglichkeit einer Klageerhebung. Somit ist es unerheblich, ob das Erheben eines Rechtsbehelfes notwendig ist.

#### 4. Zwischenergebnis

Folglich besteht das Rechtsschutzbedürfnis der Frau Brudermeier.

Zwar ist es üblich, dass das Rechtsschutzbedürfnis am Ende der Zulässigkeit geprüft wird. Es ist aber nicht schädlich, wie vorliegend zu verfahren.

#### V. Antragsgegner, § 78 VwGO analog

Der Antrag müsste gegen den richtigen Antragsgegner gerichtet werden. Analog § 78 VwGO ist dies die Behörde, die den VA erlassen hat.<sup>13</sup> Vorliegend hat die Stadt N die Versammlungsuntersagung erlassen. Somit ist sie analog § 78 I Nr. 1 Var. 3 VwGO die Antragsgegnerin.

Dies ist ungenau. Im Rahmen des § 78 I Nr. 1 VwGO wird auf den Rechtsträger der Behörde und gerade nicht auf die Behörde selbst abgestellt (vgl. § 78 Nr. 2 VwGO).

#### VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Frau Brudermeier und die Stadt N müssten jeweils beteiligten- und prozessfähig sein. Frau Brudermeier, als natürliche Person, ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Stadt N

<sup>7</sup> Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 9. Auflage (2021), § 30 Rn. 14; Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 16. Auflage (2020), Art. 8 Rn. 10; Ehlers, Die Weiterentwicklung des Staatshaftungsrechts durch das europäische Gemeinschaftsrechts, JZ 1996, 776 (781).

<sup>8</sup> v. Münch/Kunig/Ernst, Grundgesetz, 7. Auflage (2021), Art. 8 Rn. 25.

<sup>9</sup> Külpmann, Der erstinstanzliche gerichtliche Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO, in: Finkelberg/Dombert/Külpmann (Hrsg.), Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Auflage (2017), Rn. 899.

<sup>10</sup> Becker/Heckmann/Kempen/Manssen/Heckmann, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Auflage (2015), S. 134.

<sup>11</sup> Eyer mann/Hoppe (Fn. 6), § 80 Rn. 81; Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 20. Auflage (2022), Rn. 1498.

<sup>12</sup> BeckOK VwGO/Gersdorf, 01.01.2019, § 80 Rn. 164.

<sup>13</sup> Schenke (Fn.1), § 15 Rn. 593.

als juristische Person ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligten- und prozessfähig gem. § 62 III VwGO iVm. § 86 I 2 NKomVG.

## VII. Zwischenergebnis

Demzufolge ist der Antrag zulässig.

## B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn entweder die Vollziehungsanordnung formell fehlerhaft ist oder eine seitens des Gerichts vorzunehmende Interessenabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse der Frau B. das Vollziehungsinteresse der Stadt N überwiegt. Dies richtet sich primär nach den summarisch zu prüfenden Erfolgsaussichten der Hauptsache.

### I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Gem. des Bearbeitervermerks ist dies anzunehmen.

### II. Interessenabwägung

Der Antrag hat Aussicht auf Erfolg, wenn die durch das Gericht durchgeführte Interessenabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse der Frau B. das Vollzugsinteresse der Stadt N überwiegt.

Dieser Satz enthält eine kleine Doppelung, welche aber nicht negativ ins Gewicht fällt.

Dies richtet sich nach den Erfolgsaussichten in der Hauptsache, also ob die Versagung der Versammlung rechtmäßig ist und Frau B. in ihren Rechten verletzt ist. Dafür müsste sich die Versagung auf eine taugliche Ermächtigungsgrundlage stützen (1.), von der formell (2.) und materiell (3.) rechtmäßig Gebrauch gemacht wurde.

#### 1. Ermächtigungsgrundlage

Es müsste eine verfassungskonforme Ermächtigungsgrundlage vorliegen. Der Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG) verlangt, dass staatliches Handeln durch ein förmliches Gesetz legitimiert wird.<sup>14</sup>

Zunächst käme § 11 NPOG in Betracht. Diese ermächtigt allgemein, Maßnahmen zur Abwehr einer Gefahr zu treffen, also grds. auch das Verbot einer Versammlung. Gegen die Anwendung des § 11 NPOG könnte die sog. »Polizeifestigkeit« der Versammlung sprechen, soweit es sich um eine Maßnahme gegen die Versammlung als solche handelt.<sup>15</sup> Nach dem *lex-specialis* Grundsatz findet das NVersG in solchen Fällen Anwendung. Die Zusammenkunft von Frau Brudermeier und ihren Mitstreitern aus dem privaten

Studienkreis müsste eine Versammlung i.S.d. NVersG darstellen. Eine Versammlung i.S.d. NVersG ist gem. § 2 NVersG eine ortsfeste oder sich bewegende Zusammenkunft von mindestens zwei Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung. Bei dem geplanten Vorhaben von Frau B. handelt es sich um eine Zusammenkunft von erwarteten 30 Personen, die durch hochgehaltene Transparente mit politischen Parolen und Sprechchören übers Megafon kundgeben wollen. Mithin handelt es sich um eine Versammlung i.S.v. § 2 NVersG. Somit fällt § 11 NPOG als Ermächtigungsgrundlage weg.

Im Rahmen der Rechtsgrundlage zeigt die Bearbeiterin, dass sie das Versammlungsrecht auch systematisch einordnen kann. Schön ist, dass die Bearbeitung die wesentlichen Aspekte einer Versammlung kurz subsumiert, ohne hier einen Schwerpunkt zu setzen. Zwar sollte man es vermeiden, Systematik und Auslegung nicht fallbezogen auszuführen. An dieser Stelle bot es sich hingegen an, dem Korrektor einen sicheren Umgang mit dem Versammlungsrecht zu signalisieren. Anwendung findet daher § 8 II 1 NVersG, wodurch eine taugliche Ermächtigungsgrundlage gegeben ist. Anzumerken ist hingegen, dass neben einer Auseinandersetzung mit den nicht einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen selbstverständlich auch diejenigen genannt werden sollten, welche der Prüfung zugrunde gelegt werden. Es fehlt insofern an der Überleitung (§ 3 NPOG) in das korrekte Rechtsregime (§ 8 NVersG).

#### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Versammlungsversagung müsste formell rechtmäßig ergangen sein. Dies ist der Fall, wenn Zuständigkeit, Verfahren und Form gewahrt wurden. Die Stadt N müsste als zuständige Behörde gehandelt haben. Die sachliche Zuständigkeit für die Stadt N ergibt sich aus § 24 I 1 Nr. 1, 2 NVersG, die örtliche aus § 24 II 1 NVersG. Somit ist die Zuständigkeit gewahrt.

Das Verfahren müsste fehlerfrei abgelaufen sein. Vorliegend könnte es sein, dass ein Verfahrensfehler in Form einer fehlenden Anhörung vorliegt. Grds. müssen alle Beteiligten, die durch den VA negativ in ihren Rechten betroffen sind, gem. § 28 I VwVfG angehört werden.<sup>16</sup> In diesem Fall ist nicht ersichtlich, dass solch eine Anhörung stattgefunden hat. Jedoch kann diese gem. § 45 I Nr. 3, II VwVfG bis zum Abschluss der letzten mündlichen Verhandlung im Gerichtsverfahren nachgeholt werden. Unter dem Vorbehalt, dass die Anhörung noch nachgeholt wird, ist das Verfahren fehlerfrei abgelaufen. Dem Formerfordernis, dass ein schriftlicher VA gem. § 39 I VwVfG begründet werden muss, wurde Rechnung getragen. Somit ist der VA formell rechtmäßig ergangen.

<sup>14</sup> Jarass/Pieroth/Jarass (Fn. 8), Art. 20 Rn. 69.

<sup>15</sup> BVerwGE 129, 142 (147); Gröpl/Leinebach, Examensschwerpunkt des Versammlungsrechts, JA 2018, 8 (12).

<sup>16</sup> Kopp/Ramsauer/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 23. Auflage (2022), § 28 Rn. 1.

### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

Schließlich müsste die Versagung auch in materieller Hinsicht rechtmäßig sein. Dies ist der Fall, wenn alle Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sind und von der Rechtsfolge fehlerfrei Gebrauch gemacht wurde.

In der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit lag der Schwerpunkt dieses Teils. Bis zu diesem Punkt lässt sich sehr gut erkennen, was eine Schwerpunktsetzung ausmacht (wie oben vereinzelt bereits angesprochen). Erst ab hier folgen weitere Ausführungen zu einzelnen Punkten. Dies war unter anderem ausschlaggebend dafür, dass sich diese Bearbeitung von anderen absetzte. Die Schwerpunktsetzung führt in dieser Bearbeitung dazu, dass der Korrektor geführt wird und so auf die echten Probleme gelenkt wird. Im vorliegenden Fall boten die folgenden Punkte eine weitaus größere Projektionsfläche für verschiedene Argumente. Durch die Schwerpunktsetzung hat die Bearbeiterin hier Platz, um sich mit diesen nicht nur auseinanderzusetzen, sondern auch eigene Argumente zu entwickeln.

#### a) Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 II 1 NVersG

Grundsätzlich wird die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit in die Tatbestandsvoraussetzungen und die Rechtsfolgenseite getrennt. Man sollte hingegen beachten, dass die Ebenen kongruieren. Vorliegend wird zwar die Tatbestandsseite aufgemacht, eine Prüfung der Rechtsfolgenseite (konsequent unter b.) erfolgt jedoch nicht, weil die Prüfung unter a. bereits endet. Dem kann man abhelfen, indem man statt mit Unterebenen mit einleitenden Obersätzen arbeitet. So bleibt die Prüfung übersichtlicher und logisch.

##### aa) Versammlung

Die geplante Aktion der Frau B stellt unproblematisch eine Versammlung i.S.d. NVersG dar, s.o.

##### bb) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit

Weiterhin müsste die Durchführung der Versammlung eine unmittelbare Gefährdung für die öffentliche Sicherheit darstellen. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit deckt sich mit dem des NPOG.<sup>17</sup> Demnach fällt unter das Schutzzut der öffentlichen Sicherheit der Schutz der objektiven Rechtsordnung, des Staats und seiner Einrichtungen und Veranstaltungen sowie subsidiär (vgl. § 1 III NPOG) die subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen.<sup>18</sup>

Hier hätte die Bearbeiterin erneut systematische Aspekte einbringen können. Nachdem der *lex-specialis*-Grundsatz weiter oben bereits genannt worden ist, hätte hier auf

den *lex-imperfecta*-Grundsatz verwiesen werden können. Dennoch ist es auch hier schön, dass der Bezug zum allgemeinen Gefahrenabwehrrecht hergestellt wird.

#### (1) Verstoß gegen § 3 der Friedhofssatzung (FS)

Die anberaumte Versammlung könnte gegen die objektive Rechtsordnung verstoßen. Unter die objektive Rechtsordnung fallen Normen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, zudem auch sonstige Verbotsnormen.<sup>19</sup> In Frage steht, ob die Versammlung gegen § 3 FS verstoßen könnte. Die Satzung erklärt Versammlungen und andere Zusammenkünfte grds. für unzulässig. Es handelt sich um eine Verbotsnorm, die mithin unter die objektive Rechtsordnung fällt. Damit jedoch ein Verstoß gegen § 3 FS vorliegen kann, muss § 3 der Satzung rechtmäßig sein. Im Falle einer möglichen Rechtswidrigkeit würde die Norm, laut dem von der herrschenden Lehre vertretenen Nichtigkeitsdogma, keine juristische Geltung erlangen.<sup>20</sup> Bezüglich der Rechtmäßigkeit, insb. einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage für § 3 FS bestehen jedoch Zweifel.

Die Prüfung der Vereinbarkeit von § 3 FS mit höherrangigem Recht ist hier sehr schön eingeführt worden. Allerdings wirkt auch hier die Eröffnung einer Unterebene wieder unnötig, da (2) erneut das Zwischenergebnis bereits festhält.

#### (a) Rechtmäßigkeit des § 3 der FS

Um die oben geforderte Rechtmäßigkeit annehmen zu können, müsste eine taugliche Ermächtigungsgrundlage vorliegen. Von dieser müsste formell sowie materiell rechtmäßig Gebrauch gemacht worden sein.

§ 10 NKomVG könnte diese taugliche Ermächtigungsgrundlage darstellen. Dabei handelt es sich um eine Generalermächtigungsgrundlage für die Kommune zum Satzungs-erlass im eigenen Wirkungsbereich gem. Art. 28 II GG.<sup>21</sup> Aufgrund der allgemeinen Formulierung ist § 10 NKomVG nicht in der Lage, Eingriffe in Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte zu rechtfertigen.<sup>22</sup> In Konstellationen, in denen die Satzung in Freiheiten und Eigentum eingreift, bedarf es einer speziell gesetzlichen Befugnisnorm, wobei die Voraussetzungen für den Grundrechtseingriff hinreichend bestimmt sein müssten.<sup>23</sup>

Dies sind erneut recht allgemeine Ausführungen, denn die folgenden Ausführungen beschäftigen sich nicht mit einer anderen Befugnisnorm, sondern der abstrakten Vereinbarkeit des § 3 FS mit höherrangigem Recht, was hier auch Schwerpunkt war. Eine Beschäftigung mit der Rechtsgrundlage müsste auch zu §§ 13a, 20 NBestattG führen. Dies führt dann jedoch zu einer umständlichen Prüfung.

<sup>17</sup> Hartmann/Mann/Mehde/Mehde (Fn. 3), § 4 Rn. 152.

<sup>18</sup> Erbguth/Mann/Schubert/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Auflage (2020), § 13 Rn. 435.

<sup>19</sup> OVG Lüneburg NdsVBl. 2007, 216; NdsVBl. 2018, 53 (55)

<sup>20</sup> Sodan/Ziekow/Heckmann (Fn. 7), § 183 Rn. 12.

<sup>21</sup> PdK/Wefelmeier, 11.12.2022, § 10 NKomVG Rn. 2.

<sup>22</sup> Hartmann/Mann/Mehde/Hartmann (Fn. 3), § 6 Rn. 127.

<sup>23</sup> BeckOK NKomVG/Bahr, 01.04.2023, § 10 Rn. 15.

Aus diesem Grund wäre es vorzugswürdig gewesen, den § 3 FS als taugliche Rechtsgrundlage zu prüfen. Dort hätten dann die nachstehenden Erwägungen ebenso angestellt werden können. Der hiesige Aufbau ist jedoch vertretbar, insbesondere weil die Bearbeiterin die wesentlichen Argumente dennoch präsentiert.

Indem § 3 FS Versammlungen und andere Zusammenkünfte grds. für unzulässig erklärt und eine Ausnahmezulassung ermöglicht, wird der Kerngedanke des Art. 8 I GG angegriffen. Art. 8 I GG soll es ausdrücklich erlauben, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis zu versammeln. Unter Umständen könnte der ansonsten bestehende Eingriff in Art. 8 GG jedoch ausgeschlossen sein. Denn der Eingriff ist erst möglich, wenn sich auf dem Friedhof überhaupt auf Art. 8 GG berufen werden kann.

Hier scheint die Prüfung kurz etwas inkonsequent, weil in der Antragsbefugnis nicht entschieden wurde, ob sich Frau Brudermeier überhaupt auf Art. 8 I GG berufen kann. Auf die Stringenz der Prüfung sollte deshalb geachtet werden.

Art. 8 I GG gewährleistet zwar selbst zu bestimmen, wann, wo und unter welchen Modalitäten die Versammlung stattfinden soll. Jedoch schafft sie dem Bürger keinen Zutritt zu Orten, die der Öffentlichkeit nicht allgemein zugänglich sind oder der Widmung nach nur für bestimmte Zwecke geschaffen wurden.<sup>24</sup> § 2 FS bestimmt gerade, dass der Friedhof nur der Trauerverarbeitung und dem Gedenken an Verstorbene dienen soll. Orte, an denen der kommunikative Verkehr geöffnet wurde, sind jedoch auch für Versammlungen zugänglich und fallen somit auch in den Schutzbereich des Art. 8 GG.<sup>25</sup> Indem die Stadt auf dem Friedhof am 21. 3. 2023 eine für die Öffentlichkeit stattfindende Mahnwache für den Klimawandel veranstalten will, eröffnet sie für diesen Tag den Ort zur öffentlichen Kommunikation zu diesem Thema. Daher ist es möglich, sich an diesem Tag auf die Versammlungsfreiheit zu berufen, wenn sich die Versammlung thematisch auf den Klimawandel bezieht.<sup>26</sup>

Dies ist eine sehr richtige Beobachtung, welche entscheidend für die Falllösung war. Bearbeitende mussten hier den Sachverhalt aufmerksam lesen und verstehen, welche Konsequenzen die Mahnwache in diesem Kontext mit sich bringen, was ebenfalls in der gebotenen Länge behandelt wird.

Somit ist grds. ein Eingriff in Art. 8 I GG denkbar, da die Friedhofssatzung im Hinblick auf die Versammlungsfreiheit an diesem Tag zurücktritt. Aufgrund des Eingriffscharakters scheidet § 10 I NKomVG als Ermächtigungsgrundlage aus und es bedarf einer speziell gesetzlichen Ermächtigung.

Auf den ersten Blick könnte nun an eine analoge Anwendung von Art. 80 I 2 GG gedacht werden.<sup>27</sup> Jedoch

werden Rechtsverordnungen im Gegensatz zu Satzungen von der Exekutiven, meist in Form der Verwaltung, erlassen. Satzungen hingegen werden von demokratisch gewählten Organen, die durch die Wahl Satzungs- und Rechtssetzungskompetenz erlangen, beschlossen. Daher bedürfen Rechtsverordnungen einer formellen Anbindung an das Gesetz.<sup>28</sup> Aus diesen Gründen ist die analoge Anwendung von Art. 80 I 2 GG nicht möglich.

Zwar zielt diese Passage auf das korrekte Ergebnis (des nachfolgenden Absatzes). Es muss aber aufgepasst werden, dass sauber argumentiert wird. Eine so strikte Abgrenzung zwischen Rechtsverordnungen und Satzungen, von denen nur erstere von der Exekutive erlassen werden können, existiert wie von der Kandidatin behauptet, nicht. Vielmehr ist die Einräumung von Satzungsautonomie ein Problem der demokratischen Legitimierung.<sup>29</sup>

In Frage kommt noch § 13a Nds. BestattG. Diese Norm gibt der Gemeinde die Möglichkeit, eine Satzung zu erlassen, um die Friedhofsordnung zu regeln. Jedoch muss auch die Gemeinde hinsichtlich des kommunalen Satzungsrechts den Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 III GG beachten. Daraus ergibt sich, dass kein Verstoß gegen höherrangiges Recht vorliegen darf.<sup>30</sup> Im Hinblick auf § 3 der FS kommt durch § 13a Nds. BestattG ein Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt in Betracht. Dieser schreibt vor, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen in grundlegenden normativen Bereichen selbst zu entscheiden hat.<sup>31</sup> Besondere Relevanz kommt dem Parlamentsvorbehalt bei grundrechtsrelevanten Entscheidungen zu, denn im Bereich der Grundrechtsausübung muss der Gesetzgeber alle wesentlichen Regelungen selbst treffen.<sup>32</sup> Die parlamentsgesetzliche Norm muss den Rahmen der Eingriffsmöglichkeit bestimmen.<sup>33</sup> Diese oben angeführte Wesentlichkeit kann primär aus dem Eingriff in ein Grundrecht, aber auch aus der Intensität der Betroffenheit des Grundrechts, abgeleitet werden.<sup>34</sup> Vorliegend wird (wie oben schon beschrieben) in die verfassungsrechtlich geschützte Freiheit der Versammlung ohne Anmeldung und Erlaubnis eingegriffen. Grundlegend handelt es sich bei Art. 8 GG um ein wichtiges Element eines demokratischen Staates. Insbesondere die Bedeutung im Prozess des öffentlichen Meinungsbildes darf nicht verkannt werden, vielmehr stellt Art. 8 GG ein demokratisches Schlüsselgrundrecht dar.<sup>35</sup> Weiterhin dient das Grundrecht einer ungehinderten Persönlichkeitsentfaltung.<sup>36</sup> Und nicht zuletzt wird das Grundrecht

gen, WiVerw 2016, 37.

<sup>28</sup> Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage (2020), § 4 Rn. 26.

<sup>29</sup> Saurer, Exekutive Normsetzung, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Rn. 61 f.

<sup>30</sup> Brüning (Fn. 27), 37.

<sup>31</sup> BVerfGE 84, 212 (226); 101, 1 (34); 136, 69 (Rn. 107); 137, 350 (Rn. 3).

<sup>32</sup> Jarass/Pieroth/Jarass (Fn. 8), Art. 20 Rn. 72.

<sup>33</sup> BVerwGE 125, 68.

<sup>34</sup> Sachs/Sachs, Grundgesetz, 9. Auflage (2021), Art. 20 GG Rn. 117.

<sup>35</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Depenheuer, Grundgesetz, 99. EL (2022), Art. 8 Rn. 32.

<sup>36</sup> BVerfGE 69, 31 (343).

<sup>24</sup> BVerfG, NJW 2011, 1201 Rn. 65.

<sup>25</sup> BVerfG, NJW 2014, 2706 Rn. 16.

<sup>26</sup> BVerfG, NJW 2014, 2706 Rn. 19.

<sup>27</sup> Brüning, Kommunale Gestaltungsmöglichkeiten bei Friedhofssatzun-

vom Bundesverfassungsgericht als konstituierend für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung betitelt.<sup>37</sup> Es kann festgestellt werden, dass durch die Satzung nicht nur in einen grundlegenden normativen Bereich eingegriffen wird. Indem die Satzung Versammlungen grundsätzlich für unzulässig erklärt, mit Ausnahmemöglichkeit, und nicht nur Beschränkungen oder Einschränkungen ermöglicht, besteht ein intensiver Eingriff in Art. 8 GG. Somit kann davon ausgegangen werden, dass es sich um solch eine wesentliche Materie handelt, die vom Parlament selbst entschieden werden soll und nicht von der Kommune in Form einer Satzung. Um dem Parlamentsvorbehalt zu genügen, hätte in § 13a Nds. BestattG also festgelegt werden müssen, in welchem Rahmen die Gemeinden befugt sein sollen, in Grundrechte eingreifen zu dürfen. Ein Beispiel dafür bildet § 7 II 2, 3 des Sächsischen Bestattungsgesetzes.<sup>38</sup>

Die Ermächtigungsgrundlage verstößt also im Hinblick auf § 3 der FS gegen höherrangiges Recht in Form des Parlamentsvorbehaltes. § 13a Nds. Bestattungsgesetz bildet keine taugliche Ermächtigungsgrundlage.

Die Ausführungen zu Art. 80 GG, § 13a Nds. BStattG und zum Wesentlichkeitsvorbehalt sind mutig und gehen an dieser Stelle über den Erwartungshorizont hinaus. Es rundet die anfängliche Argumentation um die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht noch einmal ab. Die Ausführungen zum Wesentlichkeitsvorbehalt sind gut vertretbar und können letztlich überzeugen, indem vergleichbare Normen, hier aus dem Sächs. BestattG, herangezogen werden. Dies führt gleichzeitig vor das Auge, dass besonders kreative und *prima facie* unübliche Argumentationen überzeugen können. Wichtig ist nur, dass die Argumentation stringent, übersichtlich und gut recherchiert ist.

#### (b) Zwischenergebnis

§ 3 der Satzung ist demnach aufgrund einer fehlenden Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig. Die übrigen Normen der Friedhofssatzung weisen solche wesentlichen Grundrechtseingriffe nicht auf, sodass von einer Teilnichtigkeit der Satzung auszugehen ist.<sup>39</sup> Ein Verstoß gegen § 3 FS kommt daher nicht in Betracht.

#### (2) Verstoß gegen den Widmungszweck des Friedhofes

Es könnte eine Störung der öffentlichen Sicherheit vorliegen, wenn die Protestaktion gegen den Widmungszweck des Friedhofes verstoßen würde. Die Widmung einer öffentlichen Sache bestimmt die Benutzungsart und den Be-

nutzungsumfang.<sup>40</sup> § 2 FS legt den Zweck des Friedhofes dahingehend fest, dass Friedhöfe in besonderer Weise der Trauerverarbeitung und dem Gedenken an Verstorbene dienen sollen. Grds. soll dieser also einen Ort für die trauernden Angehörigen darstellen, um an den Verstorbenen zu erinnern. Frau B und ihre Mitstreiter wollen die Versammlung auf dem Friedhof nutzen, um den Politikern ihre »falsche« Politik vorzuhalten. Sie sind überzeugt, dass der Klimawandel auf Übertreibungen beruht. Insbesondere die Veränderungen der Friedhofsauna seien auf den Personal-mangel im öffentlichen Dienst und die daraus resultierende schlechte Versorgung zurückzuführen. Die Änderungen seien insofern menschengemacht, jedoch nicht klimabedingt. Sie wollen darauf durch Transparente mit entsprechenden Aufschriften und Sprechchören, die durch ein Megafon verbreitet werden, aufmerksam machen. Unproblematisch fällt dies nicht unter den oben angesprochenen Widmungszweck der Trauerverarbeitung oder Gedenken an die Verstorbenen. Ein Verstoß gegen den Widmungszweck kann jedoch nicht vorliegen, wenn die Gemeinde den Ort, in diesem Fall den Friedhof, durch die geplante öffentliche Mahnwache für die allgemeine Kommunikation eröffnet hat.<sup>41</sup> Die oben genannte Öffnung für die öffentliche Kommunikation<sup>42</sup> erweitert den Widmungszweck am besagten Tag dahingehend, dass sich mit dem Thema des Klimawandels auseinandergesetzt werden darf, in Form einer öffentlich zugänglichen Mahnwache, auf der Reden und Vorträge vom zuständigen Stadtdezernenten und einem Klimaforscher gehalten werden sollen. Die geplante Aktion von Frau B. und ihren Mitstreitern entspricht jedoch nicht dem Rahmen der Mahnwache.

Daher ist es entscheidend, ob der kommunikative Verkehr nur für vergleichbare Veranstaltungen, wie in diesem Fall einer Mahnwache, von der Gemeinde eröffnet werden darf, oder dieser für jegliche Veranstaltungen eröffnet ist. Klarstellung dahingehend wurde durch das BVerfG geschaffen: Zwischen der Versammlungsfreiheit und der Eröffnung des kommunikativen Verkehrs besteht ein unabdingbarer Zusammenhang.<sup>43</sup> Aus diesem Grund kann sich nicht auf die unterschiedlichen Ausgestaltungen der Aktionen berufen werden. Dies würde im Widerspruch zu der eigenen Öffnungsentscheidung der Friedhofsverwaltung stehen.<sup>44</sup> Somit kann sich daraus kein Verstoß gegen den Widmungszweck ergeben.

An dieser Stelle eine methodische Anmerkung: Man sollte darauf achten, dass Fußnoten nicht in der Subsumtion gesetzt werden, welche das Ergebnis der Subsumtion bestätigen sollen. Möchte man ein aus der Literatur oder Rechtsprechung entwickeltes Argument auf den Fall übertragen, so muss dies auch in der Fußnote gekennzeichnet werden. Für diese Fn. bspw. »Für die Öffnung eines

<sup>37</sup> BVerfGE 128, 226 (250).

<sup>38</sup> Andere Feiern bedürfen einer Genehmigung des Friedhofsträgers. Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass durch die Art der Bestattungs- oder Totengedenkfeiern das sittliche Empfinden der Allgemeinheit oder das religiöse Empfinden der Kirchen oder der Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften oder ihrer Mitglieder verletzt werden könnte.

<sup>39</sup> BeckOK GO NRW/Peters, 01.03.2023, § 7 Rn. 26.

<sup>40</sup> Hartmann/Mann/Mehde/Hartmann (Fn. 3), § 6 Rn. 55.

<sup>41</sup> Düring/Herzog/Scholz/Depenheuer (Fn. 36), Art. 8 GG Rn. 76.

<sup>42</sup> BVerfG NJW 2014, 2706 (Rn. 19).

<sup>43</sup> BVerfGE 128, 226 (252).

<sup>44</sup> BVerfGE 128, 226 (252).

öffentlichen Raums zugunsten der Kommunikation vgl. [...]« oder »Einen vergleichbaren Fall betreffend [...]«.

Um diesen Verstoß zu umgehen, müsste Frau B. sich als niederländische Staatsbürgerin jedoch auch auf Art. 8 I GG berufen können. Es handelt sich bei dem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit um ein Deutschengrundrecht. Somit ist zu klären, inwiefern sich der Schutzbereich auch auf Frau B. ausweitet. Es werden unterschiedliche Ansichten vertreten, ob dies möglich ist.

Dem strengen Wortsinn des Art. 8 I GG nach sind nur Deutsche Träger dieses Grundrechts. Der Begriff des Deutschen richtet sich nach Art. 116 I GG.<sup>45</sup> Frau B. fällt mithin nicht unter den Begriff des Deutschen iSv. Art. 116 I GG. Einer solch strengen Auslegung spricht jedoch das Antidiskriminierungsgebot des Art. 18 AEUV entgegen. Daher könnte Art. 8 I GG auch dahingehend ausgelegt werden, dass aufgrund des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots, Art. 18 ff. AEUV, Unionsbürger auch unter den Begriff des Deutschen iSv. Art. 8 I GG zählen.<sup>46</sup> Somit wäre es für Frau B möglich, sich auf Art. 8 I GG zu berufen.

Es wird auch vertreten, dass sich nicht in direkter Anwendung auf Art. 8 I GG berufen werden kann als EU-Bürger. Ein Schutz soll jedoch über den Auffangtatbestand des Art. 2 I GG erfolgen.<sup>47</sup> Um ein annähernd identisches Schutzniveau zu sichern, muss die Schranke der allgemeinen Handlungsfreiheit einschränkend i.S.e. analogen Anwendung der Schranke des Art. 8 I GG interpretiert werden.<sup>48</sup> Dieser Ansicht nach würde Frau B sich nicht auf Art. 8 I GG berufen können.

Beide Ansichten kommen zu einem unterschiedlichen Ergebnis, daher ist zu entscheiden, welcher Ansicht gefolgt werden kann. Gegen die Anwendung von Art. 2 I GG spricht, dass dadurch die vom Verfassungsgeber gewollte Differenzierung zwischen Ausländern und Deutschen unterlaufen werden würde. Zudem werden das Spezialitätenverhältnis zwischen Spezialgrundrecht, Art. 8 GG und den Auffanggrundrecht Art. 2 I GG nicht beachtet.<sup>49</sup>

Weiterhin verkennt diese Ansicht auch, dass das Unionsrecht den EU-Bürgern gegenüber anderen Ausländern Privilegien einräumt. Denn erstere sollen mit den Inländern nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich gleichgestellt werden. Daraus resultiert, dass es notwendig ist, dass Unionsbürger auch Träger von Deutschengrundrechten sein müssen. Somit ist letztgenannter Ansicht zu folgen.

Hier entstehen der Kandidatin sprachliche Ungenauigkeiten, welche Verwirrung stiften können. Es wird vor

allem dagegen argumentiert, Gehalt und Schranke von Art. 8 I GG auf Art. 2 I GG zu übertragen. Der letzte Satz des vorliegenden Absatzes soll sich dann auf die Meinung der europarechtsbedingten Gleichbehandlung beziehen, welche im Vorsatz anklängt. Dies ist nicht deutlich genug. Hier sollte im Ergebnissatz deutlich werden, welcher Meinung die Kandidatin folgt. Ein klassischer Streit wie vorliegend muss daher transparenter aufgebaut werden.

Grds. steht Frau B. also die grundrechtliche Freiheit aus Art. 8 I GG zu. Aus diesem Grund muss der Widmungszweck hinter den Art. 8 I GG zurücktreten. Daher kann kein Verstoß gegen den Widmungszweck vorliegen.

### (3) Zwischenergebnis

Demzufolge ist kein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit ersichtlich und auch nicht erwartbar.

#### cc) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 8 II NVersG ist nicht erfüllt.

#### b) Zwischenergebnis

In materieller Hinsicht wurde von der Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig Gebrauch gemacht.

Das ist ein ungenauer Satz. Man kann von einer Ermächtigungsgrundlage nur Gebrauch machen, wenn ihre Voraussetzungen gegeben sind. Hier liegen jedoch die Tatbestandsvoraussetzungen bereits nicht vor. Terminologisch spricht man von einem rechtswidrigen Gebrauch eher, sofern Ermessen in einer rechtswidrigen Art und Weise gebraucht worden ist.

### 4. Zwischenergebnis der Interessenabwägung

Der VA ist rechtswidrig. Daher ergibt die summarische Überprüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass das Aussetzungsinteresse der Frau B. überwiegt, denn die Stadt N kann aufgrund ihrer Bindung an Recht und Gesetz, normiert in Art. 1 III und 20 III GG, kein Interesse am Vollzug eines rechtswidrigen VA haben.

### III. Ergebnis der Begründetheit

Der Antrag von Frau B. ist begründet.

### C. Ergebnis

Der Antrag hat Aussicht auf Erfolg.

## TEIL 2:

Das Europarecht wird immer relevanter in der juristischen Ausbildung. Man sollte vor der Beantwortung der Fallfrage eine Standortbestimmung vornehmen und sich zunächst orientieren, welche Rechtsquellen vorliegend in Betracht

<sup>45</sup> BVerfGE 33, 1.

<sup>46</sup> Voßkuhle/Schemmel, Grundwissen-Öffentliches Recht: Die Versammlungsfreiheit, JuS 2022, 1113 (1114).

<sup>47</sup> Sachs/Höfling (Fn. 35), Art. 8 Rn. 50.

<sup>48</sup> Dörr/Grote/Marauhn/Brömer, EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 3. Auflage (2022), Kapitel 19 Rn. 16.

<sup>49</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Scholz (Fn. 35), Art. 9 Rn. 47.

kommen. Insbesondere im Europarecht sollten sich Bearbeitende bewusst darüber sein, ob es sich um Grundfreiheiten, Rechte aus der Europäischen Grundrechtecharta (GrCh) oder sogar aus der Europäischen Konvention für Grundfreiheiten und Menschenrechte (EMRK) handelt, ggf. auch wie diese korrelieren.<sup>50</sup> Die vorliegende Konstellation zielte auf eine Auseinandersetzung mit den Grundfreiheiten ab. Man kann hingegen auch an Rechte aus der GrCh denken. Dann muss man sich intensiver mit Art. 51 GrCh beschäftigen. Bei der vorliegenden Bearbeitung merkt man, dass sich mit dem Prüfungsaufbau europäischer Grundfreiheiten vorher auseinandergesetzt wurde.

## A. Vereinbarkeit der gewerblichen Urnenaufbewahrung mit Europarecht

Ein Verbot der gewerblichen Urnenaufbewahrung gegenüber »I vorstir cari Srl« könnte gegen Art. 49 AEUV, der Niederlassungsfreiheit, verstoßen. Zunächst müsste Art. 49 AEUV überhaupt Anwendung finden (I.) und der Schutzbereich eröffnet sein (II.). Weiterhin müsste das Verbot der Stadt N eine Beeinträchtigung dessen darstellen (III.) und diese Beeinträchtigung müsste rechtswidrig, also gerade nicht durch die Schranken des Art. 49 AEUV gerechtfertigt, sein (IV.).

### I. Anwendbarkeit

Zunächst müsste Art. 49 AEUV, als Primärrecht, überhaupt anwendbar sein. Dies ist der Fall, wenn es kein Sekundärrecht gibt, welches eine Regelung für den genannten Fall vorsieht.<sup>51</sup> Unter das Sekundärrecht fallen gem. Art. 288 AEUV Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse.<sup>52</sup> Vorliegend ist keine Normsetzung solcher Art bekannt, die die gewerbliche Urnenaufbewahrung regelt.

Weiterhin müsste das Primärrecht auch unmittelbar anwendbar sein. Dies ist der Fall, wenn das Primärrecht klare und eindeutige Verpflichtungen enthält, die unabhängig vom Erlass weiterer Rechtsakte erfüllbar sind.<sup>53</sup> Für die Grundfreiheiten des AEUV, also auch Art. 49 AEUV ist die unmittelbare Anwendung anerkannt.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Dazu können erste Aufsätze wie *Ruffert/Grischek/Schramm*, Europarecht im Examen – Die Grundrechte, JuS 2020, 1022 und *Dies.*, Europarecht im Examen – Die Grundfreiheiten, Jus 2021, 407 sowie der Examenskurs von Prof. Dr. Frank Schorkopf (abrufbar unter: <https://www.uni-goettingen.de/de/examenskurs+eur/632731.html>, zuletzt abgerufen am 2.8.2023) helfen, sich einen Überblick zu verschaffen.

<sup>51</sup> *Sauer*, Staatsrecht III, 7. Auflage (2022), § 8 Rn. 12.

<sup>52</sup> *Ruffert/Grischek/Schramm*, Europarecht im Examens-Rechtsquellen und Rechtssetzung im Unionsrecht, JuS 2020, 413.

<sup>53</sup> v. der Groeben/Schwarze/Hatje/Lachmeier/von Förster, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage (2015), Art. 216 AEUV Rn. 18.

<sup>54</sup> *Sauer* (Fn. 51), § 8 Rn. 12.

## II. Schutzbereich

Der Schutzbereich des Art. 49 AEUV müsste in persönlicher sowie sachlicher Hinsicht eröffnet sein. Zudem müsste ein grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben sein.

### 1. Grenzüberschreitender Sachverhalt

Zunächst müsste ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegen. Dafür ist es ausdrücklich des EUGH ausreichend, wenn der Wohnort und der Tätigkeitsstaat auseinanderfallen.<sup>55</sup> Auch Zweigstellen sind dem Wortlaut des Art. 49 AEUV nach davon umfasst. Vorliegend eröffnet die Firma »I vorstir cari Srl« eine Zweigstelle in der Stadt N. Die Firma stammt aus Italien. Somit ist ein grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben.

### 2. Persönlicher Schutzbereich

In persönlicher Hinsicht schützt die Niederlassungsfreiheit denjenigen, der auch Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der EU ist.<sup>56</sup> Bei dem Betreiber der Urnenaufbewahrungsfirma Mario de Morti handelt es sich um einen italienischen, mithin EU-Staatsbürger. Somit ist der persönliche Schutzbereich eröffnet.

Gefragt wurde nach der Vereinbarkeit der Regelung gegenüber der »I vostri cari Srl« und nicht des M. Natürliche und juristische Person sind nicht das gleiche. Über Art. 54 AEUV ist der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit auch für juristische Personen eröffnet.

### 3. Sachlicher Schutzbereich

Auf sachlicher Ebene berechtigt Art. 49 AEUV juristische sowie natürliche Personen eine dauerhafte selbstständige Tätigkeit auszuüben, in einem Mitgliedsstaat unter den Bedingungen, wie sie für die Inländer gelten.<sup>57</sup> Mario die Morti ist selbstständiger Inhaber der Urnenaufbewahrungsfirma, die gegen Entgelt arbeitet. Entscheidendes Kriterium für die Zuordnung der Tätigkeit zur Niederlassungsfreiheit ist jedoch die Dauerhaftigkeit. Dieses Kriterium dient der Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV). Aus dem Sachverhalt gehen keine Angaben hervor, die gegen eine Dauerhaftigkeit sprechen würden. Vielmehr spricht auch das Anzeichen einer niedergelassenen Zweigstelle für die Dauerhaftigkeit.<sup>58</sup> Das gewerbliche Aufbewahren von Urnen im Fall von Mario de Morti steht auch nicht in Verbindung mit der Ausübung von hoheitlicher Gewalt.<sup>59</sup> Daher

<sup>55</sup> *Grabitz/Hilf/Nettesheim/ForsthoFF/Eisendle*, Das Rechts der Europäischen Union Bd. 1, 78. EL (2023), Art. 45 AEUV Rn. 52.

<sup>56</sup> *Callies/Ruffert/Korte*, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 6. Auflage (2022), Art. 49 AEUV Rn. 8.

<sup>57</sup> *Pache*, Grundfreiheiten, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, § 10 Rn. 175.

<sup>58</sup> *Callies/Ruffert/Korte* (Fn. 67), Art. 49 AEUV Rn. 43.

<sup>59</sup> *Streinz/Müller-Graff*, EUV/AUV, 3. Auflage (2018), Art. 51 AEUV Rn. 4.

ist keine Ausnahme gem. Art. 51 AEUV ersichtlich. Der sachliche Schutzbereich ist eröffnet.

Hier wird sehr schön eine kurze Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit vorgenommen.

#### 4. Zwischenergebnis

Der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit ist eröffnet.

### III. Beeinträchtigung

Es müsste eine Beeinträchtigung vorliegen. Diese liegt nach der sog. »Gebhard-Formel« vor, wenn die Maßnahme geeignet ist, die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.<sup>60</sup> Zudem handelt es sich bei der Niederlassungsfreiheit nicht nur wie lange Zeit anerkannt, um ein Diskriminierungsverbot, sondern auch um ein darüberhinausgehendes Beschränkungsverbot.<sup>61</sup> Indem die Stadt N dem Betreiber der Firma ein Verbot seiner Tätigkeit ausspricht, liegt ein absolutes Zugangshindernis vor.<sup>62</sup> Aus diesem Grund handelt es sich um eine Beschränkung, ohne Verbot.<sup>63</sup> Mithin liegt eine Beeinträchtigung des Art. 49 AEUV vor. Weil es für die Rechtfertigung von Grundfreiheitsbeeinträchtigungen eine Rolle spielen kann, hätte zwischen einer Beeinträchtigung und einer mittelbaren Diskriminierung weiter differenziert werden können.

### IV. Rechtfertigung

Jedoch besteht die Möglichkeit einer Rechtfertigung dieses Eingriffs. Grds. kämen zunächst Art. 52 I AEUV, aber auch zwingende Gründe des Allgemeinwohls als Rechtfertigungsgründe in Betracht.<sup>64</sup>

Die zwingenden Gründe des Allgemeinwohls wurden nicht abschließend geregelt, beispielhaft aufgezählt werden jedoch vom EuGH die Lauterkeit des Handelsverkehrs, die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle oder der Schutz der öffentlichen Gesundheit.<sup>65</sup> Voraussetzung für eine Rechtfertigung der o.g. Beeinträchtigung ist jedoch, dass die Beschränkung in der Lage ist, das durch sie verfolgte Ziel zu erreichen und nicht über ein erforderliches Maß hinausgeht.<sup>66</sup>

Aufgrund einer nicht vorhandenen Sonderregelung greift Art. 52 I AEUV in diesem Fall nicht als Rechtfertigungs-

grund.<sup>67</sup> Dies ist erklärungsbedürftig. Art. 52 AEUV ist zunächst die einschlägige Schranke für die Beeinträchtigung. Mit der »Sonderkonstellation« meint die Bearbeiterin, dass eine auf Ausländer abzielende Regelung, also eine offene Diskriminierung, vorliegt. Damit hätte sich jedoch weiter auseinandergesetzt werden müssen, so z.B. ob eine Anwendbarkeit mit mittelbaren Diskriminierungen auch möglich sei. Dass die bereits in der letzten Anmerkung angesprochene Differenzierung fehlt, schafft hier kleinere Unklarheiten, die zulasten des Verständnisses der Bearbeitung gehen.

### 1. Achtung der Verstorbenen

Als ersten möglichen Rechtfertigungsgrund für das Verbot führt die Stadt N die gebührende Achtung des Andenkens an den Verstorbenen an. Ihrer Ansicht kann dies nur durch die kommunale Hand gewährleistet werden. Anerkanntermaßen handelt es sich dabei um einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses.<sup>68</sup> Grds. ist erst einmal festzustellen, dass es möglich ist, wenn die Urne in privater Hand aufbewahrt wird, dass durch pietätlosen Umgang oder sonstige Verhaltensweisen das Ansehen der Verstorbenen beschmutzt werden kann. Ein allumfassendes Verbot, wie das der Stadt N, ist zwar grds. in der Lage dies zu verhindern. Es muss sich jedoch vor dem Gedanken des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Frage gestellt werden, ob dies überhaupt erforderlich ist und nicht über das Erforderliche hinausgeht.<sup>69</sup> Gegen ein generelles Verbot könnte angeführt werden, dass es auch ausreichen würde, eine Art Katalog mit Verhaltensregeln auszustellen, die einzuhalten sind im Umgang mit der Asche Verstorbener. Diese Regeln könnten in der Art an die Standards angepasst werden, sodass keine Bedenken mehr bestehen würden, dass die Urnenaufbewahrung in privater Hand hinter den Standards der öffentlichen Aufbewahrung zurückbleibt. Zudem könnten durch die kommunale Hand auch unangekündigte Kontrollen durchgeführt werden. Somit könnte auf diese Weise ein ebenso pietätvoller Umgang mit den Aschen der Verstorbenen gesichert werden, ohne ein generelles Verbot auszusprechen. Somit fehlt es an der Erforderlichkeit der Regelung.

### 2. Schutz der öffentlichen Gesundheit

Weiterhin gibt die Stadt zu bedenken, dass durch die private Aufbewahrung von der Asche hygienische Probleme auftreten, die den Schutz der öffentlichen Gesundheit gefährden könnten. Dieser wird wie oben geschildert unproblematisch als zwingender Grund des Allgemeininteresses anerkannt.<sup>70</sup> Es ist festzustellen, dass eine Urnenaufbewahrungsfirma lediglich, wie der Name schon ausdrückt, die Urne aufbewahrt. In dieser befindet sich nicht mehr die Leiche des Verstorbenen, sondern lediglich seine Asche. Dahingehend ist zu beachten, dass vom EuGH festgestellt wurde, dass durch die Hitze der Einäscherung die Asche des Verstorbenen steril

<sup>60</sup> Ruffert/Grischek/Schramm, Europarecht im Examen-Die Grundfreiheiten, JuS 2021, 407 (411).

<sup>61</sup> Grabitz/Hilf/Nettersheim/Forstthoff (Fn. 55), Art. 49 AEUV Rn. 88.

<sup>62</sup> Musli/Weber-Greller/Musli, Europäisches Steuerrecht, 2. Auflage (2022), Art. 49 AEUV Rn. 29.

<sup>63</sup> Callies/Ruffert/Korte (Fn. 56), Art. 49 Rn. 65.

<sup>64</sup> Pechstein/Nowak/Häde/Kainer, Frankfurter Kommentar zur EUV, GRC und AEUV, Bd. 2, 1. Auflage (2017), Art. 49 AEUV Rn. 70.

<sup>65</sup> Cremer, Die Grundfreiheiten des Europäischen Unionsrecht, JA 2015, 39 (52).

<sup>66</sup> EuGH, NJW 1996, 579 (Gebhard); EuGH, NJW 2017, 1455 (Piringer).

<sup>67</sup> Callies/Ruffert/Korte (Fn. 56), Art. 49 Rn. 72.

<sup>68</sup> Ogorek, Verbot gewerblicher Urnenaufbewahrung-Niederlassungsfreiheit, JA 2019, 713 (715).

<sup>69</sup> Pechstein/Nowak/Häde/Kainer (Fn. 64), Art. 49 AEUV Rn. 72.

<sup>70</sup> Siehe oben.

wird.<sup>71</sup> Aus diesem Grund können als Rechtfertigungsgrund keine hygienischen Erwägungen herangezogen werden.

Werte- und Moralverstoß durch die im Vordergrund stehende Gewinnerzielungsabsicht

Zuletzt versucht die Stadt in das Verbot für die private Urnenaufbewahrung vor dem Hintergrund der Gewinnabzielungsabsicht der privaten Betriebe zu rechtfertigen. Normalerweise soll bei der Urnenaufbewahrung der Gewinnaspekt nicht beachtet werden. Vielmehr sollen moralische und religiöse Werte der Allgemeinheit im Vordergrund stehen. Zunächst erscheint schon problematisch, ob es sich dabei überhaupt um einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses handeln. Dies kann jedoch dahinstehen, denn auch in öffentlicher Hand müssen Gebühren für die Aufbewahrung der Aschen entrichtet werden.<sup>72</sup> Die Absicht der Gewinnerzielung könnte auch dahingehend gedeckelt werden, dass es eine Art Gebührenordnung gibt, auf der eine Art Preisliste festgeschrieben ist. Es ist also festzuhalten, dass es widersprüchlich erscheint, wenn die Stadt anbringt, dass nur die Gewinnerzielungsabsichten im Vordergrund stehen würde, denn ihre Gebühren würden auch den moralischen und religiösen Werten widersprechen. Auch aus diesem Argument kann keine Rechtfertigung der Beeinträchtigung erfolgen.

### **3. Zwischenergebnis**

Aus den oben genannten Gründen kann keine Rechtfertigung der Beschränkung von Art. 49 AEUV erfolgen.

### **V. Ergebnis**

Daher ist das Verbot privater Urnenaufbewahrung nicht mit der Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV, vereinbar und steht somit auch nicht im Einklang mit dem Europarecht.

---

<sup>71</sup> EuGH C 342/17, BeckRS 2018, 28332.

<sup>72</sup> *Ogorek* (Fn. 68), JA 2019, 713 (715).

**StrafR** Fallbearbeitung

Ricarda Bardowicks, Julia Biastoch und Katharina Reisch\*

# Der Impfpass

## Fallbearbeitung im Strafrecht für Fortgeschrittene

Der dem Beitrag zugrundeliegende Sachverhalt war Gegenstand einer Klausur in der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene im Sommersemester 2022 bei Herrn Prof. Dr. Boris Burghardt. Die Klausur behandelt klassische strafrechtliche Fragestellungen im Bereich der Urkunden-, Vermögens- und Straßenverkehrsdelikte. Die Bearbeitung von Ricarda Bardowicks wurde mit »sehr gut« bewertet.

### SACHVERHALT

Es ist März 2022. Der aus äußerst wohlhabender Familie stammende Student S hat früher ein ausschweifendes Partyleben geführt, das durch die Corona-Beschränkungen ein jähes Ende gefunden hat. Für viele seiner Freunde läuft die Partysaison inzwischen wieder an – nicht jedoch für S, der sich nicht impfen lassen möchte.

Als die Neuauflage der beliebten »Juristinnen-Sause« angekündigt wird, steht für S fest, dass er bei diesem Event trotzdem unbedingt dabei sein muss. Im Internet sucht S daher nach Möglichkeiten, die Zutrittsbeschränkungen der Veranstaltung zu umgehen. Dabei stößt er auf die Internetseite der H, die von ihr vollständig ausgefüllte Impfpässe mit Original-Chargenaufkleber und Stempel des Göttinger Impfzentrums für 250 Euro anbietet. S nimmt über die hinterlegte Emailadresse Kontakt zu H auf. Sie vereinbaren, dass S das Geld vorab überweist und das Dokument dann per Post an eine Packstation geliefert wird. S ist erfreut über die einfache Abwicklung und überweist H direkt den Betrag. Auf den Impfpass wartet er jedoch vergeblich. Tatsächlich hatte H nie vor, einen Impfpass zu fälschen und an S zu verschicken. Auf H sind bereits über hundert andere Personen hereingefallen.

S ist aufgrund dieses Fiaskos sehr verärgert. Er beschließt nun, die Sache selbst in die Hand zu nehmen und besorgt in einer Apotheke einen Blanko-Impfpass. In das Heft trägt er zwei Impfungen mit einem zugelassenen Corona-Impfstoff für den 26. April 2021 und den 6. Juni 2021 ein. Die Chargenaufkleber erstellt er selbst am Computer und klebt sie ein. Abschließend unterschreibt er mit dem Namen seiner Hausärztin Dr. Elke Ehrlich.

\* Ricarda Bardowicks ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Uwe Murmann an der Georg-August-Universität Göttingen. Julia Biastoch ist wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie von Prof. Dr. Alexander Baur an der Georg-August-Universität Göttingen. Katharina Reisch ist wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Uwe Murmann.

Als das Dokument fertig ist, ruft er seinen Kumpel K an und verabredet sich voller Vorfreude mit ihm für den kommenden Abend für die »Juristinnen-Sause«. Wie besprochen, treffen sich S und K vor der Disco und stellen sich, die Impfausweise und das Eintrittsgeld schon parat haltend, in die Schlange. Den Einlass kontrolliert unter anderem der Security-Mitarbeiter M. S übergibt M auf dessen Aufforderung hin für die Einlasskontrolle seinen neuen »Impfpass«. M erkennt die Fälschung jedoch bei der Begutachtung aufgrund des selbst gebastelten Chargenaufklebers. Er verwehrt S den Zutritt und steckt das Dokument direkt in seine Hosentasche, um es später zu Beweis Zwecken der Polizei zu übergeben. S wird nun sehr wütend und verlangt lautstark die sofortige Rückgabe. M bleibt jedoch hart. Da S sich nicht traut, sich den Impfpass mit Gewalt von dem körperlich überlegenen M zurückzuholen, zeigt er ihm noch den Mittelfinger und zieht frustriert von dannen.

Immerhin kennt der S einen Weg, um sich wieder in bessere Stimmung zu bringen: Er steigt in seinen schwindelerregend teuren Sportwagen und macht sich auf den Weg zur Autobahn, um dort mit seinem flotten Sportwagen seine eigene Party zu feiern. Auf der A2 zwischen Berlin und Hannover drückt der S gegen 2:30 Uhr morgens in einem Autobahnabschnitt ohne Geschwindigkeitsbegrenzung kräftig aufs Gas, hört die 1.500 PS seines Bugattis und beschleunigt auf 417 km/h. Ziel der von S mittels einer Actioncam gefilmten Fahrt ist vor allem, seiner stetig wachsenden Fangemeinde mit einem Video zu beweisen, dass er fast die maximale Geschwindigkeit seines Fahrzeugs von 420 km/h erreichen kann. In dem Video ist zu sehen, dass S einen auf dem mittleren Fahrstreifen mit etwa 120 km/h fahrenden PKW rechts überholt. Erkennbar ist auch, dass er als geübter Fahrer sein Fahrzeug die ganze Fahrt über und auch bei diesem Überholmanöver sicher beherrscht. Bei einer Geschwindigkeit von 417 km/h hat sein Fahrzeug einen Bremsweg von etwa 500 Metern. Die Witterungsbedingungen und Straßenverhältnisse könnten für eine derartige Fahrt kaum besser sein, zumal um diese Uhrzeit kaum jemand unterwegs ist. Darauf kam es dem S auch an, da er neben seinem Studium als semiprofessioneller Freizeit-Rennfahrer über diverse Rennstrecken düst und sich der Risiken einer solchen Fahrt bewusst ist. Ein unnötiges Risiko will er nicht eingehen und ihm ist wichtig, dass niemand zu Schaden kommt. Andere Personen oder Fahrzeuge gefährdet er tatsächlich nicht und S fährt nach ca. 45 Minuten euphorisch nach Göttingen zurück.

Am nächsten Tag erstattet M wie geplant Anzeige wegen des gefälschten Impfpasses und händigt das Dokument der diensthabenden Polizistin aus. Kurz darauf wird S zur

polizeilichen Vernehmung geladen und nach ordnungsgemäßer Belehrung zur Herkunft des gefälschten Impfpasses befragt. S räumt ein, das Dokument vorgezeigt zu haben, gibt aber an, dass H die Herstellerin des Dokuments gewesen sei. Die Polizei leitet daraufhin auch gegen H ein Ermittlungsverfahren ein.

*Strafbarkeit von H, S und M nach dem StGB? Die §§ 268, 269, 275-282 StGB sind nicht zu prüfen. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.*

## GLIEDERUNG

### 1. Tatkomplex: Der Impfpass

#### Strafbarkeit der H

- A. Betrug gegenüber und zu Lasten des S, § 263 I, III 2 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 2 Alt. 2 StGB
  - I. Tatbestand
    - 1. Objektiver Tatbestand
      - a) Täuschung über Tatsachen
      - b) Irrtum
      - c) Vermögensverfügung
      - d) Vermögensschaden
    - 2. Subjektiver Tatbestand
      - a) Vorsatz und Bereicherungszweck
      - b) Stoffgleichheit
      - c) Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Vorsatz diesbezüglich
  - II. Rechtswidrigkeit und Schuld
  - III. Strafzumessung
    - 1. Gewerbsmäßigkeit, Nr. 1 Alt. 1
    - 2. Große Zahl von Menschen, Nr. 2 Alt. 2
  - IV. Ergebnis
- B. Urkundenfälschung, § 267 I Var. 1

#### Strafbarkeit des S

- A. Urkundenfälschung, § 267 I Var. 1
  - I. Tatbestand
    - 1. Objektiver Tatbestand
    - 2. Subjektiver Tatbestand
  - II. Rechtswidrigkeit und Schuld
  - III. Ergebnis
- B. Urkundenunterdrückung, § 274 I
- C. Versuchter Betrug gegenüber M und zu Lasten des Discoinhabers, §§ 263 I, II, 22, 23 I
- D. Beleidigung, § 185 Alt. 1
  - I. Tatbestand
    - 1. Objektiver Tatbestand
    - 2. Subjektiver Tatbestand
  - II. Rechtswidrigkeit und Schuld
  - III. Ergebnis

#### Strafbarkeit des M

- A. Diebstahl des Impfpasses, § 242 I

- I. Tatbestand
  - 1. Objektiver Tatbestand
  - 2. Subjektiver Tatbestand
    - a) Vorsatz
    - b) Zueignungsabsicht
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld
- IV. Ergebnis
- B. Urkundenunterdrückung, § 274 I

### 2. Tatkomplex: Die Heimfahrt

#### Strafbarkeit des S

- A. Verbotenes Kraftfahrzeugrennen, § 315d I Nr. 3
  - I. Tatbestand
  - II. Ergebnis
- B. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr, § 315b I Nr. 3
- C. Gefährdung des Straßenverkehrs, § 315c I Nr. 2b, 2d
  - I. Tatbestand
    - 1. Objektiver Tatbestand
      - a) Fahrzeug im Straßenverkehr führen
      - b) Falsches Überholen, Nr. 2b
      - c) Zu schnelles Fahren an unübersichtlichen Stellen, Nr. 2d
      - d) Dadurch eine konkrete Gefährdung von Menschen oder fremden Sachen
    - 2. Zwischenergebnis
  - II. Ergebnis
- D. Zwischenergebnis

### 3. Tatkomplex: Die polizeiliche Vernehmung

#### Strafbarkeit des S

- A. Falsche Verdächtigung, § 164 I
  - I. Tatbestand
    - 1. Objektiver Tatbestand
    - 2. Subjektiver Tatbestand
  - II. Rechtswidrigkeit und Schuld
  - III. Ergebnis
- B. Vortäuschen einer Straftat, § 145d I
- C. Falsche uneidliche Aussage, § 153
- D. Verleumdung, § 187

#### Gesamtergebnis

## GUTACHTEN

### 1. TATKOMPLEX: DER IMPFPASS

#### Strafbarkeit der H

#### A. Betrug gegenüber und zu Lasten des S, § 263 I, III 2 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2 StGB<sup>1</sup>

Indem H im Internet vollständig ausgefüllte Impfpässe zum Verkauf anbot, diese jedoch nach Bezahlung des Kaufpreises nicht auslieferte, könnte sie sich wegen Betrugs in einem besonders schwerem Fall nach § 263 I, III 2 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 2 Alt. 2 strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Täuschung über Tatsachen

Durch die erstellte Internetseite hat H den Anschein erweckt, sie würde gefälschte Impfpässe gegen eine Zahlung von 250 Euro verkaufen. Dies entspricht jedoch nicht der Wahrheit. Somit hat H über Tatsachen getäuscht.<sup>2</sup>

##### b) Irrtum

Diese Täuschung hat bei S zu einem Irrtum geführt, da er tatsächlich davon ausging, von H einen gefälschten Impfpass zu erhalten.<sup>3</sup>

##### c) Vermögensverfügung

Die Überweisung der 250 Euro infolge des Irrtums stellt ein Handeln dar, welches unmittelbar zu einer Minderung des Vermögens im wirtschaftlichen Sinne geführt hat und somit eine Vermögensverfügung.<sup>4</sup>

##### d) Vermögensschaden

Es müsste eine Minderung des wirtschaftlichen Vermögens des S vorliegen. Dies ist der Fall, wenn sich Leistung und Gegenleistung nicht entsprechen und infolgedessen ein negativer Saldo gegeben ist.<sup>5</sup>

Fraglich ist jedoch zunächst, ob die Zahlung auf rechtswidrige Zwecke, wie einem gefälschten Impfpass, überhaupt unter den Schutz des § 263 fällt.

Mit Blick auf die Einheit der Rechtsordnung verneinen Vertreter des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs<sup>6</sup> diese Frage. Der Kauf eines gefälschten Impfpasses wird von der Rechtsordnung nicht gebilligt und ein Schutz nach § 263 versagt.

Dem ist mit dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff<sup>7</sup> jedoch nicht zuzustimmen. Es gibt kein vom Strafrecht nicht geschütztes Vermögen. Eine andere Auffassung würde zu erheblichen Strafbarkeitslücken führen und Kriminellen untereinander keine Grenzen setzen. Im Übrigen wird die Rechtswidrigkeit beziehungsweise Rechtmäßigkeit bei der Bereicherungsabsicht berücksichtigt. Es ist nicht ersichtlich, wieso beim Vermögensschaden Einschränkungen vorgenommen werden sollten.

Der von S gezahlte Kaufpreis wird von § 263 geschützt.

Da er keine den 250 Euro entsprechende Gegenleistung erhalten hat, wurde sein Vermögen insgesamt gemindert und ein Vermögensschaden liegt vor.

##### 2. Subjektiver Tatbestand

##### a) Vorsatz und Bereicherungsabsicht

H handelte vorsätzlich und in der Absicht, sich selbst einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Es kam ihr gerade darauf an, dass »Kunden« wie S auf diesen Trick hereinfliegen und ihr das Geld überweisen.

##### b) Stoffgleichheit

Der Schaden des S, die Überweisung der 250 Euro, stellt gerade die Kehrseite des Vorteils der H dar. Der Vorteil ist somit unmittelbare Folge der täuschungsbedingten Verfügung des S, die den Schaden bei ihm hervorgerufen hat. Stoffgleichheit liegt vor.<sup>8</sup>

##### c) Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Vorsatz diesbezüglich

H hatte keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf das Geld. Ein etwaiger Kaufvertrag ist nach §§ 134, 138 BGB nichtig. Die Bereicherung war somit rechtswidrig, was H wusste.

<sup>1</sup> Alle nicht weiter bezeichneten §§ sind solche des StGB.

<sup>2</sup> Vgl. zur Täuschung über Tatsachen: BGH NStZ 2023, 491 (492 f.); Schönke/Schröder/Perron, Strafgesetzbuch, 30. Auflage (2019), § 263 Rn. 6.

<sup>3</sup> Zum Irrtum: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger/Kindhäuser/Hoven, Strafgesetzbuch, 6. Auflage (2023), § 263 Rn. 168; BeckOK/Beukelmann, StGB, 58. Ed. (1.8.2023), § 263 Rn. 23 ff.

<sup>4</sup> Zur Vermögensverfügung: Rengier, BT I, 25. Auflage (2023), § 13 Rn. 70; BGH NStZ 2017, 351 (352).

<sup>5</sup> Vgl. Dölling/Duttge/König/Rössner/Duttge, Gesamtes Strafrecht, 5. Auflage (2022), § 263 Rn. 55 ff.; Kindhäuser/Nikolaus, JuS 2006, 293 (295).

<sup>6</sup> Zum juristischen Vermögensbegriff: Schönke/Schröder/Perron (Fn. 2), § 263 Rn. 82 f.; Matt/Renzikowski/Saliger, Strafgesetzbuch, 2. Auflage (2020), § 263 Rn. 158.

<sup>7</sup> Zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff: Rengier (Fn. 4), § 13 Rn. 168; BGHSt 2, 364; BGHSt 48, 322 (326); a.A. Fischer, StGB, 70. Auflage (2023), § 263 Rn. 101.

<sup>8</sup> Zur Stoffgleichheit: Dölling/Duttge/König/Rössner/Duttge (Fn. 5), § 263 Rn. 80; Kindhäuser/Nikolaus, JuS 2006, 293 (298); BGH NStZ 2003, 264.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

## III. Strafzumessung

Es könnte sich um einen besonders schweren Fall nach § 263 III 2 Nr. 1 Alt. 1 und Nr. 2 Alt. 2 handeln.

### 1. Gewerbsmäßigkeit, Nr. 1 Alt. 1

Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch wiederholte Begehung von Betrugstaten eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschaffen will.<sup>9</sup> H wollte durch die Internetseite viele potenzielle Kunden erreichen und diese zu einer Zahlung veranlassen, ohne tatsächlich einen Impfpass zu liefern. Sie handelte gewerbsmäßig.

### 2. Große Zahl von Menschen, Nr. 2 Alt. 2

Da bereits über 100 Menschen auf den Trick der H herein gefallen sind, ist von einer großen Zahl, die bei etwa 50 angesetzt wird, auszugehen.<sup>10</sup>

## IV. Ergebnis

H hat sich wegen Betrugs in einem besonders schwerem Fall nach § 263 I, III 2 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 2 Alt. 2 strafbar gemacht.

## B. Urkundenfälschung, § 267 I Var. 1

Eine Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung scheidet aus, da H nie einen Impfpass gefälscht oder dies geplant hatte.

### Strafbarkeit des S

## A. Urkundenfälschung, § 267 I Var. 1 und 3<sup>11</sup>

S könnte sich wegen Urkundenfälschung strafbar gemacht haben, indem er selbst einen Blanko-Impfpass ausfüllte und sich so Zutritt zu der »Juristinnen-Sause« verschaffen wollte.

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

Eine Urkunde ist jede verkörperte menschliche Gedankenklärung, die einen Aussteller bezeichnet oder zumindest erkennen lässt und zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist.<sup>12</sup>

Der Impfausweis ist ein sinnlich jederzeit wahrnehmbares Dokument, welches über den Impfstatus des Inhabers, S, Auskunft gibt. Als Aussteller geht die Person hervor, die die Impfung verabreicht hat und dies sodann in dem Ausweis vermerkt hat. Die Beweiseignung ist zu bejahen. Bei dem Impfpass handelt es sich um eine Urkunde.

Diese Urkunde müsste unecht sein. Eine Urkunde ist dann unecht, wenn sie nicht von dem herrührt, der als Aussteller aus ihr hervorgeht.<sup>13</sup> Als Ausstellerin geht Dr. Elke Ehrlich hervor, diese steht jedoch geistig nicht hinter der Urkunde, da die Unterschrift von S hinzugefügt wurde. Tatsächlicher Aussteller, S, und hervorgehender Aussteller, Dr. Elke Ehrlich, fallen auseinander, somit ist die Urkunde unecht.

Da S durch das Aufkleben der Chargenaufkleber und das Fälschen der Unterschrift gerade den Anschein erweckt hat, Dr. Elke Ehrlich würde hinter der Erklärung, S sei zweifach geimpft, stehen, hat er eine unechte Urkunde hergestellt. Dass die Fälschung schnell aufgefliegen ist, ist hierfür unerheblich.<sup>14</sup>

Durch das Vorzeigen gegenüber M könnte S von der Urkunde Gebrauch gemacht haben. Dies meint dem Adressaten der Täuschung die unechte Urkunde in der Weise zugänglich zu machen, dass dieser die jederzeitige Möglichkeit der Kenntnisnahme hat.<sup>15</sup> Indem S dem M die Urkunde, den Impfausweis hinhielt, hatte dieser unmittelbar von der Urkunde Kenntnis genommen und S die Urkunde somit gebraucht. Für die Vollendung ist dies ausreichend, unschädlich ist das Bemerkende der Fälschung durch M.

### 2. Subjektiver Tatbestand

S handelte vorsätzlich und gerade in der Absicht, M zu täuschen und ihn so zu einer rechtserheblichen Handlung zu veranlassen. Es kam S gerade darauf an, sich durch den gefälschten Impfpass Zugang zu verschaffen.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor.

## III. Ergebnis

S hat sich wegen Herstellung und Gebrauch einer unechten Urkunde nach § 267 I Var. 1 und 3 strafbar gemacht. Da S von Anfang an vorhatte, die unechte Urkunde herzustellen, um sie dann zu gebrauchen, handelt es sich nur um eine Urkundenfälschung.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Vgl. BGH NStZ 2004, 265 (266); MüKoStGB/Hefendehl, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 4. Auflage (2022), § 263 Rn. 1212.

<sup>10</sup> Etwa Joecks/Jäger, StGB, 13. Auflage (2021), § 263 Rn. 186.

<sup>11</sup> Zur Strafbarkeit des Verwendens gefälschter Impfpässe vor Änderung der Rechtslage: Kudlich, JA 2022, 345 (346); BGH NJW 2023, 1973 (1975).

<sup>12</sup> Vgl. Schönke/Schröder/Schuster (Fn. 2), § 267 Rn. 2; Rengier, BT II, 24. Auflage (2023), § 32 Rn. 1.

<sup>13</sup> Vgl. Dölling/Duttge/König/Rössner/Koch (Fn. 5), § 267 Rn. 18.

<sup>14</sup> Zur fehlenden Beweiseignung bei offenkundiger Unwirksamkeit der Erklärung: BeckOK/Weidemann (Fn. 3), § 267 Rn. 11; Rengier (Fn. 12), § 32 Rn. 6; OLG München NStZ-RR 2010, 173 (174).

<sup>15</sup> Zum Gebrauchen einer Urkunde: MüKoStGB/Erb (Fn. 9), § 267 Rn. 195 f.; Schönke/Schröder/Heine/Schuster (Fn. 2), § 267 Rn. 73 ff.

<sup>16</sup> Zur tatbestandlichen Bewertungseinheit: BGH NStZ-RR 2018, 203; Matt/Renzikowski/Maier (Fn. 6), § 267 Rn. 116.

## B. Urkundenunterdrückung, § 274 I

Eine Strafbarkeit nach § 274 I scheidet aus, da der Blanko-Impfpass mangels Erklärung schon keine Urkunde sein kann.

## C. Versuchter Betrug gegenüber M und zu Lasten des Discoinhabers, §§ 263 I, II, 22, 23 I

Durch das Vorzeigen des gefälschten Impfausweises könnte eine Strafbarkeit wegen versuchten Betrugs in Betracht kommen. § 263 schützt jedoch das Vermögen, S hat lediglich die Zutrittsvoraussetzungen, geimpft zu sein, nicht erfüllt. Es fehlt mithin an einer beabsichtigten Verfügung beziehungsweise einem Schaden. Der beabsichtigte Vorteil muss gerade vermögensrechtlicher Natur sein.

## D. Beleidigung, § 185 Alt. 1

Indem S dem M einen Mittelfinger zeigte, könnte er sich wegen Beleidigung nach § 185 Alt. 1 strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

S müsste den M beleidigt haben. Eine Beleidigung ist jeder Angriff auf die Ehre eines anderen durch Kundgabe der eigenen Missachtung, Nichtachtung oder Geringschätzung. Wobei unter Ehre der Wert einer Person zu verstehen ist, der ihr aufgrund ihrer Personenwürde und ihres sozial-sittlichen Verhaltens zukommt.<sup>17</sup>

Kundgabe meint die Kommunikation eines aus sich selbst als Ehrminderung verständlichen Gedankeninhalts. Diese kann sowohl mündlich, schriftlich, als auch durch Zeichen, wie das Zeigen des Mittelfingers, erfolgen.<sup>18</sup> Die Geste des Mittelfinger-Zeigens ist geeignet, die Missachtung des S gegenüber M zu zeigen und stellt einen Angriff auf seine Ehre dar. Das Zeichen ist in der Gesellschaft als Ehrminderung verständlich.

S gab seine Missachtung unmittelbar gegenüber dem Betroffenen, M, kund. Ein Tatsachenbezug ist zwar insoweit erkennbar, dass sich S über die erfolglose Rückverlangung aufregte, ist dennoch nicht mit einem entsprechenden Inhalt verbunden.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

S zeigte dem M bewusst den Mittelfinger und wusste, dass es sich um eine die Ehre herabsetzende Geste handelte.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

S könnte gemäß § 193 aufgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein, da es ihm darum ging, »seinen« Impfpass zurückzuverlangen. Jedoch zeigte er den Mittelfinger erst, als er sodann die Disco verließ. Darüber hinaus ist das Zeigen des Mittelfingers kein geeignetes Mittel, um ein Dokument herauszuverlangen.

Eine Rechtfertigung nach §§ 32, 34 scheidet aus, da es S auf keine Verteidigung ankam und er allein aus Frustration handelte.

**Hinweis (Biastoch/Reisch):** Eine Rechtfertigung der Beleidigung scheidet vor allem deshalb aus, weil das Einhalten des gefälschten Impfpasses, je nach Lösungsweg, entweder nicht tatbestandsmäßig oder aber gerechtfertigt war. Hier auf einen fehlenden Verteidigungswillen abzustellen, überzeugt eher weniger.

S handelte schuldhaft.

### III. Ergebnis

S hat sich wegen Beleidigung nach § 185 Alt. 1 strafbar gemacht. Der erforderliche Antrag nach § 194 wurde gestellt.

Die Beleidigung steht in Tatmehrheit zu der begangenen Urkundenfälschung, § 53.

## Strafbarkeit des M

### A. Diebstahl des Impfpasses, § 242 I

Indem M den Impfpass einsteckte, könnte er sich wegen Diebstahls nach § 242 I strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

Bei dem Impfpass handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand, der tatsächlich fortschaffbar ist und nicht im Alleineigentum des M steht oder herrenlos ist. Der Impfpass ist eine fremde bewegliche Sache.<sup>19</sup>

Durch das Einstecken in die Hosentasche hat M die Sachherrschaft des S aufgehoben und eine eigene begründet. Es liegt ein Bruch des Gewahrsams vor. Da S nicht damit einverstanden war, handelte M gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers S. Er hat den Impfpass weggenommen.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Schönke/Schröder/Eisele/Schittenhelm (Fn. 2), § 185 Rn. 1; BeckOK/Valerius (Fn. 3), § 185 Rn. 2; Joecks/Jäger (Fn. 10), Vor. § 185 Rn 8 ff., § 185 Rn. 1.

<sup>18</sup> Vgl. zur Tathandlung MüKoStGB/Regge/Pegel (Fn. 9), § 185 Rn. 8.

<sup>19</sup> Vgl. zum Tatobjekt: Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht Besonderer Teil 2, 45. Auflage (2022), § 2 Rn. 78 ff.; Schramm, JuS 2008, 678 (679).

<sup>20</sup> Zur Wegnahme: Rengier (Fn. 4), § 2 Rn. 1 ff.; Schönke/Schröder/Bosch (Fn. 2), § 242 Rn. 22 ff.; Fischer (Fn. 7), § 242 Rn. 10 ff.; BGHSt 16, 271 (272 f.).

## 2. Subjektiver Tatbestand

### a) Vorsatz

M wollte den Impfpass einstecken, sodass S nicht mehr auf diesen zugreifen kann. Er handelte vorsätzlich.

### b) Zueignungsabsicht

M wollte sich den Impfpass zumindest vorübergehend in das eigene Vermögen einverleiben, da er diesen zur Polizei bringen wollte (Aneignungsabsicht).

**Hinweis (Biastoch/Reisch):** So unproblematisch wie hier dargestellt, ist die Aneignungsabsicht nicht. M strebt lediglich eine Sachentziehung an und möchte den Impfpass gerade nicht seinem eigenen Vermögen einverleiben. Gegenüber der Polizei möchte er gerade nicht wie ein Eigentümer auftreten. Die Polizei soll ebenfalls keine Position einer eigentümerähnlichen Herrschaftsmacht eingeräumt werden. Es ist davon auszugehen, dass sie die Eigentümerstellung des S anerkennen und die bloße Sachentziehung aufrechterhalten wird. Vor diesem Hintergrund kann die Aneignungsabsicht des M verneint werden. Wird sie aber bejaht, ist wie folgt weiter zu prüfen:

Es kam ihm gerade darauf an, dass S den Ausweis nicht zurückerhält, damit dieser als Beweis verwendet werden kann (Enteignungsvorsatz). Es ist unerheblich, dass es sich um ein materiell geringwertiges Dokument handelt, darauf kommt es bei dem eigentumsschützenden § 242 nicht an.<sup>21</sup>

Da M, wie er wusste, keinen Anspruch auf Herausgabe des Dokuments hatte, war die Zueignung rechtswidrig.

## II. Rechtswidrigkeit

Da M den gefälschten Ausweis zu Beweis Zwecken sichern wollte, könnte er jedoch berechtigt gehandelt haben.

Eine Beschlagnahme nach § 94 StPO scheidet aus, da M Security-Mitarbeiter und keine Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft ist.

In Betracht kommt eine Nothilfe nach § 32. Der Schutz des Rechtsverkehrs, der durch gefälschte Urkunden beeinträchtigt wird, müsste ein notwehrfähiges Rechtsgut sein. Da es sich um ein der Allgemeinheit zustehendes Rechtsgut handelt, könnte dies jedoch zu verneinen sein. Der Angriff ist nicht im Sinne des § 32 II gegen »einen anderen«, sondern den Rechtsverkehr als solchen gerichtet. Das Vertrauen als solches verdient keinen derartigen Schutz.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Zum Enteignungswillen: *Rönnau*, JuS 2007, 806 (807); *Rengier* (Fn. 4), § 2 Rn. 90; BGH NJW 1977, 2272.

<sup>22</sup> Vgl. *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 7. Auflage (2022), § 25 Rn. 76; *Matt/Renzikowski/Engländer* (Fn. 6), § 32 Rn. 11 ff.

Im Übrigen ist die Wegnahme der Fälschung zur Verhinderung des versuchten Zutritts durch den S nicht notwendig.

**Hinweis (Biastoch/Reisch):** § 32 kann vertretbar geprüft werden, vorrangig zu prüfen gewesen wäre § 127 StPO. S wurde von M auf frischer Tat betroffen und es kann nach lebensnaher Sachverhaltsauslegung auch durchaus eine Fluchtwahrscheinlichkeit angenommen werden. Der Wortlaut räumt zwar explizit nur die Festnahme ein, allerdings deckt § 127 StPO auch das Verwirklichen des Festnahmezwecks durch mildere Mittel wie z.B. die Wegnahme eines Personalausweises zur Identitätsfeststellung<sup>23</sup> oder von Beweisstücken.<sup>24</sup> Da der Impfpass in jedem Fall ein Beweisstück darstellt, muss nicht thematisiert werden, ob er auch zur Identifikation des S geeignet wäre. Hintergrund ist der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Er kann es sogar erfordern, statt der Festnahme ein weniger einschneidendes Mittel anzuwenden.<sup>25</sup> Damit wäre die Wegnahme des Impfpasses nach § 127 StPO gerechtfertigt.

## III. Schuld

M handelte schuldhaft.

## IV. Ergebnis

M ist nach § 242 I strafbar.

## B. Urkundenunterdrückung, § 274 I

Eine Strafbarkeit nach § 274 I scheidet aus, da Fälskate nicht dem Schutz der Urkundenunterdrückung unterfallen.<sup>26</sup> Ein gefälschter Impfpass darf nie berechtigterweise im Rechtsverkehr als Beweis geführt werden.

## 2. TATKOMPLEX: DIE HEIMFAHRT

### Strafbarkeit des S

#### A. Verbotenes Kraftfahrzeugrennen, § 315d I Nr. 3

Indem S auf der Heimfahrt eine Geschwindigkeit von knapp 420 km/h erreichte, könnte er sich nach § 315d I Nr. 3 strafbar gemacht haben.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> *Rengier* Strafr AT, 14. Auflage (2022), § 22 Rn. 21.

<sup>24</sup> *Löwe/Rosenberg/Gärtner*, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4/1, 27. Auflage (2019), § 127 StPO Rn. 49.

<sup>25</sup> OLG Saarbrücken NJW 1959, 1190 (1191); *Barthe/Gericke/Glaser*, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Auflage (2023), § 127 Rn. 29; *Löwe/Rosenberg/Gärtner* (Fn. 24), § 127 StPO Rn. 49.

<sup>26</sup> *Dölling/Duttge/König/Rössner/Koch* (Fn. 5), § 274 Rn. 3.

<sup>27</sup> S. dazu im Detail *Festerling*, Ein Rennen mit sich selbst?, LTO v. 31.1.2022, URL: [www.lto.de/persistent/a\\_id/47376/](http://www.lto.de/persistent/a_id/47376/) (zuletzt abgerufen am 28.9.2023); zur Einstellung durch die Staatsanwaltschaft vgl. *Uharek*, Generalstaatsanwaltschaft empfiehlt Tempolimit, LTO v. 16.8.2022, URL: [www.lto.de/persistent/a\\_id/47376/](http://www.lto.de/persistent/a_id/47376/)

## I. Tatbestand

S müsste zunächst eine nicht angepasste Geschwindigkeit erreicht haben.<sup>28</sup> Dies ist der Fall, wenn die Geschwindigkeit in der konkreten Verkehrssituation nicht den verkehrsrechtlichen Vorschriften entspricht. Eine konkrete Vorgabe der Geschwindigkeit ist nicht ersichtlich, da es sich um einen Autobahnabschnitt ohne Geschwindigkeitsbegrenzung handelt.

Es könnte sich etwas anderes aus § 3 StVO ergeben. Aus Abs. 1 ergibt sich zunächst, dass der Fahrer sein Fahrzeug die ganze Zeit über beherrschen muss, hiervon ist laut Sachverhalt auszugehen. Des Weiteren muss es ihm möglich sein, innerhalb der übersehbaren Strecke halten zu können. Der Bremsweg des S beträgt knapp 500 Meter und er fährt nachts, sodass sein Sichtfeld eingeschränkt sein könnte. Dies ist bei der Fahrt des S jedoch nicht der Fall, da die Bedingungen, Witterung, Sicht, Straßenverhältnisse, für eine solch schnelle Fahrt gegeben sind.

Da für den Abschnitt keine Höchstgeschwindigkeit vorgesehen ist, vgl. auch § 3 III Nr. 2c) StVO, kann S nicht zuwider einer solchen handeln.

Da S den straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften entsprechend fährt, handelt es sich um eine angepasste Geschwindigkeit seines Fahrzeuges.

## II. Ergebnis

S ist straflos.

### B. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr, § 315b I Nr. 3

Fraglich ist, ob die hohe Geschwindigkeit einen Eingriff nach § 315b in den Straßenverkehr darstellt. Da S jedoch am Verkehr unmittelbar teilnimmt, fehlt es an einem erforderlichen Eingriff von außen.<sup>29</sup> Auch ein Inneneingriff ist nicht gegeben, da es zu keiner Pervertierung des Verkehrsvorgangs (durch das Fahrzeug) kam. S hat es dem Zweck entsprechend als Mittel zur Fortbewegung eingesetzt.<sup>30</sup>

### C. Gefährdung des Straßenverkehrs, § 315c I Nr. 2b, 2d

Durch die hohe Geschwindigkeit und das Überholen des anderen PKW von rechts könnte S den Straßenverkehr gemäß § 315c I Nr. 2b, 2d gefährdet haben.

[lto.de/persistent/a\\_id/49330/](https://lto.de/persistent/a_id/49330/) (zuletzt abgerufen am 28.9.2023).

<sup>28</sup> Vgl. zur nicht angepassten Geschwindigkeit: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger/Zieschang (Fn. 3), § 315d Rn. 38 f.; Schönke/Schröder/Hecker (Fn. 2), § 315d Rn. 8.

<sup>29</sup> Vgl. zum Außeneingriff: Schönke/Schröder/Hecker (Fn. 2), § 315b Rn. 4; Rengier (Fn. 12), § 45 Rn. 3.

<sup>30</sup> Zum »verkehrsfeindlichen Inneneingriff«: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger/Zieschang (Fn. 3), § 315b Rn. 11 ff.; BGHSt 23, 4 (6 f.); BGH NStZ-RR 2017, 224.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Fahrzeug im Straßenverkehr führen

Zum Straßenverkehr gehören alle Verkehrsflächen, die nach öffentlichem Wegerecht dem allgemeinen Verkehr gewidmet sind, hierzu gehört auch die A2. Das Auto des S, der teure Sportwagen, ist zweifelsfrei ein Fahrzeug im Sinne des § 315c. Dieses wird von S geführt, er lenkt es während des Fortbewegungsvorgangs vollständig.<sup>31</sup>

#### b) Falsches Überholen, Nr. 2b

S hat einen PKW von rechts überholt. Überholen meint das Vorbeifahren von hinten an anderen Verkehrsteilnehmern, die sich in dieselbe Richtung bewegen oder verkehrsbedingt anhalten.<sup>32</sup> Gemäß § 5 I StVO ist generell links zu überholen, da S dies nicht tut, handelt er gegen die Verkehrsvorschriften und überholt somit falsch. Gerade bei einer so hohen Geschwindigkeit von über 400 km/h kann von einem groben Verstoß ausgegangen werden. Wenn der Führer des anderen Fahrzeugs den S nicht bemerkt und selbst die Spur wechselt, könnte es zu schweren Unfällen kommen.

#### c) Zu schnelles Fahren an unübersichtlichen Stellen, Nr. 2d

Wie bereits festgestellt ist der Autobahnabschnitt hinreichend zu überblicken, es fehlt so bereits an einer unübersichtlichen Stelle. Auch bezüglich der Geschwindigkeit ist insbesondere mit Blick auf § 3 StVO kein Verstoß ersichtlich.

#### d) Dadurch eine konkrete Gefährdung von Menschen oder fremden Sachen

S müsste durch das falsche Überholen eine Gefährdung verursacht haben. Diese Gefährdung muss konkret sein, da es sich bei § 315c gerade um ein konkretes Gefährdungsdelikt handelt.

Diese liegt vor, wenn es zu einer unfallträchtigen Situation gekommen ist, bei der es nach nachträglicher Prognose einzig und allein vom Zufall abhing, ob das geschützte Rechtsgut verletzt wird oder nicht.<sup>33</sup>

Auf der Fahrt des S wurde keine andere Person oder fremde Sache gefährdet. Auch mit dem überholten PKW kam es nicht zu einer unfallträchtigen Situation.

<sup>31</sup> Zum Führen eines Fahrzeugs: MüKoStGB/Pegel (Fn. 9), § 315c Rn. 5 ff., 9, 14.

<sup>32</sup> Vgl. Schönke/Schröder/Hecker (Fn. 2), § 315c Rn. 15; BGHSt 61, 249 (250).

<sup>33</sup> Vgl. Lackner/Kühl/Heger/Heger, Strafrecht, 30. Auflage (2023), § 315c Rn. 1; BeckOK/Kudlich (Fn. 3), § 315c Rn. 57; BGH NJW 1995, 3131.

## 2. Zwischenergebnis

Mangels Gefährdung ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

### II. Ergebnis

S hat sich nicht wegen Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315c I Nr. 2b, 2d strafbar gemacht.

Es liegt ein Verstoß gegen § 5 I StVO vor.

### D. Zwischenergebnis

Im 2. Tatkomplex hat sich S nicht nach dem StGB strafbar gemacht.

## 3. TATKOMPLEX: DIE POLIZEILICHE VERNEHMUNG

### Strafbarkeit des S

#### A. Falsche Verdächtigung, § 164 I

Indem S aussagte, dass H die Ausstellerin des Dokuments sei, könnte er sich wegen falscher Verdächtigung strafbar gemacht haben, nach § 164 I.

##### I. Tatbestand

###### 1. Objektiver Tatbestand

Die Polizei ist eine zur Entgegennahme von Anzeigen befugte Behörde und somit zuständige Stelle.

S müsste die H verdächtigt haben. Verdächtigen meint das Hervorrufen oder Verstärken des Verdachts der Tatbegehung.<sup>34</sup> S erweckt bei der Polizei den Eindruck, dass H Urkunden fälscht und somit eine Straftat nach § 267 begangen hat.

Diese Verdächtigung müsste falsch sein.

Nach der Beschuldigtentheorie<sup>35</sup> ist dies der Fall, wenn die Person unschuldig ist, jedoch der Verdacht erregt wird, die verdächtigte Person habe eine Straftat begangen. Da H tatsächlich schuldig ist, wenn auch wegen einer anderen Tat (§ 263), wäre der Tatbestand nicht erfüllt. Die Ansicht argumentiert mit dem geschützten Rechtsgut. Die Rechtspflege ist nicht gefährdet, wenn eine schuldige Person verdächtigt wird.

Diese Auffassung ist jedoch wenig überzeugend, da die Tatsache, H habe den Impfausweis gefälscht, objektiv falsch

<sup>34</sup> Vgl. Matt/Renzikowski/Maier (Fn. 6), § 164 Rn. 4 ff.

<sup>35</sup> Vgl. zur Beschuldigtentheorie: Fischer (Fn. 7), § 164 Rn. 6; BGHSt 35, 50 (52).

ist. So argumentiert die Unterbreitungstheorie<sup>36</sup>, dass der Beschuldigte nicht wegen falscher Tatsachen verdächtigt werden darf. Auch ist der Punkt, die Rechtspflege sei nicht gefährdet, unzutreffend. Da H keine Urkunde gefälscht hat, würden sich die Ermittlungen auf falsche Tatsachen stützen und ineffiziente Schritte einleiten. Dies entspricht nicht dem Telos des § 164.

Da H den Impfausweis nicht erstellt hat, wurde sie von S falsch verdächtigt.

In der Verdächtigung liegt auch kein Ausdruck der Selbstbegünstigungsfreiheit des S nach dem nemo-tenetur-Grundsatz. Er sagt nicht aus, um von sich selbst abzulenken, sondern beschuldigt eine bisher unverdächtige Person.<sup>37</sup>

##### 2. Subjektiver Tatbestand

S wusste, dass H das Dokument nicht erstellt hat und handelte in der Absicht, dass die Behörde Maßnahmen gegen H einleitet.

##### II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

##### III. Ergebnis

S ist nach § 164 I strafbar.

#### B. Vortäuschen einer Straftat, § 145d I

Das Vortäuschen einer Straftat nach § 145d I ist subsidiär, Abs. 1 a. E.

Es könnte sich die Frage stellen, ob es sich tatsächlich um eine andere Straftat handelt. Da es sich bei beiden, § 263 und § 267 um Vergehen handelt, und es inhaltlich zumindest um Fälschungen in irgendeiner Weise geht, könnte dies abgelehnt werden. Mit Blick auf die Ermittlungsmaßnahmen, die nicht unerheblich erschwert werden und das andere Gepräge der Tat, wird dies zu bejahen sein.<sup>38</sup>

#### C. Falsche uneidliche Aussage, § 153

Eine Strafbarkeit nach § 153 scheidet aus, da die Polizei keine für die Eidesabnahme zuständige Stelle ist, vgl. § 163 III 3 StPO.

<sup>36</sup> Zur Unterbreitungstheorie: Rengier (Fn. 4), § 50 Rn. 11 f.; Heinrich, Die Delikte gegen den öffentlichen Frieden und die öffentliche Ordnung im Lichte des Medienstrafrechts – Teil 4; §§ 164 und 166 StGB, ZJS 2018, 129 (134); BGH m. Anm. Fezer, NSTZ 1988, 176 (177).

<sup>37</sup> Vgl. zur Selbstbegünstigung bei § 164: Schönke/Schröder/Bosch-Schittenhelm (Fn. 2), § 164 Rn. 5, 34; Lackner/Kühl/Heger/Heger (Fn. 33), § 164 Rn. 4.

<sup>38</sup> Vgl. zur »Täuschung mit Wahrheitskern« Steinl, Grundfälle zum Vortäuschen einer Straftat, JuS 2023, 308 (309 f.); MüKoStGB/Zopfs (Fn. 9), § 145d Rn. 23 ff.

## D. Verleumdung, § 187

Bei der Aussage, H sei Ausstellerin des gefälschten Impfpasses, handelt es sich um eine unwahre Tatsachenbehauptung gegenüber Dritten, der Polizei. Das Hinstellen einer Person als Straftäter ist äußerst missachtend und geeignet, dem betroffenen Ehrträger seinen Wert abzusprechen.<sup>39</sup>

S wusste, dass H das Dokument nicht hergestellt hatte und handelte mithin vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

Eine Anwendung des § 193 kommt bei § 187 grundsätzlich nicht in Betracht.<sup>40</sup>

Der erforderliche Antrag nach § 194 wurde gestellt.

Hinweis (*Biastoch/Reisch*): § 258 hätte noch kurz angeprüft, aber mit Blick auf den in § 258 V normierten Strafausschließungsgrund abgelehnt werden sollen. Eine Prüfung dieses Delikts hätte wie folgt aussehen können:

### § 258 I durch Beschuldigung der H

Zwar möchte S durch seine Aussage zumindest zum Teil seine eigene Bestrafung wegen § 267 I Var. 1 verhindern und kann so auch tatsächlich den Verdacht von sich in Richtung der H lenken, jedoch ist die zu eigenen Gunsten begangene Strafvereitelung gemäß des in § 258 V normierten Strafausschließungsgrundes straflos.

## Gesamtergebnis

S hat sich wegen einer Urkundenfälschung gemäß § 267 I Var. 1, 3 in Tatmehrheit, § 53, zu einer Beleidigung gegenüber M, § 185 Alt. 1, der falschen Verdächtigung, § 164 I, sowie einer Verleumdung zu Lasten der H, § 187, strafbar gemacht

Eine Strafbarkeit des M ergibt sich aus § 242 I.

H ist strafbar wegen Betrugs in besonders schwerem Fall gemäß § 263 I, III 2 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 2 Alt. 2.

<sup>39</sup> Vgl. *Eppner/Hahn*, Die Tatbestände der Beleidigungsdelikte, JA 2006, 860 (862 f.); *Kindhäuser/Neumann/Pfaeffgen/Saliger/Kargl* (Fn. 3), § 186 Rn. 27.

<sup>40</sup> So auch *Schönke/Schröder/Eisele-Schittenhelm* (Fn. 2), § 193 Rn. 2.

**StuDi** Professorenvorstellung

Prof. Dr. Alexander Baur im Interview mit Lena John\*

## Professorenvorstellung

*Als neuer Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Kriminologie stellt sich Prof. Dr. Alexander Baur den Studierenden und Mitarbeitenden der Juristischen Fakultät Göttingen in einem Interview vor.*

**A. Zunächst heiße ich Sie im Namen der Göttinger Rechtszeitschrift herzlich an der Georg-August-Universität Göttingen und auch in den Reihen unseres Wissenschaftlichen Beirats willkommen.**

Herzlichen Dank, ich freue mich sehr, hier zu sein und in Zukunft an der GRZ mitwirken zu können!

**B. Uns interessiert natürlich, wer Sie sind und wie Sie Ihren Weg nach Göttingen gefunden haben, also fangen wir ganz am Anfang Ihrer Karriere an: Warum haben Sie sich entschieden, Jura zu studieren? Wollten Sie immer schon Jurist werden?**

Nein, ich würde behaupten, dass ich damals in die Rechtswissenschaft eher hineingerutscht bin. Ich hatte mich zunächst nämlich gegen ein Jurastudium entschieden und in Tübingen mit einem Magisterstudium der »Allgemeinen Rhetorik, Psychologie und Pädagogik« begonnen. Im Laufe des ersten Semesters habe ich erfahren, dass ein Doppelstudium grundsätzlich möglich ist. Das habe ich dann organisiert und im zweiten Semester parallel zum Magister noch Jura auf Staatsexamen angefangen. Damals habe ich so was noch hinbekommen...

Grundsätzlich habe ich mich immer eher in den Geisteswissenschaften zuhause gefühlt. Ich war während des Studiums lange Zeit studentische Hilfskraft am Seminar für Allgemeine Rhetorik in Tübingen. Deswegen war ich auch lange gar nicht so sicher, ob ich das Examen überhaupt schreiben soll. Am Ende habe ich mich doch dafür entschieden und dann auch ein halbwegs ordentliches Ergebnis erzielt. Das hat mich wahrscheinlich ein Stück weit korrumpiert. Also nein: Was Jura angeht war ich kein Überzeugungstäter.

**C. Das klingt sehr spannend. Wollen Sie kurz skizzieren, wie Ihr Werdegang vor dem Ruf nach Göttingen aussah?**

Nach dem ersten Examen habe ich eine Stelle als akademischer Mitarbeiter bei Prof. Dr. *Jörg Kinzig* am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht sowie später am Institut für Kriminologie in Tübingen angenommen. Ich habe dort unter anderem ein recht großes Drittmittelprojekt mitverantwortet und in diesem Projekt auch promoviert.

\* *Lena John* studiert seit dem Sommersemester 2020 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. *Frank Schorkopf*.

In der Zeit habe ich meinen Bachelor in der Psychologie an der Universität Konstanz gemacht, bevor ich schließlich das zweite Staatsexamen geschrieben habe.

Danach war ja dann vieles möglich. Es war der erste Zeitpunkt, an dem ich mich entscheiden musste, ob ich in die Wissenschaft oder die Praxis gehen möchte. Letztere hat dann erstmal gewonnen: Die Wahlstation im Referendariat habe ich bei der Stuttgarter Kanzlei Gleiss Lutz gemacht. Das hat mir so gut gefallen, dass ich dort für zwei Jahre als Anwalt eingestiegen bin. Es war eine spannende Zeit. Wir haben unter anderem den Aufsichtsrat von Volkswagen im Diesel-Skandal beraten. Trotzdem habe ich während der ganzen Zeit auch gemerkt, dass es mich in die Wissenschaft zieht. 2017 habe ich deswegen einen Ruf auf eine Juniorprofessur für Strafrecht und Kriminologie an der Universität Hamburg angenommen. Da war ich bis Ende 2020. Dann hat mich ein attraktives Angebot aus der Schweiz erreicht. Seit 2021 war ich bei der Justizdirektion des Kantons Zürich und habe da gemeinsam mit Kolleginnen und Kollegen Begleitforschung zum Strafrecht und ein wenig Politikberatung gemacht.

Das war keine uninteressante Sache. Und trotzdem: Als die Stelle an der Universität Göttingen ausgeschrieben wurde, habe ich mich direkt beworben und als der Ruf kam, habe ich mich einfach gefreut. Jetzt bin ich seit dem 1. Juni hier und durfte im Oktober in mein erstes richtiges Göttinger Semester starten.

**D. Wieso sind Sie Professor geworden und in die Lehre gegangen? Was gefällt Ihnen so sehr an Ihrem Beruf?**

Das sind zwei Dinge: Die Unabhängigkeit und Freiheit einerseits und Verbindung von Forschung und Lehre andererseits. Ehrlich gesagt war ich während der Corona-Zeit sehr dankbar, nicht so viel Lehre machen zu müssen und eine reine Forschungsstelle zu haben. Jetzt freue ich mich einfach, wenn es wieder richtig losgeht. Ich finde gerade auch die Lehre bereichernd und fordernd – und nie langweilig.

**E. Würden Sie sagen, dass Ihr Psychologiestudium Vorteile hat in Ihrem Beruf als Jurist bzw. als Professor?**

Das hat es mit Sicherheit. Ich habe Kriminologie immer als eine empirische Disziplin verstanden. Und für das Verständnis der Eigenheiten einer empirischen Disziplin hilft ein Psychologiestudium ungemein. Und sicherlich hat das dann auch wiederum ein Stück weit mein Verständnis des Strafrechts geprägt.

**F. Haben Sie durch den psychologischen Einschlag eher eine objektivere oder eine subjektivere Sichtweise auf das Strafrecht?**

Ich würde sagen, dass man dadurch auf bestimmte Dinge schlicht eine andere Sichtweise hat. Ich bin ja durchaus ein überzeugter Kriminologe und vertrete die Meinung, dass das Strafrecht die Kriminologie an vielen Stellen einfach braucht und das alte Konzept der »gesamten Strafrechtswissenschaft«, also die Verbindung von Dogmatik und den das Strafrecht umgebenden Disziplinen etwas sehr Spannendes und Modernes ist. Für dieses Ineinandergreifen steht übrigens das Göttinger Strafrecht und das Institut für Kriminalwissenschaften seit jeher. Auch deswegen freue ich mich, hier sein zu dürfen.

**G. Wo liegen Ihre Forschungsschwerpunkte und Interessensgebiete? Arbeiten Sie momentan an bestimmten Projekten, die Sie gerne mit uns teilen möchten?**

Darauf kann ich gar nicht endgültig antworten. Seit meiner Promotion arbeite ich viel zum Sanktionenrecht. In den letzten Jahren habe ich einen Schwerpunkt im Maßregelrecht entwickelt. In meiner Hamburger Zeit habe ich aber auch ein größeres Projekt zur Korruptionsprävention in Unternehmen gemacht, also ein eher wirtschaftskriminologisches Thema. Aktuell evaluieren wir im Auftrag der Freien und Hansestadt Hamburg das dortige Resozialisierungsgesetz und schauen uns beispielsweise an, wie gut das Übergangsmangement nach der Haft organisiert ist.

Ich glaube, es ist auch ein offenes Geheimnis, dass wir momentan versuchen, die bundesweite Rückfallstudie um *Jörg Martin Jehle* und *Sabine Hohmann-Fricke* in die nächste Runde zu bringen. Es geht dabei unter anderem um die Fragen, wie wirksam Sanktionen sind und wie häufig es zu Rückfällen nach einer strafrechtlichen Verurteilung kommt.

**H. Bevor wir Ihnen alles Gute für Ihre neue Stelle und die kommenden Semester wünschen noch eine Abschlussfrage: Was erhoffen Sie sich von Ihrer Zeit in Göttingen?**

Ich würde mir wünschen, dass wir die Universität als eine gemeinsame Sache begreifen. Universität funktioniert nicht ohne Professorinnen und Professoren, aber auch nicht ohne Studierende, ohne Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter oder ohne die Verwaltung. Hier am Lehrstuhl will ich, dass man gut Dinge und Projekte gemeinsam angehen kann. Ich bin sehr zuversichtlich, dass Göttingen ein guter Ort für all das ist. Ich freue mich sehr auf die Zeit!

**StuDi Bericht**

Julian Jansen\* und Jakob Schünemann†

# Die fachspezifische Promovierendenausbildung auf Reisen

## Die Promovierendenexkursion an der Juristischen Fakultät Göttingen

Die Juristische Fakultät Göttingen ermöglicht durch großzügige finanzielle Förderung seit dem Sommersemester 2022 Exkursionen von Promovierenden. Der Beitrag veranschaulicht anhand der beiden bislang stattgefundenen Exkursionen deren Mehrwert für die fachspezifische Promovierendenausbildung.

### A. Die Exkursion als Teil der fachspezifischen Promovierendenausbildung

Die Promotionszeit ist in der Rechtswissenschaft üblicherweise geprägt durch eine fachliche und persönliche Einzelbetreuung der »Doktormutter« oder des »Doktorvaters«. <sup>1</sup> Eine institutionalisierte Vernetzung unter den Promovierenden erfolgte lange Zeit hingegen vor allem innerhalb der Lehrstühle und in selbst organisierten Doktorarbeitsrunden. Seit dem Sommersemester 2022 wird diese Einzelförderung und selbstständige Vernetzung an der Juristischen Fakultät Göttingen nun jedoch durch eine fachspezifische Promovierendenausbildung ergänzt. Sie hat das Ziel, ein an die Bedürfnisse der rechtswissenschaftlich Promovierenden ausgerichtetes Kursprogramm anzubieten und damit die eigenständige wissenschaftliche Forschungstätigkeit zu fördern. <sup>2</sup>

Ein wesentliches Element dieser Promovierendenausbildung sind Exkursionen. Diese sollen einerseits Einblicke in verschiedene rechtswissenschaftliche Arbeitsgebiete und dadurch neue Perspektiven auf die eigenen Themen eröffnen. Andererseits dienen sie der säulen- und themenübergreifenden Vernetzung der Promovierenden untereinander. Da sie von den Promovierenden selbst organisiert werden, sind das Exkursionsziel und auch das Exkursionsprogramm unmittelbar auf ihre Interessen und Bedürfnisse ausgerichtet. Die Vermittlung von Kontakten durch die Fakultätsangehörigen hilft dabei, mit spannenden Personen ins Gespräch zu kommen oder anderweitige exklusivere Einblicke zu erhalten.

\* Julian Jansen ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht bei BVRin Prof. Dr. Christine Langenfeld an der Georg-August-Universität Göttingen. Er war Teil des Organisationsteams der Exkursion nach Wien.

† Jakob Schünemann ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, bei Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger an der Georg-August-Universität Göttingen. Er war Teil des Organisationsteams der Exkursion nach Straßburg.

1 Zur juristischen Promotion *Albrecht/Baumeister*, Die juristische Promotion – Ein Überblick und Erfahrungsbericht, GRZ 2022, 84 ff.

2 Aktuelle Informationen zu der Promovierendenausbildung an der Juristischen Fakultät Göttingen sind abrufbar unter: <https://www.uni-goettingen.de/de/36726.html> (zuletzt abgerufen am 8.11.2023).

Nicht zuletzt durch die großzügige finanzielle Unterstützung durch die Fakultät konnten im Jahr 2023 zwei spannende, mehrtägige Exkursionen mit jeweils 20 Teilnehmenden durchgeführt werden. Während die Premiere im März das Ziel Straßburg hatte, ging es im September nach Wien. Dieser Beitrag wird von beiden Reisen berichten und Einblicke in die Erlebnisse, Erfahrungen und Erkenntnisse der Promovierenden geben. Dies soll den Mehrwert von Exkursionen exemplarisch veranschaulichen und Inspirationen für die nächsten Planungen bieten.

### B. Elemente einer gelungenen Exkursion

#### I. Institutionen

Schon bei der Auswahl des Zielortes der Exkursion stehen die Besonderheiten vor Ort im Mittelpunkt, sind doch für eine fachspezifische Exkursion primär die ansässigen Institutionen und Organisationen entscheidend. Generell können dabei vielfältige Besuche lohnenswert sein; den juristisch und zeitgeschichtlich interessanten Einrichtungen sind keine Grenzen gesetzt.

Gleichwohl drängen sich bestimmte Ziele für eine spezifisch-juristische Exkursion auf. Und so war sowohl in Straßburg als auch in Wien zuvorderst an die Gerichtsbarkeit zu denken. Nationale und internationale Gerichte können einen Einblick bieten, der über die reine Lektüre von Entscheidungen hinausgeht. Besuche der Gerichtsräumlichkeiten oder Gespräche mit Richterinnen und Richtern können die Gelegenheit ermöglichen, sonst nicht mögliche Diskurse zu erleben. So nahm sich in Straßburg die Richterin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), Frau Professorin *Seibert-Fohr*, die Zeit, den Promovierenden im Sitzungssaal Arbeitsweise und Inhalte des EGMR zu erläutern. In diesem Forum gab es die ausgiebige Möglichkeit, Rückfragen zu stellen. So konnte neben den allgemeinen, übergreifenden Themen auch individuellen Interessen Raum gegeben werden. Konkret wurde unter anderem über das Verhältnis der Gerichte sowie über deren Zusammensetzung und Arbeitsweise gesprochen. Russland – als mittlerweile ehemaliges Mitglied des Europarates – bot mit noch anhängigen Verfahren Anlass für weitere Gespräche.

Die Reise nach Wien ermöglichte einen intensiven Austausch mit Richter des Verfassungsgerichtshofs Professor *Lienbacher*. Dieser begrüßte die Besuchsgruppe persönlich und führte sie durch das Gerichtsgebäude, einschließlich Beratungszimmer. Es entstand ein munteres Gespräch über die Standpunkte des Verfassungsgerichtshofs als ältestes spezielles Verfassungsgericht der Welt, innerhalb der EU

und der österreichischen Republik. Solche persönlichen Begegnungen leben folglich vom Engagement der Richterinnen und Richter. Sie ermöglichen aber jedenfalls einmalige Einblicke, auch im Hinblick auf deren persönlichen Werdegang.

Der Zugang zu Einrichtungen kann darüber hinaus durch einen persönlichen Kontakt von besonderem Interesse sein: So hatte die Wiener Reisegruppe die Möglichkeit, die Universität Wien und insbesondere den dortigen Arkadengang mit Professor *Olechowski* zu besuchen. Als ausgewiesener Rechtshistoriker nahm er sich die Zeit, einige der bedeutenden juristischen Persönlichkeiten vorzustellen, denen an diesem Ort gedacht wird. Dadurch erfuhren auch wichtige historische Wiener Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler Aufmerksamkeit im Rahmen der Reise.

Daneben kommt der Besuch nationaler und internationaler Organisationen in Betracht. In Straßburg besuchte die Gruppe den Europarat und hatte dort nach einer allgemeinen Führung durch das Gebäude des Europarates die Möglichkeit eines persönlichen Gesprächs mit einem deutschen Juristen, der Einblick in die alltägliche Arbeit bieten konnte. Die Promovierendenausbildung kann somit auch stets Zukunftsperspektiven in den Blick nehmen. Denn gleichsam in Wien boten sich interessante Einblicke in die Arbeit eines Völkerrechtlers der UNCITRAL. Diese ist eine Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht und hat ihren Sitz unter anderem in Wien auf dem extraterritorialen Gelände des Vienna International Centre, wo die Vereinten Nationen einen ihrer vier offiziellen Amtssitze führen. So wurde die Promovierendengruppe in die Arbeit als *Legal Officer* eingeführt und kam unter anderem auf das Rechtsdokument des »UN-Kaufrechts« zu sprechen, das in unsere Schuldrecht-Lehrbücher Einzug findet. Die Einrichtungen boten jeweils die Kombination von allgemein-touristischen Führungen und speziellen juristischen Inhalten an.

Der Besuch in Straßburg eröffnete der Exkursion auch einen Einblick in das Europäische Parlament. Eine Führung beschrieb zunächst Architektur sowie Geschichte und brachte auch einen Blick in den Plenarsaal mit sich. Die Arbeitsweise dieses EU-Organs konnte dann durch ein digitales Gespräch mit Dr. *Sergey Lagodinsky*, MEP, näher beleuchtet werden. Der persönliche Kontakt konnte auch an dieser Stelle Hintergründe offenbaren, etwa zu strategischen Überlegungen im Rahmen der Untätigkeitsklage des Europäischen Parlaments gegen die Europäische Kommission in Sachen Konditionalitätsmechanismus<sup>3</sup>.

Während das Europa-Viertel einen besonderen Ort von Interesse in Straßburg darstellt, findet sich die Geschichte von Reichshofrat und Reichskammergericht im Haus-, Hof- und Staatsarchiv Österreichs. Das – von der Niedersächsischen Akademie der Wissenschaften zu Göttingen – geführte Reichshofratsprojekt wertet hier Akten des Reichshofrats aus, der gemeinsam mit dem Reichskammergericht die Höchstgerichtsbarkeit im Reich bis 1806 darstellte. Und so bot ein Besuch der dortigen Forscher des Projekts im 1902

eröffneten Archivgebäude Einsicht in Akten, vom Vermerk des Eingangs über die (oftmals willkürliche) Geschäftsverteilung bis hin zur Entscheidung.

## II. Stadt, Land, Leute

Eine Reise in eine andere Stadt wäre unvollständig, würde man die Stadt selbst nicht etwas näher kennenlernen. Hierfür eignen sich insbesondere Stadtführungen, die die Teilnehmenden in Wien und Straßburg durch die Straßen begleiteten. Während Straßburg mit einer üblichen Stadtführung begangen wurde, und viel über Architektur und deutsch-französische Geschichte der Stadt zu erfahren war, wurde in Wien ein sog. Frauen\*Spaziergang ausgewählt. Dieser, dankenswerterweise durch Förderung des Göttinger Professorinnenprogramms und dessen Legal Gender Chancen- und Ideenfonds finanzierte, Stadtrundgang beleuchtete im Hinblick auf Freiheit, Friede und Recht die Historie Wiens, stets vor einem frauenpolitischen Hintergrund. Dadurch erlangte die Gruppe eine Perspektive, die über den üblichen Blick einer touristischen Führung hinausging, und dabei feministische (Rechts-)Entwicklungen näherbrachte.

## III. Vernetzung

Letztlich haben beide Exkursionen in besonderem Maße zu einer weitreichenden Vernetzung der Promovierenden untereinander geführt. Schon bei der gemeinsamen Anreise entstanden erste neue Kontakte zu anderen Promovierenden, die sich untereinander teilweise nur vom Sehen oder gar nicht kannten. Bereits die Nachtzugfahrt nach Wien war in dieser Hinsicht eine besondere, erste gemeinsame Erfahrung.

Diese Erlebnisse finden bei Exkursionen nicht nur im Rahmen der »offiziellen« Programmpunkte ihre Fortsetzung, sondern insbesondere auch im »inoffiziellen« Teil. Gemeinsame Restaurantbesuche ermöglichten in Straßburg und in Wien ein näheres Kennenlernen und einen ungezwungenen Austausch zwischen den Promovierenden, deren unterschiedlich weiter Fortschritt keine Barrieren bildete. Die Gespräche kreisten dabei nicht nur um die eigenen Doktorarbeitsthemen oder die Promotion, sodass alle auch promotionsfreie Zeit genießen konnten. Diese wurde von einigen im Anschluss an das Abendessen noch in Bars fortgesetzt. Auch an den anderen Tagen fanden sich die Promovierenden in unterschiedlichen Gruppenkonstellationen zur Freizeit- und Abendgestaltung zusammen, wobei sich die Wege immer wieder kreuzten. So konnte die zwischen dem Programm bleibende freie Zeit für verschiedene Besichtigungen genutzt werden, welche die unterschiedlichen Interessen verknüpften. In beiden Exkursionen wuchsen die Promovierenden dadurch zu einer Gruppe zusammen. Die dort neu gewonnen oder vertieften Kontakte werden auch im Anschluss an die Exkursionen von den Teilnehmenden fortgesetzt. Hier sind es auch die Veranstaltungen der Promovierendenausbildung vor Ort, die immer wieder zu Begegnungen und Austausch führen.

<sup>3</sup> EuGH, Rs. C-657/21 – mittlerweile vom Parlament zurückgenommen.

### **C. Was nimmt man mit?**

Mit Exkursionen auf Reisen zu gehen, ist für alle Teilnehmenden lohnenswert. Es öffnen sich Türen, die einem sonst häufig verschlossen bleiben und gewähren damit einzigartige Einblicke. Diese erweitern den eigenen Horizont und können sogar Impulse für eigene Forschungsideen sein. Die gemeinsamen Erlebnisse wirken zudem verbindend und ermöglichen, andere Promovierende besser kennenzulernen. Die Vernetzung als Ziel der Promovierendenausbildung wird insofern durch kein anderes Mittel so erfolgreich gefördert wie durch Exkursionen.

Lohnenswert ist auch die Organisation der Exkursion selbst, die nun bereits auf die Erfahrungen vorheriger Reisen zurückgreifen kann. Als Mitglied des Organisationsteams hat man nicht nur einen sicheren Platz in der Exkursion, sondern kann das Ziel und das inhaltliche Programm mitgestalten. Darüber hinaus entsteht so schon im Vorfeld eine Vernetzung innerhalb des Teams und mit anderen Promovierenden. Zudem kann nur so sichergestellt werden, dass die fachspezifische Promovierendenausbildung auch zukünftig auf Reisen geht.

## Aktuelles Bericht

Dipl.-Jur. Timo Marcel Albrecht\* und Ass. iur. Nils Imgarten, LL.M. (College of Europe)†

# Transitional Justice – Umgang mit Folgen von Krieg und Konflikt: Grenzen und Potenziale des Rechts

Bericht zur Veranstaltung aus der Reihe »Recht interdisziplinär«

Dem gerade vor dem aktuellen Hintergrund zahlreicher weltweiter Krisen – die Schlagworte Russland/Ukraine und Palästina/Israel mögen genügen – bedeutsamen Thema *Transitional Justice*<sup>1</sup> (TJ) widmete sich die jüngste sechste Ausgabe der mittlerweile fest etablierten Göttinger Veranstaltungsreihe »Recht interdisziplinär«. Zu diesem in der breiteren Öffentlichkeit bislang eher unbekanntem, aber in der Fachöffentlichkeit umso intensiver diskutierten Themenkomplex fand die öffentliche Podiumsdiskussion, die wie zuletzt als Hybridveranstaltung auch online verfolgt werden konnte, am 23.11.2023 abends in Göttingens Zentralem Hörsaalgebäude statt. Im Kern beschäftigt sich *Transitional Justice* mit allen Maßnahmen, die auf gesellschaftlich-politischer und rechtlicher Ebene nach einem gewaltsamen Konflikt mit schweren Menschenrechtsverletzungen zu einer nachhaltigen Befriedung beitragen, und bietet angesichts der zugehörigen zahlreichen multidisziplinären Ansätze ein überaus passendes Thema für unsere Reihe »Recht interdisziplinär«. Auf dem Podium diskutierten die vielfach ausgewiesene Praktikerin und studierte

Geisteswissenschaftlerin *Natascha Zupan*<sup>2</sup> sowie der international renommierte Göttinger Völkerstrafrechtler Prof. Dr. Dr. h.c. *Kai Ambos*<sup>3</sup>. Anstelle der kurzfristig verhinderten Dr. *Kristine Andra Avram*, die sich in ihrer preisgekrönten Dissertation<sup>4</sup> mit Aspekten des Themas *Transitional Justice* beschäftigte, übernahm der Göttinger Doktorand *Timo Marcel Albrecht* vom Organisationsteam die Moderation. Wie die vorherigen Ausgaben ist auch die Aufzeichnung zu dieser Veranstaltung weiterhin auf dem YouTube-Kanal von »Recht interdisziplinär« abrufbar.<sup>5</sup> Abermals gebührt Dank für die Unterstützung der Veranstaltungsreihe insbesondere dem Alumniverein der Studienstiftung des deutschen Volkes sowie der Göttinger Rechtszeitschrift als ihren institutionellen Trägern.

## A. Einleitung und Eröffnungsvortrag

Bereits zu Veranstaltungsbeginn steckte *Albrecht* den Rahmen des Abends zugunsten einer Post-Konflikt-Betrachtung ab, indem er den Ansatzzeitpunkt für Maßnahmen der *Transitional Justice* in erster Linie im Nachgang zu laufenden, »heißen« Konflikten, also im Transitions- bzw. Übergangszeitraum hin zu einer Phase der möglichst nachhaltigen Befriedung, lokalisierte. Trotz sich international zuspitzender Kriegs- und Konfliktlagen betonte er zugleich das positive Potenzial des TJ-Konzepts, das über zentrale Schlagworte

\* *Timo Marcel Albrecht* ist Doktorand und wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht (Prof. Dr. *Eva Schumann*) an der Georg-August-Universität Göttingen.

† *Nils Imgarten* ist Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung (Prof. Dr. *Eckart Bueren*) an der Georg-August-Universität Göttingen.

<sup>1</sup> Als Einstiegslektüre sei auf *Ambos*, *The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC*, in: *Ambos/Large/Wierda* (Hrsg.) *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Conflict Resolution and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice* (2009), S. 19–103; *Zupan*, *Vergangenheitsarbeit*, bpb.de, 26.7.2016, <https://www.bpb.de/themen/kriege-konflikte/dossier-kriege-konflikte/54742/vergangenheitsarbeit/> (zuletzt abgerufen am 4.12.2023); *Buckley-Zistel*, *Transitional Justice als Weg zu Frieden und Sicherheit. Möglichkeiten und Grenzen*, SFB-Governance Working Paper Series Nr. 15, DFG-SFB 700, Berlin (Juli 2008), [https://www.sfb-governance.de/en/publikationen/sfb-700-working\\_papers/wp15/SFB-Governance-Working-Paper-15.pdf](https://www.sfb-governance.de/en/publikationen/sfb-700-working_papers/wp15/SFB-Governance-Working-Paper-15.pdf) (zuletzt abgerufen am 4.12.2023); *Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste*, *Zum Konzept der Transitional Justice*, WD 2 – 3000 – 076/21 (2022), <https://www.bundestag.de/resource/blob/877618/35413cb3c9f2e9ee87276a5263921f36/WD-2-076-21-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.12.2023); sowie den Sammelband *Kuretsidis-Haider/Garscha* (Hrsg.), *Gerechtigkeit nach Diktatur und Krieg: Transitional Justice 1945 bis heute. Strafverfahren und ihre Quellen* (2010), hingewiesen. Zu Erweiterungs- und Reformvorschlägen aus den letzten Jahren beispielhaft *Gready/Robins*, *From Transitional to Transformative Justice: A New Agenda for Practice*, in: dies. (Hrsg.), *From Transitional to Transformative Justice* (2019), S. 31–56.

<sup>2</sup> *Natascha Zupan* leitet derzeit den *Global Learning Hub for Transitional Justice and Reconciliation* bei der *Berghof Foundation* in Berlin und hat Geschichte sowie Islamwissenschaften in Marburg, Damaskus und Bonn studiert. Durch Arbeiten etwa für das *Kompetenzzentrum Friedensförderung* (KOFF) und das Schweizer Außenministerium sowie als Leiterin der *Arbeitsgemeinschaft Frieden und Entwicklung* (FriEnt) sammelte *Zupan* insbesondere im Nahen Osten und nach dem Zerfall Jugoslawiens in Südosteuropa praktische Erfahrungen mit dem Konzept der *Transitional Justice*.

<sup>3</sup> *Kai Ambos* ist Professor für Straf- und Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung, internationales Strafrecht und Völkerrecht an der Universität Göttingen. Er leitet dort die Abteilung für ausländisches und internationales Strafrecht und ist überdies ausgewiesener Lateinamerikaexperte. Sein Ehrendoktorat wurde ihm für seine Verdienste bei der Justizreformen in lateinamerikanischen Staaten 2013 verliehen. Praktische Erfahrungen mit den juristischen Herausforderungen in Gesellschaften nach Krieg und Konflikt resultieren aus seiner Arbeit als Richter am Kosovo-Sondertribunal sowie als gewählter Berater (*amicus curiae*) der kolumbianischen Sondergerichtsbarkeit für den Frieden.

<sup>4</sup> Der Titel der noch nicht veröffentlichten und 2023 mit dem Dissertationspreis der Fritz und Helga-Exner Stiftung der Südosteuropa-Gesellschaft ausgezeichneten Arbeit lautet »Responsibility: A Kaleidoscopic View«.

<sup>5</sup> Direktlink zur Veranstaltung: <https://www.youtube.com/watch?v=HAeo9FyrGAU> (zuletzt abgerufen am 4.12.2023).

wie Gerechtigkeit, Frieden und Versöhnung hinaus sowie gesichert durch empirische Erkenntnisse mögliche Wege hin zu einer dauernden Deeskalation weisen könne.

In ihrem daraufhin folgenden knapp zwanzigminütigen Einführungsvortrag stellte *Natascha Zupan* zentrale Bausteine des Konzepts der *Transitional Justice* vor. Zu Beginn machte sie zunächst die historische Dimension des Themas deutlich und wies darauf hin, dass sowohl die *bundesdeutsche Aufarbeitung der NS-Diktatur* als auch die *Aufarbeitung des DDR-Unrechts*<sup>6</sup> – beides im Übrigen neue Pflichtbestandteile des juristischen Studiums<sup>7</sup> – als Teil von TJ gedeutet werden können. Wenngleich der Terminus *Transitional Justice* hier nur selten Verwendung findet, belegten beide Beispiele, dass eine solche *Vergangenheitsarbeit* – so einer der zentralen deutschen Alternativbegriffe – nicht nur in Gestalt einer strafrechtlichen Aufarbeitung erfolgen muss, sondern deutlich weiter reicht. So seien beispielsweise auch Reformen im Justiz- und Sicherheitssektor, Entschädigungen, die gesellschaftliche Wiedereingliederung von Belasteten,

<sup>6</sup> Den TJ-Bezug dieses Themas suchte überdies eine Veranstaltungsreihe des Beauftragten der Bundesregierung für die Neuen Bundesländer und der Bundesstiftung zur Aufarbeitung der SED-Diktatur in den Jahren 2021/22 herzustellen; Aufzeichnungen hierzu finden sich unter <https://www.bundesstiftung-aufarbeitung.de/de/veranstaltungen/transitional-justice> (zuletzt abgerufen am 4.12.2023).

<sup>7</sup> Laut § 5a II S. 3 Hs. 2 Deutsches Richtergesetz (DRiG) hat die Vermittlung der Pflichtfächer im juristischen Studium nunmehr »auch in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht und dem Unrecht der SED-Diktatur« zu erfolgen.

historische Forschung, Lehre und Bildung, eine öffentliche Erinnerungskultur, »Versöhnungsinstitutionen« (wie das *Deutsch-Französische Jugendwerk*) sowie vieles andere mehr umfasst. In diesem Zusammenhang referenzierte *Zupan*, auch zur Benennung der Ziele, auf die weite *Definition* des UN-Generalsekretärs von 2004, der unter TJ »alle Maßnahmen und Prozesse, die eine Gesellschaft ergreift, um die Folgen von Gewalt und massiven Menschenrechtsverletzungen zu adressieren und Rechenschaftspflicht, Gerechtigkeit und Versöhnung zu fördern«<sup>8</sup>, verstand. Hiervon ausgehend betonte *Zupan*, dass das Subjekt der TJ-Maßnahmen letztlich die gesamte Gesellschaft sei, Vergangenheitsarbeit also nicht auf einzelne Akteure beschränkt werden könne. Der Blick nicht nur in die deutsche Geschichte belege indes, dass Vergangenheitsarbeit viel Zeit benötige, sich das Denken in langfristigen Zeiträumen als notwendig erwiesen habe und die anfänglich verbreitete, optimistische Hoffnung auf schnelle Erfolge der Realität regelmäßig hinterherhinke. In jüngeren Formen der Vergangenheitsarbeit seien weltweit im Vergleich zur deutschen Diktaturaufarbeitung ähnliche, aber auch neue Ansätze wie Wahrheitskommissionen und Friedensgerichte zu beobachten. Nachdem das Konzept der *Transitional Justice* insbesondere in den 1990er Jahren, also »in times of transition«,<sup>9</sup> zunehmend Verbreitung fand, wurden in größerem Maße erst um die Jahrtausendwende, wie *Zupan* ausgehend von eigenen Erfahrungen berichtete, oft auch auf Druck der internationalen Gemeinschaft TJ-Maßnahmen in Friedensabkommen und -prozesse hineinverhandelt. Als wichtigen Meilenstein identifizierte sie hierbei die *Joinet/Orentlicher-Prinzipien*, die ab Ende der 1990er Jahre sukzessive zur Stärkung der Rechte von Konfliktopfern beitrugen und die vier ineinander verschränkten Kernfelder *Wahrheitsfindung – Entschädigung – Rechenschaft – Garantien der Nichtwiederholung* mit ihren zahlreichen Einzelmaßnahmen adressierten.<sup>10</sup> Diese Prinzipien, welche *Zupan* ausführlicher anhand von Beispielen und Teilaspekten erläuterte, bilden einen wesentlichen Baustein dessen, was heute unter dem Begriff der *Transitional Justice* verstanden wird. Die Nichtwiederholungsgarantie, deren wichtigste Teilelemente international unter dem in Deutschland *missverständlichen Akronym DDR (Disarmament – Demobilisation*

<sup>8</sup> The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the Secretary-General, 23.8.2004, S/2004/616, S. 4, Punkt 8, einsehbar unter <https://digitallibrary.un.org/record/527647> (zuletzt abgerufen am 4.12.2023): *Transitional Justice* »comprises the full range of processes and mechanisms associated with a society's attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. These may include both judicial and non-judicial mechanisms, with differing levels of international involvement (or none at all) and individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof.«

<sup>9</sup> Insbesondere die Salzburger Konferenz »Justice in Times of Transition« von 1992 wirkte hier prägend.

<sup>10</sup> Die Prinzipien wurden ursprünglich von *Louis Joinet* in seinem Abschlussbericht über die Frage der Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen (vgl. UN-Dokumentenverzeichnis Az. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1) im Jahr 1997 formuliert sowie später von *Diane Orentlicher* 2005 im Auftrag der UN-Menschenrechtskommission überarbeitet und ergänzt (vgl. UN-Dokumentenverzeichnis Az. E/CN.4/2005/102/Add.1).

– *Reintegration*) zusammengefasst werden,<sup>11</sup> sah *Zupan* hierbei als in der Praxis schwierigsten Teilbereich an. Internationale Akteure wie die UN,<sup>12</sup> EU, Afrikanische Union bis hin zur Bundesregierung<sup>13</sup> hätten hierzu in den zurückliegenden Jahren TJ-Strategien stärker ausformuliert und konkretisiert. Abschließend betone *Zupan* die Bedeutung von TJ als »Gerechtigkeitskompromiss« und damit den Umstand, dass die hehren Ziele hierbei kaum je in idealtypischer Reinform umsetzbar seien. Als weitere Abkehr von der reinen Lehre plädierte sie zudem für die Akzeptanz *multiperspektivischer Wahrheiten*, was aus ihrer Sicht über trennende Narrative, die in Post-Konflikt-Situationen oft ganze Gesellschaften spalten würden, hinweghelfen könne, wie auch für ein *umfassendes Gerechtigkeitsverständnis*, das soziale und wirtschaftliche Rechte ebenfalls einschließe.

Hierauf folgten pointierte Stellungnahmen von *Ambos*, sowohl zu *Zupans* Thesen als auch dem Konzept der *Transitional Justice* insgesamt. Hierbei betonte er die erst spät vertiefte wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Thema: Noch zur Zeit seiner Berufung nach Göttingen im Jahr 2003 habe es kaum wissenschaftliche Werke zu dem Thema gegeben. Dass es erst seit wenigen Jahren mit dem *The International Journal of Transitional Justice* (Oxford University Press) ein einschlägiges weltweit renommiertes Fachjournal gebe, passe ins Bild. Der nicht nur von *Zupan* befürwortete historische Rückbezug des Themenkomplexes TJ bis hin zur NS-Aufarbeitung in der Bundesrepublik bzw. bis zur Zeit der für das Völkerstrafrecht konstituierenden Nürnberger Prozesse sei daher kritisch zu sehen. Im Grunde erst mit der Arbeit *Transitional Justice* der US-amerikanischen Rechtsprofessorin *Ruti Teitel* (2002) als »Bibel der Szene« und anderen vornehmlich US-amerikanischen Befürwortern der TJ könne ab der Jahrtausendwende von einem spezifischeren Konzept gesprochen werden. Man müsse jedoch stets kritisch nach dem konkreten *Mehrwert* und der situativen *Leistungsfähigkeit* solcher vermeintlich neuen Konzepte fragen, auch da vieles keine neuen Phänomene betreffe und eine Abgrenzung zu Trendthemen mitunter schwerfalle. So dürfte außer Frage stehen, dass auch vor der Prägung des Begriffes der *Transitional Justice* in den USA und der zeitver-

setzten Adaption dieses Diskurses in Europa die zugrundeliegenden Themen der Konfliktaufarbeitung, Versöhnung und Prävention politisch-gesellschaftlich diskutiert worden waren, ohne aber dafür den Begriff der *Transitional Justice* zu verwenden. TJ vermag insofern eher als ein Oberbegriff verstanden werden, der verschiedene Elemente wie eine Art »Toolbox«, so *Ambos*, zusammenfasst und sich dabei unter anderem auch an Elementen bedient, die bereits vor Zeiten des TJ-Diskurses etabliert und erprobt waren.

*Ambos* wies zudem auf die intensive Lobbyarbeit einer primär amerikanischen »Transitional-Justice-Industrie«<sup>14</sup> hin, etwa des *Institute of Peace*, die ein großes Eigeninteresse an der Verbreitung selbst propagierter Konzepte habe und das ursprünglich US-amerikanische Konzept zunächst in Lateinamerika und danach weltweit zu implementieren suchte. Zwar lobte auch *Ambos* die Anschaulichkeit und Sinnhaftigkeit der *Joinet/Orentlicher-Prinzipien*, allerdings kommt ihm der konkrete *juristische Gehalt* von TJ-Konzepten, etwa bei vermeintlichen Rechten bzw. Ansprüchen auf Wahrheit, Entschädigung oder Bestrafung, zu kurz. Als über *Soft Law* hinausreichende und justiziable Ausnahme verwies er auf Entscheidungen des *Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, der in den 1990er Jahren – übrigens unter Beteiligung des international erfahrenen Völkerrechtlers, IGH-Richters und kürzlich verstorbenen Göttinger Ehrenbürgers *Thomas Buergenthal*<sup>15</sup> – eine *Ermittlungspflicht* bejaht hatte.<sup>16</sup> Auch das inzwischen klare *Verbot pauschaler Amnestien* sei in dem Zusammenhang als völkerrechtliches *Hard Law* zu nennen, wobei dieses primär einen menschenrechtlichen und keinen spezifischen TJ-Hintergrund habe. Bis heute fänden sich in Entscheidungen internationaler Gerichtshöfe und strafrechtlicher Tribunale fast keine konkreten Entscheidungen, die eine Einklagbarkeit von TJ-Maßnahmen vorsehen oder gar den Terminus *Transitional Justice* rezipieren. Hierin zeigte sich *Ambos* zufolge eine klare Diskrepanz zum akademischen Diskurs, welcher gelegentlich eine höhere juristisch-praktische Relevanz suggeriere.

## B. Diskussion

Damit gelang ein fließender Übergang in die Diskussion zwischen beiden Gästen. *Zupan*, die sich in ihrem Eingangsvortrag deutlich positiver zu TJ-Konzepten verhalten

11 Aufschlussreich, auch zur Implementation und zu rechtlichen Fragen, das von den Vereinten Nationen 2009 publizierte Dokument *DDR and Transitional Justice*, <https://www.unddr.org/modules/IDDRS-6.20-DDR-and-TJ.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.12.2023).

12 *Zupan* wies in dem Zusammenhang nicht nur auf die 2010 vom UN-Generalsekretär als Richtlinie vorgelegten *United Nations Approach to Transitional Justice*, sondern auch auf die erst jüngst im Oktober 2023 verabschiedeten neuen Richtlinien des UN-Generalsekretärs zu TJ (*Guidance Note of the Secretary General on Transitional Justice: A Strategic Tool for People, Prevention and Peace*) hin, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/transitionaljustice/sg-guidance-note/2023\\_07\\_guidance\\_note\\_transitional\\_justice\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/transitionaljustice/sg-guidance-note/2023_07_guidance_note_transitional_justice_en.pdf) (zuletzt abgerufen am 4.12.2023).

13 Hierzu betonte *Zupan* entsprechende Leitlinien der Bundesregierung und die Ressortgemeinsame Strategie zur Unterstützung von »Vergangenheitsarbeit und Versöhnung (Transitional Justice)« im Kontext von Krisenprävention, Konfliktbewältigung und Friedensförderung von 2019, <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2247406/818f4a11299421d6d6b7780b39681dc9/190917-vergangenheitsarbeit-und-versoehnung-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.12.2023).

14 Mit dieser etwas überspitzten Formulierung dürften wissenschaftliche sowie politische Gruppen und Institutionen gemeint sein, welche mit dem beschriebenen TJ-Konzept arbeiten und den Diskurs sowie die Verbreitung des Begriffes vorantreiben. Zur Szene zählte *Ambos* sogar einige *Special Rapporteurs* der Vereinten Nationen, die als US-amerikanische Juraprofessoren ausgebildet seien und TJ global propagiert hätten.

15 Zu seiner bemerkenswerten Vita – NS-Verfolgung, Flucht in die USA sowie eine internationale Karriere als Verfechter von Menschenrechten, Rechtsstaatlichkeit und Demokratie – s. *Buergenthal*, Ein Glückskind. Wie ein kleiner Junge zwei Ghettos, Auschwitz und den Todesmarsch überlebte und ein neues Leben fand (2007).

16 Vielbeachtet war insofern insbesondere der Aufsatz von *Orentlicher*, *Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, *The Yale Law Journal* 1991, 2537–2615. Begriffsprägend wirkte jedoch auch *Kritz*, *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes* (1995).

hatte, nahm jedoch keine Verteidigerinnenrolle hinsichtlich des TJ-Begriffes allgemein ein. In einigen Punkten konnte sie der Kritik von *Ambos* zustimmen, etwa hinsichtlich der Unklarheit von Konturen und Grenzen des Begriffes der *Transitional Justice*, welche ihn in der Tat juristisch schwer fassbar machen. Auch sie finde den Begriff in Teilen problematisch und befürworte einen kritischen Diskurs über dessen Potenziale und Grenzen. Entscheidend seien aber die Themen, die hinter dem Begriff der TJ stünden und die in der Konfliktbewältigung sowie dem gesellschaftlichen Umgang mit diesen Themen relevant seien. Dabei komme es weniger auf die konkret genutzten Begriffe, sondern vielmehr auf die effektive Nutzung und Systematisierung von Wissen und Erfahrungen aus vergangenen Konflikten an, um hieraus effektiv Lehren ziehen zu können. Ergänzend betonte *Zupan* vor allem die politische Natur des TJ-Konzeptes und vieler seiner Elemente, welche über juristisch einklagbare Rechte nun einmal regelmäßig hinausgingen. So seien Transformationsprozesse oft – jedenfalls im Kern – politischer Natur. Bestimmte Elemente, die sich in TJ-Konzepten finden, wie etwa Reparationszahlungen, könnten dem Grunde nach auch ohne die Schaffung einklagbarer Rechte erfolgen, soweit sie als notwendige Maßnahmen der Konfliktbewältigung politisch anerkannt werden.

*Ambos* versuchte demgegenüber herauszuarbeiten, dass die juristischen Elemente der Konfliktaufarbeitung zwar heutzutage auch als ein Teil von TJ gesehen werden, jedoch nicht originär aus dem TJ-Gedanken entwickelt wurden, sondern sich unabhängig aus dem Völkerstrafrecht, insbesondere der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofes, entwickelt haben. Das werde seiner Ansicht nach im Diskurs über TJ teilweise nicht hinreichend offengelegt.

Auch *Ambos* erkannte aber die Verschränkung politischer und juristischer Elemente im Kontext von TJ an. Beide Gäste waren sich insofern einig, dass die politischen Vorbedingungen und der politische Mehrheitswille in der jeweiligen Post-Konflikt-Gesellschaft zentral sind. *Ambos* nannte hierfür Kolumbien als Beispiel, wo die Wahrheitskommission für den Frieden Gegenstand eines intensiven politischen Diskurses war, der unter anderem dazu führte, internationalen Einfluss vergleichsweise stark zu begrenzen.<sup>17</sup> Insofern seien aber die konkreten Umstände des jeweiligen Konfliktes und der betroffenen Regionen maßgeblich und nicht verallgemeinerbar, sodass etwa die Situation in Kolumbien nicht übertragbar auf andere derzeitige oder zukünftige Konflikte sei, wie *Zupan* ergänzte.

### C. Impulse durch Publikumsfragen

Sowohl von online Zugeschalteten als auch aus dem Saal konnten Fragen gestellt werden. Themen, die das Publikum interessierten, waren unter anderem konkrete Beispiele

<sup>17</sup> Dementsprechend sind beispielsweise alle Richter der Wahrheitskommission kolumbianische Staatsbürger. Internationale Berater haben nicht dieselbe Position, sondern sind lediglich als *amicus curiae* ohne richterliche Entscheidungsmacht zugelassen. Dies ist daher auch die Rolle, die in diesem Kontext *Kai Ambos* einnimmt.

für *Transitional Justice* und Gründe, warum in bestimmten Einzelfällen TJ-Konzepte nicht erfolgreich waren. Hierzu konnte *Zupan* auf das Beispiel Bosniens eingehen, in welchem TJ ihrer Ansicht nach hinter ihrem Potenzial zurückblieb. Dort hätte ihrer Ansicht nach insbesondere von außen mehr Druck in Bezug auf eine stärkere Nutzung solcher Instrumente ausgeübt werden können, etwa im Kontext des Annäherungsprozesses an die EU.

Ein Thema, mit dem sich *Ambos* auf einen Zuhörerimpuls hin auseinandersetzte, war die nationale Anwendung von Völkerstrafrecht<sup>18</sup> als Element der Wahrheitsfindung und Aufarbeitung von Menschenrechtsverbrechen. Auch wenn er sich allgemein positiv zu der Stärkung dieser Verfahren, etwa in Deutschland, positionierte, betonte er, dass es sich bei solchen dezentralen Verfahren stets nur um einen »Tropfen auf den heißen Stein« handeln könne, da die Summe dieser Einzelfälle im Gegensatz zur Größe der jeweiligen Konflikte meist vernachlässigbar sei. Dennoch bezeichnete er die Verfahren als sinnvoll. Einerseits sei es zu begrüßen, wenn hierüber berichtet werde und Interessierte in den jeweiligen Herkunftsländern die Prozesse verfolgten.<sup>19</sup> Andererseits gebe es auch ein legitimes Interesse der Staaten, die die Verfahren anstrebten, kein sicherer Hafen für derartige Straftäter zu sein und aktiv gegen sie vorzugehen, gerade wenn – wie oftmals – eine Auslieferung zur Verfolgung im Herkunftsstaat aus verschiedenen Gründen nicht in Betracht kommt.

### D. Schluss

Durch die Vielfalt und Unterschiedlichkeit der Perspektiven der beiden Gäste bot die Veranstaltung viele Ansatzpunkte zum Diskutieren und zur akademischen Auseinandersetzung mit dem Thema *Transitional Justice* sowie dem Umgang mit Gesellschaften nach Krieg und Konflikt. Deutlich wurde, dass es sich um ein Thema handelt, welches in seiner Komplexität und Ganzheitlichkeit nicht in einer Diskussionsveranstaltung von zwei Stunden erschöpfend behandelt werden kann. Jedoch vermochte die Veranstaltung für Studierende und darüber hinaus allen mit den Konzepten noch nicht vollständig Vertrauten einen guten Themenüberblick und Einstieg bieten.

Recht  
interdisziplinär



<sup>18</sup> Vgl. § 1 Völkerstrafgesetzbuch (VStGB), der die Anwendbarkeit auf Straftaten im Ausland ohne Inlandsbezug regelt.

<sup>19</sup> So verwies er u.a. auf ein laufendes Verfahren vor dem Staatsschutzsenat des OLG Celle (Az.: 5 StS 1/22) gegen einen Angeklagten, der in Gambia Regimegegner ermordet haben soll. Studierende von Herrn Prof. Dr. *Ambos* verfolgten hierzu das Verfahren vor dem OLG Celle und berichteten in Zusammenarbeit mit Menschenrechtsorganisationen über den Verfahrensgang, der so mittelbar auch vor Ort in Gambia verfolgt werden konnte.



# Tageblatt-Update

Ihr Newsletter für Göttingen und die Region



Täglich um 6 Uhr  
in Ihrem  
E-Mail-Postfach.



[Goettinger-Tageblatt.de/Newsletter](https://Goettinger-Tageblatt.de/Newsletter)

Göttinger Tageblatt Gichsfelder Tageblatt



Partner im RedaktionsNetzwerk Deutschland

**ZivilR** Rechtsprechungsübersicht

Tim Konrad Becker\*

# Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht

**Ersatz von Verwahrungskosten in Abschleppfällen**

BGH, Urt. v. 17.11.2023 – V ZR 192/22

*Leitsätze der Redaktion*

1. Zu den nach den Vorschriften der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag erstattungsfähigen Kosten für die Entfernung eines unbefugt auf einem Privatgrundstück abgestellten Fahrzeugs zählen auch die Kosten, die im Zusammenhang mit der anschließenden Verwahrung des Fahrzeugs entstehen.
2. Der Grundstücksbesitzer ist gehalten, den Halter des abgeschleppten Fahrzeugs unmittelbar im Anschluss über den Abschleppvorgang zu unterrichten. Eine Verletzung dieser Pflicht kann zu einer Anspruchskürzung führen, wenn sie zur Folge hat, dass der Halter die Herausgabe seines Fahrzeugs erst mit einer zeitlichen Verzögerung erlangen kann.
3. Der Erstattungsanspruch ist zeitlich bis zu einem Herausgabeverlangen des Halters begrenzt. Nachfolgend anfallende Verwahrkosten dienen nicht mehr der Abwicklung des Abschleppvorgangs.
4. Auch für die Zeit nach dem Herausgabeverlangen kommt grundsätzlich ein Anspruch auf Ersatz von weiteren Verwahrkosten nach § 304 BGB in Betracht, wenn der Halter nicht bereit ist, im Gegenzug die für das Abschleppen und die bisherige Verwahrung angefallenen ortsüblichen Kosten zu zahlen und das Abschleppunternehmen daraufhin die Herausgabe des Fahrzeugs verweigert, sodass der Halter in Annahmeverzug gerät.

**Aufklärungspflichten des Verkäufers beim Immobilienkauf**

BGH, Urt. v. 15.9.2023 – V ZR 77/22

*Leitsätze der Redaktion*

Der Verkäufer eines bebauten Grundstücks, der dem Käufer Zugriff auf einen Datenraum mit Unterlagen und Informationen zu der Immobilie gewährt, erfüllt hierdurch seine Aufklärungspflicht nur dann, wenn und soweit er aufgrund der Umstände die berechtigte Erwartung haben kann, dass der Käufer durch die Einsichtnahme in den Datenraum Kenntnis

von dem offenbarungspflichtigen Umstand erlangen wird. Zu den maßgeblichen Umständen gehört insbesondere die Menge an Dokumenten in dem betreffenden Datenraum und der zeitliche Rahmen, der für die Einsichtnahme zur Verfügung steht.

**Mangelhaftigkeit von (Renn-)Pferden**

OLG Oldenburg, Urt. v. 16.8.2023 – 4 U 72/22

*Leitsätze der Redaktion*

1. Wenn die Parteien einen Haftungsausschluss vereinbaren und diesen im Kaufvertrag mit »§ 2 Beschaffenheitsvereinbarung« überschreiben, so gilt der vereinbarte Haftungsausschluss ungeachtet seiner widersprüchlichen Überschrift.
2. Nur weil ein Pferd in der Vergangenheit als Rennpferd genutzt wurde, bedeutet dies nicht automatisch, dass es sich aufgrund eines erhöhten Verschleißes nicht mehr für die gewöhnliche Verwendung i.S.v. § 434 III 1 Nr. 1 BGB eignet.

**Behandlung von Fehlvorstellungen über Vermessung des verkauften Grundbesitzes**

BGH, Urt. v. 23.6.2023 – V ZR 89/22

*Leitsätze der Redaktion*

1. Zur Beschaffenheit eines verkauften Grundstücks gehört es nicht, dass es sich auf ein Nachbargrundstück erstreckt; eine solche Vereinbarung legt den Kaufgegenstand selbst und nicht lediglich dessen Beschaffenheit fest.
2. Der Wortsinn einer in einem notariellen Grundstückskaufvertrag enthaltenen Erklärung ist nicht maßgeblich, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien in der Erklärung Begriffe anders als nach dem Wortsinn verstehen oder mit Flurstück- oder Grundbuchangaben andere Vorstellungen über den verkauften Grundbesitz verbinden (sog. versehentliche Falschbezeichnung bzw. falsa demonstratio). Eine solche Falschbezeichnung ändert nach § 133 BGB nichts daran, dass – wie sonst auch – nicht das fehlerhaft Erklärte, sondern das wirklich Gewollte gilt.
3. Aus dem Umstand, dass die Kaufvertragsparteien die tatsächlichen Verhältnisse des im Eigentum des Verkäufers stehenden Grundstücks bei einer Besichtigung zur Kenntnis genommen haben, kann, auch wenn dieses Grundstück und das angrenzende Nachbargrundstück scheinbar eine Einheit bilden, nur im Ausnahmefall auf eine Einigung über den Mitverkauf des nicht im Eigentum des Verkäufers stehenden Nachbargrundstücks geschlossen werden.

\* Der Autor studiert seit dem Wintersemester 2019/20 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und verbrachte das Wintersemester 2022/23 im Rahmen eines Auslandsaufenthalts an der KU Leuven. Neben seinem Studium arbeitet er am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Kirchenrecht und Staatskirchenrecht von Dekan Prof. Dr. Hans Michael Heimig und am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Eckart Bueren.

4. Weckt der Verkäufer eines Grundstücks bei dem Käufer vor Vertragsschluss falsche – einseitige – Vorstellungen über den tatsächlichen Umfang seines Eigentums oder erkennt er eine entsprechende Fehlvorstellung über den Grenzverlauf, klärt den Käufer aber nicht über den wahren Grenzverlauf auf, fehlt es in aller Regel an einer Einigung über den Verkauf eines scheinbar zu dem Grundstück des Verkäufers zugehörigen fremden Grundstücks. Der Verkäufer kann allerdings wegen Verschuldens bei Vertragsschluss zum Schadensersatz verpflichtet sein.

#### **Besichtigungen in vermieteter Wohnung**

BGH, Ur. v. 26.4.2023 – VIII ZR 420/21

*Leitsätze der Redaktion*

Es besteht eine vertragliche, aus § 242 BGB herzuleitende Nebenpflicht des Wohnraummieters, dem Vermieter – nach entsprechender Vorankündigung – den Zutritt zu seiner Wohnung zu gewähren, wenn es hierfür einen konkreten sachlichen Grund (hier: beabsichtigte Veräußerung der Wohnung) gibt. Eine solche Pflicht kann sich zudem aus einer entsprechenden Vereinbarung im Mietvertrag ergeben.

#### **»Fiktive« Schadensberechnung im Mietrecht**

BGH, Ur. v. 19.4.2023 – VIII ZR 280/21

*Leitsätze der Redaktion*

1. Schadensersatzansprüche statt der Leistung können im Mietrecht mit den für die Instandsetzung oder -haltung oder für den Rückbau der Mietsache erforderlichen, aber nicht aufgewendeten Kosten bemessen werden.

2. Dies wird auch nicht durch die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats bezüglich des Werkvertragsrechts berührt. Denn die Erwägungen des VII. Zivilsenats beruhen auf den Besonderheiten des Werkvertragsrechts und sind auf andere Vertragstypen nicht übertragbar.

**ÖffR** Rechtsprechungsübersicht

Julian Jansen\*

# Rechtsprechungsübersicht im Öffentlichen Recht

**Zur waffenrechtlichen Zuverlässigkeit eines AfD-Mitglieds**

OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.4.2023 – 3 M 13/23

*Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze*

1. Eine waffenrechtliche Unzuverlässigkeit des Antragstellers als Mitglied der Partei »Alternative für Deutschland« (AfD), des AfD-Kreisvorstands sowie der AfD-Fraktion im Stadtrat folgt jedenfalls derzeit nicht aus § 5 II Nr. 3 lit. b WaffG. Allein die Einstufung des AfD-Landesverbandes in Sachsen-Anhalt als Verdachtsfall durch die Landesverfassungsschutzbehörde berechtigt nicht zum Widerruf der waffenrechtlichen Erlaubnis.

2. Mit welchem Grad der Überzeugung verfassungsfeindliche Bestrebungen vorliegen müssen, bestimmt sich anhand des Waffengesetzes und nicht nach den Verfassungsschutzgesetzen.

3. Der tatsächensbegründete Verdacht bezieht sich im Zusammenhang mit der hier streitigen Norm des § 5 II Nr. 3 lit. b WaffG allein auf die Mitgliedschaft in einer Vereinigung und nicht darauf, dass diese Bestrebungen im Sinne des § 5 II Nr. 3 lit. a verfolgt oder verfolgt hat.

**Rechtswidriges Verbot des Wahlplakats »Migration tötet«**

BVerwG, Urt. v. 26.4.2023 – 6 C 8.21

*Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze*

1. Aus Art. 5 I 1 GG ergeben sich spezifische Anforderungen nicht nur an die Auslegung und Anwendung grundrechtsbeschränkender Gesetze, sondern bereits an die ihr vorgelegte tatrichterliche Interpretation umstrittener Äußerungen.

2. Maßgeblich bei der Ermittlung des Inhalts einer Meinungsäußerung ist weder die subjektive Absicht des sich Äußernden noch das subjektive Verständnis der von der Äußerung Betroffenen, sondern der Sinn, den sie nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums objektiv hat.

3. Bei mehrdeutigen Äußerungen haben Behörden und Gerichte sanktionsrechtlich irrelevante Auslegungsvarianten mit nachvollziehbaren und tragfähigen Gründen auszuschließen, bevor sie ihrer Entscheidung eine zur Anwendung

des Straftatbestands der Volksverhetzung führende Deutung zugrunde legen.

4. Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass auf Wahlplakaten die politische Äußerung typischerweise verkürzt und zugespitzt ist. Bei mehrdeutigen Äußerungen ist nicht zwingend auf in Deutschland lebende Migranten zu schließen. Selbst eine Deutung als Kritik an der Migrationspolitik der Bundesregierung erfüllt nicht den Tatbestand der Volksverhetzung.

5. Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung ist allein das Plakat, nicht aber das Parteiprogramm heranzuziehen.

**Präventives Klebeverbot hinsichtlich »übergeordneten Straßennetzes« zu unbestimmt**

OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28.4.2023 – OVG 1 S 33/23

*Leitsatz der Redaktion*

Der räumliche Bereich einer Untersagung, sich auf Straßen festzukleben, muss eindeutig erkennbar sein. Es kann nicht verlangt werden, dass die Bestimmtheit erst durch weitere Hilfsmittel vom Adressatenkreis hergestellt wird.

**Kein Anspruch auf Ausstattung mit einem Büro für einen Bundeskanzler a.D.**

VG Berlin, Urt. v. 4.5.2023 – VG 2 K 238/22

*Leitsätze der Redaktion*

1. Es liegt keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor, da ein Bundeskanzler a.D. gem. Art. 69 II GG nicht mehr im Amt ist.

2. Eine einfachgesetzliche Anspruchsgrundlage auf die Ausstattung mit einem Büro für einen Bundeskanzler a.D. besteht nicht.

3. Eine Bewilligung von öffentlichen Mitteln im Haushaltsplan entfaltet keine Außenwirkung und stellt mithin keine Anspruchsgrundlage dar.

4. Für einen Anspruch aus Gewohnheitsrecht bedarf es der Rechtsüberzeugung, dass nach der erwarteten Maxime verfahren wird, sowie darüber hinaus, dass dies aufgrund des Charakters als bindende Norm getan wird. In diesem Sinne fehlt es an einer dementsprechenden Regel des Gewohnheitsrechts hinsichtlich der Ausstattung mit einem Büro.

\* Julian Jansen ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht bei BVRin Prof. Dr. Christine Langenfeld an der Georg-August-Universität Göttingen.

5. Es besteht mangels direkter Begünstigung kein Anspruch aus Art. 3 I GG. Das Nutzendürfen ist lediglich ein unbeachtlicher Rechtsreflex.

#### **Briefwahlzentren in Schulen verfassungswidrig**

StGH Bremen, Urt. v. 9.5.2023 – St 1/22

*Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze*

1. In der erheblichen Ausweitung der Zahl der vorhandenen Briefwahlzentren, in denen auch eine Stimmabgabe vor Ort möglich ist, liegt für sich genommen kein Verstoß gegen das Leitbild der Urnenwahl. Mit der Schaffung von zusätzlichen Möglichkeiten versucht der Gesetzgeber gerade, üblichen Gefahren der Briefwahl für die Öffentlichkeit, die Freiheit und die Geheimheit der Wahl entgegen zu wirken.

2. Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl weist einen streng formalen Charakter auf. Eine isolierte Bevorzugung einer bestimmten Wählergruppe beim Zugang zur Wahl, die nicht dem Ausgleich eines Nachteils dient, ist nicht mit dem formalen Charakter des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl zu vereinbaren.

3. Eine Regelung, mit der Schülerinnen und Schülern bestimmter Schulen die Wahl dadurch erleichtert wird, dass Ihnen ermöglicht wird, die Briefwahl unmittelbar in ihrer Schule durchzuführen und ihnen zudem die Möglichkeit gewährt, für die Stimmabgabe bzw. die Abholung der Briefwahlunterlagen den Unterricht zu verlassen, stellt somit einen schwerwiegenden Eingriff in die Allgemeinheit der Wahl dar.

#### **Bezeichnung einer Landesregierung als »Regime«**

OVG Bautzen, Beschl. v. 15.6.2023 – 6 B 83/23

*Amtlicher Leitsatz*

Im Rahmen einer Auseinandersetzung um die Sache in einer die Öffentlichkeit berührenden Frage muss sich auch ein demokratischer Politiker den in der Bezeichnung »Regime« enthaltenen Vorwurf gefallen lassen.

#### **Gefangenenvergütung und Resozialisierungskonzept**

BVerfG, Urt. v. 20.6.2023 – 2 BvR 166/16, 2 BvR 1683/17

*Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze*

1. Das verfassungsrechtliche Resozialisierungsgebot aus Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG verpflichtet den Gesetzgeber dazu, ein umfassendes, wirksames und in sich schlüssiges, am Stand der Wissenschaft ausgerichtetes Resozialisierungskonzept zu entwickeln sowie die von ihm zu bestimmenden wesentlichen Regelungen des Strafvollzugs darauf aufzubauen.

2. Das Gesamtkonzept muss zur Erreichung des von Verfassung wegen vorgegebenen Resozialisierungsziels aus dem Gesetz selbst erkennbar sein. Der Gesetzgeber muss die Zwecke, die im Rahmen seines Resozialisierungskonzepts

mit der (Gesamt-)Vergütung der Gefangenenarbeit und insbesondere dem monetären Vergütungsteil erreicht werden sollen, im Gesetz benennen und widerspruchsfrei aufeinander abstimmen.

3. Der Gesetzgeber ist nicht auf ein bestimmtes Regelungskonzept festgelegt; vielmehr ist ihm ein weiterer Gestaltungsraum eröffnet.

4. Die Angemessenheit der Vergütungshöhe ist an den mit dem Resozialisierungskonzept verfolgten Zwecken zu messen.

#### **Abgeordneten kommt beim »Heizungsgesetz« Recht zur Beratung zu**

BVerfG, Beschl. v. 5.7.2023 – 2 BvE 4/23

*Leitsätze der Redaktion*

1. Die Dauer eines Gesetzgebungsverfahrens hängt vom Einzelfall ab; das GG kann hierfür keine abstrakten Vorgaben aufstellen.

2. Zwar kommt der Mehrheit im Parlament grundsätzlich ein weiter Ausgestaltungsspielraum zu. Jedoch liegt die Grenze im Status der Gleichheit der Abgeordneten, Art. 38 I 2 GG. Dieser kann verletzt sein, wenn er ohne sachlichen Grund gänzlich oder substantiell missachtet wird, was bei einer missbräuchlichen Beschleunigung des Verfahrens zulasten der Teilhaberechte der Abgeordneten der Fall sein kann. Den Abgeordneten steht nicht nur das Recht abzustimmen, sondern auch zu beraten, zu.

3. Im Eilverfahren überwiegt deshalb das Interesse der Vermeidung einer irreversiblen Verletzung der Beteiligungsrechte aus Art. 38 I 2 GG.

#### **Die Wiederaufnahmeregelung gem. § 362 Nr. 5 StPO ist verfassungswidrig**

BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22

*Amtliche Leitsätze*

1. Das grundrechtsgleiche Recht des Art. 103 III GG enthält kein bloßes Mehrfachbestrafungsverbot, sondern ein Mehrfachverfolgungsverbot, das Verurteilte wie Freigesprochene gleichermaßen schützt.

2. Es entfaltet seine Wirkung auch gegenüber dem Gesetzgeber, wenn dieser die gesetzlichen Voraussetzungen für eine erneute Strafverfolgung durch die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens schafft.

3. Das in Art. 103 III GG statuierte Mehrfachverfolgungsverbot trifft eine Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen Gerechtigkeit. Diese Vorrangentscheidung steht einer Relativierung des Verbots durch Abwägung mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang nicht offen, sodass dem Gesetzgeber bei der

Ausgestaltung des Wiederaufnahmerechts insoweit kein Gestaltungsspielraum zukommt.

4. Art. 103 III GG umfasst nur eine eng umgrenzte Einzelausprägung des Vertrauensschutzes in rechtskräftige Entscheidungen. Er schützt den Einzelnen allein vor erneuter Strafverfolgung aufgrund der allgemeinen Strafgesetze, wenn wegen derselben Tat bereits durch ein deutsches Gericht ein rechtskräftiges Strafurteil ergangen ist.

5. Im Rahmen dieses begrenzten Schutzgehalts verbietet Art. 103 III GG die Wiederaufnahme von Strafverfahren zum Nachteil des Grundrechtsträgers nicht generell, jedenfalls aber die Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel.

6. Freigesprochene dürfen darauf vertrauen, dass die Rechtskraft des Freispruchs nur aufgrund der zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft geltenden Rechtslage durchbrochen werden kann. Der Grundsatz *ne bis in idem* erkennt die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in ein freisprechendes Strafurteil an und Art. 103 III GG verleiht diesem Vertrauensschutz Verfassungsrang.

**StrafR** Rechtsprechungsübersicht

Tom Hendrik Becker\* und Hendrik Uken†

**Rechtsprechungsübersicht im Strafrecht****Schizophrenie schließt Schuldfähigkeit nicht aus**

BGH, Beschl. v. 5.9.2023 – 6 StR 360/23

*Leitsatz der Redaktion*

Eine paranoide Schizophrenie beeinträchtigt nicht zwingend die Schuldfähigkeit.

**Sichbereiterklären i.S.d. § 30 II Var. 1 StGB**

BGH, Beschl. v. 23.8.2023 – StB 51/23

*Leitsätze der Redaktion*

1. Voraussetzung für ein Sichbereiterklären ist die ernstgemeinte, mit Bindungswillen gegenüber dem Adressaten abgegebene Kundgabe der Bereitschaft zur täterschaftlichen Verbrechensverwirklichung.

2. Ein Sichbereiterklären schließt eine Verurteilung zu einer versuchten Anstiftung zur mittäterschaftlichen Begehung aus.

**Festkleben als Gewalt i.S.d. § 113 I StGB**

KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23

*Leitsätze der Redaktion*

1. Gewaltsamer Widerstand i.S.d. § 113 I StGB kann im Einzelfall in einem Festkleben auf der Straße bestehen.

2. Ein Festkleben bereits vor Beginn von Vollstreckungshandlungen kann ebenfalls strafbar sein, wenn es gezielt als Widerstandshandlung fortwirkt.

**Rechtswidrig handelnde Vollstreckungsbeamte und §§ 113, 114 StGB**

OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 21.8.2023 – 3 ORs 13/23

*Leitsatz der Redaktion*

Eine Strafbarkeit nach den §§ 113, 114 StGB kann entfallen, wenn die Diensthandlung des angegriffenen Vollstreckungsbeamten rechtswidrig war.

\* Tom Hendrik Becker studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist studentischer Mitarbeiter am Göttinger Zentrum für Medizinrecht sowie in der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht bei Prof. Dr. Gunmar Duttge.

† Hendrik Uken studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist dort Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie von Prof. Dr. Alexander Baur sowie an der Juniorprofessur für Kriminologie, Criminal Compliance, Risk Management und Strafrecht von Jun.-Prof. Dr. Lucia Sommerer an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

**Fähigkeit zu Argwohn und Gegenwehr von Säuglingen**

BGH, Beschl. v. 12.7.2023 – 6 StR 231/23

*Leitsätze der Redaktion*

1. Wenige Monate alte Kleinkinder sind nicht zu Argwohn oder Gegenwehr fähig.

2. In der Heimtückeprüfung ist auf einen schutzbereiten Dritten abzustellen, also eine Person, die den Schutz des Opfers zumindest vorübergehend übernommen hat und diesen auch in einer gewissen räumlichen Nähe ausübt.

**Der Beginn des heimtückischen Handelns**

BGH, Urt. v. 24.5.2023 – 2 StR 320/22

*Leitsätze der Redaktion*

1. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers im Rahmen der Heimtücke ist grundsätzlich der Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs.

2. Der Angriff muss nicht zwingend mit der Tötungshandlung an sich beginnen, sondern kann auch in einer zeitlich zuvor stattfindenden Phase entstehen.

3. Ein heimtückisches Verhalten muss nicht heimlich sein.

**Die »außertatbestandliche Zielerreichung« im Versuchsstadium**

BGH, Beschl. v. 16.5.2023 – 3 StR 137/23

*Leitsätze der Redaktion*

1. Wenn der Täter die Tat objektiv nicht mehr mit den zur Verfügung stehenden Mitteln vollenden kann, ohne dabei einen neuen Handlungs- oder Kausalverlauf in Gang zu setzen und er die Vollendung subjektiv für unmöglich hält, liegt ein fehlgeschlagener Versuch vor.

2. Die »außertatbestandliche Zielerreichung« des Täters führt nicht grundsätzlich zur Annahme eines fehlgeschlagenen Versuchs oder schränkt die Freiwilligkeit eines Rücktritts ein.

**»Auf frischer Tat betroffen« im Rahmen der Nacheile**

BGH, Beschl. v. 14.3.2023 – 4 StR 451/22

*Leitsätze der Redaktion*

1. Das Tatbestandsmerkmal »auf frischer Tat betroffen« im Sinne § 252 StGB ist erfüllt, wenn der Täter noch in unmittelbarer Nähe zum Tatort und alsbald nach der Tatausführung wahrgenommen wird, also im Moment der Wahrnehmung noch ein enger, sowohl örtlicher als auch zeitlicher Zusammenhang mit der Vortat besteht.
2. Im Übrigen kommt es nicht mehr darauf an, dass sich das Nötigungsmittel gegen eine Person richtet, die ihn auf frischer Tat betroffen hat. Vielmehr genügt es, dass die Nötigungshandlung eine Folge des Betroffenseins ist und zu diesem in einem Bezug steht, welcher auch im Rahmen der sogenannten Nacheile besteht.
3. Voraussetzung hierfür ist, dass der Täter in unmittelbarem Anschluss an das Betreffen auf frischer Tat verfolgt wird und diese Verfolgung bis zu dem Einsatz des Nötigungsmittels ohne Zäsur fortgesetzt wird. Dann kommt es auf einen engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang zwischen Vortat und dem Einsatz des Nötigungsmittels nicht mehr an.

**Zu den Anforderungen des »Beinahe-Unfalls« i.S.d. § 315c I StGB**

BGH, Beschl. v. 22.11.2022 – 4 StR 112/22

*Leitsätze der Redaktion*

1. § 315c I StGB setzt in allen Tatvarianten eine konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen oder einer fremden Sache von bedeutendem Wert voraus.
2. Dies ist der Fall, wenn die Tathandlung über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus zu einer kritischen Situation geführt hat, in der – was nach allgemeiner Lebenserfahrung auf Grund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist – die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache so stark beeinträchtigt wurde, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht.
3. Im Ergebnis muss ein »Beinahe-Unfall« festgestellt werden, also ein Geschehen, bei dem ein unbeteiligter Beobachter zu der Einschätzung gelangt, es sei »noch einmal gut gegangen«.

**Mittelbare Widerstandshandlung als Tatbestandserfüllung des § 113 I StGB**

BGH, Beschl. v. 9.11.2022 – 4 StR 272/22

*Leitsätze der Redaktion*

1. Eine Widerstandshandlung im Sinne des § 113 I StGB kann durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt erfolgen. Der Begriff der Gewalt ist dabei als eine durch tätiges Handeln bewirkte Kraftäußerung zu verstehen, die gegen den Amtsträger gerichtet und geeignet ist, die Durchführung der Vollstreckungshandlung zu verhindern oder zu erschweren.
2. Die Tathandlung braucht nicht unmittelbar gegen den Amtsträger gerichtet zu sein; es genügt vielmehr eine nur mittelbar gegen die Person des Beamten, unmittelbar aber gegen Sachen gerichtete Einwirkung, wenn sie nur von dem Beamten körperlich empfunden wird und dadurch eine mittelbare Zwangswirkung darstellt.