

AUFSÄTZE

JAKOB SCHÜNEMANN

Die automatisierte Kennzeichenkontrolle im Polizeirecht

JULIANE HENDORF

Das BVerwG und die Kücken – vermeintliche Alternativlosigkeit als vorübergehend vernünftiger Grund

LORENZ DILLING

»Wegschließen für immer?«

MAX WROBEL

Das Willensstrafrecht und dessen Einfluss auf die Strafrechtsdogmatik

TIMO MARCEL ALBRECHT

Verfassungen sind stets mehr als die Summe ihrer Artikel

TILL NIMA ALBERS

Carl Schmitts staatsrechtliches Werk in der Weimarer Republik

FALLBEARBEITUNGEN

JENNIFER REH

Kunstkauf mit Hindernissen

LEA GOTTSCHALK

Von Privatparkplätzen und Demonstrationsverboten

STUDIUM UND DIDAKTIK

KATHARINA HUNDERTMARK

Juristische Klausurenklinik

FIONA GAWLIK

**Rechtsvergleichendes deutsch-türkisches Seminar:
»Grundprinzipien des Strafprozessrechts und aktuelle
Herausforderungen und Entwicklungen«**

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHTEN

SVEN NEUBERT UND TORBEN SCHNEIDER

Rechtsprechungsübersicht im Zivilrecht

SOPHIE NORBECK UND ANNA SOPHIA PEUSER

Rechtsprechungsübersicht im Öffentlichen Recht

MAXIMILIAN MEISTER UND DENISE WENZL

Rechtsprechungsübersicht im Strafrecht



GRZ | Göttinger
Rechtszeitschrift

Impressum



Göttinger
Rechtszeitschrift e. V.

Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen

Registergericht: Amtsgericht Göttingen
Registernummer: VR 201862

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

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

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

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

Ausgabe 2/2019, 2. Jahrgang, 1. Auflage, November 2019

© 2019 Göttinger Rechtszeitschrift e. V.

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

ISSN 2627-3721

Printed in Germany

Informationen

Erscheinungsweise
Die Göttinger Rechtszeitschrift erscheint halbjährlich.

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

Zitervorschlag
Autor, GRZ 2019, Seite

Mitwirkende

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

Ressort für Zivilrecht
Lisa Metz, Sven Neubert, Torben Schneider

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

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

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

Ressort für Studium und Didaktik
Lea Gottschalk, Christian Magaard, Clara Reinhardt

Publikationsdirektor
Alexander Sparenberg

Öffentlichkeitsarbeit
Maximilian C. Meister (Direktor), Elena Ben Salem, Sven
Wedemeyer

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

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

das Erscheinen der dritten Ausgabe der Göttinger Rechtszeitschrift markiert zugleich das Ende des Kalenderjahres 2019. Auffallend häufig wurden die zeitgeschichtlichen und politischen Ereignisse des scheidenden Jahres unter Bezugnahme auf historische Vorbilder oder Mahnungen kommentiert: Gedenken an 100 Jahre Weimarer Reichsverfassung, 100 Jahre Unterzeichnung des Vertrags von Versailles, den 80. Jahrestag des deutschen Überfalls auf Polen, aber auch an 70 Jahre Grundgesetz und 30 Jahre Friedliche Revolution boten der heutigen Gesellschaft Anlass zur Selbstreflexion. Vielleicht auch inspiriert von diesem Jahr des Geschichtsbewusstseins finden in der GRZ nun die historischen, aber auch philosophischen, theoretischen und soziologischen Betrachtungen des Rechts den selbstständigen Raum eines eigens dafür geschaffenen Ressorts. Mit dem Ressort für Grundlagen des Rechts hebt die GRZ einen der traditionellen Schwerpunkte der Göttinger Juristischen Fakultät als Bestandteil der juristischen Ausbildung hervor. Gleichzeitig kontrastiert sie mit vergleichbaren studentischen Rechtszeitschriften Deutschlands. Schon in dieser Ausgabe finden sich zwei Aufsätze aus diesem Ressort.

Derweil trägt die Entwicklung unserer immer noch jungen Ausbildungszeitschrift neue Früchte. In den vergangenen Monaten durften wir eine Vielzahl neuer Redakteurinnen und Redakteure willkommen heißen, deren Motivation und Eifer die Redaktionsarbeit merklich bereichern. Lebendige Redaktionsdebatten prägten die Gestaltung nicht nur dieser Ausgabe: Das neue Ressort und neue Rubriken sind so entstanden. Gleichzeitig erfreut sich der Wissenschaftliche Beirat der GRZ einer ganzen Reihe neuer Mitglieder. Ihr Engagement hat es ermöglicht, die Anzahl veröffentlichter Beiträge zu steigern und gleichzeitig den hohen wissen-

schaftlichen Standard zu halten. Allen Mitgliedern unseres Wissenschaftlichen Beirats gebührt unser herzlicher Dank!

Im Inhalt der Ausgabe zeigt sich die Vielfalt der juristischen Ausbildung. Die Göttinger Juristische Klausurenklinik, vorgestellt von *Katharina Hundertmark*, vermittelt das juristische Handwerk schlechthin: die Methodik eines rechtswissenschaftlichen Gutachtens. *Jennifer Reh* und *Lea Gottschalk* zeigen die Umsetzung der Klausurtechnik anhand zweier Fallbearbeitungen aus dem Grund- und Hauptstudium. Nach Istanbul entführt *Fiona Gawlik* die Leserinnen und Leser zum rechtsvergleichenden deutsch-türkischen Seminar zum Strafprozessrecht. In unserer Aufsatzrubrik kommentiert *Juliane Hendorf* die viel beachtete Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Töten von Küken aus wirtschaftlichem Interesse. *Timo Marcel Albrecht* bespricht die Verfassungsjubiläen des Jahres 2019. Ein Schlaglicht auf die Biographie *Carl Schmitts* wirft *Till Nima Albers*. Verfassungsrechtlich beleuchtet *Jakob Schünemann* die polizeirechtlichen Ermächtigungen der automatisierten Kennzeichenkontrolle. *Lorenz Dilling* diskutiert die Sicherungsverwahrung im Lichte menschenrechtlicher Vorgaben des EGMR. Einen kritischen Blick auf die Bedeutung des historischen Willensstrafrechts für die heutige Strafrechtsdogmatik richtet *Max Wrobel*.

Allen Leserinnen und Lesern wünschen wir ein besinnliches Weihnachtsfest. Ihre Zuschriften und Anregungen sind stets willkommen!

Im Namen der Redaktion

Der Vorstand des Göttinger Rechtszeitschrift e. V.

Christian Magaard, Lotta Schestak und Jakob Schünemann

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Jakob Schünemann

ÖffR Die automatisierte Kennzeichenkontrolle
im Polizeirecht → 55

Juliane Hendorf

ÖffR Das BVerwG und die Küken – vermeintliche
Alternativlosigkeit als vorübergehend
vernünftiger Grund → 65

Lorenz Dilling

StrafR »Wegschließen für immer?« → 70

Max Wrobel

StrafR Das Willensstrafrecht und dessen Einfluss
auf die Strafrechtsdogmatik → 83

Timo Marcel Albrecht

GdR Verfassungen sind stets mehr als
die Summe ihrer Artikel → 95

Till Nima Albers

GdR Carl Schmitts staatsrechtliches Werk
in der Weimarer Republik → 102

Fallbearbeitungen

Jennifer Reh

ZivilR Kunstkauf mit Hindernissen → 112

Lea Gottschalk

ÖffR Von Privatparkplätzen und
Demonstrationsverboten → 122

Studium und Didaktik

Katharina Hundertmark

Juristische Klausurenklinik → 130

Fiona Gawlik

Rechtsvergleichendes deutsch-türkisches Seminar:
»Grundprinzipien des Strafprozessrechts und aktuelle
Herausforderungen und Entwicklungen« → 134

Rechtsprechungsübersichten

Sven Neubert und Torben Schneider

Rechtsprechungsübersicht im Zivilrecht → 136

Sophie Norbeck und Anna Sophia Peuser

Rechtsprechungsübersicht im Öffentlichen Recht → 138

Maximilian Meister und Denise Wenzl

Rechtsprechungsübersicht im Strafrecht → 140

ÖffR Aufsatz

Jakob Schünemann*

Die automatisierte Kennzeichenkontrolle im Polizeirecht

Dieser Beitrag versteht sich als Teil der neu entbrannten rechtswissenschaftlichen und politischen Debatte um die polizeiliche Maßnahme der automatisierten Kennzeichenkontrolle. Er beschäftigt sich daher anhand der einschlägigen Entscheidungen des BVerfG mit einigen entscheidenden Fragestellungen.

A. Einführung

Nachdem das BVerfG im Dezember 2018 in zwei Beschlüssen¹ die polizeirechtliche Ermächtigung zur automatisierten Kennzeichenkontrolle in Bayern, Hessen und Baden-Württemberg für teilweise verfassungswidrig, aber noch bis zum 31.12.2019 für vorläufig anwendbar erklärt hat, besteht nicht nur in diesen drei Bundesländern, sondern auch in vielen anderen Bundesländern mit ähnlichen Ermächtigungsgrundlagen dringender Reformbedarf.² So wurde in Niedersachsen seitens der Regierung infolge der Beschlüsse bereits die Verfassungswidrigkeit der eigenen Ermächtigungsgrundlage eingeräumt.³ Auf eine Neuregelung im Rahmen des erst am 20.5.2019 beschlossenen NPOG wurde unter Berufung auf die (für Niedersachsen rechtlich nicht verbindliche)⁴ Umsetzungsfrist des BVerfG dennoch verzichtet, sodass mit dem § 32 V NPOG der verfassungswidrige Zustand und damit der Reformbedarf fortbesteht.⁵

Gegenstand vorliegenden Beitrags ist diesen Reformbedarf auf seine verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen hin exemplarisch zu untersuchen. Dabei wird durchgehend auf die Beschlüsse des BVerfG einzugehen sein, die ebenfalls für andere Maßnahmen, wie z.B. die Kontrolle der Dieselfahrverbote, von erheblicher Bedeutung sind.⁶

B. Funktionsweise der Kennzeichenkontrolle

Zur rechtlichen Beurteilung der Kennzeichenkontrolle und ihrer Eingriffsqualität ist es zunächst notwendig, sich die genaue Funktionsweise der Kontrolle zu verdeutlichen.

Sobald das festinstallierte oder mobile Kontrollgerät eingeschaltet wird, erfasst und fotografiert es vollautomatisch jedes Kennzeichen, wobei oft das gesamte Fahrzeug auf dem Foto abgebildet wird.⁷ Zumindest teilweise können dann auch Insassen unscharf erkennbar sein.⁸ Die Aufnahme erfolgt dabei mittels Infrarot und ist deshalb nicht wahrnehmbar.⁹ Im Anschluss wird das Kennzeichen von einer Software ausgelesen und das ermittelte Ergebnis mit den verknüpften Dateibeständen abgeglichen.¹⁰ Dieser Abgleich führt dabei nur in den wenigsten Fälle zu einer Treffermeldung (Hamburg: ca. 0,003 %; Bayern: ca. 0,0008 %).¹¹

Nur falls ein Treffer gemeldet wird, erfolgt eine Übermittlung, wobei diese neben der Aufnahme auch zusätzlich z.B. das Datum, die Fahrtrichtung und den Ort mit umfasst.¹² Solche Treffer werden gespeichert und manuell durch Polizeibeamte auf ihre Richtigkeit überprüft, wobei in über 90 % der Fälle ein Fehler vorliegt, es sich also nicht (mehr) um ein gesuchtes Kennzeichen aus dem Dateibestand handelt.¹³ Diese sog. »unechten Treffer« werden manuell gelöscht und nur bei sog. »echten Treffern« gegebenenfalls weitere Maßnahmen eingeleitet.¹⁴

Meldet die Software keine Übereinstimmung, erfolgt keine Übermittlung.¹⁵ Solche sog. »Nicht-Treffer« werden aber nicht zwingend durch das Kontrollgerät sofort und end-

* Jakob Schünemann studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und arbeitet als studentische Hilfskraft am Institut für Allgemeine Staatslehre. Der Beitrag ging aus einer Seminararbeit bei Frau PD Dr. Angela Schwerdtfeger hervor.

1 BVerfG NVwZ 2019, 381 ff.; BVerfG NVwZ 2019, 398 ff.

2 Die Ermächtigungsgrundlagen sind: § 14a HSOG; 43a SOG MV; Art. 39 BayPAG; § 32 V NPOG; § 22a BW; §§ 28 b V, 36 a BbgPolG; § 19 a SächsPolG; § 33 ThPAG; § 27 b POG RhP; § 24 c ASOG Bln; § 8 a PolDVG HA; § 27 b BPolG.

3 Nds. LT-Drs. 18/3062; Nds. LT-Drs. 18/3723, S. 1 f., 8, 37 ff.

4 Zur Verbindlichkeit von Unvereinbarkeitserklärungen und Fortgeltungsanordnungen vgl. BeckOK BVerfGG/von Ungern-Sternberg, 1.6.2019, § 95 BVerfGG Rn. 42, 46.

5 Nds. LT-Drs. 18/3723, S. 1 f., 8, 37 ff.

6 Roggan, Verfassungsrechtliche Grenzen von automatisierten Kfz-Kennzeichenkontrollen, NVwZ 2019, 344 (346 ff.). Die Kontrolle der Fahrverbote mittels Kennzeichenkontrolle wird durch den neuen § 63 c StVG zugelassen.

7 BVerfGE 120, 378 (389 f.); Hamburger Senat-Drs. 18/6618, S. 1. Der BayVGH stellte hingegen fest, dass nur das Kennzeichen abgebildet werden würde, BayVGH 10, Urteil v. 17.12.2012 – BV 09.2641, juris, S. 13.

8 Die Frage der Erkennbarkeit hängt wohl von der konkreten Erfassungsweise ab (Aufnahme von hinten oder von vorne), Sächsisches Innenministerium-Drs. 6/8122, S. 2; BVerfGE 120, 378 (390, 426 f.); BVerwG NVwZ 2015, 906.

9 VITRONIC, Kennzeichen lesen – Sicherheit erhöhen, www.vitronic.de, 2016, S. 1 f., <https://www.vitronic.de/verkehrstechnik/anwendungen/maut-und-fahrzeugidentifikation/kennzeichenerkennung.html>, zuletzt abgerufen am 28.8.2019. Die Infrarot-Technik soll zudem eine Aufnahme auch bei schwierigen Umständen ermöglichen.

10 BVerfG NVwZ 2019, 381 (381 f.).

11 Hamburger Senat-Drs. 21/7344, S. 7; Engert, Wie die Polizei Millionen Autofahrer mit einem System überwacht, das nicht funktioniert, 15.10.2018, www.buzzfeed.com/de/marcusengert/kennzeichenerfassung-der-polizei-funktioniert-nicht, zuletzt abgerufen am 28.8.2019.

12 Innenministerium Baden-Württemberg-Drs. 16/5009, S. 5.

13 BVerwG NVwZ 2015, 906 (906); Engert (Fn. 11).

14 BVerfG NVwZ 2019, 381 (381 f.); Hamburger Senat-Drs. 18/6618, S. 1.

15 VITRONIC (Fn. 9), S. 2.

gültig gelöscht.¹⁶ Auch wenn die meisten einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen eine unverzügliche automatische Löschung verlangen (z. B. § 22 a III 1 PolG BW; Art. 39 III 1 BayPAG), kann das Kontrollgerät die Daten auch zunächst auf Vorrat speichern.¹⁷ Eine solche Speicherung auf Vorrat im sog. Aufzeichnungsmodus erfolgte jüngst missbräuchlich in Brandenburg und Bayern.¹⁸ In den meisten Fällen wird das Kontrollgerät die Daten aber wohl gesetzeskonform unumkehrbar sofort löschen, sodass davon als Grundsatz auch im Folgenden ausgegangen wird.¹⁹

C. Eingriffsqualität und -intensität der Kennzeichenkontrolle

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Kennzeichenkontrolle sind maßgeblich davon abhängig, ob und in welcher Intensität in Grundrechte des Bürgers eingegriffen wird.²⁰ In Betracht kommt in erster Linie eine Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG.

I. Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG wurde vom BVerfG als Reaktion auf die neuen Möglichkeiten moderner Datenverarbeitung entwickelt, durch die in enormem Umfang Daten erhoben, gespeichert und zu einem Persönlichkeitsbild verknüpft werden können, ohne dass der Betroffene dies hinreichend kontrollieren oder nachvollziehen kann.²¹ Wer dies jedoch nicht mehr »einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt« werden, weil er befürchtet durch sein Verhalten negativ aufzufallen.²² Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt somit bereits vor Gefährdungen der persönlichen Selbstbestimmung und gewährleistet daher »die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.«²³

Auch wenn das Kfz-Kennzeichen öffentlich erkennbar ist und als solches wenig aufschlussreich ist, identifiziert es doch mittelbar über das Zentrale Fahrzeugregister den Halter, sodass es sich um ein personenbezogenes, individualisierbares Datum handelt und somit vom Schutzbereich erfasst ist.²⁴

Während der Einbezug des Kraftfahrzeugkennzeichens in den Schutzbereich nicht bezweifelt wird, ist die Eingriffsqualität der Kennzeichenkontrolle jedoch selbst vom BVerfG unterschiedlich beurteilt worden.²⁵ Sind die »echten Treffer« noch einheitlich als Eingriff klassifiziert wurden, hat das BVerfG bereits die Eingriffsqualität der »unechten Treffer« verneint.²⁶ Das BVerfG hingegen hat unter Aufgabe seiner alten Rechtsprechung jüngst entschieden, dass sogar »Nicht-Treffer« schon Grundrechtseingriffe begründen.²⁷ Ausgegangen sind die Gerichte allesamt vom selben Eingriffsmaßstab, haben diesen jedoch unterschiedlich gehandhabt.²⁸ Es bedarf daher einer näheren Untersuchung des Eingriffsmaßstabs, um die Eingriffsqualität beurteilen zu können.

1. Eingriffsmaßstab der Rechtsprechung

Ausgehend vom modernen Eingriffsbegriff liegt nach einer vielfach genutzten Formel ein Eingriff in Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG bei der Erhebung, Speicherung, Verwertung oder Weitergabe personenbezogener Daten vor.²⁹ Wie viele andere versucht aber auch die Rechtsprechung bestimmte »Bagatellen« nicht als Eingriff qualifizieren zu müssen und nimmt daher einen Eingriff erst bei Vorliegen eines verdichteten, behördlichen Interesses an den betroffenen Daten an.³⁰

Wann dieses vorliegt, wird negativ bestimmt, jedoch nicht immer einheitlich. Während mitunter bereits ein behördliches Interesse verneint wird, wenn die Daten technisch unmittelbar nach der Erhebung »spurenlos, anonym und ohne die Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, aus-

¹⁶ Hamburger Senat-Drs. 18/6618, S. 1.

¹⁷ Landesdatenschutzbeauftragter Brandenburg, Tätigkeitsbericht 2014/15, 31.12.2015, https://www.lida.brandenburg.de/media_fast/4055/TB_18.pdf, S. 124, zuletzt abgerufen am 28.8.2019.

¹⁸ Meister, Kennzeichenerfassung: Brandenburg speichert Daten auf Vorrat, 07.03.2019, <https://netzpolitik.org/2019/kennzeichenerfassung-brandenburg-speichert-autofahrten-auf-vorrat>, zuletzt abgerufen am 28.8.2019; Landesdatenschutzbeauftragter Brandenburg (Fn. 17), S. 124; Hipp, Fotos auf Vorrat, Der Spiegel 20/2019, S. 23. An deren Rechtmäßigkeit bestehen insofern Zweifel.

¹⁹ Diese Annahme liegt auch den Entscheidungen des BVerfG (BVerfG NVwZ 2019, 381 und BVerfG NVwZ 2019, 398) zugrunde.

²⁰ Kube, Persönlichkeitsrecht, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Band 7, 3. Auflage (2009), § 148, Rn. 84 m. w. N.

²¹ BVerfGE 65, 1 (42); 120, 378 (398); BVerfG NVwZ 2019, 381 (382).

²² BVerfGE 65, 1 (43). Die dortigen Ausführungen werden sehr häufig (unwiderrprochen) zitiert, vgl. nur Maunz/Dürig/Di Fabio, Grundgesetz, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 I, Rn. 175 und Dreier/Dreier, Grundgesetz, Band 1, 3. Auflage (2013), Art. 2 I, Rn. 79.

²³ BVerfGE 65, 1 (43); BVerfG NVwZ 2019, 381 (382); Breyer, Kfz-Maschinenabgleich nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 2008,

824 (825).

²⁴ BVerfGE 120, 378 (398 f.); BVerfG NVwZ 2019, 381 (383). BK/Lorenz, Grundgesetz, 133. EL (April 2008), Art. 2 I GG, Rn. 333, 338; Maunz/Dürig/Di Fabio (Fn. 22), Art. 2 I, Rn. 176.

²⁵ Vgl. BVerfGE 120, 378 (399 f.) mit BVerfG NVwZ 2019, 381 (383 f.).

²⁶ BVerfG NVwZ 2015, 906 (907 f.). Zur Eingriffsqualität »echter Treffer« vgl. zudem BVerfGE 120, 378 (399 f.); BVerfG NVwZ 2019, 381 (383).

²⁷ BVerfG NVwZ 2019, 381 (383 f.). Zur alten Rspr. vgl. BVerfGE 120, 378 (398).

²⁸ Siehe Fn. 26.

²⁹ BVerfGE 65, 1 (43); Dreier/Dreier (Fn. 21), Art. 2 I, Rn. 87; in: Maunz/Dürig/Di Fabio (Fn. 21), Art. 2 I, Rn. 176. Teilweise wird dies im Schutzbereich genannt, Guckelberger, Zukunftsfähigkeit landesrechtlicher Kennzeichenabgleichsnormen, NVwZ 2009, 352 (353).

³⁰ BVerfGE 120, 378 (398); BVerfG NVwZ 2019, 381 (383) m. w. N. Gegen Erheblichkeitsschwellen ist hingegen z. B. Kube (Fn. 20), § 148, Rn. 81. Eingrenzungskriterien vertreten z. B. Maunz/Dürig/Di Fabio (Fn. 22), Art. 2 I, Rn. 176 oder Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV (2011).

gesondert werden«³¹, wird diese Formel gelegentlich durch die Kriterien der »ungezielten technischen Erfassung« und des fehlenden »Erkenntnisinteresses für die Behörden« ergänzt.³² Diese unterschiedliche Bestimmung lag auch den Entscheidungen zur Kennzeichenkontrolle zugrunde, was die verschiedenen Ergebnisse erklären könnte.³³

Unabhängig davon, welche Bestimmungskriterien zur Ermittlung des Interesses nun herangezogen werden müssen, muss der Maßstab aber als solches zunächst mit dem modernen Eingriffsbegriff vereinbar sein. Auch wenn dessen Einzelheiten umstritten sind, muss der Ausgangspunkt der Eingriffsbestimmung jedenfalls der Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts sein.³⁴ Demnach wäre der Maßstab der Rechtsprechung mit dem modernen Eingriffsbegriff vereinbar, wenn eine Gefährdung der Persönlichkeit oder der Selbstbestimmung nur bei Vorliegen eines verdichteten, behördlichen Interesses angenommen werden kann.³⁵

Dem Einzelnen ist oft, insbesondere bei heimlichen Maßnahmen, nicht erkennbar, in welchem Ausmaß der Staat gerade an seinen Daten ein Interesse hat und diese gegebenenfalls weiterverwerten will.³⁶ Er kann daher häufig gar nicht einschätzen, inwieweit sein Verhalten registriert und aufgezeichnet wird. Gerade diese fehlende Einschätzungsmöglichkeit kann jedoch den Einzelnen davon abhalten, seine Rechte wahrzunehmen und ist daher wie gezeigt vom Schutzbereich erfasst.³⁷

Das lässt sich am Beispiel der Kennzeichenkontrolle verdeutlichen: der Einzelne wird unabhängig davon, ob die Erfassung später gelöscht wird, zur Einleitung von weiteren Maßnahmen führt oder aufgrund der hohen Fehlerquote nur ein »systembezogenes Korrekturinteresse«³⁸ besteht, einer staatlichen Maßnahme ausgesetzt, der er sich nicht entziehen kann und die seine Daten verfügbar macht.³⁹ Der Betroffene kann nicht abschätzen, ob und welche weiteren Schritte folgen, sodass die Erfassung aus seiner Sicht erst einmal als gleichartig erscheint und er unabhängig davon, ob wirklich weitere Schritte eingeleitet werden und die Behörde tatsächlich ein verdichtetes Interesse aufweist, mit einer Bedrohungslage für seine Selbstbestimmung konfrontiert ist.⁴⁰ Dass es daher für die Eingriffsqualität nicht auf das Ergebnis der Maßnahme im Einzelfall und somit auf das behördliche Interesse ankommen kann, sondern dies erst Frage der Eingriffsintensität ist, erkennt auch das BVerfG in seinem neuem Beschluss und bewertet die Kennzeichen-

kontrolle mit ähnlicher Argumentation wie hier einheitlich als Eingriff.⁴¹ Konsequenterweise hätte es dann aber auch den Eingriffsmaßstab des behördlichen Interesses aufgeben müssen.⁴²

2. Negative Eingriffsdefinition

Möglicherweise ist der bisherige Maßstab des BVerfG jedoch hauptsächlich wegen seiner Terminologie falsch, nicht aber hinsichtlich der verwendeten weiteren Bestimmungskriterien, die sich daher für eine negative Eingriffsdefinition im Rahmen eines Regel-Ausnahme-Maßstabs eignen könnten. Demnach müsste bei jeder Erhebung, Speicherung oder Verwertung ein Eingriff angenommen werden, es sei denn, die Daten würden »ungezielt und allein technikbedingt zunächst miterfasst, aber unmittelbar nach der Erfassung technisch wieder anonym, spurenlos und ohne Erkenntnisinteresse für die Behörden ausgesondert«.⁴³

Dies wäre nach dem modernen Eingriffsbegriff der Fall, wenn sichergestellt wäre, dass bei Vorliegen einer Ausnahme eine Gefährdung der Persönlichkeit oder Selbstbestimmung nicht möglich ist. Dahingehend müssen die einzelnen Kriterien untersucht werden.

Durch die unmittelbare, automatisierte, anonyme und spurenlose Löschung ist es ausgeschlossen, dass die erhobenen Daten einer bestimmten Person final zugeordnet werden können. Demgegenüber ließe sich jedoch einwenden, dass zumindest sehr kurzzeitig eine Individualisierung möglich war. Gegen eine Eingriffsqualität spricht jedoch, dass es der Staat weder bezweckt, noch dass es ihm möglich ist, bei unmittelbarer automatisierter Löschung über den Betroffenen Informationen zu sammeln. Verdeutlicht wird dies nochmals durch das Kriterium »ohne Erkenntnisinteresse«. Das unmittelbare Löschen ohne Erkenntnisinteresse schließt folglich einen Abgleich aus, denn bei diesem würde der Betroffene kontrolliert werden und dem Staat als Mittel zum Zweck des Auffindens bestimmter Personen dienen.⁴⁴ Der Betroffene hätte damit theoretisch auch keine Unsicherheit darüber, wer was über ihn weiß, denn er könnte sich sicher sein, dass kein Abgleich stattfindet und niemand Kenntnis von der Erhebung nimmt. Gerade vor dieser Unsicherheit will das informationelle Selbstbestimmungsrecht aber schützen, sodass der Schutzbereich nicht verkürzt wäre.⁴⁵

In der Praxis wird der Einzelne aber regelmäßig nicht erkennen können, ob seine Daten unmittelbar wieder gelöscht werden, sodass er diesbezüglich unsicher ist und sich daher dennoch einem Gefühl einer ständigen Überwachung und

31 BVerfGE 120, 378 (399); BVerwG NVwZ 2015, 906 (907).

32 BVerfGE 115, 320 (343); 100, 313 (366); BVerfG NVwZ 2019, 381 (383).

33 BVerfGE 120, 378 (399) mit BVerfG NVwZ 2019, 381 (383).

34 Dreier/Dreier (Fn. 22), Vorb., Rn. 126 ff. m. w. N.; Schnieders, Anmerkungen zu BVerfG NVwZ 2019, 381, NVwZ 2019, S. 396–398, NVwZ 2019, 396 (397); Breyer (Fn. 23), NVwZ 2008, 824 (825).

35 Schnieders (Fn. 34), NVwZ 2019, 396 (397); Breyer (Fn. 23), NVwZ 2008, 824 (825).

36 Breyer (Fn. 23), NVwZ 2008, 824 (825).

37 Kube (Fn. 20), § 148, Rn. 81; vgl. ansonsten Fn. 22.

38 BVerwG NVwZ 2015, 906 (908).

39 BVerfG NVwZ 2019, 381 (383).

40 BVerfGE 120, 378 (406).

41 BVerfG NVwZ 2019, 381 (384).

42 Schnieders (Fn. 34), NVwZ 2019, 396 (397); Breyer (Fn. 23), NVwZ 2008, 824 (824).

43 BVerfG NVwZ 2019, 381 (383); BVerfGE 115, 320 (343). In diesen Entscheidungen wurde der Regel-Ausnahme-Maßstab auch schon angedeutet (»lediglich«), aber widersprüchlich (»demgegenüber«) dann doch wieder auf das verdichtete behördliche Interesse abgestellt.

44 BVerfG NVwZ 2019, 381 (383).

45 Vgl. BVerfGE 60, 1 (43); Dreier/Dreier (Fn. 22), Art. 2 I, Rn. 79.

Registrierung ausgesetzt sehen könnte.⁴⁶ Erfolgt die Datenerfassung nun aber ungezielt und rein zufällig, fehlt es an der Finalität der Maßnahme und es besteht noch nicht einmal ein diffuses Bewusstsein der Datenerhebung, denn selbst der Staat weiß nicht, welche Daten von wem er vielleicht erhebt, sodass dieses Gefühl auch kaum bei dem Bürger vorhanden sein kann.⁴⁷ Fehlt es dem Bürger folglich an einem solchen diffusen Bewusstsein, fehlt auch das Gefühl der Überwachung. Nur wenn man also mit dem BVerfG dieses Gefühl als vom Schutz des Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG miterfasst ansieht, besäße das Kriterium der »ungezielten und zufälligen Erfassung« einen Mehrwert für die Eingriffsdefinition.⁴⁸

Das BVerfG begründet den Schutz vor diesem Gefühl einer ständigen Überwachung damit, dass es von der Wahrnehmung von (Freiheits-)Rechten abschrecken könne und somit auch der freiheitlichen Gesellschaft als solcher schade.⁴⁹ Dafür spricht, dass die geschützte freie Selbstbestimmung gerade in erheblichem Maße von der eigenen Wahrnehmung bestimmt wird.⁵⁰ Ruft nun der Staat durch umfassende Überwachung (zielgerichtet) ein Gefühl des Überwachtwerdens hervor, kann sich dieses Gefühl in einem tatsächlichen Verhalten niederschlagen und wird damit zu einer individuellen Freiheitsbeeinträchtigung.⁵¹ Der Haupteinwand der Gegenansicht, dass kein empirischer Nachweis für solche Einschüchterungseffekte bestehe und bloße Gefühle keine Grundrechtseingriffe seien,⁵² ist mittlerweile durch Studien widerlegt worden, sodass kein Grund ersichtlich ist, diese Einschüchterungseffekte und dessen gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen nicht in den Schutz des Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG mit einzubeziehen.⁵³ Folglich hat

das Kriterium der »ungezielten und zufälligen Erfassung« einen Mehrwert für die Eingriffsdefinition.

Insgesamt sind somit alle Kriterien der Ausnahme geeignet und notwendig, sodass bei deren Vorliegen eine Persönlichkeitsgefährdung nicht möglich ist und sich die negative Definition daher als Maßstab eignet.⁵⁴ Auch wenn dieser im Ergebnis nur im Stadium der Erhebung einen Eingriff ausschließen kann und es gegenüber einem unbegrenzten Eingriffsbegriff daher nur selten Unterschiede geben wird, ermöglicht er zumindest einige »bagatellartige« Datenerhebungen nicht an Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG messen zu müssen.

Diesen Maßstab zugrunde gelegt, ergibt sich bei der Kennzeichenkontrolle aufgrund der gezielten Erfassung und dem zunächst erfolgenden Abgleich auch für die Datenerfassung bereits eine Eingriffsqualität.⁵⁵ Im Ergebnis sind somit alle drei Trefferarten ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

II. Intensität des Grundrechtseingriffs

Die Anforderungen an die Rechtfertigung der Kennzeichenkontrolle steigen mit der Intensität der durch die Ermächtigungsgrundlage ermöglichten Grundrechtseingriffe.⁵⁶ Aufgrund der verschiedenen Möglichkeiten der (technischen) Ausgestaltung der Kennzeichenkontrolle wird die Eingriffsintensität hier abstrakt anhand der relevanten Kriterien untersucht.

Zentral ist zunächst, ob die Erfassung offen oder heimlich erfolgt. Die in den meisten Gesetzen zugelassene heimliche Erhebung ist von deutlich stärkerer Intensität, denn mangels einer Kenntnisnahme sind die von Art. 19 IV GG garantierten Rechtsschutzmöglichkeiten faktisch stark eingeschränkt.⁵⁷ Die Heimlichkeit verstärkt zudem das Gefühl einer ständigen Überwachung, vor dem wie festgestellt ebenfalls geschützt wird.⁵⁸ Dabei ist gerade nicht widersprüchlich, dass eine nicht bemerkbare Maßnahme ein solches diffuses Gefühl hervorruft und daher eingriffsintensiver ist,⁵⁹ denn auch wenn der Einzelne sie nicht wahrnehmen kann, kann er

⁴⁶ Dies gilt insbesondere angesichts des Missbrauchspotentials und der wie gezeigt technisch beliebig ausgestaltbaren Löschungsmöglichkeit.

⁴⁷ BVerfG NVwZ 2019, 381 (384) m. w. N. Die Finalität wird oft herangezogen, vgl. *Manssen*, Staatsrecht II, 15. Auflage (2018), § 7, Rn. 148 und *Voßkuhle/Kaiser*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundrechtseingriff, JuS 2009, 313 (314).

⁴⁸ BVerfGE 120, 378 (402 f.); BVerfG NVwZ 2019, 381 (384, 389); BVerfG NJW 2005, S. 1917 (1918); *Rofßnagel*, Die »Überwachungs-Gesamtrechnung« – Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung, NJW 2010, 1238: »Überwachungsgesamtrechnung«.

⁴⁹ BVerfGE 120, 378 (402 f.); BVerfG NVwZ 2019, 381 (384, 389) m. w. N. *Kube* (Fn. 20), § 148, Rn. 81.

⁵⁰ Dieser Effekt soll häufig gerade erzielt werden (»Prävention durch Repression«), vgl. *Roggan* (Fn. 6), NVwZ 2019, 344 (348); *Assion*, Überwachung und Chilling Effects, in: *Telemedicus e. V.*, Überwachung und Recht (2014), S. 31 (36); BayLT-Drs. 14/12261, S. 9.

⁵¹ Dreier/*Dreier* (Fn. 22), Art. 2 I, Rn. 87, der die Rechtsprechung als »Küchenpsychologie« bezeichnet; *Nettesheim*, Grundrechtsschutz der Privatheit, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, VVDStRL 70 (2010), S. 7 (28 f.): es fehle an einem »Substrat individueller Freiheit«; ebenfalls kritisch: *Cornils*, Grundrechtsschutz gegenüber polizeilicher Kfz-Kennzeichenüberwachung, Jura 2010, 443 (446).

⁵² *Marthens/E. Tucker*, Government Surveillance and Internet Search Behavior, 17.2.2017, DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2412564>, zuletzt abgerufen am 28.8.2019; *PEN American Center*, Chilling Effects: NSA Surveillance Drives U.S. Writers to Self-Censor, 12.11.2013, <https://bit.ly/2K9sTIL>, zuletzt abgerufen am 28.8.2019. Dogmatisch lässt sich der gesamtgesellschaftliche Effekt auf eine objektiv rechtliche Funktion des Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG stützen, vgl. *Assion* (Fn. 51), S. 31 ff., insbesondere S. 79 ff.; BVerfG NJW 2005, 1917 (1918); *Petri*, Automatisierte Kennzei-

chenerfassung in Bayern, ZD 2019, 221 (221).

⁵⁴ *Martínez Soria*, Grenzen vorbeugender Kriminalitätsbekämpfung im Polizeirecht: Die automatisierte Kfz-Kennzeichenerkennung, DÖV 2007, 779 (783); *Breyer* (Fn. 23), NVwZ 2008, 824 (825).

⁵⁵ *Martínez Soria* (Fn. 54), DÖV 2007, 779 (783).

⁵⁶ *Kube* (Fn. 20), § 148, Rn. 84.

⁵⁷ BVerfGE 120, 378 (402 f., 406) m. w. N.; *Arzt*, Voraussetzungen und Grenzen der automatisierten Kennzeichenerkennung, DÖV 2005, 56 (62). Nicht zwingend erhöhend: *Rudolf* (Fn. 30), § 90, Rn. 69. Vgl. zudem z. B. § 27 a POG RhLP und § 24 c ASOG Bln. Aufgrund der schieren Masse der Betroffenen und der sofortigen Löschung ist ausgenommen der »echten Treffer« auch ein nachträglicher Rechtsschutz kaum realisierbar, vgl. *Breyer* (Fn. 23), NVwZ 2008, 824 (825).

⁵⁸ BVerfGE 120, 378 (402 f.); BVerfG NJW 2005, 1917 (1918).

⁵⁹ So aber Dreier/*Dreier* (Fn. 22), Art. 2 I, Rn. 87; *Sondervotum der Richterin Haas*, BVerfGE 115, 320 (372).

dennoch das Bewusstsein haben, dass es sie gibt und dass er ihr nicht bewusst entgehen kann.⁶⁰

Verstärkt wird dieses Einschüchterungspotenzial weiterhin durch die effektive Erfassung einer Vielzahl von Kennzeichen, die manuell so nicht möglich ist und sehr viele Personen erfasst.⁶¹ Die Kennzeichenkontrolle ist somit für die Polizei von besonders hoher Attraktivität, was die Gefahr eines Missbrauchs nahelegt, insbesondere angesichts des bereits erfolgten Missbrauchs durch den »Aufzeichnungsmodus«.⁶² Dieses Missbrauchspotenzial verstärkt somit den Einschüchterungseffekt gegenüber dem Bürger. Die enorme Streubreite der Kontrolle erhöht aber auch bereits für sich genommen die Beeinträchtigung, da sie nicht an persönliche Merkmale der Betroffenen anknüpft, also unabhängig von einer Störereigenschaft erfolgt und jeden treffen kann.⁶³

Die Streubreite und Intensität steigen weiterhin, wenn die Erfassung langfristiger, flächendeckender, aufgrund eines weitreichenden Zwecks oder gar »ins Blaue hinein« erfolgt.⁶⁴ Findet die Erfassung hingegen nur zu einem konkreten Zweck statt, ist die Kontrollwirkung und das Gefühl der ständigen Registrierung erheblich geringer.⁶⁵

Ebenfalls mindernd ist zu berücksichtigen, dass die Normen die Erhebung auf den »öffentlichen Verkehrsraum« beschränken und das Kennzeichen daher sowieso öffentlich wahrnehmbar wäre.⁶⁶ Zudem ermöglicht das Kennzeichen keine unmittelbare Identifizierung des Halters, sodass die Persönlichkeitsrelevanz und dadurch auch der Eingriff geringer ist.⁶⁷ Die Persönlichkeitsrelevanz und damit die Intensität steigen wiederum, je mehr Daten zusammen mit dem Kennzeichen erfasst und dann gegebenenfalls übermittelt werden (z.B. Datum, Ort oder Umrisse der Insassen).⁶⁸ Besonders relevant kann dabei der Ort der Erfassung sein, wenn dieser bereits für sich genommen gewisse Rückschlüsse ermöglicht.⁶⁹

Die Eingriffsintensität des Abgleichs ist abhängig von der Abgleichdatei. Spiegelt sich in dieser ein eingegrenzter

Zweck wider, ist auch der Abgleich weniger eingriffsintensiv.⁷⁰ Ist ihr Umfang hingegen sehr weit, entsteht unabhängig vom Einsatzzweck eine eingriffsintensive generelle Kontrollwirkung.⁷¹ Erheblich eingriffsmindernd wirkt sich die sofortige automatisierte Löschung der Daten im Nicht-Trefferfall aus, sodass der Einzelne keine Folgemaßnahmen zu befürchten hat.⁷²

Im Fall einer Treffermeldung stellen die Übermittlung des Kennzeichens, dessen (kurzfristige) Speicherung und sein manueller Abgleich eigenständige Eingriffe dar.⁷³ Die neben dem Foto des Kraftfahrzeugs ebenfalls übermittelten Daten wie der Ort werden dabei zwar persönlich wahrgenommen, ermöglichen für sich genommen aber noch keine Identifizierung, sodass sich der Eingriff kaum weiter intensiviert.⁷⁴

Die erhobenen Daten werden beim »echten Treffer« nicht nur vorübergehend gespeichert, sondern langfristig verfügbar gemacht, sodass der Eingriff fort dauert und sie mit anderen Daten verknüpft werden können.⁷⁵ Bereits dadurch erhöht sich die Eingriffsintensität.⁷⁶

Insbesondere intensiviert jedoch die Verwertung der Daten den Eingriff, wobei das konkrete Maß davon abhängt, zu welchem Zweck und zu welchen Folgemaßnahmen die Daten verwendet werden.⁷⁷ Werden die Daten mit anderen Daten verknüpft, um daraus z.B. ein umfangreiches Bewegungsbild im Rahmen einer Observation zu erstellen, ergibt sich daraus ein eigenständiger Informationswert, sodass dies eine zusätzliche Grundrechtsbeeinträchtigung von erheblichem Gewicht ist.⁷⁸

Die Zwecksetzung der Verwertung kann weiterhin dadurch intensivierend wirken, indem sie auch zu Beeinträchtigungen anderer Grundrechte führt, z.B. der Versammlungsfreiheit.⁷⁹

Möglich sind somit Eingriffe von ganz unterschiedlichem Gewicht, wobei in der Gesamtbetrachtung zumindest beim »echten Treffer« ein Eingriff von erheblichem Gewicht vorliegt.⁸⁰

D. Konsequenzen für die gesetzliche Ausgestaltung der Kennzeichenkontrolle

Auch wenn das BVerfG vor allem aufgrund von Verstößen gegen die Gesetzgebungskompetenz, das Zitiergebot (Art. 19 I 2 GG) oder den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 III GG)

⁶⁰ Kube (Fn. 20), § 148, Rn. 81: »nicht rechtsstaatlich offen und greifbar entgegnetritt, sondern [...] potentiell omnipräsent ist«; Roßnagel, Verdachtslose automatisierte Erfassung von Kfz-Kennzeichen, DAR 2008, 61 (62).

⁶¹ BVerfGE 120, 378 (402, 407); BVerfG NVwZ 2019, 381 (384); Arzt (Fn. 57), DÖV 2005, 56 (62): »Quantitativ betrachtet sprengt diese alles bisher Mögliche«.

⁶² Mit der besonderen Bedeutung für die Gefahrenabwehr begründet das BVerfGG auch die vorübergehende Fortgeltung einzelner Bestimmungen, vgl. BVerfG NVwZ 2019, 381 (396).

⁶³ BVerfGE 120, 378 (402, 404) m. w. N.; Braun/Albrecht, Der Freiheit eine Gasse? Anmerkungen zur »Überwachungsgesamtrechnung« des Bundesverfassungsgerichts, VR 2017, 151 (153 f.).

⁶⁴ BVerfG NVwZ 2019, 381 (388); BVerfGE 120, 378 (407).

⁶⁵ BVerfG NVwZ 2019, 381 (388, 390); BK/Lorenz (Fn. 24), Art. 2 I GG, Rn. 321; BayVG 10, Urteil v. 17. 12. 2012 – BV 09.2641, juris, S. 29.

⁶⁶ § 32 V NPOG; § 43 a SOG MV; BVerfG NVwZ 2019, 381 (388).

⁶⁷ BVerfG NVwZ 2019, 381 (388).

⁶⁸ BVerfG NVwZ 2019, 381 (388); BVerfGE 120, 378 (401).

⁶⁹ BVerfGE 120, 378 (405).

⁷⁰ BVerfG NVwZ 2019, 381 (390); BVerfG NVwZ 2019, 398 (403).

⁷¹ BVerfG NVwZ 2019, 381 (390); BVerfG NVwZ 2019, 398 (403).

⁷² BVerfG NVwZ 2019, 381 (389); Rudolf (Fn. 30), § 90, Rn. 69.

⁷³ BVerfGE 100, 313 (366).

⁷⁴ Vgl. BVerfG NVwZ 2015, 906 (908); BVerfG NVwZ 2019, 381 (388).

⁷⁵ BVerfGE 100, 313 (366).

⁷⁶ BVerfGE 120, 378 (399 f.).

⁷⁷ BVerfGE 120, 378 (402 ff.) m. w. N.

⁷⁸ BVerfGE 120, 378 (406 f., 416 f.).

⁷⁹ BVerfGE 120, 378 (405 f.). Zur Beeinträchtigung der Versammlungsfreiheit siehe sobald.

⁸⁰ BVerfGE 120, 378 (403); BVerfG NVwZ 2019, 381 (388).

landesrechtliche Ermächtigungsgrundlagen zur Kennzeichenkontrolle für (teilweise) verfassungswidrig erklärt hat, handelt es sich dabei nicht um spezifische Rechtsprobleme der automatisierten Kennzeichenkontrolle.⁸¹ Untersucht werden daher im Folgenden nur die aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgenden spezifischen Mindestanforderungen an einzelne Einsatzzwecke, an die Abgleichdatei und an den Rechtsschutz.

I. Einsatzzwecke der automatisierten Kennzeichenkontrolle

Die automatisierte Kennzeichenkontrolle bietet zahlreiche Einsatzmöglichkeiten mit unterschiedlicher Zweckrichtung. Diese ermöglichen »eine neuartige Reichweite der Beobachtung«, sodass sie die Zielerreichung fördern können und daher grds. geeignet sind.⁸² Mangels eines ersichtlichen, ebenso geeigneten Mittels und zumindest aufgrund der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist die Ermächtigung grds. auch erforderlich.⁸³ Die Frage der Verhältnismäßigkeit beschränkt sich daher regelmäßig auf die Frage der Angemessenheit, die in einer Gesamtabwägung mit dem jeweiligen Einsatzzweck zu bestimmen ist.⁸⁴ Aufgrund der Vielzahl der Einsatzmöglichkeiten und der Besonderheiten der Kennzeichenkontrolle beschränkt sich die folgende Untersuchung beispielhaft auf den Einsatz zur Kontrolle »gefährlicher Orte« und des Einsatzes im Rahmen von Versammlungen.

1. Kontrolle gefährlicher Orte

In den meisten Ermächtigungsgrundlagen ist der Einsatz der Kennzeichenkontrolle über einen Verweis auf die Identitätsfeststellung zur Überwachung von Orten vorgesehen, von denen aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass sich dort Straftäter verbergen oder dass dort Straftaten verübt, verabredet oder vorbereitet werden.⁸⁵ Es handelt sich somit um eine Maßnahme im Vorfeld einer konkreten Gefahr, die aufgrund ihrer erheblich erhöhten Prognoseunsicherheit strengen Anforderungen unterliegt.⁸⁶

Das BVerfG hat den Einsatz zu diesem Zweck jedoch für verhältnismäßig erklärt, ohne im Vergleich zur Identitätsfeststellung weitere Eingriffsvoraussetzungen zu fordern, außer dass sich die Abgleichdatei an dem verfolgten Zweck

zu orientieren hat.⁸⁷ Begründet wird dies damit, dass durch das Erfordernis tatsächlicher Anhaltspunkte die mögliche Überwachung eingegrenzt werde und dass es sich bei der Gefahrenvorsorge an Orten mit strukturell erhöhtem Gefahrenpotenzial um ein öffentliches Interesse von erheblichem Gewicht handele, das die Kennzeichenkontrolle zu rechtfertigen vermöge.⁸⁸ Es setzt somit die Kennzeichenkontrolle der Identitätskontrolle gleich.

Neben den generellen Bedenken, die gegen eine solche »Ortshaftung« bestehen, ignoriert das BVerfG dabei vor allem die spezifischen Unterschiede, die zwischen einer Identitätskontrolle durch Polizeibeamte und zwischen einer automatisierten Kennzeichenkontrolle bestehen.⁸⁹

Anders als bei der Identitätsfeststellung wird bei der Kennzeichenkontrolle zielgerichtet nach bestimmten Kfz-Haltern gesucht und dient damit stärker der Überwachung spezifischer Personen und ihres Aufenthaltsortes. Aufgrund dieser Beschränkung ist sie hingegen nicht dazu geeignet generell die Identität von Personen an solchen Orten festzustellen und kann damit weniger zur Erforschung des Milieus beitragen und nur dann der Abschreckung potenzieller Straftäter oder einer späteren Aufklärung dienen, wenn diese von der Abgleichdatei umfasst waren.⁹⁰ Gemein ist jedoch beiden Maßnahmen, dass sie oft Grundlage für Folgemaßnahmen sind.⁹¹

Über das gesuchte Kennzeichen wird indes ein personenbezogener Zurechnungszusammenhang mit den »echten Treffern« hergestellt, der so bei der Identitätskontrolle an »gefährlichen Orten« in der Form fehlt.⁹² Folglich knüpft die Kennzeichenkontrolle nicht nur an eine »Ortshaftung« an, sondern beinhaltet auch ein personenbezogenes Verdachtsmoment, sodass sich bedeutsame rechtliche Fragestellungen der Identitätskontrolle wie z. B. die potenzielle Stigmatisierung und das »racial profiling« bei der Kennzeichenkontrolle nicht stellen.⁹³ Dies verringert zunächst die Eingriffsintensität der »echten Treffer« gegenüber Be-

⁸¹ Zur Gesetzgebungskompetenz vgl.: BVerfG NVwZ 2019, 381 (384 ff.). Zur Bestimmtheit vgl. BVerfGE 120, 378 (407 ff.). Zu beiden vgl. *Rofsnagel* (Fn. 60), DAR 2008, 61 (62 ff.) und BayVG 10, Urteil v. 17.12.2012 – BV 09.2641, juris, S. 17 ff.

⁸² BVerfGE 120, 378 (428); BVerfG NVwZ 2019, 381 (387 f.); ausführlich: *Guckelberger* (Fn. 29), NVwZ 2009, 352 (357).

⁸³ BVerfGE 120, 378 (428); BVerfG NVwZ 2019, 381 (388); *Guckelberger* (Fn. 29), NVwZ 2009, 352 (357); *Rofsnagel* (Fn. 60), DAR 2008, 61 (64). Zur Einschätzungsprärogative vgl. *Dreier/Dreier* (Fn. 22), Vorb., Rn. 148 m. w. N.

⁸⁴ BVerfGE 120, 378 (428); *Dreier/Dreier* (Fn. 22), Vorb., Rn. 149.

⁸⁵ Die in einigen Gesetzen ebenfalls vorgesehene Erstreckung der Kennzeichenkontrolle auf andere Orte wird an dieser Stelle außer Acht gelassen.

⁸⁶ BeckOK NPOG/*Waechter*, 1.5.2019, § 13, Rn. 21; BVerfGE 115, 320 (360 f.).

⁸⁷ BVerfG NVwZ 2019, 381 (391).

⁸⁸ BVerfG NVwZ 381 (391); bei BVerfGE 120, 378 (431) wird dies nur als Indiz für eine »hinreichende Wahrscheinlichkeit« dargestellt.

⁸⁹ Zu den generellen Bedenken vgl. *Tomerius*, »Gefährliche Orte im Polizeirecht« – Straftatenverhütung als Freibrief für polizeiliche Kontrolle? Eine Beurteilung aus verfassungs- und polizeirechtlicher Perspektive, DVBl. 2017, 1399 ff.; *Ernst*, Anlassunabhängige Personenkontrollen und Gefahrengebiete, NVwZ 2014, 633 ff. Die wohl h. M. geht aber von einer Verfassungsmäßigkeit aus, vgl. z. B. NdsOVG DVBl. 2010, S. 527 und BeckOK NPOG/*Waechter* (Fn. 86), § 13, Rn. 22, was auch hier unterstellt wird.

⁹⁰ *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Auflage (2018), § 14, Rn. 32; Kritisch gegenüber dieser Zweckannahme, OVG Hamburg, NVwZ-RR, 2015, 695 (704).

⁹¹ *Rachor*, Das Polizeihandeln, in: *Lisken/Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, 6. Auflage (2018), Kap. E, Rn. 324; § 33 VI TH PAG.

⁹² Es ist hoch umstritten, worin ein solcher persönlicher Zusammenhang liegen könnte, vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 90), § 14, Rn. 45; *Tomerius* (Fn. 89), DVBl. 2017, 1399 (1402 f.); BeckOK PolG NRW/*Ogorek*, 1.11.2018, § 12, Rn. 20.

⁹³ Vgl. dazu *Tomerius* (Fn. 89), DVBl. 2017, 1399 (1405 f.); OVG Hamburg, NVwZ-RR, 2015, 695 (700).

troffenen einer Identitätskontrolle und macht die Kontrolle dahingehend verfassungsrechtlich weniger problematisch.

Mangels Vorliegens einer konkreten Gefahr bei Vorfeldmaßnahmen handelt es sich aber auch bei »echten Treffern« zum Zeitpunkt der Aufnahme ihres Kennzeichens noch nicht um Störer, sodass es sich weiterhin um eine eingriffsintensivere Maßnahme handelt.

Die Kennzeichenkontrolle greift zudem nicht nur im Falle eines »echten Treffers« in Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG ein, sondern anders als bei einer Identitätskontrolle ebenfalls in die Grundrechte jeder Person, die sich an dem »gefährlichen Ort« mit einem Kfz bewegt. Auch wenn die Eingriffsintensität gegenüber dem einzelnen »Nicht-Treffer« geringer ist, erhöht wie festgestellt allein die enorme Streubreite und die massenhafte Verarbeitung die Eingriffsqualität enorm. Weiterhin kann die Kennzeichenkontrolle im Vergleich zur Identitätsfeststellung verdeckt und langfristiger erfolgen, sodass der Staat dem Einzelnen nicht greifbar gegenüber tritt und damit den Rechtsschutz erschwert und ein stärkeres Gefühl ständiger Überwachung erzeugen kann.⁹⁴ Gerade diese deutlich eingriffsintensivere heimliche und längerfristige Kennzeichenkontrollen hat jedoch einen erkennbaren Mehrwert gegenüber einer offen erfolgenden, kurzfristigen Identitätskontrolle, denn es ermöglicht eine Art längerfristige »Razzia« nach gesuchten Personen und ist damit weniger auf »Zufallstreffer« angewiesen.⁹⁵

Im Ergebnis unterscheiden sich folglich Kennzeichenkontrolle und Identitätsfeststellung nicht nur in der Art ihres Grundrechtseingriffs, es handelt sich bei der Kennzeichenkontrolle insgesamt auch um eine potenziell erheblich intensivere Grundrechtsbeeinträchtigung. Eine Gleichsetzung mit der Identitätskontrolle mittels eines gesetzlichen Verweises verbietet sich daher, vielmehr müssen die (strengeren) Eingriffsvoraussetzungen eigenständig bestimmt werden.⁹⁶

Hinsichtlich von Orten, an denen aufgrund von Tatsachen anzunehmen ist, dass dort Straftaten verübt, verabredet oder vorbereitet werden, käme eine Eingrenzung auf »erhebliche Straftaten« in Betracht, um der im Vergleich zur Identitätsfeststellung noch höheren Eingriffsintensität durch ein höheres Gewicht des Schutzgutes gerecht zu werden.⁹⁷ Der Begriff der erheblichen Straftaten ist in vielen Gesetzen katalogisiert, z. B. in § 46 SOG MV, und umfasst die sog. mittlere Kriminalität.⁹⁸ Ausgeschlossen werden folglich nur leichtere Vergehen. Neben der an sich hohen Eingriffsintensität spricht für eine solche Einschränkung im Rahmen des

Schutzgutes, dass eine Eingrenzung bei den Einsatzmodalitäten, z. B. bei der Heimlichkeit, zwar die Eingriffsintensität verringern würde, jedoch auch die Eignung der Maßnahme deutlich gemindert wäre. Zudem steht mit der Identitätsfeststellung der Polizei weiterhin ein Mittel zu Verfügung, um auch leichtere Vergehen zu verhüten. Die Beschränkung auf »erhebliche Straftaten« ist daher erforderlich, um die Angemessenheit sicherzustellen.

Bei Orten bezüglich derer Anhaltspunkte bestehen, dass sich dort mehrere Straftäter verbergen, kann entsprechend der Gesetzgebungskompetenz der Länder nur der präventive Zweck verfolgt werden, dass solche Rückzugsorte entstehen bzw. fortbestehen und dadurch potenzielle Straftäter weniger vor der Begehung von Straftaten abgeschreckt werden, weil sie davon ausgehen, einer Strafverfolgung entgehen zu können.⁹⁹ Anknüpfungspunkt dieser Ermächtigung ist folglich nicht das Vollstreckungsinteresse gegenüber einer einzelnen Person, sondern das gesellschaftliche Interesse daran, dass sich die Strafvollstreckung durchsetzt und damit ihre Strafzwecke erfüllt.¹⁰⁰ Dieses gesellschaftliche Interesse ist essenziell für einen funktionsfähigen Rechtsstaat, sodass dieser Zweck auch die höhere Intensität der Kennzeichenkontrolle rechtfertigen kann. Die Angemessenheit im Einzelfall kann im Übrigen durch eine zweckgerichtete Abgleichdatei und verfassungskonforme Ermessensausübung, insbesondere hinsichtlich der Einsatzmodalitäten, sichergestellt werden.

Die Kennzeichenkontrolle ist somit zur Überwachung von Orten einsetzbar, von denen aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass dort Straftaten von erheblicher Bedeutung verabredet, vorbereitet oder verübt werden oder dass sich dort Straftäter verbergen.

2. Einsatz im Zusammenhang mit Versammlungen

Die Möglichkeit der Kennzeichenkontrolle ist in den meisten Polizeigesetzen im Rahmen einer Kontrollstelle zum Zweck der Verhütung von Verstößen gegen das Versammlungsgesetz vorgesehen (z. B. § 14 a I i. V. m. § 18 II Nr. 5 HSOG; § 32 V Nr. 5 NPOG). Da in den meisten Ermächtigungsgrundlagen auf einen Verstoß gegen § 27 VersG abgestellt wird und das VersG gemäß Art. 125 a I 1 GG in den meisten Ländern fortgilt, wird diese Norm vorliegend zugrunde gelegt.¹⁰¹

Der § 27 VersG sanktioniert das Mitsichführen von Waffen und sog. Schutz Waffen sowie Gegenstände zur Vereitelung der Identitätsfeststellung auf dem Weg zu, bei oder in Anschluss an eine Versammlung. Pönalisiert wird folglich bereits die im Vorfeld bestehende abstrakte Gefährlichkeit, dass diese Gegenstände zur Begehung von Taten gegen Leib, Leben und Eigentum eingesetzt werden.¹⁰²

⁹⁴ Auch bei Identitätsfeststellung kann nach e. A. ein solches Gefühl erzeugt werden, vgl. *Tomerius* (Fn. 89), DVBl. 2017, 1399 (1404).

⁹⁵ Die Identitätsfeststellung an diesen Orten ermöglicht Razzien, vgl. BeckOK PolG NRW/*Ogorek* (Fn. 92), § 12, Rn. 11.

⁹⁶ So bereits die bayrische Gesetzesbegründung 2003: BayLT Drs. 14/12261, S. 7.

⁹⁷ Dies wird teilweise schon für eine verfassungskonforme Identitätsfeststellung gefordert, *Rachor* (Fn. 91), Kap. E, Rn. 335.

⁹⁸ *Tomerius* (Fn. 89) DVBl. 2017, 1399 (1400 f.).

⁹⁹ BVerfG NVwZ 2019, 381 (386).

¹⁰⁰ Zu den Strafzwecken vgl. Schönke/Schröder/*Kinzig*, StGB, 30. Auflage 2019, § 46 Rn. 1 ff.

¹⁰¹ Die Parallelnormen sind zudem sehr ähnlich, vgl. z. B. § 20 NVersG.

¹⁰² MüKStGB/*Tölle*, Band 6, 3. Auflage 2017, VersammlG, § 27 Rn. 1 f.

Neben dem Schutz dieser Rechtsgüter diene die Kennzeichenkontrolle nach dem BVerfG aber auch dem Schutz der Versammlung als solcher und somit einem Schutzzweck von erheblichem Gewicht, sodass der Einsatz trotz des zusätzlichen Eingriffs in Art. 8 I GG verhältnismäßig sei, sofern eine konkrete Gefahr der Begehung versammlungsrechtlicher Straftaten, aber auch Ordnungswidrigkeiten, bestehe.¹⁰³ Eine Übertragung der bei einer Auflösung oder bei einem Verbot erforderlichen Schwelle der »unmittelbaren Gefahr« sei nicht notwendig, weil eine Vorfeldkontrolle mittels Kennzeichenkontrolle die selbstbestimmte Durchführung der Versammlung als solche nicht beeinträchtigt und daher nicht so eingriffsintensiv sei wie ein Verbot oder eine Auflösung.¹⁰⁴

Dem BVerfG ist darin zuzustimmen, dass die Kennzeichenkontrolle sich nicht mit einem Versammlungsverbot oder einer Auflösung gleichsetzen lässt, jedoch vor allem weil die Kontrolle eine völlig andersartige Maßnahme ist. Eine eigene Aussage über die Eingriffsintensität der Kennzeichenkontrolle, die neben Art. 8 I GG auch weiterhin in Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG eingreift, enthält dieser Vergleich somit noch nicht, sodass sich dieser bloße Vergleich nicht zur Bestimmung der Eingriffsvoraussetzungen eignet. Diese müssen vielmehr erneut eigenständig bestimmt werden.

Die Anreise der Teilnehmer zur Versammlung ist als zwingend notwendige Voraussetzung der Versammlung vom Schutz des Art. 8 I GG erfasst.¹⁰⁵ Die Kontrolle der Anreise verhindert zwar nicht unmittelbar die Durchführung der Versammlung als solche, ist jedoch aufgrund ihrer erheblichen Abschreckungswirkung gegenüber allen potenziellen Versammlungsteilnehmern dennoch eine Beeinträchtigung des Art. 8 I GG.¹⁰⁶ Dies gilt insbesondere für die Kennzeichenkontrolle, deren Abschreckungswirkung und das durch sie hervorgerufene Gefühl des Überwachtwerdens durch das massenhafte und effektive, gegebenenfalls heimliche Erfassen erheblich größer sind als bei einer manuellen Kontrollstelle.

Eingriffsintensivierend wirkt sich zudem der Einbezug von Schutzaffen und möglichen Vermummungsgegenständen gemäß § 27 II VersG aus, durch die trotz der erforderlichen Verwendungsabsicht eine einfachere Begründung einer konkreten Gefahr möglich ist.¹⁰⁷ Der Einsatz der Kennzeichenkontrolle zur Überwachung der Anreise ist daher

in nicht nur unerheblich wenigen Situationen denkbar, wodurch die Abschreckungswirkung weiter gesteigert wird.

Dieser Eingriff könnte mit dem BVerfG jedoch angemessen und damit gerechtfertigt sein, wenn er tatsächlich dem Schutz der Versammlung dienen würde, die als solche mittelbar von Art. 8 I GG geschützt ist.¹⁰⁸

Der § 27 VersG richtet sich gegen die Teilnehmer der konkreten Versammlung und nicht etwa auf mögliche externe Störer wie etwa § 21 VersG. Jedoch genießt eine Versammlung gemäß Art. 8 I GG nur dann grundrechtlichen Schutz, sofern sie friedlich und ohne Waffen erfolgt, wobei die Unfriedlichkeit einzelner Teilnehmer der Versammlung nicht zwangsläufig zugerechnet werden kann.¹⁰⁹ Würden nun mehrere Teilnehmer Waffen bei sich führen und würde dies von anderen Teilnehmern geduldet werden, ließe dies somit grds. den grundrechtlichen Schutz der Versammlung insgesamt entfallen, denn dann prägen diese Teilnehmer die Versammlung.¹¹⁰ Die Strafbarkeit des Mitsichführens von Waffen gemäß § 27 I VersG dient somit auch dem Schutz der Versammlung.¹¹¹

Dies trifft jedoch nicht auf Schutzaffen sowie Vermummungsgegenstände zu, die vom Waffenbegriff des Art. 8 I GG nicht erfasst werden.¹¹² Deren Strafbarkeit gemäß § 27 II VersG dient somit nicht dem Schutz der Versammlung, sodass der Eingriff in Art. 8 I GG nicht mit diesem Zweck gerechtfertigt werden kann.¹¹³ Der weit vorgelagerte Schutz vor bloß abstrakten Gefahren für Leib, Leben und Eigentum kann den erheblichen Eingriff in Art. 8 I GG und Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG für sich genommen jedoch nicht rechtfertigen, sodass der § 27 II VersG als Schutzgut der Kennzeichenkontrolle ausscheiden muss.

Die dadurch bewirkte Eingrenzung auf § 27 I VersG als noch in Betracht kommendes Schutzgut bewirkt im Zusammenspiel mit dem Erfordernis einer konkreten Gefahr bereits, dass die Anzahl der möglichen Einsatzsituationen deutlich eingeschränkt wird, wodurch das Gefühl der ständigen Registrierung und damit die Intensität des Eingriffs sowohl in Art. 8 I GG als auch in Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG ver-

¹⁰³ BVerfG NVwZ 2019, 381 (392 f.) m. w. N. für den Eingriff in Art. 8 I GG. So auch *Rachor* (Fn. 91), Kap. E, Rn. 350.

¹⁰⁴ BVerfG NVwZ 2019, 381 (392).

¹⁰⁵ v. Mangoldt/Klein/Starck/*Gusy*, Grundgesetz, Band 1, 7. Auflage (2018), Art. 8 I GG, Rn. 30; Dürig-Friedl/Enders/*Enders*, Versammlungsrecht: Die Versammlungsgesetze des Bundes und der Länder, 1. Auflage (2016), § 2 Rn. 35.

¹⁰⁶ BVerfGE 65, 1 (43); 120, 378 (406); *Hoffmann-Riem*, Versammlungsfreiheit, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV (2011), § 106, Rn. 31.

¹⁰⁷ Erbs/Kohlhaas/*Wache*, Strafrechtliche Nebengesetze, 223. EL (2019), § 17 a VersG, Rn. 3 ff.

¹⁰⁸ *Dreier/Dreier* (Fn. 22), Art. 8 GG, Rn. 31.

¹⁰⁹ v. Mangoldt/Klein/Starck/*Gusy* (Fn. 105), Art. 8 I GG, Rn. 22, 24; *Hoffmann-Riem* (Fn. 106), § 106, Rn. 62: Erforderlich sei eine »Prägung«.

¹¹⁰ BVerfGE 65, 315 (360 f.); *Dreier/Schulze-Fielitz* (Fn. 22), Art. 8, Rn. 46 ff.

¹¹¹ Die bloße Gefahr einer Unfriedlichkeit lässt den Grundrechtsschutz zwar noch nicht entfallen, rechtfertigt aber Eingriffe: *Hoffmann-Riem* (Fn. 106), § 106, 53. Vgl. zudem: v. Mangoldt/Klein/Starck/*Gusy* (Fn. 105), Art. 8 I GG, Rn. 26 ff.

¹¹² *Dreier/Dreier*, Art. 8 GG, Rn. 44, 47 m. w. N. Sie können nur eins von mehreren Indizien für eine Unfriedlichkeit sein, lassen jedoch für sich genommen noch nicht den grundrechtlichen Schutz entfallen, vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/*Gusy* (Fn. 105), Art. 8 I GG, Rn. 25 ff., 31; *Hoffmann-Riem* (Fn. 106), § 106, Rn. 59, 61.

¹¹³ An der Verfassungsmäßigkeit des § 27 II VersG bestehen daher so wieso erhebliche Zweifel, vgl. *Tölle*, in: MüKO StGB/*Tölle* (Fn. 102), VersammlG, § 27 Rn. 3 f.; *Dietel/Gintzel/Kniesel/Kniesel*, Versammlungsgesetze, 17. Auflage (2016), Teil II, § 27, Rn. 10 ff.

ringert wird. Möglich bleibt aber weiterhin die sehr eingriffsintensive heimliche Erfassung von Kennzeichen. Eine solche kann jedoch aufgrund möglichen Ausweichverhaltens für die Zweckerreichung erforderlich sein, sodass es im polizeilichen Ermessen stehen muss, im Einzelfall die Kennzeichenkontrolle verdeckt durchzuführen. Aufgrund der besonderen Eingriffsintensität hinsichtlich zwei Grundrechten und aufgrund der zentralen Bedeutung des Art. 8 GG für eine funktionsfähige Demokratie ist jedoch die Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutz zu gewährleisten.¹¹⁴ Dies kann durch eine nachträgliche Benachrichtigung des Versammlungsleiters erreicht werden. Unter dieser Voraussetzung ist daher der verdeckte Einsatz der Kennzeichenkontrolle zur Verhütung einer konkreten Gefahr für § 27 I VersG zulässig.

II. Abgleichdateien

Während der technische Vorgang der Kennzeichenerfassung unabhängig vom Einsatzzweck immer derselbe ist, entscheidet die konkret verwendete Abgleichdatei darüber, nach welchen Kennzeichen gesucht wird und welche Kfz-Halter sich daher gegebenenfalls einem »echten Treffer« ausgesetzt sehen. Erst in der Abgleichdatei manifestiert sich folglich der konkrete Einsatzzweck der Kontrolle. Bestimmt sich jedoch die Verhältnismäßigkeit nach dem verfolgten Zweck, ist dieser nicht nur Grund, sondern auch Grenze der Rechtfertigung.¹¹⁵ Daraus folgt, dass die Abgleichdatei nur diejenigen Kennzeichen enthalten darf, die diesem Zweck entsprechen.¹¹⁶ Dem BVerfG ist daher vollumfänglich darin zuzustimmen, dass die Zusammenstellung der Abgleichdatei immer einzelfallbezogen, zweckgebunden und nach pflichtgemäßen Ermessen erfolgen muss.¹¹⁷ Ein Abgleich mit generell bestehenden Dateibeständen ist somit ausgeschlossen, diese bilden vielmehr nur noch die Grundlage für die Erstellung der Abgleichdatei.¹¹⁸ Damit wird auch sichergestellt, dass die Abgleichdateien nicht anderweitig gesetzlich erweitert werden und somit »durch die Hintertür« eine Ausweitung der Kennzeichenkontrolle erfolgt.¹¹⁹ Es ist daher für die Verhältnismäßigkeit der Kontrolle auch nicht mehr relevant, wie weit gefasst diese Dateibestände sind und welche Voraussetzungen sie an die Aufnahme eines Kennzeichens stellen.¹²⁰ Selbst Dateibestände, die an sich repressive Zwecke verfolgen, können im Einzelfall einem präventiven Zweck dienen und daher Grundlage der Abgleichdatei sein.¹²¹ Welche konkreten Dateibestände als

Grundlage der Abgleichdatei herangezogen werden können, steht daher auch weitestgehend im Ermessen des Gesetzgebers.

III. Verfahrens- und Organisationsvorschriften

Die materiell-rechtlichen Gewährleistungen von Grundrechten liefern leer, wenn sie nicht durch Verfahrens- und Organisationsvorschriften abgesichert und damit realisiert werden würden.¹²² Aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgen daher bei Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch Anforderungen an die Transparenz der Datenverarbeitung, den individuellen Rechtsschutz und die aufsichtliche Kontrolle.¹²³

Die Verhältnismäßigkeit der konkreten gesetzlichen Regelung beurteilt sich dabei wiederum in einer Gesamtschau der einzelnen Kriterien. So kann ein geringes Maß an Transparenz und individuellen Rechtsschutz durch eine verstärkte aufsichtliche Kontrolle ausgeglichen werden, die ihrerseits auf verschiedensten Wegen sichergestellt werden kann (z. B. Anordnungsvorbehalte oder parlamentarische Kontrolle).¹²⁴ Die möglichen verfassungskonformen Ausgestaltungen der Ermächtigungsgrundlage sind somit sehr vielseitig, sodass sich die Untersuchung vorliegend darauf beschränkt, ob eine Benachrichtigungspflicht bei verdeckter Erhebung entgegen der Ansicht des BVerfG in jedem Fall verfassungsrechtlich zwingend erforderlich ist.¹²⁵

Eine solche hält das BVerfG aufgrund der im Vergleich zu anderen heimlichen Maßnahmen geringen Eingriffsintensität auch im Fall eines »echten Treffers« für nicht zwingend erforderlich; ausreichend sei es, wenn die »echten Treffer« im Rahmen von Folgemaßnahmen von der Kennzeichenkontrolle erführen.¹²⁶ Dies verkennt jedoch, dass auch bei »echten Treffern« nicht zwingend Folgemaßnahmen ergriffen werden, insbesondere wenn sich beim Einsatz im Bereich der Risikovorsorge der Gefahrenverdacht nicht erhärtet.¹²⁷ Da auch der allgemeine Auskunftsanspruch wie selbst vom BVerfG festgestellt »in der Praxis wohl nur ausnahmsweise zielführend« ist, insbesondere weil er immer erst einmal aktiv geltend gemacht werden muss, fehlt es auch bei einigen »echten Treffern« an der Erkennbarkeit und damit der Transparenz der Datenerhebung und faktisch an der Möglichkeit des gemäß Art. 19 IV GG gewährleisteten individuellen Rechtsschutzes.¹²⁸ Die Transparenz ermöglicht jedoch nicht nur den individuellen Rechtsschutz, sondern wirkt auch dem diffusen Gefühl des Beobachtetwerdens

114 Vgl. Dreier/Dreier (Fn. 22), Art. 8 GG, Rn. 16 ff.

115 BVerfG NVwZ 2019, 381 (390); BVerfGE 120, 378 (408).

116 BVerfG NVwZ 2019, 381 (390); Breyer (Fn. 23), NVwZ 2008, 824 (828).

117 BVerfG NVwZ 2019, 381 (390). Dieses Erfordernis wurde in der ersten Entscheidung noch nicht derartig betont: vgl. BVerfGE 120, 378 (433).

118 BVerfG NVwZ 2019, 381 (390).

119 Bodenbenner/Heinemann, Die Neuregelung der automatisierten Kennzeichenerfassung in Hessen, NVwZ 2010, 679 (682); BVerfG NVwZ 2019, 381 (390); BVerfGE 120, 378 (414 f.).

120 BVerfGE 120, 378 (409, 422 f.); BVerfG NVwZ 2019, 381 (387); Martínez Soria (Fn. 54), DÖV 2007, 779 (784).

121 BVerfG NVwZ 2019, 381 (387); Bodenbenner/Heinemann (Fn. 119), NVwZ 2010, 679 (682). Bsp.: Kontrolle von Orten, an denen sich Straftäter

aufhalten könnten.

122 St. Rspr. des BVerfG, vgl. BVerfGE 65, 1 (49); 69, 315 (355 f.); BVerfG NVwZ 2019, 381 (389, 394); Rudolf (Fn. 30), § 90, Rn. 45.

123 BVerfGE 133, 277 (365 ff.); BVerfG NVwZ 2019, 381 (389) m. w. N.

124 BVerfGE 133, 277 (369); BVerfG NJW 2016, 1781 (1788).

125 Hinsichtlich der Mindestanforderungen an Zweckbindung, aufsichtlicher Kontrolle und Begründungspflicht wäre dem BVerfG jedenfalls auch vollumfänglich zu zustimmen. Vgl. dazu BVerfG NVwZ 2019, 381 (394 f.).

126 BVerfG NVwZ 2019, 381 (394).

127 Breyer (Fn. 23), NVwZ 2008, 824 (824).

128 BVerfG NVwZ 2019, 381 (394).

entgegen.¹²⁹ Eine mangelnde Erkennbarkeit verstärkt folglich den Eingriff der Kontrolle, der zumindest bei »echten Treffern« sowieso bereits ein erhebliches Gewicht hat. Diese Eingriffsintensität kann, insbesondere angesichts des hohen Missbrauchspotenzials der Kontrolle durch den »Aufzeichnungsmodus«, nicht vollständig durch eine aufsichtliche Kontrolle kompensiert werden, die von den Betroffenen kaum nachvollzogen werden kann, sodass das Gefühl der Beobachtung bestehen bleibt.

Auch wenn die heimliche Kennzeichenkontrolle daher nicht die gleiche Intensität hätte wie andere, vom BVerfG nicht näher genannte, heimliche Maßnahmen, ist das Eingriffsgewicht doch derart erheblich, dass Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG i. V. m. Art. 19 IV GG eine grundsätzliche nachträgliche Benachrichtigungspflicht bei »echten Treffern« erfordert, damit der Betroffene sein Selbstbestimmungsrecht ausüben kann.¹³⁰ Von einer solchen kann nur solange abgesehen werden, wie eine Benachrichtigung den Zweck der Kontrolle gefährden würde.¹³¹

Keine generelle Benachrichtigungspflicht besteht hingegen bei »Nicht-Treffern« und »unechten Treffern«, denn diese sind weniger eingriffsintensiv und aufgrund ihrer enormen Anzahl wäre eine Benachrichtigungspflicht nicht nur unver-

hältnismäßig aufwendig, sondern würde vor der Löschung auch eine Individualisierung der Halter erfordern, wodurch der Eingriff intensiviert werden würde.¹³²

E. Schlussbetrachtung

Die automatisierte Kennzeichenkontrolle ermöglicht eine effektive Überwachung des öffentlichen Verkehrsraums zu verschiedensten Zwecken. Sie greift dabei in einem quantitativ enormen Umfang in das Grundrecht aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG ein, hat aber zumindest hinsichtlich des »echten Treffers« auch eine qualitativ erhebliche Eingriffsintensität. Ihr Eingriffscharakter ist zudem durch ihre technische Funktionsweise von einer ganz anderen Eigenart als bei der Identitätsfeststellung, sodass sich ein umfassender gesetzlicher Verweis auf diese verbietet und es vielmehr angepasster Eingriffsvoraussetzungen bedarf, die viele Ermächtigungsgrundlagen zurzeit entbehren.¹³³

Dieser besondere Charakter der Kennzeichenkontrolle wurde vom BVerfG in seinen neuen Beschlüssen nicht immer ausreichend berücksichtigt, sodass diese für eine verfassungskonforme Ausgestaltung zukünftiger Ermächtigungsgrundlagen auch zu Teilen kein ausreichender »Leitfaden« für die Landesgesetzgeber ist.

¹²⁹ BVerfG NJW 2016, 1781 (1788); BVerfGE 133, 277 (366) m. w. N.

¹³⁰ BVerfGE 65, 1 (46); BVerfG NJW 2016, 1781 (1788); *Rudolf* (Fn. 30), § 90, Rn. 54; *Arzt* (Fn. 57), DÖV 2005, 56 (62).

¹³¹ *Rudolf* (Fn. 30), § 90, Rn. 55.

¹³² *Schieder*, Die automatisierte Erkennung amtlicher Kfz-Kennzeichen als polizeiliche Maßnahme, NVwZ 2004, 778 (788); BayVG 10, Urteil v. 17. 12. 2012 – BV 09.2641, juris, S. 29.

¹³³ Vgl. z. B. Art. 39 I BayPAG; § 32 V NPOG; § 22 a PolG BW; § 27 b I Nr. 3 POG RI; § 33 VII ThPAG; § 36 a I Nr. 2 BbgPolG; § 14 a I HSOG.

ÖffR Aufsatz

Juliane Hendorf*

Das BVerwG und die Küken – vermeintliche Alternativlosigkeit als vorübergehend vernünftiger Grund

Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. 6. 2019 – BVerwG 3 C 28.16

In Deutschland werden jährlich über 45 Mio. männliche Küken direkt nach dem Schlüpfen getötet, weil sie für die Eierindustrie ungeeignet sind und ihre Aufzucht für die Fleischproduktion ebenfalls nicht lukrativ wäre. Das BVerwG hatte nun über die Rechtmäßigkeit eines Verbots dieser Praxis zu entscheiden.

Amtlicher Leitsatz: »Im Lichte des Staatsziels Tierschutz ist das wirtschaftliche Interesse an speziell auf eine hohe Legeleistung gezüchteten Hennen für sich genommen kein vernünftiger Grund im Sinne von § 1 S. 2 TierSchG für das Töten der männlichen Küken aus diesen Zuchtlinien. Ist jedoch absehbar, dass in Kürze Alternativen zum Töten der Küken zur Verfügung stehen, die den Brutbetrieb deutlich weniger belasten als die Aufzucht der Tiere, beruht eine Fortsetzung der bisherigen Praxis für eine Übergangszeit noch auf einem vernünftigen Grund im Sinne dieser Regelung.«

A. Hintergrund der Entscheidung

Im Betrieb des Klägers werden Hühner ausgebrütet, die in der Eierindustrie verwendet werden sollen. Die Voraussetzung der wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Tiere liegt also im Geschlecht des geschlüpften Huhns. Während die geschlüpften weiblichen Küken als Legehennen herangezogen und vermarktet werden können, erfüllen die geschlüpften männlichen Küken keine wirtschaftlich sinnvolle Funktion. Der Grund dieser Geschlechtsselektion liegt in der Züchtung der Tiere. Vereinfacht beschrieben gibt es eine Zuchtlinie für Legehennen, die darauf gezüchtet sind, in kurzer Zeit möglichst viele Eier zu legen sowie eine Zuchtlinie für Masthühner, die darauf gezüchtet sind, in kurzer Zeit viel Fleisch anzusetzen. Hierbei liegt das Hauptaugenmerk auf der Wirtschaftlichkeit. Die Aufzucht eines männlichen Kükens aus einer Legerasse wäre mit vergleichbar hohem Kosten- und Ressourcenaufwand verbunden, da diese weder Eier legen, noch schnell oder genügend Fleisch ansetzen. Aus diesem Grund ist es gängige Praxis, die männlichen Küken aus Legerassen nach dem Schlüpfen zu töten. Dies geschieht mittels Vergasung oder Homogenisierung.¹

* Juliane Hendorf ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen unter der Leitung von Prof. Dr. Thomas Mann.

¹ ABl. EU 2009 Nr. L 303, S. 23, Verordnung (EG) Nr. 1099/2009 Anhang 1, Kap. II, Nr. 2, beschreibt den Zerkleinerungsvorgang als »unmittelbare[n] Zerstückelung« durch »schnell rotierende[n], mechanisch angetriebene[n] Messer[n]«; das Verfahren wird gemeinhin als Schreddern bezeichnet.

Das Landwirtschaftsministerium in NRW hatte diese Praxis der Tötung von männlichen Eintagsküken untersagt, verbunden mit einer Übergangsfrist. Die betroffenen Brütereien sind dagegen gerichtlich im Wege der Anfechtungsklage vorgegangen. Das VG Minden hat der Klage in erster Instanz stattgegeben und die Verbotsverfügung aufgehoben.² Das OVG Münster hat diese Entscheidung in der Berufungsentscheidung bestätigt.³ Nach einer erfolgreichen Nichtzulassungsbeschwerde, begründet mit der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache gem. § 132 II Nr. 1 VwGO,⁴ hatte nun das BVerwG den Fall im Rahmen der Revision zu überprüfen.

Rechtlich steht die Frage im Vordergrund, ob bei der Tötung aus rein wirtschaftlichen Gründen ein vernünftiger Grund i. S. d. § 1 S. 2 TierSchG besteht. Demnach darf niemand einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen – was den Lebensschutz des Tieres mit einschließt.⁵ Während die Beklagte mit der Revision geltend machte, das OVG habe nur auf ökonomische Gründe abgestellt, das Tierwohl nicht hinreichend in die Abwägung einbezogen sowie die Berufsfreiheit des Klägers übergewichtet,⁶ entgegnete der Kläger, es sei verfehlt, eine umfassende Abwägung der gegenläufigen Interessen zu verlangen und es würde reichen, wenn der Grund der Tötung »triftig, einsichtig und von einem schutzwürdigen Interesse getragen« sei – was mit der mangelnden Absatzmöglichkeit der männlichen Küken vorliege.⁷

Zwar hat das BVerwG die Revision abgewiesen, aber nicht, ohne dem Tierschutz eine höhere Bedeutung vor den Interessen der Brütereien beizumessen. Lediglich für eine Übergangszeit soll die Praxis des Kükentötens erlaubt bleiben.

B. Aus den Gründen

Zunächst stellt das BVerwG fest, dass das Unionsrecht keine abschließende Regelung zur Tötung von Küken trifft und einem diesbezüglichen nationalen Verbot nicht entgegensteht.⁸ Auch die allgemeinen Vorschriften über das Töten

² VG Minden, Urteil v. 30.1.2015 – VG 2 K 80/14.

³ OVG Münster, Urteil v. 20.5.2016 – OVG 20 A 530/15.

⁴ BVerwG, Beschluss v. 20.12.2016 – 3 B 39.16.

⁵ Vgl. BVerwG, Urteil v. 13.6.2019 – 3 C 28.16, Rn. 12.

⁶ BVerwG (Fn. 5), Rn. 7.

⁷ BVerwG (Fn. 5), Rn. 8.

⁸ BVerwG (Fn. 5), Rn. 13, bezugnehmend auf Art. 4 I i. V. m. Anhang 1 Ta-

von Tieren im dritten Abschnitt des Tierschutzgesetzes regeln lediglich das Wie und nicht das Ob des Tötens.⁹ Gleiches gelte auch für die entsprechenden Vorschriften der Tierschutz-Schlachtverordnung, die als Verordnung unter dem Tierschutzgesetz stehe und somit zunächst ein positiv beantwortetes Ob des Tötens nach § 1 S. 2 TierSchG voraussetze. Damit sei zentrale Frage des Rechtsstreits, ob ein vernünftiger Grund vorliege, der das Töten der männlichen Küken rechtfertige.¹⁰ Das BVerwG betont unmissverständlich, dass auch dem Leben von Nutztieren ein Wert an sich zukomme.¹¹

Ziel des Tierschutzgesetzes sei es, einen Ausgleich zwischen den menschlichen Nutzungsinteressen und dem ethischen Tierschutz herzustellen. Der vernünftige Grund sei dabei der zentrale Begriff zur Herstellung dieses Ausgleichs.¹² Ein vernünftiger Grund im Sinne des Tierschutzgesetzes liege dann vor, wenn die Zufügung von Schmerzen, Leiden oder Schäden einem schutzwürdigen menschlichen Interesse diene, »das unter den konkreten Umständen schwerer wiegt als das Interesse am Schutz des Tieres«.¹³ Erforderlich ist somit eine zweistufige Prüfung, dessen zweite Stufe eine Abwägung der gegenläufigen Interessen voraussetzt. Dabei seien weder das menschliche Nutzungsinteresse noch die Belange des Tierschutzes grundsätzlich vorrangig.¹⁴ Das wirtschaftliche Interesse des Tierhalters an möglichst geringen Kosten sei grundsätzlich anzuerkennen. »Derartige wirtschaftliche Interessen müssen aber – wie jedes schutzwürdige menschliche Interesse beim Umgang mit Tieren – an den Belangen des Tierschutzes gemessen werden und sind gegebenenfalls Begrenzungen unterworfen. Sie sind nicht schon deshalb vernünftig im Sinne von § 1 S. 2 TierSchG, weil sie ökonomisch plausibel sind.«¹⁵

Das BVerwG setzt sich vertieft mit der ethischen Problematik des Kükentötens auseinander. Ziel des Ausbrütens sei allein die Erzeugung von Legehennen, wobei die »Nutzlosigkeit« der männlichen Küken von vornherein feststehe.¹⁶ Die Eier würden in dem sicheren Wissen ausgebrütet, dass die männlichen Küken umgehend nach dem Schlüpfen aussortiert und getötet würden.¹⁷ Dies widerspreche in fundamentaler Weise dem ethisch ausgerichteten Tierschutz, da dadurch dem Tier jeder Eigenwert abgesprochen werde.¹⁸

Als Abwägungsergebnis wird festgehalten, dass die Belange des Tierschutzes schwerer wiegen als die wirtschaftlichen Interessen der Brütereien an der Vermeidung von Folge-

kosten.¹⁹ Das systematische Kükentöten sei »nicht vereinbar mit dem Grundgedanken des Tierschutzgesetzes.«²⁰

Da aber absehbar sei, dass in naher Zukunft technische Möglichkeiten zur Geschlechtsbestimmung im Ei zur Verfügung stünden – sodass die männlichen Küken gar nicht mehr ausgebrütet werden würden – gestattet das BVerwG noch eine Übergangsfrist, um dies abzuwarten. »Ohne eine solche Übergangsfrist wären die Brutbetriebe gezwungen, zunächst mit hohem Aufwand eine Aufzucht der männlichen Küken zu ermöglichen, um dann voraussichtlich wenig später ein Verfahren zur Geschlechtsbestimmung im Ei einzurichten oder ihren Betrieb auf das Ausbrüten von Eiern aus verbesserten Zweinutzungslinien umzustellen. Die Vermeidung einer solchen doppelten Umstellung ist in Anbetracht der besonderen Umstände ein vernünftiger Grund für die vorübergehende Fortsetzung der bisherigen Praxis.«²¹

C. Anmerkungen

Das Urteil ist in einigen Punkten durchaus begrüßenswert und bewirkt eine Festigung des Tierschutzrechts, welches durch das vorangegangene Urteil des OVG Münster ins Wanken geraten war.²² Allen voran ist ein ökonomisch sinnvoller Grund nicht automatisch ein vernünftiger Grund, mehr noch reichen rein wirtschaftliche Gründe nicht aus, um einem Tier jeglichen Eigenwert abzusprechen.²³

Das Grundproblem des Tierschutzrechts ist die Inkommensurabilität der abwägungsbedürftigen Rechtsgüter.²⁴ Die menschlichen Nutzungsinteressen stehen den ethischen Interessen des Tierschutzes, insbesondere dem Wohlergehen und dem Leben des Tieres, ohne einen gemeinsamen Maßstab gegenüber. Zwar hat das Tier einen Wert an sich, dieser ist aber ungleich dem an ihm bestehenden Nutzungsinteresse oder seinem finanziellen Wert. Die beiden Wertkategorien lassen sich nicht in eine gemeinsame Einheit umrechnen, was die Abwägung zu einer besonderen Herausforderung macht. Dennoch ist die Interessenabwägung dem BVerwG durchaus gelungen.

Das Urteil entspricht im Ergebnis jedoch nur bedingt den vielfach gehegten Erwartungen und verdient eine genauere Betrachtung.

I. Offensichtlicher Widerspruch?

Zunächst ist der dem Leitsatz innewohnende Stolperstein zu analysieren. Demnach sei das wirtschaftliche Interesse

belle 1 Nr. 4, Kap. II Nr. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1099/2009.

⁹ BVerwG (Fn. 5), Rn. 15 m. w. N.

¹⁰ BVerwG (Fn. 5), Rn. 15.

¹¹ BVerwG (Fn. 5), Rn. 16.

¹² BVerwG (Fn. 5), Rn. 17.

¹³ BVerwG (Fn. 5), Rn. 17 m. w. N.

¹⁴ BVerwG (Fn. 5), Rn. 18 bzw. 20.

¹⁵ BVerwG (Fn. 5), Rn. 18.

¹⁶ BVerwG (Fn. 5), Rn. 25.

¹⁷ BVerwG (Fn. 5), Rn. 25.

¹⁸ BVerwG (Fn. 5), Rn. 25.

¹⁹ BVerwG (Fn. 5), Rn. 26.

²⁰ BVerwG (Fn. 5), Rn. 26.

²¹ BVerwG (Fn. 5), Rn. 30.

²² Kritisch zum Urteil des OVG Münster *Ogorek*, Wo bleibt der Tierschutz? Rechtswidrigkeit der massenhaften Tötung von Eintagsküken, NVwZ 2016, 1433.

²³ Wobei das Urteil vielfach auch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Legehennen-Urteil widerspiegelt, vgl. BVerfGE 101, 1–45.

²⁴ Vgl. *Maisack*, Zum Begriff des vernünftigen Grundes im Tierschutzrecht (2007), S. 201.

für sich genommen kein vernünftiger Grund. Da es aber eine Belastung für die Brütereien wäre, sich nach der Verfügbarkeit der Geschlechtererkennungstechnologien noch einmal umzustellen, sei ein vernünftiger Grund übergangsweise doch noch zu bejahen. »Über die Hintertür eines zu ›hohen Aufwands‹ (der natürlich nichts anderes als eine wirtschaftliche Einbuße darstellt) führt das BVerwG letztendlich doch wieder Wirtschaftlichkeitserwägungen als ausschlaggebend in die Abwägung ein und lässt sie als ›vernünftiger Grund‹ gelten.«²⁵ Dieser Gedankengang vermag nicht zu überzeugen.

Dass eine sofortige Umstellung nicht verlangt werden könne, erscheint grundsätzlich einleuchtend. Vor dem Hintergrund, dass die ursprüngliche Verbotsverfügung, welche den Ausgangspunkt des Verfahrens bildet, aber bereits 2013 erging und diese eine Übergangsfrist enthielt, erscheint es jedoch schwer nachvollziehbar, warum das BVerwG nun knapp sechs Jahre später keinen Schlussstrich unter das Kükentöten gezogen hat.

Die Praxis des Kükentötens widerspricht dem Tierschutzgesetz in grundlegender Weise. Durch den erneuten Aufschub profitieren die Brütereien im Endeffekt davon, dass es die besagten Technologien zur Geschlechtererkennung im Ei »voraussichtlich in Kürze« geben wird und ihnen dadurch erspart bleibt, sich in der Zwischenzeit mit der kostenintensiven Aufzucht der »nutzlosen« Küken herumzuplagen. Besonders bedauerlich ist die Entscheidung auch vor dem Hintergrund, dass die Brütereien das Problem durch die gezielte Züchtung der Hochleistungsrassen selbst verursacht haben.²⁶

II. Wandelbarkeit des Vernünftigen Grundes

Aus dem Urteil des BVerwG wird deutlich, dass der vernünftige Grund des Tierschutzgesetzes kein starrer Begriff ist, sondern sich ändernde rechtliche und tatsächliche Faktoren bei seiner Anwendung zu berücksichtigen sind. Dies ist nicht ungewöhnlich, denn beim vernünftigen Grund handelt es sich schließlich um einen wertungsoffenen unbestimmten Rechtsbegriff. Der Gesetzgeber verwendet diese unter anderem wegen ihrer hohen Anpassungsfähigkeit. Je enger und bestimmter ein Rechtsbegriff gefasst ist, desto eher besteht die »Gefahr, von jeder Änderung der soziologischen, technischen, politischen oder moralischen etc. Verhältnisse und Anschauungen überholt zu werden.«²⁷

Da Rechtsänderungen bis zum Ergehen der Revisionsentscheidung zu berücksichtigen sind,²⁸ ist der vernünftige Grund sowohl im Lichte der aktuellen rechtlichen als auch der tatsächlichen Begebenheiten auszulegen.

1. Einfluss des Art. 20 a GG

Das Verständnis des vernünftigen Grundes wird beeinflusst durch die Schaffung neuen höherrangigen Rechts. Mit Verfassungsänderung vom 1. 8. 2002 wurde das Staatsziel Tierschutz in Art. 20 a GG eingefügt.²⁹ Im Rahmen einer politischen Kompromisslösung wurde Art. 20 a GG um die drei Worte »und die Tiere« erweitert.³⁰ Hiermit sollte dem »ethischen Tierschutz [...] Verfassungsrang verliehen« werden.³¹ Aus der Novellierung ergeben sich unter anderem ein tierschutzrechtliches Verschlechterungsverbot sowie eine Nachbesserungspflicht in Bezug darauf, die gesetzlichen Regelungen zum Tierschutz dem neuesten Stand der Wissenschaft anzupassen.³² Das BVerwG hat in seiner Entscheidung deutlich gemacht, dass diese Staatszielbestimmung kein bloßer Programmsatz ist, sondern zu einer veränderten Gewichtung im Rahmen der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Tierschutzrecht führt.³³ Dadurch, dass dem Tierschutz nunmehr Verfassungsrang zukommt, ist er mit den Grundrechten der Tierhalter gleichberechtigt abzuwägen. Durch diese Entscheidung des Verfassungsgebers wurde das Gewicht von Belangen des Tierschutzes im Rahmen von Abwägungsentscheidungen erhöht. Im Lichte des Art. 20 a GG beruht das Kükentöten »nach heutigen Wertvorstellungen für sich genommen nicht mehr auf einem vernünftigen Grund.«³⁴ Damit hat das BVerwG der Anpassungsfähigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe Rechnung getragen und die Wandelbarkeit des vernünftigen Grundes in den Vordergrund gestellt.

2. Verfügbarkeit von Alternativen

Als tatsächlicher Einflussfaktor auf die Gewichtung im Rahmen der Abwägung innerhalb der Prüfung des vernünftigen Grundes wirken sich auch verfügbare Alternativen aus.³⁵ Für das Kükentöten, welches hauptsächlich Resultat einer spezialisierten Züchtung ist, bestehen mehrere denkbare Alternativen.

Zum einen besteht die Möglichkeit des Abstandnehmens von der starken Spezialisierung hin zu einem sog. Zweinutzungshuhn. In den in Betracht kommenden Rassen werden die weiblichen Küken zu Legehennen und die männlichen Küken zu Masthähnchen. In diesen Zuchtlinien wäre die wirtschaftliche Nutzbarkeit der Tiere allerdings nicht vergleichbar effizient wie in den jeweiligen Hochleistungsrassen.³⁶ Andererseits gibt es die Möglichkeit, die männlichen Küken aus Legerassen aufzuziehen und den Kosten-

²⁵ *Stucki/Winter*, Verfassungsblog, Of Chicks and Men – Anmerkungen zum BVerwG-Urteil über die Tötung männlicher Küken, 17. 6. 2019, <https://verfassungsblog.de/of-chicks-and-men>, zuletzt abgerufen am 10. 10. 2019.

²⁶ So auch *Stucki/Winter* (Fn. 25).

²⁷ BeckOK VwGO/*Decker*, 2019, § 114 VwGO Rn. 30.

²⁸ BVerwG (Fn. 5), Rn. 11 m. w. N.

²⁹ BGBl. 2002 I S. 2826.

³⁰ *Caspar/Geissen*, Das neue Staatsziel »Tierschutz« in Art. 20 a GG, NVwZ 2002, 913.

³¹ BT-Drs. 14/8860, S. 3.

³² *Caspar*, Staatsziel »Tierschutz« – Auswirkungen der Grundgesetzänderung auf die landwirtschaftliche Nutztierhaltung, Kritischer Agrarbericht 2003, 225 (226).

³³ Vgl. BVerwG (Fn. 5), Rn. 20; *Maisack* (Fn. 24), S. 230.

³⁴ BVerwG (Fn. 5), Rn. 26 m. w. N.

³⁵ BVerwG (Fn. 5), Rn. 23.

³⁶ BVerwG (Fn. 5), Rn. 23.

mehraufwand dafür auf den Eierpreis umzulegen. Dies wird bereits in der sog. Bruderhahn-Initiative gemacht.³⁷ Beides wurde jedoch bislang von den Brütereien überwiegend als unwirtschaftlich verworfen, wobei nach dem BVerwG-Urteil die Unwirtschaftlichkeit nun keine Rolle mehr spielen dürfte.

Die bevorzugte Alternative ist die *in-ovo*-Geschlechtsfrüherkennung. Hierbei wird entweder endokrinologisch oder spektroskopisch festgestellt, ob der Kükenembryo weiblich oder männlich ist. Die männlichen Eier werden sodann aussortiert und vernichtet.³⁸ Dies führt jedoch aus ethischer Sicht freilich nur zu einer Vorverlagerung des Problems. Das Verfahren funktioniert erst ab einem fortgeschrittenen Bebrütungsstadium, wobei noch ungeklärt ist, ob der Embryo zu diesem Zeitpunkt bereits schmerzempfindlich ist.³⁹ Tierschutzrechtlich spielt dies jedoch keine Rolle.

Eier aus dem endokrinologischen Verfahren sind bereits im Handel erhältlich.⁴⁰ Das spektroskopische Verfahren wird aktuell in einem Brutbetrieb getestet.⁴¹ Dennoch kommt das BVerwG zu dem Schluss, dass es einer Übergangsfrist bedarf, um »die konkret absehbare Einsatzmöglichkeit von Verfahren zur Geschlechtsbestimmung im Ei und unterdessen auch eine etwaige weitere Entwicklung der Zweitzungslinien abzuwarten.«⁴²

Unternehmen werden die Einführung der neuen Technologien zur Geschlechtsfrüherkennung im Ei voraussichtlich weiterhin hinauszögern, schließlich bedeutet die Anschaffung eine immense wirtschaftliche Belastung. Innovation gibt es nicht zum Nulltarif, so dass ein gegenläufiges ökonomisches Interesse aus Sicht der Brütereien weiterhin bestehen wird. Deshalb wäre es wichtig gewesen, konkrete Anhaltspunkte zu geben, ab wann die Brütereien endgültig auf den neuen Standard umstellen müssen, damit das Kükentöten endlich ein Ende findet. Das Gericht hat leider versäumt, ausdrücklich zu konstatieren, ab wann von einer tragfähigen Alternative auszugehen ist oder welche Maßstäbe dabei gelten sollen.

Aus dem Urteil lässt sich jedoch folgende Formel ableiten: Die Tötung der Küken ist verboten, sobald die Geschlechtsbestimmung im Ei erstens möglich ist und zweitens im Betrieb eingerichtet werden kann.

III. Parlamentarischer Gesetzesvorbehalt

Zu begrüßen ist, dass das BVerwG von der Forderung nach einem parlamentarischen Gesetzesvorbehalt Abstand ge-

nommen hat. Das VG Minden war in erster Instanz davon ausgegangen, dass für ein Verbot des Kükentötens keine Rechtsgrundlage bestehe. Es hatte die tierschutzrechtliche Generalklausel des § 16a TierSchG⁴³ nicht als ausreichend anerkannt und für den Eingriff in die Grundrechte der Brütereien eine Entscheidung des Gesetzgebers gefordert, insbesondere vor dem Hintergrund der jahrzehntelangen Duldung des Kükentötens durch die zuständigen Behörden.⁴⁴

Dabei hat das VG Minden verkannt, dass der Zweckwertungsöffener unbestimmter Rechtsbegriffe gerade in der Anpassungsfähigkeit an neue Begebenheiten liegt. Einem etwaigen Vertrauensschutz ist dabei im Wege einer Übergangsfrist Rechnung zu tragen. Deshalb war das Verlangen des Parlamentsvorbehalts verfehlt. Der Gesetzgeber hat bereits mit der Formulierung des vernünftigen Grundes eine Entscheidung getroffen, in Form eines unbestimmten Rechtsbegriffs, der von den Behörden und Gerichten anzuwenden ist.⁴⁵

Insbesondere begründen tierschutzrechtliche Vollzugsdefizite »grundsätzlich kein schutzwürdiges Vertrauen des Tierhalters auf Fortsetzung seines bisherigen Verhaltens.«⁴⁶ Ob ein vernünftiger Grund vorliegt oder nicht, kann kaum etwas mit dem Grundsatz auf Vertrauensschutz zu tun haben, weil kein schutzwürdiges Vertrauen bei einer rechtswidrigen Ausgangslage besteht. Jedenfalls können sich Brütereien fortan nicht länger auf einen vermeintlichen Vertrauensschutz berufen, sondern müssen sich auf eine Umstellung vorbereiten.

D. Ausblick

Tatsächlich ist die angekündigte Übergangszeit nahezu verstrichen. Das implizite Fristende, welches eintritt sobald die Geschlechtsbestimmung im Ei möglich ist und im Betrieb eingerichtet werden kann, steht unmittelbar bevor.

Der Stand der Technik ist in der Zwischenzeit fortgeschritten. Selbst das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft hat in einer aktuellen Veröffentlichung zur »Nutztierstrategie« die Verfahren zur Geschlechtsbestimmung im Ei als »inzwischen marktreif« bezeichnet.⁴⁷ Dies hat Auswirkungen auf alle Brütereien in Deutschland.

Nach der altbekannten Abweisung »*currently not available, please try again later*« ist es folglich an der Zeit für den zweiten Anlauf. Es ist nun Aufgabe der zuständigen Be-

³⁷ Bruderhahn Initiative Deutschland, Wir eiern nicht rum, www.bruderhahn.de/initiative, zuletzt abgerufen am 10. 10. 2019.

³⁸ BVerwG (Fn. 5), Rn. 29.

³⁹ Deter, Geschlechtsbestimmung im Ei zu spät? Streit: Wann spürt der Küken-Embryo im Ei Schmerz?, 19. 4. 2019, www.topagrar.com/gefluegel/streit-wann-spuert-der-kueken-embryo-im-ei-schmerz-11522065.html, zuletzt abgerufen am 10. 10. 2019.

⁴⁰ BVerwG (Fn. 5), Rn. 29.

⁴¹ BVerwG (Fn. 5), Rn. 29.

⁴² BVerwG (Fn. 5), Rn. 20.

⁴³ Nach § 16a I 1 TierSchG trifft die zuständige Behörde die zur Beseitigung festgestellter Verstöße und die zur Verhütung künftiger Verstöße notwendigen Anordnungen.

⁴⁴ VG Minden, Urteil v. 30. 1. 2015 – VG 2 K 80/14, Rn. 66.

⁴⁵ Vgl. bereits OVG Münster, Urteil v. 20. 5. 2016 – OVG 20 A 530/15, Rn. 21 ff.

⁴⁶ BVerwG (Fn. 5), Rn. 29.

⁴⁷ BMEL, Nutztierstrategie – Zukunftsfähige Tierhaltung in Deutschland, 30. 1. 2019, S. 14, <https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Broschueren/Nutztierhaltungsstrategie.pdf>, zuletzt abgerufen am 10. 10. 2019.

hörden, die Beschaffung derartiger Technologien oder eine alternative Umstellung mittels der tierschutzrechtlichen Generalklausel, § 16 a TierSchG i. V. m. § 1 S. 2 TierSchG, anzuordnen und zeitnah einen neuen Anlauf zum Verbot dieser nunmehr rechtswidrigen Praxis zu nehmen. Dabei ist unbedingt zu beachten, dass § 16 a TierSchG *kein* Entschließungsermessen gewährt.⁴⁸

Schlussendlich sei noch der makabre Gedanke gestattet, ob die männlichen Küken durch den frühen Tod – oder künftig

⁴⁸ Vgl. *Hager*, Die tierschutzgesetzliche Generalklausel als Ermächtigungsgrundlage für ein Tötungsverbot, NuR 2016, 108 (111).

die vorzeitige Aussortierung – nicht die bessere Karte gezogen haben, gemessen an den allgemein bekannten Bedingungen der Massentierhaltung inklusive den ubiquitären Vollzugsdefiziten im Bereich des Tierschutzrechts.⁴⁹

⁴⁹ Zu den eklatanten Vollzugsdefiziten siehe auch *Bülte*, Zur faktischen Straflosigkeit institutionalisierter Agrarkriminalität, GA 2018, 35–56; *ders.*, Massentierhaltung – Ein blinder Fleck bei der Verfolgung von Wirtschaftskriminalität?, NJW 2019, 19–23; zur niedrigen Kontrollfrequenz in der Nutztierhaltung *Martínez*, Paradigmenwechsel in der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung – von betrieblicher Leistungsfähigkeit zu einer tierwohl-orientierten Haltung, RW 2016, 441 (463 f.).

StrafR Aufsatz

Lorenz Dilling*

»Wegschließen für immer?«

Die Sicherungsverwahrung aus Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention

Wenige Themen haben so hohe mediale Wellen geschlagen wie die Problematik der Sicherungsverwahrung. Der Umgang mit potenziell hochgefährlichen Straftätern ist eine der schwersten Fragen, der sich eine Gesellschaft zu stellen hat. Einerseits muss der Schutz der Allgemeinheit wirksam gewährleistet werden, andererseits müssen aber auch die Menschenrechte der Betroffenen nach der EMRK berücksichtigt werden. Der folgende Beitrag untersucht dieses Spannungsverhältnis.

A. Einleitung und Problemaufriss

Die Sicherungsverwahrung sieht als einschneidendste und umstrittenste Sanktion des Strafrechts¹ die unbefristete Freiheitsentziehung allein aufgrund der mutmaßlichen Gefährlichkeit des Verwahrten für die Gesellschaft vor.² Seit jeher wird ihr daher unter dem Stichwort des »Etikettenschwindels« vorgeworfen, eine zusätzliche (mitunter lebenslange) Freiheitsstrafe unter Umgehung des limitierenden Schuldprinzips zu sein.³

In den letzten Jahren war das Recht der Sicherungsverwahrung einem stetigen Wandel unterworfen. Seit Ende der 1990er Jahre rückte zunehmend die Sicherheit in den Vordergrund, was sich plakativ im berühmt-berüchtigten Ausspruch *Gerhard Schröders* »Wegschließen – und zwar für immer!«⁴ aus dem Jahr 2001 zeigt. Auf die öffentliche Stimmung nach einzelnen, aufsehenerregenden Straftaten⁵ reagierte die Politik mit mehreren verschärfenden Reformen.

* Lorenz Dilling studiert seit 2014 Rechtswissenschaften in Göttingen und Galway (Irland) und arbeitet als studentische Hilfskraft am Institut für Landwirtschaftsrecht bei Prof. Dr. José Martínez. Der Beitrag ist aus einer Studienarbeit im Sommersemester 2019 hervorgegangen.

1 Schönke/Schröder/*Kinzig*, StGB, 30. Auflage (2019), § 66 Rn. 2; MüKo-StGB/*Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern*, 3. Auflage (2016), § 66 Rn. 3.

2 Esser, Sicherungsverwahrung, JA 2011, 727 (728); BVerfGE 128, 326 (377), *Sicherungsverwahrung II*.

3 Kohlrausch, Sicherungshaft – Eine Besinnung auf den Streitstand, ZStW 1924, 21 (33); später *Kinzig*, Viele ungelöste Fragen: Recht und beabsichtigte Reform der Sicherungsverwahrung, in: Dessecker/Egg (Hrsg.), Justizvollzug und Strafrechtsreform im Bundesstaat (2011), 51, 60; Dessecker, Etikettenschwindel oder Behandlungsverzug? Kritik der Sicherungsverwahrung und neues Recht, ZfRSoz 2014, 265 (266); Matt/Renzikowski/*Eschelbach*, StGB, 1. Auflage (2013), § 66 Rn. 27 ff.

4 Äußerung in der »Bild am Sonntag« am 8. 7. 2001 auf die Frage nach dem Umgang mit Sexualstraftätern; kritisch dazu *Rautenberg*, Wegschließen für immer!?, NJW 2001, 2608 (2609).

5 Bspw. der Fall des Marc Dutroux 1995/1996 in Belgien sowie die Fälle »Natalie« 1996 und »Kim« 1997. Diese gefühlte Bedrohungslage korrelierte jedoch nicht mit einem tatsächlichen Anstieg der Kriminalität, Pfister, Perspektivenwechsel bei der Sicherungsverwahrung, FPPK 2011, 82 (82 ff.). Im Gegenteil sank die Zahl der schweren Straftaten, vgl. Polizeiliche

Dieser stetigen Fokussierung auf das Sicherheitsinteresse⁶ wurde 2009 Einhalt geboten, als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bei einem von diesen Reformen betroffenen Sicherungsverwahrten Menschenrechtsverletzungen feststellte.⁷ Die Folge war eine intensive öffentliche und mediale Diskussion darüber, ob nun alle ähnlich betroffenen Sicherungsverwahrten sofort freigelassen werden müssten.

Zudem erklärte das Bundesverfassungsgericht 2011 die bestehenden Regelungen zur Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig⁸ und trug dem Gesetzgeber auf, ein konventions- und verfassungskonformes Konzept zu schaffen. Die daraufhin verabschiedete Neuregelung und die zwischenzeitlich erfolgte, durchaus überraschende konventionsrechtliche Absegnung durch den EGMR 2016⁹ geben Anlass, die Sicherungsverwahrung aus menschenrechtlicher Sicht zu betrachten. Dabei soll insbesondere die Vereinbarkeit mit den betroffenen Art. 5 I und Art. 7 I EMRK untersucht werden und ebenso, ob die EGMR-Rechtsprechung den Menschenrechten tatsächlich wirksam zur Geltung verholfen hat.

B. Begriffe und Systematik**I. EMRK und EGMR**

Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) wurde vom Europarat (»*Council of Europe*«) ausgearbeitet, 1950 unterzeichnet und trat 1953 in Kraft. Sie enthält einen Katalog von Grund- und Menschenrechten, über deren Einhaltung der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) mit Sitz in Straßburg wacht.¹⁰

Kriminalstatistik 1996, S. 18 ff.

6 Stisser, Die Sicherungsverwahrung – de lege lata et de lege ferenda (2019), S. 29 ff.; *Conradi*, Die Sicherungsverwahrung – Ausdruck einer zunehmenden Sicherheitsorientierung im Strafrecht? (2013), S. 49 ff.; *Köhne*, Die »neue« Sicherungsverwahrung – eine schon jetzt gescheiterte Reform?, KJ 2013, 336 (336); *Bartsch*, Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme (2010), S. 36 ff.; *Jung*, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand der EMRK, GA 2010, 639 (640); *Dessecker*, Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit – Eine Untersuchung zum Maßregelrecht (2004), S. 205 ff.

7 EGMR, Urt. v. 17. 12. 2009 – Nr. 19359/04 – *M. / Deutschland*.

8 BVerfGE 128, 326, *Sicherungsverwahrung II*.

9 EGMR, Urt. v. 7. 1. 2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann / Deutschland*; bestätigt in EGMR, Urt. v. 2. 2. 2017 und 4. 12. 2018 (GK) – Nr. 10211/12 und Nr. 27505/14 – *Ilseher / Deutschland*.

10 Ausführlich zur Entwicklung *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 6. Auflage (2016), Kap. 1 § 6 Rn. 1 ff.

Seit der Reform 1998 kann sich in den 47 Mitgliedstaaten jeder Einzelne mit einer Individualbeschwerde (*»Individual application«*) wegen einer möglichen Verletzung seiner Konventionsrechte an den EGMR wenden.¹¹

1. Die betroffenen Menschenrechte

a) Art. 5 I EMRK

Art. 5 I 1 EMRK gewährleistet das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Eingriffe können nur unter den in Art. 5 I 2 a) – f) EMRK abschließend¹² aufgeführten Haftgründen gerechtfertigt werden, um willkürliche Freiheitsentziehungen zu verhindern.¹³ Dieser Schutz vor staatlicher Willkür stellt eines der zentralen Menschenrechte dar.¹⁴

b) Art. 7 I EMRK

Art. 7 I EMRK enthält das strafrechtliche Gesetzmäßigkeitsprinzip *nullum crimen, nulla poena sine lege* als wesentliches Element des Rechtsstaatsprinzips. Er entspricht inhaltlich (nahezu) Art. 103 II GG. Umfasst sind das Verbot der strafschärfenden oder begründenden Analogie (*lex stricta*),¹⁵ das Bestimmtheitsgebot (*lex certa*)¹⁶ und das Rückwirkungsverbot (*lex praevia*)¹⁷ einschließlich des Verbots rückwirkender Strafschärfung, Art. 7 I 2 EMRK.¹⁸ Den Grundsatz des geschriebenen Rechts (*lex scripta*) enthält Art. 7 I EMRK hingegen nicht, da auch das Gewohnheitsrecht des richterrechtlich fortentwickelten common law genügt.¹⁹

2. Rang und Bindungswirkung

Der Rang und die Bindungswirkung der EMRK sind umstritten.²⁰ Von einem Verfassungsrang²¹ der Konventions-

rechte über einen übergesetzlichen Rang²² bis zum Rang eines einfachen Bundesgesetzes²³ wird alles vertreten.

Das BVerfG geht grundsätzlich von Art. 59 II GG und damit von einem Rang unterhalb des Grundgesetzes aus. Die Bestimmungen des Grundgesetzes seien jedoch völkerrechtsfreundlich auszulegen. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR seien bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen heranzuziehen.²⁴ Der EMRK kommt damit im deutschen Recht de facto ein übergesetzlicher Rang zu.

Auch den Urteilen des EGMR wird eine über Art. 46 I EMRK hinausgehende *»jedenfalls faktische Orientierungs- und Leitfunktion«* zuerkannt.²⁵ Dabei sei allerdings keine *»schematische Parallelisierung einzelner verfassungsrechtlicher Begriffe«*²⁶ vorzunehmen, sondern den Wertungen der Konvention ergebnisorientiert zur Wirksamkeit zu verhelfen.²⁷ Durch die Einstufung als rechtserhebliche Änderung der Rechtslage können sie zudem zur Überwindung der Rechtskraft der eigenen vorherigen Urteile führen.²⁸ Das BVerfG geht insofern von einem *»internationalen und europäischen Dialog der Gerichte«*²⁹ aus.

Zudem folgt nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen die Verpflichtung, auch bei den von der Rechtskraft des Feststellungsurteils nicht erfassten Parallelfällen einen

11 Zur abgeschafften Menschenrechtskommission *Frowein*, Die Rolle der Europäischen Menschenrechtskommission bei der Entwicklung der EMRK, EuGRZ 2015, 269 (269 ff.).

12 EGMR, Urt. v. 6.11.1980 – Nr. 7367/76 – *Guzzardi ./. Italien*, Rn. 96; EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 – *M. ./. Deutschland*, Rn. 86; EGMR, Urt. v. 22.3.1995 – Nr. 18580/91 – *Quinn/Frankreich*, Rn. 42.

13 EGMR, Urt. v. 15.10.2013 – Nr. 26291/06 – *Gahramanov/Aserbaidschan*, Rn. 38.

14 Vgl. MüKo-StPO/Gaede (2018), Art. 5 Rn. 1 m. w. N.

15 EGMR, Urt. v. 25.3.1993 – Nr. 14307/88 – *Kokkinakis ./. Griechenland*, Rn. 52.

16 EGMR, Urt. v. 12.2.2008 – Nr. 21906/04 (GK) – *Kafkaris ./. Zypern*, Rn. 140.

17 EGMR, Urt. v. 24.1.2012 – Nr. 1051/06 – *Mihai Toma ./. Rumänien*, Rn. 26.

18 Ausführlich HK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, 4. Auflage (2017), Art. 7 Rn. 5.

19 EGMR, Urt. v. 22.11.1995 – Nr. 20166/92 – *S. W. ./. Vereinigtes Königreich*, Rn. 35 f.

20 Ausführlich dazu *Quarthal*, Nachträglich verlängerte Sicherungsverwahrung und der EGMR – zur innerstaatlichen Rechtswirkung der Europäischen Konvention für Menschenrechte, JURA 2011, 495 (496 ff.) m. w. N.

21 *Echterhölter*, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, JZ 1955, 689 (691 f.) über Art. 1 II GG; *Sternberg*, Der Rang von Menschenrechtsverträgen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 2 GG (1999), S. 224 über Art. 1 II GG i. V. m. dem Wertungen des Art. 59 II GG; *Everling*, Europäi-

sche Union, Europäische Menschenrechtskonvention und Verfassungsstaat – Schlusswort auf dem Symposium am 11. Juni 2005 in Bonn, EuR 2005, 411 (416 f.); *Walter*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß, ZaöRV 1999, 961 (977) über Art. 24 I GG; *Frowein*, Anmerkung zur Pakelli-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, ZaöRV 1986, 286 (287) über Art. 2 I GG; *Grote/Maurahn/Giegerich*, EMRK/GG 2006, Kap. 2 Rn. 58 über das allgemeine Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 III GG.

22 *Bleckmann*, Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?, EuGRZ 1994, 149 (153) über die Einordnung der Rechte der EMRK als allgemeine Regeln des Völkerrechts i. S. d. Art. 25 GG.

23 *Grupp/Stelkens*, Zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention bei der Auslegung deutschen Rechts, DVBl. 2005, 133 (134) sowie *Cremer*, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen – Anmerkung zum *Görgülü*-Beschluss des BVerfG vom 14.10.2004, EuGRZ 2004, 683 (686) und *Pache*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung, EuR 2004, 393 (400) als formelles Bundesgesetz über Art. 59 II 1 GG, allerdings mit Modifikationen bezüglich der Kollisionsregeln *lex specialis* und *posterior*.

24 St. Rspr.: BVerfGE 74, 358 (370), *Unschuldsvermutung I*; BVerfGE 82, 106 (120), *Unschuldsvermutung II*; BVerfGE 111, 307 (323), *Görgülü*.

25 Die Konvention verfügt nicht über eine Art. 31 I GG vergleichbare Regelung, vgl. BVerfGE 111, 307 (320), *Görgülü*, und Art. 46 I EMRK wirkt an sich nur inter partes.

26 BVerfGE 111, 307 (323 ff.), *Görgülü*; BVerfGE 128 (326), *Sicherungsverwahrung II*.

27 Zu den unterschiedlichen Konstruktionen *Grabenwarter*, Die deutsche Sicherungsverwahrung als Treffpunkt grundrechtlicher Parallelwelten, EuGRZ 2012, 507 (508 ff.).

28 BVerfGE 128, 326 (364 f.), *Sicherungsverwahrung II*, wiederum aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit.

29 BVerfGE 128, 326 (369), *Sicherungsverwahrung II*.

konventionsgemäßen Zustand herzustellen,³⁰ vgl. auch Art. 1 EMRK.

II. Sicherungsverwahrung

1. Normen und Systematik

Das Rechtsinstitut der Sicherungsverwahrung ist in den §§ 66–66 c StGB geregelt. § 66 StGB sieht die anfängliche (auch: primäre oder traditionelle) Sicherungsverwahrung vor, die bereits im Strafurteil angeordnet wird. § 66 a StGB erfasst den Vorbehalt der Unterbringung, wenn die Gefährlichkeit des Täters bei der Verurteilung nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, aber wahrscheinlich ist. § 66 b StGB bezieht sich auf die nachträgliche Anordnung, wenn sich erst später die Gefährlichkeit zeigt. § 66 c StGB regelt die Modalitäten des Vollzugs. Der Vollzug an sich ist seit der Föderalismusreform 2006³¹ Ländersache und wird durch die Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetze der Länder umgesetzt.

Die Sicherungsverwahrung ist systematisch im sechsten Titel, d. h. im Abschnitt zu den Maßregeln der Besserung und Sicherung kodifiziert. Im deutschen Strafrecht wird zwischen Strafen und Maßregeln unterschieden (sog. Zweispurigkeit des Sanktionensystems bzw. dualistisches Rechtsfolgensystem).³² Während im Rahmen der ersten Spur Freiheitsstrafen aufgrund der vorwerfbaren Schuld des Täters nach einer Straftat verhängt werden, schließt die zweite Spur der freiheitsentziehenden Maßregeln die durch das Schuldprinzip entstehenden Lücken und dient allein der Prävention.³³ Diesem traditionellen (deutschen) zweispurigen Verständnis folgend ist die Sicherungsverwahrung keine Strafe und unterfällt damit nicht Art. 103 II GG.³⁴

³⁰ BVerfGE 111, 307 (321); *Quarthal*, (Fn. 20), JURA 2011, 495 (498); vgl. *Grabenwarter*, Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland, JZ 2010, 857 (861) zur sog. »Nichtwiederholungspflicht«, um weitere Verurteilungen und Entschädigungszahlungen gem. Art. 41 EMRK zu verhindern; abl. *Greger*, Herausforderung Sicherungsverwahrung – Wie die Praxis mit der Entscheidung des EGMR (M. gegen Deutschland) umgehen kann, NStZ 2010, 676 (680).

³¹ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28. 8. 2006, BGBl I 2006 S. 2034.

³² *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Auflage (2015), S. 269; *Radtke*, Schuldgrundsatz und Sicherungsverwahrung – Freiheitsgarantien im zweispurigen Sanktionensystem, GA 2011, 636 (640 ff.); *Mischke*, Die Sicherungsverwahrung – Eine kriminologisch-juristische Bewertung anhand von Fakten (2010), S. 49 ff.

³³ *Kindhäuser*, StGB, Vor §§ 66–66 c, Rn. 1, rein sachlich handelt es sich damit um Gefahrenabwehrrecht (materielles Polizeirecht), siehe auch *Remde*, Die Zukunft präventiven Freiheitsentzugs vor dem Hintergrund der EMRK (2012), S. 40.

³⁴ St. Rspr.: BVerfGE 109, 133; BVerfGE 128, 326; *Sicherungsverwahrung I und II*.

2. Historie und Empirie

1933³⁵ wurde die Sicherungsverwahrung durch das Gewohnheitsverbrechergesetz³⁶ eingeführt und auch in der Nachkriegszeit beibehalten. Die Zahlen der Verwahrten nahmen stetig ab, insbesondere nach der Großen Strafrechtsreform³⁷ von 718 im Jahr 1970 auf unter 200 ab 1985.³⁸ So wurde in den 1990er Jahren bereits über eine Abschaffung der Sicherungsverwahrung diskutiert.³⁹

Beginnend mit 1998 erfolgten jedoch die eingangs genannten Reformen.⁴⁰ Durch die Streichung der 10-Jahres-Frist in § 67 d StGB wurde die primäre Sicherungsverwahrung rückwirkend entfristet.⁴¹ Sie wurde damit nachträglich über die ursprüngliche Höchstdauer hinaus verlängert. Ferner wurden die Anordnungsvoraussetzungen in § 66 StGB abgesenkt.⁴² 2002 ermöglichte der Gesetzgeber mit § 66 a StGB die vorbehaltene,⁴³ 2004 mit § 66 b StGB (auch rückwirkend) die nachträgliche Anordnung.⁴⁴ Diese Änderungen

³⁵ Ausführlich zur Entstehungsgeschichte und zum sog. »Schuldenstreit« *Schuster*, Die Sicherungsverwahrung im Nationalsozialismus und ihr Fortbestand bis heute (2019), S. 28 ff. und S. 40 ff.; *Werndl*, Zweispurigkeit und Vertrauensschutz – Das Recht der Sicherungsverwahrung zwischen Sicherheit und rechtstaatlichem Vertrauensschutzgebot (2019), S. 124 ff.; *Meier* (Fn. 32), S. 270 f.

³⁶ Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung v. 24. 11. 1933, RGBl. I 1933 S. 995, § 42 e RStGB.

³⁷ Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG) v. 25. 6. 1969, BGBl. I 1969 S. 645, in Kraft seit 1. 4. 1970; Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG) v. 4. 7. 1969, BGBl. I 1969 S. 717, in Kraft seit 1. 1. 1975; Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) v. 2. 3. 1974, BGBl. I 1974 S. 469.

³⁸ Vgl. zu den Zahlen *Dessecker*, Die produktive Krise der Sicherungsverwahrung und ihre Folgen aus empirischer Sicht, in: Neubacher/Bögelein (Hrsg.), Krise – Kriminalität – Kriminologie (2016), S. 473, 477; *Ansorge*, Sicherungsverwahrung in Zahlen: Daten zur Gruppe der Unterbrachten und der Strafgefangenen mit angeordneter oder vorbehaltener Maßregel, KrimPäd 2013, 38 (41 ff.) und Bericht MJ 2014; ausführliche Statistiken und Analysen bei *Heinz*, Entwicklung und Stand der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung – Werkstattbericht auf der Grundlage der Strafrechtspflegestatistiken (2014), S. 13 ff. und *Heinz*, Freiheitsentziehende Maßregeln – Struktur und Entwicklung der Sanktionierungspraxis, Materialien und Thesen zur Unterbringung im psychiatrischem Krankenhaus, in einer Entziehungsanstalt oder in Sicherungsverwahrung gem. §§ 63, 64, 66 StGB (2012), S. 18 ff.

³⁹ *Kinzig*, Die Sicherungsverwahrung: bewährt oder obsolet?, ZRP 1997, 99 (104 f.); *Frommel*, »eene meene muh – drin bist Du« Zur Wiederkehr der Sicherungsstrafe in der gegenwärtigen Diskussion, KJ 1995, 226 (230).

⁴⁰ Ausführlich *Steiger*, Gleiches Recht für alle – auch für Sexualstraftäter? Sonderregelungen für Sexualstraftäter im Strafrecht und ihre kriminologische Berechtigung (2016), S. 117 ff.; einen detaillierten Überblick liefern auch *Schöch*, Sicherungsverwahrung im Übergang, NK 2012, 47 (47 f.) und *Werndl* (Fn. 35), S. 127 ff.

⁴¹ Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten v. 26. 1. 1998, BGBl. I 1998 S. 160.

⁴² Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts v. 26. 1. 1998, BGBl. I 1998 S. 164.

⁴³ Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung v. 21. 8. 2002, BGBl. I 2002 S. 3344, als Reaktion auf den Erlass der Unterbringungsgesetze der Länder.

⁴⁴ Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung v.

wurden vom BVerfG 2004 verfassungsrechtlich gebilligt.⁴⁵ Zudem erfolgte 2003⁴⁶, 2007⁴⁷ und 2008⁴⁸ eine Ausweitung der Anordnungsvoraussetzungen im StGB und JGG. Als Folge dieser »Renaissance der Sicherungsverwahrung«⁴⁹ stieg die Zahl der Untergebrachten und Vorgemerkten bis 2010 wieder stark auf über 500 Verwahrte an.⁵⁰ In den letzten Jahren stagnierten die Zahlen auf diesem Niveau, 2018 waren es 566.⁵¹

3. Jüngere Entwicklung seit 2009

2009 stellte der EGMR bei einem Verwahrten, dessen Sicherungsverwahrung nachträglich verlängert wurde, eine Verletzung von Art. 5 I und Art. 7 I EMRK fest.⁵² Es drohten (und folgten) weitere Verurteilungen Deutschlands in ähnlich gelagerten Parallelfällen.⁵³ Mit der Neuregelung 2010⁵⁴ wurde § 66 StGB konsolidiert, § 66 b StGB stark eingeschränkt und § 66 a StGB ausgeweitet.⁵⁵ Zudem schuf der Gesetzgeber als Reaktion auf das EGMR-Urteil von 2009 mit dem Therapieunterbringungsgesetz (ThUG)⁵⁶ eine Rechtsgrundlage für die weitere Verwahrung der von der nachträglichen Verlängerung betroffenen Sicherungsverwahrten.

23.7.2004, BGBl. I 2004 S. 1838, als Reaktion auf BVerfG 109, 190, worin die Unterbringungsgesetze der Länder wegen fehlender Kompetenz für verfassungswidrig erklärt wurden.

45 BVerfGE 109, 133, *Sicherungsverwahrung I*, mit (zu leisen?) Hinweis zum Abstandsgebot, vgl. MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 Rn. 37.

46 Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften v. 27.12.2003, BGBl. I 2003 S. 3007.

47 Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung v. 13.4.2007, BGBl. I 2007 S. 513.

48 Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht v. 8.7.2008, BGBl. I 2008 S. 1212.

49 So der Titel des Aufsatzes von *Laubenthal*, Die Renaissance der Sicherungsverwahrung, ZStW 2004, 703.

50 Strafvollzugsstatistik 2010, S. 12.

51 Strafvollzugsstatistik 2018, S. 13; zu 2014–2016 *Dessecker/Leuschner*, Sicherungsverwahrung und vorgelagerte Freiheitsstrafe: Eine empirische Untersuchung zur Ausgestaltung der Unterbringung und des vorhergehenden Strafvollzugs (2019), S. 19.

52 EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 – *M./J. Deutschland* wg. nachträglicher Entfristung.

53 Bspw. EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – Nr. 6587/04 – *Haidn./J. Deutschland* wg. nachträglicher, rückwirkender Unterbringung nach bayerischem Landesrecht; EGMR, Urt. v. 19.4.2012 – Nr. 61272/09 – *B./J. Deutschland* wg. nachträglicher Anordnung nach § 66 b StGB.

54 Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen v. 22.12.2010, BGBl. I 2010 S. 2300, gültig ab 1.1.2011.

55 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Dessecker*, NK-StGB, 5. Auflage (2017), § 66 Rn. 5; *Koller*, Neuordnung der Sicherungsverwahrung, DRiZ 2011, 127 (131).

56 Art. 5 SichVNOG (Fn. 54): Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter, BGBl. I 2010 S. 2305.

2011 jedoch kippte das BVerfG mit einem »Paukenschlag«⁵⁷ die Regelungen zur Sicherungsverwahrung⁵⁸ und verlangte statt bloßer Verwahrung ein »freiheitsorientiertes und therapiegerichtetes Konzept«.⁵⁹ Insbesondere bestand kein hinreichender Unterschied zum Strafvollzug. Wegen Nichtbeachtung dieses sog. Abstandsgebots sahen die Richter den Eingriff in die Freiheitsrechte als unverhältnismäßig an. Zudem ordneten sie gem. § 35 BVerfGG eine Weitergeltung der verfassungswidrigen Vorschriften bis zum 31.5.2013 unter bestimmten Voraussetzungen an. Unterschieden wurde bei diesen Übergangsregelungen danach, ob lediglich ein Verstoß gegen das Abstandsgebot (Art. 2 II 2 GG i. V. m. Art. 104 I GG) oder darüber hinaus auch ein Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 2 II 2 GG i. V. m. Art. 20 III GG) vorlag. In letzteren Fällen der nachträglichen Verlängerung und Anordnung war eine fortdauernde Unterbringung nur zulässig, wenn eine psychische Störung i. S. d. Art. 5 I 2 e) EMRK und daraus resultierend eine konkrete, hochgradige Gefahr schwerster Sexual- oder Gewaltstraftaten vorlag.⁶⁰

Am 1.6.2013 trat die eng an den verfassungsgerichtlichen Vorgaben orientierte Neuregelung⁶¹ in Kraft. Im Wesentlichen wurden dabei die vom BVerfG 2011 aufgestellten »sieben Prinzipien«⁶² zur Verwirklichung des Abstandsgebots in § 66 c StGB kodifiziert. Die Übergangsregelungen des BVerfG wurden mit Art. 316 f EGStGB ebenfalls nahezu wortgleich übernommen.⁶³ Die 2011 gleichfalls für verfassungswidrig erklärten Anordnungsvoraussetzungen gem. §§ 66, 66 a und 66 b StGB wurden jedoch unverändert beibehalten.

Zunächst erfolgten weitere Verurteilungen Deutschlands durch den EGMR.⁶⁴ Nach Implementierung der Neuregelungen und entsprechender Ausrichtung der

57 *Hörnle*, Der Streit um die Sicherungsverwahrung – Anmerkung zum Urteil des 2. Senats des BVerfG vom 4. 5. 2011, NStZ 2011, 488 (488); *Renzikowski*, Das Elend mit der rückwirkend verlängerten und der nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrung, ZIS 2011, 531 (543).

58 BVerfGE 128, 326, *Sicherungsverwahrung II*; mit Anmerkung Peglau, Das BVerfG und die Sicherungsverwahrung – Konsequenzen für Praxis und Gesetzgebung, NJW 2011, 1924.

59 BVerfGE 128, 326 (374 f.), *Sicherungsverwahrung II*.

60 BVerfGE 128, 326 (405 ff.), *Sicherungsverwahrung II*.

61 Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung v. 5.12.2012, BGBl. I 2012 S. 2425.

62 Dazu *Peglau*, Das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung, JR 2013, 249 (249 ff.); *Asprion*, Gefährliche Freiheit? Das Ende der Sicherungsverwahrung (2012), S. 165 f.; *Dessecker*, Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZIS 2011, 706 (709).

63 Kritisch zu diesen Übergangsregelungen, aufgrund derer durch die »Hintertür« vieles beim Alten bliebe: *Werndl* (Fn. 35), S. 139; *Höffler/Kaspar*, Examinatorium im Schwerpunkt Strafrecht (2014), Fall 12 Rn. 69; ähnlich zu Art. 316 e EGStGB *Kinzig*, Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung, NJW 2011, 177 (180); *Schöch*, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung, GA 2012, 14 (15).

64 EGMR, Urt. v. 7.6.2012 – Nr. 61827/09 und 65210/09 – *K./J. Deutschland*; EGMR, Urt. v. 19.4.2012 – Nr. 61272/09 – *B./J. Deutschland*; EGMR, Urt. v. 28.6.2012 – Nr. 3300/10 – *S./J. Deutschland*; EGMR, Urt. v. 23.11.2013 – 7345/12 – *Glien./J. Deutschland*.

Sicherungsverwahrung stellte der EGMR in den jüngsten Entscheidungen 2016⁶⁵, 2017⁶⁶ und 2018⁶⁷ keine Konventionsverstöße mehr fest.

III. Unterscheidung zwischen Alt- und Neufällen

Als Altfälle werden vorliegend die Vertrauensschutzfälle mit Anlasstaten vor dem 1. 6. 2013 bezeichnet, die unter Art. 316 f II 2 EGStGB fallen (nachträgliche Anordnung und Verlängerung). Mit den Neufällen sind dagegen die Verwahrten gemeint, bei denen die Anlasstat nach dem 1. 6. 2013 erfolgte. Hier gilt die neue Rechtslage uneingeschränkt, d. h. ohne die dem Vertrauensschutz dienenden Übergangsvorschriften, vgl. Art. 316 f I EGStGB.

C. Menschenrechtliche Sicht

I. Verstoß gegen Art. 5 I EMRK

1. Schutzbereiche

Das Recht auf Sicherheit hat keinen eigenständigen Schutzbereich.⁶⁸ Vom Recht auf Freiheit ist die körperliche Bewegungsfreiheit umfasst,⁶⁹ nicht hingegen die Versammlungs- oder die allgemeine Handlungsfreiheit.⁷⁰

2. Eingriff

Als Eingriff gilt jede staatlich veranlasste unfreiwillige Unterbringung an einem räumlich begrenzten Ort für eine nicht unerhebliche Zeit.⁷¹ Die Sicherungsverwahrung stellt, unabhängig von der tatsächlichen Ausgestaltung im Einzelfall, zweifelsohne eine solche Freiheitsentziehung dar.

3. Rechtfertigung

Um gerechtfertigt zu sein, müsste einer der Haftgründe in Art. 5 I 2 a)–f) EMRK vorliegen. Diese sind grundsätzlich eng auszulegen, um jegliche Gefahr der staatlichen Willkür zu vermeiden.⁷² Zudem muss die Freiheitsentziehung rechtmäßig sein, wozu die Einhaltung des innerstaatlichen Rechts,

insbesondere der materiell- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen, erforderlich ist.⁷³ Das innerstaatliche Recht muss hinreichend zugänglich, präzise und vorhersehbar anzuwenden sein.⁷⁴

a) Art. 5 I 2 a) EMRK

Gem. Art. 5 I 2 a) EMRK kann die Freiheit nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht entzogen werden. Der Begriff der Verurteilung (»*conviction*«) muss unter Berücksichtigung des französischen Textes »*condamnation*« so verstanden werden, dass die gerichtliche Entscheidung eine Schuldfeststellung wegen einer Straftat und darauf beruhende Verhängung einer Strafe beinhaltet.⁷⁵ Die Freiheitsentziehung kann sowohl eine klassische Strafe als auch eine freiheitsentziehende Maßregel sein.⁷⁶ »Nach« ist nicht nur in rein zeitlicher Hinsicht zu verstehen, sondern setzt voraus, dass die Freiheitsentziehung sich gerade aus der gerichtlichen Entscheidung ergibt bzw. auf ihr beruht. Mit anderen Worten muss ein hinreichender Kausalzusammenhang (»*sufficient causal connection*«) bestehen.⁷⁷

aa) Anfängliche Sicherungsverwahrung, § 66 StGB

Gem. § 66 StGB wird die Sicherungsverwahrung bereits im strafgerichtlichen Urteil angeordnet. Damit besteht ein hinreichender Kausalzusammenhang zur Anlasstat bereits im Urteil.⁷⁸ Neufällen nach § 66 StGB begegnen somit keine Bedenken.

Für Altfälle in Form der nachträglichen Verlängerung zeigt sich jedoch folgende Besonderheit: Zwar wurde die Sicherungsverwahrung im Urteil angeordnet. Im Zeitpunkt der Anordnung war diese allerdings gesetzlich auf zehn Jahre begrenzt. Erst durch die Gesetzesänderung 1998 wurde die Verwahrung durch Entfristung des § 67 d StGB über 10 Jahre hinaus rückwirkend ermöglicht. Damit beruhte die Weitergeltung jenseits der 10 Jahre nicht mehr auf der gerichtlichen Anordnung, sondern nur auf der Gesetzesänderung.⁷⁹ Art. 5 I 2 a) EMRK ist insoweit daher nicht erfüllt.

65 EGMR, Ur. v. 7. 1. 2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann ./.* Deutschland.

66 EGMR, Ur. v. 2. 2. 2017 – Nr. 10211/12 und 27505/14 – *Ilmseher ./.* Deutschland.

67 EGMR, Ur. v. 4. 12. 2018 (GK) – Nr. 10211/12 und 27505/14 – *Ilmseher ./.* Deutschland.

68 EGMR, Ur. v. 13. 1. 2009 – Nr. 37048/04 – *Nikolaishvili ./.* Georgien, Rn. 52; EGMR, Ur. v. 1. 6. 2004 – Nr. 24561/94 – *Altun ./.* Türkei, Rn. 57; Karpenstein/Mayer/Elberling, EMRK, 2. Auflage (2015), Art. 5 Rn. 5.

69 EGMR, Ur. v. 7. 3. 2013 – Nr. 15598/08 – *Ostendorf ./.* Deutschland, Rn. 63.

70 Grabenwarter/Pabel (Fn. 10), Kap. 2 § 21 Rn. 2; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Satzger, StPO, 3. Auflage (2018), Art. 5 EMRK Rn. 5; Peters/Altwickler, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage (2012), § 18 Rn. 3.

71 EGMR, Ur. v. 16. 6. 2005 – Rn. 61603/00 – *Storck ./.* Deutschland, Rn. 75.

72 EGMR, Ur. v. 17. 3. 2016 – Nr. 69981/14 – *Razul Jafarov ./.* Aserbaidschan, Rn. 114; EGMR, Ur. v. 23. 3. 2016 – Nr. 47152/06 – *Blokhin ./.* Russland, Rn. 166.

73 EGMR, Ur. v. 28. 3. 2000 – 28358/95 – *Baranowski ./.* Polen, Rn. 50.

74 EGMR, Ur. v. 11. 10. 2007 – 656/06 – *Nasrulloev ./.* Russland, Rn. 71.

75 EGMR, Ur. v. 6. 11. 1980 – Nr. 7367/76 – *Guzzardi ./.* Italien, Rn. 100.

76 EGMR, Ur. v. 24. 6. 1982 – Nr. 7906/77 – *van Droogenbroeck ./.* Belgien, Rn. 35; EGMR, Ur. v. 17. 12. 2009 – Nr. 19359/04 – *M ./.* Deutschland, Rn. 87.

77 EGMR, Ur. v. 2. 3. 1987 – Nr. 9787/82 – *Weeks ./.* Vereinigtes Königreich, Rn. 113; HK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König (Fn. 18), Art. 5 Rn. 29 m. w. N.

78 EGMR, Ur. v. 21. 10. 2010 – Nr. 24478/03 – *Großkopf ./.* Deutschland, Rn. 45 ff.; EGMR, Ur. v. 17. 12. 2009 – Nr. 19359/04 – *M ./.* Deutschland, Rn. 93 ff.

79 EGMR, Ur. v. 17. 12. 2009 – Nr. 19359/04 – *M ./.* Deutschland, Rn. 96 ff.; bestätigt in: EGMR, Ur. v. 13. 1. 2011 – Nr. 17792/07 – *Kallweit ./.* Deutschland, Rn. 50 f.; EGMR, Ur. v. 13. 1. 2011 – Nr. 17360/04 u. 42225/07 – *Schummer ./.* Deutschland, Rn. 54 f.; EGMR, Ur. v. 13. 1. 2011 – 20008/07 – *Mautes ./.* Deutschland, Rn. 43 ff.; EGMR, Ur. v. 14. 4. 2011 – 30060/04 – *Jendrowiak ./.* Deutschland, Rn. 33 f.

bb) Vorbehaltene Sicherungsverwahrung, § 66 a StGB

§ 66 a StGB sieht ein zweistufiges Verfahren vor: Das Gericht behält sich die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Urteil vor, wenn die Gefährlichkeit des Täters noch nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, aber wahrscheinlich ist.⁸⁰ Über die tatsächliche Anordnung wird dann erst später am Ende der Straftat gem. § 275 a StPO entschieden.

Umstritten war, ob dadurch ein ausreichender Kausalzusammenhang gegeben ist. Viele Stimmen in der Literatur⁸¹ kritisierten, dass im Rahmen des zweiten Verfahrens auf das Vollzugsverhalten abgestellt werde,⁸² womit kein hinreichender Kausalzusammenhang zum ersten Urteil mehr vorläge. 2015 entschied der EGMR jedoch, dass § 66 a StGB mit Art. 5 I 2 a) EMRK vereinbar ist.⁸³ Bereits zum Zeitpunkt der ersten Verurteilung sei klar ersichtlich, dass als gesetzliche Folge der Verurteilung die spätere Anordnung der Verwahrung in einem zweiten Verfahren folgen könnte. Die Anordnung war mit den innerstaatlichen materiellen und verfahrensrechtlichen Vorschriften vereinbar und damit rechtmäßig.⁸⁴ Mehr verlangt Art. 5 I 2 a) EMRK nicht, ein ausreichender Kausalzusammenhang liegt vor.⁸⁵

⁸⁰ Zur berechtigten Kritik, wann das überhaupt der Fall sein soll, MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 a Rn. 20; Renzikowski, Anmerkung zu BGH, 2 StR 9/05 und 2 StR 120/05, Vorbehaltene und nachträgliche Sicherungsverwahrung, NSTZ 2006, 280 (282). Unabhängig von der EMRK bestehen erhebliche Probleme mit dem Bestimmtheitsgrundsatz.

⁸¹ Ebner, Die Vereinbarkeit der Sicherungsverwahrung mit deutschem Verfassungsrecht und der Europäischen Menschenrechtskonvention (2015), S. 104 ff.; Schönke/Schröder/Stree/Kinzig, StGB, 4. Auflage (2014), § 66 a, Rn. 4; Remde (Fn. 33), S. 64 f.; Merkel, Zur Vereinbarkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 20. Juni 2012, Az. 2 BvR 1048/11, ZIS 2012, 521 (522 f.); Merkel, Die trügerische Rechtssicherheit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung und der nachträglichen Therapieunterbringung, R&P 2011, 205 (211 f.); Kinzig (Fn. 63), NJW 2011, 177 (179 f.); Windoffer, Die Maßregel der Sicherungsverwahrung im Spannungsfeld von Europäischer Menschenrechtskonvention und Grundgesetz, DÖV 2011, 590 (592 f.); Kinzig, Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland, NSTZ 2010, 233 (239); Pollähne, Europäische Rechtssicherheit gegen Deutsches Sicherheitsrecht? Zur EGMR-Entscheidung in Sachen nachträgliche (Verlängerung der) Sicherungsverwahrung, KJ 2010, 255 (264 f.); Rzepka, Sicherheits- statt Rechtsstaat – Überblick und Anmerkungen zu bundes- und landesrechtlichen Konzepten einer nachträglichen Sicherungsverwahrung, R&P 2003, 191 (208); Kinzig, Das Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung, NJW 2002, 3204 (3207); zweifelnd Baltzer, Ein (verspäteter?) Vorschlag zur Reform der Sicherungsverwahrung, KritV 2011, 38 (49); Eschelbach, EGMR: Rückwirkende Verlängerung der Sicherungsverwahrung, Anmerkung zu EGMR, Urteil vom 17. 12. 2009 – 19359/04 – M. / Deutschland, NJW 2010, 2495 (2499 f.).

⁸² Der Gesetzgeber hatte dieses Problem im Blick, BT-Drs. 17/3404, S. 30, und versuchte durch die Einfügung des Wörtchens »ergänzend« in § 66 a III 2 StGB klarzustellen, dass das Vollzugsverhalten nicht schwerpunktmäßig im zweiten Verfahren heranzuziehen sei.

⁸³ EGMR, Urte. v. 10.02.15 – Nr. 264/13 – Müller ./ Deutschland.

⁸⁴ EGMR, Urte. v. 10.02.15 – Nr. 264/13 – Müller ./ Deutschland, Rn. 55 ff. und Rn. 63.

⁸⁵ Ebenso: BVerfGE 131, 268; Lackner/Kühl/Heger/Pohlreich, StGB, 29. Auflage (2018), § 66 a Rn. 1; MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgen-

cc) Nachträgliche Sicherungsverwahrung, § 66 b StGB

Die nachträgliche Anordnung gem. § 66 b StGB enthält keine Schuldfeststellung bezüglich einer begangenen Straftat. Sie beruht vielmehr allein auf einer Gefährlichkeitsprognose und damit auf späteren zusätzlichen Umständen, die keinerlei Kausalzusammenhang zum Urteil über die Anlasstat aufweisen.⁸⁶ Dies gilt gleichermaßen für die Alt- wie auch für Neufälle, Art. 5 I 2 a) EMRK ist damit nicht erfüllt.

dd) Zwischenfazit

Altfälle sind nicht über Art. 5 I 2 a) EMRK gerechtfertigt, die Neufälle (außer § 66 b StGB) hingegen schon.

b) Art. 5 I 2 c) EMRK

Gem. Art. 5 I 2 c) EMRK ist die Festnahme einer Person u. a. rechtmäßig, um sie an der Begehung einer Straftat zu hindern. Dafür muss ein begründeter Anlass zur Annahme der Notwendigkeit bestehen (»reasonably considered necessary«).⁸⁷ Bei einer langfristigen präventiven Freiheitsentziehung besteht allerdings kein solcher Verdacht bezüglich konkreter und spezifischer Straftaten.⁸⁸ Daher lassen

stern (Fn. 1), § 66 a Rn. 43; Peglau, Die Sicherungsverwahrung im »Dialog« zwischen EGMR und BVerfG, JR 2016, 491 (496 ff.); Satzger, Sicherungsverwahrung – Europarechtliche Vorgaben und Grundgesetz, StV 2013, 243 (247); Zimmermann, Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG), HRRS 2013, 163 (171); Rissing-van Saan, FS Roxin (2011), S. 1173, 1183; Koller (Fn. 55), DRiZ 2011, 127 (132); Streng, Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des BVerfG, JZ 2011, 827 (834); Hörnle, FS Rissing-van Saan (2011), S. 239, 252; Zabel, Bürgerrechte ernstgenommen – Das Urteil des BVerfG zur nachträglichen Sicherungsverwahrung, 2 BvR 2365/09 vom 4. Mai 2011, JR 2011, 467 (473); Laue, Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand, JR 2010, 198 (203); Kreuzer, Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze, StV 2011, 122 (127); Kreuzer, Strafrecht als präventiver Opferschutz? – Plädoyer für eine einheitliche vorbehaltene Sicherungsverwahrung anstelle des dringend reformbedürftigen dreigeteilten Systems, NK 2010, 89 (94); Kreuzer, Sicherungsverwahrung nach Jugendstrafrecht angesichts divergierender Urteile des BGH und EGMR – Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 9. 3. 2010, 1 StR 554/09, NSTZ 2010, 473 (479); Finger, Vorbehaltene und nachträgliche Sicherungsverwahrung – Zur Rechtmäßigkeit von §§ 66 a und 66 b StGB. Zugleich eine Darstellung des Umgangs mit gefährlichen Rückfalltätern in den Niederlanden (2008), S. 215 ff.; Renzikowski, Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die Europäische Menschenrechtskonvention, JR 2004, 271 (272 f.) mit dem überzeugenden Verweis auf EGMR, Urte. v. 27. 5. 1997 – Nr. 17391/90 – Eriksen ./ Norwegen, Rn. 83 ff.

⁸⁶ EGMR, Urte. v. 13. 1. 2011 – Nr. 6587/04 – Haidn ./ Deutschland, Rn. 84 konkret zum BayStrUBG, die Argumentation ist aber auf § 66 b StGB übertragbar, was sodann durch EGMR, Urte. v. 19. 4. 2012 – Nr. 61272/09 – B. ./ Deutschland auch erfolgte.

⁸⁷ Zur unglücklichen Formulierung der Haftgründe HK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König (Fn. 18), Art. 5 Rn. 38: Art. 5 I 2 c) Alt. 2 »wenn begründeter Anlass [...] besteht, sie an [...] einer Straftat zu hindern« hat i. E. keine eigenständige Bedeutung.

⁸⁸ EGMR, Urte. v. 6. 11. 1980 – Nr. 7367/76 – Guzzardi ./ Italien, Rn. 102: »concrete and specific«; bestätigt in EGMR, Urte. v. 17. 12. 2009 – Nr. 19359/04 – M. ./ Deutschland, Rn. 89 und 102.

sich weder die Alt- noch die Neufälle über Art. 5 I 2 c) EMRK rechtfertigen.⁸⁹

c) Art. 5 I 2 e) EMRK bei den Altfällen

Für die Altfälle ist auf der Suche nach einer konventionsrechtskonformen Grundlage für die weitere Unterbringung Art. 5 I 2 e) EMRK in den Blick geraten. Danach darf u. a. bei psychisch Kranken die Freiheit entzogen werden. Ziel kann dabei sowohl der Schutz der Allgemeinheit als auch der jeweiligen Personen selbst sein.⁹⁰

aa) Sicherungsverwahrte als psychisch Kranke

Entscheidend ist, ob Sicherungsverwahrte psychisch Kranke i. S. d. Art. 5 I 2 e) EMRK sind. Der englische Begriff der »*person of unsound mind*« wird üblicherweise mit Unzurechnungsfähiger übersetzt,⁹¹ der französische Begriff »*aliéné*« mit Geisteskranker.⁹²

(1) Impuls durch das BVerfG

Das BVerfG hatte diesen Rechtfertigungsgrund im Urteil von 2011 aufgezeigt⁹³ und der Gesetzgeber ihn mit dem Begriff der psychischen Störung in Art. 316f II 2 EGStGB und § 1 I ThUG kodifiziert. Das ThUG⁹⁴ läuft seit der restriktiven Auslegung durch das BVerfG 2013, wonach zusätzlich die engen Voraussetzungen des Art. 316f II 2 EGStGB anzuwenden sind, allerdings leer.⁹⁵ Entscheidend ist daher, ob die

⁸⁹ Abzulehnen ist die Ansicht von Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann/Rissing-van Saan/Peglau, LK-StGB, 12. Auflage (2008), § 66b Rn. 56; Peglau, Das baden-württembergische Straftäterunterbringungsgesetz – tatsächlich als Landesrecht zulässig?, NJW 2001, 2436 (2438 f.), wonach die Vorschrift zwei unterschiedliche Gestattungstatbestände enthalte und Art. 2 die Präventivhaft erfasse. Denn Art. 5 III EMRK verweist ohne zu differenzieren auf »*the provisions of paragraph 1.c*«. Darin liegt auch kein Zirkelschluss, denn ansonsten wäre bei Wiederholungsgefahr eine unbefristete Inhaftierung ohne gerichtliche Kontrolle möglich, *Renzikowski* (Fn. 57), ZIS 2011, 531 (536).

⁹⁰ EGMR, Urt. v. 6. 11. 1980 – Nr. 7367/76 – *Guzzardi* ./ *Italien*, Rn. 98.

⁹¹ <https://www.dict.cc/englisch-deutsch/person+of+unsound+mind.html>, 31.5.19.

⁹² <https://de.langenscheidt.com/franzoesisch-deutsch/aliene>, 31.5.19.

⁹³ BVerfGE 128, 326 (372 f.), *Sicherungsverwahrung II*.

⁹⁴ Das ThUG war von Beginn an als Einzelfallgesetz zur Aushebelung der EGMR-Rechtsprechung von 2009, wegen mangelnder Bestimmtheit und wegen zweifelhafter Gesetzgebungskompetenz des Bundes kritisiert worden, vgl. *Morgenstern et. al.*, Eine Quadratur des Kreises – Das Therapieunterbringungsgesetz, FPPK 2011, 197, (198 ff.); LTO/Lorenz, EGMR zur SV, Interview mit Thomas Ullenbruch, 13. 1. 2011, https://www.lto.de/persistent/a_id/2331/, zuletzt abgerufen am 9. 6. 2019.

⁹⁵ BVerfGE 134, 33; diese verfassungskonforme Auslegung verengt den Anwendungsbereich so erheblich, dass es praktisch nicht mehr anwendbar und damit obsolet geworden ist, MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 Rn. 275; HK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König (Fn. 18), Art. 5 Rn. 30; Höffler, Das Therapieunterbringungsgesetz und der verfassungsrechtliche Strafbegriff, StV 2014, 168 (170 ff.); zutreffend Ullenbruch, Walter H. ist frei, das ThUG ist tot – raffinierte Entsorgung eines europa-völkerrechtlichen Spaltpilzes in letzter Sekunde? Teil III, Zugleich Nekrolog auf den jüngsten historischen Irrläufer der deutschen Sicherungsverwahrung und Appell an die Gesetzgeber der Gegenwart und

psychische Störung nach den Voraussetzungen des Art. 316f II 2 EGStGB unter Art. 5 I 2 e) EMRK fällt. Dazu müsste beim Betroffenen eine psychische Störung vorliegen und aus konkreten Umständen in seiner Person oder seinem Verhalten eine hochgradige Gefahr abzuleiten sein, dass er infolge dieser Störung schwerste Gewalt- oder Sexualstraftaten begehen wird.

Das BVerfG legt den Begriff sehr weit aus. Es handle sich um eine eigenständige Kategorie, die nicht an §§ 20, 21 StGB anknüpft und »*spezifische Störungen der Persönlichkeit, des Verhaltens, der Sexualpräferenz sowie der Impuls- und Triebkontrolle*« und sogar »*weiterhin abnorm aggressives und ernsthaft unverantwortliches Verhalten*«⁹⁶ erfasst.⁹⁷

(2) Begriffsverständnis des EGMR

Weder in der EMRK noch in der Rechtsprechung des EGMR findet sich eine nähere Definition der psychischen Krankheit. Der Grund dafür ist laut dem EGMR der stetige Wandel, welchem der Begriff durch den Fortschritt der psychiatrischen Forschung unterliegt.⁹⁸

Die Freiheitsentziehung aufgrund der psychischen Krankheit i. S. d. Art. 5 I 2 e) EMRK ist nur unter den drei sog. *Winterwerp*-Kriterien⁹⁹ zulässig: Erstens muss es sich um eine durch objektive ärztliche Fachkompetenz zuverlässig nachgewiesene psychische Störung handeln. Zweitens muss die Art und Schwere dieser Störung die Zwangsunterbringung rechtfertigen. Drittens darf die Freiheitsentziehung nur solange andauern, wie die Krankheit fortbesteht und die Unterbringung erforderlich macht. Darüber hinaus ist die Freiheitsentziehung bei einer psychischen Krankheit nur dann rechtmäßig, wenn sie in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer anderen, zur Behandlung geeigneten Einrichtung erfolgt.¹⁰⁰

Die *Winterwerp*-Kriterien bestimmen damit eher die äußeren Umstände, nicht aber inhaltlich den Begriff der psychischen Krankheit.¹⁰¹ Bei der Auslegung dieses Be-

Zukunft, StV 2014, 174 (183) »*Das ThUG ist tot*«.

⁹⁶ BVerfG StV 2012, 25; beibehalten in BVerfGE 134, 33 (69 ff.).

⁹⁷ Kritisch zu dieser weiten Auslegung: MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 Rn. 45; Schöch (Fn. 63), GA 2012, 14 (24); *Morgenstern*, Krank – gestört – gefährlich: Wer fällt unter § 1 Therapieunterbringungsgesetz und Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK? Zugleich Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 15. 9. 2011 – 2 BvR 1516/11, ZIS 2011, 974 (978).

⁹⁸ EGMR, Urt. v. 23. 11. 2013 – Nr. 7345/12 – *Glien* ./ *Deutschland*, Rn. 72; EGMR, Urt. v. 28. 10. 2003 – Nr. 58973/00 – *Rakevich* ./ *Russland*, Rn. 26; Koller, Was versteht der EGMR unter »*unsound mind*« (Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK)?, in: Müller/Nedopil/Saimeh/Habermeyer/Falkai (Hrsg.), Sicherungsverwahrung – wissenschaftliche Basis und Positionsbestimmung, Was folgt nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. 5. 2011? (2012), S. 43, 64.

⁹⁹ EGMR, Urt. v. 24. 10. 1979 – Nr. 6301/73 – *Winterwerp* ./ *Niederlande*, Rn. 39.

¹⁰⁰ EGMR, Urt. v. 28. 5. 1985 – Nr. 8225/78 – *Ashingdane* ./ *Vereinigtes Königreich*, Rn. 44; EGMR, Urt. v. 30. 7. 1998 – Nr. 25357/94 – *Aerts* ./ *Belgien*, Rn. 46.

¹⁰¹ MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 Rn. 48.

griffs sei vielmehr den nationalen Behörden ein gewisser Ermessensspielraum zuzubilligen.¹⁰² Die psychische Krankheit müsse allerdings einen gewissen Schweregrad aufweisen, welcher dann angenommen wird, wenn sie die Behandlung in einer geeigneten Einrichtung erfordert.¹⁰³ Es sei jedoch (insofern in Übereinstimmung mit dem BVerfG) keine Schuldunfähigkeit nach deutschem Recht gem. §§ 20, 21 StGB für die Annahme einer psychischen Krankheit i. S. d. Art. 5 I 2 e) EMRK erforderlich.¹⁰⁴ Der Begriff des EGMR ist damit weiter gefasst als die Konzeption der §§ 20, 21 StGB,¹⁰⁵ allerdings unter Umständen zugleich enger als der Begriff der psychischen Störung in Art. 316 f II 2 EGStGB. Die diesbezügliche Formulierung des EGMR »*might be more restrictive*«¹⁰⁶ lässt an Klarheit zu wünschen übrig.¹⁰⁷

(3) Urteil des EGMR 2016¹⁰⁸

2016 segnete der EGMR zu einem Altfall aufgrund der konkreten Umstände eine Unterbringung gestützt auf Art. 5 I 2 e) EMRK ab. Der Betroffene litt an sexuellem Sadismus, der durch ein objektives ärztliches Gutachten fachkompetent festgestellt wurde und medizinischer Behandlung und Therapie bedurfte. Das Ziel der Verwahrung war die notwendige Behandlung dieser psychischen Störung in einer eigens dafür baulich neu errichteten Einrichtung. Die konkrete Unterbringungssituation und die therapeutischen Angebote, insbesondere der Personalschlüssel, gewährleisteten eine angemessene Behandlung der psychischen Störung in einer geeigneten Einrichtung.¹⁰⁹ Diese Linie hat der EGMR 2017 und 2018 bestätigt.¹¹⁰

(4) Kritik an der EGMR-Rechtsprechung

Diese extensive Auslegung des psychisch Kranken erscheint jedoch bedenklich. Der Begriff der psychischen Störung wird zu Recht als nicht hinreichend bestimmt und als zu weitreichend kritisiert.¹¹¹ Art. 5 I 2 e) EMRK muss,

um Willkür vorzubeugen, vielmehr eng ausgelegt werden und insofern eine eingrenzende Funktion aufweisen. Dafür spricht neben dem Telos auch der Wortlaut der englischen und französischen Fassung: »Geisteskrankheit« bzw. »Unzurechnungsfähigkeit« ähnelt stark den Begriffen der »krankhaften seelischen Störung«, »seelischen Abartigkeit« und »tiefgreifenden Bewusstseinsstörung« i. S. d. §§ 20, 21 StGB. Nach dem Verständnis des EGMR handelt es sich aber gerade nicht um eine seelische Störung i. S. d. §§ 20, 21 StGB,¹¹² die zu einer Schuldunfähigkeit und Unterbringung in einem psychischen Krankenhaus gem. § 63 StGB geführt hätte.¹¹³ Ebenso wenig muss es sich aber um klassifizierte psychiatrische Krankheiten nach ICD-10¹¹⁴ handeln. Vielmehr sollen laut EGMR auch nicht-pathologische Störungen ausreichen, sofern sie genügend schwerwiegend sind.¹¹⁵

Zwar ist empirisch nachgewiesen, dass der Großteil der Sicherungsverwahrten tatsächlich an Persönlichkeitsstörungen oder Psychopathie leidet.¹¹⁶ Die meisten weisen Kennzeichen einer dissozialen oder antisozialen Persönlichkeitsstörung auf.¹¹⁷ Wie aber diese Feststellung, ab wann eine

Rückfängen des ThUG – aktuellster Spaltplatz zwischen EGMR und BVerfG?, zugleich Besprechung von Saarl. OLG, Beschluss vom 30. 9. 2011 – 5 W 212/11-94 zu einer »nachträglichen Sicherungsverwahrung«, StV 2012, 44 (49); Kreuzer, Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung, ZRP 2011, 7 (10); kritisch Morgenstern (Fn. 97), ZIS 2011, 974 (976 ff.); Nußstein, Das Therapieunterbringungsgesetz – Erste Erfahrungen aus der Praxis, NJW 2011, 1194 (1194); Schöch, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs v. 21. 6. 2011 – 5 StR 52/11, Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b I 1 StGB, betr. psychische Störung bei Sicherungsverwahrung und Therapieunterbringung, JR 2012, 173 (175); dag. Zimmermann (Fn. 85), HRRS 2013, 164 (177); Zimmermann, Anmerkung zu BVerfG JZ 2013, 1097 (ThUG), JZ 2013, 1108 (1110).

112 EGMR, Urt. v. 28. 11. 2013 – Nr. 7345/12 – *Glien ./. Deutschland*, Rn. 84.

113 Das aber fordern Müller, Die Regelungen der Sicherungsverwahrung im Lichte des Bundesverfassungsgerichtsurteils vom 4. 5. 2011 in ihren Auswirkungen auf Psychiatrie und Psychotherapie, NK 2012, 54 (54 ff.); Morgenstern (Fn. 97), ZIS 2011, 974 (978); Renzikowski (Fn. 57), ZIS 2011, 531 (536 ff.).

114 International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, herausgegeben von der Weltgesundheitsorganisation (WHO).

115 Vgl. EGMR, Urt. v. 28. 11. 2013 – Nr. 7345/12 – *Glien ./. Deutschland*, Rn. 88 ff.

116 Hanske/Groß, Vortrag 2016, zitiert nach: Nedopil, Sicherungsverwahrung und »psychische Störung« aus psychiatrischer Sicht, in: Kaspar (Hrsg.), Sicherungsverwahrung 2.0, Bestandsaufnahme – Reformbedarf – Forschungsperspektiven (2017), S. 57, 63; Gairing et al., Sicherungsverwahrte (§ 66 StGB) – Merkmale der Täter und ihre Bedeutung für die Erfolgsaussichten eines therapeutischen Vollzugs, Nervenarzt 2013, 65 (67); Suhling/Wischka, Behandlung in der Sicherungsverwahrung, KrimPäd 2013, 47 (52); Gairing et al., Diagnostische und kriminalprognostische Merkmale von Sicherungsverwahrten und ihre Bedeutung für das Therapieunterbringungsgesetz, MschrKrim 2011, 243 (245 ff.); Habermeyer et al., Kriminologische und diagnostische Merkmale von Häftlingen mit angeordneter Sicherungsverwahrung, MschrKrim 2007, 317 (318 ff.).

117 Bauer, Zur Gefährlichkeit von Sicherungsverwahrten – Deskription und Analyse von Aspekten der Gefährlichkeit sicherungsverwahrter Straftäter im Land Berlin (2017), S. 65 ff.; Haase, Abgelehnte nachträgliche Sicherungsverwahrung gemäß § 66b StGB: Psychiatrische Prognosegutachten und empirische soziodemografische sowie kriminalbiografische Befunde der

102 EGMR, Urt. v. 5. 11. 1981 – Nr. 7215/75 – *X ./. Vereinigtes Königreich*, Rn. 43; EGMR, Urt. v. 5. 10. 2004 – Nr. 45508/99 – *H.L. ./. Vereinigtes Königreich*, Rn. 98; dag. Eisenberg, Tatsachenfeststellungen nationaler Gerichte vor dem EGMR, NJW 2019, 56 (57).

103 EGMR, Urt. v. 4. 4. 2000 – Nr. 26629/95 – *Witold Litwa ./. Polen*, Rn. 60; EGMR, Urt. v. 20. 2. 2003 – Nr. 50272/99 – *Hutchison Reid ./. Vereinigtes Königreich*, Rn. 52; nicht bloßes normabweichendes oder sozial auffälliges Verhalten und Persönlichkeitsakzentuierungen.

104 EGMR, Urt. v. 28. 11. 2013 – Nr. 7345/12 – *Glien ./. Deutschland*, Rn. 84.

105 Morgenstern (Fn. 97), ZIS 2011, 974 (978); Renzikowski (Fn. 57), ZIS 2011, 531 (536 ff.).

106 EGMR, Urt. v. 7. 1. 2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann ./. Deutschland*, Rn. 113; ebenso bereits EGMR, Urt. v. 28. 11. 2013 – Nr. 7345/12 – *Glien ./. Deutschland*, Rn. 87.

107 MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 Rn. 51.

108 EGMR, Urt. v. 7. 1. 2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann ./. Deutschland*.

109 EGMR, Urt. v. 7. 1. 2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann ./. Deutschland*, Rn. 106 ff.

110 EGMR, Urt. v. 2. 2. 2017 – Nr. 10211/12 und 27505/14 – *Inseher ./. Deutschland*; EGMR, Urt. v. 4. 12. 2018 (GK) – Nr. 10211/12 und 27505/14 – *Inseher ./. Deutschland*.

111 Höffler (Fn. 95), StV 2014, 168 (171); Ullenbruch, Walter H. in den

solche Störung schwerwiegend genug ist, um eine Unterbringung zu rechtfertigen, in der Praxis zu bewerkstelligen ist, ohne im Einzelfall völlig willkürlich zu entscheiden, lässt der EGMR unbeantwortet.¹¹⁸

Im Ergebnis wird dadurch Kriminalität mit Krankheit und die dauerhafte Gefährlichkeit mit psychischen Störungen gleichgesetzt.¹¹⁹ Bestimmte Erscheinungsformen der Kriminalität werden damit per se pathologisiert – »wer so etwas tut, muss gestört sein.«¹²⁰ Der Begriff der psychischen Erkrankung wird jenseits der §§ 20, 21 StGB gefährlich aufgeweicht und das Kriterium der Gefährlichkeit schafft sich Raum.¹²¹ Zu Recht wendet sich daher, soweit ersichtlich, nahezu der gesamte Berufsstand dagegen.¹²² Durch das stationäre Behandlungserfordernis werden die neu geschaffenen Vollzugseinrichtungen mit psychiatrischen Krankenhäusern gleichgesetzt.¹²³ Das Abstellen auf den Unterbringungsort führt in letzter Konsequenz zu dem merkwürdigen Ergebnis, dass von der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus auf das Vorliegen einer psychischen Krankheit geschlossen wird, während im Gegenteil eine solche Krankheit abgelehnt wird, wenn die Unterbringung in einer nicht-therapeutischen Einrichtung erfolgt.¹²⁴

Ungeachtet der an sich begrüßenswerten Therapieausrichtung ist auch ein gewisser »*Therapieoptimismus*«¹²⁵ zu beobachten. Es handelt sich immerhin um das schwierigste Klientel in ganz Deutschland. Sicherungsverwahrte weisen häufig viele Vorstrafen und eine hohe Anzahl kriminogener Risikofaktoren auf, sind früh kriminell auffällig geworden und haben bereits eine lange Kriminalitätskarriere hinter sich.¹²⁶ Mitunter ist einigen mit (frühzeitigen!) deliktsspezi-

fischen Therapien zu helfen, aber gerade bei älteren Verwahrten sind Therapien oft aussichtslos. Es gehört auch zur Wahrheit, dass nicht alle durch Therapien geheilt werden können.¹²⁷

Stattdessen wird mittels des »*psychiatrisch-psychotherapeutischen Feigenblatts*«¹²⁸ über die einzig verbliebene Möglichkeit des Art. 5 I 2 e) EMRK eine weitere Verwahrung der Altfälle ermöglicht. Dadurch werden psychiatrische Patienten, die nun auf eine Stufe mit (oft mehrfach schwer straffälligen) Sicherungsverwahrten gestellt werden, in erheblicher Weise stigmatisiert.¹²⁹ Die Kritik, dass die Psychiatrie als bloßer Vorwand missbraucht wird,¹³⁰ ist nicht gänzlich von der Hand zu weisen.

Dem EGMR ist jedoch entlastend zugutezuhalten, dass er lediglich auf die deutsche Rechtsprechung und Gesetzgebung reagieren konnte, die nach seiner Leitentscheidung 2009 den (nicht unbedingt vorhersehbaren) Weg über Art. 5 I 2 e) EMRK gewählt haben. In dieser »*Bredouille*« hat er eine rechtspolitisch tragfähige Lösung gefunden, die ihm in jedem Einzelfall eine wirksame Überprüfung der konkreten Unterbringungssituation ermöglicht.

bb) Zwischenfazit

Die Altfälle lassen sich nach der Rechtsprechung des EGMR über die Einordnung als psychisch Kranke gem. Art. 5 I 2 e) EMRK rechtfertigen.

d) Art. 5 I 2 e) EMRK bei den Neufällen

Für die Neufälle der nachträglichen Sicherungsverwahrung gem. § 66b StGB kommt wie bei den Altfällen eine Rechtfertigung nur nach Art. 5 I 2 e) EMRK in Betracht. Allerdings müsste § 66b StGB restriktiv gem. § 316f II 2 EGStGB ausgelegt werden (wie bei den Altfällen), um konventionsrechtskonform zu sein.¹³¹ Der Gesetzgeber verzichtet in § 66b StGB aber ausdrücklich darauf.¹³² Gegen den eindeutigen gesetzgeberischen Willen kann keine konventionsrechtskonforme Auslegung erfolgen.¹³³ Zudem bestünde selbst bei restriktiver Auslegung nahezu kein Anwendungsbereich: Es müsste erst die Unterbringung nach

Probanden (2016), S. 40 ff.; *Habermeyer et al.*, Forensische Psychiatrie ohne Diagnosen – Begriff der psychischen Störung im Kontext der Sicherungsverwahrung, FPPK 2015, 164 (168); *Saß*, Persönlichkeit und Verantwortung, FPPK 2015, 75 (76 f.).

118 MüKo-StGB/*Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern* (Fn. 1), § 66 Rn. 50; *Höffler* (Fn. 95), StV 2014, 168 (173); ähnlich *Morgenstern* (Fn. 97), ZIS 2011, 974 (978 f.); *Satzger* (Fn. 85), StV 2013, 243 (248).

119 Müller et al., Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde (DGPPN) zum Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu den begleitenden Regelungen, und insbesondere zum Artikel 5 Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz – ThUG) in Kraft seit 1. 1. 2011 vom 10. 2. 2011, FPPK 2011, 116 (116).

120 MüKo-StGB/*Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern* (Fn. 1), § 66 Rn. 45; *Schöch* (Fn. 63), GA 2012, 14 (24); *Morgenstern* (Fn. 97), ZIS 2011, 974 (978).

121 *Morgenstern et al.* (Fn. 94), FPPK 2011, 197 (202): Dritte Kategorie der »*bloß Gefährlichen*«.

122 *Müller et al.* (Fn. 119), FPPK 2011, 116 (116 ff.).

123 *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Dessecker* (Fn. 55), § 66 Rn. 6, krit. auch MüKo-StGB/*Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern* (Fn. 1), § 66 Rn. 51.

124 MüKo-StGB/*Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern* (Fn. 1), § 66 Rn. 50.

125 Krit. *Hörnle* (Fn. 57), NSTZ 2011, 488 (492); eher positiv *Höffler/Kaspar*, Warum das Abstandsgebot die Probleme der Sicherungsverwahrung nicht lösen kann – Zugleich ein Beitrag zu den Aporien der Zweispurigkeit des strafrechtlichen Sanktionssystems, ZStW 2012, 87 (130).

126 Vgl. die Studien von *Bauer* (Fn. 117), S. 65 ff.; *Habermeyer/Voß*, Kriminologische und diagnostische Merkmale von Sicherungsverwahrten, in: Müller/Nedopil/Saimh/Habermeyer/Falkai (Hrsg.), Sicherungsverwahrung – wissenschaftliche Basis und Positionsbestimmung, Was folgt nach

dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. 5. 2011? (2012), S. 85, 85 ff.; siehe auch *Dessecker* (Fn. 38), S. 482.

127 *Müller et al.* (Fn. 119), FPPK 2011, 116 (117); *Habermeyer et al.* (Fn. 117), FPPK 2015, 164, 169.

128 *Habermeyer et al.* (Fn. 117), FPPK 2015, 164, 169.

129 *Müller* (Fn. 113), NK 2012, 54 (57); *Satzger* (Fn. 85), StV 2013, 243 (248).

130 *Müller et al.* (Fn. 119), FPPK 2011, 116 (117).

131 Vgl. nur EGMR, Urt. v. 28. 6. 2012 – Nr. 3300/10 – *S. ./.* Deutschland zur entsprechenden Regelung in § 66b Abs. 3 StGB aF; *Satzger/Schluckebier/Widmaier/Jehle/Harrendorf*, StGB, 4. Auflage (2019), § 66b Rn. 14; *Peglau* (Fn. 85), JR 2016, 491 (498) und HK-EMRK/*Meyer-Ladewig/Harrendorf/König* (Fn. 18), Art. 5 Rn. 29; ähnlich *Kinzig* (Fn. 63), NJW 2011, 177 (182).

132 Im Gegenteil, siehe BT-Drucks. 17/3403, S. 34: »Der einengenden Auslegung [...] soll mit diesem Entwurf die Grundlage entzogen werden.«

133 Grenze der Auslegung, vgl. *Quarthal* (Fn. 20), JURA 2011, 495 (498).

§ 63 StGB für erledigt erklärt werden, weil der – zuvor angenommene – Zustand gem. §§ 20, 21 StGB nicht (mehr) vorliegt. Dann müsste zur weiteren Inhaftierung aber eine psychische Störung gem. Art. 5 I 2 e) EMRK vorliegen, was kaum vorstellbar ist.¹³⁴ Die Neufälle gem. § 66 b StGB sind damit nicht nach Art. 5 I 2 e) EMRK gerechtfertigt.

4. Ergebnis und Diskussion

Solange die Sicherungsverwahrung bereits anfänglich gem. § 66 StGB im Urteil angeordnet oder gem. § 66 a StGB vorbehalten wird, bestehen bezüglich Art. 5 I EMRK keine konventionsrechtlichen Bedenken. Dann ist Art. 5 I 2 a) EMRK unstreitig einschlägig. Der EGMR wendet sich jenseits der Altfälle nicht gegen das Institut der Sicherungsverwahrung an sich.¹³⁵ Neufälle gem. § 66 b StGB hingegen sind weder über Art. 5 I 2 a) noch Art. 5 I 2 e) EMRK gerechtfertigt und damit weiterhin konventionswidrig.

Bezüglich der Altfälle ist festzustellen, dass der EGMR mit widersprüchlicher Begründung über Art. 5 I 2 e) EMRK eine konventionsgemäße Unterbringung im Einzelfall zulässt. Diese extensive Auslegung des psychisch Kranken ist wie dargelegt kritisch zu sehen. Es handelt sich um ein rechtspolitisches Ergebnis, um überhaupt eine konventionsrechtskonforme Grundlage für die weitere Unterbringung der (gefährlichsten) Altfälle zuzugestehen. Die hohen Voraussetzungen der psychischen Störung und der gerade daraus resultierenden Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen stellen jedoch eine starke Einschränkung dar. Als indirekte Folge der EGMR-Rechtsprechung sitzen keine Täter mehr (wie früher¹³⁶) wegen gewaltloser Eigentums- und Vermögensdelikte in Sicherungsverwahrung. Stattdessen liegen der Verwahrung (fast¹³⁷) nur noch Gewalt- und Sexualdelikte zugrunde.¹³⁸ Zudem prüft der EGMR in jedem Einzelfall, ob eine adäquate Unterbringung und ausreichendes Therapieangebot gewährleistet sind.

Abschließend lässt sich damit zu Art. 5 I EMRK feststellen, dass der EGMR zwar nicht dogmatisch wider-

spruchsfrei arbeitet. Im Ergebnis ist der Anwendungsbereich der Sicherungsverwahrung dennoch erheblich eingeschränkt. Zudem wurde der Trend zu (willkürlichen) nachträglichen Verschärfungen gestoppt und die Phase der »Therapeutisierung«¹³⁹ eingeleitet. Dies führt zu einer eindeutigen Verbesserung der menschenrechtlichen Lage in tatsächlicher Hinsicht.

II. Verstoß gegen Art. 7 I EMRK

1. Sicherungsverwahrung als Strafe

Die alles entscheidende Frage im Rahmen des Art. 7 I EMRK ist, ob die Sicherungsverwahrung eine »Strafe« i. S. d. Konvention darstellt. In diesem Fall griffe das absolute, der Abwägung nicht zugängliche Rückwirkungsverbot des Art. 7 I EMRK. Bei den Altfällen läge dann ein Verstoß gegen das Verbot der rückwirkenden Strafschärfung gem. Art. 7 I 2 EMRK vor.¹⁴⁰ Dasselbe gilt für die Neufälle im Rahmen des § 66 b StGB.

2. Die Rechtsprechung

Die Problematik ist am besten durch eine chronologische Darstellung der weichenstellenden Entscheidungen der beiden Gerichte darzustellen.

a) Urteil des BVerfG 2004¹⁴¹

Das BVerfG sah entsprechend der innerdeutschen Dogmatik die Sicherungsverwahrung als schuldunabhängige Maßregel und nicht als Strafe i. S. d. Art. 103 II GG an. Damit konnte es über den allgemeinen rechtsstaatlichen Vertrauensschutz nach Art. 20 III GG die Grundsätze zur unechten Rückwirkung (tatbestandliche Rückanknüpfung)¹⁴² für die Altfälle heranziehen¹⁴³ und ergebnisorientiert abwägen.

¹³⁴ HK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König (Fn. 18), Art. 5 Rn. 30; Schöne/Schröder/Kinzig (Fn. 1), § 66 b Rn. 8; kritisch *Renzikowski*, Abstand halten! – Die Neuregelung der Sicherungsverwahrung, NJW 2013, 1638 (1642).

¹³⁵ St. Rspr., bspw. EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 – *M. ./.* Deutschland; EGMR, Urt. v. 21.10.2010 – Nr. 24478/03 – *Grosskopf ./.* Deutschland; vgl. auch EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – Nr. 7906/77 – *van Droogenbroeck ./.* Belgien; v. *Arnim*, Die Standards des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Bezug auf die Sicherungsverwahrung, KrimPäd 2013, 4 (6); *Renzikowski* (Fn. 57), ZIS 2011, 531 (534 f.); *Hörnle* (Fn. 57), NSTZ 2011, 488 (492).

¹³⁶ *Kinzig*, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand: Ergebnisse einer theoretischen und empirischen Bestandsaufnahme des Zustands einer Maßregel (1996), S. 107; *Dessecker* (Fn. 6), S. 306 ff., 329; *Bartsch* (Fn. 6), S. 34 f., 161 ff.

¹³⁷ Strafvollzugsstatistik 2018, S. 22: Noch je ein Verwahrter wegen Betrugs / Diebstahls.

¹³⁸ Ebd., ca. 60 % wg. §§ 174 ff. StGB, 16 % wg. §§ 249 ff. StGB, je 10 % wg. §§ 211, 212 u. 223 ff. StGB.

¹³⁹ So MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 Rn. 23.

¹⁴⁰ Erstaunlicherweise wird, soweit ersichtlich, nirgendwo das Doppelstrafungsverbot (*ne bis in idem*) aus Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls der EMRK ausführlich thematisiert, obwohl es zumindest in den Altfällen der nachträglichen Anordnung anzudenken wäre. *Kreuzer/Bartsch*, Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, Urteil v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 – Zur nachträglichen Sicherungsverwahrung, StV 2011, 472 (472) gehen offensichtlich ohne jeglichen Zweifel davon aus und konstatieren »Verstöße gegen [das] Rückwirkungs- und Doppelstrafungsverbot in den Art. 7 und 5 EMRK«. Dies ist etwas unsauber, da das Doppelstrafungsverbot nicht in Art. 7 EMRK, sondern in Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls der EMRK verankert ist. An der grundsätzlichen Frage ändert diese Unterscheidung aber nichts: Auch das Doppelstrafungsverbot ist nur einschlägig, wenn es sich bei der Sicherungsverwahrung um eine Strafe i. S. d. Konvention handelt.

¹⁴¹ BVerfGE 109, 133, *Sicherungsverwahrung I*.

¹⁴² Ausführlich zu den unterschiedlichen Begriffen des 1. und 2. Senats *Wernld* (Fn. 35), S. 278 ff. Im Ergebnis besteht kein Unterschied, vgl. *Pieroth*, Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes, JZ 1990, 279 (281), der von einer bloßen »Umetkettierung« ohne tatsächliche Relevanz spricht.

¹⁴³ BVerfGE 109, 133 (167 ff.), *Sicherungsverwahrung I*.

b) Urteil des EGMR 2009¹⁴⁴

Der EGMR legte den Begriff autonom aus und kam zum Ergebnis, dass die Sicherungsverwahrung (trotz der abweichenden innerstaatlichen Klassifizierung) aufgrund einer Gesamtbetrachtung als Strafe i. S. d. Konvention anzusehen ist.¹⁴⁵ Entscheidend seien die tatsächliche Ausgestaltung, der weitgehend ähnliche Vollzug von Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung und der sich überschneidende Zweck im Präventionsbereich.¹⁴⁶ Zudem sei die prozessuale Anordnung durch die Strafgerichte, ein faktisches Element der Abschreckung sowie Zweck und (weniger maßgeblich¹⁴⁷) Schwere der Maßnahme heranzuziehen (sog. *Welch-Kriterien*).¹⁴⁸ Der EGMR versteht die Strafe somit nicht rein formal, sondern wirkungsorientiert.¹⁴⁹ Die Sicherungsverwahrung unterliegt damit dem absoluten Rückwirkungsverbot aus Art. 7 I EMRK.

c) Urteil des BVerfG 2011¹⁵⁰

Das BVerfG zeigte 2011 ein teilweises Einlenken und teilweises Beharren auf der Position aus 2004. Einerseits beharrt das BVerfG auf der (überkommenen¹⁵¹) Einordnung als

144 EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 – *M. / . Deutschland*.

145 St. Rspr.: EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 – *M. / . Deutschland*, Rn. 131; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – Nr. 17792/07 – *Kallweit / . Deutschland*; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – Nr. 17360/04 u. 42225/07 – *Schummer / . Deutschland*; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – Nr. 20008/07 – *Mautes / . Deutschland*.

146 EMGR, Urt. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 – *M. / . Deutschland*, Rn. 122 ff.

147 Die Schwere allein kann nicht maßgeblich sein, weil viele Maßnahmen präventiver Art, die gerade keine Strafen sind, ebenfalls erhebliche Auswirkungen haben, vgl. EGMR, Urt. v. 7.12.2006 – Nr. 29514/05 – *Van der Velden / . Niederlande*, Rn 1; EGMR, Urt. v. 9.2.1995 – Nr. 17440/90 – *Welch / . Vereinigtes Königreich*, Rn. 32.

148 EGMR, Urt. v. 9.2.1995 – Nr. 17440/90 – *Welch / . Vereinigtes Königreich*, Rn. 27 ff.

149 *Werndl*, Altfallproblematik und rechtsstaatlicher Vertrauensschutz in Sachen Sicherungsverwahrung, in: Kaspar (Hrsg.), *Sicherungsverwahrung 2.0, Bestandsaufnahme – Reformbedarf – Forschungsperspektiven* (2017), S. 71, 97.

150 BVerfGE 128, 326, *Sicherungsverwahrung II*.

151 BVerfGE 128, 326 (377), *Sicherungsverwahrung II*. Kritik an der Position des BVerfG kann aus Platzgründen nicht ausführlich erfolgen. Dem EGMR ist in seiner st. Rspr. der wirkungsorientierten Betrachtungsweise der Strafe jedoch zuzustimmen: Ob Strafcharakter vorliegt (und damit Art. 103 II GG eingreift), kann nicht von der bloßen Bezeichnung oder dogmatischen Einordnung abhängen, sondern muss von der tatsächlichen Wirkung auf den Betroffenen beurteilt werden (vgl. den modernen Eingriffsbegriff). Ansonsten läge es in der Hand des Gesetzgebers, durch eine bloße andere Bezeichnung den Grundrechtsschutz zu verkürzen und rechtsstaatliche Garantien einzuschränken. Auch das Abstandsgebot vermag daran nichts zu ändern: Es ließe sich zum einen (rein theoretisch) auch ein Abstand durch eine Verschlechterung der Situation der Strafgefangenen erreichen und zum anderen wäre auch kein Abstand gegeben, wenn sowohl Vollzug als auch Sicherungsverwahrung die gleichen, optimalen Bedingungen aufweisen würden. Außerdem soll auch der moderne Strafvollzug auf Resozialisierung ausgerichtet sein und sich nicht gerade dadurch von der Sicherungsverwahrung unterscheiden. Vgl. dazu die zutreffenden Aufsätze von *Kaspar*, Die Zukunft der Zweispurigkeit nach den Urteilen von Bundesverfassungsgericht und EGMR, ZStW 2015, 654 ff. und *Höffler/Kaspar* (Fn. 125), ZStW

Maßregel und nicht als Strafe i. S. d. Art. 103 II GG. Es rügte allerdings den im tatsächlichen Vollzug zu geringen Abstand zwischen Haft und Sicherungsverwahrung (s. o.).

Andererseits trägt das BVerfG dem Urteil des EGMR Rechnung, indem es die Anforderungen an den Vertrauensschutz durch Einbezug der Wertungen der EMRK verschärft.¹⁵² Dadurch konstruiert es einen nahezu absoluten Vertrauensschutz, sodass im Ergebnis fast kein Unterschied zum EGMR besteht.¹⁵³ Lediglich bei der hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualstraftaten aufgrund einer psychischen Störung i. S. d. Art. 5 I 2 e) EMRK ließ es eine nachträgliche präventive Freiheitsentziehung bei den Altfällen weiterhin zu (vgl. oben).¹⁵⁴ Insgesamt kann von einer »salomonischen Entscheidung«¹⁵⁵ gesprochen werden: Das BVerfG ist dem EGMR im Wesentlichen gefolgt, hat sich jedoch das letzte Wort vorbehalten.¹⁵⁶

d) Urteil des EGMR 2016¹⁵⁷

Der EGMR hält an seiner Auffassung von 2009 fest und sieht die Sicherungsverwahrung grundsätzlich weiterhin als Strafe i. S. d. Konvention an. Trotz des »neuen Konzepts« der Sicherungsverwahrung werde diese noch immer als Reaktion auf eine Strafe von einem Strafgericht verhängt und unterscheide sich weder nach Zweck noch Schwere ausreichend vom Vollzug. Allerdings trete im konkreten Fall aufgrund der in vielerlei Hinsicht gebesserten Bedingungen und des nun geänderten therapeutischen Zwecks das strafende Element ausnahmsweise in den Hintergrund. Im konkreten Fall handle es sich damit nicht um eine Strafe i. S. d. Art. 7 I EMRK.¹⁵⁸ Diese neue Linie hat der EGMR in 2017 und 2018 beibehalten,¹⁵⁹ wobei die Frage mit der Entscheidung der Großen Kammer endgültig entschieden sein dürfte.

2012, 87 ff.; vgl. auch *Hoyer*, Plädoyer für die Rekonstruktion eines einspurigen Sanktionensystems, in: Rotsch (Hrsg.), *Zehn Jahre ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (2018), S. 427, 427 ff.; ablehnend auch *Dax*, Die Neuregelung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung – Bestandsaufnahme sowie kritische Betrachtung der bundes- und landesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots (2017), S. 532.

152 BVerfGE 128, 326 (391), *Sicherungsverwahrung II*.

153 Die Divergenz wurde lediglich nicht – wie meistens in diesem europäischen »Dialog« – auf derselben dogmatischen Ebene aufgelöst, siehe *Daiber*, Der Einfluss der EGMR-Rechtsprechung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2018, 957 (961).

154 BVerfGE 128, 326 (405 ff.), *Sicherungsverwahrung II*, damit berücksichtigt das BVerfG stärker als der EGMR die Problematik der mehrpoligen Grundrechtsverhältnisse.

155 *Renzikowski* (Fn. 57), ZIS 2011, 531 (543).

156 Wie bei BVerfGE 111, 307, *Görgülü* handelt es sich letztlich auch um eine Machtfrage, vgl. *Renzikowski* (Fn. 57), ZIS 2011, 531 (543); *Hörnle* (Fn. 57), NStZ 2011, 488 (493).

157 EGMR, Urt. v. 7.1.2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann / . Deutschland*.

158 EGMR, Urt. v. 7.1.2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann / . Deutschland*, Rn. 181 f.

159 EGMR, Urt. v. 2.2.2017 – Nr. 10211/12 und 27505/14 – *Ilseher / . Deutschland*; EGMR, Urt. v. 4.12.2018 (GK) – Nr. 10211/12 und 27505/14 – *Ilseher / . Deutschland*.

3. Kritik an der EGMR-Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 7 I EMRK ist nicht frei von Widersprüchen.¹⁶⁰ Bereits auf den ersten Blick erscheint es keinesfalls konsequent, grundsätzlich vom Vorliegen einer Strafe auszugehen, aber im gleichen Atemzug davon im konkreten Fall abzuweichen. Eine Strafe liegt (bei wirkungsorientierter Betrachtung) entweder vor oder eben nicht. Aber auch auf den zweiten Blick zeigen sich Ungereimtheiten: Einerseits wird die Sicherungsverwahrung bei den Neufällen der anfänglichen und vorbehaltenen Sicherungsverwahrung gem. Art. 5 I 2 a) EMRK damit gerechtfertigt, dass sie eine Verurteilung samt Schuldspruch darstelle (s.o.), mithin eine Strafe i.S.d. Art. 7 I EMRK sei. Andererseits werden die Altfälle der nachträglich angeordneten und verlängerten Sicherungsverwahrung als psychisch Kranke über Art. 5 I 2 e) EMRK damit gerechtfertigt, dass gerade keine Strafe i.S.d. Art. 7 I EMRK vorläge (bzw. der therapeutische Charakter so sehr im Vordergrund stehe, dass der Strafcharakter im konkreten Fall ausnahmsweise zurücktrete).

Dies könnte man möglicherweise noch erklären, wenn man auf eine autonome Auslegung in verschiedenen Kontexten abstellen würde. Allerdings wird die Sicherungsverwahrung von Alt- und Neufällen in denselben Einrichtungen und mit denselben Therapieangeboten vollzogen, vgl. § 66c StGB. Nach dem Urteil des BVerfG 2011 sind alle Formen der Sicherungsverwahrung »therapiegerichtet« zu gestalten. Dass die Sicherungsverwahrung im selben Gebäude für die Neufälle weiterhin eine Strafe sein soll, für die Altfälle jedoch nicht, stellt einen unerklärlichen Widerspruch dar. Es kann nicht gleichzeitig eine Strafe und keine Strafe sein bzw. für die einen eine Strafe und für die anderen eine Therapie.

Der EGMR akzeptiert aber »um des lieben Friedens willen?«¹⁶¹ die Unterbringung für die Altfälle auf diese Weise, um überhaupt eine konventionskonforme Möglichkeit zuzulassen. Im Ergebnis handelt es sich damit um einen gesichtswahrenden Kompromiss: Das BVerfG darf weiterhin die Sicherungsverwahrung nicht als Strafe i.S.d. Art 103 II GG ansehen (kommt aber im Rahmen des Vertrauensschutzes nahezu zum selben Ergebnis, s.o.), während der EGMR an der grundsätzlichen Einordnung als Strafe i.S.d. Art. 7 I EMRK festhalten darf, davon aber im Einzelfall abweichen kann. Beide Gerichte wahren damit formal ihre Grundposition¹⁶², können aber weiterhin im Einzelfall abwägen und ergebnisorientiert entscheiden: das BVerfG in (nun noch engeren Grenzen) im Rahmen des Art. 20 III GG, der EGMR im jeweiligen Einzelfall, ob Art. 7 I EMRK ausnahmsweise zurücktritt. Damit ist zudem klargestellt, dass

auch in Zukunft der strenge Maßstab des Art. 7 I EMRK maßgeblich ist.¹⁶³

4. Ergebnis und Diskussion

Die Altfälle sind über Art. 316 f II 2 EGStGB, Art. 5 I 2 e) EMRK konventionsrechtskonform umgesetzt, sofern die tatsächlichen Bedingungen im Einzelfall erfüllt sind und sich die Vollziehung nicht wie eine Strafe darstellt, sondern als Therapie.

Den Neufällen gem. §§ 66 und 66a StGB begegnen bezüglich Art. 7 I EMRK keine Bedenken. Neufälle im Rahmen des § 66b StGB hingegen dürften aus denselben Gründen wie bei Art. 5 I EMRK mangels Anwendbarkeit des Art. 316 f II 2 EGStGB konventionsrechtswidrig sein (vgl. oben).

Dreh- und Angelpunkt ist, dass der EGMR weiterhin autonom in jedem Einzelfall prüft, ob eine Strafe i.S.d. Konvention vorliegt. Dabei blickt er nicht nur auf die gesetzlichen Vorgaben (»*law in the books*«), sondern entscheidend auch auf die praktische Umsetzung (»*law in action*«).¹⁶⁴

In rechtlicher Hinsicht sind die Voraussetzungen bereits geschaffen: Die Vollzugsgesetze der Länder sind, wenn auch in den Einzelheiten teils sehr unterschiedlich, inzwischen auf Resozialisierung und Therapie statt bloßer Verwahrung ausgerichtet.¹⁶⁵ Die entscheidende Frage ist, ob dies auch für die praktische Umsetzung gilt. Das hat der EGMR im Urteil von 2016 sehr deutlich gemacht: Er sah nur deshalb von einer Einordnung als Strafe ab, weil sich die Situation des Beschwerdeführers im konkreten Fall (entscheidungs-) erheblich verbessert hatte.¹⁶⁶ Soweit bisher ersichtlich, wurden erhebliche Anpassungen vorgenommen. Die baulichen Rahmenbedingungen sind durch Umbau der vorhandenen Einrichtungen oder durch Neubauten ausschließlich für Sicherungsverwahrte vielerorts stark verbessert worden.¹⁶⁷

¹⁶³ Die 2011 möglicherweise gehegten Hoffnungen des BVerfG, den EGMR durch die sehr ausführliche Begründung und Herleitung des Maßregelcharakters und die Abgrenzung des Präventions- vom repressiven Vergeltungsgedanken der schuldgleichenden Strafe zu einer Nichteinordnung als Strafe i.S.d. Art. 7 I EMRK zu veranlassen, haben sich damit nicht erfüllt, vgl. Kaspar (Fn. 151), ZStW 2015, 654 (663).

¹⁶⁴ Meier, Sicherungsverwahrung bei Jugendlichen und Heranwachsenden, in: Kaspar (Hrsg.), Sicherungsverwahrung 2.0, Bestandsaufnahme – Reformbedarf – Forschungsperspektiven (2017), S. 217, 230, zudem im Vorwort, S. 5.

¹⁶⁵ Ausführlich zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden der Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetze der Länder Dax (Fn. 151), S. 259 ff.; Phyr, Die Sicherungsverwahrung – auf dem Weg in ruhigeres Fahrwasser? (2015), S. 229 ff.; Dessecker, Das neue Recht des Vollzugs der Sicherungsverwahrung: ein erster Überblick, BewHi 2013, 309 (309 ff.); Bartsch, Alles neu macht der Mai? Der Vollzug der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. 5. 2011, in: Kaspar (Hrsg.), Sicherungsverwahrung 2.0? Bestandsaufnahme – Reformbedarf – Forschungsperspektiven (2017), S. 161, 172 ff.

¹⁶⁶ EGMR, Urte. v. 7. 1. 2016 – Nr. 23279/14 – Bergmann ././ Deutschland, Rn. 182.

¹⁶⁷ Arloth, Länderumfrage zur Neuregelung und dem Vollzug der Sicherungsverwahrung, Forum Strafvollzug 2013, 218 (218 ff.); Kinzig, Reform-

¹⁶⁰ So auch Dörr, Völkerrecht: Rückwirkende Sicherungsverwahrung bei nachgewiesener psychischer Störung, Anmerkung zu EGMR 2016 – 23279/14, Bergmann ././ Deutschland, JuS 2016, 1144 (1146); Wernld (Fn. 35), S. 145.

¹⁶¹ MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 Rn. 51.

¹⁶² Peglau (Fn. 85), JR 2016, 491 (497).

Zudem findet eine deutlich stärkere Trennung¹⁶⁸ von bzw. Privilegierung¹⁶⁹ gegenüber Strafgefangenen statt. Beispielsweise hat sich in der JVA Rosdorf, in der die Sicherungsverwahrten in Niedersachsen und auch der Beschwerdeführer *Bergmann* untergebracht sind, die Unterbringungssituation deutlich verbessert,¹⁷⁰ was der EGMR ausdrücklich anerkannt hat.¹⁷¹ Auch im Land Berlin hat sich der Unterbringungsstandard nachweislich erhöht.¹⁷² Zudem wurde der Personalschlüssel für therapeutisches Personal angehoben.¹⁷³ Allerdings sind weiterhin Defizite in der Resozialisierungsausrichtung festzustellen.¹⁷⁴ Inwieweit diese Schwierigkeiten im Einzelfall überwunden werden können, dürfte entscheidend dafür sein, ob der EGMR im jeweiligen zu entscheidenden Einzelfall eine Strafe erblickt. Jedenfalls wurden mehrere vorherige Mängel durch die geänderten gesetzlichen, baulichen und personellen Rahmenbedingungen beseitigt.¹⁷⁵ Der Weg geht in die richtige Richtung, um weitere Konventionsverstöße zu vermeiden.¹⁷⁶

bedarf im neuen Recht der Sicherungsverwahrung, in: Kaspar (Hrsg.), Sicherungsverwahrung 2.0, Bestandsaufnahme – Reformbedarf – Forschungsperspektiven, (2017), S. 127, 127 f.

168 *Phyrr* (Fn. 165), S. 368.

169 *Bartsch*, Neue bundes- und landesrechtliche Vorschriften über die Vollstreckung und den Vollzug der Sicherungsverwahrung – Ein Überblick, Forum Strafvollzug 2013, 208 (211 ff.).

170 *Bartsch*, Sicherungsverwahrungsvollzug 2.0 – Was hat sich nach der Gesetzesreform geändert?, in Höfler (Hrsg.): Brauchen wir eine Reform der freiheitsentziehenden Sanktionen? (2015), S. 51, 57 ff.; *Weichert-Pleuger*, Der Weg zur Sicherungsverwahrung in der JVA Rosdorf, KrimPäd 2013, 34 (34 ff.).

171 EGMR, Urt. v. 7.1.2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann ./.* Deutschland, Rn. 174 ff.

172 *Sauter/Stasch/Dahle*, Abstandsgebot, Außenorientierung und therapeutische Ausgestaltung – zum Stand der Sicherungsverwahrung nach den gesetzlichen Neuregelungen im Land Berlin, FPPK 2019, 36 (46), vgl. auch *Dax* (Fn. 151), S. 508 ff.

173 *Phyrr* (Fn. 165), S. 379; *Arloth* (Fn. 167), Forum Strafvollzug 2013, 218 (218 ff.).

174 Vgl. *Dessecker* (Fn. 38), S. 482 f.

175 *Bartsch*, Sicherungsverwahrung und Strafvollzug bei Gefangenen mit vorgemerkteter Sicherungsverwahrung, in: Maelicke/Suhling (Hrsg.), Das Gefängnis auf dem Prüfstand – Zustand und Zukunft des Strafvollzugs (2018), S. 363, 376.

176 Von einer beruhigenden Wirkung spricht auch *Köhne*, Anmerkung zum Urteil des EGMR 7.1.2016 – 23279/14 (*Bergmann ./.* Deutschland), NJW 2017, 1013 (1013).

III. Ergebnis aus menschenrechtlicher Sicht

Der EGMR wendete sich bereits 2009 nicht gegen das Rechtsinstitut der Sicherungsverwahrung an sich, sondern nur gegen die rückwirkende strafrechtliche Sanktionierung von Gefährlichkeit. Nun stuft er ab 2016 die therapieorientierte Unterbringung gefährlicher Straftäter auch dann als konventionsrechtskonform ein, wenn sie faktisch zu einer rückwirkenden Verlängerung der Sicherungsverwahrung führt. Allerdings muss das Ziel der Verwahrung die notwendige Behandlung der psychischen Störung in einer geeigneten Einrichtung sein, wodurch der Strafcharakter in den Hintergrund trete. Der EGMR kann durch die verfolgte Linie in jedem Einzelfall prüfen, ob die Standards der EMRK in tatsächlicher Hinsicht gewahrt sind. Dadurch stellt er im Ergebnis wirksam sicher, dass die Menschenrechte der Sicherungsverwahrten im jeweiligen Fall beachtet werden.

D. Ausblick

Nach der Bestätigung durch die Große Kammer 2018¹⁷⁷ ist davon auszugehen, dass der EGMR bei tatsächlicher »freiheitsorientierter und therapiegerichteter« Ausrichtung und Umsetzung des Vollzugs der Altfälle keine Konventionsrechtsverstöße mehr feststellen wird. Die Sicherungsverwahrung darf dazu nicht mehr der bloßen sicherheitsorientierten Prävention dienen, sondern muss auf Therapie, Resozialisierung und (mit Aussicht auf) baldige Entlassung gerichtet sein. Ein bloßer Verwahrungsvollzug im Sinne *Schröders* »Wegschließen für immer!« ist nicht mehr denkbar.

Entscheidend für die Konventionskonformität ist die tatsächliche Umsetzung, nicht die rechtliche (dogmatische) Ausgestaltung. Die Mindeststandards der EMRK müssen vielmehr in tatsächlicher Hinsicht in der praktischen Umsetzung gewahrt sein. Stellt sich die Sicherungsverwahrung im jeweiligen, konkreten Fall nicht mehr als »verkappte« lebenslange Freiheitsstrafe dar, so kann auch nicht mehr von einem Etikettenschwindel gesprochen werden. Sollte diese Umsetzung im jeweiligen Einzelfall gelingen, bestehen in Bezug auf die EMRK keine grundlegenden Bedenken (mehr).

177 EGMR, Urt. v. 4.12.2018 (GK) – Nr. 10211/12 und 27505/14 – *Ilseher ./.* Deutschland.

StrafR Aufsatz

Max Wrobel*

Das Willensstrafrecht und dessen Einfluss auf die Strafrechtsdogmatik

Der Beitrag befasst sich mit dem, aus der Zeit des Nationalsozialismus stammenden, kriminalwissenschaftlichen Programm des Willensstrafrechts aus dem Laboratorium Roland Freislers. Auf den ersten Blick ein Relikt ideologischer Umgestaltung des Rechts. Oder hat das Thema nichts von seiner zeitlosen Relevanz eingebüßt und gibt es doch moderne Ausläufer?

A. Das Willensstrafrecht

I. Einleitung

Der Nationalsozialismus versuchte im Zuge der Verwirklichung eines allumfassenden, totalitären Staatsverständnisses auch das Strafrecht zu beeinflussen. Dies ist auch folgerichtig – stellt das Strafrecht doch ein Subsystem des Rechts dar, in dem die schwersten Einbußen an Freiheitsrechten der Rechtsunterworfenen legitimiert werden können. Zur Legitimation mitunter existenzieller Rechtseinbußen der politischen Feinde dienten verschiedene Konzepte zur Beeinflussung der Strafrechtsdogmatik, gedacht als Gedankengebäude innerhalb dessen die Kriminalpolitik im nationalsozialistischen Sinne seine Grundprinzipien »Schutz des Volkskörpers«, »Vernichtung lebensunwerten Lebens« sowie die Minimierung der Bedeutung des Einzelnen auf die Funktion eines Rohstoffs für den propagandistisch begleiteten Angriffskrieg. Eines dieser Konzepte war das Willensstrafrecht. Das Willensstrafrecht als Mittel der Strafrechtsexpansion unter ideologischen Vorzeichen nahm eine historisch gewachsene¹ allgemeine Subjektivierungstendenz auf und radikalisierte sie zur Legitimation einer zunehmend unmenschlicher werdenden Praxis.² Als historische Leistung wird dem Willensstrafrecht die Bündelung dieser Verschiebung ins Subjektive unter dem Dach der nationalsozialistischen Ideologie zugeschrieben. Außerdem könnte es sich als Vorstufe zum Täter- bzw. Gesinnungsstrafrecht erweisen, da der Strafrechtsdiskurs hierdurch empfänglicher für derartige Gedanken wurde. Im Folgenden wird zudem den avisierten Regelungstechniken nachgegangen, mit denen das Recht im nationalsozialistischen Sinne verändert werden sollte, um in die zukunftsweisende Frage einmünden

zu können, welche Lehren im Umgang mit unabweisbaren Kontinuitäten die heutige Strafrechtswissenschaft hieraus ziehen kann.

II. Der Untersuchungsgegenstand – Konzeption und Hauptcharakteristika

Als Mittel zur Umpolung des Fixpunktes des strafrechtlichen Koordinatensystems des frühen 20. Jahrhunderts von der äußerlich wahrnehmbaren Tat des bisherigen – als »materialistisch-individualistisch«³ geachteten – Erfolgsstrafrechts⁴ des RStGB⁵ auf die inneren⁶ Beweggründe des Täters⁷, diente den Reform-Protagonisten der radikalisierten NS-Strafrechtsdoktrin die Idee des Willensstrafrechts. Ein Programm von äußerster Abstraktionshöhe,⁸ welches jedoch im Rahmen zahlreicher Publikationen⁹ näher ausbuchstabiert werden konnte und auf Verwirklichung im kodifizierten Recht angelegt war.¹⁰ Vorrangig von *Freisler* wurde

³ *Kerrl*, Vorwort, in: ders. (Hrsg.), Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des preußischen Justizministers (1933), S. 6.

⁴ *Klee*, Die gefährliche Handlung als Grundform des Verbrechens, DStR 1934, 113 (120): »Der Erfolg verschleiert den Blick der Erkenntnis für das Wesen des hinter ihm stehenden Willens«; *Mezger*, Deutsches Strafrecht, Ein Leitfaden (1936), S. 26; *Schaffstein*, Nationalsozialistisches Strafrecht, ZStW 1934, 603 (609).

⁵ Bekanntgemacht am 14. 6. 1871, RGBl. 1871, S. 127 ff.

⁶ *Freisler*, Willensstrafrecht; Versuch und Vollendung, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht: Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission (1935), S. 17: »Die Sittenordnung ruft den Willen des Menschen auf den Plan, sie ruft ihn zum dauernden Kampf mit dem größten Feind des Menschen, dem eigenen Ich, sie verlangt, dass dieser Kampf schon im Gebiete der Gedanken geführt wird.«

⁷ *Kadecka*, Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff, ZStW 1940, 1 (20).

⁸ S. a. *Hartl*, Das nationalsozialistische Willensstrafrecht (2000), S. 95.

⁹ Als Hauptprotagonist ist zu nennen: *Roland Freisler* (†1945), seinerseits späterer Präsident des vorrangig für politische Strafverfahren zuständigen Volksgerichtshofes und zuvor Staatssekretär im preußischen Justizministerium, Mitglied des preußischen Landtags (ab 1932) sowie Mitglied des Reichstags (ab 1933), vgl. *Ortner*, Der Hinrichter – Roland Freisler – Mörder im Dienste Hitlers (2014), Lebenslauf auf S. 319; grdl. in *Gürtner*, Das kommende deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil. Bericht über die Arbeit der amtlich Strafrechtskommission (1935), S. 11–48; Auswahl von explizit mit dieser Lehre befasster Literatur: *ders.*, Einige Gedanken über Willensstrafrecht und Mehrheit von Straftaten, DStR 1935, 162; v. *Gemmingen*, Willensstrafrecht oder Gefährdungsstrafrecht?, JW 1933, 2371; *ders.*, Die Erfassung der Rechtswidrigkeit im System des Willensstrafrechts, DStR 1935, 105; *Mezger*, Willensstrafrecht, Gefährdungsstrafrecht und Erfolgsstrafrecht, DJZ 1934, 97; *Grau*, Weiter Täterbegriff und Willensstrafrecht, DJ 1935, 294; *Lange*, Der Täterbegriff im Willensstrafrecht, DJ 1936, 687; *Rietzsch*, Willensstrafrecht, Versuch und Teilnahme, DJ 1943, 309.

¹⁰ *Freisler* (Fn. 6), S. 19, wo er zudem betont, dass es für den Anwender als »Wegweiser« gedacht und für Lehrer wie Lernende »Erkenntnisquelle«

* *Max Wrobel* ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. *Bettina Weißer* am Institut für ausländisches und internationales Strafrecht der Universität zu Köln. Die Arbeit wurde im Rahmen des Seminars »NS-Gedankengut im Strafrecht – Relikt oder Renaissance?« bei Prof. Dr. Dr. h. c. *Kai Ambos* (Universität Göttingen) als Seminararbeit verfasst.

¹ *Vogel*, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht (2004), S. 16.

² *Frommel*, Welzels finale Handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das Willensstrafrecht, in: *Reifner/Sonnen* (Hrsg.), Strafrecht im Dritten Reich (1984), S. 86, 88.

unter dieser Bezeichnung ein strafzweckorientiertes Modell konzipiert, welches den Blick der strafrechtlichen Antwort auf »geschehenes Unrecht, also auf eine von Menschen [...] bewirkte Schädigung, Verletzung [...] der befriedeten Güter«¹¹ hin zu dessen Funktion einer dauernden »Selbstreinigungssapparatur seines [Volks-]Körpers«¹² umlenken sollte. Damit war ein erzieherischer¹³ Charakter intendiert, nicht jedoch des Täters, sondern – mit generalpräventiver¹⁴ Stoßrichtung – des rechtschaffenen Volkes.¹⁵ Weiterhin prägend war dessen Eigenschaft als Kampfrecht, das seinen Gegner im »verbrecherischen Willen« als Ausgangspunkt seiner Opposition zu dem zu schützenden Volk¹⁶ erkennt, den es zu »vernichten« galt.¹⁷ Die Sühne, welche im Duktus *Freislers* »die Schuld des Ödipus, die Schuld der Nibelungen, die jede Schuld fordert«¹⁸ und damit die reaktive Verbindung jener mit der Schuld¹⁹ sollte einen weiteren Sinn des Strafrechts kennzeichnen und als angebliche Forderung des Volkes zur Legitimation beitragen.²⁰ Als Leitgedanke für die Ausgestaltung des Gesetzes *de lege ferenda* galt die »Vorverlagerung der Verteidigungslinie«.²¹ Vom Zeitpunkt des Taterfolgs abgelöst sollte sie aufgrund der »Erfolgsunsicherheit« menschlichen Handelns »Ausdruck der zweckmäßigsten Methode« sein, um »jedweden Einfluss des Zufalls« auszuschalten.²²

sei.

11 *Freisler* (Fn. 6), S. 13.

12 *Freisler* (Fn. 6), S. 13.

13 *Freisler* (Fn. 6), S. 17: »[...] so ist dem gesunden Volksteil das Strafrecht das negative Spiegelbild der im Volk lebendigen Sittenordnung«. *Mezger*, Leitfaden (1936), S. 27; Abzeichnung einer Aufhebung der Grenzen zwischen Moral und Recht, zur Ethnisierung: *Sauer*, Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie, DStR 1934, 177–190.

14 *Schaffstein*, Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht, ZStW 1936, 276 (286): »Für unser völkisches, am Gemeinschaftsgedanken ausgerichtetes Rechtsdenken liegt dagegen das Wesentliche jeder Strafe in ihrer Wirkung auf die Gemeinschaft«; Relativierend: *Dahm*, Autoritäres Strafrecht, MSchrKrimPsych 1933, 162, (178 f.); sekundär: *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht (2019), S. 45.

15 *Freisler* (Fn. 6), S. 14.

16 *Freisler* (Fn. 6), S. 14, erwähnt als Schutzgüter: »seinen Bestand, seine Kraft, seinen Lebensfrieden, vor allem also auch seine Zeugungs- und Gebärkraft wie seine Arbeitsruhe«.

17 *Freisler* (Fn. 6) S. 15; *ders.*, DStR 1935, S. 162; s. a. die Zusammenfassung durch *Mezger* (Fn. 14), S. 26 f.

18 *Freisler* (Fn. 6), S. 16.

19 *Freisler* (Fn. 6), S. 16: »Nicht Tat und Sühne, noch weniger Erfolg der Tat und Sühne, sondern Schuld und Sühne ist die Verkettung, aus der es für unser sittliches Empfinden keine Lösung gibt«; *ders.* in Denkschrift des Zentralaussschusses (1934), S. 70 f.: »Die Schuld [...] bemisst sich nach dem Willen«.

20 Vgl. *Frank*, Nationalsozialistische Leitsätze für eine neues deutsches Strafrecht (1935) – AT: Nr. 1, 7, samt Begründungen S. 19, 25 f.

21 *Klee*, Das Verbrechen als Rechtsguts- und Pflichtverletzung, DStR 1936, 1 (4 f.); *Freisler*, Deutsches Strafrecht, Vermächtnis und Aufgabe, DStR 1934, 1 (6); *Vogel* (Fn. 1), S. 81; *Hartl* (Fn. 8), S. 92.

22 *Klee* (Fn. 21), DStR 1936, S 1 (4 f.) mit Verweisen auf seine Vorarbeit im Anschluss an *Stübel* und *Koestlin* in: *Klee*, Der dolus indirectus als Grundform des Verbrechens (1906).

Insgesamt handelt es sich somit um einen im Grundsatz streng subjektivistischen Ansatz.²³ In objektiver Hinsicht waren die Autoren – durchaus widersprüchlich²⁴ – mit dem zusätzlichen Erfordernis einer sog. Willensbetätigung bemüht, die Tatorientierung²⁵ zuzugestehen, um jedoch so von dem Fokus auf die Tatvollendung abrücken zu können²⁶ und dem so ausgemachten Delinquenten den Vorwurf der Willensschuld²⁷ machen zu können. In letzter Konsequenz erwartete den Täter also das Stigma innerer Abkehr von den Gemeinschaftswerten des nationalsozialistischen Wertesystems. Rein praktisch sollte dies in Form der Ehrenstrafe²⁸ zur sozialen und der Todesstrafe²⁹ zur existenziellen Verbannung aus seinem Status als Person führen.

III. Geistesgeschichtliche Fundamente und Vorarbeit

Der geistige Ursprung willensstrafrechtlichen Denkens im Indeterminismus³⁰ – dem Bekenntnis zur Freiheit des menschlichen Willens – erscheint als wirklicher Ausgangspunkt seiner geistigen Grundhaltung fragwürdig. Die hierfür von *Hartl* herangezogenen Zitate *Freislers*³¹ legen vielmehr nahe, dass es diesem zur Verbrämung strafrechtlicher Expansionswünsche³² um Etablierung einer stereotypen Redewendung ging.³³ Eine rechtsphilosophische Verortung wird

23 *Vogel* (Fn. 1), S. 79 ff.; *Hirsch*, Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin, JZ 2007, 494, 498 f.

24 Vgl. einerseits: *Freisler* (Fn. 6), S. 18: »bestraft wird [...] der Wille, nicht die Tat«; andererseits S. 19: »als bedeute dieses Willensstrafrecht [...] nichts anderes als den Willen oder die Gesinnung bestrafen zu wollen.«

25 Einschränkung: *Freisler* (Fn. 6), S. 18.: »[...] bedeutet ebenso wenig, daß der zu keiner Tat geschrittene Wille bestraft wird«; *Dahm*, Der Tätertyp im Strafrecht (1940), S. 55; *Mezger*, DJZ 1934, Sp. 103; *Hartl* (Fn. 8), S. 92; pro Tatorientierung des Willensstrafrechts auch: *Vogel* (2004), S. 88; vermittelnd: *Ambos* (Fn. 14), S. 46: lediglich »prozessuale Konzession«; dagegen: *Hirsch* (Fn. 23), S. 498, der darauf hinweist, dass nach *Freislers* eigenen Worten, die Kriterien eines Gesinnungs- und damit keineswegs ein Tatstrafrecht vorläge.

26 *Freisler* (Fn. 6), S. 33.

27 S. bereits *Klee* (Fn. 23), S. 3; *Freisler* (Fn. 6), S. 16: »Schuld aber wird, [...], dem Willen zugerechnet«; *Gürtner*, Der Gedanke der Gerechtigkeit in der deutschen Strafrechtserneuerung, DJ 1935, 1241 (1245); *Sauer*, Ethnisierung, DStR 1934, 185; *Hartl* (Fn. 8), S. 91.

28 *Kerrl*, Denkschrift (1933), S. 142; *Schaffstein*, Nationalsozialistisches Strafrecht, DStR 1934, 273; vgl. aus heutiger Sicht *Kubiciel*, Shame Sanctions – Ehrenstrafen im Lichte der Straftheorie, ZStW 2006, 44 (54): »Ehrenstrafen als Zugriff auf die Innerlichkeit«.

29 *Kerrl* (Fn. 28), S. 139: »Beibehaltung [...] außer Frage; ihr Anwendungsbereich ist [...] zu erweitern.«

30 *Hartl* (Fn. 8), S. 89.

31 *Freisler* (Fn. 6), S. 15: »Für eine heroische Stellungnahme zum Leben [...], wie sie dem Nationalsozialismus eigen ist, gibt es eine Frage der Willensfreiheit nicht. [...] Er ruft in jeder Lage des Lebens: »Ich soll, ich will, ich kann!«.

32 Vgl. die Forderung nach Vorverlagerung der Strafbarkeit, beispielhaft *Freisler* (Fn. 6), S. 23: »Präventivkrieg«; Prägnant auf die staatschutzrechtlichen Ziele des Konzepts hindeutend: S. 23 f.: »[...] Fälle, in denen das letzte Ziel der vorbereitenden Handlung die Zerstörung der völkischen Grundordnung ist, [...] der Erfolg des Verbrechens praktisch seine Legalisierung bedeutet, wird ein Bedürfnis zum Einschreiten bereits gegen den Vorbereitenden vorliegen.«

33 Um eine strafrechtsdogmatische Kursänderung einläuten zu können, vgl. *Llanque*, Metaphern, Metanarrative und Verbindlichkeitsnarrationen,

überdies überhaupt nicht angestrebt.³⁴ Das *Freisler'sche* Willensstrafrecht wird zudem nicht dem Anspruch juristischer Theoriebildung gerecht, denn Anschlussfähigkeit an vorher Entwickeltes im Sinne einer Systematisierbarkeit als Kennzeichen einer juristischen Theorie, wird darin gerade abgelehnt.³⁵ Vielmehr erscheint die Einordnung als Kampfliteratur treffend. Die Annahme eines Indeterminismus-Bekenntnisses ist zudem mit dem totalitären Staatsverständnis des Nationalsozialismus schwer vereinbar,³⁶ welcher einen Zugriff auf das Internum der Rechtsunterworfenen beanspruchte und somit die Existenz gedanklicher Freiheit gerade minimieren wollte.³⁷ Verbrämung im oben genannten Sinne meint also, dass die Willensfreiheit in erster Linie legitimatorisch angeführt wird, um nach außen hin ihre Anerkennung zu bescheinigen.³⁸ Wie noch zu zeigen sein wird, diente das willensstrafrechtliche Instrumentarium jedoch vornehmlich der Detektion von »Volksfeinden«,³⁹ welche keine Gewähr für ein ideologiekonformes Verhalten boten. Auch wenn damit die Verwendung des Begriffs Willensfreiheit zu hinterfragen⁴⁰ ist, bleibt ein Minimalmaß an (zugeschriebenem) Indeterminismus als Nucleus der Idee Willensstrafrecht unverzichtbar, damit dieses seine abschreckende Wirkung auf eine umstürzlerische Willensregung entfalten konnte.

Als konkrete rechtsdogmatische Vorarbeit rückt hingegen eine, mit *H. A. Fischer*⁴¹ einsetzende, allgemeine Subjektivierungstendenz⁴² in den Blick. Zuerst für die erfolgs-

kupierten Delikte wurden die sog. subjektiven Unrechtselemente entdeckt.⁴³ Von *Mezger* systematisiert⁴⁴, bedeutete dies einen Umschwung von einem allein durch Außenweltfaktoren bestimmten Tatbestandsverständnis hin zu der Erkenntnis, dass subjektive Elemente ohne objektive Entsprechung im Tatbestand dem Gesamtdelikt erst sein sozialschädliches Gepräge geben.⁴⁵ Hieran konnte eine Okkupation durch das Willensstrafrecht anknüpfen,⁴⁶ indem den subjektiven Unrechtselementen die Aufgabe zuerkannt wurde, die Gesinnung und den verbrecherischen Willen des Täters zu typisieren.⁴⁷ Gedanklich in die gleiche – die Strafwürdigkeit durch Subjektivierung vorverlagernde – Richtung ging außerdem die sog. symptomatische Verbrechenslehre:⁴⁸ Hier wird ein Augenmerk der Bedeutung vorsätzlichen Verhaltens – wie in der Folge auch bei *Freisler* anklingt – darauf gelegt, dass »eine anormale Reaktion des Bewusstseins auf Vorstellungen dargetan wird«. ⁴⁹ Noch prägnanter ist hier die Herabwürdigung des »Erfolges [...] als Symptom«, ⁵⁰ womit dessen Eintritt gegenüber der »psychischen Beschaffenheit« ⁵¹ als das strafrechtlich Relevante bereits an Bedeutung verliert. Wenn man diese freilich nur als unbewusste Wegbereiter bezeichnen mag, ist hingegen in der Arbeit *Klees* zum *dolus indirectus* bereits ein explizites Hinarbeiten auf ein Willensstrafrecht zu erblicken.⁵² Die Vorsatzform des *dolus indirectus* beruhte auf dem – an § 1 des österreichischen StGB⁵³ angelehnten – Gedanken, die Bedeutung des Erfolges für den subjektiven Tatbestand (seinerzeit noch Schuld) abzuschwächen.⁵⁴ Die Forderung nach einem *dolus indirectus* lief also auf Absenkung der Vorsatz-

(2014), S. 7: »Narrative Elemente bearbeiten den zu beratenden Gegenstand auf eine spezifische Weise für die politische Entscheidung vor.«

34 *Freisler* (Fn. 6), S. 12.

35 *Canaris*, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, 377 (377 f.): »[...] verdient nicht jede beliebige Verbindung allgemeiner Sätze den Namen Theorie. [...] Einordnung in einen umfassenderen Zusammenhang«, derer sich *Freisler* (Fn. 6), S. 12, 16 jedoch vehement entzog.

36 Zum einen erkennt *Hartl* im selben Atemzug den Widerspruch zu deterministischer Propaganda i. R. d. Rassen- und Erblinienforschung an, ders. (Fn. 9), S. 90; Zum anderen spricht hiergegen die Überzeugung der NS-Führungsriege von der Wirksamkeit von Propaganda und Indoktrination, vgl. *Arendt*, Elemente und Ursprünge totale Herrschaft, 20. Auflage (2017), S. 726 ff.

37 Konträr zur *Kant'schen* Unterscheidung von Moralität und Legalität, vgl. *Dreier*, Kants Republik, JZ 2007, 745 (747): »In dieser Möglichkeit bloß äußerlicher Übereinstimmung mit den Rechtsnormen ohne innere Gewissensüberzeugung von der Richtigkeit des Rechts liegt in einem relevanten Ausmaß die Freiheit der Rechtsunterworfenen beschlossen.«

38 *Freisler* (Fn. 6), S. 44: »Bekenntnis zur Willensfreiheit«.

39 *Freisler* (Fn. 6), S. 28: »kommende Strafrecht stellt sich auf diesen Individualwillen nicht ein, um ihm Betätigungsfreiheit gegenüber dem Volksganzen [...] zu sichern, sondern um ihn [...] in die Achtung vor den Lebensgesetzen des Volkes hineinzwingen zu können«, S. 23: »Feind«.

40 Vgl. *Telp*, Ausmerzung und Verrat: zur Diskussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich (1999), S. 120: Als NS-»Postulat« der kritischen Diskussion entzogen.

41 Noch für das ZR: *H. A. Fischer*, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts (1911), S. 288 f.: »verboten oder erlaubt [...], je nach der Gesinnung mit welcher der Täter die Tat begeht.«

42 *Dohna*, Die Elemente des Schuldbegriffs, GS 1905, 304 (311): »knüpft unser Werturteil [...] an die Willensbestimmung«; *Nagler*, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, in: FS-Binding (1911), S. 286 Fn. 8: »Subjektive Elemente [...] konstitutive Bedeutung«; sekundär: *Vogel*

(Fn.1), S. 16 f., 79 ff.

43 Nun für das StR bzgl. überschießender Innentendenz: *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 1915, 19 (31 f.): »ins Subjektive verflüchtigte Momente des gesellschaftschädlichen [...] Vordatierung der Empfindlichkeit des betreffenden Interesses.«; *Mayer*, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts (1915), S. 186.

44 *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 1924 (89), 207–314.

45 *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens ZStW 1915, 184; s. a. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Auflage (1996), S. 206, 317 f.

46 *Braun*, Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts (1936), S. 1 ff.; *Berges*, Pflichtwidrigkeit und Willensstrafrecht, DStR 1934, 239 (243).

47 *Schaffstein*, Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?, DStR 1935, 97; *Berges* (Fn. 46), DStR 1934, 239 (243).

48 So *Marxen*, Das Problem der Kontinuität in der neueren deutschen Strafrechtsentwicklung, KritV 1990, S. 287, 293; dagegen: *Hartl* (Fn. 8), S. 58, insoweit diese der »modernen Schule« v. *Liszt's* entspränge, welche auf Resozialisierung nicht auf »Vernichtung« aus gewesen sei.

49 *Tesar*, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens (1907), S. 209.

50 *Tesar* (Fn. 49), S. 212.

51 *Tesar* (Fn. 49), S. 241.

52 *Klee* (Fn. 27), S. 2: »entwickelt sich das Strafrecht [...] vom Erfolg- zum Willensstrafrecht.«, S. 50: »[...] bereits das Anstreben [...] und nicht erst seine Herbeiführung pönalisiert.« »In der Tätigkeit, nicht in dem Erfolge lehnt sich der Wille gegen die Norm auf«; sekundär: *Hartl* (Fn. 8), S. 63: »kann zweifellos als Vorläufer [...] bezeichnet werden.«

53 Strafrecht über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen für das Kaisertum Österreich, Inkrafttreten am 1. 9. 1852.

54 *Klee* (Fn. 27), S. 3: »Wie der Versuch ein Verzicht auf den vollen Erfolg in der Objektivität ist, so ist im *dolus indirectus* der Erfolg in der Subjektivität abgeschwächt.«

erfordernisse in der Weise hinaus, dass bereits alle Erfolge als vom Vorsatz umfasst anzusehen seien, die von der ursprünglichen Verwirklichungsabsicht nicht erfasst sind, aber im Rahmen dieser typischerweise miteintreten.⁵⁵ Sowohl die Pönalisierungsbestrebung hinsichtlich eines solchen »Gefährdungsvorsatzes«,⁵⁶ als auch bestehende vorverlagerte Strafbarkeit im Stile von § 49a RStGB, welcher Vorläufer des heutigen § 30 StGB ist und die Aufforderung sowie die Annahme einer Aufforderung zur Begehung oder zu Teilnahme an einem Verbrechen inkriminierte, sowie die Rechtsprechung des RG zum untauglichen Versuch,⁵⁷ stellten subjektivistische Dammbürche aus wissenschaftlicher, legislatorischer wie justizieller Richtung dar. Konträr zum eigenen Anspruch historischer Einmaligkeit – entsprach das NS-Willensstrafrecht somit dem Zeitgeist.

IV. Verortung im radikalisierten Strafrechtsdiskurs und Abgrenzung

1. Willens- und Gefährdungsstrafrecht

Das Willensstrafrecht musste sich zunächst in der wissenschaftlichen Diskussion – nach seiner erstmaligen Einführung in die NS-Kriminalpolitik durch die Denkschrift des preußischen Justizministers (1933) – von einem als gleichbedeutend erdachten Gefährdungsstrafrecht⁵⁸ abschichten⁵⁹. Anzusehen sind die beiden Versionen vorverlagerter Strafbarkeit als je objektive und subjektive Spielarten einer neuen Tatbestandskonzeption;⁶⁰ wobei anzumerken ist, dass das willensstrafrechtliche Konzept durch Vermessung des »verbrecherischen Willens« auch Schuld und Strafzumessung beeinflussen sollte.⁶¹ Nichtsdestotrotz handelte

es sich bei beiden um schwer fassbare Konzeptionen, die mehr programmatische Zielvorgaben mit impulshaften Oberbegriffen versehen sollten,⁶² als elaborierte Strafrechtsdogmatik abzugeben.

2. Täter- oder Tatstrafrecht

Auffällig ist die Distanzierung von einem »individualistischen« Täterstrafrecht,⁶³ begleitet von der Sorge vor allzu rücksichtsvoller richterlicher Beurteilung der Täterpersönlichkeit.⁶⁴ Gleichzeitig ergeht jedoch die Forderung einer stärkeren Berücksichtigung der Täterperson in der Strafzumessung.⁶⁵ Die Konzentration auf die Durchlaufstadien einer Tat⁶⁶ spricht zudem – was die Tatbestandsausgestaltung angeht – für eine Einordnung als Tatstrafrecht. Interessant daher die, nur scheinbar gegensätzliche Einordnung durch *Bockelmann* (1940), welcher von einer »mächtige[n] Belebung« des Tätergedankens durch das Willensstrafrecht spricht.⁶⁷ *Von Gemmingen* betrachtet zudem Willens- und Täterstrafrecht als parallel, aber nicht gleichbedeutend.⁶⁸ Das Willensstrafrecht lässt sich somit am besten als Vehikel für täterstrafrechtliche Gedanken im noch tatstrafrechtlichen Gewande bezeichnen.⁶⁹

3. Willensstrafrecht als Gesinnungsstrafrecht

Die stärkste Divergenz von Selbst- und Fremdzuschreibung dürfte jedoch die Frage betreffen, ob mit der Forderung nach einem Willensstrafrecht zugleich die Grenze zum Gesinnungsstrafrecht überschritten wurde. Objektive Elemente der Willensäußerung annehmende Literatur⁷⁰ ist zudem

55 *Klee* (Fn. 27), S. 3 f. sah darin keine Konzession an die Objektivität, sondern dadurch, dass er das »gefährliche Wollen entscheiden läßt, eine bedeutende Erweiterung des Gebietes des Willensstrafrechts.«; vgl. das – erhebliche Abgrenzungsprobleme erzeugende – moderne Äquivalent: *dolus eventualis* (s. nur sog. »Berliner Raser Fall«: BGH NJW 2018, 1621 = BGH, 1. 3. 2018 – 4 StR 399/17, daraufhin: LG Berlin, 26. 3. 2019 – 532 Ks 9/18), vgl. dogmengeschichtlich *NK/Puppe*, 5. Aufl. (2017), § 15 Rn. 14 ff.: »Vom *dolus indirectus* zum *dolus eventualis*«.

56 *Klee* (Fn. 27), S. 49.

57 RGSt 1, 439 (441); 8, 198 (203); 34, 15 (18).

58 *Kerrl* (Fn. 28), S. 112: »Gefährdungsstrafrecht (Willensstrafrecht)«.

59 Contra Gefährdungsstrafrecht: *Finger*, Einige Gedanken zur Denkschrift des preußischen Justizministers »Nationalsozialistisches Strafrecht«, GS 1934, S. 284; *Oetker*, Gefährdungs- oder Verletzungsstrafrecht, in: Denkschrift des Zentralausschusses (1934), S. 48 f.: »in den Begriffen der Gefahr liegt nicht zu bannendes Element der Unbestimmtheit [...] gesunde Volksanschauung wird es nicht verstehen, wenn X, der eine Sache des D zerstören wollte und zerstört hat, wegen Sachgefährdung bestraft wird.«; *Schaffstein*, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, ZStW 1938, 610 (610 f.); m. w. N. *Mezger*, Leitfaden (1936), S. 27; *Freisler* (Fn. 6), S. 31.

60 *Klee*, (Fn. 4) S. 114 sieht den Unterschied in unmittelbarem Abstellen auf den »Schutzgedanken« durch das Gefährdungsstrafrecht, während das Willensstrafrecht hierfür nur (mittelbar) Mittel aufzeige, wie dieser Zweck erreicht werde; *Mezger* (Fn. 14), S. 27: Willensstrafrecht begnüge sich nicht mit »Gefährdungsvorsatz« – andererseits sei eine äußere Gefährdung für verbrecherische Willensbetätigung nicht immer bedeutsam.

61 *Kerrl* (Fn. 28), S. 112: »Für die Höhe der Strafe [...] Umfang [...] angelegten Schadens nicht maßgeblich, [...] hängt nur von dem Maß der

entfalteten verbrecherischen Energie ab«; *Freisler* (Fn. 6), S. 26, auf die Möglichkeit der Berücksichtigung von u. a. »stärkerer oder schwächerer Intensität des Willens« insistierend.

62 *Mayer*, Der Verbrechensbegriff, DStR 1938, 102: »Der Parole ›Willensstrafrecht‹ kommt in dieser Entwicklung das geschichtliche Verdienst zu, daß sie die subjektive Auffassung der Tat als Willensverwirklichung praktisch durchgesetzt hat.« – vgl. heute und näher u. B. I. 2. a): subjektive Versuchstheorie, *Lackner/Kühl/Kühl*, 29. Aufl. (2018), § 22 Rn. 11; *Laufhütte/Rissing-van-Saan/Tiedemann/Hillenkamp*, LK Band 1, 12. Aufl. (2007), Vor. § 22 Rn. 67 zum Willensstrafrecht: Rn. 69; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 22 Rn. 2 b

63 *Freisler* (Fn. 6), S. 28: wiederholt »dasjenige« Täterstrafrecht betonend, weshalb naheliegt, dass nun ein anderes Täterstrafrecht folgen soll.

64 *Freisler* (Fn. 6), S. 14, 24, 27 f.,

65 *Freisler* (Fn. 6), S. 27; *Dahm*, Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht, DStR 1934, 95: »›Willensstrafrecht‹ bedeutet, daß die Tat zur Persönlichkeit des Täters in Beziehung gesetzt wird.«

66 *Freisler* (Fn. 6), S. 21: »Versuchung, Willensentschluß, Vorbereitung, Ausführungsbeginn, Ausführung bis zur Erfolgsherbeiführung, Erfolgssicherung«

67 *Bockelmann*, Studien zum Täterstrafrecht, Teil 2 (1940), S. 106, 108: »Es lag nahe [...] den Träger des Willens, den Täter, zum Gegenstand des Strafrechts zu machen.«

68 v. *Gemmingen*, Der Irrtum über die eigene Tatbereitschaft, ZStW 1941, S. 1, 7.

69 Ähnlich *Vogel* (Fn. 1), S. 81, 84, der von tatorientierter Subjektivierung ausgeht; *Hartl* (Fn. 8), S. 121.

70 *Schaffstein* (Fn. 28), S. 280: Die Sittenordnung ergreife die Gesinnung des »Volksgenossen«, aber »selbstverständlich ist, daß auch im neuen Strafrecht nur die nach außen in Erscheinung tretende Böswilligkeit der

im Lichte des schwerwiegenden Makels zu sehen, den der Stempel »Gesinnungsstrafrecht« einem als fortschrittlich empfundenen Strafrecht zufügt. Diesen Lippenbekenntnissen zum Trotz wird vielfach die erwähnte Funktion der Detektion von politischen Gegnern ersichtlich, weshalb dem Willensstrafrecht durchaus gesinnungsstrafrechtliche Elemente beigegeben werden konnten.⁷¹ Gesinnungsstrafrecht liegt jedenfalls dann vor, wenn die innere Einstellung des Täters für die Straf Begründung keine Erfüllung gesetzlicher Tatbestände mehr zum Gegenstand haben muss⁷² und damit richterlichen Willkürentscheidungen zugunsten politischer Zweckmäßigkeit Tür und Tor geöffnet wird. Genau dies scheint jedoch in Verbindung mit einer Aufhebung des Analogieverbotes beabsichtigt.⁷³ Somit gilt: Auch wenn nicht durchweg ein explizites Bekenntnis vorliegt – die sachliche Nähe zu einem Gesinnungsstrafrecht widerspricht ihrer vorgetragenen Ablehnung.

4. Einordnung

Festzuhalten bleibt damit, dass sich das Willensstrafrecht einer eindeutigen Zuordnung zu Tat- oder Täterstrafrecht entzieht und damit am ehesten als Hybrid⁷⁴ eines tatorientierten Gesinnungsstrafrechts zu charakterisieren ist, bei dem die Tat selbst nur den Anlass zum Durchgriff auf den Täter und dessen Persönlichkeit darstellt.⁷⁵ Deutlich wird dies einerseits (in puncto Tatorientierung) an den dogmatischen Hauptforderungen, die aus dem Postulat Willensstrafrecht gezogen wurden (näher dazu B.) und sich vorrangig auf dem Gebiet der allgemeinen Straftatlehren wiederfinden. Andererseits sind die zu den Folgerungen hin führenden Gedankengänge stark am »Willensträger«⁷⁶ orientiert und sorgen so für einen gesinnungsstrafrechtlichen Einschlag des Willensstrafrechts beziehungsweise eine Öffnung des Strafrechtsdiskurses für eine entsprechende Aufladung.

Gesinnung zum Gegenstand der strafrechtlichen Reaktion wird.«; *Finger* (Fn. 59), S. 287; *Freisler* (Fn. 6), S. 192.

⁷¹ *Ebert*, Der Versuch – Gefährdungs- und Verletzungsstrafrecht, DJ 1934, 482 der in seiner Stellungnahme für das Willensstrafrecht die Gefahr der »zersetzenden Gesinnung« des Einzelnen für den nationalsozialistischen Staat betont; v. *Gemmingen*, Willensstrafrecht oder Gefährdungsstrafrecht, JW 1933, Sp. 2372; *Schaffstein*, Ehrenstrafe (1934), S. 280: NS-Strafrecht als »notwendig Gesinnungsstrafrecht« deklarierend; *Mezger* (Fn. 9), Sp. 101, Fn. 1: »Emanation der Täterpersönlichkeit«.

⁷² In diesem Sinne: *Krug*, Drei Grundprobleme des kommenden Strafrechts, ZAKDR 1935, 98 (99); *Freisler*, Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers, DStR 1935, 163: »Bekämpfungswürdigkeit [...] zwar von irgendeiner Handlung abhängig [...], diese [...] aber nicht einen bestimmten, gesetzlich oder sonstwie ein für allemal festgelegten Tatbestand auszufüllen braucht«.

⁷³ *Freisler*, Der Versuch, ZAKDR 1934, 82 (83).

⁷⁴ Hybrid, weil Gesinnungsstrafrecht grundsätzlich eine akzentuierte Form des Täterstrafrechts darstellt, vgl. *Hirsch* (Fn. 23), S. 498.

⁷⁵ *Mezger* (Fn. 13), S. 29 der zwischen zwei Arten des Gesinnungsstrafrechts differenziert – einer ganz ohne Willensbetätigung und einer, die die der Tat zugrundeliegende Gesinnung maßgeblich berücksichtigt – und das Willensstrafrecht der zweiten zurechnet; *Gürtner*, Der Gedanke der Gerechtigkeit in der deutschen Strafrechtserneuerung, in: Das neue Strafrecht (1936), S. 19, 29.

⁷⁶ *Freisler* (Fn. 6), S. 23.

B. Einfluss auf die Strafrechtsdogmatik

Abseits der tatsächlich begrenzten Verwirklichung in autoritativen Setzungsakten der Staatsleitung beschäftigt sich die weitere Untersuchung mit Einflüssen auf die Strafrechtsdogmatik im engeren Sinne. Wie bereits in der Einleitung angedeutet, liegt dem ein Verständnis von Strafrechtsdogmatik als einem Gedankengebäude zugrunde, welches nicht mit dem positiven Gesetz identisch ist. Gegenstand strafrechtsdogmatischer Erörterung ist die Regelungsmaterie welche Regelungsbedürfnisse erzeugt, auf welche wiederum das positive Gesetz erst eine (von potenziell mehreren, denkbaren) Antworten liefert.⁷⁷

I. Allgemeiner Teil

1. Vorsatzdogmatik

Dem Willensstrafrecht war einerseits eine Engführung auf Vorsatzdelikte immanent.⁷⁸ Andererseits beruhte es auf dem klassischen Verbrechenbau, ordnete also die – heute als Teile des subjektiven Tatbestands angesehenen – Merkmale Vorsatz und Fahrlässigkeit der Schuld zu.⁷⁹

a) Dolus eventualis

Ausgehend von der Genese des Begriffes Willensstrafrecht rückt vor allem die – noch heute⁸⁰ – besonders umstrittene Einordnung des *dolus eventualis* in den Mittelpunkt des dogmatischen Klärungsbedürfnisses. Mit der Aufgabe eines Erfolgsstrafrechts verbunden war auch die erhoffte Aufgabe dieser Rechtsfigur, denn »zufällige« und unerwartete Erfolge, denen gegenüber sich ein Erfolgsstrafrecht vor die quälende Frage gestellt sieht, ob und inwieweit sie im zugrunde liegenden Vorsatz noch eingeschlossen waren, berühren ein folgerichtiges Willensstrafrecht gar nicht.«⁸¹ Dies war als Vorsatzexpansion zu verstehen, die auf Linie der sog. Einwilligungstheorie⁸² – diese gleichsam auflockernd und erweiternd – zum Ziel hatte, auch die Fälle zu erfassen, in denen der Täter sich »ohne Billigung des Erfolges in

⁷⁷ *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode (1983), S. XII (Vorbemerkung).

⁷⁸ *Freisler* (Fn. 6), S. 15.

⁷⁹ *Mezger*, Deutsches Strafrecht, Ein Grundriss (1938), S. 82 ff.; *Schäfer*, Die Schuldlehre, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht: Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission (1935), S. 49, 58 ff.

⁸⁰ NK/*Puppe*, 5. Aufl. (2017), § 15 Rn. 14 ff.; HK-GS/*Dutge*, 4. Aufl. (2017), § 15 Rn. 19 ff.; *Fischer*, 66. Aufl. (2019), § 15 Rn. 9 d; LK/*Vogel*, 12. Aufl. (2007), § 15 Rn. 118 ff.; SSW-StGB/*Momsen*, 4. Aufl. (2019), § 14 Rn. 44; der Gleichgültigkeitstheorie folgend *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster*, 30. Aufl. (2019), § 15 Rn. 84.

⁸¹ *Mezger* (Fn. 10), Sp. 101; *Kerrl* (Fn. 28), S. 113, 124; *Dohna*, Bemerkungen zum kommenden deutschen Strafrecht, MSchKrimPsych 1935, 97 (98), der auf Unvereinbarkeit mit dem geplanten »Unternehmens«-Begriff hinweist und eine »Verengung des Strafbereichs« fürchtet.

⁸² Die »Vorsatz annimmt, wenn der Täter die Verwirklichung des Tatumstandes für möglich hält, und für den Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist.« so: *Schäfer* (Fn. 79), S. 61; *Mezger* (Fn. 13), S. 54.

frivoler Gleichgültigkeit«⁸³ über die als möglich erkannte Tatbestandsverwirklichung hinwegsetzt. Unklar bleibt, ob mit der so gefassten gesetzlichen Fixierung der Gleichgültigkeitstheorie tatsächlich der *dolus eventualis* in Fortfall gerät. Das Drängen nach Vereinfachung der Dogmatik führt nur zu dessen Festlegung auf einen bestimmten Begriffsinhalt, trägt hingegen nichts zur Klärung des Grenzbereichs zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit bei.

b) Willenstypisierung⁸⁴

Die Einordnung von Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldformen korrespondiert mit einer weiteren Forderung: das Unrechtsbewusstsein in den Vorsatz zu implementieren.⁸⁵ Hier wird konkret ein Mittel zur Detektion im genannten Sinne geschaffen: Getragen von einer »materiellen Unrechtsauffassung«⁸⁶ sollte nicht mehr von einem »formal – als Kennen oder Kennenmüssen der äußeren Tatumstände – gefassten Willen«⁸⁷ ausgegangen werden, sondern von einem »Willen, der von dem Bewusstsein getragen ist, Unrecht zu tun, Unrecht nicht bloß in dem Sinn des formal Gesetzwidrigen, sondern im Sinn des Widerspruchs zu [...] den Normen die für das völkische Zusammenleben unentbehrlich sind.«⁸⁸ Neben die (laienhaft nachvollzogene) Kenntnis des gesetzlichen Tatbestandes tritt – für den Fall ihres Fehlens, sprich: im Irrtum – die materielle Unrechtskenntnis.⁸⁹ Über den gleichen Kamm der ideologiebehafteten Leerformel von der »gesunden Volksanschauung« geschoren, sollten sich so sämtliche Irrtumsprobleme erledigen.⁹⁰ Das hiermit parteikonformer Rechtsprechung der Weg bereitet werden sollte, liegt retrospektiv auf der Hand.

Insgesamt lässt sich somit ein Drang nach Vereinfachung⁹¹ der Vorsatzdogmatik attestieren, welcher zugunsten steigender richterlicher Entscheidungsmacht⁹² ausfällt. Es

findet in diesem Bereich also eher ein Andienen an politische Bedürfnisse als tatsächlich dogmatische Begriffsklärung statt.

2. Versuch und Vollendung

In Einklang mit der – eher gefährdungsstrafrechtlichen – Parole »Möglichst früh und mit aller Macht!«⁹³ sollte der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung eingeebnet werden, um unter Einführung eines allgemeinen »Unternehmens«-Tatbestands⁹⁴, herkömmliche Versuche als Vollendungsstaten bestrafen zu können.

a) Strafgrund des Versuchs

Als Ausgangspunkt dieser Bestrebungen lässt sich inhaltlich die (rein) subjektive Theorie vom Strafgrund des Versuchs ausmachen. Sie sieht diesen in der Betätigung des rechtsfeindlichen Willens des Täters.⁹⁵ Der historische Ursprung dieser Lehrmeinung findet sich bei *von Buri*,⁹⁶ welcher zur Begründung ausführt, dass bei Fehlen eines objektiven Tatbestandsmerkmals bereits völlige Bedeutungslosigkeit der objektiven Seite einträte, mithin »der in der objektiven Bedeutungslosigkeit des Versuches enthaltene verbrecherische Wille ausschließlich das strafbare Element desselben sei.«⁹⁷ Unter anderem mit dem Vorwurf der Gesinnungsstrafe verbunden, wurde diese Theorie von der Mehrheit der renommierten Strafrechtler jedoch nicht geteilt.⁹⁸ Zu einer Renaissance kam es erst durch die Verbindung mit willensstrafrechtlichen Überlegungen, wenn es in der Denkschrift des preußischen Justizministers (1933) heißt, dass die subjektive Theorie der nationalsozialistischen Rechtsauffassung entspreche, welche »das Hauptgewicht auf das gefährliche Wollen des Täters legt.«⁹⁹ Unter rein subjektiver Betrachtung der Deliktsstadien anhand der Willensintensität wurde eine theoretische Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Vollendung und Versuch angestrebt,¹⁰⁰ um dem Erfolgseintritt nur noch im Bereich der

⁸³ Schäfer (Fn. 79), S. 61; Damit auf einer Linie mit *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht (1930), S. 186 ff.; vgl. NK/Puppe, 5. Aufl. (2017), § 15 Rn. 56, die darauf hinweist, dass im normativen Sinne des Begriffs »Gleichgültigkeit« (i. Ggs. zum deskriptiv-psychologischen) die Gefahr der Charakterschuld-Bestrafung angelegt sei.

⁸⁴ Begriff bei *v. Gemmingen* (Fn. 71), S. 2372.

⁸⁵ Schäfer (Fn. 79), S. 62 ff.; *Mezger* (Fn. 14), S. 53; vernationalsozialistisch bei *Mezger*, Lehrbuch (1931), S. 330 ff.; krit. *Dohna*, MSchKrimPsych 1935, 99; a. A. *Klee*, Zum kommenden deutschen Strafrecht, DJZ 1934, Sp. 1303 (1307); *ders.*, Vorsatz und Rechtsirrtum, DJ 1934, 737, sog. Vorsatztheorie. Zur Unvereinbarkeit dieser mit §§ 16, 17 StGB: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2016), § 18 Rn. 81–83.

⁸⁶ Schäfer (Fn. 79), S. 63; *Mezger*, Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht, ZStW 1936, 1 (2).

⁸⁷ Schäfer (Fn. 79), S. 63.

⁸⁸ Schäfer (Fn. 79), S. 63; vgl. Formulierungsvorschlag § h. S. 65 f.: »Unbeachtlich ist ein Irrtum [sprich: Bestrafung wegen Vorsatztat], der auf einer Einstellung des Täters beruht, die mit der gesunden Volksanschauung über Recht und Unrecht unvereinbar ist.«

⁸⁹ *Mezger* (Fn. 85), S. 1, 2.

⁹⁰ Schäfer (Fn. 79), S. 63.

⁹¹ Schäfer (Fn. 79), S. 63; *Kohlrausch*, Das kommende deutsche Strafrecht, ZStW 1936, 384 (391).

⁹² *Dahm*, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, DStR 1934, 248 (248 ff.).

⁹³ *Freisler* (Fn. 6), S. 22.

⁹⁴ *Kerrl* (Fn. 28), S. 133; *Freisler* (Fn. 6), S. 26; Ersetzung der Abgrenzung Versuch/Vollendung durch die Abgrenzung Vorbereitung/Unternehmen; *Gürtner* (Fn. 75), S. 26.

⁹⁵ *Laufhütte/Rissing-van-Saan/Tiedemann/Hillenkamp*, LK Band 1, 12. Aufl. (2007), Vor § 22 Rn. 69; *Lackner/Kühl/Kühl*, 29. Aufl. (2018), § 22 Rn. 11; *Joecks/Miebach/Kudlich/Schuh*, Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 3. Aufl. (2017), § 22 Rn. 6.

⁹⁶ *v. Buri*, Zur Lehre vom Versuche, GS 1867, 60 (71); *ders.*, Der Versuch des Verbrechenens mit untauglichen Mitteln oder am untauglichen Objekt, GS 1868, 325 ff.; *ders.*, Versuch und Kausalität, GS 1881, 321 ff.; *ders.*, Über die sog. untauglichen Versuchshandlungen, ZStW 1881, 185 ff.

⁹⁷ *v. Buri* (Fn. 96), GS 1881, 321 (365).

⁹⁸ *Binding*, Handbuch des Strafrechts (1885), S. 695: »in vagster Weise mit der rechtsfeindlichen Gesinnung identifiziert«; *v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1919), S. 199; *v. Hippel*, Das Verbrechen (1930), S. 424.

⁹⁹ *Kerrl* (Fn. 28), S. 134; *Freisler*, in: Denkschrift des Zentrallausschusses (1934), S. 13; *Mezger* (Fn. 13), S. 44.

¹⁰⁰ *Gürtner*, Gedanke, DJ 1935, 1244 ff.; *Krug*, Grundprobleme, in ZAkDR 1935, 99 ff.; *Klee*, Die Grenze zwischen Versuch (Unternehmen) und Vorbereitung, DStR 1934, 283 ff.; *Freisler* (Fn. 99), S. 72.

Strafzumessung Bedeutung zukommen zu lassen.¹⁰¹ Zur Abgrenzung der (straflosen) Vorbereitungshandlung vom Unternehmen sollten allerdings nicht ausschließlich psychologische Momente,¹⁰² sondern auch solche der objektiven Gefährdung,¹⁰³ etwa, dass sich der »Tatbestand [einer] [...] strafbaren Handlung verwirklicht«,¹⁰⁴ dienen. Hier wird deutlich, dass sich die Wissenschaft mit einer rein subjektiven Abgrenzungsbegründung schwertat. Dies hätte das willensstrafrechtliche Konzept prinzipiell insinuiert. Einzelne, die Konzeptionen *Freislers* rezipierende, Autoren¹⁰⁵ nahmen mitunter die neuen Begriffe nicht einmal an, sodass sich das willensstrafrechtliche Programm als nicht durchweg tauglich zur Umgestaltung hergebrachter Kategorien erwies.

b) Untauglicher Versuch

Aus der subjektiven Theorie unmittelbar ableiten lässt sich hingegen die affirmative Einstellung zur Bestrafung des Versuchs am untauglichen Objekt (»Tötung« einer Leiche) oder mithilfe eines untauglichen Mittels (Abtreibung mit Bonbons).¹⁰⁶ Schon umstrittener war die Behandlung des Versuchs durch ein untaugliches Subjekt. Anhand des Beispiels, dass ein Nichtjude auch dann wegen Rassenschande zu bestrafen sei, wenn er irrträglich glaube, die im Gesetz für den Begriff »Jude« aufgestellten Voraussetzungen lägen bei ihm vor, vertrat *Bruns* die Ansicht, dass sich dies zwingend aus den Grundsätzen des Willensstrafrechts ergebe.¹⁰⁷ Für einen weiten richterlichen Spielraum zur Beurteilung des abergläubischen bzw. irrealen Versuchs wurde sich zudem deshalb stark gemacht, weil sich auch dieser Täter »selbst zum Feinde der völkischen Friedensordnung macht«.¹⁰⁸

Die maßgeblich vom RG¹⁰⁹ vorbereitete Rechtsauffassung von der Strafbarkeit zumindest am untauglichen Objekt sowie mit untauglichen Mitteln findet sich auch heute im geltenden Recht wieder¹¹⁰ und wird dementsprechend – aus-

gehend von dessen subjektiver Grundlage¹¹¹ – auch durch die herrschende Eindruckstheorie¹¹² gestützt. Bedenklich für ein Tatstrafrecht ist hieran, dass nicht einmal eine objektive Rechtsgutsgefährdung vorliegt, da die Unmöglichkeit der Tatbestandsverwirklichung bereits im Zeitpunkt des Versuchsbeginns feststeht.¹¹³

3. Täterschaft und Teilnahme

Aus vorgetragener Resignation über die dogmatischen Bemühungen wissenschaftlicher Erörterung zum Themenkomplex von Täterschaft und Teilnahme bot sich das Willensstrafrecht auch hier als Hebel einer Rechtsvereinfachung an.¹¹⁴ Unter Berufung auf den norwegischen Strafrechtler *Getz*, dessen Gedanken sich im norwegischen Strafgesetzbuch von 1902 niedergeschlagen hatten, wurde eine Vereinheitlichung der Beteiligungsformen vorgeschlagen.¹¹⁵

a) Einheitstäterbegriff

Als »notwendiges Korrelat« des erweiterten Tatbegriffs des Willensstrafrechts wurde ein extensiver Täterbegriff angedacht – d.h. eine mögliche Täterschaft ohne eigenhändige Begehung – um die »erhöhte Verantwortlichkeit des Einzelnen [...] gegenüber der Volksgemeinschaft« zum Ausdruck zu bringen und auch die zuvor entwickelte mittelbare Täterschaft miteinbeziehen zu können.¹¹⁶ Zukünftig sollte jeglicher Ursachenbeitrag zur Täter-Bestrafung hinreichen.¹¹⁷ Darin, dass sich nunmehr die Beziehung zwischen Haupttat und Teilnahme in einer bloßen »Erfolgsgemeinschaft«¹¹⁸ erschöpfen solle, ist jedoch bereits ein Widerspruch zur propagierten Abkehr vom Erfolgsstrafrecht zu sehen. Zudem bedeute ein weiter Täterbegriff nicht, »daß die Bezeichnungen [der] Mitwirkungsformen aus der Sprache des Gesetzes ausgemerzt werden müssten«,¹¹⁹ was wiederum die schwierige semantische Handhabbarkeit des

101 *Freisler* (Fn. 6), S. 34 f.

102 *Klee* (Fn. 100), DStR 1934, 283 (289), im Ansatz für eine nach der »Erfahrung des Lebens« zu beurteilende »innere Tendenz« der Vorhandlung zum Erfolg als Abgrenzungsmoment eintretend.

103 Allerdings nicht für ein Individualrechtsgut, sondern für die »Volksgemeinschaft vgl. *Freisler* (Fn. 6), S. 41; s. a. *Hall*, Die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung im Willensstrafrecht, GS 1938, 95 (103 f.), der wiederum feststellt, dass bei der gleichen Maßnahme, von einem »Gewohnheits- oder Triebverbrecher« vorgenommen, eine höhere Gefahr ausgeht, als von einem »Zufallsverbrecher«; *Müllereisert*, Der Beginn der Straftat, DStR 1936, 41 ff.; *Bruns*, Zur Begriffsbestimmung des Versuchs (Unternehmens, Beginns) im kommenden Strafrecht, DJ 1935, 680 f.; *Mezger* (Fn. 13), S. 28.

104 *Klee* (Fn. 102), DStR 1934, 283 (292).

105 *Hall* (Fn. 103), GS 1938, 95 ff.

106 *Freisler* (Fn. 6), S. 35; *Klee* (Fn. 85), DJZ 1934, Sp. 38 f.

107 *Bruns*, Zur Frage der Strafbarkeit des »Versuchs« eines untauglichen Subjekts, DStR 1938, 165 ff.; a. A. *Schoetensack*, in: Denkschrift des Zentralausschusses (1934), S. 62; *Freisler* (Fn. 6), S. 36 f.

108 *Freisler* (Fn. 6), S. 36.

109 Untaugliches Mittel: RGSt 1, 439; 17, 158; 50, 35 f.; untaugliches Objekt: RGSt 1, 451; 39, 316.

110 § 23 Abs. 3 StGB enthält für den grob unverständigen Versuch die Möglichkeit der (e contrario auch ungemilderten) Strafbarkeit; s. a. *Baumann/Weber/Mitsch/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2016),

§ 22 Rn. 39; HK-GS/*Ambos*, 4. Aufl. (2017), § 23 Rn. 7.

111 Vgl. § 22 StGB: »... nach seiner Vorstellung von der Tat ...«.

112 *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Auflage (1996), § 49 S. 515; *Schönke/Schröder/Eser/Bosch*, 30. Aufl. (2019), Vor. §§ 22 ff. Rn. 22; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 48. Aufl. (2018), § 17 Rn. 930; *Satzger*, Der irrealer Versuch, JURA 2013, 1017 (1024); *Joecks/Jäger*, StuKo, 12. Aufl. (2018), Vor. § 22 Rn. 10; *Wolter/Jäger*, SK-StGB, 9. Aufl. (2017), Vor. § 22 Rn. 15; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 22 Rn. 2 a; a. A. *NK/Zazczyk*, 5. Aufl. (2017), § 22 Rn. 11.

113 *Laufhütte/Rissing-van-Saan/Tiedemann/Hillenkamp*, LK Band 1, 12. Aufl. (2007), § 22 Rn. 179.

114 v. *Dohnanyi*, Täterschaft und Teilnahme, in: *Gürtner* (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht: Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission (1935), S. 97: »in scholastischen Spitzfindigkeiten verfahren wissenschaftliche Erörterung«.

115 *Kerrl* (Fn. 28), S. 131; v. *Dohnanyi* (Fn. 114), S. 97; m. w. N. *Rotsch*, »Einheitstäterschaft« statt Tatherrschaft (2009), S. 168.

116 v. *Dohnanyi* (Fn. 114), S. 99.

117 *Klee*, DJ 1935, 179: »Täter ist jeder, der zur Verwirklichung des Tatbestands beiträgt«; *Ellger*, Der weite Täterbegriff im kommenden deutschen Strafrecht, DJ 1935, 217 ff.; *Noack*, Täterschaft und Teilnahme, DR 1934, 50 (51).

118 *Ellger* (Fn. 117), S. 218.

119 v. *Dohnanyi* (Fn. 114), S. 100; ähnlich: *Ellger* (Fn. 117), S. 218.

Vorhabens bezeugte. Letztlich wurde der extensive Täterbegriff aufgrund verschiedener Bedenken¹²⁰ nicht vollends durchgehalten – was teilweise auf ein verfehltes Festhalten am Tatprinzip zurückgeführt wurde¹²¹ – und teilweise auch als nicht zwingend aus dem Willensstrafrecht ableitbar angesehen.¹²² Aus Sicht des Willensstrafrechts widerspreche es »Volksempfinden und Sprachgebrauch, den einen Mörder zu nennen [...] der dem eigentlichen Täter nur die Waffe [...] geborgt hat.«¹²³ Hinzu trat die fehlende Möglichkeit der Berücksichtigung der Intensität des verbrecherischen Willens.¹²⁴ Hier wird also ein weiterer Vorstoß erkennbar, das Recht um der zügigen Implementierung politischer Prinzipien willen¹²⁵ möglichst grobschlächtig zu vereinfachen. Die systematischen Bedenken gewannen jedoch – was den Einheitstäterbegriff betraf – bald die Überhand.

b) Subjektive Teilnahmelehre

Klärungsbedürftig ist zudem das Verhältnis von subjektiver Teilnahmelehre und Willensstrafrecht. Grundsätzlich geht nämlich der Wegfall objektiver Differenzen zwischen Täterschaft und Teilnahme mit der verbleibenden Notwendigkeit einer subjektiven Abgrenzung nach Art der sog. *animus*-Formel des RG¹²⁶ einher,¹²⁷ wenn man, wie im Ergebnis das Willensstrafrecht, aus Gründen der »Volkstümlichkeit« die begriffliche Unterscheidung beibehalten will.¹²⁸ Auf den ersten Blick scheint sich das Willensstrafrecht an eine Formel, die danach abgrenzt, ob jemand die Tat als eigene (»animus auctoris«) oder als fremde (»animus socii«) will, geradezu anzuschmiegen.¹²⁹ Dagegen spricht jedoch, dass diese Lehre vonseiten des Willensstrafrechts gar als dessen »doktrinaire Überspitzung«¹³⁰ angesehen wurde und dass sich der Wille gemäß willensstrafrechtlicher Konzeption nach der Intensität seiner Einstellung gegenüber völkischen Gemeinschaftswerten beurteilt und nicht nach seiner emotionalen Einstellung gegenüber dem Taterfolg.¹³¹ Umgekehrt wurde das

Willensstrafrecht seitens des RG – laut Reminiszenz des ehemaligen RG-Rates *Hartung* – in dem die subjektive Theorie radikalierenden »Badewannen-Fall«¹³² (1940) lediglich als Rechtfertigung gegenüber der Staatsführung zur Abwendung einer Todesstrafe genutzt.¹³³ Das Willensstrafrecht ist letztlich als von dieser Lehre weitgehend unabhängig anzusehen. Es liegt zwar eine Korrelation vor, jedoch keine Kausalität.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

Im Kontext einer angestrebten Verschmelzung von Rechtswidrigkeit und Schuld¹³⁴ sind zudem die in Angriff genommenen Modifikationen des Rechtswidrigkeits-Begriffes zu sehen. Dieser wurde als nicht mehr gleichbedeutend mit der Gesetzeswidrigkeit eingestuft, sondern als »das Handeln, das im Widerspruch mit den Lebensinteressen des Ganzen steht.«¹³⁵ Die Rechtswidrigkeit sollte nicht länger allein als »Angriff auf den äußeren Bestand rechtlichen Geordnetseins«¹³⁶, sondern als »Angriff auf den inneren (d. h. seelischerlebnismäßigen) Bestand rechtlichen Ordnungswillens«¹³⁷ begriffen werden. Erreicht werden sollte dies beispielsweise durch eine weitere Zugriffssicherung nationalsozialistischer Anschauungen auf die Sozialkontrolle des Einzelnen mithilfe des »gesunden Volksempfindens«¹³⁸ als Maßstab der Gebotenheit einer Notwehr. Bei dieser wurde, als unmittelbar aus dem Willensstrafrecht folgend, die Voraussetzung eines subjektiven Rechtfertigungselements in Form des Verteidigungswillens ausdrücklich anerkannt.¹³⁹ Zudem deutet sich – im Rahmen der als Rechtfertigungsgrund angedachten aber schließlich verworfenen Staatsnothilfe¹⁴⁰ – eine Durchbrechung des Willensstrafrechts durch das Führerprinzip an, wenn sich insofern der individuelle Wille dem des Führers als »Herr des Staatsnotwehrrechts«¹⁴¹ unterzuordnen habe. Der Individualwille sollte somit nur in eine Richtung – zuungunsten des Täters – Berücksichtigung finden.

Was den Schuldbegriff angeht, fußte das Willensstrafrecht, wie bereits angedeutet, auf dem klassischen Verbrechensaufbau mit seiner Lokalisierung von Vorsatz und Fahrlässigkeit in der Schuld. Darüber hinaus wurde die Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld maßgeblich von *Schaff-*

120 *Mezger* (Fn. 13), S. 41.; von *v. Dohnanyi* (Fn. 114), S. 112 werden genannt: Aus Täterbestrafung folgendes Kausalitätserfordernis für den Teilnehmer, Aufweisen besonderer subjektiver Erfordernisse über den Vorsatz hinaus sowie allgemein eine »Ausdehnung der Strafbarkeit, die allen Grundsätzen materieller Gerechtigkeit widersprechen.«

121 *Angermeier*, Täterschaft und Teilnahme im nationalsozialistischen Strafrecht, DR 1935, 527 (528).

122 *Conrad*, Strafrechtliche Abhandlungen (1937), H. 374, S. 1 ff.; a. A. *Grau*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des für einen anderen handelnden, DJ 1935, 295 ff.; *Krug* (Fn. 72), ZAkDR 1935, 98 (102 ff.).

123 *Schlosky*, Täterschaft und Teilnahme im kommenden Strafrecht, DJ 1937, 961 (962).

124 *Schlosky* (Fn. 123), DJ 1937, 961 (962).

125 *Schaffstein*, Politische Strafrechtswissenschaft (1934), S. 18: »Sinn und Zweck der Strafe [...] als Ausfluss des [...] obersten politischen Prinzips.«; *Lobe*, Hoffnungen und Entwürfe, GS 1936, 279 (283).

126 Erstmals verwendet: RGSt 2, 163; sodann u. a. RGSt 37, 58; 66, 240.

127 *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Auflage (1996), S. 650.

128 *v. Dohnanyi* (Fn. 114), S. 100 f.

129 So auch *Mezger* (Fn. 13), S. 42.; *ders.*, Sicherheitsverwahrung und Entmannung in der Praxis, DJZ 1935, Sp. 102; *Rietzsch*, Willensstrafrecht, DJ 1943, S. 311.; *Lange* (Fn. 9), DJ 1936, 688.

130 *v. Dohnanyi* (Fn. 114), S. 102; ähnlich *Klee*, Abgrenzung, ZAkDR 1940, 189.

131 *Grau* (Fn. 122), DJ 1935, 295.

132 RGSt 74, 84; m. Anm. *Klee* (Fn. 130), ZAkDR 1940, 189 (189 f.).

133 *Hartung*, »Der Badewannenfall« – Eine Reminiszenz, JZ 1954, 430 (431).

134 *Schaffstein*, ZStW 1936, S. 18 ff.; *Klee*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, in *Gürtner* (Hrsg.) (Fn. 79), S. 90; *v. Gemmingen*, Die Erfassung der Rechtswidrigkeit im System des Willensstrafrechts, DStR 1935, S. 105, 108.

135 *Klee* (Fn. 134), S. 73.

136 *v. Gemmingen* (Fn. 134), DStR 1935, 105 (108).

137 Ebd.

138 *Klee* (Fn. 134), S. 77, 93.

139 *Klee* (Fn. 134), S. 94.

140 *Klee* (Fn. 134), S. 85 f., 95 f.; anders noch *Thierack*, in: Denkschrift des Zentrallausschusses (1934), S. 85: »Die formale Gesetzesverletzung ist nicht rechtswidrig, wenn das Handeln das Volksganze fördern sollte und dem Willen der Volksführung entspricht.«

141 *Klee* (Fn. 134), S. 96.

stein – im Zuge einer Ethisierung des Rechts¹⁴² – deshalb angegriffen, weil die sittliche Bewertung an den Willen anknüpfe, nicht an den Erfolg, womit das »Willensstrafrecht [...] die Aufhebung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld [...] zur Notwendigkeit«¹⁴³ mache. Ein neuer Schuldbegriff mit klarer Kontur entsteht dadurch zwar nicht.¹⁴⁴ Hinsichtlich der allgemeinen willensstrafrechtlichen Schuldinterpretation ist jedoch naheliegend, dass die diskursive Einführung des Begriffs Willensschuld die Etablierung des weitergehenden Begriffs der Lebensführungsschuld¹⁴⁵ begünstigte,¹⁴⁶ da durch jenen eine begriffliche Öffnung von der Einzeltat zur Gesamtpersönlichkeit ermöglicht wird. Dies bekräftigt wiederum die oben aufgestellte These von der Eigenschaft des Willensstrafrechts als Durchgangsstadium zu einem Täter- bzw. Gesinnungsstrafrecht.

5. Konkurrenzlehre

Auch auf dem Gebiet der Konkurrenzlehre sollte es aus Perspektive des Willensstrafrechts zu erheblichen Vereinfachungen kommen, um die »Volkstümlichkeit«¹⁴⁷ zu steigern. Im Vordergrund stand der Wunsch nach Vereinheitlichung von Tateinheit und Tatmehrheit in der Weise, dass deren unterschiedlichen Rechtsfolgen – Absorptions- und Asperationsprinzip – anzugleichen seien.¹⁴⁸ Von der grundsätzlichen Funktion der Tat im Gesamtsystem als »Produkt eines Willensträgers«¹⁴⁹ gedacht, stelle jene sich lediglich als »Anlaß«¹⁵⁰ für Strafverfolgung und »Quelle für die Erkenntnis des Willensträgers«¹⁵¹ dar. Auch für die Behandlung mehrerer Taten sollte demnach ihre Funktion als Einfallstor für die Bemessung des Individualwillens am »Volksgewissen«¹⁵² berücksichtigt werden. Weil »nicht Tatenbeurteilung, sondern Persönlichkeitsbeurteilung«¹⁵³ gefordert sei, bestehe die Lösung in der Einheitsstrafe, also einer einheitlichen Strafe ohne Rücksicht auf die Zahl der Gesetzesverletzungen und die Art ihres Zusammen-

treffens¹⁵⁴ um den »Blick des Richters auf die Persönlichkeitsbeurteilung«¹⁵⁵ lenken zu können. Die Konkurrenzlehre erweist sich somit als Systembereich des Strafrechts, bei dem der Anteil des Gesinnungs- am Willensstrafrecht deutlich hervortritt. Insofern ist der Einschätzung Hartls zu widersprechen, dass auch die Forderung nach einer Gesamtstrafe, aus Gründen der Berücksichtigung etwaig verschiedener Willensinhalte bei jeder Einzeltat, konsequent gewesen wäre.¹⁵⁶ Vielmehr bestätigen die Vergrößerung des Maßstabs (»Volksgewissen« als Orientierungspunkt) und das erweiterte Ermessen durch eine Einheitsstrafe sowie die gehäufte Verweisung von materiellen Fragen in die Strafzumessung¹⁵⁷ den Eindruck, dass das Willensstrafrecht als theoretisches Instrument fungieren sollte, welches im Wege der Erweiterung der Richtermacht dem praktischen Bedürfnis eines Zugriffs auf die Persönlichkeit des politisch Abweichenden Rechnung trug und gerade nicht der besseren Erfassung be- und entlastender Tätermotive zugeneigt war.

II. Besonderer Teil

Auch wenn die historischen Umwälzungsbemühungen des Willensstrafrechts vornehmlich am Allgemeinen Teil des Strafrechts ansetzten,¹⁵⁸ lassen sich Tatbestandsgruppen des Besonderen Teils identifizieren, die willensstrafrechtlich geförderte Regelungstechnik aufweisen, obgleich sie nicht ausschließlich auf diese rückführbar sind.¹⁵⁹

1. Unternehmensdelikte (insb. im Staatsschutzstrafrecht)

Bereits begrifflich kommt heute in den – hinsichtlich Versuch und Vollendung gleichgestellten – Unternehmensdelikten (vgl. § 11 I Nr. 6 StGB) ein Relikt willensstrafrechtlich verstärkter Ideen zum Ausdruck.¹⁶⁰ Erfasst von dieser Gleichstellung sind mithin sämtliche Normen des besonderen Teils, die das »Unternehmen« als Tathandlung aufführen (echte Unternehmensdelikte).¹⁶¹ Aus § 11 Nr. 6 StGB folgt indes, dass bei ihnen der materiell verwirklichte Versuch als vollendetes Delikt strafbar ist.¹⁶² Zwar war diese Gleichstellung als ein das gesamte System erfassendes Prinzip in Stellung gebracht worden, ist insofern also erfolglos geblieben. Es kann jedoch als Verdienst des Willensstrafrechts bezeichnet werden, der Gleichstellungsidee weitere Resonanz beschert

142 Schaffstein, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystem, ZStW 1938, 300 f.; Zurückführung des Rechts auf die »völkische Sittenordnung«.

143 Schaffstein (Fn. 142), ZStW 1938, 300 (333).

144 Schaffstein (Fn. 142), ZStW 1938, 300 (336) schlägt vor: a) Reduktion auf die Zurechnungsfähigkeit, b) Gesamtheit der objektiven und subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen, c) Oberbegriff für Vorsatz und Zurechnungsfähigkeit.

145 Mezger, Die Straftat als Ganzes, ZStW 1938, 675 (688); Bzgl. Unterschied Einzeltat- und Lebensführungsschuld: Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Auflage (1996), S. 423.

146 Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, Teil 2 (1940), S. 153 kennzeichnet diesen Übergang anschaulich als Lebensentscheidungsschuld.

147 Mayer, in: Frank (Hrsg.), Denkschrift des Zentralausschusses (1934), S. 135, 136.; ebenso Freisler, Einige Gedanken über Willensstrafrecht und Mehrheit von Straftaten, DStR 1935, 165 ff.

148 Grau, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht: Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission (1935), S. 226.

149 Freisler (Fn. 147), DStR 1935, 165 (169).

150 Freisler (Fn. 147) DStR 1935, 165 (170).

151 Ebd.

152 Ebd.

153 Freisler (Fn. 147) DStR 1935, 165 (180).

154 Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Auflage (1996), S. 707.

155 Freisler (Fn. 147) DStR 1935, 165 (180).

156 Hartl (Fn. 8), S. 259.

157 Freisler (Fn. 6), S. 43.

158 Berges, Pflichtwidrigkeit und Willensstrafrecht, DStR 1934, S. 239; Hartl (Fn. 8), S. 342, 365.

159 Hartl (Fn. 8), S. 265.

160 Historisch geht die Norm auf den 1934 eingefügten § 87 RStGB zurück (vgl. o. A. IV., S. 10); zu diesem Mezger, Grundriss (1938), S. 156; s. a. Wolters, Das Unternehmensdelikt (2001), S. 62 der allerdings auf eine kontroverse Auseinandersetzung in der Wissenschaft bereits lange vor der NS-Zeit hinweist.

161 §§ 81, 82, 89 a IIa, 130 II Nr. 3, 131 I Nr. 3, 184 I Nr. 4, 8, 9, 184 a Nr. 2, 184 b I Nr. 2, III, 275 I, 276 I Nr. 1, 307 I, 309 I und II, 316 c I Nr. 2, 357 I; vgl. Wolter/Stein/Deiters, SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 11 Rn. 80; Schöнке/Schröder/Hecker, 30. Aufl. (2019), § 11 Rn. 44.

162 Mitsch, Das Unternehmensdelikt, JURA 2012, 526 (527).

und der Strafrechtsdogmatik punktuell nachhaltig ihre Regelungstechnik eingefügt zu haben.

2. Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer

Der heutige § 316a StGB (Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer) – zurückgehend auf das rückwirkende »Autofallengesetz« vom 22. 6. 1938¹⁶³ – diente in seiner ursprünglichen Fassung dem Ziel, gegen einen bestimmten Täter die Todesstrafe verhängen zu können.¹⁶⁴ Diese als »Paradebeispiel nationalsozialistischen Straf(un)rechts«¹⁶⁵ geltende Norm wurde umgehend als willensstrafrechtliche Vorverlagerung interpretiert¹⁶⁶ und ließ für das bloß subjektive Hinwirken bereits die volle Strafe eintreten, womit sich der objektive Tatbestand verflüchtigte.¹⁶⁷ Das ob seiner Unbestimmtheit auf Tatbestands- und seiner Absolutheit auf Rechtsfolgen-seite evident rechtsstaatswidrige Gesetz wurde zwar durch das Kontrollratsgesetz Nr. 55 (20. 6. 1947)¹⁶⁸ aufgehoben, jedoch aufgrund als fortbestehend erkannten Strafbedürfnisses 1952 wieder eingeführt.¹⁶⁹ Zwar sind freilich sowohl Todesstrafe (Art. 102 GG) als auch der Begriff »Autofälle« damit Vergangenheit. Allerdings ist dieser Tatbestand einigen Bedenken ausgesetzt, die an seinen Ursprung anknüpfen. Auch heute ist die in Abs. 1 geregelte Mindeststrafe von 5 Jahren bemerkenswert hoch¹⁷⁰ und die ohne objektive Entsprechung erforderliche Absicht zur Begehung eines Raubdelikts verlagert bezüglich des – zumindest sekundär¹⁷¹ – geschützten individuellen Rechtsguts (Vermögen) die Strafbarkeit in das subjektive Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsverletzung.

¹⁶³ RGBl. 1938 I, 651; Wortlaut: »Wer in räuberischer Absicht eine Autofalle stellt, wird mit dem Tode bestraft.«, vgl. Neumann/Puppe/Schild/Herzog, 1. Aufl. (2003), § 316a Rn. 1.

¹⁶⁴ Große, Einfluß der nationalsozialistischen Strafgesetzgebung auf das heutige StGB, NSTZ 1993, 525. Die Gebrüder Götze hatten in der Zeit von 1934–1938 öffentlichkeitswirksame Überfälle auf Kraftfahrer verübt, dies konnte angesichts angekurbelter Volkswagenproduktion und dem Ausbau der Reichsautobahnen nicht hingenommen werden, vgl. Neumann/Puppe/Schild/Herzog, 1. Aufl. (2003), § 316a Rn. 1.

¹⁶⁵ Neumann/Puppe/Schild/Herzog, 1. Aufl. (2003), § 316a Rn. 2; ähnlich Mitsch, Der neue § 316a StGB, JA 1999, 662 (663).

¹⁶⁶ v. Gemmingen, Über Grundgedanke und Tragweite des Autofallengesetzes, DStR 1939, 1 (9); Freisler, Gedanken zum Gesetz gegen das räuberische Stellen von Autofallen, DJ 1939, 34 (39).

¹⁶⁷ v. Gemmingen (Fn. 166), DStR 1939, 1 (9).

¹⁶⁸ ABl. Kontrollrat Nr. 16, 284; Große, NSTZ 1993, 526.

¹⁶⁹ Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 19. 12. 1952, BGBl. I 1952, 832, vgl. Vormbaum/Welp, Das Strafgesetzbuch, Sammlungen der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, Band 1 (1999), S. 394 ff.

¹⁷⁰ Neumann/Puppe/Schild/Herzog, 1. Aufl. (2003), § 316a Rn. 2; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 316a Rn. 1; siehe jedoch mittlerweile Abs. 2 (minder schwerer Fall).

¹⁷¹ Günther, Der räuberische Angriff auf »Fußgänger« – ein Fall des § 316a StGB?, JZ 1987, 369 (377); HK-GS/Duttge, 4. Aufl. (2017), § 316a Rn. 2.

C. Ausblick

I. Allgemeine Tendenzen der Strafrechtsdogmatik

Als allgemeine Tendenzen, die einerseits die hinterlassenen Spuren des Willensstrafrechts repräsentieren, andererseits mögliche Bedingungen einer Wiederbelebung seiner grundlegenden Gedanken darstellen, lassen sich die nach 1945 nicht abnehmende Subjektivierung (1.) und die in der Gegenwart ausgeprägte Vorverlagerungsstrafbarkeit herausgreifen (2.).

1. Subjektivierung

Insbesondere mit dem Namen *Welzels* verbunden,¹⁷² wird von dessen finaler Handlungslehre der subjektivistische Spin des Willensstrafrechts beibehalten¹⁷³ und in die Nachkriegszeit überführt.¹⁷⁴ Prägend ist die Auffassung von der »finalen Überdetermination« des äußeren Kausalgeschehens durch den menschlichen Willen.¹⁷⁵ Indem *Welzel* den strafrechtlichen Handlungsbegriff als Ausübung menschlicher Zwecktätigkeit fasst, betont er den Willensinhalt gegenüber der bloßen Willenswirkung (im Sinne der von ihm »naturalistisch« genannten kausalen Handlungslehre) als konstituierendes Handlungsmerkmal.¹⁷⁶ Er zieht dem Willensstrafrecht entsprechende Folgerungen wie die Gleichwertigkeit von Versuch und Vollendung aufgrund »derselbe[n] [...] Umsetzung des bösen Willens.«¹⁷⁷ Im Rahmen der Ausarbeitung des Willensstrafrechts sind außerdem Bestrebungen zu erkennen, eine Kritik der kausalen Handlungslehre und die Entdeckung der subjektiven Unrechtselemente mit der Möglichkeit engerer Verknüpfung von Tat und Täterpersönlichkeit zusammenzubringen.¹⁷⁸ Dies verdeutlicht die Nähe der damals erst im Entstehen begriffenen finalen Handlungslehre zu den Ideen des Willensstrafrechts und allgemein eine Hinneigung zu subjektivierter Strafrechtsdogmatik.

Als bedeutendste Konsequenz für die moderne Strafrechtsdogmatik ergibt sich durch die Gleichsetzung des finalen

¹⁷² *Frommel*, Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit, JZ 2016, 913 (920), weist in Fn. 42 auf die Vorarbeiten *Dohnas* hin, vgl. dessen mit einem Plagiatsverdacht versehene Rezension *Welzels, ders.*, ZStW 1941, 296.

¹⁷³ *Vogel* (Fn. 1), S. 89; *Marxen*, KritV 1990, 293; *Frommel*, in: Reifner/Sonnen, Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich (1984), S. 90: »konservative Antwort auf das Willensstrafrecht«.

¹⁷⁴ *Maurach*, Strafrecht AT Lehrbuch (1954), S. 142.

¹⁷⁵ *Welzel*, Lehrbuch zum Strafrecht (1969), S. 33.

¹⁷⁶ *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 1939, 491 ff.; *ders.*, Lehrbuch zum Strafrecht (1940), S. 22 f.; Ähnlich bereits *Berges* (Fn. 46), S. 241.

¹⁷⁷ *Welzel*, Lehrbuch zum Strafrecht (1940), S. 92.; S. 97 zum untauglichen Versuch: »Rechtsordnung [...] als eine das Volksleben gestaltende geistige Macht. Die Geltung dieser geistigen Macht wird [...] schon durch einen Willen verletzt«.

¹⁷⁸ *Berges* (Fn. 46), S. 240, besonders 243: »Die Lehre von den subjektiven Unrechtsmerkmalen hat uns [...] die Augen dafür geöffnet, daß [...] Bewußtseinserfordernisse unabhängig von der Schuld eine gar enge Verknüpfung von Tat und Täterpersönlichkeit zu bewerkstelligen vermögen.«

Handlungswillens mit dem Vorsatz und der Funktion des Tatbestandes als wesentliche Kennzeichnung der Unrechtsmerkmale die Zugehörigkeit des Vorsatzes zum (subjektiven) Tatbestand,¹⁷⁹ ein heute weitgehend als fortschrittlich empfundenes Tatbestandsverständnis mit ambivalenten Wurzeln.

2. Vorverlagerung

Die spezifisch mit dem Willensstrafrecht einhergehende Tatbestandstechnik vorverlagerter Strafbarkeit sollte den politischen Feind »möglichst früh und mit aller Macht« treffen. Die Tatbestandstechnik, den objektiven Tatbestand vor die eigentliche Rechtsgutsverletzung weit vorzulagern, erfährt gegenwärtig im Zuge der sog. Terrorstrafgesetzgebung eine moderne Renaissance. Nicht im Verdacht einer fanatischen Ideologie in der Rechtswirklichkeit zum Durchbruch zu verhelfen stehend, stellt diese Gesetzestechnik doch ein weitgehendes Eingriffsinstrumentarium des Staates – auch etwa im Bereich der strafprozessualen Ermittlungen¹⁸⁰ – zur Verfügung. Als spezifisch auf moderne Phänomene rückführbar wird gegenwärtig von der überwiegenden Kommentarliteratur eine Entwicklung hin zu einem »Präventionsstrafrecht« attestiert.¹⁸¹ Nicht übersehen werden darf hierbei, dass präventive Elemente der Strafe (Rechtsfolge) heutzutage, nach dem Kanon der Strafzwecklehre, zumindest den relativen Zwecken eingeschrieben sind.¹⁸² Die Formel vom Präventionsstrafrecht nimmt jedoch vielmehr den Tatbestand in den Blick und damit eine kritisch zu begleitende Expansion. Realisiert wird diese u. a. durch ein Überhandnehmen abstrakter Gefährdungsdelikte.¹⁸³ Hierbei geraten insbesondere die Straftatbestände zur »Terrorbekämpfung« in den Blick, welche bereits Tätigkeiten weit im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung pönalisieren und als unabdingbare Elemente der Terrorabwehr aufgefasst werden.¹⁸⁴ Die hierbei entstehende Anreicherung des originär repressiven Strafrechts mit polizeirechtlichen Präventionszwecken kann zum Anknüpfen auch an bloße Alltagshandlungen führen, welche beim Vorliegen bestimmter Absichten strafbar werden.¹⁸⁵ Als kategoriale Grenze dieser potenziell unbegrenzten

Rechtfertigung einer Vorverlagerung ist jedoch die Selbstbeschränkung strafrechtlicher Reaktion auf schuldhaft begangenes Unrecht anzusehen.¹⁸⁶ Es bleibt die Frage zu stellen, ob diese Funktionalisierung für die Kriminalpolitik¹⁸⁷ eine hinzunehmende Folge demokratischer Willensbildung als rationale Reaktion auf existenzielle Gefahren darstellt oder vielmehr selbst eine Gefahr für die freiheitliche Gesellschaftsordnung – v. a. hinsichtlich technologisch gewandelter Diskursbedingungen – werden kann.

II. Entwicklungen in der Kriminalpolitik

Der Ausbau des Staatsschutzes stellte nicht nur im Willensstrafrecht ein Hauptanliegen dar. Die politische Indienstnahme des Strafrechts mit dem Mittel subjektivierter, vorverlagerter Strafbarkeit ist weiterhin eine Ausdrucksform der Kriminalpolitik. So findet sich in einem Gesetzesantrag der AfD vom 10. April 2019¹⁸⁸ die Forderung, § 129 a III StGB (Bildung terroristischer Vereinigungen) um den Versuch der Gründung bzw. des Sich-Beteiligens an Vereinigungen zum Zwecke der Androhung von Taten nach Abs. 1, 2 (vgl. Abs. 3) sowie um den Versuch der Unterstützung und des Werbens (Abs. 5) zu erweitern.¹⁸⁹ Interessant ist insbesondere folgendes Argument: »Ob eine Unterstützungsleistung erfolgreich ist oder nicht, hängt meist nur vom Zufall ab, ändert aber nichts an der rechtsstaatsfeindlichen Zielrichtung der Tat.«¹⁹⁰ Hierin kommt das Bestreben zum Ausdruck, fernab jeglicher Rechtsgutsgefährdung den bloßen bösen Willen bestrafen zu wollen. Vergegenwärtigt man sich zusätzlich, angesichts des (mittlerweile eingestellten) Ermittlungsverfahrens der Staatsanwaltschaft *Gera* gegen das Zentrum für politische Schönheit,¹⁹¹ die Manipulationsanfälligkeit unmittelbar benachbarter Vorschriften wie § 129 StGB, zeigt sich in aller Deutlichkeit ein neuralgischer Punkt freiheitlichen Strafrechts.

III. Fazit

Stellt man die Frage nach der Kontinuität oder gar Renaissance willensstrafrechtlichen Gedankenguts, lässt sich diese nicht durch einen Rekurs auf den verpönten Begriff selbst beantworten, da dieser spätestens nach 1945 von niemandem mehr vertreten wurde.¹⁹² Die gestaltende Wirkung auf die damalige Dogmatik ist als eher beschränkt zu beurteilen. In einem autoritär um den Führerwillen

¹⁷⁹ Schönke/Schröder/*Eisele*, 30. Aufl. (2019), Vor. §§ 13 ff. Rn. 30; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 13, S. 62; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Auflage (1996), § 22 S. 211.

¹⁸⁰ *Weißer*, Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen, ZStW 2009 (121), 131 (153).

¹⁸¹ *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), Einl. Rn. 12; *Joecks/Miebach/Joecks*, Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 3. Aufl. (2017), Einl. Rn. 117; *NK/Hassemer/Neumann*, 5. Aufl. (2017), Vor. § 1 Rn. 342 ff.; *SSW-StGB/Satzger*, 4. Aufl. (2019), Einleitung Rn. 15.

¹⁸² *Hassemer*, Sicherheit durch Strafrecht, StV 2006, 321 (322).

¹⁸³ Besonders: §§ 89 a ff., 129 ff.; *NK/Hassemer/Neumann*, 5. Aufl. (2017), Vor. § 1 Rn. 343; *Schönke/Schröder/Heine/Bosch*, 30. Aufl. (2019), Vor. §§ 306 ff. Rn. 5.

¹⁸⁴ *Griesbaum*, Strafverfolgung zur Verhinderung terroristischer Anschläge, NStZ 2013, 369 (372 f.).

¹⁸⁵ In Bezug auf den »Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten« insb. § 89 a Abs. 2 a, *Sieber*, Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt, NStZ 2009, 353.

¹⁸⁶ *Sieber* (Fn. 185), NStZ 2009, 353 (356).

¹⁸⁷ *Sieber* (Fn. 185), NStZ 2009, 353 (353); *NK/Hassemer/Neumann*, 5. Aufl. (2017), Vor. § 1 Rn. 343.

¹⁸⁸ BT-Drucks. 19/9234, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/19/092/1909234.pdf> (zuletzt besucht: 13. 5. 2019).

¹⁸⁹ BT-Drucks. 19/9234 S. 1; ohnehin bestehen verfassungsrechtlichen Bedenken angesichts der weit vorverlegten Strafbarkeit, *SSW-StGB/Lohse*, 4. Aufl. (2019), § 129 a Rn. 4.

¹⁹⁰ BT-Drucks. 19/9234, S. 4.

¹⁹¹ *Meisner*, Ein Staatsanwalt und seine Nähe zur AfD, <https://www.tagesspiegel.de/politik/wir-nannten-ihn-nur-den-jura-nazi-ein-staatsanwalt-aus-gera-und-seine-naehe-zur-afd/24202498.html> (zuletzt besucht: 13. 5. 2019).

¹⁹² *Telp* (Fn. 40), S. 127 weist darauf hin, dass es ab 1939 in *Freislers* Schriften keinerlei Bedeutung mehr hatte.

gruppierten Diskurs mag es für *Freisler* leicht gewesen sein, dieses Programm zu etablieren. Durchzusetzen vermochte es sich jedoch nur punktuell. Es hat sich gezeigt, dass durch die Implementierung von Generalklauseln wie dem »gesunden Volksempfinden« Detektionsmittel geschaffen wurden, die es dem Richter erlauben sollten, den Ideologiekonformen vom vermeintlichen »Volksfeind« zu scheiden. Wichtig für die heutige Strafrechtsdogmatik dürfte daher sein, welche Bereiche – gerade des Allgemeinen Teils – hierfür anschlussfähig sind. Dies sind vor allem die Verbindung von Vorsatz

und Unrechtsbewusstsein, die subjektive Theorie vom Strafgrund des Versuchs, aber auch normative Einfallstore wie etwa die Gebotenheitsprüfung bei der Notwehr. Hinzu kommt das skizzierte Klima in der Kriminalpolitik und damit die (Vorverlagerungs-)Entwicklung im Besonderen Teil (Stichwort: Staatsschutzstrafrecht): Sehr zurückhaltend sollte daher mit der Bereitstellung von Mitteln umgegangen werden, die sich in den falschen Händen gegen das freiheitliche System selbst richten lassen.

GdR Essay

Timo Marcel Albrecht*

Verfassungen sind stets mehr als die Summe ihrer Artikel

Was die juristischen Jubiläen des Jahres uns lehren können über Text und Kontext erfolgreichen Verfassungsrechts

Der nachfolgende Beitrag wurde im Rahmen des Hanse-Essay-Wettbewerbs 2019 mit dem Ersten Preis ausgezeichnet. Die deutschlandweite Ausschreibung adressierte im Jubiläumsjahr 2019 unter dem Titel »Gelebte Verfassung – Lebendige Verfassung« Themen der Verfassungsgeschichte, -gegenwart und -zukunft. Ausgerichtet wurde der Wettbewerb vom Hamburgischen Verfassungsgericht, der Bucerius Law School sowie der Universität Hamburg vor dem Hintergrund von 100 Jahren Weimarer Reichsverfassung, 70 Jahren Grundgesetz und 30 Jahren Mauerfall.

Erstmals veröffentlicht in der Rubrik »Einspruch« der F. A. Z. am 22. Mai 2019, erscheint der Beitrag hier, leicht modifiziert und mit umfangreichen Nachweisen, mit freundlicher Genehmigung der Frankfurter Allgemeinen Zeitung.¹

Jubiläen als Rückschau und Blick voraus

2019 war zweifelsohne ein Jahr reichhaltigen rechtlichen Erinnerns.

So standen gerade auch für die deutsche (Verfassungs-) Rechtsgeschichte im wahrsten Wortsinne denkwürdige runde wie halbrunde Jubiläen an: Zuvörderst war dies natürlich der 100. Geburtstag der Verfassung der ersten deutschen Republik – der *Weimarer Reichsverfassung* (WRV) – im Sommer dieses Jahres.² Damit zweifelsohne eng verwoben waren 100 Jahre praktiziertes *Frauenwahlrecht* in Deutschland, ein Jubiläum, welches an prominenter Stelle im »hohen Haus« des deutschen Parlamentarismus, z. T. in

den »Weißwesten« der Suffragetten, gebührend gewürdigt wurde.³

Schließlich war es aber auch die dem gegenwärtigen Gemeinwesen einen rechtlichen Rahmen gebende Grundordnung, also unser *Grundgesetz* (GG), das im Mai seinen 70. Ehrentag feierte!⁴

Gründe für große Geburtstagspartys gab es 2019 also genug!

Allerdings: Das aktuelle Jubiläumswort warf neben Licht auch Schatten: nämlich auf eine andere Verfassung, geformt auf der östlichen Seite des damals erst entstehenden Eisernen Vorhangs. Die Rede ist von der ersten von insgesamt drei Verfassungen der DDR, Baudatum: 7. Oktober 1949.⁵ Ihrer wurde offiziell nicht groß gedacht, sie fehlte in vielen Reden zum Jubiläumswort – wenngleich sie mit den anderen Jubilären vieles verbindet: mit dem aus Weimar am offensichtlichsten wohl das Scheitern des Systems, als dessen Rechtsrahmen sie konzipiert war.

Aus diesen Anlässen möchte dieser Beitrag nicht nur feiern, sondern auch fragen:

3 Das 100-Jahr-Jubiläum bezog sich 2019 auf die Realisierung des reichsweiten Frauenwahlrechts durch die Wahlen zur Nationalversammlung vom 19.1.1919; rechtlich eingeführt wurde es bereits 1918 durch das neue Reichswahlgesetz vom 30.11. (RGBl. 1918, S. 1345); als Geburtsstunde gilt der dies »mit Gesetzeskraft« antizipierende Aufruf »An das deutsche Volk« des Rats der Volksbeauftragten vom 12.11.1918; dazu und allgemein zur langen Vorgeschichte des Frauenwahlrechts: *Rosenbusch*, Der Weg zum Frauenwahlrecht in Deutschland (1998), insb. S. 446 ff.; zur Feierstunde im Deutschen Bundestag vgl. nur *Siebert* (Süddeutsche Zeitung), »Müssen aufpassen, dass der Zug nicht rückwärts fährt«. 100 Jahre Frauenwahlrecht in Deutschland, 17.1.2019, <https://www.sueddeutsche.de/politik/frauenwahlrecht-bundestag-suessmuth-bergmann-schaeuble-1.4292075>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019.

4 Verabschiedet wurde das Grundgesetz durch den Parlamentarischen Rat am 8.5.1949; die Feststellung der Annahme wurde von ihm am 23.5.1949 in Bonn getroffen; in Kraft trat es schließlich mit Ablauf des Tages seiner Ausfertigung, Verkündung (Art. 145 II GG) und Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt (BGBl. 1949, S. 1–20), also mit Ablauf des 23.5.1949.

Eine gelungene, multiperspektivische Rückschau auf dieses Jubiläum liefert der Sammelband von Heinig/Schorkopf (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz. In welcher Verfassung ist die Bundesrepublik? (2019).

5 Die erste DDR-Verfassung wurde am 19.3.1949 vom sog. Deutschen Volksrat nach eigenen Angaben »unter Beteiligung des gesamten Deutschen Volkes« beschlossen, vom Dritten Deutschen Volkskongress am 30.5.1949 bestätigt und trat nach Ausfertigung und Verkündung des Gesetzes über die Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik durch den Präsidenten der Provisorischen Volkskammer am 7.10.1949 in Kraft, s. GBl. der DDR 1949, S. 5–16 (v. a. S. 16).

* *Timo Marcel Albrecht* studierte von 2012 bis 2019 Rechtswissenschaften an den Universitäten Göttingen, Aarhus und Genf. Seit April 2019 arbeitet er als Doktorand an der Georg-August-Universität Göttingen am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht von Prof. Dr. *Eva Schumann* sowie im Rahmen einer Coaching-Tätigkeit für den Philip C. Jessup Moot Court auch am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Völkerrecht, von BVR Prof. Dr. *Andreas Paulus*.

1 Einsehbar ist der Original-Beitrag unter folgender Adresse: <https://einspruch.faz.net/einspruch-magazin/2019-05-22/f1b7659a816e78bec50eb8627daab02c/?GEPC=s5>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019.

2 In der Weimarer Nationalversammlung beschlossen und verabschiedet wurde die WRV am 31.7.1919, unterzeichnet am 11.8.1919 (RGBl. 1919, S. 1418, unter Art. 181) und in Kraft trat sie drei Tage später mit Verkündung im Reichs-Gesetzblatt am 14.8.1919; veröffentlicht ist sie in: RGBl. 1919, S. 1383–1418.

Eine lesenswerte Rückschau auf 100 Jahre WRV bietet der Sammelband von Dreier/Waldhoff (Hrsg.), Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung (2018).

Was lässt eine Verfassung erfolgreich werden? Mit anderen Worten: Was macht eine lebendige Verfassung zur *gelebten* und was hält eine gelebte *lebendig*? Weiterhin: Welche Erkenntnisse ziehen wir daraus für unser Hier und Jetzt, welche für die Zukunft: Welchen Weg wies Weimar? Quo vadis, Grundgesetz? Was muss sein, damit letzteres weiterhin relevanteste Richtschnur unserer Rechtsordnung bleibt?

Die Notwendigkeit gerechten Rechts

Die erste Antwort, die vielen sofort in den Kopf schösse, wäre wohl: »gerechtes Recht«. Denn: Eine Rechtsordnung, die ungerecht ist,⁶ können wir uns nicht als dauerhaft stabil vorstellen. Wenn nicht kurz- oder mittelfristig, dann aber doch definitiv langfristig muss solch ein System kollabieren, unter der Last enttäuschter Erwartungen und erdrückender Erfahrungen also zusammenstürzen. Dann ist die Zeit reif für die Revolution.

Ein Blick in den rechtsgeschichtlichen Rückspiegel mag dies bestätigen: Ging nicht die DDR unter, weil sie ihren Bürgern ungerechtes Recht oktroyierte oder weil, wie manche meinen, gar ein »Unrechtsstaat«⁷ sein Unwesen trieb? Aber schon

⁶ Das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit füllt ganze Bibliotheken und beschäftigt noch immer – polarisiert in rechtspositivistischer »Trennungsthese« und überpositiver »Verbindungsthese« – rechtsphilosophische Grundsatzdebatten; besonders hingewiesen sei auf die vom bekannten Rechtsphilosophen und ehemaligen Weimarer Reichsjustizminister *Gustav Radbruch* entwickelte sog. *Radbruch'sche Formel*, welche er 1946 in Auseinandersetzung mit den Rechtsnormen des NS-Unrechtsstaates erstmals wie folgt formulierte: »Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive [...] Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur »unrichtiges« Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen«, s. *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1946, S. 105 (107). In der Folge wurde *Radbruchs* wirkmächtige Formel breit rezipiert, kontrovers diskutiert sowie u. a. auch vom Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht wiederholt – v. a. in Auseinandersetzung mit NS-Unrecht (vgl. BGHZ 3, 94 (107) sowie BVerfGE 23, 98 – »Ausbürgerung I«) oder mit Erschießungen von flüchtenden DDR-Bürgern an der ehemaligen innerdeutschen Grenze bei den »Mauerschützenprozessen« (vgl. BGHSt 41, 101 sowie BVerfGE 95, 96 – »Mauerschützen«, jeweils aber auch begleitet von Kritik) – aufgegriffen.

⁷ Zu der intensiv geführten und zuletzt im Oktober 2019 wieder aufgeflammt Debatte vgl. nur *Hüttmann* (im Gespräch mit *Fromm*, NDR), <https://www.ndr.de/geschichte/Der-Begriff-SED-Diktatur-trifft-es-besser,unrechtsstaat100.html>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019; *Birthler* (im Gespräch mit *Koldehoff*, Deutschlandfunk), »DDR war auf Unrecht gegründet«, 8.10.2019, https://www.deutschlandfunk.de/birthler-zur-ddr-debatte-ddr-war-auf-unrecht-gegruendet.691.de.html?dram:article_id=460565, zuletzt abgerufen am 12.10.2019; differenzierend *Böckenförde*,

ein Blick auf die WRV als weiteren Jubilar macht stutzig: War sie etwa »ungerecht«, z. B. indem sie in Grundrechten bloße Programmsätze⁸ sah oder die Machterschleichung⁹ *Hitlers* nicht verhinderte? Solch einen Schluss würde man wohl scheuen – zu Recht.

Denn gerechtes Verfassungsrecht ist sicherlich notwendige, aber noch lange nicht hinreichende Bedingung für eine erfolgreiche, lebendige und gelebte Verfassung.

Wenn aber eine erfolgreiche Verfassung mehr ausmacht als nur die Summe gerechter Rechtssätze, welcher Faktoren bedarf es über die bloßen Summanden hinaus noch?

Von der Wichtigkeit der Verfassungswirklichkeit

Verfassungstexte wirken nie nur *als* Text, sondern müssen sich stets messen an dem, was man *Verfassungswirklichkeit*¹⁰ nennt. Auch dies übrigens belegt die DDR-Verfassungs-

Rechtsstaat oder Unrechtsstaat? Begriffsklärung, 11. 5. 2015, aktualisiert am 13. 5. 2015, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/war-die-ddr-ein-unrechtsstaat-13587574.html>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019; grundlegender ferner *Hansack*, Unrechtsstaat DDR. Zur Genesis des Terminus politicus *Unrechtsstaates* nach der Transformation 1989. Versuch einer historischen Bestandsaufnahme, Frankfurt am Main 2015, der mangels klarer Definitionen konstatiert, »Unrechtsstaat« sei inzwischen zu einem politischen Kampfbegriff geworden.

⁸ Die Einstufung sämtlicher Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung als bloße Programmsätze ist dabei ungenau und »verzerrt«, wie *Dreier*, Staatsrecht in Demokratie und Diktatur (2016), S. 50 ff., berechtigterweise anmerkt. Versteht man den Begriff »Programmsatz« als Absichtserklärung durch den Verfassungsgeber oder einen nur vagen Auftrag an den einfachen Gesetzgeber, so trifft die Einstufung insbesondere nicht auf die auch in der WRV enthaltenen klassischen Abwehrgrundrechte (wie etwa Meinungs- oder Versammlungsfreiheit) zu, welche sehr wohl »aktuell geltendes, anwendbares und vollziehbares Recht« waren (*Dreier*, a. a. O., S. 51), das Verwaltung wie auch Gesetzgeber band. Insbesondere auf die innovativen sozialen Grundrechte traf eine solche Einstufung allerdings durchaus zu. Für alle Zweifelsfälle dazwischen stritt eine Vermutung zugunsten der stärksten juristischen Wirkungskraft, s. *Thoma*, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. I, Allgemeine Bedeutung der Grundrechte und die Art. 102–117 (1929), S. 1 ff. (9). Die Grundrechte der WRV waren aber allesamt, nicht zuletzt durch das Fehlen der Verfassungsbeschwerde, weit entfernt von den starken subjektiv-öffentlichen und per Verfassungsbeschwerde einklagbaren Grundrechten des Grundgesetzes.

⁹ Der früher oft gebrauchte Terminus der »*Machtergreifung*« wird heute in der Geschichtswissenschaft eher vermieden oder, wenn überhaupt, nur in Anführungszeichen gebraucht, vgl. grundlegend aber auch *Frei*, »Machtergreifung«. Anmerkungen zu einem historischen Begriff, Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte 1983, S. 136–145. Stattdessen ist oft die Rede von der *Machtübertragung* an die Nationalsozialisten, um die am 30.1.1933 tatsächlich nach demokratischen Wahlen erfolgte Übernahme der Regierungsgeschäfte durch die Regierung Hitler zu bezeichnen. Von einer »Machterschleichung« spricht auch *Di Fabio*, Die Weimarer Verfassung. Aufbruch und Scheitern. Eine verfassungshistorische Analyse (2018), S. 5.

¹⁰ Dieser zunächst durch *Carl Schmitt* geprägte Begriff war und ist freilich im Hinblick auf seinen genauen Gehalt und Mehrwert umstritten; vgl. ferner *Hennis*, Verfassung und Verfassungswirklichkeit. Ein deutsches Problem (1968) und *Leibholz*, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit (1955).

geschichte: Sozialistischer Staatsauffassung formulierungsmäßig noch unverdächtig, gibt die Präambel der ersten DDR-Verfassung (anders als ihre Nachfolger) eine Leitidee vor, die heute wortwörtlich so auch im Grundgesetz stehen könnte: nämlich den Willen, »die Freiheit und die Rechte des Menschen zu verbürgen, das Gemeinschafts- und Wirtschaftsleben in sozialer Gerechtigkeit zu gestalten, dem gesellschaftlichen Fortschritt zu dienen, die Freundschaft mit anderen Völkern zu fördern und den Frieden zu sichern.« Aus Sicht von Opposition und Bürgern, die mit staatlich verordneter Meinung wenig anfangen konnten, wirkten diese Versprechen aber von Anbeginn an leer und wie ein Buch, das das Papier nicht wert war, auf dem es gedruckt stand.

Gerade für Verfassungen gilt also, dass gute Versprechungen *allein* nicht reichen, um legitim und lebendig, gelebt und geliebt zu bleiben. Die DDR hat darin trotz hehrer Verfassungsziele versagt. Das Grundgesetz dagegen hat Wort gehalten, jedenfalls zum allergrößten Teil, und blieb nicht zuletzt daher *die* legitime Ordnung des Landes. Für die Zukunft folgt daraus der Rat, dass es auf diesem Pfad weiterwandeln sollte. Meinungsfreiheit muss für alle gelten, Menschenwürde erst recht, auch was Arbeitsbedingungen oder Freiheit vor Herabwürdigungen angeht. Zwar ist zweifellos von Verfassungsversprechen vorrangig der Staat verpflichtet. Die von der Verfassung vorgegebene Werteordnung¹¹ muss aber auch in private Gefilde ausstrahlen, sonst wirken die warm formulierten Artikel in einer Marktwirtschaft höchstens wie kalt klingender Hohn.

Auch Böckenförde hat noch immer Recht

Eine weitere, zentrale Gelingensbedingung erfolgreicher Verfassungen drückt sich darüber hinaus in dem Dilemma aus, welches der langjährige Verfassungsphilosoph und -richter *Ernst-Wolfgang Böckenförde* bereits 1976 beschrieb: »Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.« Es sei dies »das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben.«¹² Über die Notwendigkeit einer homogenen

Gesellschaft indes lässt sich sicher streiten bzw. ist generell fraglich, ob es eine solche überhaupt je gegeben hat oder angesichts der Verschiedenheit menschlicher Existenz je geben wird. Versteht man Homogenität hingegen als von möglichst allen getragene Überzeugung von der Richtigkeit des Rechtsrahmens Verfassung, so hat die Begrifflichkeit durchaus ihren Sinn. Denn *Böckenförde* bezweckte zwar einerseits ein Umschmeicheln des katholischen Milieus, um dieses für das Grundgesetz zu erwärmen und als unerzwingbare Legitimitätsreserve zu loben. Andererseits zeigt die davon abstrahierte Formulierung mit Verve, dass selbst die beste Verfassung nur so lange lebendig bleiben wird, wie die sie tragende Gesellschaft es will, solange sie also »gelebt« wird. Legitimität kann nicht erzwungen werden – dies verkörpert die Weimarer Reichsverfassung ebenso wie ihre heutige Deutung als »gute Verfassung in schlechter Zeit«¹³.

Neben ihrer *Verfassung* ist daher stets auch die *Verfasstheit* einer Gesellschaft entscheidend, d.h. der Wille der Bürger, sich hinter den Werten und Wertungen der rechtlichen Grundordnung proaktiv-stützend zu versammeln. An Letzterem aber fehlte es, jedenfalls gegen Ende hin, in Weimar. Das Diktum der damaligen »Demokratie ohne Demokraten«¹⁴ dominiert deshalb noch immer den verfassungsgeschichtlichen Diskurs. So stand die »Weimarer Koalition« der Gemäßigten nicht nur für die demokratiebejahenden, sprich staatstragenden, Parteien, sondern 1919 sogar für 75 % der Stimmen – leider jedoch hatte sie das Problem, dass ihr *peu à peu* willige Wähler wegliefen.¹⁵

Eine lebendige Verfassung braucht also auch künftig eine lebendige Gesellschaft. Beim Blick auf heute kann es indes nur heißen: Zu Angst und Bange besteht *kein* Anlass. Herausforderungen vom radikal linken und radikal rechten Rand existieren zwar, in jüngster Zeit zugegebenermaßen auch stärker als zuvor. Aber der vielbeschworenen Parallele zu Weimar fehlen entscheidende Elemente: Bürgerkriegs-ähnliche Zustände wie damals oder streunende Straßenmobs sind nirgends ersichtlich; nach inzwischen Jahrzehnten repräsentativer Demokratie kann von einer Gewöhnung der früher als obrigkeitshörig verschrienen Deutschen aus-

zuletzt abgerufen am 9.10.2019); u.a. zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte des *Böckenförde-Diktums* gibt der Sammelband von Große Kracht/Große Kracht (Hrsg.), *Religion – Recht – Republik. Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde* (2014), fundiert Auskunft.

¹³ Vgl. *Gusy*, 100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit (2018).

¹⁴ Dazu auch *Wahl*, Die Weimarer Verfassung: Eine Demokratie ohne genügend Demokraten, Freiburger Universitätsblätter, Heft 209, September 2015, S. 9.

¹⁵ Einen eindrücklichen Überblick darüber bieten der *Deutsche Bundestag*, Reichstagswahlergebnisse und Mandate in der Weimarer Republik, <https://www.bundestag.de/resource/blob/190456/f8d637d1039a06a614cff0264f8b5d10/reichstagswahlergebnisse-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019, und das *Statista Research Department*, Ergebnisse der Reichstagswahlen in der Weimarer Republik in den Jahren 1919 bis 1933, 14.6.2008, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/275954/umfrage/ergebnisse-der-reichstagswahlen-in-der-weimarer-republik-1919-1933/>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019.

¹¹ Die Begrifflichkeit der »objektiven Wertordnung«, die das Grundgesetz und primär die Grundrechte errichteten, wurde v.a. vom Bundesverfassungsgericht in der berühmten *Lüth*-Entscheidung (BVerfGE 7, 198 (205)) 1958 in die Debatte eingeführt.

¹² Das 1967 erstmals veröffentlichte Diktum ging auf einen Aufsatz zurück, welchen *Böckenförde* anlässlich eines von *Ernst Forsthoff* organisierten Ferienseminars 1964 schrieb; s. *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien*, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag (1967), S. 75–94; mit einigem Abstand äußerte sich *Böckenförde* noch einmal 2009 klarstellend über sein Diktum (z. B. zum Hintergrund seines Aufsatzes und zu seinem Homogenitäts-Verständnis): *Böckenförde*, im Gespräch mit *Rath*, »Freiheit ist ansteckend«, taz, 23.9.2009, S. 4 (auch online abrufbar unter <https://taz.de/!576006/>,

gegangen werden. Heute haben wir etwas, was früher nicht war: eine Demokratie mit – vielen – Demokraten!

Ein Jubiläum im Guten: 30 Jahre Mauerfall als Vorbild

Daran übrigens erinnerte 2019 ein weiterer Termin im Jahres-Jubiläumskalender, der in jüngerer Zeit wohl mit den positivsten politischen Emotionen, nicht nur in Deutschland, verbunden sein dürfte: Der Fall der Berliner Mauer, der sich am 9. November – dem zum »Schicksalstag« ausgerufenen Kristallisationstag wechselvoller deutscher Geschichte – zum 30. Mal jährte.

Es waren mutige Bürger, die trotz in Aussicht stehender staatlicher Strafen für ihre natürlichen Rechte auf freie Meinungsäußerung, auf Systembesserung die Straßen in Anspruch nahmen, die zeigten, dass in einer echten Demokratie sie, das Volk, es sind, von denen die Macht im Staate ausgeht. Dass heute unter gleichem Motto *einige* auf die Straße gehen, dabei behauptend, *viele* zu sein und die Meinung *aller* zu vertreten, ist nur paradoxe Pervertierung des eigentlich Gemeinten. Anders als früher wurde daraus nämlich nie ein Massen-, eher ein Medienphänomen. Jenes jüngere Freudenfest vor 30 Jahren aber ist es, das noch heute mit Macht ins kollektive Gedächtnis ruft, welche Sehnsuchtsideale die Werte darstellen, die unser Grundgesetz seit nunmehr 70 Jahren verkörpert: eine menschenwürdige, freiheitliche Ordnung, in der der Staat um der Bürger willen da ist und *nicht* der Bürger für den Staat!¹⁶

Dieser aus der Vergangenheit gespeiste Stolz erhalte Optimismus auch für die Zukunft!

Lob des Lobbyismus und Mut zum Mitmachen: Frauenwahlrecht und Gleichberechtigung der Geschlechter

Dass eine gute Verfassung stets mehr ist als die Summe ihrer Artikel, ist nach alldem also belegt. Dass grundlegende Rechte historisch-faktisch nicht selbstverständlich *sind*, sondern *wurden*, beweist ein weiteres Jubiläum: 100 Jahre Frauenwahlrecht in Deutschland. Es ist ein heute selbstverständliches Symbol für die Gleichberechtigung der Geschlechter, allerdings auch eines, das über lange Zeit v. a. von den betroffenen und stimmlos gemachten Frauen selbst erkämpft werden musste. Nach dem Wegfegen der alten monarchischen Ordnung 1918 war es endgültig »reif« zur Realisierung. Denn: »Menschenrechte haben kein Geschlecht«, wie schon die Frauenrechtlerin *Hedwig Dohm* in den 1870ern betonte.¹⁷ Dass etwas heute so natürlich Scheinendes so selbstverständlich wurde, dass jede andere Regelung zu Recht anmutet wie eine Regel aus einem Land vor unserer Zeit, geschah *damals* und geschieht *niemals*

ganz von selbst: Es bedarf stets einer starken Lobby, starken Engagements, starken Streitens für eine richtige Sache, um solche Reformen anzustoßen und schließlich durchzusetzen. Denn zwar war die im damaligen internationalen Vergleich durchaus progressive Einführung des Frauenwahlrechts ein Leuchtfeuer gelingender Gleichberechtigung. Dass dies dennoch nicht das »Ende der Geschichte« von der Emanzipation sein sollte, ist jedem klar, der schon einmal die Causa »Gleichberechtigungsgesetz 1957/58« studiert hat,¹⁸ die erst in den 1990ern erfolgte Emanzipation im ehelichen Namensrecht¹⁹ sowie das auch heute noch nicht vollumfänglich realisierte Verfassungsversprechen aus Art. 3 II 2 GG. Denn noch immer gilt das auf den Grabstein der Frauenrechtlerin *Minna Cauer* gravierte und im Bundestag aus Anlass des runden Jubiläums beschworene Lob langandauernden Lobbyismus':

»Nicht auszuruhen, denn es ist noch nicht vollendet, was wir begonnen haben.«²⁰

»Nicht auszuruhen« bleibt also als Lehre für alle, für heute und morgen. Und weiter: Schrecke vor Rückschlägen nicht zurück, wirb engagiert für das Gute, lebe als Lobbyist für Deine Sache und die der Deinen! Denn: Nicht immer haben Betroffene genug Möglichkeiten zum Lobbyismus in eigener Sache: Anders als damals beim Streiten für Rechte von Frauen, Arbeitern und der LGBTI-Community fehlen solche Artikulationsmöglichkeiten heute z. B. meist bei Flüchtlingen, Armen oder der lebenden Umwelt. Solidarischer Lobbyismus ist insofern angezeigt für die mit stärkerer Stimme.

Lehrreich also bleibt, dass Optimismus und Beharrungsvermögen sich zwar nicht notwendig heute lohnen mögen, aber morgen oder übermorgen bestimmt! Verfassung und Wandel sind zwei Seiten derselben Medaille und dieser Wandel ist gestaltbar durch lebendigen Lobbyismus für die gute Sache! Er wurde und wird angetrieben durch engagierte Bürger, die erkennen, dass Demokratie nicht nur das Recht aller, sondern auch eine Obliegenheit in eigener Sache ist. Die sprichwörtlichen Beine in die Hand zu nehmen, zumindest keine Chance auszulassen für geschenkte und erkämpfte (Wahl-)Rechte (z. B. dieses Jahr am 26. Mai zugunsten von Europa), sich selbst zu engagieren, auch politisch, kann Inspiration dafür sein. Denn das heutige Niveau an Rechten und Gleichheit, an rechtlicher Gerechtigkeit, ist ein sehr, sehr hohes. Dass dieses auch absinken kann nach unten, das verdeutlichen »illiberale Demokratien« um uns herum in leider größer werdender Zahl. Verfassungsgeschichtliche Lehre für die Zukunft kann insofern auch dies sein: Mahnung zum Mitmachen und Mut zum Mitmischen!

¹⁶ Diese liberale Auffassung fand zudem *expressis verbis* Eingang in den im Sommer 1948 erarbeiteten Herrenchieser Entwurf zu Art. 1 I des Grundgesetzes.

¹⁷ *Dohm*, Der Frauen Natur und Recht. Zur Frauenfrage zwei Abhandlungen über Eigenschaften und Stimmrecht der Frauen (1876), S. 185; zu *Hedwig Dohm* als Person: *Brandt*, »Die Menschenrechte haben kein Geschlecht«. Die Lebensgeschichte der Hedwig Dohm (2000).

¹⁸ Vgl. nur *Deutscher Bundestag*, Vor 60 Jahren: Bundestag beschließt Gleichberechtigungsgesetz, 26.4.2017, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw17-kalenderblatt-gleichberechtigungsgesetz-504286>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019.

¹⁹ Dazu *Diederichsen*, Die Neuordnung des Familiennamensrechts, NJW 1994, S. 1089–1097.

²⁰ Zitiert nach *Siebert* (Fn. 3).

Nur so bleibt eine Verfassung eine »gelebte« und unser Rechtsstaat Realität.

Das Bundesverfassungsgericht als Lieferquelle von Lebendigkeit

Zum Lebendighalten einer »gelebten« Verfassung sind neben *Personen*²¹ aber auch *Institutionen* berufen. Die heftige Debatte zu Zeiten Weimars um die Frage, wer denn »Hüter der Verfassung« sei, mag dies veranschaulichen. Meinte *Carl Schmitt* damit noch den Reichspräsidenten,²² setzte *Hans Kelsen* vorausschauend auf die Verfassungsgerichtsbarkeit –²³ wobei diese während 14 Jahren Weimar, v. a. im Vergleich zum Nachfolger heute, völlig unterentwickelt war und in der Verfassung von 1871 nicht einmal vorgesehen.²⁴ Es waren damals schlicht zu wenige Fälle, dank derer das oberste Gericht Rechtsklarheit wie auch neues Verfassungsrecht schaffen konnte. Denn: Gerade Letzteres leistet ein solches Höchstgericht doch immer *auch*.

Ein starkes Verfassungsgericht ist letztlich Garant für eine starke Verfassung, sozusagen »Staatsstabilisator«. Es übernimmt auf Rechtsprechungsseite die – natürlich auch der Politik obliegende – Schöpfungsaufgabe, aus der immersprudelnden Inspirationsquelle Verfassung die Wertentscheidungen herauszufiltern, die es angesichts veränderter tatsächlicher Umstände braucht, um im Einklang mit juristischer Methodik daraus neue verfassungsrechtliche Antworten zu formulieren. Dieser Aufgabe sind die Karlsruher Richter mit respektabler Arbeit immer wieder nachgekommen – genannt seien nur die Entdeckung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und erst 2008 des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (»IT-Grundrecht«²⁵). Die Wertentscheidungen dazu hatten die Eltern des Grundgesetzes bereits getroffen, d. h. die »wertentscheidenden Grundsatznormen« formuliert gehabt: Der Schutz der Menschenwürde (Art. 1 I GG) wie auch der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) waren schon 1949 kodifiziert. Dem Bundesverfassungsgericht gelang schließlich das Kunststück, daraus angesichts neuer Technologien neue, schlagkräftige Grundrechte zu formen.

Mithin sind es stets auch die für die Wahrung und Interpretation der Verfassung zuständigen – unabhängigen! – *Institutionen*, die eine Verfassung lebendig und lernfähig halten. Vor ihnen müssen Bürger ihre in der Verfassung ver-

21 Deren Wichtigkeit, gerade als »Persönlichkeiten« in entscheidenden Führungspositionen des politischen Systems, betont *Di Fabio* (Fn. 9), S. 250 f., S. 254, u. a. mittels der Kontrastierung *Friedrich Eberts* mit *Paul von Hindenburg*.

22 Dazu insgesamt *Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung* (1931), sowie bereits *ders.*, *Der Hüter der Verfassung*, AöR 1929, S. 161–237.

23 *Kelsen*s berühmte Replik erschien zuerst unter dem Titel »Wer soll Hüter der Verfassung sein?« in: *Die Justiz* 6 (1931), S. 5–56, und findet sich abgedruckt auch in: *Klecatsky* (Hrsg.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Band II, 1968, S. 1873–1922, und in *van Ooyen* (Hrsg.), *Wer soll Hüter der Verfassung sein?* (2008), S. 58–106.

24 S. nur *Maunz/Dürig/Walter*, GG, 87. EL (März 2019), Art. 93 Rn. 30 ff.

25 Dazu BVerfGE 120, 274 ff.

ankerten Rechte einklagen können, notfalls auch *gegen* den Willen der Herrschenden. Sie zu achten *und* zu schützen *und* zu stärken, das muss auch zukünftig Pflicht der Politik sein. Ein »Pakt für den Rechtsstaat«²⁶ ist dabei ein erster, aber natürlich nicht letzter Schritt.

Auch Verfahren lassen Verfassungen lebendig werden

Abschließend sei angemerkt, dass eine Verfassungsgerichtsbarkeit ohne funktionierendes *Verfahrensrecht* kein leistungsstarker Lebensbewahrer einer Verfassung sein kann. Ein Blick zurück in die Babystube der Bundesrepublik belegt, dass es erst die Einführung der Verfassungsbeschwerde 1951 und symbolisch ihre spätere verfassungsrechtliche Verankerung 1969 waren, die den Gang nach Karlsruhe grundsätzlich für alle begehbar machten und so Verfassungsrecht vermenschlichten. Ein Gericht braucht eine kritische Masse an Verfahren, um Verfassungsrecht hüten und entwickeln zu können. Eben dieser »Nachschub« bedarf aber auch verfahrensrechtlicher Absicherung.

In Weimarer Zeiten hingegen war das Verfassungsgericht kein »echtes« im heutigen, umfassend verstandenen Sinne, sondern bloß Staatsgerichtshof, der zudem als nicht ständiges Gericht nur bei Bedarf beriet. Dies hätte eigentlich dazu führen müssen, dass sich das Gericht in Demut davor hütet, sich den Hut eines »Hüters der Verfassung« selbst aufzusetzen – 1927 tat es dies *expressis verbis* dennoch.²⁷ Dabei mahnten eine erschreckend niedrige Anzahl an Verfahren, nämlich weniger als 180 – und zwar nicht pro Jahr, sondern in mehr als einer Dekade zwischen 1920 und 1933! – zu Bescheidenheit.

Was bleibt ist die Erkenntnis, dass zu einer lebendigen Verfassung auch lebendiges Verfahrensrecht gehört. Dass einem dann vor weiteren 70 Jahren (und mehr) nicht Angst und Bange sein muss, beweist eindrücklich der US Supreme Court: Nur ein Jahr nach einem weiteren Jubilar dieses Jahres, nämlich der 230 Jahre alten US-Verfassung, erblickte dieser Hüter der *Constitution* das Licht der Verfassungswelt und hält, noch immer aktiv und dynamisch, auch heute den Verfassungsmethusalem jung und quicklebendig.

Von Vertrauen, notwendigen Narrativen und erfolgreichen Erzählungen

Schließlich existiert noch ein anderer, durch die Jubiläen des Jahres vom öffentlichen Auge fokussierter Stabilisator. Die Rede ist von großen Leiterzählungen, viel verbreitet gerade in den Anfangsjahren der jungen Bundesrepublik

26 Dieser Pakt war bereits im Koalitionsvertrag der »Großen Koalition« von 2018 vereinbart worden: *CDU, CSU, SPD*, Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 19. Legislaturperiode, 7. 2. 2018, https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1, zuletzt abgerufen am 9. 10. 2019, S. 123 ff.

27 StGH RGZ 118, Anhang S. 1 (4).

und handelnd v. a. von der Überlegenheit der Verfassung aus Bonn gegenüber jener aus Weimar.

So wurde die erst 1949 eingeführte Fünfprozenthürde als fundamentaler Fortschritt gefeiert: Endlich habe die Zersplitterung des Parlaments ein Ende, endlich gäbe es die Chance auf »stabile Verhältnisse«. Und auch das Ende der starken Stellung des Reichspräsidenten galt lange als »Lehre aus Weimar«, übersehend, dass gerade jene es war, die dem Demokraten *Friedrich Ebert* in den krisenreichen Anfangsjahren der Republik hinreichende Hebel in die Hand drückte, um die Stabilität des Staates zu sichern.²⁸

Es waren dies Beispiele für eine Abgrenzung gegenüber dem durch Scheitern Delegitimierten mittels Selbstversicherung: »Wir haben das bessere System. Daher wandeln wir heute auf der sicheren Seite.« War dies nach der vorab erwähnten Kontextabhängigkeit jedes Verfassungstextes zwar nur bedingt richtig, so eignete sich aber die Erzählung *als solche* gut, den Kreis der Demokraten zu schließen und mit klarem »Cut« zu Weimar, auch rhetorisch, die Diskurse der jungen Demokratie zu stabilisieren.

Vertrauen in das Vermögen einer Verfassung also trägt zu erfolgreichem Verfassungsrecht, zu seiner Wirksamkeit in der Verfassungswirklichkeit, ebenfalls entscheidend bei.

Als Lehre für die Zukunft gesprochen bedeutet dies die Notwendigkeit stabilisierender Narrative, erfolgreicher Erzählungen also, an die jedenfalls der Großteil der Gesellschaft glaubt. *Fritz René Allemanns* Bonmot »Bonn ist nicht Weimar« stabilisierte *Adenauers* Republik gestern;²⁹ wir Heutigen sollten uns nicht »instabilisieren« lassen durch das Negativnarrativ, dass Berlin wieder Weimar sei. Zeitgenossen wie auch Bonner Bundesbürger sprachen damals von Weimars Verfassung als »schlechter Verfassung in schlechter Zeit«. Heute sehen Verfassungsrechtler in ihr gar eine »gute Verfassung in schlechter Zeit«. Vom Grundgesetz als einer »guten Verfassung in guter Zeit« zu sprechen, *das* sollte unser aller Narrativ auch für die Zukunft sein. Denn auch so bleibt eine gute Verfassung im besten Sinne eine lebendige. Wir tun gut daran, auch und gerade jetzt den Mut für solch vertrauensbildende Erzählungen aufzubringen. 70 Jahre eines erfolgreichen Erfahrungsschatzes enthalten Anschauungsmaterial genug!

Weimar als Vorbild? Vom Verfassungstag als Feiertag

Die wichtigsten Gelingensbedingungen erfolgreicher Verfassungen sind somit genannt – unser Grundgesetz erfüllt zum Glück wohl alle davon. Eine revolutionäre Neuverfassung ist daher nicht nötig. Aber: Was fehlt noch zum vollständigen Verfassungsglück?

Manchmal steckt hinter Symbolhaftem Sinnhaftes und ein Blick in den Rückspiegel mag mancherlei Anregung bieten. Zwar erinnern sich wohl, wenn überhaupt, nur die

inzwischen etwa 18 000³⁰ über-hundertjährigen Deutschen an eine Praxis, die zwischen 1921 und 1932 jedes Jahr am 11. August zelebriert wurde und damals – leider – den Ruf »genoss«, eher abgehoben und akademisch-elitär begangen zu werden. Die Rede ist vom »Verfassungstag«.³¹ Daran änderte auch das Engagement des zuständigen »Reichskunstwarts« *Edwin Redslob* jedes Jahr zum Tag der WRV-Unterzeichnung wenig – die geplanten »Freudenfeste der Republik« blieben bedauerlicherweise bloße Hirngespinnste des Weimarer »Zeremonienmeisters«. Selbst ein Volksfest vor dem Reichstag vermochte dies nicht zu ändern. Dass dieser Nationalfeiertag von der immer schwächer werdenden »Weimarer Koalition« aus SPD, DDP und Zentrum und nur als »Plan B« nach gescheiterter Kür des 1. Mai auserkoren wurde sowie auch noch die Hypothek des bloß Hingenommenen schwer auf der Verfassung lastete, all dies waren wohl damals ein paar Bürden zu viel.

Heute aber mag anderes gelten: Unser Grundgesetz erfreut sich größter Beliebtheit.³² Und wer die globale Faszination für Pomp und Präsentation bei Feierlichkeiten etwa der britischen Royals betrachtet, kommt schnell zum Schluss, dass nur ein kleiner Schuss davon auch dem »GG« guttäte. Schlagkräftiger würde der Symboltag wohl, wenn man ihn mit staatlich verordneter Freizeit verbände: Ein freier Feiertag überall im Land höbe ihn zudem positiv ab vom Weimarer Vorbild, das diesen Status reichsweit nie erlangte. Im Verfassungsjubiläumjahr 2019 wäre eine entsprechende Entschließung, unterbreitet und getragen von allen im Bundestag vertretenen Fraktionen, jedenfalls sicher nicht nur schillernde Symbolik, sondern ein starkes Statement für Wert und Verdienst einer guten Verfassung! Diese Gelegenheit zu regelmäßiger Reflexion könnte aus einer ohne Frage »lebendigen« Verfassung zugleich eine tatsächlich »gelebte« machen.

Quo vadis, Grundgesetz? Plädoyer zum Schluss: ein Schuss Optimismus!

Und heute? Was nehmen wir mit in die Zukunft aus dieser Tour d'Horizon durch mehr als 100 Jahre deutscher Verfassungsgeschichte?

Die Tour hat Gelingensbedingungen, aber auch -grenzen erfolgreicher Verfassungen identifiziert. Erfolgreiche Institutionen, gerade Gerichte, und effiziente Verfahren sind

³⁰ ZDF, Neuer Höchstwert erreicht. Immer mehr über Hundertjährige, 9.7.2019, <https://www.zdf.de/nachrichten/heute/zahl-der-ueber-hundertjaehrigen-neuer-hoehchstwert-erreicht-100.html>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019.

³¹ Hierzu und mit weiteren Nachweisen Poscher (Hrsg.), Der Verfassungstag. Reden deutscher Gelehrter zur Feier der Weimarer Reichsverfassung (1999).

³² *Infratest dimap*, Das Grundgesetz: Ein Jubilar mit Bestnoten. Studie: 70 Jahre – Die Bundesrepublik und ihr Grundgesetz, Erhebungszeitraum: 27.2.–16.3.2019, repräsentative Zufallsauswahl unter der wahlberechtigten Bevölkerung Deutschlands als Grundgesamtheit, Frühjahr 2019, <https://www.infratest-dimap.de/umfragen-analysen/bundesweit/grundgesetzstudie/>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019; demnach sagen u. a. 88 % aller Deutschen, das Grundgesetz habe sich gut oder sehr gut bewährt.

²⁸ Vgl. *Di Fabio* (Fn. 9), S. 6 und 248.

²⁹ *Alleman*, Bonn ist nicht Weimar (1956).

staatlicherseits Pflicht. Bundesrepublik und Bundespolitik täten gut daran, hier Konstanz walten und einen »Pakt für den Rechtsstaat« nicht zur Worthülse werden zu lassen. Vor allem aber bedarf es, wie schon *Böckenförde* wusste, jener Voraussetzungen, deren Existenz eine Verfassung nicht erzwingen kann, sondern im Idealfall vorfinden und mitgestalten muss – neben reinem *Text* also auch konstruktiven *Kontext*! Es ist dies zuvörderst eine funktionierende Gesellschaft, die eine gute Verfassung engagiert mit Leben füllt. Es sind aber auch nützliche Narrative, die stabilisierend wirken. Nötig für eine gelingende Verfassung ist also, frei nach *Aristoteles*, im Vergleich zur bloßen Summe der Verfassungsartikel ein Mehr, arithmetisch also ein »Verfassung + X«.

Diese Aussage ist Anlass für einen realistischeren Blick auf eine nur begrenzte Gestaltungsmacht von Verfassungsrecht, der guttut, gerade im Vergleich zu den hochfliegenden Hymnen, die in diesem Jahr auf die Jubilare gesungen wurden. Aber die Aussage soll auch Ansporn sein, nämlich für ein tatkräftiges Engagement für die Werte unseres Grundgesetzes! Eine von engagierten Akteuren verinner-

lichte, gut gehütete Verfassung ist insofern im besten Sinne eine gelebte und zugleich lebendig bleibende!

70 Jahre Grundgesetz – sie schließlich sind selbstverständlich kein Selbstzweck konstitutioneller Langlebigkeit, nicht nur »l'art pour l'art«. Andererseits: Langlebigkeit mag ein starkes Indiz sein für eine gute Ordnung, für gerechtes Recht, für genügend Flexibilität in Detailfragen. Gerade im Vergleich zu einer nie in Kraft getretenen Paulskirchenverfassung, 47 Jahren Bismarck'scher und 14 Jahren Weimarer Reichsverfassung oder den gar drei Verfassungen in 41 Jahren DDR sticht dies geradezu ins Auge. Eine derart langlebige Verfassung wie unser »GG« hat sich einen Vertrauensvorschuss verdient, nämlich dass sie auch Probleme von heute und morgen gut und gerecht lösen kann, dass sie einen soliden Rahmen für das einfache Recht bildet, dass sie ganz generell Grundlage unseres Gemeinwesens bleibt.

Dem Jubilar mag man daher aus voller Überzeugung zuzurufen: weiter so! Und auf die nächsten (mindestens) 70 Jahre – Optimismus ist angebracht!

GdR Aufsatz

Till Nima Albers*

Carl Schmitts staatstheoretisches Werk in der Weimarer Republik

Der Beitrag beschäftigt sich mit dem rechtswissenschaftlichen Werk Carl Schmitts aus der Zeit der Weimarer Republik. Schmitt führte metajuristische, d. h. das Recht konstituierende, aber selbst rechtlichen Operationen nicht zugängliche, Kategorien in den juristischen Diskurs ein, um eine Fundamental-kritik an der Weimarer Reichsverfassung zu üben und sich für eine Umgründung der Republik nach faschistischem Vorbild einzusetzen.

A. Einleitung

Carl Schmitt¹ gilt heute als breit rezipierter Denker des 20. Jahrhunderts. Seine Ideen wurden und werden fachübergreifend rezipiert, sowohl liberale Demokraten als auch die Intelligenz der rechtsextremen »Neuen Rechten«² setzen sich intensiv mit seinem Denken auseinander. Mit der

* Till Nima Albers studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und arbeitet am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hans Michael Heimg. Der Beitrag ging aus einer Arbeit im Rahmen des Seminars »Weimarer Schriften von Carl Schmitt« (Sommersemester 2019) hervor.

¹ Carl Schmitt wurde 1888 im westfälischen Plettenberg geboren. Er studierte in Berlin, München und Straßburg Rechtswissenschaften, promovierte 1910 und habilitierte 1916 in Straßburg. Von 1916 bis 1918 war Schmitt als Privatdozent für Strafrecht in Straßburg tätig. Zeitgleich leistete er seinen Kriegsdienst in der Münchener Heeresverwaltung. Dort erlebte er auch den Zusammenbruch des Kaiserreiches, die kurzlebige Münchener Räterepublik sowie ihre blutige Niederschlagung. In dieser Zeit begannen auch die Arbeiten an seiner Schrift *Die Diktatur*. In den Jahren des Bestehens der Weimarer Republik besetzte er Lehrstühle in München, Greifswald, Bonn, Berlin und kurzweilig Köln. Ab 1929 bewegte er sich zunehmend in den Kreisen der Konservativen Revolution und beriet die Akteure der Präsidialkabinette rechtlich. Ihren Höhepunkt erreichte Schmitts Beteiligung mit der Vertretung des Reiches im Prozess um die Verfassungsmäßigkeit des »Preußenschlags« vor dem Staatsgerichtshof im Jahr 1932. Nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten 1933 konnte Schmitt seine Karriere fortsetzen. Er orientierte seine Schriften nun wesentlich an der nationalsozialistischen Ideologie und Herrschaft, so rechtfertigte er 1934 die während des sog. »Röhm-Putsches« begangenen Morde und gab 1936 die Veranstaltung »Das Judentum in der Rechtswissenschaft«. Im selben Jahr fiel er im Zuge innerer Machtkämpfe in Ungnade, blieb aber weiterhin publizistisch aktiv. 1947 wurde Schmitt für einige Zeit im Zusammenhang mit den Nürnberger Prozessen am selbigen Ort interniert und verhört, ohne dass zuletzt eine Anklage gegen ihn erhoben wurde. Danach kehrte Schmitt nach Plettenberg zurück, doch der Weg in öffentliche Lehrämter blieb ihm verwehrt. Trotzdem konnte er sich in den folgenden Jahrzehnten publizistisch etablieren und ein Netzwerk an Intellektuellen sowie Wissenschaftlern um sich bilden. Im Jahr 1985 starb Carl Schmitt in Plettenberg. Eine umfassende Darstellung seiner Biographie findet sich bei Mehring, Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie (2009).

² Zur Neuen Rechten allgemein und Schmitts Rolle in ihr, vgl. Weiß, Die autoritäre Revolte. Die Neue Rechte und der Untergang des Abendlandes (2017), insbesondere S. 164 ff. Zur Schmitt-Rezeption in der »Nouvelle Droite«, vgl. Kervégan, Was tun mit Carl Schmitt? (2019), S. 71 ff.

Forcierung des Kampfes gegen den internationalen Terrorismus seit 2001 gewannen seine Gedanken auch jenseits der wissenschaftlichen Rezeption in den breiteren politischen Debatten mittelbar an Bedeutung.³ Die Notwendigkeit einer tiefergehenden Beschäftigung liegt damit auf der Hand. Trotzdem soll dieser Aufsatz nicht die Schmitt-Rezeption behandeln. Stattdessen ist beabsichtigt, Schmitts Weimarer Schriften auf ihre wesentlichen Inhalte zu untersuchen, diese in ihren historischen Kontext einzuordnen und so zu einer authentischen Interpretation seines Werkes zu gelangen. Unterschiede zu anderen Interpretationen des Schmitt'schen Werkes können in diesem Rahmen nicht auch noch detailliert herausgearbeitet werden, daher muss sich dieser Beitrag an passender Stelle mit Hinweisen und Andeutungen begnügen. Dies bedeutet zudem, dass der hier verfolgte Ansatz keinen Anspruch auf ausschließliche Geltung erhebt, viel eher möchte er eine schlüssige Lesart der Weimarer Schriften anbieten, wie sie sich aus den Schriften Schmitts, seiner Biographie und den historischen Umständen ergeben kann, ohne andere Deutungen auszuschließen. Als zweite Einschränkung muss angemerkt werden, dass Schmitts Werk in diesem Beitrag nur aus rechtswissenschaftlicher Perspektive betrachtet wird.

Carl Schmitt verfasste seine bedeutendsten rechtswissenschaftlichen Schriften in der Zeit der Weimarer Republik (*Politische Theologie* 1922, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* 1923, *Der Begriff des Politischen* 1927, *Verfassungslehre* 1929, *Der Hüter der Verfassung* 1931, *Legalität und Legitimität* 1932). Zunächst stellen sich die Fragen, ob und ggf. inwieweit Schmitt innerhalb dieses Zeitraums ein einheitliches Werk schuf. Daran anschließend ist zu klären, inwiefern sich dieses an den Verhältnissen der Weimarer Republik orientierte. Daher sollen im ersten Abschnitt dieses Beitrages Schmitts Weimarer Schriften als ein einheitliches Werk anhand der Konzepte der Ordnung, der Legitimität sowie der politischen Einheit intertextuell dargestellt werden (B.), um dann im zweiten Abschnitt das Verhältnis seines Werkes zur Weimarer Republik zu erklären (C.). Auch wenn nicht die Rezeption des Schmitt'schen Werkes hier nachvollzogen werden kann, so soll im letzten Teil zumindest skizzenhaft versucht werden, den Wert seiner Schriften für die heutige Zeit zu reflektieren (D.).

³ Beispielhaft Depenheuer, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, 2. Aufl. (2008). Der damalige Innenminister Wolfgang Schäuble verwies 2007 in einem Interview mit der ZEIT in der Frage zum Verhältnis von Rechtsstaat und Terrorismusabwehr auf Depenheuers Buch, vgl. DIE ZEIT Nr. 30/2007, S. 4.

B. Die Weimarer Schriften als einheitliches Werk

I. Recht als legitime Ordnung

Schmitt entwickelte in der Schrift *Politische Theologie* seinen Rechtsbegriff anhand des Begriffs des Ausnahmezustandes. In seinem Verständnis von Souveränität distanzierte er sich von abstrakten Begriffen wie »höchste, nicht abgeleitete Herrschaftsmacht«⁴ und setzte dem stattdessen die praktische Definition entgegen, »[s]ouverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.«⁵ Der Ausnahmezustand sei nicht nur ein soziales, außerrechtliches Phänomen, sondern ein konstitutiver Akt hinsichtlich des Bestandes der Rechtsordnung, die aus einer Entscheidung⁶ selbst geschaffen werde.⁷ Vom Ausnahmezustand ausgehend verallgemeinerte *Schmitt* das rechtsstiftende Moment der Dezision – also Entscheidung – auf alle Rechtsakte.⁸ Eine Rechtsordnung könne sich nicht selbst setzen, sondern müsse, um gelten zu können, mittels staatlicher Autorität und letztlich potenziell Gewalt durchgesetzt werden.⁹ So komme einer rechtswidrigen Entscheidung, wenn von der staatlichen Autorität gesetzt, zunächst eine fehlerunabhängige Rechtskraft zu¹⁰ – damit offenbare die Ordnungsstiftung einen »Eigenwert der Form«¹¹. Jedoch verblieb *Schmitt* nicht bei dieser in der Weimarer Staatsrechtslehre anerkannten Annahme¹², sondern rückte von einem rein machtpositivistischen Ansatz ab, indem er die Qualifizierung eines Aktes als Rechtsakt nicht allein auf die effektive Durchsetzung reduzierte.¹³ Vielmehr werde der Akt in der Umsetzung einer Rechtsidee zum Rechtsakt. In der Analogie¹⁴ zwischen Wunder und Ausnahmezustand, in der *Schmitt* den ordnungsschaffenden Akt des Souveräns als ein begriffliches und weltanschauliches Äquivalent zum von Gott gestifteten Wunder setzt,¹⁵ hob er die offenbarende, sinnstiftende Dimension seines Rechtsbegriffs hervor.¹⁶

Diese in *Politische Theologie* fundierte Grundposition wird von *Schmitt* in seinen folgenden Schriften konzeptionell und begrifflich ausgebaut.

4 *Schmitt*, *Politische Theologie*. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 4. Aufl. (1985), S. 12.

5 *Schmitt* (Fn. 4), S. 12.

6 Nach *Schmitts* Terminologie »Dezision«.

7 *Schmitt* (Fn. 4), S. 16 ff.

8 *Schmitt* (Fn. 4), S. 41 f.

9 *Schmitt* (Fn. 4), S. 49 ff.

10 *Schmitt* (Fn. 4), S. 42.

11 *Schmitt* (Fn. 4), S. 36 f.

12 *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur: 1914–1945*, Bd. 3 (1999), S. 91 f.

13 *Schmitt* beschreibt die Rechtsordnung in einer dichotomen Gestalt, vgl. *Schmitt* (Fn. 4), S. 16, 19.

14 *Schmitt* (Fn. 4), S. 49.

15 *Schmitt* (Fn. 4), S. 49 ff.

16 *Lennartz*, *Juristische Granatsplitter. Sprache und Argument bei Carl Schmitt in Weimar* (2018), S. 44 ff.

II. Legitimitätsdiskurse

1. Parlamentarismus

In Abgrenzung zur Demokratie¹⁷ hätten *Schmitt* zufolge die Ideale von Parlamentarismus und Rechtsstaatlichkeit¹⁸ unter den Prämissen des Rationalismus und Liberalismus im 18. und 19. Jahrhundert den vorherrschenden¹⁹ Legitimitätsdiskurs gebildet.

Der Rechtsstaat baue auf dem sog. »Verteilungsprinzip« auf. Dieses postuliere eine vorrechtliche, grundsätzlich unbegrenzte Freiheit des Individuums gegenüber einer begrenzten und rechtfertigungsbedürftigen Staatsgewalt, der Rechtsstaat verteile also Handlungsmöglichkeiten zwischen Bürger und Staat zugunsten des Bürgers. Das »organisatorische Prinzip« der Gewaltenteilung diene mittels der Hemmung staatlicher Gewalt der Verwirklichung des »Verteilungsprinzips«.²⁰ Der Parlamentarismus sei eine Verwirklichung des organisatorischen Prinzips im gesetzgeberischen Organ selbst, da sich im Parlament die Vielzahl an Abgeordneten und ihre Parteilagen gleichsam in der Machtausübung hemmen würden. *Schmitt* beschrieb das ideelle Fundament des Parlamentarismus als einen relativen Rationalismus mit dem Ziel, einen auf Vernunft begründeten Wahrheitsgewinn zu erreichen. Anders als im absoluten Rationalismus bestünden keine absoluten Wahrheiten, die sich einseitig feststellen und mit Zwang durchsetzen ließen. Stattdessen werde die Erkenntnis erst im freien Streit der Meinungen erlangt, sodass eine endgültige Entscheidung ausbleiben und eine ständige Balancierung der Gewalten stattfinden müsse, sowohl innerhalb der Legislative als auch zwischen den Gewalten. Im »ewigen Gespräche«²¹ liege Wesen und Ziel des Parlamentarismus. Gewährleistet werde die rationale Meinungsbildung durch die Öffentlichkeit der Diskussion und ihrer Repräsentation im Parlament, Grundrechte, eine rechtsstaatliche Begrenzung jeder Staatsgewalt, die Unabhängigkeit und die persönlichen Qualitäten der Abgeordneten sowie das allgemeine Gesetz.²²

Schmitts anknüpfende Kritik am parlamentarischen Rechtsstaat arbeitete nur noch mit knappen, als unumstößlich vorgetragenen Behauptungen über den gegenwärtigen, nach seiner Ansicht defizitären Zustand parlamentarischer Institutionen, ohne eine tiefere Analyse²³ ihrer tatsächlichen Funktionsweisen anzuschließen. Er konstatierte einen offensichtlichen Widerspruch zwischen der herrschenden parlamentarischen Praxis und ihren

17 *Schmitt*, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 2. Aufl. (1926), S. 13 ff., 42 ff.

18 *Schmitt* sieht im Parlamentarismus kein demokratisches, sondern ein rechtsstaatliches Konzept, vgl. *Schmitt*, *Verfassungslehre* (1928), S. 307; *Schmitt* (Fn. 17), S. 42 ff.

19 *Schmitt* (Fn. 17), S. 41 ff.; *Schmitt* (Fn. 18), S. 37 ff., 307 ff.

20 *Schmitt* (Fn. 18), S. 125 ff.

21 *Schmitt* (Fn. 17), S. 46.

22 *Schmitt* (Fn. 17), S. 41–63; *Schmitt* (Fn. 18), S. 310–318; *Schmitt*, *Legalität und Legitimität*, *Schmitt* (Hrsg.), in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*, 4. Aufl. (2003), S. 263, 270 f., 274 ff.

23 Später wurde eine solche beispielsweise in *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 11. Aufl. (2019), S. 137 ff., erbracht.

ideellen Grundlagen, die gekennzeichnet sei vom Verlust der Öffentlichkeit sowie Klientelpolitik statt ernsthafter Diskussion und Repräsentation.²⁴ In diesem Zusammenhang bezeichnete *Schmitt* den Verlust des Glaubens an den Parlamentarismus im Zuge des Auseinanderstrebens von Realität und Ideal als das wesentliche Problem der parlamentarischen Herrschaft.²⁵ Es ist wichtig hervorzuheben, dass *Schmitt* also nicht primär eine mangelnde Funktionalität des Reichstages als solche bemängelte. Seine Hauptkritik galt vielmehr einem Auseinanderfallen von Weltanschauung und institutioneller Praxis.²⁶ Insofern ist es aber auch schlüssig, dass *Schmitt* sich nicht tiefergehend der Frage nach der Funktionalität des Parlaments widmete, da es ihm nach seinen Legitimitätsverständnis hierauf gar nicht ankam. Rechtfertigungen des modernen Parlamentsbetriebes, die nicht mit dem überkommenen Ideal des Honoratiorenparlaments aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts übereinstimmten, ignorierte *Schmitt* in seiner selektiven Rekonstruktion des Parlamentarismus oder wies sie als rein praktisch oder »dem deutschen Wesen widersprechend« zurück.²⁷ Hierin zeigt sich *Schmitts* Zielrichtung, nicht bloß eine (Ideen-)Geschichte des Parlamentarismus, sondern ebenfalls eine grundlegende Kritik an letzterem zu verfassen. Er konstruierte selektiv das Bild eines parlamentarischen Staates, der illegitim geworden sei und durch eine legitime, d. h. mit einer vermeintlich herrschenden Weltanschauung übereinstimmende, Ordnung ersetzt werden müsse.

2. Demokratie

Nach anfänglicher Skepsis²⁸ erkannte er stattdessen die demokratische Herrschaftsform wegen ihrer Übereinstimmung mit der vorherrschenden, demokratisch gesinnten Weltanschauung als zentrale legitime Ordnung an²⁹ und rückte den demokratischen Legitimitätsdiskurs in den Mittelpunkt seines Werkes. Die demokratische Legitimität beruhe in Anlehnung an *Rousseau* auf einer Identität von Regierenden und Regierten, Herrschern und Beherrschten, Staat und Volk. Die Identität entstehe demnach durch eine substantielle Gleichheit im Sinne einer Gleichartigkeit.³⁰ Der Staat sei die »Selbstorganisation der Gesell-

schaft«³¹ und gerade deshalb sei das Handeln der Staatsgewalt legitim.³² Der von *Schmitt* verwendete identitäre und nicht verfahrensorientierte Demokratiebegriff ermöglichte es ihm zudem, seine autoritären, antiliberalen sowie demokratieskeptischen Vorstellungen miteinander und mit dem zeitgenössischen Ideal zu harmonisieren. Das von ihm als passiv, nur reaktiv handelnd beschriebene und häufig bloß als »Masse« herabgesetzte Volk³³ müsse nicht an der Entscheidung partizipieren, sondern sei nur »Gegenstand« der Herrschaft, die die Identität mit identitätsstiftenden Maßnahmen – seien sie gewaltsamer oder massenpsychologischer Natur – herstelle;³⁴ schon das Ausbleiben von Widerstand wird zur demokratischen Zustimmung verklärt.³⁵ Demnach könne *Schmitt* zufolge auch eine dezisions- und ordnungsaffine Herrschaftsform wie eine Diktatur den Anspruch erheben, eine Demokratie zu sein –³⁶ eine Einschätzung, die nach heutigen Vorstellungen zu Recht als überholt gelten kann. Es ist dabei aber wichtig zu beachten, dass *Schmitts* Identitätsbegriff nicht in einem alles vereinnehmenden Totalitarismus mündet, denn er akzeptierte trotz der behaupteten Notwendigkeit von Identität eine tatsächliche soziale Heterogenität und ließ eine bloße Anerkennung der Identität im Abstrakten zur Rechtfertigung der Herrschaft ausreichen.³⁷ Nach einem solchen Verständnis wird die Identität zum bloßen Glauben an eine Fiktion, die Legitimität schafft.³⁸ Nichts anderes gilt für den Souverän, dessen »Existenz nur eine Glaubensfrage«³⁹ sei.⁴⁰ Entsprechend vage definierte *Schmitt* auch die Identität der Nation: Es handle sich um ein »durch politisches Sonderbewußtsein individualisiertes Volk«, dessen Einheit sich in gemeinsamer Sprache, gemeinsamem geschichtlichen Schicksal, Traditionen und Erinnerungen, gemeinsamen

31 *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, 2. Aufl. (1969), S. 78.

32 Die Vorstellung einer sich selbst legitimierenden Ordnung findet sich schon in *Schmitt* (Fn. 17), S. 77–90. *Schmitt* überträgt diese nun in seiner Demokratietheorie weiter.

33 *Schmitt* (Fn. 18), S. 238 ff., 278 ff.; *Schmitt*, Volksentscheid und Volksbegehren. Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie (1927), S. 34 ff., 49 ff.; *Schmitt*, Der Begriff der modernen Demokratie in seinem Verhältnis zum Staatsbegriff, *Schmitt* (Hrsg.), in: Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles. 1923–1939 (1940), S. 19, 22; *Schmitt* (Fn. 17), S. 11; *Schmitt*, Staatsethik (Fn. 24), S. 140.

34 *Schmitt* (Fn. 17), S. 14 ff., 37 f.; *Schmitt* (Fn. 18), S. 236 f.; etwas kryptisch *Schmitt* (Fn. 24, Staatsethik), S. 139 f.: »Macht bewirkt Konsens.«

35 *Schmitt* (Fn. 18), S. 94 f.

36 *Schmitt* (Fn. 17), S. 37 f., 42; *Schmitt* (Fn. 18), S. 284.

37 *Schmitt* (Fn. 17), S. 34 f.; *Schmitt* (Fn. 24, Staatsethik), S. 139.

38 *Mehring*, Pathetisches Denken. Carl Schmitts Denkweg am Leitfaden Hegels: katholische Grundstellung und antimarxistische Hegelstrategie (1989), S. 87 ff.; *Schultes*, Niedergang des staatsrechtlichen Denkens im Faschismus. Die Lehren des Herrn Professor Carl Schmitt. Kronjurist der Gegenrevolution (1947), S. 23 ff.

39 *Lennartz* (Fn. 16), S. 14.

40 *Schmitt* (Fn. 18), S. 77 ff. führt hier als verfassungsgebende Gewalt u. a. Gott auf. Auch die französische Nationalversammlung zieht ihre Legitimität aus ihrer rhetorischen Selbstermächtigung; *Schmitt* (Fn. 4), S. 16: »Ob nur Gott souverän ist, das heißt derjenige, der in der irdischen Wirklichkeit widerspruchlos als sein Vertreter handelt, oder der Kaiser oder der Landesherr oder das Volk, das heißt diejenigen, die sich widerspruchlos mit dem Volk identifizieren dürfen [...]«.

24 *Schmitt* (Fn. 17), S. 5 ff., 62 f.; fast unverändert *Schmitt*, Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie, *Schmitt* (Hrsg.), in: Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles. 1923–1939 (1940), S. 52, 52 ff.; *Schmitt* (Fn. 18), S. 219, 319; *Schmitt*, Staatsethik und pluralistischer Staat, *Schmitt* (Hrsg.), Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles. 1923–1939 (1940), S. 133.

25 *Schmitt* (Fn. 17), S. 62 f., 89 f.; *Schmitt* (Fn. 22), S. 270 f., 292 f.; *Schmitt* (Fn. 18), S. 312.

26 *Schmitt* (Fn. 17), S. 5 ff., 63–77; *Schmitt* (Fn. 4), S. 49–84; *Schmitt*, Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien (1963), S. 80–88.

27 *Schmitt* (Fn. 17), S. 5 ff.; *Schmitt* (Fn. 24), S. 307.

28 In *Schmitt* (Fn. 4), S. 55, 62 f. wird die Demokratie noch als eine relativistische, von Immanenzvorstellungen, d. h. die Vorstellung eines aus sich selbst konstituierenden, keiner äußeren Setzung bedürftigen Zustandes, getragene und entscheidungsunfähige Ordnung beschrieben.

29 *Schmitt* (Fn. 17), S. 38 ff.

30 *Schmitt* (Fn. 17), S. 13 ff., 34 ff.; *Schmitt* (Fn. 18), S. 90, 204 ff., 223 ff.; vage schon in *Schmitt* (Fn. 4), S. 63.

politischen Zielen und Hoffnungen begründe.⁴¹ In dieser Definition zeigt sich, dass *Schmitt* keinen völkischen oder rassistischen Zugang zum Begriff des Volkes wählte. Viel eher sei die Nation eine fast beliebige Größe, die ihr Wesen nur aus dem subjektiven Empfinden der Zugehörigen erlange. Sowohl Identität als auch Souveränität werden so zur Herrschaftsfiktion. *Schmitt* erkennt im Bolschewismus sowie im nationalen Mythos faschistischer Provenienz, denen er ebenfalls jeweils eine demokratische Qualität zuspricht,⁴² die Fähigkeit zur Stiftung eines Glaubens an die Identität des Volkes.⁴³ Der »nationale Mythos« des Faschismus verspricht *Schmitt* eine taugliche Quelle zu sein, um die »Grundlage einer neuen Autorität, eines neuen Gefühls für Ordnung, Disziplin und Hierarchie« zu bilden,⁴⁴ während der Bolschewismus als anarchische Bewegung jede Ordnung untergrabe.⁴⁵ Der Bolschewismus vermittele eine erlebbare Identität der Arbeiterklasse im gemeinsamen unmittelbaren Erlebnis des Klassenkampfes.⁴⁶ Mit dem Konflikt zwischen Bolschewismus und Faschismus knüpfte *Schmitt* an die Konfliktsituation aus *Politische Theologie*, in der sich eine Ordnung selbst legitimiert, an und identifizierte den Faschismus als demokratisches Wesen mit einer legitimitätsimmanenten Ordnung. So verband er sein staatszentriertes Ordnungsbedürfnis mit der zeitgemäßen Anerkennung der demokratischen Legitimität.

III. Die politische Einheit des Staates als Voraussetzung des Rechts

Mit dem Begriff der politischen Einheit schließlich stellte *Schmitt* Dezisionismus und Legitimität in einen politisch-sozialen Zusammenhang. In *Politische Theologie* verwendete *Schmitt* den Begriff zweideutig. Es dominieren noch die Begriffe der Ordnung, des Staates und der Form, zu denen der Begriff der Einheit synonym verwendet wurde. So stellte *Schmitt* fest: »Die absolute Monarchie hatte in dem Kampf widerstreitender Interessen und Koalitionen die Entscheidung gegeben und dadurch die staatliche Einheit begründet.«⁴⁷ In *Der Begriff des Politischen* definierte *Schmitt* die politische Einheit von seiner Konzeption des Politischen her. Das Politische bezeichne einen Zustand sozialer Beziehungen, in dem sich Menschen in öffentlichen⁴⁸, d. h. kämpfenden, Gesamtheiten von Personen umfassenden Freund-Feind-Verhältnissen gruppieren. Die Freund-Feind-Unterscheidung beschreibe »den äußersten Intensitätsgrad einer Verbindung oder Trennung, einer Assoziation oder Dissoziation«⁴⁹ und impliziere immer die »reale Möglichkeit der physischen Tötung«⁵⁰. Das Politische könne aus einer

beliebigen Gegensätzlichkeit erwachsen, müsse aber immer substantiell sein, bestimme es doch die gesamte eigene Existenz⁵¹ und fordere von den Menschen eine »Todesbereitschaft und Tötungsbereitschaft«⁵². Die martialische Wortwahl *Schmitts* mutet vielen heutigen Lesern höchst befremdlich an. Sie lässt sich mit unterschiedlichen Ansätzen erklären, die sich gegenseitig nicht ausschließen: Mit seiner theoretischen Ausrichtung am Konflikt⁵³, einem tendenziell außenpolitischen Verständnis von Politik bei gleichzeitiger Betrachtung des Krieges als Fortsetzung der Politik⁵⁴, den unmittelbaren Krisenerfahrungen zur Zeit der Weimarer Republik und zuletzt einer grundsätzlichen Geisteshaltung.⁵⁵ Die politische Einheit ist demnach eine gesteigerte kollektive Zusammengehörigkeit, kraft derer die Bereitschaft besteht, sowohl von der gegenseitigen Tötung abzusehen, als auch für einander im Konfliktfall einzustehen. Über den konkreten Feind und den Zeitpunkt, in dem die Feindschaft zum Kampf als Extremfall eskaliert, entscheide die politische Einheit, respektive der Staat, selbst.⁵⁶ *Schmitt* führte seinen Dezisionismus aus *Politische Theologie* anhand der Freund-Feind-Unterscheidung des Politischen fort. Da die Geltung des Rechts eine Entpolitisierung voraussetze, konstituiere sich die Rechtsordnung innerhalb der politischen Einheit und werde beim Aufleben des Politischen suspendiert.⁵⁷

Schmitt entwickelte den Begriff der politischen Einheit in Hinblick auf den Staat.⁵⁸ Die historische Leistung des Staates bestehe in der vollständigen Befriedung innerhalb seines Territoriums, mithin nach *Schmitt'scher* Terminologie in der Herbeiführung einer Entpolitisierung nach Innen. Dies erscheint zunächst nicht schlüssig, da man heutzutage gerade im Staat die Sphäre der Politik verortet. Jedoch darf man *Schmitts* Begriff des Politischen nicht mit dem natürlichen (heutigen) Wortsinn der Politik bzw. Parteipolitik verwechseln. Es ist noch einmal zu hervorzuheben, dass *Schmitt* unter dem Politischen die Potenzialität der gegenseitigen Tötung verstand. Durch die Herstellung eines staatlichen Gewaltmonopols, welches ein politisches, also kämpferisches, Verhalten zwischen Kollektiven innerhalb der Grenzen des Staates aufhebe, entpolitisiere der Staat.⁵⁹

41 *Schmitt* (Fn. 18), S. 231.

42 *Schmitt* (Fn. 18), S. 231 ff.; *Schmitt* (Fn. 17), S. 38 f.

43 *Mehring* (Fn. 38), S. 87 ff., 25 ff.

44 *Schmitt* (Fn. 17), S. 89.

45 *Schmitt* (Fn. 17), S. 77 ff.; *Schmitt* (Fn. 4), S. 64.

46 *Schmitt* (Fn. 17), S. 63 ff., 77 ff.

47 *Schmitt* (Fn. 4), S. 62.

48 *Schmitt* (Fn. 26), S. 28 f.

49 *Schmitt* (Fn. 26), S. 27.

50 *Schmitt* (Fn. 26), S. 33.

51 *Schmitt* (Fn. 26), S. 39.

52 *Schmitt* (Fn. 26), S. 46.

53 So waren schon *Die Diktatur* (1921) und *Politische Theologie* (1922) inhaltlich am Konfliktfall und Ausnahmezustand orientiert. Auch in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923) ist inhaltlich stark von zeitgenössischen Konflikten geprägt.

54 Zu berücksichtigen ist, dass erst nach dem 1. Weltkrieg ernsthafte Bemühungen zum völkerrechtlichen Verbot des zwischenstaatlichen Krieges und der strafrechtlichen Ahndung von Kriegshandlungen einschließlich des Angriffskrieges verfolgt wurden, vgl. *Herdegen*, Völkerrecht, 18. Aufl. (2019), § 2 Rn. 10 ff., § 34 Rn. 1 f., § 61 Rn. 1. *Schmitt* sah darin eine Gefährdung der (deutschen) Souveränität und wehrte sich daher vehement gegen derartige Tendenzen, vgl. beispielsweise *Schmitt* (Fn. 26), S. 103 ff.; ein gemäßigerer Tonfall in *Schmitt* (Fn. 18), S. 379 ff.

55 Zu den letzten beiden Aspekten s. Kapitel C. II.

56 *Schmitt* (Fn. 26), S. 27, 35, 39, 43, 45 f.

57 *Schmitt* (Fn. 26), S. 46 f.

58 *Schmitt* (Fn. 26), S. 44 f.; So wird in *Schmitt* (Fn. 24, Staatsethik), S. 133 ff. Staat und politische Einheit gleichgesetzt; *Mehring* (Fn. 1), S. 211.

59 *Schmitt* (Fn. 26), S. 23, 30, 46.

Unter Berücksichtigung des demokratischen Identitätsbegriffs verortete *Schmitt* den Raum, in dem sich die Identität eines Volkes bilde und verwirkliche im Staat, denn der Staat könne aufgrund der ihm zustehenden Machtmittel eine hinreichende Homogenität der Herrschaftsunterworfenen sichern und damit die politische Einheit und somit Identität der Volkszugehörigen herstellen, die zugleich aber auch mit dem Staat selbst identisch sei.⁶⁰

Das tatsächlich Politische innerhalb des Staates sei die Abgrenzung zum inneren und äußeren Feind.⁶¹ »Partei-politische« Differenzen, d.h. innerhalb der staatlichen Ordnung verfolgte Interessen bei Erhalt der politischen Einheit, seien nicht politisch im Sinne einer Freund-Feind-Unterscheidung. Sie könnten sich aber jederzeit intensivieren und dann miteinander wie auch mit dem Staat in einen Konflikt treten.⁶² Erst dann sei wieder das tatsächlich Politische gegeben. Indem *Schmitt* öffentliche Pluralität von Meinungen, Lebensweisen und gesellschaftlichen Zusammenschlüssen zumindest potenziell als Gefahr für die politische Einheit und die etablierte Ordnung beschrieb, weist sein Begriff des Politischen die problematische Tendenz auf, den Extremfall von einer Ausnahmeerscheinung zum Normalzustand zu verstetigen. Dies könne zur Folge haben, dass mit der Ausweitung des sozialen Bereichs, der durch das Politische bestimmt werde, zugleich der Geltungsbereich des Rechts reduziert werde, da das Recht, wie oben erörtert, einen befriedeten Zustand, mithin eine politische Einheit, erfordere, um in Geltung gesetzt werden zu können. Ein Konflikt, der die politische Einheit zumindest möglicherweise gefährde, könne keiner rechtlichen Lösung zugeführt werden, sondern unterliege der Funktionslogik des Politischen im *Schmitt'schen* Sinne.⁶³

Schmitts Begriff des Politischen erscheint dabei insgesamt innerlich widersprüchlich: Einerseits sei die politische Einheit etwas Substantielles, inhaltlich Bestimmbares, andererseits bestimme sie ihre Feinde nach einem letztlich beliebigen Negationsempfinden, also dem Empfinden eines Kollektivs, durch ein anderes Kollektiv in der eigenen Existenz in Frage gestellt zu werden. Die politische Einheit gewinnt demnach also ihre gesamte wesensbestimmende Substanz überhaupt vom zufälligen, wechselnden Feind her, der als innerer Feind zuvor sogar noch der politischen Einheit angehörte. Während dieses Problem in *Schmitts* Darstellung der katholischen Kirche als politische Einheit⁶⁴ weniger offenkundig zutage trat, da sich dort die politische Einheit noch auf einer substantiellen, theologischen Selbstbeschreibung gründet, so ist das Problem beim Staat, dass ihm selbst keine ideelle Wertung inhärent ist, d.h. der Staat als solcher beruht nicht auf konkreten Wertvorstellungen,

religiösen Überzeugungen, formgebenden Narrativen etc.; stattdessen ist der Staat zunächst nur ein institutionelles Machtgefüge, sodass eine klare Freund-Feind-Bestimmung nicht aus dem Wesen des Staates abgeleitet werden kann, sondern letztlich einer beliebigen Entscheidung unterliegt. Es können also das Wesen einer politischen Einheit, ihre Substanz und insbesondere die Frage, wer ihr angehört und wer über die Zugehörigkeit entscheidet, damit nicht klar bestimmt werden. Daher scheint es naheliegend, die sich selbst setzende – politische Einheit des Staates nur als Herrschaftsfiktion desjenigen zu deuten, der als Souverän Freund und Feind bestimmt, wie dies *Schmitt* im Widerspruch⁶⁵ zu seinem Dezisionismus aus *Politische Theologie* in *Der Begriff des Politischen* übrigens auch selbst schrieb. So wie nun Dezision und Demokratie aufgrund der Fiktion der Einheit vereinbar sind, wird die Einheit von Staat und Volk fingiert.⁶⁶ Der Nationalstaat ist dabei institutioneller Rahmen der fingierten Identität. Richtigerweise erkennt *Schmitt* die Notwendigkeit eines auch staatlicherseits zu pflegenden kollektiven Bewusstseins an, welches in der Form eines kulturellen Gedächtnisses eine (kollektive) Identität vermittelt und damit einen Rahmen für soziale Interaktion und individuelles Selbstbewusstsein bilde.⁶⁷ Doch überdehnt er im Schatten der ständigen Tötungsgefahr die Identitätsfrage und vereinnahmt für sie potenziell jeden Lebensbereich. Darüber hinaus lässt er eine Identitätsbildung durch Partizipation vollkommen außer Acht.

C. Schmitt und die Weimarer Republik

I. Die Weimarer Reichsverfassung im Lichte des Schmitt'schen Werkes

1. Verfassungslehre als Relativierung der Verfassung

Die häufig als systematisches Hauptwerk bezeichnete *Verfassungslehre* kann als ein Werkzeug *Schmitts* gelesen werden, mithilfe dessen er seine bisherigen essayistischen Ausführungen in das Verfassungsrecht übersetzte und die Weimarer Reichsverfassung nach seinen Vorstellungen bis hin zur Auflösung neu gestaltete. Hierzu bediente er sich des sog. politischen Existenzialismus. Gemeint ist damit das im *Begriff des Politischen* eingeführte Verständnis von der politischen Einheit, die als seinsbestimmendes Merkmal menschlicher Kollektive die Voraussetzung für rechtliches Handeln bilde. *Schmitts* Verfassungsbegriffe orientieren sich an seinem Verständnis vom Politischen⁶⁸ und so definierte er die Verfassung als Zustände und Entscheidungen, die das Sein einer politischen Einheit in ihrer konkreten Form bestimmen.⁶⁹ Die positive Verfassung bedeutet für *Schmitt* als konkrete Staatsform, die »einmalige Entscheidung das

⁶⁰ So wenn *Schmitt* (Fn. 31), S. 78 den Staat als »Selbstorganisation der Gesellschaft« beschreibt; auch *Schmitt* (Fn. 24, Staatsethik), S. 141 ff.

⁶¹ *Schmitt* (Fn. 26), S. 45 ff.

⁶² *Schmitt* (Fn. 26), S. 30, 50 f.; *Schmitt* (Fn. 31), S. 71 ff.; *Schmitt* (Fn. 18), S. 239 f.; *Schmitt* (Fn. 22), S. 337.

⁶³ *Schmitt* (Fn. 26), S. 46 f.

⁶⁴ *Schmitt*, Römischer Katholizismus und politische Form, 2. Aufl. (1925), S. 37.

⁶⁵ *Schmitt* (Fn. 4), S. 29 f.

⁶⁶ Zum Fiktionalismus in *Schmitts* Werk, vgl. *Mehring* (Fn. 38), S. 25 ff.

⁶⁷ Grundlegend zum Themenkomplex kulturelles Gedächtnis, kollektive Identität und politische Herrschaft, vgl. *Assmann*, Das kulturelle Gedächtnis. Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen, 7. Aufl. (2013), S. 29 ff., 130 ff., 163 ff.

⁶⁸ *Schmitt* (Fn. 18), S. 169, 227.

⁶⁹ *Schmitt* (Fn. 18), S. 4.

Ganze der politischen Einheit hinsichtlich ihrer besonderen Existenzform« zu bestimmen,⁷⁰ und unterscheidet sich qualitativ als »existenzielle Totalentscheidung« von Verfassungsgesetzen.⁷¹ Die Verfassung im rechtlichen Sinne nach heutigem Begriffsverständnis ist für *Schmitt* dagegen bloß die Summe von Verfassungsgesetzen, d. h. niedergeschriebenen und erschwert abänderbaren Rechtssätzen beliebigen Inhalts.⁷² Demgegenüber ist die positive Verfassung nach *Schmitts* Terminologie gerade keine Einheit an rechtlichen Bestimmungen, sondern eine dem Recht vorausgehende, die politische Einheit betreffende Entscheidung des Souveräns.⁷³ Durch die positive Verfassung werde die politische Einheit hergestellt bzw. ihr eine konkrete Form gegeben, mithin also eine konkrete Freund-Feind-Bestimmung vorgenommen.⁷⁴ Orientiert an der politischen Einheit unterteilt *Schmitt* die Weimarer Reichsverfassung in eine politische und eine rechtsstaatliche Verfassung.⁷⁵ Während die Bestimmungen der politischen Verfassung dem Erhalt der politischen Einheit dienen, hemmt die rechtsstaatliche Teil der Verfassung die Einheitsbildung.⁷⁶

Schmitt nahm mit seinem Verfassungsbegriff einerseits vordergründig eine affirmative Haltung zur Weimarer Reichsverfassung ein, indem er die Geltung der Verfassung als eine legitime Entscheidung der verfassungsgebenden Gewalt für »eine konstitutionelle Demokratie, d. h. als ein bürgerlicher Rechtsstaat in der politischen Form einer demokratischen Republik, mit bundesstaatlichen Strukturen«⁷⁷ anerkannte. Andererseits wurde diese Entscheidung mit der Darstellung eines den parlamentarischen Institutionen, d. h. auch dem Streit von Parteien, geschuldeten Desintegrations- und Destruktionsprozesses⁷⁸ als existenzielle Bedrohung⁷⁹ des Staates und der permanenten Delegitimierung des parlamentarischen Rechtsstaates wieder infrage gestellt. Des Weiteren liegt in der Relativierung der juristisch erfassbaren Verfassungsgesetze zugunsten diffuser Kollektividentitäten – wie die Rede von einer »Seele der politischen

Einheit«⁸⁰ – das Potenzial, den konkreten Verfassungstext zu verdrängen. Insbesondere bleibt schleierhaft, welches Verhältnis die Verfassung zu dem normativen Verfassungstext einnimmt, davon abgesehen, dass sie ihm vorrangig⁸¹ sein soll. Ist die Verfassung justizierbar? Dient sie der Auslegung der Verfassungsgesetze? Antworten darauf bleibt *Schmitt* schuldig. Er nutzte stattdessen den Verfassungsbegriff taktisch, um einzelne Verfassungsgesetze mittels seines an der politischen Einheit orientierten Verfassungsbegriffs und der dazu gebildeten Idealtypen im Geltungsbereich zu begrenzen⁸² oder in Gänze zu dekonstruieren⁸³. Mit der Einstufung der Überprüfung der Verletzung von Verfassungsnormen als einen politischen Akt entzog *Schmitt* sie dem Zuständigkeitsbereich der Gerichte und erweiterte den Raum des Politischen auf den Bereich der abstrakten sowie konkreten Normenkontrollen für nicht vollkommen eindeutige Regelungen, sodass die Verfassungsgesetze fast vollständig der Entscheidung des Gesetzgebers und der vollziehenden Gewalt unterworfen wurden.⁸⁴

Letztlich ist bei *Schmitt* insgesamt nicht erkennbar, worin der Zweck der Verfassung oder der Verfassungsgesetze überhaupt bestehen soll. Wenn es sich bei der Verfassung um die Entscheidung über die Existenzform der politischen Einheit handelt und die Verfassungsgesetze dahingehende normative Bestimmungen treffen, müsste die Verfassung selbst eine Freund-Feind-Bestimmung vornehmen und im Rahmen dessen eine Befriedungswirkung im Inneren des Staates entfalten, da eine konkrete politische Einheit entstünde, innerhalb derer ein Rechtszustand gesetzt werden könnte.⁸⁵ Doch die Negation einer normativen Wirkung verhindert eine rechtliche und damit unpolitische Lösung von Konflikten und institutionalisiert stattdessen gerade den Konflikt zwischen den Staatsorganen.⁸⁶ Insofern wäre es verfehlt, Art. 79 Abs. 3 des Grundgesetzes als ein *Schmitt'sches* Geisteskind⁸⁷ zu betrachten. Während die Ewigkeitsklausel

70 *Schmitt* (Fn. 18), S. 21.

71 *Schmitt* (Fn. 18), S. 11 ff.

72 *Schmitt* (Fn. 18), S. 11 ff.

73 Neben den obigen Ausführungen explizit *Schmitt* (Fn. 18), S. 22: »Jedes Gesetz als normative Regelung, auch das Verfassungsgesetz, bedarf zu seiner Gültigkeit einer ihm vorhergehenden politischen Entscheidung, die von einer politisch existierenden Macht oder Autorität getroffen wird.« Und auch *Schmitt* (Fn. 18), S. 24: »Die hier genannten Bestimmungen der Weimarer Verfassung sind keine Verfassungsgesetze. [...] [Sie] sind überhaupt keine Gesetze und infolgedessen auch keine Verfassungsgesetze. Sie sind auch nicht etwa Rahmengesetze oder Grundsätze.«

74 *Schmitt* (Fn. 18), S. 20 ff.

75 *Schmitt* (Fn. 18), S. 23 ff., 40 f., 126 ff., 200 ff. Die Zweiteilung der Verfassung widerspricht nicht unmittelbar der Idee der politischen Einheit, da der rechtsstaatliche Teil der Verfassung für *Schmitt* selbst keine politische Bestimmung vornimmt, doch zugleich sei der Rechtsstaat eine Gefährdung, da er eine Desintegration aus der politischen Einheit fördere, vgl. die Kapitel B. III. und C. II.

76 *Schmitt* (Fn. 18), S. 37 ff., 125 f., 200 ff.

77 *Schmitt* (Fn. 18), S. 24.

78 *Schmitt* (Fn. 31), S. 71 ff.; *Schmitt* (Fn. 18), S. 239 f.; *Schmitt* (Fn. 22), S. 337.

79 *Schmitt* (Fn. 26), S. 68 ff.

80 *Schmitt* (Fn. 18), S. 4.

81 Die Vorrangigkeit ergibt sich auch gerade aus dem oben erörterten Begriff des Politischen und der politischen Einheit.

82 Beispielsweise hinsichtlich der Tarifautonomie, vgl. *Schmitt* (Fn. 18), S. 165; geheimes Wahlrecht, *Schmitt* (Fn. 18), S. 244 ff., 280 f.

83 Beispielsweise zum Verhältniswahlrecht, vgl. *Schmitt* (Fn. 31), S. 85 ff.; Sozialstaatsprinzip, vgl. *Schmitt* (Fn. 18), S. 30 f.; Gesetzesbegriff, vgl. *Schmitt* (Fn. 31), S. 128 ff.; Destruktives Misstrauensvotum (später auch als praktischer Rat an die Regierung *Schleicher*, vgl. *Mehring* (Fn. 1), S. 300 f., vgl. *Schmitt* (Fn. 18), S. 344 f.

84 In *Schmitt* (Fn. 18), S. 118 noch bezogen auf dilatorische Formelkompromisse (unter solchen Verstand *Schmitt* solche Kompromisse, die keine klare Entscheidung treffen, also nur die Entscheidung für einen späteren Zeitpunkt aussparen, vgl. *Schmitt* (Fn. 18), S. 31 ff.); in *Schmitt* (Fn. 31), S. 36, 42 und *Schmitt* (Fn. 22), S. 270 ff. weit extensiver.

85 So etwa die Lesart bei *Böckenförde*, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, Böckenförde (Hrsg.), in: Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. (2006), S. 344–366.

86 So im Ergebnis auch hinsichtlich der Grenzen des Art. 48 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung, vgl. *Schmitt*, Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf. Mit einem Anhang: Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Weimarer Verfassung 2. Aufl. (1928), S. 254; *Schmitt* (Fn. 22), S. 131.

87 Andeutungsweise bei *Lennartz* (Fn. 16), S. 109 f.: »*Schmitt* wirbt wie

heute dem Schutz normativer Grundsatzentscheidungen vor dem verfassungsändernden Gesetzgeber dient, wurde Schmitts Verfassungsbegriff zum Vehikel der Demontage der positiven Entscheidungen in der Weimarer Reichsverfassung.

2. »Sinnsystem« im zweiten Teil der Weimarer Reichsverfassung

Schon in der *Verfassungslehre* inszenierte Schmitt mit der Darstellung des parlamentarischen Rechtsstaats und der Demokratie als zwei disharmonisierende Verfassungsprinzipien einen der Reichsverfassung (vermeintlich) immanenten Konflikt, der letztlich in der Aufgabe des parlamentarischen Rechtsstaates enden müsse. In seinen darauffolgenden Schriften weitete er die dahingehenden Ausführungen aus.

Schmitt grenzte das nach eigener Ansicht wertneutrale, formalistische System des »parlamentarischen Gesetzgebungsstaates« von einem werthaften »Sinnsystem« im Zweiten Hauptteil der Weimarer Reichsverfassung, also dem Grundrechtsteil, ab.⁸⁸ Die von der Legitimität weitestgehend losgelöste Legalität des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens⁸⁹ führe zu einem selbstzerstörerischen Prozess: Entweder würden die Verfassungsfeinde die Macht ergreifen oder das die Legalität fundierende Prinzip der gleichen Chance auf Mehrheitsfindung müsste aufgegeben werden.⁹⁰ Es sollte berücksichtigt werden, dass Schmitts Äußerungen gegen die nationalsozialistische Bewegung⁹¹ zugleich mit einer normativen Entwaffnung des parlamentarischen Rechtsstaates gegen seine Feinde und eine daran anknüpfende Forderung nach Beseitigung des Parlamentarismus verbunden waren, da er dem Parlament selbst die Kompetenz zur Bekämpfung der Verfassungsfeinde absprach.

Schmitt fokussierte seine Ausführungen nun darauf, dass der Verfassungsgesetzgeber neben den zu beseitigenden formellen Organisationsbestimmungen noch materielle Bestimmungen getroffen habe, die nicht Gegenstand parlamentarischer Mehrheiten sein sollten.⁹² Schmitt verstand unter diesen werthaften Grundprinzipien nicht die im zweiten Hauptteil der Weimarer Reichsverfassung fixierte, einem Rechtsstaat zugrunde liegende freiheitlich-individualistische Ordnung⁹³, wie man wegen seines Bezugs

auf den zweiten Hauptteil hätte annehmen können. Denn er grenzte »Staaten mit einer auf die organisatorisch-verfahrensmäßige Regelung und auf allgemeine Freiheitsrechte beschränkten Verfassung und andere Staaten, deren Verfassung umfangreiche materiell-rechtliche Festlegungen und Sicherung enthält«⁹⁴, voneinander ab. Welche materiellen Bestimmungen Schmitt konkret als schützenswert ansah, ist seinen Texten indes nicht deutlich zu entnehmen. An einer Stelle betonte er, dass »die Ehe, die Religion, das Privateigentum feierlich unter den Schutz der Verfassung«⁹⁵ gestellt seien. Des Weiteren nannte er als Vorbild für eine dem »Wesen einer deutschen Verfassung« eher entsprechende Wertordnung den *Naumann'schen* Grundrechtskatalog.⁹⁶ Dieser Grundrechtsentwurf wurde vom nationalliberalen Politiker und Mitbegründer der Deutschen Demokratischen Partei *Friedrich Naumann* während der Verhandlungen über den Verfassungsentwurf von 1919 eingebracht, er fand bei der Mehrheit der Abgeordneten aber keinen Anklang. Prägend für den Entwurf ist, dass ihn neben häufig knapp benannten klassischen Freiheitsrechten ansonsten ein nationalorientierter, weniger individualistischer und eher kollektivistischer Tenor durchzieht, so z.B.: »Jeder Deutsche ist ein Wertgegenstand der Nation, solange er seines Volkes würdig ist.« (Art. 28 Abs. 4), »Das Vaterland steht über der Partei.« (Art. 29 Abs. 5), »Kunst ist Nationalangelegenheit.« (Art. 32 Abs. 10), »Wer nicht arbeiten will, der soll auch nicht essen.« (Art. 33 Abs. 4), »Steigerung der Arbeitsleistung ist der sicherste Weg zur Errettung Deutschlands.« (Art. 33 Abs. 5) etc.⁹⁷ Des Weiteren sind für die Normierungen kennzeichnend, dass sie in ihrer sentenzartigen Form kaum für die Steuerung politischer und rechtlicher Prozesse geeignet sind, wie aus den obigen und noch weiteren Artikeln, beispielsweise »Weltverkehr ist Lebensluft« (Art. 36 Abs. 3), hervorgeht.

Schmitt plädierte in Ablehnung des von ihm so bezeichneten »Verteilungsprinzips« letztlich für die Beseitigung des parlamentarischen Rechtsstaates.⁹⁸ Die positivrechtliche Entscheidung sollte durch eine staatliche Organisationsform ersetzt werden, die seinem Ideal der politischen Einheit entsprach, das er im Wesentlichen in einem tendenziell antiliberalen, rechtlich ungebundenen und das Individuum stärker für sich vereinnahmenden Staat verwirklicht sah.

II. Schmitt als politischer Romantiker

Schmitt übte somit dezidierte Kritik an der Weimarer Republik samt ihrer ideellen Grundlagen und setzte sich zuletzt für eine Abkehr von zentralen Institutionen ein. Mit

im Hüter der Verfassung für eine wehrhafte Demokratie, die Möglichkeit zur Verfassungsrevision öffne nicht den Weg zur Verfassungsbeseitigung, sondern sei von vorneherein als beschränkt zu denken.« Explizit *Mußgnug*, Carl Schmitt im Staatsrecht der Bundesrepublik, Quaritsch (Hrsg.), in: *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt. Vorträge und Diskussionsbeiträge des 28. Sonderseminars der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, S. 517, 519 f.

⁸⁸ Schmitt (Fn. 22), S. 293 ff.; Schmitt (Fn. 31), S. 113.

⁸⁹ Schmitt (Fn. 22), S. 263 ff., 268 ff., 276 ff.

⁹⁰ Schmitt (Fn. 22), S. 284 ff., 302, 338 f.

⁹¹ Schmitt (Fn. 22), S. 301 f.

⁹² Schmitt (Fn. 22), S. 293 ff.; Schmitt (Fn. 31), S. 113.

⁹³ Dies nimmt beispielsweise *Lennartz* (Fn. 16), S. 110 an, verkennt aber Schmitts Differenzierung zwischen substanzhaften und liberalen Verfassungsbestimmungen.

⁹⁴ Schmitt (Fn. 22), S. 310.

⁹⁵ Schmitt (Fn. 22), S. 300.

⁹⁶ Schmitt (Fn. 22), S. 344.

⁹⁷ Vgl. Der *Naumann'sche* Grundrechtsentwurf, Huber (Hrsg.), in: *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte. Deutsche Verfassungsdokumente 1919–1933*, Bd. 4, 3. Aufl. (1992), S. 90 ff. Weitere Informationen zum Grundrechtsentwurf außerdem bei *Huber*, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Weltkrieg, Revolution und Reichserneuerung 1914–1919*, Bd. 5 (1978), S. 1198.

⁹⁸ Schmitt (Fn. 22), S. 344.

dieser Feststellung ist noch nicht die Frage beantwortet, welcher Geisteshaltung seine Kritik entsprang. Vielfach haben ihn spätere Rezipienten als liberal-konservativen Staatsdenker interpretiert, der angesichts der Krisen des 20. Jahrhunderts den potenten Staat als Garanten einer bürgerlich-liberalen Rechtsordnung wiederentdeckte.⁹⁹ Sicherlich war *Schmitt* von einem besonderen, seinen persönlichen Erfahrungen entspringenden Krisenbewusstsein geprägt – durch den transzendentalen Ordnungsverlust in der Moderne im Allgemeinen¹⁰⁰ und dem politisch-sozialen Ordnungsverlust in der Zwischenkriegszeit im Besonderen¹⁰¹ –, sodass eine unbedingte Affirmation der bestehenden Verhältnisse ohnehin nicht zu erwarten gewesen wäre. Zugleich aber soll noch ein anderer Aspekt in den Blick genommen werden, nämlich *Schmitts* Neigung zur Affirmation der Krise. Seine Schrift *Die geistesgeschichtliche Lage des gegenwärtigen Parlamentarismus*, in der er seine Billigung¹⁰² einer faschistischen Revolution in Deutschland zumindest nahelegte, entstand unter Einfluss rechtsradikaler Kreise, die kurze Zeit später am *Hitler*-Putsch beteiligt waren,¹⁰³ und auch in der »stabilen Phase« der Weimarer Republik (1924 bis 1929) blieb seine Bewunderung für den italienischen Faschismus sowie *Mussolini* ungebrochen.¹⁰⁴ Die Analyse der Probleme des vorfaschistischen Italiens und die von *Schmitt* diagnostizierten Lösungen durch die faschistische »Machtergreifung« ähneln auf frappierender Weise seinem Umgang mit der Weimarer Reichsverfassung.¹⁰⁵ Er forderte dann auch nicht eine Rückkehr zum Staat als Schutzinstanz für das liberale Bürgertum, welchen er als unfähig betrachtete, die wirtschaftliche Konfliktlage zu lösen, sondern bejahte den totalen Staat.¹⁰⁶ Ab 1929 be-

wegte er sich in antidemokratischen sowie antiliberalen Kreisen der »Konservativen Revolutionäre« und »Reichstheologen«;¹⁰⁷ ab 1930 schließlich beriet er die Akteure des Präsidialregimes um *Hindenburg* in ihrem »Staatsstreich von oben«¹⁰⁸.

Daher soll anstatt einer liberal-konservativen hier eine politisch-romantische Geisteshaltung erörtert werden, um einen Zugang zu *Schmitts* Werk zu finden. Die Romantik kann in zwei Bedeutungsebenen geteilt werden: Im engeren Sinne als die um die Jahrhundertwende zum 19. Jahrhundert zu verortende Kunstepoche, im weiteren Sinne als eine Geisteshaltung des Romantischen, die den sozialen Raum auch jenseits der künstlerischen Betätigung in der Kategorie des ästhetischen Erlebens betrachtet und bewertet.¹⁰⁹ Dementsprechend kann man die politische Romantik als ein Verständnis vom Politischen definieren, welches das Wesen der Politik im kollektiven, ästhetischen Erlebnis sieht. Erfahrungsraum des kollektiven Erlebens bildete häufig die geschichtlich gewachsene, mythisch begründete Nation als transzendente, sinnstiftende Ordnung.¹¹⁰ Das Romantische grenzt sich dabei ab von der Rationalität, die im Verstehensakt das Erleben zurückdrängt und der Zweckmäßigkeit unterwirft.¹¹¹ Das Bürgertum war als Repräsentant des Rationalismus häufig das Bezugsobjekt romantischer Gesellschaftskritik.¹¹² So übte auch *Schmitt* eine ästhetische Kritik¹¹³ an der bürgerlichen Gesellschaft als sozialen Raum, in dem ökonomisches und zweckmäßiges Denken das Handeln der Betroffenen prägen und aus dem jedes existenzielle, intensive Erlebnis, welches einen Sinn stiften könnte, verdrängt werde.¹¹⁴ Die Romantik der Weimarer Republik wurde geprägt von einer Ästhetik der Intensität, die tiefere Sinnschichten jenseits der bürgerlichen Gesellschaft freilegt, häufig geboren im existenziellen Erlebnis des Ersten Weltkrieges,¹¹⁵ und dem Ideal partikularer Gemeinschaften, die man – im rechten Spektrum oft als organische

99 So bspw. *Böckenförde* (Fn. 85) S. 344–366; *Schwab*, A Note on a Qualitative Authoritarian Bourgeois Liberal, Murswiek/Storost/Wolff (Hrsg.), in: Staat – Souveränität – Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag (2000), S. 603–608; *Roth*, Carl Schmitt – ein Verfassungsfreund? Seine Stellung zur Weimarer Republik in der Phase der relativen Stabilisierung (1924–29), *Zeitschrift für Politik* 2005, S. 141–156; *Huber*, Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit, Quaritsch (Hrsg.), in: *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt. Vorträge und Diskussionsbeiträge des 28. Sonderseminars 1986 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer* (1988), S. 33–50; *Noack*, Carl Schmitt. Eine Biographie (1993), S. 63 ff., 125 ff.; *Lennartz* (Fn. 16), S. 107 ff.

100 Gemeint ist damit das häufig in modernen Gesellschaften und insbesondere im Bürgertum aufgetretene Gefühl der geistig-moralischen Orientierungslosigkeit und Sinnlosigkeit seit der Neuzeit angesichts der Säkularisierung, gesellschaftlichen Ausdifferenzierung sowie des Bedeutungszuwachs von Industrie, Technik und Marktwirtschaft, also insgesamt grundlegender soziokultureller Transformationsprozesse.

101 *Lennartz* (Fn. 16), S. 19 ff.

102 *Schmitt* (Fn. 17), S. 25 f., 89 f.

103 *Mehring* (Fn. 1), S. 155.

104 *Mehring* (Fn. 1), S. 194.

105 Vgl. die obigen Ausführungen zu *Schmitt*, Wesen und Werden des faschistischen Staates, *Schmitt* (Hrsg.), in: Positionen und Begriff im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles. 1923–1939 (1940), S. 109 ff.

106 *Schmitt* (Fn. 31), S. 98 f., 108 ff.; So deutet *Maschke*, Zweideutigkeit der »Entscheidung« – Thomas Hobbes und Juan Donoso Cortés im Werk Carl Schmitts, Quaritsch (Hrsg.), in: *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt. Vorträge und Diskussionsbeiträge des 28. Sonderseminars 1986 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer* (1988), S. 193, S. 210 ff., 215 f., *Schmitts* Bekenntnis zum Dezisionismus von *Cortés* als einen Angriff

gegen die Moderne.

107 *Koenen*, Der Fall Carl Schmitt. Sein Aufstieg zum »Kronjuristen« des Dritten Reiches (1995), S. 167 f.

108 *Mehring* (Fn. 1), S. 281 ff.

109 *Safranski*, Romantik eine deutsche Affäre, 6. Aufl. (2015), S. 11 ff. *Schmitt* selbst verfasste ein Buch mit dem Titel *Politische Romantik* (1919), in der er dem Bürgertum eine beliebige Ästhetisierung und eine dieser geschuldeten Hinnahe jedweden Zustandes als eine politische Romantik vorwarf.

110 *Safranski* (Fn. 109), S. 150 ff., 172 ff.

111 *Safranski* (Fn. 109), S. 193 ff.

112 *Safranski* (Fn. 109), S. 193 ff.

113 *Lennartz* (Fn. 16), S. 21 ff.

114 *Schmitt* (Fn. 12), S. 81; *Schmitt* (Fn. 16), S. 62, 68 ff.; *Schmitt* (Fn. 4), S. 62, 75 ff.

115 *Safranski* (Fn. 109), S. 326 ff., 342 ff.; *Lennartz* (Fn. 16), S. 26 ff.

Kultur stilisiert¹¹⁶ – der »großen Maschine«¹¹⁷ des Liberalismus entgegengesetzte.¹¹⁸

Schmitt vereinte beide Stränge zu einer politischen Romantik. Er ästhetisierte mit einer intensiven Sprache und einer inhaltlichen Orientierung am Extremfall den existenziellen Kampf als Erlebnis.¹¹⁹ Das Politische wird so zum kollektiven Erfahrungsraum des intensiven Konflikts.¹²⁰ Seine ästhetische Orientierung bei der Bewertung des Staates legte *Schmitt* in *Staatsethik und pluralistischer Staat* (1930) pointiert offen: »Der gelungene und vollendete Staat ist daher ebenso großartig, wie der mißlungene Staat – moralisch und ästhetisch – widerwärtig und miserabel ist.«¹²¹ Die Ästhetik liegt dabei aber im Konflikt: Die politische Einheit gewinne, wie oben erörtert, ihre ganze Substanz, welche nach *Schmitt* »moralisch und ästhetisch« zu bewerten ist, erst aus dem Konflikt. Ohne den Feind verliere die politische Einheit ihren Sinn; es bedürfe eines Feindes für die Einheit. Diejenigen Konflikte, die nicht das Potenzial der gegenseitigen Tötung in sich bergen, waren für *Schmitt* keine zivilisatorischen Errungenschaften, sondern nur »zum Parasitären und Karikaturhaften entstellte Arten von Politik«¹²². Es ist also keineswegs so, dass *Schmitt* die Parteipolitik der Weimarer Republik nur wegen ihrer Tendenz zur Instabilität kritisierte; darüber hinaus empfand er eine Politik des Kompromisses auch als unästhetisch. Dementsprechend stellt *Schmitt* dem Bürgerstaat das Ideal des Soldatenstaates gegenüber.¹²³ Zugleich war *Schmitts* Denken, wenn auch zur damaligen Zeit eindeutig nicht völkisch oder rassistisch,¹²⁴ so doch von einem organischen, partikularen Staats- und Volksverständnis in Abgrenzung zu vermeintlich angelsächsischen Traditionen geprägt. Das heißt, anstatt einer rationalen oder funktionalen, letztlich universellen Beschreibung des modernen Staates begriff er den Staat als Ausdruck eines einzigartigen kulturellen Zustandes des jeweiligen Volkes. Er betonte häufig die national begründete Fremdheit parlamentarischen Denkens im deutschen Staatswesen und versuchte stattdessen eine »deutsche Substanz« zu restaurieren.¹²⁵ In diese Geistes-

haltung fügt sich auch der nach *Schmitt* relative Vorrang des Staates gegenüber dem Verfassungstext ein.¹²⁶ Damit wird das Politische in die Außenpolitik verdrängt¹²⁷, während im Inneren der Intensitätsverlust durch den nationalen Mythos und »reichstheologische Eschatologie«¹²⁸ ersetzt wird. Den Souverän in der Rolle des Entscheiders überhöht *Schmitt* zum Heilsbringer dieser Erfahrungen.¹²⁹ Am Ende komme es stets auf das Erleben des Kollektivs im intensiven Augenblick an – in diesem romantischen Taumel erschöpft sich der Legitimitätsbegriff *Schmitts*. Hier offenbart sich ein zentrales Problem seines Werkes: Obwohl er immer wieder den Anspruch erhob, Problemstellungen von juristischer Bedeutung klären zu wollen, konnte *Schmitt* aus seiner romantischen Disposition häufig nicht zum Rechtszustand gelangen. Das rechtliche Handeln, also die regelhafte, verfahrensorientierte und ggf. kompromissbereite, zumindest aber unterschiedliche Interessen berücksichtigende Lösung von Konflikten, wird für *Schmitt* also zur Degeneration des ästhetisch-existenziellen Augenblicks, da hier das intensive, existenzielle und heroische Erlebnis, wie es in seiner Tötungs- und Kampfsemantik anklingt, hinter ein prozedurales und abwägendes Vorgehen zurücktritt, das kaum in der Lage ist, solch eine affektive Befriedigung zu verschaffen. Das regelhafte Handeln ist daher schon die Infragestellung der romantischen Sinneinheit.

Diese romantische Geisteshaltung erschöpfte sich nicht in einer zweifelhaften, aber ungefährlichen literarischen Schwärmerei, sondern wirkte stattdessen handlungsleitend für *Schmitt* – sowohl vor 1933 als auch danach. Er beteiligte sich aktiv an der Beseitigung der Weimarer Republik und ihrer tragenden ideellen Grundlagen, sowohl indem er die Akteure des Präsidialregimes und daran anschließend die Nationalsozialisten aktiv beriet sowie vertrat, als auch durch das intellektuelle Wirken in einem sozialen Vorraum der politischen, wissenschaftlichen und kulturellen Elite der Weimarer Republik.¹³⁰ Berücksichtigt man die in seinem staatsrechtlichen Werk wurzelnden Äußerungen über die »Vernichtung des Heterogenen« oder die Notwendigkeit, das »Fremde und Ungleiche [...] zu beseitigen«¹³¹, sowie seinen privat grassierenden Antisemitismus¹³², kann dem heutigen Leser in Kenntnis der nationalsozialistischen Verbrechen die Gefährlichkeit dieses – hier als romantisch beschriebenes – Denkens nicht unerkannt bleiben.

¹¹⁶ In der Staatslehre vgl. *Stolleis* (Fn. 12), S. 109 ff.; *Di Fabio*, Weimarer Verfassung. Aufbruch und Scheitern. Eine verfassungshistorische Analyse (2018), S. 49; *Graf*, Die Weimarer Reichsverfassung im deutschen Intellektuellendiskurs, Dreier/Waldhoff (Hrsg.), in: Das Wagnis der Demokratie: Eine Anatomie der Reichsverfassung (2018), S. 65, 68 ff.

¹¹⁷ *Schmitt* (Fn. 4), S. 62.

¹¹⁸ *Lennartz* (Fn. 16), S. 28 ff.

¹¹⁹ *Lennartz* (Fn. 16), S. 34 ff., 44 ff.

¹²⁰ *Lennartz* (Fn. 16), S. 51 ff.

¹²¹ *Schmitt* (Fn. 24, Staatsethik), S. 144.

¹²² *Schmitt* (Fn. 26), S. 30.

¹²³ *Koga*, Bürger und Bourgeois in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik. Bemerkungen zur Liberalismuskritik bei Rudolf Smend, Carl Schmitt und Hermann Heller, Murswiek/Storost/Wolff (Hrsg.), in: Staat – Souveränität – Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag (2000), S. 609, 615 f.

¹²⁴ Sein offener Nationsbegriff, der sogar auf eine gemeinsame Sprache verzichtet, entzieht sich eines völkischen oder rassistischen Zugriffs, vgl. *Schmitt* (Fn. 18), S. 231.

¹²⁵ *Schmitt* (Fn. 17), S. 5 ff.; *Schmitt* (Fn. 18), S. 307; *Schmitt* (Fn. 22), S. 344, auch die Betonung nationalstaatlicher Partikularität richtet sich gegen einen liberalen Universalismus, vgl. *Schmitt* (Fn. 26), S. 54 ff.; *Schmitt*

(Fn. 24, Staatsethik), S. 141 ff.

¹²⁶ *Graf* (Fn. 116), S. 68 ff.

¹²⁷ *Lennartz* (Fn. 16), S. 59 f.

¹²⁸ Eschatologie gilt als die »Lehre von den letzten Dingen« und bezeichnet den christlichen Glauben an einen heilsgeschichtlichen Verlauf des Weltgeschehens, der in Erlösung mündet, vgl. *Söding*, Eschatologie, Kasper (Hrsg.) u. a., in: Lexikon für Theologie und Kirche. Dämon bis Fragmentenstreit, Bd. 3, 3. Aufl. (1995), S. 859. Die sog. »Reichstheologen« verbanden den christlichen Erlösungsglauben mit dem Deutschen Reich und wiesen diesem eine heilsbringende Funktion zu. Zum Begriff der Eschatologie, vgl. *Koenen* (Fn. 107).

¹²⁹ *Lennartz* (Fn. 16), S. 74 ff.

¹³⁰ *Stolleis* (Fn. 12), S. 178 ff.

¹³¹ Beide Zitate finden sich bei *Schmitt* (Fn. 17), S. 14.

¹³² *Stolleis* (Fn. 12), S. 180 m. w. N.; durchgängig finden sich Beispiele bei *Mehring* (Fn. 1).

D. Was tun mit Carl Schmitt? – Versuch einer Antwort

Es stellt sich letztlich die Frage: Was tun mit *Carl Schmitt*?¹³³ Diese pädagogisch anmutende Fragestellung ließe sich dahingehend auflösen, eine klare Leseempfehlung entweder zu bejahen oder zu verneinen. Doch damit würde man weder der Qualität der Texte noch der Rezeptionsbedeutung gerecht werden. Obwohl in diesem Beitrag kritische Töne angeschlagen wurden, sollte nicht alles, was aus der Feder *Carl Schmitts* stammt, verdammt werden. Es geht viel eher darum, seine Texte mittels einer kritischen Auseinandersetzung auf unterschiedlichen Ebenen für einen produktiven Umgang fruchtbar zu machen. Daher sollen zum Schluss einige theseenhafte Überlegungen in den Raum gestellt werden, welcher Umgang mit *Schmitts* Schriften sich anbietet, ohne die oben aufgeworfene Frage abschließend klären zu wollen.

In der Deutung der Person und Schriften *Schmitts* kommt man an seiner Beteiligung am Nationalsozialismus nicht vorbei. Und so kann auch diese Abhandlung, obwohl sie sein Schaffen zur Zeit der Weimarer Republik zum Gegenstand hat, dieses Thema nicht vollkommen aussparen, wenn es um die Frage geht, wie wir heute auf *Schmitt* zurückblicken (müssen). Sowohl nach dem heutigen Forschungsstand zu seiner Biographie als auch dem hier geführten Versuch, sein Weimarer Werk zu interpretieren, erscheint es allzu ungenügend, *Schmitt* als bloßen Opportunisten zu betrachten und seine Äußerungen und Tätigkeiten ab 1933 als Ausfallerscheinung abzutun, wie *Schmitt* es selbst in der Bundesrepublik tat¹³⁴ und dabei später von anderen Personen unterstützt wurde¹³⁵. Auch wenn *Schmitt* sich vor 1933 nicht den Nationalsozialisten andiente und er durchaus seine Theorien nach der »Machtergreifung« zunächst der NS-Ideologie entsprechend anpassen und sie zu diesem Zweck in Teilen revidieren muss¹³⁶, ist die Anschlussfähigkeit seines Denkens zu nationalsozialistischen Ideologemen augenfällig. *Schmitt* argumentierte strategisch mit geschichtsphilosophischen und ideengeschichtlichen Ausführungen, um den parlamentarischen Rechtsstaat als freiheitliche Ordnung zu delegitimieren und die Diktatur zu legitimieren. Hierzu eignete er sich den zeitgemäßen Demokratiediskurs an und deutete ihn autoritär um. Zu diesem Zweck konstruierte er auch immer wieder metajuristische, also das Recht verfassende, aber selbst rechtlichen Operationen nicht zugängliche, Kategorien wie die politische Einheit oder die autoritär verstandene Demokratie, um unliebsames Verfassungsrecht zu beseitigen. Letztlich ist für sein Werk kennzeichnend, dass er mit einer Reihe von Fiktionen – Identität des Volkes, Einheit von Staat, Souverän und Volk – arbeitete, um den

entgrenzten Staat als ideale Ordnungsmacht in den Schein der Rechtmäßigkeit zu hüllen. *Schmitt* verfolgte damit nicht das Ziel der Stabilisierung der krisengeschüttelten Republik, sondern die Verwirklichung eines ästhetisch erfahrbaren Führerstaates.

Trotzdem erschöpft sich sein Werk hierin nicht und daher lässt es sich immer noch auf zwei Ebenen rezipieren: Erstens kann man auf seine fundierten Kenntnisse der Ideen- und Rechtsgeschichte sowie seine scharfsinnigen Analysen des liberalen Verfassungsstaates unter der Voraussetzung zurückgreifen, dass zugleich die weltanschaulichen und politischen Implikationen kritisch reflektiert werden.¹³⁷ So ist beispielsweise die Unterscheidung von *Verfassung* und *Verfassungsgesetz* nach wie vor eine taugliche juristische Differenzierung, sofern jene von ihren existenzialistischen Annahmen getrennt wird. Gleiches gilt für die Beschreibung des »Verteilungsprinzips« als Fundament des liberalen Rechtsstaates, das nach wie vor geeignet ist, unser heutiges Verfassungsverständnis adäquat darzustellen. Gleichzeitig muss man genügend Distanz zum intellektuellen und ästhetischen Sog seines Werkes wahren, um wissenschaftlich Wertvolles von reiner Polemik trennen zu können. Dies gilt insbesondere dann, wenn *Schmitt* in seiner typischen Kompromisslosigkeit Differenzen und Pluralität zum Konflikt oder Widerspruch überspitzt.

Zweitens lassen sich anhand seiner Schriften die Defizite einer Staatsrechtslehre, die den Staat mythisch überhöht und das Individuum marginalisiert, aufzeigen. So kritisiert *Horst Dreier* treffend, dass jene Tendenz in der Wissenschaft, die das Wesen des Staates im Mythos und seiner Sakralisierung sucht und vom Bürger das absolute Opfer für den Staat fordert, die rationale Entwicklung des modernen Staates und seines Rechts seit der Frühen Neuzeit außer Acht lässt und Gefahr läuft, sich im Geraune einer »gewaltpornographische Tradition« zu erschöpfen.¹³⁸ Weder befinden wir uns im Ausnahmezustand noch würden wir im Falle dessen taugliche Antworten im Mythos finden. Den Versuchen¹³⁹, fundamentale, verfassungsrechtlich garantierte und von der Ewigkeitsklausel positiv der Verfassungsänderung entzogene Bestimmungen, wie die des Rechtsstaates, zugunsten eines rhetorisch in den Ausnahmezustand versetzten Staates zu relativieren, muss eine klare Absage erteilt werden. Unter einer Verfassung, die sich dem Paradigma »Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.«¹⁴⁰ verschreibt, ist kein Platz für Opfer und Mythos.

¹³³ So auch der Titel der Veröffentlichung von *Kervégan* (Fn. 2).

¹³⁴ *Mehring* (Fn. 1), S. 440 ff., 458 ff.

¹³⁵ Beispielfhaft ist hier *Schmitt*, Antworten in Nürnberg (2000), Quaritsch (Hrsg.), S. 11 ff. In seiner Kommentierung der Verhörprotokolle inszeniert *Quaritsch* den in Nürnberg internierten *Schmitt* als ein schuldloses Opfer einer ungerechten und dilettantischen Siegerjustiz. Die Beteiligung vieler Professoren einschließlich *Schmitts* an der nationalsozialistischen Herrschaft weist *Quaritsch* als eine »Antifa-Propaganda der SED und ihrer westdeutschen Satelliten« (S. 21) ab.

¹³⁶ *Kervégan* (Fn. 2), S. 28 ff.

¹³⁷ Ein jüngst verfolgter Ansatz bei *Kervégan* (Fn. 2), S. 7 ff., 87 ff.

¹³⁸ *Dreier*, Staat ohne Gott. Religion in der säkularen Moderne, 2. Aufl. (2018), S. 141 ff.

¹³⁹ Beispielsweise *Depenheuer* (Fn. 3). Weitere Nachweise bei *Dreier* (Fn. 138), S. 141 ff.

¹⁴⁰ So Art. 1 Abs. 1 HerrenCHE, vgl. Maunz/Dürig/*Herdegen*, Grundgesetz-Kommentar, 87. EL (2019), Art. 1 Abs. 1 Rn. 1.

ZivilR Fallbearbeitung

Jennifer Reh*

Kunstkauf mit Hindernissen

Der vorliegende Fall befasst sich mit verschiedenen Problemkonstellationen im Bereich des Mängelgewährleistungsrechts, wobei auch handelsrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen sind. Im Ausgangsfall geht es schwerpunktmäßig um die richtige Subsumtion des Sachverhalts unter die Voraussetzungen des Versandkaufes. Insbesondere der Zeitpunkt und der Umfang des Gefahrüberganges nach §§ 447 I, 446 S. 1 BGB sind dabei problematisch. Gegenstand der Abwandlung ist die rechtliche Einordnung des mangelbedingten Betriebsausfallschadens.

SACHVERHALT

Der Hamburger Galerist K (eingetragener Kaufmann) sieht in dem Kunstgeschäft des V (ebenfalls eingetragener Kaufmann) in Hamburg mehrere Originalgemälde des berühmten Malers Dumont. Es handelt sich um zwei Ölbilder auf Keilrahmen, die einen makellosen Zustand aufweisen. Da eine Woche später in der Galerie eine Ausstellung stattfinden soll, für die K einen Eintrittspreis von 20 Euro vorgesehen hat und für die sich auch zahlungskräftige Kunstliebhaber aus dem Ausland angekündigt haben, die – wie K aus Erfahrung weiß – ihnen gefallene Gemälde gleich zu Höchstpreisen bar kaufen und mitnehmen, will K diese Gemälde unbedingt ergattern. Er vereinbart mit V einen Kaufpreis von 10 000 Euro je Gemälde, also insgesamt 20 000 Euro. Da der Transporter des K für andere Arbeiten benötigt wird, bittet er den V ihm diese Gemälde zu liefern. Um K als langjährigem Geschäftspartner des V einen Gefallen zu tun, erklärt sich V dazu gerne bereit und übernimmt sogar die Transportkosten. K teilt sogleich auf seiner Homepage sowie in mehreren einschlägigen Internetforen mit, dass er die beiden Gemälde erworben habe und auf seiner Ausstellung präsentieren werde. Als die Kunstliebhaber aus dem In- und Ausland davon erfahren, steigt das Interesse an der Ausstellung rasant, sodass drei Tage später alle Eintrittstickets verkauft sind.

Am nächsten Tag verpackt V die beiden Gemälde und beauftragt seinen Angestellten A mit dem Transport. Während des Transports wird eines der beiden Gemälde beschädigt, was auf eine fehlerhafte Verpackung seitens V zurückzuführen ist. Hierdurch kommt es bei diesem Gemälde zu einer

Wertminderung von 3 000 Euro. Die Beschädigung könnte durch ein spezielles Verfahren behoben werden.

Als die Lieferung den K erreicht und dieser das beschädigte Gemälde sieht, ist er entsetzt, weil er um seinen guten Ruf als seriöser Galerist, der nur makellose Gemälde in seinem Bestand hat, fürchtet. K kontaktiert deshalb umgehend den V und verlangt die sofortige Beseitigung des Mangels, was dem V vor dem Beginn der Ausstellung auch noch möglich wäre. V zeigt sich jedoch uneinsichtig und verweigert kategorisch jegliche Hilfe, weil K ja selbst um die Lieferung gebeten habe.

K will das durch die fehlerhafte Verpackung beschädigte Gemälde behalten, fordert jedoch von V Schadensersatz. Zu Recht?

Abwandlung

K kauft von V vor der Ausstellung ein weiteres Ölbild des Malers Dumont, das als dessen Meisterwerk gilt und regelmäßig ein Publikumsmagnet ist. Dieses Gemälde wird von V noch vor der Übergabe an A dadurch beschädigt, dass V Feuchtigkeit in das Innere der Verpackung gelangen lässt und die Farbe auf diese Weise aufweicht. Allerdings ist dieser Mangel zunächst noch nicht sichtbar. Unmittelbar nach Beginn der Ausstellung wird K durch einen Besucher aber auf die abblätternde Farbe aufmerksam gemacht. Um ein weiteres Fortschreiten des Auflösungsprozesses zu verhindern, muss K das Gemälde sofort abhängen und in eine Kühlkammer verbringen. K zeigt dieses Geschehen dem V umgehend an und verlangt anschließend Schadensersatz für die finanzielle Einbuße in Höhe von 1 000 Euro, die er dadurch erleidet, dass zahlreiche Gäste die Ausstellung empört verlassen und ihren Eintrittspreis zurückfordern, weil ihnen gerade an diesem Gemälde gelegen war, wobei davon auszugehen ist, dass K die Rückzahlung nicht verweigern kann, um seine zahlungskräftige Kundschaft nicht dauerhaft zu verprellen. Zu Recht?

Bearbeitervermerk: *In einem Rechtsgutachten ist umfassend zu den aufgeworfenen Fragen Stellung zu nehmen. Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und dem Deliktsrecht sind nicht zu prüfen.*

* Jennifer Reh studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht von Prof. Dr. Eva Schumann. Der von der Autorin bearbeitete Sachverhalt wurde von Prof. Dr. Rüdiger Krause im Anschluss an das Sommersemester 2017 als Zwischenprüfungshausarbeit gestellt. Bei dieser Veröffentlichung handelt es sich um eine gekürzte Version des ursprünglichen Sachverhalts. Zudem ist die veröffentlichte Lösung an wenigen Stellen überarbeitet und mit aktuellen Literaturhinweisen versehen worden.

GLIEDERUNG**Ausgangsfall**

- A. Anspruch K gegen V aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB
- I. Eingangsvoraussetzungen des § 437
 1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433
 2. Sachmangel, § 434
 3. Bei Gefahrübergang, §§ 446 S. 1, 447 I
 - a) Versendung an einen anderen Ort als den Erfüllungsort
 - aa) Abgrenzung Hol-, Bring- und Schickschuld
 - bb) Platzkauf
 - b) Versendungsverlangen des Käufers
 - c) Auslieferung der Sache an die Transportperson
 - d) Umfang des Gefahrübergangs
 - aa) Notwendigkeit einer verwirklichten typischen Transportgefahr
 - bb) Zufällige Verschlechterung der Kaufsache
 - (1) Verweis auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht
 - (2) Anwendbarkeit des Mängelgewährleistungsrechts
 - (3) Analoge Anwendung der §§ 434 ff.
 - (4) Streitentscheid
 4. Ausschluss des Mängelgewährleistungsrechts gem. § 377 HGB
 - a) Beiderseitiger Handelskauf
 - b) Ablieferung
 - c) Mangelhaftigkeit der Ware, § 434
 - d) Ordnungsmäßigkeit der Untersuchung und Rüge
 5. Zwischenergebnis
 - II. Voraussetzungen des § 280 I
 1. Schuldverhältnis
 2. Pflichtverletzung
 - a) Verletzung der Pflicht aus § 433 I 2
 - b) Verletzung der Nacherfüllungspflicht aus §§ 437 Nr. 1, 439
 - III. Weitere Voraussetzungen der §§ 280 III, 281
 1. Abgrenzung Schadensersatz statt und neben der Leistung
 2. Fristsetzung und erfolgloser Ablauf bzw. Entbehrlichkeit
 3. Vertretenmüssen
 - a) Anknüpfungspunkt
 - b) Vertretenmüssen bzgl. Pflicht aus § 433 I 2
 4. Schaden
 - IV. Ergebnis

Abwandlung

- A. Anspruch K gegen V aus §§ 437 Nr. 3, 280 I
- I. Eingangsvoraussetzungen des § 437
 1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433
 2. Sachmangel, § 434
 3. Bei Gefahrübergang, §§ 446 S. 1, 447 I
 4. Ausschluss durch § 377 III HGB
 5. Zwischenergebnis
 - II. Voraussetzungen des § 280 I
 1. Rechtliche Einordnung der Anspruchsgrundlage
 - a) Abgrenzung Schadensersatz statt oder neben der Leistung
 - b) Einordnung des mangelbedingten Betriebsausfallschadens
 - c) Zwischenergebnis
 2. Schuldverhältnis
 3. Pflichtverletzung
 4. Vertretenmüssen
 5. Schaden
 - III. Ergebnis

GUTACHTEN**Ausgangsfall****A. Anspruch K gegen V aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB**

K könnte gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der Wertminderung des Gemäldes gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB¹ haben.

I. Eingangsvoraussetzungen des § 437

Zunächst müssten die kaufrechtlichen Mängelrechte aus § 437 anwendbar sein. Dies ist der Fall, wenn ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen wurde und ein Mangel i. S. v. § 434 bei Gefahrübergang vorlag.²

1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433

Zwischen K und V müsste ein wirksamer Kaufvertrag gem. § 433 zustande gekommen sein. Voraussetzung dafür ist das Vorliegen zweier korrespondierender Willenserklärungen (Antrag und Annahme), die die wesentlichen Vertragsbestandteile beinhalten.³ Vorliegend haben sich K und V auf Übergabe und Übereignung von zwei Originalgemälden des Malers Dumont gegen Kaufpreiszahlung i. H. v. 10 000 € je Bild geeinigt. Ein wirksamer Kaufvertrag nach § 433 liegt somit vor.

¹ Nachfolgende Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

² *Jacoby/v. Hinden*, Bürgerliches Gesetzbuch, Studienkommentar, 16. Auflage (2018), § 437 Rn. 2.

³ *Hk-BGB/Dörner*, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 10. Auflage (2019), vor §§ 145–157 Rn. 1.

2. Sachmangel, § 434

Zudem müsste die Kaufsache einen Sachmangel aufweisen. Dieser liegt vor, wenn die tatsächliche Ist-Beschaffenheit der Sache von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit abweicht.⁴ Unter der Beschaffenheit der Kaufsache sind jedenfalls alle ihr unmittelbar physisch anhaftenden Eigenschaften zu verstehen.⁵ In erster Linie ist für das Vorliegen eines Sachmangels nach § 434 I 1 die vereinbarte Beschaffenheit bei Vertragsschluss maßgeblich.⁶ K und V haben sich nicht ausdrücklich über die Beschaffenheit der Gemälde geeinigt. Indes könnte ein Sachmangel nach § 434 I 2 Nr. 1 vorliegen, wenn sich die Gemälde für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung nicht eignen. Dabei muss die Verwendung von den Parteien nicht vereinbart, sondern von ihnen nur vorausgesetzt sein.⁷ Fraglich ist, ob bereits die fehlerhafte Verpackung des Gemäldes einen Sachmangel darstellen könnte. Dies kommt aber nur in Frage, wenn die Verpackung keinen bloßen Transportschutz bildet,⁸ wie es hier der Fall ist. Indes könnte das beschädigte Bild an sich mangelhaft sein. Das Gemälde eignet sich in Folge der Beschädigung nicht mehr für die Verkaufsausstellung, was als Verwendungszweck auch dem V als langjährigem Geschäftspartner des K bekannt war. Mithin liegt hier ein Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 vor.

3. Bei Gefahrübergang, §§ 446 S. 1, 447 I

Nach § 434 I müsste der Sachmangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegen. Damit ist der Zeitpunkt der übergewandten Gegenleistungsgefahr gemeint, bei dem das Risiko der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache vom Verkäufer auf den Käufer wechselt.⁹ Grundsätzlich tritt der Gefahrübergang gem. § 446 S. 1 bei Übergabe der Kaufsache ein. Hier könnte der Gefahrübergang auf K gem. § 447 I schon mit Aushändigung der Kaufsache an die Transportperson eingetreten sein. Dafür müsste das Gemälde von V auf Verlangen des K an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versandt worden sein. Ein Ausschluss gem. § 475 II kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil es sich bei K und V um eingetragene Kaufleute handelt.

a) Versendung an einen anderen Ort als den Erfüllungsort

Zunächst müssten der Ort, an den die Gemälde zu versenden sind (Erfüllungsort), und der Ort, an dem die geschuldete Leistung vorzunehmen ist (Erfüllungsort, auch Leistungs-

ort), auseinanderfallen.¹⁰ Dies ist der Fall, wenn eine Schickschuld vereinbart worden ist.¹¹

aa) Abgrenzung Hol-, Bring- und Schickschuld

Für die Annahme einer Schickschuld muss diese von der Hol- und Bringschuld abgegrenzt werden. Bei der Holschuld (§ 269 I) gehört die Aussonderung und Bereitstellung der Ware am Wohnsitz bzw. am Ort der gewerblichen Niederlassung (§ 269 II) des Schuldners zu dessen Leistungspflicht; Leistungs- und Erfolgsort fallen also am Wohnsitz des Schuldners zusammen.¹² Im Fall einer Bringschuld sind Leistungs- und Erfolgsort hingegen der Wohnsitz des Gläubigers: Der Schuldner ist zur Aussonderung und zum Transport der Ware zum Wohnsitz des Gläubigers verpflichtet und muss dem Gläubiger die Kaufsache in einer den Annahmeverzug begründenden Art und Weise tatsächlich anbieten.¹³ Für die Annahme einer Schickschuld ist es indes ausreichend, dass der Schuldner die Leistung auf den Weg zum Gläubiger bringt (Leistungshandlung). Der Besitz- und Eigentumserwerb (Leistungserfolg) tritt aber erst ein, wenn die Sache beim Gläubiger ankommt.¹⁴ Aus § 269 I geht hervor, dass sich der Leistungsort zunächst aus der Parteienvereinbarung und in zweiter Linie »aus den Umständen, insbesondere der Natur des Schuldverhältnisses« ergibt. Vorliegend müsste K das Gemälde eigentlich im Kunstgeschäft des V abholen (Holschuld). Da sein Transporter jedoch für andere Arbeiten benötigt wird, bittet er V um die Lieferung in seine Hamburger Galerie, wozu sich V aufgrund der langjährigen Geschäftsbeziehung der beiden bereit erklärt. Fraglich ist, ob damit eine Schick- oder eine Bringschuld vereinbart wurde.

Laut § 269 III genügt eine Transportkostenübernahme nicht, um eine Bringschuld anzunehmen.¹⁵ Der Transport durch eigene Leute – V beauftragt hier seinen Angestellten A mit dem Transport – könnte ein Indiz für die Annahme einer Bringschuld sein, wenn K Kenntnis davon hatte oder dies so üblich ist.¹⁶ Hier haben K und V nicht ausdrücklich vereinbart, dass V die Gemälde durch eigene Leute liefern wird. Üblicherweise wird eine Bringschuld bei »Zuschickungskäufen des täglichen Lebens« angenommen, bei denen der Verkäufer die Transportleistung als »Kundendienst« selbst ausführt.¹⁷ Hier ist der Transport aber gerade kein typischer Kundendienst des V, da er normalerweise keine Ware ausliefert. Somit spricht der Transport durch eigene Leute des V nicht für die Annahme einer Bringschuld. Indes könnte

⁴ Hk-BGB/Saenger (Fn. 3), § 434 Rn. 8.

⁵ Erman/Grünwald, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, 14. Auflage (2014), § 434 Rn. 2.

⁶ Jauernig/Berger, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 17. Auflage (2018), § 434 Rn. 2.

⁷ MüKoBGB/Westermann, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4 Schuldrecht Besonderer Teil I, 8. Auflage (2019), § 434 Rn. 18 f.

⁸ Staudinger/Matusche-Beckmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Neubearbeitung von 2014, § 434 Rn. 251.

⁹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 18. Auflage (2018), § 4 Rn. 5.

¹⁰ Staudinger/Beckmann (Fn. 8), § 447 Rn. 11.

¹¹ NomosKom-BGB/Büdenbender, Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2/1, 3. Auflage (2016), § 447 Rn. 1.

¹² Soergel/Arnold, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht 1/2 Bd. 2/3, 13. Auflage (2014), § 243 Rn. 11; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 43. Auflage (2019), § 12 Rn. 12 f.

¹³ MüKoBGB/Emmerich, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 8. Auflage (2019), § 243 Rn. 26.

¹⁴ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Auflage (2015), § 15 Rn. 156.

¹⁵ BGH NJW 2003, 3341 (3342).

¹⁶ Erman/Grünwald (Fn. 5), § 447 Rn. 10.

¹⁷ Jauernig/Berger (Fn. 6), § 447 Rn. 8.

die unterschiedliche Gefahrtragung bei Schick- und Bringschuld ein eindeutiges Indiz für die Bestimmung der Schuldart liefern. Während der Schuldner bei der Schickschuld nur die Verantwortung bis zur Übergabe an einen zuverlässigen Transporteur trägt, ist er im Fall der Bringschuld für die ordnungsgemäße Anlieferung zum Wohn- bzw. Geschäftsort des Gläubigers verantwortlich.¹⁸ Vorliegend möchte V dem K mit der Lieferung lediglich einen Gefallen tun. Von daher wäre es nicht sachgerecht ihm zusätzliche Verantwortung aufzubürden. Die Auslegung der Parteienvereinbarung spricht somit für die Annahme einer Schickschuld, wodurch die Gefahrtragung zwischen K und V aufgeteilt wird und V nicht – wie im Fall einer Bringschuld – das gesamte Gegenleistungsrisiko bis zur Übergabe trägt. Mithin liegt hier eine Schickschuld vor.

bb) Platzkauf

Fraglich ist, ob eine Versendung »an einen anderen Ort« auch dann vorliegt, wenn Leistungs- und Erfolgsort im selben geographischen Ort – wie hier in Hamburg – liegen. Es handelt sich dabei um einen sog. Platzkauf. Nach einer Ansicht soll in diesen Fällen, v.a. wenn es sich um einen schuldner eigenen Transport handelt, von einer Bringschuld auszugehen sein, bei der § 446 S. 1 einschlägig wäre.¹⁹ Das Tatbestandsmerkmal »Ort« ist nach anderer Ansicht nicht im politischen Sinne der Grenzen einer Stadt zu verstehen, da diese meistens zufällig verlaufen.²⁰ Als »Ort« soll hingegen die konkrete Stelle der Leistungserbringung bezeichnet werden – dabei genügt es, dass nach Lage von Leistungs- und Erfüllungsort eine Versendung erforderlich ist, denn das Transportrisiko verringert sich bei innerstädtischer Versendung nicht.²¹ Eine unterschiedliche rechtliche Behandlung von Transporten innerhalb einer Stadt und zwischen zwei Städten überzeugt deshalb nicht. Hier ist der Transport des Gemäldes notwendig und V erledigt dies für den K in Form einer Gefälligkeit. Es wäre in dieser Konstellation ferner nicht sachgerecht ihm das zusätzliche Risiko einer Bringschuld aufzubürden. Somit ist § 447 nach überzeugender zweiter Ansicht auch beim sog. Platzkauf anwendbar.

b) Versendungsverlangen des Käufers

Die Versendung müsste ausdrücklich oder konkludent auf Verlangen des Käufers erfolgt sein.²² Laut Sachverhalt hat K den V nach Vertragsschluss um die Lieferung des Gemäldes gebeten. Es ist ausreichend, wenn das Versendungsverlangen nachträglich erklärt wird.²³

¹⁸ Bernhard, Holschuld, Schickschuld, Bringschuld – Auswirkungen auf Gerichtsstand, Konkretisierung und Gefährübergang, JuS 2011, 9 (10).

¹⁹ Soergel/Huber, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht II Bd. 3, 12. Auflage (1991), § 447 Rn. 24; Jauernig/Berger (Fn. 6), § 447 Rn. 6.

²⁰ Wertenbruch, Gefahrtragung beim Versendungskauf nach neuem Schuldrecht, JuS 2003, 625 (628).

²¹ MüKoBGB/Westermann (Fn. 7), § 447 Rn. 7.

²² NomosKom-BGB/Büdenbender (Fn. 11), § 447 Rn. 10.

²³ Prütting/Wegen/Weinreich/Schmidt, BGB Kommentar, 13. Auflage (2018), § 447 Rn. 11.

c) Auslieferung der Sache an die Transportperson

Nach dem Wortlaut des § 447 I müsste das Gemälde einem Spediteur, Frachtführer oder einer sonstigen zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt übergeben worden sein. Dies könnte hier zweifelhaft sein, da V für den Transport seinen Angestellten A einsetzte.

Nach einer Ansicht ist beim Transport durch eigene Leute des Schuldners die Anwendbarkeit von § 447 ausgeschlossen, stattdessen soll in diesem Fall auf § 446 S. 1 abgestellt werden.²⁴

Demgegenüber wird vertreten, dass der Transport durch eigene Leute im Rahmen des § 447 möglich sei.²⁵

Für die zweite Ansicht spricht, dass der Wortlaut des § 447 die Lieferung durch eigene Leute des Verkäufers nicht ausschließt, denn diese können unter »sonstige Personen« subsumiert werden.²⁶ Allerdings werden in § 447 als Beispiele nur selbstständige Transportpersonen aufgezählt und die Auslieferung durch einen Angestellten ist genau genommen ein Transport durch den Verkäufer selbst.²⁷ Somit liefert die grammatikalische Auslegung kein eindeutiges Indiz für die Streitfrage. Vielmehr lässt sich teleologisch mit der *ratio* des § 447 argumentieren. Die erste Ansicht sieht den Gesetzeszweck in der unterschiedlichen Gefahrtragung.²⁸ Demnach befindet sich beim Transport durch eigene Leute die Ware noch mittelbar im Machtbereich des Verkäufers, was eine Anwendung des § 447 ausschließt.²⁹ Nach der zweiten Ansicht liegt der Normzweck hingegen in der Entlastung des Verkäufers, der nicht dadurch schlechter gestellt werden soll, dass der Käufer die Ware nicht abholt.³⁰ Der Verkäufer übernimmt demnach mit der Durchführung des Transports durch eigene Leute eine ihm grundsätzlich nicht obliegende Pflicht und es wäre nicht sachgerecht, ihn die Gegenleistungsgefahr länger tragen zu lassen.³¹ Somit ist es überzeugender, § 447 beim Transport durch eigene Leute anzuwenden.

Mithin hat V die Kaufsache mit der Übergabe an A an eine zur Ausführung der Versendung bestimmte Person übergeben.

²⁴ Jauernig/Berger (Fn. 6), § 447 Rn. 12; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 26. Auflage (2017), § 13 Rn. 275; Palandt/Weidenkaff, Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Auflage (2019), § 447 Rn. 12; Wertenbruch (Fn. 20), JuS 2003, 625 (628 f.).

²⁵ RGZ 96, 258 (259); Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 4. Auflage (2019), § 447 Rn. 9; Erman/Grunewald (Fn. 5), § 447 Rn. 10; MüKoBGB/Westermann (Fn. 7), § 447 Rn. 16 f.; Staudinger/Beckmann (Fn. 8), § 447 Rn. 23.

²⁶ Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust (Fn. 25), § 447 Rn. 9.

²⁷ Wertenbruch (Fn. 20), JuS 2003, 625 (628).

²⁸ Jauernig/Berger (Fn. 6), § 447 Rn. 12.

²⁹ Medicus/Petersen (Fn. 24), § 13 Rn. 275.

³⁰ MüKoBGB/Westermann (Fn. 7), § 447 Rn. 17.

³¹ Ders., § 447 Rn. 9.

d) Umfang des Gefahrübergangs

Vorliegend hat V auf Verlangen des K die Gemälde an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet, sodass nach § 447 die Gefahr mit der Auslieferung an die Transportperson A auf K übergegangen sein müsste. Die in § 447 erwähnte »Gefahr« schließt an die »Gefahr eines zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung der Kaufsache« aus § 446 S. 1 an.³²

aa) Notwendigkeit einer verwirklichten typischen Transportgefahr

Streitig ist, welche Transportschäden von dieser Gegenleistungsgefahr umfasst sind. Nach einer Ansicht beinhaltet das vom Käufer zu tragende Gegenleistungsrisiko nur typische Transportschäden, die dem eigentlichen Gefahrenbereich des Transports zuzurechnen sind.³³ Vorliegend ist aufgrund der mangelhaften Verpackung des Bildes gerade kein typischer Transportschaden eingetreten, sodass § 447 hiernach nicht anwendbar wäre.

Eine andere Ansicht stellt hingegen darauf ab, ob die Verschlechterung während des Transports eingetreten ist.³⁴ Demnach reicht es hier für die Anwendung von § 447 aus, dass der auf die mangelhafte Verpackung zurückzuführende Schaden während des Transports entstanden ist.

Für die letztere Ansicht spricht die bereits erläuterte maßgebliche *ratio* des § 447. Da die Versendung auf Käuferverlangen erfolgt, müssen dem Käufer alle Risiken vom Zeitpunkt der Übergabe an die Transportperson zugemutet werden, die er auch bei einer Selbstabholung hätte tragen müssen.³⁵ Hier ist der Schaden am Gemälde während des Transportes entstanden und damit an sich von der Gegenleistungsgefahr umfasst.

bb) Zufällige Verschlechterung der Kaufsache

Nach dem Wortlaut der §§ 447 I, 446 S. 1 umfasst die Gegenleistungsgefahr nur solche Schäden, die zufällig eingetreten sind. Zufälligkeit ist gegeben, wenn die Verschlechterung nicht vom Verkäufer zu vertreten ist.³⁶ Der Sachmangel am Gemälde ist auf eine nicht ordnungsgemäße Verpackung durch V zurückzuführen. Der Verkäufer ist zur ordnungsgemäßen Versendung verpflichtet, wozu auch eine zum Transport geeignete Verpackung der Ware gehört.³⁷ Diese Nebenpflicht hat V hier verletzt. Es ist umstritten, welche Rechtsfolgen dies nach sich zieht.

³² Erman/*Grunewald* (Fn. 5), § 447 Rn. 12.

³³ Jauernig/*Berger* (Fn. 6), § 447 Rn. 13; Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 24), § 447 Rn. 15.

³⁴ Bamberger/Roth/Hau/Poseck/*Faust* (Fn. 25), § 447 Rn. 21; Staudinger/*Beckmann* (Fn. 8), § 447 Rn. 26.

³⁵ Staudinger/*Beckmann* (Fn. 8), § 447 Rn. 26.

³⁶ Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 24), § 447 Rn. 15.

³⁷ Staudinger/*Beckmann* (Fn. 8), § 447 Rn. 30.

(1) Verweis auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht

Nach einer Auffassung ist § 447 I anwendbar, sodass die Mängelgewährleistungsrechte aus §§ 437 ff. ausgeschlossen sind, weil die Kaufsache im maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch nicht beschädigt war. Der Käufer kann sich hiernach nur auf seine Rechte aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht berufen, die ihm aufgrund der Nebenpflichtverletzung zustehen.³⁸ Da der Sachmangel am Gemälde erst nach Aushändigung an die Transportperson A entstanden ist, hätte K nach dieser Ansicht keinen Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281.

(2) Anwendbarkeit des Mängelgewährleistungsrechts

Eine andere Ansicht versagt dem Verkäufer aufgrund seines Verschuldens dagegen die Berufung auf § 447 I. Danach soll der Verkäufer die Gefahr trotz Versendung weiterhin bis zur Übergabe an den Käufer tragen.³⁹ Zum Zeitpunkt der Übergabe war das eine Gemälde bereits beschädigt. K könnte also nach dieser Ansicht einen Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 geltend machen.

(3) Analoge Anwendung der §§ 434 ff.

Ferner will eine dritte Ansicht diesen Fall so behandeln, als wäre die Sache schon vor Gefahrübergang mangelhaft gewesen. Danach werden die §§ 434 ff. analog angewendet.⁴⁰ Eine planwidrige Regelungslücke sei anzunehmen, weil sich die Gesetzgebungsmaterialien über das vorliegende Problem ausschweigen und der Gefahrübergang in § 434 I 1 allein »aus Klarstellungsgründen« genannt werde.⁴¹ Nach dieser Ansicht wäre also ebenfalls das Mängelgewährleistungsrecht anwendbar.

(4) Streitentscheid

Die zweite und dritte Auffassung kommen hinsichtlich der Rechtsfolgen zum selben Ergebnis, indem sie die Anwendbarkeit des Mängelgewährleistungsrechts bejahen. Die erste Ansicht versagt diese jedoch, sodass ein Streitentscheid zwischen dieser und den anderen beiden Ansichten notwendig ist.

Für die erste Ansicht spricht der Wortlaut der §§ 434 I 1, 447 I, der einen feststehenden Zeitpunkt des Gefahrübergangs für die Bestimmung von Sachmängeln festlegt. Somit kommt es nach dieser Ansicht gar nicht auf ein Verschulden

³⁸ *Stieper*, Gefahrtragung und Haftung des Verkäufers bei Versendung fehlerhaft verpackter Sachen, AcP 2008, 819 (823–825); *Erman/Grunewald* (Fn. 5), § 447 Rn. 13.

³⁹ *Müller*, Zu den Folgen des Rügeversäumnisses, ZIP 2002, 1178 (1184 f.). Zur Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung genauso *Soergel/Huber* (Fn. 19), § 447 Rn. 76.

⁴⁰ *Reimicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 8. Auflage (2009), Rn. 836; Bamberger/Roth/Hau/Poseck/*Faust* (Fn. 25), § 437 Rn. 203; *Klinck*, Die Haftung des Verkäufers für eine Beschädigung der Sache nach Gefahrübergang, ZGS 2008, 217 (218).

⁴¹ *Klinck* (Fn. 40), ZGS 2008, 217 (219).

seitens des Verkäufers an.⁴² Zudem führt die erste Auffassung an, dass bei Übergabe der Kaufsache nur das Risiko einer zufälligen und nicht das Risiko einer vom Verkäufer zu vertretenen Verschlechterung auf den Käufer übergeht.⁴³

Dabei wird jedoch übersehen, dass hier bei Übergabe des Gemäldes an K die Beschädigung bereits vorlag. Weiterhin würde die Verwehrung der Mängelgewährleistungsrechte dem Verkäufer die Möglichkeit zur Nacherfüllung nehmen.⁴⁴ Auf den ersten Blick erscheint es unangemessen, dem Verkäufer trotz schuldhaften Verhaltens die Möglichkeit der Nacherfüllung zu eröffnen. Doch gerade der vorliegende Fall zeigt, dass dies auch im Sinne des Käufers sein kann.⁴⁵ Hier kommt es K gerade auf die Nacherfüllung seitens des V an. Insgesamt besteht kein besonderes Schutzbedürfnis des Käufers, das gegen die Anwendbarkeit der Mängelgewährleistungsrechte sprechen könnte. Dies gilt insbesondere, wenn die Beschädigung – wie hier – erkennbar ist.⁴⁶ Denn dann bleibt dem Käufer ohnehin die Möglichkeit, die Annahme der Sache sanktionslos zu verweigern und sich dadurch einer Anwendung der §§ 434 ff. zu entziehen.⁴⁷ Auch die *ratio* des Gefahrübergangs rechtfertigt hier die Anwendung des schwächeren Gewährleistungsrechts: Die Bitte des Käufers, die Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort zu versenden, hat sich hier risikosteigernd ausgewirkt.⁴⁸ Insgesamt überzeugen daher die Meinungen zur Anwendbarkeit des Mängelgewährleistungsrechts.

Mithin ist das Mängelgewährleistungsrecht grundsätzlich anwendbar.

4. Ausschluss des Mängelgewährleistungsrechts gem. § 377 HGB

Der Anwendbarkeit der §§ 437 ff. könnte jedoch § 377 II HGB entgegenstehen, wenn der Gläubiger die nach § 377 I HGB erforderliche Rüge des Mangels unterlassen hat.⁴⁹ Die Voraussetzungen des § 377 I HGB sind folglich zu prüfen.

a) Beiderseitiger Handelskauf

Zunächst müsste zwischen K und V ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegen. Dies ist gem. § 343 I HGB der Fall, wenn es sich um ein betriebsbezogenes und nicht etwa um ein privates Geschäft eines Kaufmanns handelt.⁵⁰ K und V sind laut Sachverhalt eingetragene Kaufleute i. S. d. § 1 I HGB. Im Kunstgeschäft des V erwirbt K ein Gemälde für eine Ausstellung in seiner Galerie. Es handelt sich somit um ein betriebsbezogenes Geschäft. Ein beiderseitiger Handelskauf liegt mithin vor.

b) Ablieferung

Die Sache müsste von V bei K abgeliefert worden sein. Die Ablieferung erfolgt spätestens, wenn der Käufer in eine solche tatsächliche räumliche Beziehung zu der Sache kommt, dass eine Beschaffenheitsüberprüfung möglich ist.⁵¹ Hier erfolgte die Ablieferung in dem Moment, als die Lieferung K erreichte, denn zu diesem Zeitpunkt konnte K erstmals die Beschaffenheit des Gemäldes wahrnehmen und überprüfen.

c) Mangelhaftigkeit der Ware, § 434

Die abgelieferte Ware ist gem. § 434 I 2 Nr. 1 mangelhaft.

d) Ordnungsmäßigkeit der Untersuchung und Rüge

Weiterhin müsste K das Gemälde auf seine Mangelhaftigkeit hin unverzüglich untersucht und den Mangel daraufhin unverzüglich gerügt haben. Unverzüglichkeit im Sinne dieser Vorschrift bedeutet – wie in § 121 I 1 – »ohne schuldhaftes Zögern«. ⁵² Dies gilt insbesondere bei offenen Mängeln, d. h. bei solchen, die bei Ablieferung offen zu Tage treten.⁵³ Für die Rüge reicht eine formlose Anzeige der Mängel durch den Käufer an den Verkäufer aus. Der Verkäufer muss aus dieser Art und Umfang der Mängel erkennen können.⁵⁴ Vorliegend erkennt K den Mangel sofort bei Ablieferung und verlangt umgehend die sofortige Beseitigung des Mangels von V. Aus Sicht eines objektiven Empfängers lässt sich daraus ableiten, dass K dem V den genauen Mangel mitteilt. Damit hat K das Gemälde auf seine Mangelhaftigkeit unverzüglich untersucht und entsprechend gerügt. Bei unverzüglicher Rüge behält der Käufer seine Rechte bzgl. des Mangels, insbesondere aus den §§ 437 ff.⁵⁵

Der Anwendbarkeit der §§ 437 ff. steht § 377 II HGB also nicht entgegen.

5. Zwischenergebnis

Mithin sind die Mängelgewährleistungsrechte aus § 437 eröffnet.

II. Voraussetzungen des § 280 I

Aufgrund der Rechtsgrundverweisung in § 437 Nr. 3 müssten zudem die Voraussetzungen des § 280 I gegeben sein.⁵⁶

⁴² Stieper (Fn. 38), AcP 2008, 819 (825).

⁴³ Ebd.

⁴⁴ Klinck (Fn. 40), ZGS 2008, 217 (217 f.).

⁴⁵ Vgl. Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust (Fn. 25), § 437 Rn. 203.

⁴⁶ Klinck (Fn. 40), ZGS 2008, 217 (219).

⁴⁷ MüKoBGB/Westermann (Fn. 7), § 437 Rn. 18.

⁴⁸ Klinck (Fn. 40), ZGS 2008, 217 (219).

⁴⁹ Bitter/Schumacher, Handelsrecht, 3. Auflage (2018), § 7 Rn. 72 f.

⁵⁰ Brox/Henssler, Handelsrecht, 22. Auflage (2016), § 21 Rn. 399.

⁵¹ BGH NJW 1988, 2608 (2609).

⁵² Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Müller, Handelsgesetzbuch, Bd. 2, 3. Auflage (2014), § 377 Rn. 75.

⁵³ MüKoHGB/Grünwald, Münchener Kommentar zum HGB, Bd. 5 Handelsgeschäfte, 4. Auflage (2018), § 377 Rn. 61.

⁵⁴ Brox/Henssler (Fn. 50), § 21 Rn. 408.

⁵⁵ Baumbach/Hopt/Hopt, Handelsgesetzbuch, 38. Auflage (2018), § 377 Rn. 44.

⁵⁶ Medicus/Lorenz (Fn. 9), § 7 Rn. 1.

1. Schuldverhältnis

In dem geschlossenen Kaufvertrag zwischen V und K liegt ein wirksames Schuldverhältnis i. S. d. § 280 I 1.

2. Pflichtverletzung

Zudem müsste gem. § 280 I 1 eine Pflichtverletzung vorliegen.

a) Verletzung der Pflicht aus § 433 I 2

In Betracht kommt zunächst eine Verletzung der Pflicht des Verkäufers zur sachmangelfreien Lieferung aus § 433 I 2.⁵⁷ Mit der Lieferung eines beschädigten Gemäldes wurde diese Pflicht verletzt. Dass diese Pflichtverletzung auf einer verletzten Nebenleistungspflicht (nicht ordnungsgemäße Verpackung) beruht, steht dem nicht entgegen.⁵⁸

b) Verletzung der Nacherfüllungspflicht aus §§ 437 Nr. 1, 439

Daneben könnte auch die Pflicht zur Nacherfüllung aus §§ 437 Nr. 1, 439 verletzt worden sein, indem V dem K kategorisch jegliche Hilfe verweigerte. Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch auf sachmangelfreie Lieferung wird mit Ablieferung der Sache zum Nacherfüllungsanspruch i. S. d. § 439 modifiziert.⁵⁹ Danach hat der Käufer ein Wahlrecht zwischen der Beseitigung des Mangels oder der Nachlieferung einer mangelfreien Sache.⁶⁰ Bei Stückschulden – das Gemälde fällt als Unikat darunter – ist eine Nachlieferung aufgrund der Einzigartigkeit gem. § 275 I unmöglich.⁶¹ Somit beschränkt sich der Nacherfüllungsanspruch hier auf die Nachbesserung, die laut Sachverhalt noch vor Ausstellungseröffnung möglich wäre. Diese hat K durch die Aufforderung des V zur sofortigen Mängelbeseitigung verlangt. Die Nacherfüllungspflicht war ab diesem Zeitpunkt fällig.⁶² Anhaltspunkte für unverhältnismäßig hohe Kosten der Mängelbeseitigung, die eine Einrede nach § 439 III rechtfertigen würden,⁶³ sind nicht ersichtlich. Somit war der Anspruch auf Nachbesserung bis zum Schadensersatzverlangen gem. § 281 IV auch durchsetzbar. Mit der Verweigerung der Nacherfüllung hat V somit die fällige und durchsetzbare Leistungspflicht aus §§ 437 Nr. 1, 439 I verletzt.

III. Weitere Voraussetzungen der §§ 280 III, 281

Einen Schadensersatz statt der Leistung kann K nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 280 III, 281 geltend machen.

1. Abgrenzung Schadensersatz statt und neben der Leistung

Bei dem von K geltend gemachten Schadensposten, der Wertminderung des Gemäldes um 3000 €, müsste es sich zunächst überhaupt um einen Schadensersatz statt der Leistung handeln. Entscheidend ist dafür die Abgrenzung zum Schadensersatz neben der Leistung, an welchen andere Anforderungen gestellt werden.⁶⁴

Nach einer Ansicht soll danach abgegrenzt werden, ob der Schaden dem Äquivalenzinteresse (Interesse an der Gleichwertigkeit der Leistungen) oder dem Integritätsinteresse (Interesse am Erhalt anderer Rechtsgüter) des Gläubigers entspricht.⁶⁵ Ist das Äquivalenzinteresse betroffen, handelt es sich um einen Schadensersatz statt der Leistung.⁶⁶ Die Einverleibung des Marktwertes des Gemäldes stellt hier das Leistungsäquivalent zur Kaufpreiszahlung dar. Damit ist das Äquivalenzinteresse des K betroffen.

Nach anderer Auffassung soll eine Abgrenzung nach zeitlichen Gesichtspunkten erfolgen. Entscheidend für die Annahme von Schadensersatz statt der Leistung ist, ob der Schaden durch eine hypothetische Nacherfüllung im letztmöglichen Zeitpunkt ausgeblieben wäre.⁶⁷ Sowohl bei der Aufforderung durch K zur sofortigen Beseitigung des Mangels als auch bei Verlangen des Schadensersatzes wären die Beschädigung des Gemäldes und der damit verbundene Schaden noch behebbar gewesen.

Mithin kann hier nach beiden Auffassungen Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht werden.

2. Fristsetzung und erfolgloser Ablauf bzw. Entbehrlichkeit

Nach § 281 I 1 müsste K dem V erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Als Fristsetzung ist die Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner zu verstehen, die geschuldete Leistung innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erbringen, wobei der Endtermin nicht angegeben werden muss.⁶⁸ Die Fristsetzung könnte hier gem. § 281 II Alt. 1 ausnahmsweise entbehrlich sein. Dazu müsste V die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert haben. Es muss sich bei der Verweigerung insofern um das »letzte Wort des Schuldners« handeln, welches keine Zweifel an der Ernsthaftigkeit zulässt.⁶⁹ V verweigert kategorisch jegliche Leistung mit der Begründung, dass K selbst um Lieferung gebeten habe. Damit hat er die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert. Demnach war eine Fristsetzung hier entbehrlich.

⁵⁷ Erman/*Grunewald* (Fn. 5), § 437 Rn. 11.

⁵⁸ *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 16. Auflage (2018), § 22 Rn. 9.

⁵⁹ *Staudinger/Matusche-Beckmann* (Fn. 8), § 439 Rn. 1.

⁶⁰ *Hk-BGB/Saenger* (Fn. 3), § 439 Rn. 1.

⁶¹ *Jacoby/v. Hinden* (Fn. 2), § 439 Rn. 10.

⁶² *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 24), § 439 Rn. 3 a.

⁶³ *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 43. Auflage (2019), § 4 Rn. 45.

⁶⁴ *Looschelders* (Fn. 58), § 24 Rn. 2.

⁶⁵ *Jacoby/v. Hinden* (Fn. 2), § 280 Rn. 9.

⁶⁶ *Grigoleit/Riehm*, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungsrecht, AcP 2003, 727 (735).

⁶⁷ *Medicus/Petersen* (Fn. 24), § 13 Rn. 237; *MüKoBGB/Ernst* (Fn. 13), § 280 Rn. 70.

⁶⁸ BGH NJW 2015, 2564 (2565).

⁶⁹ *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Unberath* (Fn. 25), § 281 Rn. 24.

3. Vertretenmüssen

Weiterhin müsste V die vorliegenden Pflichtverletzungen auch zu vertreten haben. Grundsätzlich hat der Schuldner nach § 276 I 1 Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

a) Anknüpfungspunkt

Umstritten ist, welche Pflichtverletzung den Anknüpfungspunkt für das Vertretenmüssen i. R. d. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 bildet. Nach einer Ansicht kann sich das Vertretenmüssen sowohl auf die Pflichtverletzung bzgl. der mangelfreien Lieferung als auch alternativ auf das Unterlassen der Nacherfüllung beziehen.⁷⁰ Die Gegenansicht stellt hingegen ausschließlich auf die Verletzung der Nacherfüllungspflicht ab.⁷¹ Eine Ausnahme besteht nur, wenn die Fristsetzung entbehrlich ist. Dann kommt es allein auf das Vertretenmüssen bzgl. der ursprünglich mangelhaften Leistung an.⁷² Da im vorliegenden Fall die Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich ist, reicht das Vertretenmüssen hinsichtlich der Pflichtverletzung zur mangelfreien Lieferung nach beiden Ansichten aus.

b) Vertretenmüssen bzgl. Pflicht aus § 433 I 2

V könnte hier fahrlässig in Bezug auf die Pflichtverletzung aus § 433 I 2 gehandelt haben. Fahrlässigkeit meint nach der Legaldefinition des § 276 II das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Im Rahmen eines, hier vorliegenden, Handelsgeschäftes sieht § 347 I HGB eine verschärfte Sorgfalt vor.⁷³ Dabei ist ein objektiver Maßstab anzulegen und auf typische Kenntnisse und Fähigkeiten einer bestimmten Berufsgruppe abzustellen.⁷⁴ Als Kunsthändler sollten V die Transportbedingungen für empfindliche Gemälde bekannt sein. Aufgrund dieses Sonderwissens hätte er das Gemälde ordnungsgemäß verpacken können. Somit hat er die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und handelte nach § 276 II fahrlässig. Folglich hat V die Pflichtverletzung zu vertreten.

4. Schaden

Zuletzt müsste K aus der Pflichtverletzung ein Schaden entstanden sein. Unter einem Schaden ist jede unfreiwillige Einbuße an materiellen oder immateriellen Gütern und Interessen zu verstehen.⁷⁵ Beim Schadensersatz statt der Leistung ist das positive Interesse ersatzfähig, wonach der

Gläubiger so zu stellen ist, wie er stünde, wenn der Schuldner ordnungsgemäß geleistet hätte.⁷⁶

Hinsichtlich der Wertminderung des Gemäldes ist eine konkrete Schadensberechnung möglich. Nach der Differenzhypothese ist zur Berechnung des Schadensumfangs die tatsächliche mit der hypothetischen Vermögenslage zu vergleichen, die bei einer ordnungsgemäßen Erfüllung vorläge.⁷⁷ Der Wert des Gemäldes hat sich durch die Beschädigung um 3000 € gemindert. Da K das beschädigte Gemälde behalten möchte, kann er die 3000 € über § 251 I i. R. d. »kleinen Schadensersatzes«⁷⁸ von V ersetzt verlangen.

IV. Ergebnis

Folglich hat K gegen V einen Schadensersatzanspruch i. H. v. 3000 € aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281.

Abwandlung

A. Anspruch K gegen V aus §§ 437 Nr. 3, 280 I

K könnte gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz i. H. v. 1000 € für die finanzielle Einbuße aufgrund der zurückgezählten Eintrittsgelder aus §§ 437 Nr. 1, 280 I haben.

I. Eingangsvoraussetzungen des § 437

1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433

Laut Sachverhalt haben K und V sich über den Kauf bzw. Verkauf eines weiteren Ölgemäldes des Malers Dumont geeinigt. Ein wirksamer Vertragsschluss gem. § 433 liegt damit vor.

2. Sachmangel, § 434

Weiterhin müsste das Gemälde einen Sachmangel aufweisen. Dieser könnte in der abblätternden Farbe und dem Auflösungsprozess zu sehen sein. Es kommt ein Sachmangel nach § 434 I 1 in Betracht. Die Beschaffenheitsvereinbarung kann konkludent erfolgen oder sich aus den Umständen ergeben.⁷⁹ Das gekaufte Gemälde gilt laut Sachverhalt als Meisterwerk und ist ein Publikumsmagnet. Diese Eigenschaften kann es nur entfalten, wenn es einen makellosen Zustand aufweist. Somit ist auf eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung zwischen K und V abzustellen. Das Gemälde weist diese Beschaffenheit gerade nicht auf, sodass ein Sachmangel nach § 434 I 1 vorliegt.

3. Bei Gefahrübergang, §§ 446 S. 1, 447 I

Nach § 434 I müsste der Sachmangel bei Gefahrübergang vorhanden sein. Das Gemälde wird hier durch den Angestellten des V geliefert. Es liegt somit ein Versendungskauf

⁷⁰ Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust (Fn. 25), § 437 Rn. 73; Palandt/Weidenkaff (Fn. 24), § 437 Rn. 38.

⁷¹ Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Auflage (2018), § 2 Rn. 303; Lorenz/Riehm, Neues Schuldrecht, 1. Auflage (2002), § 5 Rn. 535.

⁷² Oetker/Maultzsch (Rn. 71), § 2 Rn. 303.

⁷³ Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, Handelsgesetzbuch, 8. Auflage (2015), § 347 Rn. 5.

⁷⁴ Brox/Henssler (Fn. 50), § 19 Rn. 371.

⁷⁵ Brox/Walker (Fn. 12), § 29 Rn.1.

⁷⁶ Looschelders (Fn. 58), § 44 Rn. 8 f.

⁷⁷ Palandt/Grüneberg (Fn. 24), § 281 Rn. 18.

⁷⁸ MüKoBGB/Westermann (Fn. 7), § 437 Rn. 36.

⁷⁹ BGHZ 207, 349 (351 f.).

nach § 447 I vor (vgl. Frage 1). Die Gefahr geht also schon mit Übergabe an die Transportperson auf K über.⁸⁰ Die aufgeweichte Farbe und der damit verbundene Auflösungsprozess sind bei Übergabe an die Transportperson A noch nicht sichtbar. Allerdings hat V die Beschädigung des Gemäldes bereits vor der Übergabe an A verursacht, indem er Feuchtigkeit in das Innere der Verpackung gelangen lies, was zum Aufweichen der Gemäldefarbe führte. Für die Mangelhaftigkeit bei Gefahrübergang ist es ausreichend, dass die Ursache in diesem Zeitpunkt schon bestand.⁸¹ Es ist also unbeachtlich, dass der Mangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch nicht erkennbar war. Mithin lag der Sachmangel hier bei Gefahrübergang vor.

4. Ausschluss durch § 377 III HGB

Der Anwendbarkeit der Mängelgewährleistungsrechte könnte § 377 III HGB entgegenstehen, wenn K die nach § 377 I erforderliche Rüge des Mangels unterlassen hat. Wie bereits dargelegt, liegt zwischen K und V ein beiderseitiger Handelskauf vor. Das Gemälde wurde in dem Zeitpunkt abgeliefert als die Sendung K erreichte. Dabei war das Bild bereits mangelhaft. Weiterhin müsste K das Gemälde auf seine Mangelhaftigkeit hin unverzüglich untersucht und den Mangel daraufhin ohne schuldhaftes Zögern gerügt haben. Vorliegend hat K den Mangel jedoch erst nach Beginn der Ausstellung bei V angezeigt, nachdem ein Besucher ihn auf die abblätternde Farbe aufmerksam gemacht hat. Bei verdeckten Mängeln, die bei der Untersuchung nach Ablieferung nicht erkennbar waren, kann eine Rüge erst bei späterer Entdeckung des Mangels erfolgen.⁸² Die Frist der unverzüglichen Rüge beginnt also nicht mit der Ablieferung der Sache, sondern mit Entdeckung des Mangels (vgl. Wortlaut des § 377 III).⁸³ Es kommt lediglich auf eine hypothetische Untersuchung an,⁸⁴ daher ist es unerheblich, ob K das Gemälde tatsächlich unverzüglich untersucht hat. Bei einer solchen Untersuchung wäre der Mangel nicht erkennbar gewesen. Da K den Mangel umgehend nach Kenntnisnahme bei V angezeigt hat, ist die Frist gewahrt und die Rüge rechtzeitig erfolgt. Mithin sind die Mängelgewährleistungsrechte nicht durch § 377 III HGB ausgeschlossen.

5. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Mängelgewährleistungsrechte sind erfüllt.

II. Voraussetzungen des § 280 I

1. Rechtliche Einordnung der Anspruchsgrundlage

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen des § 280 I für die Geltendmachung des Schadens ausreichen. Möglicherweise

müssten darüber hinaus entweder die zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 280 III, 281 oder der §§ 280 II, 286 erfüllt sein.

a) Abgrenzung Schadensersatz statt oder neben der Leistung

Zunächst ist festzustellen, ob es sich bei dem von K geltend gemachten Schaden um einen Schadensersatz statt oder neben der Leistung handelt. Selbst wenn hier eine Nachbesserung des Gemäldes möglich wäre und V diese vornehmen würde, entfele die finanzielle Einbuße des K nicht, sodass ein Schadensersatz neben der Leistung vorliegt. Zudem ist hier das Integritätsinteresse des K betroffen, da es nicht um den Erhalt des Leistungsäquivalents, sondern um sonstige Rechte des K (entgangener Gewinn aus der Ausstellungseröffnung) geht. Mithin handelt es sich nach beiden Abgrenzungstheorien um einen Schadensersatz neben der Leistung.

b) Einordnung des mangelbedingten Betriebsausfallschadens

Vorliegend könnte es sich um einen sog. mangelbedingten Betriebsausfallschaden handeln, der dem Käufer dadurch entsteht, dass er die geschuldete Leistung aufgrund des Mangels nicht gewinnbringend nutzen kann.⁸⁵ Hier konnte K das Gemälde aufgrund des Mangels nicht profitabel in seiner Ausstellung präsentieren. Es ist strittig, ob dieser Schaden als einfacher Schadensersatz i. S. d. § 280 I⁸⁶ oder als Verzögerungsschaden i. S. d. § 280 II nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286⁸⁷ ersatzfähig ist.

Für die Einordnung als Verzögerungsschaden spricht, dass der Schaden entsteht, weil nicht rechtzeitig eine mangelfreie Sache geliefert wurde.⁸⁸ Es handelt sich damit eigentlich um einen Schaden wegen Leistungsverzögerung. Durch die Einordnung als einfachen Schadensersatz nach § 280 I würden die zusätzlichen Verzögerungsvoraussetzungen des § 286, insbesondere die erforderliche Mahnung, umgangen werden.⁸⁹ Dies könnte einen Wertungswiderspruch darstellen, da der Schuldner, der mangelhaft leistet, einer schärferen Haftung unterworfen wird als derjenige, der gar nicht leistet.⁹⁰ Bei dieser Argumentationslinie wird jedoch missachtet, dass ein wesentlicher Unterscheid zwischen Nicht- und Schlechtleistung besteht.⁹¹ Eine Nichtleistung ist i. d. R. sofort erkennbar und deshalb eine Mahnung für den Gläubiger zumutbar, weil er den Schuldner dadurch schon vor oder unmittelbar nach dem Nutzungszeitpunkt schadensersatz-

⁸⁰ Zu den Problemen beim Versendungskauf durch eigene Leute vgl. Frage 1.

⁸¹ Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 24), § 434 Rn. 8.

⁸² Ebenroth/*Boujong/Joost/Strohn/Müller* (Fn. 52), § 377 Rn. 164 f.

⁸³ Baumbach/*Hopt/Hopt* (Fn. 55), § 377 Rn. 38 f.

⁸⁴ *Bitter/Schumacher* (Fn. 49), § 7 Rn. 82.

⁸⁵ *Medicus/Lorenz* (Fn. 9), § 7 Rn. 87.

⁸⁶ BGHZ 181, 317 (322); *Erman/Grünwald* (Fn. 5), § 437 Rn. 19; *Jauernig/Stadler* (Fn. 6), § 280 Rn. 4; *MüKoBGB/Westermann* (Fn. 7), § 437 Rn. 34.

⁸⁷ *Jauernig/Berger* (Fn. 6), § 437 Rn. 17; *Oetker/Maultzsch* (Rn. 71), § 2 Rn. 295 ff.; *NomosKom-BGB/Dauner-Lieb* (Fn. 11), § 280 Rn. 58; *Brox/Walker* (Fn. 63), § 4 Rn. 106.

⁸⁸ *Oetker/Maultzsch* (Fn. 71), § 2 Rn. 297.

⁸⁹ *Brox/Walker* (Fn. 63), § 4 Rn. 106.

⁹⁰ *NomosKom-BGB/Dauner-Lieb* (Fn. 11), § 280 Rn. 61; *Jauernig/Berger* (Fn. 6), § 437 Rn. 17.

⁹¹ Vgl. *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust* (Fn. 25), § 437 Rn. 70 c.

pflichtig machen kann.⁹² Indes ist eine Schlechtleistung u. U. nicht gleich sichtbar und wird erst bemerkt, wenn die Sache bereits – wie hier – ihrer Verwendung zugeführt wurde.⁹³ Zudem entspricht der Ersatz mangelbedingter Betriebsausfallschäden über § 280 I dem Willen des Gesetzgebers, der eine erhebliche Einschränkung der Ersatzfähigkeit dieser Schäden vermeiden wollte.⁹⁴ Dies zeigt sich auch in der gesetzlichen Normierung. In § 437 Nr. 3 werden lediglich die §§ 282, 283 aufgeführt, während der § 286 bewusst weggelassen wurde.⁹⁵ Von daher ist es überzeugender, den mangelbedingten Betriebsausfallschaden über § 280 I zu ersetzen.

c) Zwischenergebnis

Folglich sind die Voraussetzungen des § 280 I ausreichend.

2. Schuldverhältnis

Mit dem wirksam geschlossenen Kaufvertrag liegt ein Schuldverhältnis vor.

⁹² Soergel/*Benicke/Hellwig* (Fn. 12), § 280 Rn. 409.

⁹³ BeckOGK BGB/*Höpfner*, 1.7.2019, § 437 Rn. 96.

⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 225.

⁹⁵ BGHZ 181, 317 (322 f.).

3. Pflichtverletzung

Durch die Lieferung des beschädigten Gemäldes hat V seine Pflicht zur sachmangelfreien Leistung aus § 433 I 2 verletzt.

4. Vertretenmüssen

Diese Pflichtverletzung müsste V gem. § 280 I 2 zu vertreten haben. Vorliegend ließ V Feuchtigkeit in das Innere der Verpackung des Gemäldes gelangen. Als Kunsthändler müsste er mit dem adäquaten Umgang mit wertvollen Gemälden vertraut sein (s.o.). Er handelte somit fahrlässig i. S. d. §§ 276 II BGB, 347 I HGB.

5. Schaden

Ferner müsste K ein Schaden entstanden sein. Wie bereits festgestellt, handelt es sich hier um einen sog. mangelbedingten Betriebsausfallschaden. Aufgrund der erwerbswirtschaftlichen Nutzung des Gemäldes beziffert sich der Schaden gem. § 252 aus dem entgangenen Gewinn,⁹⁶ der hier in Höhe der zurückgezahlten Eintrittsgelder von 1 000 € besteht.

III. Ergebnis

K hat gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz i. H. v. 1 000 € aus §§ 437 Nr. 3, 280 I.

⁹⁶ MüKoBGB/*Oetker* (Fn. 13), § 249 Rn. 66.

ÖffR Fallbearbeitung

Lea Gottschalk*

Von Privatparkplätzen und Demonstrationsverboten

Der Fall beschäftigt sich im Schwerpunkt mit den Besonderheiten des Versammlungsrechts. Insbesondere thematisiert er die Abgrenzung des Zivilrechts vom öffentlichen Recht im Rahmen der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs sowie das Verbot von Versammlungen aufgrund von § 8 NVersG.

SACHVERHALT

Anlässlich des diesjährig am 9. November in Wolfsburg stattfindenden G7-Gipfels (Gipfel der führenden Wirtschaftsnationen) hat sich eine dem linken Parteienspektrum zuzurechnende Gegenbewegung mit dem Namen *Welcome to Jail* organisiert. Zum Auftakt des Gipfels planen sie einen Protestmarsch ausgehend vom Wolfsburger Hauptbahnhof/Phaeno in Richtung des Allerparks. Die Veranstalter rechnen mit etwa 10 000 Teilnehmern. Die Route führt zu einer mit einer Schranke für PKW begrenzten und sonst umzäunten teilprivatisierten Parkplatzfläche, die sich unweit der Gipfeltagungsräumlichkeiten befindet. Davon verspricht sich die Organisation mehr Gehör zu finden, da auch mit einem Großaufgebot der Medien zu rechnen sei. Über dem Parkplatz, an dem die Stadt Wolfsburg 51 % der Eigentumsanteile hält, ist eine Art Dach installiert, das von acht Stützpfeilern sicher und ordnungsgemäß getragen wird. Der Parkplatz ist für Passanten ohne größere Schwierigkeiten auf dem dafür vorgesehenen Fußweg betretbar.

Mit Beschreibungen zu Durchführung, Verlauf und Umfang des Marsches *G7 – Welcome 2 Jail* sowie einer zeitlichen Planung ersuchte die Veranstaltungsleiterin V die Stadt Wolfsburg bereits im Dezember 2017 um »Genehmigung« der Demonstration.

Der zuständige Sachbearbeiter ist gar nicht erfreut über diese Anmeldung. Schließlich sei die Wahl des Standortes Wolfsburg für diesen G7-Gipfel Ausdruck von Stärke und der Überwindung der durch den »Diesel-Skandal« verursachten VW-Krise. Lautstarke »Gegenbewegungen« könne man da nicht gebrauchen. Wolfsburg müsse sich von seiner »besten« Seite präsentieren und geschlossen hinter dem Gipfeltreffen stehen. Außerdem dürfe doch ein teilweise in privater Hand stehender Parkplatz nicht als Protestfläche herhalten. Ferner sind – was auch stimmt – die privaten Teilhaber gegen die Durchführung der Versammlung und wollen hiergegen vorgehen. Sie bestreiten schon, dass Verwaltungsgerichte überhaupt über die Sache zu entscheiden haben.

Der Sachbearbeiter setzt sodann im Namen der Behörde ein Schreiben an die Versammlungsleiterin auf, in dem die Aktion untersagt wird. Anhand einer umfangreich angefertigten Analyse sei – was auch stimmt – mit der Anreise vieler gewaltbereiter Linksextremisten zu rechnen, die immer wieder straffällig in Erscheinung treten und ihre Argumente nicht in der Diskussion, sondern primär mit Fäusten suchen. Er fügt hinzu, dass bei Veranstaltungen dieser Größe ein enormes Konfliktpotenzial zu erwarten sei. Gerade bei Protestaktionen aus diesem Milieu gingen regelmäßig gewalttätige Handlungen vorstatten.

Überdies sei eine Demonstration auf teilprivatisiertem Grund keineswegs zulässig. Privatpersonen könnten schließlich, wie jeder weiß, mit der Grundrechtsverwirklichung Dritter nichts zu tun haben.

Ferner sei er schon deshalb zur Untersagung der Veranstaltung verpflichtet, da die Demonstration am 9. November (»Reichspogromnacht«) stattfinden solle und dieser Tag vor allem im Zeichen der nationalsozialistischen Willkürherrschaft stünde. Keinesfalls sei an einem so denkwürdigen Tag eine Demonstration zu dulden.

Die Veranstalter fragen sich, wie der Protestmarsch doch noch erreicht werden kann. Schließlich sollen die kapitalistischen Gaststaaten des G7-Gipfels sehen, dass sich die deutsche Bevölkerung kraftvoll gegen die rein kommerziellen, die ärmeren Staaten ausbeutenden Gespräche der »Mächtigen« zu Wort meldet.

Dass das Gelände teilprivatisiert sei, könne der Versammlung nicht entgegen gehalten werden, da der überwiegende Teil in den Händen der Kommune liege. Wer einerseits profitiere, müsse andererseits auch die Nachteile über sich ergehen lassen. Außerdem seien zum jetzigen Zeitpunkt, Januar 2018, keine unmittelbaren Gefahren bei Versammlungsdurchführung ersichtlich, die ein Verbot rechtfertigen würden. Auch könne kein Verbot ergehen, nur weil der Veranstaltungstag auf ein Datum fällt, an dem die Nationalsozialisten früher eines ihrer historischen Großverbrechen begangen haben.

Die Argumente der Stadt seien haltlos. Für das Verhalten einzelner Teilnehmer könne die restliche Versammlung nichts. Die Untersagung untergrabe vollständig den Charakter der freiheitlich-demokratischen Grundordnung der deutschen Verfassung. Keinesfalls werde man dieses Verbot hinnehmen.

* *Lea Gottschalk* studiert seit 2015 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und arbeitet als studentische Hilfskraft am Institut für Landwirtschaftsrecht bei Herrn Prof. Dr. *José Martínez*. Die Klausur wurde im Wintersemester 2017/2018 in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht von Herrn Prof. Dr. *Marcel Kau* gestellt.

Frage 1: Erstellen Sie das Rechts- oder ggf. Hilfspgutachten einer form- und fristgerecht erhobenen Klage der Versammlungsleiterin V, mit der die Durchführung des Protestmarsches entsprechend des ursprünglich zugrunde gelegten Plans der Organisatoren erwirkt werden kann.

Frage 2: Was könnte die Behörde tun, wenn sie feststellt, dass mehrere Demonstranten vermunmt an dem Protest teilnehmen? Welche Behörde ist überhaupt zuständig?

GLIEDERUNG

- A. Sachentscheidungsvoraussetzungen
 - I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
 - 1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit
 - 2. Nichtverfassungsrechtlicher Art
 - 3. Ergebnis
 - II. Statthafte Klageart
 - III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO
 - IV. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO
 - V. Klagegegner, § 78 VwGO
 - VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO
 - VII. Frist, § 74 VwGO, und Form, § 81 VwGO
 - VIII. Zuständiges Gericht
 - IX. Ergebnis
- B. Beiladung
- C. Begründetheit
 - I. Ermächtigungsgrundlage
 - 1. Anwendbarkeit des Versammlungsrechts
 - 2. Einschlägige Ermächtigungsgrundlage
 - a) Abgrenzung von Versammlungen unter freiem Himmel und solchen in geschlossenen Räumen
 - b) Einschlägigkeit von § 8 II NVersG und/oder § 8 IV NVersG
 - II. Formelle Rechtmäßigkeit
 - III. Materielle Rechtmäßigkeit
 - 1. Tatbestand des § 8 II 1 Alt. 1 NVersG
 - a) Öffentliche Sicherheit
 - b) Unmittelbarkeit der Gefahr
 - c) Zwischenergebnis
 - d) Gefahr nicht anders abwendbar
 - e) Ergebnis zu 1.
 - 2. Tatbestand des § 8 IV Nr. 1 NVersG
 - 3. Ergebnis
(Hilfspgutachten)
 - 4. Verantwortlichkeit – richtige Störerauswahl
 - 5. Fehlerfreie Ermessensausübung
 - IV. Ergebnis Begründetheit
- D. Gesamtergebnis

GUTACHTEN

Frage 1

Die Klage der V hat Aussicht auf Erfolg, wenn die erforderlichen Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllt sind und soweit sie begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Es müssten die nachfolgenden Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel des § 40 I 1 VwGO. Dafür müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen, die auch nicht ausdrücklich einem anderen Gericht zugewiesen ist.

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Es müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Dies ist der Fall, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.¹ Eine Norm weist öffentlich-rechtlichen Charakter auf, wenn sie einen Hoheitsträger einseitig berechtigt oder verpflichtet (modifizierte Subjektstheorie).² Vorliegend könnten einerseits Normen des NVersG (§§ 8, 14 NVersG) und andererseits solche des Zivilrechts (insbesondere § 1004 BGB) heranzuziehen sein. §§ 8, 14 NVersG berechtigen einseitig die Behörde, Versammlungen zu beschränken, verbieten oder aufzulösen. Die Versammlungsbehörde ist als Teil der Exekutive öffentliche Gewalt i. S. v. Art. 1 III GG. Lügen die §§ 8, 14 NVersG der Streitigkeit zugrunde, wäre diese als öffentlich-rechtlich zu charakterisieren.

Es könnten jedoch auch Normen aus dem Zivilrecht einschlägig sein, für die kennzeichnend ist, dass sie die Rechtsbeziehungen Privater nach dem Prinzip der Privatautonomie gleichberechtigt regeln.³ Von den privaten Anteilseignern wird dieser Einwand auch erhoben. Für sie bestünde die Möglichkeit, einen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch gegen die geplante Versammlung geltend zu machen, der sich aus § 1004 BGB ergeben könnte. Sodann wäre der ordentliche Rechtsweg nach § 13 GVG eröffnet.

Dies würde jedoch zugleich bedeuten, dass der Stadt Wolfsburg, die 51 % der Anteile an dem Parkplatz innehat, eine unzulässige »Flucht in das Privatrecht« ermöglicht würde.⁴

¹ *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Auflage (2018), § 94 Rn. 17.

² *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage (2019), § 30 Rn. 1324.

³ *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Auflage (2017), § 1 Rn. 2.

⁴ *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozess- und Staatshaftungsrecht, 8. Auflage (2015), § 29 Rn. 9.

Vorliegend lassen sich dazu die Grundzüge der Fraport-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 8 I GG heranziehen, in der das Gericht entschied, dass auch gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, die zu wenigstens 50 % in der öffentlichen Hand liegen, an Grundrechte gebunden sind.⁵ Konkret hatten die Betreiber des Frankfurter Flughafens (der zur Mehrheit von der Stadt Frankfurt, dem Land Hessen und der Bundesrepublik Deutschland getragen wird) es zu dulden, dass in ihren Räumen eine Versammlung durchgeführt wurde.⁶ Zwar wurden hier im Wesentlichen grundrechtliche Erwägungen angestellt, die Grundzüge der Entscheidung lassen sich allerdings auch auf verwaltungsrechtliche Konstellationen übertragen.⁷ Angesichts der Wichtigkeit der Versammlungsfreiheit muss davon abgesehen werden, dass die Durchführung einer Versammlung von der Zustimmung privater Anteilseigner abhängig gemacht werden kann.⁸ Ansonsten könnten öffentliche Räume aufgrund der Stellung ihrer Eigentümer als Privatrechtssubjekte nicht mehr als Versammlungsorte genutzt werden, was auch angesichts der vielen privatisierten, aber öffentlich zugänglichen Räume nicht hinnehmbar ist.⁹ Aufgrund der hohen verfassungsrechtlichen Bedeutung der Streitigkeit müssen die privaten Anteilseigner daher auf das öffentliche Versammlungsrecht verwiesen werden.

Die streitentscheidenden Normen sind somit §§ 8, 14 NVersG, mithin solche des öffentlichen Rechts. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlichen Charakters.

2. Nichtverfassungsrechtlicher Art

Eine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit, das heißt eine Streitigkeit zwischen zwei am Verfassungsleben beteiligten Organen über ihre unmittelbar aus der Verfassung entspringenden Rechte und Pflichten,¹⁰ scheidet schon auf personeller Ebene aus: V ist Bürgerin. Die Streitigkeit ist nichtverfassungsrechtlicher Art.

⁵ BVerfGE 128, 226 ff.

⁶ Dadurch wurde eine unmittelbare Grundrechtsbindung von Privatpersonen angenommen, soweit sie sich an gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen beteiligen, die mehrheitlich von der öffentlichen Hand beherrscht werden. Eine solch unmittelbare Wirkung der Grundrechte kannte die Rechtsordnung bis dato nur in gesetzlich normierten Einzelfällen wie bspw. in Arbeitsverhältnissen (Art. 9 III GG). Neuerdings wird diese Rspr. jedoch mehr und mehr erweitert, indem gegenüber Privaten auch eine unmittelbare Grundrechtsbindung in »spezifischen Konstellationen« angenommen wird. In Zukunft muss daher gegebenenfalls nicht mehr darauf abgestellt werden, ob gemischt-wirtschaftliche Unternehmen mehrheitlich von öffentlichen Anteilseignern beherrscht werden; vgl. dazu BVerfGE 148, 267 ff.; dazu mit kritischen Anmerkungen *Hellgardt*, JZ 2018, 901–910.

⁷ So hat bereits Schleswig-Holstein die gesetzgeberische Konsequenz gezogen, die Versammlungen auf Verkehrsflächen von Grundstücken in Privateigentum auch ohne Zustimmung des Eigentümers zuzulassen, vgl. § 18 VersFG SH; noch weitergehend der Musterentwurf des Arbeitskreises Versammlungsrecht in § 21 ME VersG.

⁸ *Brenneisen/Arndt*, Versammlungen auf privaten Flächen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, NordÖR 2016, 272.

⁹ Vgl. dazu bspw. folgende Fälle: BGH NJW 2015, 2892; VG Schleswig v. 26.11.2013, Az. 3 A 237/12 sowie BVerfG NJW 2015, 2485.

¹⁰ *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 16. Auflage (2019), § 3 Rn. 127.

3. Ergebnis

Der Verwaltungsrechtsweg ist mangels abdrängender Sonderzuweisung gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren der Klägerin, vgl. § 88 VwGO. Vorliegend wendet sich V gegen das Verbot der Versammlung. Gegen dieses Verbot könnte sie mittels einer Verpflichtungsklage gem. § 42 I 1 Alt. 2 VwGO vorgehen, die darauf gerichtet ist, eine Genehmigung in Form eines Verwaltungsaktes zu erstreiten. Aufgrund der besonderen Bedeutung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit für die demokratische Grundordnung¹¹ besteht jedoch gem. Art. 8 I GG kein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt¹². Dies unterstützt auch die einfachgesetzliche Normierung des § 5 NVersG, der lediglich eine Anzeigepflicht für Versammlungen unter freiem Himmel aufstellt. Eine Verpflichtungsklage ist mangels Genehmigungspflicht daher unstatthaft. Vielmehr kann V unmittelbar gegen den Bescheid vorgehen, der die Veranstaltung verbietet und diesen mithilfe einer Anfechtungsklage gem. § 42 I 1 Alt. 1 VwGO aufheben lassen. Dafür müsste der Bescheid einen Verwaltungsakt i. S. d. § 42 I 1 Alt. 1 VwGO darstellen. Ein solcher liegt gem. § 35 S. 1 VwVfG, § 1 I NVwVfG¹³ bei jeder Verfügung vor, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Das Versammlungsverbot stellt eine Entscheidung einer Behörde dar und regelt die von V angemeldete Demonstration, ist mithin öffentlich-rechtlich und auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet, entfaltet also auch Außenwirkung. Die Verfügung müsste auch konkret-individuellen Charakter aufweisen. Möglicherweise handelt es sich um einen Sonderfall¹⁴ des Verwaltungsaktes in Form einer Allgemeinverfügung. Denkbar wäre eine adressatenbezogene Allgemeinverfügung¹⁵, bei der eine bestimmte Situation für eine unbestimmte Anzahl von Personen geregelt wird.¹⁶ Adressatin des Verbots, das vor dem Beginn der Versammlung ausgesprochen wird, ist allerdings die V allein und nicht ein unbestimmter Personenkreis. Die Verfügung ist mithin konkret-individuell und somit Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG, gegen den V mittels einer Anfechtungsklage gem. § 42 I Alt. 1 VwGO vorgehen kann.

¹¹ *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Auflage (2016), § 21 Rn. 2.

¹² *Enders/Dürig-Friedl*, Versammlungsrecht, 2016, § 16 VersammlG Rn. 26.

¹³ Auf diesen Zusatz wird im Folgenden verzichtet.

¹⁴ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage (2017), § 9 Rn. 30.

¹⁵ Z. T. auch als personenbezogene Allgemeinverfügung bezeichnet, vgl. dazu *Detterbeck* (Fn. 2), § 10 Rn. 468.

¹⁶ *Sodan/Ziekow* (Fn. 1), § 74 Rn. 20.

III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

V müsste auch klagebefugt sein. Dies ist der Fall, wenn sie geltend macht, durch den Bescheid in ihren Rechten verletzt zu sein und diese Rechtsverletzung zumindest möglich¹⁷ erscheint, vgl. § 42 II VwGO. V macht geltend, durch das Verbot in ihrem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG verletzt zu sein. Diese Rechtsverletzung scheint auch nicht von vornherein ausgeschlossen und ist damit möglich (sog. Möglichkeitstheorie¹⁸). V ist klagebefugt.

IV. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

Ein Vorverfahren ist gem. § 68 I 2 Var. 1 VwGO i. V. m. § 80 I NJG unstatthaft.

V. Klagegegner, § 78 VwGO

Klagegegner ist gem. § 78 I Nr. 1 VwGO nach dem Rechtsträgerprinzip die Stadt Wolfsburg.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

V ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Stadt Wolfsburg ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig. Ihre Prozessfähigkeit richtet sich nach § 62 III VwGO. Sie wird im Verfahren gem. §§ 86 I 2, 14 VI, 7 II Nr. 2 NKomVG durch den Oberbürgermeister oder die Oberbürgermeisterin vertreten.

VII. Frist, § 74 VwGO, und Form, § 81 VwGO

Die einmonatige Klagefrist nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes gem. § 74 I 2 VwGO ist gewahrt. Gleiches gilt für die erforderliche Form, § 81 I VwGO.

VIII. Zuständiges Gericht

Die Klage ist beim zuständigen Gericht einzureichen (§§ 45, 52 Nr. 3 S. 1 VwGO), vorliegend beim VG Braunschweig, vgl. § 73 I, II Nr. 1 NJG.

IX. Ergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen wurden gewahrt. Die Klage der V ist zulässig.

B. Beiladung

Im Hinblick darauf, dass die Entscheidung des Gerichts auch die Inhaber der privaten Flächen bzw. deren Rechte betrifft, sind diese notwendig beizuladen, § 65 II VwGO.

C. Begründetheit

Die Klage müsste auch begründet sein. Dies ist der Fall, soweit der Bescheid rechtswidrig und die Klägerin dadurch tatsächlich in ihren Rechten verletzt ist, § 113 I 1 VwGO.

I. Ermächtigungsgrundlage

Der Vorbehalt des Gesetzes gebietet für staatliches Handeln stets das Bestehen einer Rechtsgrundlage, vgl. Art. 20 III GG. In Frage käme hier das Verbot einer Versammlung, das in Art. 8 I GG eingreifen könnte. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob das Versammlungsrecht überhaupt anwendbar ist.

1. Anwendbarkeit des Versammlungsrechts

Für die Anwendbarkeit des niedersächsischen Versammlungsrechts¹⁹ bedarf es einer Versammlung i. S. v. § 2 NVersG.²⁰ Eine Versammlung ist die örtliche Zusammenkunft mehrerer (zumindest aber zweier) Personen²¹ zu dem Zwecke der gemeinsamen Meinungsbildung und -äußerung, gerichtet auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung.²² Charakteristisch ist dabei die gemeinschaftliche, auf Kommunikation angelegte Entfaltung – so handelt es sich bei der Versammlungsfreiheit doch um ein spezielles Kommunikationsgrundrecht.²³ Die Versammlung braucht weiterhin nicht ortsfest zu sein, sodass auch Demonstrationzüge erfasst werden.²⁴ Bei der Veranstaltung der V treffen circa 10 000 Personen aufeinander. Sie wollen gemeinsam gegen den G7-Gipfel protestieren und den Gaststaaten signalisieren, dass sie sich gegen eine Ausbeutung von ärmeren Staaten positionieren. Dadurch wird eine Meinung in Gruppenform geäußert. Es ist auch unschädlich, dass die Demonstration als Protestmarsch ausgestaltet ist, der sich vom Wolfsburger Hauptbahnhof in Richtung des Allerparks erstreckt, da es auf eine Ortsgebundenheit nicht ankommen kann (s. o.). Bei der von V geplanten Veranstaltung handelt

¹⁹ Zum 1. 2. 2011 ist in Niedersachsen das NVersG in Kraft getreten, sodass das Bundesversammlungsgesetz keine Anwendung mehr über Art. 125 a GG findet.

²⁰ Dieser Begriff deckt sich mit der verfassungsrechtlichen Definition einer Versammlung, sodass zugleich auch der Schutzbereich von Art. 8 I GG eröffnet ist, sofern der h. M. gefolgt wird; vgl. zu dem verfassungsrechtlichen Begriff den Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 69, 315 (343) sowie zu der h. M. *Brenneisen/Wilkensen*, Versammlungsrecht – Das hoheitliche Eingriffshandeln im Versammlungsgeschehen, 4. Auflage (2011), S. 71 und *Ullrich*, Niedersächsisches Versammlungsgesetz – NVersG, 2. Auflage (2018), § 2 S. 78 f.

²¹ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 34. Auflage (2018), § 17 Rn. 20; *Diétel/Gintzel/Kniesel*, Versammlungsgesetz – Gesetz über Versammlungen und Aufzüge Kommentar, 16. Auflage (2010), § 1 Rn. 18.

²² *Manssen*, Staatsrecht II, 16. Auflage (2019), § 21 Rn. 509; Der Versammlungsbegriff ist grds. umstritten: Z. T. wird gefordert, dass die Meinungsäußerung auf öffentliche Angelegenheiten gerichtet ist, während andere wiederum jedwedem Zweck genügen lassen, vgl. dazu *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 11), § 20 Rn. 6 ff. Vorliegend kann dieser Streit dahinstehen, da selbst nach der engsten Auffassung eine Versammlung vorliegt.

²³ Von Mangoldt/Klein/Starck/*Gusy*, Grundgesetz Kommentar, Band 1, 7. Auflage (2018), Art. 8 Rn. 11.

²⁴ *Manssen* (Fn. 22), § 21 Rn. 512.

¹⁷ Kopp/Schenke/*Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 25. Auflage (2019), § 42 Rn. 59.

¹⁸ *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Auflage (2017), Rn. 1053.

es sich um eine Versammlung i. S. v. § 2 NVersG. Demnach ist das niedersächsische Versammlungsrecht anwendbar.

2. Einschlägige Ermächtigungsgrundlage

a) Abgrenzung von Versammlungen unter freiem Himmel und solchen in geschlossenen Räumen

Das Versammlungsrecht differenziert entsprechend Art. 8 II GG zwischen Versammlungen unter freiem Himmel und solchen in geschlossenen Räumen. Während Versammlungen unter freiem Himmel gemäß Art. 8 II GG durch und aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden können, unterliegen Versammlungen in geschlossenen Räumen nur den verfassungsimmanenten Schranken. Es muss daher konstatiert werden, um welche Art der Versammlung es sich im vorliegenden Fall handelt. Ein geschlossener Raum liegt vor, wenn der Ort seitlich umschlossen und überdacht ist.²⁵ Der Parkplatz selbst ist überdacht. Zudem existiert ein Zaun, was für eine Versammlung in einem geschlossenen Raum spräche. Demnach wäre § 14 II 1 NVersG die einschlägige Ermächtigungsgrundlage. Es ist jedoch auf die Ratio der Differenzierung abzustellen und nicht auf die de facto gegebene seitliche Umgrenzung des Veranstaltungsorts.²⁶ Versammlungen unter freiem Himmel weisen aufgrund der Gefahr des zügellosen Zustroms von Passanten ein größeres Konfliktpotenzial auf als solche im geschlossenen Raum, worauf auch deren Privilegierung²⁷ zurückzuführen ist.²⁸ Die Versammlung der V findet zwar auf einem umschlossenen und überdachten Parkplatz statt, dieser ist allerdings für Passanten über einen Fußweg frei erreichbar. Es besteht mithin die Möglichkeit des ungehinderten Zugangs.²⁹ Mit diesen Argumenten erklärte das Bundesverfassungsgericht sogar den Flughafen Frankfurt zu einem öffentlichen (kommunikativen) Raum und bejahte eine Versammlung unter freiem Himmel, insbesondere auch weil dieser den Charakter eines öffentlichen Forums aufweise.³⁰ Die einschlägige Ermächtigungsgrundlage ist daher § 8 NVersG.

b) Einschlägigkeit von § 8 II NVersG und/oder § 8 IV NVersG³¹

Das Versammlungsverbot könnte aufgrund von § 8 II 1 Alt. 1 NVersG oder § 8 IV Nr. 1 NVersG ergangen sein. Die Stadt Wolfsburg hat ihre Begründung für das Verbot auf eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufgrund

²⁵ Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 11), § 20 Rn. 10.

²⁶ Kingreen/Poscher (Fn. 21), § 17 Rn. 822.

²⁷ Art. 8 GG sieht in Abs. 2 nur für Versammlungen unter freiem Himmel einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt vor. Beschränkungen von Versammlungen in geschlossenen Räumen können nur anhand von kollidierendem Verfassungsrecht gerechtfertigt werden.

²⁸ Von Mangoldt/Klein/Starck/Gusy (Fn. 23), Art. 8 Rn. 81.

²⁹ Für weitere Beispiele von Versammlungen unter freiem Himmel trotz Überdachung und (zumindest teilweiser) Umgrenzung vgl. Ullrich (Fn. 20), § 2 S. 87.

³⁰ BVerfGE 128, 226 (Rn. 70–71).

³¹ Zu den im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift vgl. Schriftl. Bericht LT-Drs. 16/2913, S. 10 f. sowie zusammenfassend Ullrich (Fn. 20), § 8 S. 216–218.

eines erwarteten hohen Konfliktpotenzials gestützt. Zudem wurde formuliert, dass eine Untersagung angesichts eines Zusammenhangs mit einem Tag des Gedenkens an die Zeit des Nationalsozialismus (9. November) erfolgen müsse. Es ist zu prüfen, in welchem Verhältnis § 8 II und § 8 IV NVersG zueinander stehen, um die einschlägige Ermächtigungsgrundlage, auf die sich die Behörde mit ihrer Begründung stützen kann, feststellen zu können. Aufgrund der besonderen Voraussetzungen, die § 8 IV NVersG normiert, könnte dieser als *lex specialis* zu qualifizieren sein, sodass ein Rückgriff auf § 8 II S. 1 Alt. 1 NVersG ausscheiden müsste. Dagegen spricht jedoch der Wortlaut der Vorschrift (»Es ist *auch* verboten [...]«), der für eine Anwendung neben der Generalbefugnis des § 8 II NVersG angeführt werden kann. Zudem stellt § 8 IV NVersG keine strengeren Voraussetzungen an das Verbot oder die Auflösung einer Versammlung als § 8 II NVersG. Vielmehr stellt er eine Konkretisierung der Schutzgüter dar.³² Es ist daher nicht zu befürchten, dass bei einer Anwendung der beiden Ermächtigungsgrundlagen nebeneinander engere Voraussetzungen des Abs. 4 unterlaufen würden. § 8 II S. 1 Alt. 1 NVersG und § 8 IV Nr. 1 NVersG können damit als Ermächtigungsgrundlagen herangezogen werden.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Es handelte die gem. § 24 I 1 Nr. 1 NVersG zuständige Behörde. Eine gem. § 28 I VwVfG erforderliche Anhörung wurde bisher nicht durchgeführt, sie kann jedoch gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG nachgeholt werden. Der Verwaltungsakt ist schriftlich ergangen. Die daran geknüpften Formanforderungen wie dessen Begründung (§ 39 I VwVfG) und die Erkennbarkeit der ausstellenden Behörde (§ 37 III S. 1 VwVfG) wurden gewahrt. Das Verbot ist formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Hinsichtlich der materiellen Rechtmäßigkeit bestehen hingegen Zweifel. Zunächst müsste der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage vorliegen.

1. Tatbestand des § 8 II 1 Alt. 1 NVersG

Es müsste eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit vorliegen, die nicht anders abgewehrt werden kann. Der Gefahrenbegriff ist dabei dem des NPOG nachgebildet und wird ergänzt um das Kriterium der Unmittelbarkeit.³³ Eine unmittelbare Gefahr liegt demnach vor, wenn im einzelnen Fall die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit

³² Ullrich (Fn. 20), § 8 S. 208.

³³ Das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht legt den Grundstein für die Spezialgesetze und entfaltet (zumindest modifizierende) Wirkung für diese – selbst in solchen Fällen, in denen dort qualifizierende Regelungen getroffen werden. Eine Anlehnung des Gefahrenbegriffes an das allgemeine Polizeirecht ist daher entgegen dem Wortlaut von § 2 NPOG (»im Sinne dieses Gesetzes«) grds. zulässig, vgl. dazu auch Watrin, Die Gefahrenprognose im Versammlungsrecht (2015), S. 56.

eintreten wird.³⁴ Der Schadenseintritt muss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein.³⁵

Die öffentliche Sicherheit umfasst Rechte und Rechtsgüter Dritter, den Staat und seine Einrichtungen sowie den Schutz der objektiven Rechtsordnung.³⁶ Die objektive Rechtsordnung umfasst alle Normen des öffentlichen Rechts inklusive des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts.³⁷ Geschützte Individualrechtsgüter sind insbesondere Leben, Gesundheit, Vermögen, persönliche Ehre und die körperliche Bewegungsfreiheit.³⁸

a) Öffentliche Sicherheit

Die Analyse der Stadt Wolfsburg hat ergeben, dass viele gewaltbereite Linksextremisten zu der Demonstration erwartet werden. Diese könnten eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit anderer Versammlungsteilnehmer, aber auch von unbeteiligten Passanten sowie für Sachbeschädigungen begründen. Diese Rechtsgüter werden unter anderem durch Straftatbestände wie beispielsweise §§ 223, 224, 303 StGB geschützt, die Teil der objektiven Rechtsordnung sind. Es liegt somit ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit vor.

b) Unmittelbarkeit der Gefahr

Die Schutzgüter müssten auch unmittelbar gefährdet sein. Der Schadenseintritt muss also in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Durchführung der Versammlung stehen,³⁹ von besonders hoher Wahrscheinlichkeit sein und seine Prognose auf konkreten und nachvollziehbaren Gründen beruhen.⁴⁰ Die Prognose kann angesichts des besonderen verfassungsrechtlichen Schutzes durch Art. 8 I GG dabei nicht allein auf vergangene Ereignisse und Verhaltensweisen einzelner der erwarteten Versammlungsteilnehmer gestützt werden. Es bedarf einer tatsächlichen Grundlage dafür, dass ein solches störendes Verhalten auch in der konkreten Situation zu erwarten ist.⁴¹ Dafür gibt es vorliegend keine Anhaltspunkte. Vielmehr wurde allein auf das vergangene Verhalten der linksradikalen Versammlungsteilnehmer zur Beurteilung abgestellt. Das vergangene Verhalten kann aber insbesondere deshalb nicht allein ausreichen, um eine Gefahr zu prognostizieren, weil in der Realität auch solche Teilnehmerkreise bei manchen Versammlungen friedlich bleiben, eine Gewaltbereitschaft also nicht immer vorliegt.⁴² Selbst bei einer möglicherweise gesteigerten Gefährdungssituation muss berücksichtigt

werden, dass im Falle einer irrigen Verneinung des Vorliegens einer Gefahr noch die Möglichkeit einer späteren Auflösung verbleibt.⁴³ Eine Eskalation der Versammlung hin zu dem Eintritt eines Schadens ist nicht mit Gewissheit zu erwarten. Mangels der besonders hohen Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ist das Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr daher zu verneinen (a. A. vertretbar).

c) Zwischenergebnis

Schon mangels eines unmittelbar bevorstehenden Schadenseintritts liegen die Voraussetzungen des § 8 II 1 Var. 1 NVersG nicht vor (a. A. vertretbar).

d) Gefahr nicht anders abwendbar

Wäre ein unmittelbar bevorstehender Schadenseintritt zu bejahen, dürfte die Gefahr auch nicht anders abwendbar sein. Es muss auf weitere Maßnahmen abgestellt werden, die die Behörde ergreifen könnte, um die von den möglicherweise gewaltbereiten Linksextremisten ausgehende Gefahr abzuwenden. Das Versammlungsverbot darf aufgrund der Wichtigkeit von Art. 8 I GG nur als *ultima ratio* herangezogen werden.⁴⁴ Vorliegend bestünden entsprechende Möglichkeiten wie beispielsweise Gefährderanschriften⁴⁵ zu verfassen, Platzverweise⁴⁶ und Aufenthaltsverbote⁴⁷ zu erteilen sowie entsprechende Polizeiarbeit während der Versammlung zu leisten. Angesichts dessen, dass bis zu der Durchführung der Demonstration noch genügend Vorlaufzeit gegeben ist, kann auch davon ausgegangen werden, dass die Maßnahmen erfolgreich sein werden.

e) Ergebnis zu 1.

Der Tatbestand des § 8 II 1 Alt. 1 NVersG scheidet an der Unmittelbarkeit der Gefahr sowie daran, dass diese auch anders abzuwenden wäre.

2. Tatbestand des § 8 IV Nr. 1 NVersG

Möglicherweise könnte sich die Behörde auf den Verbotstatbestand des § 8 IV Nr. 1 NVersG berufen. Dieser verbietet Versammlungen, die an einem Tag oder Ort stattfinden sollen, dem ein an die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft erinnernder Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft zukommt und bei denen durch die Art und Weise der Durchführung der Versammlung der öffentliche Friede in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise unmittelbar gefährdet wird. Mit der Begehung eines Gedenktages wird Verantwortung für die Vergangenheit übernommen und bundesweit der Opfer des Nationalsozialismus gedacht. Auch erfüllen Gedenktage eine mahnende

³⁴ Ullrich (Fn. 20), § 8 Rn. 19.

³⁵ BVerwGE 131, 216.

³⁶ Hartmann/Mann/Mehde/Mann, Landesrecht Niedersachsen Studienbuch, 2. Auflage (2018), § 4 Rn. 21.

³⁷ OVG Lüneburg NdsVbl. 2007, 216.

³⁸ Ullrich (Fn. 20), § 8 S. 146.

³⁹ Schäffer, Versammlungs- und allgemeines Gefahrenabwehrrecht unter besonderer Berücksichtigung des Zitiergebotes, DVBl. 2012, 546 (548).

⁴⁰ Götz/Geis, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 16. Auflage (2017), § 23 Rn. 17; BVerfG NVwZ 1998, 834 f.

⁴¹ Vgl. dazu Watrin (Fn. 34), S. 86 ff.

⁴² Ullrich (Fn. 20), § 8 S. 155.

⁴³ BVerfGE 69, 315.

⁴⁴ Vgl. dazu OLG Celle NVwZ-RR 2006, 254.

⁴⁵ § 12 a NPOG.

⁴⁶ § 17 I NPOG.

⁴⁷ § 17 III NPOG.

Funktion, indem sie an die Folgen der Willkürherrschaft erinnern, um deren Wiederholung gänzlich auszuschließen.⁴⁸

Für den 9. November kann angezweifelt werden, ob es sich um einen Tag handelt, dem gewichtige Symbolkraft zur Erinnerung an den Nationalsozialismus zukommt. Gewichtige Symbolkraft hat ein Tag dann, wenn er eindeutig und zweifelsfrei an die nationalsozialistische Herrschaft erinnert.⁴⁹ Der 9. November kann neben der Reichspogromnacht mit der Ausrufung der Republik (1918) und dem Mauerfall (1989) in Verbindung gebracht werden. Allerdings stellt der 9. November 1938 den Beginn der systematischen Vernichtung der Juden dar. Er wird als Eröffnung des Holocausts klassifiziert und führte zur Verhaftung und Verschleppung von 30 000 Menschen.⁵⁰ Der 9. November steht damit vorrangig im Zeichen der Erinnerung an die nationalsozialistische Herrschaft und des Gedenkens an die Opfer dieser Willkürherrschaft. Es liegt ein Tag mit gewichtiger Symbolkraft vor.

Die Versammlung müsste darüber hinaus den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise unmittelbar gefährden. Dafür muss die Billigung, Leugnung oder Verharmlosung der nationalsozialistischen Herrschaft positiv konstatiert werden.⁵¹ Bei der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals kann sich an § 130 IV StGB orientiert werden.⁵² Demnach liegt eine Gefährdung des öffentlichen Friedens bei verfassungskonformer Auslegung erst dann vor, wenn die Äußerungen ihrem Inhalt nach darauf abzielen, die Bedeutung des Gedenkens zu schmälern oder zu negieren.⁵³ Die Stoßrichtung der Aussagen muss konkret auf rechtsgutgefährdende Handlungen hinweisen.⁵⁴ Vorliegend bezweckt die Versammlung die kritische Auseinandersetzung mit dem G7-Gipfel. Es besteht bereits bei dem Versammlungsmotto kein Bezug zu der nationalsozialistischen Herrschaft. Eine Durchführung der Versammlung in einer Art und Weise, die die Würde der Opfer herabsetzt, ist nicht geplant und auch nicht zu befürchten. Zudem bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass etwaige Gedenkveranstaltungen durch die Versammlung der V gestört würden. Der Tatbestand des § 8 IV Nr. 1 NVersG ist nicht erfüllt und kann daher nicht als Grundlage für das Verbot herangezogen werden.

⁴⁸ Vgl. Schmid, Deutungsmacht und kalendarisches Gedächtnis – Die politischen Gedenktage, in: Reichel/ Schmid/Steinbach (Hrsg.), Der Nationalsozialismus – Die zweite Geschichte. Überwindung – Deutung – Erinnerung (2009), S. 175–216.

⁴⁹ Entwurfsbegründung, LT-Drs. 16/2075, S. 32.

⁵⁰ Landeszentrale für politische Bildung BW, Reichspogromnacht – 9./10.11.1938, <https://www.lpb-bw.de/reichspogromnacht.html> (zuletzt abgerufen am 22.10.2019).

⁵¹ Ullrich (Fn. 20), § 8 S. 210 sowie Brenneisen/Wilkens (Fn. 20), S. 338.

⁵² Zu dessen Verfassungsmäßigkeit vgl. den Wunsiedel-Beschluss des BVerfG, BVerfGE 124, 300.

⁵³ Thomas, Verlegung einer politischen Versammlung am »Holocaust-Gedenktag«, Jura 2015, 528 (532).

⁵⁴ Ullrich (Fn. 20), § 8 S. 211.

3. Ergebnis

Mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage ist das Verbot materiell rechtswidrig.

(Hilfsgutachten)

Sofern einer der Tatbestände erfüllt wäre, müsste die Behörde auch ermessensfehlerfrei gehandelt haben.

4. Verantwortlichkeit – richtige Störerauswahl

Die Behörde müsste zunächst gegen die konkreten Störer vorgehen, bevor sie die Maßnahme gegen die Versammlung als Ganzes richtet, vgl. § 8 III NVersG. Art. 8 I GG erfasst nur Versammlungen, die friedlich und ohne Waffen durchgeführt werden. Erst wenn die Versammlung insgesamt unfriedlich ist und damit nicht mehr in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit fällt, kann und darf sie als solche verboten werden.⁵⁵ Anderenfalls sind Maßnahmen nur gegen die Personen zu richten, von denen eine Unfriedlichkeit ausgeht, da die friedliche Mehrheit von Art. 8 I GG geschützt wird. Eine Versammlung ist unfriedlich, wenn sie einen aufrührerischen Verlauf nimmt oder dieser angestrebt wird. Die Intention der V liegt nicht darin, eine unfriedliche oder gar gewalttätige Veranstaltung zu organisieren. Auch reichen einzelne Rechtsverstöße nicht aus, um ein Verbot auszusprechen.⁵⁶ Zudem legt die Behörde keine Tatsachen dar, dass der erwartete gewaltbereite Teilnehmerkreis die Versammlung mit 10 000 Teilnehmern dominieren wird und die Gefährdung daher »durch« die Versammlung⁵⁷ erfolgt. Die Maßnahmen dürften sich daher nur gegen etwaige gewaltbereite Teilnehmer richten.⁵⁸

5. Fehlerfreie Ermessensausübung

Grundsätzlich darf das Gericht wegen des Grundsatzes der Gewaltenteilung keine eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen anstellen. Der Prüfungsumfang beschränkt sich auf die Rechtmäßigkeit der Maßnahme und spezifische Ermessensfehler, vgl. § 114 S. 1 VwGO.

Wolfsburg während des G7-Gipfels von seiner besten Seite zeigen zu wollen, erscheint als sachfremdes Kriterium für ein Versammlungsverbot. Dieses darf bei der behördlichen Entscheidung nicht berücksichtigt werden.⁵⁹ Demnach läge ein Ermessensfehlergebrauch, der sich dadurch auszeichnet, dass die Behörde bei dem Zustandekommen ihrer Entscheidung ermessensfehlerhaft gehandelt hat, vor.⁶⁰ Im Falle des Vor-

⁵⁵ Kingreen/Poschet (Fn. 21), § 17 Rn. 816.

⁵⁶ Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, vgl. dazu Hartmann/Mann/Mehde/Mehde (Fn. 32), § 4 Rn. 160 ff.

⁵⁷ Erbs/Kohlhaas/Wache, Strafrechtliche Nebengesetze (224. EL), VersammlungG § 15 Rn. 5.

⁵⁸ Zu den anderen Handlungsmöglichkeiten der Behörde s. o.

⁵⁹ Stern/Blanke, Verwaltungsprozessrecht in der Klausur, 9. Auflage (2008), § 11 Rn. 344.

⁶⁰ Ebd.

liegens eines der Tatbestände, hätte die Behörde auch ermessensfehlerhaft gehandelt.

Es erscheint zudem fragwürdig, ob das Verbot ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel dargestellt hätte.

Dafür müsste es einen legitimen Zweck verfolgen. Das Verbot verhindert, dass linksextremistische Teilnehmer die Versammlung stören und so möglicherweise eine Gefahr für andere Teilnehmer verursachen. Es bezweckt demnach den Schutz der körperlichen Integrität der anderen Versammlungsteilnehmer und etwaiger Passanten. Weiterhin sollten Gewalttaten verhindert werden, die u.U. Tatbestände des StGB erfüllen könnten, mithin der objektiven Rechtsordnung widersprechen. Dies ist ein legitimer Zweck.

Das Mittel muss auch geeignet sein, den Zweck zu erreichen. Dafür muss es den Zweck in irgendeiner Weise fördern.⁶¹ Durch das Verbot wird verhindert, dass die Versammlungsteilnehmer überhaupt anreisen. Somit wendet die Behörde die – zwar mögliche, aber nicht unmittelbare – Gefahr für die öffentliche Sicherheit ab.

Jedoch könnten mildere Mittel in Betracht kommen, sodass das Verbot nicht erforderlich gewesen wäre. Solche mildereren Mittel lägen insbesondere in sog. Minusmaßnahmen. Minusmaßnahmen sind Maßnahmen, die sich allein auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht stützen und nach Beginn der Versammlung zum Tragen kommen.⁶² Vorliegend hätte die Behörde beispielsweise die Versammlung beschränken und Personalkontrollen durchführen können. Bei einer Großveranstaltung stellt es die Polizeibehörden allerdings regelmäßig vor große Schwierigkeiten, während der Versammlung die Störer ausfindig zu machen, sodass es trotz Personalkontrollen zu einer Gefährdung anderer Teilnehmer kommen könnte. Es könnte daher daran gezweifelt werden, dass die Minusmaßnahmen ebenso effektiv wären wie das Verbot. Jedoch bestünde für die Polizeibehörden noch ausreichend Zeit, sich auf die Versammlung vorzubereiten und entsprechendes Personal, ggf. auch aus anderen Bundesländern oder von der Bundespolizei, anzufordern.⁶³ Diese Möglichkeit hätte genutzt werden müssen. Sodann wäre die Durchführung von Minusmaßnahmen gleich geeignet, aber das mildere Mittel. Das Verbot war demnach auch nicht erforderlich.

Des Weiteren müsste das Verbot auch angemessen sein, das heißt, es darf nicht außer Verhältnis zu dem erstrebten Erfolg stehen.⁶⁴ Ob dies der Fall ist, ergibt sich aus einer Güterabwägung zwischen den Interessen der V und denen der Allgemeinheit.⁶⁵ Es muss auf die besondere Wichtigkeit des Grundrechts der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG abgestellt werden. In der repräsentativen

Demokratie muss dem Volk, das politische Entscheidungen nicht unmittelbar trifft,⁶⁶ die Möglichkeit öffentlichkeitswirksamen Gehörs verschaffen werden. Dies unterstützt das Bundesverfassungsgericht, indem es eine Versammlung als »unerlässliche Einflussnahmemöglichkeit auf den politischen Prozess« darstellt.⁶⁷ Das Versammlungsverbot stellt dabei einen besonders starken Eingriff in das Grundrecht der V dar. Auf der anderen Seite müssen die Gefahren für die körperliche Integrität (Art. 2 II GG) der friedlichen Versammlungsteilnehmer und Passanten Berücksichtigung finden. Hier obliegt dem Staat eine Schutzpflicht für die Gewährung der in Art. 2 II GG genannten Rechtsgüter.⁶⁸ Nichtsdestotrotz könnte diese Schutzpflicht bereits dadurch erfüllt werden, dass während der Versammlung entsprechende Maßnahmen getroffen würden. Das Verbot kann und darf nur als *ultima ratio* herangezogen werden.⁶⁹ Es war mithin auch nicht angemessen und verstößt gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Der Bescheid war auch aufgrund von Ermessensfehlern und eines Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip rechtswidrig.

IV. Ergebnis Begründetheit

Selbst wenn die Tatbestandsvoraussetzungen von § 8 NVersG vorlägen, wäre die Klage aufgrund der Ermessensfehler der Behörde begründet.

D. Gesamtergebnis

Die Klage der V ist zulässig und begründet. Sie hat daher Aussicht auf Erfolg.

Frage 2

Während der Durchführung der Versammlung ist gem. § 24 I 1 Nr. 2 NVersG die Polizei zuständig. Grundsätzlich besteht das Verbot, verummumt an einer Versammlung teilzunehmen, § 9 II NVersG. Die zuständige Behörde, also die Polizei, kann Maßnahmen treffen, die erforderlich sind, um eine unmittelbare Gefahr abzuwehren, die auf einen Verstoß gegen das Vermummungsverbot zurückzuführen ist (§ 10 II 1 Nr. 1 Alt. 2 i. V. m. § 9 II Nr. 1 NVersG). Dafür kann sie in entsprechender Anwendung der §§ 26–29 NPOG Gegenstände sicherstellen sowie die Teilnehmer von der Versammlung ausschließen, sofern die Voraussetzungen von § 10 III 1 NVersG vorliegen.

⁶¹ Detterbeck (Fn. 2), § 6 Rn. 234.

⁶² Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 11), § 22 Rn. 15.

⁶³ Sog. Amtshilfe, die unter den Voraussetzungen des § 5 I VwVfG zulässig ist.

⁶⁴ Maurer, Staatsrecht I, 6. Auflage (2010), Rn 57.

⁶⁵ Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 11), § 10 Rn. 30.

⁶⁶ In Personal- und Listenwahlen wird dem Volk die Möglichkeit gegeben, seinen politischen Willen auszudrücken. Unmittelbare politische Entscheidungen treffen sodann die zuständigen Organe und Amtsträger, deren Entscheidungen durch ununterbrochene Legitimationsketten auf das Volk zurückzuführen sind, vgl. zu diesen Legitimationsketten Maurer (Fn. 63), § 7 Rn. 26 ff.

⁶⁷ BVerfGE 69, 315 (346).

⁶⁸ Sodan/Ziekow (Fn. 1), § 28 Rn. 1.

⁶⁹ Dies., § 36 Rn. 9.

Katharina Hundertmark*

Juristische Klausurenklinik

Methodische Klausurenanalyse als Hilfestellung für erfolgreiche Klausuren

Das Jurastudium erfordert ohne jeden Zweifel die Aneignung einer Fülle von materiellem Wissen, sodass sich viele Studierende fragen mögen: »Wozu auch noch juristische Methodenlehre?«.¹ Allerdings setzt das Bestehen der Ersten Prüfung² gem. § 2 I 3 NJAG neben der Anwendung des materiellen Wissens auch voraus, dass die erforderlichen Kenntnisse über die rechtswissenschaftlichen Methoden vorhanden sind. In der am Lehrstuhl Prof. Dr. Mann neu gegründeten Juristischen Klausurenklinik haben Studierende die Möglichkeit, einzelne Klausuren, die nicht erfolgreich waren, einer methodischen Betrachtung durch erfahrene wissenschaftliche Mitarbeiterinnen zuzuführen. Diese analysieren die Klausuren unter methodischen Gesichtspunkten und besprechen sie dann in einem Einzelgespräch.

A. Aller Anfang ist schwer

Gerade unter Jurastudierenden ist es ein weit verbreitetes Problem, dass viele ihr Studium früh abbrechen.³ Diese hohe »Aussteigerquote« geht in vielen Fällen darauf zurück, dass die Studierenden Schwierigkeiten haben, das erlernte Wissen in den geforderten juristischen Gutachtenstil umzusetzen und in die grundlegenden juristischen Argumentationstechniken einzukleiden. Immer wiederkehrende Fehler und daraus resultierende negative Klausurergebnisse können bei den Studierenden daher zu Frustrationen und schlussendlich zum Abbruch des Studiums führen.

* Katharina Hundertmark ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht von Prof. Dr. Thomas Mann an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ Mann, Einführung in die Juristische Arbeitstechnik, 5. Auflage (2015), Rn. 227.

² Gem. § 2 I 1 des Niedersächsischen Gesetzes zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen (NJAG) in der Fassung v. 15. Januar 2004, GVBl. Niedersachsen 2004, S. 7, besteht die Erste Prüfung aus einer staatlichen Pflichtfachprüfung und einer universitären Schwerpunktbereichsprüfung.

³ Vgl. hierzu das Gutachten des Deutschen Zentrums für Hochschul- und Wissenschaftsforschung (DZHW) aus dem Jahr 2017, das im Auftrag des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen den Studienabbruch in den Staatsexamens-Studiengängen Jura an den deutschen Universitäten analysiert hat, Heublein/Hutzsch/Kracke/Schneider, Die Ursachen des Studienabbruchs in den Studiengängen des Staatsexamens Jura, <https://www.dzhw.eu/pdf/21/dzhw-gutachten-ursachen-studienabbruch-staatsexamen-jura.pdf>, zuletzt abgerufen am 23. 9. 2019. Im Mittelpunkt des Gutachtens stehen dabei vor allem auch die unterschiedlichen Motive, die zu einem Abbruch des Studiums führen. Vgl. zu den Abbruchgründen im Jurastudium auch Runge, Abschlussbericht: Arbeitskreis Abbruchgründe, 2018, abrufbar unter: <https://bundesfachschaft.de/abschlussbericht-arbeitskreis-abbruchgruende/>, zuletzt abgerufen am 23. 9. 2019 sowie Abbruchgründe, 2017, abrufbar unter <https://bundesfachschaft.de/kuba/abbruchgruende/>, zuletzt abgerufen am 23. 9. 2019.

Wie in anderen Wissenschaften auch kommt es nicht primär auf das Ergebnis, sondern auf das »Warum?« an, das in juristischen Klausuren nach einer bestimmten formalen Struktur entwickelt werden muss. Da solche für die Juristenausbildung essenziellen Methoden in der schulischen Ausbildung nicht gelehrt werden, werden viele Jurastudierende entmutigt, wenn sie die Erfahrung machen, dass selbst der pflichtbewusste Besuch der Vorlesungen und viel Fleiß keinen Klausurerfolg garantieren.

Daher ist es besonders wichtig, bereits am Anfang des Studiums die methodischen Fähigkeiten zu erlernen und zu festigen, sodass sich die Studierenden in der Vorbereitungszeit auf die staatliche Pflichtfachprüfung im Wesentlichen noch auf die Aneignung der umfangreichen materiellen Inhalte konzentrieren können. So wird die Methodenlehre auch als das »Navigationssystem« des Juristen angesehen.⁴ Es lässt sich sagen: »Wer einmal begriffen hat, mit welchen Mitteln und auf welchen Wegen man zu einer Falllösung kommt, kann dies gegebenenfalls auch mit lückenhafter Rechtskenntnis und bei der Bearbeitung eines »unbekannten« Falls erfolgreich in Ansatz bringen.«⁵ Dies ist wichtig, da die staatliche Pflichtfachprüfung in Niedersachsen aus sechs Klausuren besteht, in denen ein Gutachten mit allen einzuhaltenden methodischen Regeln anzufertigen ist.⁶

In den Anfangssemestern müssen sich die Vorlesungen aber zwangsläufig auf die kompakte Vermittlung materiellen Wissens beschränken. In den zurückliegenden Jahren hat Prof. Dr. Mann ergänzend mehrfach die Veranstaltung »Einführung in die juristische Arbeitstechnik« angeboten, in der die juristische Methodik theoretisch behandelt und anhand von Beispielen aus originalen juristischen Bearbeitungen eine Fehleranalyse präsentiert wurde. Daneben bietet die Juristische Fakultät als methodische Hilfe traditionell Begleitkollegs zu den Vorlesungen der Anfangssemester an, in denen wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dem größten Teil der Studierenden in der Regel auch das nötige Rüstzeug vermitteln, um ihre Klausuren zu bestehen. Hierbei handelt es sich jedoch um Gruppenveranstaltungen mit durchschnittlich 20–25 Studierenden, in denen exemplarische Methodikhinweise gegeben werden.

⁴ Mann (Fn. 1), Rn. 227; Rütters, Wozu auch noch Methodenlehre? – Die Grundlagenlücken im Jurastudium, JuS 2011, 865, 867.

⁵ Dornis/Kefsenich/Lemke, Rechtswissenschaftliches Arbeiten, (2018), S. 119.

⁶ § 19 I der Verordnung zum Niedersächsischen Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen (NJAVO) v. 2. November 1993, GVBl. Niedersachsen 1993, S. 561.

Aber schon allein aus Kapazitätsgründen können auch diese Begleitkollegs ein spezifisches Eingehen auf individuelle Probleme der Jurastudierenden nicht leisten.

B. Klausurenklinik: Zur Sprechstunde beim Jura-Doktor⁷

Genau an dieser Stelle setzt die Juristische Klausurenklinik an. Sie hilft denjenigen Studierenden, die die geschilderten negativen Klausurerfahrungen gemacht haben, dabei, individuell ihre methodischen Fehler zu analysieren und gibt ihnen Ratschläge zur Verbesserung ihrer Argumentationstechnik. Die Idee entstand im Jahr 2004 an der Bucerius Law School in Hamburg und nach und nach etablierten sich Juristische Klausurenkliniken auch an anderen juristischen Fakultäten in Deutschland.⁸ Daher ist es erfreulich, dass die Juristische Fakultät der Universität Göttingen nun auch eine solche kostenlose, individuelle Serviceleistung anbietet. Das Angebot der Klausurenklinik richtet sich ausschließlich an Studierende in den Anfangssemestern bis zum Abschluss der Zwischenprüfung.

I. Individuelle Klausurenberatung

Eine individuelle Klausurenberatung ist gerade am Anfang des Studiums wichtig, um der Studienabbrecherquote entgegenzuwirken und den Studierenden stattdessen eine Perspektive aufzuzeigen. Im Rahmen der Klausurenklinik haben die Studierenden die Möglichkeit, nicht erfolgreiche Klausuren durch erfahrene wissenschaftliche Mitarbeiterinnen, bei denen es sich aktuell um Assessorinnen handelt, methodisch überprüfen zu lassen. Diese erbringen keine Zweitkorrektur, sondern identifizieren vielmehr wiederkehrende Fehlermuster und besprechen diese anschließend individuell mit den ratsuchenden Studierenden. Sie weisen zudem auf individuelle, strukturelle Schwächen und methodisch-gutachtentechnische Fehlerquellen hin und beraten die Studierenden, wie sie die aufgezeigten Fehler zukünftig vermeiden können. Auf diese Weise sollen die Studierenden einen Einblick erhalten, worauf Prüfende bei der Korrektur einer Klausur jenseits der inhaltlichen Wissensaussagen noch Wert legen. Diese Einsicht bietet eine Hilfestellung bei der eigenen Anfertigung von Klausuren, wenn die Studierenden sich vor Augen führen, was die Prüferinnen und Prüfer in ihre Bewertungen mit einfließen lassen können. Durch die individuelle Beratung in der Juristischen Klausurenklinik wird mithin ein Mehrwert erzielt, der unter den Bedingungen der Massenuniversität mit den klassischen Lehrformen an der juristischen Fakultät nicht zu erreichen ist.

⁷ Siehe dazu den gleichlautenden Artikel von *Körner* (LTO) v. 23. 5. 2012, Klausurenklinik: Zur Sprechstunde beim Jura-Doktor, <https://www.lto.de/recht/studium-referendariat/s/jura-staatsexamen-notenverbesserung-klausurenklinik-universitaet-studium/>, zuletzt abgerufen am 23. 9. 2019.

⁸ *Körner* (Fn. 7). Teilweise heißen die Einrichtungen auch »Klausurenwerkstatt« wie bspw. an den Universitäten München, Würzburg, Münster oder Klausurenambulanz wie an der Universität Regensburg.

II. Allgemeines zum Ablauf

Besteht Interesse an einer Beratung durch das Team der Klausurenklinik, kann ein individueller Beratungstermin per E-Mail vereinbart werden. Die erforderlichen Daten finden sich auf der Seite der Juristischen Klausurenklinik, die über die Homepage von Prof. Dr. *Mann* abrufbar ist. Spätestens eine Woche vor dem eigentlichen Beratungstermin werden dann die (maximal drei) Klausuren zu den Sprechzeiten der Klausurenklinik im Mehrzweckgebäude (Blauer Turm), Raum 2.132 abgegeben. Dies gewährleistet, dass die Assessorinnen ausreichend Zeit haben, die Klausuren zu analysieren. Die Studierenden können dabei frei entscheiden, welche Klausuren sie einreichen wollen. So können bspw. drei Klausuren aus dem Zivilrecht oder aber auch je eine aus allen drei Rechtsgebieten eingereicht werden. Manchmal bereiten auch die Klausuren aus nur einem Rechtsgebiet Probleme, sodass es sich dann empfiehlt, eben diese einzureichen. Es ist sinnvoll, Kopien von den Klausuren anzufertigen, damit sich die ratsuchenden Studierenden innerhalb der verbleibenden Woche vor dem Termin ebenfalls noch einmal die Randbemerkungen und die Voten zu den einzelnen Klausuren ansehen können, um in dem Beratungsgespräch gezielt Fragen stellen zu können. Der eigentliche Beratungstermin findet als Einzelgespräch im Raum der Klausurenklinik statt und dauert ungefähr eine Stunde. Hinzuweisen ist noch ausdrücklich darauf, dass in der Klausurenklinik keine Remonstrationsberatung stattfindet.

1. Klausurenanalyse

In einem ersten Schritt werden die eingereichten Klausuren in methodischer Hinsicht überprüft und analysiert. Entscheidend sind zunächst die Struktur, die Form und der Stil der Klausur. Dabei wird besonders auf die äußere Form der Klausur geachtet, da diese den ersten Eindruck der Klausur unabhängig vom Inhalt prägt. Es macht für die Prüfenden in der Regel einen Unterschied, ob eine Klausur übersichtlich gestaltet ist, indem Zwischenüberschriften und Absätze gebildet wurden, oder ob die Klausur aus einem Fließtext besteht, ohne dass die Lesbarkeit durch die Bildung von Absätzen erleichtert wird.⁹ Oft kann die äußere Gestaltung in die Bewertung der Prüfenden einfließen. Weist eine Klausur daher Ähnlichkeiten mit einem Schmierzettel auf, so besteht die Gefahr, dass eine solche Klausur unterbewusst schlechter bewertet werden kann als eine Klausur mit einem vergleichbaren materiellen Gutachten.¹⁰ Je ansprechender das äußere Erscheinungsbild der Klausur ist, desto wohlwollender werden sich die Prüfenden mit ihr beschäftigen.¹¹ Auch ist es besonders wichtig, die Prüfungsschemata einzuhalten sowie die erforderlichen Definitionen zu beherrschen.

⁹ So auch *Beaucamp*, Typische Fehler in Klausuren, wie sie entstehen und wie man sie vermeidet, JA 2018, 757, 759.

¹⁰ *Valerius*, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Auflage (2017), S. 53.

¹¹ *Möllers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 9. Auflage (2019), Rn. 79; vgl. auch den lesenswerten Aufsatz von *Beck*, Juristische Klausuren von Anfang an (richtig) schreiben, JURA, 2012, 262 ff.

Das Ergebnis der Analyse wird dann in dem Beratungsgespräch besprochen, wobei neben den Schwächen der Bearbeitung selbstverständlich auch auf die Stärken eingegangen wird. Im Rahmen der Klausurenanalyse kann auch festgestellt werden, dass die Klausur methodisch einwandfrei ist. Bleibt die Punktzahl dennoch hinter den eigenen Erwartungen zurück, so kann sich die Bearbeiterin oder der Bearbeiter für die nächste Klausur noch intensiver mit dem materiellen Wissen beschäftigen, da sichergestellt ist, dass die Art und Weise der Klausuranfertigung aller Wahrscheinlichkeit nach nicht zu gravierenden Punktabzügen geführt hat.

a) Form und sprachlicher Stil

Die Klausurlösung soll den Beweis dafür erbringen, dass die Klausurbearbeiterin oder der Klausurbearbeiter in der Lage ist, den Fall rechtsgutachterlich zu würdigen.¹² Dabei beklagen Lehrende sowie Prüfende vermehrt die sprachliche Qualität studentischer Gutachten.¹³ So ist in Klausurbearbeitungen vergangener Jahre aufgefallen, dass häufig Regeln der Zeichensetzung sowie Groß- und Kleinschreibung nicht beachtet werden oder Aussagen mitten im Satz abbrechen.¹⁴ Gute Formulierungen und eine verständliche Ausdrucksweise werden daher in der Regel auch von den Prüfenden positiv aufgenommen. Fällt bei der Analyse der Klausuren auf, dass diese an Mängeln von Form und Stil leiden, so werden hierzu Hilfestellungen gegeben.

b) Gutachtenstil

Der im Studium und auch in der staatlichen Pflichtfachprüfung am häufigsten vorkommende Klausurtyp ist die Fallklausur, innerhalb derer ein Gutachten anzufertigen ist. Entscheidende Bedeutung bei der Bewertung methodischer Gesichtspunkte hat daher auch der Gutachtenstil. Die Erstellung eines Gutachtens ist die zentrale Aufgabe der juristischen Ausbildung im Hinblick auf die staatliche Pflichtfachprüfung. Die Gutachtentechnik ist neben dem Gutachtenstil daher von besonderer Bedeutung für eine erfolgreiche Klausur.¹⁵ Aus diesem Grund wird bei der Begutachtung der Klausuren ein besonderes Augenmerk auf diesen Punkt gelegt. Der Gutachtenstil zeichnet sich dadurch aus, dass er sprachlich genau den Denkprozess zum Ausdruck bringt, mit der die Klausurbearbeiterin oder der Klausurbearbeiter zur Beantwortung der Fragestellung gelangt und das Ergebnis in alle erdenklichen Richtungen »absichert«, indem er die für ihn überzeugendste Lösung sucht.¹⁶ Da sich die Studierenden am Anfang des Studiums erstmals mit der Gutachtentechnik beschäftigen, ist es nicht verwunderlich, dass der Gutachtenstil vielen Studierenden anfangs Probleme bereitet.

2. Herangehensweise an eine Klausur

In einem zweiten Schritt wird in dem gemeinsamen Gespräch die Herangehensweise an eine Klausur herausgearbeitet. Dabei hat sich bereits gezeigt, dass die Studierenden an die Bearbeitung von Klausuren ganz unterschiedlich herangehen. Sie erarbeiten teilweise saubere Lösungsskizzen, anhand derer sie die Klausur dann final schreiben oder sie beginnen mit dem Schreiben, ohne sich zuvor bei der Erstellung einer Lösungsskizze intensiv mit den Problemen des Sachverhalts auseinanderzusetzen. Letztere Arbeiten sind häufig sehr unstrukturiert, vor allem dann, wenn die Klausurbearbeiterin oder der Klausurbearbeiter während des Schreibens feststellt, dass die Lösung doch nicht zutreffend ist und sich dann während des Schreibens umentschieden werden muss. Wird allerdings im Vorfeld des Schreibens eine Skizze erstellt, so fallen solche Fehler meist schon während der Erstellung auf. Um eine Klausur erfolgreich zu lösen, ist es erforderlich, den Sachverhalt wiederholt, mindestens aber zweimal konzentriert zu lesen.¹⁷ Erst wenn der Sachverhalt vollumfänglich aufgenommen wurde, kann eine materiell-rechtliche Lösung erfolgen. Zu Beginn des Studiums ist es sicher möglich, einfache Klausuren erfolgreich zu meistern, ohne eine übersichtliche Lösungsskizze zu erstellen. Im Hinblick auf die fünfständigen Examensklausuren, bei denen die Erstellung einer Lösungsskizze unabdingbar ist, sollte jedoch bereits frühzeitig damit begonnen werden, dies zu üben.¹⁸ Hier wurden in der Beratung bereits einfache Hilfestellungen gegeben, die von den Studierenden positiv aufgenommen und angewandt wurden.

3. Lernmethodik

Zudem wird bei Interesse der eigene Lerntyp näher herausgearbeitet und analysiert, falls die ratsuchenden Studierenden mit ihrem Lernverhalten nicht zufrieden sind. Ergänzend geben die Mitarbeiterinnen Tipps, wie die eigene Lernstrategie verbessert werden kann. Manche Studierende eignen sich das Wissen visuell an, indem sie Lehrbücher, Skripte etc. lesen. Andere wiederum können hauptsächlich auditiv lernen, weshalb sie viel Wissen durch den Besuch von Vorlesungen an der Universität aufnehmen. Wichtig ist vor allem, dass das erlernte Wissen immer wiederholt wird. Gerade am Anfang des Studiums lernen die Studierenden häufig Grundlagen, die sie das gesamte Studium bis hin zu den Staatsexamina benötigen. Daher ist es sehr wichtig, besonders früh eine für sich gut funktionierende Lernmethodik auszubilden, die dann über das gesamte Studium ausgeübt werden kann. Auch hier gab es bereits positive Rückmeldungen auf die Ratschläge der Mitarbeiterinnen.

¹² Mann (Fn. 1), Rn. 211.

¹³ Wieduwilt, Die Sprache des Gutachtens, JuS 2010, 288, 288.

¹⁴ Mann (Fn. 1), Rn. 212.

¹⁵ Vgl. hierzu insbesondere den Aufsatz von Beyerbach, Gutachten, Hilfsgutachten und Gutachtenstil – Bemerkungen zur juristischen Fallbearbeitung, JA 2014, 813, 813.

¹⁶ Möllers (Fn. 11), Rn. 42.

¹⁷ Mann (Fn. 1), Rn. 157.

¹⁸ Valerius (Fn. 10), S. 53. Eine ausführliche und detaillierte Herangehensweise an Klausuren bieten die Fallbücher von Schwabe, Lernen mit Fällen, z.B. Schuldrecht II, 9. Auflage (2018). Dabei wird Schritt für Schritt der Weg zur Musterlösung erarbeitet und es gibt eine detaillierte Lösungsskizze sowie eine ausformuliertes Gutachten.

C. Fazit

Eine effiziente Klausurvorbereitung besteht aus zwei Bausteinen: Die Aneignung des materiellen Wissens und die Beherrschung der Klausurtechnik. Eine gute Klausurtechnik ist erlernbar und führt dazu, dass das erlernte Wissen in einer gut strukturierten Weise zu Papier gebracht wird. In der Klausurenklinik wird auf sich wiederholende Fehlermuster hingewiesen, wodurch verhindert wird, dass sich diese Strukturen erst verfestigen. Durch das ständige Schreiben von Klausuren kann die Klausurtechnik immer weiter verbessert und schlussendlich verinnerlicht werden.

Gleiches gilt natürlich auch für die Anfertigung von Haus-, Seminar- und Studienarbeiten, denn auch dort müssen die gleichen methodischen und strukturellen Besonderheiten beherrscht werden. Die Prüfenden werden erkennen, dass die Studierenden das juristische Handwerk beherrschen. Sie werden nicht mehr durch methodische Schwächen vom eigentlichen Inhalt der Klausur abgelenkt und unter Umständen unbewusst negativ beeinflusst. Ein Besuch in der Klausurenklinik ist daher eine gut investierte Zeit auf dem langen Weg zu den – am Anfang des Studiums noch weit in der Ferne liegenden – Staatsexamina.

StuDi Erfahrungsbericht

Fiona Gawlik*

Rechtsvergleichendes deutsch-türkisches Seminar: »Grundprinzipien des Strafprozessrechts und aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen«

Im Rahmen des diesjährigen deutsch-türkischen Seminars wurden zehn Studierende der Georg-August-Universität Göttingen sowie die Professoren Duttge, Eckstein, Putzke und Herr Privatdozent Dallmeyer nach Istanbul eingeladen, um über die »Grundprinzipien des Strafprozessrechts und [die] aktuelle[n] Herausforderungen und Entwicklungen« zu referieren und zu diskutieren. Hierbei wurde den Teilnehmenden eine einzigartige Möglichkeit des fachlich-wissenschaftlichen sowie kulturellen Austausches mit türkischen Studierenden und Lehrenden eröffnet.

Dass das Studium der Rechtswissenschaften so viel mehr sein kann, als der von einer Vielzahl von Studierenden empfundene vermeintlich tagtägliche Trott »Bibliothek, Vorlesungen, Mensa, Klausuren«, belegt eindrücklich das deutsch-türkische Seminar zum Strafrecht und Strafprozessrecht unter der Leitung und Organisation von Herrn Prof. Dr. Duttge in Kooperation mit Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Ünver (Direktor des Forschungszentrums für Deutsches Recht an der Özyegin Universität in Istanbul).

Im Zuge dieses Seminars wurden zehn Studierende der Georg-August-Universität Göttingen sowie Herr Prof. Dr. Duttge (Georg-August-Universität, Göttingen), Herr Privatdozent Dr. Dallmeyer (Goethe-Universität, Frankfurt a. M.), Herr Prof. Dr. Eckstein (Ruhr-Universität, Bochum) und Herr Prof. Dr. Putzke (Universität Passau) als Referenten für den Zeitraum vom 17. 9. 2019–22. 9. 2019 von der türkischen Seite nach Istanbul eingeladen, um sich mit den »Grundprinzipien des Strafprozessrechts und [den] aktuelle[n] Herausforderungen und Entwicklungen« zu befassen. Die deutsche Gruppe wurde während des Seminars auch in fachlicher Hinsicht von den türkischen Studierenden und Mitarbeitern der Özyegin Universität Istanbul unterstützt, welche zum türkischen Strafprozessrecht referierten sowie angeregt an den nachfolgenden Diskussionen teilnahmen und auch den weiteren Verlauf der Seminartage unterstützend betreuten.

In rechtlicher Hinsicht hätte das Seminar angesichts der Thematik der vergleichenden Gegenüberstellung deutschen und türkischen Strafprozessrechts sowie aktueller strafprozessualer Themen spannender kaum sein können. Im Rahmen dieses fachlichen Austausches wurden an dem ersten Seminartag die Professoren Duttge, Eckstein, Putzke

und Herr Privatdozent Dallmeyer sowie die türkischen Professoren Hakeri und Ünver gebeten, im Wege eines Expertensymposiums über aktuelle Probleme des Strafprozessrechts zu referieren. Im Anschluss an jeden dieser Expertenvorträge gab es die Möglichkeit, Fragen zu stellen und die jeweilige Thematik zu diskutieren.

An den beiden darauffolgenden Seminartagen hatten die Studierenden dann die Möglichkeit, die von ihnen im Einzelnen im Vorfeld vorbereiteten Vorträge zu halten und mussten sich auch hier im Anschluss im Rahmen eines Fachgesprächs den Fragen der Experten sowie der deutschen als auch türkischen Mitstudierenden stellen. In diesem Rahmen konnten die Studierenden prüfungsrelevante Nachweise erbringen, etwa als vorbereitende Leistung, Schlüsselqualifikation oder im Rahmen des Schwerpunktbereiches als Studien- oder Seminararbeit.

Die Zielsetzung des Seminars, den Studierenden die Möglichkeit zu geben, sich in wissenschaftlich anspruchsvoller Weise mit (strafprozess-)rechtswissenschaftlichen Themen auseinanderzusetzen, das Vortragen vor Fachpublikum zu üben, sich in einer fachspezifischen Diskussion in akademischer Manier den kritischen Fragen zu stellen und ein Verständnis für den internationalen Rechtsvergleich zu entwickeln, wirkt zudem in erfreulicher Weise der vielfach geäußerten Kritik entgegen, das Studium der Rechtswissenschaften leide unter mangelnder sprachkommunikativer Förderung.¹ Zudem erlaubt bzw. ermöglicht das Seminar angesichts der neugewonnenen Einsichten aufgrund des fachlichen wie gesamt akademischen Austausches einen gänzlich neuen Blick auf das Studium der Rechtswissenschaften, was neue Inspiration sowie Motivation für jeden der Teilnehmenden begründet.

Neben den fachlich-wissenschaftlichen Aspekten wurde den Teilnehmenden zudem die Möglichkeit eröffnet, die beeindruckende Metropole am Bosphorus zu erkunden und insofern einen kulturellen Austausch besonderer Art zu erleben. Die Abende wie auch der letzte Tag der Seminarreise standen den Teilnehmenden hinsichtlich ihrer Gestaltung zur freien Verfügung. Der wesentliche Teil der Studierenden nahm insofern mit großer Freude die Möglichkeit wahr,

* Fiona Gawlik studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität in Göttingen. Sie hat das gegenständliche Seminar als Begleitperson unterstützt.

¹ Fischer, »Jura ist leicht«, in: ZEIT Campus Nr. 6/2014, <https://www.zeit.de/campus/2014/06/thomas-fischer-jurastudium-vorurteile-auswendiglernen>, zuletzt abgerufen am 3. 10. 2019; Steffahn/Thye, »Fehler im Jurastudium – Ausbildung und Prüfung«, in: ZJS-Online, http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2011_6_512.pdf, zuletzt abgerufen am 3. 10. 2019.

einige der kulturell bedeutsamsten Sehenswürdigkeiten wie etwa die Hagia-Sophia oder die Sultanahmet Camii Moschee zu besichtigen. Im Rahmen von gemeinsamen Abendessen und Beisammensein konnten die Studierenden ferner in unmittelbarem Kontakt mit den Professoren der deutschen Fakultäten sowie den türkischen Gastgebern treten, wobei ein Austausch ermöglicht wurde, welcher in dieser Art innerhalb des universitären Alltags wohl kaum möglich sein dürfte.

»Begonnen haben wir dieses Seminar mit dem Experten-symposium. Am Ende des letzten Seminartages sind wir wohl alle zu Experten geworden.« Mit diesen Worten übergab Herr Prof. Dr. *Eckstein* seine mitgebrachten Präsente an die Leiter und Organisatoren Herr Prof. Dr. *Duttge* und Herr Prof. Dr. Dr. h. c. *Ünver* und fasste mit diesen Worten zusammen, was das diesjährige deutsch-türkische Seminar zum Strafrecht und Strafprozessrecht neben der kulturellen Bereicherung wohl ausmachte: Die fachliche Gegenüberstellung strafprozessualer Grundsätze und Institutionen von deutschem und türkischem Strafprozessrecht sowie die Darstellung und Diskussion aktueller Probleme hat eindrücklich die Gemeinsamkeiten und Unterschiede sowie insbesondere auch die Schwierigkeiten sowohl des deutschen als auch des türkischen Rechts offengelegt. Offen zu Tage getreten ist insofern insbesondere die im türkischen Recht bestehende Divergenz zwischen dem geschriebenen »law in books« und dem praktizierten Recht sowie der Umstand, dass im deutschen Recht oftmals (teilweise zu Unrecht) zu sehr auf

das geschriebene Recht fokussiert wird, was insbesondere in akademischer Hinsicht die Wichtigkeit einer rechtssoziologischen Betrachtung deutlich macht und doch bislang auch in Deutschland oftmals vernachlässigt wird.

Die gewonnenen Erkenntnisse dienen nicht lediglich der Reflexion der diskutierten Schwerpunkte, sondern auch der Inspiration für mögliche weitere im Einzelnen noch ungeplante Projekte sowie insbesondere auch für die tägliche Konfrontation mit strafprozessualen Problemstellungen des deutschen Strafrechts.

Reich an neuen fachlichen Eindrücken und Inspirationen sowie kulturellen Impressionen beginnen die Teilnehmenden nun ein neues Fachsemester und sind dankbar für die Möglichkeit, an einem solch großartigen Projekt mitgewirkt haben zu können. Vor dem Hintergrund gilt ein besonderer Dank auch den finanziell Unterstützenden, respektive den türkischen Gastgebern der Özyegin Universität in Istanbul, von denen wesentliche Teile der Seminarreise finanziert wurden. Die Flugtickets der Studierenden wurden indes aus dezentralen Studienqualitätsmitteln der Universität Göttingen gezahlt.

Auch im nächsten Jahr wird es wieder die Möglichkeit geben, sich auf einen der Seminarplätze zu bewerben, dann allerdings selbstverständlich mit einem anderen, doch sicher nicht weniger spannenden Thema.

ZivilR Rechtsprechungsübersicht

Sven Neubert* und Torben Schneider†

Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht**Rückforderungsanspruch nach ehebedingter Schenkung**

BGH, Urt. v. 18. 6. 2019 – X ZR 107/16

Amtliche Leitsätze

1. Die vom (mit-) beschenkten Partner des eigenen Kindes geteilte oder jedenfalls erkannte Vorstellung des Schenkers, eine zugewendete Immobilie werde vom eigenen Kind und dessen Partner dauerhaft als gemeinschaftliche Wohnung oder Familienwohnung genutzt, kann die Geschäftsgrundlage eines Schenkungsvertrages bilden.
2. Die Schenkung begründet jedoch kein Dauerschuldverhältnis. Für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage reicht es deshalb nicht aus, dass die Lebensgemeinschaft nicht bis zum Tod eines der Partner Bestand hat. Hat jedoch die gemeinsame Nutzung der Immobilie entgegen der mit der Schenkung verbundenen Erwartung nur kurze Zeit andauert, kommt regelmäßig ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht.
3. In diesem Fall ist der Schenker in der Regel berechtigt, vom Schenkungsvertrag zurückzutreten und das gesamte Geschenk oder dessen Wert zurückzufordern.

Keine Haftung aus Betrieb bei Waschstraßentransport des Pkw

OLG Koblenz, Hinweisbeschl. v. 3. 7. 2019 – 12 U 57/19

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Wird ein Pkw auf dem Förderband einer Waschstraße transportiert, ohne dass der Motor des Pkw gestartet ist, befindet sich der Pkw nicht im Betrieb, sodass eine Gefährdungshaftung aus § 7 StVG ausscheidet. In dieser Phase ist der Pkw von seiner eigentlichen Funktion als Fahrzeug vollständig losgelöst und mit jedem beliebigen Gegenstand vergleichbar, der in gleicher Weise automatisch transportiert und bewegt wird.

Online-Kauf einer Matratze trotz Entferns der Schutzfolie widerrufbar

BGH, Urt. v. 3. 7. 2019 – VIII 194/16

Einleitung durch die Redaktion

Mit Beschluss vom 15. 11. 2017 VIII ZR 194/16 hat der BGH das Verfahren ausgesetzt und dem EUGH vorgelegt. Dieser

* *Sven Neubert* studiert seit 2016 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

† *Torben Schneider* studiert seit 2015 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

entschied mit Urt. v. 27. 3. 2019, Az. C-681/17, dass Matratzen keine »versiegelten« Waren i. S. d. Art. 16 der Verbraucherrechtlinie 2011/83/EU seien. Dieses Urteil setzt der BGH nun in seinem Urt. vom 3. 7. 2019 in deutsches Recht um.

Amtlicher Leitsatz

Schließt ein Verbraucher mit einem Online-Händler einen Kaufvertrag über eine neue Matratze, die ihm mit einer Schutzfolie versiegelt geliefert wird, handelt es sich hierbei nicht um einen Vertrag zur Lieferung versiegelter Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wird (§ 312 g Abs. 2 Nr. 3 BGB). Dem Verbraucher steht daher auch dann das Recht zu, seine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung gemäß § 312 g Abs. 1 BGB zu widerrufen, wenn er die Schutzfolie entfernt hat.

Haftung des Herstellers eines Pkw mit Abgasmanipulationssoftware gegenüber Käufer wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung

OLG Karlsruhe, Urt. v. 18. 7. 2019 – 17 U 160/18

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

1. Die unternehmerische Strategieentscheidung, einen mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestatteten Motor in unterschiedliche Fahrzeugtypen eigener Konzernunternehmen einzubauen und diese sodann mit einer erschlichenen Typgenehmigung in Verkehr zu bringen, ist sittenwidrig und kann zu einem Schadensersatzanspruch aus § 826 i. V. m. § 31 BGB analog führen.
2. Der Hersteller eines Fahrzeugs oder Motors mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ist im Verhältnis zum Händler Dritter i. S. d. § 123 Abs. 2 BGB. Seine Kenntnis wird dem Händler nicht zugerechnet.

Ohne Beleg für Transaktionsabbruch kein Ersatz nach Kreditkartenbetrug

AG Frankfurt am Main, Urt. v. 6. 8. 2019 – 30 C 4153/18 (20)

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Wer sich nach einem Abbruch eines Zahlungsvorgangs mit einer Kreditkarte keinen Beleg über den Transaktionsabbruch aushändigen lässt, handelt grob fahrlässig und hat deshalb bei missbräuchlicher Verwendung der Kreditkarte keinen Ersatzanspruch gegen die Bank.

Kein Schadensersatz für nach nicht gegebenem Tor verlorenen Wetteinsatz

AG Nürnberg, Urt. v. 19. 9. 2019 – 22 C 2823/19

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Ein Tipper erhält keinen Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung infolge einer vermeintlichen Schiedsrichter-Fehlentscheidung in einem Fußball-Bundesligaspiel. Ein solcher hätte sich nur ergeben können, wenn es sich um ein Betrugsdelikt gehandelt hätte. Der Schiedsrichter habe jedoch keine vorsätzliche, sondern allenfalls eine fahrlässige Fehlentscheidung getroffen.

Sachmangelbegriff beim Pferd

BGH, Urt. v. 9. 10. 2019 – VIII ZR 240/18

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

1. Bei Tieren ist im Rahmen der Abgrenzung »neu«/»neu hergestellt« und »gebraucht« im Sinne der § 474 Abs. 2 S. 2, § 309 Nr. 8 Buchst. b Doppelbuchst. ff BGB nicht nur eine nutzungs-, sondern auch eine rein lebensaltersbedingte Steigerung des Sachmangelrisikos zu berücksichtigen (Fortentwicklung von Senatsurteil vom 15. November 2006 – VIII ZR 3/06, BGHZ 170, 31).

2. Für die Frage, ab welchem Zeitpunkt ein noch nicht genutztes Pferd nicht mehr als »neu« zu bewerten ist, lassen sich keine allgemein gültigen zeitlichen Grenzen aufstellen. Jedenfalls ist ein zum Zeitpunkt des Verkaufs weder gerittener noch angerittener und auch nicht einer sonstigen Verwendung (etwa Zucht) zugeführter knapp zweieinhalb Jahre alter Hengst, der schon seit längerer Zeit von der Mutterstute getrennt ist, infolgedessen über einen nicht unerheblichen Zeitraum eine eigenständige Entwicklung vollzogen hat und seit längerem geschlechtsreif ist, als »gebraucht« im Sinne von § 474 Abs. 2 S. 2 BGB beziehungsweise als nicht »neu hergestellt« im Sinne von § 309 Nr. 8 Buchst. b Doppelbuchst. ff BGB anzusehen.

Mieterhöhung für »Hartz-IV«-Empfänger nach Modernisierung kann unzulässig sein

BGH, Urt. v. 9. 10. 2019 – VIII ZR 21/19

Amtliche Leitsätze

1. Der Umstand, dass der Mieter gemessen an seinen wirtschaftlichen Verhältnissen und seinen Bedürfnissen eine deutlich zu große Wohnung nutzt, ist zwar in die nach § 559 Abs. 4 S. 1 BGB vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen Interessen zu Lasten des Mieters einzubeziehen. Hierfür darf als Maßstab jedoch nicht die nach den Ausführungsvorschriften zur Gewährung von staatlichen Transferleistungen oder den Vorschriften für die Bemessung von Zuschüssen für den öffentlich geförderten Wohnungsbau vorgesehene Wohnfläche zugrunde gelegt werden.

2. Zudem ist die einer Berufung auf einen Härtefall nach § 559 Abs. 4 S. 1 BGB im Einzelfall entgegenstehende Unangemessenheit ohnehin nicht isoliert nach einer bestimmten Größe für die jeweilige Anzahl der Bewohner zu beurteilen. Vielmehr kommt es darauf an, ob die vom Mieter genutzte Wohnung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls für seine Bedürfnisse deutlich zu groß ist.

Schadensersatz auch nach Biss durch eigenen Hund möglich

OLG Karlsruhe, Urt. v. 10. 10. 2019 – 7 U 86/18

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Einem Hundehalter kann Schadensersatz auch dann zugesprochen werden, wenn nicht klar ist, ob dessen eigener Hund zugebissen hat oder der Hund des letztlich schadensersatzpflichtigen anderen Hundehalters. Dies sei in diesem Fall nicht maßgeblich, da die Aggression von dessen freilaufenden Hund ausgegangen sei.

Die Sonntagsöffnung von Bäckereien

BGH, Urt. v. 17. 10. 2019 – I ZR 44/19

Von der Redaktion bearbeitete Pressemitteilung

Der Verkauf von Backwaren in Bäckereifilialen mit Cafébetrieb ist an Sonntagen auch außerhalb der Ladenschlusszeiten zulässig. Es greift in diesen Fällen § 7 Abs. 2 Nr. 1 des Gaststättengesetzes, der die normalen Ladenschlussvorschriften überschreibe.

ÖffR Rechtsprechungsübersicht

Sophie Norbeck* und Anna Sophia Peuser†

Rechtsprechungsübersicht im Öffentlichen Recht**Ersetzung von Bundesrecht durch Landesrecht bei Glücksspielrechtlicher Erlaubnis**

BVerwG, Beschl. v. 20. 6. 2019 – 8 B 41/18

Leitsätze der Redaktion

1. Um Bundesrecht im Sinne von Art. 125 a II 2 GG zu ersetzen, muss die Materie, für die der Bundesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz verloren hat, vom Landesgesetzgeber, ggf. auch ein abgrenzbarer Teilbereich, in eigener Verantwortung geregelt werden.

2. Es ist mit Art. 125 a I 2 GG vereinbar, neben dem Erlaubnistatbestand des § 33 i GewO einen weiteren landesrechtlichen Erlaubnistatbestand für den Betrieb von Spielhallen zu schaffen.

Gebot der Trennung von Wirtschaftswerbung und anderen Sendungsbestandteilen im Rundfunk

BVerwG, Beschl. v. 27. 6. 2019 – 6 B 150/18

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Die Ausstrahlung sozialer Appelle (hier: Spot für ein christliches Kinderhilfswerk) innerhalb des laufenden Fernsehprogramms verstößt gegen das rundfunkrechtliche Gebot der Trennung von Wirtschaftswerbung und Programm.

Helmpflicht auch für Turbanträger

BVerwG, Urt. v. 4. 7. 2019 – 3 c 24/17

Leitsatz der Redaktion

Sollte der Betroffene sich aus religiösen Gründen gehindert sehen, einen geeigneten Schutzhelm zu tragen, begründet dies einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Ausnahmerechtsentscheidung von der Schutzhelmpflicht. Für eine Reduzierung des behördlichen Ermessens auf Null müsste dem Betroffenen jedoch ein Verzicht auf das Motorradfahren aus besonderen individuellen Gründen nicht zuzumuten sein.

Rechtsbeziehungen zwischen Privaten müssen nur in spezifischen Konstellationen gleichheitsrechtlicher Anforderungen aus Art. 3 I GG genügen

BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 27. 8. 2019 – 1 BvR 879/12

Leitsätze der Redaktion

1. Aus Art. 3 I GG folgt weder direkt noch nach den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung ein verfassungsrechtlicher Grundsatz, dass Rechtsbeziehungen zwischen Privaten grundsätzlich gleichheitsrechtlichen Anforderungen unterliegen.

2. Gleichheitsrechtliche Anforderungen an private Rechtsbeziehungen ergeben sich aus Art. 3 I GG nur in spezifischen Konstellationen, etwa beim Ausschluss von Veranstaltungen, die einem großen Publikum ohne Ansehen der Person eröffnet sind und der Ausschluss für den Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet. Auch in Konstellationen einer strukturellen Überlegenheit oder einer Monopolstellung bestehen gleichheitsrechtliche Anforderungen (Bestätigung von BVerfGE 148, 267 ff. – Stadionverbot).

3. Ob aus den speziellen Gleichheitsrechten des Art. 3 III 1 GG weitergehende Drittwirkungen folgen, muss vorliegend nicht entschieden werden.

Kennzeichnungspflicht für Polizisten in Brandenburg verfassungsgemäß

BVerwG, Urt. v. 26. 9. 2019 – 2 C 32/18 und 2 C 33/18

Leitsatz der Redaktion

Die Kennzeichnungspflicht greift in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Polizisten ein. Der Eingriff ist jedoch verhältnismäßig und verfassungsgemäß, denn er beruht auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage, stärkt die Transparenz der Polizeiarbeit und dient der besseren Aufklärung etwaiger Straftaten.

Bernd Höcke darf als »Faschist« bezeichnet werden

VG Meiningen, Beschl. v. 26. 9. 2019 – 2 E 1194/19

Leitsätze der Redaktion

1. Der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG kommt eine besondere Bedeutung zu, wenn es um die öffentliche Meinungsbildung geht. Art. 5 I 1 GG schützt nicht nur sachlich-differenzierte Äußerungen, sondern auch Kritik, die polemisch, pointiert und überspitzt erfolgen darf. Die Grenze einer zulässigen Meinungsäußerung ist nicht schon dann überschritten

* Sophie Norbeck studiert seit 2016 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

† Anna Sophia Peuser studiert seit 2016 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

ten, wenn eine polemische Zuspitzung für die Äußerung einer sachlichen Kritik nicht erforderlich ist.

2. In politischen Debatten ist eine übertriebene und verallgemeinernde Kennzeichnung des Gegners ebenso hinzunehmen, wie drastische, unhöfliche, scharfe oder taktlose Formulierungen.

3. Der Begriff »Faschist« kann ehrverletzenden Charakter haben. Die Bezeichnung hat im heutigen politischen Sprachgebrauch die Bedeutung, dass damit der Vorwurf antidemokratischer, totalitärer nationalistischer Neigungen und Verhaltensformen erhoben wird.

4. Das Werturteil beruht im vorliegenden Fall auf überprüfbaren Tatsachengrundlagen.

Subsidiarität notwendige Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfassungsbeschwerde

BVerfG, Beschl. v. 10.10.2019 – 2 BvR 914/16

Leitsatz der Redaktion

Eine Verfassungsbeschwerde ist nicht zulässig, wenn der Grundsatz der Subsidiarität nicht gewahrt worden ist. Der Beschwerdeführer muss dazu auch den fachgerichtlichen Rechtsweg erschöpft haben. Darunter fällt z.B. die Anhöhrungsrüge gemäß § 321 a I ZPO.

Einstufung eines Albums aus dem Bereich »Gangsta-Rap« als jugendgefährdend

BVerwG, Urt. v. 30.10.2019 – 6 C 18.18

Leitsätze der Redaktion

1. Die Botschaft, dass eine kriminelle Lebensweise und die Demütigung anderer, zu Erfolg führe, eignet sich um Empathie und Solidarität mit anderen als Schwäche zu sehen, sodass Verachtung anderer gefördert wird und ein feindseliges Klima hergestellt wird.

2. Dem Jugendschutz ist Vorrang vor der Kunstfreiheit einzuräumen. Das Album hat insbesondere Unterhaltungswert, während ihm keine höhere künstlerische Bedeutung zukommt.

3. Die tatsächlichen Feststellungen und Wertungen der Bundesprüfstelle sind sachverständige Aussagen, die keine Annahme eines Beurteilungsspielraums rechtfertigen.

»Hartz IV« kann nicht unbegrenzt gekürzt werden

BVerfG, Urt. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16

Amtliche Leitsätze

1. Die zentralen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung staatlicher Grundsicherungsleistungen ergeben sich aus der grundrechtlichen Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG). Gesichert werden muss einheitlich die physische und soziokulturelle Existenz. Die den Anspruch fundierende Menschenwürde steht allen zu und geht selbst durch vermeintlich »unwürdiges« Verhalten nicht verloren. Das Grundgesetz verwehrt es dem Gesetzgeber aber nicht, die Inanspruchnahme existenzsichernder Leistungen an den Nachranggrundsatz zu binden, also nur dann zur Verfügung zu stellen, wenn Menschen ihre Existenz nicht vorrangig selbst sichern können, sondern wirkliche Bedürftigkeit vorliegt.

2. Der Gesetzgeber kann erwerbsfähigen Menschen, die nicht in der Lage sind, ihre Existenz selbst zu sichern und die deshalb staatliche Leistungen in Anspruch nehmen, abverlangen, selbst zumutbar an der Vermeidung oder Überwindung der eigenen Bedürftigkeit aktiv mitzuwirken. Er darf sich auch dafür entscheiden, insoweit verhältnismäßige Pflichten mit wiederum verhältnismäßigen Sanktionen durchzusetzen.

3. Wird eine Mitwirkungspflicht zur Überwindung der eigenen Bedürftigkeit ohne wichtigen Grund nicht erfüllt und sanktioniert der Gesetzgeber das durch den vorübergehenden Entzug existenzsichernder Leistungen, schafft er eine außerordentliche Belastung. Dies unterliegt strengen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit; der sonst weite Einschätzungsspielraum zur Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit von Regelungen zur Ausgestaltung des Sozialstaates ist hier beschränkt. Prognosen zu den Wirkungen solcher Regelungen müssen hinreichend verlässlich sein; je länger die Regelungen in Kraft sind und der Gesetzgeber damit in der Lage ist, fundierte Einschätzungen zu erlangen, umso weniger genügt es, sich auf plausible Annahmen zu stützen. Zudem muss es den Betroffenen tatsächlich möglich sein, die Minderung existenzsichernder Leistungen durch eigenes Verhalten abzuwenden; es muss also in ihrer eigenen Verantwortung liegen, in zumutbarer Weise die Voraussetzungen dafür zu schaffen, die Leistung auch nach einer Minderung wieder zu erhalten.

StrafR Rechtsprechungsübersicht

Maximilian Meister* und Denise Wenzl†

Rechtsprechungsübersicht Strafrecht**Rücktritt vom versuchten erfolgsqualifizierten Delikt**

BGH, Beschl. v. 5. 6. 2019 – 1 StR 34/19

Amtlicher Leitsatz

Ein wirksamer Rücktritt vom Versuch der räuberischen Erpressung mit Todesfolge (§§ 251, 255, 22 StGB) durch Verhinderung der Todesfolge gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 Alternative 2 StGB setzt nicht voraus, dass der Täter auch vom Versuch der schweren räuberischen Erpressung (§§ 250, 255 StGB) zurücktritt. Dies gilt selbst dann, wenn der Täter für den Fall, dass seine Forderungen nicht erfüllt werden, damit droht, erneut ein Mittel einzusetzen, das geeignet ist, den Tod anderer Menschen herbeizuführen.

Anforderung an die feindliche Willensrichtung bei der Heimtücke

BGH, Urt. v. 19. 6. 2019 – 5 StR 128/19

Amtlicher Leitsatz

Einer heimtückischen Tötung kann die feindselige Willensrichtung grundsätzlich nur dann fehlen, wenn sie dem ausdrücklichen Willen des Getöteten entspricht oder – aufgrund einer objektiv nachvollziehbaren und anzuerkennenden Wertung – mit dem mutmaßlichen Willen des zu einer autonomen Entscheidung nicht fähigen Opfers geschieht. Ansonsten hat ein Schuldspruch wegen Mordes zu erfolgen. Anschließend ist zu prüfen, ob aufgrund ganz besonderer schuld mindernder Gesichtspunkte in Anwendung der Grundsätze der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen (BGHSt 30, 105) ausnahmsweise eine Berücksichtigung des besonderen Tatmotivs auf der Rechtsfolgenreihe geboten ist.

Zeugenverdacht ist ausreichend für Wohnungsdurchsuchung

BGH, Beschl. v. 26. 6. 2019 – StB 10/19

Leitsätze der Redaktion

Für die Zulässigkeit einer regelmäßig in einem frühen Stadium der Ermittlungen in Betracht kommenden Durchsuchung genügt der über bloße Vermutungen hinausreichende, auf bestimmte tatsächliche Anhaltspunkte gestützte konkrete Verdacht, dass eine Straftat begangen worden ist und der Verdächtige als Täter oder Teilnehmer an dieser Tat in Betracht kommt.

Ein solcher ausreichend konkreter Verdacht kann auch dann allein durch die Angaben eines Zeugen begründet werden, wenn weitere Ermittlungen den Tatverdacht weder erhärten noch entkräften konnten.

Flucht vor Polizei als »verbotenes« Kfz-Rennen

OLG Stuttgart, Beschl. v. 4. 7. 2019 – 4 Rv 28 Ss 103/19

Amtlicher Leitsatz

Das in § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB vorausgesetzte Handeln, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, setzt lediglich voraus, dass es dem Täter darauf ankommt, in der konkreten Verkehrssituation die durch sein Fahrzeug bedingte oder nach seinen Fähigkeiten oder nach den Wetter-, Verkehrs-, Sicht- oder Straßenverhältnissen maximale mögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Welche weiteren Ziele der Täter verfolgt, ist unerheblich. Auch der Wille des Täters, vor einem ihn verfolgenden Polizeifahrzeug zu fliehen, schließt die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erzielen, nicht aus.

Verfassungsmäßigkeit der Wahlfeststellung von Diebstahl zur gewerbsmäßigen Hehlerei

BVerfG, Beschl. v. 5. 7. 2019 – 2 BvR 167/18

Leitsätze der Redaktion

1. Die ungleiche Wahlfeststellung bei der alternativen Verurteilung von Diebstahl zur gewerbsmäßigen Hehlerei ist verfassungsgemäß. Die gesetzeshaltige Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage verletzt nicht das Bestimmtheitsgebot.
2. Die gesetzeshaltige Verurteilung trägt der Unschuldsvermutung, abgeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip, hinreichend Rechnung.
3. Die Wahlfeststellung ist nicht explizit vom Gesetzgeber geregelt, bewegt sich jedoch im Rahmen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung.
4. Die Verurteilung aufgrund von wahldeutiger Tatsachengrundlage ist weiterhin nur in Ausnahmefällen zulässig. Erforderlich ist jeweils das Bestehen einer in tatsächlicher Hinsicht gegebenen Grundlage als auch die ausreichende richterliche Sachaufklärung.

* Maximilian Meister studiert seit 2014 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und in Bergen (Norwegen).

† Denise Wenzl studiert seit 2016 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

Notwendige Gesamtbetrachtung bei Bestimmung eines niedrigen Beweggrundes

BGH, Beschl. v. 12. 9. 2019 - 5 StR 399/19

Leitsätze der Redaktion

1. Ein Beweggrund ist dann niedrig, wenn er nach allgemeiner sittlicher Würdigung auf tiefster Stufe steht und deshalb besonders verachtenswert ist.
2. Wut oder Verärgerung sind als niedrig einzustufen, wenn sie unter Berücksichtigung der Beziehung zwischen Täter und Opfer eines beachtlichen Grundes entbehren. Anzustellen ist eine Gesamtbetrachtung, die die nähere Tatbegehung als auch die Persönlichkeit und die Beziehung zum Opfer einschließt.
3. In subjektiver Hinsicht muss hinzukommen, dass der Täter die Umstände, die die Niedrigkeit seiner Beweggründe ausmachen, in ihrer Bedeutung für die Tatausführung ins Bewusstsein aufgenommen hat und, soweit gefühlsmäßige oder triebhafte Regungen in Betracht kommen, diese gedanklich beherrschen und willensmäßig steuern kann.

Containern ist Diebstahl

BayOLG, Beschl. v. 2. 10. 2019 – 206 StRR 1013/19

Leitsätze der Redaktion

1. Bei den Lebensmitteln aus dem verschlossenen Container der geschädigten Firma handelt es sich um fremde (bewegliche) Sachen im Sinne von § 242 Abs. 1 StGB.
2. Die Wertlosigkeit einer Sache als solche gewährt Dritten nicht das Recht zur Wegnahme. Auch der Umstand, dass die Lebensmittel zur Entsorgung in einen Abfallcontainer geworfen wurden, sagt darüber, ob dem Eigentümer damit auch deren weiteres Schicksal gleichgültig ist, nicht zwingend etwas aus.
3. Durch das Abstellen auf dem Firmengelände und das Absperren des Containers hat der Eigentümer kenntlich gemacht, dass die Lebensmittel nicht unentgeltlich an Dritte weitergegeben werden sollen.

