

AUFSÄTZE

NARITSARA TOOKWAJA

Rechtsprobleme des Warenkaufs bei standardisierten Internetauktionen unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung

LARA SCHMIDT

Verfassungsmäßige Sanktionen im Sozialrecht: Ein Dilemma der bundesverfassungsgerichtlichen Menschenwürdejudikatur

SEBASTIAN HAPKA

Kontrolle des Verfassungsschutzes durch die Presse?

LEON AUGUSTIN HILL

Der Dualismus von Recht und Moral im NS-Strafrecht und heute

FLORIAN PHILIPPI

Recht im Spannungsfeld zwischen Individual- und Kollektivschutz

STEPHANIE THIEL

Erna Scheffler – erste Richterin des Bundesverfassungsgerichts und Pionierin bei der Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter

FALLBEARBEITUNGEN

ARON MACKENSTEDT

Von edlem Wein und Kettenkarussells

JAKOB SCHÜNEMANN

Örtliche Auseinandersetzungen

PAULINA GRIESENBECK

Ein »für immer und ewig« von kurzer Dauer

STUDIUM UND DIDAKTIK

ELENA BEN SALEM, FRANZISKA-HARRIET REESE UND PAUL WOHLLEBEN

Der Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot

DR. GESINE WEINRICH UND DR. GEORG LEMMER

»Im Namen des Volkes« – Gerichtliche Rollenspiele als Schlüsselqualifikation

DR. FERDINAND WEBER, MLE

Die mündliche Prüfung im Ersten Staatsexamen anhand des Art. 23 GG

Beiträge aus neuen Kategorien:

- Meret Unruh zu den Göttinger Sieben
- Bericht zur ersten Veranstaltung der Reihe »Recht interdisziplinär«



GRZ | Göttinger
Rechtszeitschrift

Impressum



Göttinger
Rechtszeitschrift e. V.

Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen

Registergericht: Amtsgericht Göttingen
Registernummer: VR 201862

Vorstandsvorsitzender: Torben Schneider
Schriftführer: Jakob Schünemann
Kassenwart: Christian Maggaard

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 2/2020, 3. Jahrgang, 1. Auflage, Dezember 2020

© 2020 Göttinger Rechtszeitschrift e. V.

Satz Alexander Sparenberg
Druck Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
Schrift Equity und Concourse von MB Type

ISSN 2627-3721

Printed in Germany

Informationen

Erscheinungsweise
Die Göttinger Rechtszeitschrift erscheint halbjährlich.

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

Zitiervorschlag
Autor, GRZ 2020, Seite

Mitwirkende

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

Schriftkoordination
Lea Gottschalk

Ressort für Zivilrecht
Friederike Ammann, Nathalie Haß, Lisa Metz, Torben Schneider, Carlotta Schumann

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

Ressort für Strafrecht
Louisa Linger, Jannis Strotmann

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

Ressort für Studium und Didaktik
Gregor Bosold, Lea Gottschalk, Christian Maggaard

Publikationsdirektor
Alexander Sparenberg

Direktorin der Öffentlichkeitsarbeit
Elena Ben Salem

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

Vorwort

Sehr geehrte Leserinnen und Leser, liebe Studierende,

seit dem Erscheinen der Juni-Ausgabe der GRZ sind die Auswirkungen des Corona-Virus auf Staat und Gesellschaft, auf Wirtschaft und unser aller Wohlbefinden nicht milder geworden. Auch Studierende erfahren weiterhin neue Formen von Lehre und Ausbildung. Gerade der Studienbeginn, eigentlich ein Synonym neu gewonnener Freiheiten, ist seiner sozialen Bedeutung ein Stück weit verlustig gegangen. Hingegen hat die Juristerei ihre Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung in Zeiten der Pandemie weiter unterstrichen. Zwar zeigt sich, dass es für Krisensituationen keine Blaupause korrekten Handelns gibt und die täglich divergierende Lage ein ständiges »Fahren auf Sicht« erfordert. Doch auch in der Krise definiert die Rechtswissenschaft Leitlinien, innerhalb derer staatliches Handeln rechtmäßig ist und bleibt. Sie entwickelt die wissenschaftlichen Grundlagen der judikativen Praxis als Korrektiv legislativen und exekutiven Handelns. Exemplarisch zeigte sich dies in den Debatten über die Schutzpflichten des Staates gegenüber seinen Bürgerinnen und Bürgern oder über die verfassungsrechtliche Dimension der Wesentlichkeitstheorie.

Die Covid-19-Pandemie zeigt aber auch, dass die rechtliche Bewertung politischer Entscheidungen nicht ohne Rücksicht auf ihre gesellschaftlichen Auswirkungen ergehen kann. Die GRZ nahm dies zum Anlass, am 9. November 2020 in Kooperation mit dem Alumniverein der Studienstiftung des deutschen Volkes die digitale Podiumsdiskussion »Beschleunigter Stillstand – Gesetze einer Pandemie« auszurichten. Unser Beiratsmitglied Prof. Dr. *Angela Schwerdtfeger* und der Jenaer Soziologe Prof. Dr. *Hartmut Rosa* diskutierten darüber, wie sich die gegenwärtige Pandemie auf den Staat, die Gesellschaft und ihre Beziehung zueinander auswirkt. Die Veranstaltung bildete den Auftakt unserer neuen Reihe »Recht interdisziplinär«, innerhalb der fortan halbjährlich Veranstaltungsformate stattfinden sollen. Einen ausführlichen Veranstaltungsbericht finden Sie in diesem Heft. Weitere Informationen und der Zugang zur Aufzeichnung der virtuellen Podiumsdiskussion sind abrufbar unter gottinger-rechtszeitschrift.de.

Auch unser Vereinsjahr steht unter dem Einfluss der Pandemie. Im GRZ-Redaktionsalltag fehlen uns die Treffen in Präsenz weiterhin sehr. Auch unter widrigen Umständen gelang und gelingt es uns aber als Gemeinschaft, unsere Projekte, Prozesse und Pläne fortzuentwickeln. Das menschliche Miteinander bleibt gewiss nicht auf der Strecke. Das Ergebnis unserer Arbeit liegt nun als Heft in Ihren Händen.

Unser herzlichster Dank gebührt den Mitgliedern unseres wissenschaftlichen Beirats für Ihr herausragendes Engagement, jeden unserer Beiträge zu begutachten und uns mit Ihrer Expertise zur Seite stehen!

Im Inhalt auch dieser Ausgabe zeigt sich die Vielfalt der juristischen Ausbildung.

In der Aufsatzrubrik behandelt *Naritsara Tookwaja* die Rechtsprobleme rund um den Kauf von Sachen auf Internet-auktionsplattformen. Verfassungsrechtliche Dilemmata von Sanktionen im Sozialrecht bespricht *Lara Schmidt*. *Sebastian Hapka* geht der Frage auf den Grund, ob die gegenwärtige Rechtslage eine hinreichende Kontrolle des Bundesamts für Verfassungsschutz durch die Presse gewährleistet. Mit dem Dualismus von Recht und Moral im NS-Strafrecht und heute befasst sich *Leon Augustin Hill*. Rechtshistorisch analysiert *Florian Philippi* das Recht im Spannungsfeld von Kollektiv- und Individualrechtsschutz am Beispiel der »Bewahrung« von »Asozialen« in den deutschen Demokratien und Diktaturen im 20. Jahrhundert und *Stephanie Thiel* skizziert das Leben und Wirken der ersten Richterin des Bundesverfassungsgerichts: *Erna Scheffler*.

In den Fallbearbeitungen dieser Ausgabe zeigen *Aron Mackenstedt*, *Jakob Schünemann* und *Paulina Marie Griesenbeck* wertvolle Produkte juristischer Methodik im Zivilrecht, im Öffentlichen Recht und im Strafrecht.

In der Rubrik Studium und Didaktik berichten *Elena Ben Salem*, *Franziska Harriet-Reese* und *Paul Wohlleben* von ihren Erfahrungen im Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. Das didaktische Konzept einer Gerichtssimulation unter Beteiligung von Studierenden, Praktikerinnen und Praktikern schildern RiLG Dr. *Gesine Weinrich* und Dr. *Georg Lemmer*. Außerdem skizziert der Göttinger Habilitand Dr. *Ferdinand Weber* am Beispiel der Integrationsklausel des Art. 23 GG den Ablauf einer mündlichen Prüfung.

In der Rubrik Varia lesen Sie eine Kurzbiografie anlässlich der Ereignisse um den Protest der Göttinger Sieben – *Meret Unruh* verschafft einen Einblick in Leben und Werk speziell der beiden Juristen unter ihnen: *Wilhelm Eduard Albrecht* und *Jacob Grimm*. Außerdem erscheint hier der Bericht zum Auftakt von »Recht interdisziplinär«.

Die Ausgabe vollenden die Rechtsprechungsübersichten von *Sophie Norbeck*, *Pablo Hesse*, *Felix Hohenhövel*, *Jannik Strotmann* und *Denise Wenzel* zur Einordnung aktueller Gerichtsentscheidungen.

Möge sich der Inhalt dieses Hefts über die Advents- und Weihnachtszeit als eine angenehme Lektüre erweisen, aus der sich nicht nur ein Vorteil für die eigene Ausbildung ziehen lässt.

Ihre Zuschriften und Anregungen, sehr geehrte Leserinnen und Leser, sind stets willkommen!

Im Namen der Redaktion

Der Vorstand des Göttinger Rechtszeitschrift e. V.

Torben Schneider, *Jakob Schünemann* und *Christian Maggaard*

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Naritsara Tookwaja
ZivilR Rechtsprobleme des Warenkaufs bei standardisierten Internetauktionen unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung → 99

Lara Schmidt
ÖffR Verfassungsmäßige Sanktionen im Sozialrecht: Ein Dilemma der bundesverfassungsgerichtlichen Menschenwürdejudikatur → 107

Sebastian Hapka
ÖffR Kontrolle des Verfassungsschutzes durch die Presse? → 115

Leon Augustin Hill
StrafR Der Dualismus von Recht und Moral im NS-Strafrecht und heute → 125

Florian Philippi
GdR Recht im Spannungsfeld zwischen Individual- und Kollektivschutz → 137

Stephanie Thiel
GdR Erna Scheffler – erste Richterin des Bundesverfassungsgerichts und Pionierin bei der Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter → 149

Fallbearbeitungen

Aron Mackenstedt
ZivilR Von edlem Wein und Kettenkarussells → 158

Jakob Schünemann
ÖffR Örtliche Auseinandersetzungen → 165

Paulina Griesenbeck
StrafR Ein »für immer und ewig« von kurzer Dauer → 173

Studium und Didaktik

Elena Ben Salem, Franziska-Harriet Reese und Paul Wohlleben
StuDi Der Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot → 185

Dr. Gesine Weinrich und Dr. Georg Lemmer
StuDi »Im Namen des Volkes« – Gerichtliche Rollenspiele als Schlüsselqualifikation → 189

Dr. Ferdinand Weber, MLE
StuDi Die mündliche Prüfung im Ersten Staatsexamen anhand des Art. 23 GG → 191

Varia

Meret Unruh
GdR Die Göttinger Sieben – insbesondere Wilhelm Eduard Albrecht und Jacob Grimm → 196

Timo Marcel Albrecht, Christian Magaard und Jakob Schünemann
Aktuelles Veranstaltungsbericht: »Beschleunigter Stillstand – Gesetze einer Pandemie« → 201

Felix Hohenhövel und Pablo Hesse
ZivilR Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht → 203

Sophie Norbeck
ÖffR Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht → 205

Jannis Strotmann und Denise Wenzl
StrafR Rechtsprechungsübersicht Strafrecht → 207

ZivilR Aufsatz

Naritsara Tookwaja*

Rechtsprobleme des Warenkaufs bei standardisierten Internetauktionen unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Der Beitrag beleuchtet die Grundlagen der Internetauktion und nimmt eine zivilrechtliche Einordnung vor. Im Fokus stehen dabei die rechtlichen Probleme, die sich zwischen Käufer und Verkäufer ergeben können. Anschließend erfolgt eine Betrachtung unter Einbeziehung des Verbraucherschutzrechts.

A. Einleitung

»3, 2, 1 meins.« So lautete einst der Werbespruch des berühmten Internetauktionshauses eBay.¹ Mit weltweit 183 Millionen² aktiven Nutzern und einem Umsatz von rund 2,82 Milliarden US-Dollar im Jahr 2019³ schlägt sich der Erfolg des Unternehmens deutlich in Zahlen nieder. Die Veräußerung von Waren auf Plattformen virtueller Auktionshäuser erfreut sich, bedingt durch die voranschreitende Digitalisierung des Handels im Online-Bereich (E-Commerce), großer Beliebtheit. Durch die Verlagerung der Geschäftstätigkeit in den elektronischen Bereich stellen sich Fragen zur Anwendbarkeit der Rechtsgeschäftslehre. Die rasante technische Entwicklung der letzten Jahre im Bereich des E-Commerce stellt sowohl die Gesetzgebung als auch die Judikatur vor neue Herausforderungen. Somit beschäftigen Probleme beim Warenverkauf im Rahmen standardisierter Internetauktionen immer wieder die höchstrichterliche Rechtsprechung. Vorliegend findet nach einer Einführung zu den Grundlagen der Internetauktion (B) eine zivilrechtliche Einordnung (C) statt. Dabei erfolgt eine rechtliche Würdigung des Verhältnisses der Hauptakteure einer Internetauktion, dem Verkäufer und dem Käufer (C.I.), mit anschließendem Blick auf den Verbraucherschutz (C.II.). Beginnend beim Vertragsschlussmechanismus bis hin zur Vertragslösung, wird anhand ausgewählter Problemfälle die Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre untersucht. Im Fokus des Hauptabschnitts steht die

* Die Autorin ist Diplom-Juristin und studierte Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag geht aus einer Studienarbeit im »Seminar zur aktuellen Rechtsprechung des BGH zum Kaufrecht« von Prof. Dr. Wilhelm-Albrecht Achilles hervor.

1 Aufgrund eines Wechsels in der Marktstrategie wird die Plattform nicht mehr mit diesem Spruch beworben, Pfister, v. 27.10.2016, https://www.wuv.de/tech/genau_deins_ebay_will_das_image_wechseln, zuletzt abgerufen am 4.4.2020.

2 Aktive Kunden von eBay bis zum vierten Quartal 2019, ebayinc.com S. 1, https://ebay.q4cdn.com/610426115/files/doc_financials/2019/q4/Exhibit-99.1-ER-eBay-Q4-2019_FINAL.pdf, zuletzt abgerufen am 5.4.2020.

3 Umsatz von eBay weltweit bis zum vierten Quartal 2019, eBay – 2019 Form 10-K, S. 35, <https://d18rn0p25nwr6d.cloudfront.net/CIK-0001065088/d33d35e7-32e8-4a9c-ad67-12baec291433.pdf>, zuletzt abgerufen am 5.4.2020.

Erfassung hochmoderner technischer Sachverhalte unter Zugrundelegung des Bürgerlichen Gesetzbuches, das vor über 100 Jahren in Kraft trat.

B. Grundlagen und Begriff der Internetauktion

Grundsätzlich handelt es sich bei der Versteigerung im herkömmlichen Sinne um ein formalisiertes, zeitlich begrenztes Verfahren zur Veräußerung von Waren oder Dienstleistungen, bei dem der zu bezahlende Preis durch den Bieterwettbewerb ermittelt wird.⁴ Eine zentrale Rolle nimmt dabei das Auktionshaus ein.⁵ Die Waren werden dort real eingeliefert, um die Auktion in einem Auktionsaal durchzuführen. Der Auktionator steuert den Verlauf maßgeblich, indem er den Versteigerungsgegenstand ausruft, die Gebote entgegennimmt und letztendlich den Zuschlag erteilt.⁶ Durch konkurrierendes Mitbieten der Interessenten soll auf diesem Wege ein möglichst hoher Endpreis erzielt werden.⁷ Auktionen erfreuen sich mittlerweile auch im Online-Bereich wachsender Beliebtheit und haben so auf mehreren Internetseiten virtueller Auktionshäuser Einzug gefunden.⁸ Die Plattformen der Auktionsbetreiber bieten als elektronischer Marktplatz den Nutzern die Möglichkeit, ihre Ware feilzubieten und zum Vertragsschluss zusammenzukommen.⁹ Denkbar sind Vertragsabschlüsse zwischen Privatpersonen (C2C, *consumer-to-consumer*), zwischen Unternehmern (B2B, *business-to-business*) und schließlich zwischen einem Unternehmer und einer Privatperson (B2C, *business-to-consumer*).¹⁰

4 Schmidl, IT-Recht von A–Z, 2. Auflage (2014); Leible/Sosnitzka, Versteigerungen im Internet (2004), S. 1.

5 Hollerbach, Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Internet-Auktionen, DB 2000, 2000 (2001).

6 Hollerbach (Fn. 5), DB 2000, 2000 (2001).

7 Staudinger/Bork, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Bd. 1, Auflage (2010), § 155 Rn. 1.

8 Die zeitliche Zäsur für die vermehrte Nutzung von Internetauktionen in Deutschland markiert die Übernahme der deutschen Auktionsplattform alando durch eBay Ende der Neunzigerjahre, <https://www.ebayinc.com/stories/press-room/de/ebay-feiert-15-jahre-in-deutschland/>, zuletzt abgerufen am 4.4.2020.

9 Ernst, Erscheinungsformen elektronischer Marktplätze in: Spindler/Wiebe (Hrsg.), Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, 2. Auflage (2005), Kap. 1, Rn. 1; Rißner, Virtuelle Marktordnung und das AGB-Gesetz, MMR 2000, 597 (597); so auch eBay, § 1 Nr. 1 eBay AGB, <https://www.ebay.de/help/policies/member-behavior-policies/allgemeine-geschftsbedingungen-fr-die-nutzung-der-deutschen-ebaydienste?id=4259>, zuletzt abgerufen am 4.4.2020.

10 Leible/Sosnitzka (Fn. 4), S. 4; Meyer/Mönig, Die vertragstypologische Einordnung von Online-Auktionen, in: Hoeren/Müglic/Nielen (Hrsg.),

Die am häufigsten anzutreffende Auktionsform im Online-Bereich ist die »Englische Auktion«.¹¹ Zu Beginn wird ein Mindestpreis festgelegt.¹² Daraufhin werden sukzessiv höhere Gebote der Bieter abgegeben.¹³ Die Gebote werden schrittweise abgegeben, bis die vorgegebene Auktionszeit abgelaufen ist.¹⁴ Der Preisbildungsmechanismus ist dadurch geprägt, dass der endgültige Preis zu Beginn ungewiss ist und durch die konkurrierenden Gebote der Bieter in die Höhe getrieben wird.¹⁵

C. Zivilrechtliche Einordnung der Internetauktion

Den Gegenstand der folgenden Untersuchung bildet die Internetauktion nach Maßgabe der Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB).

I. Rechtsbeziehung Verkäufer – Käufer

Im Fokus der Betrachtung steht die rechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen dem anbietenden Verkäufer und dem bietenden Käufer.

1. Zugang von Willenserklärungen bei Internetauktionen

Im Rahmen von Internetauktionen stellt sich die Frage, wann die Willenserklärung des Bieters als zugegangen gilt und welche Rolle das Auktionshaus bei der Übermittlung einnimmt. Der Zugang ist dann bewirkt, wenn die Willenserklärung derart in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat.¹⁶ Die elektronisch übermittelte Willenserklärung wird zunächst in Datenpakete aufgespalten und in Form von digitalen Signalen weitergeleitet.¹⁷ Dabei wird sie beim Empfänger regelmäßig abrufbereit gespeichert und ist trotz ihrer unkörperlichen Übermittlung wie eine verkörperte Erklärung zu behandeln.¹⁸ Der Zugang von Willenserklärungen im Internet erfolgt bei mangelnder unmittelbarer Dialogmöglichkeit regelmäßig unter Abwesenden.¹⁹ Gemäß § 130 I S. 1 BGB werden Willenserklärungen unter Abwesenden wirksam, wenn sie dem Adressaten zugehen. Das Auktionshaus stellt die Plattform

für die Vertragsschlüsse zur Verfügung und besitzt keinen Spielraum, um auf diese aktiv einzuwirken.²⁰ Dabei ist die Besonderheit der Datenübertragung bei Internetauktionen zu beachten. Die Auktionsplattform reagiert auf die Gebote mit einer automatisierten Datenverarbeitung, die es dem Nutzer ermöglicht, die Gebote sofort einzusehen.²¹ Übertragen auf die Situation bei Internetauktionen bedeutet das, dass von einem Zugang auszugehen ist, wenn der Empfänger der Nachricht jederzeit durch eine Datenabfrage bei seinem Provider Zugriff auf die Nachricht nehmen kann.²² Dies rechtfertigt die Annahme, dass es sich bei dem Betreiber der Internetplattform um einen Empfangsvertreter nach § 164 III BGB handelt, bei dem der Zugang bereits dann bewirkt ist, wenn der Vertreter die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hat.²³ Die Willenserklärung gilt dann unmittelbar nach Abgabe als zugegangen.²⁴

2. Vertragsschluss

Nach erfolgreich beendeter Auktion kommt es zur Übergabe der Ware gegen Bezahlung. Auf schuldrechtlicher Ebene stellt dies einen Kaufvertrag i. S. d. § 433 BGB dar. Gemäß § 156 S. 1 BGB kommt der Vertrag bei einer Versteigerung erst durch den Zuschlag zustande. Die Veranstaltung stellt eine Aufforderung dar, im Laufe der Versteigerung Angebote abzugeben (*invitatio ad offerendum*).²⁵ Die Gebote der Bieter sind somit als bindende Anträge nach § 145 BGB zu qualifizieren und werden durch den Zuschlag des Auktionators angenommen.²⁶ Der Zuschlag ist eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit Abgabe wirksam wird.²⁷ Die Norm konstituiert insoweit eine Sonderform des Vertragsschlusses.²⁸ Bedeutsam ist hier, inwiefern diese Grundsätze auch auf die veränderte Kommunikationssituation im Internet anwendbar sind. Auch der elektronische Abschluss eines Vertrages bedarf zunächst zweier konsensualer Willenserklärungen.²⁹ Im Rahmen einer

Online-Auktionen: Eine Einführung in die wichtigsten rechtlichen Aspekte, Electronic Commerce und Recht, Bd. 3 (2002), S. 78.

11 Meyer/Specht/Friemel in: Bräutigam/Leupold (Hrsg.), Online-Handel: betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen, einzelne Erscheinungsformen des E-Commerce (2003), A II, Rn. 76.

12 Gurmman, Internet-Auktionen: Gewerberecht, Zivilrecht, Strafrecht (2005), S. 11.

13 Gurmman (Fn. 12), S. 11.

14 Meyer/Specht/Friemel (Fn. 11), A II, Rn. 76.

15 Meyer/Specht/Friemel (Fn. 11), A II, Rn. 69.

16 Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Auflage (2020), § 130 Rn. 5.

17 Ernst, Vertragsschluss bei Online-Auktionen, NJW CoR 1997, 165 (166); Wildemann, Vertragsschluss im Netz (2000), S. 13.

18 Utsch, Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen dargestellt am Beispiel der Electronic Mail, NJW 1997, 3007 (3007); Wildemann (Fn. 17), S. 13.

19 Fringuelli/Wallhäuser, Formerfordernisse beim Vertragsschluss im Internet, CR 1999, 93 (97); Heun, Die elektronische Willenserklärung, CR 1994, 595 (597).

20 Spindler/Schuster/Spindler, Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage (2019), § 130 Rn. 14; Spindler, Vertragsabschluss und Inhaltskontrolle bei Internet-Auktionen, ZIP 2001, 809 (811).

21 Von einer automatisierten Kenntnisnahme spricht Schinkels, Maximalstatt Höchstgebot als Annahmeerklärung bei Internetauktionen. Die Rolle der Online-Auktionsplattform als Erklärungsmittler, MMR 2018, 351 (353).

22 Gaul, Aktuelle Fragen der Internet-Versteigerung, WM 2000, 1783 (1785).

23 BGH NJW 2002, 363 (364); Palandt/Ellenberger (Fn. 16), § 156 Rn. 3; NK-BGB/Kremer, Nomos Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Teil – EGBGB, 3. Auflage (2016), § 156 BGB Anhang Rn. 15.

24 Vgl. für eBay: AG Menden, NJW 2004, 1329; OLG Frankfurt a. M., BeckRS 2015, 7929.

25 Staudinger/Bork (Fn. 7), § 156 Rn. 1; MüKo/Busche, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 8. Auflage (2018), § 156 Rn. 4.

26 BGH NJW 1998, 2350; Staudinger/Bork (Fn. 7), § 156 Rn. 1.

27 Staudinger/Bork (Fn. 7), § 156 Rn. 5; MüKo/Busche (Fn. 25), § 156 Rn. 4.

28 Staudinger/Bork (Fn. 7), § 156 Rn. 1; MüKo/Busche (Fn. 25), § 156 Rn. 1.

29 Die Möglichkeit der Abgabe von Willenserklärungen im Internet ist grundsätzlich anerkannt, siehe dazu Palandt/Ellenberger (Fn. 16), Vor § 116 Rn. 1; Gaul, Aktuelle Fragen zur Internetversteigerung, WM 2000, 1783 (1785).

standardisierten Internetauktion kommt der Vertrag nicht durch den Zuschlag des Auktionators zustande, sondern bemisst sich in der Regel nach dem Höchstgebot des Bieters und dem Ende der Laufzeit der Auktion.³⁰ Der Zeitablauf ersetzt den Zuschlag als Willenserklärung jedoch nicht.³¹ Vielmehr stellt das Einstellen der Ware auf der Plattform bereits ein rechtsverbindliches Angebot dar und keine Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes.³² Der Bieter erklärt die Annahme durch Abgabe seines Gebotes.³³ Dies schafft hinsichtlich der Verbindlichkeit der Erklärungen Rechtssicherheit, da der Erfolg der Auktion nicht dadurch bedroht wird, dass der Verkäufer darüber entscheiden kann, ob er das Höchstgebot annimmt oder nicht.³⁴ Dass bei Vertragsschluss im Wege einer Internetauktion die wesentlichen Vertragsbestandteile (*essentialia negotii*), wie der genaue Vertragspartner oder der exakte Kaufpreis, noch nicht hinreichend konkretisiert sind, ist unschädlich. Das Angebot muss inhaltlich nur so beschaffen sein, dass durch eine ihm entsprechende Annahme ein Vertrag geschlossen werden kann.³⁵ Dem Bestimmtheitserfordernis wird insoweit genüge getan, als bei Abgabe der Willenserklärung erkennbar ist, dass der Kaufvertrag mit dem Bieter zustande kommt, der bei Ablauf der Bietzeit das Höchstgebot abgibt.³⁶ Die Internetauktion stellt somit keine Versteigerung i. S. d. § 156 BGB dar und kommt nach der allgemeinen Regel des Vertragsschlusses nach § 145 BGB zu Stande.³⁷ § 156 BGB ist kein zwingendes Regelungsmodell, womit die Internetauktionshäuser den Vertragsschluss mittels ihrer Nutzungsbedingungen anderweitig rechtstechnisch konstruieren können.³⁸

3. Abgabe von Eigengeboten

Die Aussicht auf einen Schnäppchenkauf macht Internetauktionen besonders für Bieter attraktiv. Das konfligierende Interesse der Verkäufer, die Ware möglichst gewinnbringend zu veräußern, veranlasste in der Vergangenheit einige dazu, ein sogenanntes »*shill-bidding*« zu betreiben. Dabei werden

im Rahmen von Internetauktionen Eigengebote des Anbieters über ein anderes Benutzerkonto abgegeben, um den Preis manipulativ in die Höhe zu treiben.³⁹ Der BGH löste diese Problematik auf der Primärebene im Rahmen des Vertragsschlusses.⁴⁰ Dabei hielt der Senat zunächst fest, dass ein Vertragsschluss grundsätzlich die Beteiligung personenschiedener Rechtssubjekte voraussetzt.⁴¹ Das Angebot nach § 145 BGB ist bereits definitionsmäßig darauf angelegt, einem anderen als dem Anbietenden zuzugehen.⁴² Die Abgabe der Gebote des Bieters erfolgt unter der Prämisse, dass die konkurrierenden Gebote von einer nicht mit dem Verkäufer identischen Person stammen.⁴³ Der Verkäufer darf die Willenserklärung des Bieters demnach nur so verstehen, dass diese unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 I BGB) stehen, ein reguläres Fremdgebot zu überbieten.⁴⁴ Die Eigengebote des Verkäufers bleiben demnach unberücksichtigt und sind somit ungeeignet einen Vertragsschluss herbeizuführen.⁴⁵

4. Einbeziehung der Plattform-AGB

Die Auktionshäuser können in ihren AGB festhalten, wie Verträge auf ihrer Plattform zustande kommen. Die Geltung der Nutzungsbedingungen des Internetauktionshauses im Verhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer ist im Einzelnen umstritten.⁴⁶ Uneinigkeit herrscht vor allem darüber, ob überhaupt eine wirksame Einbeziehung der AGB des Plattformbetreibers in die Kaufverträge zwischen den Nutzern erfolgen kann und inwieweit diese zu berücksichtigen sind.

a) Einbeziehungslösung

Die Vorschläge der Vertreter der Einbeziehungslösung sind im Einzelnen verschieden⁴⁷, zielen aber im Ergebnis alle auf eine unmittelbare Wirkung der Plattform-AGB im Verhält-

30 MüKo/Busche (Fn. 25), § 156 Rn. 3.

31 BGH NJW 2005, 53 (54); MüKo/Busche (Fn. 25), § 156, Rn. 3; NK-BGB/Kremer (Fn. 23), § 156 Anhang, Rn. 12.

32 BGH NJW 2005, 53 (54); in einer früheren Entscheidung ließ der BGH noch offen, ob in dem Freischalten der Angebotsseite ein Angebot oder eine antizipierte Annahmeerklärung liegt, BGH NJW 2002, 363 (364).

33 Schmidt, Verkauf über Handelsplattformen wie Amazon und Ebay, in: Oelschlägel/Scholz (Hrsg.), Rechtshandbuch Online-Shop: E-Commerce, M-Commerce, Apps, 2. Auflage (2017), Rn. 4.36.

34 Heiderhoff, Internetauktionen als Umgehungsgeschäft, MMR 2001, 640 ff.

35 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Auflage (1992), S. 635.

36 BGH NJW 2005, 53 (54); Staudinger/Bork (Fn. 7), § 145 Rn. 19.

37 BGH NJW 2002, 363 (364); NJW 2005, 53 (54); für Live Auktionen findet § 156 BGB Anwendung. Hier besteht die Möglichkeit unmittelbar mit dem Auktionator zu kommunizieren; Hartung/Hartmann, »Wer bietet mehr?« – Rechtssicherheit des Vertragsschlusses bei Internetauktionen, MMR 2001, 278 (279); Hollerbach (Fn. 5), DB 2000, 2001 (2006).

38 Hartung/Hartmann (Fn. 37), MMR 2001, 278 (279); v. Samson-Himmelstjerna/Rücker, Internetversteigerungen, in: Bräutigam/Leupold (Hrsg.), Online-Handel: Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen. Einzelne Erscheinungsformen des E-Commerce (2003), S. 793.

39 MüKo/Busche (Fn. 25), § 147 Rn. 10; Linadartos, Treibende Gebote bei Internetauktionen (»*shill-bidding*«), Jura 2015, 1339; Staudinger/Singer (Fn. 7), § 117 Rn. 12; Sutschet, Anforderungen an die Rechtsgeschäftslehre im Internet, Bid Shielding, Shill Bidding und Mr. Unbekannt, NJW 2014, 1041 (1043).

40 BGH NJW 2017, 468 (469); anders OLG Frankfurt a. M., BeckRS 2015, 7929; OLG Rostock, BeckRS 2015, 2441, die die Problematik auf der Ebene des § 117 I BGB als Scheingeschäft behandelten.

41 BGH NJW 2017, 468 (469); Pfeiffer, Von Preistreibern und Abbruchjägern – Rechtsgeschäftslehre bei Online-Auktionen, NJW 2017, 1437 (1438).

42 BGH NJW 2017, 468.

43 OLG Stuttgart, NJW-RR 2015, 1363.

44 BGH NJW 2017, 468.

45 Staudinger/Singer (Fn. 7), § 117, Rn. 12; der BGH zog zur Auslegung nach §§ 133, 157 BGB § 10 VI eBay AGB a. F. heran, die eine manipulative Abgabe von Eigengeboten verbot. Das Verbot des *shill-biddings* findet sich aktuell im Bereich »*Rules&Policies*«, abrufbar unter: <https://www.ebay.de/help/policies/selling-policies/selling-practices-policy/shill-bidding-policy?id=4353>, zuletzt abgerufen am 4. 4. 2020.

46 Vgl. zum Streitstand Deutsch, Vertragsschluss bei Internetauktionen – Probleme und Streitstände, MMR 2004, 586 ff.

47 Wiebe, Vertragsschluss und Verbraucherschutz bei Internet-Auktionen und anderen Marktplätzen, in: Spindler/Wiebe (Hrsg.), Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, 2. Auflage (2005), S. 71 f.

nis zwischen den Nutzern ab, die letztlich auch eine AGB-Kontrolle im Marktverhältnis zwischen den Nutzern ermöglichen solle.⁴⁸ Ein Ansatz konstruiert die Einbeziehung der AGB im Wege einer Rahmenvertragslösung.⁴⁹ Mit dem Einverständnis in die AGB des Auktionshauses gebe der Teilnehmer auch ein Angebot an alle gegenwärtigen und zukünftigen Teilnehmer auf Abschluss eines Rahmenvertrags ab.⁵⁰ Diese Ansicht verkennt jedoch, dass der Nutzer mit dem Abschluss des Nutzungsvertrages lediglich den Zugang zum Markt und gerade nicht bereits eine rechtsverbindliche Erklärung auf einen etwaigen Vertragsschluss intendiert.

b) Auslegungslösung

Die Auslegungslösung lehnt hingegen eine direkte Einbeziehung der AGB des Plattformbetreibers in die Kaufverträge zwischen dem Verkäufer und dem Käufer ab.⁵¹ Diese gelten demnach zwar unmittelbar nur zwischen dem Veranstalter und dem Auktionsteilnehmer, können aber bei der Auslegung der Willenserklärungen nach §§ 133, 157 BGB herangezogen werden.⁵² Sie dienen somit der Bestimmung des objektiven Empfängerhorizonts, wenn diese nicht aus sich heraus verständlich sind.⁵³ Verständnislücken können dann unter Rückgriff auf die durch die Anerkennung der AGB begründeten wechselseitigen Erwartungen der Auktionsteilnehmer und deren gemeinsames Verständnis über die Funktionsweise der Internetauktion geschlossen werden.⁵⁴ Diese Auffassung vermag aufgrund ihrer dogmatischen Herleitung hinsichtlich der Berücksichtigung der AGB zu überzeugen. Richtigerweise können die AGB nicht unmittelbarer Bestandteil des Vertrages zwischen den Plattformnutzern werden. Dafür erfordert es nach § 305 I BGB, dass eine Vertragspartei die Vertragsbedingungen stellt. Die AGB sind jedoch vom Plattformbetreiber vorgegeben, sodass keiner der Vertragsparteien Verwender der Klauseln ist. Die AGB geben hingegen eine gewisse Marktordnung vor, in die die Nutzer bei der Registrierung eingewilligt haben. Vertragsschlüsse, die auf der Plattform getätigt werden, können daher nicht gänzlich losgelöst von diesem Rahmen betrachtet werden. Indem die AGB bei der Auslegung der Willenserklärungen nach §§ 133, 157 BGB herangezogen werden, strahlen sie somit auf die Kaufverträge aus.

⁴⁸ Burgard, Online-Marktordnung und Inhaltskontrolle, WM 2001, 2102 (2106); Sester, Vertragsschluss bei Internet-Auktionen, CR 2001, 98 (105); Lettl, Versteigerungen im Internet – BGH NJW 2002, 363, JuS 2002, 219; Spindler (Fn. 20), ZIP 2001, 809 (812).

⁴⁹ Koch, Geltungsbereich von Internet Auktionsbedingungen, CR 2005, 504 (505); Sester (Fn. 48), CR 2001, 98 (107); Spindler (Fn. 20), ZIP 2001, 809 (812).

⁵⁰ Sester (Fn. 48), CR 2001, 98, (107).

⁵¹ Emmerich, Vertragsabschluss im Internet (»ricardo-Urteil«), JuS 2002, 290 (291).

⁵² BGH NJW 2002, 363 (364).

⁵³ OLG Hamm NJW 2001, 1142; Grapentin, Vertragsschluss bei Internet-Auktionen, GRUR 2001, 713 (714); Ulrici, Die enttäuschte Internetauktion, JuS 2000, 947 (948); Winter, Urteilsanmerkung zu LG Darmstadt v. 24.1.2002 – 3 O 289/01, CR 2003, 295 (296).

⁵⁴ BGH NJW 2002, 363 (364).

5. Stellvertretung

Im Zeitalter des digitalen Rechtsverkehrs gewinnt das Vertrauen in die Identität des Vertragspartners aufgrund der mangelnden persönlichen Begegnung immer mehr an Bedeutung. Das Internet als anonymes Massenmedium eröffnet eine Vielzahl von Möglichkeiten, die eigene Identität zu verschleiern und ebnet somit diversen Missbrauchskonstellationen den Weg.⁵⁵ Das Nutzerkonto auf einer Auktionsplattform ist grundsätzlich einer einzelnen Person zugeordnet, sodass der Inhaber des Kontos der Erklärende ist.⁵⁶ Handelt ein Dritter im fremden Namen für den Vertretenen, so finden die allgemeinen Regeln der Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB analog Anwendung.⁵⁷

Schwierigkeiten ergeben sich im Online-Bereich besonders dann, wenn der Dritte bei Verwendung eines fremden Nutzerkontos nicht offenlegt, dass er nicht für den eigentlichen Kontoinhaber agiert. Handelt der Dritte ohne Vertretungsmacht, so haftet er selbst nach den Grundsätzen des § 179 I BGB analog als *falsus procurator*. Ein Entstehen des vermeintlich Vertretenen für die Erklärung des Dritten, die ohne Vertretungsmacht abgegeben wurde, kommt allenfalls über die Anwendung der Rechtsscheinhafung in Form einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht in Betracht.⁵⁸ Voraussetzung ist, dass ein Rechtsschein für die Identität des Nutzers gesetzt wurde und der Erklärungsempfänger ein schutzwürdiges Vertrauen darin hatte, dass tatsächlich der unter dem Benutzernamen Registrierte handelte.⁵⁹ Eine Duldungsvollmacht zeichnet sich dadurch aus, dass der Vertretene von dem Auftreten des Vertreters, das er nicht unterbunden hat, Kenntnis hatte, ohne diesen stillschweigend bevollmächtigt zu haben.⁶⁰ Davon unterscheidet sich die Anscheinsvollmacht dadurch, dass der Vertretene das unbefugte Vertreterhandeln zwar nicht kannte, es bei Anwendung gehöriger Sorgfalt aber hätte erkennen und verhindern können.⁶¹ Der BGH entschied dazu, dass es zur Annahme der Anscheinsvollmacht im Bereich der Internetauktion eines wiederholten Auftretens und Handelns des vermeintlichen Vertreters bedarf.⁶² Das ergibt sich daraus, dass diese bei Internetauktionen nicht losgelöst von dem potenziellen Missbrauch von Authentisierungsmechanismen betrachtet werden kann. Das Passwort stellt zwar ein Legitimationsmerkmal dar, dieses kann jedoch von Dritten und Hackern abgelesen werden.⁶³ Soweit Dritte die Zugangsdaten eigen-

⁵⁵ Schwab, BGB AT: Handeln unter fremden Namen bei Internetauktionen, JuS 2013, 453 (454).

⁵⁶ Borges, Rechtsscheinhafung im Internet, NJW 2011, 2400 (2401).

⁵⁷ BGH NJW 1966, 1069; OLG München NJW 2004, 1328; NK-BGB/Kremer (Fn. 23), § 156 Anhang, Rn. 31.

⁵⁸ MüKo/Schramm (Fn. 25), § 167, Rn. 74.

⁵⁹ LG Bonn MMR 2002, 255 (257); Borges (Fn. 56), NJW 2011, 2400.

⁶⁰ NK-BGB/Ackermann (Fn. 23), § 167 Rn. 81.

⁶¹ BGH NJW 1981, 1727 (1728); OLG Hamm NJW 2007, 611 (612).

⁶² BGH NJW 2011, 2421 (2422); a. A. Schinkels, BGH: Rechtsscheinzurechnung des Handelns unter fremder eBay-Nutzerkennung (Account-Missbrauch), in: Lindemaier-Möhrling (Hrsg.), Kommentierte BGH Rechtsprechung 2011, 320461, der aus einem Erst-Recht-Schluss aus § 172 BGB für die Anwendung einer Blankethaftung plädiert.

⁶³ AG Erfurt MMR 2002, 127 (128).

mächtig in Erfahrung bringen, fehlt es darüber hinaus an der Verhinderungsmöglichkeit des Zugangsinhabers.⁶⁴ Somit ist der Sicherheitsstandard nicht ausreichend, um aus der Verwendung eines Passworts auf denjenigen als Nutzer zu schließen, dem dieses ursprünglich zugeteilt wurde.⁶⁵ Selbst bei einem passwortgeschützten Zugang kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Nutzerkonto ausgespäht wird. Es reicht für eine rechtsgeschäftliche Haftung nicht bereits aus, dass der Kontoinhaber die Zugangsdaten unzureichend vor einem unbefugten Zugriff gesichert habe.⁶⁶ In Fällen der bewussten Weitergabe von Passwörtern ist hingegen eine direkte Haftung des Kontoinhabers anzunehmen. Die Preisgabe des Passwortes an einen Dritten erzeugt bewusst das Risiko, dass der Dritte diese Möglichkeit nutzt und gegebenenfalls auch abredewidrig handelt.⁶⁷

6. Vertragslösung

Ist ein Kaufvertrag im Rahmen einer Internetauktion wirksam geschlossen worden, stellt sich die Frage, ob und wie sich die Parteien von diesem wieder lösen können.

Eine Loslösung vom Vertrag könnte in einer Rücknahme des Angebotes durch Abbruch der Internetauktion erachtet werden. Grundsätzlich sind Verkaufsangebote auf Auktionsplattformen bindend und dürfen nicht ohne Weiteres gestrichen werden.⁶⁸ Das Angebot ist aus der Sicht eines Auktionsteilnehmers dahingehend auszulegen, dass es unter dem Vorbehalt einer berechtigten Angebotsrücknahme steht.⁶⁹ Ein solcher Vorbehalt, der die Bindungswirkung des Angebots einschränkt, ist nach § 145 BGB zulässig.⁷⁰ Ob ein vorzeitiger Abbruch der Auktion zulässig ist, muss anhand einer Auslegung der Willenserklärungen unter Berücksichtigung der jeweiligen AGB stattfinden. So sieht beispielsweise § 6 Nr. 6 eBay AGB eine vorzeitige Beendigung durch den Verkäufer nur in Fällen vor, in denen der Käufer den Verkäufer bittet das Gebot zu streichen, der Verkäufer befürchtet, dass das Gebot von einem betrügerischem Käufer stammt oder wenn der Verkäufer dazu berechtigt war.⁷¹ Dafür kommen solche Gründe in Betracht, die den Verkäufer nach dem Gesetz berechtigen würden, sich von seinem Verkaufsangebot zu lösen, oder Gründe, die von vergleichbarem

Gewicht sind.⁷² Dies umfasst neben dem Anfechtungsrecht nach § 119 BGB auch den Untergang oder den Verlust der Sache und die damit einhergehende Befreiung von der Primärleistungspflicht nach § 275 I BGB.⁷³ Das Leistungshindernis darf vom Verkäufer nicht verschuldet sein.⁷⁴ Ein Auktionsabbruch hat im Regelfall zur Folge, dass ein Kaufvertrag zu dem Höchstgebot im Zeitpunkt des Abbruchs zustande kommt.⁷⁵ Ist dem Verkäufer aufgrund einer anderweitigen Veräußerung die Erfüllung des Vertrages unmöglich, so macht er sich gemäß §§ 280 I, III, 283 I BGB Schadensersatzpflichtig.⁷⁶ Nur so kann sichergestellt werden, dass das berechtigte Vertrauen des Bieters auf die Erfolgchancen seines Gebotes hinreichend geschützt wird.⁷⁷ Andernfalls wäre der Bieter der Willkür des Verkäufers ausgesetzt, der sich jederzeit überlegen könnte, das Angebot zurückzunehmen.⁷⁸

7. Sittenwidrigkeit und Wucher

Der Preisbildungsmechanismus bei Internetauktionen kann mitunter dazu führen, dass es zu einer großen Diskrepanz zwischen dem Wert der Ware und dem Kaufpreis kommt. Die etwaige Preisdifferenz verleiht der Auktion einerseits ihren Reiz, gleichzeitig weckt dies ein Bedürfnis nach der Klärung, wann die Grenzen des sittenwidrigen Geschäfts nach § 138 BGB überschritten sind.

Eine Nichtigkeit wegen Wuchers (§ 138 II BGB) bei Internetauktionen scheidet regelmäßig aus, da die Parteien dafür die Schwächesituation des anderen Vertragsteils ausnutzen müssten.⁷⁹ Aufgrund des anonymen Vertragsschlussverfahren sind den Parteien bereits die persönlichen Umstände nicht bekannt.⁸⁰ In Betracht kommt aber ein sittenwidriges Geschäft nach § 138 I BGB in Form eines wucherähnlichen Geschäftes. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist das Rechtsgeschäft dann nach § 138 I BGB nichtig, wenn objektiv ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt und subjektiv der begünstigte Teil mit verwerflicher Gesinnung handelt.⁸¹ Ein besonders auffälliges grobes Missverhältnis ist dann gegeben, wenn der Wert der Leistung doppelt so hoch ist wie derjenige der

64 OLG Köln MMR 2002, 813 (814); *Spindler* (Fn. 20), § 164 Rn. 10.

65 OLG Köln MMR 2002, 813 (814); a. A. *Borges* (Fn. 56), NJW 2011, 2400 (2403), der den Passwortschutz als Rechtsschein anerkennt.

66 BGH NJW 2011, 2421; OLG Hamm NJW 2007, 611; *Borges* (Fn. 56), NJW 2011, 2400 (2403).

67 *Borges* (Fn. 56), NJW 2011, 2400 (2403).

68 BGH MMR 2015, 103 (105).

69 BGH MMR 2011, 653 (654); MMR 2015, 167 (168); MMR 2016, 26 (27).

70 BGH MMR 2011, 653 (654); *Bernhard*, Das berechtigte Abbrechen einer eBay-Auktion, DAR 2014, 168 (169).

71 <https://www.ebay.de/help/policies/member-behavior-policies/allgemeine-geschftsbedingungen-fr-die-nutzung-der-deutschen-ebaydienste?id=4259#%C2%A74%20Sanktionen,%20Sperrung%20und%20K%C3%BCndigung>, zuletzt abgerufen am 4. 4. 2020; Hinweise, wann ein Abbruch zulässig ist, finden sich auf der verlinkten Hilfsseite: <https://www.ebay.de/help/selling/listings/selling-auctions/canceling-bid?id=4140>, zuletzt abgerufen am 4. 4. 2020.

72 BGH MMR 2016, 26 (28).

73 BGH MMR 2011, 653 (653); zustimmend *Oechsler*, Der vorzeitige Abbruch einer Internetauktion und die Ersteigerung unterhalb des Marktwerts der Sache, NJW 2015, 665 ff.; *Hoffmann*, Unmöglichkeit während der Laufzeit einer Internetauktion, ZIP 2017, 449 (450).

74 *Hoffmann* (Fn. 73), ZIP 2017, 449; *Oechsler* (Fn. 73), NJW 2015, 665 (667).

75 BGH NJW 2015, 548.

76 BGH MMR 2015, 167 (168); *Oechsler* (Fn. 73), NJW 2015, 665 (666); *Hoffmann* (Fn. 73), ZIP 2017, 449 (453).

77 *Wagner/Zenger*, Urteilsanmerkung zu BGH Urt. v. 23. 9. 2015 – VIII ZR 283/14, MMR 2016, 26 (28).

78 OLG Oldenburg MMR 2005, 766 (767); *Emde*, Die rechtlichen Herausforderungen des E-Commerce 2.0, in: Brütigam/Rücker, E-Commerce, Rechtshandbuch 1. Auflage (2017), F III, Rn. 24.

79 *Schmidt* (Fn. 33), Rn. 4.47.

80 OLG Köln MMR 2007, 446 (447); *Schmidt* (Fn. 33), Rn. 4.47.

81 BGH NJW 2001, 1127; Palandt/*Ellenberger* (Fn. 16), § 138 Rn. 34.

Gegenleistung.⁸² Besteht ein solches Missverhältnis, so wird eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Vertragsteils vermutet.⁸³ Eine Übertragung dieser Grundsätze ist nicht ohne Weiteres auf die Situation bei Internetauktionen möglich.⁸⁴ Der Teilnehmer einer Internetauktion ist sich regelmäßig darüber bewusst, dass die Höhe des Verkaufspreises nicht allein vom Marktwert der Sache abhängt, sondern vom Wettstreit der Bieter. Insbesondere ist der Bieter nicht gehalten, sein Gebot am mutmaßlichen Marktwert auszurichten. Der Verkäufer kann einem etwaigen Verkauf unter Wert durch Festsetzung eines Mindestpreises entgegenwirken.⁸⁵ Es widerspricht dem Charakter der Internetauktion, einen Vertrag nur zu einem »angemessenen Preis« zustande kommen zu lassen.⁸⁶ Aufgrund der besonderen Preisbildungssituation müssen für das Eingreifen des § 138 I BGB zusätzlich besondere Umstände geltend gemacht werden, die auf eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Käufers schließen lassen.⁸⁷

8. Rechtsmissbräuchliches Verhalten

Ein unlauteres Verhalten lässt sich bei Internetauktionen nicht nur auf Verkäuferseite verzeichnen. Die Aussicht auf ein besonders günstiges Schnäppchen verleitet auch einige Bieter zu »kreativen« Handlungsweisen.

Im Folgenden geht es daher um die rechtliche Behandlung sogenannter »Abbruchjäger«. Als Abbruchjäger bezeichnet man Bieter, die ohne aufrichtiges Kaufinteresse bei einer Vielzahl von Auktionen teilnehmen und niedrige Gebote in der Hoffnung abgeben, dass diese vorzeitig durch den Verkäufer abgebrochen wird.⁸⁸ Abbruchjäger sind dabei darauf aus, entweder die Erfüllung des Kaufvertrages zu einem niedrigen Preis zu erwirken oder den Verkäufer auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Dazu entschied der BGH, dass die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs eines Abbruchjägers rechtsmissbräuchlich sei und somit einen Verstoß gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB darstellen kann.⁸⁹ Dabei ist eine Gesamtschau aller Indizien vorzunehmen, wobei die Qualifizierung des Bieters als Abbruchjäger nicht an abstrakten, verallgemeinerungsfähigen Kriterien festgemacht werden kann.⁹⁰ Mit dem Einstellen der Ware zu einem niedrigen Startpreis begibt sich der Verkäufer bewusst in das Risiko, viele Bieter anzulocken und

einen für ihn ungünstigen Auktionsverlauf herbeizuführen.⁹¹ So macht es gerade den Reiz einer Auktion aus, Ware zu einem Schnäppchenpreis zu erwerben. Dass ein Bieter von einer besonderen Marktsituation profitieren möchte, rechtfertigt noch keine Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung.⁹² Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten kann daher nicht bereits darin gesehen werden, dass der Bieter gezielt auf solche Waren bietet, die mit einem weit unter dem Marktwert liegenden Mindestgebot eingestellt wurde.⁹³ Ebenso wenig begründet das Bieten mit niedrigen Geboten auf eine Vielzahl von Internetauktionen einen treuwidrigen Tatbestand.⁹⁴ Darin ist lediglich eine »Schnäppchenjagd« zu sehen, die an sich zulässig ist. Die Grenze zum missbilligenswerten Verhalten wird erst dann überschritten, wenn der Bieter mit Abgabe seines Gebotes allein auf den Abbruch der Auktion abzielt, um so etwaige Schadensersatzansprüche geltend machen zu können. Damit stellt der BGH klar, dass dann ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt, wenn es dem Käufer von Anfang an nicht um den Abschluss des Kaufvertrages ging, sondern um dessen Scheitern.⁹⁵ Der Abbruchjäger hat seine Rechtsposition vorsätzlich treuwidrig herbeigeführt und soll sich aufgrund dessen nicht darauf berufen können. Die Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens erfordert eine sorgfältige und umfassende Prüfung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles und muss dennoch auf besondere Ausnahmefälle beschränkt bleiben.⁹⁶ Auf diese Weise bleibt der Bereich des privatautonom Handelns des Bieters gewahrt, dem es möglich sein muss, auf die zulässige »Schnäppchensuche« zu gehen.

II. Verbraucherschutz bei Internetauktionen

Der Online-Handel bietet unlängst nicht nur für private Verkäufer attraktive Möglichkeiten der Warenpräsentation und Veräußerung, sondern eröffnet auch Unternehmern den Weg im virtuellen Raum mit dem Käufer in Kontakt zu treten. Handelt es sich um ein B2C Geschäft, bei dem am anderen Ende des Vertrages ein Verbraucher steht, so wird der Verbraucherschutz relevant. Von Bedeutung ist daher die korrekte Einordnung der Vertragsparteien als Unternehmer (§ 14 BGB) und Verbraucher (§ 13 BGB). Im Rahmen von Internetauktionen kann bereits diese Abgrenzung zwischen privater und gewerblicher Tätigkeit schwierig sein, wenn die Nutzer die Plattform sowohl für gewerbliche als auch für private Zwecke nutzen können. Ein gewerbliches Handeln des Unternehmers liegt bei einer planvollen, auf gewisse Dauer angelegten, selbstständigen und wirtschaftlichen Tätigkeit vor, die nach Außen in Erscheinung tritt.⁹⁷ Weitere in Betracht kommende Abgrenzungskriterien werden im

⁸² BGH NJW 1994, 1344 (1347); NJW 2000, 1254 (1255); Palandt/*Ellenberger* (Fn. 16), § 138 Rn. 68.

⁸³ BGH NJW 2001, 1127 (1128).

⁸⁴ BGH MMR 2012, 451 (453).

⁸⁵ BGH NJW 2015, 548 (549); *Krefse*, Wucherähnliche Geschäft bei Versteigerungen, NJ 2016, 60 (61).

⁸⁶ LG Bonn, BeckRS 2012, 17893; *Kieselstein/Rückebeil*, 1, 2, 3... Probleme bei der Internetauktion, VuR 2007, 297 (298).

⁸⁷ BGH NJW 2012, 2723 (2724); MMR 2015, 103 (104); *Bernhard* (Fn. 70), DAR 2014, 168 (170).

⁸⁸ *Dastis*, jurisPR-BGH ZivilR 17/2019, Anm. 1.; *Pfeiffer* (Fn. 41), NJW 2017, 1437; *Kopp/Ritter*, Abbruchjäger – Grenzen der Schnäppchenjagd auf eBay, MMR 2016, 793 ff.; *Wagner/Zenger* (Fn. 77), MMR 2016, 26 (29).

⁸⁹ BGH NJW 2019, 2475.

⁹⁰ BGH NJW 2019, 2475.

⁹¹ BGH MMR 2015, 103 (105); NJW 2019, 2475 (2477); *Bernhard* (Fn. 70), DAR 2014, 168 (169).

⁹² *Stieper*, Vorzeitige Beendigung einer eBay Auktion. Ausgestaltung von Willenserklärungen durch AGB als Herausforderung für die Rechtsgelehrtenlehre, MMR 2015, 627 (630).

⁹³ BGH NJW 2019, 2475.

⁹⁴ *Kopp/Ritter* (Fn. 88), MMR 2016, 793 (796).

⁹⁵ BGH NJW 2019, 2475.

⁹⁶ BGH NJW 2019, 2475.

⁹⁷ LG Mainz VuR 2005, 427.

Folgendem am speziellen Beispiel der Internetplattform eBay aufgezeigt. Indizien können eine hohe Anzahl von Angeboten,⁹⁸ ein längerer Zeitraum der kontinuierlichen Nutzung von eBay für Verkaufsangebote,⁹⁹ die Anzahl von Bewertungen,¹⁰⁰ die Einrichtung eines eBay Shops¹⁰¹ sowie der Ankauf von Ware zum systematischen Weiterverkauf sein¹⁰². Vereinzelt gibt auch die Präsentation des Nutzerprofils Aufschluss über den Status des Verkäufers. So vergibt eBay die Bezeichnung als »Powerseller« an Nutzer, die einen bestimmten Umsatz in einer gewissen Zeit und in erheblichem Umfang erzielten.¹⁰³ Für einen eBay »Powerseller« gilt dann eine tatsächliche Vermutung, dass er planmäßig im Rahmen eines Gewerbes auf der Internetplattform tätig wird, womit ihm im Prozess die Beweislast obliegt, dass er kein Unternehmer ist.¹⁰⁴ Auch Nutzer, die die von eBay selbstbestimmten Kriterien nicht erfüllen, können gleichwohl als Unternehmer angesehen werden.¹⁰⁵ Die endgültige Einordnung als Unternehmer bedarf letzten Endes einer Gesamtwürdigung der Umstände im Hinblick auf das Auftreten am Markt.¹⁰⁶

1. Widerruf im Fernabsatz

Gemäß der Legaldefinition des § 312 c I BGB sind Fernabsatzverträge solche Verträge, bei denen der Unternehmer und der Verbraucher für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel (§ 312 c II BGB) verwenden. Die Vorschriften über den Fernabsatz dienen dem Schutz des Verbrauchers vor technisch strukturellen Risiken, die sich durch diese besondere Vertriebsform ergeben.¹⁰⁷ Der Verbraucher soll vor Nachteilen geschützt werden, die ihm daraus erwachsen, dass er die Ware vor Vertragsschluss nicht in Natura begutachten kann.¹⁰⁸ Zudem kann sich der Verbraucher aufgrund

⁹⁸ OLG Frankfurt CR 2007, 682; OLG Zweibrücken CR 2007, 681; LG Berlin ITRB 2008, 10.

⁹⁹ LG Mainz NJW 2006, 783; *Härtling*, Internet-Recht, 6. Auflage (2007), S. 248.

¹⁰⁰ OLG Karlsruhe CR 2006, 689 (690); *Schmittmann*, Verbraucher und Recht, Wie lange ist der Verkäufer bei Internet-Auktionen noch Verbraucher?, VuR 2006, 223 (225).

¹⁰¹ OLG Frankfurt CR 2007, 682; LG Berlin MMR 2007, 401; BeckOGK/*Alexander*, 1.7.2020, § 14 Rn. 192; *Szczeny/Holthusen*, Aktuelles zur Unternehmereigenschaft bei Internet-Auktionen, NJW 2007, 2586 (2588).

¹⁰² LG Hof, CR 2003, 854; *Teuber/Melber*, »Online-Auktionen« – Pflichten der Anbieter durch das Fernabsatzrecht, MDR 2004, 185 (186).

¹⁰³ Der Powerseller Status wurde an einen gewissen Umsatz innerhalb einer gewissen Zeit geknüpft. Mittlerweile hat eBay die Bezeichnung durch die des »Verkäufers mit Top Bewertungen« abgelöst, <https://verkaeuferportal.ebay.de/anforderungen-fuer-status-verkaeufer-mit-top-bewertung>, zuletzt abgerufen am 4. 4. 2020.

¹⁰⁴ OLG Frankfurt, Beschl. v. 21. 3. 2007 – 6 W 27/07, MMR 2007, 378; *Teuber/Melber* (Fn. 102), MDR 2004, 185 (186); BeckOGK/*Alexander* (Fn. 101), § 14 Rn. 2.

¹⁰⁵ BeckOGK/*Alexander* (Fn. 101), § 14 Rn. 2.

¹⁰⁶ OLG Frankfurt, Beschl. v. 7. 4. 2005 – 6 U 149/04, MMR 2005, 458; BeckOGK/*Alexander* (Fn. 101), § 14 Rn. 189; MüKo/*Micklitz* (Fn. 25), § 14 Rn. 29; *Peter*, Powerseller als Unternehmer, ITRB 2007, 18 (19).

¹⁰⁷ BeckOGK/*Busch*, 15. 7. 2020, § 312 c Rn. 2.

¹⁰⁸ Vgl. Erwägungsgrund 37 der VRR/2011/83/EU; BT-Drs. 14/2658, 15 f.; *Bonacker*, Der Widerruf von Fernabsatzverträgen am Beispiel der Inter-

der Anonymität im Internet in der Regel kein Bild über die Seriosität des Vertragspartners machen.¹⁰⁹ Ein wichtiges Instrument des Verbraucherschutzes stellt das Widerrufsrecht dar. Für Fernabsatzverträge ergibt sich dieses aus §§ 312 c, 312 g I BGB.¹¹⁰

2. Widerruf bei Internetauktionen

Gemäß § 312 d IV Nr. 5 BGB a.F. bestand kein Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen, die im Wege einer Versteigerung (§ 156 BGB) geschlossen wurden. Begründet wurde dies mit dem widerstreitenden Charakter der Versteigerung, der sich vor allem durch die Endgültigkeit des Zuschlags bestimmt.¹¹¹ Nach ständiger Rechtsprechung kommt der Kaufvertrag im Rahmen einer Internetauktion nicht durch Zuschlag, sondern durch Antrag und Annahme zusammen.¹¹² In konsequenter Anwendung des Grundsatzes erklärte der BGH das Widerrufsrecht bei Internetauktionen für anwendbar und nicht nach § 312 d IV Nr. 5 BGB a.F. ausgeschlossen.¹¹³

In Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie VRR/2011/83/EU wurde der Ausnahmetatbestand des § 312 d IV Nr. 5 BGB a.F. in § 312 g II Nr. 10 BGB aufgenommen.¹¹⁴ Gemäß § 312 g II Nr. 10 BGB besteht das Widerrufsrecht nun nicht bei öffentlich zugänglichen Versteigerungen, bei denen der Unternehmer und Verbraucher persönlich anwesend sind.¹¹⁵ Die Verbraucherrechterichtlinie sieht in Art. 16 k) einen Ausschluss des Widerrufsrechtes nur bei einer öffentlichen Versteigerung vor.¹¹⁶ Diese wird in Art. 2 Nr. 13 definiert als eine Verkaufsmethode, bei der der Unternehmer Verbrauchern, die bei der Versteigerung persönlich anwesend sind oder denen diese Möglichkeit gewährt wird, Waren anbietet und zwar in einem auf konkurrierenden Geboten basierenden transparenten Verfahren, bei dem der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, zum Erwerb der Waren verpflichtet ist.¹¹⁷ Die umfassende Neuformulierung des Gesetzgebers bestätigt somit das, was der BGH in seiner Rechtsprechung bereits entwickelt hatte: Den Verbrauchern muss zumindest die Möglichkeit der persönlichen Anwesenheit gegeben werden.¹¹⁸ Dies wird dem Umstand gerecht, dass sich bei Internetauktionen aufgrund der fehlenden Möglichkeit der persönlichen Inaugenschein-

netauktion eBay (2008), S. 95; MüKo/*Wendehorst*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3, 8. Auflage (2019), § 312 c Rn. 2.

¹⁰⁹ BGH, Versäumnisurteil v. 17. 3. 2004 – VIII ZR 265/03, NJW-RR 2004, 1058 (1059); MüKo/*Wendehorst* (Fn. 108), § 312 c Rn. 3; BeckOGK/*Busch* (Fn. 107), § 312 c Rn. 2.

¹¹⁰ Auer-Reinsdorff/Conrad/*Kremer*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auflage (2019), § 28 Rn. 27.

¹¹¹ MüKo/*Wendehorst* (Fn. 108), § 312 g Rn. 46.

¹¹² Siehe zum Vertragsschluss bei Internetauktionen C I 2.

¹¹³ BGH NJW 2005, 53.

¹¹⁴ *Spindler* (Fn. 20), § 156 Rn. 6; *Wendehorst*, Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, NJW 2014, 577 (582).

¹¹⁵ Auf das Erfordernis der persönlichen Anwesenheit stellt auch der Erwägungsgrund 24 der VRR/2011/83/EU ab.

¹¹⁶ VRR/2011/83/EU.

¹¹⁷ VRR/2011/83/EU.

¹¹⁸ MüKo/*Wendehorst* (Fn. 108), § 312 g Rn. 46.

nahme der Ware die gleiche Problematik stellt, die auch dem Sinn und Zweck des Fernabsatzes zu Grunde liegt.¹¹⁹ Bei Internetauktionen besteht demnach ein Widerrufsrecht des Verbrauchers nach §§ 355 I, 312 g I Alt. 2 BGB.¹²⁰

D. Fazit

Die vorstehende Analyse verdeutlicht die Vielfalt an rechtlichen Problemen, die beim Warenkauf im Rahmen einer Internetauktion auftauchen können. Richtungsweisend ist vor diesem Hintergrund die Rechtsprechung des BGH, der mit seiner Entscheidung zum Charakter der Internetauktionen, als Kauf gegen Höchstgebot, einen wichtigen

Grundstein für dessen rechtliche Behandlung legte.¹²¹ Im Grunde handelt es sich dabei um bekannte Fragestellungen des Vertragsrechts, die in technische Sachverhalte eingekleidet sind. Gleichzeitig zeigt sich allerdings, dass die rechtliche Ausgestaltung im Hinblick auf den Verbraucherschutz bei Internetauktionen in seiner ursprünglichen Fassung nicht ausreichend war. Begrüßenswert ist es daher, dass der Gesetzgeber in Umsetzung der Unionsrichtlinien die Rechte des Verbrauchers gestärkt und entsprechende Normen zum Fernabsatz adäquat an die veränderte Kommunikationssituation im Internet angepasst hat. Trotz weitestgehend gefestigter Rechtsprechung ist ferner zu erwarten, dass sich der BGH auch in Zukunft mit Grenzfällen im Bereich der Internetauktion befassen wird. Aufgrund des anonymisierten Bietverfahrens bei Internetauktionen stellen unlautere Verhaltensweisen im elektronischen Geschäftsverkehr ein wiederkehrendes Element dar. Allerdings hat die höchstrichterliche Rechtsprechung in der Vergangenheit bewiesen, dass neue Probleme dieser Art trotz ihrer technischen Einkleidung unter stringenter Anwendung der zivilrechtlichen Dogmatik nach Maßgabe des BGB souverän gelöst werden können.

¹¹⁹ BGH MMR 2005, 37 (39); AG Itzehoe, MMR 2004, 637 (638); BT-Drs. 14/2658, 15; *Spindler* (Fn. 20), § 156 Rn. 6; BeckOKBGB/*Martens*, 54. Ed. 1. 5. 2020, § 312 c Rn. 6; *Brönneke*, Widerrufsrecht und Belehrungspflichten, Rechtsdogmatische Analyse und rechtspolitische Vorschläge (2009), S. 12; von einer »Unsichtbarkeit des Vertragspartners und des Produkts« spricht insoweit, *Martinek*, Verbraucherschutz im Fernabsatz – Le-sehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU Richtlinie, NJW 1998, 207.

¹²⁰ *Spindler* (Fn. 20), § 156 Rn. 6; Abweichendes gilt für Kaufverträge bei moderierten Live-Auktionen. Diese kommen im Wege des § 156 BGB zustande. Hier ist das Widerrufsrecht nach § 312 g I BGB ausgeschlossen.

¹²¹ BGH NJW 2002, 363 (364).

ÖffR Aufsatz

Lara Schmidt*

Verfassungsmäßige Sanktionen im Sozialrecht: Ein Dilemma der bundesverfassungsgerichtlichen Menschenwürdejudikatur

Der Aufsatz bereitet die Entscheidungsinhalte des umstrittenen Sanktionenurteils des BVerfG studierendengerecht auf und analysiert das Urteil anschließend verfassungsrechtlich. Dabei wird insbesondere aufgezeigt, dass sich das Sanktionenurteil zwar in die bisherige Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 1 I GG (i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip) einfügt, gleichwohl dogmatisch nicht überzeugen kann. Dieses Spannungsverhältnis weist auf ein besonderes Dilemma der bundesverfassungsrechtlichen Menschenwürdejudikatur hin, welches sich mit der interpretatorischen Offenheit der Würdenorm, sowie ihrer besonderen Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte erklären lässt.

Das Urteil des BVerfG vom 5.11.2019¹ zur Verfassungsmäßigkeit monetärer Sanktionierungen von Sozialleistungsberechtigten gab Anlass sich mit grundsätzlichen Fragen des Zusammenlebens innerhalb unserer Solidargemeinschaft auseinanderzusetzen. Wie soll in einer sozialmarktwirtschaftlich organisierten Gesellschaft mit Menschenverfahren werden, die sich den Fördermaßnahmen der Jobcenter verweigern? Muss man diese Menschen mit staatlichen Maßnahmen zur Reintegration in den Arbeitsmarkt bewegen oder hat der Einzelne mit Blick auf die Garantien des Art. 1 I GG einen unbedingten Anspruch auf existenzsichernde Sozialleistungen? Laut den Karlsruher Richtern hält das Grundgesetz diesen sozialpolitischen Fragen eine eindeutige Antwort vor: Zwar stehe dem Einzelnen mit Blick auf Art. 1 I GG und dem Sozialstaatsprinzip ein Minimum an existenzsichernden Leistungen zu. Ein »Weniger« dieses Minimums zu leisten sei jedoch verfassungsrechtlich zulässig, um die Leistungsberechtigten zur Mitwirkung bei der Reintegration in den Arbeitsmarkt zu motivieren. Diese Rechtsprechung des BVerfG irritiert nicht nur sprachlogisch. Sie wirft auch die verfassungsdogmatische Frage auf, wie ein in der unverfügbaren Menschenwürde begründeter Anspruch im Einklang mit den grundgesetzlichen Vorgaben arbeitsmarktpolitisch reduziert werden kann.

Ein Blick in die bisherige Judikatur des BVerfG zeigt, dass die dogmatischen Probleme im Umgang mit der Menschenwürde keinesfalls ein Spezifikum des Sozialrechts darstellen.

Vielmehr weist das Sanktionenurteil nur erneut auf ein Dilemma der bundesverfassungsgerichtlichen Menschenwürdejudikatur hin, welches sich mit der interpretatorischen Offenheit der Würdenorm sowie ihren besonderen Entstehungs- und Entwicklungsumständen erklären lässt.

A. Das Sanktionenurteil

I. Einführung: Existenzsicherung in Deutschland

Ausgangspunkt für die Gewährung von existenzsichernden Leistungen in Deutschland sind das SGB XII (Sozialhilfe) und das SGB II (Grundsicherung für Arbeitssuchende).² Beide Regelwerke vermitteln einfachgesetzliche Ansprüche³ auf Sozialleistungen soweit eine Hilfsbedürftigkeit besteht, also weder ein ausreichendes Einkommen zur Deckung des individuellen Bedarfes generiert werden kann noch ein diesbezüglich ausreichendes Vermögen besteht (sog. Nachrangigkeitsprinzip).⁴

Die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Existenzsicherung in den Büchern des SGB entspricht der früher vom BVerfG vertretenden Auffassung, dass sich aus dem Grundgesetz keine materiellen Ansprüche auf existenzsichernde Leistungen ableiten lassen.⁵ Spätestens seit seinem Regelleistungsurteil im Jahr 2010⁶ gesteht das BVerfG dem Einzelnen jedoch einen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf existenzsichernde Sozialleistungen zu. Begründet in der Menschenwürde und in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip gewähre es dem Einzelnen ein Leistungsgrundrecht auf einfachgesetzliche Ausgestaltung eines Existenzminimums.⁷ Abgesichert werden sollen über dieses sog. *Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimum* neben dem zum physischen Überleben Notwendigen auch Leistungen, die auf gesellschaftliche Teilhabe gerichtet sind, sog. sozio-kulturelles Existenzminimum. Wie hoch der zur Sicherung der Existenz benötigte Geldbetrag jedoch ist, beziffert weder das Grundgesetz noch das SGB. Das wäre wegen der Dynamik der dies bestimmenden Umstände rechtspraktisch auch unmöglich. §§ 28 f. und

* Die Autorin war wissenschaftliche Hilfskraft am ehemaligen Institut für Allgemeine Staatslehre und Politische Wissenschaften und promoviert bei Prof. Dr. Alexander Thiele im Öffentlichen Recht. Der vorliegende Aufsatz ist – in gekürzter und für die Veröffentlichung angepasster Form – aus dessen Seminar zur »Allgemeine Staatslehre im 21. Jahrhundert« im Sommersemester 2020 hervorgegangen.

1 BVerfG, 5.11.2019, 1 BvL 7/16 = NJW 2019, 3703 ff.

2 Für sich im Bundesgebiet aufhaltende Ausländer hingegen können Ansprüche auf existenzsichernde Leistungen ggf. nur aus dem Sonderleistungssystem des AsylbLG abgeleitet werden, vgl. § 1 AsylbLG.

3 § 9 ff. SGB II und § 27 SGB XII.

4 Dazu etwa Gagel/Luik, SGB II/III, 78. EL (2020), § 5 SGB II Rn. 7 ff.

5 So etwa BVerfGE 1, 97 (104).

6 BVerfGE 125, 175.

7 BVerfGE 22, 180 (200).

§ 40 SGB XII⁸ legen aber die Grundsätze fest, an denen sich das Existenzminimum zu orientieren hat: An der Entwicklung von Nettoeinkommen, Verbraucherverhalten und Lebenshaltungskosten.⁹ 2020 soll der Bedarf eines alleinstehenden Erwachsenen mit einem Betrag von mtl. 432 Euro gedeckt sein.¹⁰ Dieser Betrag wird als Regelsatz bezeichnet.¹¹ Darüber hinaus werden eventuelle Mehrbedarfe und der Bedarf für Unterkunft bis zur Grenze der Angemessenheit geleistet, vgl. § 19 I 3 und § 22 I 1 SGB II. 432 Euro zzgl. dieser Leistungen stellen also derzeit das verfassungsrechtliche Minimum dar, welches der Staat dem Einzelnen gewährleisten muss.

II. Leistungskürzungen im SGB II

Im Sanktionenurteil des BVerfG standen ausschließlich Normen des SGB II auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand. Leistungen nach diesem Sozialgesetzbuch erhalten Menschen, die i. S. d. Gesetzes erwerbsfähig sind, vgl. § 8 SGB II. Diesen gewährt das SGB II für die Zeit der Arbeitslosigkeit über ein abgestuftes System Leistungen, an dessen Ende das sog. Arbeitslosengeld II steht, welches landläufig auch als Hartz-IV bezeichnet wird und ebenfalls einen Anspruch auf Regelsatzleistungen vermittelt. Das SGB II ermöglicht jedoch auch, diese Sozialleistungen zu kürzen. Die §§ 31 ff. SGB II etwa normieren Mitwirkungshandlungen der Sozialleistungsberechtigten, welche darauf ausgerichtet sind, die eigene Bedürftigkeit durch zeitnahe Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt zu überwinden. Zu diesen Obliegenheiten gehören beispielsweise die Teilnahme an Seminaren zur beruflichen Weiterbildung oder einem Bewerbungstraining. Wird eine zumutbare Mitwirkungshandlung nicht vorgenommen, drohen stufenweise Abzüge der Sozialleistungen von zunächst 30 und im zweiten Schritt 60 Prozent des Regelsatzes. In einem dritten Schritt kann die zuständige Behörde gem. § 31 a I 3 SGB II sogar das gesamte Arbeitslosengeld II i. S. d. § 19 I 3 SGB II, also neben dem Regelsatz auch die Leistungen für Mehrbedarfe und Unterkunft, entfallen lassen. Bei einer solchen sog. Totalankündigung drohen den Leistungsberechtigten neben Wohnungsverlust auch Schulden durch eventuelle Beitragsrückstände bei Kranken- und Pflegeversicherung.¹² Bei einer 60- oder 100-prozentigen Sanktionierung können ausgleichend zwar Sachleistungen beantragt werden. Die Entscheidung über die Gewährung dieser im Einzelfall liegt bei

Alleinstehenden aber im Ermessen der Behörde und wird in der Praxis nur selten genehmigt.¹³

Nach gesetzgeberischer Begründung dient dieses Sanktionsregime der Hilfe zur Selbsthilfe in Form von Motivationsanreizen für die Leistungsberechtigten zur Überwindung ihrer Bedürftigkeit.¹⁴ Diese sog. »Aktivierung« der Sozialleistungsberechtigten ist Ausdruck des Grundsatzes Fördern und Fordern, welches der Nachrangigkeit das zweite Grundprinzip der sozialen Hilfe in Deutschland darstellt:¹⁵ Der Staat kann für bereitgestellte Hilfe bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt die Mitwirkung bei den Fördermaßnahmen effektiv durch monetäre Sanktionierung einfordern.

III. Überprüfung des Sanktionsregimes durch das BVerfG

Anlass der verfassungsrechtlichen Überprüfung dieses Sanktionsregimes war ein Vorlagebeschluss des Sozialgerichts Gotha aus dem Jahr 2016.¹⁶ Das BVerfG sah dessen konkrete Normenkontrolle zwar teilweise als begründet an, entschied jedoch im Ergebnis, dass angemessene Sanktionen als Reaktion auf die Verletzung von zumutbaren Mitwirkungshandlungen dem Grunde nach mit der Verfassung vereinbar seien.¹⁷

Den nach dem BVerfG dogmatischen Ausgangspunkt dieser Entscheidung bildet die Annahme, dass dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Verwirklichung des sozialen Staatsziels zustehe.¹⁸ Die Entscheidung, dass staatliche Hilfeleistungen nur dann erbracht werden müssen, wenn »wirkliche Bedürftigkeit vorliegt«,¹⁹ die Leistungsgewährung also vom Gedanken der Subsidiarität (Nachrangigkeitsgrundsatz) und der Forderung nach aktiver Mithilfe bei der Überwindung der eigenen Bedürftigkeit abhängig zu machen (Fördern und Fordern), stellt nach Ansicht der Karlsruher Richter eine zulässige Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips dar.²⁰ Sind Mitwirkungshandlungen demnach verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, müsse der Gesetzgeber diese konsequenterweise auch effektiv durchsetzen dürfen.²¹ Verfassungsrechtliche Grenzen fände der diesbezügliche gesetzliche Gestaltungsspielraum im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,²² an welchen wegen der Betroffenheit des Art. 1 I GG ein besonders hoher Maßstab anzulegen sei.²³ Die Richter des BVerfG entschieden, dass die derzeitigen gesetzlichen Sanktionsregelungen der §§ 31 I, 31 a I SGB II diesen Anforderungen teilweise nicht genügen:²⁴

⁸ Für das SGB II ebenfalls, vgl. § 20 Ia S. 1 SGB II.

⁹ Dazu wird alle fünf Jahre durch das Statistische Bundesamt der Regelbedarf neu berechnet, indem die Ausgaben der nach ihren Einkommen unteren 20% der deutschen Haushalte herangezogen und gewisse Abschläge vorgenommen werden. Die Höhe der Abschläge wiederum ist nicht gesetzlich normiert, sie unterliegen also der politischen Einflussnahme, vgl. Schäfer, Die soziale Grundsicherung in Deutschland. Status quo, Reformoptionen und Reformmodelle (2008), S. 7.

¹⁰ § 2 Regelbedarfsstufen-Fortschreibungsverordnung 2020.

¹¹ Gagel/Hannes (Fn. 4), § 20 SGB II Rn. 13.

¹² Entfällt das ALG II, entfallen zugleich auch die Beiträge für Kranken- und Pflegeversicherung. Der Behandlungsanspruch gem. § 16 III a 4 SGB V besteht aber weiterhin.

¹³ Vgl. § 31 a III 1, 2 SGB II sowie: BVerfG, 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16, Rn. 46 ff.

¹⁴ Berlitz/Conradis/Pattar/Berlitz, Existenzsicherungsrecht, 3. Auflage (2019), Kap. 23 Rn. 2 f.

¹⁵ Gagel/Knickerehm (Fn. 4), Vorb. § 1 ff. SGB II Rn. 49 f.

¹⁶ SG Gotha, 2. 8. 2016 – S 15 AS 5157/14 = NZS 2017, 194.

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16, Rn. 130, 136, 153.

¹⁸ BVerfG, Urt. v. 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16, Rn. 125.

¹⁹ BVerfG, Urt. v. 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16, Rn. 124.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16, Rn. 125, 126.

²¹ BVerfG, Urt. v. 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16, Rn. 129, 130.

²² BVerfG, Urt. v. 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16, Rn. 128.

²³ BVerfG, Urt. v. 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16, Rn. 133, 134.

²⁴ BVerfG, Urt. v. 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16, Rn. 116.

Eine Kürzung des Regelsatzes um 30 Prozent sei dem Grunde nach verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden,²⁵ tatsächlich angemessen aber nur dann, wenn der Gesetzgeber eine Härtefallprüfung²⁶ und eine Verkürzungsmöglichkeit der Sanktionsdauer bei Nachholung der Mitwirkungspflicht²⁷ einführe. Anders soll dies derzeit bei einer 60-prozentigen und einer Totalsanktionierung aussehen. Diese seien schon mangels tragfähiger Erkenntnisse zur Eignung und Erforderlichkeit bei der Überwindung der eigenen Bedürftigkeit mit der Verfassung nicht vereinbar.²⁸ Zwar äußert das Gericht besonders bei der Totalsanktionierung mit Blick auf die möglichen negativen Begleitfolgen²⁹ grundsätzliche Zweifel an der Wirksamkeit dieser Sanktion.³⁰ Insgesamt wird jedoch vermieden, einen konkreten verfassungsrechtlichen Maßstab für die absolute Untergrenze eines menschenwürdigen Existenzminimums darzulegen und mithin eine Grenze der Ausgestaltbarkeit existenzsichernder Leistungen zu ziehen.

B. Verfassungsrechtliche Einordnung: Ist Menschenwürde nunmehr abwägbar?

Doch wie begründet das BVerfG seine Ergebnisse vor dem Hintergrund der unantastbaren Menschenwürde? Hatte das Gericht doch auch in seinen vorangegangenen Entscheidungen ausgeführt, dass Art. 1 I GG i. V. m. Art. 20 I GG verlange, dass das Existenzminimum in jeden Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein müsse³¹ und dass man »stets den gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers abdecken müsse«.³² Das BVerfG betont auch im Sanktionenurteil, dass das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums »dem Grunde nach unverfügbar«³³ sei und auch nicht in einen »Kernbereich der physischen und einen Randbereich der sozialen Existenz«³⁴ aufgespalten werden könne. Ferner hatte es bereits in Zusammenhang mit dem Asylbewerberleistungsgesetz angeführt, dass die Menschenwürde migrationspolitisch nicht zu relativieren sei.³⁵ Warum sollte die Menschenwürde dann aber arbeitsmarktpolitisch relativiert werden können?³⁶

Dogmatisch könnte dies zu erklären sein, indem man das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums nur noch partiell in Art. 1 I GG fundiert sieht. Tatsächlich bleibt das Urteil hierzu zwar teilweise un-

präzise,³⁷ eine Abweichung von der bisherigen Begründung des Grundrechtes auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums in Art. 1 I GG hätte jedoch weitergehenden Ausführungen bedurft.³⁸

Die Kritik einer nunmehr disponiblen Menschenwürde wird jedenfalls zurückgewiesen.³⁹ Obwohl das BVerfG annahm, dass sanktionierten Sozialleistungsberechtigten die Mittel zur Ermöglichung einer menschenwürdigen Existenz fehlen, erklärte es die Sanktionen des SGB für im Grunde mit der Verfassung vereinbar.⁴⁰ Diese Ausführungen sind für einige Kommentatoren des Urteils aber nicht Ergebnis einer Abwägung des Rechtes auf ein Existenzminimum mit anderen Rechtsgütern, sondern eine Schutzbereichsbestimmung der Menschenwürde.⁴¹ Wann eine Menschenwürdeantastung vorliege, könne man auch wegen der Offenheit des Menschenwürdebegriffes immer nur in Ansehung des konkreten Falles sagen.⁴² Auch das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums kann insofern nicht völlig verhaltensunabhängig gewährt werden.⁴³ Doch auch unter Berücksichtigung dieser Erwägungen drängt sich die Frage auf, ob das BVerfG im Sanktionenurteil die Abwägungsfestigkeit der Menschenwürde zur Disposition stellt. Und tatsächlich finden sich in der Menschenwürdejudikatur des BVerfG weitaus mehr Relativierungstendenzen als zunächst zu erwarten wären. Diese sind zwingende Folge eines Dilemmas, welches in der Konzeption der Menschenwürde selbst, konkreter in dessen interpretatorischer Offenheit, der besonderen Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte sowie der korrespondierenden maßstabsetzenden bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur angelegt ist.

I. Generische Interpretationsvielfalt des Menschenwürdebegriffes

Das Dilemma der Menschenwürde beginnt mit der abendländischen Bewusstwerdung dieses Konzeptes, denn bis heute ist die Wandelbarkeit des Würdebegriffes auch auf dessen diverse vorkonstitutionelle Verständnisse zurückzuführen. Seit der Antike wurde die Würde des Menschen im Kontext zahlreicher theologischer und sozialphilosophischer Debatten verwendet.⁴⁴ In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde sie diesen sodann enthoben und politisiert. Vor dem Hintergrund der sozialen Frage wurde sie zum Schlagwort der Arbeiterbewegung. Die Forderung nach einem »menschenwürdigen Dasein« bzw. einer

25 BVerfG, Urt. v. 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16 Rn. 137.

26 BVerfG, Urt. v. 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16, Rn. 184, 185.

27 BVerfG, Urt. v. 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16, Rn. 186 ff.

28 Der Gesetzgeber sei es bisher schuldig geblieben, durch u. a. soziologische Studien zu belegen, dass ein hinreichender Wirkzusammenhang zwischen der konkreten Sanktion und dem Anreiz zur Selbsthilfe durch Mitwirkung bestehe (Wirkforschungspflicht des § 55 SGB II), vgl. BVerfG, Urt. v. 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16, Rn. 189 ff., 201 ff.

29 Ausführlich BVerfG, 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16, Rn. 90.

30 BVerfG, Urt. v. 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16, Rn. 205 ff.

31 BVerfG, Urt. v. 18. 7. 2012, 1 BvL 10/10, Rn. 120.

32 BVerfG, Urt. v. 9. 2. 2010, 1 BvL 01/09, Rn. 137.

33 BVerfG, Urt. v. 9. 2. 2010, 1 BvL 01/09, Rn. 118.

34 BVerfG, Urt. v. 9. 2. 2010, 1 BvL 01/09, Rn. 119.

35 BVerfG, Urt. v. 18. 7. 2012, 1 BvL 10/10, Rn. 121.

36 So auch *Nesovic/Erdeem*, SGB 2012, S. 134 ff. (S. 134).

37 Etwa in BVerfG, Urt. v. 18. 7. 2012, 1 BvL 10/10, Rn. 132.

38 So auch *Thiele*, VB vom Blatt: Acht Gedanken zum Hartz-IV-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Verhältnismäßigkeit bei der Menschenwürde?, Verfassungsblog, 5. 11. 2019.

39 *Lübbe-Wolff*, Menschenwürde abwogogen?, Verfassungsblog, 18. 11. 2019.

40 So das BVerfG, Urt. v. 5. 11. 2019, 1 BvL 7/16, Rn. 131.

41 So (wohl) das Ergebnis von *Lübbe-Wolff* (Fn. 39).

42 BVerfGE 30, 1, Rn. 25.

43 *Lübbe-Wolff* (Fn. 39).

44 Hierzu etwa *Kipke/Gündüz*, Philosophische Dimensionen der Menschenwürde – zu den Grundlagen des höchsten Verfassungsgutes, JA 2017, S. 9 ff.

»menschwürdigen Existenz« gehörten zu den Hauptparolen der sozialistischen Bewegung.⁴⁵ Kern des Konzepts der menschenwürdigen Existenz war nicht mehr die Begründung einer Sonderstellung des Menschen in der Welt durch die Fähigkeit sein Leben selbst zu bestimmen. Es ging vielmehr um ein Leben ohne Armut und die damit notwendigerweise verbundene Frage nach der Gestaltung der politischen, sozialen und wirtschaftlichen Ordnung.⁴⁶

II. Menschenwürde als Rechtsbegriff

1. Menschenwürde als sozialpolitisches Schlagwort und anti-totalitäres Versprechen

In diesem Sinne wird die Menschenwürde adjektivistisch auch erstmals in der Weimarer Reichsverfassung von 1919 verrechtlicht.⁴⁷ Sie steht hier in Zusammenhang mit der Aufgabe des Staates ein menschenwürdiges Dasein durch die Ausrichtung der Wirtschaftsordnung an Grundsätzen der Gerechtigkeit zu gewährleisten.⁴⁸ Eine wesentliche Bedeutungserweiterung erfuhr die Menschenwürde sowohl international als auch in Deutschland erst in Ansehung des Zweiten Weltkrieges. Wenngleich die Internationale Arbeitsorganisation in ihrer Gründungserklärung vom Mai 1944 den Würdebegriff noch ausschließlich in Zusammenhang mit materiellem Wohlstand und wirtschaftlicher Sicherheit brachte,⁴⁹ sprachen die Präambel der UN-Charta und der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte sowie dessen Art. 1 der menschlichen Würde einen weiteren Gehalt zu: Nach den unsäglichen staatlichen Verbrechen vor und während des Zweiten Weltkrieges suchte man nach einer rechtlichen Formel, welche staatlicher Machtausübung eine absolute Grenze setzen sollte und fand diese in der Rede von der Würde des Menschen.⁵⁰ Die Menschenwürde diente als Gegenbegriff »um das ungeheuerliche Ausmaß an Humanitätsverletzungen infolge totalitärer (...) Herrschaft zu benennen«⁵¹ und die nationalsozialistische Unrechts Herrschaft insofern *ex-negativo* beschreibbar zu machen.⁵² Dieses neue Verständnis des Würdebegriffes war nicht nur die Geburtsstunde der Menschenwürde als Begründung und Rechtfertigung universaler Menschenrechte,⁵³ sondern auch die Überführung der Idee der Menschenwürde als Seinszuschreibung in das Recht hinein.⁵⁴ Gleichwohl behielt der Begriff auch seine ursprüngliche, soziale Bedeutung bei. So formulierte etwa die Allgemeine Erklärung der Menschen-

rechte, dass jedem ein »Recht auf gerechte und befriedigende Entlohnung« zustehe, die »ihm und seiner Familie eine der menschlichen Würde entsprechende Existenz« sichere.⁵⁵ Dieses doppelgleisige Würdeverständnis schlug sich auch in den frühen Verfassungen einiger deutscher Länder nieder:⁵⁶ Einerseits bezogen diese mit Hilfe der menschlichen Würde Stellung zum Nationalsozialismus. Andererseits griffen sie weiterhin auf die »Generalklausel des Weimarer Sozialstaatsprogramms«⁵⁷ zurück und normierten jeweils soziale und wirtschaftliche Rechte mit entsprechenden Würdeklauseln.

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen beriet der Ausschuss für Grundsatzfragen des Parlamentarischen Rates. Der neue Staat sollte um des Menschen willen da sein, nicht der Mensch um des Staates willen,⁵⁸ sodass eine Bezugnahme auf die Rede von der Menschenwürde als unerlässlich angesehen wurde.⁵⁹ Die Ausführungen des Ausschusses über Inhalt und Grenzen der Würdenorm waren jedoch unergiebig.⁶⁰ Die Menschenwürde wurde schließlich an den Beginn des Grundgesetzes gestellt, um die Abkehr der nationalsozialistischen Vorstellung von Staat und Gesellschaft zu besiegeln.⁶¹ Nicht diskutiert wurde vom Parlamentarischen Rat in diesem Zusammenhang der soziale Gehalt der Würde.⁶² Auch finden sich im Grundgesetz anders als in der Weimarer Reichsverfassung keine differenzierten sozialen oder wirtschaftlichen Rechte mehr. Eine entsprechende Regelung, welche in einen Entwurf Eingang gefunden hatte, wurde sogar wieder gestrichen.⁶³ Diese Erkenntnis allein ist aber kein Indiz für die Aufgabe des sozialen Würdebegriffes. Der Parlamentarische Rat war vielmehr der Meinung, dass die geplante Vorläufigkeit des Grundgesetzes es verbiete, die Lebensordnung des zu gründenden Staates detailliert vorzugeben.⁶⁴ Zudem lässt sich den Debatten des Grundsatzausschusses entnehmen, dass über soziale und wirtschaftliche Rechte aus pragmatischen Gründen nicht im Detail diskutiert wurde.⁶⁵ Entschlossen, in kurzer Zeit ein möglichst konsensfähiges Verfassungsdokument zu verabschieden, einigte man sich

⁵⁵ Art. 22 und Art. 23 AEMR.

⁵⁶ So die Verfassungen Bayerns, Badens und Bremens. Vgl. mit Nachweisen: Baldus (Fn. 46) S. 32 f.

⁵⁷ Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Band 4 (1993), S. 1031.

⁵⁸ Art. 1 I des Entwurfs des Herrenchiemseer Verfassungskonvents, vgl. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 4/I: Die einzelnen Grundrechte (2006), S. 13.

⁵⁹ Vgl. etwa bei v. Mangoldt/Pikart/Werner in: Bundesarchiv (Hrsg.), Parlamentarischer Rat 1948–1949 (1993), Band 5/I, S. 52.

⁶⁰ Suchomel, Partielle Disponibilität der Würde des Menschen (2010), S. 202.

⁶¹ Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 16. Auflage (2020), Art. 1 GG Rn. 1.

⁶² Lediglich von Mangoldt hatte im Parlamentarischen Rat geäußert, dass wegen der »Menschenwürde« keinesfalls die »Mindestvoraussetzungen für Nahrung, Kleidung in Frage gestellt werden dürften« und stellte fest: »man dürfe einen nicht verhungern lassen«. Vgl. Baldus (Fn. 46), S. 6.

⁶³ Ausführlich dazu: Niclaus, Der Weg zum Grundgesetz: Demokratiegründung in Westdeutschland 1945–1949 (1998), S. 265 ff.

⁶⁴ Zacher, Das soziale Staatsziel, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Auflage (2003), S. 659 (Rn. 14).

⁶⁵ Baldus (Fn. 46), S. 61.

⁴⁵ Reiter, Menschenwürde als Maßstab, APuZ 23–24/ 2004, S. 6 ff. (S. 7).

⁴⁶ Baldus, Kämpfe um die Menschenwürde. Die Debatte seit 1949 (2016), S. 236.

⁴⁷ Bezüglich der Erstonormierung vgl. etwa: Tiedemann, Was ist Menschenwürde? Eine Einführung (2006), S. 13.

⁴⁸ Art. 151 WRV.

⁴⁹ Abschnitt II a der »Erklärung der Ziele und Zwecke der Internationalen Arbeitsorganisation vom 10. Mai 1944«, sog. »Erklärung von Philadelphia«. Vgl. Baldus (Fn. 46), S. 43 und 296 f.

⁵⁰ Von der Pfordten, Menschenwürde (2016), S. 43.

⁵¹ Baldus (Fn. 46), S. 55.

⁵² Baldus (Fn. 46), S. 33.

⁵³ Bühner, Das Menschenwürdekonzept der Europäischen Menschenrechtskonvention (2020), S. 92 ff.

⁵⁴ Wetz (Hrsg.), Texte zur Menschenwürde (2019), S. 190.

mit dem sozialen Staatsstrukturprinzip auf den kleinsten gemeinsamen Nenner.⁶⁶ Der Würdebegriff des Art. 1 I GG fungierte demnach nur noch als Seinsbestimmung und ausschließlich, um die Abkehr von der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft zu normieren und die Zuerkennung eines Mindestmaßes an Rechten für jeden Menschen zu sichern.⁶⁷

2. Menschenwürde als Grundrecht und objektive Werteentscheidung

Die frühe Rezeption der Würdenorm des GG war bestimmt durch eine gewisse Verunsicherung.⁶⁸ Zwar herrschte Konsens bezüglich der Motivation des Parlamentarischen Rates, der sachliche Gehalt der Menschenwürdenorm war jedoch nicht eindeutig zu bestimmen.⁶⁹ Insofern orientierte sich auch das BVerfG zunächst an den wenigen Ausführungen des Parlamentarischen Rates und stellte in seinen ersten, die Würde des Menschen betreffenden Urteilen⁷⁰ fest, dass Art. 1 I Alt. 2 GG den Staat zwar zum Schutz der Menschenwürde verpflichtete, doch diese Norm ausschließlich »Schutz vor Angriffen auf die Menschenwürde durch andere, wie Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung usw.«,⁷¹ also unter der NS-Herrschaft erlebte Tatbestände böte. Insofern wurde auf eine positive Beschreibung der Menschenwürde verzichtet und sich Art. 1 I GG vom Verletzungsvorgang angenähert. Diese Technik der Nichtdefinition durch Annahme spezifischer Verletzungstatbestände wird auch heute noch vom Gericht vorgenommen,⁷² jedoch beschränkt es sich nicht mehr darauf. Denn diese Vorgehensweise erklärt nicht, wie man mit der durch den Wortlaut des Art. 1 GG implizierten Allgemeinheit der Menschenwürde, die über bestimmte Verletzungstatbestände hinaus zu verweisen scheint, zu verfahren habe. Anknüpfend an das Normverständnis der Weimarer Zeit⁷³ und das Würdeverständnis *Kants*⁷⁴ fand man die Antwort in einer (säkularen)⁷⁵ werttheoretischen Interpretation des Würdebegriffes.⁷⁶ Die Menschenwürde wie sie in Art. 1 I GG zum Ausdruck kommt, sei ein Wert, der dem Menschen unabhängig von Umständen, Eigenschaften oder Fähigkeiten

aufgrund des bloßen Menschseins zukommt.⁷⁷ Dem Grundgesetz liegt also die Vorstellung einer Würde a priori zugrunde.⁷⁸ Vor dem Hintergrund dieses Würdeverständnisses und der Technik der Negativinterpretation übernahm das BVerfG schließlich die sog. Objektformel zur Beschreibung einer Würdeantastung.⁷⁹ Diese ebenfalls auf die Ideen *Kants* zurückgehende These besagt, dass die Menschenwürde betroffen ist, »wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zum bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.«⁸⁰ Das BVerfG schloss von dieser Formel, anders als ihr Begründer *Dürig*, auf die Subjektqualität des Menschen, definierte das Schutzgut der Menschenwürde also als eine weitgehende Sicherung der persönlichen Entfaltung.⁸¹ Dieser soziale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen verbiete es, »den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt.«⁸² Vereinzelt wurde vom BVerfG zur Anbindung der Ergebnisse der Objektformel an die ursprüngliche Konzeption des Art. 1 I GG als antitotalitäre Grundnorm zusätzlich eine »willkürliche Missachtung« des Subjektstatus des Einzelnen gefordert.⁸³

Neben dieser auf das Individuum bezogenen Spielrichtung der Würde als Wert, erweiterte man das Würdeverständnis auch objektiv-rechtlich weiter. 1956 stellte das BVerfG erstmals fest, dass Art. 1 I GG zu den tragenden Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes gehöre und die Würde des Menschen daher dessen oberster Wert sei.⁸⁴ Das GG wolle keine wertneutrale Ordnung sein, es stelle vielmehr ein Wertesystem dar.⁸⁵ Die Menschenwürde stehe in dessen Mittelpunkt, sodass sie »als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten«⁸⁶ müsse. Dieses Verständnis schlug sich schließlich auch rechtsdogmatisch nieder: Im sog. Mikrozensus-Urteil entschied das Bundesverfassungsgericht, dass die Menschenwürde »wie alle Bestimmungen des Grundgesetzes auch den Art. 2 I GG« beherrsche und damit »dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung« gewähre, welcher »der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen«

66 Vgl. mit Nachweisen *Himpe*, Die Universalisierung sozialer Menschenrechte am Beispiel sozialer Grundsicherung (2017), S. 231.

67 *Baldus* (Fn. 46), S. 60.

68 *Baldus* (Fn. 46), S. 66.

69 Vgl. etwa *Münch*, Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung (1952), S. 6 und 12.

70 Vgl. etwa BVerfGE 1, 97; 1, 418; 2, 1.

71 BVerfGE 1, 97, 104.

72 So etwa in BVerfG 107, 275 (284); 115, 118 (153). Vgl. hierzu auch *Dreier*, GG, 3. Auflage (2013), Art. 1 I Rn. 53 ff.

73 *Rudolf Smend* hatte bereits in den 1920er Jahren festgestellt, dass sich in Normen Werte manifestieren, vgl. *Rennert*, Der Staat 2014, S. 34 ff.

74 Vgl. etwa *Bührer* (Fn. 53), S. 112.

75 Zur Bedeutung des christlichen Weltbildes in der jungen BRD: *Baldus* (Fn. 46), S. 68 ff, 78 ff., 238 ff, 241 ff.

76 Aus der Literatur etwa: *Mangoldt*, Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes, AöR 75 (1949), 273 (279). Später dann: *Dürig*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 117 (125); Aus der Rechtsprechung: BVerfGE 2, 1 (12); 5, 85 (204 f.); 6, 32 (41); E7, 189 (205); 9, 167 (171).

77 *Bührer* (Fn. 53), S. 112.

78 Dies wirft wiederum die Frage auf, ob der Mensch diese Würde von einem etwaigen Schöpfer oder der Natur mitgegeben bekommen hat, sodass in bestimmten insb. christlichen Ausprägungen der werttheoretischen Interpretation auch von der »*Mitgifttheorie*« gesprochen wird, vgl. etwa *Hoffmann*, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), S. 353 ff. (357). Heute wird diese Theorie in Reinform nicht mehr vertreten, bildet aber immer noch das Grundgerüst der Würdeinterpretation des BVerfG, vgl. *Linke*, Die Menschenwürde im Überblick, JuS 2016, S. 888 (890).

79 Ständige Rspr.: BVerfGE 45, 187 (228); 115, 118 (153); ohne ausdrücklichen Bezug auf den kategorischen Imperativ *Kants* begründet von *Dürig*: Maunz/*Dürig*/*Dürig*, GG, 2. Auflage (1958), Art. 1 I Rn. 28.

80 Maunz/*Dürig*/*Dürig* (Fn. 79), Art. 1 I Rn. 28.

81 Mit Nachweisen: *Bührer* (Fn. 53), S. 115.

82 Ständige Rspr.: BVerfGE 27, 1 (6); 45 187 (228); 109, 133 (149 f.); 117, 71 (89).

83 BVerfGE 30, 1 (26).

84 BVerfGE 5, 85 (204 f.).

85 BVerfGE 7, 198 (205).

86 BVerfGE 7, 198 (205).

sei.⁸⁷ Die Würde wurde damit herangezogen, um Maßstäbe und Grenzzlinien staatlichen Handelns zu begründen und erhielt mithin eine freiheitsschützende Komponente, die über die Tatbestände hinaus ging, welche der Parlamentarische Rat vor Augen hatte.⁸⁸ Andersherum diente die objektivrechtliche Interpretation der Menschenwürde auch der Rechtfertigung von staatlichen Beschränkungen der Freiheit. So zog das BVerfG 1960 gerade das sich aus der Menschenwürde ergebende Menschenbild des GG heran, um die wiederingeführte Wehrpflicht zu legitimieren.⁸⁹ Im Zusammenhang mit der Menschenwürde als oberstem Verfassungswert, stellte das BVerfG zudem fest, dass die Menschenwürde »Wurzel aller Grundrechte«⁹⁰ sei und dass letztere sachbereichsspezifische Konkretisierungen der Menschenwürde darstellten.⁹¹ Ob die Menschenwürde selbst Grundrechtsqualität hat, beantwortet der Normtext des Grundgesetzes nicht eindeutig, wenn in Art. 1 III GG von den »nachfolgenden Grundrechten« gesprochen wird. Teilweise wird die Menschenwürde auf ihre objektivrechtliche Funktion als Wertesystem beschränkt und in Bezug auf die Grundrechte nur als Recht auf⁹² bzw. Grund der Grundrechte⁹³ angesehen. Doch sowohl das BVerfG,⁹⁴ als auch überwiegende Stimmen der Literatur⁹⁵ erkennen in Art. 1 I GG ein eigenständiges Grundrecht. Denn wie aus dem Wortlaut und dem Entstehungskontext des Art. 1 I GG zu entnehmen ist, sollte mithilfe der Menschenwürde die durch das totalitäre Regime teilweise völlig negierte Position des Individuums gestärkt werden. Die Versagung einer subjektivrechtlichen Position würde dieser Anforderung an Art. 1 I GG zuwiderlaufen.⁹⁶ Die Diskussion um die Würde als Wert verlief jedoch nicht unkritisch. Es bildeten sich noch zahlreiche weitere Deutungsarten heraus,⁹⁷ welche die wissenschaftliche Debatte um die Interpretation des Art. 1 I GG beeinflussten und in der Zusammenschau die heutige Judikatur charakterisieren.⁹⁸

Nicht ausschließlich, aber gerade vor dem Hintergrund der in der geistesgeschichtlichen Tradition der Aufklärung stehenden Interpretation der Würdenorm als Wert durchlief diese also einen enormen Transformationsprozess: Von einem sozialpolitischen Schlagwort und antitotalitären Fundamentalnorm, entwickelte sie sich zu einer auf den Menschen bezogenen Wertzuschreibung, die auf das gesamte Rechtssystem als verfassungsrechtlich konstituierende Grundentscheidung ausstrahlt und dem Einzelnen als subjektives Recht zusteht.⁹⁹

3. Expansion der Würdenorm

Die Vielfältigkeit der Würdenorm bereitet unter anderem den Weg dafür, dass Art. 1 I GG als verfassungsrechtliches Argument in modernen, der Verfassung originär fremden Themenfeldern herangezogen wird. Mit dem Verweis auf Art. 1 I GG reagierte das BVerfG etwa auf moderne Gefahren des technischen und sozialen Wandels und leitete aus der Menschenwürde das verfassungsrechtlich geschützte Allgemeine Persönlichkeitsrecht¹⁰⁰ sowie das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung¹⁰¹ und das der Gewährleistung der Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme¹⁰² im Wege verfassungsrichterlicher Rechtsfortbildung ab. In diesen Kanon eingereiht werden kann auch das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, welches durchaus als Antwort auf die Gefahren einer sich wandelnden Arbeitsmarktpolitik verstanden werden kann.¹⁰³ Die Würdenorm wurde und wird zudem bei der verfassungsrechtlichen Beantwortung stark ethisch geprägter Fragestellungen herangezogen, etwa in Debatten um die modernen Möglichkeiten der Begründung und Beendigung menschlichen Lebens,¹⁰⁴ bestimmten gesellschaftlichen Angeboten¹⁰⁵ oder sogar Identität stiftenden religiösen Verhaltensweisen¹⁰⁶.

87 BVerfGE 27, 1 (6).

88 Vgl. dazu *Baldus* (Fn. 46), S. 81.

89 BVerfGE 12, 45 (51).

90 BVerfGE 93, 266 (293).

91 BVerfGE 93, 266 (293).

92 *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung: zur Dogmatik des Art. 1 GG (1997), S. 501 ff.

93 *Isensee*, Menschenwürde – die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, AöR 131 (2006), 173 (209).

94 Explizit etwa: BVerfGE 15, 283 (286); 28, 243 (263), 61, 126 (137); Implizit etwa: BVerfGE 1, 332 (333); 12, 113 (122 f.); 45, 187 (227 f.); 52, 256 (261); 65, 1 (3); 75, 369 (380). Anders sieht dies: *Dreier*, GG, 2. Auflage (2004), Art. 1 I Rn 124.

95 Vgl. etwa *Höming* in: Gröschner/Lembke (Hrsg.), Das Dogma der Untastbarkeit. Eine Auseinandersetzung mit dem Absolutheitsanspruch der Würde (2009), S. 25 (27); *Hufen*, Die Menschenwürde, JuS 2010, 1 (1); *De-derer*, Die Garantie der Menschenwürde, JöR 2009, 89 (89 f.).

96 *Bührer* (Fn. 53), S. 142.

97 Etwa die gesellschaftsvertraglich inspirierte »Funktionale Theorie«, vgl. Wassermann/*Podlech*, AK-GG, 2. Auflage (1989), Art. 1 Abs. 1 Rn. 15 ff. oder die in der soziologischen Tradition stehende »Leistungstheorie«, wonach Würde die gelungene Selbstdarstellung ist, vgl. *Luhmann*, Grundrechte als Institution (1986), S. 58 ff.

98 Mit Beispielen und Nachweisen: *Linke* (Fn. 78), JuS 2016, 888 (890).

99 Vgl. dazu *Baldus* (Fn. 46), S. 78 ff., welcher den Grund hinter diesem Transformationsprozess in der weltanschaulichen Erschütterung der jungen Bundesrepublik sieht und vermutet, dass die Würdenorm inkl. deren Rückbindung an die christliche Tradition der BRD eine »Rückkehr in die abendländische Kulturgemeinschaft« ermöglichte.

100 Vgl. BVerfGE 27, 344 (350 f.); 75, 269 (380); 79, 256 (268). Das APR war zuvor bereits zivilrechtlich entwickelt worden: BGHZ 13, 334 (337 f.); 24, 72 (81); 27, 284 (287).

101 BVerfGE 120, 378 (S. 397 ff.).

102 BVerfGE 120, 274 (S. 302).

103 *Baldus* (Fn. 46), S. 323.

104 Als Beispiele sollen hier dienen: Die heterologe In-vitro-Fertilisation und seine verfassungsrechtlichen Folgen für Spenderkinder (vgl. *Benda*, Humangenetik und Recht – eine Zwischenbilanz, NJW 1985, S. 1730 ff. sowie BVerfGE 79, 256 ff.; 90, 263 ff.); Leihmutterchaft, bestimmte Maßnahmen pränataler Diagnostik, Embryonen verbrauchende Forschung (vgl. zu diesen BeckOK GG/*Hillgruber*, 15. 8. 2020, Art. 1 Rn. 18 f.); Recht auf den eigenen Tod und ein menschenwürdiges Sterben (vgl. hierzu ausführlich: *Hillgruber*, ebenda, Rn. 20).

105 Beispielhaft sei hier genannt: Zwergenweitwurf, Plastination menschlicher Körper, Reality-TV (Big-Brother), Tötungsspiele, Paintball. Mit ausführlichen Nachweisen: *Baldus* (Fn. 46) S. 342 f.

106 Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages »Zur Verfassungsmäßigkeit eines Verbots der Gesichtverschleierung unter besonderer Berücksichtigung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1. Juli 2014 – Az.: 43835/11«, S. 10.

Mit Bezug auf Art. 1 I GG werden aber nicht nur abgegrenzte Themenfelder versucht zu einer verfassungsrechtlichen Lösung zu führen, es werden auch Grundkonzepte staatlicher Ordnung hinterfragt. So wurde zu einer Zeit der gesellschaftlichen Debatte um Legitimationsprobleme des Spätkapitalismus ein »Verfassungskampf«¹⁰⁷ gegen den Kapitalismus ausgerufen. Es gelte gerade mit Blick auf Art. 1 I GG den »heruntergekommenen Würdebegriff des bürgerlichen Individualismus zu überwinden und die historische emanzipatorische Funktion (...) wiederherzustellen«¹⁰⁸. Auch im Sanktionenurteil stellt die Menschenwürde ein Argument innerhalb einer solchen gesellschaftlichen Grundsatzzdebatte über die wirtschaftliche und soziale Ordnung dar.

Die Menschenwürde dient folglich bei Fragen von allgemeinpolitischer Bedeutung, sozialem Wandel, technischem Fortschritt oder gesellschaftlichen Konflikten als verfassungsrechtliches Argument und versucht somit dem Bedürfnis einer Befriedung durch die Verfassung nachzukommen. Durch die Entgrenzung ihres Anwendungsbereiches konnte Art. 1 I GG ein gesellschaftliches Integrationspotenzial entfalten; gleichzeitig vergrößerte sich aber der Abstand zu einer klaren Inhaltsbeschreibung. Durch die inflationäre Verwendung der Menschenwürde aber werde sie »zur Wanderdüne ohne Halt«.¹⁰⁹ Die Menschenwürde sei kein »geistiger Zauberstab für die humane Bewältigung aller Zukunftsprobleme«.¹¹⁰ In dieser Kritik kommt das zentrale Problem einer sozial-heterogenen Gesellschaftsordnung zum Ausdruck, die ihren normativen Kern nicht mehr aus einer langfristig tradierten Identität, sondern nur noch aus einem wiederholt und aktiv hergestellten Konsens beziehen kann. Die Folge: Wo der Würdebegriff extensiv benutzt wird, um als Platzhalter Details des Zusammenlebens zu strukturieren, wird er zwangsläufig ausgehöhlt.

III. Dogmatische Folgen: Unhaltbares Dogma der Unantastbarkeit und Relativierung

Die über die Konstruktion als antitotalitäre Grundnorm weit hinausgehende Definition und Interpretation der Menschenwürde *ex-positivo* hat eine konzeptionelle Unklarheit zur Folge, die sich bis heute in der Menschenwürdedogmatik des BVerfG spiegelt und verdeutlicht, warum das BVerfG auch im Sanktionenurteil erheblichen dogmatischen Begründungsschwierigkeiten ausgesetzt war.

Die im Grundgesetz postulierte Unantastbarkeit der Menschenwürde ist ein Unikum der deutschen Verfassung. Aber nicht nur wegen dieses Alleinstellungsmerkmals erschließt sich ihre Bedeutung nicht auf den ersten Blick. Art. 1 I GG offenbart durch die Verpflichtung des Staates, die Menschenwürde zu schützen, auch eine gewisse Paradoxie: Ein Rechtsgut, welches dem Menschen auch bei

schwerster Beeinträchtigung erhalten bleibt, also unantastbar i. S. v. unverlierbar ist, benötigt keinen Schutz durch die Rechtsordnung.¹¹¹ Die Unantastbarkeit würde durch jede Verletzungshandlung zur Illusion.¹¹² Dieses Spannungsfeld ließe sich jedoch auflösen, wenn man die Formulierung der Unantastbarkeit – wie auch der Parlamentarische Rat¹¹³ – präskriptiv als etwas vorstaatlich Absolutes verstünde: Die Menschenwürde *soll* nicht angetastet werden,¹¹⁴ *kann* es aber auch nicht. Denn wenn sie oberstes Konstitutionsprinzip aller staatlichen Ordnung ist, wird mit jeder Verletzung des Achtungsanspruches der Menschenwürde der Grund des Rechts selbst infrage gestellt. Recht gibt es also nur dort, wo der Achtungsauftrag gewahrt wird.¹¹⁵ Die Unantastbarkeit der Menschenwürde muss demnach ein absolutes Verbot sein, sie zu beschränken und einem grundrechtlichen Abwägungsprozesses zuzuführen.¹¹⁶ In einer Verfassungsordnung kann es folglich auch nur ein absolut geschütztes Recht geben, um eine Kollision zweier absoluter Rechte zu vermeiden.¹¹⁷ Dieser Befund entspricht den sog. schrankenlos gewährleisteten Grundrechten, welche anders als die Menschenwürde durch kollidierendes Verfassungsrecht eingeschränkt werden können.¹¹⁸ Diese Verbindung zwischen Menschenwürde als oberstem Verfassungswert und ihrer Unverfügbarkeit stellte auch das BVerfG her, indem es annahm, dass »die Menschenwürde als Fundament aller Grundrechte (...) mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig«¹¹⁹ sei. Diese Abwägungsfestigkeit wird vom BVerfG im Rahmen seiner Rechtsprechung immer wieder betont.¹²⁰ Gleichzeitig finden sich jedoch zahlreiche Anhaltspunkte, die darauf schließen lassen, dass dem BVerfG Abwägungsvorgänge im Umgang mit der Menschenwürde nicht fremd sind. Dies ist auch nicht verwunderlich, steht die expansive Interpretation der Würdenorm dem kategorischen Ab-

111 *Suchomel* (Fn. 60), S. 64.

112 *Wetz*, Die Würde des Menschen ist antastbar: eine Provokation (1998), S. 94 ff.

113 *Pikart/Werner* in: Bundesarchiv (Hrsg.), Parlamentarischer Rat 1948–1949 (1993), Band 5/II, S. 913.

114 *Lembcke* in: Gröschner/Lembcke (Fn. 95), S. 228; *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des BVerfG (1990), S. 80; *Blömacher*, Die Menschenwürde als Prinzip des deutschen und europäischen Rechts. Kohärenz der Konzepte? (2016), S. 159; *Hoerster*, Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde, JuS 1983, 93 (93); *Isensee* (Fn. 93), AöR 131 (2006), 173 (174).

115 *Tiedemann* (Fn. 47), S. 532; *Herbert*, Folter und andere Würdeverletzungen – Absoluter oder relativer Schutz der Menschenwürde?, EuGRZ 2014, 661 (663).

116 BVerfGE 93, 266 (293); 107, 275 (284); 109, 279 (314); 113, 348 (391); 115, 118 (153). Aus der Literatur etwa: *Sachs/Höfling*, GG, 8. Auflage (2018), Art. 1 Rn. 10 f., *Isensee* (Fn. 93), AöR 131 (2006), 174 (209 f.).

117 Wenngleich es natürlich auch Würde-Würde Kollisionen gibt, welche das BVerfG versucht über eine Abstufung der aktiven bzw. passiven Verletzungshandlung in den Griff zu bekommen, vgl. BVerfGE 115, 118 (151 ff.) (Luftsicherheitsgesetz).

118 Keine Einschränkung des Art. 1 I GG durch kollidierendes Verfassungsrecht, vgl. BVerfGE 107, 275 (284).

119 BVerfGE 107, 275 (284).

120 Prägnant festgehalten durch BVerfGE 34, 238 (245): »Eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet nicht statt«. Vgl. auch BVerfGE 75, 369 (380); 80, 367 (373); 93, 266 (293).

107 Mit Nachweisen: *Baldus* (Fn. 46), S. 117, 336.

108 *Hoffmann*, Menschenwürde und Arbeitswelt, KJ 1970, 48 (54).

109 *Vitzhum*, Gentechnologie und Menschenwürdegarantie, ZRP 1987, 33 (33).

110 *Wahl*, Freiburger Universitätsblätter 1987, S. 19 ff., zitiert nach: *Baldus* (Fn. 46), S. 137.

wägungsverbot doch unversöhnlich entgegen.¹²¹ Je weiter die Würdenorm verstanden wird, desto weniger tauglich ist auch das Abwägungsverbot.

Das BVerfG beruft sich derweil auf zwei wiederkehrende Konstruktionen, um die formale Aufgabe der Abwägungsfestigkeit zu vermeiden, gleichzeitig aber eine gewisse Relativierung der extensiv ausgelegten Würde vornehmen zu können: Die Rede von der fallbezogenen Entscheidung bzw. der Berücksichtigung aller Umstände sowie die Bezugnahme auf die Gewichtung anderer Rechtsgüter.¹²² Der erste Fall erlaubt zwar keine Verhältnismäßigkeitsabwägung im Rahmen der Rechtfertigung einer Würdeantastung, wohl aber eine gewisse Relativierungsmöglichkeit über die Eröffnung des Schutzbereiches. Die Betrachtung einer Antastung des Art. 1 I GG von Fall zu Fall lässt ein Abwägungspotenzial entstehen, da Ausnahmen von der Regel jederzeit möglich sind. Die »Berücksichtigung aller Umstände« erlaubt zudem eine generalisierende Betrachtung und daher die Einbeziehung von Argumenten, die über den konkreten Fall hinausgehen. Diese Begründungstechnik wird etwa angewandt, wenn das Gericht ausführt, dass es sich nicht generell sagen lasse, wann eine Würdeantastung vorliege, »sondern immer nur in Ansehung des konkreten Falls«.¹²³ Auch im Sanktionenurteil relativiert das BVerfG das in der Menschenwürde begründete Existenzminimum auf diese Weise, wenn es das Vorverhalten der Leistungsberechtigten bei der Frage nach der Betroffenheit der Menschenwürde miteinbezieht.¹²⁴ Im zweiten Fall – der Berücksichtigung anderer gewichtiger Rechtsgüter – kann jedoch nicht mehr nur von einer Relativierung die Rede sein. Hier werden andere verfassungsrechtliche Belange ausdrücklich mit in die Bewertung der Menschenwürdeantastung einbezogen und mithin der Menschenwürde wertend gegenübergestellt. So nahm das Gericht etwa in seiner Entscheidung zur Sicherungsverwahrung an, dass »die Menschenwürde (...) auch durch eine lang andauernde Unterbringung nicht verletzt [wird], wenn diese wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Untergebrachten notwendig ist«¹²⁵ und verwies in diesem Zusammenhang auf die »Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums«.¹²⁶ Damit wiegt das Gericht die Belange der Gemeinschaft mit der Menschenwürde des Untergebrachten der Sache nach ab.¹²⁷ Gleiches gilt wenn das BVerfG in seiner Mephisto-Entscheidung konstatiert, dass in diesem Fall »eine Spannungslage zwischen den durch Art. 1 I GG und Art. 5 III 1 GG geschützten Bereichen« bestehe und dass »diese durch Ab-

wägung gelöst werden« müssten.¹²⁸ Eine Verteidigung dieser bundesverfassungsgerichtlichen Technik nach der Maßgabe, dass diese abwägenden Gedanken dogmatisch noch in der Schutzbereichseröffnung und nicht nach der Feststellung einer Verletzung verortet wird, kann als bloßes Formalargument nicht überzeugen.¹²⁹

Das BVerfG nahm und nimmt also trotz dessen formalen Festhaltens an der Unabwägbarkeit des Art. 1 I GG tatsächlich Relativierungen und Abwägungen der Menschenwürde vor.

IV. Ergebnis: Sanktionsurteil als Folge des Menschenwürde-Dilemmas

Das Verständnis der Menschenwürde hat sich seit Inkrafttreten des GG stark gewandelt. Vom antitotalitären Versprechen zum Inbegriff der Werteordnung der Verfassung, wodurch sich die Menschenwürde in zahlreichen Themenfeldern als verfassungsrechtliches Argument freiheitsbeschränkend oder -verstärkend auswirkt. Dieser graduelle inflationäre Gebrauch der Menschenwürde durch das BVerfG hat jedoch stets auch kritische Stimmen hervorgerufen. Denn wie gezeigt, liegt der größte Nachteil der Würdenorm im selben Umstand, welcher zu dessen außerordentlichen Popularität beiträgt, nämlich ihrer inhaltlichen Weite.¹³⁰ Diese verleitet zu immer verästelteren Fallgruppenbildungen, welche die Menschenwürde im Ergebnis ausfern und unscharf werden lassen.¹³¹ Die Deutungsvielfalt erzeugt eine vermeintlich starke Integrationswirkung, die aber mit der schrittweisen Entfernung von einer klaren Aussage bezahlt wird. Neben der Gefahr der Trivialisierung droht auch Beliebigkeit oder sogar Instrumentalisierung.¹³² Darüber hinaus entstehen vor allem auch dogmatische Schwierigkeiten, im Besonderen im Umgang mit der Unantastbarkeit der Menschenwürdegarantie. Das BVerfG muss seinen durch die Judikatur zu Art. 1 I GG selbst gesetzten Maßstäben vermehrt mit Relativierungsstrategien begegnen. Das Sanktionenurteil reiht sich insofern in die bisherige Rechtsprechung des BVerfG zur Existenzsicherung und der Menschenwürdegarantie ein und stellt jedenfalls kein Präjudiz zur Abwägbarkeit der Menschenwürde dar. Gleichwohl kann nicht von einem dogmatisch befriedigenden Ergebnis gesprochen werden. Eine Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit von Sanktionen im Sozialrecht vor dem Hintergrund der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes wird insofern auch weiterhin in der Rechtswissenschaft geführt werden müssen.

¹²¹ Maunz/Dürig/Herdegen, GG, 90. EL (2020), Art. 1 Abs. 1 Rn. 47.

¹²² Teifke, Das Prinzip der Menschenwürde: zur Abwägungsfestigkeit des Höchststrangigen (2011), S. 25.

¹²³ BVerfGE 30, 1 (25).

¹²⁴ Angedeutet in: BVerfG, 5.11.2019, 1 BvL 7/16 Rn. 129 ff.

¹²⁵ BVerfGE 109, 133 (151).

¹²⁶ BVerfGE 109, 133 (151).

¹²⁷ Elsner/Schobert, Gedanken zur Abwägungsresistenz der Menschenwürde – angestoßen durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung, DVBl. 2007, S. 278 ff.

¹²⁸ BVerfGE 30, 173 (197).

¹²⁹ Ähnlich: Teifke (Fn. 122), S. 30 f.

¹³⁰ Könemann, Der verfassungsunmittelbare Anspruch auf das Existenzminimum. Zum Einfluss von Menschenwürde und Sozialstaatsprinzip auf die Sozialhilfe (2005), S. 25.

¹³¹ Maunz/Dürig/Herdegen (Fn. 121), Art. 1 Abs. 1 Rn. 83.

¹³² Maunz/Dürig/Herdegen (Fn. 121), Art. 1 Abs. 1 Rn. 83.

ÖffR Aufsatz

Sebastian Hapka*

Kontrolle des Verfassungsschutzes durch die Presse?

Zum Auskunftsanspruch der Presse gegen das Bundesamt für Verfassungsschutz

Gegenstand des Beitrags ist die Frage, ob die gegenwärtige Rechtslage eine hinreichende Kontrolle des Bundesamtes für Verfassungsschutz durch die Presse gewährleistet. Im Zentrum stehen dabei vor allem verfassungsrechtliche Themen: Der Beitrag setzt sich kritisch mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auseinander, das den Ländern seit 2013 die Gesetzgebungskompetenz für einen Auskunftsanspruch der Presse gegen Behörden des Bundes abspricht, dafür aber richterrechtlich einen verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruch der Presse aus Art. 5 I 2 GG entwickelt hat. Der Beitrag beantwortet letztlich die Frage, ob vor diesem Hintergrund ein Bedürfnis nach bundesgesetzgeberischer Tätigkeit besteht, um eine Kontrolle des Bundesverfassungsschutzes durch die Presse sicherzustellen.

A. Einleitung

Nachrichtendienste wie der Bundesverfassungsschutz sind darauf angewiesen, dass große Teile ihrer Tätigkeit geheim bleiben. Entzieht sich ein grundrechtssensibler Exekutivbereich weitestgehend der allgemeinen Wahrnehmung, bedarf es umso mehr einer wirksamen Kontrolle.¹ Die Kontrolle der Nachrichtendienste wird dabei nicht nur durch institutionalisierte Kontrollorgane wie die Parlamente gewährleistet. In einer freiheitlichen Demokratie findet die Kontrolle in erster Linie auch durch die Öffentlichkeit statt.² Geschaffen wird diese Öffentlichkeit dabei vor allem durch die journalistische Arbeit von Medien- und Pressevertretern. Im Rahmen ihrer Berichterstattung sind diese zwingend auch auf Informationen angewiesen, die zum Teil ausschließlich von der Behörde selber erlangt werden können. Dies gilt indes nicht nur für die Nachrichtendienste, sondern für jede Bundesbehörde, etwa Bundesministerien. Hinsichtlich des Bundesamtes für Verfassungsschutz³ waren vor kurzem, neben Anfragen mit deutlich erkennbaren nachrichtendienstlichen Tätigkeitsbezug⁴, sogar das Verhältnis

von Presse und BfV selbst Gegenstand eines Auskunftsbegehrens: Wie hoch waren die jährlichen Kosten der vom BfV für die mit der Abwehr von presserechtlichen Anfragen beauftragten Anwälte seit 2014?⁵

Dass sich das Auskunftsersuchen ganz konkret auf genau diesen Zeitraum bezieht, könnte mit dem viel beachteten Grundsatzurteil des BVerwG vom 20.2.2013⁶ zusammenhängen: Das Gericht verneinte hier erstmals die Anwendbarkeit der presserechtlichen Auskunftsansprüche aus den Landespressegesetzen gegen die Behörden des Bundes und damit auch gegen das BfV. An die Stelle des einfachgesetzlichen Anspruchs der Presse tritt in der Rechtsprechung seither ein Auskunftsanspruch der Presse, der sich verfassungsunmittelbar aus dem Grundrecht der Pressefreiheit ergeben soll.

Im Folgenden soll diese bestehende Rechtslage der presserechtlichen Auskunftsansprüche gegen Behörden des Bundes am Beispiel des BfV nachgezeichnet und bewertet werden (C.), woraus sich dann konkrete Handlungsempfehlungen an den Bundesgesetzgeber ergeben (D.). Auf eine einleitende kurze Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen eines presserechtlichen Auskunftsanspruchs gegen Bundesbehörden kann dabei nicht verzichtet werden (B.).

B. Verfassungsrechtliche Grundlagen eines presserechtlichen Auskunftsanspruchs gegen Bundesbehörden

Auch wenn den verfassungsrechtlichen Grundlagen einer Kontrolle von Bundesbehörden durch die Presse für die konkreten Fragestellungen eines presserechtlichen Auskunftsrechts große Bedeutung zukommt, muss an dieser Stelle auf umfassende Ausführungen verzichtet werden. Dennoch ist zum einen auf das grundrechtlich garantierte Institut der freien Presse einzugehen und zum anderen die Frage nach einer möglichen verfassungsrechtlichen Legitimation staatlicher Geheimhaltungsinteressen zu beantworten.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. *Claudio Franzius* an der Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht der Universität Bremen. Der Beitrag beruht auf einer Arbeit, die der Autor im »Seminar zum Sicherheitsrecht – Verfassungsschutzrecht und Polizeirecht im Vergleich« im Wintersemester 2019/20 bei PD Dr. *Carsten Kremer* geschrieben hat.

¹ *Hecker*, Allgemeine Verfassungsfragen der Nachrichtendienste, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch der Nachrichtendienste, 1. Auflage (2017), S. 221 (229).

² *Hirsch*, Öffentliche Medien als Kontrollinstanz der Geheimdienste, in: Smidt/Pope/Kriege/Müller-Engberts (Hrsg.), Geheimhaltung und Transparenz (2007), S. 224 (227).

³ Das Bundesamt für Verfassungsschutz wird im Folgenden mit BfV abgekürzt.

⁴ So war z. B. Gegenstand eines jüngeren Auskunftsverlangens gegen das BfV die Frage nach dem konkreten Inhalt der Aktenordner zum rechts-

terroristische Oktoberfest-Attentat vom 26.10.1980, vgl. VG Köln, Urteil vom 9.6.2020 – 6 K 9484/17. Auch Auskunftsbegehren, die sich auf jüngere innerbehördliche Vorgänge beziehen, wie das Disziplinarverfahren gegen einen Beamten des BfV, der die Vernichtung von Akten angeordnet haben soll, die im Zusammenhang mit der rechtsterroristischen Vereinigung »Nationalsozialistischer Untergrund« gestanden haben, waren Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Auseinandersetzung, vgl. OVG Münster ZD 2019, 89 ff.

⁵ BfV wurde verpflichtet Klägerin diese Frage zu beantworten, s. VG Köln NVwZ 2020, 87 ff.

⁶ BVerfGE 146, 56 ff.

I. Die objektiv-rechtliche Dimension der Pressefreiheit aus Art. 5 I 2 GG

Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Einzelnen gegen freiheitsverkürzende staatlicher Handlungen,⁷ wobei sich in diesem *status negativus* die subjektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte nicht erschöpft. Dem Bürger können aus den Grundrechten durchaus auch positive Ansprüche gegen den Staat zustehen.⁸ Die Annahme grundrechtlich begründeter staatlicher Leistungspflichten wird zudem auch im Rahmen objektiv-rechtlicher Gehalte der Grundrechte diskutiert. Diese Ergänzung der Grundrechtsfunktionen um eine objektiv-rechtliche Dimension⁹ ergibt sich daraus, dass das Grundgesetz keine wertneutrale Ordnung sein will, sondern durch die Grundrechte bereits eine objektive Wertordnung errichtet wird.¹⁰ Diese objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte kann sich dabei verschiedentlich ausprägen, namentlich in der Annahme der Existenz von grundrechtlich gewährleisteten Verfahrensregelungen, Schutzpflichten des Staates und Einrichtungs- oder Institutsgarantien.¹¹

Auch und gerade für die Pressefreiheit wird die Existenz einer objektiv-rechtlichen Dimension angenommen und deren Inhalt diskutiert.¹² Konkret rückt dabei das Institut der freien Presse¹³ in den Vordergrund, das den Staat zur

aktiven Ausgestaltung der Pressefreiheit berechtigt und verpflichtet.¹⁴ Begründet wird diese institutionelle Gewährleistung der freien Presse mit ihrer engen Verbindung zum Demokratieprinzip,¹⁵ die auf ihrem Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung fußt.¹⁶ Organe der Presse leiten den politischen Diskurs in einer Demokratie an. Indem sie über öffentliche Themen berichten, Lösungsvorschläge für politische Fragestellungen bündeln und diese diskutieren, mitteln sie zwischen Staat und Gesellschaft und bieten dem Bürger die notwendige Wissensgrundlage für das Entwickeln eigener Standpunkte.¹⁷

Zudem schafft sie durch eine wertende Berichterstattung über staatliche Gewaltausübung Öffentlichkeit und ermöglicht so eine nicht-institutionalisierte gesellschaftliche Kontrolle.¹⁸ Die Freiheit der Presse ist damit schlechthin konstituierend für die freiheitliche Demokratie.¹⁹ Es wird der Presse insoweit eine öffentliche Aufgabe²⁰ im demokratischen Verfassungsstaat zugewiesen, deren Erfüllung jedoch von der Gegebenheit bestimmter Funktionsbedingungen abhängt. Es ist insoweit vor allem Aufgabe der Legislative, ebendiese Funktionsbedingungen durch eine entsprechende Gestaltung der Rechtsordnung zu schaffen.²¹

Eine dieser Funktionsbedingungen ist der Zugang der Presse zu Informationen.²² Stillen lässt sich dieses Informationsbedürfnis dabei nicht alleine durch die allgemeine Öffentlichkeitsarbeit und Informationen staatlicher Stellen.²³ Darüber-

⁷ BVerfGE 7, 198 (204); BVerfGE 50, 290 (336); Dreier/*ders.*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Auflage (2013), Vorb. Rn. 84.

⁸ Beispielhaft sei hier auf die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV GG verwiesen, die jedermann das Recht zuspricht, den Rechtsweg zu bestreiten, wenn er durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird.

⁹ Die Terminologie ist dabei nicht einheitlich. Teilweise wird der Begriff des objektiv-rechtlichen Charakters noch um den Begriff des »institutionellen« ergänzt, vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 7. Auflage (2018), Art. 1 Rn. 174. *Jarass* geht von einer Einklagbarkeit auch dieser Grundrechtsgehalte aus und lehnt den Begriff »objektiv-rechtlich« ab, s. *Jarass*, Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Bd. 2, 1. Auflage (2006), § 38 Rn. 8.

¹⁰ *Jarass* (Fn. 9), § 38 Rn. 7; BVerfGE 7, 198 (205). Zu den Gefahren eines extensiven Rückgriffs auf die objektiv-rechtlichen Funktionen, s. *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), 1 (28 ff.). Umstritten ist das Verhältnis von subjektiv-rechtlicher zur objektiv-rechtlichen Funktion der Grundrechte, s. dazu v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck* (Fn. 9), Art. 1 Rn. 175 ff. m. w. N.

¹¹ Dreier/*ders.* (Fn. 7), Vorb. Rn. 96 ff.

¹² BVerfGE 117, 244 (258); Dreier/*Schulze-Fielitz* (Fn. 7), Art. 5 I, II Rn. 226; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik. Die einzelnen Grundrechte. Der Schutz und die freiheitliche Entfaltung des Individuums Deutschland, Bd. 4/1, 2006, S. 1558; a. A. Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 90. EL (2020), Art. 5 Rn. 361 f. Kritisch zur »institutionellen Garantie« der Presse *Bullinger*, Freiheit von Presse, Rundfunk, Film, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Freiheitsrechte, Bd. 7, 3. Auflage (2009), § 163 Rn. 35.

¹³ Das BVerfG verwendet unterschiedliche Begriffe für den objektiv-rechtlichen Gehalt der Pressefreiheit: »Institut der freien Presse« (BVerfGE 20, 162 (175); BVerfGE 50, 234 (240)); »Institutionelle Sicherung der Presse« (BVerfGE 10, 118 (121)); »Institutionelle Eigenständigkeit der Presse« (BVerfGE 117, 244 (258 f.)).

¹⁴ BVerfGE 20, 162 (175); BVerfGE 50, 234 (240); Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke/*Oldendahl*, Grundgesetz Kommentar, 14. Auflage (2018), Art. 5 Rn. 22; *Rupp*, Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101 (1976), 161 (172 f.).

¹⁵ *Stern* (Fn. 12), S. 1558.

¹⁶ *Trute*, Freiheit von Presse und Film, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I, Bd. 4, 1. Auflage (2011), § 104 Rn. 6; BVerfGE 10, 118 (121).

¹⁷ BVerfGE 20, 162 (174 f.). Zur Rundfunkfreiheit siehe BVerfGE 83, 238 (295). Weitergehend zu der Bedeutung der Medien in einer Demokratie, der daraus folgenden Verantwortung sowie deren Wahrnehmung *Thiele*, Verlostdemokratie, 2. Auflage (2018), S. 196 ff.

¹⁸ *Hirsch* (Fn. 2), S. 224 (227); BVerfGE 35 (222); *Löffler*, Der Verfassungsauftrag der Presse (1963), S. 3 ff.; *Schnabel*, Die Zukunft des presserechtlichen Auskunftsanspruchs gegen Bundesbehörden, NJW 2016, 1692 (1692); *Hain*, Autonomie als Basis freiheitlicher Medienordnung, in: FS Stern (2012), S. 1387 (1394).

¹⁹ BVerfGE 10, 118 (121); BVerfGE 117, 244 (258); Sachs/*Bethge*, Grundgesetz Kommentar, 8. Auflage (2018), Art. 5 Rn. 66.

²⁰ BVerfGE 20, 162 (175). Kritisch zu dem Begriff der »öffentlichen Aufgabe« Sachs/*Bethge* (Fn. 19), Art. 5 Rn. 66 f.

²¹ BVerfGE 20, 162 (175); BVerwGE 146, 56 (63).

²² BVerfGE 20, 162 (175); BVerfG NVwZ 2016, 50 (51). Kritisch in Bezug auf die Integration »gesamtsellschaftlicher Funktionalität« bestimmter Grundrechtsausübungen in die Grundrechtsprüfung *Möllers*, Wandel der Grundrechtsjudikatur. Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG, NJW 2005, 1973 (1979).

²³ Besonderheiten im Rahmen der staatlichen Öffentlichkeitsarbeit ergeben sich für die Verfassungsschutzämter daraus, dass sie gesetzlich dazu verpflichtet sind, jährlich in einem Verfassungsschutzbericht über ihre Arbeit zu informieren, § 16 II BVerfSchG für das BfV. Durch diese Öffentlichkeitsarbeit wird ein erforderliches Maß an Öffentlichkeit aber nicht hergestellt,

hinausgehende Informationen sind unerlässlich, um ein möglichst ganzheitliches Bild innerstaatlicher Vorgänge zu zeichnen, zu bewerten und öffentlich machen.²⁴ Aus dem Institut der freien Presse ergibt sich daher das an die Legislative gerichtete verfassungsrechtliche Gebot, einfachgesetzliche Auskunftsansprüche zugunsten der Presse in die Rechtsordnung zu integrieren.²⁵

II. Verfassungsrechtlich legitimierte Informationsrestriktionen

Sofern der Gesetzgeber einen Auskunftsanspruch der Presse gegen den Staat schafft, hat er widerstreitende rechtliche Interessen zu berücksichtigen und diese mit der Pressefreiheit in Ausgleich zu bringen. Staatliche Interessen, die einem Informationsverlangen aller Kontrollorgane²⁶ entgegenstehen, können unter dem Begriff der Geheimhaltungsgründe zusammengefasst werden.²⁷ Diese sind insbesondere für Geheimdienste wie den Verfassungsschutz relevant, spielt sich doch die nachrichtendienstliche Tätigkeit »notwendig im Geheimen«²⁸ ab. Kollisionen mit der objektiv-rechtlichen Dimension der Pressefreiheit sind damit unausweichlich.²⁹ Deren Auflösung richtet sich auch nach der verfassungsrechtlichen Einordnung der Geheimhaltungsgründe. Prinzipiell ist die Geheimhaltung bestimmter Informationen über die Wahrnehmung einzelner staatlicher Aufgaben verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.³⁰ Verfassungsrechtlich gebotene Informationsrestriktionen können sich vor allem aus zwei Gründen ergeben: Zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Staates und dem Schutz personenbezogener Daten und damit den Grundrechten Dritter.³¹

vgl. *Winkelmann*, Berichterstattung aus dem Dunkeln der Geheimdienste. Journalisten auf verlorenem Posten? Untersuchung zu den Entstehungsbedingungen eines Themas politischer Kommunikation (1993), S. 120 f.

24 BVerfGE 20, 162 (175).

25 BVerfGE 20, 162 (175 f.); BVerwGE 146, 56 (63); *Schemmer*, Informationsbeschaffung der Medien: Rechtsgrundlagen und Ansprüche, AfP 2020, 1 (3); *Brosius-Gersdorf*, Dienstgeheimnis versus Presse- und Rundfunkfreiheit, AfP 1998, 25 (30); a. A. *Maunz/Dürig/Grabenwarter* (Fn. 12), Art. 5 Rn. 362 f.

26 Bestehen und Gewichtung von Geheimhaltungsgründen spielen vor allem bei der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste eine Rolle, vgl. *Hörauf*, Die demokratische Kontrolle des BND (2011), S. 67 ff.

27 Die Geheimhaltungsgründe sind vielfältig und keinesfalls alle rechtlich gleichermaßen stark zu berücksichtigen, s. *Jestaedt*, Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit. Was darf der Verfassungsstaat verbergen?, AöR 126 (2001), 204 (222 ff.).

28 *Erasmus*, Der geheime Nachrichtendienst (1952), S. 16.

29 So wundert es nicht, dass eine Vielzahl der gerichtlichen Entscheidungen über den Presseauskunftsanspruch ein Auskunftsverlangen gegen Nachrichtendienste zum Gegenstand hatte, vgl. BVerwGE 146, 56 ff.; OVG Münster NJW 2017, 3458 ff.; OVG Münster NJW 2014, 3387 ff.; OVG Münster AfP 2020, 161 ff.

30 BVerfGE 57, 250 (285).

31 *Kanarat*, Informationsfreiheit im parlamentarischen Bereich (2018), S. 45; *Alexander*, Der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch der Presse gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Zugleich eine Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 20. Februar 2013 – BVerwG 6 A 2.12, ZUM 2013, 614 (618).

Keinesfalls fordert das Grundgesetz eine absolute Geheimhaltung von Informationen, die die Arbeit beispielsweise des Verfassungsschutzes betreffen. Auch wenn bestimmten Verwaltungsbereichen ein erhöhtes Geheimhaltungsbedürfnis innewohnt, rechtfertigt dies nicht, sie gänzlich einer Kontrolle durch die Presse zu entziehen.³² Nur wenn in aller Regel das Geheimhaltungsinteresse in Bezug auf einen bestimmten Funktionsbereich des Verfassungsschutzes überwiegt, kann der Gesetzgeber aufgrund seiner Einschätzungsprärogative diesen einzelnen Funktionsbereich ausnahmsweise zum abwägungsfesten geheimen Kern der Verfassungsschutztaetigkeit erklären.³³

Beispielhaft sei an dieser Stelle der Schutz nachrichtendienstlicher Quellen angeführt. Ihre Offenlegung macht sie nachrichtendienstlich wertlos und ist geeignet eine Quellen-suche in Zukunft erheblich zu erschweren.³⁴ Damit einher ginge ein vermindertes Schutzniveau für die freiheitlich demokratische Grundordnung. Der Gesetzgeber könnte aus diesen Gründen zumindest die operative Tätigkeit des Verfassungsschutzes abstrakt von einem presserechtlichen Auskunftsanspruch ausnehmen.

Im Übrigen muss der Gesetzgeber jedoch eine Einzelfall-abwägung zwischen Pressefreiheit und Geheimhaltungsgrund gewährleisten.³⁵ Es gilt zu untersuchen, inwieweit der Gesetzgeber dieser Pflicht gegenwärtig nachkommt.

C. Zur Rechtslage der presserechtlichen Auskunftsansprüche gegen das Bundesamt für Verfassungsschutz nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. 2. 2013

Einfachgesetzliche weitestgehend gleichlautende Auskunftsansprüche der Presse gegenüber »Behörden« ergeben sich aus den Pressegesetzen der Länder.³⁶ Von diesem Behördenbegriff umfasst sind jedenfalls die Behörden des jeweiligen Landes. Weil die Vorschriften sich in ihrem Wortlaut aber nicht ausdrücklich auf Landesbehörden beschränken³⁷, ist der Anspruch nicht zwingend auf diese begrenzt. Eine Erstreckung des offenen Wortlautes auf Behörden des Bundes im Rahmen der Auslegung könnte der Presse somit auch gegen diese einen Auskunftsanspruch gewähren.

32 BVerwGE 151, 348 (357 f.); OVG Münster NJW 2017, 3458 (3460); *Gär-ditz*, Auf dem Weg zu einem Presseauskunftsgesetz des Bundes?, AfP 2019, 281 (286). *Hirsch* (Fn. 2), S. 224 (229).

33 BVerwGE 151, 348 (357 f.); BVerwG NVwZ 2019, 473 (474); *Gär-ditz* (Fn. 32), AfP 2019, 281 (286).

34 *Hörauf* (Fn. 26), S. 80 f.; *Hirsch*, Die Kontrolle der Nachrichtendienste (1996), S. 69. Zudem würde die Offenlegung auch in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Informanten eingreifen.

35 *Kanarat* (Fn. 31), S. 46; *Wolff*, Auskunfts- und Informationspflichten der Nachrichtendienste in: *Dietrich/Eiffler* (Hrsg.), Handbuch der Nachrichtendienste, 1. Auflage (2017), 1657 (1670 f.).

36 Die Pressegesetze der Länder normieren allesamt einen einfachgesetzlichen Auskunftsanspruch der Presse, vgl. jeweils deren § 4 I.

37 Als einziges Landespressegesetz beschränkt § 4 I BremPresseG den presserechtlichen Auskunftsanspruch auf Behörden des Landes und der Gemeinden.

In Teilen der Literatur wird die Anwendbarkeit der landesrechtlichen Auskunftsansprüche auf Bundesbehörden wie das BfV seit längerem angenommen.³⁸ Auch Gerichte wandten vereinzelt die Landespressegesetze als Rechtsgrundlage für Auskunftsansprüche gegen Behörden des Bundes an.³⁹ Dem Sitzlandprinzip entsprechend käme bei einem gegen eine Bundesbehörde gerichteten Auskunftsersuchen das Pressegesetz des Landes zur Anwendung, in dem die Bundesbehörde ihren Sitz hat. Ein Anspruch gegen das BfV mit Sitz in Köln könnte sich somit aus § 4 I PresseG NRW ergeben.

An einem höchstrichterlichen Grundsatzurteil fehlte es dennoch lange Zeit. Es verwundert daher nicht, dass das Urteil des BVerwG vom 20. 2. 2013⁴⁰ für Aufsehen sorgte.⁴¹ In diesem wandte sich das BVerwG erstmals ausdrücklich gegen die Anwendbarkeit des landespresserechtlichen Auskunftsanspruch gegen Bundesbehörden. Der Landesgesetzgeber sei unzuständig für die Regelung eines Auskunftsanspruchs gegen Bundesbehörden. Der landespresserechtliche Auskunftsanspruch sei daher verfassungskonform auszulegen und teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass nur Landesbehörden vom Behördenbegriff der Auskunftsansprüche in den Landespressegesetzen erfasst werden.⁴² Mangels eines normierten bundesgesetzlichen Auskunftsanspruchs ergebe sich für die Presse aber unmittelbar aus Art. 5 I 2 GG ein Auskunftsanspruch gegen Bundesbehörden.

Trotz erheblicher und fortdauernder Kritik von Teilen der Literatur bestätigte das BVerwG seine Rechtsprechung in einer Reihe weiterer Urteile.⁴³ Vor diesem Hintergrund gilt es, Antworten auf die kompetenzrechtlichen Fragen eines presserechtlichen Auskunftsanspruchs gegen Behörden des Bundes zu finden (I.) und zu untersuchen, ob sich aus dem Grundrecht der Pressefreiheit ein verfassungsunmittelbarer Auskunftsanspruch (II.) ergeben könnte.

I. Gesetzgebungskompetenz für ein Presseauskunftsgesetz des Bundes

Dass das Recht der Presse in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder fällt, bezweifelt das BVerwG nicht. Der Auskunftsanspruch der Presse sei aber nicht dieser Sachmaterie zuzuordnen,⁴⁴ sondern als Entscheidung über Umfang und

Grenzen öffentlicher Zugänglichkeit von Informationen aus dem betroffenen Verwaltungsbereich vielmehr ein Annex zu den übrigen Sachmaterien.⁴⁵ Die ausschließliche Kompetenz des Bundes für die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder im Bereich des Verfassungsschutzes aus Art. 73 I Nr. 10 b) GG würde demnach als Annex auch den presserechtlichen Auskunftsanspruch gegen das BfV umfassen.

Dieser neue Ansatz der Rechtsprechung sieht sich teils erheblicher Kritik ausgesetzt.⁴⁶ Annexkompetenzen sind keine originären Gesetzgebungstitel des Grundgesetzes, sondern folgen aus einer funktionalen und systematischen Auslegung bestehender Kompetenzen.⁴⁷ Charakteristisch für sie ist, dass sie die Bundeszuständigkeit auf die Stadien der Vorbereitung und Durchführung eines dem Bund ausdrücklich zugewiesenen Kompetenztitels ausdehnt.⁴⁸

Dass Annexkompetenzen dadurch allgemein das Risiko in sich bergen, verfassungsrechtlich nicht vorgesehene Kompetenzverschiebungen zu bedingen, liegt auf der Hand. Sie sind insoweit restriktiv zu handhaben.⁴⁹ Für den Auskunftsanspruch der Presse gegen Bundesbehörden wie das BfV müsste gelten: Der Bund muss zur Vorbereitung und Durchführung seiner ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 I 1 Nr. 10 b) GG auch den Auskunftsanspruch der Presse gegen das BfV regeln. Entscheidend ist das Vorliegen eines unlösbaren Zusammenhangs zwischen den beiden Sachmaterien.⁵⁰ Dies erscheint jedoch zweifelhaft.

⁴⁵ BVerwGE 146, 56 (62). Auch die Gesetzgebungskompetenz der Länder für den Auskunftsanspruch der Presse gegen Landesbehörden folge daher nicht aus dem Kompetenztitel des Rechts der Presse, sondern als Annex zu den übrigen Sachkompetenzen der Länder, BVerwGE 146, 56 (60). Eine Annexkompetenz vertreten auch: Sachs/*Degenhart* (Fn. 19), Art. 70 Rn. 37; *Hecker*, Landesrechtliche Bindung von Bundesbehörden. Skizziert am Beispiel der pressegesetzlichen Auskunftspflichten, DVBl 2006, 1416 (1419); *Blome*, Ein Auskunftsanspruch zu Lasten Dritter aus Art. 5 I 2 Var. 1 GG?, NVwZ 2016, 1211 (1212 f.); *Beater*, Medienrecht, 2. Auflage (2016), Rn. 1101.

⁴⁶ Die Annahme der Annexkompetenz in der Literatur teilweise als »unhaltbar« bezeichnet, s. *Cornils*, Notwendige Gesetzgebung unter Verfassungswidrigkeitsverdacht?, ZG 2019, 323 (327 ff.) und *Gärditz*, Ausschuss-Drs. 19(4)236 D, S. 3. Ablehnend auch: *Kloepfer*, Bundesvollzug von Landesrecht kraft Natur der Sache? – Zur Bindung von Bundesbehörden an die Auskunftsansprüche der Landespressegesetze, in: FS Battis (2014), S. 597 (603); *Germelmann*, Presserechtliche Auskunftsansprüche gegenüber Bundesbehörden – Eine Einbruchstelle für ein »Bundespresserecht«?, DÖV 2013, 667 (671); *Huber*, Anmerkungen zum Urteil des BVerwG v. 20. 2. 2013 – 6 A 2/12, NVwZ 2013, 1010 (1010); *Schnabel* (Fn. 18), NJW 2016, 1692 (1693). Teilweise verweigerten selbst die Fachgerichte dem BVerwG die Gefolgschaft, vgl. OVG Münster, ZUM-RD 2014, 307 (312).

⁴⁷ v. Mangoldt/Klein/Starck/*Rozek*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 7. Auflage (2018), Art. 70 Rn. 44.

⁴⁸ Maunz/Dürig/*Uhle*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 5, 87. EL (2019), Art. 70 Rn. 65.

⁴⁹ v. Mangoldt/Klein/Starck/*Rozek* (Fn. 47), Art. 70 Rn. 38; *Bäumlicher*, Grundfälle zu den Gesetzgebungskompetenzen, JuS 2018, 123 (128); *Gärditz*, Ausschuss-Drs. 19(4)236 D, S. 4.

⁵⁰ v. Mangoldt/Klein/Starck/*Rozek* (Fn. 47), Art. 70 Rn. 48.

³⁸ *Groß*, Zum presserechtlichen Informationsanspruch, DÖV 1997, 133 (141); *Schröer-Schallenberg*, Informationsansprüche der Presse gegenüber Behörden (1987), S. 74; *Ricker/Weberling*, Handbuch des Presserechts, 6. Auflage (2012), S. 154; *Schnabel*, Auskunftsansprüche für Journalisten nach Landespressegesetzen und Informationsfreiheitsgesetz, NVwZ 2012, 854 (855).

³⁹ OVG Berlin NVwZ 1997, 32 (34).

⁴⁰ BVerwGE 146, 56 ff.

⁴¹ BVerwGE 146, 58 ff.

⁴² BVerwGE 146, 56 (61).

⁴³ BVerwGE 151, 348 (352 f.); BVerwG NVwZ 2016, 1023 (1024); BVerwG NVwZ 2018, 414 (415 f.); zuletzt BVerwG NVwZ 2020, 305 (305). Das BVerwG spricht inzwischen selber von einer »gefestigten, in der Rechtspraxis anerkannten Rechtsprechung«, BVerwG NVwZ 2020, 305 (306).

⁴⁴ BVerwGE 151, 348 (352 ff.).

Zwar trifft es zu, dass im Falle der Anwendbarkeit der Landespressegesetze die Frage, was eine Bundesbehörde gegenüber der Presse offenlegen muss und was nicht, durch Landesrecht beantwortet würde.⁵¹ Auch dass dadurch die Aufgabenwahrnehmung der Behörde – insbesondere die eines Nachrichtendienstes – beeinflusst wird, soll an dieser Stelle nicht bezweifelt werden, doch kann aus der bloßen Beachtung von Landesrecht durch den Bund keine Kompetenzannahme zugunsten des Bundes folgen.⁵² Faktisch beeinflusst jedes von einer Bundesbehörde zu achtende Landesgesetz deren Aufgabenwahrnehmung.

Auch dass nur der Bund für seine geschriebenen Kompetenztitel spezifische Grenzen eines Auskunftsanspruch festlegen könne,⁵³ überzeugt nicht. Bei der Schaffung eines Auskunftsrechts der Presse wären die Länder verpflichtet, verfassungsrechtlich legitimierte Geheimhaltungsinteressen des Bundes zu berücksichtigen.⁵⁴ Dass diese nicht konkret in Bezug auf jede einzelne Sachmaterie normiert werden müssen, sondern durchaus allgemein gehalten werden können, zeigen nicht zuletzt die Informationsfreiheitsgesetze mit ihren allgemein gehaltenen Auskunftsverweigerungsgründen.⁵⁵ Im Gegenteil liegt es aufgrund des verfassungsrechtlichen Verbots bereichsspezifischer Ausnahmen näher, dem Auskunftsanspruch im Wege allgemein gehaltener Ausschlussgründe die notwendigen Konturen zu geben, gleichzeitig aber auf eine Abwägung im Einzelfall hinzuwirken.⁵⁶ Indem die Landesgesetze allgemein entgegenstehende Geheimhaltungsvorschriften als Ausschlussgrund einbeziehen, würden sie schon jetzt hinreichend die Geheimhaltungsinteressen des Bundes berücksichtigen.⁵⁷ Letztlich entscheidet der Bund im konkreten Fall darüber, welche Informationen innerhalb der Behörde als Verschlussache zu behandeln sind. Ein hinreichender Schutz vertraulicher Informationen durch den »kompetenzfremden« Landesgesetzgeber wäre damit auch zugunsten des Bundes gewährleistet. Damit lässt sich die presseunspezifische Aufgabenerfüllung der Bundesbehörden auch dann verständigerweise regeln, wenn das Recht der Presse auf Auskunftserteilung nicht mitgeregelt wird.⁵⁸ Es besteht gerade kein erforderlicher unlösbarer Zusammenhang zwischen der ausschließlichen Kompetenz des Bundes aus Art. 73 I Nr. 10 c) GG und dem presserechtlichen Auskunftsanspruch. Die Annahme

einer Annexkompetenz ist damit mangels Vorliegens ihrer Voraussetzungen unhaltbar.⁵⁹

Ein Ausschluss von Auskunftsansprüchen der Presse gegenüber Bundesbehörden aus den Landespressegesetzen lässt sich auch nicht auf eine Kompetenz des Bundes kraft Natur der Sache stützen.⁶⁰ Das BVerwG deutet dies neben der Annahme einer Annexkompetenz an, indem es die Frage, ob sich zusätzlich aus der »Verantwortung für die administrative Ausrichtung und Funktionsfähigkeit der Bundesverwaltung« eine Bundeskompetenz ergibt, offenlässt.⁶¹ Dem liegt die Annahme zugrunde, dass einer sich aus den Landespressegesetzen ergebenden Informationspflicht von Bundesbehörden ein verfassungswidriger Vollzug von Landesrecht durch Bundesbehörden innewohne.⁶² Doch besteht ein entscheidender Unterschied zwischen dem *Vollzug* von Landesgesetzen durch eine Bundesbehörde und einer sich aus Landesrecht ergebenden *Verpflichtung* von Bundesbehörden. Wird eine Behörde aufgrund eines einfachen Gesetzes zur Auskunft verpflichtet, erfüllt sie mit der Informationsweitergabe keinen Amtsauftrag. Die Bundesbehörde vollzieht in diesem Fall nicht das Landespressegesetz.⁶³ Die Verpflichtung zur Auskunftserteilung ist vielmehr Ausdruck ihrer Bindung als Bundesbehörde an allgemeingültiges Landesrecht. Letztlich würde mit der Annahme einer Bundeskompetenz kraft Natur der Sache, unter Verweis auf die Bindung des Bundes an Landesrecht,⁶⁴ der Kompetenztitel der Länder für das Recht der Presse ausgehöhlt.⁶⁵

Im Ergebnis liegen die Voraussetzungen einer ungeschriebenen Bundeskompetenz nicht vor. Entgegen der Rechtsprechung des BVerwG und Stimmen der Literatur ist der presserechtliche Auskunftsanspruch als Regelungsgegenstand dem Recht der Presse zuzuordnen.⁶⁶

II. Zur Existenz eines verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs

Das BVerwG ist der Ansicht, dass Auskunftsansprüche gegen Bundesbehörden als Annex zu den geschriebenen

51 Blome (Fn. 45), NVwZ 2016, 1211 (1213).

52 Gärditz (Fn. 32), AfP 2019, 281 (283); Germelmann (Fn. 46), DÖV 2013, 667 (671). So aber Hecker (Fn. 45), DVBl 2006, 1416 (1417) und Blome (Fn. 45), NVwZ 2016, 1211 (1213).

53 BVerwGE 146, 56 (62).

54 Sachs/Jasper, Bundeskompetenz für ein Presseinformationsgesetz?, NWVBl. 2013, 389 (393); Cornils, Der medienrechtliche Auskunftsanspruch in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, DÖV 2013, 657 (661).

55 Sachs/Jasper (Fn. 54), NWVBl. 2013, 389 (392). So auch die beiden Entwürfe eines Presseauskunftsgesetzes des Bundes, vgl. BT-Drs. 17/12484 und BT-Drs. 19/4572.

56 Cornils (Fn. 46), ZG 2019, 323 (327); Gurlit, Informationsbeschaffung der Medien: Gegenüberstellung von presserechtlichen und allgemeinen Informationsansprüchen, AfP 2020, 9 (10).

57 Sachs/Jasper (Fn. 54), NWVBl. 2013, 389 (393); Kloepfer (Fn. 46), S. 597 (601); Cornils (Fn. 54), DÖV 2013, 657 (661).

58 Gärditz, Ausschuss-Drs. 19(4)236 D, S. 4.

59 In dieser Deutlichkeit auch Cornils (Fn. 46), ZG 2019, 323 (325) und Gärditz, Ausschuss-Drs. 19(4)236 D, S. 3.

60 So auch Gurlit (Fn. 56), AfP 2020, 9 (10); Cornils (Fn. 46), ZG 2019, 323 (339 ff.).

61 BVerwGE 146, 56 (62). Ebenfalls als Andeutung einer Kompetenz kraft Natur der Sache deutend Cornils (Fn. 46), ZG 2019, 323 (341 f.).

62 Cornils (Fn. 46), ZG 2019, 323 (342); Gurlit (Fn. 56), AfP 2020, 9 (10). Dieser Ansatz geht zurück auf Hecker (Fn. 45), DVBl 2006, 1416 (1418 f.).

63 Cornils (Fn. 46), ZG 2019, 323 (343); Gurlit (Fn. 56), AfP 2020, 9 (10).

64 Die Bindung von Bundesbehörden auch an Landesrecht ergibt sich aus dem Bundesstaatsprinzip, BVerwGE 29, 52 (58 f.); Maunz/Dürig/Grzeszick, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 7. EL (2019) Art. 20 Rn. 155; Kloepfer (Fn. 46), S. 597 (603 f.).

65 Cornils (Fn. 54), DÖV 2013, 657 (662). So auch Kloepfer (Fn. 46), S. 597 (603): »Das BVerwG versucht diesem Dilemma (...) dadurch zu entkommen, dass es faktisch aus Landesrecht Bundesrecht zu machen versucht.«

66 S. auch Cornils (Fn. 54), DÖV 2013, 657 (659) der in dem Auskunftsanspruch einen geradezu idealtypischen Gegenstand einer medienrechtlichen Regelung sieht.

Kompetenztiteln vom Bundesgesetzgeber zu normieren sind. Da es sich bei dem BfV um eine Bundesbehörde handelt, stellt sich insoweit die Frage, ob die Rechtsprechung der Presse überhaupt einen presserechtlichen Auskunftsanspruch gegen das BfV zuspricht.

Einfachrechtlich könnte sich dieser aus dem Informationsfreiheitsgesetz des Bundes ergeben, das grundsätzlich jedermann und damit auch den Vertretern der Presse einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen gegen Behörden des Bundes zuspricht (§ 1 I 1 IFG). Dieser allgemeine Informationsanspruch genügt jedoch nicht den besonderen Funktionsbedürfnissen der Presse.⁶⁷ Denn § 3 Nr. 8 IFG enthält einen absoluten Auskunfts Ausschluss für den Bereich der Nachrichtendienste und damit auch für Auskunftsbegehren gegen das BfV. Solche absoluten Informationsrestriktionen zugunsten ganzer Verwaltungsbereiche sind mit dem Institut der freien Presse nicht vereinbar.⁶⁸ Der Bundesgesetzgeber hat bei der Normierung des IFG insofern nicht in Erfüllung seines Gestaltungsauftrages aus Art. 5 I 2 GG gehandelt,⁶⁹ sodass § 1 IFG damit zwar einen allgemeinen, nicht aber einen presserechtlichen Auskunftsanspruch normiert. Einen einfachgesetzlichen *presserechtlichen* Auskunftsanspruch gegen das BfV kennt das Bundesrecht somit nicht.

Das Urteil des BVerwG vom 20.3.2013 ist aber insoweit gleich in mehrfacher Hinsicht ein Grundsatzurteil, als dass das Gericht in der Entscheidung erstmals ausdrücklich von der Existenz eines verfassungsunmittelbaren Anspruchs der Presse aus Art. 5 I 2 GG ausgeht.⁷⁰ Dieser leite sich als konkrete subjektiv-rechtliche Gewährleistung aus dem Institut der freien Presse ab.⁷¹

Dogmatischer Ausgangspunkt der Anerkennung eines verfassungsunmittelbaren presserechtlichen Auskunftsanspruch ist die Pflicht des Gesetzgebers, die Funktionsbedingungen der freien Presse zu gewährleisten und presserechtliche Auskunftsansprüche in die Rechtsordnung zu integrieren.⁷² Die Pressefreiheit in ihrem objektiv-rechtlichen Gehalt bindet nicht nur den Gesetzgeber, sondern auch die Rechtsprechung, Art. 1 III GG.⁷³ Integriert der Gesetzgeber keine einfachgesetzlichen Auskunftsansprüche zugunsten der Presse in die Rechtsordnung, müsse die Rechtsprechung die öffentliche Aufgabenerfüllung durch die Presse gewährleisten.⁷⁴

Besonderheiten ergäben sich vor allem durch die Existenz staatlicher Informationsmonopole,⁷⁵ die sich dem Zugang der Presse entziehen, sofern diese Informationen nicht auf legalem Wege erlangt werden können. Dazu zählt zuvörderst auch der Bereich der Nachrichtendienste.⁷⁶ Besteht kein Zugang zu den Informationsmonopolen, so verknappe sich das Ausübungssubstrat der subjektiv-rechtlichen Dimension der Pressefreiheit, was sich zu einer »freiheitsfrustrierenden Situation« zuspitze.⁷⁷ Gerade hier greife die freiheitsverstärkende Funktion des objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalts und führe zu einem verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruch der Presse.⁷⁸ Nur durch die Anerkennung eines verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs der Presse könne gewährleistet werden, dass diese ihre Kontroll- und Vermittlungsfunktion hinreichend ausüben könne.⁷⁹

Die Annahme eines solchen verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs durch die Rechtsprechung sieht sich jedoch einer Vielzahl verfassungsrechtlicher Einwände ausgesetzt.⁸⁰

In den Vordergrund rücken dabei insbesondere Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung.⁸¹ Inhalt und Reichweite eines verfassungsunmittelbaren Anspruchs lassen sich nicht anhand des Wortlauts von Art. 5 I 2 GG bestimmen. Aus dem Gewaltenteilungsprinzip leitet sich das Erfordernis eines einfachen, den Auskunftsanspruch ausgestaltenden Gesetzes ab.⁸² Die Frage nach der Gestaltung des zu schaffenden Auskunftsanspruchs, der sich als komplexes Wechselspiel zwischen Öffentlichkeit und Vertraulichkeit darstellt,⁸³ ist

⁷⁵ *Groß* (Fn. 38), DÖV 1997, 133 (134); *Germelmann* (Fn.46), DÖV 2013, 667 (667).

⁷⁶ Vgl. *Hirsch* (Fn. 34), S. 105.

⁷⁷ *Winkler*, Der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch der Medien im Kontext. Staatliche Freiheitsingerenz als Auslöser von Substratzugangsansprüchen, VerwArch 107 (2016), 536 (557).

⁷⁸ *Alexander* (Fn. 31), ZUM 2013, 614 (617); BK/*Degenhart*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 201. Aktualisierungslieferung (2019), Art. 5 Rn. 220; *Eisele/Hyckel*, Herleitung und Grenzen des Auskunftsrechts der Presse – Zugleich eine Anmerkung zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14. September 2015 – 1 BvR 857/15, VR 2016, 217 (220).

⁷⁹ BVerwGE 146, 56 (63).

⁸⁰ Nicht überzeugen kann der Einwand, die Anerkennung eines verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs der Presse käme einer unzulässigen Privilegierung der Presse gleich, erwachsen doch gerade aus ihrer besonderen Funktion auch besondere Funktionsbedürfnisse, s. BVerwGE 146, 56 (64); v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus* (Fn.9), Art. 5 Rn. 149. So aber *Wolff*, der die Auskunftsansprüche aller Grundrechtsträger aus dem Informationsgrundrecht aus Art. 5 I GG herleitet, s. *Wolff* (Fn. 35), S. 1657 (1686).

⁸¹ *Rhein*, Der Anwendungsbereich presserechtlicher Auskunftsansprüche auf Bundesebene. Zugleich Anmerkungen zu BVerwG, Urt. v. 25. Oktober 2018, 7 C 6.17, DÖV 2019, 394 (394).

⁸² *Epping/Hillgruber/Schemmer*, Grundgesetz Kommentar, 2. Auflage (2013), Art. 5 Rn. 47. Dies gilt mit *Blome* auch vor dem Hintergrund, dass eine Normierung des presserechtlichen Auskunftsanspruchs durch den parlamentarischen Gesetzgeber die notwendige Öffentlichkeit geschaffen wird, *Blome* (Fn. 45), NVwZ 2016, 1211 (1215).

⁸³ *Jestaedt*, AöR 126, 204 (242). *Cornils* weist hingegen darauf hin, dass die bisherige Praxis gezeigt habe, dass es vor allem die Abwägung im Einzelfall sei, die das Grundgesetz fordere und der Gesetzgeber bei der Normierung

⁶⁷ BVerwGE 146, 56 (64).

⁶⁸ S. dazu schon unter B. I.

⁶⁹ BVerwGE 146, 56 (64).

⁷⁰ BVerwGE 146, 56 (64); BVerwGE 151, 348 (354 f.); BVerwG NVwZ 2019, 479 (480); BVerwG NVwZ 2020, 305 (305 f.).

⁷¹ BVerwGE 146, 56 (64).

⁷² S. dazu oben unter B. I.

⁷³ *Trute* (Fn. 16), § 104 Rn. 10; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte (2003), S. 264 f.

⁷⁴ BVerwGE 146, 56 (63).

keinesfalls verfassungsrechtlich vorgegeben, sondern dem Gesetzgeber und dessen Prärogative übertragen.⁸⁴

Die Rechtsprechung bemüht zur richterrechtlichen Bestimmung des Anspruchsinhalts das Untermaßverbot: Durch die Anerkennung des verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs dürfe keinesfalls jene Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers unterlaufen werden, sodass dieser auf das Niveau begrenzt bleibe, das der Gesetzgeber bei Erfüllung seines Gestaltungsauftrags nicht unterschreiten dürfe.⁸⁵

Dem Einwand, die Begrenzung des Anspruchs auf ein Minimum könne der Bedeutung der Presse nicht gerecht werden,⁸⁶ entgegnet das BVerwG zwar durchaus berechtigt, dass ein Minimalanspruch der Presse im Einzelfall durchaus weit greifen könne.⁸⁷ Dass damit aber an die Stelle der abstrakten Güterabwägung des Gesetzgebers gerichtliche Erwägungen im Einzelfall darüber treten, welche Geheimhaltungsinteressen der demokratisch legitimierte Gesetzgeber berücksichtigen könnte und müsste und wie weit er dabei gehen dürfte,⁸⁸ veranschaulicht die Rechtsprechung der Fachgerichte zu Anspruchsbegehren der Presse gegen das BfV.⁸⁹ Bei Informationen, die die operative Tätigkeit des BfV betreffen, überwiege im Einzelfall in aller Regel das staatliche Vertraulichkeitsinteresse.⁹⁰ Ein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf derartige Informationen sei aus diesem Grund zu verneinen, denn der Gesetzgeber dürfe diesbezüglich einen generellen Ausschlussgrund normieren.⁹¹ Es ist jedoch Aufgabe des Gesetzgebers dem Inhalt des Ausschlussgrundes im Rahmen der Normierung Konturen zu verleihen und seine Reichweite zu bestimmen.⁹² Die Rechtsprechung fungiert umso mehr als Ersatzgesetzgeber, wenn sie sich

eines einfachgesetzlichen Auskunftsanspruchs der Presse insoweit nicht viel Spielraum habe, *Cornils* (Fn. 46), ZG 2019, 323 (338).

84 *Pieper*, Grundrechtliche Gewährleistungen, Bundesverwaltungsgericht und der Bundespräsident, DVBl 2020, 921 (923); *Hillgruber*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, in: Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, VVDStRL 67 (2008), 7 (18 f.); *Gusy*, Die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des VerwR Bd. II, S. 235 (316). So auch *Cornils* (Fn. 46), ZG 2019, 323 (338): »Die einfachgesetzliche Zuweisung von Rechten und Pflichten ist der rechtsstaatlich-demokratische Normalfall, die verfassungsunmittelbare Herleitung eine grundsätzlich fragwürdige Ausnahme.« Siehe auch *Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit (1992), S. 67.

85 BVerwGE 146, 56 (64).

86 *Partsch*, Der Auskunftsanspruch der Presse – Neujustierung durch das BVerwG NJW 2013, 2858 (2860).

87 BVerwGE 151, 348 (356 f.). Auch die Literatur erkennt insoweit an, dass der verfassungsunmittelbare Anspruch in der Rechtsprechung des BVerwG inzwischen eine Gestalt angenommen habe, die über ein Minimum an Anspruch hinausgeht, s. *Cornils* (Fn. 46), ZG 2019, 323 (336).

88 *Wiebe*, Rundfunkrechtlicher Auskunftsanspruch gegen Bundesbehörden, ZUM 2020, 39 (44).

89 OVG Münster AfP 2020, 161 ff.; VG Köln, Urteil vom 9. Juni 2020 – 6 K 9484/17.

90 OVG Münster AfP 2020, 161 (164).

91 OVG Münster AfP 2020, 161 (164).

92 *Wiebe* (Fn. 88), ZUM 2020, 39 (44).

abermals in die Rolle des Gesetzgebers hineinversetzt⁹³ und im Rahmen der Maßstabssetzung dem Ausschluss der operativen Tätigkeit »Einschränkungen in zeitlicher Hinsicht« beifügt.⁹⁴ Sie verfestigt damit den Eindruck, der presserechtliche Auskunftsanspruch im Allgemeinen sei bereits durch das Grundgesetz determiniert und finde solange durch die Rechtsprechung Anwendung, bis der Gesetzgeber die verfassungsrechtliche Vorzeichnung einfachgesetzlich nachgezeichnet habe.

Besonders schwer wiegt letztlich der Einwand, der Unvereinbarkeit des verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Gesetzesvorbehalts, sofern durch die zu gewährenden Auskünfte Grundrechte betroffen sind.⁹⁵ Staatliche Auskünfte mit Drittbezug, stellen regelmäßig einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder die Berufsfreiheit des Dritten dar.⁹⁶ Die abstrakte Entscheidung über die Einschränkung grundrechtlicher Freiheiten und den Ausgleich kollidierender Grundrechtspositionen ist dabei der Legislative vorbehalten.⁹⁷ Sofern das BVerwG Art. 5 I 2 GG als hinreichende Eingriffsermächtigung bemüht,⁹⁸ liegt darin nichts anderes als die Funktionsumkehrung der Grundrechte von Abwehrrechten des Einzelnen in Ermächtigungsgrundlagen des Staates.⁹⁹ Die staatliche Entscheidung über die Auskunftsgewährung bedarf in diesen Fällen einer einfachgesetzlichen Regelung.¹⁰⁰

Daran ändert auch eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundrechts der Pressefreiheit nichts.¹⁰¹ Zwar leitet der EGMR unter Umständen einen Anspruch der Presse als »public watchdog« zu staatlichen Informationen unmittel-

93 OVG Münster AfP 2020, 161 (163): »Der Auskunftsanspruch ist demnach durch Vertraulichkeitsinteressen ausgeschlossen, die der Gesetzgeber für die gegebene Sachkonstellation als Ausschlussgrund normieren dürfte. Entscheidend ist, ob der Gesetzgeber berechtigt wäre, dem betroffenen Vertraulichkeitsinteresse für die gegebene Sachkonstellation Vorrang vor dem Informationsinteresse der Presse einzuräumen.«

94 OVG Münster AfP 2020, 161 (164 f.).

95 *Gärditz*, Ausschuss Drs. 19(4)236 D S. 9; *Blome* (Fn. 45), NVwZ 2016, 1211 (1215); *Hörauf* (Fn. 26), S. 86; *Gusy* (Fn. 84), S. 235 (316).; *Wiebe* (Fn. 88), ZUM 2020, 39 (42 f.).

96 Dies gilt allgemein für alle Informationsansprüche gegen den Staat, vgl. *Rossi*, Informationsfreiheit – Anspruch und Wirklichkeit, in: v. Arnim, Transparenz contra Geheimhaltung (2015), 43 (51 f.). Siehe auch *Winkler* (Fn. 93), VerwArch 107, 536 (547). *Hirsch* sieht einen Grundrechtseingriff sogar bereits dann gegeben, wenn die persönlichen Informationen nur innerhalb des Staates zu Kontrollzwecken weitergegeben werden, s. *Hirsch* (Fn. 34), S. 72 f.

97 BVerfGE 108, 282 (312); *Wiebe* (Fn. 88), ZUM 2020, 39 (42 f.).

98 BVerwGE 151, 348 (360 f.); BVerwG NVwZ 2020, 305 (307).

99 *Rhein*, Ausgeforschte Hintergrundgespräche?, in: Jesse/Mannewitz/Panreck, Populismus und Demokratie, S. 215 (224).

100 *Rhein* (Fn. 81), DÖV 2019, 394 (395); *Wiebe* (Fn. 88), ZUM 2020, 39 (43); *Blome* (Fn. 45), NVwZ 2016, 1211 (1215); *Cremer* (Fn. 73), S. 359; *Gärditz*, Ausschuss Drs. 19(4)236 D S. 9; a. A. *Groß* (Fn. 38), DÖV 1997, 133 (138).

101 So aber *Ehlers/Vorbeck*, in: FS Frank (2014), S. 223 (240 f.); *Maunz/Dürig/Grabenwarter* (Fn. 12), Art. 5 Rn. 373. *Engelbrecht* leitet aus Art. 10 EMRK sogar ein konventionsunmittelbares Informationszugangsrecht der Presse ab, *Engelbrecht*, Informationsfreiheit zwischen Europäischer Menschenrechtskonvention und Grundgesetz, ZD 2018, 108 (111 f.).

bar aus der Pressefreiheit des Art. 10 EMRK ab.¹⁰² Aus der Rechtsprechung des EGMR geht jedoch nicht hervor, inwieweit sie Gewährleistungen des Art. 10 EMRK über die Gewährleistungen des IFG des Bundes hinausgehen sollen.¹⁰³ Das Informationsfreiheitsgesetz garantiert als Jedermann-Anspruch auch Vertretern der Presse grundsätzlich Zugang zu Informationen. Davon sind zwar Nachrichtendienste gem. § 3 Nr. 8 IFG ausgenommen. Dass es sich aber bei derartigen Bereichsausnahmen nicht um eine zulässige Beschränkung des Schutzbereichs auf Grundlage des Art. 10 II EMRK handeln soll, ist nicht ersichtlich.¹⁰⁴

Doch selbst wenn man zu dem Ergebnis käme, dass das bestehende Informationszugangrecht in der Bundesrepublik Deutschland hinter den Gewährleistungen des Art. 10 EMRK zurückbleibt, könnte eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des Art. 5 I 2 GG nicht über den oben genannten Einwand der Nichtachtung des Gesetzesvorbehalts hinweghelfen. Die Rezeption des Völkerrechts ist verfassungsrechtlich dahingehend begrenzt, dass eine völkerrechtsfreundliche Auslegung nicht zu einem verminderten Grundrechtsschutz führen darf.¹⁰⁵ Insbesondere für mehrpolige Grundrechtsverhältnisse hat das BVerfG festgestellt, dass ein »Mehr« an Freiheit für den einen Grundrechtsträger nicht zugleich ein »Weniger« für einen anderen bedeuten dürfe.¹⁰⁶ Ein verfassungsunmittelbarer Anspruch ergibt sich somit auch nicht aus einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Art. 5 I 2 GG.

D. Bedürfnis nach bundesgesetzgeberischer Tätigkeit?

Die Untersuchung hat die Schwächen der Rechtsprechung des BVerwG aufgezeigt. Doch auch ihre bisherigen Ergebnisse – das Fehlen einer Bundeskompetenz sowie die Ablehnung eines verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs – würden die Organe der Presse in der Praxis allgemein vor Probleme stellen. So könnte die Presse beispielsweise gegen das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge mit Sitz in Bremen auch auf landesgesetzlicher Grundlage keinen presserechtlichen Auskunftsanspruch geltend machen, denn das Bremer Pressegesetz beschränkt als einziges Landespressegesetz den einfachrechtlichen Auskunftsanspruch auf Behörden des Landes und der Gemeinden, § 4 I BremPresseG. Bundesbehörden sind von dem Wortlaut nicht umfasst. Auch dass mit dem Sitzlandprinzip die Behörden des Bundes aufgrund unterschiedlicher landesrechtlicher Ansprüche zur Auskunft verpflichtet wären, mit denen uneinheitliche Anspruchsvoraussetzungen und An-

spruchsgrenzen einhergehen können, soll an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben.

Insgesamt ergibt sich damit aus der bestehenden Rechtslage sowie der Rechtsprechung des BVerwG allgemein ein Dilemma des Bundesgesetzgebers (I.), das er durch gesetzgeberisches Tätigwerden auflösen kann und sollte (II.).

I. Ein Dilemma zwischen der Sicherung föderaler und grundrechtlicher Interessen

Der sich aus der aktuellen Rechtspraxis ergebende *status quo* der Presse in Bezug auf Auskunftersuchen gegen Bundesbehörden ist nicht länger haltbar.¹⁰⁷

Zum einen besteht aufgrund der verfehlten kompetenzrechtlichen Annahmen des BVerwG kein einfachgesetzlicher Auskunftsanspruch der Presse gegen die Behörden des Bundes. Wenn man der Auffassung der Rechtsprechung folgen würde, wäre der Bundesgesetzgeber dazu berufen entsprechende Gesetzesvorhaben zu verabschieden. Würde jedoch der Bundesgesetzgeber die Rechtsansicht des BVerwG teilen, wäre er schon tätig geworden. Dass bereits zwei Gesetzesvorlagen im Bundestag¹⁰⁸ aufgrund kompetenzrechtlicher Bedenken scheiterten, zeigt, dass er es nicht tut.¹⁰⁹ Der Bundesgesetzgeber geht von seiner eigenen Unzuständigkeit aus.

Zum anderen verschwimmen in Folge der neujustierten Rechtsprechung zunehmend die Grenzen zwischen dem grundrechtlich determinierten presserechtlichen Auskunftsanspruch und den allgemeinen Auskunftsansprüchen, wenn das BVerwG vereinzelt auch einfachgesetzliche Jedermann-Ansprüche ohne jedweden Pressebezug als presserechtliche Auskunftsansprüche qualifiziert.¹¹⁰ Ist in allen anderen Fällen

¹⁰⁷ S. dazu auch den öffentlichen Aufruf einer Vielzahl von Medienvertretern vom 10. Dezember 2019, in dem die Schaffung eines Auskunftsanspruchs der Medien gegen Bundesbehörden gefordert wird: *Deutscher Journalistenverband/Deutsche Journalistinnen- und Journalisten-Union/Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger/Verband Deutscher Zeitschriftenverleger/Deutscher Presserat/Verband Privater Medien/Netzwerk Recherche/Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands/Zweites Deutsches Fernsehen*, Appell von Verbänden, Sendern und Verlegern: Medienauskunftsgesetz jetzt!, 10.12.2019, https://www.djv.de/fileadmin/user_upload/Dokumente_Geschäftsstelle/Gemeinsamer_Appell_zum_Auskunftsanspruch_101219.pdf, zuletzt abgerufen am 1.9.2020.

¹⁰⁸ Kurz nach der Entscheidung des BVerwG am 20.2.2013 hat die SPD-Fraktion einen Gesetzesentwurf für ein Presseauskunftsgesetz des Bundes in den Bundestag eingebracht (BT-Drs. 17/12484). Ein zweiter Gesetzesentwurf wurde im September 2018 von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und Abgeordneten der Fraktion eingebracht (BT-Drs. 19/4572).

¹⁰⁹ Siehe dazu das Wortprotokoll zur öffentlichen Anhörung am 11.3.2019 (Ausschuss für Inneres und Heimat, Protokoll-Nr. 19/41) und die jeweiligen Beschluss-Empfehlungen der Innenausschüsse, BT-Drs. 17/13995 und BT-Drs. 19/13600. Beide Gesetzesvorlagen stammten zudem aus der Opposition, sodass es zudem an einer politischen Mehrheit gefehlt hätte.

¹¹⁰ So in Bezug auf § 111 III BBG a. F. BVerwG NVwZ 2017, 1862 (1868). In seinem Urteil vom 20.2.2013 hatte das BVerwG bezüglich des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes noch ausdrücklich festgestellt, dass dieses nicht spezifisch die informationsrechtliche Stellung der Presse ausforme und der Bundesgesetzgeber mit dem Gesetzeserlass nicht zur Erfüllung des

¹⁰² EGMR AfP 2017, 301 (303).

¹⁰³ Der EGMR begründet sogar die Einbeziehung des Informationszugangrechts in den Schutzbereich des Art. 10 EMRK mit den Informationsfreiheitsgesetzen, die in vielen Konventionsstaaten erlassen wurden, vgl. EGMR AfP 2017, 301 (303). A. A. *Wirtz/Brink*, Die verfassungsrechtliche Verankerung der Informationszugangsfreiheit, NVwZ 2015, 1166 (1172).

¹⁰⁴ Das BVerwG hat die Frage, inwiefern sich zwischen den Schrankenregelungen des Art. 10 II EMRK und den Ausschlussstatbeständen des IFG Lücken ergeben, offengelassen, s. BVerwGE 146, 56 (66).

¹⁰⁵ BVerfGE 128, 326 (371).

¹⁰⁶ BVerfGE 128, 326 (371).

der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch das einzige rechtliche Werkzeug der Presse gegenüber Bundesbehörden, geht die richterrechtliche Ausformung des Anspruchs mit einem nicht unerheblichen Maß an Rechtsunsicherheit einher.¹¹¹

So stellte schon die Beschränkung des Anspruchs auf einen »Minimalstandard« die Praxis vor Probleme. Fachgerichte lehnten infolgedessen einen Anspruch teilweise bereits dann ab, wenn auch nur irgendein öffentliches oder privates Interesse der Auskunftserteilung entgegenstand.¹¹² Eine Abwägung widerstreitender Interessen wurde nicht vorgenommen – diese sei dem Gesetzgeber überlassen. Dass es in Einzelfällen zu solchen Entscheidungen kommt, ist logische Konsequenz eines bestehenden einfachgesetzlich unregelmäßigten Zustands.¹¹³ Es ist nicht auszuschließen, dass sich die Presse – insbesondere kleinere finanzschwächere Verlage¹¹⁴ – vor dem Hintergrund dieser Konturenlosigkeit und Rechtsunsicherheit im Einzelfall gegen die Geltendmachung des presserechtlichen Auskunftsanspruchs entscheiden.¹¹⁵ Die Rechte der Presse wurden damit paradoxerweise durch die Anerkennung des verfassungsunmittelbaren Anspruchs keinesfalls wie teilweise angenommen¹¹⁶ gestärkt, sondern eher geschwächt.¹¹⁷ Zwar wurden dem verfassungsunmittelbaren Anspruch inzwischen durch die Festigung der Rechtsprechung gewisse Konturen verliehen.¹¹⁸ Dennoch sollte dieser Zustand, jedenfalls vor

dem Hintergrund des »rechtsstaatlich-demokratische[n] Normalfall[s]«¹¹⁹ der *einfachgesetzlichen* Ermächtigung des Staates und der *einfachgesetzlichen* Anspruchsberechtigung des Bürgers, kein dauerhafter bleiben.¹²⁰

Institutionell zur Auflösung dieses verfassungsrechtlichen Kompetenzkonflikts berufen wäre das BVerfG. Indem es zu der Frage nach der Gesetzgebungskompetenz für den Auskunftsanspruch gegen Bundesbehörden Stellung bezöge, wäre Rechtsklarheit geschaffen. Eine Entscheidung zugunsten der Zuständigkeit der Länder würde in der Praxis den Landespressegesetzen zur Anwendung verhelfen. Schließt sich das Gericht der Rechtsauffassung des BVerwG an, wäre der Bundesgesetzgeber zur Schaffung einfachgesetzlicher Auskunftsansprüche berufen. Ein Weg nach Karlsruhe wäre eine Urteilsverfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG eines Pressevertreters, mit der die Verletzung der Pressefreiheit gerügt würde.¹²¹ Umso bedauerlicher ist, dass dieser Weg bereits beschritten wurde, das BVerfG die Möglichkeit der Klärung aber ungenutzt ließ, indem es die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BVerwG vom 20. Februar 2013 nicht zur Entscheidung annahm.¹²² Somit ist auch in Zukunft nicht mit einer verfassungsgerichtlichen Klärung der aufgeworfenen Fragen zu rechnen.

Der Bundesgesetzgeber befindet sich damit in einem Dilemma. Soweit er Auskunftsrechte der Presse in seine Rechtsordnung integriert, verstößt er nach hier vertretener Ansicht gegen die föderale Grundordnung des Grundgesetzes. Bleibt er trotz des vermeidlich unregelmäßigten Zustands untätig, trägt er dem Institut der freien Presse nicht hinreichend Rechnung.¹²³

Gestaltungsauftrags gehandelt habe, der aus dem objektiv-rechtlichen Gewährleistungsgehalt des Art. 5 I 2 GG erwachse, s. BVerwGE 146, 56 (64).

111 Gärditz, Ausschuss-Drs. 19(4)236 D, S. 8 f.; ders. (Fn. 32), AfP 2019, 281 (284 f.); Fiedler, Ausschuss-Drs. 19(4)236 C, S. 5; Kloepfer (Fn. 46), S. 597 (606). So auch Partsch, der die derzeitige Praxis Behörden- und Gerichtspraxis für verfassungswidrig hält, s. Partsch, Ausschuss-Drs. 19(4)236 E, S. 3 ff. Auch die Gesetzesvorlagen der SPD-Fraktion und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN begründeten das Regelungsbedürfnis mit dem Umstand der Rechtsunsicherheit, vgl. BT-Drs. 17/12484 S. 3 und BT-Drs. 19/4572 S. 5.

112 OVG Berlin-Brandenburg, LKV 2013, 472 (473).

113 So auch Partsch, Ausschuss-Drs. 19(4)236 E, S. 4. Unzutreffend, vgl. Raabe, Informations- und Auskunftspflichten der öffentlichen Hand gegenüber der Presse (2010), S. 207 f.

114 Partsch, Ausschuss-Drs. 19(4)236 E, S. 5 f.

115 In diese Richtung geht auch der Einwand des *Deutschen Journalisten-Verbands*, vgl. DJV, Ausschuss-Drs. 19(4)236 B, S. 4. Vor welche Anforderungen Journalisten infolge der Rechtsprechungsänderung gestellt werden, wird anhand von Beispielen anschaulich dargestellt bei Partsch, Ausschuss-Drs. 19(4)236 E, S. 4 f.

116 Klemm/Schlüter, Existenz und Reichweite des verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs der Presse gegen Bundesbehörden, AfP 2015, 306 (308).

117 *Deutscher Journalisten Verband et al.*, Appell von Verbänden, Sendern und Verlegern: Medienauskunftsgesetz jetzt!, 10. Dezember 2019, https://www.djv.de/fileadmin/user_upload/Dokumente_Geschäftsstelle/Gemeinsamer_Appell_zum_Auskunftsanspruch_101219.pdf, zuletzt abgerufen am 1.9.2020. So auch Partsch, NJW 2013, 2858 (2862).

118 So hat das BVerfG eine Verletzung der Pressefreiheit aus Art. 5 I 2 GG jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der verfassungsunmittelbare Anspruch den landespresserechtlichen Ansprüchen in nichts nachsteht, BVerfG, NVwZ 2016, 50 (51). Dementsprechend orientieren sich das BVerwG und die Fachgerichte inhaltlich an den Vorgaben der Landespressegesetze, vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 5. 2. 2020 – OVG 6

S 59.19 – Rn. 92; BVerwG NVwZ 2020, 305 (306) und BVerwG, Beschluss vom 13. 5. 2020 – 6 A 3/20 – Rn. 8. Kritisch bzgl. der Tatsache, dass das BVerwG somit letztlich inhaltlich wieder auf die Landespressegesetze zurückgreift *Rhein* (Fn. 81), DÖV 2019, 394 (396). Treffend zur Rechtsprechung des BVerwG insgesamt Kloepfer (Fn. 46), S. 597 (602): »Letztlich gibt es keine überzeugende sachliche Antwort auf die Frage, warum das Gericht so eklatant unter seinen fachlichen und argumentativen Möglichkeiten blieb und statt der (...) Rechtsfigur des landespresserechtlichen Informationsanspruchs (...) contra legem einem schwer verdäulichen Konglomerat aus einer verfassungskonformen Auslegung des Landespresserechts und aus der (...) Konstruktion einer Annexkompetenz des Bundes sowie eines gesetzesersetzenden unmittelbaren Rückgriffs auf die Verfassung verfiel, nur um im Ergebnis wieder am Ausgangspunkt anzukommen.«

119 Cornils (Fn. 46), ZG 2019, 323 (338).

120 Cornils (Fn. 46), ZG 2019, 323 (337 f.); Schemmer (Fn. 25), AfP 2020, 1 (3).

121 Alternativ wäre auch ein Antrag auf eine abstrakte Normenkontrolle durch die Bundes- oder eine Landesregierung oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestages, denkbar nach Art. 93 I Nr. 2 GG i. V. m. § 76 I Nr. 2 BVerfGG, vgl. Gärditz (Fn. 32), AfP 2019, 281 (284).

122 Der von der Gerichtsbarkeit gewährte verfassungsunmittelbare Anspruch bleibe nicht hinter den von der Pressefreiheit geforderten Gewährleistungen zurück, solange dieser nicht weniger garantiere als die Landespressegesetze. Dem Beschwerdeführer fehlte es somit an der Beschwerdebefugnis, vgl. BVerfG NVwZ 2016, 50 ff.

123 Gärditz (Fn. 32), AfP 2019, 281 (284). So auch *Rhein*, der von einer »Pattsituation« des Gesetzgebers spricht, s. *Rhein* (Fn. 99), S. 215 (225).

II. Das Für und Wider einer bundesgesetzlichen Regelung

Aus der Sicht des Bundesgesetzgebers würde er im Falle der einfachgesetzlichen Kodifizierung presserechtlicher Auskunftsansprüche im Bundesrecht bewusst formell verfassungswidrig handeln. Wesentliche Einschränkungen erfährt dieser Einwand durch den Umstand, dass eine abschließende Klärung der Zuständigkeitsfrage noch aussteht.¹²⁴ Zudem streitet vor allem die Verantwortung des parlamentarischen Gesetzgebers für die Gewährleistung der Pressefreiheit, für ein gesetzgeberisches Einschreiten.¹²⁵ Während ein Verstoß gegen die föderale Kompetenzverteilung vor dem Hintergrund der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung vertretbar erscheint,¹²⁶ gilt dies nicht für eine vom Gesetzgeber zu verantwortende unzureichende Gewährleistung der Pressefreiheit. Zieht sich der Gesetzgeber auf den Einwand der möglichen Unzuständigkeit zurück, trägt er entscheidend dazu bei, keine hinreichende Kontrolle der Bundesbehörden durch die Presse zu gewährleisten.¹²⁷ Der Beitrag des Bundesgesetzgebers zur Gewährleistung einer freien Presse kann auch darin liegen, den Anstoß zur verfassungsgerichtlichen Klärung der Kompetenzfrage zu liefern. So könnte im Wege einer konkreten oder abstrakten Normenkontrolle das Bundesgesetz dem BVerfG vorgelegt werden.¹²⁸ Das BVerfG müsste dann den verfassungsrechtlichen Konflikt auflösen und würde unabhängig vom Verfahrensausgang die Situation der Presse verbessern.¹²⁹ Die Frage, ob der Bundesgesetzgeber tätig werden sollte, ist damit zu bejahen.

Daran schließt sich aber unmittelbar die Frage nach dem »Wie« an. Gegenstand der bisherigen Gesetzesentwürfe war jeweils ein eigenes Pressauskunftsgesetz des Bundes, das Ansprüche gegen alle Bundesbehörden regelt. Ein allgemeines Pressauskunftsgesetz ist jedoch nicht alternativlos. Demgegenüber besteht die Möglichkeit einer sektoralen Lösung, die, verbunden mit einem höheren gesetzgeberischen Aufwand, aus einer Vielzahl einzelner bereichsspezifischer presserechtlicher Auskunftsansprüche für die jeweiligen Sachmaterien des Bundes besteht.¹³⁰ Presserechtliche Auskunftsansprüche gegen das BfV wären somit im BVerfSchG zu regeln.

¹²⁴ Cornils (Fn. 46), ZG 2019, 323 (331); ders., Ausschuss-Drs. 19(4)236 A, S.6; Gärditz (Fn. 32), AfP 2019, 281 (284); Fiedler, Ausschuss-Drs. 19(4)236 C, S. 3; Kloepfer (Fn. 46), S.597 (607).

¹²⁵ Germelmann (Fn.46), DÖV 2013, 667 (676); Schemmer (Fn. 25), AfP 2020, 1 (3). Diese Verantwortung folgt schon aus der staatlichen Pflicht, dem Institut der freien Presse in der Rechtsordnung hinreichend Geltung zu verschaffen, vgl. BVerfGE 20, 162 (175).

¹²⁶ So auch Cornils (Fn. 46), ZG 2019, 323 (331).

¹²⁷ Fiedler, Ausschuss-Drs. 19(4)236 C, S. 3: »Wenn das Verfassungsgericht so die Hände in den Schoß legt (...), kann das den Bundesgesetzgeber nicht entlasten.«

¹²⁸ Cornils (Fn. 54), DÖV 2013, 657 (666).

¹²⁹ Cornils (Fn. 54), DÖV 2013, 657 (666); ders. (Fn. 46), ZG 2019, 323 (332).

¹³⁰ Für eine solche sektorale Lösung plädieren auch Kloepfer (Fn. 46), 597 (607) und Gärditz (Fn. 32), AfP 2019, 281 (286 f.). A. A. Cornils (Fn. 54), DÖV 2013, 657 (666 f.); ders. (Fn. 46), ZG 2019, 323 (344 f.).

Für diese bereichsspezifische Lösung spricht, dass sie sich an der kompetenzrechtlichen Annahme einer Annexkompetenz durch das BVerwG orientiert, wonach Sachmaterie und Auskunftspflicht gegenüber der Presse untrennbar miteinander verbunden seien.¹³¹ Dementsprechend liegt es nahe, einem gesetzgeberischen Einschreiten die Rechtsprechung des BVerwG zugrunde zu legen und für die Behörden des Bundes die presserechtlichen Auskunftsansprüche und deren Grenzen in diejenigen Gesetze zu integrieren, deren Gegenstand die jeweilige Sachmaterie ist.¹³² Der Bundesgesetzgeber könnte dabei in Anlehnung an die Rechtsprechung die jeweiligen Besonderheiten der Sachmaterie berücksichtigen. Für Ansprüche gegen das BfV könnte beispielsweise ein absoluter Auskunftsverweigerungsgrund für die Fälle normiert werden, in denen eine Auskunftserteilung die operative Tätigkeit des Verfassungsschutzes gefährden würde.¹³³

Es wäre damit eine ausdifferenzierte Anspruchsgrundlage geschaffen, die hinreichend bestimmte Leitlinien für das BfV sowie die Gerichte im Einzelfall verspricht und unweigerlich den aktuellen rechtsunsicheren Zustand beendet.¹³⁴

E. Fazit

Mit dem in vielfacher Hinsicht verfehlten Grundsatzurteil des BVerwG vom 20.2.2013 wurde der Presse eine Kontrolle des BfV in jedem Falle erschwert. Die Untersuchung hat jedoch auch gezeigt, dass sich inzwischen mit der Orientierung der Rechtsprechung an den Landespressesetzen ein weitgehend rechtssicherer Zustand eingestellt hat. Dennoch sollte unter rechtspolitischen Gesichtspunkten die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz für presserechtliche Auskunftsansprüche gegen Bundesbehörden einer verfassungsgerichtlichen Klärung zugeführt werden. Nur so ließe sich auf lange Sicht der »rechtsstaatlich-demokratische Normalfall«¹³⁵ der einfachgesetzlichen Normierung eines solchen Anspruchs erreichen und verhindern, dass die Rechtsprechung weiterhin den mit dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts unvereinbaren verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruch aus Art. 5 I 2 GG anwendet. Der Bundesgesetzgeber sollte sich dabei an der kompetenzrechtlichen Rechtsprechung des BVerwG orientieren. Im Rahmen sektoraler Bereichsregelungen für die jeweiligen Bundesbehörden wären dabei die Besonderheiten der jeweiligen Sachmaterie zu berücksichtigen. Ein Anspruch der Presse gegen das BfV wäre dementsprechend im BVerfSchG zu normieren.

¹³¹ Vgl. BVerwGE 146, 56 (62).

¹³² Siehe dazu die Wortbeiträge von Gärditz in der 41. Sitzung des Ausschusses für Inneres und Heimat des 19. Bundestages am 11.3.2019, der die Normierung »sektorale Regelungen (...) als rechtlich zwingend« bezeichnet, Ausschuss für Inneres und Heimat, Protokoll-Nr. 41/19, S. 19 und S. 31.

¹³³ So auch Gärditz, der die Frage, inwieweit sich der Gesetzgeber an der aktuellen Rechtsprechung orientieren möchte, letztlich für eine politische Frage hält, Gärditz, Ausschuss-Drs. 19(4)236 D, S. 10 f.

¹³⁴ Gärditz (Fn. 32), AfP 2019, 281 (286).

¹³⁵ Cornils (Fn. 46), ZG 2019, 323 (338).

StrafR Aufsatz

Leon Augustin Hill*

Der Dualismus von Recht und Moral im NS-Strafrecht und heute

In welchem Verhältnis Recht und Moral im NS-Strafrecht standen, wie dieses Verhältnis im heutigen Strafrecht fortwirkt und inwieweit hierdurch Konflikte mit dem Grundgesetz entstehen können, wird anhand der §§ 211, 240 II StGB untersucht.

A. Einleitung

Die vom nationalsozialistischen Gesetzgeber erlassenen Vorschriften zum Mord (§ 211 StGB) und zur Rechtswidrigkeit der Nötigung (§ 240 II StGB¹) sind ein Produkt der nationalsozialistischen »Ethisierung«² des Rechts, in deren Rahmen es zu einer gegen das Grundgesetz verstößenden Unterordnung des Strafrechts unter die Moral kommt.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, diese These zu belegen. Zunächst (B.) muss dafür geklärt werden, was unter den Begriffen *Recht* und *Moral* zu verstehen ist und wann im Sinne des Titels der Arbeit von einem Dualismus gesprochen werden kann. Das Verhältnis von Recht und Moral im Nationalsozialistischen Strafrecht (C.) und im heutigen Strafrecht (D.) wird schwerpunktmäßig anhand der Normen zum Mord und zur Nötigung beleuchtet; ob und inwiefern sich aus dem herausgearbeiteten Verhältnis im heutigen Strafrecht verfassungsrechtliche Bedenken ergeben, soll im Anschluss behandelt werden. Fazit und Ausblick schließen die Arbeit ab (E.).

B. Das Verhältnis von Recht und Moral

Fragen nach dem Verhältnis von Recht und Moral lassen sich auf der semantischen Ebene, wie auch auf der Ebene der Geltung stellen.³

I. Abgrenzung auf der Ebene der Semantik

Sucht man nach einem gemeinsamen Oberbegriff für *Recht* und *Moral*, so bietet sich der Begriff der Norm⁴ an: Sowohl

* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Universität Göttingen. Der Beitrag ging aus einer im Seminar »NS-Gedankengut im Strafrecht – Relikt oder Renaissance« im Sommersemester 2019 verfassten Seminararbeit hervor. Der Autor dankt Prof. Dr. Dr. h. c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal für die freundliche Genehmigung zur Veröffentlichung sowie Juliane Hendorff für wertvolle Anmerkungen.

1 §§ ohne Gesetzgabe sind solche des StGB.

2 Vgl. hierzu Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht (2019), S. 38 ff.; Vogel, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht (2004) S. 16, 71 ff., sowie B. V. und C.

3 Dreier, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890 (893 f.); Lindner, Zum Verhältnis von Recht und Moral, Jura 2016, 8 (13).

4 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 11. Auflage (2020), Rn. 92 ff. Von

das Recht als auch die Moral schreiben Menschen ein bestimmtes Verhalten vor.⁵ Unterscheiden⁶ lassen sich die beiden Normsysteme anhand ihres Gegenstandes,⁷ der hinter einer Handlung stehenden Motivation,⁸ der Durchsetzbarkeit der Normen,⁹ des Gefühls der Menschen auf eine Normübertretung hin,¹⁰ der Verantwortungsmaßstäbe¹¹

»sozialen Normen« schreibt Raiser, Recht und Moral, soziologisch betrachtet, JZ 59 (2004), 261 (262); anderes Verständnis von »sozialen Normen« bei Rütters/Fischer/Birk (Fn. 4), Rn. 97.

5 Braun, Recht und Moral im demokratischen Rechtsstaat, JJZG 2010, 3.

6 Im Rahmen der Seminararbeit wurden die Abgrenzungskriterien ausführlicher erörtert als hier abgedruckt. In den nachfolgenden Fußnoten finden sich einzelne Erläuterungen und Vertiefungshinweise.

7 Rein moralische – rechtlich indifferente – Regeln (z. B. Unterhaltungspflicht zwischen Geschwistern, vgl. § 1601 BGB), rein rechtliche – moralisch indifferente – Regeln (z. B. Rechtsfahrgebot im Straßenverkehr, § 2 II StVO) und Regeln, die sowohl moralisch, als auch rechtlich relevante Handlungsbereiche betreffen (z. B. Tötungsverbot, §§ 211 ff.). S. dazu Rütters/Fischer/Birk (Fn. 4), Rn. 99 f.; Braun (Fn. 5), JJZG 2010, 3 (4).

8 Die Unterscheidung Kants (Metaphysik der Sitten, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften: Kants gesammelte Schriften, Band VI (1907), S. 219) zwischen Legalität und Moralität, auf die hier Bezug genommen wird, lässt sich anhand des folgenden Beispiels erläutern: Wer nur deshalb davon Abstand nimmt, seinem Gegenüber einen Faustschlag ins Gesicht zu verpassen, weil er die von § 223 StGB angedrohte Strafe fürchtet, handelt legal. Eine moralisch einwandfreie Handlung läge dagegen nur vor, wenn er sich dazu entschliesse, die Körperverletzung nicht zu begehen, weil er aus der Idee der Pflicht handelte, also etwa aus Achtung vor der körperlichen Integrität des Gegenübers. Dazu Kühn, Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten, JA 2009, 833 f.; Braun (Fn. 5), JJZG 2010, 3 (4). Grenzt man aber anders als Kant nicht das durch andere (heteronom) gesetzte Recht von der selbst (autonom) auferlegten Moral ab, kann man einen weiteren Moralbegriff vertreten, der dann auch etwa religiöse oder weltanschauliche Moralvorstellungen einbezieht (Sack, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, NJW 1985, 761 [767]). Dann lassen sich Moralnormen weiter verstehen als normative Aussagen, die Verhalten als gut oder als schlecht bewerten; durch diese Bewertung wird ein Verhalten ausdrücklich oder konkludent eingefordert oder verboten (Tugendhat, Vorlesungen über Ethik, 1993, S. 37 f., 41, 64; auch Schmid, Philosophie der Lebenskunst. Eine Grundlegung, 2. Auflage [1998], S. 60).

9 Unterschiede ergeben sich auch hinsichtlich der Durchsetzbarkeit der Normen: Während Rechtsnormen sich mit Zwang durchsetzen lassen, ist das bei Normen der Moral nicht möglich (s. nur Lindner [Fn. 3], Jura 2016, 8 [11]). Die Einhaltung moralischer Normen wird stattdessen gewährleistet durch den Druck, den einerseits die Gesellschaft (s. nur Lindner [Fn. 3], Jura 2016, 8 [11]), andererseits das eigene Gewissen ausübt (s. nur Braun [Fn. 5], JJZG 2010, 3 [4]).

10 Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 3. unveränderte Auflage (1967; Nachdruck d. 1. Auflage von 1913), S. 132: Reagieren die Menschen mit allgemeiner Empörung, wurde eine Rechtsnorm verletzt, reagieren sie lediglich mit Missbilligung, eine Norm der Moral.

11 Während das persönliche Nichts-Dafür-Können im Bereich der Moral –

sowie anhand von Wertbegründung¹² und Veränderbarkeit¹³ der Normen, wobei die letzten beiden von der geltungstheoretischen Verortung des Rechts abhängen.¹⁴ Auf die für diese Untersuchung relevanten¹⁵ Theorien zu den Geltungsgründen des Rechts soll daher nun näher eingegangen werden.

II. Der Dualismus von Recht und Moral

Auf geltungstheoretischer Ebene lautet die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral: Welches Normsystem hat im Kollisionsfall Vorrang?¹⁶ Drei Antworten sind hierauf möglich: Die Moral geht immer dem Recht vor (1.), das Recht immer der Moral (2.) oder grundsätzlich geht das Recht vor und ausnahmsweise die Moral (3.).¹⁷

1. Der naturrechtliche Standpunkt

Die grundlegende Idee des Naturrechts ist: Es gibt eine objektive, überzeitlich gültige, normative Ordnung, die nicht staatlich gesetzt ist, dem staatlich gesetzten Recht vorgeht und vom Menschen nicht beeinflussbar, aber für ihn erkennbar und verbindlich ist.¹⁸ Die Normen des Naturrechts

sind Normen der Moral.¹⁹ »Richtmaß«²⁰ für das positive Recht sind demnach Normen der Moral: Ist eine Norm des positiven Rechts hiermit unvereinbar, wird sie derogiert. Recht und Moral stehen also nicht in einem dualistischen, sondern in einem monistischen²¹ Verhältnis der Subordination.²²

2. Der positivistische Standpunkt

Für den Positivisten sind Moral und Recht dagegen nicht notwendig miteinander verknüpft.²³ Inhaltliche Richtigkeit bzw. Gerechtigkeit und damit Normen der Moral sind kein Kriterium für Recht.²⁴ Das Recht könne alles zum Inhalt haben, auch wenn dies jeglichen Gerechtigkeitsmaßstäben widersprechen mag.²⁵ Der Grund für die Ausklammerung materialer Inhalte des Rechts liegt darin, dass der Positivist davon ausgeht, die ihnen zugrunde liegenden Werte seien relativ,²⁶ subjektiv und nicht rational begründbar.²⁷

Aus Sicht positivistischer Theorien²⁸ ist *Recht* daher jedes vom Staat verfassungsgemäß erlassene materielle Gesetz unabhängig von seinen wertbezogenen Inhalten.²⁹ Während das Naturrecht seinen Geltungsgrund in der göttlichen Offenbarung oder der menschlichen Vernunft findet, ist für positivistische Theorien Macht³⁰ der Geltungsgrund des

und auch des Strafrechts bei fahrlässigem Handeln (subjektiver Fahrlässigkeitsmaßstab) – eine Entschuldigung darstellen kann, ist das bei rechtlichen Normen nicht immer der Fall, vgl. etwa § 833 S. 1 BGB (s. *Rüthers/Fischer/Birk* [Fn. 4], Rn. 99c).

12 Während der Naturrechtler annimmt, dass nicht nur die Moral, sondern auch das Recht auf Wertvorstellungen beruht, erkennt der Positivist dies für Rechtsnormen nicht an (*Rüthers/Fischer/Birk* [Fn. 4], Rn. 412, 471).

13 Nach Ansicht des Positivisten kann die Staatsgewalt Rechtsnormen von einem Tag auf den anderen ändern; Normen der Moral können weder durch den Gesetzgeber geändert werden, noch findet ein Wandel der Moralvorstellungen innerhalb kürzester Zeit statt (*Rüthers/Fischer/Birk* [Fn. 4], Rn. 99b.). Vom naturrechtlichen Standpunkt aus ist eine komplette Änderung des Rechts dagegen nicht möglich.

14 Auch die Frage, ob es sich bei den Normen von Recht und Moral um »Sollensnormen« (*Lindner* [Fn. 3], Jura 2016, 8 [11] schreibt von »Sollensordnungen«) oder um »Seinsnormen« handelt, hängt davon ab, wie man ihre Geltung begründet (*Rüthers/Fischer/Birk* [Fn. 4], Rn. 96).

15 Übersicht zu weiteren Geltungstheorien: *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), 3. Kapitel.

16 *Dreier*, Recht und Moral, in: ders., Recht, Moral, Ideologie. Studien zur Rechtstheorie (1981), S. 180, 184.

17 Vgl. *Dreier* (Fn. 16), S. 184; die vierte (kombinatorisch mögliche) Variante, dass die Moral vorgeht und ausnahmsweise das Recht, wird nicht vertreten.

18 Vgl. *Bachof*, Naturrecht und Gegenwart, AöR 2014, 1 (3); *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 5. Auflage (2019), § 3 Rn. 1; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 411.

19 Das zeigt sich, wenn man bedenkt, dass über Inhalt und Geltungsgrund des Naturrechts keineswegs Einigkeit herrscht: das Naturrecht zeichnet sich vielmehr durch seine »Wandelbarkeit«, »inhaltliche Geschmeidigkeit« und »Anpassungsmöglichkeit an sich ändernde Auffassungen« aus (*Beyer*, Rechtsphilosophische Besinnung [1947], S. 71). Die Inhalte des Naturrechts hängen davon ab, welche Moralvorstellungen der jeweilige Autor zugrundelegt; als Inhalte genannt werden z. B. die – auf unterschiedlichste Weise bestimmbare – Gerechtigkeit (*Bachof* [Fn. 18], AöR 2014, 1 (3): »notwendige Einheit von Recht und Gerechtigkeit«; *Kallikles* in Platon, Gorgias, übersetzt von Erler [2014], 483a ff., nach dessen Ansicht es gerecht ist, wenn das Recht des Stärkeren gilt), die Gleichheit der Menschen (*Aristoteles*, Die Nikomachische Ethik, übersetzt von Gigon, hrsg. von Nickel, 2. Auflage [2014], 1134b) oder auch der Dekalog (vgl. *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Auflage [2014], S. 310 f.). Das staatliche Recht ist also an Normen der Moral zu messen.

20 *Mitteis*, Über das Naturrecht (1948), S. 7.

21 *Bachof* (Fn. 18), AöR 2014, 1 (3).

22 *Prümm*, Rechtskonkretisierung durch Moral, VR 2014, 361 (364); vgl. auch *Dreier* (Fn. 16), S. 184.

23 *Dreier* (Fn. 3), NJW 1986, 890.

24 *Lindner* (Fn. 3), Jura 2016, 8.

25 *Dreier* (Fn. 3), NJW 1986, 890; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 474; Das heißt nicht, dass es für den Positivisten kein gerechtes Recht geben kann. Die Ausklammerung der Moral rührt vielmehr daher, dass der Positivismus lediglich beantworten will, wie Recht tatsächlich ist, nicht wie es richtiger- bzw. gerechterweise sein sollte (*Dreier* [Fn. 3], NJW 1986, 890).

26 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Auflage 1960 (Nachdruck Wien 2017), S. 128 ff.

27 *Böckenförde*, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: *Dreier* (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts (1990), S. 33, 41 ff.

28 Das gilt laut *Dreier* (Fn. 3), NJW 1986, 890 für rechtswissenschaftliche »setzungsorientierte« Ansätze; zu den eher soziologischen »wirksamkeitsorientierten« Ansätzen, siehe ebd.

29 *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 471.

30 *Kelsen*, in: Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL, Heft 3 (1927), S. 54 f. (»Grundnorm« lediglich als andere Formulierung dafür, dass hinter jedem Recht die

Rechts. Wer einen positivistischen Standpunkt vertritt, bejaht einen strikten Dualismus von Recht und Moral.³¹

3. »Verbindungstheorien«³²

Schwierig ist nicht nur zu bestimmen, was der Inhalt des Naturrechts ist; darüber hinaus stellt sich die Frage, wer die Kompetenz besitzen soll, verbindlich festzulegen, was zum Naturrecht gehört.³³ Dagegen erfasst der Positivismus zwar grundsätzlich realistisch, was Recht ist,³⁴ sein zentrales Problem zeigte sich aber im Unrechtsregime des Nationalsozialismus.³⁵ Indem er die moralische Fundierung von Rechtsnormen ablehnt und den Inhalt der Normen in das Belieben der normsetzenden Instanz stellt, bietet er keine Abwehrmechanismen gegen verfahrensgemäß gesetztes staatliches Unrecht.³⁶ Aus den Erfahrungen des Nationalsozialismus hat *Radbruch* einen Einwand gegen den reinen Positivismus formuliert, der hier beispielhaft³⁷ für die »Verbindungstheorien« steht: Zwar sei der Konflikt zwischen positivem Recht und Gerechtigkeit (bzw. Moral) auch dann im Sinne des positiven Rechts zu entscheiden, wenn das positive Recht ungerecht sei; dies gelte jedoch nicht, wenn »der Widerspruch des Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat.«³⁸ Die Moral bzw. Gerechtigkeit setzt sich nach den Verbindungstheorien also in Fällen extremer Ungerechtigkeit gegen die positiven Rechtsnormen durch: Der Dualismus wird teilweise durch-

brochen. Es findet eine »Integration« der Moral ins Recht statt.³⁹

III. Zwischenergebnis und Stellungnahme

Recht und Moral können in einem monistischen, in einem dualistischen und in einem integrativen Verhältnis stehen. Um Recht und Moral voneinander unterscheiden zu können, soll hier von einem integrativen Verhältnis ausgegangen werden. So kann man die Normsysteme voneinander unterscheiden, die Realität der Rechtsordnung in der Bundesrepublik (dazu sogleich) erfassen und zugleich die u. a. von *Radbruch* aus der NS-Diktatur gezogene Lehre der Notwendigkeit einer Wertbegründung des Rechts einbeziehen.⁴⁰ Der Positivist würde gegen die hier vertretene Position einwenden, dass Werte aufgrund ihrer Irrationalität und Relativität nicht Grundlage des Rechts sein können.⁴¹ Diese Kritik trifft jedoch vernünftig in einem demokratischen Entscheidungsprozess transparente begründete Werte – wie die im Grundgesetz verankerten – nicht.⁴²

IV. Recht und Moral in der Rechtsordnung der BRD

Um einen besseren Überblick zu gewinnen, soll bereits an dieser Stelle ein Blick auf das Verhältnis von Recht und Moral in der heutigen deutschen Rechtsordnung geworfen werden.

1. Jede Rechtsordnung beruht auf gewissen »Grundwerten«, also bestimmten moralischen Normen, die von der Rechtsgemeinschaft anerkannt werden.⁴³ In der Bundesrepublik sind diese »Grundwerte« in den Grundrechten des GG verankert.⁴⁴ Rechtlich geschützt ist allerdings nur ein kleiner Bereich zentraler Wertvorstellungen, ein »ethisches Minimum«.⁴⁵

2. Dass über Moral diskutiert werden kann und dass der Einzelne sein Leben an Normen der Moral frei ausrichten kann, gewährleistet das Recht, etwa durch Art. 4 I, 5 I, III GG.⁴⁶

3. Der Gesetzgeber kann Moralnormen zu Rechtsnormen erheben, wie etwa im Fall des § 323 c.⁴⁷

Macht als Geltungsgrund stecke); *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 488.

³¹ *Prümm* (Fn. 22), VR 2014, 361 (364); vgl. *Dreier* (Fn. 16), S. 184. Rechtlich relevant könnten moralische Normen lediglich dort werden, wo das Gesetz dem Richter Spielräume lässt und ihn so ermächtigt, außerrechtliche Normen einzubeziehen, *Pauer-Studer*, Jenseits vom Chaos und von Interessenkonflikten, in: Konitzer (Hrsg.), *Moralisierung des Rechts* (2014), S. 20. *Dreier* (Fn. 3), NJW 1986, 890 (892).

³² *Mahlmann* (Fn. 18), § 24.

³³ So auch *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 264, 443.

³⁴ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 492.

³⁵ Allerdings ist zu betonen, dass der Nationalsozialismus nicht allein aufgrund des Positivismus sein Schreckenregime ausbreiten konnte, vgl. auch *Mahlmann* (Fn. 18), § 14 Rn. 19 und *Kaufmann*, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, NJW 1995, 81 mit Fn. 1.

³⁶ Als exemplarisch für diese Kritik kann man die Aussage *Radbruchs*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1 (1946), 105 (107): »Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung »Gesetz ist Gesetz« den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen oder verbrecherischen Inhalts« sehen, so etwa *Mahlmann* [Fn. 18], § 14 Rn. 18, die z. T. kritisch rezipiert wird (vgl. *Rüthers*, Verfälschte Geschichtsbilder deutscher Juristen, NJW 2016, 1068 [1072]: »irriges These«). Festzuhalten ist aber, dass Radbruch sich keineswegs bedingungslos für Naturrecht und gegen Positivismus aussprach, sondern sorgsam differenzierte (näher *Grote*, Auf der Suche nach einem »dritten Weg«, 2. Auflage [2008], S. 217 ff.) und daher seine soeben zitierte Aussage nicht als Verteufelung des Positivismus missverstanden werden darf.

³⁷ Zu weiteren Ansätzen den Positivismus zu modifizieren, etwa von *Dworkin*, vgl. *Dreier* (Fn. 3), NJW 1986, 890 (891 ff.).

³⁸ *Radbruch* (Fn. 36), SJZ 1 (1946), 105 (107). Einführung bei *Kuch*, Was ist eigentlich...die Radbruchsche Formel?, JuS 2020, 720.

³⁹ *Prümm* (Fn. 22), VR 2014, 361 (364); dazu *Dreier* (Fn. 16), S. 184.

⁴⁰ Vgl. *Ambos* (Fn. 2), S. 82 ff.

⁴¹ Vgl. *Böckenförde* (Fn. 27), S. 42 f.

⁴² Vgl. *Ambos* (Fn. 2), S. 82 ff.; *Starck*, Zur Notwendigkeit einer Moralbegründung des Rechts, in: *Dreier* (Hrsg.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts* (1990) S. 47, 49 ff.

⁴³ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 405; *Duttge*, Der BGH auf rechtsphilosophischen Abwegen – Einwilligung in Körperverletzung und »gute Sitten«, NJW 2005, 260 (261).

⁴⁴ BVerfG GRUR 1958, 254 (255): »das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will [...] [hat] in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet [...]«

⁴⁵ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 408.

⁴⁶ *Lindner* (Fn. 3), Jura 2016, 8 (12).

⁴⁷ *Lindner* (Fn. 3), Jura 2016, 8 (11).

4. § 175 a. F., der homosexuelle Handlungen von Männern unter Strafe stellte, ist nur ein⁴⁸ Beispiel dafür, dass das Strafrecht das Recht für die Moral öffnet: Mit Strafe wurden hier Handlungen bedroht, die nicht etwa eine Bedrohung für Rechtsgüter darstellen, sondern die schlicht moralwidrig sind.⁴⁹

5. Extrem ungerechtes Recht lässt immer wieder die Normen der Moral auf den Plan treten: Unter Bezugnahme auf u. a. *Radbruch* wurden in den Prozessen gegen die NS-Verbrecher⁵⁰ und in den Mauerschützenprozessen⁵¹ überpositive Normen herangezogen, um eine Verurteilung der Täter herbeizuführen.⁵²

6. Geöffnet wird das Recht für die Moral auch dort, wo es erstens dem Rechtsanwender Ermessens- und Beurteilungsspielräume gibt oder ihm Abwägungen abverlangt, und zweitens dort, wo es auf den Bereich der Moral verweist.⁵³ Dies geschieht durch unbestimmte Rechtsbegriffe, wie »die guten Sitten«, etwa in § 228.

Für das Strafrecht gilt jedoch der Grundsatz »nulla poena sine lege« (Art. 103 II GG, § 1). Ohne Gesetz – also allein auf der Grundlage moralischer Normen – darf nach der Ordnung des Grundgesetzes niemand bestraft werden.⁵⁴ Das Gesetzlichkeitsprinzip verlangt somit für das Strafrecht grundsätzlich eine Trennung von Recht und Moral. Art. 97 I GG unterwirft den Richter darüber hinaus nur dem Gesetz und nicht Normen der Moral.

V. Terminologie

Im Haupttext⁵⁵ soll hier nur kurz auf folgenden Punkt eingegangen werden: Für die Aufhebung der Trennung von

⁴⁸ Kühn, Strafrecht in Anlehnung an Ethik/Moral, in: Festschrift für Harro Otto (2007) S. 63, 67 nennt §§ 166, 167, 167 a, 172, 173, 183, 183 a StGB als mögliche Fälle der Kriminalisierung von Moralwidrigkeiten.

⁴⁹ Kühn (Fn. 8), JA 2009, 833 (838).

⁵⁰ BVerfG NJW 1957, 579 (583); BVerfG VerwRspr 1969, 261 (264).

⁵¹ Siehe etwa BGH NJW 1993, 141 (144); BGH NJW 1993, 1932 (1935); rückblickendes Resümee bei Duttge, Der deutsche Rechtsstaat und sein unrechtsstaatliches Erbe, in Duttge/Kim (Hrsg.), Rechtsfragen beim Wechsel des Rechtsregimes (2015), S. 37, 40 ff.

⁵² Prümmer (Fn. 22), VR 2014, 361 (365) nennt dies »supralegeale Moral«.

⁵³ Prümmer (Fn. 22), VR 2014, 361 (365); Lindner (Fn. 3), Jura 2016, 8 (12).

⁵⁴ Vgl. Schönke/Schröder/Hecker, Strafgesetzbuch, 30. Auflage (2019), § 1 Rn. 9, wonach Bestrafung wegen »allgemeiner sittlicher Missbilligung« ausgeschlossen ist.

⁵⁵ Auch wenn sich die Begriffe *Gerechtigkeit* und *Moral* – vereinfachend – gleichsetzen lassen (Lindner [Fn. 3], Jura 2016, 8 [11]) soll der Begriff *Moral* weit verstanden werden, sodass er die Normen der Gerechtigkeit umfasst. Der Begriff *Recht* kann im Zusammenhang »Gesetz und Recht« (Art. 20 III GG) ebenfalls im Sinne von »Gerechtigkeit« und somit im Sinne moralischer Normen verstanden werden (Prümmer [Fn. 22], VR 2014, 361 [364]); diese Bedeutung soll ihm hier nicht zukommen. Während mit *Moral* regelmäßig das Normensystem der Wertvorstellungen selbst gemeint ist, lässt sich unter »Ethik« die wissenschaftliche Beschäftigung mit der Moral verstehen (Lindner [Fn. 3], Jura 2016, 8 [11]; Rütters/Fischer/Birk [Fn. 4], Rn. 401.) Weil *Ethik* und *Moral* jedoch oftmals synonym verwendet werden (Rütters/Fischer/Birk [Fn. 4], Rn. 401.) soll dies der Einfachheit halber auch in dieser Arbeit geschehen. Gleichgesetzt werden häufig ebenfalls *Moral*, *Sitte(n)*,

Recht und Moral zur NS-Zeit wird in der Forschung der Begriff »Ethisierung« gebraucht.⁵⁶ Problematisch erscheint dies wegen seiner grundsätzlich positiven Konnotation.⁵⁷ Sprechen könnte man auch von »Moralisierung«⁵⁸, was jedoch nicht unbedingt weniger positiv besetzt scheint, sowie von »Ideologisierung« bzw. »Politisierung«⁵⁹ – wobei hiermit nicht exakt dasselbe Phänomen bezeichnet würde. Mangels geeigneter Alternativen soll auch hier »Moralisierung« bzw. »Ethisierung« verwendet werden.

C. Recht und Moral im NS-Strafrecht

Im Folgenden soll die Einheit von Recht und Moral im NS-Staat beleuchtet werden. Nach einer Charakterisierung des NS-Strafrechts (I.) geht es im Allgemeinen um das Verhältnis von Recht und Moral im NS-Staat (II.) sowie im Speziellen anhand der §§ 240 II, 211 (III.).

I. Das NS-Strafrecht

Der Vorspruch zum »Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs« charakterisierte das NS-Strafrecht wie folgt:

»Das gesunde Empfinden des Volkes für Recht und Unrecht bestimmt Inhalt und Anwendung des Strafrechts. Sühne für Unrecht, Schutz des Volkes, Festigung des Willens zur Gemeinschaft sind Sinn und Zweck des Strafrechts. Ehre und Treue, Rasse und Erbgut, Wehrhaftigkeit und Arbeitskraft, Zucht und Ordnung zu wahren, ist seine Aufgabe. Das Bekenntnis »Gemeinnutz geht vor Eigennutz« gibt ihm die Prägung.«⁶⁰

Laut *Freisler* war das NS-Strafrecht auszurichten an »Rasse, Ehre, Arbeit, Boden und Staat«.⁶¹ Geprägt war das Straf-

Sittlichkeit, Sittengesetz (Prümmer [Fn. 22], VR 2014, 361 [363]; anders Lindner [Fn. 3], Jura 2016, 8 [11, mit Fn. 15], der die Normen der Sitte nicht mit Gerechtigkeitsvorstellungen verbunden sieht, sondern im Sinne der öffentlichen Ordnung interpretiert.). Zu trennen sind hiervon wiederum *Konventionen*, d. h. Normen, die – anders als die Normen der Moral – nicht von grundlegender Bedeutung für das menschliche Zusammenleben und daher als weniger bedeutend eingestuft werden, z. B. Tischmanieren (vgl. Rütters/Fischer/Birk [Fn. 4], Rn. 99; Lindner [Fn. 3], Jura 2016, 8 [11] m. Fn. 15).

⁵⁶ Vgl. Ambos (Fn. 2), S. 38 ff.; Vogel (Fn. 2), S. 16, 71 ff.

⁵⁷ Paulus/Schneider, Über die Ethisierung des Rechts, Jura 2013, 1197: Ethisierung des Rechts sei heutzutage »gepriesener Fortschritt«.

⁵⁸ Von »Moralisierung« schreibt etwa Ambos (Fn. 2), S. 103. Pauer-Studer (Fn. 31), S. 12: »ideologische Moralisation«.

⁵⁹ Von einer »Ideologisierung und Politisierung des Rechts« spricht etwa Rütters, Entartetes Recht (1994), S. 45; Pauer-Studer/Velleman, »Weil ich nun mal ein Gerechtigkeitsfanatiker bin« (2017), verwenden auch »Politisierung« (S. 28, 33), jedoch bezeichnen sie damit ein anderes Phänomen als mit »Ethisierung« (S. 27).

⁶⁰ Gürtner/Freisler, Das neue deutsche Strafrecht (1936), S. 32.

⁶¹ Freisler, Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken (1938), S. 57.

rechtsverständnis also durch die rassistische,⁶² völkische,⁶³ totalitäre,⁶⁴ NS-Ideologie.⁶⁵

II. Das monistische Verhältnis von Recht und Moral

Eine Trennung von Recht und Moral sollte es im NS-Staat nicht geben.⁶⁶ Die NS-Ideologie gab die Inhalte von Recht, Moral und Politik einheitlich vor. Die Bereiche waren deckungsgleich.⁶⁷ Zu den Gesetzen traten überpositive Normen der Moral, die sogenannte »Sozialethik des deutschen Volkes«⁶⁸ oder »völkische Sittenordnung«⁶⁹ deren Inhalt von der NS-Ideologie und somit vom Führerwillen bestimmt wurde,⁷⁰ eine nationalsozialistische »Rechtsidee«, die den bestehenden positiven Normen eine »neue Zielsetzung« gab,⁷¹ und anhand derer die

der NS-Ideologie zuwiderlaufenden Normen korrigiert wurden.⁷² Die NS-Ideologie sollte das Recht – wie jeden anderen Lebensbereich –⁷³ prägen.⁷⁴ Das Recht sollte die nationalsozialistischen Moralvorstellungen widerspiegeln,⁷⁵ es wurde »ethisiert«⁷⁶ bzw. »moralisiert«⁷⁷ bzw. »ideologisiert«^{78, 79}.

Dies geschah u. a.⁸⁰ durch die 1935⁸¹ erfolgte Abschwächung des Analogieverbotes in § 2 a. F.,⁸² wie auch die vermehrte Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln (»Materialisierung«),⁸³ die die strafrechtlichen Normen unschärfer machten;⁸⁴ Rechtsanwender mussten auf außerrechtliche Maßstäbe, namentlich auf

62 Vgl. *Hitler*, Mein Kampf, Eine kritische Edition, Band II (2016), S. 1007: »Der Staat ist ein Mittel zum Zweck. Sein Zweck liegt in der Erhaltung und Förderung einer Gemeinschaft physisch und seelisch gleichartiger Lebewesen. Diese Erhaltung selber umfaßt erstlich den rassemäßigen Bestand und gestattet dadurch die freie Entwicklung aller in dieser Rasse schlummern den Kräfte«; vgl. zudem ebd. S. 1009.

63 *Hitler*, Mein Kampf, S. 1009: »höchste Zweck des völkischen Staates«; *Frank*, Leitsätze für ein nationalsozialistisches Strafrecht (1935), S. 12 (Leitsatz 1): »Das neue deutsche Strafrecht muß Volksrecht, um des Volkes willen geschaffen und aus seiner Seele geschöpft sein«; vgl. auch ebd. Leitsätze 3 (»völkische Treuepflicht«) und 7 (Strafgesetz ist »um des Volkes willen da«); zum kollektivistischen Aspekt *Frank* (Fn. 63), S. 11: »Verdirbt das Blut, dann stirbt das Volk; erlischt die Treue, dann verfällt die Gemeinschaft«; vgl. auch *Pauer-Studer* (Fn. 31), S. 15: »dominante Stellung des Gemeinschaftsgedankens« und S. 22 ff.

64 Vgl. etwa *Schaffstein*, Nationalsozialistisches Strafrecht, ZStW 53 (1934), 603 (621); »totalen Staat«; *Forsthoff*, Der totale Staat (1933).

65 Vgl. auch *Ambos* (Fn. 2), S. 20, der schreibt, als »politische[...] Aufgabe der (Straf-)Rechtswissenschaft« sei die »Verwirklichung des völkisch, rassistisch und totalen NS-Staates auch mit strafrechtlichen Mitteln« verstanden worden.

66 Vgl. *Nagler*, Reichsstrafgesetzbuch nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung. Leipziger Kommentar. Begr. von Ludwig Ebermayer. Band 1. 6. Auflage (1944) S. 4, unter Berufung auf eine Rede Hitlers vom Rechtswahrertrag 1933; *Hamel*, Wesen und Rechtsgrundlage der Polizei, in: *Frank* (Hrsg.), Deutsches Verwaltungsrecht (1937), S. 381, 384. »ein Unterschied zwischen moralischer Pflicht und Rechtspflicht zum Handeln [könne] [...] nicht mehr gemacht werden«; für weitere Nachweise, vgl. *Ambos* (Fn. 2), S. 98 f. mit Fn. 476.

67 *Pauer-Studer* (Fn. 31), S. 19; *Rüthers* (Fn. 59), S. 26: »Sieg der Weltanschauung über das Gesetz«.

68 *Nagler* (Fn. 66), S. 4.

69 *Freisler*, Aufbau und Aufgabe des Besonderen Teils, Gestaltung seiner Tatbestände. Einbau des Schutzes der Bewegung in das Gesetz in: *Gürtner* (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil, 2. Auflage (1936), S. 13, 57: »[W]ir glauben, daß im Strafrecht eine materielle Rechts- und Unrechtsauffassung durchweg maßgebend sein muß, weil wir das Recht nicht dem Gesetze gleichstellen, sondern es aus der völkischen Sittenordnung entwickeln. Das Strafrecht soll man daher auch nach unserer Ansicht nicht allein aus dem Gesetz entnehmen und erkennen; wir wollen vielmehr eine außergesetzliche Rechtskenntnisquelle ebenfalls anerkennen«.

70 *Ambos* (Fn. 2), S. 40: Der Inhalt des »Volkswillens« werde von der NS-Führung bestimmt und sei »damit letztlich den Launen des Führers ausgeliefert«; *Pauer-Studer/Vellemann* (Fn. 59), S. 28.

71 *Stoll*, Die nationale Revolution und das bürgerliche Recht, DJZ 1933, Sp. 1229 (1231), wo es vollständig heißt: »Die Vorschriften des BGB bestehen noch, aber sie erhalten durch die »zentrale Rechtsidee« der siegreichen Be-

wegung eine neue Zielsetzung«.

72 *Rüthers* (Fn. 59), S. 24 ff.

73 *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 4), Rn. 546.

74 Vgl. *Nagler* (Fn. 66), S. 1: »So ist heute das gesamte deutsche Rechtsleben an der nationalsozialistischen Gedankenwelt ausgerichtet, die ihm die stete, einheitlich geschlossene Grundlage gewährt«; vgl. auch *Vogel* (Fn. 2), S. 73.

75 *Schaffstein*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, in: *Dahm/Huber/Larenz/Michaelis/Schaffstein/Siebert*, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (1935), S. 108, 110: »Einheit von Strafrecht und völkischer Sittenordnung«.

76 Vgl. zum Begriff der »Ethisierung« bereits *Nagler* (Fn. 66), Einl., S. 9; aus heutiger Sicht *Ambos* (Fn. 2), S. 38 ff.; *Vogel* (Fn. 2), S. 16; 71 ff.

77 Von »Moralisierung« schreibt etwa *Ambos* (Fn. 2), S. 103; *Pauer-Studer* (Fn. 31), S. 12: »ideologische Moralisation«.

78 *Vogel* (Fn. 2), S. 73.

79 Trotz dieser eindeutigen naturrechtlichen Prägung der auf »Blut und Boden« beruhenden NS-Rechtsordnung, wurde der Positivismus als wesentliche Ursache für den NS-Unrechtsstaat ausgemacht (*Radbruch* [Rn. 36], SJZ 1 [1946], 105 [107]) und es kam in der BRD nach 1945 zu einer »Renaissance des Naturrechts« (*Rüthers/Fischer/Birk* [Fn. 4], Rn. 432). Zwar forderten die Nationalsozialisten die strikte Befolgung der von ihnen erlassenen Gesetze ein (vgl. *Kaufmann* [Fn. 35], NJW 1995, 81 mit Fn. 1: die Nationalsozialisten hätten sich jeweils der ihnen nützlichen Argumentation bedient.); dennoch war das NS-Rechtssystem nicht an positivistischen Prinzipien ausgerichtet (*Mahlmann* [Fn. 18], § 14 Rn. 19). Dass der Positivismus nach 1945 verdammt wurde, naturrechtliche Argumentationen dagegen Hochkonjunktur hatten, mag auch an der personellen Kontinuität der Juristen gelegen haben (zur personellen Kontinuität vgl. *Müller*, Furchtbare Juristen, 3. Auflage (2018); Überblick über Rechtswissenschaftler: *Vogel* (Fn. 2), S. 30 ff. m. Fn. 93).

80 Außerdem durch erstens die Kriminalisierung von Verhaltensweisen, die keine Rechtsgüter verletzten, aber der NS-Moral zuwiderliefen (*Vogel* [Fn. 2], S. 16), zweitens die Übernahme von Begriffen aus dem Bereich der Moral ins Recht (*Ambos* [Fn. 2], S. 103; *Pauer-Studer* [Fn. 31], S. 21), drittens durch die Auslegung des Rechts im Sinne der NS-Ideologie (Vgl. *Dahm/Eckhardt/Höhn/Ritterbusch/Siebert*, Leitsätze über Aufgaben und Stellung des Richters, DRW, Bd. I [1936], S. 123: »Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters«, Leitsatz 2: »Grundlage der Auslegung aller Rechtsquellen ist die nationalsozialistische Weltanschauung, wie sie insbesondere im Parteiprogramm und in den Äußerungen des Führers ihren Ausdruck findet«).

81 RGBl. I, S. 839.

82 Hierzu *Hoyer*, Strafrechtswissenschaft und Nationalsozialismus, in: *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert* (2008), S. 351, 355.

83 Hierzu *Vogel* (Fn. 2), S. 15 f.

84 *Hoyer* (Fn. 82), S. 355.

durch die NS-Ideologie geprägte Moralnormen zurückgreifen.⁸⁵ Dies wird nun näher beleuchtet.

III. Die Ethisierung am Beispiel der §§ 211, 240 II

Aus den vielen Beispielen⁸⁶ für eine »Ethisierung« des Strafrechts durch die Nationalsozialisten, werden im Folgenden §§ 211, 240 II exemplarisch untersucht.

1. § 240 II

Relevant für diese Untersuchung ist in erster Linie der zweite Absatz⁸⁷ des Nötigungstatbestandes, der durch Art. 10 der »Strafrechtsangleichungsverordnung« vom 29. Mai 1943⁸⁸ eingefügt wurde und wie folgt lautete:

(2) Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Zufügung des angedrohten Übels zu dem angestrebten Zweck dem gesunden Volksempfinden widerspricht.

In der Neufassung richtete sich die Rechtswidrigkeit nach dem »gesunden Volksempfinden«. Allerdings sollte das »gesunde Volksempfinden« sich nicht wesentlich von den »guten Sitten«, nach denen sich die Rechtswidrigkeit noch im Entwurf von 1935/36 bestimmte,⁸⁹ unterscheiden.⁹⁰ Verstanden wurde unter »gesundem Volksempfinden«: »Das natürliche Rechtsempfinden aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen.«⁹¹ Die billig und gerecht denkenden Volksgenossen wurden interpretiert als die »nichtentarteten führenden Schichten des Volkes«.⁹² Dabei war »völlig ungeklärt«, was der genaue Inhalt des »gesunden Volksempfindens« sein sollte.⁹³ Die Bezugnahme auf das »natürliche Rechtsempfinden« zeigt, dass nicht gesetzlich festgelegte Maßstäbe entscheidend waren, sondern die Ansichten der NS-Führung davon, was richtig und falsch sei,⁹⁴ gemeint waren also die von der NS-Ideologie

vorgegebenen Moralvorstellungen.⁹⁵ Auf diese Weise ermöglichten es unbestimmte Rechtsbegriffe wie »gesundes Volksempfinden«, Ergebnisse im Sinne der NS-Führung⁹⁶ zu erzielen.⁹⁷ Das Recht trat im Kollisionsfall hinter die ideologiegeprägte NS-Moral zurück:⁹⁸ Die Rechtswidrigkeit konnte der Richter unter Verweis auf das »gesunde Volksempfinden« willkürlich im Sinne der Ideologie bejahen oder verneinen.⁹⁹ Bei *Mezger* kommt dies beispielhaft zum Ausdruck: »Materiell rechtswidriges Handeln ist Handeln gegen die deutsche nationalsozialistische Weltanschauung.«¹⁰⁰ § 240 II war ein der NS-Führung willkommenes und systemkonformes »Machtinstrument«.¹⁰¹

2. § 211

Durch das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches vom 4. September 1941¹⁰² wurde die seit 1872¹⁰³ gültige Fassung:

Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft,

umgeändert in den – abgesehen von der Androhung der Todesstrafe und Abs. 3 – auch heute noch gültigen § 211:

- (1) Der Mörder wird mit dem Tode bestraft.
- (2) Mörder ist, wer
 - aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,
 - heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder
 - um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,
 einen Menschen tötet.
- (3) Ist in besonderen Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus.

⁸⁵ *Vogel* (Fn. 2), S. 15 f.

⁸⁶ Für weitere Beispiele der »Ethisierung« vgl. *Vogel* (Fn. 2), S. 77 f.

⁸⁷ In Abs. 1 wurde die »Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen« ersetzt durch die weiter gefasste »Drohung mit einem empfindlichen Übel«. Eingefügt wurde in Abs. 1 auch die Bestrafung wegen eines besonders schweren Falles. Für das Grunddelikt waren wie bisher Geldstrafe oder Gefängnis vorgesehen, allerdings ohne Höchstmaß. Die zuvor in Abs. 2 normierte Versuchsstrafbarkeit fand sich ab 1943 in Abs. 3.

⁸⁸ RGBl. I S. 341.

⁸⁹ Vgl. *Rietzsch*, Angriffe auf die persönliche Freiheit, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil, 2. Auflage (1936), S. 420, 422, 428.

⁹⁰ *Klee*, Nötigung und Erpressung, DStR 1943, 125 (130 f.).

⁹¹ *Schönke*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Auflage (1944), § 2, Anm. III.

⁹² *Wachinger*, Rechtsschöpferische Rechtsprechung des Reichsgerichts auf materiell-strafrechtlichem Gebiet, in: Erwin Bumke zum 65. Geburtstag, Berlin 1939, S. 53, 76; *Schönke* (Fn. 91), § 2, Anm. III.

⁹³ *Nagler* (Fn. 66), Einleitung, S. 5.

⁹⁴ *Pauer-Studer* (Fn. 31), S. 19: »Das, was gut und richtig ist, wird von der politischen Führung mit dem Wissen um die richtige Volksordnung vorgegeben«; *Ambos* (Fn. 2), S. 40: Der Inhalt des »Volkswillens« werde von der NS-Führung bestimmt und sei »damit letztlich den Launen des Führers

ausgeliefert«.

⁹⁵ Vgl. *Frank* (Fn. 63), S. 12 (Leitsatz 3): »Für deutsches Denken besteht Einklang zwischen sittlicher Wertung, Pflichtgefühl und Rechtsempfinden«; *Vogel* (Fn. 2), S. 73 schreibt, dass die Unterordnung des Strafrechts unter NS-Weltanschauung und Gemeinschaftsethik durch den Gesetzesbegriff des »gesunden Volksempfindens« zum Ausdruck kam.

⁹⁶ *Vogel* (Fn. 2), S. 15 f., 66.

⁹⁷ *Ambos* (Fn. 2), S. 40, schreibt, dass der Inhalt des »Volkswillens« von der NS-Führung bestimmt wurde und »damit letztlich den Launen des Führers ausgeliefert ist«.

⁹⁸ *Rüthers* (Fn. 59), S. 26: »Die Verbindlichkeit des Gesetzes wurde durch den Vorrang der Weltanschauung relativiert«.

⁹⁹ *Wolf*, Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken, JuS 1996, 189 (192): »Der Jude – wird bestraft, der Pole – wird bestraft, der Nationalsozialist – bleibt straffrei«.

¹⁰⁰ *Mezger*, Die Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht, ZStW 55 (1936), 1 (9).

¹⁰¹ *Wolf* (Fn. 99), JuS 1996, 189 (192).

¹⁰² RGBl. I S. 549.

¹⁰³ Ausgefertigt wurde das RStGB am 15.5.1871, in Kraft trat es am 1.1.1872.

Ideologiekonforme Ergebnisse durch Einbeziehung der NS-Moral in den § 211 ermöglichte die Neufassung folgendermaßen: Die vor der Änderung von 1941 gültige Fassung grenzte Mord und Totschlag anhand des Kriteriums der Überlegung ab. Diese »überintellektualistische«¹⁰⁴ Fassung werde durch die Neufassung abgelehnt, die Mord und Totschlag – so *Freisler* – »richtig, d. h. also in treffender sittlicher Wertung voneinander [...] unterscheidet.«¹⁰⁵ Durch die neue Fassung sei der »schwere Fehler des RStGB« behoben, »die Wertung einer Tat als Mord, die Verurteilung eines Täters als Mörder, von dem Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Tatbestandsmerkmals abhängig« zu machen, »das im allgemeinen wie im Einzelfall als Element der sittlichen Wertung des Täters nicht geeignet zu sein braucht.«¹⁰⁶ Die »sittlich zu bewertende Täterpersönlichkeit«¹⁰⁷ (»Täterstrafrecht«)¹⁰⁸ und die Verwerflichkeit der Gesinnung sollten entscheidend für die Abgrenzung von Mord und Totschlag sein.¹⁰⁹

Die mit der Neuregelung verfolgte Abgrenzung des § 211 vom § 212 anhand einer »ethischen Bewertung des Täters«¹¹⁰ prägte das Verständnis des Verhältnisses der Absätze 1 und 2 des § 211: Abs. 1 wurde als eigenständiger Absatz begriffen, nach dem allein bereits eine »Bestrafung des Mörders«¹¹¹ möglich sei; Abs. 2 galt dagegen nur als nicht abschließende Veranschaulichung.¹¹² Die Bestrafung nach § 211 sei nicht zwingend, selbst wenn Merkmale des Abs. 2 vorlägen: Der Richter habe festzustellen, ob der Täter dem »vielgestaltige[n], aber doch sehr markante[n] Tätertyp«¹¹³ des Mörders entspreche,¹¹⁴ ob die charakteristische »moralisch[e] Minderwertigkeit der Täterpersönlichkeit«¹¹⁵ vorliege. Entscheidend sei, wie »Tat und Täter vom Standpunkte des gesunden Volksempfindens aus sittlich zu bewerten sind.«¹¹⁶ Die Verurteilung nach § 211 – und damit die Verhängung der Todesstrafe – war somit nicht abhängig vom Vorliegen bestimmter Mordmerkmale, sondern von

einer moralischen¹¹⁷ Bewertung des Täters und damit von den NS-Moralvorstellungen. Abs. 1 wurde bewusst als »Korrektiv«¹¹⁸ konzipiert, um stets die Möglichkeit zu haben, eine nach nationalsozialistischen Maßstäben gerechte Lösung zu erreichen; entscheidend war dadurch nicht die rechtliche Normierung der Mordmerkmale in Abs. 2, weil Abs. 1 das Tor für moralische Wertungen öffnete, die im Kollisionsfall die rechtlich normierten Merkmale des Abs. 2 ausstechen konnten – Moral und Recht stehen in einem Subordinationsverhältnis.

Nicht bloß Abs. 1, sondern auch die sonstigen »niedrigen Beweggründe« des Abs. 2 öffneten den § 211 für Normen der Moral: »Niedrig sind die Beweggründe des Täters, wenn sein Handeln von Vorstellungen bestimmt war, die nach gesundem Volksempfinden sittlich verachtenswert sind.«¹¹⁹ Neben den im Gesetz normierten niedrigen Beweggründen »Mordlust«, »zur Befriedigung des Geschlechtstriebes« und »Habgier«, konnten nun über die »Motivgeneralklausel«¹²⁰ der sonstigen »niedrigen Beweggründe« auch gesetzlich nicht festgelegte Motive einbezogen werden; welche genau bestimmte sich anhand ihrer am Maßstab des »gesunden Volksempfindens« zu messenden sittlichen Verächtlichkeit, mithin nach der NS-Moral. Wer zwar keines der ersten drei Merkmale der ersten Gruppe verwirklicht hatte, aber gleichwohl im Sinne der NS-Moral besonders verwerflich gehandelt hatte – bzw. einen besonders verwerflichen Charakter hatte (»Täterstrafrecht«), dessen Strafbarkeit konnte immer noch anhand eines Verstoßes gegen überpositive Normen begründet werden.¹²¹

IV. Zwischenergebnis

Dem NS-Gesetzgeber ging es nicht um formelle Rechtsicherheit, sondern um »Gewissheit der Durchsetzung des Rechts im Sinne des Rechtsgedankens der Volksgemeinschaft.«¹²² Die §§ 211, 240 II zeigen dies anschaulich: Für die Strafbarkeit waren nicht gesetzlich strikt festgeschriebene Kriterien maßgeblich, sondern durch die NS-Ideologie determinierte Normen der Moral. Über diese vom NS-Gesetzgeber beabsichtigte Unschärfe¹²³ konnte der Richter die Entscheidung beliebig an die Vorstellungen der NS-Führung anpassen; die §§ 211, 240 II waren Rechtsunsicherheit¹²⁴ und Willkür Vorschub leistende »Machtinstrumente«.¹²⁵ Die

104 *Freisler*, Gedanken über das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs, DJ 1941, 929 (935).

105 *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (934); vgl. auch *Grau/Krug/Rietzsch*, Deutsches Strafrecht, Band 1, 2. Auflage (1943), S. 295 (»durch ein sittliches Werturteil«); *Schönke* (Fn. 91), Vor § 211 ff., Anm. I (S. 444).

106 *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (933).

107 *Freiesleben/Hörchner/Kirchner/Niethammer*, J. v. Olshausen's Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Auflage (1942), § 211, Anm. 15; vgl. auch *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (935 f.).

108 *Freiesleben/Hörchner/Kirchner/Niethammer* (Fn. 106), § 211, Anm. 15; vgl. Hierzu auch *Ambos* (Fn. 2), S. 109 ff.

109 *Schönke* (Fn. 91), Vor § 211 ff., Anm. I (S. 444); *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (936).

110 *Grau/Krug/Rietzsch* (Fn. 104), S. 295.

111 *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (934).

112 *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (934); *Schönke* (Fn. 91), § 211, Anm. IV; *Pfundtner/Neubert/Rietzsch*, Das Deutsche Reichsrecht (1941/1942/1943) S. 174; *Graf Gleispach*, Tötung, in *Gürtner* (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil, 2. Auflage (1936), S. 371, 373; a. A. *Freiesleben/Hörchner/Kirchner/Niethammer* (Fn. 106), § 211, Anm. 16.

113 *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (935).

114 *Schönke* (Fn. 91), § 211, Anm. IV; *Freisler* (Fn. 104), DJ 1941, 929 (935).

115 *Grau/Krug/Rietzsch* (Fn. 104), S. 295.

116 RGSt 77, 41 (44).

117 *Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich (1989), S. 345: »Damals ›sittlich‹ heute ›moralisierend‹ genannte Betrachtung.«

118 *Werle* (Fn. 117), S. 341.

119 *Schönke* (Fn. 91), § 211, Anm. IV; *Freiesleben/Hörchner/Kirchner/Niethammer* (Fn. 106), § 211, Anm. 17 (»verabscheuenswert« statt »sittlich verachtenswert«).

120 *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010), S. 89.

121 Vgl. oben Fn. 106, 107, 108.

122 *Henkel*, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat (1934), S. 66.

123 *Hoyer* (Fn. 82), S. 355.

124 *Henkel* (Fn. 122), S. 67 f.: »wir befreien uns ferner von der Vorstellung eines Anspruches auf Berechenbarkeit der Straffolgen eines strafwürdigen Verhaltens.«

125 *Wolf* (Fn. 99), JuS 1996, 189 (192 f.).

»Ethisierung« erlaubte die politische Instrumentalisierung des Rechts.¹²⁶

D. Recht und Moral im heutigen Strafrecht

Welche Verbindungen zwischen Recht und Moral im heutigen (Straf-)Recht bestehen, wurde bereits unter B. IV. behandelt. In diesem Abschnitt werden schlaglichtartig die beiden bereits untersuchten Tatbestände betrachtet. Anschließend soll gefragt werden, ob und inwiefern das Ergebnis dieser Betrachtung mit dem Strafrechtsverständnis des Grundgesetzes konfligiert.

I. Das Verhältnis von Recht und Moral in den §§ 240 II und 211

1. § 240 II

Erst 1953 wurde der Begriff des »gesunden Volksempfinden[s]« in § 240 II durch den Begriff »Verwerflichkeit« ersetzt.¹²⁷ Der BGH sieht hierin jedoch vornehmlich eine sprachliche Änderung: Der Richter habe nach wie vor auf »das Rechtsempfinden des Volkes zu achten.«¹²⁸ Als »verwerflich« bezeichnet die Rechtsprechung eine Handlung, die in Anbetracht der Mittel-Zweck-Relation »nach allgemeinem Urteil sittlich zu mißbilligen« ist, sodass sie »ein als Vergehen strafwürdiges Unrecht« darstellt.¹²⁹ Erneut wird also – wenn auch nicht »allein oder in erster Linie« –¹³⁰ auf moralische Maßstäbe Bezug genommen. Dabei habe der Richter anstelle des Gesetzgebers zu entscheiden.¹³¹ Inzwischen sieht der BGH¹³² – in Übereinstimmung mit der Literatur¹³³ – eine Handlung als verwerflich an, wenn sie sozialwidrig bzw. sozial unerträglich ist. Man könnte daher meinen, dass die Rechtsprechung in Übereinstimmung mit *Roxin* und anderen Literaturstimmen soziale Ordnungsprinzipien heranziehen wollte, die sich der Rechtsordnung entnehmen lassen.¹³⁴ Der BGH betont allerdings, dass »soziale Unerträglichkeit« und die von der früheren Rechtsprechung verwendete Formel der »sittlichen Missbilligung« inhaltlich übereinstimmen.¹³⁵ Die Rechtsprechung legt also nach wie vor sittliche Maßstäbe

an.¹³⁶ Der Richter hat die »Verwerflichkeit« daher, wie vom NS-Gesetzgeber beabsichtigt,¹³⁷ auch heute noch anhand gesetzlich nicht festgeschriebener Maßstäbe zu beurteilen: Die Norm stellt ihm frei, ob er »Verwerflichkeit« im Einzelfall bejaht oder verneint.¹³⁸

2. § 211¹³⁹

Zur NS-Zeit sorgte das Verständnis des Verhältnisses von Abs. 1 und Abs. 2 dafür, dass bei einer Kollision von Mordmerkmalen des Abs. 2 und der NS-Moral, die Moral sich durchsetzte. Die Einstufung einer vorsätzlichen Tötung als Mord erfordert nach heute herrschender Ansicht aber mindestens das Vorliegen eines der Merkmale des Abs. 2.¹⁴⁰ Einer Verurteilung allein nach Abs. 1 unabhängig von den Mordmerkmalen des Abs. 2 hat der BGH bereits 1957 eine Absage erteilt.¹⁴¹ Begründet wurde dies damit, dass erstens die 1941 gesetzgewordene Fassung die Mordmerkmale, anders als noch der erste Entwurf von 1936, gerade nicht als Regelfälle vorsehe, und dass zweitens die Fassung des § 211 auf dem Vorentwurf von 1896 zum schweizerischen StGB beruhe.¹⁴² Diese Argumentation des BGH erscheint jedoch zweifelhaft:¹⁴³ Dass *Freisler* in seinem »authentischen Kommentar«¹⁴⁴ gerade die Eigenständigkeit des Abs. 1 hervorhob, sieht der BGH als nicht entscheidend an.¹⁴⁵ Dass diese Meinung auch im Schrifttum der damaligen Zeit verbreitet war,¹⁴⁶ erwähnt der BGH nicht.¹⁴⁷ Auch dass der schweizerische Entwurf weder in den Materialien, noch bei *Freisler* erwähnt wird,¹⁴⁸ bleibt genauso unerwähnt, wie dass der Entwurf des schweizerischen StGB von 1896 eine andere Formulierung enthielt, insbesondere nicht den auf ein Täterstrafrecht gemünzten Begriff »Mörder«.¹⁴⁹ Zwar wird der § 211 heute nicht mehr so gedeutet, dass Abs. 1

126 *Pauer-Studer/Velleman* (Fn. 59), S. 28 f.

127 BGBl. I, S. 742.

128 BGHSt 5, 254 (256).

129 Vgl. etwa BGH NJW 1962, 1923 (1924); BGHSt 18, 389; relativierend BGH NJW 1988, 1739 (1741) und BGH NSTZ 1993, 333 (334), m. Anm. *Roxin*; vgl. auch Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Toepel*, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Auflage (2017), § 240 Rn. 146 und Lackner/Kühl/*Heger*, Strafgesetzbuch, 29. Auflage (2018), § 240 Rn. 18, jeweils m. w. N.

130 BGH NJW 1988, 1739 (1741).

131 BGHSt 2, 194 (195).

132 BGH NJW 1963, 1629; zuletzt NJW 2014, 401 (403); NJW 2017, 1487 (1489).

133 So etwa *Roxin*, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 373 (376 ff.); Lackner/Kühl/*Heger* (Fn. 129), § 240 Rn. 18.

134 *Roxin* (Fn. 133), JuS 1964, 373 (376 f.); Lackner/Kühl/*Heger* (Fn. 129), § 240 Rn. 18.

135 BGH NJW 2014, 401 (403).

136 So auch Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Toepel* (Fn. 129), § 240 Rn. 146; Lackner/Kühl/*Heger* (Fn. 129), § 240 Rn. 18.

137 S. o. C. III. 1. und C. IV.

138 *Wolf* (Fn. 99), JuS 1996, 189 (192).

139 Trotz zahlreicher Vorschläge (zum letzten Versuch aus den Jahren 2014–2016 vgl. Schönke/Schröder/*Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 54), Vor §§ 211 ff.; Rn. 2 a) zur Neuformulierung und der einhelligen Meinung, dass der § 211 reformbedürftig sei (vgl. nur *Grünwald* [Fn. 119], S. 1 mit Fn. 1 m. w. N.), hat es seit 1945, mit Ausnahme der Abschaffung der Todesstrafe, keine substantziellen Änderungen der Vorschrift gegeben (*Grünwald*, Zur Abgrenzung von Mord und Totschlag – oder: Die vergessene Reform, JA 2012, 401). In der noch jungen Bundesrepublik wurde der § 211 für nicht spezifisch nationalsozialistisch erklärt (vgl. etwa *Kohlrausch*, Deutsches Strafgesetzbuch [1947], S. 94).

140 BGH NJW 1957, 70; BeckOK StGB/*Eschelbach*, 46. Ed. 1.5.2020, StGB § 211 Rn. 15.

141 BGH NJW 1957, 70.

142 BGH NJW 1957, 70 f.

143 Krit. auch *Frommel*, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941, JZ 1980, 559 (562 f.); *Werle* (Fn. 116), S. 337.

144 *Jescheck*, Anmerkung zu BGH, Großer Senat für Strafsachen, 22.9.1956, GSSt 1/56, JZ 1957, 385 (387).

145 BGH NJW 1957, 70.

146 S. o. Fn. 112; vgl. auch *Werle* (Fn. 117), S. 335.

147 Krit. auch *Jescheck* (Fn. 144), JZ 1957, 385 (387).

148 *Werle* (Fn. 117), S. 337; *Frommel* (Fn. 143), JZ 1980, 562.

149 So auch *Werle* (Fn. 117), S. 337.

allein stehe und Abs. 2 lediglich unverbindliche Veranschaulichungen enthalte, was eine Moralisierung erlauben würde; eine solche Auslegung gibt jedoch die heutige Vorschrift, insbesondere unter Heranziehung der – unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten besonders gewichtigen –¹⁵⁰ historischen Auslegungsmethode, durchaus her.¹⁵¹

In seinem 1957 ergangenen Urteil ließ der BGH ebenfalls unerwähnt, dass der schweizerische Entwurf von 1896 keine sonstigen »niedrigen Beweggründe« kannte.¹⁵² Als »niedrig« gilt heute »ein Tötungsbeweggrund, der nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht, durch hemmungslose, triebhafte Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich ist.«¹⁵³ Was aber »nach allgemeiner sittlicher Wertung« – die den Platz des »gesunden Volksempfindens« eingenommen hat –¹⁵⁴ »auf niedrigster Stufe steht« und »besonders verwerflich« ist, bestimmen Normen der Moral.¹⁵⁵ Darüber hinaus verlangt der BGH eine »Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren, insbesondere der Umstände der Tat, der Lebensverhältnisse des Täters und seiner Persönlichkeit.«¹⁵⁶

Auch hier ist eine moralische Bewertung nötig.¹⁵⁷ Entscheidend soll die »allgemeine sittliche Wertung«, also keine partikuläre Moral sein.¹⁵⁸ Der BGH hat dazu eine umfang-

reiche, nuancierte¹⁵⁹ Kasuistik entwickelt.¹⁶⁰ Konstatieren lässt sich auch hier: Maßgeblich für die Begründung der Strafbarkeit sind Normen der Moral; selbst wenn keines der gesetzlich exakt normierten Mordmerkmale vorliegt, kann eine Verurteilung als Mord aufgrund von Gründen, die in Moralvorstellungen begründet liegen, herbeigeführt werden, wenn auch in durch die höchstrichterliche Rechtsprechung bedingt engeren Grenzen als zur NS-Zeit.

II. Verfassungsrechtliche Bedenken

Ob und inwiefern die soeben untersuchten Normen mit dem Grundgesetz konfliktieren, das vom Bundesverfassungsgericht als »Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes« verstanden wird,¹⁶¹ soll nun betrachtet werden.

1. Freiheitlich-demokratische Grundordnung

Die vom Grundgesetz garantierte Pluralität der Wertvorstellungen innerhalb der freiheitlich-demokratischen Grundordnung macht es praktisch unmöglich, allgemein verbindliche moralische Normen – auf die sowohl die »Verwerflichkeit«, als auch die sonstigen »niedrigen Beweggründe« rekurren – mit der Sicherheit festzustellen, die nötig wäre, um hierauf (potenziell lebenslange) Freiheitsstrafen zu stützen.¹⁶² Paradoxe Weise nehmen die Gerichte jedoch genau das für sich in Anspruch.¹⁶³ Es lässt sich also der Kritikpunkt formulieren, dass unter den vom Grundgesetz garantierten Bedingungen die Bezugnahme auf allgemein verbindliche moralische Maßstäbe theoretisch unmöglich sein müsste.

2. Bestimmtheitsgebot

Das Bestimmtheitsgebot ist in Art. 103 II GG und § 1 verankert. Es verlangt, dass der Bürger die möglichen staatlichen Eingriffe voraussehen kann.¹⁶⁴ Das Strafgesetzbuch soll – in den Worten *Franz von Liszt* – die »magna charta des Verbrechers« sein.¹⁶⁵ Allerdings betont das BVerfG, dass

¹⁵⁰ Maunz/Dürig/Hillgruber, Grundgesetz, 90. EL. (Februar 2020) Art. 97 GG Rn. 57; Rütters/Fischer/Birk (Fn. 4), Rn. 784 ff.; anders die frühere Rspr., die eine »objektive« Auslegungsmethode propagierte, vgl. BVerfG NJW 1981, 39 (42); NJW 1983, 735 (738); NJW 1993, 2861 (2863); zuletzt zeichnet sich jedoch eine Abwendung von der »objektiven Methode«: BVerfG NJW 2011, 836 (837 f.); BVerfG NZA 2018, 774 (780); Kritisch zur objektiven Methode schon Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 1914, 1 (62): »Wer sich der objektiven Theorie anschließt, nimmt daher die bewusste Vereitelung legislativer Pflichten in sein Programm auf«; ebenso Rütters, Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, JZ 2002, 365 (368); Maunz/Dürig/Hillgruber (Fn. 150), Art. 97 GG Rn. 58 ff. m. w. N.

¹⁵¹ Die Untergewichtung des historischen Gesetzgeberwillens ließe sich hier ausnahmsweise damit rechtfertigen, dass die Norm von einem diktatorischen Regime erlassen wurde, weshalb das Argument der demokratischen Legitimation des historischen Gesetzgebers nicht eingreifen würde.

¹⁵² Krit. auch Werle (Fn. 117), S. 337.

¹⁵³ BGHSt 3, 132 f.; zuletzt BGH NSTz 2019, 82; Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 129), § 211 Rn. 5.

¹⁵⁴ Vgl. zur früheren Definition Schönke (Fn. 91), § 211 Anm. IV.

¹⁵⁵ Kühl, Die sonstigen niedrigen Beweggründe des § 211 II StGB, JuS 2010, 1041 (1042); Grünwald (Fn. 139), JA 2012, 401 (403). Vgl. hierzu auch das sog. Startbahn-West-Urteil des BGH (NSTz 1993, 341); krit. dazu MüKo-StGB/Schneider, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, §§ 185–262, 3. Auflage (2017), § 211 Rn. 94.

¹⁵⁶ Vgl. BGH NSTz 2019, 82.

¹⁵⁷ Vogel (Fn. 2), S. 77 f. Und zwar – für ein Tatstrafrecht (Schönke/Schröder/Eisele [Fn. 54], Vor §§ 13 ff. Rn. 3 m. w. N) mindestens verwunderlich – auch des Täters (Werle [Fn. 117], S. 346).

¹⁵⁸ Kühl (Fn. 155), JuS 2010, 1041.

¹⁵⁹ Kühl (Fn. 155), JuS 2010, 1041 (1043): »selbst im scheinbar eindeutigen Fall des Ausländerhasses können etwa jahrelange Beleidigungen und Demütigungen, die der Täter über sich ergehen lassen musste, gegen dieses Mordmerkmal sprechen«.

¹⁶⁰ Kühl (Fn. 155), JuS 2010, 1041 (1043). Die Rechtsprechung der Revisionsgerichte und der unteren Instanzgerichte unterscheiden sich aber bei der Bewertung der Niedrigkeit eines Beweggrundes (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Neumann/Saliger [Fn. 129], § 211 Rn. 26 m. w. N. in Fn. 91).

¹⁶¹ BVerfG NJW 2010, 47 (51); BVerfG NJW 2017, 611 (626).

¹⁶² Kühl (Fn. 155), JuS 2010, 1041 (1042); Grünwald (Fn. 120), S. 119 ff.; MüKo-StGB/Schneider (Fn. 155), § 211 Rn. 71; vgl. auch Rütters/Fischer/Birk (Fn. 4), Rn. 403.

¹⁶³ Wolf (Fn. 99), JuS 1996 189 (192) schreibt in Bezugnahme auf BVerfGE 73, 206: »Die Verfassungsrichter waren sich also: sicher, daß das Merkmal Verwerflichkeit ebenso wie das Merkmal Gewalt einen bestimmten Inhalt hat – welchen, konnten sie aber ›infolge Stimmgleichheit‹ leider nicht feststellen.«

¹⁶⁴ BVerfG NJW 1969, 1059 (1061); NJW 1978, 933 (934); BVerfG NJW 2010, 3209 (3210).

¹⁶⁵ von Liszt, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. 2 (1892–1904)

das Bestimmtheitsgebot »nicht übersteigert« werden dürfe, weil die Gesetze sonst »zu starr und kasuistisch« würden und »dem Wandel der Verhältnisse oder der Besonderheit des Einzelfalls nicht mehr gerecht werden« könnten.¹⁶⁶ Gleichwohl müsse der Gesetzgeber eine Norm umso präziser fassen, je schwerer die angedrohte Strafe sei.¹⁶⁷

a) Probleme mit der Bestimmtheit¹⁶⁸ des § 240 II werden deutlich bei einem Blick auf die Versuche der Rechtsprechung, zu konkretisieren, was »verwerflich« im Sinne der Norm ist: Gleichbedeutend will sie die Begriffe »soziale Unerträglichkeit« und »sittliche Missbilligung« verwenden,¹⁶⁹ wobei »sittliche Missbilligung« nicht »allein oder in erster Linie«¹⁷⁰ – demnach aber zumindest auch – nach moralischen Kriterien zu beurteilen sei. Es komme auf »sozialethische Missbilligung« an, bei deren Feststellung aber Normen der Moral keine Rolle spielten,¹⁷¹ sondern allein die »soziale Unerträglichkeit« maßgeblich sei, die sich wiederum anhand von »sozialen Ordnungsprinzipien«¹⁷² bzw. Fallgruppen¹⁷³ konkretisieren lasse.¹⁷⁴ Eine präzise inhaltliche Festlegung der »Verwerflichkeit« lässt sich nicht ausmachen.¹⁷⁵ Jedenfalls will die Rechtsprechung aber zumindest auch auf moralische Maßstäbe Bezug nehmen, was bedeutet, dass die Strafbarkeit von für den Bürger intransparenten Moralvorstellungen des Richters und nicht von einem gesetzlich normierten Maßstab abhängt. Dass der Begriff der »Verwerflichkeit« die von Art. 103 II GG geforderte Voraussehbarkeit¹⁷⁶ der möglichen staatlichen Eingriffe für den Bürger gewährleisten kann,¹⁷⁷ erscheint angesichts der »umfangreichen Kasuistik«,¹⁷⁸ der unklaren Begriffsverwendung der Rechtsprechung¹⁷⁹ und der Bezugnahme auf Normen der Moral kaum möglich.

Einwenden lässt sich hiergegen jedoch: Der Tatbestand der Nötigung schützt die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung,¹⁸⁰ weshalb der Gesetzgeber, um der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden, Abstriche bei

der Bestimmtheit des § 240 machen müsse.¹⁸¹ Daraus folgt jedoch keineswegs, dass die Norm nicht bestimmter gefasst werden könnte als derzeit: Würde der Gesetzgeber die von *Roxin*¹⁸² vorgeschlagenen Ausprägungen der Sozialwidrigkeit normieren,¹⁸³ wäre dem Bestimmtheitsgebot in wesentlich größerem Umfang Genüge getan als *de lege lata*. Die Strafdrohung von maximal drei Jahren lässt die jetzige Fassung – in Anbetracht der Vorgaben des BVerfG, die Bestimmtheit müsse proportional zur Strafdrohung zunehmen –¹⁸⁴ als gerade noch bestimmt genug erscheinen. Die wegen der unbestimmten Gesetzesfassung unklaren Kriterien der Rechtsprechung machen eine Reform aus Rechtssicherheitsgesichtspunkten jedoch dringend nötig.

b) Welche Beweggründe neben den in Abs. 2 benannten »niedrig« sind, ist für den Bürger als Normadressaten – wie die uneinheitliche Rechtsprechung zeigt –¹⁸⁵ kaum möglich. Eine eindeutige Bestimmung anhand moralischer Normen ist wenig realistisch,¹⁸⁶ insbesondere nicht in einer pluralistischen Gesellschaft.¹⁸⁷

Zugunsten der »Motivgeneralklausel« wird angeführt, dass sie praktisch unverzichtbar sei.¹⁸⁸ Dieses Argument ist jedoch für den Bestimmtheitsgrundsatz irrelevant.¹⁸⁹ Ginge es allein um das praktische Strafbedürfnis, könnte man das Bestimmtheitsgebot auch gleich abschaffen.¹⁹⁰ In Anbetracht der Tatsache, dass § 211 die in der Bundesrepublik höchstmögliche Strafe fordert, ist § 211 II Gruppe 1, Var. 4 im Hinblick auf die Forderung des BVerfG – die Bestimmtheit einer Norm müsse sich proportional zur Strafdrohung verhalten –¹⁹¹ für unvereinbar mit Art. 103 II GG zu halten.¹⁹²

181 Bei vielen Rechtsgütern, etwa dem Leben oder der körperlichen Unversehrtheit, kann der Gesetzgeber folgendermaßen vorgehen: Im Regelfall ist die Verletzung des Lebens oder der körperlichen Integrität verboten, nur in Ausnahmefällen ist sie erlaubt, etwa bei der Notwehr (*Roxin* [Fn. 133], JuS 1964, 373 [374]). Für die Schutzgüter des § 240 ist das dagegen nicht so leicht möglich: Im Alltag ist es Gang und Gebe, dass die Willensfreiheit beeinträchtigt wird; das Funktionieren unserer Gesellschaft beruht darauf, dass nicht jeder stets vollkommen frei in seiner Willensbetätigung und -entschließung ist (*Roxin* [Fn. 133], JuS 1964, 373 [374]). § 240 II muss also im umgekehrten Verhältnis vorgehen und aus dem Regelfall – der Beeinträchtigung der Willensentschließung und -betätigung – die ausnahmsweise rechtswidrigen Fälle positiv herausfiltern (*Roxin* [Fn. 133], JuS 1964, 373 [374]).

182 *Roxin* (Fn. 133), JuS 1964, 373 (375 ff.).

183 So wie dies § 116 (S. 10) des Alternativ-Entwurfs von 1970 vorsah.

184 S. o. Fn. 167.

185 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Neumann/Saliger* (Fn. 129), § 211 Rn. 26 m. w. N. in Fn. 92.

186 *Rüping*, Zur Problematik des Mordtatbestandes, JZ 1979, 617 (620).

187 S. o. D. II. 1.

188 MüKo-StGB/*Schneider* (Fn. 155), § 211 Rn. 72.

189 Vgl. nur die Fälle des »Stromdiebstahls« (RGSt 29, 111; 32, 165), die das RG – zu dessen Zeiten es zwar nicht das GG, aber § 1 StGB gab – nicht über § 242 lösen konnte; stattdessen musste der Gesetzgeber aktiv werden und § 248 c schaffen.

190 Mit dieser Praktischen-Bedürfnis-Argumentation wurde auch die Einführung des § 2 im Jahre 1935 gerechtfertigt, vgl. *Freiesleben/Hörchner/Kirchner/Niethammer* (Fn. 106), § 2, Anm. 7.

191 S. o. Fn. 167.

192 Die »niedrigen Beweggründe« wegen zu großer Unbestimmtheit zu streichen, beabsichtigte schon der Entwurf 1962, S. 273; ebenso *Rüping*

(1905), S. 80.

166 BVerfG NJW 1962, 1563 (1564); zuletzt BVerfG NJW 2010, 3209 (3210).

167 BVerfG NJW 1962, 1563 (1564); zuletzt BVerfG NJW 2010, 3209 (3211).

168 So auch MüKo-StGB/*Sinn* (Fn. 155), § 240 Rn. 117.

169 S. o. Fn. 134.

170 S. o. Fn. 129.

171 Schönke/Schröder/*Eisele* (Fn. 54), § 240 Rn. 18 m. w. N.

172 *Roxin* (Fn. 133), JuS 1964, 373 (376).

173 Vgl. MüKo-StGB/*Sinn* (Fn. 155), § 240 Rn. 135 ff., der elf Fallgruppen bildet.

174 Schönke/Schröder/*Eisele* (Fn. 54), § 240 Rn. 18 m. w. N.

175 Kritisch auch MüKo-StGB/*Sinn* (Fn. 155), § 240 Rn. 116 f.

176 BVerfG NJW 1969, 1059 (1061); NJW 1978, 933 (934); NJW 2010, 3209 (3210).

177 So schon *Calliess*, Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit, NJW 1985, 1506 (1509).

178 MüKo-StGB/*Sinn* (Fn. 155), § 240 Rn. 135.

179 Kritisch auch MüKo-StGB/*Sinn* (Fn. 155), § 240 Rn. 116 f.

180 H. M., vgl. Lackner/Kühl/*Heger* (Fn. 129), § 240 Rn. 1 m. w. N.

Durch den Mangel an Bestimmtheit wird ein weiterer rechtsstaatlicher Grundsatz tangiert:¹⁹³ Fehlt die tatsächliche Grundlage für eine Verurteilung nach § 211 II Gruppe 1, Var. 1–3, muss wegen der »Motivgeneralklausel« nicht *in dubio pro reo* entschieden und »bloß« ein Fall des § 212 angenommen werden, sondern es kann auf moralische Maßstäbe gegründet *contra reum* gleichwohl § 211 angenommen werden.

3. Gesetzesbindung des Richters

Art. 20 III und 97 I GG schreiben die Gesetzesbindung des Richters vor. Zentrale Aufgabe des Richters ist die Auslegung der Gesetze; demokratisch zulässig ist aber nur diejenige Auslegung, die – unter Einbeziehung aller Auslegungsmethoden – den Regelungsinhalt des Gesetzes ermittelt, wie ihn der historische Gesetzgeber eine Norm verstanden hat bzw. verstanden wissen wollte.¹⁹⁴ Sonst würde nicht das vom Gesetzgeber Erlassene ausgelegt, sondern die eigene Vorstellung des Richters »eingelegt«.¹⁹⁵ Der Wortlaut der unbestimmten Rechtsbegriffe »niedrige Beweggründe«¹⁹⁶ und »Verwerflichkeit« gibt dem Richter nur begrenzt Anhaltspunkte hinsichtlich des Wortsinns¹⁹⁷ der jeweiligen Vorschrift. *Entgegen* Art. 97 I Hs. 2 GG wird er auf außerrechtliche Normen der Moral verwiesen. Zieht der Richter den historischen Gesetzgeberwillen hinzu, muss er bei den zwei untersuchten Normen berücksichtigen, dass es dem NS-Gesetzgeber gerade um Rechtsunsicherheit und die Möglichkeit willkürlicher Entscheidungen im Sinne der NS-Führung ging.¹⁹⁸ Dies ist jedoch mit der von Art. 20 III GG geforderten Rechtssicherheit¹⁹⁹ unvereinbar, weshalb der Gesetzgeber tätig werden müsste. Da er das nicht tut, ist der Richter gezwungen die Normen fortzubilden,²⁰⁰ was nicht unproblematisch mit Blick auf die Gewaltenteilung erscheint.

(Fn. 186), JZ 1979, 617 (620); Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Auflage (2015), § 2 Rn. 73.

193 Nach BayVerfGH NJW 1983, 1600 partizipiert der Grundsatz »in dubio pro reo« am Verfassungsrang des Schuldgrundsatzes; offen gelassen von BVerfG NJW 1988, 477.

194 S. o. Fn. 149.

195 Rütters, Wozu auch noch Methodenlehre? – Die Grundlagenlücken im Jurastudium, JuS 2011, 865 (868).

196 Zieht man den historischen Gesetzgeberwillen zu § 211 hinzu, wie er aus der autorisierten Begründung *Freislers* (Fn. 103; DJ 1941, 929) hervorgeht, müsste außerdem der § 211 I als eigenständiger Absatz aufgefasst werden, nach dem auch ohne Vorliegen von Merkmalen des Abs. 2 bestraft werden könnte; zudem legt der historische Gesetzgeberwille ein täterstrafrechtliches Verständnis nahe.

197 Instrukтив zu Wortlaut und Wortsinn: Metz, Die Auslegung von Gesetzen an einem Beispiel aus dem Waffenrecht, JA 2018, 47.

198 Vgl. oben C. III.

199 Zur Rechtssicherheit als Prinzip des Rechtsstaats, vgl. Maunz/Dürig/*Grzeszick* (Fn. 149), Art. 20 GG, VII Rn. 50 ff.

200 Zur Problematik der richterlichen Rechtsfortbildung, vgl. Fn. 150 m. Haupttext.

4. Gewaltenteilung²⁰¹

Legislative, Judikative und Exekutive sind voneinander getrennte Gewalten, Art. 1 III, 20 II 2, III GG. Wenn nicht der Gesetzgeber (vgl. Art. 103 II GG) bestimmt, was strafbar ist, sondern der Richter, werden legislative Aufgaben von der Judikative wahrgenommen.²⁰² Indem der Gesetzgeber in hohem Maße unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, die auf Normen der Moral verweisen, passiert genau das: Woran sich der Richter orientiert, bleibt ihm überlassen,²⁰³ er erhält einen »Freibrief«.²⁰⁴ Hierin könnte man einen Verstoß gegen die Gewaltenteilung sehen. Allerdings sind von der Regel der Gewaltenteilung Ausnahmen zulässig, sofern dies sachlich einleuchtend begründet ist und nicht ein Kernbereich der anderen Gewalt betroffen ist;²⁰⁵ insbesondere wenn dies aus Gründen der Funktionalität geboten ist.²⁰⁶ Weil die Gerichte schneller und flexibler reagieren können als die Legislative, sprechen funktionale Gründe für die Zulässigkeit einer »Gewaltenverschränkung«²⁰⁷. Zwar sei wegen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter die Judikative strenger von den anderen Gewalten zu trennen, als das Gewaltenteilungsprinzip es generell fordert.²⁰⁸ Jedoch wird durch die unbestimmten Rechtsbegriffe in §§ 211, 240 II die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter nicht beeinträchtigt, sondern hinsichtlich Unabhängigkeit sogar noch vergrößert.

Für einen Verstoß gegen die Gewaltenteilung spricht jedoch ihre *ratio*, nämlich »die wechselseitige Begrenzung und Kontrolle staatlicher Macht«.²⁰⁹ Dem Richter, und damit dem Staat, wird es durch die unbestimmten Rechtsbegriffe der »Verwerflichkeit« und der sonstigen »niedrigen Beweggründe« ermöglicht, auch gesetzlich nicht normiertes Verhalten zu bestrafen, womit die Macht des Staates erheblich vergrößert anstatt begrenzt wird.²¹⁰ Auch eine Kontrolle

201 BVerfG NJW 2010, 3209 (3210 f.) fasst die hier angesprochene Problematik unter Art. 103 II GG; der besseren Übersichtlichkeit wegen wird das hier nicht getan.

202 Dazu, dass dies unzulässig ist: BVerfG NJW 2010, 3209 (3211) m. w. N.

203 BGHSt 2, 194 (195): Im Rahmen des § 240 II falle »dem Richter die Aufgabe zu, an Stelle des Gesetzgebers durch unmittelbare Wertung zu entscheiden, ob die tatbestandsmäßige Nötigung im Einzelfalle rechtswidrig ist oder nicht«.

204 Wolf (Fn. 99), JuS 1996, 189 (192 f.) zu § 211. Einwenden gegen die Rede vom »Freibrief« des Richters ließe sich, dass er zwar keinen gesetzlichen, aber faktischen Bindungen durch seine Einbindung in die Tradition der Rechtsprechung unterliege und letztlich nur die Rechtsprechung einen »Freibrief« erhalte (mein Dank für diese Anmerkung gilt dem Beirat der GRZ). Allerdings besteht eine solche faktische Bindung des einzelnen Richters etwa nicht hinsichtlich noch nicht judizierter Konstellationen. Außerdem ist zu bedenken, dass gemäß Art. 97 I GG der einzelne Richter grundsätzlich nicht an die Rechtsauffassung ihm übergeordneter Gerichte gebunden ist (näher Sachs/*Detterbeck*, Grundgesetz, 8. Auflage [2018], Art. 97 Rn. 14 f.), weshalb gerade in (auch moralisch) schwierigen Fragen die faktische Bindung gelockert sein mag.

205 BVerfG NJW 1971, 275 (279).

206 BVerfG NJW 1985, 603 (605); NJW 1997, 383; NJW 1998, 2515 (2520).

207 BVerfG NJW 2018, 1935 (1937).

208 BVerfG NJW 2018, 1935 (1937).

209 BVerfG NJW 1971, 275 (279).

210 Kritisch zur Machtverschiebung auf die Richter in der BRD allgemein:

wird durch die »Gewaltenverschiebung« an die Richter schwierig.²¹¹

Die Ausfüllung der »Verwerflichkeit« und der sonstigen »niedrigen Beweggründe« durch die Rechtsprechung erscheint im Hinblick auf die Gewaltenteilung nicht mit dem Grundgesetz vereinbar.

III. Zwischenergebnis

Die untersuchten Normen verweisen durch die unbestimmten Rechtsbegriffe der »Verwerflichkeit« und der sonstigen »niedrigen Beweggründe« auf außerrechtliche Normen der Moral. Die Normen bewegen sich im Spannungsfeld zwischen praktisch notwendiger Flexibilität und verfassungswidriger Unbestimmtheit.²¹² Um das Recht an die »Vielgestaltigkeit des Lebens«²¹³ anzupassen, werden zwar oftmals unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet; im Strafrecht, dem »schärfsten Schwert« des Rechtsstaats,²¹⁴ sind hier jedoch von der Verfassung enge Grenzen gesetzt.²¹⁵ Strafbarkeit an einer moralischen Wertung festzumachen ist erstens in einer pluralistischen Gesellschaft aufgrund der unterschiedlichen Wertvorstellungen kaum überzeugend, zweitens für den Bürger nicht vorhersehbar und daher an der Grenze zur verfassungswidrigen Unbestimmtheit (§ 240 II) bzw. zu unbestimmt (§ 211) im Sinne des Art. 103 II GG, problematisch im Hinblick auf Art. 97 I GG (Gesetzesbindung nicht Moralbindung) und viertens eine in Bezug auf Art. 1 III, 20 II 2, III GG unzulässige Gewaltenverschiebung vom Gesetzgeber auf den Richter.

E. Fazit und Ausblick

Die vorgenommene Untersuchung hat gezeigt, dass auch im heutigen Strafrecht Normen bestehen, die eine aus verfassungsrechtlichen Gründen bedenkliche Moralisation des Strafrechts ermöglichen. Die §§ 211, 240 II wurden in der

Rüthers, Geleugneten Richterstaat und vernebelte Richtermacht, NJW 2005, 2759; *Wolf* (Fn. 99), JuS 1996, 189 (195).

211 Erstens kann der Bürger nur die Zusammensetzung der Legislative und somit die Ausgestaltung der Normen durch Wahlen beeinflussen (Art. 38 GG), während die Richter unabhängig sind (Art. 97 I Hs. 1 GG). Zweitens erlaubt das GG zwar eine Kontrolle von Gesetzen durch die Judikative (Art. 93 I Nr. 1–3 GG), nicht jedoch eine legislative Kontrolle von gerichtlichen Entscheidungen (Art. 97 I Hs. 1 GG).

212 In diesem Sinne zu §§ 240 II und 226a schon *Roxin* (Fn. 133), JuS 1964, 373.

213 BVerfG NJW 2010, 3209 (3210).

214 MüKo-StPO/*Kudlich*, Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 1. Auflage (2014), Einleitung Rn. 1.

215 Das zeigt schon Art. 103 II GG; vgl. auch BVerfG NJW 2010, 3209 (3210 f.), wo das BVerfG die besonders hohen Anforderungen an Bestimmtheit und Gewaltenteilung hervorhebt.

NS-Zeit geschaffen.²¹⁶ Nach dem Krieg wurden sie, wie fast alle Tatbestände,²¹⁷ als nicht spezifisch nationalsozialistisch qualifiziert.²¹⁸ Problematisch ist nicht in erster Linie ihre NS-Provenienz, sondern die durch ihre Regelungstechnik mögliche Moralisation des Rechts: Indem der Richter auf Normen der Moral verwiesen wird, konnten Entscheidungen willkürlich im Sinne der NS-Führung gefällt werden.²¹⁹ Diese, vom NS-Gesetzgeber im Zuge der »Ethisierung«²²⁰ absichtlich als »Machtinstrument«²²¹ geschaffene, Möglichkeit zur Beeinflussung des Rechts durch Normen der Moral besteht auch heute noch. Sie ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.²²² Das liegt nicht daran, dass sie – wie etwa das Blutschutzgesetz²²³ oder das Juden- und Polenstrafrecht²²⁴ – spezifische NS-Ideologie transportieren würde. Als »Gegentwurf«²²⁵ zum totalitären NS-Staat geschaffen enthält das Grundgesetz Mechanismen zur Begrenzung der Macht des Staates, mit denen die untersuchten Normen in Konflikt geraten:²²⁶ Das vom NS-Gesetzgeber geschaffene Potenzial zu staatlicher Willkür und Rechtsunsicherheit, das die §§ 211, 240 II in sich tragen,²²⁷ widerstrebt dem Grundgesetz in fundamentaler Weise. Dieses Potenzial wird derzeit nicht ausgenutzt, kann aber unter geänderten politischen Vorzeichen eine Bedrohung für die freiheitlich-demokratische Grundordnung darstellen.²²⁸

216 S. o. C. III.

217 *Vogel* (Fn. 2), S. 26.

218 Krit. zum damaligen Vorgehen, *Wolf* (Fn. 99), JuS 1996, 189 (190).

219 S. o. C. III. und IV.

220 S. o. B. V. m. Fn. 56, sowie C.

221 *Wolf* (Fn. 99), JuS 1996, 189 (192).

222 S. o. D. II.

223 RGBL. I 1935, S. 1146 f.

224 RGBL. I 1941, S. 749 ff.

225 BVerfG NJW 2010, 47 (51); BVerfG NJW 2017, 611 (626).

226 Z. B. die Grundrechte als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat (status negativus), vgl. Maunz/Dürig/*Herdegen* (Fn. 150), Art. 1 III GG Rn. 16; die Gewaltenteilung, Art. 1 III, 20 II 2, III GG, s. o. D. II. 4.; Art. 103 II GG, vgl. Maunz/Dürig/*Remmert* (Fn. 150), Art. 103 II GG Rn. 30 ff.

227 S. o. C. III. und IV.

228 Anlass zur Besorgnis gibt in diesem Zusammenhang ein Gesetzentwurf der von der AfD-Fraktion eingebracht wurde (BT-Drs. 19/6371). Der Entwurf möchte zur »Strafschärfung bei Rückfall« einen neuen § 48 in das StGB einfügen, der Begriffe enthalten soll wie: »gleichartige verwerfliche Beweggründe«, »gleichen Charaktermangel«, »besonders schädliche Neigungen« (BT-Drs. 19/6371, S. 5). Die unbestimmten Rechtsbegriffe »verwerflich« (s. o.) und »Charaktermangel« sind abhängig von außerrechtlichen Maßstäben. Sie bergen damit dieselben Probleme, wie die oben untersuchten Normen. Dass der Entwurf darüber hinaus nationalsozialistisch geprägte Begriffe verwendet (näher *Ambos*, Rückkehr zum NS-Täterstrafrecht?, FAZ Einspruch vom 27.03.19), etwa vom »sozialschädlichen Gewohnheitsverbrecher« (BT-Drs. 19/6371, S. 2) spricht, nährt die Befürchtung, dass bei einem Anwachsen dieser politischen Kraft, die Moral, auf die die untersuchten Normen Bezug nehmen, in die Richtung rücken könnte, in der sie zum Zeitpunkt des Erlasses der §§ 211, 240 II war.

GdR Aufsatz

Florian Philippi*

Recht im Spannungsfeld zwischen Individual- und Kollektivschutz

Die »Bewahrung« von »Asozialen« in den deutschen Demokratien und Diktaturen des 20. Jahrhunderts

A. Einführung

Je mehr Gewicht eine Debatte auf den Schutz eines identitätsstiftenden Kollektivs legt, desto stärker schlägt die Waage in Richtung des repressiven Rechts, des Unrechts oder gar Rechtlosigkeit aus. Identitätsstiftend wirkt ein Kollektiv in erster Linie durch Abgrenzung gegenüber dem »Außenstehenden«, dem »Fremden«, dem »Abweichler«.

Nicht nur, aber gerade aus der Warte des Rechts stellt sich hierbei die diffizile Frage, wie die Staatsgewalt mit solchen Bürgern umzugehen hat, deren Verhalten zwar nicht von der rechtlichen, aber von der sozialen Norm abweicht. Darf der Staat das deviante oder gar renitente Individuum zu seinem vermeintlichen Glück zwingen? Darf er ihm insbesondere die Freiheit entziehen, um ihn auf den »rechten Weg«, d. h. zur Mehrheitsgesellschaft »zurückzuführen«?

Die Antworten auf diese Fragen definieren die grundlegende Gewichtung von Freiheit des Individuums einerseits sowie Belange der Allgemeinheit andererseits und dienen daher als Gradmesser für den Zustand einer Gesellschaft, zeigt sich doch gerade in dem Umgang mit ihrem Spiegelbild ihr Maß an Liberalität.

Vielversprechend scheint in diesem übergeordneten Kontext die Untersuchung der Debatten zur »Bewahrung« von sog. »Asozialen«, da hier prima facie in sämtlichen deutschen Gesellschaften des 20. Jahrhunderts freiheitsentziehende Zwangsmaßnahmen zur Sozialdisziplinierung verschiedenartig sozial marginalisierter Personengruppen erwogen wurden. Besonders ergiebig scheint dabei systemvergleichend die Frage, inwiefern von einer kontinuierlichen Entwicklung die Rede sein kann, insbesondere hinsichtlich des Bewahrungstelos, d. h. zu welchem Sinn und Zweck diese Maßnahme der »Bewahrung« gedacht war.

B. Debatten zur »Bewahrung« von »Asozialen«¹

I. Vor 1933

1. Ursprünge des Bewahrungsgedankens

Der gedankliche Ursprung der »Bewahrung« von sozialen Randfiguren liegt bei der katholischen Fürsorgearbeiterin

*Agnes Neuhaus*². Im Zentrum der Tätigkeit eines von ihr 1899 gegründeten Gefährdetenfürsorgevereins³ standen »gefallene Mädchen«⁴, d. h. vornehmlich junge Prostituierte. Aus karitativem und paternalistischem Antrieb heraus gedachte sie, mittels einer dauerhaften Unterbringung in einer der Vereinsanstalten die Seelen dieser »sittlich verwaahlrosten Mädchen«⁵ zu retten – im Zweifel auch gegen deren Willen. Den rechtlichen *status quo*, namentlich den Entmündigungsparagrafen des BGB und auch die strafrechtliche Möglichkeit der Unterbringung in einem Arbeitshaus, befand *Neuhaus* als unzureichend, die letztgenannte korrektionelle Nachhaft⁶ nicht zuletzt wegen ihrer zeit-

kraft am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht von Prof. Dr. *Eva Schumann*. Der Beitrag geht aus einer Studienarbeit im Rahmen des Seminars »Rechtswissenschaft und Rechtsprechung im ›Dritten Reich‹ und die ›Nachwirkungen‹ in beiden deutschen Staaten« von Prof. Dr. *Eva Schumann* hervor.

¹ Bei wiederkehrenden Schlüsseltermini des zeitgenössischen Sprachgebrauchs wird i. d. R. auf die Hervorhebung in Anführungszeichen verzichtet. Im Übrigen wird grds. das generische Maskulinum verwendet und Zitate nach alter Rechtschreibung sind angepasst.

² Aus einem streng katholischen Elternhaus kommend, war *Agnes Neuhaus* (1854–1944) zunächst in der westfälischen Seelsorge- und Frauenarbeit tätig, bevor sie eine politische Karriere einschlug; zu *Neuhaus: Maier*, Who is Who der sozialen Arbeit (1998), S. 428 ff.

³ Der »Katholische Fürsorgeverein für Mädchen, Frauen und Kinder«, ursprünglich »Verein vom Gutem Hirten«, trägt heute den Namen »Sozialdienst katholischer Frauen«, dazu *Ebbinghaus*, Helene Wessels und die Verwahrung, *Ebbinghaus* (Hrsg.), Opfer und Täterinnen. Frauenbiographien des Nationalsozialismus (1987), S. 152, 155; *Osten*, Jugend- und Gefährdetenfürsorge im Sozialstaat. Der Katholische Fürsorgeverein für Mädchen, Frauen und Kinder auf dem Weg zum Sozialdienst Katholischer Frauen 1945–1968 (2001), S. 14 ff.

⁴ *Pappritz*, Handbuch der amtlichen Gefährdetenfürsorge. Auf Grund amtlichen Materials zusammengestellt und bearbeitet (1924), S. 2; *Böhmer*, »Fürsorge für Asoziale«, in: *Dünner/Bauer* (Hrsg.), Handwörterbuch der Wohlfahrtspflege (1929), S. 252, 253; *Reyer*, Alte Eugenik und Wohlfahrtspflege. Entwertung und Funktionalisierung der Fürsorge vom Ende des 19. Jahrhunderts bis zur Gegenwart (1991), S. 51.

⁵ *Pappritz*, Der Entwurf eines Reichsbewahrungsgesetzes des Deutschen Verbandes zur Förderung der Sittlichkeit, ZB (1925/26), S. 32, 33; *Eiserhardt*, Strafrechtsreform und Bewahrungsgesetz, SozPr (1930), Sp. 841, 842.

⁶ §§ 361 Nr. 1–10 RStGB a. F. stellten typisch »asoziales Verhalten« unter Haftstrafe (*Steigertahl*, Bewahrung, DZfW (1936), S. 70). I. V. m. §§ 362 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 RStGB a. F. konnte der Verurteilte darüber hinaus nach (!) der Haftstrafe durch die Polizei für bis zu zwei Jahre in einem sog. Arbeitshaus eingewiesen werden. Begründet in der Frühen Neuzeit als armenpolitische Einrichtung, diente diese Anstalt im Zuge der Kriminalisierung der Armutsdelikte im Kaiserreich im großen Umfang der »Korrektion«, d. h. der Sozialdisziplinierung von Obdachlosen, Prostituierten usw. Die drakonische

* Der Autor studiert Geschichte und Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität und verbrachte zwei Auslandssemester an den Universitäten Paris und Thessaloniki. Seit 2015 arbeitet er als studentische Hilfs-

lichen Begrenzung auf maximal zwei Jahre. Daher forderte sie unentwegt eine neue spezialgesetzliche Handhabe zur praktischen Umsetzung ihres Gedankens; der Durchbruch in die breitere Fachöffentlichkeit sollte ihr aber erst im Oktober 1918 gelingen. Mit der reformwilligen Grundstimmung der ersten Tagung der allgemeinen Gefährdetenfürsorge stieß *Neuhaus'* Forderung nach einem »Verwahrungsgesetz für geistig Minderwertige« auf fruchtbaren Boden.⁷ Dass sie damit die Büchse der Pandora öffnete, konnte keinem der Anwesenden bewusst gewesen sein. Doch noch auf der Frankfurter Tagung spannte der sozialdemokratische Fürsorgepolitiker *Hans Maier* den ursprünglichen Gedanken weiter, indem er anregte, »alle nicht im Vollbesitz ihrer Körper- und Geisteskräfte befindlichen Personen in irgend einer Anstalt unterzubringen.«⁸ [Hervorh. d. Verf.]

2. Die Kontroverse der Weimarer Republik – »Bewahrung« von oder vor »Asozialen«?

Zu einer intensiven Bewahrungsdebatte kam es dann mit der Ausrufung der ersten deutschen Republik, allerdings unter grundlegend veränderten gesellschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen. Für die Debatte von maßgebender Bedeutung war, dass die Verfassung des neuen Systems jedem Deutschen das Grundrecht auf Freiheit der Person gab,⁹ die Hürde für die Verabschiedung eines freiheitsentziehenden bzw. -beschränkenden Zwangsgesetzes sich mithin erhöhte.

Davon offenbar unbeeindruckt, brachte die nunmehr für das Zentrum parlamentarisch aktive *Neuhaus* im März 1921 einen gemeinsam mit *Maier* erarbeiteten Prototyp eines Verwahrungsgesetzes in den ersten Weimarer Reichstag ein. Da aufgrund der omnipräsent wahrgenommenen sozialen Not nach dem Ersten Weltkrieg – insbesondere befürchtete man mangels väterlicher Autoritäten eine Proletarisierung der bürgerlichen Jugend sowie eine grassierende Ausbreitung von Geschlechtskrankheiten – generell der Ruf nach mehr Sozialmaßnahmen erschallte,¹⁰ war es in den Augen der Verwahrungspioniere auch im neuen Rechtsstaat höchste wie passende Zeit für das angestrebte Zwangsgesetz.¹¹

sche Arbeitserziehung galt in Bezug zur fürsorgerischen Zwangs-idee als eine andere »Art Bewahrung« (*Steigertahl*, Gedanken über das Bewahrungsproblem, DZfW (1925), S. 347); ähnlich *Dubitscher*, Asoziale Sippen. Erb- und sozialbiologische Untersuchungen (1942), S. 217 f.: »strafrechtliche Bewahrung gem. § 361«.

⁷ *Ebbinghaus* (Fn. 3), S. 156; *Willing*, Das Bewahrungsgesetz (1918–1967). Eine rechtshistorische Studie zur Geschichte der deutschen Fürsorge (2003), S. 9, 14 ff.

⁸ *Maier*, zit. nach *Willing* (Fn. 7), S. 21.

⁹ § 114 Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 (RGBl. I 1383 ff.).

¹⁰ *Willing* (Fn. 7), S. 21.

¹¹ Für die Vertreter der privaten Wohlfahrtspflege trat zudem eine egozentrische bzw. vereinspolitische Motivation hinzu; auch angesichts der drohenden Entkriminalisierung der »Übertretungen« des § 361 RStGB a.F., insbesondere der Prostitution, fürchtete man, dass große Teile der Klientel an die öffentliche Fürsorge des Weimarer Sozialstaats oder gar komplett verloren gehen könnten, dazu: *Klöhn*, Helene Simon (1862–1947). Deutsche und britische Sozialreform und Sozialgesetzgebung im Spiegel ihrer Schriften und ihr Wirken als Sozialpolitikerin im Kaiserreich und in der Weimarer

a) Begrifflichkeiten

Neuhaus' Erstentwurf wurde an den bevölkerungspolitischen Ausschuss überwiesen, im Plenum aber nicht mehr debattiert.¹² Nichtsdestotrotz erfuhr der Verwahrungsgedanke durch seinen Einzug in das Hohe Haus einen entscheidenden Aufmerksamkeitsanstieg,¹³ infolgedessen er über die Sphäre der engeren Gefährdetenfürsorge hinauswuchs.

So interessierten sich neben etwa Jugend-, Wanderer- und Trinkerfürsorge von nun an auch weitere Kreise der allgemeinen Wohlfahrtspflege, bspw. Sozialpädagogen, zudem u. a. Psychiater, Strafrechtswissenschaftler und Beamte des Reichsinnen- sowie des Reichsjustizministeriums für die Materie. Auffällig ist zum einen, dass sich an der nun sehr heterogenen Debatte ungewöhnlich viele Frauen beteiligten,¹⁴ und zum anderen, dass es sich nicht selten um prominente Vertreter des jeweiligen Fachgebietes handelte.¹⁵ Es ist somit vorab festzustellen, dass die Bewahrungsdebatte ab den frühen 1920er Jahren zu einem ganz zentralen Thema der Fürsorge avancierte und neben benachbarten Fachgebieten sogar eine interessierte Öffentlichkeit einbezog.¹⁶

Trotz der gewachsenen Heterogenität der Gruppe herrschte *ab initio* weitestgehend Einigkeit über das »Ob« eines Verwahrungsgesetzes. Wenn auch von verschiedenen Standpunkten aus beklagten insbesondere die jeweiligen Praktiker eine unerträgliche »Lücke«¹⁷ in der Rechtsordnung. Auch bzgl. vieler Eckpunkte der neuen Maßnahme gab es eine beachtliche Schnittmenge: Als *ultima ratio*¹⁸ und durch juristische Kautelen abgesichert,¹⁹ sollte eine zwangs- und

Republik (1981), S. 494 f.

¹² *Maier*, Der Entwurf eines Verwahrungsgesetzes, MSchrKrimPsych 1923, S. 225, 226; *Willing* (Fn. 7), S. 31.

¹³ *Mönkemöller*, Die Verwahrung Asozialer, MSchrKrimPsych 1923, S. 277, 281 f.; *Jaeger*, Vorarbeiten und Entwürfe zu einem Reichsbewahrungsgesetz, DZfW (1925/26), S. 160; *Blandow*, »Bewahrung«, in: Bauer (Hrsg.), Lexikon des Sozial- und Gesundheitswesens, Bd. 1, 2. Auflage (1996), S. 314: »enormes Echo«.

¹⁴ Neben *Neuhaus* sind noch *Hilde Eiserhardt*, *Anna Pappritz*, *Elisabeth Zillken*, *Käthe Petersen* und *Helene Wessel* namentlich zu nennen; dazu *Sachße/Tennstedt*, Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland, Bd. 2 Fürsorge und Wohlfahrtspflege 1871 bis 1929 (1988), S. 83; *Willing*, Frauenbewegung und Bewahrungsgesetz. Weibliche Initiativen zur Zwangsbewahrung »Asozialer« in der Weimarer Republik, in: Hardtwig (Hrsg.), Politische Kulturgeschichte (2005), S. 279, 286, 304.

¹⁵ Etwa *Wilhelm Polligkeit*, der Altmeister der deutschen Fürsorge, oder *Gustav Aschaffenburg*, der Wegbereiter der forensischen Kriminologie, widmeten sich eingehend der innovativen Maßnahme.

¹⁶ So bekam das Bewahrungsgesetz im ersten Jahrgang der DZfW (1925/26) direkt eine eigene Rubrik und sogar allgemeine Periodika, wie z. B. die Brandenburgische Zeitung, berichteten über das Vorhaben.

¹⁷ *Maier* (Fn. 12), S. 225; *Mönkemöller* (Fn. 13), S. 277, 281; *Pappritz* (Fn. 5), S. 32; *Jaeger* (Fn. 13), S. 161, 207; *Neuhaus*, »Bewahrungsgesetz«, in: Dünner/Bauer (Hrsg.), Handwörterbuch der Wohlfahrtspflege, 2. Auflage (1929), S. 136; *Eiserhardt* (Fn. 5), Sp. 841.

¹⁸ *Mönkemöller* (Fn. 13), S. 294; *Hartmann*, Ein neuer Entwurf zu einem Bewahrungsgesetz, ZB (1925/26), S. 2.

¹⁹ *Maier* (Fn. 12), S. 227; *Hartmann* (Fn. 18), S. 3; *Pappritz* (Fn. 5), S. 33 f.; *Ruppert*, Referentenentwurf 1927, §§ 3, 4, 6, 8.

dauerhafte²⁰ Unterbringung in einer geschlossenen, bestenfalls halboffenen Anstalt für – noch näher zu definierende – Bedürftige ermöglicht werden. Nach zeitgenössischem Verständnis sollte also gewissermaßen eine »verlängerte Fürsorgeerziehung«, d.h. eine Zwangserziehung für Erwachsene, ermöglicht werden.²¹ Dieser breite und beständige Konsens spiegelte sich auch in den Weimarer Reichstagen wider, allein Abgeordnete der KPD sahen das Zwangsgesetz als ein weiteres Willkür- und Machtmittel der herrschenden Klasse und übten fundamentale Kritik an dem Vorhaben.²²

Der Durchbruch der Thematik aus dem originären Fachkreis der Gefährdetenfürsorge in den frühen 1920er Jahren ist markiert durch die Einrichtung einer interdisziplinär besetzten »Kommission zur Prüfung der Frage der Versorgung asozialer Personen«²³ unter den Auspizien des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge. Rasch zum »[wichtigsten] Expertengremium«²⁴ aufgestiegen, prägte die Kommission die Debatte nicht zuletzt in begrifflicher Hinsicht:

Aufgrund der in der Kommission akkumulierten sowie anerkannten²⁵ Sachautorität avancierte nämlich die Bezeichnung »Asoziale« zum gängigen Fachterminus für den von der neuen Maßnahme anvisierten Personenkreis.²⁶ Die Bedeutung dieses in der deutschen Sprache relativ neuen²⁷ Begriffs erschöpfte sich zunächst wertungsfrei im Antonym von »sozial«. So war etwa nach *Sigmund Freud* der Traum asozial, weil man ihn nur für sich alleine hatte.²⁸ Ab dem frühen 20. Jahrhundert verließ der Begriff indes seine Wortlautgrenze, erhielt eine extrem negative Konnotation und diente der Stigmatisierung von subproletarischen Personen-

gruppen. Gemeint waren abstrakt »solche Menschen, die sich nicht in die von der Gesellschaft festgesetzten Normen für ein Zusammenleben einfügen [vermochten],«²⁹ das hieß kasuistisch aufgezählt »Dirnen«, »Trinker«, »Rauschgiftsüchtige«, »Nichtsesshafte«, »Bettler«, »schwererziehbare Jugendliche«, »Verwahrloste«, »Haltlose«, »Impulsive«, »Arbeitsscheue«, »Nährpflichtsäumige«, »Epileptiker«, »Idioten«, »Geistesschwache« usw.³⁰ Es handelte sich also um einen von außen auferlegten, pejorativen und insbesondere unscharfen Sammelbegriff,³¹ der »Grenzfälle« zwischen Straf-, Polizei-, und Fürsorge-recht erfasste.³² Als Hauptursache der Asozialität machte man (zunächst noch) das soziale Milieu aus, niemand bestritt dabei aber zumindest die Mitursächlichkeit der »erblichen Veranlagung«.³³

Zudem kamen die tonangebenden Debattenteilnehmer im Rahmen der Kommission überein, anstelle des Verwahrungsbegriffs künftig den der »Bewahrung« zu verwenden. Dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend³⁴ sollte damit das originäre Grundverständnis der Bewahrung als eine Maßnahme der Fürsorge akzentuiert werden. Denn mit »Verwahrung« assoziierte man – im Kontext der von der parallel laufenden Strafrechtsreform ventilierten »Sicherungsverwahrung« – in erster Linie den Zweck des Gemeinschaftschutzes.³⁵

20 *Maier* (Fn. 12), S. 228; *Polligkeit*, Kommissionsberatungen zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend Überweisung zur Verwahrung, MSchrKrimPsych 1923, S. 68, 73; *Hartmann* (Fn. 18), S. 5; *Friedländer*, Zum Entwurf eines Bewahrungsgesetzes, ZB 1925/26, S. 191, 192.

21 *Hartmann* (Fn. 18), S. 2; *Maier* (Fn. 12), S. 225.

22 *Fränkel*, Zum Bewahrungsgesetz (1938), *Willing* (Fn. 7), Dokument Nr. 5, S. 332: »Nieder mit dem Bewahrungsgesetz!«; dazu *Blandow*, »Fürsorgliche Bewahrung« – Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der Bewahrung »Asozialer«, in: *Cogoy/Kluge/Meckler* (Hrsg.), Erinnerung einer Profession. Erziehungsberatung, Jugendhilfe und Nationalsozialismus (1989), S. 125, 129.

23 *Willing* (Fn. 7), S. 35.

24 *Willing* (Fn. 7), S. 293.

25 *Mönkemöller* (Fn. 13), S. 282: »beste Kenner«; *Jaeger* (Fn. 13), S. 206; *Schulze*, Bewahrungsgesetz?, Jahrbuch der Arbeiterwohlfahrt 1950/51, Berlin (1951), S. 159.

26 So beinhaltet die 1. Auflage des Handwörterbuchs der Wohlfahrtspflege (1924) lediglich einen Eintrag zu »asozialen Elementen«; in der 2. Auflage (1929) wird der Begriff – dann zum Nomen aufgewertet – mit der Disziplin der Wohlfahrtspflege in Verbindung gesetzt, vgl. *Böhner* (Fn. 4), S. 252–258.

27 In der Alltagssprache kam der Begriff erst in den 1920ern an, vgl. dazu seine Abwesenheit noch in *Schmidt/Wülfing*, Duden. Rechtsschreibung der deutschen Sprache und Fremdwörter (1922), S. 29; zur Etymologie *Muthesius*, V., Das gefährliche Wort »sozial«, in: *Achinger* (Hrsg.), Neue Wege der Fürsorge. Rechtsgrundlagen, Arbeitsformen und Lebensbilder. Eine Festgabe für Herrn Professor Dr. Hans Muthesius zum 75. Geburtstag (1960), S. 299, 301.

28 *Ayaß*, zit. nach *Storost*, »Asozial«. Zur Genese eines Nazi-Begriffs (2015), S. 2.

29 *Düring*, »Asoziale Elemente«, in: *Karstedt/Wölz* (Hrsg.), Handwörterbuch der Wohlfahrtspflege (1924), S. 63.

30 *Stv. Aschaffenburg*, asoziale Personen 1922 (*Willing*, (Fn. 7), Nr. 2), S. 320 ff.

31 *Hopmann*, Agnes Neuhaus. Leben und Werk (1949), S. 216; *Scherer*, »Asozial« im Dritten Reich. Die vergessenen Verfolgten (1990), S. 125; *Ayaß*, Schwarze und grüne Winkel. Die nationalsozialistische Verfolgung von »Asozialen« und »Kriminellen« – ein Überblick über die Forschungsgeschichte, in: *Diercks* (Red.): Ausgegrenzt. »Asoziale« und »Kriminelle« im nationalsozialistischen Lagersystem, Bremen (2009), S. 16, 22; *ders.*, »Demnach ist zum Beispiel asozial...«. Zur Sprache sozialer Ausgrenzung im Nationalsozialismus, Beiträge zur Geschichte des Nationalsozialismus 2012, S. 69, 73 ff.

32 *Mönkemöller*, Die Entmündigung der Psychopathen, MSchrKrimPsych 1923, S. 28, 32; *Steigertahl*, Die gemeinlästigen Leute. Asoziale, Sozial-schwierige, Gefährdete. Ihre Behandlung in der Vergangenheit und Aufgaben der Gegenwart, MschrKrim 1955, S. 1, 14; *Blandow* (Fn. 22), S. 129; *ders.* (Fn. 13), S. 314.

33 *Gregor*, Die Verwahrlosung. Ihre klinisch-psychologische Bewertung und ihre Bekämpfung. Für Pädagogen, Ärzte, Richter (1918), 80 f.; *Kramer*, Die Bedeutung von Milieu und Anlage beim schwererziehbaren Kind, ZfK 1923, S. 25, 30; auch liberale Fürsorgeexperten stimmten dem zu, bspw. *Pappritz*, Das Bewahrungsgesetz, SozPr 1925, Sp. 327 spricht von einem »geborene[n] Anstaltsmensch«.

34 *Schmidt/Wülfing* (Fn. 27), S. 55 geben als Synonyme für »Bewahrung« bzw. »bewahren« »Hütung« bzw. »behüten« vor.

35 *Mezger*, Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher, MSchrKrimPsych 1923, S. 135, 175; *Henkel*, Das Sicherungsverfahren gegen Gemeingefährliche, ZStW 1938, S. 702, 703 ff.; *Petersen*, Die Jugendbewahrung. Ein Beitrag zu den Erörterungen über die Einführung einer Jungtäterverwahrung (1959), S. 16; *Peukert*, Grenzen der Sozialdisziplinierung. Aufstieg und Krise der deutschen Jugendfürsorge von 1878 bis 1932 (1986), S. 264, 269, 272.

b) Bewahrungskonzeptionen

Angesichts der Heterogenität der Debatte überrascht es nicht, dass die Uneinigkeit über das konkretere »Wie« der Bewahrung groß war. Ungeachtet zahlreicher Details kristallisierte sich neben der Finanzierungsfrage und der grundsätzlichen Zusammensetzung des Personenkreises³⁶ insbesondere der Charakter des Vollzugs und damit zusammenhängend das zentrale Schutzgut, mithin die Stoßrichtung des Gesetzes überhaupt, als ein zentraler Konfliktpunkt heraus.³⁷

Die ganz überwiegende Mehrheit der Debattenteilnehmer teilte das Paradigma der Bewahrungskommission und damit auch die originäre Vorstellung von einer Maßnahme der Fürsorge zur Erziehung und damit zum Schutz des Betroffenen:

Bewahrung stand in diesem Sinne synonym für »Verhütung, Heilung und Versorgung«³⁸, charakterisiert wurde sie als »Dauerhilfe«³⁹, »fürsorgerische Behandlung«⁴⁰ oder »Heil-Erziehung«⁴¹, die mitunter sogar in einer Familie vollziehbar sein sollte.⁴² Die in der Sprache zum Ausdruck kommende doktrinaire Empathie – die Bewahrungsbedürftigen wurden etwa als »arme, haltlose Menschen«⁴³ oder »unglückliche Asoziale«⁴⁴ umschrieben – darf freilich nicht über die tatsächliche Härte der gewünschten Maßnahme hinwegtäuschen: Wegen der Unschärfe des Asozialenbegriffs drohte einer unbestimmten Vielzahl von Personen die Zwangsinternierung in eine autoritär und »hochrepressiv«⁴⁵ geführte Anstalt, wo sie durch Arbeit und strenge Zucht an ein »geordnetes Leben gewöhnt werden sollten«. Da die

Bewahrung solange dauern konnte, »wie ihr Zweck es erfordert[e]«,⁴⁶ hätte sie gar die gefürchtete »korrektionelle Nachhaft« in den Schatten gestellt.

Bzgl. der grundsätzlichen Stoßrichtung der Maßnahme war man sich »bewusst«⁴⁷, dass die Bewahrung naturgemäß »auch«⁴⁸ den Schutz der Allgemeinheit beinhaltete – dies war in der Eindämmung von Geschlechtskrankheiten seit jeher impliziert und wurde anders als noch im Gesetzesprototypen in den zahlreichen Nachfolgeentwürfen eines Bewahrungsgesetzes auch explizit geäußert.⁴⁹ Allerdings stellte die große Mehrheit der Debattenteilnehmer den Kollektivschutz als positiven Nebeneffekt in den Hintergrund:

»Das [...] Gesetz ist in erster Linie *Fürsorge*-, nur in zweiter *Schutzgesetz*. Es soll der zu verwahrenden Person [...] die Menschenwürde sichern und [...] ihr den Weg zu einer geordneten Lebensführung bereiten. Der Schutz der Öffentlichkeit vor den Folgen des asozialen Verhaltens ist nur mittelbarer Zweck.«⁵⁰

Dass dies allerdings fortlaufend betont werden musste, verrät bereits, dass im Zuge der Popularisierung des Bewahrungsgedankens sich auch vereinzelt Stimmen zu Wort meldeten, die zwar (noch) den Behandlungs- und Erziehungsgedanken als Leitmotiv teilten, dabei aber den Schutz der Allgemeinheit in den Mittelpunkt der neuen Maßnahme rückten. So bezog bspw. der renommierte Nervenarzt und Heilanstaltsleiter *Otto Mönkemöller* schon 1923 bezüglich Ziel und Zweck der Bewahrung folgendermaßen Stellung:

36 Bezeichnenderweise schwanken die zeitgenössischen Schätzungen für die Anzahl der Bewahrungsbedürftigen extrem: Der liberale Experte Maier ging deutschlandweit von ca. 7000, der Sozialhygieniker *Alfred Grotjahn* dagegen von ca. 620 000 Personen aus; rein körperlich sei gar 1/3 der Gesamtbevölkerung defekt und daher eugenischen Maßnahmen zuzuführen; Zahlen nach *Willing* (Fn. 7), S. 64 f., 85, 92.

37 *Neuhaus* (Fn. 17), S. 136 f.; *Eiserhardt*, Brauchen wir ein Bewahrungsgesetz?, *ZfK* 1929, S. 532; *Leonhard*, Die vorbeugende Verbrechensbekämpfung im nationalsozialistischen Staat und ihre Lehren für die Zukunft (1952), S. 13.

38 *Hurwitz-Stranz*, Der Sinn der Bewahrung in der modernen Wohlfahrtspflege, *DZfW* 1926, S. 420.

39 *Jaeger* (Fn. 13), S. 161.

40 *Hartmann* (Fn. 18), S. 2; ähnlich *Polligkeit* (Fn. 20), S. 69; *Steigertahl* (Fn. 6), S. 349; *Ruppert*, Referentenentwurf 1927, § 1; *Szajkowski*, Von der Bettleranstalt zum Bewahrungshaus, *SozPr* 1930, Sp. 417, 420; *Wittelshöfer*, Wer soll und darf bewahrt werden?, *DZfW* 1929, S. 1, 9; *Simon*, Der Stand der Bewegung für ein Reichsbewahrungsgesetz, *Arbeiterwohlfahrt* 1929, S. 577, 581.

41 *Pappritz* (Fn. 33), Sp. 326; ähnlich *Düring* (Fn. 29), S. 63.

42 *Polligkeit* (Fn. 20), S. 72; *Jaeger* (Fn. 13), S. 208; *Loewenstein/Nathan/Wieking*, ReichsbewahrungsgesetzE 1925 (*Willing*, (Fn. 7), Dokument Nr. 3), § 2.

43 *Pappritz*, (Fn. 4), S. 9; *dies.* (Fn. 33), S. 332; *Neuhaus*, Reichstagsrede 1929 (*Willing* (Fn. 7), Dokument Nr. 7), S. 337.

44 *Steigertahl* (Fn. 6), S. 348; *ders.*, Der Bewahrungsvollzug in Vergangenheit und Zukunft, *SozPr* 1928, Sp. 62.

45 *Wollasch*, Der Katholische Fürsorgeverein für Mädchen, Frauen und Kinder (1899–1945). Ein Beitrag zur Geschichte der Jugend- und Gefährdetenfürsorge in Deutschland (1991), S. 59.

46 Statt vieler *Maier* (Fn. 12), S. 228; *Hartmann* (Fn. 18), S. 5.

47 *Neuhaus* (Fn. 17), S. 137.

48 *Polligkeit* (Fn. 20), S. 69.

49 Z. B. nach § 1 des Gesetzentwurfes des Deutschen Verbandes zur Förderung der Sittlichkeit von 1925 sollte Bewahrung auch angeordnet werden, »wenn es [...] im Interesse der öffentlichen Sicherheit erforderlich ist« bzw. »die Sicherheit anderer gefährdet [ist]«, vgl. *Pappritz* (Fn. 5), S. 33.

50 *Maier* (Fn. 12), S. 228; so auch *Kramer* (Fn. 33), 36; *Pappritz*, (Fn. 4), S. 9; *Jaeger* (Fn. 13), S. 207; »reines Fürsorgegesetz, das zum Schutz des Einzelindividuums unmittelbar, und zum Schutze der Allgemeinheit nur mittelbar gedacht war.«; *Steigertahl* (Fn. 44), Sp. 91: »denn niemals darf vergessen werden, dass [...] die fürsorgerische Bewahrung [...] vorwiegend zum Schutz des Pflinglings da sein soll.«; *ders.*, Das Bewahrungsgesetz vom Standpunkt der Praxis, *DZfW* 1928, S. 453, 456: »Da [...] diese Gruppe [...] die Gesellschaft nicht ernsthaft zu gefährden vermag, so können wir [...] die Fürsorge für das einzelne [...] Individuum, in den *Vordergrund* stellen [...] Der Schutz der Gesellschaft wird ja hierdurch *auch* nicht unwesentlich gefördert. [...] den fürsorgerischen Belangen [sind] auf jeden Fall und nach jeder Richtung hin den *Vorrang* einzuräumen.«; *Eiserhardt* (Fn. 37), S. 546 f.: »Die Bewahrung soll eine Maßnahme der Fürsorge sein mit dem Zweck, dem Bewahrten [...] an ein geordnetes Leben zu gewöhnen. Ist dies nicht möglich, so ist der Zweck der Bewahrung der fürsorgerische Schutz des Bewahrten.«; *dies.*, Was erwarten wir von einem Bewahrungsgesetz?, *SozPr* 1928, Sp. 1017, 1021; *dies.*, Das »gemeinschädliche Verhalten«. Ein Grenzproblem von Strafrecht und Fürsorge, *ZStW* 1932, S. 14, 15 ff.; *Neuhaus* (Fn. 17), S. 136 f.; *Heß*, »Fürsorgerziehung«, in: *Dünner/Bauer* (Hrsg.) (Fn. 17), S. 246, 248.

»Wenn aber die beiden Interessen sich nicht vereinigen lassen sollten, dann muss unter allen Umständen das Interesse des einzelnen vor dem der Gesamtheit zurücktreten.«⁵¹ [Herv. F. P.]

Bewahrung von Asozialen wurde mitunter also zu Bewahrung vor Asozialen verkehrt. Die Zentripetalkraft dieser Gewichtsverlagerung auf den Kollektivschutz ging naturgemäß mit Veränderungen an anderen Stellschrauben einher. So zogen Verfechter dieser »kollektivistischen Ansicht« etwa den Kreis der zu Bewahrenden weiter; Strafrechtler wollten Kriminelle, »Antisoziale«, und Psychologen ihre Klientel, die »Irren«, miteinbezogen wissen.⁵²

Diese Tendenzen riefen zudem verstärkt auch »Rassenhygieniker« auf den Plan, die eine von der Allgemeinheit her gedachte Bewahrung als eine Maßnahme der positiven Eugenik begrüßten,⁵³ versprach sie doch immerhin, die Fortpflanzung der »erblich belasteten« Asozialen für die Dauer der Asylierung zu verhindern. Damit verknüpft war regelmäßig auch ein nationalistischer Beweggrund, schließlich »hemmte« die Bewahrung den »verderblichen Volkswachst«⁵⁴ [Hervorh. d. Verf.]. Es ginge jedoch fehl, die Bewahrungskonzeption der »Weimarer Kollektivist« als eugenisches Programm zu sehen.⁵⁵ Vielmehr erkannten hier einige Fachleute lediglich einen positiven Begleiteneffekt.

Im Kontext der einsetzenden Weltwirtschaftskrise traten indes gewichtig neben dieses polymorphe Kollektivdenken zunehmend volkswirtschaftliche Kalkulationen, die insbesondere auch eugenisches und nationalistisches Gedankengut befeuerten. Da – etwa laut der preußischen Zentrumsabgeordneten *Helene Wessel*⁵⁶ – auf Grund eines »falschen Humanitätsbegriff[s]« die Fürsorgeausgaben für »minderwertige Menschen« einerseits und »der gesunden arbeitstüchtigen Familie« andererseits völlig außer Verhältnis geraten seien, sei eine kostenreduzierte Bewahrung »zur kulturellen, biologischen und auch wirtschaftlichen Gesundung unseres Volkes«⁵⁷ notwendig [Hervorh. d. Verf.]. Unter dem

finanziellen Druck der Weimarer Notstandsjahre entstand – insb. auch in einem Dualismus von »erziehbaren« und »unerziehbaren« Jugendlichen zum Ausdruck kommend⁵⁸ – die Forderung, Wohlfahrtsmaßnahmen generell zu reduzieren und auch speziell eine etwaige Bewahrung durch Entpädagogisierung ihres »verschwenderischen« Fürsorgecharakters zu entkleiden.⁵⁹

II. Im Nationalsozialismus

Die Debatte zur Bewahrung von Asozialen riss nach der »nationalsozialistischen Revolution« nicht ab. Analog zur allgemeinen Entwicklung des »Dritten Reichs« vom Autoritären zum Totalitären lassen sich auch hier zwei Phasen ausmachen, eine Erste der Radikalisierung (bis 1937/8) und eine Zweite der Eskalation (ab 1938/9).

1. Alles wie gehabt? Zäsuren, Kontinuitäten und Verschärfungen (1933–1938)

a) Institutionelle, personelle und rechtliche Einschnitte

Zunächst bedeutete der 30. Januar 1933 eine deutliche Zäsur auf institutioneller und personeller Ebene.⁶⁰ So schaltete das neue Regime zahlreiche Wohlfahrtsverbände in der NSV gleich⁶¹ und übernahm die Kontrolle über die wichtigsten Fachzeitschriften.⁶² Zudem bewirkte die Verfolgung von Politikern der KPD und SPD sowie die Diskriminierung von Juden, dass innerhalb weniger Monate »nahezu alle Persönlichkeiten aus dem linksintellektuellen, jüdischen Spektrum [...] ausgeschaltet«⁶³ und damit praktisch alle kritischen

Versorgung im Vergleich zum Familieneinkommen aus Erwerbstätigkeit (1931), S. 6 f., 81; so auch später *Ohland*, Ist Fürsorgeerziehung Minderwertigenfürsorge oder volksaufbauende Erziehungsarbeit?, ZB 1933/34, S. 105: »übertriebene Minderwertigenfürsorge«.

⁵⁸ Dazu *Wolff*, Jugendliche vor Gericht im Dritten Reich. Nationalsozialistische Jugendstrafrechtspolitik und Justizalltag (1992), S. 346 ff.; *Schumann*, Der Ausschuss für Jugendrecht der Akademie für Deutsches Recht 1934–1941, in: dies./Wapler (Hrsg.), Erziehen und Strafen, Bessern und Bewahren. Entwicklungen und Diskussionen im Jugendrecht im 20. Jahrhundert (2017), S. 106 f.

⁵⁹ *Petersen* (Fn. 35), S. 20; *Peukert*, (Fn. 35), S. 272; *Sachße/Tennstedt* (Fn. 14), S. 264; *Jureit*, Erziehen, Strafen, Vernichten. Jugendkriminalität und Jugendstrafrecht im Nationalsozialismus (1995), S. 13; *Neugebauer*, Der Weg in das Jugendschutzlager Moringen. Eine entwicklungspolitische Analyse nationalsozialistischer Jugendpolitik (1997) S. 50; *Willing* (Fn. 7), S. 116.

⁶⁰ Dagegen sieht *Ebbinghaus* (Fn. 3), S. 159: »keinen allzu großen Einschnitt«.

⁶¹ Dazu *Vorländer*, Die NSV. Darstellung und Dokumentation einer nationalsozialistischen Organisation (1988), S. 22 ff.; *Sachße/Tennstedt* (Fn. 14), S. 275.

⁶² Bspw. wurde das ZB nach der Vertreibung des Juden Adolf Grabowsky nur noch von »PG« Heinrich Webler herausgegeben; die jüdische Mitherausgeberin der DZfW, Sidonie Wronsky, wurde durch »PG« Hermann Althaus ersetzt, der dieses für die Bewahrungsdebatte ganz zentrale Periodikum nun gemeinsam mit u. a. Ralf Zeitler, dem späteren Vizevorsitzenden des deutschen Gemeindetages, herausgab. Althaus und Zeitler leiteten ab 1935 als Vorsitzende auch den Deutschen Verein (DV).

⁶³ Z. B. auch der Verwahrungspionier Maier wurde 1933 entlassen und beging 1937 Selbstmord, *Willing* (Fn. 7), S. 126.

⁵¹ *Mönkemöller* (Fn. 13), S. 285.

⁵² *Ders.* (Fn. 13), S. 290, 300 f; dagegen *Polligkeit* (Fn. 20), S. 71; *Maier* (Fn. 12), S. 229; *Hartmann* (Fn. 18), S. 2; *Jaeger* (Fn. 13), S. 207; *Steigertahl* (Fn. 6), S. 348; *Eiserhardt*, (Fn. 50), Sp. 1021.

⁵³ *Tomkowiak*, »Asozialer Nachwuchs ist für die Volksgemeinschaft vollkommen unerwünscht«. Eugenik und Rassenhygiene als Wegbereiter der Verfolgung gesellschaftlicher Außenseiter, Sedlaczek (Hrsg.): »minderwertig« und »asozial«. Stationen der Verfolgung gesellschaftlicher Außenseiter (2005), S. 33, 41.

⁵⁴ *Simon*, zit. nach *Willing* (Fn. 14), S. 296; so auch schon *Schallmayer*, Vererbung und Auslese. In ihrer soziologischen und politischen Bedeutung, Jena (1910), S. 375; *Heimberger*, Sterilisierung und Strafrecht, MSchrKrimPsych 1923, S. 154, 156: »Verpöbelung unserer Rasse«.

⁵⁵ So auch *Willing* (Fn. 7), S. 67, 291, 296; a. A. *Schwartz*, Sozialistische Eugenik. Eugenische Sozialtechnologien in Debatten und Politik der deutschen Sozialdemokratie 1890–1933 (1995) S. 71 ff.

⁵⁶ *Helene Wessel* (1898–1969) engagierte sich seit den 1920ern in der konfessionellen Fürsorge. Ab 1930 und auch in der BRD, dort in die SPD gewechselt, galt sie als eine führende Bewahrungsexpertin, zu *Wessel: Ebbinghaus* (Fn. 3), S. 159 ff.

⁵⁷ *Wessel*, Lebenshaltung aus Fürsorge und aus Erwerbstätigkeit. Eine Untersuchung des Kostenaufwandes für Sozialversicherung, Fürsorge und

Stimmen der Debatte abgeschnitten wurden. Denn auch moderate Vertreter dieses Spektrums hatten mit geschärftem Blick auf die Missbrauchsfahren bereits in der Weimarer Agonie ein Bewahrungsgesetz zunehmend skeptischer gesehen und zwei Wochen nach der »Machtergreifung« hatte die sozialdemokratische Arbeiterwohlfahrt als insofern letzter Akteur offene Opposition gewagt, da man mangels der »[höchsten] Achtung vor dem *Recht der persönlichen Freiheit*«⁶⁴ die Grundvoraussetzung für das zur Debatte stehende Zwangsgesetz unter der neuen Regierung nicht mehr gewährt sah.

Neben der »Außerkraftsetzung« der Weimarer Grundrechte durch die »Reichstagsbrandverordnung«⁶⁵ kanalisiert in rechtlicher Hinsicht ab 1933 insb. noch das »Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses«⁶⁶ sowie das »Gewohnheitsverbrechergesetz«⁶⁷ die Debatte. Denn sowohl von Zwangssterilisationen als auch von der Möglichkeit der zeitlich unbegrenzten Unterbringung etwa in Arbeitshäusern waren in erheblichem Ausmaß auch die Asozialen betroffen.⁶⁸ Obwohl damit vom eugenischen Standpunkt aus eine kostengünstigere Maßnahme gegen Asoziale geschaffen war sowie daneben anhand der stets als unzureichend abgetanen »korrektionalen Nachhaft« faktisch nunmehr eine »Dauerverwahrung »asozialer Volksschädlinge«⁶⁹ möglich war, bestand trotzdem Einigkeit, dass die Bewahrung jedenfalls zur »Ergänzung [dieser] Gesetze«⁷⁰ weiterhin notwendig sei.⁷¹

64 Magnus, Zur Problematik eines Bewahrungsgesetzes, Arbeiterwohlfahrt 1933, S. 104, 112.

65 Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933 (RGBl. I S. 83), § 1.

66 Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 (RGBl. I, S. 529).

67 Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933 (RGBl. I, S. 995).

68 Zum einen definierte § 1 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Abs. 3 GzVeN jeden an »[angeborenen] Schwachsinn« bzw. »schweren Alkoholismus« leidenden als »erbkrank«. Zum anderen konnte gem. dem neuen § 20 a RStGB auch derjenige, der wegen §§ 361 Abs. 1 Nr. 1–10 mehrfach verurteilt worden war, als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher qualifiziert und damit über die neu eingefügten §§ 42 a–n RStGB u. a. in einem Arbeitshaus dauerhaft zwangsinterniert werden (§ 42 d, f RStGB). Allein vom GzVeN waren insgesamt 400 000 Menschen betroffen, vgl. Zahlen bei Reyer (Fn. 4), S. 164.

69 Ayaß, »Asoziale« im Nationalsozialismus (1995), S. 46; vgl. Schäfer/Wagner/Schafheutle, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung. Kommentar (1934) S. 126; dazu Mezger, Das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln zur Sicherung und Besserung, in: Frank (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München (1935), S. 1362, 1368, 1374; Meixner, Das Arbeitshaus in der Gegenwart und in der Zukunft. Ein Beitrag zur Bekämpfung der Asozialen (1936), S. 10, 49, 60, 71, 77.

70 Schmidt, Das Bewahrungsgesetz im neuen Recht und seine Beziehung zum Strafrecht (1937), S. 83; so auch Kersten, Das Badische Bewahrungsgesetz. Ein finanztechnisch-organisatorischer Versuch, DZfW 1936/37, S. 453; Lommel, Das Asozialenproblem und der Versuch einer Lösung durch ein Bewahrungsgesetz (1939), S. 7.

71 Meixner (Fn. 69), S. 96: »Eine erfolgreiche Erziehung durch das Arbeitshaus ist nur möglich, wenn alle besserungsunfähigen Elemente aus dem Arbeitshaus verschwinden. [...] Das Fehlen eines Bewahrungsgeset-

b) Inhaltliche Kontinuitäten und Verschärfungen

Zwar nicht mehr so breit wie in Weimar, aber »für alle Fachleute [weiter] im Mittelpunkt des Interesses«⁷² überdauerte die Debatte mit ihrer grundsätzlichen Forderung nach einer dauerhaften Zwangsinternierung sozialer Randfiguren also ungeachtet gewisser Zäsuren und trotz neuer, zweckdienlicher gesetzlicher Handhaben den Systemwechsel.

Ganz entscheidend ist allerdings, dass an die Stelle der vertriebenen Kritiker in Person von bspw. *Erich Hilgenfeldt*, *Hermann Althaus* oder *Ralf Zeitler* nun braune Machthaber traten und sich zudem die Bewahrungskonzeptionen der etablierten Experten – sei es aus opportunistischen Profilierungsbestrebungen, politischem Anpassungsdruck oder gar innerer Überzeugung – entsprechend radikalisierten.

Das profunde Umdenken der bisherigen Wortführer wurde schon in den Begründungen für das Scheitern des Bewahrungsgesetzes in der »Systemzeit« sichtbar: Mit Verweis auf die »Überbetonung des Gedankens der persönlichen Freiheit des Einzelnen durch sozialistische und liberale Kreise«⁷³ bzw. auf »Linksparteien, die in einem hier schlecht angebrachten Respekt [...] das Staatsinteresse und den Schutz der Allgemeinheit zu gering achteten« sprangen anerkannte Koryphäen auf den Zug der neuen Machthaber auf.⁷⁴

Deren Weltanschauung stellte nämlich die Belange der »Volksgemeinschaft«, begriffen als eine »überpersönliche und überzeitliche Gesamtwesenheit gleichen Blutes«⁷⁵ und als »wirkliche Erscheinungsform des Menschentums«⁷⁶, über die des Individuums. »Wert« und Freiheit des Einzelnen waren demnach stets nur relativ, nämlich bemessen und abhängig von seinem Nutzen für das völkische Kollektiv.⁷⁷

zes macht sich hier unangenehm bemerkbar.«; Frank, Einleitung, in: ders. (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung (1935), S. XIII, XIX.

72 Reiland, Zum kommenden Bewahrungsgesetz, DZfW 1935/36, S. 458; für die ungebrochene Brisanz der Thematik spricht auch, dass sie mit Franz Wieacker, Friedrich Schaffstein und Wolfgang Siebert Prominenz der sog. Kieler Schule für sich gewinnen konnte; vgl. insb. die Protokolle des Jugendrechtsausschusses der ADR sowie dazu Schumann (Fn. 58), S. 80 ff.

73 Wessel, zit. nach Willing (Fn. 7), S. 149; so auch Gutachten des DV über Bewahrungsgesetz 1935 (Willing (Fn. 7), Dokument Nr. 11), S. 344.

74 Vgl. zum neuen Zeitgeist: Damrau, Zur Reform des Fürsorgewesens, DZfW 1935/36, S. 609, 611: »Der nationalsozialistische Staat hat für eine individualistische Betreuung des einzelnen keinen Raum mehr«; Meixner (Fn. 69), S. 1: »Der Gesetzgeber war eben zu schwach, um die Bekämpfung der Asozialen konsequent durchzuführen. Die Verwirklichung guter Gedanken scheiterte an liberalistischen Bedenken: in die heilige Freiheit des Individuums durfte man keine Eingriffe wagen«; Lommel (Fn. 70), S. 24: »Freiheitsgedanke [...] ad absurdum geführt«; zu Recht spricht Blandow (Fn. 22), S. 129 von einer seitens der bürgerlichen Verbände erkannten und wahrgenommenen »Chance«.

75 Himmler, Aufgaben und Aufbau der Polizei des Dritten Reiches, in: Pfundtner (Hrsg.), Dr. Wilhelm Frick und sein Ministerium (1937), S. 125, 127; Best, Neubegründung des Polizeirechts, JAKDR 1937, S. 132, 135; ders., Erneuerung des Polizeirechts, Krim 1938, S. 26, 27.

76 Himmler (Fn. 75), S. 127.

77 Dahm/Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht? (1933), S. 6 ff.,

Dieses eudaimonistische NS-Axiom stellte freilich auch die Weichen für die Wohlfahrtspflege im Allgemeinen und für die Maßnahme der Bewahrung im Besonderen.⁷⁸ Als Antitypus zum wertvollen »Volksgenossen« war der »minderwertige« Asoziale in dieser Logik ein »Schädling« und »Parasit«,⁷⁹ der das neue Fürsorgekriterium der »Hilfswürdigkeit«⁸⁰ nicht erfüllte. Vielmehr stellte er schon bloß durch die »dauernde Inanspruchnahme von Wohlfahrtsmitteln«⁸¹ »eine erhebliche soziale Gefahr«⁸² dar und war folglich in letzter Konsequenz zum Schutz der Volksgemeinschaft »auszumerzen«.⁸³ Beachtlich ist, dass nicht nur das semantische Feld um den Asozialenbegriff von biologistischem und militaristischem Vokabular erobert wurde, sondern der zentrale Begriff selbst zunehmend zu Gunsten des Synonyms »Gemeinschaftsfremder« weichen musste. Dieser Neologismus sollte artikulieren, dass die Asozialen zwar – anders als die »artfremden« Juden und »Zigeuner« – »deutschblütig« im Sinne der Nürnberger Gesetze seien, aber trotzdem der Gemeinschaft eben »fremd« gegenüberstünden und daher in einem aktiven Reinigungsprozess vom Volkskörper abzustoßen seien.⁸⁴

Vor dem Hintergrund dieser radikalen Volksgemeinschafts- und Rasseideologie begrüßten die NS-Wohlfahrtsexperten den Bewahrungsgedanken generell und katalysierten speziell seine – nunmehr von allen Seiten unisono vorgetragene – kollektivistische Stoßrichtung: Bewahrung *vor* Asozialen löste Bewahrung *von* Asozialen im NS-Staat endgültig und praktisch einvernehmlich als neues Paradigma ab. So schrieb etwa der Stuttgarter Stadtrat *Friedrich Ettwein* 1936 in einem Vorschlag für ein Bewahrungsgesetz:

»[Die] Aufgabe [der Bewahrung] müsste darin bestehen [Personen, die der *Volksgemeinschaft* fremd gegenüberstehen oder sie gar schädigen] von den arbeitswilligen und geordneten Volksgenossen *fernzuhalten* [...] und in ihnen den Sinn für die Volksgemeinschaft zu wecken [...] Personen, bei denen dieser Versuch aber nicht glückt, [sind] auf un-

bestimmte Zeit weiter in Verwahrung zu nehmen *zum Schutz der geordneten Volksgenossen.*«⁸⁵ [Hervorh. d. Verf.]

Entscheidend ist ferner, dass Hand in Hand mit dem (Volks)-Gemeinschaftsschutz auch die »rassenhygienische« Bedeutung der Bewahrung sowohl durch die Etablierten als auch durch die NS-Bewahrungsexperten eine signifikante Aufwertung erfuhr.⁸⁶ Erbbiologische Erwägungen waren zwar auch in der Weimarer Debatte zunehmend einflussreich, aber auf Grund ethischer, grundrechtlicher und wissenschaftlicher Zweifel noch nicht mehrheitsfähig gewesen.⁸⁷ Pointierter als noch in ihrer Diplomarbeit von 1931 konnte aber bspw. *Wessel* nun 1934 in ihrer neuen, vielbeachteten Monographie schreiben:

»Wurde ein Bewahrungsgesetz in den vergangenen Jahren als Maßnahme der Fürsorge gefordert, so muss ein solches Gesetz nicht minder dringend heute *aus eugenischen Gründen* verlangt werden. Die Erfassung und Bewahrung geistig minderwertiger und asozialer Menschen ist zur Hebung der erbbiologischen Lage des deutschen Volkes eine dringende *Notwendigkeit*. [Es] [...] muss alles geschehen, um [...] zu erreichen, dass das deutsche Volk sich in seinem Erbgut nicht weiterhin verschlechtert, sondern in Zukunft ein erbgesundes und ethisch hochstehendes Volk wird.«⁸⁸ [Hervorh. d. Verf.]

Eugenische Asylierung stieg in der NS-Debatte also zum selbstständigen Argument für die Bewahrung auf. Allerdings spielten »rassenhygienische« Ziele – wie nicht zuletzt ihre Abwesenheit in NS-Bewahrungsgesetzesentwürfen belegt⁸⁹ – »keineswegs die zentrale Rolle«⁹⁰.

Es ist von herausragender Bedeutung und daher klarzustellen, dass die Bewahrung in diesen NS-Konzeptionen der ersten Phase trotz ihrer völkischen und erbbiologischen Neuausrichtung ihren fürsorgerischen Charakter beibehielt. So war nach *Ettwein* Zweck der Bewahrung eben auch, im Betroffenen den »Sinn für die Volksgemeinschaft zu wecken« und nach dem Titel von *Wessels* Monographie die Bewahrung »eine eugenische und fürsorgerische Notwendig-

38; *Jureit* (Fn. 59), S. 17; *Neugebauer* (Fn. 59), S. 58 ff.

78 *Althaus*, Nationalsozialistische Volkswohlfahrt. Wesen, Aufgaben und Aufbau (1939), S. 7: »Nicht das Individuum [...] ist Mittelpunkt der Fürsorge, sondern das Ganze des Volkes«; *Hilgenfeldt*, Protokoll der I. Arbeitstagung des Ausschusses für Wohlfahrts- und Fürsorgerecht der ADR (1938), S. 537: »Die weltanschauliche Grundlage ist auch auf dem Gebiete der Volkspflege die These des Führers: *Gemeinnutz geht vor Eigennutz*«; ähnlich *Schmidt* (Fn. 70), S. 32.

79 *Gerecke*, Zur Frage eines Bewahrungsgesetzes, MschKrim 1939, S. 151, 154.

80 *Damrau* (Fn. 74), S. 610.

81 *Gerl*, Bewahrungsbedürftige Verwahrloste im Sinne des künftigen Bewahrungsgesetzes, DJZ 1935, Sp. 1274, 1276.

82 *Gerl*, Bewahrungsgesetzesentwurf 1936 (*Willing* (Fn. 7), Dokument Nr. 14), § 1.

83 *Himmeler* (Fn. 75), S. 127; *Werner*, Die Maßnahmen der Kriminalpolizei gegen verwahrloste und kriminelle Minderjährige. Polizeiliche Jugendschutzlager, DZfW 1941, S. 273; *Peukert* (Fn. 35), S. 262 f.

84 Dass sich in diesem Fanatismus ethischer und sozialer Rassismus vermengten, offenbart nicht zuletzt die gängige Diffamierung von Sinti und Roma als »asoziale Rasse«, dazu S. 99; *Ayaß*, (Fn. 31), S. 85 f.

85 *Ettwein*, Vorschläge 1936 (*Willing* (Fn. 7), Dokument Nr. 15), S. 332; ähnlich *Gerl*, Bewahrungsgesetzesentwurf 1936 (*Willing* (Fn. 7), Dokument Nr. 14), § 2: »erfolgt zur *Sicherung der Gemeinschaft* die Unterbringung in der Bewahranstalt.« [Herv. f.P.]

86 *Althaus* (Fn. 78), S. 14: »Aus dieser weltanschaulichen Einstellung ist eine Wohlfahrtspflege nationalsozialistischer Prägung grundsätzlich erbbiologisch und rassenhygienisch orientiert.«; so auch *Maierhofer*, Die Erziehungsaufgaben des Nationalsozialismus, ZB 1935/36, S. 105, 109; *Schaffstein*, Ausleserecht gegen Minderwertigenfürsorge, DJD 1937, S. 539, 542; *Knorr*, Vergleichende erbbiologische Untersuchungen an drei asozialen Großfamilien (1939), S. 48.

87 *Steinacker*, Der Staat als Erzieher. Jugendpolitik und Jugendfürsorge im Rheinland vom Kaiserreich bis zum Ende des Nazismus (2007), S. 274.

88 *Wessel*, zit. nach *Merten/Limbächer*, Das Mädchenkonzentrationslager Uckermark (2005), S. 18.

89 Vgl. *Gerl* (Fn. 81), Sp. 1279; *ders.*, Bewahrungsgesetzesentwurf 1936 (*Willing* (Fn. 7), Dokument Nr. 14), § 1.

90 *Willing* (Fn. 7), S. 167.

keit«⁹¹ [Hervorh. d. Verf.]. Dementsprechend definierte auch ein Gesetzentwurf aus dem Hauptamt der Volkswohlfahrt der NSDAP von 1936, der auch weiter die üblichen juristischen Kautelen enthielt,⁹² die Bewahrung als staatliche »Hilfe«, die »in leichteren Fällen« sogar weiter in einer Familie erfolgen konnte.⁹³

Die erzieherische Behandlung blieb also das Leitmotiv, wenn auch – in ideologischer Abgrenzung zum »törichte[n] Optimismus«⁹⁴ des »marxistischen Sozialstaats«, dessen Vertreter »aus schlechtem Gewissen«⁹⁵ und »falschem Mitleid«⁹⁶ »lächerliche wie zwecklose Wohlfahrtsduseleien«⁹⁷ und damit letztlich eine »Kontraselektion«⁹⁸ betrieben hätten – jede fürsorgereiche Bemühung nunmehr vordergründig im Interesse und zu Gunsten einer Volksgemeinschaft geschah.⁹⁹

2. Die »totalitäre Bewahrung« (1938–1945)

In einer zweiten Phase ab etwa 1938/39 eskalierte das radikalisierte Gedankengut in eine »totalitäre Bewahrung«.

Ursächlich hierfür waren zwei konvergente Transformationsprozesse: Erstens wurde aus den zuvor tendenziell lediglich »lästigen« und »störenden« Asozialen stetig zunehmend eine soziale und erbbiologische Gefahr für die Volksgemeinschaft konstruiert. Zweitens war für die Gefahrenabwehr gegen den »inneren Feind« traditionell die Polizei zuständig, die sich spätestens ab 1936 als »Arzt am Volkskörper«¹⁰⁰ auch zu vorbeugenden Maßnahmen institutionell ermächtigt sah.

Während die Bewahrungsexperten noch debattierten, hatte die Polizei als Verkörperung des sog. Maßnahmestaates bereits Fakten geschaffen. Schon ab September 1933 fanden reichsweit »Bettlerrazzien« statt, infolge derer Zehntausende in Arbeitshäuser sowie in dem als Arbeitsanstalt

i. S. v. § 20 RFV¹⁰¹ anerkannten Dachauer Konzentrationslager interniert wurden.¹⁰² Einen Höhepunkt fand die polizeiliche Asozialenverfolgung im April bzw. Juni 1938, als in der großplanmäßig angelegten Aktion »Arbeitsscheu Reich« mehr als 10 000 Asoziale von Geheimer Staats- bzw. Kriminalpolizei in KZ verschleppt wurden.¹⁰³ Mit dem »Grunderlass vorbeugende Verbrechensbekämpfung« hatten die polizeilichen Beamten auf Betreiben ihres Dienstherrn *Heinrich Himmler* im Dezember 1937 für ihr Vorgehen schließlich auch eine entsprechende »Rechtsgrundlage« erhalten. Dieser Erlass ermächtigte die Kriminalpolizei, ohne richterlichen Beschluss jeden unbefristet in »Vorbeugehaft« zu nehmen, der »durch gemeinschaftswidriges, wenn auch nicht verbrecherisches Verhalten [zeigte], dass er sich nicht in die Gemeinschaft einfügen [wollte]«¹⁰⁴, ergo »durch sein asoziales Verhalten die Allgemeinheit [gefährdete].«¹⁰⁵

De facto hatte die Polizei also die Zuständigkeit für Asoziale bereits an sich gerissen. Ab etwa 1938 mischte sich der neue Akteur daher auch verstärkt in die Bewahrungsdebatte ein, mit dem Ziel, diese zu Lasten von Fürsorge und Strafrecht gehende Usurpation der Kompetenzen *de jure* abzusichern. Zur entscheidenden Konfrontation sollte es im Spätsommer 1938 auf einer Sitzung des Ausschusses für Wohlfahrts- und Fürsorgerecht der Akademie für Deutsches Recht kommen, der unter dem Vorsitz *Hilgenfeldts*, dem Leiter des Wohlfahrtsamtes der NSDAP bzw. NSV, wohl als unmittelbare Reaktion auf den Grunderlass eingesetzt wurde.

Auf dieser Tagung zeigten sich die mehrheitlich aus der Fürsorge kommenden Ausschussmitglieder vom polizeilichen Vorpreschen überrumpelt und kritisierten es scharf. Die Behandlung Asozialer müsse in ihrem Zuständigkeitsbereich verbleiben, da die Polizei zu einer fürsorgereichen Tätigkeit »nach ihrer Struktur, ihrem Aufbau und ihrem ganzen Wesen nicht in der Lage« sei. Zudem sei für einen derart schweren Eingriff in die persönliche Freiheit eine richterliche Anordnung unabdingbar.¹⁰⁶ Der Vertreter der Polizei,

91 Ähnlich *Spiewok*, Vorschläge zum Bewahrungsgesetz auf Grund der Bewahrungsmaßnahmen des Landes-Wohlfahrts- und Jugendamtes der Stadt Berlin, DZfW 1936, S. 527, 531: »sozialpolitische Maßnahme«.

92 *Gerl*, Bewahrungsgesetzentwurf 1936 (*Willing* (Fn. 7), Dokument Nr. 14), §§ 5 ff., 10 f., 14.

93 *Ebd.*, §§ 1, 2; *Gerl* (Fn. 81), Sp. 1278.

94 *Gerl*, zit. nach *Willing* (Fn. 7), S. 155.

95 *Meixner* (Fn. 69), S. 76.

96 *Gerl*, zit. nach *Willing* (Fn. 7), S. 155.

97 *Hitler*, Mein Kampf (1938), S. 30.

98 *Waag*, Die Verwirklichung des Reiches. Zur Wendung des politischen und juristischen Denkens (1936), S. 25 ff.; *Kirmeß*, Die Entwicklung der Wohlfahrtspflege zur Volkspflege (1939), S. 16.

99 *Vagt*, Nationalsozialismus und Sozialerziehung, ZB 1935/36, S. 113, 118: »[keine] christliche Rettung einer gefährlichen Einzelseele [...]. Maßgebend für den Einsatz aller Sozialerziehung [...] ist allein die Tatsache, dass kein Glied der Volksgemeinschaft verloren gehen darf.«; ähnlich *Schmidt* (Fn. 70), S. 142, 174.

100 *Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, Berlin (1989), S. 726; dazu *Schikorra*, Grüne und schwarze Winkel. Geschlechter-perspektivische Betrachtung zweier Gruppen von KZ-Häftlingen 1938–1940, Diercks (Red.): Ausgegrenzt, »Asoziale« und »Kriminelle« im nationalsozialistischen Lagersystem (2009), S. 104.

101 Nach dieser fürsorgerechtlichen Norm konnten bereits seit 1924 Fürsorgeempfänger zu Arbeitszwang in Arbeitshäuser eingewiesen werden; dazu *Hörath*, »Asoziale« und »Berufsverbrecher« in den Konzentrationslagern 1933 bis 1938 (2017), S. 106.

102 *Ayaß* (Fn. 69), S. 21 ff.; *ders.*, Die Einweisung von »Asozialen« in Konzentrationslager. Die »Aktion Arbeitsscheu Reich« und die kriminalpolizeiliche Praxis bei der Verhängung von Vorbeugehaft, Sedlaczek (Hrsg.) (Fn. 53), S. 89, 94 f.

103 *Ayaß* (Fn. 102), S. 56, 63; Die Gesamtzahl der von der NS-Asozialenbekämpfung betroffener Menschen – im Mittel ca. 25 Jahre alt – wird vorsichtig zwischen 34 000 und 70 000 geschätzt, dazu Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages (Hrsg.), »Asoziale« im Nationalsozialismus (2016), S. 17.

104 CdS, Erlass 4. 4. 1938 (*Ayaß*, »Gemeinschaftsfremde«. Quellen zur Verfolgung von »Asozialen« 1933–1945, Koblenz (1998), Nr. 62), A. II. 1.; ähnlich NSDAP, Bekanntgabe 25. 6. 1942 (*Ayaß*, Quellen, Nr. 130): »Asoziale sind diejenigen, die ihrer Anlage nach unfähig sind, sich der Gemeinschaft einzuordnen, also die Gemeinschaftsunfähigen.«

105 RMI, Erlass 24. 5. 1939 (*Ayaß*, Quellen, Nr. 92) II. 1. e).

106 *Ballarin*, Protokoll der I. Arbeitstagung des Ausschusses für Wohlfahrts- und Fürsorgerecht der ADR (1938), S. 555; so auch schon *Maier* (1918), zit. nach *Willing* (Fn. 7), S. 14: »[Die Polizei] ist ihrer Natur nach zu

der Jurist und spätere SS-Obersturmbannführer *Heinz Ehaus*, zeigte sich jedoch kompromisslos:

»Für die Säuberung der Volksgemeinschaft von Asozialen sorgt schon jetzt und wird [...] *auch künftig die deutsche Polizei* sorgen [...] Sie wird dies unter Vermeidung eines großen Verwaltungsapparates und unter Ausschaltung eines zeitraubenden und nutzlosen Kompetenzzuges tun [...] Es bleibt nur noch die Frage *offen*, was mit denjenigen von der Polizei erfassten Asozialen wird, *die nicht mehr arbeitsfähig* sind.«¹⁰⁷ [Hervorh. d. Verf.]

Vom Standpunkt der Polizei könnten also – soweit sich diese Frage nicht anderweitig erübrige¹⁰⁸ – allenfalls die arbeitsunfähigen Asozialen nach ihrer Verhaftung an die Fürsorge zur Bewahrung überwiesen werden. Diese Haltung verdeutlicht, dass die Bekämpfung des Asozialentums in den Augen der NS-Polizeileitung kein Selbstzweck war, sondern mit Blick auf den Vierjahresplan die Mobilisierung ungenutzter Arbeitskraftreserven als ganz zentraler Beweggrund gesehen wurde.

Zum Entsetzen der Fürsorge, die sich ohne ihre arbeitsfähige Klientel vor dem finanziellen Abgrund sah, erklärte der Vertreter des RMI, *Fritz Ruppert*, der seit den Anfängen der Weimarer Debatte stets für eine fürsorgerische Bewahrung eingetreten war: »Ich bin [...] mit vollen Fahnen aus dem Lager des richterlichen Weges [...] in das der Polizei übergeschwenkt.«¹⁰⁹ Da die Fürsorge diesem Schulterchluss des RMI mit der Polizei keine politische Macht entgegenzusetzen hatte, war die polizeiliche Wende der Asozialenpolitik beschlossene Sache; aus der radikalisierten fürsorgerischen Bewahrung pervertierte letztlich auf der Akademiesitzung eine polizeiliche, »totalitäre Bewahrung«.

Es ist hierbei klarzustellen, dass die polizeiliche Vorbeugehaft gegen Asoziale zwar im Grundsatz bzgl. Ausgestaltung, Zielsetzung und Wirkung mit dem seit Jahrzehnten gewachsenen Gedankenkonstrukt der Bewahrung konvergierte. Allerdings handelte es sich genau genommen nicht um die Realisierung der Bewahrung im originären Sinn, sondern vielmehr um eine neue Maßnahme *sui generis*, die die Bewahrung substituierte.¹¹⁰ Die eigentliche Bewahrungsdebatte

brach demzufolge nahezu ab.¹¹¹ Die Asozialenproblematik verlagerte sich nun auf nichtöffentliche Diskurse zwischen Polizei, Innen- und Justizministerium, die schon seit 1937 ein »Gesetz über die Behandlung Gemeinschaftsfremder« ventiliert hatten.

Auch bei diesem »Gemeinschaftsfremdengesetz« handelte es sich genau genommen nicht nur um das »Bewahrungproblem in neuem Gewande«¹¹², sprich um eine bloße Umetikettierung, sondern vielmehr um ein echtes Aliud: Debattiert wurde nicht mehr ein Fürsorgegesetz mit ernstgemeintem Erziehungsgedanken, sondern ein Hybrid aus Polizei- und Strafrecht. So hätte der letzte Entwurf die kriminalpolizeiliche KZ-Unterbringung Gemeinschaftsfremder, mithin das faktisch bereits bestehende Primat der Polizei, gesetzlich verankert.¹¹³ Als eine »strafrechtliche« Maßnahme hätte der Richter nahezu willkürlich die Todesstrafe verhängen können.¹¹⁴ Neben der Streichung juristischer Kautelen zeigt sich der Aliudcharakter weiter an der im Vergleich zum Bewahrungsgesetz ungleich höheren Bedeutung der »Rassenhygiene«. So waren »Gemeinschaftsfremde, bei denen ein für die Volksgemeinschaft unerwünschter Nachwuchs zu erwarten [war], [unfruchtbar] zu machen«.¹¹⁵

III. Debatten zur »Bewahrung« von »Asozialen« nach 1945

In beiden Nachkriegsdeutschlands wandelte der Bewahrungsgedanke weiter, beschritt jedoch ausgehend von einem zonal divergierenden Krisenmanagement in Ost und West unterschiedliche Wege.

1. Das Zwangsgesetz in der Bundesrepublik

In Abgrenzung zu der schon in Weimar erstarkenden, im Nationalsozialismus sodann radikalisierten und schließlich »totalisierten« Bewahrung kollektivistischer Stoßrichtung rekurrierten im Westen die rasch wieder handlungsfähig gewordenen, aus Weimar bekannten Bewahrungsveteranen im neuen sozialen Rechtsstaat auf eine auf den Schutz und das Wohl des Individuums ausgerichtete, d. h. im Wortsinne fürsorgerische Bewahrung, wie sie analog dem originären Gedanken unter ihrer Führung mehrheitlich schon in Weimar vertreten worden war.

Wohlfahrtsaufgaben ungeeignet«.

¹⁰⁷ *Ehaus*, Protokoll der I. Arbeitstagung des Ausschusses für Wohlfahrts- und Fürsorgerecht der ADR (1938), S. 556 f.

¹⁰⁸ Die Forschung ist sich weitgehend einig, dass analog der »Endlösung der Judenfrage« auch eine »Endlösung der sozialen Frage« in der NS-Nachkriegsutopie vorgesehen war. Dazu *Peukert*, (Fn. 35), S. 286 ff.; *Sachße/Tennstedt* (Fn. 14), S. 219; *Ayaß* (Fn. 69), S. 9, 220.

¹⁰⁹ *Ruppert*, Protokoll der I. Arbeitstagung des Ausschusses für Wohlfahrts- und Fürsorgerecht der ADR (1938), S. 560.

¹¹⁰ Dies schon konstatierend *Damrau*, Protokoll der I. Arbeitstagung des Ausschusses für Wohlfahrts- und Fürsorgerecht der ADR (1938), S. 566: »Wenn die Auffassung richtig wäre, dass wir auch in Zukunft ohne ein Bewahrungsgesetz allein mit den Maßnahmen der Polizei auskommen könnten, dann könnten wir von einem Beseitigungsverfahren, aber nicht von einem Bewahungsverfahren reden«; *Willing* (Fn. 7), S. 173: spricht von einem »*euphemistische[n] Begriff*« »Bewahrung« und *Ayaß* (Fn. 69), S. 208: von einer »*Transformation*« des Bewahrungsgedankens zu den Entwürfen für

ein Gemeinschaftsfremdengesetz« [Herv. f. P.].

¹¹¹ So sind bspw. im Kontrast zum 15. Jahrgang der DZfW (1939/40) im 12. Jahrgang von 1936/37 noch fünf Aufsätze schon dem Titel nach der Bewahrung Asozialer gewidmet. Auch in den Jahrgängen der SozPr von 1939 und 1942 behandelt kein Artikel mehr explizit die Bewahrung Asozialer. Mit gemäßigeren fürsorgerechtlichen Konzepten weitgehend allein standen somit z. B. *Bleeh*, Das Asozialenproblem in der Fürsorge (1939), S. 92 ff. oder *Ammann*, Aufgabe des öffentlichen Rechts, Heidelberg (1940), S. 153 f.

¹¹² So der Ministerialrat im RMJ *Eichler*, zit. nach *Ayaß* (Fn. 3), Quellen, Nr. 100.

¹¹³ *Neugebauer* (Fn. 59), S. 135; *Steinacker*, Erzieher (2007), S. 651.

¹¹⁴ Vgl. RKPA, GemeinschaftsfremdenG-Entwurf 17.3.1944 (*Ayaß*, Quellen, Nr. 153), § 6, Abs. 2: »Der gemeinschaftsfeindliche Verbrecher verfällt der Todesstrafe, wenn der Schutz der Volksgemeinschaft oder das Bedürfnis nach gerechter Sühne es erfordert.«

¹¹⁵ Ebd., § 11, Abs. 1.

Entsprechend diesem Paradigmenrekurs war Gegenstand der neu angestoßenen Debatte mithin ein »Fürsorgegesetz mit vorwiegend individual-präventiven Zielen«¹¹⁶, das die »Hilfe der Allgemeinheit«¹¹⁷ für »armselige Menschen«¹¹⁸ endlich praktikabel machen sollte. Dabei wurden die bekannten Argumentationslinien fortgeführt, die jedoch keinesfalls völlig frei von NS-Affinitäten waren.

Trotz skeptischer Stimmen mit Verweis auf höhere, mehrdimensionale Rechtshürden in Form von Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 Abs. 2 GG und Art. 5 EMRK, bestand doch über Parteigrenzen hinweg der Sache nach Einigkeit, dass Menschen allein durch Devianz oder Renitenz ihr Grundrecht auf Freiheit verwirken können sollten.¹¹⁹ Fundamentalkritik kam wie bereits in Weimar allein von links außen: Statt die systembedingte Hilfsbedürftigkeit betroffener Menschen durch eine Änderung der »sozialen Verhältnisse« obsolet zu machen, gäbe man der Regierung mit der Bewahrung ein »Instrument«, um »Menschen mundtot zu machen, die unbequem sind«; bei dem Gesetzesvorhaben handele es sich somit »eindeutig um eine Legalisierung der [bereits kennengelernten] Schutzhaftmethoden« bzw. gar um die »Neuaufgabe des Euthanasiegesetzes«.¹²⁰

Obgleich mit der Bundestagswahl 1953 und schließlich mit dem KPD-Verbotsurteil von 1956 diese kritischste Stimme (erneut) verstummte, führte die Skepsis und Vorsicht vieler Debattanten dazu, dass die Bewahrungsdebatte bis Mitte der 1950er stagnierte. Doch nach neuen Impulsen im Kontext einer umfassenden Reform des Sozial- und Fürsorgerechtstrat in Abschnitt 3 »Hilfe in besonderen Lebenslagen«, Unterabschnitt 12 »Hilfe für Gefährdete« mit § 72 Abs. 2 Bundessozialhilfegesetz am 1. Juni 1962 schlussendlich folgende Bestimmung in Kraft:

»Lehnt ein *Gefährdeter* [...] Hilfe ab, kann das Gericht ihn anweisen, sich in einer geeigneten Anstalt, in einem geeigneten Heim oder in einer geeigneten gleichartigen Einrichtung aufzuhalten, wenn 1. der Gefährdete besonders willensschwach oder in seinem Triebleben besonders hemmungslos ist und 2. der Gefährdete verwarlost oder der Gefahr der Verwarlostung ausgesetzt ist und 3. die *Hilfe* nur in einer Anstalt, in einem Heim oder in einer [...] Einrichtung wirksam gewährt werden kann.«¹²¹ [Hervorheb. d. Verf.]

Obgleich weder der Bewahrungs- noch der Asozialenbegriff Eingang ins Gesetz fanden, ermöglichte die interpretations-

offene Legaldefinition des »Gefährdeten«¹²², einen umfassenden Zugriff auf die seit Weimar als asozial diffamierten Personengruppen.

Mit Urteil vom 18. Juli 1967 erklärte das Bundesverfassungsgericht § 72 Abs. 2 und Abs. 3 BSHG jedoch für nichtig: Bei der Bestimmung des BSHG ginge es »weder um den Schutz der Allgemeinheit noch um den Schutz des Betroffenen«, sondern »allein um [dessen] »Besserung«. Da der Staat aber nicht die Aufgabe habe, seine Bürger zu bessern, habe er auch nicht das Recht, ihnen zu diesem Zweck die Freiheit zu entziehen.¹²³

2. Asozialpolitik in der Deutschen Demokratischen Republik

Im Osten flammte die Debatte über Asoziale erst in den 1960ern wieder auf.

Diese zeitliche Verzögerung in der DDR leuchtet nicht zuletzt vor dem ideologischen Hintergrund des Marxismus-Leninismus ein. Die Ursache für Asozialität lokalisierten die roten Sozialforscher nämlich systemextern in der in »Egoismus, Individualismus und Anarchismus«¹²⁴ ausgedrückten und unter dem Joch von Kapitalismus, Imperialismus und Faschismus weit fortgeschrittenen moralischen Degeneration einschlägiger Systemopfer.¹²⁵ »Asoziale Lebensweisen«¹²⁶ im ersten sozialistischen Staat auf deutschem Boden verstand man demnach lediglich als »Relikt«¹²⁷ einer alten Ordnung bzw. als »Schlacke der Ausbeutergesellschaft«¹²⁸. Prämisse war, dass sich – wie die Kriminalität überhaupt – auch die Asozialität gesetzmäßig mit der Weiterentwicklung zum Sozialismus zeitnah auflösen wird,¹²⁹ namentlich durch die »Formung«

122 *Gottschick*, Das Bundessozialhilfegesetz (1962), § 72 Rn. 3: »Feste Anhaltspunkte oder Begriffsmerkmale gibt das Ges. hier nicht.«

123 BVerfGE 22, 180, Rn. 127 ff.

124 *Lekschas/Renneberg*, Lehren des XXII. Parteitages der KPdSU für die Entwicklung des sozialistischen Strafrechts in der DDR, NJ 1962, S. 76, 79; ähnlich *Blüthner*, Zum Problem der Asozialität und ihrer Bekämpfung in den Großstädten, Forum der Kriminalistik 1968, S. 385, 386.

125 *Blüthner* (Fn. 124), S. 386; ähnlich wie im Westen, wurden Asoziale in der SBZ nicht als »Opfer des Faschismus« anerkannt. Bis heute zählen die Asozialen zuden »vergessenen Opfer«; dazu *Nieden*, »L. ist ein vollkommen asoziales Element ...«. Säuberungen in den Reihen der »Opfer des Faschismus« in Berlin, in: Leo/Reif-Spirek (Hrsg.), Vielstimmiges Schweigen. Neue Studien zum DDR-Antifaschismus (2001), S. 85, 93.

126 *Lekschas/Renneberg* (Fn. 124), S. 82.

127 *Manecke/Bischof*, Die Asozialität und ihre Bekämpfung, NJ 1967, S. 374.

128 *Lekschas/Renneberg* (Fn. 124), S. 90; ähnlich *Manecke/Bischof* (Fn. 127), S. 376: »dem Sozialismus wesensfremde Rudimente der kapitalistischen Gesellschaftsordnung«; *Suckut*, Das Wörterbuch der Staatssicherheit. Definitionen des MfS zur »politisch-operativen Arbeit« (1993), S. 30.

129 So auch schon *Fränkel*, Zum Bewahrungsgesetz (1938) (*Willing* (Fn. 7), Dokument Nr. 5), S. 331: »Die Ziffern der Asozialen überhaupt werden sich mindern, einfach aus den Gründen, weil der Begriff der Asozialität auch ein *klassenbestimmter* ist [...] Die Frage der Asozialität [mindert ihre Bedeutung] dadurch, dass im sozialistisch aufgebauten Staat die milieubedingen »Verbrecher« mehr und mehr verschwinden.« [Herv. f. P.]

116 *Steigertahl* (Fn. 32), S. 20.

117 *Paazig*, Probleme der Reform des Sozialhilferechts. Stellungnahme der Arbeiterwohlfahrt, Neues Beginnen 1959, S. 169.

118 *Steigertahl* (Fn. 32), S. 17.

119 *Lehr*, in: StenBer.BT 1/9, 163. Sitzung 18. 9. 1951, S. 6605B-6613C, S. 6608C; *Korspeter*, ebd., S. 6609D; *Niggemeyer*, ebd., S. 6611C; *Hammer*, ebd., S. 6613A.

120 *Thiele*, in: StenBer.BT 1/9, 163. Sitzung 18. 9. 1951, S. 6605B-6613C, S. 6612A, D.

121 Bundessozialhilfegesetz vom 30. Juni 1961 (BGBl. I, S. 815).

des »neuen, d.h. kommunistischen Menschen«¹³⁰ mittels einer allumfassenden sozialistischen Erziehung. Als nach der Konsolidierung der DDR das Straßenbild jedoch nicht einfach qua Sozialismus frei von Obdachlosen, Bettlern und Prostituierten geworden war,¹³¹ wurde das Fortbestehen der Asozialität ab etwa 1960 zunehmend erklärungs- und debattierbedürftig.¹³²

Unbeirrt identifizierte man den Quell des Übels system- äußerlich als »Folge der Kontaminierung mit dem westlichen Klassenfeind«¹³³ oder eben in einem »Anachronismus von offenkundig sehr zählebiger Natur«¹³⁴. Allerdings vertrat man nunmehr den Standpunkt, dass sich »diese Schicht« nicht allein durch die Schaffung »normale[r] soziale[r] Existenzbedingungen« »beseitigen« lasse; »um den unerträglichen Widerstand des Alten zu brechen« sei für die »erzieherische Einwirkung« vielmehr die »Zuhilfenahme staatlichen Zwanges« erforderlich.¹³⁵

Ausschlaggebend für den Charakter der angestrebten Zwangserziehungsmaßnahme sollte sein, dass aus dem Asozialen der Antityp des »sozialistischen Menschen« und damit eine »gesellschaftliche Gefahr«¹³⁶ konstruiert wurde. Absolut prägender Fixpunkt hierfür war die subjektive Einstellung zur Arbeit, mitunter wurde der Asoziale ausschließlich hierüber definiert.¹³⁷ Die DDR-Sozialisten begriffen die üblichen Asozialengruppen also ab den 1960ern nicht mehr bloß als weitgehend harmlose, in der Menschheitsentwicklung »Zurückgebliebene«, sondern als »gefährliche

Elemente der Zersetzung«.¹³⁸ Demgemäß lässt sich »die Transformation eines sozialen in ein individuelles Problem« beobachten und folgerichtig verlagerte sich die Debatte von seinem überkommenen fürsorgerechtlichen in einen kriminalpolitischen, d.h. strafrechtlichen Denk- und Handlungsrahmen.¹³⁹ Es ist klarzustellen, dass aber auch über den strafrechtlichen Weg die Zwangsmaßnahme den Asozialen »zu einem ehrlichen Arbeitsleben erziehen«¹⁴⁰ und ihm damit in der sozialistischen Logik »helfen«¹⁴¹ sollte.

Nach langen Vorarbeiten hieß es 1968 im druckfrischen DDR-StGB:

»§ 249 Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch asoziales Verhalten

(1) Wer das *gesellschaftliche Zusammenleben der Bürger* oder die *öffentliche Ordnung* dadurch *gefährdet*, dass er sich aus Arbeitsscheu einer geregelten Arbeit hartnäckig entzieht, obwohl er arbeitsfähig ist, oder wer der Prostitution nachgeht oder wer sich auf andere unlautere Weise Mittel zum Lebensunterhalt verschafft, wird mit Verurteilung auf Bewährung oder mit Haftstrafe, Arbeitserziehung oder mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren *bestraft*.« [Hervorh. d. Verf.]

Auf Grundlage dieses »Asozialenparagrafen« wurden bis zum Ende der DDR jährlich stark schwankend bis zu 13 000 Menschen der bekannten Asozialengruppen zwangsinterniert.¹⁴² Zudem wurde die Vorschrift mitunter zur politischen Repression zweckentfremdet, ab Mitte der 1970er wurde sie etwa auch gegen Ausreisewillige angewandt.¹⁴³ Eine fürsorgliche Erziehung des Asozialen stand neben dem Schutzgut der öffentlichen Ordnung allenfalls im Hintergrund, vordergründig sollte er zur Abschreckung repressiv bestraft und die Allgemeinheit damit vor Asozialität und ihm bewahrt werden.

IV. Fazit: »Bewahrung« »Asozialer« als historische Konstante?

Gesamtbetrachtend bleibt festzuhalten, dass der Grundgedanke einer zwangshaften, zumindest längerfristigen Freiheitsentziehung sozialer Randfiguren vom Kaiserreich über

130 Windmüller, »Ohne Zwang kann der Humanismus nicht existieren...« – »Asoziale« in der DDR (2006), S. 98; so auch schon Lekschas/Renneberg (Fn. 124), S. 79.

131 Gerats/Lekschas/Renneberg, Lehrbuch des Strafrechts der Deutschen Demokratischen Republik, Allgemeiner Teil (1957), S. 669: »Noch immer gibt es [...] eine [...] Zahl von Menschen, welche die kapitalistische und insbesondere faschistische Vergangenheit zu [...] asozialen Elementen geformt hat.«; Blüthner (Fn. 124), S. 386: »auch heute noch vorhanden«; Lekschas/Renneberg (Fn. 124), S. 86: »[...] immer noch eine gewisse Anzahl deklassierter asozialer Elemente.« [Herv. F. P.].

132 Rudloff, Öffentliche Fürsorge, in: Hockerts (Hrsg.), Drei Wege deutscher Sozial-staatlichkeit. NS-Diktatur, Bundesrepublik und DDR im Vergleich (1998), S. 191, 202; Windmüller (Fn. 130), S. 292.

133 Rudloff (Fn. 132), S. 202.

134 Lekschas/Renneberg (Fn. 124), S. 80; ähnlich Buchholz/Dähn/Weber, Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch (1981), S. 235: »Asozialität ist in der sozialistischen Gesellschaft eine spezifische Ausdrucksform überkommener bzw. neu infiltrierter Denk- und Lebensweisen.«

135 Lekschas/Renneberg (Fn. 124), S. 81 f.; Manecke/Bischof (Fn. 127), S. 375.

136 Lekschas/Renneberg (Fn. 124), S. 81; dazu Benz, »Umerzogen« in den Heimen der DDR, in: Benz/Distel (Hrsg.): »Gemeinschaftsfremde«. Zwangserziehung im Nationalsozialismus, in der Bundesrepublik und der DDR (2016), S. 187, 188 f.

137 Manecke/Bischof (Fn. 127), S. 376: »Selbst die notwendigen Merkmale der Asozialität [...] sind niemals für sich allein, sondern nur in Verbindung mit der Arbeitsscheu Asozialität.«; dazu Korzilius, »Asoziale« in der Deutschen Demokratischen Republik. Die Schaffung eines Anti-Bildes zum »sozialistischen Menschen« über das Strafrecht, Härter/Sälter/Wiebel (Hrsg.), Repräsentationen von Kriminalität und öffentlicher Sicherheit, Frankfurt a. M. (2010), S. 555, 556.

138 Lekschas/Renneberg (Fn. 124), S. 80.

139 Rudloff (Fn. 132), S. 202; ähnlich Windmüller (Fn. 130), S. 316: »die Verantwortung für Dinge, die der Staat nicht ertragen konnte, wurde der jeweiligen Person zugeschoben und ihr ein Nicht-Wollen unterstellt, wo oftmals ein Nicht-Können gegeben war.«

140 Lekschas/Renneberg (Fn. 124), S. 83.

141 Manecke/Bischof (Fn. 127), S. 376.

142 Duft/Heilborn/Müller, Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik. Kommentar zum Strafgesetzbuch (1981), § 249, Rn. 2; Buchholz/Dähn/Weber (Fn. 134), S. 236: »Prostitution, Landstreicherei, Bettelei«; nach den Eigentumsdelikten lag hier zeitweilig die größte Gruppe der Verurteilten, vgl. Zahlen bei Rudloff (Fn. 132), S. 203, Fn. 53 sowie bei Windmüller (Fn. 130), S. 191.

143 Windmüller (Fn. 130), S. 285 f.; Willing, »Sozialistische Wohlfahrt«. Die staatliche Sozialfürsorge in der sowjetischen Besatzungszone und der DDR (1945–1990) (2008), S. 263.

die Weimarer Republik und das »Dritte Reich« bis hin zur BRD und DDR ein Kontinuum darstellt.

Ausgerechnet das Telos der Bewahrung, sprich der Kern des Grundgedankens, variierte jedoch signifikant:

In den Republiken von Weimar und Bonn war die Bewahrung entsprechend der originären Vorstellung wortgetreu eine fürsorgliche Maßnahme, die ganz vordergründig der Besserung, dem Wohl oder wenigstens dem Schutz des Einzelnen gedacht war. Personell, institutionell sowie sprachlich und inhaltlich ist das Band zwischen den Debatten der beiden Demokratien daher sehr stark. Allerdings handelt es sich keinesfalls um eine Gedankenbrücke über den Zeitfluss vom 30. Januar 1933 bis zum 8. Mai 1945, denn zur autoritären Phase des NS-Regimes bis 1938 bestehen jeweils unübersehbare Affinitäten: So stellte einerseits die Weimarer Kontroverse nicht mehr,¹⁴⁴ aber auch nicht weniger als einen guten Nährboden für eine zunächst bruchlose Fortsetzung im Nationalsozialismus dar und andererseits finden sich in der Debatte der BRD Nachwirkungen, aber keine Weiterentwicklung von NS-spezifischem Gedankengut.

In der NS- und in der SED-Diktatur war Ziel und Zweck der Zwangsinternierung Asozialer in erster Linie der Schutz der »Volksgemeinschaft« bzw. der »sozialistischen Menschengesellschaft«. Die Erziehung des Individuums stand zwar noch mit auf dem Papier, individuelle Hilfe spielte aber praktisch keine Rolle und sollte, davon abgesehen, keinesfalls aus altruistischen Motiven erfolgen. Auf der Grundlage dieses kollektivistischen Paradigmas debattierten die braunen Fachmänner ab 1938 bzw. die roten Experten ab 1960 statt über eine fürsorgliche über eine »polizeiliche« bzw. »strafrechtlich Bewahrung«. Diese Maßnahmen teilten mit der originären Bewahrungsvorstellung

lediglich den Grundgedanken, aber eben nicht mehr das originäre fürsorgliche Telos.

Die strafrechtliche Debatte in der DDR bewegte sich zumindest noch in den tradierten Linien der »korrektionalen Nachhaft«, d.h. man debattierte zwar nicht mehr die Bewahrung im engeren Sinne, aber immerhin noch eine Maßnahme in Kontinuität zu einer anderen »Art Bewahrung«. Dagegen fällt die NS-Debatte der totalitären Phase ab 1938 völlig aus dem sonstigen Rahmen. Im Kontrast zur DDR war hier für das Wegsperrn nicht einmal die Erfüllung eines Strafrechtstatbestandes erforderlich, die Repression ob eines Anlagedenkens radikaler, kurzum: der Ausmerzungsgedanke wörtlicher gedacht.

Der in allen politischen Systemen ventilierte Grundgedanke einer Zwangsinternierung Asozialer variierte also in seinem Kern, je nachdem ob er in einer Demokratie oder Diktatur wandelte – dies mitunter gar so wesentlich, dass trotz unbestreitbarer Kontinuitäten keinesfalls von einer völligen Bruchlosigkeit der Debatten zur Bewahrung von Asozialen die Rede sein kann.

C. Ausblick

Angesichts dieses Untersuchungsergebnisses scheint die eingangs aufgestellte Gleitformel verifiziert: Je mehr Gewicht eine Debatte auf den Schutz eines identitätsstiftenden Kollektivs legt, desto stärker schlägt die Waage in Richtung des repressiven Rechts, des Unrechts oder gar Rechtslosigkeit aus. In ideologisch radikal ausgerichteten Gemeinwesen, namentlich in Diktaturen, pervertiert erforderliche Hilfe für marginalisierte Individuen dann unverblümt in Kriminalisierung und Verfolgung. Jeder Bürger eines Staates mit freiheitlich-demokratischer Grundordnung sollte sich daher – aus der Geschichte der Debatten zur Bewahrung von Asozialen die Erkenntnis ziehend, wie überaus sensibel das Stellrad der Sozialhilfe ist – zum Aufstehen verpflichtet fühlen, wenn heutzutage »Hartzler« oder »Assis« von populistischen Stimmen als »Sozialschmarotzer« der »Leistungsgesellschaft« beleidigt werden.

¹⁴⁴ So auch *Willing* (Fn. 7), S. 311: »Angesichts der diffizilen Mischung von Kontinuitäts- und Diskontinuitätselementen wäre es verfehlt, eine direkte Linie von der Neuhausschen Bewahrungsidee zu den Nazi-KZ zu ziehen.«

GdR Aufsatz

Stephanie Thiel*

Erna Scheffler – erste Richterin des Bundesverfassungsgerichts und Pionierin bei der Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter

Der nachfolgende Beitrag skizziert in einem ersten Schritt das Leben von Erna Scheffler (1893–1983), der ersten Bundesverfassungsrichterin. Anschließend widmet er sich ihren Forderungen zur Umsetzung von Frauenrechten und gibt einen Einblick in die ersten Jahre der normativen Umsetzung des Gleichberechtigungsauftrags aus Art. 3 II GG. Dabei wird herausgestellt, welchen Einfluss das Bundesverfassungsgericht mit Erna Scheffler als Richterin auf die Umsetzung der Gleichberechtigung in der jungen Bundesrepublik hatte. Aufgrund der gebotenen Kürze erfolgt dabei eine Beschränkung auf ausgewählte Rechtsgebiete.

A. Einleitung

»Ich finde, unsere Erfolge sind durchaus geeignet, uns mit uns selbst zu imponieren, denn gewandelt haben sich nicht nur unzählige einzelne Bestimmungen unserer Rechtsordnung, sondern gewandelt hat sich die grundlegende Vorstellung, die alle Einzelheiten bestimmte, nämlich, daß die Frau keine volle selbstständige Rechtspersönlichkeit besitze [...].«¹ Dies sagte Erna Scheffler in den 1970ern bei einem Rückblick auf das Engagement der unzähligen Frauen und Verbände, die sich für die Gleichberechtigung der Geschlechter eingesetzt hatten. Aber was genau meinte sie mit diesen »unzähligen Bestimmungen« und von welchen Erfolgen genau ist die Rede? In diesem Beitrag geht es um das Wirken einer Frau und Juristin, die als Pionierin in mehrfacher Hinsicht gilt. Scheffler legte als eine der ersten Frauen das juristische Staatsexamen ab und war die erste Richterin des Bundesverfassungsgerichts. Damit hatte sie Gelegenheit, die Tür für Frauen in die Justiz zu öffnen. Doch was hat das Bundesverfassungsgericht, nach Einführung des Art. 3 II GG, tatsächlich in den 1960er und 1970er Jahren mit Blick auf die Gleichberechtigung der Geschlechter bewirkt – und vor allem, welchen Anteil daran trug Erna Scheffler? Kann sie tatsächlich als Pionierin gesehen werden oder wird ihr Beitrag zur Gleichstellung von Mann und Frau im Nachgang (zu sehr) heroisiert?

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften (Staatsexamen) sowie Rechts- und Politikwissenschaften (Zwei-Fächer-Bachelor) an der Georg-August-Universität Göttingen. Sie arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht von Prof. Dr. Eva Schumann. Der vorliegende gekürzte Beitrag basiert auf ihrer Bachelorarbeit aus dem Jahr 2019.

¹ Scheffler, Die Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft im Wandel der Rechtsordnung seit 1918 (1970), S. 5.

B. Die Biographie von Erna Scheffler

Erna Scheffler, geb. Friedenthal, kam am 21. September 1893 in einer bürgerlichen Familie zur Welt.² Gemeinsam mit ihrem Bruder wurde sie trotz des jüdischen Glaubens ihres Vaters evangelisch erzogen.³ Als sie elf Jahre alt war, verstarb ihr Vater⁴ und dessen Bruder wurde ihr Vormund. Dieses Ereignis sowie die darauffolgenden Umstände stellten spätere Quellen immer wieder als lebensprägend dar. So schreibt etwa Renate Jaeger⁵: »In dieser Situation wird ihr Entschluss geboren, sich dem Recht zuzuwenden. Sie will wissen, wie man sich aus eigener Kraft in dieser Welt zurechtfinden und zur Wehr setzen kann.«⁶ Dennoch ist der Schluss, Scheffler sei aufgrund dieser Ereignisse zur Frauenrechtlerin geworden,⁷ vermutlich etwas zu kurz gegriffen. Ob die damals Elfjährige so jung bereits eine umfassende Lebensplanung gefasst hat, kann indes dahinstehen. Nachdem Scheffler zunächst höhere Mädchenschulen besuchte,⁸ legte sie ihr Abitur als Externa an einem »Knabengymnasium« ab.⁹ Anschließend begann sie mit dem erst kürzlich für Frauen geöffneten Studiengang der Rechtswissenschaften.¹⁰

² Friedenthal, Straftilgende Maßnahmen (1915), Anhang.

³ Friedenthal (Fn. 2), Anhang; Ihr Vater konvertierte später selbst zum Christentum, in: Lange, Dr. Erna Scheffler, Jahrbuch der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau 2003, S. 521, 528; dort wird auf S. 529 f. hervorgehoben, dass viele jüdische Familien Schlesiens im 19. Jh. zum Protestantismus konvertierten und sich davon sozialen Aufstieg erhofften.

⁴ Lange (Fn. 3), S. 527 f.; Huffmann/Frandsen/Kuhn, Frauen in Wissenschaft und Politik (1987), S. 75.

⁵ Renate Jaeger wurde 1994 als Bundesverfassungsrichterin ernannt und wechselte 2004 an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Weber, Der djb gratuliert Dr. h. c. Renate Jaeger zum 70. Geburtstag, djbZ 2011, S. 30 (30).

⁶ Jaeger, Erna Scheffler, in: Deutscher Juristinnenbund e. V. (Hrsg.), Juristinnen in Deutschland (2003), S. 197 (197).

⁷ Huffmann/Frandsen/Kuhn (Fn. 4), S. 75.

⁸ Lange (Fn. 3), S. 539.

⁹ Friedenthal (Fn. 2), Anhang; Lange (Fn. 3), S. 539; Zeidler, Gedenkrede des Herrn Vizepräsidenten Professor Dr. W. Zeidler anlässlich der Trauerfeier für BVR a. D. Dr. Erna Scheffler am 13. Juni 1983, 15:00 Uhr, in der Jakobskirche in Wolfartsweier (1983), S. 4 f.

¹⁰ Friedenthal (Fn. 2), Anhang; Lange (Fn. 3), S. 539; Waldhoff, Erna Scheffler, in: Günther (Hrsg.), Neue Deutsche Biographie (2005), S. 615; ab 1900 wurden Frauen nach und nach in den einzelnen Gebieten Deutschlands zum juristischen Studium zugelassen. Als erstes entschloss sich 1900 Baden für eine Öffnung; 1909/1910 folgte Mecklenburg-Schwerin als letztes Gebiet. Dabei ist anzumerken, dass Frauen lediglich promovieren konnten, aber noch nicht zum juristischen Staatsdienst zugelassen wurden. Alix Westerkamp promovierte als erste deutsche Juristin; ihren Antrag reichte sie im

Scheffler wurde 1915 mit einer Arbeit zum Thema »Straftilgende Maßnahmen«, die mit *magna cum laude* bewertet wurde, an der Breslauer Universität promoviert¹¹ und war anschließend als Anwältin tätig.¹² Ein Jahr später heiratete sie den Juristen und späteren Geschäftsträger der schlesischen Handelskammer von Berlin Dr. Fritz Haßlacher.¹³ Von 1916 bis 1918 bekleidete sie eine Stelle als Hilfsreferentin im von Deutschland besetzten Belgien, u. a. in der Justizabteilung der dortigen Justiz- und Finanzverwaltung.¹⁴ Mitte 1916 fiel ihr jüngerer Bruder im Krieg.¹⁵ Ein Jahr später gebar Scheffler eine Tochter sowie im Jahr darauf einen Sohn, der allerdings kurz danach verstarb.¹⁶ Nach Kriegsende arbeitete Scheffler als juristische Sachbearbeiterin beim Bund Deutscher Architekten in Berlin, bevor sie Ende 1920 für kurze Zeit eine Hilfsstelle bei einem Rechtsanwalt in Berlin annahm.¹⁷ Als 1922 Frauen auch zur juristischen Staatsprüfung zugelassen wurden,¹⁸ ging Scheffler wieder an die Universität und legte als eine der ersten Frauen in Deutschland das Referendarexamen ab. Wenige Jahre später wurde die Ehe zu Fritz Haßlacher geschieden. Als nun alleinerziehende Mutter legte sie 1925 auch ihr Assessorexamen mit Prädikat ab.¹⁹ Anschließend unterhielt Scheffler für drei Jahre eine Kanzlei in Berlin, bevor sie mit 35 Jahren das nötige Alter für den Beamtenstand erreichte und in den preußischen Justizdienst wechselte.²⁰ Zunächst hilfsweise berufen, wurde Erna Scheffler im Februar 1930 unwiderruflich zur ständigen Hilfsrichterin ernannt,²¹ ehe sie 1932 schließlich zur Amtsgerichtsrätin in Berlin-Mitte befördert wurde.²² Ein Jahr später wurde sie während der NS-Zeit als sog. »Halbjüdin« eingestuft und daraufhin Ende 1933 mit einer sehr geringen Pension in den Ruhestand versetzt.²³ Zuvor hatten im März

1933 gewalttätige Übergriffe auf jüdische Anwält:innen und Richter:innen begonnen.²⁴ Sie blieb dennoch in Berlin, erledigte u. a. Buchhaltungsaufgaben und verteilte Lebensmittelkarten in ihrem Wohnbezirk.²⁵ 1934 wurde ihr eine neue Eheschließung mit dem Kammergerichtsrat Georg Scheffler (1891–1975) verwehrt,²⁶ welche sie nach Kriegsende am 31. 5. 1945 in Berlin nachholten.²⁷ Inwieweit sie von direkten Diskriminierungen betroffen war, wird unterschiedlich bewertet. So heißt es teilweise in der Literatur, Erna Scheffler sei »weiteren Diskriminierungen nicht ausgesetzt« gewesen.²⁸ In anderen Quellen ist dagegen sehr wohl von einer Unterdrückung durch das NS-Regime die Rede.²⁹ Wie Scheffler es schaffte, als »Halbjüdin« in Berlin wohnen zu bleiben, wird in der Literatur indes nicht näher erläutert. Ab Januar 1945 soll sie sich in einem Gartenhäuschen außerhalb der Stadt einquartiert haben, was jedoch auf die Luftangriffe zurückgeführt wird.³⁰ Scheffler selbst äußerte sich zu diesem Themenkomplex nicht. Auch Jaeger beschäftigte sich mit der Frage, warum es in dieser Hinsicht so unterschiedliche Interpretationen in der Literatur gibt. Sie vermutet, dass eine fehlende Klarstellung durch Scheffler zum einen an der fehlenden jüdischen Prägung durch ihren früh verstorbenen, konvertierten Vater und zum anderen an den zu schmerzlichen Erinnerungen aus der NS-Zeit liegt.³¹ Dafür sprechen auch Berichte aus Schefflers Umfeld. Sie habe trotz der Liebe zur Lyrik jegliche Literatur, bei der es um das Judentum ging, abgelehnt. »Da gab es eine Wand, eine hohe Mauer, die sie nicht zu durchbrechen bereit war, so wie sie auch niemals über die jüdische Herkunft ihrer Familie sprach.«³² Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass zwar keine Nachweise einer schärferen und gezielten persönlichen Verfolgung Schefflers durch das NS-Regime bekannt sind, sie aber weder ihrem Beruf nachgehen konnte noch für die unverschuldete Entlassung entschädigt wurde, und ihr schließlich auch die Eheschließung mit Georg Scheffler verweigert wurde. Auch ihre Tochter Lore, die Medizin studieren wollte, konnte ihrem Wunsch als »Vierteljüdin« im NS-Staat nicht nachgehen und wanderte daher 1937 nach England aus.³³ Erna Scheffler wurde folglich beruflich wie

Jahr 1906 ein, in: *Röwekamp*, Die ersten deutschen Juristinnen (2011), S. 25, 41 f.

11 Friedenthal (Fn. 2); Dertinger, »Die Diskriminierung nahezu beseitigt«, Erna Scheffler, erste Frau am Verfassungsgericht, in: Dertinger (Hrsg.), Frauen der ersten Stunde Aus den Gründerjahren der Bundesrepublik (1999), S. 158.

12 Lange (Fn. 2), S. 544; Guttman, »Zwischen Trümmern und Träumen« – Karlsruherinnen in Politik und Gesellschaft der Nachkriegszeit (1997), S. 107.

13 Dertinger (Fn. 11), S. 158.

14 Zeidler (Fn. 9), S. 6.

15 Zeidler (Fn. 9), S. 6.

16 Lange (Fn. 3), S. 544; Waldhoff (Fn. 10), S. 615.

17 Lange (Fn. 3), S. 545.

18 Lange (Fn. 3), S. 542; RGBl. 1922 I, S. 465.

19 Lange (Fn. 3), S. 545 f.; Zeidler (Fn. 9), S. 5.; Scheffler erhielt hierbei von ihrer Mutter sowie einer angestellten Köchin und einem »Kinderfräulein« Unterstützung, vgl: Deppe (Südwestrundfunk), Mehr Rechte für Frauen – ohne Erna Scheffler wäre das nicht gelungen, 23. 4. 2019, <https://www.swr.de/-/id=23902104/property=download/nid=1572/kfi68d/index.pdf>, zuletzt abgerufen am 18. 10. 2020, S. 3 f.

20 Zeidler (Fn. 9), S. 5.

21 Röwekamp (Fn. 10), S. 456.

22 Lange (Fn. 3), S. 546.

23 Göppinger, Juristen jüdischer Abstammung im »Dritten Reich« (1990), S. 69; anderen Quellen zur Folge wurde sie erst im Frühjahr 1934 pensioniert, siehe dazu: Lange (Fn. 3), S. 546, sowie Huffmann/Frandsen/Kuhn (Fn. 4), S. 75; RGBl. 1933 I, S. 175; Am 27. 3. 1933 gab der preußische Justizminister einen Funkpruch ab, in dem er äußerte, die Erregung des Volkes durch die jüdische Justiz habe ein solches Ausmaß erreicht, dass es zur

Selbstwehr des Volkes kommen könne und alle jüdischen Jurist:innen sofort ihren Urlaub zu nehmen hätten, in: Gruchmann, Justiz im Dritten Reich (2009), S. 127 f.

24 Göppinger (Fn. 23), S. 49 f.

25 Dertinger (Fn. 11), S. 547.

26 Jaeger (Fn. 6), S. 202; Zeidler (Fn. 9), S. 8; Niehuss, Eheschließung im Nationalsozialismus, in: Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart (1997), S. 851, 863 f.

27 Dertinger (Fn. 11), S. 155.

28 Dertinger (Fn. 11), S. 158.

29 Vgl. u. a.: Jaeger, in: Juristinnen in Deutschland (2003), S. 198; in Ansätzen Lange (Fn. 3), S. 548 f.; in den meisten Fällen verweist die Literatur lediglich kurz auf ihre Pensionierung als Halbjüdin und setzt mit weiteren Erzählungen wieder im Jahre 1945 an, siehe dazu u. a. Hohmann-Dennhardt, Artikel 3 Absatz 2 Grundgesetz – ein verpflichtendes Erbe, in: Eichel/Stolterfoht (Hrsg.), E. Selbert und die Gleichstellung (2015), S. 37 (38); Huffmann/Frandsen/Kuhn (Fn. 4), S. 75.

30 Lange (Fn. 3), S. 547 f.

31 Jaeger (Fn. 6), S. 202.

32 Lange (Fn. 3), S. 566.

33 Dertinger (Fn. 11), S. 158; Mit dem »Gesetz gegen die Überfüllung

auch privat durch das NS-Regime signifikant in ihrer persönlichen Entfaltungsfreiheit eingeschränkt und ihrer jüdischen Herkunft wegen diskriminiert.

Nach dem Krieg kehrte *Scheffler* schon 1945 in die Zivilgerichtsbarkeit zurück und stieg beruflich schnell auf.³⁴ Da *Georg Scheffler* an das OLG Düsseldorf berufen wurde, musste *Erna Scheffler* aufgrund einer bis in die 1960er Jahre wirkenden Regelung, die es Ehepartnern verbot, im gleichen Gerichtszweig tätig zu sein, das Fach wechseln und wandte sich fortan dem öffentlichen Recht zu.³⁵ 1949 wurde sie zur Landesverwaltungsgerichtsrätin berufen und wenig später befördert.³⁶ Kurz darauf galt es, das neu eingerichtete Bundesverfassungsgericht zu besetzen. Man wollte hierbei auch eine Juristin benennen, die sich vor allem mit dem Thema Ehe- und Familienrecht auseinandersetzen sollte. In Betracht kam dabei die Politikerin *Elisabeth Selbert*, die zuvor für die Aufnahme des Art. 3 II GG politische Überzeugungsarbeit geleistet hatte. Aufgrund des herausstechenden Referates, das *Scheffler* beim Deutschen Juristentag (DJT) 1950 zum Thema der Gleichstellung von Frau und Mann gehalten hatte, kam auch ihr Name ins Spiel. Sie wurde schließlich durch die SPD als parteilose Juristin vom Bundesrat vorgeschlagen und mehrheitlich vom Wahlgremium gewählt.³⁷

Am 6.9.1951 wurde *Erna Scheffler* schließlich in das neu eingerichtete Bundesverfassungsgericht berufen.³⁸ In den folgenden Jahren war sie die einzige Frau des Ersten Senates und bekam die Zuständigkeit für das Ehe- und Familienrecht zugesprochen.³⁹ Neben ihrer Tätigkeit als Bundesverfassungsrichterin war sie mit vielen Organisationen im Austausch sowie als Beraterin gefragt. Als sie 1963 in den Ruhestand ging, intensivierte sich ihr ehrenamtliches Engagement.⁴⁰ *Scheffler* galt dabei nach wie vor als gefragte Juristin und wurde daher auch von Ausschüssen des Deutschen Bundestages als Sachverständige angehört.⁴¹

deutscher Schulen und Hochschulen« vom 25.4.1933 (RGBl. I. 1933, S. 225) hatte man begonnen die Professorenschaft [Professorinnen gab es im juristischen Bereich nicht] und Studierenden an das Idealbild dem NS anzupassen. Seit Beginn 1935 wurden »Nicht-Arier« nicht mehr zum Medizinstudium neu zugelassen. Seit Dezember 1942 wurde auch »Mischlingen zweiten Grades« die Aufnahme i. d. R. verwehrt. Es gab Ausnahmen durch Überprüfung der Familie auf »sittliche« Fragen, in: *Olenhusen*, Die »Nicht-ariischen« Studenten an den deutschen Hochschulen. Zur nationalsozialistischen Rassenpolitik 1933–1945, vFz 1966, S. 190 (201); *Lange* (Fn. 3), S. 544.

³⁴ *Guttman* (Fn. 12), S. 107; *Lange* (Fn. 4), S. 549 f.; *Scheffler* (Fn. 1), S. 17.

³⁵ *Huffmann/Frandsen/Kuhn* (Fn. 4), S. 75; *Jaeger* (Fn. 6), S. 198 (202).

³⁶ *Lange* (Fn. 3), S. 550.

³⁷ *Ley*, *Erna Scheffler* †, NJW (1983), 1653 (1653); *Moeller*, Protecting Motherhood (1993), S. 185; *Hansen*, *Erna Scheffler (1893–1983) Erste Richterin am Bundesverfassungsgericht und Wegbereiterin einer geschlechtergerechten Gesellschaft* (2019), S. 125 f.

³⁸ BT-Drs. 1/2542.

³⁹ BT-Drs. 1/2542: Neben ihr saßen im Ersten Senat u. a.: *Erwin Stein*, *Franz Wessel*, *Theodor Ritterspach*, *Martin Drath* und *Willhelm Ellinghaus*; *Lange* (Fn. 3), S. 565.

⁴⁰ *Scheffler* stand u. a. mit dem DJB, DAB, Verband berufstätiger Frauen und dem Deutschen Frauenrat in Kontakt, siehe dazu *Jaeger* (Fn. 6), S. 201.

⁴¹ *Huffmann/Frandsen/Kuhn* (Fn. 4), S. 77.

Am 22. 5. 1983 verstarb *Erna Scheffler* mit fast 90 Jahren in London im Haus ihrer Tochter.⁴²

C. Erna Schefflers Kampf um Gleichberechtigung

I. Was bedeutete Gleichberechtigung für Scheffler?

Bis zur Verankerung der Gleichberechtigung von Mann und Frau im Grundgesetz in Gestalt des Satzes von Art. 3 II GG »Frauen und Männer sind gleichberechtigt« war es ein langer Weg. Eine konkrete Definition der Gleichberechtigung legte das Grundgesetz nicht fest. Für *Scheffler* war Art. 3 II GG aber so eindeutig und klar formuliert, dass sie sich über verschiedenste Interpretationen wunderte.⁴³ Die Vorschrift war für *Scheffler* ein entscheidender Schritt, durch den die Gleichstellung der Frau in »vollem Umkreis des Rechts, also im öffentlichen wie im Privatrecht«, verkündet wurde.⁴⁴ In ihrem berühmten Referat aus dem Jahre 1950 beim DJT definierte *Scheffler* den Begriff folgendermaßen: »Männer und Frauen sind gleichberechtigt, so kann das nur heißen, daß die natürliche Verschiedenheit der Geschlechter rechtlich nicht als verschiedener Tatbestand gewertet werden darf.«⁴⁵ *Erna Scheffler* sah demnach durchaus einen natürlichen Unterschied zwischen beiden Geschlechtern,⁴⁶ folgte daraus aber, dieser dürfe nicht dazu führen, dass beide vom Gesetzgeber, d. h. vom Recht unterschiedlich behandelt werden. Sie verglich das Geschlecht in ihrer Erklärung mit Eigenschaften wie »Glauben, Herkunft, Rasse und Berufsstand«, die ebenfalls nicht zur Ungleichbehandlung führen dürften.⁴⁷ Der Grundsatz, beide Geschlechter gleich zu behandeln, setzte erstmals die bestehenden patriarchalen Strukturen der Gesellschaft unter Rechtfertigungsdruck.⁴⁸ Die damalige Literatur konzentrierte sich währenddessen eher darauf, die Unterschiede anstatt die Gleichheit der Geschlechter zu betonen.⁴⁹ So stießen *Schefflers* Ansichten auch auf teils vehemente Ablehnung.⁵⁰

So wurde dem Art. 3 II GG z. T. die Qualität als rechtlicher Maßstab aberkannt. U. a. bezogen sich Kirchenverbände »auf die göttlich vorgegebene familiäre Ordnung

⁴² *Dertinger* (Fn. 11), S. 158.

⁴³ *Scheffler*, In welcher Weise empfiehlt es sich, gemäß Art. 117 des Grundgesetzes das geltende Recht an Art. 3 Abs. 2 des Grundgesetzes anzupassen?, in: Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des achtunddreißigsten Deutschen Juristentages in Frankfurt a. M. 1950, Teil B Bürgerlich-Rechtliche Abteilung (1951), S. 4; In Briefen beklagte sich die bekannte Bundestagsabgeordnete *Marie-Elisabeth Lüders* 1954 beispielsweise bei *Scheffler* über die Schwierigkeiten im Parlament und dessen Festhalten an patriarchalen Strukturen, in: *Moeller* (Fn. 37), S. 180 (184).

⁴⁴ *Scheffler* (Fn. 1), S. 17 f.

⁴⁵ *Scheffler* (Fn. 43), S. 4.

⁴⁶ *Scheffler* (Fn. 43), S. 6.

⁴⁷ *Scheffler* (Fn. 43), S. 6.

⁴⁸ *Müller-List/KGParl*, Gleichberechtigung als Verfassungsauftrag (1996), S. 19.

⁴⁹ Vgl. dazu *Müller-List/KGParl* (Fn. 48), S. 19.

⁵⁰ *Scheffler* (Fn. 1), S. 18; *Stödter*, Dr. Helga Stödter Pressemitteilung, djbZ 2008, 149; siehe auch die Diskussionsbeiträge zu *Schefflers* Referat bei 38. DJT 1950 in: *Scheffler* (Fn. 43), S. 57 ff.

und gaben sich als Beschützer der Frauen vor widernatürlichen Forderungen nach Gleichmacherei mit den Männern aus.«⁵¹ Gegen eine Gleichstellung wurden auch weitere Argumente angeführt, so z.B. die These, dass sich eine Ungleichbehandlung aus der psychischen und physischen Unterschiedlichkeit von Mann und Frau rechtfertigen ließe. Nach *Scheffler* könne sich die einzige Ungleichbehandlung jedoch nur auf natürliche Gegebenheiten beziehen (wie etwa Mutterschutz nur für Mütter).⁵² Außerdem beziehe sich die Gleichberechtigung nicht allein auf das Verhältnis zwischen Individuen und dem Staat, sondern sei »als Grundnorm der sozialen Ordnung auch für die Beziehung von Mann und Frau zueinander maßgebend.«⁵³ *Scheffler* sprach sich entschieden dagegen aus, Ungleichbehandlung mit traditionsgegebenen Umständen rechtfertigen zu wollen. Schon durch die Inkorporation der Gleichberechtigung in das Grundgesetz werde dieses Argument nachhaltig entwertet. Außerdem sei es auch nicht historisch gewachsen. So schrieb sie: »Wahre geschichtliche Betrachtungsweise sieht nicht die Tatsachen der Vergangenheit als feststehende Fakten, sondern, als Glieder organischer Entwicklung.«⁵⁴ Ein weiteres Gegenargument, auf welches *Scheffler* einging, basierte auf der Begründung unterschiedlicher Behandlungen durch »die funktionale Verschiedenheit der Geschlechter«, wonach Frauen und Männer unterschiedliche gesellschaftliche Aufgaben zu erfüllen hätten. Beispielsweise gäbe es demnach eine Arbeitsteilung in der Ehe, bei der vornehmlich die Frau für den Haushalt und der Mann für den Unterhalt zuständig sei, daher habe dieser auch mehr Rechte. *Scheffler* fand demgegenüber, der funktionelle Unterschied sei kein brauchbares Kriterium für Rechtsetzung.⁵⁶ Sie war erbost, dass die erkämpfte Wahrnehmung der Frauen als verantwortungsbewusste Arbeiterinnen in der Nachkriegszeit mit Rückkehr der Männer in ihre Leitungsfunktionen wieder in den Hintergrund trat.⁵⁷

II. Schefflers Visionen für mehr Gleichberechtigung im deutschen Rechtssystem

Der 38. Deutsche Juristentag 1950 beschäftigte sich mit dem Thema der Gleichberechtigung, um Vorarbeiten für die Umsetzung des zuvor formulierten Verfassungsauftrags aus Art. 3 II GG i. V. m. Art. 117 I GG zu leisten.⁵⁸ *Erna Scheffler* hielt eines der Referate und stellte dabei ihre Auffassung sowie ihre Forderungen an den deutschen Gesetzgeber dar. Dieses Referat, das sie bekannt machte, kann als Hauptquelle für *Schefflers* Ansichten dienen.

⁵¹ So *Hohmann-Dennhardt* (Fn. 29), S. 37 (39).

⁵² *Scheffler* (Fn. 43), S. 5.

⁵³ *Scheffler* (Fn. 43), S. 4.

⁵⁴ *Scheffler* (Fn. 43), S. 5.

⁵⁵ *Scheffler* (Fn. 43), S. 5.

⁵⁶ *Scheffler* (Fn. 43), S. 6.

⁵⁷ *Böke*, Das Doppel-Leben der Frau: natürlich anders und rechtlich gleich, in: *Böke/Liedtke/Wengeler* (Hrsg.), Politische Leitvokabeln in der Adenauer-Ära (1996), S. 211 (211); *Müller-List/KGParl* (Fn. 48), S. 28 f.

⁵⁸ *Hansen* (Fn. 37), S. 98 f.

1. Ehe- und Familienrecht

Zu Beginn des 20. Jh. wurde nahezu einhellig vertreten, dass Ehe und Familie eine Einheit, eine nicht zu trennende Institution, darstellten.⁵⁹ Die Herbeiführung rechtlicher Änderungen im Ehe- und Familienrecht bedeutete für *Scheffler* eine besonders schwierige Aufgabe, da »hier die Gleichberechtigung mit der patriarchalen Stellung des Mannes zusammenprallt: Das macht den gefühlsmäßigen Widerstand der Männer hier am größten.«⁶⁰ Schon bei Inkrafttreten des BGB sei das Ehe- und Familienrecht veraltet und »recht mittelalterlich«⁶¹ gewesen, sodass es auch in der Zeit vor 1933 zahlreiche Reformvorschläge gegeben hatte, beispielsweise vom Bund deutscher Frauenvereine von 1923. *Erna Scheffler* beschrieb richtigerweise alle Bemühungen als erfolglos,⁶² denn während der NS-Zeit kamen die Diskurse diesbezüglich wieder zum Erliegen und wurden erst 1945 erneut aufgenommen.⁶³ Dennoch herrschte lange Zeit ein klares Leitbild, demzufolge der Mann arbeiten ging und die Frau für Haushalt und Erziehung zuständig war. Aus dieser Rollenverteilung heraus wurde immer wieder die rechtliche Benachteiligung der Frau abgeleitet. Aufgrund fehlenden »Marktwertes« wurden die Leistungen der Hausfrau nicht gewürdigt. Daraus schloss die Gesellschaft lange, die Frau würde finanziell nicht zum Familienunterhalt beitragen, folglich nicht für sich selbst sorgen und aufgrund dessen auch kein Anrecht auf volle und gleiche Rechtspersönlichkeit haben.⁶⁴ *Erna Scheffler* machte dagegen deutlich, dass Hausarbeit und Einkommensarbeit gleichermaßen notwendig seien, um eine Familie zu versorgen. Aus diesem Grund sei es wichtig, der Frau einen Unterhaltsanspruch zu gewähren.⁶⁵

Das damals geltende Recht sah vor, dass das Vermögen der Frau mit der Heirat in die Nutznießungs- und Verwaltungsherrschaft des Mannes überging (§ 1363 BGB a. F.).⁶⁶ *Scheffler* forderte, in Bezug auf das eheliche Güterrecht Vertragsfreiheit einzuräumen. Gesetzlicher Güterstand sollte eine »Gütertrennung mit hälftiger Beteiligung

⁵⁹ *Rauscher*, Familienrecht, 2. Auflage (2008), § 1 Rn. 2.

⁶⁰ *Scheffler* (Fn. 43), S. 22.

⁶¹ *Scheffler* (Fn. 1), S. 7.

⁶² *Scheffler* (Fn. 43), S. 15.

⁶³ *Scheffler* (Fn. 43), S. 23.

⁶⁴ *Scheffler* (Fn. 1), S. 6 f.

⁶⁵ *Scheffler* (Fn. 43), S. 29.

⁶⁶ Ausgenommen war das Vorbehaltsgut der Ehefrau, wozu persönliche Gegenstände wie Kleidung, Schmuck oder Arbeitsgeräte gehörten (§ 1365 BGB a. F.); bereits vor der Kodifizierung des BGB gab es hiergegen scharfe Kritik u. a. durch den Allgemeinen Deutschen Frauenverein (ADF), der wie andere in der Frauenbewegung eine Gütertrennung forderte. *Buchholz*, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Frauen: zur Kritik des Ehegüterrechts, in: *Gerhard* (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart (1997), S. 670, 670 ff.; Die Sichtweise bzgl. der reinen Gütertrennung veränderte sich nur langsam. Die Forderung einer Beteiligung am Ehegewinn wurde erstmals von *Marie Munk* beim 33. DJT 1925 vorgetragen. Diskussionen zu diesem Thema kamen durch die NS-Zeit wieder zum Erliegen: *Meder*, Grundprobleme und Geschichten der Zueingewinnungsgemeinschaft (2010), S. 25.

am Zugewinn« sein.⁶⁷ Daneben sollte »eine echte Errungenschaftsgemeinschaft, evtl. auch eine Gütergemeinschaft auf der Basis völliger Gleichberechtigung in Anlehnung an das Gesellschaftsrecht« eingeführt werden.⁶⁸ Im Todesfall sollte ausnahmsweise auch eine Realteilung statt Geldausgleich möglich sein⁶⁹ und eine reine Gütertrennung ohne Beteiligung am Zugewinn nur in Ausnahmefällen durch gerichtliche Entscheidung angeordnet werden können.⁷⁰

Die damalige Rechtslage wies dem Mann zudem eine Schlüsselrolle bzgl. der Entscheidungsgewalt innerhalb der Ehe zu (§ 1354 BGB a.F.).⁷¹ Die Frau konnte sich dagegen lediglich über den Gerichtsweg wehren.⁷² Auch in der Kindererziehung wurde dem Mann nach § 1628 a.F. eine besondere Entscheidungsgewalt (sog. Stichentscheid) zugesprochen. *Scheffler* sprach sich dafür aus, diese Regelung im BGB zu streichen und eine gemeinschaftliche Verantwortung normativ zu verankern.⁷³

2. Beamtenrecht

Im Mai 1950 befand sich in § 63 des vorläufigen Bundesbeamtengesetzes eine Regelung, nach der Beamtinnen, die heirateten, entlassen werden konnten (sog. Zölibatsklausel). Begründet wurde dies damit, dass das Familieneinkommen durch die Hochzeit gesichert sei.⁷⁴ Für *Scheffler* stellte diese Regelung keinen Schutz der Ehe dar, sondern führe lediglich zu »illegitime[n] Beziehungen oder zur Scheidung«. Es sei falsch, von der Frau – ein Übermaß ausdrückend – als »Doppelverdienerin« zu sprechen.⁷⁵ Wenn die Regelung bestehen bliebe, müsste sie zumindest für beide Geschlechter gleichermaßen gelten.⁷⁶ Auch mit den Regelungen zum Ruhegehalt sei die Zölibatsklausel unvereinbar. Der Frau wurden durch diese Regelung verschuldensunabhängig die erarbeiteten Ansprüche auf Versorgung im Ruhestand versagt – ein Instrument, welches sonst nur als Disziplinarstrafe bekannt war.⁷⁸ Auch weitere beamtenrechtliche Regelungen wie das bis dahin unterschiedliche früheste Eintrittsalter in das Beamtentum für Frauen und Männer sowie die unterschiedliche Besoldung im Bereich des Wohnungsgeldes

sollten ihrer Ansicht nach angeglichen werden,⁷⁹ ebenso wie die Unterschiede im Versorgungsrecht. Demnach erhielt eine Witwe bisher geldliche Ansprüche im Todesfall des verbeamteten Ehemannes, andersherum aber ein Witwer keine solchen Ansprüche für die ehemalige Beamten-tätigkeit seiner verstorbenen Ehefrau.⁸⁰ Zusätzlich verlangte *Scheffler* die Einführung weiterer Maßnahmen wie etwa eines Kindergeldzuschlages.⁸¹

3. Zwischenfazit

Wie sich gezeigt hat, gibt es diverse Rechtsgebiete, die eine Schnittmenge mit der Frage nach der Gleichberechtigung aufweisen und dem Mann eine privilegiertere Stellung zuwiesen. *Erna Schefflers* Auffassungen galten zur damaligen Zeit als fortschrittlich, beinahe visionär. Einige ihrer Forderungen, durch die patriarchale Strukturen infrage gestellt wurden und alte Traditionen aufgebrochen werden sollten, riefen in Teilen der Gesellschaft immer wieder Entrüstung hervor. Das gesellschaftliche Leitbild sah noch immer eine klare Rollenverteilung vor, die sich erst langsam aufzulösen begann. Allerdings teilte die Frauenbewegung *Schefflers* Forderungen im Wesentlichen. Ihre Ansichten galten dabei nicht als übermäßig radikal, da sie, wie erläutert, einen natürlichen Unterschied zwischen Männern und Frauen anerkannte und sich damit klar von der Annahme, es gäbe keinen solchen, abgrenzte. Beim DJT erhielt sie überwiegend großen Beifall für ihr Referat, lediglich einzelne Themen und Leitsätze, vor allem zur Entscheidungsgewalt des Mannes und zum Namensrecht, wurden mehrheitlich abgelehnt.⁸² Viele ihrer Thesen griff sie auch in späteren Beiträgen an prominenter Stelle wieder auf.⁸³

III. Das Bundesverfassungsgericht und der Streit um die Gleichberechtigung

Die während der NS-Zeit zerschlagene Frauenbewegung nahm in der Nachkriegszeit wieder neuen Anlauf und auch der öffentliche Diskurs um Frauenrechte begann erneut.⁸⁴ Im Folgenden soll dargestellt werden, was sich in den ersten Jahren nach der Gründung des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1951 diesbezüglich verändert hat.

1. Die ersten Jahre nach Gründung des Bundesverfassungsgerichts

Damit nach Inkrafttreten des Grundgesetzes 1949 aus der Neueinführung des Art. 3 II GG kein »Rechtschaos« resultierte, wurde Art. 117 I GG eingeführt, der eine Frist zur Umsetzung dieses Gleichheitssatzes in das einfache

67 Leitsatz VII, VIII, in: *Scheffler* (Fn. 43), S. 30.

68 Leitsatz IX, in: *Scheffler* (Fn. 43), S. 30.

69 Leitsatz VIII, in: *Scheffler* (Fn. 43), S. 30.

70 Leitsatz VIII, in: *Scheffler* (Fn. 43), S. 30.

71 Böttger, Das Recht auf Gleichheit und Differenz (1990), S. 42; *Scheffler* (Fn. 43), S. 24.

72 *Scheffler* (Fn. 43), S. 24.

73 *Scheffler* (Fn. 43), S. 25 ff.; Leitsätze I, II, V, VI zum Familienrecht, in: *Scheffler* (Fn. 43), S. 29; der Stichentscheid in § 1628 legte die letzte Entscheidungsinstanz über das gemeinsame Kind bei dem Mann fest, wodurch die Mutter an Entscheidungskraft verlor; § 1629 a. F. BGB legte darüber hinaus fest, dass der Vater auch die Vertretungsmacht des Kindes gegenüber Behörden, Schulen und bei Verträgen innehatte.

74 *Scheffler* (Fn. 43), S. 12 ff.

75 *Scheffler* (Fn. 43), S. 15.

76 *Scheffler* (Fn. 43), S. 14; zum Begriff »Doppelverdienerin« vgl. Böke (Fn. 57), S. 216.

77 Hafslacher-Friedenthal, Die Juristin, in: Janke (Hrsg.), Das moderne Buch der weiblichen Berufe (1928), S. 211, 216.

78 *Scheffler* (Fn. 1), S. 16.

79 Leitsatz II und IV zum Beamtenrecht, in: *Scheffler* (Fn. 43), S. 28.

80 Leitsatz V zum Beamtenrecht, in: *Scheffler* (Fn. 43), S. 28.

81 *Scheffler* (Fn. 43), S. 18.

82 *Scheffler* (Fn. 43), S. 1 ff., S. 55.

83 V. a. Ansichten und Thesen zur Gleichberechtigung im Staatsangehörigkeitsrecht (Bettermann/Nipperdey/Scheuner/*Scheffler*, Grundrechte (1960), S. 300 ff.).

84 Böke (Fn. 57), S. 211.

Gesetz bis zum 31. 3. 1953 vorsah.⁸⁵ Daraufhin bildeten sich mehrere Frauen-Beratungsgruppen, um die Verwirklichung des neuen Gleichberechtigungssatzes im einfachen Recht vorzubereiten. Auch *Scheffler* wirkte als Vorsitzende des Rechtsausschusses des »Deutschen Frauenrings« in den Debatten mit.⁸⁶ Trotz der gesetzten Frist hatte der Gesetzgeber indes wenig zur Förderung der Gleichstellung getan. Mit seiner ersten großen Entscheidung vom 18. 12. 1953 wies das Bundesverfassungsgericht jene in die Schranken, die meinten, die Gleichberechtigung nicht ernst nehmen zu müssen, und zwar unabhängig davon, ob die Frist verstrichen sei oder nicht.⁸⁷ Gerichte hatten bezüglich Art. 3 II GG seit 1949 eine umfangreiche Rechtsprechung gebildet und legten, nachdem die Umsetzungsfrist verstrichen war, den Gleichberechtigungsgrundsatz ihren Entscheidungen direkt zugrunde.⁸⁸ Jedoch waren nicht alle Richter:innen bereit, sich dieser Rechtsprechung anzuschließen. Das OLG Frankfurt beispielsweise war in einer Anfrage ans Bundesverfassungsgericht der Ansicht, dass der Art. 117 I GG gegen »übergeordnete Grundsätze der Rechtssicherheit« verstoße und »insoweit nichtig« sei.⁸⁹ Unter *Schefflers* Mitwirkung antwortete das Bundesverfassungsgericht hierauf, dass Männer und Frauen seit Ablauf der Frist gleichberechtigt sowie entgegenstehende Gesetze im bürgerlichen Recht außer Kraft gesetzt seien und wies damit die entsprechende OLG-Anfrage zurück.⁹⁰

2. Das erste Gleichberechtigungsgesetz von 1957

Trotz des Fristablaufes 1953 dauerte es noch weitere vier Jahre, bis der Gesetzgeber das erste Gleichberechtigungsgesetz beschloss. Besonders strittig war dabei die Frage der erforderlichen Änderung der §§ 1354, 1628 BGB a.F., die das Entscheidungsrecht des Mannes bzw. Vaters in der Ehe und gegenüber Kindern regelten (s. o.).⁹¹ In einem ersten Entwurf sollte § 1354 BGB a.F. gestrichen werden, was auf viel Kritik stieß, da man der Auffassung war, dass eine nicht gesetzlich festgelegte Entscheidungsgewalt zu unlösbaren Problemen führen und dies dem Familienleben schaden könne.⁹² In einem weiteren Entwurf wurde § 1354 BGB a.F. mit Einschränkungen wieder aufgenommen.⁹³ Es entstanden

weitere unterschiedlich emanzipatorische Gesetzesentwürfe. Schließlich konnte nach viel Überzeugungsarbeit § 1354 BGB a.F. ganz gestrichen werden. Der väterliche Stichtscheid gem. § 1628 BGB a.F., eine Regelung, die in Streitpunkten zwischen den Eltern dem Vater ein letztes Entscheidungsrecht über das Kind gab, blieb vorerst bestehen.⁹⁴ In dem Gleichberechtigungsgesetz wurde zudem die Zugewinnngemeinschaft (§ 1363 BGB) als gesetzlicher Güterstand festgelegt. Der Mann sollte also nicht wie zuvor das alleinige Nutznießungs- und Verwaltungsrecht des Vermögens seiner Frau haben. Daneben sollten die Eheleute durch Ehevertrag einen anderen Güterstand wählen können.⁹⁵ Dies entsprach in etwa den Forderungen, die *Scheffler* beim DJT im Jahr 1950 geäußert hatte. Auch sie sprach sich für Vertragsfreiheit und gegen ein Nutznießungs- und Verwaltungsrecht des Mannes aus. Nur die von *Scheffler* aufgeführte Errungenschaftsgemeinschaft wurde nicht aufgenommen.

Nach mehreren Verfassungsbeschwerden bezüglich der väterlichen Entscheidungsgewalt in § 1628 BGB a.F. erklärte das Bundesverfassungsgericht 1959 diese Norm für verfassungswidrig.⁹⁶ Diese Entscheidung stellt einen der größten Meilensteine in der Geschichte der rechtlichen Gleichberechtigung dar.⁹⁷ Am Tag der Verkündung hatte sich der eigentliche Urteilsverkünder krankgemeldet, weswegen *Scheffler* das Urteil, an dem sie selbst maßgeblich mitwirkte und für dessen Umsetzung sie seit Jahren gekämpft hatte, verkündete.⁹⁸

Eine weitere große Änderung sollte in diesem Bereich erst am 14. 6. 1976 mit der Reform des Ehe- und Familienrechts folgen, welche das Leitbild der Hausfrauenehe erneut in Frage stellte und maßgeblich veränderte.⁹⁹

3. Weitere Entwicklung und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter Erna Scheffler

a) Veränderungen in der Witwen- und Waisenrente

Im Bereich der Witwenrente entschied das Bundesverfassungsgericht unter Mitwirkung *Schefflers* 1963, dass die Rente nach wie vor daran zu knüpfen sei, ob die verstorbene Frau zuvor für den Familienunterhalt zuständig war oder nicht. Dies ging auf die »Idee des sozialen Ausgleichs innerhalb der Gemeinschaft der Versicherten« zurück.¹⁰⁰ Da Frauen in der Regel durch Haushaltstätigkeiten etc. nicht

85 Hohmann-Dennhardt, Das Bundesverfassungsgericht und die Frauen*, in: R. Chr. Van Ooyen/M. H. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, Teil 4 (2015), S. 413 (414); Müller-List/KGParl (Fn. 48), S. 26.

86 Rust, Die Rechtsprechung des BVerfG zur garantierten Gleichberechtigung, APuZ 2001, 26, 29.

87 Eckertz-Höfer, Die Frau im Öffentlichen Recht, djbZ 2013, 171 (174 f.); BVerfGE 3, 225 (225).

88 Müller-List/KGParl (Fn. 48), S. 27.

89 BVerfGE 3, 225 (227); vgl. auch *Scheffler* (Fn. 43), S. 20 f.

90 BVerfGE 3, 225; *Scheffler* habe eine solche Anfrage kommen sehen und sich bereits darauf vorbereitet. Als die Klage kam, bat sie um Annahme des Falls und legte schnell ein fertiges Gutachten vor, vgl. Darnstädt, Verschlussakte Karlsruhe. Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts (2019), S. 106.

91 Müller-List/KGParl (Fn. 48), S. 37.

92 Vaupel, Die Familienrechtsreform in den fünfziger Jahren im Zeichen widerstreitender Weltanschauungen (1999), S. 127 f.

93 Müller-List (Fn. 48), S. 40.

94 Müller-List (Fn. 48), S. 59 f.

95 Münch, Rechte und Pflichten der Frau in Ehe und Familie (1971), S. 116.

96 BVerfGE 10, 59; Wie es genau dazu kam, dass *Scheffler* das Urteil verkünden sollte, ist nicht genau bekannt. Aus Quellen ergeht, dass sie am 9. 9. 1953 durch eine gerichtsinterne Verfügung zur Berichterstatterin im Gebiet des Ehe- und Familienrechts ernannt wurde, in: Hansen (Fn. 37), S. 142.

97 Wesel, Recht, Gerechtigkeit und Rechtsstaat im Wandel, APuZ 2011, 41 (45).

98 Jaeger (Fn. 6), S. 199 f.

99 Müller-List (Fn. 48), S. 62, auch Schwab, Gleichberechtigung und Familienrecht im 20. Jahrhundert, in: Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart (1997), S. 790, 811.

100 *Scheffler* (Fn. 43), S. 27; BVerfGE 17, 1; Hansen (Fn. 37), S. 130.

in der Lage waren, eigene Altersvorsorge zu betreiben, bestünde hier Handlungsbedarf. Das Bundesverfassungsgericht machte deutlich, dass sich das Urteil nur auf aktuelle Verhältnisse beziehe und es daher in der Zukunft überholt werden könne. Es wurde außerdem die Berücksichtigung der mütterlichen und hauswirtschaftlichen Leistungen bei der Frage nach der Sicherung des Familienunterhalts durch die Frau hervorgehoben.¹⁰¹ Das Bundesverfassungsgericht erklärte die erschwerten Bedingungen lediglich in der Waisenrente für verfassungswidrig, im Bereich der Witwenrente allerdings für weiterhin tragbar.¹⁰² Scheffler, die an dem Urteil mitgewirkt hatte, scheint sich aufgrund der nach wie vor unterschiedlichen Behandlung der Geschlechter in diesem Bereich unter Erklärungsdruck gesehen zu haben und verteidigte die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bei den Verhandlungen des deutschen Sozialgerichtsverbandes im Jahr 1966. Nicht, »weil der Wert der fortgefallenen Unterhaltsleistungen der Ehefrau typischerweise geringer wäre, sondern weil der Bedarf nach Ersatz der fortgefallenen Unterhaltsleistungen beim Witwer typischerweise geringer als bei der Witwe« sei, so erklärte Scheffler das Judikat.¹⁰³

Im Bereich des Waisengeldes hatte das Bundesverfassungsgericht dagegen durch eine Reihe von Entscheidungen festgestellt, dass eheliche und nichteheliche Waisen im Rentenrecht gleichgestellt werden müssen.¹⁰⁴ Sowohl an dieser als auch an der Entscheidung zur Witwenrente war Erna Scheffler unmittelbar beteiligt.¹⁰⁵

b) Veränderungen im Beamten- und Arbeitsrecht

Im Beamtenrecht konnten in den Augen Schefflers schneller Erfolge erzielt werden. Das minimale Eintrittsalter für eine Verbeamtung wurde, wie zuvor auch von ihr gefordert, für Frauen und Männer angeglichen. Die Zölibatsklausel wurde komplett gestrichen und die Besoldung im Beamtenrecht angepasst bzw. vereinheitlicht.¹⁰⁶ Durch sein Urteil vom 11.4.1967 forderte das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber auf, Hinterbliebenen von Beamten, egal welchen Geschlechts, gleiche Versorgungsrechte einzuräumen – auch dies hatte Scheffler bereits in ihrem Referat als notwendige Änderung gefordert. Der Anspruch auf Versorgung erwüchse durch die hinterbliebene Person selbst und nicht durch den:die verstorbene:n Beamt:in. Daher könne auch kein Unterschied zwischen den Geschlechtern gemacht werden.¹⁰⁷ Hier zeigte sich ein großer argumentativer Wandel im Vergleich zur Witwenrenten-Entscheidung fünf

Jahre zuvor (s.o.), in der nicht auf die betroffene Person selbst abgestellt wurde, sondern die Rente als abgeleitetes Recht durch die verstorbene Person wahrgenommen wurde.¹⁰⁸

Bezüglich des Dienstrechts für Beamtinnen und Richterinnen war Scheffler auch außerhalb ihrer Tätigkeit als Bundesverfassungsrichterin sehr aktiv. 1968 diskutierte der Bundestag über einen Gesetzentwurf zur Änderung des Bundesbeamtengesetzes (BBG) bzgl. der Möglichkeit der Teilzeitarbeit und Beurlaubung von Beamtinnen in Bezug auf ihre »Mutterpflichten«. Zuvor wurden Beamtinnen in diesen Situationen meist vollständig aus dem Dienst entlassen. Das Innenministerium äußerte zu diesem Gesetzentwurf verfassungsrechtliche Bedenken.¹⁰⁹ Erna Scheffler wurde anschließend vom Innenausschuss des Bundestages gebeten, sich zu den genannten Bedenken zu äußern. In ihrer Stellungnahme vom 18.12.1967 legte sie ausführlich dar, dass und warum Teilzeitarbeit bis zu einer Gesamtdauer von 15 Jahren sowie unbesoldeter Urlaub von bis zu zehn Jahren für die Beamtin mit »Mutterpflichten« nicht verfassungswidrig seien.¹¹⁰ Der DJB, andere Verbände und die Stellungnahme Erna Schefflers konnten den Gesetzgeber schließlich überzeugen.¹¹¹ Außerhalb von Beamtenverhältnissen waren die Fortschritte zunächst geringer. »Die alte Idee, daß die Frau weniger leiste und weniger brauche als der Mann – rational oft genug widerlegt – [war] unterirdisch noch überaus virulent«. ¹¹² So beschrieb Erna Scheffler 1970 die Situation, dass Frauen durchschnittlich sehr viel weniger als Männer verdienten und meist in sog. »Leichtlohngruppen« beschäftigt waren.¹¹³

4. Zwischenbilanz und Kritik

Trotz des 1949 eingeführten Art. 3 II GG und der darauf bezogenen Umsetzungsfrist bis 1953 dauerte es noch sehr viel länger, bis tatsächlich größere Änderungen im einfachen Recht vorgenommen wurden und sich somit der Alltag vieler Frauen änderte. Es bedurfte immer wieder des Einsatzes des Bundesverfassungsgerichts und vieler Frauenverbände, um Druck auf den Gesetzgeber auszuüben. Tatsächlich konnte einiges von dem, was sie 1950 gefordert hatte, in den verschiedenen Rechtsgebieten umgesetzt werden. So wurde der große Bereich des Güterrechts reformiert und im Beamtenrecht einige Änderungen vorgenommen. Größere Meilensteine waren dabei zum einen die Abschaffung des Nutznießungs- und Verwaltungsrechts des Mannes über das Vermögen der Frau sowie die Abschaffung des Stichtent-

¹⁰¹ Scheffler (Fn. 43), S. 27 f.; BVerfGE 17, 1; Vgl. ferner die frühere Entscheidung BVerfGE 1, 97.

¹⁰² Scheffler (Fn. 43), S. 27 f.; BVerfGE 17, 38.

¹⁰³ Scheffler, Koreferat, in: Verhandlungen des Deutschen Sozialversicherungsverbandes Regionaltagung für die Länder Berlin, Bremen, Hamburg, Niedersachsen und Schleswig-Holstein Hamburg 20. und 21. Oktober 1966, Thema: Ehe und Familie im Sozialversicherungs- und Versorgungsrecht (1967), S. 47 (47 f., 61).

¹⁰⁴ BVerfGE 17, 1; Scheffler (Fn. 43), S. 27.

¹⁰⁵ BVerfGE 17, 62; Jaeger (Fn. 6), S. 200.

¹⁰⁶ BT-Drs. 1/2846, S. 1 ff. (Entwurf eines Bundesbeamtengesetzes); siehe hierzu auch: Scheffler (Fn. 43), S. 25.

¹⁰⁷ BVerfGE 21, 329.

¹⁰⁸ Scheffler (Fn. 103), S. 47 ff.

¹⁰⁹ BT-Drs. 5/1091 S. 1 f.

¹¹⁰ Scheffler, Äußerungen zu dem Bericht des Bundesministers des Innern zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesbeamtengesetzes – Drucksache V/1091 – (1967), S. 1 ff., und Entwurf eines Gesetzes über Teilzeitarbeit und Beurlaubung von Beamtinnen und Richterinnen, ein Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD (BT-Drs. 5/3087, S. 1 ff.); Protokoll der 191. Sitzung des Bundestages am 23.10.1968, S. 10374.

¹¹¹ Protokoll der 191. Sitzung des BT (Fn. 105), S. 10374.

¹¹² Scheffler (Fn. 43), S. 26.

¹¹³ Scheffler (Fn. 43), S. 26.

scheides. Die Haushaltstätigkeiten sowie Berufsausübungen der Frau wurden als wesentlicher Beitrag für das familiäre Leben anerkannt und ihr familiäres Rollenbild änderte sich zunehmend. Allerdings blieben einige Ungleichheiten weiter bestehen. Tätigkeiten im Haushalt und die Kindererziehung wurden noch immer hauptsächlich der Frau zugeschrieben, und zwar unabhängig davon, ob sie nun ebenfalls arbeitete oder nicht. *Scheffler* kritisierte, dass dies schnell zu einer Doppelbelastung der Frau führe, die durch den Mangel an Kindertagesstätten und -schulen noch verstärkt wurde. Sie forderte, dass sowohl die Kinder als auch die Männer stärker an der Haushaltsführung beteiligt werden müssten.¹¹⁴ Ihre Kritik zur ungleichen Bezahlung ist dabei auch heute noch hochaktuell, denn Frauen verdienen durchschnittlich ca. 20 % weniger als Männer.¹¹⁵

Auch sonst verliefen Fortschritte im Bereich der Gleichberechtigung nicht immer linear. So erfolgte eine aus heutiger Sicht inkonsequente Rechtsprechung zu diesem Thema im Jahr 1963 im Bereich des Witwenrechts. Wie zuvor erläutert, stellte das Bundesverfassungsgericht bei der Entscheidung, ob der Witwer einen Anspruch auf Witwenrente hatte, darauf ab, ob die verstorbene Frau zuvor für den Familienunterhalt zuständig war. Dies stellte nach wie vor eine Ungleichbehandlung dar, weil weiterhin das Geschlecht der oder des Hinterbliebenen ausschlaggebend für die unterschiedlichen Hürden beim Zugang zur Witwenrente bzw. Witwerrente war, was auch *Scheffler* einräumte. Begründet wurde dieser Umstand mit den damaligen Verhältnissen, in welchen es für Frauen üblicherweise eine größere Hürde darstellte zu arbeiten, da meist der Mann für den Familienunterhalt zuständig war. Diese auf der Anerkennung einer funktionalen Unterschiedlichkeit beruhende Rechtsprechung widerspricht *Schefflers* früheren Aussagen, die sich explizit gegen die Anerkennung einer funktionalen Andersartigkeit richteten. Es gibt folglich trotz häufiger Heroisierung *Schefflers* auch Kritik an der auch unter ihrer maßgeblichen Mitwirkung ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. So wird mittlerweile eine Anerkennung der funktionalen Unterschiedlichkeit der Geschlechter, also das Verständnis vom Bestehen eines »natürlichen« Rollenbildes, mehrheitlich abgelehnt, während diese in den ersten Verfassungsgerichtsentscheidungen noch deutlich erkennbar war. Auch insgesamt wird dem Bundesverfassungsgericht rückblickend oft vorgeworfen, dass es vor allem in den 1950er und -60er Jahren in seinen Urteilen zu sehr die natürlichen Unterschiede zwischen Mann und Frau hervorgehoben habe. In der Literatur findet sich außerdem die Kritik, das Bundesverfassungsgericht habe in seinen ersten Entscheidungen unter Mitwirkung von *Scheffler* als Richterin verschiedene Minderheiten zu wenig geschützt.¹¹⁶ Tatsächlich gab es in dieser Zeit Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, wie etwa die Entscheidung zur Weiterführung der

Strafbarkeit von Homosexualität,¹¹⁷ die eine Diskriminierung der jeweiligen betroffenen Minderheitsgruppe zuließ.

IV. Das emanzipatorische Erbe Erna Schefflers?

Was genau ist nun das emanzipatorische Erbe *Schefflers*, was hat sie bewirken können? Auffällig ist, dass der Richterstuhl zum Ehe- und Familienrecht, bei dem ein besonderer Fokus auf der Gleichberechtigung liegt, der einzige durchweg mit Frauen besetzte Platz des Bundesverfassungsgerichts ist.¹¹⁸ *Scheffler* selbst behauptete nie, dass sie persönlich die Rechtsprechung geprägt habe; zudem sind keine internen Protokolle zugänglich, aus der sich ihre »Urheberinnen-schaft« für bestimmte Urteile herauslesen ließe. Jedoch geht aus einer gerichtlichen Verfügung zumindest hervor, dass *Scheffler* am 9. 9. 1953 zur Berichterstatterin für ihr Ressort¹¹⁹ ernannt wurde, womit davon ausgegangen werden kann, dass sie viele der Urteile in ihrem Bereich mit vorbereitet hatte. Trotz des Umstands, dass viele Forderungen *Schefflers* früher oder später umgesetzt wurden, lässt sich aber auch hier nicht einfach behaupten, die entsprechenden Urteile ließen sich vom Inhalt her ihr als einzelne Richterin zuordnen. Natürlich war und ist es nicht ganz unbedeutend, welche Person welches Ressort betreut, da diese über die Auswahl der Fälle entscheidet, welche in den Senat eingebracht werden sowie Voten und Argumente vorbereitet, über welche im Anschluss diskutiert wird.¹²⁰ Allerdings wirken die Richter:innen nicht einfach nebeneinander her, sondern bilden – wie oft betont – ein Organ des gemeinsamen Diskurses und Arbeitens.¹²¹ Über die Einführung einer sog. »Dissenting Vote«, welche die Rechtsauffassungen abweichender Richter:innen nach außen hin ersichtlich macht, wurde zwar bereits auf dem 47. DJT 1968 diskutiert, eingeführt wurde sie jedoch erst am 2. 12. 1970.¹²² Zuvor waren Richter:innen angehalten, ein einstimmiges Votum abzugeben.

Die Frage nach dem tatsächlichen richterlichen Einfluss *Erna Schefflers* zugunsten der Gleichberechtigung ist demnach schwer zu beantworten. Wenn auch nicht alle Frauen, nur weil sie Frauen sind, sich der Gleichberechtigung widmeten, kann man bei *Erna Scheffler* zumindest behaupten, dass ihr dieses Thema eine Herzensangelegenheit gewesen ist und sie bis zu ihrem Tod für die Gleichstellung von Mann und Frau kämpfte. Auf den Vorwurf, sie sei lediglich eine »Alibi-frau« gewesen, lässt sich erwidern, dass man spätestens durch ihr Referat beim 38. DJT ein Jahr vor ihrer Ernennung

117 BVerfGE (10. 5. 1957) 6, 389; Siehe dazu auch *Lange* (Fn. 3), S. 568.

118 *Hohmann-Dennhardt* (Fn. 85), S. 413 (419); nach *Erna Scheffler* folgten *Wiltraud Rupp-von Brünneck*, *Gisela Niemeyer*, *Helga Seibert* und *Christina Hohmann-Dennhardt*, vgl. *Hohmann-Dennhardt* (Fn. 85), S. 413 (419).

119 *Hansen* (Fn. 37), S. 142.

120 *Hohmann-Dennhardt* (Fn. 85), S. 413 (420).

121 *Lange* (Fn. 3), S. 569.

122 Referat von Prof. Dr. Konrad Zweigert »Empfiehlt es sich, die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters (Dissenting Opinion) in den deutschen Verfahrensordnungen zuzulassen?«, in: Verhandlungen des siebenundvierzigsten Deutschen Juristentages, Nürnberg 1968 Bd. 1, München 1968) Bereich D; *Lietzmann*, Das Bundesverfassungsgericht, eine sozialwissenschaftliche Studie über Wertordnung, Dissenting Votes und funktionale Genese (1988), S. 125.

114 *Scheffler* (Fn. 43), S. 31 ff.

115 Für das Jahr 2019: *Hobler/Pfahl* (Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut, Hans-Böckler-Stiftung), Gender Pay Gap 2006–2019, <https://www.wsi.de/de/einkommen-14619-gender-pay-gap-14932.htm>, zuletzt abgerufen am 18. 10. 2020.

116 *Lamprecht*, Ich gehe bis nach Karlsruhe (2011), S. 40 ff.

zur – ersten – Bundesverfassungsrichterin, gewusst hatte, dass man mit ihr »eine engagiert für die Rechte der Frauen eintretende Richterin an den Senatstisch gesetzt« hatte.¹²³ Mangels fehlender Nachweise kann jedoch an vielen Stellen nur eine Mitwirkung *Schefflers* vermutet werden. So wird ihr etwa zugesprochen, in den Urteilen zur Anerkennung des Art. 117 I GG als verpflichtende Verfallsklausel, der Abschaffung des Stichtenscheides und bei Änderungen im Waisenrecht wesentlich mitgewirkt zu haben.¹²⁴ Auch wenn sich somit die Frage, wie groß ihr richterliches Wirken tatsächlich war, nicht eindeutig beantworten lässt, so gibt es doch viele Indizien, die dafür sprechen, dass ohne sie viele der genannten Urteile erst weitaus später zustande gekommen wären. So wird beispielsweise in einem Urteil von 1991 zum Namensrecht, also nach *Schefflers* Tod, explizit auf das frühere Urteil des Stichtenscheides verwiesen, welches sie geprägt hatte.¹²⁵ Insofern ist es nicht verwunderlich, dass nicht nur mehrere Verfassungsrichter:innen ihrem Wirken posthum eine große Bedeutung zumaßen.¹²⁶

Das Thema der Gleichberechtigung prägte *Schefflers* Karriere und rechtlichen Einfluss somit in einem nicht unerheblichen Maße. Sie engagierte sich in mehreren Vereinigungen, solidarisierte sich mit der Frauenbewegung, betonte die Wichtigkeit einer guten Ausbildung für Frauen und tauschte sich regelmäßig auch mit Politikerinnen aus.¹²⁷ *Scheffler* hatte nicht zuletzt durch ihr vielseitiges Engagement viele Bekannte und Freunde. Zudem wurde oft hervorgehoben, ihr sei nicht daran gelegen gewesen, Frauen durch die Herabsetzung des Mannes zu stärken, sondern vielmehr durch eigene Bestärkung.¹²⁸ Trotz mehrerer Schicksalsschläge (wie der frühe Tod des Vaters, des eigenen Sohnes und die NS-Zeit) betrat *Scheffler*, die als eine lebensfrohe, freundliche und sehr musikalische Frau beschrieben

wurde,¹²⁹ immer wieder mutige Wege. »Wer Erna Scheffler [jedoch] nur nach dem oberflächlichen Bild beurteilte, das ihre freundliche und frauliche, fast großmütterliche Erscheinung bot, konnte böse Überraschungen erleben, wenn er auf die stählerne Härte traf, deren diese Frau fähig sein konnte« – so erinnerte sich der spätere Bundesverfassungsgerichtspräsident *Wolfgang Zeidler* 1983¹³⁰ an ihre Kraft und stählerne Seite. Letztere, die – wie auch Bestimmtheit und Meinungsstärke – auch von anderen immer wieder betont wurde,¹³¹ mag sich aus ihrem herausfordernden Lebensweg ergeben haben. Das retrospektive übermäßige Betonen subjektiver Eigenschaften *Schefflers* fällt auch bei heutigen Darstellungen zu ihrer Person auf. So hieß es 2019 im Tagesspiegel: »Ihren letzten Hammerschlag verpasste die kleine Frau dem Patriarchat mit einem Lächeln«. ¹³² Und dass *Scheffler* auch liebevoll »Klein-Erna« genannt wurde, findet in der Literatur ebenfalls regelmäßig Widerhall.¹³³ Ob eine solche Darstellung tatsächlich liebevoll gemeint ist oder vielmehr eher implizit ihre Leistung relativiert, indem man ihrem Kampfgeist eine betonte gesellschaftliche »Norm-Weiblichkeit« (wie beim Beispiel der Körpergröße) gegenüberstellt, ist kritisch zu hinterfragen. Die Wortwahl ihrer ehemaligen Kolleg:innen deutet jedenfalls auf eine signifikante Bedeutung von *Schefflers* Wirken innerhalb des Bundesverfassungsgerichts hin.

Vor allem durch ihren Einsatz – sowohl beim DJT als auch in der Rechtsprechung und darüber hinaus – lässt sich abschließend resümieren, dass eine juristische Gleichberechtigung der Geschlechter ohne ihren Einsatz zumindest nicht so früh so fortschrittlich gewesen wäre. Von ihr – der ersten Richterin des Bundesverfassungsgerichts – kann man daher mit Fug und Recht als einer Pionierin bei der Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen sprechen.

123 *Hohmann-Demhardt* (Fn. 85), S. 413 (415).

124 *Hansen* (Fn. 37), S. 129 f.; Auch in den Bereichen der Abschaffung der einseitigen Diskriminierung in der Höfeordnung und im Steuerrecht wird *Scheffler* eine Mitwirkung nachgesagt. Genauer dazu in u. a. in *Hansen* (Fn. 37), S. 130.

125 *Jaeger* (Fn. 6), S. 200; BVerfGE 84, 9 (20).

126 *Hohmann-Demhardt* (Fn. 29), S. 37 (37), 40; *Jaeger* (Fn. 6), S. 197 ff.; *Papier*, Die starke rechtspolitische Stimme des djb, djbZ 2009, 169 (170); *Vogel*, Verfassungsrechtsprechung zum Steuerrecht, Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 16. September 1998, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 1999, S. 7.

127 *Scheffler* (Fn. 43), S. 29.

128 *Zeidler* (Fn. 9), S. 7.

129 *Lange* (Fn. 3), S. 566.

130 *Zeidler* (Fn. 9), S. 3 f.

131 *Lamprecht* (Fn. 116), S. 28, und auch ein Kollege, der mit ihr zu Beginn im Ersten Senat saß, bestätigt dies: *Ritterspach*, Erinnerungen an die Anfänge des Bundesverfassungsgerichts, in: Klein (Hrsg.), Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift für Ernst Benda (1993) S. 201, 203 f.; *Zeidler* (Fn. 9), S. 3 f.

132 *Buhl* (Der Tagesspiegel), Bundesverfassungsrichterin Erna Scheffler. Hymne auf eine unterschätzte Figur der Bundesrepublik, 10. 4. 2019, <https://m.tagesspiegel.de/gesellschaft/verfassungsrichterin-erna-scheffler-maenner-und-frauen-sind-gleichberechtigt/24184136-2.html>, zuletzt abgerufen am 18. 10. 2020.

133 *Jaeger* (Fn. 6), 199.

ZivilR Fallbearbeitung

Aron Mackenstedt*

Von edlem Wein und Kettenkarussells

Fallbearbeitung im Bürgerlichen Recht für Anfänger

Die hier besprochene Anfängerklausur stellt eine Kombination aus Problemen des Allgemeinen Schuldrechts (konkretisierte Gattungsschuld, Unmöglichkeit, Annahmeverzug) und einer Abwandlung des vom BGH 1971 entschiedenen Flugreisefalls dar.

SACHVERHALT

Weinliebhaber Karl König (K) möchte sich zur Feier seiner vor kurzem eingereichten Dissertation in Önologie etwas ganz Besonderes leisten. Er ruft daher bei der Weinhändlerin seines Vertrauens, Victoria Vino (V), an. Diese empfiehlt ihm »Monzeler Kätzchen Spätburgunder Auslese 2011« für 50 € pro Flasche, von der sie nur noch 15 Flaschen vorrätig habe. K ist überzeugt und bestellt sechs Flaschen. Auf den ausdrücklichen Wunsch des K hin und aufgrund der langjährigen Geschäftsbeziehung erklärt V sich ausnahmsweise bereit, den Wein anzuliefern, obwohl sie das sonst nie tut. Sie schlägt als Liefertermin den frühen Abend des nächsten Tages vor. Dies bestätigt K mit den Worten: »Ab dem frühen Abend werde ich auf jeden Fall wieder zu Hause sein.«

Am Folgetag beauftragt V ihre stets zuverlässige Mitarbeiterin Fanny Fröhlich (F), den bereitgestellten Wein mit dem Firmenwagen zum Wohnsitz des K zu fahren. Als F um 19:00 Uhr bei K eintrifft, klingelt sie jedoch mehrmals vergeblich an seiner Haustür. Nachdem sie weitere 15 Minuten auf die Ankunft des K gewartet hat, fährt sie unverrichteter Dinge davon.

Auf der Rückfahrt wird F vom bunten Treiben der auf dem Weg liegenden Kirmes angelockt. Sie stellt den Firmenwagen ordnungsgemäß in der Nähe des Festgeländes ab. Allerdings vergisst sie entgegen den Unternehmensvorgaben, die Blenden der Heckfenster herunterzuziehen, welche den Blick auf transportierte Waren verhindern sollen.

Nach mehreren Bier befindet F sich in einem Zustand vorübergehender Störung ihrer Geistestätigkeit. Trotzdem beschließt sie, zum Abschluss des Tages noch eine Runde mit dem nur noch spärlich besuchten Kettenkarussell zu fahren. Ohne vorher einen Fahrchip zu erwerben, schafft sie es, sich in einen freien Sitz des gerade anfahrenen Karussells zu schwingen. Am Ende einer für F turbulenten Fahrt wird sie von Berta Böse (B), der Betreiberin des

Karussells, die die ganze Aktion beobachtet hat, zur Rede gestellt. Als B den Fahrpreis verlangt, entgegnet F zutreffend, dass das Karussell doch auch ohne sie gefahren wäre, sie niemandem den Platz weggenommen habe und sie ohnehin niemals 5 € für eine so kurze Fahrt ausgegeben hätte. Dann dreht sie sich um und läuft zurück zum Firmenwagen. Dort angekommen, muss F entsetzt feststellen, dass der Wagen in der Zwischenzeit aufgebrochen und der teure Wein von nicht mehr zu ermittelnden durstigen KirmesbesucherInnen entwendet worden ist.

Am nächsten Tag ruft K empört bei V an und fragt nach der Weinlieferung. Er sei ab 20:00 Uhr zu Hause gewesen, was für ihn als Nachtmenschen »früher Abend« sei. V entgegnet, K sei selbst schuld, dass er die Flaschen nicht entgegengenommen hat. Es sei allgemein anerkannt, dass der frühe Abend spätestens um 18:00 Uhr beginne.

Frage 1: Als K vom Schicksal der Weinflaschen erfährt, verlangt er dennoch weiterhin die Lieferung von sechs Flaschen »Monzeler Kätzchen Spätburgunder Auslese«, was V entschieden zurückweist und ihrerseits die Zahlung des Kaufpreises fordert. Zu Recht?

Frage 2: Kann B von F für deren Fahrt im Kettenkarussell den Fahrpreis i. H. v. 5 € verlangen?

Bearbeitungshinweis

Erarbeiten Sie ein vollständig ausformuliertes Gutachten unter Heranziehung der für die Lösung einschlägigen Vorschriften des BGB. Ggf. ist ein Hilfgutachten zu erstellen.

Die Bearbeitung der Fragen 1 und 2 gehen jeweils zur Hälfte in die Gesamtnote ein.

GLIEDERUNG**Frage 1**

- A. Anspruch des K gegen V auf Übergabe und Übereignung der Weinflaschen gem. § 433 I 1 BGB
 - I. Anspruch entstanden
 - II. Anspruch untergegangen
 1. Konkretisierung der Gattungsschuld gem. § 243 II
 2. Zwischenergebnis
 - III. Ergebnis

* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Die Semesterabschlussklausur wurde im Grundkurs II im Bürgerlichen Recht an der Georg-August-Universität von Prof. Dr. Barbara Veit im Sommersemester 2017 gestellt.

- B. Anspruch der V gegen K auf Zahlung des Kaufpreises gem. § 433 II
- I. Anspruch entstanden
 - II. Anspruch untergegangen
 1. Wegfall der Gegenleistungspflicht
 2. Aufrechterhaltung der Gegenleistungspflicht
 - a) Annahmeverzug gem. §§ 293 ff.
 - aa) Leistungsberechtigung
 - bb) Ordnungsgemäßes Angebot
 - cc) Leistungsfähigkeit, § 297
 - dd) Nichtannahme der Leistung, § 293
 - ee) Zwischenergebnis
 - b) Vom Schuldner nicht zu vertreten
 - aa) Zurechnung gem. § 278
 - bb) Haftungsprivilegierung gem. § 300 I
 - c) Zwischenergebnis
 - III. Ergebnis

Frage 2

- A. Vertragliche Ansprüche
- I. Vertragsschluss
 - II. Ergebnis
- B. Anspruch aus §§ 683 I, 677, 670
- I. Geschäftsführung ohne Auftrag
 - II. Ergebnis
- C. Deliktische Ansprüche
- I. § 823 I
 1. Rechtsgutverletzung
 2. Ergebnis
 - II. § 823 II i. V. m. § 265 a StGB
 1. Verletzung eines Schutzgesetzes
 - a) Schutzgesetz i. S. d. § 823 II
 - b) Verletzungshandlung
 - c) Zwischenergebnis
 2. Ergebnis
 - III. Ergebnis
- D. Anspruch der B gegen F aus ungerechtfertigter Bereicherung
- I. § 812 I 1 Var. 1
 - II. § 812 I 1 Var. 2
 1. Etwas erlangt
 2. In sonstiger Weise
 3. Ohne Rechtsgrund
 4. Rechtsfolge
 - a) Wertersatz gem. § 818 II
 - b) Entreicherung gem. § 818 III
 - c) Haftungsverschärfung
 - aa) Eine Ansicht
 - bb) Andere Ansicht
 - cc) Streitentscheid
 5. Ergebnis
 - III. Ergebnis

GUTACHTEN

Frage 1

A. Anspruch des K gegen V auf Übergabe und Übereignung der Weinflaschen gem. § 433 I 1 BGB¹

K könnte gegen V weiterhin einen Anspruch auf Lieferung von sechs Flaschen »Monzeler Kätzchen Spätburgunder Auslese« gem. § 433 I 1 haben.

I. Anspruch entstanden

Dazu müsste ein solcher Anspruch zunächst entstanden sein. Dies setzt einen Kaufvertrag gem. § 433 I 1 voraus. Ein solcher entsteht durch zwei korrespondierende Willenserklärungen (Angebot und Annahme, §§ 145 ff.), die den wesentlichen Vertragsinhalt (sog. *essentialia negotii*) zumindest bestimmbar machen.² Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande (arg. § 151 S. 1, Hs. 1). Dabei kann die Annahme bei einem mittels Fernsprechers gemachten Antrag nur sofort erfolgen, § 147 I 2. V hat sich mit der telefonischen Bestellung des K von sechs Weinflaschen sofort einverstanden erklärt. Eine Annahme liegt vor. V und K haben einen wirksamen Kaufvertrag i. S. d. § 433 I 1 geschlossen. Mithin ist der Anspruch des K zunächst entstanden.

II. Anspruch untergegangen

Der Anspruch könnte jedoch wegen Unmöglichkeit der Leistung gem. § 275 I untergegangen sein. Im Falle einer Stückschuld nach § 275 I BGB wird der Schuldner von seiner Verpflichtung zur Leistung wegen Unmöglichkeit schon dann frei, wenn sich das Leistungshindernis auf die konkret geschuldete Sache beschränkt. Bei einer Gattungsschuld wird der Schuldner erst frei, wenn die Gattung als Ganzes nicht mehr existiert oder wenn aus ihr bereits durch Konkretisierung gem. § 243 II eine Stückschuld geworden ist, deren Erfüllung unmöglich ist.³ V hatte 15 Flaschen der genannten Weinsorte vorrätig. Diese stellen eine nach allgemeinen Merkmalen bestimmbare Leistung dar.⁴ Mithin handelt es sich bei den bestellten sechs Weinflaschen um eine Gattungsschuld in Gestalt der Vorratsschuld (§ 243 I). Demnach ist die Lieferung von sechs Flaschen der V grds. noch möglich.

1. Konkretisierung der Gattungsschuld gem. § 243 II

Die Gattungsschuld könnte hier allerdings zu einer Stückschuld konkretisiert worden sein. Dazu müsste der Schuldner gem. § 243 II das seinerseits zur Leistung Erforderliche getan

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

² Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 44. Auflage (2020), § 3 Rn. 1; Jauernig/Mansel, BGB, 17. Auflage (2018), Vor. § 145 Rn. 2.

³ Brox/Walker (Fn. 2), § 8 Rn. 5; MüKoBGB/Emmerich, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Auflage (2019), § 243 Rn. 22.

⁴ BeckOGK BGB/Beurskens, 1.10.2020, § 243 Rn. 2; Jauernig/Stadler (Fn. 2), § 243 Rn. 3.

haben. Dafür kommt es auf die Art der Schuld an. Vorliegend hat V sich auf Wunsch des K bereit erklärt, die Weinflaschen selbst zu liefern. Somit ist sowohl der Leistungs- als auch der Erfolgsort (vgl. § 269 I) beim Wohnsitz des Gläubigers (K), sodass eine Bringschuld vorliegt.⁵ Um bei einer Bringschuld die Gattungsschuld zu konkretisieren, muss der Schuldner Ware mittlerer Art und Güte auswählen und aussondern und diese dem Gläubiger in einer den Annahmeverzug begründenden Art und Weise tatsächlich anbieten (vgl. § 294).⁶

Hier ist die Mitarbeiterin F der V von dieser zur Lieferung beauftragt worden und hat die Weinflaschen um 19 Uhr bei K versucht zu liefern. Dieser war jedoch nicht zu Hause und hat das Angebot dementsprechend nicht angenommen, § 293.

Problematisch ist, dass V und K lediglich den »frühen Abend« als Leistungszeit gem. § 271 I vereinbart haben und K um 20 Uhr zu Hause war, was seines Erachtens als früher Abend gilt. Deshalb ist diese Vereinbarung gem. §§ 133, 157 nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen.

Es ist also darauf abzustellen, was ein objektiver Dritter aus Sicht des Empfängers unter dem frühen Abend verstehen kann. Für einen objektiven Dritten aus Sicht des Empfängers beginnt der frühe Abend schon vor 20 Uhr, in der Regel um 18 Uhr. Dass K laut eigener Aussage ein »Nachtmensch« ist und subjektiv unter dem frühen Abend etwas anderes versteht, ist unbeachtlich. Es ist ausschließlich auf den objektiven Empfängerhorizont abzustellen.

Hier hat die gem. § 297 zur Leistung fähige F um 19 Uhr die Ware gem. § 294 tatsächlich angeboten und sogar noch 15 Minuten auf den K gewartet, bevor sie wieder zurückgefahren ist. Demnach war V bzw. F als ihre Erfüllungshelfin (§ 278 S. 1) auch zur Leistung berechtigt, sodass die Vorratsschuld auf die sechs Flaschen konkretisiert wurde.

2. Zwischenergebnis

Die Gattungsschuld wurde vorliegend konkretisiert, sodass die Leistung des V in Folge des Diebstahls der Flaschen gem. § 275 I Var. 1 (subjektive Unmöglichkeit) unmöglich geworden ist. Auf ein Verschulden des Schuldners kommt es hierbei nicht an.⁷ Der Anspruch ist untergegangen.

III. Ergebnis

V ist gem. § 275 I nicht zur Übergabe und Übereignung der Weinflaschen verpflichtet, sodass K keinen Anspruch aus § 433 I 1 hat.

B. Anspruch der V gegen K auf Zahlung des Kaufpreises gem. § 433 II

V könnte ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i. H. v. 300 € gem. § 433 II gegen K zustehen.

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch ist durch den zwischen V und K geschlossenen Kaufvertrag (§ 433) zunächst entstanden (s. o.).

II. Anspruch untergegangen

Der Anspruch könnte jedoch gem. § 326 I 1 untergegangen sein.

1. Wegfall der Gegenleistungspflicht

Gem. § 326 I 1 entfällt die Gegenleistungspflicht, wenn die Leistungspflicht des Schuldners gem. § 275 durch Unmöglichkeit entfallen ist. Wie bereits festgestellt, muss V infolge subjektiver Unmöglichkeit gem. § 275 I Var. 1 nicht mehr leisten.

2. Aufrechterhaltung der Gegenleistungspflicht

Es gibt allerdings Ausnahmen, in denen die Gegenleistungspflicht des Gläubigers bestehen bleibt. Eine solche könnte sich hier aus § 326 II 1 Alt. 2 ergeben. Demnach bleibt die Gegenleistungspflicht bestehen, wenn der Untergang der Sache zu einer Zeit geschieht, in der sich der Gläubiger im Annahmeverzug befindet und der Untergang der Sache nicht vom Schuldner zu vertreten ist.

a) Annahmeverzug gem. §§ 293 ff.

K müsste sich also im Annahmeverzug i. S. d. §§ 293 ff. befinden haben. Dies ist gem. § 293 der Fall, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt.

aa) Leistungsberechtigung

V hätte zunächst zur Leistung berechtigt sein müssen. Gem. § 271 II war V nach Auslegung der Vereinbarung ab 18 Uhr zur Leistung berechtigt.

bb) Ordnungsgemäßes Angebot

V hätte dem K ein ordnungsgemäßes Angebot machen müssen. Gem. § 294 ist dies der Fall, wenn dem Gläubiger die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten wird. V und K vereinbarten vorliegend eine Bringschuld, sodass der Leistungsort beim Wohnsitz des K ist (vgl. § 269 I). Mit versuchter Lieferung des Weins an den Wohnsitz des K wurde diesem die Leistung gem. § 294 tatsächlich angeboten. Ein ordnungsgemäßes Angebot liegt vor.

cc) Leistungsfähigkeit, § 297

V hätte zudem leistungsfähig sein müssen.

⁵ Palandt/*Grüneberg*, BGB, 79. Auflage (2020), § 269 Rn. 1; MüKoBGB/*Krüger* (Fn. 3), § 269 Rn. 6.

⁶ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 21. Auflage (2015), Rn. 197. MüKoBGB/*Emmerich* (Fn. 3), § 243 Rn. 26; BeckOGK BGB/*Beurskens* (Fn. 4), § 243 Rn. 75.

⁷ Palandt/*Grüneberg* (Fn. 5), § 275 Rn. 5.

Leistungsfähigkeit gem. § 297 ist zu bejahen, wenn der Schuldner zur Leistung bereit und im Stande ist.⁸ F hatte die geschuldeten sechs Weinflaschen am Wohnort des K angeboten, war folglich auch leistungsfähig.

dd) Nichtannahme der Leistung, § 293

Zuletzt dürfte K die Leistung nicht angenommen haben. Auf ein Verschulden des K kommt es hierbei nicht an.⁹ K war nicht zu Hause und hat die Leistung nicht angenommen.

ee) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen sind gegeben. K befand sich im Annahmeverzug gem. § 293.

b) Vom Schuldner nicht zu vertreten

Den Untergang der Flaschen dürfte V zudem nicht zu vertreten haben. Gem. § 276 I hat sie grds. Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. V hat vorliegend jedoch nicht selbst gehandelt, sondern F die Flaschen liefern lassen. Fraglich ist, ob sich V das Handeln der F zurechnen lassen muss.

aa) Zurechnung gem. § 278

V müsste sich das Handeln der F zurechnen lassen, sofern es sich bei dieser um eine Erfüllungsgehilfin gem. § 278 handelt. Dies ist eine Person, der sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient.¹⁰ F wird als Mitarbeiterin der V von dieser mit der Lieferung beauftragt, ist also mit Wissen und Willen der V in Erfüllung einer von dieser gegenüber K bestehenden Verbindlichkeit tätig geworden. Mithin ist F als Erfüllungsgehilfin der V anzusehen.

Hier hat F entgegen den Unternehmensvorgaben die Blenden der Heckfenster ihres Firmenwagens nicht heruntergezogen, als sie selbigen abstellte. Damit hat F die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, also fahrlässig i. S. d. § 276 II gehandelt. Mithin wird der V gem. § 278 das Verhalten der F zugerechnet.

bb) Haftungsprivilegierung gem. § 300 I

Es könnte V hier jedoch eine Haftungsprivilegierung gem. § 300 I zugutekommen. Danach hat der Schuldner bei Annahmeverzug des Gläubigers lediglich Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten¹¹. Vorliegend befand sich K im Annahmeverzug. Grob fahrlässig handelt, wer die verkehrsübliche Sorgfalt in einem ungewöhnlich hohen Grad ver-

letzt und dasjenige außer Acht lässt, was in der konkreten Situation jedem eingeleuchtet hätte.¹² Obwohl die F entgegen den Unternehmensvorschriften vergessen hat, die Blenden herunterzuziehen, ist mangels weiterer Angaben im Sachverhalt darin noch kein grobes Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu sehen. F handelte also lediglich einfach fahrlässig, sodass die Haftungsprivilegierung des § 300 I für die V greift. V hatte den Untergang der Flaschen damit auch nicht zu vertreten.

c) Zwischenergebnis

Die Gegenleistungspflicht der K bleibt gem. § 326 II 1 Alt. 2 aufrechterhalten.

III. Ergebnis

Der Anspruch der V auf Kaufpreiszahlung nach § 433 II ist nicht untergegangen, sodass ihr dieser Anspruch i. H. v. 300 € weiterhin gegen K zusteht.

Frage 2

A. Vertragliche Ansprüche

B könnte gegen F einen Anspruch auf Fahrpreiszahlung i. H. v. 5 € aus § 631 I haben.

I. Vertragsschluss

Dazu müssten B und F einen Werkvertrag gem. § 631 I geschlossen haben. Der geschuldete Erfolg gem. § 631 II wäre hierbei die Karussellfahrt.

Ein ausdrückliches Angebot ist nicht ersichtlich. Es könnte lediglich in der Nutzung des Karussells ein konkludentes Angebot der F liegen. Der geheime Vorbehalt des Nichtzahlungswillens ist gem. § 116 S. 1 unbeachtlich. Ob ein solches Angebot auch angenommen wurde, kann allerdings dahinstehen. In Folge des Alkoholkonsums der F befand sie sich in einem Zustand vorübergehender Störung der Geistestätigkeit. Mithin wäre die Willenserklärung gem. § 105 II nichtig. Ein konkludenter Vertragsschluss ist damit abzulehnen.

II. Ergebnis

B hat gegen F keinen Anspruch aus § 631 I.

B. Anspruch aus §§ 683 I, 677, 670

B könnte gegen F einen Anspruch auf Aufwendungsersatz i. H. v. 5 € gem. §§ 683 I, 677, 670 BGB haben.

⁸ BeckOK BGB/Lorenz (Fn. 4), § 297 BGB, Rn. 2; Brox/Walker, (Fn. 2), § 26 Rn. 4.

⁹ Brox/Walker (Fn. 2), § 26 Rn. 8; Köhler/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 22. Auflage (2014), S. 105.

¹⁰ BeckOGK BGB/Schaub (Fn. 4), § 278 Rn. 34; Jauernig/Stadler, (Fn. 2), § 278 Rn. 6; zur Figur des Erfüllungsgehilfen allgemein: Lorenz, Grundwissen – Zivilrecht: Haftung für den Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB), JuS 2007, 983.

¹¹ Walker, Haftungsprivilegierungen, JuS 2015, 865.

¹² Brox/Walker (Fn. 2), § 20 Rn. 18; Jauernig/Stadler (Fn. 2), § 276 Rn. 33; MüKoBGB/Henssler, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 8. Auflage (2020), § 619 a Rn. 38.

I. Geschäftsführung ohne Auftrag

Dafür müssten die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) gem. § 677 vorliegen.

Der Begriff der Geschäftsbesorgung i. S. d. § 677 ist weit zu verstehen: Erfasst sind alle Tätigkeiten, ob rechtlicher, wirtschaftlicher oder rein tatsächlicher Natur.¹³ Die Karussellfahrt stellt mithin eine Geschäftsbesorgung dar.

B müsste diese aber »für einen anderen« im Rahmen eines »fremden Geschäfts« getätigt haben. Dafür müsste das Geschäft einem fremden Interessen- oder Rechtskreis angehören.¹⁴ B betrieb das Karussell aber lediglich aus eigenem Interesse. Darüber hinaus hatte B auch nicht den Willen, ein fremdes Geschäft für die F zu tätigen (sog. Fremdgeschäftsführungswille).¹⁵

II. Ergebnis

B hat gegen F keinen Anspruch gem. §§ 683 I, 677, 670.

C. Deliktische Ansprüche

B könnte ein Anspruch gegen F auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung zustehen.

I. § 823 I

Dieser könnte sich zunächst aus § 823 I ergeben.

1. Rechtsgutverletzung

Dazu müsste F eine Rechtsgutverletzung begangen haben. Von den in § 823 I aufgezählten Rechtsgütern kommt lediglich das Eigentum (Var. 5) als Recht in Betracht. F hat den Sitz des Karussells bei der Fahrt allerdings weder beschädigt noch zerstört. Der nicht gezahlte Fahrpreis wird als etwaige Vermögensschädigung nicht von § 823 I geschützt.¹⁶ Somit fehlt es bereits an einer Rechtsgutverletzung.

2. Ergebnis

B hat keinen Anspruch gegen F aus § 823 I.

II. § 823 II i. V. m. § 265 a StGB

B könnte allerdings ein Anspruch aus § 823 II i. V. m. § 265 a StGB (Erschleichen von Leistungen) zustehen.

1. Verletzung eines Schutzgesetzes

F müsste ein Schutzgesetz verletzt haben.

a) Schutzgesetz i. S. d. § 823 II

Unter einem Schutzgesetz wird jede Rechtsnorm (Art. 2 EGBGB) verstanden, die nicht nur den Schutz der Allgemeinheit, sondern zumindest auch dem Schutz einzelner Personen bzw. von Personenkreisen dienen soll.¹⁷ § 265 a StGB schützt nicht nur die Allgemeinheit, sondern auch Individualinteressen (insb. Vermögensschutz)¹⁸, sodass ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 II gegeben ist.

b) Verletzungshandlung

Es müsste eine Verletzungshandlung vorliegen. Dies wäre der Fall, wenn F den Tatbestand des § 265 a StGB erfüllt hat.

Die Karussellfahrt stellt mit einem Preis von 5 € eine entgeltliche Leistung dar. Diese Leistung müsste F sich erschlichen haben. Darunter wird grds. das Erlangen der Leistung durch unbefugtes und ordnungswidriges Verhalten unter Umgehung von Kontrollmaßnahmen verstanden.¹⁹ Vorliegend hat sich F jedoch einfach auf das Karussell geschwungen und somit keine Kontrollmaßnahmen umgehen müssen. Insofern kann nicht von einem Erschleichen die Rede sein.

Zudem wurde F dabei von B beobachtet. F hat sich daher auch nicht mit dem »Anschein einer ordnungsgemäßen Benutzung« umgeben.²⁰

F erfüllte nicht den Tatbestand des § 265 a StGB. Eine Verletzungshandlung liegt nicht vor.

c) Zwischenergebnis

Die Verletzung eines Schutzgesetzes liegt nicht vor.²¹

2. Ergebnis

B hat keinen Anspruch gegen F aus § 823 II i. V. m. § 265 a StGB.

III. Ergebnis

B hat auch keine deliktischen Ansprüche gegen F.

¹³ BeckOK BGB/*Gehrlein* (Fn. 4), § 677, Rn. 10; BGHZ 38, 270 (275).

¹⁴ BGHZ 181, 188 (Rn. 18.); MüKoBGB/*Schäfer* (Fn. 12), § 677 Rn. 39.

¹⁵ BGHZ 40, 28 (30); BGHZ 47, 370 (371).

¹⁶ BGHZ 41, 123; HK-BGB/*Staudinger*, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage (2019), § 823 Rn. 1; Jauernig/*Teigmann* (Fn. 2), § 823 Rn. 19.

¹⁷ Vgl. BGH NJW 2004, 356 (357); NZG 2010 1071 (1072); Soergel/*Spickhoff*, BGB, 13. Auflage (2000), § 823 Rn. 195; Jauernig/*Teigmann* (Fn. 2), § 823 Rn. 1; NK-BGB/*Katzenmeier*, BGB Schuldrecht, 3. Auflage (2016), § 823 Rn. 525.

¹⁸ Lackner/*Kühl/Heger*, StGB, 29. Auflage (2018), § 265 a, Rn. 1; MüKoStGB/*Hefendehl*, StGB, 3. Auflage (2019), § 265 a, Rn. 1.

¹⁹ Rengier, Strafrecht BT I, 22. Auflage (2020), § 16 Rn. 8; Schönte/Schröder/*Perron*, 30. Auflage (2019), StGB § 265 a Rn. 10.

²⁰ Dies wird nach st. Rspr. i. R. d. Beförderungsererschleichung (§ 265 a, Var. 3) bereits als ausreichend gesehen, s. BGH NJW 2010, 3107 (3108).

²¹ Zu beachten ist darüber hinaus, dass der Platz ohnehin freigeblieben wäre und die Fahrt dennoch stattgefunden hätte. Auch ein Schaden der B wäre damit abzulehnen.

D. Anspruch der B gegen F aus ungerechtfertigter Bereicherung

B könnte gegen F ein Anspruch auf Zahlung der 5 € aus ungerechtfertigter Bereicherung zustehen.

I. § 812 I 1 Var. 1

Ein solcher Anspruch könnte ihr zunächst in Form einer Leistungskondition gem. § 812 I 1 Var. 1 zustehen (*condictio indebiti*).

Dazu müsste F etwas durch Leistung der B in Erfüllung einer vermeintlichen Verbindlichkeit sowie ohne Rechtsgrund erlangt haben. Vorliegend könnte es jedoch bereits an einer Leistung der B mangeln.

Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.²² B hat hier zwar das Verhalten der F beobachtet und das Karussell nicht angehalten, sodass die Vermögensmehrung insofern »bewusst« war. Jedoch ist zu beachten, dass die Leistungsbereitschaft der B grds. nur gegenüber Personen mit Fahrchip besteht. Darüber hinaus verfolgte B mangels Vertragsschlusses auch keinen Tilgungszweck. Von einer »zweckgerichteten« Mehrung kann nicht die Rede sein.

Damit liegt keine Leistung vor. Ein Anspruch aus Leistungskondition gem. § 812 I 1 Var. 1 scheidet folglich aus.²³

II. § 812 I 1 Var. 2

Es könnte jedoch ein Fall der Eingriffskondition i. S. d. § 812 I 1 Var. 2 vorliegen.

1. Etwas erlangt

F müsste zunächst etwas erlangt haben. Dies kann jeder Vermögensvorteil sein.²⁴ Fraglich ist vorliegend, worin ein solcher Vermögensvorteil zu sehen ist.

Das erlangte Etwas könnte in der etwaigen Ersparnis von Aufwendungen der F liegen. Demnach hätte F schon nichts erlangt, wenn die Karussellfahrt für sie lediglich eine sog. »Luxusaufwendung« darstellen würde. Um Luxusaufwendungen handelt es sich, wenn der Empfänger sich einen vergleichbaren Vorteil nicht anderweitig gegen Entgelt verschafft hätte.²⁵ F gibt vorliegend an, dass sie niemals 5 € für eine solch kurze Fahrt ausgegeben hätte. Somit stellt die

Karussellfahrt für sie eine Luxusaufwendung dar, sodass F nach der Ansicht des BGH nichts erlangt hätte.

Hingegen könnte bereits der Gebrauchsvorteil selbst den – nicht gegenständlichen – Vermögensvorteil darstellen. Demnach hätte F mit der Karussellfahrt einen Vermögensvorteil erlangt.

Dies erscheint aus systematischen Gesichtspunkten vorzugswürdig. Die Frage, ob F Aufwendungen erspart hat, ist eine solche der Rechtsfolgenseite i. R. d. Umfangs des Bereicherungsanspruchs (§ 818).²⁶ Mithin ist der Ansicht zu folgen, die das erlangte Etwas in dem Gebrauchsvorteil selbst sieht.

F hat die Karussellfahrt erlangt.

2. In sonstiger Weise

F müsste dieses Etwas zudem in sonstiger Weise erlangt haben, § 812 I 1 Var. 2. Hierbei ist darauf abzustellen, ob der Bereicherungsschuldner den Vorteil durch Eingriff in eine Rechtsposition erlangt hat, deren wirtschaftliche Verwertung nach der Rechtsordnung allein dem Gläubiger vorbehalten ist.²⁷

Eine Leistung der B ist vorliegend nicht gegeben (s. o.). F könnte hier aber in den Zuweisungsgehalt einer Rechtsposition der B eingegriffen haben. B ist Eigentümerin des Karussells und somit gem. § 903 zum Gebrauch berechtigt. Ihr steht kraft Eigentums das Nutzungsrecht und die Ausschlussbefugnis zu.²⁸ Hier hat F durch ihre Erschleichung der Fahrt in diese Rechtsposition eingegriffen. Somit war der Eingriff auch auf Kosten der B.

3. Ohne Rechtsgrund

Dies müsste auch ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Dies ist dann der Fall, wenn der erlangte Vorteil nach der Rechtsordnung einem anderen gebührt.²⁹

Der Gebrauchsvorteil wird durch die Rechtsordnung lediglich der B als Eigentümerin zugeordnet. F erlangte die Fahrt somit auch ohne Rechtsgrund.

4. Rechtsfolge

Gem. § 818 I ist F somit grds. zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet. Dies ist jedoch im Falle einer in Anspruch genommenen Karussellfahrt nicht möglich.

²² BeckOGK BGB/Wendehorst (Fn. 4), § 812 Rn. 38; BGHZ 40, 272 (277); NJW 2004, 1169.

²³ A. A. vertretbar.

²⁴ NK-BGB/Gessaphe (Fn. 17), § 812 Rn. 8 ff.; Jauernig/Stadler (Fn. 2), § 812 Rn. 8.

²⁵ BGHZ 55, 128 (130 f.); NJW 1971, 609 (611); MüKoBGB/Schwab (Fn. 24), § 818 Rn. 191; Looschelders, Schuldrecht BT, 12. Auflage (2017), Rn. 1112.

²⁶ Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 40. Auflage (2016), § 40 Rn. 5; Looschelders (Fn. 26), Rn. 1020; MüKoBGB/Schwab (Fn. 24), § 812 Rn. 18.

²⁷ BGHZ 107, 117 (120).

²⁸ MüKoBGB/Wagner (Fn. 24), § 823 Rn. 242; HK-BGB/Schulte-Nölke (Fn. 16), Vor. § 903 Rn. 1; BeckOGK BGB/Lakkis (Fn. 4), § 903 Rn. 91 ff.

²⁹ Brox/Walker (Fn. 27), § 42 Rn. 7; vgl. BeckOK BGB/Wendehorst (Fn. 4), § 812 Rn. 138.

a) Wertersatz gem. § 818 II

Gem. § 818 II hat der Empfänger, wenn die Herausgabe des Erlangten *in natura* nicht möglich ist, den Wert zu ersetzen. Mithin wäre F zum Ersatz der 5 € verpflichtet, § 818 II.

b) Entreicherung gem. § 818 III

Gem. § 818 III würde diese Pflicht entfallen, wenn F nicht mehr bereichert wäre. Die Bereicherung müsste also ersatzlos weggefallen sein. Zu verneinen ist die Entreicherung aber, wenn der Schuldner durch das Erlangte anderweitige Aufwendungen erspart hat.³⁰ Ein ersatzloser Wegfall ist allerdings auch gegeben, wenn der Schuldner das Erlangte regulär nicht in Anspruch genommen hätte (sog. Luxusaufwendungen, s. o.).³¹ Wie bereits festgestellt, hätte F normalerweise keine Karussellfahrt für 5 € unternommen, sodass sie auch keine Aufwendungen erspart hat. Eine Luxusaufwendung liegt vor. Deshalb kann sich F grds. auf Entreicherung berufen, § 818 III.

c) Haftungsverschärfung

Die Berufung auf Entreicherung wäre F jedoch verwehrt, wenn die Voraussetzungen der verschärften Haftung gem. §§ 819 I, 818 IV vorliegen würden³².

Dies wäre der Fall, wenn F in Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes gehandelt hätte.

Zu klären ist daher, wie sich die Trunkenheit der F auf eine etwaige Kenntnis auswirkt.

aa) Eine Ansicht

Nach einer Ansicht ist in derartigen Konstellationen zu differenzieren: Bei einer Leistungskondition sei ob der Vertragsähnlichkeit auf den Schutzzweck der §§ 105 ff. abzustellen. Dagegen sei bei einer Eingriffskondition aufgrund ihres deliktsähnlichen Charakters auf die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen nach §§ 827 f. analog abzustellen.³³ Hier

ist eine Eingriffskondition gegeben. Mithin käme es auf die Einsichtsfähigkeit der F an. Diese hat sich selbst durch alkoholische Getränke in einen vorübergehenden Zustand gestörter Geistestätigkeit versetzt. Gem. § 827 S. 2 wäre F für den Schaden, den sie in diesem Zustand verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihr Fahrlässigkeit zur Last fielen. F handelte vorliegend vorsätzlich.

Somit wäre unter Heranziehung des § 827 S. 2 analog eine verschärfte Haftung gem. § 819 I zu bejahen.

bb) Andere Ansicht

Einer anderen Ansicht zufolge ist in einem solchen Fall der Schutzzweck der § 105 ff. einschlägig.³⁴ Diese Betrachtung hätte zur Folge, dass eine Kenntnis des Rechtsgrundes durch F aufgrund der Störung ihrer Geistestätigkeit gem. § 105 II ausgeschlossen wäre.

cc) Streitentscheid

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen; ein Streitentscheid ist erforderlich.

Gegen eine analoge Anwendung der §§ 827 ff. im Bereicherungsrecht spricht, dass diese Vorschriften auf einen Ausgleich von Schäden zugeschnitten sind.³⁵ Über diesen Aspekt könnte zwar grds. die Deliktsähnlichkeit der Eingriffskondition hinweghelfen. Dies vermag jedoch im vorliegenden Fall angesichts der Tatsache, dass hier weder eine unerlaubte Handlung begangen wurde³⁶ noch ein Schaden der B vorliegt, nicht zu überzeugen.³⁷ Eine Heranziehung des § 105 II erscheint somit sachgerecht. Eine Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes der F i. S. d. § 819 I ist folglich abzulehnen. F haftet nicht verschärft.

5. Ergebnis

F kann sich auf Entreicherung gem. § 818 III berufen. Sie ist der B gem. § 818 II nicht zum Wertersatz verpflichtet.

III. Ergebnis

B hat keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. §§ 812 I 1 Var. 2, 818 II (Eingriffskondition).

³⁰ Vgl. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, 18. Auflage (2018), Rn. 1172; *Looschelders* (Fn. 26), Rn. 1111.

³¹ Vgl. BGHZ 55, 128; *MüKoBGB/Schwab* (Fn. 24), § 818 Rn. 191; *Looschelders* (Fn. 26), Rn. 1112.

³² Zur Vertiefung des ähnlich gelagerten Flugreise-Falls: BGHZ 55, 128; *Müller*, Die Bösgläubigkeit des Minderjährigen im Fall des § 819 BGB, JuS 1995; *Härtlein*, Die Flugreiseentscheidung, JA 1996, 930; *Hombrecher*, Die verschärfte Haftung Minderjähriger nach § 819 I BGB – Der Flugreisefall, JURA 2004, 250.

³³ Vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 27. Auflage (2019), Rn. 176; *MüKoBGB/Schwab* (Fn. 24), § 819 Rn. 9; *Palandt/Sprau* (Fn. 5), § 819

Rn. 4.

³⁴ *Brox/Walker* (Fn. 27), § 43 Rn. 19; *Medicus/Petersen* (Fn. 27), Rn. 176; *Looschelders* (Fn. 26), Rn. 1120.

³⁵ *Looschelders* (Fn. 26), Rn. 1120; *Wieling*, BereicherungsR, 4. Auflage (2007), § 5 II 1 b bb.

³⁶ S. Frage 2 B. II., 1. b.

³⁷ Vgl. BGH NJW 1971, 609 (612).

ÖffR Fallbearbeitung

Jakob Schünemann*

Örtliche Auseinandersetzungen

Fallbearbeitung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene

Die vorliegende Fallbearbeitung ist anspruchsvoll und ermöglicht an vielen Stellen detaillierte Ausführungen sowie verschiedene Lösungswege. Der Lösungsvorschlag enthält daher Hinweise zu alternativen Lösungsmöglichkeiten sowie zur typischen Erwartungshaltung in einer Klausur.

SACHVERHALT

In Göttingen kommt es seit einigen Wochen zu Auseinandersetzungen über die geplante Wohnbebauung eines Stadtparkes. Die wöchentlich stattfindenden Demonstrationen der Bebauungsgegner auf dem Marktplatz werden dabei stets durch eine Gruppe von Gegendemonstranten begleitet.

Am 18. 2. 2020 kommt es dabei erstmals zu vereinzelt gewalttätigen Aktionen einiger Gegendemonstranten gegen die Kundgebung der Bebauungsgegner sowie gegen Polizeibeamte. Auch der A ist zu diesem Zeitpunkt vor Ort und fertigt wie fast jede Woche mit seiner Spiegelreflexkamera rechtmäßig Bildaufnahmen vom Versammlungsgeschehen an. Kurz vor Beendigung der beiden Versammlungen fordert die Polizei gegen 20.30 Uhr den A zur Herausgabe der Speicherkarte in seiner Kamera auf, um Beweismaterial über mögliche Straftaten der Gegendemonstranten zu sichern.

A, der sich selbst zum Lager der Gegendemonstranten zählt, weigert sich jedoch. Auch der daraufhin angeordneten polizeilichen Beschlagnahme widersetzt er sich. Dabei lässt er unbemerkt die Speicherkarte in der Hoffnung fallen, auf diese Weise eine Beschlagnahme endgültig zu verhindern. Da die Speicherkarte von den Polizeibeamten zunächst nicht gefunden wird, nehmen sie den A mit auf die naheliegende Dienststelle.

Bis zum Fund der Speicherkarte um 21.40 Uhr wird A dort festgehalten. Da sich zu dieser Zeit immer noch mehrere Teilnehmer der mittlerweile beendeten Demonstrationen in der Innenstadt aufhalten und eine aufgeheizte Stimmung herrscht, befürchten die Polizeibeamten der Polizeidirektion Göttingen, dass es an diesem Abend noch zu weiteren strafbaren Auseinandersetzungen zwischen den verschiedenen Lagern kommen könnte. Sie gehen zwar davon aus, dass sich A nicht an diesen beteiligen würde, befürchten aber, dass A eine effektive polizeiliche Arbeit in diesem Zusammenhang

erneut behindern würde. Die Polizeibeamten erteilen dem A daher bis 23.00 Uhr dieses Tages einen Platzverweis für die gesamte Innenstadt Göttingens. Nachdem sie dem A die konkreten Grenzen der Innenstadt erläutert haben, verlässt er die Polizeidienststelle.

Am nächsten Morgen ärgert sich A jedoch darüber, dass er sich gegen den Platzverweis nicht gewehrt hat. Schließlich sei dieser rechtswidrig gewesen, weil überhaupt keine Gefahr bestanden habe, dass er nochmals die polizeiliche Arbeit »störe«. Nur weil möglicherweise die Gefahr weiterer Auseinandersetzungen zwischen anderen Teilnehmern der Demonstrationen bestand, dürfe er als Unbeteiligter ja nicht der Leidtragende sein. Zudem habe sich der Platzverweis auf ein viel zu großes Gebiet erstreckt, sodass kaum noch von einem »Platzverweis« die Rede sein könne. Da A fürchtet, bei den kommenden Demonstrationen gegen die Bebauungsgegner wieder einen Platzverweis zu erhalten, möchte er die Rechtswidrigkeit des bereits ergangenen Platzverweises feststellen lassen. Er erhebt daher am Donnerstag, den 20. 2. 2020, vor dem zuständigen Verwaltungsgericht Göttingen formgerecht eine gegen den Platzverweis gerichtete Klage.

Hat die Klage des A Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungsvermerk: Im Rahmen der Fallfrage ist zu allen aufgeworfenen Rechtsfragen – gegebenenfalls hilfsweise – Stellung zu nehmen. Unterstellen Sie die Verfassungsmäßigkeit aller anwendbaren Normen. Gehen Sie weiterhin davon aus, dass der Platzverweis formell rechtmäßig war. § 17 III NPOG ist nicht zu prüfen.

GLIEDERUNG

- A. Sachentscheidungsvoraussetzungen
 - I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges
 - II. Statthafte Klageart
 - III. Fortsetzungsfeststellungsinteresse
 - IV. Klagebefugnis
 - V. Vorverfahren
 - VI. Klagegegner
 - VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit
 - VIII. Klagefrist
 - IX. Ergebnis

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht von Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger in Göttingen. Die vorliegende Fallbearbeitung wurde im Sommersemester 2020 als Klausur in der Übung im Öffentlichen Recht gestellt. Aufgrund der Corona-Pandemie erfolgte sie als digitale Open-Book Klausur.

- B. Begründetheit
- I. Rechtmäßigkeit des Platzverweises
 1. Ermächtigungsgrundlage
 2. Formelle Rechtmäßigkeit
 3. Materielle Rechtmäßigkeit
 - a) Tatbestandsvoraussetzungen
 - aa) Gefahr weiterer Auseinandersetzungen
 - bb) Gefahr weiterer Störungen durch den A
 - cc) Zwischenergebnis
 - b) Polizeirechtliche Verantwortlichkeit
 - c) Rechtsfolge: Ermessen
 - aa) Entschließungsermessen
 - bb) Auswahlmessen hinsichtlich der Rechtsfolge
 - cc) Auswahlmessen hinsichtlich des Adressaten
 - dd) Zwischenergebnis
 - d) Zwischenergebnis
 4. Zwischenergebnis
 - II. Eigene Rechtsverletzung
 - III. Ergebnis
- C. Gesamtergebnis

GUTACHTEN

Die Klage des A hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen¹

Zunächst müssten alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Dazu müsste zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels einer aufdrängenden Sonderzuweisung kommt eine Eröffnung über die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO in Betracht. Dies erfordert das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. Zudem darf keine abdrängende Sonderzuweisung vorliegen.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.² Streitgegenstand ist der Platzverweis gegen A. Streitentscheidende Norm ist § 17 I 1 NPOG. Dieser berechtigt die Polizei und die Verwaltungsbehörden, in ihrer hoheitlichen Funktion einen Platzverweis auszusprechen, und ist daher nach der modifizierten Subjektstheorie dem öffentlichen Recht zuzuordnen.³

¹ Vertretbar ist es ebenfalls, diesen Prüfungspunkt als »Zulässigkeit« zu bezeichnen und den Obersatz dementsprechend zu formulieren.

² Eyermann/Rennert, VwGO, 15. Auflage (2019), § 40 Rn. 31 f.

³ Zur modifizierten Subjektstheorie vgl. Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Auflage (2019), Rn. 104 ff. m. w. N. Da es sich vorliegend um ein klassisches Über-Unterordnungs-Verhältnis zwischen Staat und Bürger handelt, kann auch ohne Weiteres auf die Subordinationstheorie abgestellt wer-

Weder A noch die Polizei sind Verfassungsorgane und sie streiten sich auch nicht über ihre unmittelbar aus der Verfassung folgenden Rechte, sodass mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt.⁴

In Betracht kommt jedoch die abdrängende Sonderzuweisung des § 23 I 1 EGGVG. Dazu müsste es sich bei dem Platzverweis um einen Justizverwaltungsakt handeln.⁵ Dies ist nach der Schwerpunkttheorie der Fall, wenn der Platzverweis einen jedenfalls überwiegend repressiven Zweck verfolgt.⁶ Der Platzverweis gegenüber A dient jedoch nur der Gefahrverhütung und verfolgt daher einen eindeutig präventiven Zweck. Die abdrängende Sonderzuweisung des § 23 I 1 EGGVG ist folglich nicht einschlägig. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit über die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers (vgl. § 88 VwGO). A möchte sich gegen den Platzverweis wehren.

Dieser stellt eine hoheitliche Maßnahme der Polizei auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (§ 17 I 1 NPOG) dar, die sich für den Einzelfall unmittelbar an den A richtet und diesen verpflichtet, die Innenstadt für einen bestimmten Zeitraum nicht zu betreten. Es handelt sich daher um einen belastenden Verwaltungsakt i. S. d. § 35 I VwVfG i. V. m. § 1 I NVwVfG⁷, gegen den ursprünglich die Anfechtungsklage gemäß § 42 I Alt. 1 VwGO statthaft gewesen wäre.

Jedoch hat sich der Regelungsgehalt des Platzverweises durch Zeitablauf bereits vor Klageerhebung erledigt, sodass weder die Anfechtungsklage (§ 42 I Alt. 1 VwGO) noch die Fortsetzungsfeststellungsklage (FFK) in direkter Anwendung des § 113 I 4 VwGO statthaft sind. In Betracht kommt jedoch eine FFK in analoger Anwendung des § 113 I 4 VwGO. Die vergleichbare Interessenlage besteht darin, dass nach der Wertung des Art. 19 IV GG der Bürger auch bei kurzfristig sich erledigenden Verwaltungsakten, wie z. B. Platzverweisen, nicht rechtsschutzlos gestellt werden

den, nach der hier ebenfalls eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, vgl. zu dieser *ebd.*, Rn. 100 f.

⁴ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Auflage (2019), § 11 Rn. 49 f.

⁵ Zu dem Begriff vgl. Hufen (Fn. 4), § 11 Rn. 61 ff. Fehlerhaft wäre es, wenn hier auf die vorhergegangenen Handlungen der Polizeibeamten gegenüber A abgestellt werden würden (Beschlagnahme; Verbringen auf das Revier), die zwar im Schwerpunkt einen repressiven Zweck verfolgen und sich daher nach der StPO richten (§ 164 und § 94 II StPO), nicht aber Gegenstand der Fragestellung sind.

⁶ Herrschende Meinung, vgl. BVerwGE 47, 255 (264 f.); Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Auflage (2018), § 94 Rn. 7; a. A. Schenke (Fn. 3), Rn. 140. Im vorliegenden Fall ist die Zielsetzung des Platzverweises aber eindeutig präventiv, sodass es sich gar nicht um eine sog. doppel funktionelle Maßnahme handelt und alle Ansichten das Vorliegen eines Justizverwaltungsaktes ablehnen würden.

⁷ Vorschriften des VwVfG gelten nachfolgend jeweils als i. V. m. § 1 I NVwVfG zitiert.

darf und diese Rechtsschutzlücke daher geschlossen werden muss.⁸

Fraglich ist jedoch, ob aufgrund der Existenz der Feststellungsklage gemäß § 43 I VwGO überhaupt eine planwidrige Regelungslücke besteht. Diese ist mangels der Statthaftigkeit von Verpflichtungs- und Anfechtungsklage zumindest nicht subsidiär (§ 43 II VwGO). Jedoch kann mittels einer Feststellungsklage nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses oder die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes festgestellt werden (§ 43 I VwGO). Ein erledigter Verwaltungsakt ist jedoch kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis, denn ansonsten wäre der § 43 I VwGO auch für *nach* Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte statthaft und die Regelung der Fortsetzungsfeststellungsklage in § 113 I 4 VwGO damit überflüssig.⁹ Daraus folgt, dass auch § 43 I VwGO analog angewandt werden müsste.¹⁰

Gegen eine analoge Anwendung des § 43 I VwGO und für eine analoge Anwendung des § 113 I 4 VwGO spricht, dass die VwGO systematisch zwischen Rechtsbehelfen mit und ohne Verwaltungsaktbezug unterscheidet und die Interessenlage daher mit der von § 113 I 4 VwGO erfassten vergleichbarer ist.¹¹ Es würde daher zu erheblichen Wertungswidersprüchen führen, wenn die zur Feststellung der Rechtswidrigkeit belastender, aber erledigter Verwaltungsakte statthafte Klageart und dessen Zulässigkeitsvoraussetzungen allein vom zufälligen Zeitpunkt der Erledigung abhängen.¹² Mithin ist vorliegend die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO statthaft.¹³

III. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Analog § 113 I 4 VwGO muss A ein besonderes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes haben (Fortsetzungsfeststellungsinteresse). Dazu genügt jedes schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, sofern die gerichtliche Feststellung dazu geeignet erscheint, die Rechtsposition

des Antragstellers zu verbessern.¹⁴ Diese schutzwürdigen Interessen werden mittels (nicht abschließender) Fallgruppen konkretisiert.¹⁵

In Betracht kommt hier zunächst das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr. Diese erfordert konkrete Anhaltspunkte dafür, dass dem A in absehbarer Zeit wieder eine ähnliche Anordnung droht. A macht geltend, dass er auch zukünftig an den wöchentlichen Demonstrationen teilnehmen und dabei auch das Versammlungsgeschehen fotografieren möchte. Aufgrund der ähnlichen Situation würden die Polizeibeamten daher möglicherweise davon ausgehen, dass A erneut die polizeiliche Arbeit stören werde, sodass sie ihm deswegen einen Platzverweis erteilen könnten. Es liegen daher ausreichend konkrete Anhaltspunkte vor, dass A bei den nächsten Demonstrationen erneut mit einem Platzverweis rechnen muss. Eine Wiederholungsgefahr besteht damit (*a. A. mit entsprechender Begründung vertretbar*).

In Betracht kommt weiterhin ein Rehabilitationsinteresse des A, das Vorliegen würde, wenn sich A durch den Platzverweis einer fortwirkenden Stigmatisierung ausgesetzt sähe, die geeignet wäre, sein Ansehen in der Öffentlichkeit herabzusetzen.¹⁶ Vorliegend geht es allein um den Platzverweis, der dem A erteilt wurde, weil die Polizei die Gefahr sah, dass er weiterhin die Polizeiarbeit behindern würde. Davon könnte grundsätzlich eine ausreichende stigmatisierende Wirkung ausgehen. Jedoch wurde dem A der Platzverweis in der Dienststelle erteilt, sodass er der Öffentlichkeit als solches nicht bekannt ist und daher nicht geeignet ist, das Ansehen des A in der Öffentlichkeit fortwirkend zu beeinträchtigen (*a. A. mit guter Argumentation vertretbar*).

Letztlich könnte ein besonderes Interesse des A auch daraus resultieren, dass es sich bei dem Platzverweis um einen gewichtigen Grundrechtseingriff handelt, der sich kurzfristig erledigt hat.¹⁷ Auch wenn der Platzverweis nur für eine kurze Zeitspanne wirksam war, so erstreckte er sich doch auf ein großes Gebiet und war damit ein erheblicher Eingriff. Entscheidend ist aber, dass A überhaupt keine Möglichkeit hatte, gegen den Platzverweis gerichtlich vorzugehen, Art. 19 IV GG aber einen umfassenden Rechtsschutz gewährleistet. Ein ausreichendes Fortsetzungsfeststellungsinteresse liegt daher auch unter diesem Gesichtspunkt vor.

⁸ *Hufen* (Fn. 4), § 18 Rn. 42; *Schenke* (Fn. 3), Rn. 325; *ders.*, Neue Wege im Rechtsschutz gegen vorprozessual erledigte Verwaltungsakte?, NVwZ 2000, 1255 (1256).

⁹ *Rozeck*, Neues zur Fortsetzungsfeststellungsklage: Fortsetzung folgt?, JuS 2000, 1162 (1165 f.); a. A. BVerwGE 109, 203 (209); *Schenke* (Fn. 3), Rn. 325.

¹⁰ Analoge Anwendung befürwortet *Fechmer*, Die Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage, NVwZ 2000, 121 (129).

¹¹ *Eyermann/Schübel-Pfister* (Fn. 2), § 113 Rn. 90.

¹² *Schenke* (Fn. 8), NVwZ 2000, 1255 (1257); *Eyermann/Schübel-Pfister* (Fn. 2), § 113 Rn. 90; *Funke/Stocker*, Die Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage bei vorprozessualer Erledigung, JuS 2019, 979 (980). Dieses Argument wird auch gegen eine direkte Anwendbarkeit des § 43 VwGO vorgebracht.

¹³ St. Rspr. des BVerwG, vgl. die Nachweise bei BVerwG NJW 1991, 581 (581); *Hufen* (Fn. 4), § 18 Rn. 42; *Schenke* (Fn. 3), Rn. 325. Die analoge Anwendbarkeit von Normen sollte immer zumindest kurz begründet werden. Erfolgt sie so ausführlich wie hier, würde dies in Klausuren besonders honoriert werden.

¹⁴ BVerwGE 53, 134 (137); *Sodan/Ziekow* (Fn. 6), § 102 Rn. 6.

¹⁵ *Thiele*, Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei Grundrechtseingriffen in der neueren Rechtsprechung des BVerwG, DVBl. 2015, 954 (954).

¹⁶ *Hufen* (Fn. 4), § 18 Rn. 50. Nicht im Sachverhalt angelegt, sodass dessen Erörterung in einer Klausur i. d. R. nicht erwartet wird.

¹⁷ Die Anforderungen an diese Fallgruppe sind im Einzelnen noch umstritten. Insbesondere ist strittig, ob kurzfristig erledigende Verwaltungsakte tatsächliche kumulativ eine erhebliche Grundrechtsverletzung voraussetzen, vgl. *Schenke* (Fn. 3), Rn. 583 mit zahlreichen Nachweisen. Davon zu unterscheiden ist die Diskussion, ob ein erheblicher Grundrechtseingriff für sich genommen bereits ein besonderes Feststellungsinteresse begründen kann. Bejahend *Thiele* (Fn. 15), DVBl. 2015, 954 ff.; ablehnend *Schenke* (Fn. 3), Rn. 586.

IV. Klagebefugnis

Bei der FFK analog § 113 I 4 VwGO handelt es sich um die Fortsetzung einer ursprünglich statthaften Anfechtungsklage, sodass deren Sachentscheidungsvoraussetzungen im Rahmen der analogen Anwendung grundsätzlich Berücksichtigung finden müssen.¹⁸ A müsste daher analog § 42 II VwGO eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen (Klagebefugnis).¹⁹ Er müsste also durch den Platzverweis möglicherweise in eigenen subjektiven Rechten verletzt worden sein (Möglichkeitstheorie). Der Platzverweis ist eine lediglich kurzfristig wirkende Maßnahme, sodass er A nicht in seinem Recht auf Freizügigkeit gemäß Art. 11 I GG verletzen kann.²⁰ Er ist für seinen Adressaten A dennoch ein belastender Verwaltungsakt, der dessen Rechtskreis schmälert. Nicht von vornherein ausgeschlossen ist daher, dass A zumindest in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG verletzt worden ist (sog. Adressatengedanke). A ist daher klagebefugt.

V. Vorverfahren

Grundsätzlich denkbar wäre es, dass auch das für die Anfechtungsklage erforderliche Vorverfahren analog § 68 VwGO vor der Erhebung einer FFK durchzuführen wäre.²¹ Abgesehen davon, dass ein solcher »Fortsetzungsfeststellungswiderspruch« deutlich weniger rechtsschutzintensiv, wenn nicht gar zwecklos wäre,²² wäre ein Vorverfahren hier gemäß § 68 I 2 Alt. 1 VwGO i. V. m. § 80 I NJG auch bei einer Anfechtungsklage unstatthaft gewesen. Es ist folglich hier auch für die FFK unstatthaft.

VI. Klagegegner

Der richtige Klagegegner der Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 IV 1 VwGO könnte sich einerseits nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip bestimmen.²³ Demnach wäre das Land Niedersachsen als Rechtsträger der handelnden Polizisten der Polizeidirektion Göttingen der richtige Klagegegner. Andererseits könnte der richtige Klagegegner auch analog § 78 VwGO zu ermitteln sein.²⁴ Die Polizeidirektion Göttingen ist eine Landesbehörde (§§ 87 I Nr. 3, 90 I NPOG) und wäre daher § 78 I Nr. 2 VwGO analog i. V. m. § 79 II NJG die richtige Klagegegnerin.

¹⁸ Hufen (Fn. 4), § 18 Rn. 37. Nach h. M. gilt dies nicht für das Vorverfahren und die Klagefrist, vgl. Eyermann/Schübel-Pfister (Fn. 2), § 113 Rn. 97. Konsequente Anwendung aller Sachentscheidungsvoraussetzungen befürwortet Schenke, Die Neujustierung der Fortsetzungsfeststellungsklage, JuS 2007, 697 (699 f.).

¹⁹ Schoch/Schneider/Bier/Wahl/Schütz, VwGO, 38. EL (2020), § 42 Abs. 2 Rn. 22.

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 25. 3. 2008 – 1 BvR 1548/02, Rn. 21; BeckOK PolR Nds/Waechter, NPOG, 1. 8. 2020, § 17 Rn. 5; Dreier/Wollenschläger, GG, 3. Auflage (2013), Art. 11 Rn. 29.

²¹ Ablehnend: BVerwGE 26, 161 (166); Eyermann/Schübel-Pfister (Fn. 2), § 113 Rn. 97. Befürwortend Schenke (Fn. 18), JuS 2007, 697 (670).

²² Eyermann/Rennert (Fn. 2), § 68 Rn. 4.

²³ Eyermann/Happ (Fn. 2), § 78 Rn. 10 f.

²⁴ Schenke (Fn. 18), JuS 2007, 697 (670).

Für eine analoge Anwendung des § 78 VwGO spricht, dass es sich bei der Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 IV 4 VwGO um die Fortsetzung einer zumindest kurzfristig statthaften Anfechtungsklage handelt und die Sachentscheidungsvoraussetzungen nicht vom zufälligen Zeitpunkt der Erledigung des Verwaltungsaktes abhängen können.²⁵ Richtige Klagegegnerin ist daher gemäß § 78 I Nr. 2 VwGO analog i. V. m. § 79 II NJG die Polizeidirektion Göttingen.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

A ist als natürliche Person gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und gemäß § 62 I Nr. 1 VwGO auch prozessfähig. Die Polizeidirektion Göttingen ist gemäß § 61 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 79 I NJG beteiligtenfähig und vertreten durch den Polizeipräsidenten²⁶ gemäß § 62 III VwGO prozessfähig.

VIII. Klagefrist

Denkbar wäre es, dass analog § 74 VwGO eine Klagefrist von einem Monat ab Bekanntgabe des Platzverweises einzuhalten wäre. A hat bereits 2 Tage später Klage erhoben, sodass eine solche Klagefrist in jedem Fall eingehalten wäre. Es kommt daher nicht darauf an, ob eine solche besteht.²⁷

IX. Ergebnis

Die Klage des A ist ordnungsgemäß (§ 81 I VwGO) vor dem zuständigen Verwaltungsgericht erhoben worden und auch die übrigen Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor.

B. Begründetheit

Die Fortsetzungsfeststellungsklage des A ist begründet, soweit der Platzverweis rechtswidrig war und den A in seinen Rechten verletzt hat (§ 113 I 1 i. V. m. § 113 I 4 VwGO analog).

I. Rechtmäßigkeit des Platzverweises

Der Platzverweis war rechtmäßig, wenn er auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruhte und sowohl formell als auch materiell rechtmäßig war.

1. Ermächtigungsgrundlage

Aufgrund des Vorbehaltes des Gesetzes (vgl. Art. 20 III GG) bedarf der Platzverweis als belastender Verwaltungsakt einer verfassungskonformen Ermächtigungsgrundlage.

Denkbar wäre zunächst, dass der Platzverweis auf Grundlage des NVersG erfolgt ist. Soweit dies der Fall ist, könnte ein Rückgriff auf das allgemeine Gefahrenabwehrrecht des

²⁵ Schoch/Schneider/Bier/Meissner/Schenk (Fn. 19), § 78 Rn. 50. Siehe auch die Nachweise bei Fn. 12.

²⁶ Die Vertretungsbefugnis des Polizeipräsidenten ist in einem Runderlass geregelt (Nds. MBl. 2017, 1414; Ziffer 2.3). Ein Eingehen hierauf wird in Klausuren nicht erwartet.

²⁷ Zum Streitstand vgl. Funke/Stocker (Fn. 12), JuS 2019, 979 ff.

NPOG aufgrund der Sperrwirkung des Versammlungsrechts ausgeschlossen sein (Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts, vgl. § 3 I 2 NPOG). Dazu müsste jedoch der Anwendungsbereich des NVersG eröffnet sein und dieses zudem eine abschließende Regelung treffen.

Der Anwendungsbereich des NVersG ist nur für die Abwehr versammlungsspezifischer Gefahren eröffnet.²⁸ Zum Zeitpunkt der Erteilung des Platzverweises waren die beiden Demonstrationen jedoch bereits beendet, sodass keine Versammlung i. S. d. des Art. 8 I GG und des § 2 NVersG mehr vorlag. Folglich ist auch der Anwendungsbereich des NVersG nicht eröffnet. Eine Anwendung des NPOG ist daher möglich.

Als Ermächtigungsgrundlage für die Verweisung des A kommt daher § 17 I NPOG in Betracht. Dieser regelt – in Abgrenzung zu § 17 III NPOG – den kurzfristigen, »vorübergehenden« Platzverweis.²⁹ Vorliegend wird A nur für 80 Minuten aus der Innenstadt Göttingens verwiesen, sodass es sich um einen kurzfristigen Platzverweis i. S. d. § 17 I 1 NPOG handelt, der daher als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommt. Von seiner Verfassungsmäßigkeit ist auszugehen.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Platzverweis war formell rechtmäßig (siehe Bearbeitungsvermerk).

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Platzverweis wäre materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen für dessen Erlass vorgelegen haben und nicht ermessensfehlerhaft gehandelt wurde.

a) Tatbestandsvoraussetzungen

Gemäß § 17 I 1 NPOG müsste die Polizei zur Abwehr einer Gefahr gehandelt haben. Eine Gefahr ist gemäß § 2 Nr. 1 NPOG eine konkrete Gefahr, also eine Sachlage, bei der im Einzelfall eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird.

Für die Annahme einer konkreten Gefahr kommen vorliegend zwei Ansatzpunkte in Betracht.

aa) Gefahr weiterer Auseinandersetzungen³⁰

Die Polizei befürchtete an dem Abend weitere strafbare Auseinandersetzungen zwischen den Teilnehmern der Demonstrationen. Diese könnten eine konkrete Gefahr darstellen, wenn die Auseinandersetzungen ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung beeinträchtigen würden und solche Auseinandersetzungen hinreichend wahrscheinlich waren.

Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der subjektiven Rechtsgüter und Rechte des Einzelnen sowie den Bestand und die Funktionsfähigkeit der Veranstaltungen und Einrichtungen des Staates und der sonstigen Träger der Hoheitsgewalt.³¹ Die objektive Rechtsordnung umfasst alle zwingenden Rechtsnormen, die den Bürger zu einem Verhalten gegenüber dem Staat oder einem Privaten verpflichten.³²

Kommt es zu strafbaren Auseinandersetzungen, werden Strafgesetze (z. B. § 223 oder § 303 StGB) verletzt. Diese sind zwingende Verbotsnormen und demnach Teil der objektiven Rechtsordnung. Folglich würden strafbare Auseinandersetzungen zwischen den Teilnehmern der Demonstrationen ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit beeinträchtigen.

Fraglich ist jedoch, ob diese strafbaren Auseinandersetzungen hinreichend wahrscheinlich waren. Das Vorliegen einer objektiven Gefahr kann nicht sicher festgestellt werden, sodass es darauf ankommt, ob eine korrekte Gefahrenprognose vorgenommen wurde. Demnach müssten aus *ex ante*-Sicht eines durchschnittlich besonnenen und gewissenhaften Amtsträgers für das Vorliegen einer konkreten Gefahr hinreichend tatsächliche Anhaltspunkte vorgelegen haben.³³

Für eine hinreichende Wahrscheinlichkeit spricht, dass sich zu der Zeit des Platzverweises weiterhin Teilnehmer beider Demonstrationen in der Innenstadt aufhielten und insgesamt eine aufgeheizte Stimmung herrschte. Zudem war es bei der Demonstration bereits zu strafbaren Auseinandersetzungen gekommen, sodass weitere Störungen an dem Tag wahrscheinlich erschienen, auch wenn die Ausschreitungen am fraglichen Tag erstmalig erfolgten. Folglich lag eine hinreichende Wahrscheinlichkeit und damit eine Gefahr vor (*a. A. bei umfassender Argumentation vertretbar*).

bb) Gefahr weiterer Störungen durch den A

Die Polizei befürchtete zwar nicht, dass sich A an den Auseinandersetzungen beteiligen würde, jedoch dass er im Zu-

²⁸ Bünningmann, Polizeifestigkeit im Versammlungsrecht, JuS 2016, 695 (697).

²⁹ Eine Abgrenzung könnte weiterhin grundsätzlich auch anhand des vom Platzverweis erfassten Gebietes erfolgen. Aus welchem räumlichen Bereich auf Grundlage des § 17 I 1 NPOG verwiesen werden kann, ist in dieser Fallbearbeitung ein Problemschwerpunkt, zu dem verschiedene Ansichten vertretbar sind (siehe unten). Es wäre daher auch gut vertretbar gewesen, dieses Problem bereits hier anzusprechen und dann den § 17 III NPOG als Ermächtigungsgrundlage zu prüfen, was durch den Bearbeitungsvermerk deswegen ausgeschlossen wurde.

³⁰ Aufbauhinweis: Die vorherige Prüfung der strafbaren Auseinandersetzungen als konkrete Gefahr ist sinnvoll, da die Polizei die Gefahr von Störungen durch den A in diesem Zusammenhang sieht. Besteht schon nicht die Gefahr von Auseinandersetzungen, so besteht erst recht keine Gefahr, dass A in diesem Zusammenhang die Polizeiarbeit stört.

³¹ BeckOK PolR Nds/Ullrich (Fn. 20), § 2 Rn. 9.

³² Für Einzelheiten vgl. BeckOK PolR Nds/Ullrich (Fn. 20), § 2 Rn. 13.

³³ Sodan/Ziekow (Fn. 6), § 68 Rn. 9.

sammenhang mit diesen die Polizeiarbeit stören könnte. Die Polizeiarbeit müsste folglich ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit sein.

Diese umfasst, wie bereits gesehen, auch den Bestand und die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen. Zu diesen Einrichtungen gehört auch die Polizei, die bei ihrer Arbeit Hoheitsgewalt ausübt. Wird die Polizeiarbeit behindert oder gestört, wird die Funktionsfähigkeit der Polizei beeinträchtigt, sodass eine konkrete Gefahr für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit vorläge.³⁴

Fraglich ist aber, ob eine solche Störung der Polizeiarbeit durch A an diesem Abend mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Auch hier kommt es darauf an, ob aus *ex-ante*-Sicht ausreichend tatsächliche Anhaltspunkte vorlagen, damit eine hinreichende Wahrscheinlichkeit angenommen werden konnte (korrekte Gefahrenprognose).

Die Polizei begründete den Platzverweis mit dem Risiko, dass A an diesem Abend erneut die polizeiliche Arbeit behindern würde. Sie nahm folglich ein Wiederholungsrisiko an, um die hinreichende Wahrscheinlichkeit der Störung zu begründen.³⁵

Ein solches Wiederholungsrisiko darf jedoch nicht nur abstrakt möglich sein, sondern es müssen tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die für eine Wiederholung der Störung im konkreten Fall sprechen.³⁶ Allein aus einer vergangenen Störung kann daher nicht auf eine zukünftige Störung geschlossen werden.

Für ein Wiederholungsrisiko im konkreten Fall (und damit für eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts) könnte sprechen, dass sich A bei seinem vorherigen Verhalten bei der Demonstration nicht nur der Beschlagnahme widersetzte, sondern versuchte, die Beschlagnahme durch das Fallenlassen der Speicherkarte dauerhaft zu verhindern. Dies könnte deutlich machen, dass A auch weiterhin an diesem Tag den Willen hatte, die Polizeiarbeit zu verhindern.³⁷

Die Annahme eines solchen abstrakten Willens zur Störung ist jedoch eine Unterstellung, die allein auf dem Verhalten des A in der vergangenen konkreten Situation basiert. Aus einer einmaligen Störung aber auf das Risiko weiterer Störungen zu schließen, ist genau das, was für eine konkrete

Wiederholungsgefahr nicht ausreichend ist. Erforderlich sind daher andere, tatsächliche Anhaltspunkte, dass sich das Risiko an diesem Abend nochmals realisiert.

Für ein solches konkretes Realisierungsrisiko spricht, dass weitere strafbare Auseinandersetzungen zwischen den Teilnehmern der Demonstration an diesem Abend zu erwarten waren (siehe oben). Es war also hinreichend wahrscheinlich, dass eine Situation eintreten würde, die für A, der sich selbst zum Lager der Gegendemonstranten zählt, ein Anlass sein könnte, wieder die Polizeiarbeit zu beeinträchtigen.³⁸

Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass A auch bei den Auseinandersetzungen im Rahmen der Demonstrationen die Polizeiarbeit nicht gestört hatte, sondern erst als er einer Beschlagnahmeanordnung ausgesetzt war. Der Anlass für die vorherige Störung durch den A war folglich nicht das Eintreten strafbarer Auseinandersetzungen, sondern dass seine Speicherkarte zur Beweissicherung beschlagnahmt wurde. Er störte daher nicht als unbeteiligter Dritter, sondern als Adressat einer polizeilichen Maßnahme. Dafür, dass A bei weiteren Auseinandersetzungen an dem Abend wieder Adressat polizeilicher Maßnahmen zur Beweissicherung würde, existierten jedoch keine tatsächlichen Anhaltspunkte. Insbesondere deutete nichts darauf hin, dass A wieder fotografieren und sich daher wieder einer Beschlagnahme ausgesetzt sehen könnte.

Es mangelt folglich an ausreichend tatsächlichen Anhaltspunkten für die Realisierung des allgemeinen Wiederholungsrisikos im konkreten Fall. Mithin fehlt es an einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit, sodass die Gefahrenprognose der Polizei nicht korrekt war. Eine konkrete Gefahr der Störung polizeilicher Maßnahmen durch A liegt somit nicht vor (*a. A. OVG Lüneburg und daher gut vertretbar*).

cc) Zwischenergebnis

Zum Zeitpunkt des Platzverweises bestand nur die konkrete Gefahr weiterer strafbarer Auseinandersetzungen zwischen den Teilnehmern der Demonstrationen. Eine konkrete Gefahr, dass A an diesem Abend wieder die Polizeiarbeit stören würde, lag jedoch nicht vor (*andere Ansichten jeweils gut vertretbar*).

b) Polizeirechtliche Verantwortlichkeit

A müsste rechtmäßiger Weise polizeilich zur Verantwortung gezogen worden sein. Gemäß § 17 I 1 NPOG kann ein Platzverweis gegen jede Person ergehen.³⁹ § 17 I 1 NPOG trifft dahingehend eine besondere Regelung der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit, die die Anwendung der §§ 6–8

³⁴ BeckOK PolR Nds/Ullrich (Fn. 20), § 2 Rn. 21; OVG Koblenz, BeckRS 2014, 51003; OVG Lüneburg, NdsVBl 2020, 86 (87).

³⁵ Zu prüfen ist nur dieses Wiederholungsrisiko und nicht, ob das Verhalten des A bei der vorangegangenen Demonstration eine konkrete Gefahr dargestellt hat. Dies wäre der falsche Ansatzpunkt für den erst deutlich später erfolgten Platzverweis. Darauf aber abstellend *Heberle*, Räumlicher Geltungsbereich eines Platzverweises, JA 2019, 870 (880).

³⁶ BeckOK PolR NRW/Gusy/Worms, PolG NRW, 1.9.2020, § 1 Rn. 122; BeckOK PolR Nds/Waechter (Fn. 20), § 17 Rn. 18 f.

³⁷ So argumentiert jedenfalls das OVG in dem dieser Klausur zugrundeliegendem Sachverhalt, vgl. OVG Lüneburg, NdsVBl 2020, 86 (88).

³⁸ OVG Lüneburg, NdsVBl 2020, 86 (88).

³⁹ Die polizeirechtliche Verantwortung jeder Person beim Platzverweis ist eine seltene Ausnahme in Deutschland. Diese Besonderheit wird dabei auch teilweise für verfassungswidrig gehalten, was hier jedoch nicht zu prüfen war. Zumindest muss diese weitreichende polizeirechtliche Verantwortlichkeit im Rahmen des Ermessens berücksichtigt werden. Siehe zu alledem: BeckOK PolR Nds/Waechter (Fn. 20), § 17 Rn. 22 f.

NPOG gemäß § 9 NPOG ausschließt. A ist daher polizeirechtlich verantwortlich.

c) Rechtsfolge: Ermessen

Die gerichtliche Kontrolle der polizeilichen Ermessensentscheidung (§ 40 VwVfG) ist auf Ermessensfehler beschränkt (§ 114 S. 1 VwGO).

aa) Entschließungsermessen

Ermessensfehler hinsichtlich des Entschließungsermessens sind nicht ersichtlich.

bb) Auswahlermessen hinsichtlich der Rechtsfolge

Die Polizei müsste weiterhin hinsichtlich der gewählten Rechtsfolge ermessensfehlerfrei gehandelt haben. Bezüglich des räumlichen Bereiches kommt eine Ermessensüberschreitung in Betracht. Eine solche liegt vor, wenn die Behörde eine Rechtsfolge wählt, die von der Ermessensnorm nicht mehr gedeckt ist.⁴⁰

§ 17 I 1 NPOG ermächtigt dazu, die Person vorübergehend eines Ortes zu verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten dieses Ortes zu verbieten. Fraglich ist, ob es sich bei der »Innenstadt Göttingens« (noch) um einen Ort i. S. d. § 17 I 1 NPOG handelt. Dazu bedarf es einer Auslegung dieses Begriffes.

Die Wortlautbedeutung von »Ort« legt zwar eher ein enges räumliches Verständnis nahe (z. B. ein Grundstück oder ein Platz),⁴¹ eine weite räumliche Reichweite ist indes auch nicht ausgeschlossen (z. B. die Bezeichnung einer kleinen Gemeinde als Ort). Folglich schließt der Begriff zwar sehr große Räume aus, ist im Bedeutungsinhalt im Übrigen aber sehr offen und kann daher verschiedentlich verstanden werden.

Für eine Beschränkung auf enge räumliche Bereiche könnte die amtliche Überschrift »Platzverweis« sprechen, da unter einem Platz grundsätzlich ein eng umgrenzter Bereich verstanden wird. Jedoch macht § 17 III 3 NPOG, der ebenfalls den Begriff des Platzverweises für das Aufenthaltsverbot benutzt, deutlich, dass der Begriff nicht in einem bestimmten technischen Sinn verwendet wird, sondern vielmehr als ein genereller Oberbegriff. Auch aus der amtlichen Überschrift lassen sich daher keine zwingenden Rückschlüsse ziehen.

In § 17 III 2 NPOG wird jedoch der Begriff des örtlichen Bereiches als ein »Ort oder ein Gebiet innerhalb einer Gemeinde oder auch ein gesamtes Gemeindegebiet« definiert. Im systematischen Umkehrschluss bedeutet dies, dass der Begriff des Ortes zumindest nicht das gesamte Ge-

meindegebiet,⁴² aber auch nicht ein Gebiet innerhalb einer Gemeinde erfassen kann, denn ansonsten hätten diese Bestandteile der Definition keinen eigenständigen Inhalt.⁴³ Die »Innenstadt Göttingens« ist eine Bezeichnung für ein solches bestimmtes Gebiet innerhalb der Stadt Göttingen und würde nach diesem systematischen Umkehrschluss daher keinen »Ort« i. S. d. § 17 I 1 NPOG (mehr) darstellen.

Gegen dieses Verständnis könnte angeführt werden, dass die Gefahrenbekämpfung als Zweck des Platzverweises mit dieser räumlichen Begrenzung teilweise nicht mehr ausreichend erreicht werden könnte. Das Telos der Norm könnte daher dafür sprechen, den erfassten räumlichen Bereich nach den Erfordernissen der konkret vorliegenden Gefahr zu bestimmen.⁴⁴

Der systematische Umkehrschluss aus § 17 III 2 NPOG lässt für eine solche teleologische Bestimmung weiter Raum, indes nur in dem durch diesen systematischen Umkehrschluss vorgegebenen Rahmen.⁴⁵ Ein Platzverweis gemäß § 17 I 1 NPOG darf daher unabhängig von der Eigenart der konkret vorliegenden Gefahr nicht diese räumlichen Grenzen überschreiten (*a. A. das OVG Lüneburg*⁴⁶ und damit gut vertretbar).

Der Platzverweis für die »Innenstadt Göttingens« als ein Gebiet innerhalb einer Gemeinde ist daher nicht mehr von der Ermächtigung des § 17 I 1 NPOG gedeckt.⁴⁷ Es liegt folglich ein Ermessensfehler in Form der Ermessensüberschreitung vor.

cc) Auswahlermessen hinsichtlich des Adressaten

Auch die Auswahl des A als Adressat des Platzverweises müsste die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einhalten. In Betracht kommt vorliegend ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Der Platzverweis zur Bekämpfung der drohenden Gefahr weiterer strafbarer Auseinandersetzungen zwischen den Teilnehmern der Demonstrationen verfolgte einen legitimen Zweck. Der Platzverweis gegen A müsste aber auch geeignet, erforderlich und angemessen gewesen sein, diesen Zweck zu erreichen.

Es bestand keine Gefahr dahingehend, dass sich A selbst an diesen Auseinandersetzungen beteiligen würde. Er war hinsichtlich dieser Gefahr daher ein unbeteiligter Dritter.⁴⁸ Es

⁴⁰ Mann/Sennekamp/Uechtritz/Schönenbroicher, VwVfG, 2. Auflage (2019), § 40 Rn. 212.

⁴¹ Solche Beispiele führen auf: VG Hannover, Urt. vom 7.7.1997 – 10 A 5589/96 und BeckOK PolR NRW/Ogorek, PolG NRW, 1.6.2020, § 34 Rn. 14.

⁴² BeckOK PolR Nds/Waechter (Fn. 20), § 17 Rn. 27. Er zieht diesen Umkehrschluss aber nur für das gesamte Gemeindegebiet. Bezüglich des Gebietes innerhalb der Gemeinde bezieht er keine Stellung.

⁴³ BeckOK PolR NRW/Ogorek (Fn. 36), § 34 Rn. 14.

⁴⁴ OVG Lüneburg, NdsVBl 2020, 86 (87); BeckOK PolR NRW/Ogorek (Fn. 36), § 34 Rn. 14.

⁴⁵ BeckOK PolR Nds/Waechter (Fn. 20), § 17 Rn. 27, der aber nur auf den Rahmen des »gesamten Gemeindegebietes« eingeht. BeckOK PolR NRW/Ogorek (Fn. 36), § 34 Rn. 14.

⁴⁶ OVG Lüneburg, NdsVBl 2020, 86 (87).

⁴⁷ So auch BeckOK PolR BW/Enders, PolG, 1.10.2020, § 27 a Rn. 26, aber ohne nähere Begründung.

⁴⁸ Auch wenn der Platzverweis gegen jede Person ergehen kann, ist die

ist nicht ersichtlich, wie der Platzverweis gegen A die Bekämpfung der konkreten Gefahr von Auseinandersetzungen hätte fördern können. Weder galt A als potenzieller Auslöser solcher Auseinandersetzungen, noch konnte eine konkrete Gefahr weiterer Behinderungen der Polizei durch den A festgestellt werden. Der Platzverweis konnte daher die Gefahrenbekämpfung als Zweck der Maßnahme nicht fördern und war somit schon nicht geeignet. Folglich liegt ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vor, sodass die Ermessensausübung auch insoweit rechtswidrig war.⁴⁹

dd) Zwischenergebnis

Die Polizei handelte ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig (*a. A. vertretbar*).⁵⁰

Nicht-Störereigenschaft des A in der Ermessensausübung zu berücksichtigen, vgl. BeckOK PolR Nds/*Waechter* (Fn. 20), § 17 Rn. 23.

49 Hinweis zum alternativen Lösungsweg: Würde man oben das Vorliegen einer konkreten Gefahr weiterer Störungen durch den A annehmen, müsste an dieser Stelle eine abweichende Prüfung erfolgen. Die Adressierung des A wäre in diesem Fall – mit der entsprechenden Argumentation – geeignet, erforderlich und auch angemessen gewesen.

50 Möglich wäre es noch gewesen, auf die ausreichende Bestimmtheit des Platzverweises einzugehen. Dies war ein Problem des Ausgangsfalls, vorliegend wurden dem A aber – abweichend vom Originalfall – die genauen Grenzen der Innenstadt erläutert. Umfassende Ausführungen zur Bestimmtheit

d) Zwischenergebnis

Der Platzverweis war materiell rechtswidrig (*a. A. vertretbar*).

4. Zwischenergebnis

Der Platzverweis war aufgrund materieller Rechtswidrigkeit insgesamt rechtswidrig.

II. Eigene Rechtsverletzung

A wurde durch den materiell rechtswidrigen Verwaltungsakt auch in seinen eigenen subjektiven Rechten verletzt, jedenfalls in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG.

III. Ergebnis

Die Klage ist begründet (*a. A. vertretbar*).

C. Gesamtergebnis

Die Klage des A ist zulässig und begründet und hat daher Aussicht auf Erfolg.

wären daher in einer Klausur eine Verfehlung der Schwerpunkte.

StrafR Fallbearbeitung

Paulina Griesenbeck*

Ein »für immer und ewig« von kurzer Dauer

Fallbearbeitung im Strafrecht für Anfänger

Diese Fallbearbeitung befasst sich mit Körperverletzungs- und Tötungsdelikten sowie mit Problemen des allgemeinen Teils des Strafrechts. Schwerpunkte stellen insbesondere Versuchs- und Unterlassungsdelikte, die objektive Zurechnung und die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme dar.

SACHVERHALT

Ben (B) und Emma (E), zwei Studierende aus Göttingen, haben sich verliebt: Eines lauen Sommerabends versprechen sie sich im Loft ihres gemeinsamen Appartements bei Kerzenschein die Ehe. Doch bevor sie ihren Plan in die Tat umsetzen können, will Ben noch sein Auslandssemester absolvieren. Während dieser Zeit lernt er die heißblütige Silvana kennen und kommt bald darauf zu dem Entschluss, dass er sich doch noch nicht auf ewig binden will. Bevor er dies der Emma mitteilen kann, erfährt er von einem Freund, dass auf diese ein Säureattentat durch die Kommilitonin Kathie (K) geplant ist, mit der Ben zuvor eng befreundet war. Kathie will sich für den Verlust ihres Freundes rächen und dafür sorgen, dass ihr Opfer »für immer hässlich bleibt«. Dem Ben ist das Vorhaben der Kathie sehr recht, denn er verspricht sich davon, seiner Erklärungsnot gegenüber der Emma enthoben zu werden. Ingeheim hofft er im Gegensatz zu Kathie sogar, dass das Attentat »final« enden möge. Um nicht »auf heißen Kohlen zu sitzen«, bittet er die Kathie darum, am Tage X unbemerkt in Tatortnähe anwesend sein zu dürfen.

So kommt es: In einem Gebüsch versteckt kann er beobachten, wie Kathie auf einem Waldweg mit einer Flasche Schwefelsäure zur Tat schreitet und der Emma die Säure ins Gesicht schüttet. Ben hätte das, wie ihm bewusst ist, durch einen Warnruf ohne Weiteres verhindern können. Als Emma, wie von Kathie geplant, durch die Verätzungen im Gesichts- und Halsbereich schwer verletzt schreiend und wimmernd am Boden liegt, empfindet Ben plötzlich tiefe Reue: Während Kathie in Kenntnis der lebensgefährlichen Situation flüchtet, verbringt er Emma hastig in sein in der Nähe geparktes Auto und rast mit ihr, so schnell das Auto fährt, ohne Rücksicht auf andere Verkehrsteilnehmer ins nahegelegene Krankenhaus. Dort wird sie sogleich notoperiert: Der diensthabende Arzt ist jedoch Berufsanfänger und verwechselt in der Hektik zwei Spritzen, sodass Emma noch in der Nacht verstirbt. Ein Sachverständiger stellt im

Nachhinein fest, dass ein Versterben der Emma noch am Tatort »durchaus möglich, aber nicht wahrscheinlich« gewesen wäre.

Bearbeitervermerk: Prüfen Sie die Strafbarkeit des Ben und der Kathie nach dem StGB! § 211 StGB und § 221 StGB sind nicht zu prüfen. Evtl. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

GLIEDERUNG

- A. Strafbarkeit der K
 - I. Strafbarkeit wegen Totschlags gem. § 212 I StGB
 1. Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand
 - aa) Taterfolg
 - bb) Kausalität
 - cc) Objektive Zurechnung
 - (1) Rechtlich missbilligte Gefährschaffung
 - (2) Realisierung im konkreten Erfolg
 - (3) Zwischenergebnis
 - b) Subjektiver Tatbestand
 2. Ergebnis
 - II. Strafbarkeit wegen (gefährlicher und schwerer) Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5, 226 II i. V. m. § 226 I Nr. 3 Alt. 1, 227 I
 1. Vorliegen einer gefährlichen und schweren Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5, 226 II i. V. m. § 226 I Nr. 3 Alt. 1
 - a) Grundtatbestand des § 223 I
 - b) Qualifikationsmerkmale des § 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5
 - aa) Beibringung von Gift, § 224 I Nr. 1 Alt. 1
 - bb) Hinterlistiger Überfall, § 224 I Nr. 3
 - cc) Lebensgefährdende Behandlung, § 224 I Nr. 5
 - dd) Zwischenergebnis
 - c) Qualifikationsmerkmal des § 226 II i. V. m. § 226 I Nr. 3 Alt. 1
 - d) Vorsatz hinsichtlich Grunddelikt und Qualifikationen
 - e) Zwischenergebnis
 2. Objektiv fahrlässige Tötung
 - a) Eintritt und kausale Verursachung der besonderen Folge
 - b) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung
 - c) Objektive Zurechnung und objektive Vorhersehbarkeit
 - d) Zwischenergebnis

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität in Göttingen. Die Hausarbeit wurde von Prof. Dr. Gunnar Dutte im Strafrecht I an der Georg-August-Universität Göttingen im Wintersemester 2019/20 gestellt.

3. Spezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang
 4. Subjektive Fahrlässigkeit gem. § 18 hinsichtlich des Todeserfolgs und Gefahrverwirklichungszusammenhangs
 5. Rechtswidrigkeit und Schuld
 6. Ergebnis
 - III. Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222
 - IV. Strafbarkeit wegen versuchter schwerer Körperverletzung gem. §§ 223 I, 226 II i. V. m. § 226 I Nr. 3 Alt. 1, 22, 23 I
 - V. Strafbarkeit wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I
 1. Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand
 - aa) Taterfolg
 - bb) Unterlassen einer geeigneten und erforderlichen Verhinderungshandlung trotz physisch-realer individueller Handlungsmöglichkeit
 - cc) Quasi-Kausalität
 - b) Zwischenergebnis
 2. Ergebnis
 - VI. Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323 c
 1. Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand
 - aa) Unglücksfall
 - bb) Unterlassene Hilfeleistung trotz Erforderlichkeit, Möglichkeit und Zumutbarkeit
 - cc) Zwischenergebnis
 - b) Subjektiver Tatbestand
 2. Rechtswidrigkeit und Schuld
 3. Ergebnis
 - VII. Konkurrenzen
 - VIII. Gesamtergebnis
- B. Strafbarkeit des B
- I. Strafbarkeit wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212 I, 25 I Alt. 2
 - II. Strafbarkeit wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I
 1. Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand
 - aa) Eintritt des Erfolgs
 - bb) Unterlassen trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit
 - cc) Bestehen einer Garantenstellung
 - dd) Quasi-Kausalität der Unterlassung
 - ee) Objektive Zurechenbarkeit
 - b) Zwischenergebnis
 2. Ergebnis
 - III. Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I, 22, 23 I
 1. Vorprüfung
 2. Tatentschluss
 - a) Vorsatz bzgl. des Todes, des todesursächlichen Unterlassens und des Zurechnungszusammenhangs
 - b) Vorsatz bzgl. Garantenstellung
 - c) Vorsatz bzgl. Täterschaft
 - aa) Abgrenzung Täterschaft / Teilnahme
 - (1) Subjektive Theorie
 - (2) Tatherrschaftstheorie
 - (3) Zwischenergebnis
 - bb) Vorsatz bzgl. Täterschaft
 3. Unmittelbares Ansetzen
 4. Rechtswidrigkeit und Schuld
 5. Rücktritt
 - a) Freiwilligkeit
 - b) Zwischenergebnis
 6. Ergebnis
 - IV. Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 5, 227 I, 13 I
 1. Vorliegen einer gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 5, 13 I
 - a) Objektiver Tatbestand
 - b) Subjektiver Tatbestand
 - c) Zwischenergebnis
 2. Objektiv fahrlässige Tötung
 3. Ergebnis
 - V. Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323 c
 - VI. Strafbarkeit wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315 c I Nr. 2
 - VII. Strafbarkeit wegen verbotenen Kraftfahrzeugrennens gem. § 315 d I Nr. 3
 1. Tatbestand
 2. Ergebnis
 - VIII. Konkurrenzen
 - IX. Gesamtergebnis
- GUTACHTEN**
- A. Strafbarkeit der K**
- I. Strafbarkeit wegen Totschlags gem. § 212 I StGB¹**
- Indem die K Säure in das Gesicht der E schüttete, könnte sie sich wegen Totschlags gem. § 212 I strafbar gemacht haben.
- 1. Tatbestand**
- a) Objektiver Tatbestand
- aa) Taterfolg
- Mit dem Tod der E, eines Menschen, ist der tatbestandsmäßige Erfolg des § 212 I eingetreten.
- bb) Kausalität
- Dafür müsste das Verhalten der K, das Schütten der Säure, kausal für den Tod der E geworden sein. Nach der aus der
-
- ¹ Alle folgenden Paragraphen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

Äquivalenztheorie abgeleiteten *conditio-sine-qua-non*-Formel ist eine Handlung dann kausal für den Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.² Hätte die K nicht die Säure in das Gesicht der E geschüttet, wäre diese auch nicht ins Krankenhaus gebracht worden und dort nicht verstorben. Damit ist die Handlung für den Tod der E kausal.

cc) Objektive Zurechnung

Fraglich ist, ob der Tod der E der K auch objektiv zurechenbar ist.

Objektiv zurechenbar ist ein Unrechtserfolg dann, wenn das Verhalten eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich auch im konkreten erfolgsverursachenden Geschehen realisiert hat.³

(1) Rechtlich missbilligte Gefahrschaffung

Indem K gegen die ungeschriebene Verhaltensnorm zum Schutz des Lebens, Säureattentate auf Menschen zu unterlassen, verstieß, schuf sie eine rechtlich missbilligte Gefahr.⁴

(2) Realisierung im konkreten Erfolg

Fraglich ist, ob sich die rechtlich missbilligte Gefahrschaffung auch im konkreten Erfolg realisiert hat. Dazu müssten sowohl der Pflichtwidrigkeits-, als auch der Schutzzweckzusammenhang bestehen.

Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang besteht, wenn der Erfolg bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten des Täters ausgeblieben wäre.⁵ Hätte K es unterlassen, die Säure in das Gesicht der E zu schütten, so wäre diese gar nicht erst ins Krankenhaus gekommen und am Leben geblieben. Somit besteht der Pflichtwidrigkeitszusammenhang.

Der Schutzzweckzusammenhang besteht, wenn der konkrete Erfolg in den Schutzbereich der verletzten Verhaltensnorm fällt. Das ist der Fall, wenn die verletzte Verhaltensnorm gerade dem Schutz des betreffenden Rechtsguts zu dienen bestimmt ist.⁶ Solche Erfolge, deren Verhinderung in den Verantwortungsbereich anderer Personen fallen, werden vom Schutzzweck des Tatbestandes nicht mehr erfasst.⁷

Fraglich ist mithin, ob der Todeserfolg der E im Krankenhaus durch die kunstfehlerhafte ärztliche Behandlung, das Verwechseln der Spritzen, noch in den Verantwortungsbereich des Täters fällt und in der Folge noch vom Schutzzweckzusammenhang gedeckt wäre.

Einer Ansicht zufolge unterbricht die neue Gefahrschaffung eines Arztes die objektive Zurechnung, wenn der Tod durch eine neue, durch den Arzt verursachte Gefahrenquelle eintritt, da diese in dessen Verantwortungsbereich fällt.⁸

Eine andere Ansicht macht die Beantwortung dieser Frage bei aktiven Behandlungsmaßnahmen vom Grad der ärztlichen Fahrlässigkeit abhängig.⁹ Da leichte bis mittlere Behandlungsfehler nicht außerhalb des gewöhnlichen Verlaufs der Dinge liegen,¹⁰ falle diese Gefahr noch in den Verantwortungsbereich des Täters,¹¹ weshalb der Zurechnungszusammenhang nach einer vorsätzlichen Körperverletzung des Ersttätters dadurch nicht unterbrochen werde.¹² Grobe ärztliche Kunstfehler hingegen stünden der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entgegen.¹³ Demnach wäre die Realisierung im konkreten Erfolg vom Grad der ärztlichen Fahrlässigkeit abhängig.

Gegen die erste Ansicht spricht, dass die Gefahr ärztlicher Irrtümer grundsätzlich immer besteht und der Ersttäter diese durch Initiierung der Behandlungsbedürftigkeit auch mit zu verantworten hat. Wenn der Täter selbst pflichtwidrig gehandelt hat, ist eine Berufung auf den Vertrauensgrundsatz ausgeschlossen.¹⁴ Diese Ansicht gilt es folglich abzulehnen und der überzeugenderen zweiten Ansicht zu folgen.

Fraglich ist, ob es sich beim Verwechseln der Spritzen durch den Arzt um einen leichten bis mittleren oder einen groben Behandlungsfehler handelt. Ein Behandlungsfehler ist dann als grob zu bewerten, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Kenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf.¹⁵ Der diensthabende Arzt verwechselte in der Hektik zwei Spritzen und verstieß somit gegen ärztliche Behandlungsregeln. Allerdings handelt es sich bei diesem Arzt um einen Berufsanfänger, bei dem damit gerechnet werden muss, dass ihm aufgrund fehlender Erfahrung und Routine Fehler unterlaufen. Er handelte mithin nicht grob fahrlässig. Damit fällt die kunstfehlerhafte ärztliche Behandlung des Arztes noch in den Verantwortungsbereich der K und wird vom Schutzzweckzusammenhang umfasst. Somit besteht auch der Schutzzweckzusammenhang.

(3) Zwischenergebnis

K hat durch das Säureattentat eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen und diese Gefahr hat sich auch im konkreten Erfolg realisiert. Der Todeserfolg der E ist der K mithin objektiv zurechenbar.

² Schönke/Schröder/Eisele, StGB, 30. Auflage (2019), Vor §§ 13 ff. Rn. 73 a.

³ Wolter/Jäger/Rudolphi, StGB, Bd. 1, 8. Auflage (2014), Vor § 1 Rn. 96.

⁴ Vgl. Murmann, StrafR AT, 5. Auflage (2019), § 23 Rn. 34.

⁵ Murmann (Fn. 4), § 23 Rn. 102.

⁶ Wessels/Beulke/Satzger, StrafR AT, 49. Auflage (2019), § 6 Rn. 264.

⁷ Roxin, StrafR AT, Bd. 1, 4. Auflage (2006), § 11 B Rn. 137.

⁸ Wolter/Jäger/Rudolphi, (Fn. 3), Vor § 1 Rn. 73 f.

⁹ Murmann (Fn. 4), § 23 Rn. 119.

¹⁰ OLG Celle NJW 1958, 271 (272).

¹¹ Rengier, StrafR AT, 11. Auflage (2019), § 13 Rn. 95.

¹² Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 2), § 227 Rn. 4.

¹³ OLG Celle NJW 1958, 271 (272).

¹⁴ Wolter/Jäger/Rudolphi (Fn. 3), Vor § 1 Rn. 127.

¹⁵ BGH NJW 2012, 227 (228).

b) Subjektiver Tatbestand

K müsste vorsätzlich gehandelt haben, vgl. § 15. Vorsatz ist nach h. M. der Wille zur Verwirklichung eines Tatbestandes in Kenntnis aller objektiven Tatumstände.¹⁶ K wollte dafür sorgen, dass E »für immer hässlich bleibt«. Sie hoffte jedoch gerade nicht, dass das Attentat »final« enden möge. Anhaltspunkte für einen *dolus eventualis* sind nicht ersichtlich, mithin handelte K nicht vorsätzlich. Der subjektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

K ist nicht wegen vollendeten Totschlags gem. § 212 I strafbar.

II. Strafbarkeit wegen (gefährlicher und schwerer) Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5, 226 II i. V. m. § 226 I Nr. 3 Alt. 1, 227 I

K könnte sich durch das Säureattentat auf E wegen einer Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5, 226 II i. V. m. § 226 I Nr. 3 Alt. 1, 227 I strafbar gemacht haben.

1. Vorliegen einer gefährlichen und schweren Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5, 226 II i. V. m. § 226 I Nr. 3 Alt. 1

a) Grundtatbestand des § 223 I

K müsste E, eine andere Person, körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Die durch das Säureattentat hervorgerufenen Verletzungen beeinträchtigen das körperliche Wohlbefinden und die körperliche Unversehrtheit in Form von Substanzschäden im Gewebe und Schmerzen nicht nur unerheblich, mithin ist eine körperliche Misshandlung zu bejahen.¹⁷

Die Verätzungen bedurften ersichtlich erheblicher medizinischer Behandlung und riefen einen pathologischen Zustand hervor, somit liegt auch eine Gesundheitsschädigung vor.¹⁸ Der Grundtatbestand des § 223 I ist erfüllt.

b) Qualifikationsmerkmale des § 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5

aa) Beibringung von Gift, § 224 I Nr. 1 Alt. 1

Möglicherweise hat K die Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 1 Alt. 1 mittels der Beibringung eines Giftes begangen. Eine Säure ist durch ihre chemische Wirkung dazu geeignet, erhebliche Gesundheitsschäden, hier Verätzungen, zu verursachen, weshalb es sich um ein Gift handelt.¹⁹

Ein Beibringen liegt vor, wenn der Stoff derart mit dem Körper des Opfers in Verbindung gebracht wird, dass er seine gesundheitsschädigende Wirkung entfalten kann.²⁰

Es ist umstritten, ob auch die äußerliche Anwendung vom Begriff des Beibringens umfasst ist.

Während eine Ansicht²¹ fordert, dass das Gift im Körperinneren wirken muss – danach hätte K den Tatbestand des § 224 I Nr. 1 Alt. 1 nicht erfüllt – hält eine andere Ansicht²² es für ausreichend, wenn das Gift seine Wirkung von außen auf den Körper entfaltet. Danach hätte sich K wegen Beibringung eines Giftes strafbar gemacht.

Für die erste Ansicht spricht, dass der äußerliche Anwendungsbereich schon von der Waffe bzw. dem gefährlichen Werkzeug gem. § 224 I Nr. 2 umfasst ist.²³ Allerdings überzeugt die zweite Auffassung mit der Auslegung des § 224 I Nr. 1 nach dem Wortlaut, der ein Beibringen nicht auf eine innere Wirkung beschränkt.²⁴ Der Qualifikationstatbestand des § 224 I Nr. 1 Alt. 1 ist zu bejahen.

bb) Hinterlistiger Überfall, § 224 I Nr. 3

K könnte die E mittels eines hinterlistigen Überfalls gem. § 224 I Nr. 3 verletzt haben.

Indem K die ahnungslose E auf einem Waldweg mit einer Flasche Schwefelsäure angegriffen hat, hat sie die E überfallen.²⁵

Hinterlistig ist der Überfall, wenn der Täter seine Absichten dabei planmäßig berechnend verdeckt, um dem Angegriffenen die Abwehr zu erschweren.²⁶ Die bloße Ausnutzung des Überraschungsmoments genügt nicht, um eine Hinterlist zu bejahen.²⁷ Vorliegend hat K ihre Absichten nicht planmäßig berechnend verdeckt, sondern ist auf einem Waldweg offen zur Tat geschritten. Daher handelte sie ohne Hinterlist und ein hinterlistiger Überfall ist nicht verwirklicht.

cc) Lebensgefährdende Behandlung, § 224 I Nr. 5

In Betracht kommt schließlich § 224 I Nr. 5. Eine das Leben gefährdende Behandlung ist gegeben, wenn die Verletzungshandlung nach den konkreten Umständen generell geeignet

¹⁶ BGHSt 19, 295 (298).

¹⁷ Vgl. LK-StGB/Grünwald, Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 7/1, 12. Auflage (2018), § 223 Rn. 21.

¹⁸ Vgl. Fischer, StGB, 67. Auflage (2020), § 223 Rn. 8.

¹⁹ Dölling/Duttge/König/Rössner/Dölling, StGB, 4. Auflage (2017),

§ 224 Rn. 2.

²⁰ Lackner/Kühl/Kühl, StGB, 29. Auflage (2018), § 224 Rn. 1 b.

²¹ Jäger, Die Delikte gegen Leben und körperliche Unversehrtheit nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz – Ein Leitfaden für Studium und Praxis, JuS 2000, 31 (35).

²² MüKo-StGB/Hardtung, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 3. Auflage (2017), § 224 Rn. 10.

²³ Fischer (Fn. 18), § 224 Rn. 8.

²⁴ MüKo-StGB/Hardtung (Fn. 22), § 224 Rn. 10.

²⁵ Vgl. Kindhäuser/Hilgendorf, StGB, 8. Auflage (2020), § 224 Rn. 13.

²⁶ Kindhäuser/Hilgendorf (Fn. 25), § 224 Rn. 13.

²⁷ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen/Böse, StGB, Bd. 2, 5. Auflage (2017), § 224 Rn. 22.

ist, das Leben des Opfers in Gefahr zu bringen.²⁸ Es besteht eine konkret lebensgefährliche Situation für E, somit ist auch die engere Ansicht erfüllt, die mit Blick auf die hohe Strafandrohung eine einschränkende Auslegung des § 224 I verlangt, die sich im Falle der Nr. 5 dahingehend auswirkt, dass das Opfer tatsächlich in Lebensgefahr geraten sein muss.²⁹ Der Qualifikationstatbestand des § 224 I Nr. 5 ist erfüllt.

dd) Zwischenergebnis

K hat den objektiven Tatbestand von § 224 I Nr. 1 Alt. 1 und Nr. 5 erfüllt.

c) Qualifikationsmerkmal des § 226 II i. V. m. § 226 I Nr. 3 Alt. 1

K könnte zudem den Qualifikationstatbestand der erheblichen, dauerhaften Entstellung gem. § 226 II i. V. m. § 226 I Nr. 3 Alt. 1 erfüllt haben.

Eine Entstellung liegt vor, weil die äußere Gesamterscheinung der E durch die für jeden sichtbaren Verätzungen im Gesichts- und Halsbereich in unästhetischer Weise verunstaltet wurde.³⁰ Außerdem ist sie erheblich, denn sie hat ein Gewicht, das dem Maß der beeinträchtigenden Wirkung der schweren Benachteiligung, die sich aus den weiteren Fällen des § 226 I ergibt, entspricht.³¹

Die Entstellung müsste auch dauerhaft sein. Die Langwierigkeit setzt ein Weiterleben des Opfers voraus.³² E stirbt bald nach der Verletzung, mithin fehlt es tatbestandlich an einer dauerhaften Entstellung. Die Voraussetzungen des § 226 II i. V. m. § 226 I Nr. 3 Alt. 1 sind nicht erfüllt.

d) Vorsatz hinsichtlich Grunddelikt und Qualifikationen

K müsste vorsätzlich bezüglich des Grundtatbestandes, § 223 I, und der Qualifikationsmerkmale, § 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 5, gehandelt haben. K wollte sich für den Verlust ihres Freundes rächen und dafür sorgen, dass die E »für immer hässlich bleibt«. Sie handelte mithin mit *dolus directus* ersten Grades bzgl. des Grundtatbestandes. Zudem handelte sie vorsätzlich hinsichtlich des Beibringens der Säure, mit der sie gerade dafür sorgen wollte, dass die E »für immer hässlich bleibt«.

Nach überwiegender Auffassung³³ genügt für die Annahme des Vorsatzes bezüglich einer das Leben gefährdenden Behandlung die Kenntnis der Umstände, aus denen sich die Lebensgefährdung ergibt, auch wenn der Täter sie nicht als

lebensgefährlich bewertet. Es ist davon auszugehen, dass K aufgrund ihres Alltagswissens wusste, dass Säureattentate regelmäßig zu einem tödlichen Ausgang führen, mithin handelte sie vorsätzlich.

Der subjektive Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 5 wurde erfüllt.

e) Zwischenergebnis

Der Grundtatbestand der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 5 ist erfüllt.

2. Objektiv fahrlässige Tötung

a) Eintritt und kausale Verursachung der besonderen Folge

Der Tod der E als besonderer Erfolg ist nach der Äquivalenztheorie gerade durch das Schütten der Säure verursacht worden (s. o.).

b) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung

Vorliegend liegt die objektive Sorgfaltspflichtverletzung bezogen auf den Todeserfolg bereits dadurch vor, dass K mit der Verwirklichung des Grundtatbestandes eine tatbestandspezifische Gefahr im Hinblick auf das Leben der E geschaffen hat.³⁴

c) Objektive Zurechnung und objektive Vorhersehbarkeit

Der Erfolg ist der K objektiv zurechenbar (s. o.). Der wesentliche Kausalverlauf und der Erfolgseintritt sind auch objektiv vorhersehbar, da ein leichter bis mittlerer Behandlungsfehler eines Arztes nicht so sehr außerhalb jeglicher Lebenserfahrung liegt, dass man mit ihm nicht rechnen musste.³⁵

d) Zwischenergebnis

Eine objektiv fahrlässige Tötung der K besteht.

3. Spezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang

Der tatbestandsspezifische Gefahrzusammenhang verlangt, dass sich im Taterfolg eine, dem Grunddelikt eigentümliche, nicht außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit liegende Gefahr niedergeschlagen hat.³⁶

Fraglich ist allerdings, ob sich in der besonderen Todesfolge die Gefahr des Grunddeliktserfolgs (hier: Verätzungen im Gesichts- und Halsbereich) realisieren muss oder ob es ausreicht, wenn sich die Gefahr der Körperverletzungshandlung (hier: das Schütten der Säure in das Gesicht der E) verwirklicht.

²⁸ BGHSt 2, 160 (163).

²⁹ Vgl. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen/Böse (Fn. 27), § 224 Rn. 27; Schröder, Abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte, JZ 1967, 522 (522 f.).

³⁰ Vgl. Dölling/Duttge/König/Rössner/Dölling (Fn. 19), § 226 Rn. 4; LK-StGB/Grünwald (Fn. 17), § 226 Rn. 18.

³¹ Vgl. BGH, NStZ 2006, 686 (686).

³² MüKo-StGB/Hardtung (Fn. 22), § 226 Rn. 6.

³³ BGH NJW 1964, 1631 (1631); Fischer (Fn. 18), § 224 Rn. 32.

³⁴ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), § 18 Rn. 1115, 1119.

³⁵ Vgl. BGHSt 31, 96 (101).

³⁶ Murmann (Fn. 4), § 23 Rn. 129.

Nach der sog. Letalitätstheorie³⁷ müsse der Tod aus der vorsätzlichen Körperschädigung als solcher hervorgehen. Gestützt wird diese Ansicht auf den Wortlaut des § 227 I, aus dem sich ergibt, dass die tödliche Folge an den Körperverletzungserfolg anknüpfen muss. Außerdem entspricht sie der gebotenen restriktiven Auslegung aufgrund der hohen Strafanndrohung.³⁸ Hier beruht der Tod selbst jedoch vielmehr auf der fehlerhaften Behandlung des Arztes, als auf den Verätzungen. Nach dieser Auffassung wäre der spezifische Gefahrverwirklichungszusammenhang zu verneinen.

Die Rspr.³⁹ und T.d.Lit.⁴⁰ vertreten die Auffassung, dass ein spezifischer Gefahrzusammenhang bereits zwischen der Körperverletzungshandlung und dem durch sie hervorgerufenen Tod bestehen kann.⁴¹ Hier hat das Schütten der Säure in das Gesicht der E auch später zum Tod der E geführt. Demnach realisierte sich die Gefährlichkeit der Körperverletzungshandlung in der Todesfolge, sodass nach dieser Auffassung der spezifische Gefahrzusammenhang bestünde.

Gegen die Letalitätstheorie wird angeführt, dass sie zu starr und unflexibel sei.⁴²

Für die Auffassung der Rspr. und T.d.Lit. spricht der Wortlaut des § 223 I »körperlich misshandelt« sowie der des § 224 I Nr. 5 »lebensgefährdende Behandlung«, womit auch die jeweiligen Körperverletzungshandlungen gesetzlich als Körperverletzung erfasst werden.⁴³ Außerdem kann die schwere Strafe des § 227 I bereits dadurch legitimiert werden, dass bereits der Körperverletzungshandlung eine Gefährlichkeit anhaftet.⁴⁴

Mit der überzeugenderen zweiten Auffassung ist von einem spezifischen Gefahrverwirklichungszusammenhang auszugehen.

4. Subjektive Fahrlässigkeit gem. § 18 hinsichtlich des Todeserfolgs und Gefahrverwirklichungszusammenhangs

Zudem ist auch eine individuelle Sorgfaltspflichtverletzung der K bei individueller Vorhersehbarkeit des tatbestandsmäßigen Erfolgseintritts (Fahrlässigkeitsschuld) gegeben.

5. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es sind keine Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründe ersichtlich, K handelte mithin rechtswidrig und schuldhaft.

6. Ergebnis

K hat sich durch das Säureattentat der (gefährlichen) Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 5, 227 I strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222

Die mitverwirklichte fahrlässige Tötung gem. § 222 wird im Wege der Gesetzeskonkurrenz von § 227 I als *lex specialis* verdrängt.

IV. Strafbarkeit wegen versuchter schwerer Körperverletzung gem. §§ 223 I, 226 II i. V. m. § 226 I Nr. 3 Alt. 1, 22, 23 I

Die versuchte schwere Körperverletzung ist zwar verwirklicht, tritt aber hinter die Körperverletzung mit Todesfolge zurück.

V. Strafbarkeit wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I

Indem K der schwerverletzt schreiend und wimmernd am Boden liegenden E nicht Hilfe leistete, könnte sie sich wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Taterfolg

E, ein Mensch, ist tot. Der tatbestandsmäßige Erfolg ist eingetreten.

bb) Unterlassen einer geeigneten und erforderlichen Verhinderungshandlung trotz physisch-realer individueller Handlungsmöglichkeit

Da K in Kenntnis der lebensgefährlichen Situation geflüchtet ist und der schwerverletzt schreiend und wimmernd am Boden liegenden E nicht geholfen hat, liegt ein Unterlassen einer geeigneten und erforderlichen Verhinderungshandlung vor.⁴⁵ K hatte aufgrund ihrer Anwesenheit auch die physisch-reale Möglichkeit, auch mithilfe Dritter Hilfe zu leisten, indem sie beispielsweise anonym einen Krankenwagen verständigt hätte.⁴⁶ In der Konsequenz hat K die Verhinderungshandlung trotz physisch-realer Möglichkeit unterlassen.

³⁷ Vgl. Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 20), § 227 Rn. 2.

³⁸ Vgl. Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 2), § 227 Rn. 5.

³⁹ BGHSt 48, 34 (37 f.).

⁴⁰ Engländer, Der Gefahrzusammenhang bei der Körperverletzung mit Todesfolge, GA 2008, 669 (674 ff.); Kudlich, Das erfolgsqualifizierte Delikt in der Fallbearbeitung, JA 2009, 246 (249).

⁴¹ LK-StGB/Grünwald (Fn. 17), § 227 Rn. 9.

⁴² Sowada, Die »Gubener Hetzjagd«: Versuchte Körperverletzung mit Todesfolge, Jura 2003, 549 (553).

⁴³ Rengier, Strafr BT II, 21. Auflage (2020), § 16 Rn. 11.

⁴⁴ Murmann (Fn. 4), § 23 Rn. 131.

⁴⁵ Vgl. Rengier (Fn. 11), § 48 Rn. 9.

⁴⁶ Vgl. Dölling/Duttge/König/Rössner/Tag (Fn. 19), § 13 Rn. 8.

cc) Quasi-Kausalität

Das Unterlassen der K müsste auch kausal für den Eintritt des Todes der E sein. Ein Unterlassen ist dann kausal für den Eintritt des Erfolges, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel.⁴⁷

Dächte man sich das Hilfeleisten der K hinzu, wäre E ins Krankenhaus gebracht worden. Dort wäre sie zu einem früheren Zeitpunkt behandelt worden. Es läge eine völlig andere Situation vor und der Arzt hätte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht auch zu diesem Zeitpunkt die Spritzen verwechselt. Allerdings ist gem. dem Sachverständigen nicht auszuschließen, dass die E direkt am Tatort versterben hätte können. Folglich wäre der tatbestandsmäßige Erfolg nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben, hätte die K Hilfe geleistet und wäre die E zu einem früheren Zeitpunkt behandelt worden. Quasi-Kausalität bestünde hier nicht.

Nach der Risikoverminderungslehre⁴⁸ wäre die Quasi-Kausalität erfüllt, weil durch das gebotene Handeln – das Hilfeleisten – das Risiko des Todeseintritts vermindert worden wäre.⁴⁹

Die Vertreter der Risikoverminderungslehre verkennen allerdings, dass durch das Anerkennen einer bloßen Rettungschance für die Annahme der Quasi-Kausalität durch Unterlassen begangene Erfolgsdelikte gesetzeswidrig in Gefährdungsdelikte verwandelt werden.⁵⁰ Die Risikoverminderungslehre gilt es folglich abzulehnen und der ersten Ansicht zu folgen. Eine Quasi-Kausalität liegt nicht vor.

b) Zwischenergebnis

Der Tatbestand wurde nicht erfüllt.

2. Ergebnis

K hat sich nicht wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I strafbar gemacht.

VI. Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323 c

Durch dasselbe Unterlassen könnte K sich der unterlassenen Hilfeleistung gem. § 323 c strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Unglücksfall

Es könnte ein Unglücksfall vorliegen. Ein Unglücksfall ist ein plötzlich eintretendes Ereignis, welches erhebliche Gefahren für Menschen oder Sachen hervorruft oder hervorzurufen droht.⁵¹ Die Säureverätzungen bergen eine erhebliche Gefahr für die Gesundheit und das Leben der E in sich. Dass die K das plötzlich eintretende Ereignis durch eine vorsätzliche Straftat herbeigeführt hat, steht einem Unglücksfall nicht entgegen, da auch eine Straftat für das Opfer einen Unglücksfall darstellen kann, wenn das Risiko einer erheblichen Verletzung besteht.⁵² Somit ist ein Unglücksfall gegeben.

bb) Unterlassene Hilfeleistung trotz Erforderlichkeit, Möglichkeit und Zumutbarkeit

Die Hilfe müsste nach einer Betrachtung der Gefahrenlage *ex-ante* erforderlich, möglich und zumutbar sein. Die Hilfeleistung war erforderlich, weil sie aus *ex-ante*-Sicht geeignet und notwendig ist, um drohende weitere Schäden abzuwenden.⁵³ K hatte auch die physisch-reale Möglichkeit, einen Krankenwagen zu alarmieren.

Fraglich ist, ob die Hilfeleistung der K auch zumutbar war, gleichwohl K selbst die Täterin des Säureattentats war.

Einer Ansicht⁵⁴ nach ist die Hilfeleistung dann unzumutbar, wenn der Unglücksfall, der mit der Begehungsvortat willentlich herbeigeführte Unrechtserfolg ist, um dem Täter nicht eine widersinnige Pflicht zur Rückgängigmachung gewollter Taten aufzuerlegen.⁵⁵ K führte die Körperverletzung willentlich herbei, somit wäre das Hilfeleisten unzumutbar.

Nach der Ansicht des BGH entfällt die Zumutbarkeit der Hilfeleistung auch dann nicht, weil der Täter befürchtet, durch die Hilfeleistung der Gefahr der Strafverfolgung wegen einer mit dem Unglücksfall im Zusammenhang stehenden Straftat ausgesetzt zu werden.⁵⁶ Folglich kann sich K dieser Ansicht nach nicht auf Unzumutbarkeit berufen.

Gegen die zweite Ansicht spricht, dass es widersinnig ist, von einem Täter zu verlangen, die Tat ungeschehen zu machen, die er bewusst herbeigeführt hat.⁵⁷ Außerdem wird dem Täter ebenso wenig zugemutet, sein eigenes Vorhaben gem. § 138 anzuzeigen.⁵⁸ Gegen die erste Ansicht spricht

⁴⁷ Murmann (Fn. 4), § 29 Rn. 24.

⁴⁸ Otto, StrafR AT, 7. Auflage (2004), § 9 Rn. 100 f., Stratenwerth, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, in: FS Gallas (1973), S. 227 (237 f.).

⁴⁹ Vgl. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Gaede, StGB, Bd. 1, 5. Auflage (2017), § 13 Rn. 15.

⁵⁰ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Gaede (Fn. 49), § 13 Rn. 15.

⁵¹ Joecks/Jäger, StGB, 12. Auflage (2018), § 323 c Rn. 6.

⁵² Vgl. BGH, Beschl. v. 12. 8. 2015 – 2 StR 115/15.

⁵³ Joecks/Jäger (Fn. 51), § 323 c Rn. 16.

⁵⁴ Fischer (Fn. 18), § 323 c Rn. 18; Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 20), § 323 c Rn. 8.

⁵⁵ Dölling/Duttge/König/Rössner/Verrel (Fn. 19), § 323 c Rn. 10.

⁵⁶ BGH NJW 1958, 957 (957).

⁵⁷ OLG Celle NJW 1970, 341 (341).

⁵⁸ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, SchuldR BT, 3. Auflage (2015), § 39

jedoch entscheidend, dass es nicht um staatliche Strafverfolgungsinteressen geht, sondern vielmehr um ein Handeln zu Gunsten einer von Individualinteressen begründeten Solidarpflicht.⁵⁹ Weiterhin spricht der Rechtsgedanke des § 35 I 2 für eine Hilfeleistungspflicht trotz Strafverfolgung.⁶⁰

Mithin ist die zweite Ansicht überzeugender und die Hilfeleistung ist zumutbar.

cc) *Zwischenergebnis*

Der objektive Tatbestand des § 323 c ist erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

K unterließ durch ihre Flucht die Hilfeleistung in Kenntnis der lebensgefährlichen Situation der E, sie handelte mithin mit *dolus directus* zweiten Grades.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

K hat sich der unterlassenen Hilfeleistung gem. § 323 c strafbar gemacht.

VII. Konkurrenzen

§ 227 I verdrängt den § 222 und die §§ 223 I, 224 I und 226 II, 22, 23 I im Wege der Gesetzeskonkurrenz. § 323 c steht in Tatmehrheit zu § 227 I.

VIII. Gesamtergebnis

K hat sich gem. § 227 I der Körperverletzung mit Todesfolge und gem. § 323 c der unterlassenen Hilfeleistung strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des B

I. Strafbarkeit wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212 I, 25 I Alt. 2

Eine Strafbarkeit des B wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft scheidet aus, da K sich unabhängig von B zum Säureattentat entschlossen hat und B die K somit nicht als menschliches Werkzeug eingesetzt hat.⁶¹

II. Strafbarkeit wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I

Indem B nicht verhinderte, dass die K die E mit Säure beschüttete, könnte er sich wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) *Eintritt des Erfolgs*

Durch den Tod der E ist der tatbestandsmäßige Erfolg eingetreten.

bb) *Unterlassen trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit*

Weiterhin müsste B eine objektiv gebotene und ihm mögliche Handlung unterlassen haben.

Vorliegend hat B es unterlassen, die E vor dem Säureattentat zu warnen, obwohl eine vorherige Warnung und ein Warnruf unmittelbar vor dem Säureattentat zur Erfolgsabwendung objektiv geboten waren. Zudem hatte er durch seine Präsenz am Tatort auch die physisch-reale Handlungsmöglichkeit.

cc) *Bestehen einer Garantenstellung*

Fraglich ist, ob eine Garantenstellung zwischen B und E bestand. Eine Garantenpflicht beim unechten Unterlassensdelikt besteht, wenn der Täter rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt.⁶²

Infrage kommt eine Beschützergarantenstellung⁶³ infolge des Versprechens der Ehe im Loft ihres gemeinsamen Appartements. Die Garantenstellung zwischen Verlobten ist allerdings umstritten:

Einer Ansicht zufolge begründet eine Verlobung noch keine Garantenstellung, weil sie erst das Versprechen einer künftigen gemeinsamen Lebensgestaltung darstellt.⁶⁴

Anderer Ansicht nach kommt auch unter Verlobten eine Garantenstellung in Betracht, »da hier von den Betroffenen bewusst ein zwischenzeitlich eher unüblich werdender rechtlicher Rahmen in Form eines auf gegenseitigen Schutz angelegten Treueverhältnisses gewählt wird«. ⁶⁵ Ein solches Treueverhältnis besteht insbesondere, weil die beiden in einem gemeinsamen Appartement wohnen.

Gegen die zweite Ansicht spricht, dass das jederzeit einseitig auflösbare Verhältnis für sich allein genommen noch keine

Rn. 25.

⁵⁹ Joecks/Jäger (Fn. 51), § 323 c Rn. 35.

⁶⁰ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Hecker (Fn. 2), § 323 c Rn. 20.

⁶¹ Vgl. MüKo-StGB/Joecks, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 3. Auflage (2017), § 25 Rn. 55.

⁶² Kühl, Die strafrechtliche Garantenstellung – Eine Einführung mit Hinweisen zur Vertiefung, JuS 2007, 497 (499 f.).

⁶³ Rengier (Fn. 11), § 50 Rn. 4.

⁶⁴ Roxin, Strafr AT, Bd. 2, 1. Auflage (2003), § 32 Rn. 52.

⁶⁵ Schönke/Schröder/Bosch (Fn. 2), § 13 Rn. 18.

ausreichende Bindung begründet,⁶⁶ da es der Erprobung dient, ob das Verhältnis der beiden Verlobten stark genug ist, um sich ein gemeinsames Leben aufzubauen.⁶⁷ Gegen die erste Ansicht ist allerdings einzuwenden, dass die Verlobten den rechtlichen Rahmen für ihr Treueverhältnis bewusst gewählt haben⁶⁸ und sich demnach auch für eine gegenseitige Verantwortlichkeit ausgesprochen haben. Deshalb ist der zweiten Ansicht zu folgen, nach der eine Garantenstellung des B aus natürlicher enger Verbundenheit besteht.

Die von B vor dem Säureattentat beschlossene Auflösung der Verlobung steht dieser Garantenpflicht insbesondere deshalb nicht im Wege, weil die E noch gar nichts vom geplanten Verlöbnisrücktritt des B wusste. Mithin besteht eine Garantenpflicht des B, die er verletzt hat, indem er die E nicht vor dem Säureattentat gewarnt hat.

dd) Quasi-Kausalität der Unterlassung

Das Unterlassen des B müsste auch kausal für den Eintritt des Todes der E sein.

Dächte man sich eine vorherige Warnung des B hinzu, wäre E achtsam und auf einen Angriff vorbereitet gewesen. Somit wäre das Säureattentat durch die K verhindert worden und E letztendlich nicht im Krankenhaus verstorben. Ihr Todeseintritt wäre mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen. Das Unterlassen der Warnung war mithin kausal für den Todeseintritt der E.

ee) Objektive Zurechenbarkeit

Der Erfolg müsste dem B auch objektiv zurechenbar sein.

Vorliegend hat B gegen die Verhaltensnorm verstoßen, andere vor Angriffen auf ihr Leben zu warnen. Eine rechtlich missbilligte Gefahrschaffung liegt mithin vor.

Fraglich ist, ob sich auch diese Gefahr im Erfolg realisiert hat. Bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten, also dem Abgeben eines Warnrufs, wäre der Todeserfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben, der Pflichtwidrigkeitszusammenhang besteht.

Fraglich ist allerdings, ob der Schutzzweckzusammenhang besteht. Die Verhaltensnorm, andere vor Angriffen auf deren körperliche Unversehrtheit oder deren Leben zu bewahren, soll davor schützen, dass Menschen durch Angriffe zu Tode kommen. E ist jedoch durch den Behandlungsfehler eines Arztes zu Tode gekommen. Aufgrund eines unterlassenen Warnrufs muss B allerdings nicht mit einem Behandlungsfehler des Arztes rechnen. Dies wäre zu weit gefasst. Der Tod der E fällt mithin in den Verantwortungsbereich des Arztes und wird nicht mehr vom Schutzzweckzusammenhang gedeckt. Der Erfolg ist dem B nicht objektiv zurechenbar.

⁶⁶ Roxin (Fn. 64), § 32 Rn. 52.

⁶⁷ Jakobs, StrafR AT, 2. Auflage (1991), 29. Abschnitt Rn. 65.

⁶⁸ Schönte/Schröder/Bosch (Fn. 2), § 13 Rn. 18.

b) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand der §§ 212 I, 13 I ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

B hat sich nicht wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I, 22, 23 I

Durch die Unterlassung des Warnrufs könnte sich B des versuchten Totschlags durch Unterlassen nach §§ 212 I, 13 I, 22, 23 I strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Ein vollendeter Totschlag durch Unterlassen liegt nicht vor, weil B der Tod der E nicht objektiv zurechenbar ist und so der objektive Unrechtstatbestand nicht erfüllt ist.⁶⁹

Die Versuchsstrafbarkeit des Totschlags ergibt sich aufgrund des Verbrechenscharakters des Delikts aus §§ 23 I, 12 I.

2. Tatentschluss

B müsste auch Tatentschluss gehabt haben.

Unter Tatentschluss ist der auf die Tatbestandsverwirklichung bezogene Vorsatz einschließlich sonstiger subjektiver Tatbestandsmerkmale zu verstehen.⁷⁰

a) Vorsatz bzgl. des Todes, des todesursächlichen Unterlassens und des Zurechnungszusammenhangs

B erhoffte sich, dass das Attentat tödlich für E enden möge und wollte dies auch gerade durch sein Unterlassen ermöglichen. Er handelte somit vorsätzlich bezüglich des Erfolgseintritts sowie des Unterlassens. Ferner nahm B an, dass durch das Unterlassen des Warnrufs der Tod der E eintreten könnte. Er hielt es mithin für möglich, dass durch einen Warnruf der mögliche Tod der E abgewendet werden könnte. Vorsatz bezüglich des Zurechnungszusammenhangs zwischen Unterlassen und Todeseintritt ist damit gegeben.

b) Vorsatz bzgl. Garantenstellung

B hatte die Verlobung noch nicht aufgelöst und war somit noch mit E verlobt. Folglich war er sich der Umstände, die eine Garantenstellung begründen, bewusst.

c) Vorsatz bzgl. Täterschaft

B müsste auch den Vorsatz gehabt haben, als Unterlassungstäter den Tod der E herbeizuführen.

⁶⁹ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), § 17 Rn. 938.

⁷⁰ Kindhäuser, StrafR AT, 8. Auflage (2017), § 31 Rn. 4.

aa) Abgrenzung Täterschaft / Teilnahme

Fraglich ist zunächst, ob es sich bei B's Unterlassen um eine Täterschaft durch Unterlassen oder eine Teilnahme zur Begehungstat der K handelt.

(1) Subjektive Theorie

Die Rspr.⁷¹ und T. d. Lit.⁷² stellen nach der subjektiven Theorie darauf ab, ob der Beteiligte mit Täter- und Teilnehmerwillen handelt,⁷³ bzw. beim Unterlassungsdelikt die Tatverhinderung unterlässt. Wer einen kausalen Beitrag mit Täterwillen leistet, also die Tat als eigene will (*animus auctoris*), handelt folglich als Täter. Ein hohes eigenes Interesse am Taterfolg spricht folglich für den Täterwillen,⁷⁴ wobei der BGH im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung weitere Anhaltspunkte, wie den Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder zumindest den Willen zur Tatherrschaft berücksichtigt.⁷⁵

B leistete durch seinen unterlassenen Warnruf nur einen geringen Beitrag zur Tatbeteiligung, während K's Tatbeteiligungsumfang wesentlich größer war. Allerdings war B das Vorhaben der K sehr recht und er versprach sich davon, seiner Erklärungsnot gegenüber E enthoben zu werden. Er wollte seinen persönlichen Vorteil aus der Tat ziehen. Folglich hatte er ein hohes eigenes Interesse am Taterfolg und es lässt sich insoweit ebenfalls auf einen Tatherrschaftswillen schließen. Nach der subjektiven Theorie fällt B's Verhalten mithin unter den Täterbegriff.

(2) Tatherrschaftstheorie

Viele Stimmen der Lit.⁷⁶ stellen auf die Tatherrschaft ab. Tatherrschaft ist das vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufes einschließlich der Möglichkeit tatbestandsgestaltender Steuerung.⁷⁷ Es kommt entscheidend auf die Beherrschung der Ausführungshandlung an.⁷⁸ Täter ist, wer als Zentralgestalt die planvoll lenkende oder mitgestaltende Tatherrschaft besitzt und die Tatbestandsverwirklichung nach seinem eigenen Willen ablaufen lassen kann, wohingegen ein Teilnehmer ohne eigene Tatherrschaft nur als Randfigur agiert.⁷⁹

71 BGH NJW 1952, 552 (552).

72 *Arzt*, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (1. Teil), JA 1980, 553 (558); Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafr AT, 12. Auflage (2016), § 25 Rn. 33 ff.

73 Schönke/Schröder/Heine/Weißer (Fn. 2), Vor §§ 25 ff. Rn. 93.

74 Satzger/Schluckebier/Murmann, StGB, 4. Auflage (2019), Vor §§ 25 ff. Rn. 5.

75 BGHSt 37, 289 (291).

76 MüKo-StGB/Joecks (Fn. 61), § 25 Rn. 280 f.; Rengier (Fn. 11), § 51 Rn. 18; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), § 19 Rn. 1211.

77 Maurach/Gössel/Zipf, Strafr AT, Bd. 2, 8. Auflage (2014), § 47 Rn. 89 f.

78 Satzger/Schluckebier/Murmann (Fn. 74), Vor §§ 25 ff. Rn. 7.

79 Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), § 16 Rn. 807.

Um die Tatherrschaftstheorie an die Umstände des Unterlassungsdelikts anzupassen, legen viele Literaturstimmen⁸⁰ den Fokus auf den Grad der potenziellen Einflussmöglichkeiten des Garanten.⁸¹ Ob der Garant die potenzielle Tatherrschaft innehat, hängt davon ab, wie leicht oder wie schwer es dem Garanten möglich gewesen wäre, die Tatherrschaft zu übernehmen, das Geschehen also in einer Weise zu gestalten, durch die die Tatbestandsverwirklichung vermieden worden wäre.⁸² Eine Täterschaft käme demnach in Betracht, wenn der Garant jederzeit und ohne Mühe in der Lage ist, den Erfolg abzuwenden.⁸³

B hätte, im Zeitrahmen zwischen dem Erfahren des Tatplanes der K bis zum Zeitpunkt kurz vor dem Säureattentat, jederzeit die Tatbestandsverwirklichung ohne große Mühe durch einen Warnruf unterbinden können. Es wäre ihm somit möglich gewesen, die Tatherrschaft zu übernehmen und das Geschehen so zu gestalten, dass die Tatbestandsverwirklichung vermieden worden wäre. Mithin ist er nach der Tatherrschaftslehre Täter.

(3) Zwischenergebnis

B ist sowohl nach der subjektiven Theorie als auch nach der Tatherrschaftstheorie Unterlassungstäter.

bb) Vorsatz bzgl. Täterschaft

B erhoffte sich durch das Säureattentat, seiner Erklärungsnot gegenüber der E enthoben zu werden. Zudem wollte er zum Tatzeitpunkt in Tatortnähe anwesend sein, um nicht »auf heißen Kohlen zu sitzen«, mithin wollte er die Tat auch als eigene. Folglich handelte er vorsätzlich bezüglich der Unterlassungstäterschaft.

3. Unmittelbares Ansetzen

B müsste nach Maßgabe seines Tatplans auch unmittelbar zur Tat angesetzt haben, § 22.

Das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung liegt in dem Zeitpunkt vor, in dem der Garant aus seiner Sicht entweder durch weitere Verzögerung der Rettungshandlung eine unmittelbare Gefahr für das Rechtsgut schafft oder aber das Geschehen aus seinem Herrschaftsbereich entlässt.⁸⁴ B schafft durch das Unterlassen des Warnrufs eine unmittelbare Gefahr für das Rechtsgut Leben der E zum Zeitpunkt unmittelbar vor dem Säureattentat. Mithin liegt ein unmittelbares Ansetzen vor.

80 Schönke/Schröder/Heine/Weißer (Fn. 2), Vor §§ 25 ff. Rn. 102; MüKo-StGB/Joecks (Fn. 61), § 25 Rn. 280; Rengier (Fn. 11), § 51 Rn. 21; LK-StGB/Weigend, Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 1, 12. Auflage (2007), § 13 Rn. 94.

81 Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), § 19 Rn. 1211.

82 LK-StGB/Weigend (Fn. 80), § 13 Rn. 94.

83 MüKo-StGB/Joecks (Fn. 61), § 25 Rn. 280, § 25 Rn. 280; Otto, Beihilfe durch Unterlassen, JuS 2017, 289 (292).

84 Murmann (Fn. 4), § 29 Rn. 112 f.

Auch wenn auf das Verstreichen der ersten⁸⁵ oder letzten⁸⁶ Rettungsmöglichkeit abgestellt wird, liegt ein unmittelbares Ansetzen vor. B hat somit unmittelbar zur Tat angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft. Ein normgemäßes Verhalten war ihm ebenfalls zumutbar.

5. Rücktritt

B könnte jedoch vom Versuch des Totschlags nach § 24 I 1 Alt. 1 strafbefreiend zurückgetreten sein.

a) Fehlgeschlagener Versuch

Der Rücktritt des B ist nicht fehlgeschlagen, weil B erkannt hat, dass eine Rettungshandlung den Todeserfolg noch verhindern kann,⁸⁷ mithin ist ihm der Rücktritt nicht bereits aufgrund eines fehlgeschlagenen Versuches verwehrt.

b) Abgrenzung unbeendeter/beendeter Versuch

Fraglich ist, ob ein unbeendeter oder ein beendeter Versuch vorliegt.

Der BGH stellt im Rahmen der Einheitstheorie Unterlassungsversuche den beendeten Versuchen des Begehungsdeliktes gleich.⁸⁸ Bei dem versuchten Totschlag des B handele es sich demnach um einen beendeten Versuch.

Die Differenzierungstheorie⁸⁹ will hingegen auch bei Unterlassungsdelikten zwischen unbeendetem und beendetem Versuch unterscheiden. Ein beendeter Versuch liegt demnach vor, wenn nach der Vorstellung des Täters zusätzliche Maßnahmen zur Erfolgsabwendung erforderlich geworden sind, wohingegen der Versuch unbeendet ist, wenn der Täter davon ausgeht, den Erfolg noch durch Nachholung der gebotenen Handlung abwenden zu können.⁹⁰ Aus Sicht des B war es notwendig, weitere Maßnahmen zur Erfolgsabwendung zu ergreifen, nämlich die E ins Krankenhaus zu bringen. Es handelt sich mithin auch nach dieser Ansicht um einen beendeten Versuch.

Der Rücktritt ist somit am Maßstab des § 24 I 1 Alt. 2 zu prüfen. B müsste die Vollendung der Tat aktiv verhindert haben. Indem B die E ins Krankenhaus gebracht hat, hat er alles in seiner Macht Stehende getan, um den Tod doch noch zu verhindern.

⁸⁵ Herzberg, Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973, 89 (89 ff.).

⁸⁶ Schönke/Schröder/Eser/Bosch (Fn. 2), § 22 Rn. 48 f.; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Auflage (1969), S. 221.

⁸⁷ Küpper, Rücktritt vom Versuch eines Unterlassungsdeliktes, JuS 2000, 225 (228).

⁸⁸ BGH NStZ 1997, 485 (485).

⁸⁹ Schönke/Schröder/Eser/Bosch (Fn. 2), § 24 Rn. 27 ff.; Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 20), § 24 Rn. 22 a.

⁹⁰ Murmann (Fn. 4), § 29 Rn. 118.

c) Freiwilligkeit

B hat die Rücktrittshandlung aus Reue autonom ohne Zwang vorgenommen. Er handelte freiwillig.

d) Zwischenergebnis

B ist strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten.

6. Ergebnis

B hat sich durch das Unterlassen des Warnrufs nicht des versuchten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I, 22, 23 I strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 5, 227 I, 13 I

B könnte sich durch dieselbe Handlung wegen gefährlicher Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 5, 227 I, 13 I strafbar gemacht haben.

1. Vorliegen einer gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 5, 13 I

a) Objektiver Tatbestand

Der tatbestandliche Erfolg in Form einer körperlichen Missetzung und einer Gesundheitsschädigung ist eingetreten, B hat eine gebotene und mögliche Warnung unterlassen und sein Unterlassen war auch quasi-kausal für den Körperverletzungserfolg (s.o.). E erlitt gerade deshalb Verätzungen im Gesichts- und Halsbereich, weil B es pflichtwidrig unterließ, sie zu warnen. Folglich ist ihm der Erfolgseintritt auch objektiv zurechenbar.

Zuletzt hat B seine Garantenpflicht verletzt (s.o.) und sein Unterlassen entspricht auch der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch aktives Tun⁹¹, mithin ist der objektive Tatbestand der §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 5, 13 I erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

B erhoffte sich vorliegend, dass sein Untätigbleiben dazu führt, dass E durch das Säureattentat Verätzungen und erhebliche Schmerzen bis hin zum Tode erleidet, wenn er sie, trotz Kenntnis der Garantenstellung, nicht vorwarnen würde. Er handelte folglich auch vorsätzlich.

c) Zwischenergebnis

B hat sich der gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen nach §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 5, 13 I strafbar gemacht.

⁹¹ Schönke/Schröder/Bosch (Fn. 2), § 13 Rn. 4.

2. Objektiv fahrlässige Tötung

Der Tod der E als besonderer Erfolg ist nach der modifizierten Äquivalenztheorie gerade durch das Unterlassen verursacht worden (s. o.). Die objektive Sorgfaltspflichtverletzung bezogen auf den Todeserfolg liegt bereits dadurch vor, dass B den Tod der E vorsätzlich herbeiführen wollte. Der qualifizierende Erfolg, also der Tod, ist jedoch auch hier dem B nicht objektiv zurechenbar (s. o.). Eine objektiv fahrlässige Tötung liegt mithin nicht vor.

3. Ergebnis

B hat sich nicht wegen gefährlicher Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 5, 227 I, 13 I strafbar gemacht.

Er ist mithin nur wegen einer gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1, Alt. 1, Nr. 5, 13 I strafbar.

V. Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323 c

§ 323 c ist ebenfalls verwirklicht, tritt aber aufgrund der Subsidiarität im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter §§ 223 I, 13 I zurück.

VI. Strafbarkeit wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315 c I Nr. 2

Eine Strafbarkeit des B wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315 c I Nr. 2 scheidet mangels einer konkreten Gefahr für Leib und Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutsamem Wert aus.

VII. Strafbarkeit wegen verbotenen Kraftfahrzeugrennens gem. § 315 d I Nr. 3

B könnte sich nach § 315 d I Nr. 3 wegen eines verbotenen Kraftfahrzeugrennens strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

B müsste sich als Kraftfahrzeugführer im Straßenverkehr mit nicht angepasster Geschwindigkeit und grob verkehrswidrig und rücksichtslos fortbewegt haben, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen.

Er raste mit der Höchstgeschwindigkeit des Autos und hat sich somit als Kraftfahrzeugführer im Straßenverkehr mit nicht angepasster Geschwindigkeit fortbewegt. Dadurch verstieß er ebenso objektiv besonders gefährlich gegen eine Verkehrsvorschrift und verhielt sich grob verkehrswidrig.⁹²

Fraglich ist, ob B auch rücksichtslos handelte. Rücksichtslos verhält sich ein Fahrer, der sich im gegebenen Fall seiner Pflicht bewusst ist, sich aber aus eigensüchtigen Gründen über sie hinwegsetzt. Dabei sind insbesondere die Motive des Täters mit einzubeziehen.⁹³

B hat sich aus dem eigensüchtigen Grund des schnelleren Vorwärtkommens über die Geschwindigkeitsbeschränkung hinweggesetzt. Allerdings war der Auslöser für die schnelle Geschwindigkeit die Rettung der E. Unter Einbeziehung dieses altruistischen Motives handelte B deshalb nicht rücksichtslos.

2. Ergebnis

B hat sich nicht wegen eines verbotenen Kraftfahrzeugrennens gem. § 315 d I Nr. 3 strafbar gemacht.

VIII. Konkurrenzen

§§ 223 I, 13 I und § 323 c wurden durch dieselbe Handlung verwirklicht und stehen daher in Handlungseinheit, jedoch tritt § 323 c aufgrund materieller Subsidiarität im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter §§ 223 I, 13 I zurück.

IX. Gesamtergebnis

B hat sich gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 5, 13 I wegen einer gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen strafbar gemacht.

⁹² Vgl. Lackner/Kühl/Heger (Fn. 20), § 315 c Rn. 19.

⁹³ Vgl. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Zieschang, StGB, Bd. 3, 5. Auflage (2017), § 315 c Rn. 35.

StuDi Erfahrungsbericht

 Elena Ben Salem^{*}, Franziska-Harriet Reese[‡] und Paul Wohlleben[§]

Der Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot

Parallel zur stetig an Bedeutsamkeit gewinnenden Schiedsgerichtsbarkeit, sind auch Moot Courts mittlerweile zu einem festen Bestandteil der juristischen Ausbildung geworden. So auch der Willem C. Vis Moot, welcher thematisch im internationalen Handelsrecht angesiedelt ist und in diesem Jahr erstmalig – als Auswirkung der COVID-19-Pandemie auf einen weltweiten Wettbewerb – virtuell stattgefunden hat.

A. Der Willem C. Vis Moot – Organisation und Kontext

Der Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot – kurz Vis Moot – simuliert ein Verfahren im internationalen Handelsrecht. Benannt ist dieser nach *Willem Cornelis Vis* (1924–1993), welcher Generalsekretär von UNIDROIT (frz. *Institut international pour l'unification du droit privé*; engl. *International Institute for the Unification of Private Law*),¹ einer internationalen Organisation mit Sitz in Rom, war, deren Aufgabe die internationale Vereinigung des Zivilrechts ist.² Nicht überraschend ist es daher, dass sich auch der Vis Moot mit zivilrechtlichen, insbesondere handelsrechtlichen, Streitigkeiten befasst.

Der Vis Moot ist einer der renommiertesten zivilrechtlichen Moot Courts und über viele Landesgrenzen bekannt. Ein Moot Court ist eine Verfahrenssimulation und wird häufig als Wettbewerb ausgetragen, so auch der Vis Moot, der erstmalig im Jahre 1994 in Wien stattfand.³ Über die Jahre ist

die Anzahl der Teilnehmer:innen rasant gestiegen, sodass 2019 – im letzten klassischen Durchgang vor der Corona-Pandemie – schon Teams aus 84 Ländern in Wien teilnahmen.⁴ Aufgrund der regen Teilnahme wurde 2003 eine Schwesterveranstaltung in Hongkong, der Willem C. Vis East International Commercial Arbitration Moot, ins Leben gerufen. Diese unterliegt demselben Sachverhalt, sodass die Teams an beiden Wettbewerben gleichzeitig teilnehmen können. Spricht man jedoch von Moot Courts, trifft dies im eigentlichen Sinne weder auf den Vis Moot noch auf den Vis East zu. Denn die Simulation spielt sich vor einem Schieds- und keinem staatlichen Gericht – engl. *Court* – ab.⁵ Das Verfahren wird zudem mit einem Schiedsspruch beendet, welcher an die Stelle eines staatlichen Urteils tritt.⁶

Beliebt sind Schiedsverfahren aus unterschiedlichen Gründen. Zum einen wird das Verfahren aufgrund der privaten Durchführung häufig beschleunigt, zum anderen kann das Verfahren an die Wünsche der Parteien angepasst werden. Dies geschieht beispielsweise durch die Ernennung von Schiedsrichter:innen, die häufig für die jeweilige Streitigkeit eine weit höhere technische und rechtliche Expertise aufweisen als staatliche Richter.⁷ So werden staatliche Gerichte entlastet sowie ausgewogene Lösungen erzielt, die sich nicht am nationalen Recht orientieren und so oft zu einem fairen, effizienten Ergebnis führen.⁸ Ein weiterer Vorteil für ein Schiedsverfahren kann die nicht-öffentliche Verhandlung sein. Viele Unternehmen wollen nicht, dass betriebsinterne Informationen an die Öffentlichkeit geraten, und präferieren daher das Schiedsverfahren.⁹ Zudem gewährt ein solches Verfahren den beteiligten Parteien umfassende Rechtssicherheit, da Schiedssprüche im Rahmen des New Yorker Übereinkommens international vollstreckt werden können.¹⁰ Vor diesem Hintergrund gewann auch der

^{*} Die Autorin *Ben Salem* studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Römisches Recht, Bürgerliches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte von Prof. Dr. *Inge Hanewinkel*. Teilgenommen hat sie am Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot im Wintersemester 2018/2019.

[‡] Die Autorin *Reese* studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen, 2019 verbrachte sie einen Auslandsaufenthalt in Genf. Sie arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Medizinrecht, Europäisches Recht und Internationales Privatrecht von Prof. Dr. *Ivo Bach*. Am Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot nahm sie im Wintersemester 2019/2020 teil.

[§] Der Autor *Wohlleben* studiert Rechtswissenschaften, zunächst in Greifswald und Sheffield, seit 2018 an der Georg-August-Universität Göttingen. Er nahm ebenfalls im Wintersemester 2019/2020 am Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot teil.

¹ <https://vismoot.pace.edu/site/about-the-moot/willem-c-vis>, zuletzt abgerufen am 9.10.2020.

² <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>, zuletzt abgerufen am 9.10.2020.

³ Vgl. *Garner*, *Black's Law Dictionary*, 11. Auflage (2019), S. 1208; *Grohgan*, *LTO*, Vienna Calling, 5.5.2011, <https://www.lto.de/recht/studium-referendariat/s/willem-c-vis-moot-court-vienna-calling/>, zuletzt abgerufen am 9.10.2020.

⁴ <https://vismoot.pace.edu/site/about-the-moot/general-information>, zuletzt abgerufen am 9.10.2020.

⁵ <https://vismoot.pace.edu/site/about-the-moot>, zuletzt abgerufen am 9.10.2020.

⁶ *Schmidt-Ahrendts/Schmitt*, Einführung in das Schiedsverfahrensrecht, *JURA* 2010, 520 (520).

⁷ *Wolff*, Grundzüge des Schiedsverfahrensrechts, *JuS* 2008, 108 (108); vgl. *Rudkowski*, Einführung in das Schiedsverfahrensrecht, *JuS* 2013, 398 (398).

⁸ *Girsberger*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Ausbildung durch Moot Courts, in: *Jametti Greiner/Berger/Güngerich* (Hrsg.), *Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung: zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte – Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag* (2005), S. 23 (23).

⁹ *Hammacher*, Vertraulichkeit versus Öffentlichkeit in der Konfliktbearbeitung, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht* 2014, 607 (607).

¹⁰ Art. 3 New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958, 330 UNTS 3.

Vis Moot zunehmend an Bedeutung, da er sich an einem praxisrelevanten und realitätsnahen Sachverhalt orientiert.

Dem Sachverhalt des Vis Moots liegt eine Streitigkeit basierend auf einem Kaufvertrag zweier Parteien aus unterschiedlichen (fiktiven) Ländern zugrunde, welcher vier Fragestellungen aufwirft, die sich in zwei prozess- sowie zwei materiell-rechtliche Fragen untergliedern. Prozessual steht die Beilegung des Streits durch ein Schiedsverfahren in dem fiktiven, neutralen Staat Danubia im Fokus. In Wien und Hongkong wird dieser Schiedsort dann durch ein fiktives Schiedsgericht simuliert. Die jeweiligen Schiedsregeln wechseln jährlich.¹¹

Dem Schiedsverfahren liegen hierbei die Vorschriften des UNCITRAL-Modellgesetzes¹² zugrunde. Die UNCITRAL – Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (engl. *United Nations Commission on International Trade Law*) – wurde zum Zwecke der Rechtsharmonisierung auf dem Gebiet des internationalen Handelsrechts von der Generalversammlung der Vereinten Nationen gegründet und hat ihren Sitz in Wien.¹³ Ihrem Gründungsauftrag kam die UNICTRAL nach, indem sie das UNCITRAL-Modellgesetz erstellte, welches zwar keine Gesetzeskraft besitzt, jedoch in das nationale Schiedsverfahrensrecht vieler Staaten inkorporiert wurde.¹⁴ In Deutschland wurde das UNCITRAL-Modellgesetz im Rahmen der Reform des Schiedsverfahrensrechts (10. Buch der Zivilprozessordnung¹⁵) in Teilen übernommen.¹⁶ Zudem ist Danubia dem New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche¹⁷ beigetreten, einem der bedeutendsten Staatsverträge im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, welcher grundlegende Prinzipien für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche aufstellt.¹⁸

Materiell-rechtlich ist die Streitigkeit in das UN-Kaufrecht (Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, sog. Wiener Kauf-

recht¹⁹) eingekleidet, einem völkerrechtlichen Vertrag über das Recht des internationalen Warenhandels, der ebenfalls im Rahmen der erstrebten Rechtsharmonisierung von der UNCITRAL erarbeitet worden ist.²⁰ Dieses zunächst für Student:innen unbekannt erscheinende Gesetz ist zugänglicher als auf den ersten Blick gedacht, schließlich wurde das deutsche Kaufrecht während der Schuldrechtsreform 2001/2002 stark an das UN-Kaufrecht angepasst und ähnelt diesem in weiten Teilen.²¹ Diese prozess- und materiell-rechtlichen Thematiken begleiten die Teilnehmer:innen über den gesamten Wettbewerb.

B. Die Teilnahme am Vis Moot an der Georg-August-Universität

Die Teilnahme am Vis Moot ist an der Georg-August-Universität ab dem dritten Semester möglich. Vorerfahrung im Bereich des Handelsrechts wird nicht benötigt. Jedoch wird der Vis Moot aufgrund der Internationalität der Parteien auf Englisch ausgetragen, sodass solide Grundkenntnisse der Sprache, zum Beispiel durch Auslandsaufenthalte, hilfreich sind.

Gerade für Student:innen in höheren Semestern lohnt sich eine Teilnahme besonders. Denn im Rahmen des Vis Moots ist es möglich, seine Seminararbeit für den Schwerpunkt²² im dritten Schwerpunktbereich (Zivilrecht und Zivilrechtspflege) abzulegen. Dafür wird eine schriftliche Arbeit zu einem Thema aus dem Sachverhalt verfasst. Die mündliche Prüfung wird dann im Rahmen einer Verhandlung absolviert. Doch der Vis Moot lässt sich nicht nur als Seminararbeit anrechnen. Alternativ ist es möglich, seinen Sprachschein²³ und seine Schlüsselqualifikation²⁴ oder vorbereitende Leistung²⁵ zu erhalten. Zudem wird das Semester der Teilnahme bei der Berechnung der Studienzzeit für den Freiversuch nicht berücksichtigt.²⁶ Gerechtfertigt wird dies durch den hohen Arbeitsaufwand, der mit einer Teilnahme am Vis Moot verbunden ist. Vom Besuch weiterer Lehrveranstaltungen oder dem Schreiben von Klausuren nebenbei wird daher abgeraten.

11 <https://vismoot.pace.edu/site/about-the-moot/general-information>, zuletzt abgerufen am 9.10.2020.

12 UNCITRAL-Modellgesetz über internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (engl. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*), 330 UNTS 38.

13 *United Nations Commission on International Trade Law*, A Guide to UNCITRAL, Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law (2013), S. 1.

14 *Schlüter*, Einführung in das Schiedsverfahrensrecht, JURA 2016, 1115 (1115 f.).

15 Gesetz vom 1. August 1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung – ZPO), RGBl. Nr. 113/1895.

16 <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/overview-status-table.pdf>, zuletzt abgerufen am 9.10.2020; *Münch*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, ZPO, vor § 1025 Rn. 173.

17 Das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche ist 1959 in Kraft getreten und wurde mittlerweile von 157 Staaten anerkannt.

18 *Schmidt-Ahrendts/Schmitt* (Fn. 6), JURA 2010, 520 (526).

19 Die »*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*« (CISG) ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der am 1. Januar 1989 in Kraft getreten ist, 1489 UNTS 3.

20 *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – A Commentary, 2. Auflage (2018), Introduction to the CISG, Rn. 8–9.

21 *Schlechtriem*, 10 Jahre CISG – Der Einfluß des UN-Kaufrechts auf die Entwicklung des deutschen und des internationalen Schuldrechts, IHR 1/2001, 13 (13).

22 § 14 SchwPrO, Ordnung für die Durchführung der Schwerpunktbereichsprüfung für das rechtswissenschaftliche Studium mit dem Abschluss Erste Prüfung an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, amtliche Fassung (2012).

23 § 4 I Nr. 1 d NJAG, Niedersächsisches Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen in der Fassung vom 15. Januar 2004.

24 § 4 I Nr. 1 f NJAG.

25 § 4 a III NJAG.

26 § 17 Nr. 4 NJAVO, Verordnung zum Niedersächsischen Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen vom 2. November 1993.

C. Ein »klassischer« Vis Moot – der Vis Moot vor COVID-19

Der Vis Moot findet alljährlich im Wintersemester statt und untergliedert sich in zwei Phasen: die Schriftsatzarbeit und die mündlichen Verhandlungen. Hierbei werden die selbst erarbeiteten Schriftsätze und mündlichen Vorträge weltweit mit den Leistungen anderer Teams verglichen.

Die schriftliche Phase beginnt alljährlich zu Beginn des Wintersemesters mit der Veröffentlichung des Sachverhalts – oft auch »Problem« genannt. Während man, geprägt von seiner herkömmlichen universitären Ausbildung, mit einem Sachverhalt meist ein kurzes Dokument verbindet, was eine Anzahl von drei Seiten nur selten übersteigt, umfasst das »Problem« meist um die 50 Seiten und ähnelt damit einer umfassenden Akte. Auch unterscheidet sich das »Problem« von einem Sachverhalt, wie man ihn aus dem Studium gewohnt ist, dadurch, dass jenem keine objektive Sachverhaltsschilderung aus der Sicht eines Dritten zugrunde liegt. Vielmehr erwartet einen die Schilderung sowohl aus Kläger- als auch aus Beklagtsicht, ergänzt um Zeugenaussagen, Schriftverkehr zwischen den Parteien und teilweise sogar fiktiven Zeitungsartikeln rund um das Geschehen.²⁷ Es wird einem ermöglicht, ein allumfassendes Bild über die Probleme und Streitpunkte zu gewinnen sowie sich in beide Parteien hineinzusetzen. Somit wird die Basis für die Schriftsatzarbeit geschaffen, in welcher die Teams der beteiligten Universitäten zunächst in die Rolle des Klägers schlüpfen und eine Klageschrift verfassen. Anschließend wird ihnen im Losverfahren die Klageschrift einer anderen Universität zugeteilt und es gilt nun, als eine Antwort auf diese eine Beklagtschrift zu verfassen.

Am Ende der schriftlichen Phase, welche sich in der Regel bis Mitte Januar erstreckt, haben die Teams nun beide Seiten der Medaille betrachtet und die Probleme aus der Sicht beider Parteien detailliert erarbeitet. Ziel ist es, die Argumente und Gegenargumente bis auf das kleinste Detail zu durchdenken und sich so auf die mündliche Phase vorzubereiten.

In dieser treten die Teams sowohl als klagende als auch als beklagte Partei auf und trainieren, dem Schiedsgericht das Erarbeitete überzeugend in einem mündlichen Vortrag (auch »Pleading« genannt) vorzustellen. Das Schiedsgericht besteht hierbei in der Regel aus drei Schiedsrichter:innen und setzt sich aus Wissenschaftler:innen und Praktiker:innen unterschiedlicher Heimat-Jurisdiktionen zusammen. Diese unterschiedlichen kulturellen wie auch beruflichen Hintergründe erfordern ein besonderes Fingerspitzengefühl bei der Beantwortung der Fragen des Schiedsgerichts. So erwartet ein Schiedsrichter aus einer *Common Law Jurisdiction*²⁸ unter Umständen eine andere Antwort als seine Kollegin aus

einer *Civil Law Jurisdiction*²⁹, ein Praktiker setzt mitunter andere Schwerpunkte als eine Professorin.

Dennoch ist der Begriff »Vortrag« nicht wirklich passend und auch das, was man mit einem Plädoyer vor Gericht verbindet, spiegelt nicht das wider, was sich hinter einem »Pleading« im Rahmen des Moots verbirgt. Grund dafür ist, dass es nicht das Ziel ist, einen Monolog zu halten und das Erlernte lückenlos in einer festen Reihenfolge vorzutragen. Vielmehr gilt es, mit dem Schiedsgericht in einen Dialog zu treten und dabei selbstverständlich dennoch umfassend seine Argumente vorzubringen. Ein besonderes Augenmerk liegt darauf, inwiefern auch auf kritische Nachfragen kompetent und sicher reagiert wird. Dabei entsprechen die formellen Verhaltensregeln vor einem Schiedsgericht zwar nicht der Strenge internationaler Gerichte, dennoch gilt es, gewisse Formalia in einem respektvollen, förmlichen Umgang einzuhalten und die einem zugesprochene Zeit nicht zu überschreiten.

Um den Ablauf, das Präsentieren, die Spontaneität und Flexibilität einzutrainieren, finden regelmäßig universitätsinterne Probeverhandlungen vor Professor:innen, Doktorand:innen, Betreuer:innen und Alumni statt. Ebenso bietet sich die Möglichkeit, bei Kanzleipleadings und internationalen Übungswettbewerben (sogenannte *Pre-Moots*)³⁰ gegen andere Universitätsteams anzutreten. Man bekommt mithin schon vor dem eigentlichen Wettbewerb in Wien die Möglichkeit, seine Fähigkeiten und Argumente vor Dritten unter Beweis zu stellen und sich so im Austausch mit diesen und anderen Teams stetig zu verbessern.

Das letztendliche Ziel der mündlichen Phase ist es, ein im Idealfall circa viertelstündiges »Pleading« zu erarbeiten, welches nicht nur inhaltlich perfektioniert und ausgiebig bis in das letzte Detail geprüft wurde, sondern auch im Ausdruck und in der Vortragsweise möglichst überzeugend ist. Basis dessen ist es, sich vertieft mit wissenschaftlicher Literatur auseinandergesetzt zu haben, um das fall- und rechtskundige Schiedsgericht zu überzeugen.

Abschließend finden schließlich nach etwa sechs Monaten intensiver Arbeit die mündlichen Verhandlungen in der Woche vor Ostern in Wien statt. Jedes Team plädiert zunächst in der Einführungsrunde vor Schiedsrichter:innen aus der ganzen Welt. Die erfolgreichsten Teams qualifizieren sich für die Endrunde der 64 besten Teams, in welcher es im Eliminierungsprinzip bis zum Finale geht.

D. Ein virtueller Vis Moot – der Vis Moot in der Pandemie

Der 27. Vis Moot (2019/2020) war ein besonderer Durchgang: Aufgrund der COVID-19-Pandemie fungierten in diesem Jahr weder Wien noch Hong Kong als Verhandlungsorte, sondern ein virtueller Raum im Internet. Dies er-

²⁷ Vgl. das aktuelle »Problem« des 28. Vis Moots, veröffentlicht am 9. 10. 2020, <https://vismoot.pace.edu/Messages#message2da18c83-aaca-48b4-b210-ac4f00692ff5>, zuletzt abgerufen am 9. 10. 2020.

²⁸ Vgl. *Garner* (Fn. 3), S. 310, 345.

²⁹ Vgl. *Garner* (Fn. 3), S. 310.

³⁰ Vgl. <https://vismoot.pace.edu/site/PreMoots>, zuletzt abgerufen am 9. 10. 2020.

forderte nicht nur seitens der Organisator:innen, sondern auch seitens der Teilnehmer:innen eine beachtliche Umstrukturierungsleistung. Der über eine Videokonferenz ausgetragene Wettbewerb ermöglichte es, den Wettbewerb fortführen zu können, brachte aber auch einige Veränderungen mit sich.

Im Hinblick auf die mündliche Vorbereitung boten sich jedoch auch neue Chancen. Nicht nur der Wettbewerb fand ausschließlich virtuell statt, auch die Vorbereitung der Teilnehmer:innen musste ab der Schließung der Universitäten digital durchgeführt werden. Da sich jedoch die meisten Teams mit dieser Umstellung konfrontiert sahen, ergab sich der sehr erfreuliche Effekt, dass die große Mehrheit an Teams stark an virtuellen Probeverhandlungen interessiert war. Dies führte bereits in den digitalen Übungsrunden zu einem intensiven Austausch mit Student:innen verschiedenster rechtlicher sowie kultureller Hintergründe, insbesondere durch neue Argumente und Argumentationsstrukturen.

Während die mündlichen Verhandlungen viele Teilnehmer:innen ohnehin schon mit oft sehr aktiven und fordernden Schiedsrichter:innen an ihre Grenzen bringen und es anfänglich oft schwerfällt, souverän auf Englisch im Umgang mit anspruchsvollen Rechtsthematiken aufzutreten, brachte der virtuelle Moot noch weitere, darüber hinausgehende Schwierigkeiten mit sich, die es zu bewältigen galt. Neben immer wieder auftretenden Verbindungsproblemen technischer Natur könnte man in diesem Zusammenhang auch von »sozialen Verbindungsproblemen« sprechen. Körpersprache, Mimik, Gestik und die Möglichkeiten, in Präsenz »das Eis zu brechen«, gestalteten sich im virtuellen Moot zunächst schwierig.

Auch hat sich die Umgebung für die Teilnehmer:innen geändert. Das »Home-Office« konnte – je nach Wahrnehmung und persönlicher Situation – zu einer ruhigen, die Konzentration fördernden Umgebung oder aber auch zu Unruhe und Ablenkung führen. So war es einerseits möglich, sich vor dem heimischen Computer sicherer und gelassener zu fühlen, was zu weniger Anspannung und Aufregung führte. Andererseits waren aber auch beispielsweise durch das Bild laufende Personen zu beobachten, was nicht zur Gelassenheit der Betroffenen beitrug.

Auch *in puncto* Teamarbeit ergaben sich durch den virtuellen Moot weitere Schwierigkeiten. Während Teilnehmer:innen in Präsenz sonst eng am Tisch zusammenarbeiten, beispielsweise durch die Kommunikation über schriftliche Notizen, war dies in einem digitalen Konferenzraum nicht ohne Weiteres möglich.

Zudem fielen die Reisen sowie das soziale Rahmenprogramm weg. Gerade für die Verhandlungen in Wien, bei

welchen sonst nahezu 400 Teams aufeinandertreffen und die Teilnehmer:innen endlich die Dimension des Wettbewerbs hautnah erleben dürfen, ließ sich kein virtuelles Äquivalent finden. Demgegenüber konnten der Wegfall von Reisedress sowie der permanenten Ortswechsel zu einer Steigerung der Konzentrationsfähigkeit in der Verhandlung beitragen und sich positiv auf die Leistung der Teams auswirken.

Trotz allem sollte ein Moot vor Ort in Zukunft wieder den Normalfall darstellen. Auch wenn die virtuelle Durchführung zwar durchaus eine gute Alternative darstellt und es zu schätzen ist, dass der Wettbewerb in der Pandemie überhaupt stattfinden konnte, stellen die Verhandlungen vor Ort in Präsenz und im direkten Dialog mit dem Gegenüber doch eine deutlich intensivere Erfahrung dar. So war auch der digitale Vis Moot ein einzigartiges Erlebnis, eine virtuell durchgeführte Verhandlung kann einem »Pleading« in Präsenz aber nicht den Rang ablaufen.

E. Mut zum Moot – eine Bereicherung für das Studium

Der Vis Moot stellt eine abwechslungsreiche und gehaltvolle Erfahrung dar. Auf der einen Seite trainiert das Erstellen der Schriftsätze die Fähigkeit zu argumentieren, das vielschichtige Denken in (dennoch) logischen Strukturen und die Teamfähigkeit. Auf der anderen Seite vermittelt einem insbesondere die mündliche Phase sogenannte *Soft Skills*, die man auf diese Art im sonst sehr theoretischen juristischen Studium nicht hätte erlernen können. Kurz gesagt: Man sollte Mut zum Moot haben!

Erstmals im juristischen Studium gilt es, statt ein objektives Gutachten zu schreiben, eine Partei zu vertreten und somit lösungsorientiert zu arbeiten. Dies erfordert es, rechtsvergleichende Recherchen anzustellen und sich mit Entscheidungen zahlreicher internationaler Instanzen sowie mehrsprachiger Literatur zu beschäftigen. Die Teilnehmer:innen tauchen in eine zuvor fremde Rechtsmaterie so tief wie in kaum ein anderes Rechtsgebiet ein.

Über das Verfassen der Schriftsätze hinaus schult die mündliche Phase die rhetorischen Fähigkeiten und lehrt das souveräne, freie Sprechen in englischer Rechtsterminologie, Professionalität und nicht zuletzt Anpassungsfähigkeit an die unterschiedlichsten Gegebenheiten, die verschiedene Schiedsgerichte bereithalten. Darüber hinaus kommt man mit Jurist:innen der ganzen Welt in Kontakt und setzt sich so mit den verschiedensten Rechtskulturen auseinander, die durch den inhaltlichen wie auch sozialen Austausch greifbar werden. Dies sind wertvolle Fähigkeiten, die einem weit über das juristische Studium hinaus nützen und einen damit nicht nur beispielhaft auf die mündliche Prüfung vorbereiten, sondern viel mehr auf die gesamte (juristische) Laufbahn.

StuDi Bericht

Dr. Gesine Weinrich* und Dr. Georg Lemmer†

»Im Namen des Volkes« – Gerichtliche Rollenspiele als Schlüsselqualifikation

Schon im Frühstadium der juristischen Ausbildung lassen sich erste Erfahrungen in der gerichtlichen Verhandlungstaktik machen. Neben prozessrechtlichen Kenntnissen können Studierende durch die Simulation von Gerichtsverhandlungen an der Seite von Praktiker:innen sozial-kommunikative Kompetenz erwerben, die in juristischen Berufen von besonderer Bedeutung ist.

Im Namen des Volkes ergehen nach deutschem Prozessrecht die Urteile der ordentlichen Gerichte, § 311 I ZPO, § 268 I StPO. Die Formel ist Ausdruck dafür, dass nach dem Grundgesetz auch die rechtsprechende Gewalt vom Volk ausgeht. Dies lernen die Studierenden bei ihren Gerichtspraktika und in Prozessrechtsvorlesungen. Damit ist aber nicht geklärt, wie das Gericht zu seinem Urteil kommt. Grundlage dafür ist die mündliche Verhandlung. Hier setzt die Schlüsselqualifikationsveranstaltung »Gerichtliche Verhandlungssimulation« an. In Form von Rollenspielen haben Studierende zusammen mit Richter:innen und Staatsanwält:innen sowie Referendar:innen die Möglichkeit, aktiv gerichtliche Verhandlungen im Straf- und Zivilrecht zu erleben und mitzugestalten.

A. Kommunikation in Prozessen

Einmal in die Rolle eines geschickten Strafverteidigers schlüpfen oder eines unerbittlichen Staatsanwalts oder eines Rechtsanwalts, der für das Recht seines Mandanten kämpft und einfallsreich verhandelt, Verhandlungen hautnah erleben und miterleben und dabei mit Richter:innen und Staatsanwält:innen agieren und ins Gespräch kommen; diese Möglichkeit bietet die neuartige, jedes Semester im Gerichtslabor der Juristischen Fakultät stattfindende Schlüsselqualifikationsveranstaltung »Gerichtliche Verhandlungssimulation«. Sie wird seit dem Wintersemester 2017/2018 von der Juristischen Fakultät der Göttinger Georg-August-Universität in Kooperation mit dem Landgericht Göttingen veranstaltet. Moderiert und geplant werden die Veranstaltungen von Richterin am Landgericht Dr. *Gesine Weinrich* und Fakultätsgeschäftsführer Dr. *Georg Lemmer*. Dabei können die Studierenden aus einem breiten Spektrum an Lerneffekten schöpfen: Zusammen mit Richter:innen und Staatsanwält:innen sowie Referendar:innen gewinnen sie tiefe Einblicke in Kommunikationsmechanismen einer spannungsgeladenen Verhandlungssituation vor Gericht, loten aktiv Möglichkeiten prozesstaktischen Agierens unter Berücksichtigung der von der jeweiligen Prozessordnung

im Zivil- und Strafprozess vorgehaltenen Mittel aus und reflektieren diese anschließend gemeinsam.

B. Rollenspiele

In drei Nachmittagsveranstaltungen pro Semester simulieren die Teilnehmenden im kleinen Rahmen (max. acht Studierende pro Semester) in Rollenspielen konflikträchtige Verhandlungssituationen aus dem Straf- und Zivilrecht, die nach im gerichtlichen Alltag konkret erlebten Sitzungen konzipiert werden. Dabei geht es weniger um Routineverhandlungen mit klaren Rechtspositionen, sondern um Verhandlungen, die gerade junge Praktiker:innen vor Herausforderungen stellen – so beispielsweise, weil der Angeklagte ein das Gericht nicht akzeptierender Reichsbürger ist oder Parteien sich heftig streiten oder ein:e Anwält:in das Gericht nicht wirklich ernst nimmt. Herausfordernd sind natürlich auch Verhandlungen mit Zeugen, die offensichtlich nicht die Wahrheit sagen oder aber eingeschüchtert sind und sich eigentlich gar nicht äußern möchten.

Alle Teilnehmenden erhalten ein paar Tage vor der Verhandlung einen Aktenauszug per E-Mail, um sich wie in der Realität auf die Verhandlung vorbereiten zu können. Die am Rollenspiel Beteiligten können sich mit ihren Rollen durch vorab ebenfalls übermittelte kurze Rollenbeschreibungen vertraut machen, die sie phantasievoll je nach Entwicklung des Rollenspiels ausfüllen und weiterentwickeln können.

C. Gruppeninterview

In einem sich jeweils an das Rollenspiel anschließenden Feedback nach den Grundsätzen der Gruppeninterview¹ werden unter fachlicher Unterstützung eines:r erfahrenen Richters:in einzelne Facetten der Verhandlung beleuchtet. Dies bedeutet konkret, dass jede:r Teilnehmer:in, sei es gerade als aktiv am Rollenspiel Beteiligte:r oder als Zuschauer:in, gleichberechtigt auf Augenhöhe zu konkreten Fragestellungen der Interviewenden kurze Kommentare gibt, die u. a. die Stimmung während der Verhandlung, die Wirkung einzelner Verhaltensweisen von Prozessbeteiligten oder auch alternative Handlungsweisen reflektieren. So werden etwa folgende Fragen angesprochen: Hat sich der:die Richter:in von einer Partei provozieren lassen? Konnten die streitenden Parteien beruhigt und zu einer konstruktiven Prozessführung gebracht werden? Konnte der eingeschüchterte Zeuge zu einer Aussage bewegt werden?

* Die Autorin *Weinrich* ist Richterin am Landgericht Göttingen.† Der Autor *Lemmer* ist Fakultätsgeschäftsführer der Juristischen Fakultät Göttingen.¹ Vgl. etwa *Hendriksen/Huizing*, Methoden für die Interview (2020); zur Einführung in die Supervision *Bannink*, Positive Supervision und Interview (2017).

Natürlich werden hierbei alle prozessrechtlich besonders relevanten Punkte behandelt.

Zur Vertiefung der straf- und zivilprozessualen Themen halten die Studierenden in gesonderten Terminen jeweils Kurzreferate, über die anschließend unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen in der Rechtsprechung diskutiert wird.

D. Lerneffekt

»Non scholae sed vitae discimus.« Dieser Lehrsatz wurde aus einem Brief von *Seneca* an seinen »Schüler« *Lucilius*² hergeleitet, in welchem *Seneca* den Missstand an zu wenig am praktischen Leben orientierten römischen Philosophenschulen beklagte. Das damit angesprochene Lernziel: »Nicht für die Schule, sondern für das Leben lernen wir« hat auch für die Veranstaltung »Gerichtliche Verhandlungssimulation« Pate gestanden. Studierende sowie Referendar:innen können durch die Veranstaltung »Gerichtliche Verhandlungssimulation« einen Einblick in die gerichtliche Verhandlungspraxis erhalten und hierdurch auf ihrem persönlichen Weg der Wahl eines juristischen Berufs wertvolle Erfahrungen sammeln. Am Ende stehen ein vertieftes Verständnis für schwierige Situationen sowie Denk- und Lösungsansätze für Verhandlungen, einhergehend mit gewinnbringenden Einblicken in juristische Berufe einschließlich des Richterberufs.

Durch die Übernahme von Rollen wird zudem eine im Studium meist eher untergeordnete didaktische Methode umgesetzt, die in jüngerer Zeit immer mehr Bedeutung erlangt:³ Indem die Studierenden unmittelbar prozessrechtliche Instrumente einsetzen und/oder deren Auswirkungen »am eigenen Leib« erfahren, prägen sich die erworbenen und angewendeten Kenntnisse in besonderer Weise ein, da in vielfältiger Hinsicht Verknüpfungen hergestellt werden. Die Vielschichtigkeit einer jeden Veranstaltung (über eigene und fremde Interessen, Ziele und Emotionen nachzudenken, die Erfahrungen der Beteiligten zu vergleichen – immer unter Berücksichtigung der jeweiligen prozessualen Gegebenheiten) bewirkt eine intensive Auseinandersetzung der

² *Lucius Annaeus Seneca*, *Epistulae morales ad Lucilium* 106, 11–12, ca. 62 n. Chr.

³ Im selben Heft *Ben Salem/Reese/Wohlleben*, *Der Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, GRZ 2020, 185 ff.; zudem *Butenschön/Voß*, *Die Philip C. Jessup Moot Court Competition*, GRZ 2019, 37 ff.

Teilnehmenden mit der jeweiligen Verhandlung sowie auch darüber hinaus. Hierdurch wird die didaktische Methode »Lernen durch Erleben«⁴ in besonderer Weise relevant.

Die Studierenden tragen zudem zu einem für alle Teilnehmenden gewinnbringenden Austausch über wichtige Aspekte bei, insbesondere auch im Hinblick darauf, die Justiz in Bürgernähe zu halten. Hierzu seien beispielsweise die Fragestellungen »Wie wirken Richter:innen auf Beteiligte und Außenstehende?« oder »Was erwarten und verstehen Bürger:innen von Gerichtsverhandlungen?« genannt. Für Richter:innen und Staatsanwält:innen wird hierdurch unter dem Aspekt einer Interventionsfortbildung ein Forum zum Austausch über schwierige Verhandlungssituationen im Zivil- und Strafprozess zur Verfügung gestellt, im Rahmen dessen die die Richterrolle übernehmende Person ein für künftige Verhandlungen im Berufsalltag sinnvolles Feedback, Tipps, weitere Handlungsoptionen etc. erhält und somit von den Erfahrungen und Eindrücken der Teilnehmenden profitiert. Unterstützt wird dieses Feedback dadurch, dass die Rollenspiele im Gerichtslabor mit einer Kamera aufgenommen werden. Dadurch wird vor allem den Teilnehmer:innen, die als Richter:innen agieren, die Möglichkeit eröffnet, die Aufnahme später noch einmal allein oder zusammen mit einem Coach zu analysieren.

E. Evaluation und Teilnahme

Die Erfahrungen zeigen, dass die Veranstaltung von allen Teilnehmenden als Bereicherung wahrgenommen wird. Das didaktische Konzept, Personen einer Fachdisziplin aus ganz unterschiedlichen Ausbildungs- und Berufsabschnitten zusammenzubringen und gemeinsam agieren zu lassen, damit sie von den Erfahrungen der anderen profitieren, scheint aufzugehen. Die positive Aufnahme der Veranstaltung liegt vermutlich auch daran, dass neben dem Lerneffekt auch der Spaß nicht zu kurz kommt, z. B. wenn sich eine Partei in der Hitze der Verhandlung richtig aufregt, ein Zeuge eine hanebüchene Lügengeschichte auftritt oder sich ein Rechtsanwalt persönlich mit der Richterin anlegt. Wer Lust auf Rollenspiele hat und Kenntnisse im Zivil- und Strafprozessrecht auffrischen, vertiefen oder auch erst erwerben möchte, ist herzlich willkommen.⁵

⁴ Vgl. *Heckmair/Michl*, *Erleben und Lernen – Einführung in die Erlebnispädagogik*, 8. Auflage (2018).

⁵ Die Anmeldung erfolgt für die Studierenden über FlexNow und StudIP.

StuDi Bericht

Dr. Ferdinand Weber, MLE*

Die mündliche Prüfung im Ersten Staatsexamen anhand des Art. 23 GG

Die mündliche Examensprüfung ist aus studentischer Sicht ein ambivalenter Termin: Einerseits besteht die Chance, sich (wesentlich) zu verbessern. Andererseits ist die Prüfung voller Unwägbarkeiten (Wer prüft was in welcher Reihenfolge mit wie viel Wohlwollen?). Der erste Abschnitt beschäftigt sich mit der mündlichen Prüfung an sich (I.). Im Anschluss wird am Beispiel des Art. 23 GG hierfür Relevantes aufbereitet (II.), worauf ein kurzes Fazit folgt (III.).

A. Die mündliche Prüfung

Die erstmalige Beschäftigung mit der mündlichen Prüfung beginnt nicht selten erst, wenn die Klausuren geschrieben worden sind. Zuvor bleibt es beim Aufschnappen von ›Geschichten‹ auf dem Campus und, nach Erhalt der Ladung, beim Studieren der Protokolle. Eine frühere Beschäftigung lohnt sich jedoch.¹ Hier soll zuerst mit einem Blick in die rechtlichen Grundlagen geholfen werden (I.). Die Prüfung verfolgt eine hierauf aufbauende Funktion (II.). Eigene Eindrücke bestätigen, dass die Gelegenheit zur Verbesserung erfolgreich genutzt werden kann (III.).

I. Der Rechtsrahmen

Die aus drei Gesprächen bestehende mündliche Prüfung soll, ebenso wie die Aufsichtsarbeiten, die »Kernbereiche« mit dem jeweils zugehörigen Verfahrensrecht, die »europarechtlichen Bezüge« und schließlich auch die »rechtswissenschaftlichen Methoden und die philosophischen, geschichtlichen und gesellschaftlichen Grundlagen« einschließen (§ 3 I 2 und II NJAG)². Die zugehörige Verordnung wird hier nur wenig konkreter,³ sodass die übergreifende Vorstellung des Gesetzgebers in Erinnerung zu rufen ist: »Die erste Prüfung dient der Feststellung, ob der Prüfling das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden kann, in den Prüfungs-

fächern einschließlich der europarechtlichen Bezüge [...] und politischen Grundlagen über die erforderlichen Kenntnisse verfügt und damit für den juristischen Vorbereitungsdienst fachlich geeignet ist.« (§ 2 I 3 NJAG).

Aus dieser Perspektive handelt es sich um eine Eingangsprüfung zum Referendariat, ja man könnte das rechtswissenschaftliche Studium als vier- bis fünfjähriges Assessmentcenter für den staatlichen Vorbereitungsdienst lesen. Das würde jedoch nicht nur die (quantitativ freilich kleinere) Funktion der Bildung auch wissenschaftlichen Nachwuchses außer Acht lassen. Mit dieser Lesart würde vor allem verkannt, dass das komplexe Recht eines zudem mit anderen Rechtsordnungen verbundenen Staates den späteren Anwendern erst einmal systematisch und mit Grundlagenwissen angereichert zugeführt werden muss, bevor es im ›zweiten Teil‹ um die Erlernung praktischer Fertigkeiten auf diesem Fundament gehen kann. Auf dieser Grundlage lässt sich die Funktion der mündlichen Prüfung mit Hinweisen der erhältlichen Spezialliteratur konkretisieren.

II. Die Prüfungssituation als strukturiertes Gespräch

Um die ›wirklichen Anforderungen‹ zu erfassen, müssen Sie sich die Prüfungssituation buchstäblich vergegenwärtigen: Sie sitzen nach einem mehrjährigen Studium in einem Prüfungssaal und haben nur (dicke) Gesetzestexte, Papier und Stifte vor sich liegen. Im Prüfungsgespräch bleiben Ihnen pro Rechtsgebiet ganze 12 Minuten Sprechzeit (§ 23 I 1 NJAVO), abzüglich ggf. längerer Ausführungen des Prüfers selbst. Hier wird schnell deutlich, dass die Gespräche weder auf langes Blättern im Gesetz ausgelegt sein können noch auf bloße Ja/Nein-Fragen. Das Ziel ist – ggf. nach ein oder zwei auflockernden Fragerunden⁴ – eine Unterhaltung, die sich entwickelt, etwa über die Prüfung eines bereitgestellten Falles, die Erörterung rechtlicher Probleme aus der aktuellen Berichterstattung oder das schrittweise Abfragen von Strukturwissen.⁵ Auch in den ersten beiden Gesprächs-

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht am Institut für Völkerrecht und Europarecht der Georg-August-Universität Göttingen bei Prof. Dr. Frank Schorkopf.

¹ Zur Selbsthilfe: Beteiligen Sie sich bereits in den (großen) Vorlesungen, testen Sie Argumente, gehen Sie nach Veranstaltungen auf Dozenten (zugleich etwaige spätere Prüfer) zu, stellen Sie Ihre Fragen und beobachten Sie Reaktionen. Wie im Klausurtraining verbessern sich auch diese Fähigkeiten durch Übung.

² Nds. GVBl. v. 15. 1. 2004, S. 7 i. d. F. des Art. 1 Gesetz v. 27. 8. 2009, Nds. GVBl., S. 348; in der zweiten Staatsprüfung sind neben einem Aktenvortrag vier Gespräche Bestandteil der Prüfung, § 9 I 2 NJAG.

³ § 16 III Nr. 1 NJAVO (Nds. GVBl. 1993, S. 561 i. d. F. der VO vom 15. 5. 2020, Nds. GVBl., S. 126): Staatsrecht mit europarechtlichen Bezügen; § 16 III Nr. 4 NJAVO benennt zudem ausgewählte Teile des Europarechts, die mit Blick auf Art. 23 GG z. T. von Bedeutung sind (›Organe und Handlungsformen‹ der EU und ›Struktur der Europäischen Union‹).

⁴ Im öffentlichen Recht etwa: Nennen Sie jeweils ein Verfassungsorgan/Organ der Kommune/eine Standardmaßnahme. Sodann könnte man in der zweiten Runde nach der entsprechenden Fundstelle im Gesetz fragen und um eine Erläuterung der Aufgaben/Kompetenzen oder näheren Voraussetzungen der Maßnahmen bitten – alle Prüflinge sind ›im Gespräch‹ und denken idealerweise weiter mit, während die anderen an der Reihe sind.

⁵ So ermöglicht die Frage, welchen Rang ›das Völkerrecht‹ in der deutschen Rechtsordnung hat, zunächst die Antwort, dass man hierfür nach Rechtsquellen differenzieren muss (Art. 25 und Art. 59 II 1 GG), was Gelegenheit zur kurzen (§ 16 VI 1 NJAVO) Erörterung der Völkerrechtsquellen gibt. Schließlich kann das Gespräch auf Besonderheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention (§ 16 IV 1 NJAVO) gelenkt werden und der Übergang zum Europarecht (§ 16 III Nr. 12 lit. c) NJAVO) mit der Frage

varianten können (und werden) abstrakte Rechtsfragen eingestreut.⁶

Entsprechend finden sich in Skripten und Literatur neben Gemeinplätzen (»Alle kochen nur mit Wasser«) auch brauchbare Tipps. Das gilt für den Aufruf zum Lesen von Tageszeitungen (nicht bloß Internetportalen, seien sie auch juristisch ausgerichtet) ebenso wie für ein methodisch stimmiges Vorgehen (kein »Springen aufs Problem«)⁷, mitzudenken, während andere an der Reihe sind,⁸ das genaue Zitieren von Normen, d. h. eine juristisch präzise Ausdrucksweise, die keine Nachfragen aufwirft, von welchem Absatz oder Satz man denn spricht,⁹ und – dies ist für den Gesamteindruck von Bedeutung – angemessene Kleidung, kein auffälliges Melden in der Prüfung, dafür aber die klare Aufnahme von Augenkontakt, um bei einer Weitergabe zum Zuge kommen zu können.¹⁰ Vor allem gilt: Reden ist eine Tugend, Schweigen ist nichts.¹¹ Wagen Sie die Entwicklung einer Antwort. Womöglich gelangen Sie hierbei unversehens zu einer vertretbaren Lösung. Nur so nimmt der Prüfer von Ihren argumentativen Fähigkeiten Notiz, die juristisch keine kleine Rolle spielen.

Neben dem Studieren der Protokolle kann es im Übrigen nicht schaden, herauszufinden, mit was der Prüfer täglich befasst ist. Das lässt sich meist recherchieren (Internet, Geschäftsverteilungspläne, Veröffentlichungsverzeichnisse). Dass Praktiker »häufig absolute Standards abfragen, die aus ihrem persönlichen Arbeitsbereich stammen«,¹² kann der Verfasser dieser Zeilen aus eigener Anschauung jedoch nicht bestätigen.

III. Persönliche Erfahrungen

Die Bilanz nach der eigenen Teilnahme an drei Prüfungen fällt ermutigend aus: In allen kam es für jeden Prüfling zu Verbesserungen der Gesamtnote, von unter einem bis zu mehr als drei Punkten. Dabei wusste niemand stets sofort die passende Antwort. In der mündlichen Prüfung des ersten

erfolgen, ob die EU-Verträge unter Art. 59 II 1 GG fallen, in der Hoffnung, dass jemand (auch) auf Art. 23 GG zu sprechen kommt. Ein ganzes Gespräch allein »im Staatsrecht III« ließe sich bestreiten.

⁶ Vgl. auch *Pötters/Werkmeister*, Basiswissen Jura für die mündlichen Prüfungen, 1. und 2. Staatsexamen, 6. Auflage (2017), S. 1.

⁷ *Petersen*, Die mündliche Prüfung im ersten juristischen Staatsexamen, Zivilrechtliche Prüfungsgespräche, 3. Auflage (2016), S. 6.

⁸ *Petersen* (Fn. 7), S. 8.

⁹ Zu diesen Gesichtspunkten jew. *Kaiser/Bannach*, Prüfungswissen Jura für die mündliche Prüfung, 1. und 2. Staatsexamen, 2. Auflage (2015), S. 4 f., 11; *Pötters/Werkmeister* (Fn. 6), S. 3 f.

¹⁰ Zur Unterscheidung von negativem Sich-in-den-Vordergrund-Drängen und der diskreten Signalisierung, das Gespräch fortführen zu können, *Petersen* (Fn. 7), S. 5 f.

¹¹ *Petersen* (Fn. 7), S. 7: »Nichts ist schlimmer, als den Prüfer durch Schweigen gleichsam zu boykottieren. Zu groß ist die Gefahr, dass er sich von dem Gefragten ab- und dem Nächsten zuwendet. [...] Von daher ist es wichtig, auch in der größten Not einen Anfang zu wagen.« (S. 3–9 sind insgesamt sehr lesenswert).

¹² So *Kaiser/Bannach* (Fn. 9), S. 1, die aus der Durchsicht zahlreicher Examensprotokolle wiederkehrende Fragen samt Antworten vorstellen.

Examens traten alle drei Varianten auf: Ein Prüfer trug »protokollfest« einen seiner seit über acht Jahren genutzten Fälle mündlich vor, ohne ihn abzuwandeln und zwischen den Prüflingen hin- und herspringend. Der zweite Prüfer war insofern protokollfest, als er jedes Mal einen anderen Fall prüfte. Er teilte einen einseitigen Sachverhalt aus und ging ihn streng gutachterlich Schritt für Schritt und stets der Reihe der Prüflinge nach durch. Die Prüferin schließlich hielt zu Gesprächsbeginn einen bebilderten Zeitungsausschnitt hoch und stieg hierüber in das Gespräch ein, das sich zunehmend vom Artikelsachverhalt entfernte und in die Diskussion abstrakten Wissens mündete.

Alle Vorgehensweisen haben Vor- und Nachteile. Protokollfeste Prüfer können gerade strenger sein, im Wissen um die Niederschriften in den Protokollen (so kam es). Die Vorlage von etwas Neuem hingegen bedarf vorsichtigerer Entwicklung und es besteht (im Prüfergedächtnis) weniger Vergleichsmaterial hinsichtlich der Antworten, was von Vorteil sein kann. Ein abstraktes Wissensgespräch schließlich lässt neben der Notwendigkeit, (Legal-)Definitionen (finden) zu können und die Auslegungsmethoden an einer Norm für und wider ein Argument anzuwenden, Raum für eigene Überlegungen, birgt jedoch auch die Gefahr des »Abschweifens«.

Trauen Sie sich in allen Varianten zu, mitzuwirken. Die Gesprächsführungsweisen in einer Lerngruppe (mit Stoppuhr) durchzuspielen, dürfte für die echte Prüfungssituation von Vorteil sein. Vor allem aber: Melden Sie sich zum Zuhören zu einer echten Examensprüfung an (und gewähren Sie es später anderen).¹³ Allein die Kenntnis der Räumlichkeiten, das Erleben des Prozederes und womöglich der stille Gedanke, die eine oder andere Frage auch beantworten zu können, wirken beruhigend.

B. Artikel 23 GG als praktischer Anwendungsfall

Aufgrund der verdichteten EU-Integration ist stets mit aktuellen Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zu rechnen und daher die Berichterstattung zu verfolgen. Daneben eröffnet die Vorschrift die Gelegenheit, geschichtliches Grundlagenwissen abzufragen. Auch bietet sie durch ihre acht Absätze genug Anknüpfungspunkte, um auf andere staats-, europa- und völkerrechtliche Aspekte zu sprechen zu kommen. Im Folgenden wird absatzweise und aus Platzgründen in der Form abstrakter Wissensvermittlung vorgegangen, die in der Tiefe in einer mündlichen Prüfung erwartet werden kann. Ein Schwerpunkt liegt auf Absatz 1 und aktuellen Entwicklungen. In Fußnoten werden teilweise sich im Gespräch anbietende »Seitenblicke« benannt.

¹³ Für Informationen zur Anmeldung: https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/karriere/landesjustizprüfungsamt/staatliche_pflichtfachprufung_und_erste_prufung/muendliche-pruefung-158134.html, zuletzt abgerufen am 1.12.2020.

I. Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund, Regelungsgehalt (Abs. 1 und Abs. 1 a)

Die auch als ›Europaartikel‹ bezeichnete Vorschrift existiert erst seit Ende 1992. Zuvor war in Art. 23 GG der Beitritt weiterer Länder zur Bundesrepublik Deutschland geregelt. Der Regelungsgehalt erledigte sich mit der Wiedervereinigung,¹⁴ weshalb der frei werdende Platz im Grundgesetz zur präziseren Regelung der Integrationsteilnahme genutzt wurde, die zeitgleich einen erheblichen Fortschritt erfuhr (Vertrag von Maastricht).¹⁵ Zuvor lief der gesamte europäische Integrationsprozess über den bis heute unveränderten, sehr kurzen Art. 24 I GG.¹⁶

Aus Absatz 1 Satz 1 folgt ein verfassungsrechtliches Mitwirkungsgebot unter ›Auflagen‹ (konditionierte Mitwirkungspflicht). Dies meint, dass die EU eine demokratische, rechtsstaatliche, soziale und föderative Grundstruktur haben muss, die aber aufgrund der Vielzahl ihrer Mitglieder (derzeit 27 Staaten) nicht der Rechtsordnung eines bestimmten Mitgliedstaates genau oder auch nur weitestgehend entsprechen kann.

Absatz 1 Satz 2 gestattet eine Hoheitsrechtsübertragung durch *Zustimmungsgesetz*.¹⁷ Ohne Übertragung wäre die EU mangels eigener ›originärer‹ Politikbereiche nicht handlungsfähig. So ist beispielsweise die Kompetenz zur Regelung von Zöllen und Warenverkehr (Art. 73 I Nr. 5 GG) als ausschließliche Unionskompetenz (Art. 3 I lit. a und b AEUV) auf die EU übergegangen. Besonders ist aus grundgesetzlicher Perspektive, dass es sich um »materielle Verfassungsänderungen durch die Übertragung von Hoheitsrechten«¹⁸ handelt. Mit anderen Worten wird die Hoheitsrechtsübertragung nicht ›formell sichtbar‹, da anders als bei einer innerstaatlichen Verfassungsänderung (Art. 79 I 1 GG) keine Änderung des Wortlauts des Grundgesetzes erfolgt.

Eine Übertragungsgrenze setzt Absatz 1 Satz 3 mit dem Verweis auf Art. 79 II und III, insbesondere die Ewigkeitsklausel. Bekannt sein müssen die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Kontrollinstrumente, die sich grob in einen grundrechtlichen Vorbehalt (Solange-Rechtsprechung), einen auf das Demokratieprinzip gerichteten Vorbehalt (ultra-vires-Kontrolle) und einen auf den Bestandteil der Ewigkeitsklausel im Ganzen gerichteten Vorbehalt (Identi-

tätskontrolle) unterscheiden lassen.¹⁹ Hier sollten auch wichtige Entscheidungen benannt werden können (etwa das ›Lissabon-Urteil‹).²⁰ In Absatz 1 Satz 3 ist insbesondere umstritten, was von der Variante der »vergleichbaren Regelungen« umfasst ist.²¹

Zentral für das Verständnis des Absatz 1 ist der Begriff der Integrationsverantwortung, die alle Verfassungsorgane (auch das BVerfG selbst)²² wahrnehmen müssen. Das Konzept folgt dem Gedanken, dass die verfassungsrechtlich gewollte ›Weggabe‹ von Hoheitsrechten durch Beobachtungs- und Mitwirkungsakte der deutschen Verfassungsorgane auf der überstaatlichen Ebene begleitet werden muss, um die Verlängerung des demokratischen ›Legitimationsweges‹ auszugleichen.²³ Die im Jahr 2008 in Abs. 1a eingefügte Möglichkeit der Subsidiaritätsklage durch den Bundestag oder den Bundesrat geht auf vorherige Aufwertungen der Rolle nationaler Parlamente auf europäischer Ebene zurück und kann aus grundgesetzlicher Perspektive auch als spezifische Ausprägung der Integrationsverantwortung verstanden werden.²⁴ Zumindest bekannt sein sollte für die mündliche Prüfung das Integrationsverantwortungsgesetz. Es regelt, in welchen Fällen im Unionsrecht angelegte vereinfachte Vertragsänderungen (Kompetenzerweiterungen) eines Zustimmungsgesetzes nach Art. 23 I GG bedürfen oder der deutsche Vertreter im (Europäischen) Rat speziellen Änderungsbeschlüssen erst nach ermächtigenden Beschlüssen von Bundestag und ggf. Bundesrat zustimmen darf.²⁵

¹⁹ *Schwerdtfeger*, Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Grundrechts-, ultra-vires- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem, EuR 2015, 290 (292 ff.); *Sydow/Wittreck*, Deutsches und europäisches Verfassungsrecht I (2019), Kapitel 4 Rn. 84–94.

²⁰ Eine übersichtliche Kurzdarstellung aller wichtigen BVerfG-Entscheidungen zur europäischen Integration von 1967–2016 bei *Schorkopf* (Fn. 15), § 2 Rn. 198–212.

²¹ Dies ist praktisch wichtig: Unterfällt ›unionsnahes Ergänzungsvölkerrecht‹ wie ein nur EU-Mitgliedstaaten offenstehender Völkerrechtsvertrag über ein gemeinsames Patentgericht Art. 23 I 3 GG als »vergleichbare Regelung«, ist wegen des Verweises auf Art. 79 II GG eine Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat notwendig. Verneint man dies, genügt gem. Art. 23 I 2 GG (i. V. m. Art. 59 II 1 GG) eine einfache Mehrheit. Das BVerfG subsumierte den Vertrag unter Art. 23 I 3 GG, vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 13. Februar 2020, 2 BvR 739/17, Rn. 119–131; näher zum Problem Dreier/*Wollenschläger*, Grundgesetz Kommentar, 3. Auflage (2018), Art. 23 Rn. 53–60; in der mündlichen Prüfung stehen Ihnen eigene Argumentationswege offen.

²² BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019, 1 BvR 276/17, Rn. 53, 67 – Recht auf Vergessen II.

²³ *Kluth* (Fn. 18), § 22 Rn. 17–21; *Huber*, Die Integrationsverantwortung von Bundestag und Bundesregierung, ZSE 2017, 286 ff.

²⁴ Aus Platzgründen muss hier verwiesen werden auf *Schorkopf* (Fn. 15), § 2 Rn. 110 ff., 119 ff.

²⁵ Das dreizehn Paragraphen umfassende Gesetz ist eine Reaktion auf das Lissabon-Urteil des BVerfG und kann vor der Prüfung leicht überflogen werden: Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (BGBl. 2009 I S. 3022).

¹⁴ Hier kann (rechtshistorisch) weiter gefragt werden, ob es noch andere Möglichkeiten der Wiedervereinigung gegeben hätte. Die Antwort liegt in Art. 146 GG. Zur Möglichkeit des Beitritts (Art. 23 GG a.F.) oder der Verfassungsneuegebung (Art. 146 GG) vgl. den Überblick bei *Kilian*, Der Vorgang der deutschen Wiedervereinigung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Historische Grundlagen, Bd. 1, 3. Auflage (2003), § 12 Rn. 66.

¹⁵ Zur Entstehungsgeschichte *Schorkopf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen (2017), § 2 Rn. 152.

¹⁶ Näher hierzu *Schorkopf* (Fn. 15), § 2 Rn. 139 ff.

¹⁷ Hierüber lässt sich ins Staatsorganisationsrecht ›abschweifen‹ (Unterscheidung zwischen Einspruchs- und Zustimmungsgesetz, Konsequenzen für den Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens gem. Art. 76 ff. GG).

¹⁸ *Kluth/Krings/Kluth*, Gesetzgebung (2014), § 22 Rn. 24.

II. Allgemeine Unterrichtungspflicht von Bundestag und Bundesrat (Abs. 2)

Absatz 2 gibt aus Prüfersicht Gelegenheit, zur ›auswärtigen Gewalt‹ zu fragen. Für das Außenhandeln besteht im Grundsatz eine Prerogative der Exekutive. Die Pflege internationaler Beziehungen und die Vertretung deutscher Interessen im und gegenüber dem Ausland ist demnach eine Sache exekutiver Staatsleitung.²⁶

Diese klassische Verantwortungsverteilung erfährt durch Abs. 2 in EU-Angelegenheiten eine Durchbrechung dieses Exekutivprimats. Aus integrationsverfassungsrechtlicher Perspektive handelt es sich sogar (wieder) um einen Aspekt der Integrationsverantwortung, da die Unterrichtung von Bundestag und Bundesrat eine notwendige Voraussetzung zur Wahrnehmung derselben ist.²⁷ Die nähere Ausgestaltung wird in den Absätzen 3 bis 7 geregelt.

III. Qualifizierte Beteiligung des Bundestages (Abs. 3)

Aus Absatz 3 Satz 1 ergibt sich, dass für die Beteiligung des Bundestages der Grundsatz der frühestmöglichen Unterrichtung durch die Bundesregierung gilt (›vor ihrer Mitwirkung an Rechtssetzungsakten‹ der EU). Für die mündliche Prüfung ist insbesondere von Interesse, wie die in Abs. 2 S. 2 niedergelegte Berücksichtigungspflicht im einfachen Recht konkretisiert wird. Dies ist im sogenannten EUZBBG geschehen.²⁸ Insbesondere in § 8 IV EUZBBG spiegelt sich die Grundproblematik der Verantwortungsverteilung für die auswärtige Gewalt. Es konkretisiert auch, was alles unter ›Angelegenheiten der Europäischen Union‹ i. S. v. Art. 23 II 1 GG, über die die Bundesregierung unterrichtungspflichtig ist, zu verstehen ist (§ 1 II EUZBBG).²⁹

IV. Qualifizierte Beteiligung des Bundesrates (Abs. 4–7)

In den Absätzen 4 bis 6 spiegelt sich die bundesstaatliche Gliederung des deutschen Staates in dem Versuch, den Bundesrat entsprechend der Berührung von Landesinteressen zu beteiligen. Die langen Absätze einmal gelesen zu haben, empfiehlt sich, um nicht von den gestuften Berücksichtigungspflichten überrascht zu werden (Abs. 5 S. 1 und 2: ›berücksichtigen‹/›maßgeblich zu berücksichtigen‹). Das konkretisierende Gesetz nach Abs. 7, das EUZBLG,³⁰ sieht in einer bestimmten Konstellation vor, dass bei einer fort-

bestehenden Uneinigkeit zwischen Bundesregierung und Bundesrat die Auffassung des Bundesrates ›maßgebend‹ sein soll (§ 5 II 5 EUZBLG), obwohl Art. 23 V 2 Hs. 2 GG hier den Vorbehalt der Wahrung der gesamtstaatlichen Verantwortung des Bundes vorsieht, den das EUZBLG zu überwinden versuchen scheint, indem es ihn verfahrenstechnisch vorlagert (§ 5 II 2 EUZBLG). Hier lässt sich mit verschiedenen Argumenten für und wider die Wahrnehmung der ›auswärtigen Gewalt in der EU‹ diskutieren, wessen Auffassung hier der Vorzug gegeben werden sollte.³¹

Absatz 6 lädt schließlich nicht nur zu einem Wechsel in die Systematik der grundgesetzlichen Gesetzgebungskompetenzen ein (Art. 70 ff. GG), sondern eröffnet die Möglichkeit, föderales Systemverständnis zu prüfen, zunächst über den Bundesrat. Dieser ist ein Verfassungsorgan des Bundes und keineswegs mit den Ländern identisch, auch wenn er *politisch* als Interessenvertretung der Länder im Bund wahrgenommen wird. *Daneben* steht die Eigenstaatlichkeit der Länder (Art. 30, 70 GG) als autonome Verfassungsräume mit eigenen Parlamenten und Regierungen, die teilweise für sich – neben dem Bund – über Länderbüros in Brüssel vertreten sind.³² Aus dem Wortlaut des Abs. 6 S. 1 folgt, dass zwar ein ›Ländervertreter‹ auf EU-Ebene auftritt, jedoch weder für ›sein‹ Bundesland, noch für die Bundesländer zur gesamten Hand gegenüber der EU. Vielmehr handelt es sich um einen vom Bundesrat als Bundesverfassungsorgan benannten Vertreter *des Bundes*, also der Bundesrepublik selbst (›Wahrnehmung der Rechte [...] der Bundesrepublik [...] vom Bund [...] auf [...] übertragen‹).³³ In der Vorschrift kommt die Schwierigkeit zum Ausdruck, als Bundesstaat im föderalen Mehrebenensystem EU der Länderebene angemessene Beteiligungsrechte einzuräumen.³⁴ Soweit Sie es schaffen, hier bundesstaatlich und mit Blick auf die Rechtswahrnehmung präzise zu unterscheiden, können Sie einen sehr guten Eindruck hinterlassen.

V. Aktuelle Entscheidungen und Entwicklungen

Neben den genannten Entscheidungen bis zum Jahr 2016³⁵ hat sich im Kontext des Artikel 23 GG nahezu jährlich Wichtiges getan. So können Sie an Passagen des OMT-Urteils wiederholen, inwieweit sich das Grundgesetz über Artikel 23 GG öffnet und hiermit auch ein Durchsetzungsversprechen des Europarechts verbindet, dieser Öffnung aber auch Grenzen setzt.³⁶ Das Urteil zur Europäischen Bankenunion verdeutlicht, dass die Verfassungsorgane aufgrund ihrer Integrationsverantwortung verpflichtet sind, zu beobachten, ob nach einer Hoheitsrechtsübertragung der über Art. 23 GG gegebene Erlaubnisrahmen durch die EU-Organen nicht durch extensive Fortentwicklungen über-

²⁶ Hier besteht viel Nachfragepotenzial zum Staatsorganisationsrecht: Wer formuliert die Politik nach außen (Bundeskanzler und Außenminister, Art. 63, 65 GG wg. direkter Verantwortlichkeit ggü. dem Bundestag), welche (formale und inhaltliche) Rolle spielt der Bundespräsident (Art. 59 I GG), inwiefern haben Bundestag und Bundesrat überhaupt (mittelbare) Einflussmöglichkeiten? Ausführlich *Schorkopf* (Fn. 15), § 5 Rn. 20 ff.

²⁷ *Schorkopf* (Fn. 15), § 5 Rn. 72 f.

²⁸ Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union (BGBl. 2013 I 2170).

²⁹ Nicht legaldefiniert! Denken Sie an die Normenhierarchie: Ein einfaches Gesetz kann eine Verfassungsnorm inhaltlich nicht verbindlich ausdefinieren, auch wenn sie es ihrem Wortlaut nach behauptet.

³⁰ Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union, (BGBl. 2009 I 3031).

³¹ Näher v. Arnauld/Hufeld/*Saberzadeh*, Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2. Auflage (2018), § 13 Rn. 87–90.

³² Beispiele bei *Schorkopf* (Fn. 15), § 4 Rn. 81.

³³ Siehe auch *Schorkopf* (Fn. 15), § 4 Rn. 89.

³⁴ *Isensee*, Bundesland in Europa, Schwierigkeiten einer dritten Ebene in der Europäischen Union, Nds. Vbl. 2015, 1 (3 f.).

³⁵ Siehe die in Fn. 20 genannte Übersicht.

³⁶ BVerfGE 142, 123 (186–188) – OMT-Programm [2016].

schritten wird. Sie müssen auf europäischer Ebene dafür Sorge tragen, solchen Entwicklungen entgegenzuwirken.³⁷ Im Urteil zum einheitlichen europäischen Patentgericht hat das BVerfG klargestellt, dass Bürger mit der Verfassungsbeschwerde auch das Fehlen einer qualifizierten Mehrheit eines Zustimmungsgesetzes nach Art. 23 I 3 i. V. m. Art. 79 II GG rügen können (sog. »formelle Übertragungskontrolle«).³⁸ Schließlich dürfte es für die mündliche Prüfung (jenseits des komplexen Sachverhalts im Zentralbankrecht und der Wirtschafts- und Währungsunion)³⁹ unverzichtbar sein, zu wissen, dass das BVerfG im PSPP-Urteil vom 5. Mai 2020 dem EuGH und der EZB zum ersten Mal einen *ultra-vires*-Akt attestiert hat. Damit entfaltet das EuGH-Urteil, weil der EuGH seinen mit Art. 19 I 2 EUV eingeräumten Ermächtigungsrahmen überschritten hat, in der Bundesrepublik keine Bindungswirkung.⁴⁰ Im Urteil wird das Bewusstsein um die Schwierigkeit der Balance zwischen der Aufrechterhaltung des Vorranganspruchs und der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts einerseits und der Unmöglichkeit eines vollständigen Kontrollverzichts andererseits deutlich.⁴¹

Für die mündliche Prüfung ebenso bedeutend sind die Beschlüsse ›Recht auf Vergessen‹ I und II. Sie führen eine Prüfung der Unionsgrundrechte der Grundrechtecharta durch das BVerfG in unionsrechtlich gelagerten Sachverhalten ein, während die Grundrechte des Grundgesetzes im

³⁷ BVerfGE 151, 202 (296–299) – Europäische Bankenunion [2019].

³⁸ Über Art. 38 I GG, vgl. BVerfG (Fn. 21), Rn. 97 f. und 137.

³⁹ Kurze verständliche Darstellung bei *Schorkopf*, Wer wandelt die Verfassung?, JZ 75 (2020), 734 (735).

⁴⁰ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 5. Mai 2020, 2 BvR 859/15, u. a. Rn. 113, 116, 119, 163; das gerügte EZB-Handeln wurde durch eine vom BVerfG geforderte, nachträglich erfolgte Begründung (vereinfacht ausgedrückt) ›geheilt‹ und kann fortgesetzt werden.

⁴¹ BVerfG (Fn. 40), Rn. 111 eignet sich sehr gut als gedanklicher Ausgangspunkt, von dem aus im Prüfungsgespräch Pro und Contra der verfassungsgerichtlichen Kontrolle von EU-Organhandeln diskutiert werden können; zu Grenzen der Mitwirkungspflicht auch *Haack*, Die Pflicht der Bundesrepublik Deutschland zur Mitwirkung bei der europäischen Integration, NJ 2020, 286 (287 ff.).

Sinne einer Reservefunktion »ruhend in Kraft« bleiben.⁴² Insbesondere die Begründung in Recht auf Vergessen II, in der das Gericht die eigene Integrationsverantwortung betont und daraus seine Prüfungskompetenz für Unionsgrundrechte ableitet, ist eine genuin an Art. 23 I GG aufgebaute Argumentation und sollte bekannt sein, auch weil sie im Prüfungsgespräch leicht zu Folgefragen (bspw. nach der Vereinbarkeit mit dem Wortlaut des Art. 93 I Nr. 4 a GG) Anlass geben kann.⁴³

Anstehende Entscheidungen können in einer mündlichen Prüfung kaum sinnvoll diskutiert werden. Sollten sie gerade größere Beachtung in der Berichterstattung finden,⁴⁴ kann kaum mehr als der Gegenstand sowie betroffene Normen abgefragt und eine eigene Einschätzung diskutiert werden.

C. Zusammenfassung

Artikel 23 des Grundgesetzes bietet vielfältige Anknüpfungspunkte rund um das Staatsorganisationsrecht, Staatsrecht III, Europarecht und im Nebenblick auch Völkerrecht sowie juristisch-historisches Grundwissen. Damit kann die Vorschrift im öffentlichen Recht für die mündliche Prüfung als Dauerbrenner gelten. Bedenken Sie bei der Fülle von Möglichkeiten aber: Die Zeit ist begrenzt. Mehr als einen Ausschnitt der genannten Gesichtspunkte, der im Gespräch auf Systemverständnis und eine eigene Argumentation abzielt, lässt schon der Prüfungsrahmen nicht zu. Dabei gilt es, stets mitzudenken und im Fall der Fälle eine ›entwickelnde‹ Antwort zu wagen. Dann steht einem Ausschöpfen des Notenspektrums nichts im Weg.

⁴² BVerfG (Fn. 22), Rn. 47 f.

⁴³ BVerfG (Fn. 22), Rn. 53–67; eine sehr gute Besprechung beider Beschlüsse bei *Wendel*, Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte, JZ 75 (2020), 157 ff.

⁴⁴ Auf der Website des Bundesverfassungsgerichts lassen sich in der Jahresvorschau kommende Verfahren mit kurzer Gegenstandsbeschreibung einsehen, vgl. https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresvorschau/jahresvorschau_node.html, zuletzt abgerufen am 18.11.2020.

GdR Kurzbiografie

Meret Unruh*

Die Göttinger Sieben – insbesondere Wilhelm Eduard Albrecht und Jacob Grimm

Dieser Beitrag behandelt die Ereignisse um den Protest der Göttinger Sieben und gibt insbesondere einen Einblick in Leben und Werk der zwei Juristen unter ihnen: Wilhelm Eduard Albrecht und Jacob Grimm.

Als im November 1837 sieben Göttinger Professoren – der Rechtswissenschaftler *Wilhelm Eduard Albrecht* (1800–1876), der Historiker *Friedrich Christoph Dahlmann* (1785–1860), der Orientalist und Theologe *Heinrich Ewald* (1803–1875), der Historiker *Georg Gottfried Gervinus* (1805–1871), die Brüder *Jacob* (1785–1863) und *Wilhelm Grimm* (1786–1869) sowie der Physiker *Wilhelm Weber* (1804–1891) – gegen die Aufhebung des Staatsgrundgesetzes Hannovers durch König *Ernst August* protestieren, ist das ein Ereignis, das auf großes öffentliches Interesse stößt – nicht nur im Königreich Hannover, sondern auch über seine Grenzen hinaus. Sogar englische und französische Zeitungen berichten. Der Protest der Göttinger Sieben ist zwar nur eine Episode des Hannoverschen Verfassungskonflikts, aber die wohl prominenteste. Bis heute wird in Göttingen mit Stolz an die Sieben erinnert, mit Reden zu Jubiläen, Gedenktafeln, Straßennamen und Denkmälern auf dem Bahnhofsvorplatz oder dem Zentralcampus – dem »Platz der Göttinger Sieben«. Schon beim Vergleich der Rechtfertigungsschriften, die die Göttinger Sieben nach ihrer Entlassung verfassten, wird deutlich, dass ihr Protest aus durchaus verschiedenen Motiven erfolgte. Die Vielschichtigkeit der Protestation erklärt, warum unter ganz unterschiedlichen historischen Umständen der Topos der Göttinger Sieben anschlussfähig blieb. Man kann die Göttinger Sieben als politische Freiheitskämpfer betrachten, als Prototypen des »politischen Professors«, als Vorkämpfer deutscher Einheit. Oder man kann, wie es auch *Jacob Grimm* oder *Heinrich Ewald* taten, die Protestation zur unpolitischen Gewissensfrage erklären, die vor allem die Eidestreue betrifft.¹ Weniger Identifikationspotenzial mag die juristisch-analytische Perspektive auf den Verfassungskonflikt geboten haben. Trotzdem sollen hier nicht nur die Ereignisse des Protests der Göttinger Sieben, sondern insbesondere auch die Rechtswissenschaftler unter ihnen – *Wilhelm Eduard Albrecht* und *Jacob Grimm* – porträtiert werden, deren Wirken auch über die Protestation hinaus von Bedeutung ist.

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften und Philosophie an der Georg-August-Universität Göttingen. Sie arbeitet als studentische Hilfskraft am Kirchenrechtlichen Institut der EKD und am Philosophischen Seminar der Universität Göttingen.

¹ Zur Rezeptionsgeschichte und der Anschlussfähigkeit des Topos »Göttinger Sieben« s. *Saage-Maaß*, Die Göttinger Sieben – demokratische Vorkämpfer oder nationale Helden? (2007).



Die Göttinger Sieben auf einer Lithographie von Eduard Ritmüller, 1837/38

Der Hannoversche Verfassungskonflikt im Überblick

Unter dem Eindruck der Unruhen des Frühjahres 1831² hatte *Wilhelm IV.*, der als letzter der Hannoverschen Könige in Personalunion auch Großbritannien regierte, zugestimmt, dem Königreich Hannover, das bis dahin im vorkonstitutionellen Zustand³ verblieben war, eine Verfassung

² Ein halbes Jahr nach der Juli-Revolution 1830 in Frankreich kam es im Frühjahr 1831 auch in Osterode und Göttingen zu Aufständen, die Forderungen nach liberalen Reformen Ausdruck verliehen. Dies ist, wie alle Angaben zum Hannoverschen Verfassungskonflikt, *Ipsen*, Macht versus Recht: Der Hannoversche Verfassungskonflikt 1837–1840 (2017) entnommen. Zu den Ereignissen im Vorfeld der Verfassungsberatungen s. dort S. 16 ff.

³ Von den »wesentliche[n] Regelungsgegenständen einer Verfassung« war zuvor allein die Organisation der allgemeinen Ständeversammlung durch ein Patent von 1819 geregelt; das Wahlrecht etwa, das Verhältnis zu den Provinzialständen, die Stellung des Königs, Grundrechte oder rechtsstaatliche Einrichtungen dagegen nicht, *Ipsen* (Fn. 2), S. 12.

zu geben. Einer der Entwürfe, die den Beratungen zugrunde gelegt wurden, stammte von *Dahlmann*, der später auch den Wortlaut der Protestation verfasste. *Wilhelm IV.* erließ das von den Ständen vorgeschlagene Staatsgrundgesetz – eine ständische, noch keine Repräsentativverfassung – mit einigen Änderungen. Es trat am 9. November 1833 in Kraft und blieb es bis zum Thronwechsel 1837.

Der Thronfolger *Ernst August Herzog von Cumberland*, konservativer eingestellt als sein Bruder *Wilhelm IV.*, hatte schon vor dem Thronwechsel seine Ablehnung des Staatsgrundgesetzes formuliert. Er hielt die den Ständen zugestandenen Mitbestimmungsrechte für zu weitreichend, auch mit der Vereinigung der königlichen und der Landeskasse war er nicht einverstanden. Noch während *Wilhelm IV.* regierte, hatte er Kontakt zu *Georg von Schele* aufgenommen, der ihm als Berater in der Frage, wie das Staatsgrundgesetz beseitigt werden könne, empfohlen worden war. *Schele* entwarf zu diesem Zweck einen detaillierten Plan, der unterschiedliche Szenarien berücksichtigte und die Konstruktion juristischer Argumente ebenso wie personelle Überlegungen zur Regierungsbildung beinhaltete.

Nach dem Tod *Wilhelms IV.* setzt *Ernst August* diesen Plan nicht umgehend ins Werk. Mit seinem Antrittspatent⁴ vom 5. Juli 1837 erklärt er zwar, sich nicht an das Staatsgrundgesetz gebunden zu fühlen, vertagt die auf seiner Grundlage gewählte Ständeversammlung aber lediglich und kündigt an, überprüfen zu wollen, inwieweit das Staatsgrundgesetz modifiziert werden könne. Zur Klärung dieser Frage werden mehrere Gutachten eingeholt. Dass aber, als die ersten beiden nicht zu dem gewünschten Ergebnis kommen, noch ein drittes in Auftrag gegeben wird, das unter maßgeblichem Einfluss *Scheles* entsteht, deutet darauf hin, dass diese Prüfung nicht ernsthaft betrieben wird, sondern dass ihr Ausgang von vornherein feststeht.

So erklärt *Ernst August* im Patent vom 1. November 1837 das Staatsgrundgesetz für aufgehoben. Zur Begründung wird dort zum einen ausgeführt, für ein rechtmäßiges Zustandekommen des Staatsgrundgesetzes hätte es der Zustimmung der Stände zu den Änderungen, die *Wilhelm IV.* an ihrem Entwurf vorgenommen hatte, bedurft. Mit Blick auf das Motiv der Aufhebung – die Beschneidung der Rechte der Stände – lässt sich dieses Argument wohl als »verfassungshistorisches Kuriosum«⁵ bezeichnen. Auch die Zustimmung des Thronfolgers, das heißt *Ernst Augusts* selbst,

⁴ Ein Patent ist hier ein Rechtsakt des Monarchen, der oft gleichzeitig Züge einer Regierungserklärung trägt.

⁵ *Ipsen* (Fn. 2), S. 58. Für die Erforderlichkeit der Zustimmung der Stände ist die Frage entscheidend, ob es sich beim Staatsgrundgesetz um eine paktierte, das heißt vertraglich zustande gekommene, oder oktroyierte, das heißt vom König einseitig gegebene, Verfassung handelte. Nur im ersten Fall ließe sich ein Zustimmungserfordernis begründen, im zweiten Fall wäre den Ständen lediglich ein Recht auf Zurateziehung aus dem Patent von 1819 (s. Fn. 3) zugekommen. Die Stellungnahmen des Königs zur Aufnahme der Verfassungsberatungen und Formulierungen wie »Genehmigung« im Publikationspatent des Staatsgrundgesetzes legen nahe, dass der König sich ein Letztentscheidungsrecht vorbehielt und das Staatsgrundgesetz als von ihm oktroyiert zu betrachten ist, *Ipsen* (Fn. 2), S. 46 ff.

sei notwendig gewesen. Durch ihr Fehlen sei er in seinen agnatischen Rechten⁶ verletzt. Mit der Aufhebung wird der alte Zustand vor dem Inkrafttreten des Staatsgrundgesetzes 1833 wiederhergestellt. Eine Ständeversammlung wird auf Grundlage des Patents von 1819 zusammengerufen, um über eine neue Verfassung zu beraten. Schließlich werden alle auf das Staatsgrundgesetz vereidigten Staatsdiener von ihrem Eid befreit. Diese Passage wird Anknüpfungspunkt des Protests der Göttinger Sieben.

Ihr Protest bleibt nicht der einzige Widerstand gegen die Beseitigung des Staatsgrundgesetzes. Allerdings sind weder die Eingaben aus den Städten Osnabrück und Hannover oder die Anträge Bayerns und Badens in der Bundesversammlung auf ein Einschreiten des Bundes⁷ in der Hannoverschen Angelegenheit noch die Boykotte der Wahlen der neuen Ständeversammlung erfolgreich. 1840 tritt die neue Verfassung mit wenigen, aber für *Ernst August* entscheidenden Änderungen gegenüber dem Staatsgrundgesetz in Kraft: Die Mitwirkungsbefugnisse der Stände sind bedeutend reduziert und die Kassenvereinigung rückgängig gemacht. Dieser Rückschritt währt acht Jahre: 1848 kehrt man *de facto* zum Stand des Staatsgrundgesetzes von 1833 zurück. So gibt der Gang der Geschichte den Protestierenden »in höherem Sinne« schließlich doch Recht.⁸

Als Versuch eines Monarchen, den mit dem Konstitutionalismus einsetzenden »epochalen Wandel« aufzuhalten, ist der Hannoversche Verfassungskonflikt ein für den Vormärz paradigmatisches Ereignis.⁹ Den rechtlichen Rahmen des Ringens restaurativer und liberaler Kräfte setzen im Deutschen Bund Art. 13 der Bundesakte, der eine land-

⁶ Agnatische Rechte (lat. *agnatus*: Nach-/Hinzugeborener) sind hier Zustimmungsrechte des Thronfolgers zu Beschränkungen und Entäußerungen der Befugnisse oder des Vermögens, die er ererben wird. Solche Rechte waren durch das Lehnrecht eingeräumt, dessen Anwendbarkeit nach der Auflösung des Deutschen Reiches als Lehensverband allerdings als zweifelhaft gilt. In dieser Berufung auf agnatische Rechte zeigt sich eine alte privatrechtliche Auffassung vom Königreich als Lehen, die einer neuen öffentlichrechtlichen Staatsauffassung, wie der *Albrechts* s. u., gegenübersteht, *Ipsen* (Fn. 2), S. 121 f.

⁷ Art. 31 der Wiener Schlussakte (WSA) erlaubte und verpflichtete die Bundesversammlung zur Aufrechterhaltung bestimmter Garantien, als *ultima ratio* »die erforderlichen Executions-Maßregeln« gegen einen Bundesstaat zu ergreifen. Art. 54 WSA wies Art. 13 der Bundesakte, der eine landständische Verfassung in jedem Bundesstaat vorschrieb, als eine solche Garantie aus. Art. 56 WSA ergänzte, dass in anerkannter Weise bestehende Verfassungen nur auf verfassungsmäßige Weise abgeändert werden durften. Art. 61 WSA nahm Maßnahmen zur Wahrung dieser Garantien von dem Verbot einer Einmischung des Bundes in landständische Angelegenheiten oder in einen Streit zwischen Landesherren und Ständen aus. Zu einem Einschreiten des Bundes kam es wohl vor allem aus machtpolitischen Gründen nicht: *Ernst August* hatte sich bereits im Vorfeld der Aufhebung des Staatsgrundgesetzes der Unterstützung der beiden Hegemonialstaaten im Deutschen Bund, Österreichs und Preußens, versichert, *Ipsen*, (Fn. 2), S. 163 ff., 201 ff. In rechtlicher Hinsicht hätte sich ein Verstoß *Ernst Augusts* gegen Art. 56 WSA und damit ein Einschreiten nach Art. 31 WSA durchaus begründen lassen, s. u.

⁸ *Schnapp*, 170 Jahre Protestation der Göttinger Sieben, Jura 2007, 823 (826).

⁹ *Ipsen* (Fn. 2), S. 1, 3.

ständische Verfassung in allen Bundesstaaten vorschreibt, einerseits und Art. 57 der Wiener Schlussakte (WSA), der das sog. monarchische Prinzip, das Verbleiben aller Staatsgewalt beim Monarchen, normiert, andererseits. Auf letzteren berufen sich vor allem diejenigen, die den vom liberalen Bürgertum immer selbstbewusster vorgetragenen Forderungen nach Mitbestimmung möglichst uneingeschränkte monarchische Rechte entgegengehalten.¹⁰

Art. 56 WSA allerdings – die für den Hannoverschen Verfassungskonflikt zentrale Norm des Bundesrechts – schreibt vor, dass in anerkannter Weise bestehende Verfassungen nur auf verfassungsmäßige Weise geändert werden dürfen. Dem lässt sich ein Verfassungsverständnis entnehmen, das auch den Monarchen an die Verfassung bindet und sie ihm gerade nicht zur Disposition stellt. So ist die konstitutionelle Bindung des Monarchen auch der rechtlichen Betrachtung des Hannoverschen Verfassungskonflikts zugrunde zu legen.¹¹ Zur Verteidigung der Aufhebung des Staatsgrundgesetzes bleibt damit nur zu zeigen, dass dieses nicht in anerkannter Weise bestanden habe. Der Versuch eines solchen Nachweises wird im Aufhebungspatent mit dem Hinweis auf die fehlende Zustimmung der Stände und des Agnaten unternommen. Die Erforderlichkeit dieser Zustimmung lässt sich aber nicht überzeugend begründen. Denn das Staatsgrundgesetz ist als eine oktroyierte und damit ohne die Zustimmung der Stände rechtmäßig zustande gekommene Verfassung zu betrachten und das Lehnsrecht, aus dem sich ein agnatisches Zustimmungsrecht herleiten ließe, ist nicht mehr anwendbar.¹² Damit ist es nicht nur der Gang der Geschichte, der dem Protest der Göttinger Sieben Recht gibt, sondern auch das Recht selbst.

Der Protest der Göttinger Sieben

Bereits das Antrittspatent löst Unsicherheit an der Universität Göttingen aus.¹³ Zwar lässt es noch Raum für die Hoffnung, der König werde die Stände wieder einberufen

¹⁰ So ist er etwa Referenzpunkt der Reaktion des Bundes auf das Hambacher Fest 1832, wo das Selbstbewusstsein, mit dem diese Forderungen vorgetragen werden, einen Höhepunkt erreicht: Vor allem auf Betreiben *Clemens Fürst von Metternichs* verschärft der Bund mit den Beschlüssen vom 28. Juni und 5. Juli 1832 daraufhin die Zensur, beschränkt die Rechte der Stände in den Bundesstaaten und beruft sich dabei auf das monarchische Prinzip aus Art. 57 WSA, s. *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. II, 3. Auflage (1988), S. 133 ff. zum Hambacher Fest, S. 151 ff. zur Reaktion des Bundes.

¹¹ Das bezweifelt *Link*, Noch einmal: Der Hannoversche Verfassungskonflikt und die Göttinger Sieben, JuS 1979, 191 (193) in Auseinandersetzung mit *Dilcher*, Der Grundlagentext in der Rechtsgeschichte, JuS 1977, 241 ff., 386 ff., 524 ff. Zur Einordnung der »Dilcher-Link-Kontroverse« *Ipsen*, (Fn. 2), S. 334 ff.

¹² S. Fn. 5 zur Zustimmung der Stände und Fn. 6 zur Zustimmung des Agnaten. Die Frage, welches Verfassungsverständnis zugrunde zu legen ist, einerseits und die nach dem rechtlichen Bestand des Staatsgrundgesetzes andererseits entsprechen den zwei Facetten der rechtlichen Argumentation des Aufhebungspatents, s. dazu u.

¹³ Zu den Ereignissen der Protestation nach wie vor grundlegend *Kück*, Die Göttinger Sieben: ihre Protestation und ihre Entlassung im Jahre 1837, (1934).

und Verfassungsänderungen im Rahmen des Staatsgrundgesetzes durchführen, die aufgeworfene Frage nach Gültigkeit und Bindung des Königs an das Staatsgrundgesetz ist aber schon jetzt Anlass, sie selbst einer Prüfung zu unterziehen. *Dahlmann* und *Jacob Grimm* stellen einen Antrag an den Senat der Universität, eine Kommission einzurichten, die sich mit der Verfassungsfrage beschäftigen soll. Der Antrag wird abgelehnt, wohl auch angesichts der bevorstehenden Jubiläumsfeier anlässlich des hundertjährigen Bestehens der Universität, zu der auch *Ernst August* erscheint und die man nicht überschatten will. Während der Feierlichkeiten bemüht man sich, den drohenden Verfassungskonflikt zu überspielen. Als symbolträchtig wird es allerdings wahrgenommen, dass *Ernst August* nach der Einweihung des Denkmals für *Wilhelm IV.* auf dem Wilhelms-Platz diesem demonstrativ den Rücken zukehrt.

Als im November 1837 der offene Bruch des Königs mit dem Staatsgrundgesetz vollzogen ist, ist der Kreis der Göttinger Professoren, die das Ob und Wie eines möglichen Protests beraten, zunächst weit größer als der der Sieben. Am Abend des 17. November entwirft *Dahlmann* den Wortlaut der »Protestation« und sendet sie am nächsten Morgen *Jacob Grimm*, in der Erwartung, sie werde einen größeren Kreis an Unterzeichnern finden. Am 18. November wird sie, von nur sieben Professoren unterzeichnet, an die ihnen vorgesetzte Behörde, das Universitätskuratorium, geschickt. Die Sieben erklären darin, sie sähen sich weiterhin an ihren Eid, den sie auf das Staatsgrundgesetz abgelegt haben, gebunden. Mangelnde Zustimmung der Stände stünde der Geltung des Staatsgrundgesetzes selbst dann nicht entgegen, wenn es auf vertraglichem Wege hätte zustande kommen müssen, denn die Zustimmung fehle nur zu den von *Wilhelm IV.* abgeänderten Bestimmungen. Dieser Mangel schlage nicht auf das Gesetz als Ganzes durch. Auch *Ernst Augusts* agnatische Rechte seien nicht verletzt worden. Wegen der fortbestehenden Geltung des Staatsgrundgesetzes und ihrer eidlichen Verpflichtung sei es ihnen nicht möglich, an der Wahl einer Ständeversammlung auf anderer Grundlage teilzunehmen oder eine solche anzuerkennen. Das Kuratorium antwortet am 22. November mit einem beschwichtigenden Reskript, das die Hoffnung zum Ausdruck bringt, der Protest könne im Sande verlaufen. An den König werde man die Eingabe nicht weiterleiten. Diese Hoffnung wird dadurch zunichte gemacht, dass Abschriften der Protestationsschrift unter den Studierenden, bald auch im ganzen Königreich zirkulieren. Die Angelegenheit lässt sich so auch vor dem König nicht mehr geheim halten. Die Unterzeichner werden entlassen, *Dahlmann*, *Jacob Grimm* und *Gervinus* außerdem des Landes verwiesen, weil sie zugeben, die Protestation an Bekannte weitergegeben zu haben.

Als die Entlassungsurkunden am 14. Dezember in Göttingen eintreffen, ist an einen normalen Universitätsbetrieb nicht mehr zu denken. Auf die Versammlung demonstrierender Studenten in der Weender Straße hat man sich mit verstärkter Militärpräsenz vorbereitet. Kollegs werden aus Protest nicht gelesen oder besucht. Viele Studierende kehren auch nach den auf diese Weise verfrüht begonnenen Winterferien nicht zurück. Die Abreise der drei des Landes

Verwiesenen, zunächst in Richtung Kassel, wird allerdings nicht nur von Kollegen, sondern auch vielen Studenten begleitet. Etwa zweihundert wandern in der Nacht vom 16. auf den 17. Dezember nach Witzenhausen an der Grenze zwischen Hannover und Kurhessen, wo man im eigens geöffneten Ratssaal Abschied feiert.

Wilhelm Eduard Albrecht und Jacob Grimm – die Juristen unter den Göttinger Sieben

Werk und Werdegang Jacob Grimms

Die Bezeichnung *Jacob Grimms*¹⁴ als Rechtswissenschaftler ist auf den ersten Blick jedenfalls ungewohnt.¹⁵ Bekannt ist er, gemeinsam mit seinem Bruder *Wilhelm*, als Sprach- und Literaturwissenschaftler, insbesondere als Märchensammler. Daneben erforschte *Jacob Grimm* die deutsche Grammatik, prägte etwa den Begriff der Lautverschiebung – der Prozess der Umformung des Konsonantensystems wird auch in anderen Sprachen als Grimm'sches Gesetz (*Grimm's law*; *Loi de Grimm*) bezeichnet. Die gemeinsame Arbeit an ihrem Altersprojekt, dem Grimm'schen »Deutschen Wörterbuch«, hat die Brüder weit überlebt, es wurde erst 1971 fertiggestellt. Zum Werk *Jacob Grimms* gehören aber auch Beiträge in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, etwa »Von der Poesie im Recht«, außerdem die »Deutschen Rechtsaltertümer«, in denen er, wie die Märchensammlungen, rechtshistorische Quellen zusammenträgt und ordnet. Sie waren auch Inhalt seiner Göttinger Vorlesungen.

Das Jurastudium in Marburg nimmt *Jacob Grimm* 1802 nach dem frühen Tod des Vaters¹⁶, der die Familie vor finanzielle Herausforderungen stellt, als ältester Sohn vor allem mit Blick auf die anschließenden Erwerbsmöglichkeiten auf. Sein jüngerer Bruder *Wilhelm*, mit dem er zeitlebens eine enge Arbeits- und Lebensgemeinschaft bildet,¹⁷ folgt ihm ein Jahr später. Als Jurastudenten in Marburg sind die Brüder insbesondere von dem nur wenige Jahre älteren Privatdozenten *Carl Friedrich von Savigny*, einem der Begründer der Historischen Rechtsschule, beeindruckt.¹⁸ *Savigny* führt die Brüder nicht nur in die Kreise der Romantiker um die *Brentanos* und *von Arnims* ein, wo ihr literarisches Interesse neue Impulse erhält. *Jacob* darf ihn 1805 auch auf eine rechtsgeschichtliche Forschungsreise nach Paris begleiten. Zwar beschäftigt sich *Jacob* schon dort nicht nur mit rechtsgeschichtlichen, sondern auch literaturhistorischen Quellen. Die Quellenforschung mit *Savigny* wird aber auch insofern für seine sprach- und literaturwissenschaftliche Arbeit be-

deutsam, als die Behutsamkeit im Umgang mit Quellen ihn von denjenigen Romantikern unterscheidet, die das gefundene Material frei bearbeiten, wie teilweise auch sein Bruder *Wilhelm*, oder ganze Gattungen, wie etwa *Ludwig Tieck* in seinen Kunstmärchen, weiterdichten. Sämtliche ihrer Reisen nutzten die Brüder immer auch zur »Quellenjagd« für ihre Forschungsarbeit.

Nach dem Studium schlägt *Jacob* eine Beamtenlaufbahn ein, die ihn immer dann am meisten befriedigt, wenn sie ausreichend Zeit für die eigenen Studien lässt. 1806 wird er zunächst Angestellter am Kriegskolleg, der hessischen Militärbehörde, in Kassel. Im von den Franzosen neu gegründeten Königreich Westfalen unter König *Jérôme*, dem Bruder *Napoleons*, ist er ab 1808 Privatbibliothekar. Nach der Rückkehr des hessischen Kurfürsten wird er 1813 Legationssekretär. In dieser Funktion unternimmt er zwei weitere Reisen nach Paris, auf der zweiten 1815 hat er im Auftrag der Alliierten die Rückgabe von erbeuteten Kunstschatzen durch die Franzosen zu verhandeln. Ebenso reist er 1814 zum Wiener Kongress, den er vor allem als Intrigenspielerin wahrnimmt. Die Umstände für eigene Forschungen sind wohl in der Zeit ab 1816 als Bibliothekar im Museum Fridericianum am günstigsten. Sein Bruder ist dort Bibliothekssekretär. Hier entstehen auch die »Deutschen Rechtsaltertümer«. Sie erscheinen 1828 und bringen ihm Ehrendokorate der juristischen Fakultäten der Universitäten Berlin und Breslau ein. Frustrierend ist nur, dass die erhofften Beförderungen ein ums andere Mal ausbleiben, auch wenn entsprechende Posten freiwerden. So folgt *Jacob* schließlich 1830 dem Ruf nach Göttingen, um dort Universitätsbibliothekar und Professor zu werden. Auch sein Bruder wird in Göttingen zunächst Bibliothekar und 1831 zum außerordentlichen Professor ernannt.

Werdegang und Werk Wilhelm Eduard Albrechts

In akademischer Hinsicht zielstrebig ist *Wilhelm Eduard Albrechts*¹⁹ Weg auf einen Göttinger Lehrstuhl. 1818 nimmt er, Sohn einer wohlhabenden Kaufmannsfamilie aus dem ostpreussischen Elbing, sein Jurastudium in Königsberg auf und wechselt 1819 nach Göttingen, um bei *Karl Friedrich Eichhorn*, dem Begründer der germanistischen Strömung der Historischen Rechtsschule, zu studieren. 1822 wird er promoviert und hält sich dann einige Zeit in Berlin auf, wo *Savigny* mittlerweile lehrt. 1824 habilitiert er sich in Königsberg, wird dort 1825 außerordentlicher Professor. 1828 erscheint der zweite Teil seiner Habilitationsschrift und »sein epochemachendes Hauptwerk«²⁰: »Die Gewere als Grundlage des deutschen Sachenrechts«.

Epochemachend ist dieses Werk nicht nur als erste Monografie der germanistischen Strömung, sondern auch im Streit zwischen den Romanisten (wie *Savigny*) und den Germanisten (wie *Eichhorn*) innerhalb der Historischen

¹⁴ Sämtliche Angaben zur Biografie *Jacob Grimms* sind *Schede*, Die Brüder Grimm (2004) entnommen.

¹⁵ Ausführlich dazu *Dilcher*, Jacob Grimm als Jurist, JuS 1985, 931–936.

¹⁶ Der Vater: *Philipp Wilhelm Grimm*, Hofgerichtsadvokat in Hanau, späterer Stadt- und Landschreiber und Stadtsekretär in Steinau, erster Jurist in einer reformierten Pastorenfamilie.

¹⁷ Als *Wilhelm* 1825 heiratet, wird *Jacob*, der Junggeselle blieb, ganz selbstverständlich Teil seines Haushalts.

¹⁸ Die Freundschaft der Brüder zu *Savigny* erleidet durch die Protestation einen Dämpfer, *Savigny* kann diesen Schritt nicht nachvollziehen. Er bemüht sich aber nach der Entlassung um ihre Berufung nach Berlin.

¹⁹ Alle Angaben zu Leben und Werk *Wilhelm Eduard Albrechts* sind *Hübner*, Albrecht, Wilhelm, in: Allgemeine Deutsche Biographie 45, (1900), S. 743–750 entnommen.

²⁰ *Hübner* (Fn.19), S. 743.

Schule, das heißt in der Frage, ob nun in der geschichtlichen Betrachtung des Rechts das römische oder das deutsche Recht Vorrang haben soll. *Albrecht* will ausgehend vom Begriff der Gewere den Nachweis eines systematisch einheitlichen und unabhängig vom römischen Recht vollständigen deutschen Sachenrechts erbringen und so den eigenständigen Stellenwert des deutschen Rechts begründen. Er behandelt dabei, im Gegensatz zu *Grimms* Methode im Umgang mit den »Rechtsaltertümern«, die Quellen ausschließlich dogmatisch und verzichtet völlig auf eine historische Einordnung.

Die »Gewere« verhelfen *Albrecht* zu wissenschaftlicher Reputation. 1929 wird er in Königsberg mit 29 Jahren zum ordentlichen Professor ernannt. Nur wenig später tritt er auf Empfehlung *Eichhorns* dessen Nachfolge in Göttingen an. Von *Albrechts* Lehrveranstaltungen sind es aber nicht die auf dem Gebiet der deutschen Rechtsgeschichte, sondern des Staatsrechts, die unter den Studierenden besonders beliebt sind. Auch in diesem Bereich leistet *Albrecht* mit seiner Theorie vom Staat als juristischer Person einen wichtigen Beitrag – und das vor dem Hintergrund des Hannoverschen Verfassungskonflikts: Die juristische Argumentation des Aufhebungspatents scheint einerseits die Nichtigkeit des Staatsgrundgesetzes wegen der fehlenden Zustimmung der Stände und des Thronfolgers zu begründen und lässt so die Rückkehr zum vorherigen Zustand, entsprechend einer Unwirksamkeit *ex tunc*, folgerichtig erscheinen. Andererseits kommt dort stellenweise auch die spätabsolutistische Auffassung vom Monarchen als über der Verfassung stehend zum Ausdruck, nach der die Aufhebung des Staatsgrundgesetzes und auch die Entbindung vom auf sie geleisteten Eid mit herrscherlicher Machtvollkommenheit ausreichend gerechtfertigt wäre.

Am 21. und 23. September 1837, in der Zeit zwischen dem Erlass des Antritts- und des Aufhebungspatents, veröffentlicht *Albrecht* in den Göttingischen Gelehrten Anzeigen eine Rezension zu einem Staatsrechtslehrbuch von *Romeo Maurenbrecher*. Darin kritisiert er dessen stark privatrechtlich gefärbte patrimonial-feudale Staatsauffassung und nimmt sie zum Anlass, seine eigene darzulegen. *Albrecht* versteht den Staat nicht nur als Verbindung von Menschen, die ihre individuellen Zwecke verfolgen, sondern als Gemeinwesen, das dem höheren Gesamtinteresse dient. Die Rechtssphäre des Einzelnen, des Herrschers wie des Untertanen, teilt sich also in den Bereich, in dem der Einzelne um seiner selbst willen und in den Bereich, in dem er um des Staates willen, berechtigt oder verpflichtet ist. Die vorherrschende Rechtspersönlichkeit im zweiten Bereich ist der Staat, weshalb dieser nach *Albrecht* als juristische Person zu denken ist. Diese Staatsauffassung lässt sich gegen beide argumentativen Facetten des Aufhebungspatents anführen. Einerseits berechtigten Herrschaftsrechte den Monarchen nicht um seiner selbst, sondern des Staates willen, sodass er nicht als über der Verfassung stehend betrachtet werden kann. Andererseits, indem die Rechte und Pflichten, die durch die Verfassung eingeräumt werden, den staatsrechtlichen Bereich betreffen, agnatische Rechte aber den privatrechtlichen, kann die Verletzung letzterer nicht zur Nichtigkeit des Staatsgrund-

gesetzes führen.²¹ In »Die Protestation und Entlassung der Sieben Göttinger Professoren« unternimmt *Albrecht* im Nachhinein nicht nur eine entsprechende staatsrechtliche Rechtfertigung der Protestation selbst, sondern begründet auch die Rechtswidrigkeit der Entlassung – und zwar im »fast gleichgültigen Ton kühler juristischer Deduction«²², was bei seinen leidenschaftlicheren Mitstreitern, vor allem *Dahlmann*, auf Unverständnis stößt.

Nach der Entlassung

Nach der Entlassung geht *Albrecht* auf Betreiben *Dahlmanns*, der dort vorübergehend untergekommen war, 1838 nach Leipzig, die *Grimms* schließlich 1840 nach Berlin. In Leipzig wiederholen sich für *Albrecht* 1850 im Sächsischen Verfassungskonflikt die Göttinger Ereignisse. Die sächsische Verfassung wird aufgehoben, die alte wiederhergestellt. Dieses Mal hat allerdings ein Antrag *Albrechts* auf den Boykott der Deputiertenwahl durch die Universität Erfolg und es bleibt bei einem Disziplinarverfahren, das mit einem bloßen Verweis endet.

Noch früher, 1848, treffen sich einige der Göttinger Sieben in Frankfurt²³ wieder. *Dahlmann* und *Albrecht* nehmen an Beratungen des Ausschusses des Bundesrates für die Verfassungsrevision teil, beziehen gemeinsam Quartier und arbeiten am »Entwurf des deutschen Reichsgrundgesetzes«. Außerdem werden sie wie *Gervinus* und *Jacob Grimm* Mitglieder der Frankfurter Nationalversammlung. *Albrecht* findet wenig Gefallen an der parlamentarischen Arbeit und reist verfrüht wieder aus Frankfurt ab. Auch das erklärt *Hübner* mit *Albrechts* juristischer Kühle, der es an mitreißendem Enthusiasmus gefehlt habe.

Bilanz

Zweifelsohne sind Leben und Werk *Albrechts* wie *Grimms* auch abseits der Protestation interessant. Gemeinsam mit den übrigen Göttinger Sieben allerdings haben sie, ob nun als enthusiastische politische Freiheitskämpfer, als Inbegriff »politischer Professoren«, von Moral- oder kühlerem Rechtsgefühl bewegt, der Universität Göttingen einen prominenten Platz in einem spannenden Kapitel der Verfassungsgeschichte beschert.

²¹ Eine ähnliche Argumentation findet sich in den anonym veröffentlichten »Staatsrechtlichen Bedenken« in der Augsburger Allgemeinen Zeitung vom 20., 21. und 22. Juli 1837, die den Hannoverschen Verfassungskonflikt direkt adressieren. Wegen der Parallelen zur *Maurenbrecher*-Rezension, der Expertise bezüglich des Hannoverschen Rechts und der Vorsicht, die in der anonymen Veröffentlichung zum Ausdruck kommt, schreibt *Ipsen*, (Fn. 2), S. 117 ff. diese ebenfalls *Albrecht* zu. S. dort auch zu den Mehrdeutigkeiten der juristischen Rechtfertigung der Aufhebung des Staatsgrundgesetzes und dem Zusammenhang mit *Albrechts* Staatstheorie.

²² *Hübner* (Fn. 19), S. 744.

²³ Hier findet zuvor, 1846, auch der erste Germanistentag statt, deren Vorsitzender *Jacob Grimm* wird und wo er den Begriff des Germanisten zum ersten Mal über die juristische Disziplin hinaus auf Historiker und Sprachwissenschaftler anwendet.

Aktuelles Bericht

Timo Marcel Albrecht, Christian Magaard und Jakob Schünemann

Veranstaltungsbericht: »Beschleunigter Stillstand – Gesetze einer Pandemie«

Erfolgreiche Debütveranstaltung unserer neuen Vortragsreihe »Recht interdisziplinär«

Am 9. November 2020 richtete die GRZ in Kooperation mit dem Alumniverein der Studienstiftung des deutschen Volkes die digitale Podiumsdiskussion »Beschleunigter Stillstand – Gesetze einer Pandemie« aus. Diese bildete zugleich den Auftakt unserer neuen Veranstaltungsreihe »Recht interdisziplinär«, in der Rechtswissenschaftler:innen mit Personen anderer Disziplinen aus Wissenschaft und Gesellschaft einmal pro Semester über gesellschaftlich relevante juristische Themen ins Gespräch kommen.

In diesem Jahr dominierte nichts die gesellschaftliche Debatte so sehr wie die Covid-19-Pandemie. Daher nahm sich auch die anderthalbstündige Debütveranstaltung dieses Themas an und beleuchtete aus soziologischer sowie juristischer Perspektive die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf Gesellschaft und Gesetzgebung. Als Referierende nahmen der Soziologe Prof. Dr. *Hartmut Rosa* aus Jena sowie von unserer Fakultät Prof. Dr. *Angela Schwerdtfeger* teil. Die anschließende Diskussion moderierte die Göttinger Doktorandin *Laura Wanner*.

Den Einstiegsvortrag übernahm nach einer kurzen Vorstellung von Format und Programm Prof. Dr. *Rosa*. Basierend auf seiner Beschleunigungstheorie,¹ nach der die Moderne durch eine systematische Beschleunigung gekennzeichnet sei und sich das derzeitige Gesellschaftssystem nur durch fortlaufende Akzeleration selbst erhalten könne, konstatierte er, dass die starke materiell-physische Bewegung unserer Welt durch Corona abrupt und massiv reduziert wurde. Bemerkenswert sei dabei insbesondere, dass diese Entschleunigung nicht unmittelbar durch das Virus, sondern vielmehr durch politisches Handeln (vorrangig im nationalstaatlichen Kontext) hervorgerufen wurde. *Rosa* illustrierte die Entschleunigung anhand einiger Beispiele wie etwa des Flugverkehrs und dass diese in der Gesellschaft positive wie negative Erfahrungen ausgelöst habe. Zudem habe Corona »eine massive Verkürzung der räumlichen und zeitlichen Aktionsreichweite zur Folge«. Während man physisch vollständig »stillgestellt« sei, könne man digital von einer Veranstaltung zur nächsten »rasen«. Die Vision vom »rasenden Stillstand« des französischen Philosophen *Paul Virilio* habe die gegenwärtige Pandemie in großen Teilen verwirklicht. Zum Abschluss seines Vortrages warf *Rosa* die Frage auf,

¹ *Rosa*, Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne (2005); *ders.*, Weltbeziehungen im Zeitalter der Beschleunigung. Umriss einer neuen Gesellschaftskritik (2011); *ders.*, Beschleunigung und Entfremdung. Entwurf einer Kritischen Theorie spätmoderner Zeitlichkeit, 5. Auflage (2016).

Digitale Podiumsdiskussion aus der Reihe
Recht interdisziplinär

Beschleunigter Stillstand – Gesetze einer Pandemie

Soziologische und Juristische Perspektiven

Im Gespräch
Prof. Dr. Hartmut Rosa
Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger

Moderation
Dipl.-Jur. Laura Wanner

Montag, 9. November 2020,
19.00–20.30 Uhr

Zugang zur Veranstaltung unter
goettinger-rechtszeitschrift.de

ALUMNI der Studienstiftung
GRZ Göttinger Rechtszeitschrift
Design: © 2020 Wong Tsz

ob es auch eine soziale Energie im Sinne einer »emotional energy« gäbe, die durch soziale Interaktion entstehe. Mit dieser Hypothese möchte er sich in Zukunft näher wissenschaftlich beschäftigen und dabei etwa untersuchen, ob »social distancing« eine solche »soziale Energie« verringert.

Der anschließende Vortrag von Prof. Dr. *Schwerdtfeger* griff den doppeldeutigen Titel der Veranstaltung auf. Sie stellte fest, dass die Gesetze bzw. Gesetzmäßigkeiten einer Pandemie (im naturwissenschaftlichen Sinne) durchaus eng mit den Gesetzen zusammenhängen, die der Gesetzgeber als Reaktion auf die Pandemie erlässt. Weil es keine klaren Gesetze der Pandemie gebe bzw. solche erst nach und nach sichtbar würden, hätten die öffentlich stärker diskutierten Parlamentsgesetze zur Pandemiebekämpfung so große Bedeutung. Nach Ansicht von *Schwerdtfeger*, die sich zum Thema Krisengesetzgebung habilitiert hat,² sei die

² *Schwerdtfeger*, Krisengesetzgebung. Funktionsgerechte Organstruktur und Funktionsfähigkeit als Maßstäbe der Gewaltenteilung (2018).

Covid-19-Pandemie mit anderen Krisen vergleichbar, da auch diese Ausnahmesituationen seien, in denen komplexe Entscheidungen unter Zeitdruck und auf unsicherer Tatsachenbasis zu treffen seien. Diese »Krisenmerkmale« sprächen für eine entscheidende Rolle des Gesetzgebers, insbesondere da es nicht die *eine* richtige Entscheidung gebe, sondern Wertungsfragen zu entscheiden seien. Zu beobachten sei dabei das Krisenphänomen, dass sich der Dualismus von Regierung und Opposition im Parlament auflöse und i. d. R. ein stärkerer Konsens zwischen den Fraktionen entstehe. In Normalzeiten sei dies indes gerade andersherum und es gelte dort der Grundsatz »je bedeutender die Entscheidungsfragen, desto stärker der Dissens«. Nichtsdestotrotz erschienen Krisenzeiten eher als Zeiten der Exekutive denn als solche der Legislative. Da jene schnell, flexibel und aufgrund der zur Verfügung stehenden Ministerialbürokratie auch sachkundig entscheiden könne, hätten Exekutiventscheidungen auch ihre Berechtigung. In diesem Zusammenhang verwies *Schwerdtfeger* jedoch auf rechtliche Problemlagen bei sehr breit gehaltenen Exekutivermächtigungen des Infektionsschutzgesetzes. Sie appellierte an die Parlamente, mit zunehmender Zeitdauer der Pandemie ihrer von der Verfassung vorgesehenen Rolle als Entscheidungsorgan wesentlicher Fragen stärker gerecht zu werden, was sich inzwischen allerdings auch abzeichne. Abschließend erläuterte die Referentin noch das gesetzgeberische Instrumentarium, das den Parlamenten zur Verfügung stehe, um Exekutiventscheidungen zu leiten und zu kontrollieren (wie etwa Unterrichts- und Evaluierungspflichten oder Befristungsregelungen).

Die sich an die beiden Vorträge anschließende moderierte Podiumsdiskussion vertiefte zahlreiche aufgeworfene Aspekte. Fragen aus dem Publikum zielten unter anderem darauf ab, inwiefern Corona-Krise und Klimakrise vergleichbar seien bzw. welche aktuellen Erfahrungen sich auf die Bewältigung der letzteren übertragen ließen. *Schwerdtfeger* und *Rosa* waren sich einig, dass die Klimakrise als weniger unmittelbar wahrgenommen werde. Bei der Corona-Pandemie sei den Bürger:innen eine akute Bedrohungslage viel stärker bewusst, was *Rosa* als »eskalatorische Bedrohung« beschrieb. Nach seiner Auffassung werde zur Zeit aber auch die Erfahrung gemacht, dass die Politik noch immer effektiv agieren kann – etwas, von dem er wünschte, dass die Gesellschaft dies auch auf andere Gefährdungslagen wie die Klimakrise oder globale Ungleichheiten übertragen möge.

Die Diskussion beleuchtete zudem die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die persönliche und gesellschaftliche Resonanz Erfahrung. *Schwerdtfeger* merkte an, dass die häufig wechselnden Corona-Schutzmaßnahmen bei vielen betroffenen Bürger:innen zu Unsicherheit führen können.

Ständige Gesetzesänderungen bürden dabei die Gefahr, dass sich ein Grundmisstrauen gegenüber Gesetzen einschleiche. Es sei daher richtig, dass die fortlaufende Anpassung an das Infektionsgeschehen mittels Exekutiventscheidungen erfolge, die jedoch transparent erklärt werden müssten. Der Gesetzgeber solle hingegen nur die Leitlinien und Maßstäbe festlegen. *Rosa*, Begründer der soziologischen Resonanztheorie,³ fokussierte sich auf die individuelle Resonanz Erfahrung. Corona störe Resonanzbeziehungen erheblich, da die Corona-Krise als kaum bewältigbar wahrgenommen werden könne und sich verbreitet ein Grundmisstrauen einstelle, z. B. gegenüber der Luft, die man selbst atmet, oder gegenüber den Mitfahrenden im Bus. Es bestehe die Gefahr, dass sich diese Störung auch in den politischen Raum übertrage. Diesbezüglich hatte *Rosa* aber bereits zuvor betont, dass die gesellschaftlichen Proteste angesichts der historisch beispiellosen Grundrechtseinschränkungen sehr gering seien. Verschwörungstheorien und »Anti-Corona-Demonstrationen« würden insofern medial überrepräsentiert.

In seinem Schlusswort ging *Rosa* auf die Frage ein, inwieweit die Corona-Krise einen Wendepunkt zur Postwachstumsgesellschaft markieren könne. Zwar seien durch die Krise einige gesellschaftliche Mechanismen ausgesetzt gewesen, trotzdem befürchtet er, dass man nach der Krise zum alten System zurückkehre. Dennoch habe die Krise aufgezeigt, dass ein konzentriertes politisches Handeln auch gegen Wirtschafts- und Finanzinteressen möglich sei.

Auch *Schwerdtfeger* richtete abschließend den Blick auf die Zeit nach der Corona-Krise. In dieser würden – wie auch vor der Pandemie – die meisten Gesetzentwürfe von der Exekutive eingebracht werden, diese dann aber wieder vermehrt wie im Regelfall, dem »*Struck*‘schen Gesetz« gemäß, nicht unverändert vom Parlament verabschiedet werden.

Die GRZ und der Alumniverein der Studienstiftung freuten sich über den großen Zuspruch, den die Veranstaltung vom digitalen Publikum erhalten hat. Viele Fragen gingen ein, über 180 Personen verfolgten die Diskussion live und seitdem haben bis Redaktionsschluss knapp 1000 Personen die Aufzeichnung des Livestreams abgerufen. Dieser ist noch bis Ende des Jahres über den YouTube-Kanal von »Recht interdisziplinär« im Internet abrufbar (Direktlink: <https://youtu.be/ugOavzIPZRE>).

Nach dem erfolgreichen Debüt freuen wir uns schon sehr auf die nächste spannende Auflage von »Recht interdisziplinär«!

³ *Rosa*, Resonanz. Eine Soziologie der Weltbeziehung (2016); *ders.*, Unverfügbarkeit (2018).

ZivilR Rechtsprechungsübersicht

Felix Hohenhövel* und Pablo Hesse†

Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht**Zur Auswirkung eines formunwirksamen Grundstückskaufvertrags auf die darin ebenfalls vereinbarte Auflassungsvollmacht**

BGH, Urt. v. 27. 5. 2020 – XII ZR 107/17

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Die in einem notariell beurkundeten Angebot auf Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück erteilte Auflassungsvollmacht ist im Fall der Formnichtigkeit des Angebots im Zweifel ebenfalls unwirksam. Anders liegt es, wenn eine Partei die andere unwiderruflich zur Auflassung bevollmächtigt hat, um so die Vollziehung des Vertrags – und damit die Heilung der Formnichtigkeit des gesamten Vertrags – zu sichern.

Zur Anwendbarkeit des Pflichtteilsergänzungsanspruchs bei vereinbarter Anwachsung des Gesellschaftsanteils im Rahmen einer GbR

BGH, Urt. v. 3. 6. 2020 – IV ZR 16/19

Amtlicher Leitsatz

Die bei einer zweigliedrigen, vermögensverwaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts für den Fall des Todes eines Gesellschafters vereinbarte Anwachsung seines Gesellschaftsanteils beim überlebenden Gesellschafter unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs kann eine Schenkung im Sinne von § 2325 I BGB sein.

Diesel-Skandal: Zur Bewertung eines schädigenden Verhaltens als sittenwidrig i. S. d. § 826 BGB

BGH, Urt. v. 30. 7. 2020 – VI ZR 5/20

Amtliche Leitsätze

1. Zur »Stoffgleichheit« im Zusammenhang mit der Absicht, einem Dritten bei einem Gebrauchtwagenverkauf einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen (§ 263 I StGB).

2. Für die Bewertung eines schädigenden Verhaltens als sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB ist in einer Gesamtschau dessen Gesamtcharakter zu ermitteln und das gesamte Verhalten des Schädigers bis zum Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten zugrunde zu legen. Dies wird insbesondere dann bedeutsam, wenn die erste potenziell schadensursächliche Handlung und der Eintritt des Schadens

zeitlich auseinanderfallen und der Schädiger sein Verhalten zwischenzeitlich nach außen erkennbar geändert hat.

Zur Rücktrittsbefugnis und Fristwahrung bei Nacherfüllung im Kaufmängelgewährleistungsrecht

BGH, Urt. v. 26. 8. 2020 – VIII ZR 351/19

Amtliche Leitsätze

1. Die vom Käufer gesetzte angemessene Frist zur Nacherfüllung ist nicht bereits dann gewahrt, wenn der Verkäufer innerhalb der Frist die Leistungshandlung erbracht hat; vielmehr muss auch der Leistungserfolg eingetreten sein. Die Frist ist allerdings so zu bemessen, dass der Verkäufer bei ordnungsgemäßigem Vorgehen vor Fristablauf voraussichtlich nicht nur die Leistungshandlung vornehmen, sondern auch den Leistungserfolg herbeiführen kann.

2. Hat der Käufer eine angemessene Frist zur Nachbesserung gesetzt, die erfolglos abgelaufen ist, so ist er grundsätzlich nicht gehalten, dem Verkäufer eine zweite Gelegenheit zur Nachbesserung einzuräumen, bevor er den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt. Ein zweimaliges Fehlschlagen der Nachbesserung ist nur dann Rücktrittsvoraussetzung, wenn der Käufer sein Nachbesserungsverlangen nicht mit einer Fristsetzung verbunden hat.

Zum Vorliegen und zur Beweislast eines Sachmangels gem. § 434 I 2 BGB beim Gebrauchtwagenkauf

BGH, Urt. v. 9. 9. 2020 – VIII ZR 150/18

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Ein bei Gefahrübergang vorliegender, dem Alter, der Laufleistung und der Qualitätsstufe entsprechender, gewöhnlicher, die Verkehrssicherheit nicht beeinträchtigender Verschleiß eines für den Straßenverkehr zugelassenen Kraftfahrzeugs begründet einen Sachmangel nach § 434 I 2 Nr. 1, 2 BGB nicht. Dies gilt auch dann, wenn sich daraus in absehbarer Zeit – insbesondere bei der durch Gebrauch und Zeitablauf zu erwartenden weiteren Abnutzung – ein Erneuerungsbedarf ergibt.

2. Die Vermutung des § 476 Hs. 1 BGB (jetzt § 477 Hs. 1 BGB) entbindet den Käufer nicht davon darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass sich an der Kaufsache innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang ein mangelhafter Zustand gezeigt hat. Der Käufer ist dann durch die genannte Vorschrift des Vortrags und des Nachweises entbunden, auf welche Ursache der zu Tage getretene mangelhafte Zustand zurückzuführen ist, sowie dass diese Ursache in den Verantwortungsbereich des Verkäufers fällt.

* Der Autor *Hohenhövel* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Dr. h. c. *Völker Lipp*.

† Der Autor *Hesse* ist studentische Hilfskraft an diesem Lehrstuhl.

Zum gutgläubigen Erwerb nach einer unbegleiteten Probefahrt

BGH, Urt. v. 18. 9. 2020 – V ZR 8/19

Amtliche Leitsätze

1. Ein Kaufinteressent, der eine Probefahrt mit einem Kraftfahrzeug unternimmt, ist nicht Besitzzdiener des Verkäufers.
2. Die Überlassung eines Kraftfahrzeugs durch den Verkäufer zu einer unbegleiteten und auch nicht anderweitig überwachten Probefahrt eines Kaufinteressenten auf öffentlichen Straßen für eine gewisse Dauer (hier eine Stunde) ist keine Besitzlockerung, sondern führt zu einem freiwilligen Besitzverlust.
3. Wird das Fahrzeug in einem solchen Fall nicht zurückgegeben, liegt daher kein Abhandenkommen im Sinne des § 935 BGB vor.

Kein Widerrufsrecht des Bürgen

BGH, Urt. v. 22. 9. 2020 – XI ZR 219/19

Leitsatz der Redaktion

Das Widerrufsrecht gem. §§ 355, 312 I, 312 g I BGB setzt einen Verbrauchervertrag i. S. d. § 312 I BGB voraus, dessen Gegenstand eine entgeltliche Leistung des Unternehmers sein muss. Dabei ist erforderlich, dass der Unternehmer die vertragscharakteristische Leistung zu erbringen hat. Diese Voraussetzung ist bei einer Bürgschaft nicht gegeben, sodass ein Bürge kein Widerrufsrecht nach § 312 g BGB hat.

Keine Berechnung des »kleinen Schadensersatzes« anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten

BGH, Beschl. v. 8. 10. 2020 – VII ARZ 1/20

Von der Redaktion ergänzte und bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Der VII. Zivilsenat hält an der in dem Urteil vom 22. Februar 2018 (VII ZR 46/17 Rn. 31 ff., BGHZ 218, 1) vertretenen Rechtsauffassung fest, wonach der Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 I BGB nicht anhand der voraussichtlich erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten (»fiktiven«) Mängelbeseitigungskosten bemessen werden darf.

2. Der VII. Zivilsenat hält daran fest, dass sich der Schadensersatzanspruch des Bestellers gegen den Architekten gemäß § 634 Nr. 4, § 280 BGB bei Planungs- und Überwachungsfehlern, die sich im Bauwerk realisiert haben, auf Vorfinanzierung »in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags« richten kann (Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 Rn. 67, BGHZ 218, 1).

3. Der VII. Senat weist damit den Anfragebeschluss des V. Senats zurück und ist der Auffassung, dass eine gleichlaufende Rechtsprechung in Hinblick auf »fiktive Mängelbeseitigungskosten« nicht vonnöten ist. Dies begründet der VII. Senat vor allem damit, dass es sich bei dem Umfang des Schadens nicht um eine Frage des allgemeinen Schadensrecht der §§ 249 ff. BGB handelt, sondern der Schadensbegriff einer normativen Wertung offensteht, welche gerade durch die verschiedenen Haftungsregime des Werkvertragsrechts und des Kaufrechts unterschiedlich ausgestaltet werden können. Für eine unterschiedliche Behandlung spricht die Vorschusspflicht des Unternehmers aus § 637 III BGB und die Gefahr einer Überkompensation des Bestellers.

Zu den Auswirkungen eines Rücktritts vor Fristablauf

BGH, Urt. v. 14. 10. 2020 – VIII ZR 318/19

Amtliche Leitsätze

1. Rechtswirkungen eines Schadensersatzverlangens nach § 281 IV und V BGB treten nur ein, wenn die Voraussetzungen des § 281 I bis III BGB vorliegen.
2. An dem auch für ein Schadensersatzverlangen nach § 281 IV und V BGB erforderlichen fruchtlosen Ablauf einer angemessenen Frist zur Leistung fehlt es, wenn der Gläubiger während des Laufs der von ihm gesetzten Frist seinerseits vom Vertrag zurücktritt und damit zeigt, dass er an seiner Leistungsaufforderung nicht mehr festhält und auch zur eigenen Mitwirkung nicht mehr bereit ist.

ÖffR Rechtsprechungsübersicht

Sophie Norbeck*

Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht

Äußerung Seehofers verletzt die AfD in ihrem Recht auf Chancengleichheit von Parteien

BVerfG, Urt. v. 9. 6. 2020 – 2 BvE 1/19

Leitsätze der Redaktion

1. In der Bundesrepublik Deutschland geht alle Staatsgewalt vom Volke aus und wird von ihm in Wahlen und Abstimmungen ausgeübt, Art. 20 I GG. Damit eine Wahl demokratische Legitimation erhält, muss der Meinungsbildungsprozess frei und offen erfolgen, Art. 38 I 1 GG.

2. Parteien kommen in der Demokratie eine besondere Bedeutung zu, denn sie sind verfassungsrechtlich notwendige Einrichtungen für die politische Willensbildung des Volkes. Voraussetzung ist, dass die politische Mitwirkung auf gleichen Rechten und Chancen beruht.

3. Das aus Art. 21 I GG i. V. m. Art. 38 I GG abgeleitete Neutralitätsgebot wird dann verletzt, wenn Staatsorgane zugunsten oder -ungunsten einer Partei auf die Wahlwerbung oder den Wahlkampf einwirken. Bei der politischen Willensbildung handelt es sich um einen fortlaufenden Prozess, der sich nicht nur auf den Wahlkampf beschränkt.

4. Ein Eingriff in die Chancengleichheit der Partei kann durch die Befugnis der Staatsleitung zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Zu berücksichtigen ist, dass die Zulässigkeit dieser Arbeit dort endet, wo eine gezielte Einflussnahme in den politischen Wettbewerb erfolgt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der abgegebenen Äußerung die gebotene Sachlichkeit fehlt.

Die Berichterstattung über einen lange zurückliegenden Fehltritt einer öffentlich bekannten Person ist zulässig

BVerfG, Beschl. v. 23. 6. 2020 – 1 BvR 1240/14

Leitsätze der Redaktion

1. Aufgabe der Presse ist es, die Öffentlichkeit über Angelegenheiten zu informieren, die im öffentlichen Interesse liegen, Art. 5 I 1 GG. Eine Untersagung von einer wahrhaften Tatsachenmitteilung für die Zukunft verletzt die Beschwerdeführerin in ihrer Presse- und Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG.

2. Die Darstellung in der Öffentlichkeit nach dem eigenen Selbstbild und der beabsichtigten öffentlichen Wirkung wird nicht vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht erfasst.

3. Eine aktiv in der Öffentlichkeit stehende Person kann nicht wie eine Privatperson verlangen, dass ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten nicht mehr Gegenstand der öffentlichen Erörterung wird.

4. Bei der Abwägung des Persönlichkeitsinteresses gegenüber dem Interesse der freien Berichterstattung ist zu berücksichtigen, dass die öffentliche Vermittlung und Kommunikation wahrer Tatsachen elementarer Bestandteil der freien Presse ist.

Kuttenverbot ist verfassungsgemäß

BVerfG, Beschl. v. 9. 7. 2020 – 1 BvR 2067/17, 1 BvR 424/18, 1 BvR 423/18

Leitsätze der Redaktion

1. Das Kuttenverbot stellt einen Eingriff in das Recht der Vereinsmitglieder und des Vereins dar (Art. 9 I GG). Dieser ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Das Ziel eines Vereinsverbots kann nur effektiv erreicht werden, wenn den Vereinsmitgliedern ihre Aktivitäten sowie Aktionsmöglichkeiten untersagt werden. Dazu gehört auch, das Vereinskennzeichen nicht in der Öffentlichkeit zu präsentieren. Das Kennzeichenverbot ist untrennbar mit dem Vereinsverbot verbunden.

2. Der Eingriff wird dadurch gemildert, dass die private Verwendung z. B. in Form von Tätowierungen nicht verboten ist, solange das Vereinskennzeichen nicht medial verbreitet sowie bei Versammlungen nicht öffentlich zur Schau gestellt wird.

Keine Entschädigung wegen coronabedingten Lockdowns

LG Hannover, Urt. v. 9. 7. 2020 – 8 O 2/20

Leitsätze der Redaktion

1. Es bestehen keine Entschädigungsansprüche aus dem IfSG oder aus dem allgemeinen Staatshaftungsrecht.

2. Eine analoge Anwendung der Regelungen aus dem IfSG setzt eine planwidrige Regelungslücke und vergleichbare Interessenlage voraus. Eine planwidrige Regelungslücke ist bei historischer Betrachtung des gesetzgeberischen Willens abzulehnen.

3. Ein Anspruch aus § 80 NPOG i. V. m. § 8 NPOG ist nur einschlägig, soweit das IfSG keine abschließende Regelung darstellt und eine Sperrwirkung bzgl. der Anwendung des NPOG nicht eintritt. § 65 IfSG stellt eine spezielle gesetzliche Vorschrift für die Entschädigung von Nichtstörern dar, sodass gegenüber § 80 I 1 NPOG eine Sperrwirkung eintritt.

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

4. Ein Anspruch aus enteignendem Eingriff scheidet mangels Vorliegens eines Sonderopfers. Ein Sonderopfer liegt vor, wenn der betroffene Eigentümer in Verhältnis zu anderen ungleich oder unverhältnismäßig betroffen wird. Daran fehlt es vorliegend aufgrund einer Vielzahl an betroffenen Wirtschaftsbranchen.

Keine Geschenkgabe bei Rezepteinlösung in der Apotheke

BVerwG, Urt. v. 9. 7. 2020 – 3 C 20.18

Amtliche Leitsätze

1. Die arzneimittelrechtlichen Preisbindungsvorschriften für Apotheken (§ 78 AMG, § 3 AMPPreisV) verstoßen auch unter Berücksichtigung des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 19. Oktober 2016 – C-148/15, infolgedessen die Preisbindung auf ausländische EU-Versandapotheken nicht anwendbar ist, nicht gegen Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG.

2. Angesichts des bislang noch geringen Marktanteils der ausländischen Arzneimittelversender an der Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Endverbraucher in Deutschland ist die Preisbindung für inländische Apotheken weiterhin zumutbar.

3. Die Gewährung einer – auch geringwertigen – Sachzu- gabe für den Erwerb eines verschreibungspflichtigen oder sonstigen preisgebundenen Arzneimittels verstößt, wenn keine der in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 5 HWG geregelten Ausnahmen vorliegt, gegen die Preisbindungsvorschriften.

Das EU-US-Shield (Datenschutzschild) ist unwirksam

EuGH, Urt. v. 16. 7. 2020 – C-311/18

Leitsätze der Redaktion

1. Das Abkommen ist nicht mit dem Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens aus Art. 7 GRCh und dem Schutz personenbezogener Daten aus Art. 8 GRCh vereinbar.

2. Es erfüllt nicht das durch die Europäische Union in Art. 45 I DSGVO vorgesehene Datenschutzniveau.

Beherbergungsverbot in Niedersachsen ist vorläufig außer Vollzug gesetzt

OVG Lüneburg, Beschl. v. 15. 10. 2020 – 13 MN 371/20

Leitsätze der Redaktion

1. Aus § 1 I 1 der Niedersächsischen Verordnung über Beherbergungsverbote zur Eindämmung des Corona-Virus SARS-CoV-2 vom 9. 10. 2020 lässt sich nicht hinreichend

bestimmen, welche »Personen« von dem Beherbergungsverbot erfasst werden. Es kann nicht durch Auslegung ermittelt werden, ob die Person aus dem Risikogebiet dort ihren melderechtlichen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben müssen oder ob ein kurzfristiger Aufenthalt ausreichend ist, damit das Beherbergungsverbot greift.

2. Es bestehen Zweifel, ob § 1 I 1 der Verordnung eine notwendige Maßnahme i. S. d. § 28 I IfSG darstellt. Das Beherbergungsverbot ist ungeeignet und nicht notwendig, um das Ziel der Infektionseindämmung zu erreichen. Das Anknüpfen an die Anzahl von Infektionszahlen kann keine verlässliche Auskunft über eine potenzielle Gefährdungslage geben.

3. § 1 I 1 der Verordnung ist nicht angemessen. Das Beherbergungsverbot hat negative Auswirkungen auf die betroffenen Berufsgruppen. Diese Auswirkungen stehen in keinem angemessenen Verhältnis zu dem vermutlich geringen Erfolg, den ein Beherbergungsverbot mit sich bringen wird.

Paritätsgesetz in Brandenburg ist verfassungswidrig

VfG Brandenburg, Urt. v. 23. 10. 2020 – VfGBbg 9/19

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Ein Gesetz, welches die politischen Parteien dazu verpflichtet, bei den Landeswahllisten abwechselnd Frauen und Männer aufzustellen, verstößt gegen die Parteienfreiheit, die Chancengleichheit der Parteien und die Wahlvorschlagsfreiheit.

2. Das Paritätsgesetz wirkt sich auf das Demokratieprinzip aus und muss daher durch den Verfassungsgesetzgeber geregelt werden. Eine einfachgesetzliche Regelung ist unzulässig.

Die Anordnung einer Sperrzeit und eines Alkohol-Außer-Haus-Verkaufsverbots in Gastronomiebetrieben durch die infektionsschutzrechtliche Verordnung wird vorläufig außer Vollzug gesetzt

OVG Lüneburg, Beschl. v. 29. 10. 2020 – 13 MN 393/20

Leitsätze der Redaktion

1. § 10 II 1, 2 HS. 2 der Niedersächsischen Corona-Verordnung stellen keine notwendigen Schutzmaßnahmen i. S. d. § 28 I IfSG dar. Die vom Staat ergriffenen Schutzmaßnahmen müssen im konkreten Einzelfall objektiv notwendig und nicht bloß nützlich sein. Das Merkmal der Notwendigkeit unterliegt einer fortlaufenden Überprüfung der Behörden.

2. Es ist nicht ersichtlich, dass gerade in dem Zeitraum zwischen 23.00 und 6.00 Uhr eine erhöhtes relevantes tätigkeitsbezogenes Infektionsgeschehen vorliegt.

StrafR Rechtsprechungsübersicht

Jannis Strotmann* und Denise Wenzl†

Rechtsprechungsübersicht Strafrecht**Gefahrsspezifischer Zusammenhang i. S. d. § 251 StGB auch bei Behandlungsabbruch**

BGH, Beschl. v. 17. 3. 2020 – 3 StR 574/19

Amtlicher Leitsatz

Der qualifikationsspezifische Risikozusammenhang im Sinne des § 251 StGB wird nicht dadurch unterbrochen, dass die behandelnden Ärzte mit Blick auf eine wirksame Patientenverfügung in rechtmäßiger Weise von einer Weiterbehandlung des moribunden Raubopfers absehen.

Habgier bei angestrebter Unterbringung in einer JVA

BGH, Beschl. v. 19. 5. 2020 – 4 StR 140/20

Leitsätze der Redaktion

1. Die Begehung einer schweren Straftat, um langfristig Unterkunft, Verpflegung und Krankenversorgung in einer Justizvollzugsanstalt zu erhalten, stellt die Verwirklichung der Habgier dar.

2. Das Vorstellungsbild des Täters war hierbei allein auf die langfristige Versorgung durch die staatliche Einrichtung gerichtet, um seine Vermögenslage im Sinne eines rücksichtslosen Gewinnstrebens zu verbessern.

3. Dass der Täter durch die Inhaftierung persönlich eingeschränkt wird, steht dieser Beurteilung auch nicht entgegen, da der angestrebte Vermögensvorteil das Hauptmotiv für die Tat war.

4. Der erstrebte Vorteil muss sich nicht unmittelbar aus der Tat oder dem Vermögen des Opfers ergeben. Einen funktionalen Zusammenhang zwischen Tötung und Vermögensvermehrung in dem Sinne, dass der Angriff auf das Leben aus Sicht des Täters unerlässliches Mittel zur Zielerreichung ist, setzt das Mordmerkmal nicht voraus; es kommt letztlich nur auf seine Motivation an.

Der Tötungsvorsatz beim Autorennen – Der Berliner Raser

BGH, Ur. v. 18. 6. 2020 – 4 StR 482/19

Amtliche Leitsätze

1. Die Bewertung der Eigengefährdung durch den Täter kann abhängig von seinem Vorstellungsbild über mögliche

Tathergänge abgestuft sein; so kann er bei Fassen des Tatentschlusses einen bestimmten gefahrbezüglichen Sachverhalt hinnehmen, während er auf das Ausbleiben eines anderen, für ihn mit einem höheren Risiko verbundenen Geschehensablaufs vertraut.

2. Für die Prüfung, ob ein Unfallgeschehen mit tödlichen Folgen vom bedingten Vorsatz des Täters umfasst war, kommt es daher darauf an, ob er den konkreten Geschehensablauf als möglich erkannt und die damit einhergehende Eigengefährdung hingenommen hat. Ist dies der Fall und verwirklicht sich dieses Geschehen, ist es für die Prüfung der Vorsatzfrage unerheblich, ob er weitere Geschehensabläufe, die aus seiner Sicht mit einer höheren und deshalb von ihm nicht gebilligten Eigengefährdung verbunden waren, ebenfalls für möglich erachtet hat.

Zum Begriff der dauerhaft genutzten Privatwohnung im Sinne des § 244 IV StGB

BGH, Ur. v. 24. 6. 2020 – 5 StR 671/19

Leitsätze der Redaktion

1. Bei einem unbewohnten – also nicht nur vorübergehend verlassenem – Wohnhaus handelt es sich nicht um eine dauerhaft genutzte Privatwohnung im Sinne des § 244 IV StGB. Dafür spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift, der über die dem Wohnungsbegriff des § 244 StGB immanente Zwecksetzung hinaus eine (dauerhafte) Nutzung der Wohnung verlangt. Aus dieser zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzung folgt, dass die Wohnstätte zur Tatzeit tatsächlich bewohnt sein muss.

2. Die Beschränkung des § 244 IV StGB auf bewohnte Immobilien gebietet auch der Sinn und Zweck der Vorschrift, die den Wohnungseinbruchdiebstahl zum Verbrechen qualifiziert (§ 12 I StGB). Sowohl der Qualifikationstatbestand des § 244 I 1 Nr. 3 StGB als auch der des § 244 IV StGB finden ihre Rechtfertigung darin, dass ein Wohnungseinbruchdiebstahl einen schwerwiegenden Eingriff in den privaten Lebensbereich darstellt, der gravierende Folgen und eine massive Schädigung des Sicherheitsgefühls der von der Tat Betroffenen zur Folge haben kann.

3. Die im Vergleich zu § 244 I Nr. 3 StGB erhöhte Mindestfreiheitsstrafe des schweren Wohnungseinbruchdiebstahls nach § 244 IV StGB, für den das Gesetz zudem keinen minder schweren Fall vorsieht, findet ihre Entsprechung in der höheren Intensität des Eingriffs in die Privat- und Intimsphäre, der mit dem Einbruch in eine zur Tatzeit tatsächlich bewohnte Wohnung verbunden ist.

* Der Autor *Strotmann* studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Gleiss Lutz Hootz Hirsch PartmbB.

† Die Autorin *Wenzl* studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

Zum Gegenstand der unbefugten Weitergabe von Bildaufnahmen i. S. d. § 201 a I Nr. 4

BGH, Beschl. v. 29. 7. 2020 – 4 StR 49/20

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Selbstaufnahmen eines Tatopfers können Gegenstand der unbefugten Weitergabe im Sinne des § 201 a I Nr. 4 Strafgesetzbuch (StGB) sein.

2. Das verwirkte Tatunrecht wird in dieser Tatvariante nicht wie bei den Nummern 1 und 2 durch die Herstellung der Bildaufnahme gegen die schutzwürdigen Interessen des Opfers geprägt, sondern durch deren Weitergabe zu einem späteren Zeitpunkt, die einen eigenständigen Eingriff bewirkt. Der darin liegende Vertrauensmissbrauch beeinträchtigt das geschützte Rechtsgut unabhängig davon, wer die – ggf. lange Zeit zuvor entstandene – Aufnahme gefertigt hat.

»Trulla« ist keine Beleidigung i. S. d. § 185 I StGB

BVerfG, Beschl. v. 19. 8. 2020 – Az. 1 BvR 2249/19

Leitsätze der Redaktion

1. Von der Meinungsfreiheit sind auch solche Werturteile umfasst, die wohlmöglich einen ehrschmälernden Gehalt haben. Polemische oder verletzende Formulierungen sind nicht *per se* dem Schutzbereich von Art. 5 I 1 GG entzogen.

2. Für die Strafbarkeit nach § 185 I StGB bedarf es auch bei Äußerungen, die die persönliche Ehre herabsetzen, einer Abwägung der kollidierenden Grundrechte, solange nicht eine reine Schmähkritik vorliegt.

3. Die Bezeichnung als »Trulla« ist zwar durchaus in der Lage, eine Ehrverletzung darzustellen, sie ist aber nicht ausreichend, um als Schmähkritik gewertet zu werden. Somit ist die gewählte Begrifflichkeit der Abwägung mit kollidierenden Grundrechten, namentlich Art. 5 I 1 GG, zugänglich.

Eine unterlassene Hilfeleistung kann auch vorliegen, wenn der Sterbeprozess nicht mehr aufzuhalten ist

BGH, Beschl. v. 1. 9. 2020 – 1 StR 373/19

Leitsätze der Redaktion

1. Für die Beurteilung, ob ein Unglücksfall oder eine Notlage vorliegt, kommt es auf die objektivierte *ex ante*-Sicht an. Der Hilfspflichtige muss auch dann Hilfe leisten, wenn diese letztlich vergeblich bleibt und die Folge aus späterer Betrachtung unausweichlich war.

2. Die *ex post*-Beurteilung, ob eine Hilfeleistung noch als erforderlich einzustufen ist, ist hierfür ungeeignet. Maßgeblich ist vielmehr, wie ein verständiger Beobachter aufgrund der ihm erkennbaren Umstände die vorgefundene Situation bewertet hätte.

Für die E-Scooter-Nutzung gilt dieselbe Promillegrenze wie für Autos

LG Osnabrück, Beschl. v. 16. 10. 2020 – 10 Qs 54/20

Leitsätze der Redaktion

1. Auch für E-Scooter-Fahrer gilt für die Annahme der absoluten Fahruntüchtigkeit der Grenzwert von 1,1 Promille.

2. E-Scooter fallen unter die Sonderbestimmungen für elektrische Kleinfahrzeuge (vgl. Verordnung über die Teilnahme von Elektrokleinstfahrzeugen am Straßenverkehr) und sind gerade nicht mit Fahrrädern gleichgestellt. Eine Unterscheidung nach Gefährlichkeit zwischen unterschiedlichen Typen von Kraftfahrzeugen mit Blick auf die strafrechtlichen Promillegrenzen gibt es nicht. Damit müssten auch die strafrechtlich maßgeblichen Promillegrenzen für die Nutzung von Kraftfahrzeugen bei E-Scootern uneingeschränkt Anwendung finden.