



Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Doblerstrasse 15
D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)
RR Sascha Sebastian, M.mel. (Stellv. Vorsitzender)
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
RD Dr. Ralf Dietrich
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
ELB Jochen Heinz
Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirchdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
RiOLG Prof. Dr. Dominik Skauradszun, LL.M.
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
LMR Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
Prof. Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

ISSN 2195-044X
www.zeitschrift-jse.de
redaktion@zeitschrift-jse.de

Aus dem Inhalt

Beiträge

Marquardt

Die Auswahl von Insolvenzverwaltern unter besonderer Berücksichtigung von Diversitätsaspekten“

Schuh

Effektiver Umweltschutz

Fallbearbeitung

Hippeli

Strafrecht: „Beleidigte Politiker?“

Petzold

Öffentliches Recht: „Menschelndes im Berufungsverfahren“

Rechtsprechung

BGH

Darlegungs- und Beweislast beim Kauf eines gebrauchten Fahrzeugs

LG Itzehoe

Jugendstrafe von zwei Jahren auf Bewährung bei Beihilfe zu 10.505 Fällen des Mordes und fünf Fällen des versuchten Mordes (KZ-Sekretärin)

Inhaltsverzeichnis

Beiträge	Nick Marquardt Die Auswahl von Insolvenzverwaltern unter besonderer Berücksichtigung von Diversitätsaspekten	Seite ▶ 72
	Sebastian Schuh Effektiver Umweltschutz	Seite ▶ 76
Fallbearbeitung	Michael Hippeli Anfängerklausur Strafrecht: „Beleidigte Politiker?“	Seite ▶ 83
	Claudius Petzold Assessorexamensklausur Öffentliches Recht: „Menscheindes im Berufungsverfahren“	Seite ▶ 89
Rechtsprechung Zivilrecht	BGH Darlegungs- und Beweislast beim Kauf eines gebrauchten Fahrzeugs Urteil vom 23.09.2022 (<i>Felix Buchmann/Luca Maria Holst</i>)	Seite ▶ 99
Rechtsprechung Strafrecht	LG Itzehoe Jugendstrafe von zwei Jahren auf Bewährung bei Beihilfe zu 10.505 Fällen des Mordes und fünf Fällen des versuchten Mordes (KZ-Sekretärin) Urteil vom 20.12.2022 (<i>Michael Hippeli</i>)	Seite ▶ 101

Editorial

Die leicht verspätete Septemberausgabe der JSE kann dieses Mal mit gleich zwei Beiträgen zu praktisch wie politisch relevanten Themengebieten aufbieten: Im ersten **Beitrag** „Die Auswahl von Insolvenzverwaltern unter besonderer Berücksichtigung von Diversitätsaspekten“ widmet sich MARQUARDT der Frage welche Rolle Diversität bei Auswahl und Bestellung von Insolvenzverwaltern durch die Insolvenzgerichte spielen darf oder soll. Im zweiten **Beitrag** untersucht SCHUH wie „Effektiver Umweltschutz“ durch „Präventive und repressive Durchsetzungsmöglichkeiten immissionsschutzrechtlicher Anforderungen“ gewährleistet werden kann. Wert gelegt wird dabei insbesondere auf die enge Verflechtung von Immissionsschutzrecht und öffentlichem Baurecht.

Die erste **Klausur** in dieser Ausgabe kommt aus dem **Strafrecht** und ist an Studierende der Anfängerübung gerichtet. Unter dem Titel „Beleidigte Politiker?“ bereitet HIPPELI einige Fragen des Strafrechtlichen Ehrschutzes, insbesondere für Personen des politischen Lebens, didaktisch auf. Hintergrund ist ein aktuell laufendes und in der Presse viel beachtetes Verfahren, sodass die (mögliche) Prüfungsrelevanz hier auf der Hand liegt. Die zweite **Klausur** entstammt dem **Öffentlichen Recht** und ist an angehende Rechtsassessoren gerichtet. In „Menschelndes im Berufungsverfahren“ präsentiert PETZOLD eine anwaltliche Aufgabenstellung zur Anfechtung einer Auswahlentscheidung in einem öffentlich-rechtlichen Stellenbesetzungsverfahren. Im praktischen Teil geht es dann mit dem einstweiligen verwaltungsrechtlichen Rechtsschutz um einen Rechtsbehelf von erheblicher Prüfungsrelevanz.

Bei der **Rechtsprechung** macht wie gewohnt das **Zivilrecht** den Anfang. Hier musste sich der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes mit der Frage auseinandersetzen, Wer die Beweislast dafür trägt, dass der Erwerber sich die Zulassungsbescheinigung Teil II zur Prüfung der Berechtigung des Veräußerers nicht hat vorlegen lassen, wenn sich der Erwerber eines gebrauchten Fahrzeugs sich auf den gutgläubigen Erwerb beruft, dieser jedoch von einem anderen in Abrede gestellt wird. Im **Strafrecht** war sodann das Landgericht Itzehoe zur Entscheidung darüber berufen, wie zu verfahren ist, wenn trotz Aufwendung aller angemessenen Sorgfalt nicht festgestellt werden kann, ob der Heranwachsende zur Tatzeit noch einem Jugendlichen gleichstand. Darüber hinaus enthält die Entscheidung wichtige Ausführungen zur Strafzumessung bei Fällen der Beihilfe zum (versuchten) Mord im Rahmen des Holocaust.



Prof. Dr. **Christian F. Majer**
Schriftleiter

▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



RR **Sascha Sebastian**, M.mel.
Stellvertretender Schriftleiter

▶ schlussredaktion@zeitschrift-jse.de

Beitrag

Dr. Nick Marquardt

Die Auswahl von Insolvenzverwaltern unter besonderer Berücksichtigung von Diversitätsaspekten



Nick Marquardt | Rechtsanwalt bei Feigl & Rothamel Rechtsanwälte & Steuerberater in Halle (Saale). Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder.

E-Mail-Kontakt: ▶ nickmarquardtcoswig@gmail.com

Gliederung

Abstract

A) Einleitung

B) Die Listung der Insolvenzgerichte

C) Faktische Zugangsbeschränkungen

D) Die konkrete Auswahlentscheidung

E) Überlegungen *de lege ferenda*

I. Auswahlentscheidungen von mindestens drei Person

(Richter), idealerweise unterschiedlichen Geschlechts

II. Randomisierte Vergabe von Verfahren zwischen Bewerbern

gleicher oder fast gleicher Qualifikation

III. Höchstaltersgrenzen für Bewerber, die bereits das

Renteneintrittsalter erreicht haben

IV. Paritätische Bestellung

F) Zusammenfassung

Abstract'

Die Auswahl und Bestellung der Insolvenzverwalter sorgt branchenintern seit jeher für reichlich Diskussionsstoff. Starker Konkurrenzdruck untereinander ist an der Tagesordnung. Diversität spielte bisher überwiegend eine untergeordnete Rolle, so dass der Beitrag nachfolgend diese besonders in den Blick nehmen will.

A) Einleitung

Die Bestellungspraxis der Insolvenzgerichte ist für Außenstehende ein Mysterium. In keiner anderen Branche werden „Aufträge“ (oder eben Insolvenzverfahren), die zu teilweise exorbitanten Vergütungen im siebenstelligen Bereich führen so intransparent und nach schwer nachzuvollziehenden Kriterien vergeben. Das Gesetz sieht in § 56 InsO nur vor:

Zum Insolvenzverwalter ist eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen, die aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen auszuwählen ist.

Die Konkretisierung dieser Norm hat überwiegend das Bundes-

verfassungsgericht übernommen.² Seitdem ist die Aufstellung von Vorauswahllisten praktisch Standard, obgleich eine Vorauswahlliste nicht zwingend erforderlich ist.³ Die Listen enthalten eine namentliche Aufstellung geeigneter Kandidaten nebst den entsprechenden Kanzleien, die im jeweiligen Gerichtsbezirk tätig sind. Eine paritätische Besetzung der Liste ist nicht vorgesehen.

B) Die Listung der Insolvenzgerichte

In der Praxis gibt es je nach Gericht und Richter ganz unterschiedliche Vorauswahllisten, die teilweise rechtmäßige Kriterien heranziehen, aber gelegentlich auch rechtswidrige Hürden aufstellen.⁴ Die Listenführung obliegt dem Insolvenzgericht, das sich dazu teilweise ganz unterschiedlicher Methoden bedient. Trotz Bemühungen um größtmögliche Transparenz und umfangreichen Diskussionen in der Wissenschaft (o. a. „Uhlenbruck-Kommission“) ist es am Ende allein Sache des zuständigen Insolvenzgerichts (soweit die Richter sich untereinander über Kriterien verständigen) bzw. der Richter, wie es die Vorauswahlliste führt.⁵ „Allerdings entscheidet der einzelne Insolvenzrichter in richterlicher Unabhängigkeit selbst und weisungsfrei über die Aufnahme eines Bewerbers auf die von ihm geführte Vorauswahlliste und über die Streichung.“⁶ Der Vorwurf eines gewissermaßen patriarchisch-elitären Kreises, der teilweise nach freiem Ermessen Zugang zur Liste gewährt oder verwehrt, wird sich so kaum ausräumen lassen.⁷ Hinzu kommt, dass die Listung nicht bundeseinheitlich erfolgt, sondern jedes Gericht eigene Vorauswahllisten führt.

C) Faktische Zugangsbeschränkungen

Neben der Frage, ob man auf die Vorauswahlliste kommt, was für Beteiligte jeden Geschlechts bereits schwierig ist, bestehen weitere faktische Zugangsbeschränkungen, die bereits „alteingesessene Verwalter“ deutlich bevorzugen. Der Kostenapparat (Software, Schriftverkehr, Porto, Gläubigerinformationssystem, Zertifizierungen etc.) einer auf Insolvenzverwaltung spezialisierten Kanzlei ist nicht zu unterschätzen. Es muss eine (verglichen mit der „normalen Anwaltstätigkeit“) überdurchschnittlich hohe Liquidität vorgehalten werden. Die Kommunikation mit einer Vielzahl von Gläubigern erfordert mehr Aufwand. Hinzu kommt, dass Neubewerber und Berufseinsteiger, die sich überwiegend im Rahmen von Initiativbewerbungen oder persönlichen Vorstellungen beim Gericht zur Aufnahme auf die Liste bewerben, meist erstmal in kleinen Verbraucherinsolvenzverfahren bestellt werden. Diese sind nur selten kostendeckend, aber erfordern gleich-

¹ Der Autor hat den Beitrag in der hier vorliegenden Fassung der „Zeitschrift für Diversity in Recht und Wirtschaft“ angeboten. Der Beitrag wurde mit der Begründung abgelehnt, dass er in Form und Inhalt nicht den Vorgaben der Redaktion entspräche. Außerdem sei in dem Beitrag nicht erkennbar, dass der Autor die gleiche Haltung zu Kernthemen „Diversity, Equity und Inclusion“ habe. Unabhängig von der Frage, ob die vermeintlich richtige oder falsche Haltung Voraussetzung für eine Veröffentlichung sein sollte, traut der Autor dem mündigen Leser im Sinne der Wissenschaftsfreiheit zu, selbst zu beurteilen, ob dieser Befund inhaltlich zutrifft. Allein auf das „Gendern“ hat der Autor zugunsten der Lesbarkeit hier verzichtet.

² BVerfG, Beschl. v. 3.8.2004 - 1 BvR 135/00, Rn. 1-40; vgl. auch die Aufstellung bei Ries, in: Schmidt, InsO, 20. Aufl. (2023), § 56 Rn. 333 ff.

³ Göcke, in: Fridgen/Gewitz/Göpfert, BeckOK-InsO, 32. Ed. (15. April 2023), § 56 Rn. 8; vgl. zu weiteren Möglichkeiten Ries, in: Schmidt, InsO, 20. Aufl. (2023), § 56 Rn. 48.

⁴ Vgl. das Hannoveraner Modell; die Zustimmung dazu OLG Celle, NZI 2017, 447 Rn. 19 und die Kritik bei Blankenburg, NZI 2020, 768 ff.

⁵ Vgl. dazu BGH NZI 2016, 512 (515).

⁶ BGH NZI 2016, 512 (515).

⁷ Blankenburg, NZI 2020, 768 ff; vgl. Brückner, DZWIR 2016, 406 f.

zeitig hohen Arbeitsaufwand.⁸ Es ist interessant, dass Berufseinsteiger, die faktisch selten über erhebliche finanzielle Rücklagen verfügen werden, mit zusätzlich nicht kostendeckenden Verfahren belastet werden, während Insolvenzverwalter, bei denen die Kompensation durch die Querfinanzierung der Vergütung durch entsprechend große Verfahren in der Vergangenheit offensichtlich ist, dann wieder in massereichen Verfahren bestellt werden.⁹

Übersteht der Bewerber diese mehrjährige „Probephase“, hat er mit zunehmender Erfahrung die Chance, in einem Regelinsolvenzverfahren mit deutlich mehr Insolvenzmasse bestellt zu werden. Jedoch gilt auch hier, dass die Abwicklung dieser Verfahren – selbst wenn man Vorschüsse auf die Vergütung frühestmöglich entnimmt – mehrere Jahre in Anspruch nehmen wird.¹⁰ Rein tatsächlich müssten Berufseinsteiger also etwa einige Jahre Liquidität vorhalten. Eine Garantie, dass man dann Insolvenzverfahren erhält, die eine entsprechende hohe Vergütung mit sich bringen, gibt es dann naturgemäß nicht. Sicher gibt es auf dem freien Markt für Berufseinsteiger und alle Marktteilnehmer ein allgemeines wirtschaftliches und finanzielles Risiko von dem niemand befreit werden kann. Wer sich selbständig macht, kann keine Erfolgsgarantie erwarten. Unternehmen und Kanzleien können immer scheitern. Die Grenzen zwischen unternehmerischem Risiko eines jeden Selbständigen und faktischem Ausschluss vom Beruf des Insolvenzverwalters sind aber hier fließend. Dieses Gesamtsystem benachteiligt alle Geschlechter gleichermaßen. Für weibliche Mitbewerber kommt noch hinzu, dass eine Schwangerschaft innerhalb dieses Systems gar nicht vorgesehen ist. Nun ist es naheliegend, dass man während der Schwangerschaft besser nicht zum Insolvenzverwalter eines Großkonzerns bestellt werden sollte. In der Praxis wird die Schwangerschaft (oder allgemein Elternzeit, die ebenfalls Männer betreffen kann), gegenüber dem Insolvenzgericht oft gar nicht erst bekannt gemacht, um sich nicht mögliche Erwerbschancen abzuschneiden. Ob das eine Lösung ist, die der Gesetzgeber anstreben sollte, kann man eher bezweifeln.

D) Die konkrete Auswahlentscheidung

Allein die Tatsache, dass man auf einer Vorauswahlliste ist, garantiert noch nicht die Bestellung in einem Insolvenzverfahren. Vielmehr obliegt die konkrete Auswahlentscheidung dann auch wieder den jeweiligen Insolvenzrichtern.¹¹ Es gibt also genau genommen zwei Hürden der Bestellung. Einmal den Weg auf die Vorauswahlliste und sodann die Bestellung in einem konkreten Insolvenzverfahren. Die Idee des Gesetzgebers, wonach das Gericht den Kandidaten auswählt, der im Einzelfall am besten geeignet ist, ist grundsätzlich zutreffend.¹² Der Gedanke, dass der Insolvenzrichter sich ausschließlich an den Interessen der finanzierenden Insolvenzgläubiger orientieren soll, ist ebenfalls im Grundsatz völlig korrekt.¹³ Diese Entscheidungen sind aber kaum überprüfbar. Daran krankt das Auswahlverfahren. Innerhalb der etablierten Insolvenzverwalterkanzleien „den einen Besten“ für das Insolvenzverfahren zu ermitteln, ist schlicht unmöglich, weil die Kriterien dafür schon nicht klar sind. Noch schwieriger wird die Auswahlentscheidung, wenn neue Bewerber hinzutreten, die

ebenfalls eine faire Chance erhalten müssen.¹⁴ Umso mehr Qualifikationen vorliegen, desto schwieriger ist die konkrete Auswahlentscheidung.¹⁵ „Wer als Richter die Szene nicht kennt, besitzt kein eigenes Beurteilungsvermögen.“¹⁶ Jedenfalls erfordern solche Entscheidungen eigentlich umfangreiche Auswertungen und Gegenüberstellungen von Lebensläufen, Noten, Erfahrung und Referenzen. Außerdem würde eine reine Orientierung an den Gläubigerinteressen erkennbar jeden Berufsanfänger von vornherein ausschließen, da die Gläubiger womöglich nie einen „Rookie“ wollen. Gleichzeitig kann der Insolvenzrichter aufgrund der starken Eilbedürftigkeit des Eröffnungsverfahrens (bei einer Unternehmensfortführung sind Tage und Stunden entscheidend) gar keine derart umfangreiche Auswahlentscheidung treffen, wie es beispielsweise im Beamtenrecht üblich wäre.¹⁷ Dafür fehlt die Zeit. Im Ergebnis muss der Richter etwas entscheiden, was er nicht unter Berücksichtigung aller Umstände entscheiden kann. Es handelt sich also um eine Entscheidung unter Unsicherheit (decision under uncertainty).¹⁸ Dann ist es (reflexartig) naheliegend, auf die Entscheidungsregel „Safety First“ zurückzugreifen und Insolvenzverwalter zu bestellen, die a) ein solches Verfahren bereits abgewickelt haben oder b) über umfangreiche Erfahrung mit ähnlichen Verfahren verfügen. Damit geht der Richter kein besonders großes Risiko ein. Solche Heuristiken führen aber wieder nur zur systematischen Besserstellung etablierter Kanzleien. Insgesamt spielen Grundlagen der Entscheidungspsychologie und etwaige kognitive Verzerrungen in der Ausbildung der Richter kaum eine Rolle. So ist unsicher, ob sich die Mehrheit der Richter je intensiv mit den Auswirkungen des Halo-Effekts oder des Gender-Bias beschäftigt haben. Der Halo-Effekt besagt beispielsweise, dass besonders positive Eigenschaften (oder Eigenschaften, die als positiv wahrgenommen werden) negative Eigenschaften einer Person deutlich überstrahlen können. So sind gutaussehende (der Norm entsprechende und gerade nicht Diversitätsmerkmale aufweisende), freundliche oder als besonders kompetent anerkannte Personen deutlich im Vorteil, da diese positiven Eigenschaften der Person fehlende Qualifikationen, die bei anderen Personengruppen sofort ins Auge fallen würden, überstrahlen.¹⁹ Attraktive und sympathische Menschen sind erfolgreicher, ohne dass sie in der Sache tatsächlich besser wären. Das kann je nach Präferenz der Richter für Frauen und Männer Vor- oder Nachteil sein. Gerade der Halo-Effekt dürfte unbewusst Mitursache einer Vielzahl von Ermessensentscheidungen sein.²⁰ Sympathie ist auch in der Akquise ein entscheidender Faktor.

Ähnliches gilt für den Gender-Bias.²¹ Der Rückgriff auf verkommene geschlechterspezifische Stereotype fließt unbewusst in die Entscheidung mit ein, solange das Ermessen des Insolvenzgerichts derart groß ist. Gerade in größeren Insolvenzverfahren dürfte daher vermutlich weiterhin der Mythos vom „starke Mann“ als Verwalter der Wahl gelten. Dafür gibt es empirische

8 BGH ZinsO 2020, 1156 (1158).

9 Vgl. zur Querfinanzierung: *Ibid.*

10 Vgl. zur Dauer von Insolvenzeröffnungsverfahren *Richter*, Verschleppte Eröffnung von Insolvenzverfahren (2018), S. 287 ff.

11 BGH NZI 2008, 161 (162).

12 Göcke, in: Fridgen/Gewitz/Göpfert, BeckOK-InsO, 32. Ed. (15. April 2023), § 56 Rn. 34

13 Graeber, in: MüKo-InsO, 4. Aufl. (2019), § 56 Rn. 116 unter Verweis auf BVerfG NZI 2006, 453 ff.

14 BVerfGE 116, 1 ff; vgl. auch die Aufstellung bei *Ries*, in: Schmidt, InsO, 20. Aufl. (2023), § 56 Rn. 333 ff.

15 Die Noten der Staatsexamina lassen sich nicht gegen die Berufserfahrung aufwiegen. Auch lässt sich eine Promotion oder eine Professur nicht zwingend als Kriterium für die Führung eines konkreten Unternehmens heranziehen.

16 *Ries*, in: Schmidt, InsO, 20. Aufl. (2023), § 56 Rn. 51

17 Vgl. nur exemplarisch VGH München, Beschl. v. 11.08.2020 – 3 CE 20.1370

18 Siehe auch *Ruggeri* [u.a.], NatHumBehav 4 (2020), 622 ff.; *Engel*, Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 2001/9.

19 Vgl. *Kahnemann*, Thinking Fast and Slow (2012), S. 84 ff.

20 Vgl. *Wells*, Archives of Psychology 7 (1907), 1 ff.; *Thorndike*, Journal of Applied Psychology 1920, 25.

21 Dazu: *Eichler* [u.a.]. Zu mehr Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern: Erkennen und Vermeiden von Gender Bias in der Gesundheitsforschung (2002), S. 13

Indizien. Die größten Insolvenzverfahren der vergangenen Jahre wurden ausschließlich von Männern abgewickelt.²² Selbst wenn man berücksichtigt, dass es insgesamt deutlich weniger weibliche Bewerber auf den Vorauswahllisten gibt und Insolvenzverwalter vielleicht nicht für jede Frau der Beruf der Wahl ist, ist dieser Befund doch bemerkenswert. Das ist keine pauschale Kritik an den jeweiligen Bestellungen im Einzelnen. Es braucht aber ein größeres flächendeckendes Bewusstsein für diese kognitiven Verzerrungen. Die verschiedenen gesetzlichen, faktischen und individuellen Hürden, die oben dargestellt sind, sorgen sonst dafür, dass potentielle Bewerber (und hier vor allem Frauen) vom Beruf „Insolvenzverwalterin“ von vornherein ferngehalten werden.

Man könnte sich an dieser Stelle damit begnügen, dass dieses Problem seit geraumer Zeit besteht und der Gesetzgeber diese Unschärfen in der Bestellungspraxis hingenommen hat. Juristisch mag das aufgrund des weiten gesetzlichen Auswahlmessens möglicherweise korrekt sein. Die Entscheidung muss letztlich „nur irgendwie“ vertretbar sein.²³ Dabei muss die einzelnen Richter noch nicht einmal ein individueller Vorwurf treffen. Selbst bei maximaler Objektivität und Neutralität ist die Diskriminierung deutlich überwiegend systembedingt. Bereits die Entscheidungssituation selbst ist das Problem. Selbst der „ideale Richter“ kann aufgrund der vielen Faktoren und der Unsicherheit keine „richtige“ Entscheidung treffen. Die Lösung liegt daher nicht bei der Listenführung oder der Auswahlentscheidung. Sie muss vorher ansetzen. Dass überhaupt „Personalentscheidungen“ in der Art und Weise erfolgen, muss der Gesetzgeber verhindern. Es braucht klare objektive Kriterien (selbst wenn diese in Einzelfällen ebenfalls zu individuellen Ungerechtigkeiten führen werden). Das subjektive Auswahlmessen muss minimiert werden. Der hinter der Auswahlentscheidung stehende subjektive Faktor (wonach der einzelne Richter aufgrund seiner Erfahrung und Menschenkenntnis die richtige Entscheidung treffen wird) wird in Summe überbewertet, da er auf Heuristiken und kognitiven Verzerrungen beruht.²⁴

E) Überlegungen *de lege ferenda*

Wie kann nun eine Auswahlentscheidung aussehen, die jedem Anschein von ungerechtfertigter Bevorzugung oder Benachteiligung entgegenwirkt und vielfältiger ist? Folgende Kriterien könnten zu einer Verbesserung der Gesamtsituation führen:

I. Auswahlentscheidungen von mindestens drei Personen (Richter), idealerweise unterschiedlichen Geschlechts

Die Entscheidung einer Kammer ist deutlich weniger von individuellen Einzelinteressen eines Richters geprägt. So werden beispielsweise Heuristiken wie der Halo-Effekt²⁵ oder der Gender-Bias²⁶ und weitere Einflussnahmen auf die Entscheidungen eines Einzelnen minimiert. Entscheidungen im „Team“ haben deutliche Vorteile. Die Akzeptanz der Entscheidung wird erhöht.

²² Beispielhaft: ▶ <https://www.ig.com/de/trading-strategien/die-groessten-insolvenzen-in-deutschland-230419> Waden-Werften – Christoph Morgen; Hertie – Biner Bär; Karmann – Ottmar Hermann; Quimonda – Michael Jaffé; Wirecard – Michael Jaffé; Walter Bau AG – Werner Schneider; Air Berlin – Lucas F. Flöther; Woolworth – Ottmar Hermann; Praktiker – Christopher Seagon; Philipp Holzmann – Ottmar Hermann; Galeria Kaufhof (Eigenverwaltung) – Sachwalter Frank Kebekus; Generalbevollmächtigter Arndt Geiwitz; Schlecker – Arndt Geiwitz; Arcandor – Hans Gerd H. Jauch; Lehmann Brothers – Michael Frege.

²³ Ries, in: Schmidt, InsO, 20. Aufl. (2023), § 56 Rn. 51.

²⁴ Vgl. dazu insgesamt Kahnemann, Thinking Fast and Slow (2012), S. 234 ff.

²⁵ Ibid. S. 84 ff.

²⁶ Eichler [u.a.]. Zu mehr Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern: Erkennen und Vermeiden von Gender Bias in der Gesundheitsforschung (2002), S. 13

Neue Teammitglieder können besser integriert werden. Die Perspektivenvielfalt ist größer. Gleichzeitig leidet zwar, das soll hier nicht verschwiegen werden, die Geschwindigkeit und der Aufwand wird vergrößert, aber das dürfte insgesamt nicht besonders ins Gewicht fallen.

II. Randomisierte Vergabe von Verfahren zwischen Bewerbern gleicher oder fast gleicher Qualifikation

Da bei Verwalterkanzleien gleicher oder nahezu gleicher Qualifikation eine Auswahlentscheidung grundsätzlich kaum zu treffen ist, ist eine zufällige Vergabe der Insolvenzverfahren der sicherste Weg, um eine gleichmäßige Verteilung der Verfahren anhand der Bewerberliste zu gewährleisten.

III. Höchstaltersgrenzen für Bewerber, die bereits das Renteneintrittsalter erreicht haben²⁷

Höchstaltersgrenzen stellen sicher, dass einerseits neue Mitbewerber früh eine faire Chance haben und sie sorgen dafür, dass es zu keinen altersbedingten Qualitätsdefiziten kommt. Bei der Bestellungsentscheidung muss auch bedacht werden, dass Insolvenzverfahren in der Abwicklung über viele Jahre andauern können. Außerdem ist es ein Gebot der Fairness gegenüber jungen Bewerbern. Gleichzeitig ist Vorsicht mit Blick auf eine etwaige Altersdiskriminierung geboten. Hier dürften aber die Sachgründe einer Begrenzung durchaus gewichtig sein.²⁸ Nicht grundlos hat der Gesetzgeber in § 48 a BNotO auch eine Altersgrenze von 70 Jahren für Notare eingeführt.

IV. Paritätische Bestellung

Es gibt keinen sachlichen Grund, warum nicht Männer und Frauen bei der Bestellung anteilig in gleichem Umfang bestellt werden sollen, solange die Qualifikation und die Gesamtverteilung der Verfahren nicht negativ beeinflusst werden. Dem Problem würde man aber mit einer zufälligen Verteilung bereits teilweise begegnen, da zufällige Auswahlentscheidungen nur sehr selten (z. B. bei Missachtung des Verfahrens) diskriminierend sind. Befindet sich beispielsweise mangels Bewerbungen nur eine Frau auf der Vorauswahlliste, wäre es umgekehrt erkennbar nicht korrekt sie in jedem 2. Verfahren zu bestellen. Insoweit offen ist wohl die Frage, ob man bis zur paritätischen Listenbesetzung weibliche Bewerber durch deutliche häufigere Bestellung fördern sollte, da nur so Bewegung in ein über Jahrzehnte gewachsenes System kommt.

F) Zusammenfassung

Selbstverständlich sind das nur Anregungen und Überlegungen, um Insolvenzverwalter als Beruf, der bisher immer noch überwiegend eine reine „Männerbastion“ ist, für deutlich mehr Beteiligte zu öffnen. Die Unterrepräsentation von Frauen ist sicherlich in manchen Fällen eine bewusste individuelle Entscheidung gegen den Beruf an sich. Niemand kann gezwungen werden Insolvenzverwalterin zu sein, so verlockend auch starre Prozentsätze (50/50) sein mögen. In aber mindestens genauso vielen Fällen ist sie auf systematische Diskriminierung zurückzuführen. Frauen sind somit Opfer von Mehrfachdiskriminierung. Einerseits, weil das System der Vergabe von Insolvenzverfahren insgesamt schon überwiegend geschlossen ist und per se Neubewerber diskriminiert, und andererseits, weil sie als Frauen ohnehin bereits einer benachteiligten Gruppe angehören. Die Etablierung eines ordnungsgemäßen Auswahlsystems ist Aufgabe des Gesetzgebers. Soweit beispielsweise die Vergabe öffentlicher Aufträge bereits

²⁷ Vom BVerfG im Einzelfall gebilligt BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 - 2 BvR 1322/12, Rn. 76.

²⁸ Ibid.

ab Schwellenwerten von 140.000,00 € erfolgen muss, geht es nicht an, dass im Hinterzimmer des Gerichts Insolvenzverfahren mit teilweise deutlichen höheren Vergütungsvolumina freihändig nach richterlichem Ermessen vergeben werden. Folgt man bei der Vergütung dem vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsatz der Querfinanzierung der Insolvenzverwaltervergütung (wonach nicht kostendeckende Insolvenzverfahren von massereichen Insolvenzverfahren kompensiert werden), muss gleichzeitig sichergestellt sein, dass die Verteilung der Verfahren und damit auch der Vergütung überwiegend fair abläuft.

► **Inhaltsverzeichnis**



Beitrag

ORR Sebastian Schuh

Effektiver Umweltschutz

Präventive und repressive Durchsetzungsmöglichkeiten immissionsschutzrechtlicher Anforderungen



Sebastian Schuh | Oberregierungsrat im Bayerischen Ministerium des Inneren in München und nebenamtlicher Arbeitsgemeinschaftsleiter für die Ausbildung der Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare der Regierung von Oberbayern in München.

E-Mail-Kontakt: ▶ sebastian-schuh@gmx.de

Gliederung

Abstract

A) Bedeutung des Umweltrechts in der juristischen Ausbildung

B) Berücksichtigung immissionsschutzrechtlicher Belange

I. Baurechtliche Befugnisse

1. Präventive Bauaufsicht
2. Repressive Bauaufsicht

II. Immissionsschutzrechtliche Befugnisse

1. Präventive Befugnisse
 - a) Erstmalig genehmigungspflichtige Anlagen
 - b) Änderungsgenehmigung
2. Repressive Befugnisse
 - a) Genehmigungsbedürftige Anlagen nach den §§ 4 ff. BImSchG
 - aa) Nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG
 - bb) Untersagung nach § 20 I BImSchG
 - cc) Stilllegung/Beseitigung nach § 20 Abs. 2 BImSchG
 - dd) Betriebsuntersagung nach § 20 Abs. 3 BImSchG
 - ee) Widerruf nach § 21 BImSchG
 - b) Nicht genehmigungsbedürftige Anlagen nach den §§ 22 ff. BImSchG
 - aa) Anordnungen nach § 24 BImSchG
 - bb) Untersagung nach § 25 I BImSchG
 - cc) Untersagung nach § 25 Abs. 2 BImSchG

C) Ergebnis und Ausblick

Abstract

Auch wenn das Umweltrecht als Bestandteil des Pflichtfachstoffs der Ersten Juristischen Staatsprüfung nur in einzelnen Bundesländern vorzufinden ist, so werden die Studierenden vor allem in den Wahlfächern der Universitäten und im zweiten Juristischen Staatsexamen damit konfrontiert. Gerade im Immissionsschutzrecht müssen daher die Grundzüge beherrscht werden. Der vorliegende Beitrag gibt den Studierenden denkbare Klausureinstiegsvarianten aus Sicht immissionsschutzrechtlicher Anforderungen an die Hand und schärft somit das systematische Verständnis des Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG). Daneben wird die enge Verflechtung zum öffentlichen Baurecht herausgearbeitet.

Eine nähere Auseinandersetzung mit dem uns alle tangierenden Umweltschutz lohnt sich allemal.

A) Bedeutung des Umweltrechts in der juristischen Ausbildung

Obwohl das Umweltrecht in der öffentlichen Diskussion und Wissenschaft an Bedeutung gewinnt, gehört dieses Rechtsgebiet leider auch im Jahr 2023 weiterhin nicht zwingend zum Standardwissen von an deutschen Universitäten ausgebildeten Juristinnen und Juristen. Umweltrechtliche Fragestellungen spielen oftmals nur in den Wahlfächern oder im Zweiten Juristischen Staatsexamen eine Rolle. Während beispielsweise Studierende an der Münchener LMU dieses Rechtsgebiet in ihren Grundzügen nur als Gegenstand des Wahlfachs „Öffentliches Wirtschafts- und Infrastrukturrecht“ erahnen können,¹ geht die Universität Augsburg bereits einen Schritt weiter und bietet mit dem Schwerpunkt IV das „Umweltrecht und Wirtschaftsregulierungsrecht“² an.

Ohne das Drängen von Studierenden und Lehrenden in Hamburg wäre das Umweltrecht dort längst aus dem Kanon des Pflichtfachstoffes für die Erste Juristische Prüfung genommen worden.³ So muss hier erfreulicherweise weiterhin „im Überblick: Umweltrecht (Allgemeine Grundlagen, Immissionsschutzrecht)“⁴ beherrscht werden.

Dagegen kann man sich das Umweltrecht aus der Medienlandschaft und den öffentlichen Diskussionen gar nicht mehr wegdenken. Hierbei überbieten sich Praxis, Politik und Wissenschaft⁵ schon fast im Sekundentakt mit Vorschlägen und Forderungen zu diesem Themenkomplex. Hierdurch könnte bei einem durchschnittlichen Nachrichtenkonsumenten der Eindruck entstehen, dass sich der Umweltschutz in der Bundesrepublik in einem höchst katastrophalen Zustand befände.

Der vorliegende Beitrag nähert sich diesem komplexen Rechtsgebiet über das Teilgebiet des Immissionsschutzrechts. Unter Darstellung des status quo wird die Frage erörtert, welche behördlichen Eingriffsbefugnisse bestehen, um die gesetzgeberischen Anliegen und Erfordernisse – hierzu existieren in der Bundesrepublik bereits eine ganze Reihe von Vorschriften, normiert in Gesetzen, Verordnungen, antizipierten Sachverständigen-gutachten o.ä.⁶ – konsequent durchsetzen zu können.

Nach dieser systematischen Erschließung wird sich die Leserin

- 1 Siehe Prüfungs- und Studienordnung der Ludwig-Maximilians-Universität für den Studiengang Rechtswissenschaft mit dem Abschluss Erste Juristische Prüfung, S. 39; somit wurde dieses Rechtsgebiet nicht einmal in die Bezeichnung des Schwerpunktes explizit aufgenommen.
- 2 § 5 Abs. 3 d) Studien- und Prüfungsordnung für das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Augsburg vom 10. August 2004.
- 3 ▶ <https://www.hamburg.de/pressearchiv-fhh/13542692/2020-01-29-jb-umweltrecht-bleibt-in-hamburg-pflichtstoff/> (15.6.2023).
- 4 Siehe § 1 III Nr. 3 lit. d) der Verordnung über die Prüfungsgegenstände der staatlichen Pflichtfachprüfung im Rahmen der ersten Prüfung (Prüfungsgegenständeverordnung) Hamburg.
- 5 Kersten widmet ein ganzes Buch einer anzustrebenden ökologischen Verfassungsordnung, siehe Kersten, Das Ökologische Grundgesetz (2022).
- 6 Siehe hierzu ausführlich bei Schuh, Normative Konkretisierungen im Verwaltungsrecht am Beispiel von erheblichen Immissionen, JuS 2022, 819 ff.

und der Leser ein eigenes Urteil über die Eignung der gesetzlichen Lage sowie auch dem Erfordernis weiterer Befugnisnormen bilden können.

B) Berücksichtigung immissionsschutzrechtlicher Belange

Im Folgenden wird nunmehr dargestellt, inwiefern Immissionsschutzbelange von Seiten der zuständigen Behörden präventiv oder auch repressiv durchgesetzt werden können.

Da den Studierenden ein atypischer Falleinstieg über die „Randgebiete“ erfahrungsgemäß schwerfällt, eignet sich diese systematische Darstellung auch zum kritischen Durchdenken der möglichen Klausureinstiegsvarianten in Examenklausuren. Gerade weil sich das Immissionsschutzrecht aufgrund der formellen Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG wie auch des materiell umfangreichen Prüfprogramms des § 6 BImSchG ideal mit dem Pflichtfachstoff des Baurechtes kombinieren lässt, wird im Folgenden zwischen baurechtlichen und immissionsschutzrechtlichen Befugnissen differenziert.

I. Baurechtliche Befugnisse

Den zuständigen Baurechtsbehörden stehen sowohl präventive als auch repressive Befugnisse zu, um Immissionsbelange angemessen zu berücksichtigen und durchzusetzen. Hierbei muss zeitlich zwischen der präventiven und der repressiven Bauaufsicht differenziert werden.⁷ Während die präventive Bauaufsicht im Vorfeld von Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften tätig wird, ergreift die repressive Bauaufsicht Maßnahmen erst nachdem derartige Verstöße bereits vorliegen oder drohen.

1. Präventive Bauaufsicht

Die Baugenehmigung als *die* Handlungsform der präventiven Bauaufsicht ist in der Lage, immissionsschutzrechtliche Belange vorbeugend einzufordern.

Die Genehmigungsbedürftigkeit von Anlagen richtet sich dabei nach den einschlägigen Bauordnungen der Länder.⁸ An dieser Stelle gilt es ein besonderes Augenmerk auf den Vorrang anderer Genehmigungsverfahren zu legen.⁹ Insbesondere § 13 BImSchG normiert den Vorrang der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vor der Baugenehmigung, wenn sie regelt, dass diese Genehmigung andere die Anlage betreffenden behördlichen Entscheidungen, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, einschließt (sog. formelle Konzentrationswirkung).

7 Denkbar wäre auch ein Einstieg über die Bauleitplanung, die hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt wird. Bauleitpläne sind der Flächennutzungsplan als vorbereitender Bauleitplan und der Bebauungsplan als verbindlicher Bauleitplan, § 1 Abs. 2 BauGB. Immissionsschutzrechtliche Belange im Flächennutzungsplan finden sich insbesondere in § 5 Abs. 2 Nr. 6 Alt. 2 BauGB („Schutz gegen schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des BImSchG“) oder aber in § 1 VI Nr. 7 BauGB. Da der FNP nicht als Satzung (anders als etwa der BPlan nach § 10 I BauGB) oder Verordnung erlassen wird, entzieht er sich insbesondere der Normenkontrolle nach § 47 VwGO. Siehe zu den Ausnahmen ausführlich bei *Wickel*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Auflage (2020), Band 2, § 40 Rn. 35 ff. – Denkbar wäre in Klausuren jedoch eine gutachterliche Stellungnahme zur Genehmigungsfähigkeit des FNP durch die höhere Verwaltungsbehörde nach § 6 I BauGB. Immissionsschutzrechtliche Belange im Bebauungsplan finden mittelbar über das Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 S. 1 BauGB Eingang in die Prüfung oder aber über § 1 VI Nr. 7 BauGB. Da der BPlan als Satzung (§ 10 I BauGB) erlassen wird, wäre hier mithin eine gutachterliche Einbettung in eine Normenkontrolle nach § 47 VwGO denkbar.

8 So ist z.B. in Bayern die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von Anlagen nach Art. 55 I BayBO genehmigungsbedürftig.

9 Hierbei sei auch das vorrangige Planfeststellungsverfahren erwähnt, so § 75 I VwVfG.

Diese gesetzliche Regelung gebietet es daher in einem ersten Schritt die Genehmigungsbedürftigkeit von Anlagen nach dem BImSchG festzustellen, da eine solche Genehmigung die baurechtliche Genehmigung formell konzentriert, eine eigene baurechtliche Genehmigung daneben mithin nicht erforderlich ist. In materiell-rechtlicher Hinsicht bleiben in einem solchen Falle die baurechtlichen materiellen Prüfungsgesichtspunkte jedoch keinesfalls unberücksichtigt, sondern finden vielmehr über § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG („andere öffentlich-rechtliche Vorschriften“) zwingend Eingang in die Entscheidung.

In Fällen, in denen eine Anlage keine immissionsschutzrechtliche, jedoch eine baurechtliche Genehmigungsbedürftigkeit auslöst (so wenn bspw. die abschließenden Leistungsgrenzen des Anhangs 1 zur 4. BImSchV iVm. § 4 Abs. 1 S. 3 BImSchG nicht überschritten werden; siehe hierzu ausführlicher unten bei B.II.1.), wird oftmals die Übereinstimmung des Vorhabens mit den Vorschriften der §§ 29 bis 38 BauGB erforderlich sein.¹⁰ Immissionsschutzbelange sind hierbei insbesondere bei Vorhaben im Außenbereich im Rahmen der Prüfung des Entgegenstehens öffentlicher Belange (betrifft privilegierte Vorhaben nach § 35 I BauGB) bzw. der Beeinträchtigung öffentlicher Belange (betrifft alle sonstigen, nicht privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB) über § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB (Flächennutzungsplan), Nr. 2 (Immissionsschutzrecht) oder Nr. 3 (schädliche Umwelteinwirkungen) denkbar. Insbesondere der immissionsschutzrechtlich relevante Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen¹¹ eignet sich in Klausuren zur Überprüfung immissionsschutzrechtlicher Grundlagen.

2. Repressive Bauaufsicht

In Fällen, in denen bereits Verstöße gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften vorliegen, gibt der Gesetzgeber den zuständigen Behörden repressive Befugnisse an die Hand, um die erforderlichen Maßnahmen zur Durchsetzung treffen zu können.¹²

Damit immissionsschutzrechtliche Gesichtspunkte (wie etwa die bereits erwähnten schädlichen Umwelteinwirkungen des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB) effektiv durchgesetzt werden können, erscheint das Ergreifen von Maßnahmen, die an die materielle Illegalität¹³ (Baurechtswidrigkeit) anknüpfen, geeignet.

Das sind:

- ▶ Die *Baueinstellung* setzt einen Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften voraus.¹⁴ Während hier bei baurechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen die formelle Illegalität¹⁵ ausreicht, ist bei verfahrensfreien Anlagen denklogisch eine materielle Illegalität erforderlich.
- ▶ Die *Nutzungsuntersagung* setzt ebenfalls einen Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften voraus.¹⁶ Ob hierbei im Rahmen der genehmigungsbedürftigen Anlagen die formelle Illegalität ausreicht, ist umstritten.¹⁷ Für die hier im Fokus stehenden immissionsschutz-

10 So z.B. nach Art. 59 S. 1 Nr. 1a) BayBO.

11 Siehe zum Umgang mit dem Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen mitsamt Grundzügen sehr ausführlich bei *Schuh*, Normative Konkretisierungen im Verwaltungsrecht am Beispiel von erheblichen Immissionen, JuS 2022, 819 ff.

12 So bspw. die Generalklausel des Art. 54 Abs. 2 S. 1 der Bayerischen Bauordnung (BayBO).

13 Ein Vorhaben ist dann formell illegal oder formell baurechtswidrig, wenn die erforderliche Baugenehmigung fehlt, siehe *Kaiser*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Auflage (2020), Band 2, § 41 Rn. 117. Ein Vorhaben ist dann materiell illegal oder materiell baurechtswidrig, wenn das Vorhaben gegen materielles Baurecht verstößt.

14 Z.B. Art. 75 Abs. 1 S. 1 BayBO oder § 81 Abs. 1 S. 1 BauO NRW.

15 So auch *Kaiser*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl. (2020) Band 2, § 41 Rn. 121.

16 Z.B. Art. 76 S. 2 BayBO oder § 82 Abs. 1 S. 2 BauO NRW.

17 Siehe hierzu vertiefend bei *Kaiser*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonde-

rechtlichen Belange ist bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen die materielle Illegalität erforderlich.

- ▶ Die *Beseitigungsanordnung* setzt auch einen Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften voraus.¹⁸ Hierbei ist unbestritten, dass aufgrund des tiefgreifenden Eingriffs in die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG und die Bausubstanz sowohl die formelle als auch die materielle Illegalität gefordert wird, wobei im Rahmen der nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen die materielle Illegalität ausreicht.¹⁹

II. Immissionsschutzrechtliche Befugnisse

Konsequent ist auch im Rahmen der immissionsschutzrechtlichen Befugnisse zwischen den präventiven und den repressiven Maßnahmen zu differenzieren.

1. Präventive Befugnisse

Im Rahmen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als *der* präventiven Befugnis der Behörden muss zwischen der Genehmigung für erstmalig genehmigungspflichtige Anlagen und der Änderungsgenehmigung unterschieden werden.

a) Erstmalig genehmigungspflichtige Anlagen

Um eine erstmalig genehmigungspflichtige Anlage iSd. § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG handelt es sich, wenn eine Anlage neu errichtet oder betrieben wird und dabei die Leistungsgrenzen des Anhangs 1 zur 4. BImSchV iVm. § 4 Abs. 1 S. 3 BImSchG überschritten werden oder aber, wenn eine bislang nur baurechtlich genehmigungsbedürftige Anlage²⁰ erstmalig aufgrund Leistungsgrenzüberschreitung unter die immissionsschutzrechtliche Genehmigungspflicht fällt. Hierbei bleibt zu erwähnen, dass die in Anhang 1 der 4. BImSchV genannten Anlagen iVm. § 4 Abs. 1 S. 3 BImSchG abschließend sind, weshalb es in der Klausur keiner Subsumtionsmühen unter § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG bedarf.

Um einen Fall der erstmaligen genehmigungspflichtigen Anlage handelt es sich beispielsweise im Fall, wenn Herr K. auf seinem Grundstück in Niederbayern eine Anlage zur Aufzucht von 70.000 Truthühnermastplätzen für länger als 12 Monate neu errichten möchte. Die Genehmigungsbedürftigkeit dieser Anlage ergibt sich aus § 4 Abs. 1 S. 3 BImSchG iVm. § 1 I der 4. BImSchV iVm. Ziffer 7.1.4.1 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV. Es müsste das ordentliche Genehmigungsverfahren nach § 10 BImSchG durchgeführt werden, siehe § 19 I BImSchG iVm. § 2 I Nr. 1 a) der 4. BImSchV iVm. Ziffer 7.1.4.1 Spalte c) des Anhangs 1 zur 4. BImSchV.

Gesetzt der Fall, dass Herr K. bisher eine Anlage betrieben und errichtet hat, auf der 5.000 Truthühnermastplätze vorhanden waren und er diese auf nunmehr 70.000 Plätze aufstocken möchte, so handelt es sich auch hier um einen Fall des § 4 Abs. 1 S. 3 BImSchG. Die bisherige Anlage ist keine „genehmigungsbedürftige Anlage“ i.S.v. §§ 15, 16 BImSchG (siehe § 4 Abs. 1 S. 3 BImSchG iVm. § 1 I der 4. BImSchV iVm. Ziffer 7.1.4.1 und 7.1.4.2 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV), sodass es sich um eine Errichtung i.S.v. § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG handelt.

Im Rahmen der Genehmigungsfähigkeit ist nunmehr nach § 6 I BImSchG eine Genehmigung zu erteilen, wenn

1. sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 und einer auf Grund des § 7 erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden, und
2. andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeits-

res Verwaltungsrecht, 4. Aufl. (2020) Band 2, § 41 Rn. 124 f.

18 Z.B. Art. 76 S. 1 BayBO oder § 82 Abs. 1 S. 1 BauO NRW.

19 Kaiser, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Auflage (2020), Band 2, § 41 Rn. 133 ff.

20 Da etwa bislang die Leistungsgrenzen des Anhangs 1 zur 4. BImSchV nicht überschritten worden sind.

schutzes der Einrichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen.

Während unter Ziffer 1 die immissionsschutzrechtlichen Voraussetzungen und insbesondere die Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG iVm. § 3 Abs. 1 BImSchG eine große Rolle spielen, bietet die Ziffer 2 Prüfungsmöglichkeiten des Baurechts an.

b) Änderungsgenehmigung

Das Vorliegen einer erstmalig genehmigungspflichtigen Anlage iSd. § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG ist zu unterscheiden von einer Anlage, die einer Änderungsgenehmigung nach den §§ 15, 16 BImSchG bedarf.

Beispiel: Herr K. in Landshut betreibt nunmehr seit einigen Jahren seine Anlage mit 70.000 Truthühnermastplätze und aufgrund des sehr gut laufenden Geschäfts möchte er seinen Betrieb um weitere 20.000 Truthühnermastplätze aufstocken.

Im genannten Beispiel richtet sich die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit nicht nach § 4 BImSchG, sondern sind vielmehr die §§ 15, 16 BImSchG einschlägig. Es handelt sich bei der bestehenden Anlage um eine genehmigungsbedürftige Anlage i.S.v. §§ 15 Abs. 1 S. 1, 16 Abs. 1 S. 1 BImSchG (Die Ausgangsanlage mit 70.000 Truthühnermastplätzen ist nach nach § 4 Abs. 1 S. 3 BImSchG iVm. § 1 Abs. 1 der 4. BImSchV iVm. Ziffer 7.1.4.1 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV genehmigungsbedürftig). Die Erweiterung ist für sich genommen genehmigungsbedürftig i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 HS 2 BImSchG, da sie selbst die Leistungsgrenzen der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen überschreitet, siehe Ziffer 7.1.4.2 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV.²¹

Im Rahmen der Genehmigungsfähigkeit sind wiederum die Voraussetzungen des § 6 BImSchG zu prüfen.²²

2. Repressive Befugnisse

Die Immissionsschutzbehörden bekommen vom Gesetzgeber zahlreiche repressive Befugnisse an die Hand, um Gefahren zeitnah und effektiv begegnen zu können. Ausgangspunkt hierbei ist die allgemeine behördliche Überwachungsvorschrift²³ des § 52 Abs. 1 S. 1 BImSchG. Diese Norm statuiert, dass die zuständigen Behörden die Durchführung des BImSchG und der auf dieses Gesetz gestützten Rechtsverordnungen zu überwachen haben, worunter auch die Überwachung von Genehmigungen fällt.²⁴

Wichtig ist zu erkennen, dass durch § 52 Abs. 1 S. 1 BImSchG selbst keine Befugnisse statuiert werden, sondern es sich um eine reine Aufgabenorm²⁵ handelt, wodurch die zuständige Behörde Zugang zum Wissen hat, „*ob und wieweit die einschlägigen*

21 Sollte Halbsatz 2 einmal nicht einschlägig sein, z.B. bei Erweiterung um 10.000 Truthühnermastplätze, so bedarf es der Prüfung, ob durch die Änderung nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können und diese für die Prüfung nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 erheblich sein können (wesentliche Änderung), § 16 Abs. 1 S. 1 BImSchG. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Frage der Genehmigungsfähigkeit neu aufgeworfen wird, siehe hierzu Jarass, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 16 Rn. 11.

22 Jarass, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 16 Rn. 35.

23 Kenyeressy, in: Appel/Ohms/Sauerer, BImSchG (2021), § 52 Rn. 1.

24 Hintergrund dieser Regelung ist nicht das grundsätzlich bestehende Misstrauen der Behörden in die Betreiber, sondern vielmehr der Umstand, dass sich nach Genehmigungserteilung oftmals die „Anforderungen an immissionsschutzrechtliche Anlagen [...] weiter entwickeln und über die in der Genehmigung enthaltenen Vorgaben hinausgehen“, siehe Jarass, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 52 Rn. 10; damit kann auch eine Aktualisierung angestrebt werden, wie Art. 21 RL 2010/55, BT-Drs. 14/4599, 130 verlangt, siehe Jarass, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 52 Rn. 9.

25 BVerwGE 109, 272/282; wie auch Jarass, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 52 Rn. 5.

Normen von den Normadressaten tatsächlich beachtet werden.“²⁶ Es gilt im Rahmen der jeweils noch darzustellenden erforderlichen Befugnisnormen der Grundsatz, dass diese nebeneinander anwendbar sind, sich Einschränkungen jedoch ggf. durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergeben.²⁷

Um dem effektiven Umweltschutz gerecht zu werden sieht das BImSchG nicht nur Befugnisse gegenüber genehmigungsbedürftigen Vorhaben (§§ 4 ff. BImSchG) vor, sondern auch gegenüber nicht genehmigungsbedürftigen Vorhaben (§§ 22 ff. BImSchG).

Im Folgenden werden die gängigsten Normen in ihren Grundzügen dargestellt.²⁸

a) Genehmigungsbedürftige Anlagen nach den §§ 4 ff. BImSchG

Im Rahmen der Befugnisse für genehmigungsbedürftige Anlagen kommen insbesondere die nachträglichen Anordnungen nach § 17 BImSchG, die Untersagung nach § 20 Abs. 1 BImSchG, die Stilllegung/Beseitigung nach § 20 Abs. 2 BImSchG, die Betriebsuntersagung nach § 20 Abs. 3 BImSchG sowie der Widerruf nach § 21 BImSchG in Betracht.

All diesen Normen ist aufgrund des Wortlauts wie auch der systematischen Stellung gemein, dass zunächst der sachliche und persönliche Anwendungsbereich eröffnet sein muss. Es ist also hierbei zunächst zu prüfen, ob es sich um eine *genehmigungsbedürftige Anlage* handelt.²⁹

aa) Nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG

Zur Erfüllung der sich aus dem BImSchG und der auf Grund des BImSchG erlassenen Rechtsverordnungen ergebenden Pflichten wird der Exekutive auch nach dem Erlass immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen mit § 17 BImSchG ein effektives Instrument zum Eingriff an die Hand gegeben, nachträgliche Anordnungen zu treffen. Hintergrund hierbei ist u.a. die Tatsache, dass sich im Nachgang zum Genehmigungserlass herausstellen kann, dass „die im Genehmigungsbescheid getroffenen Regelungen nicht ausreichend waren.“³⁰

Im Zentrum der Prüfung steht hierbei die *Pflichtverletzung* i.S.v. § 17 Abs. 1 S. 1 BImSchG. Obwohl die zuständige Behörde hier repressiv tätig wird, genügt es, dass die Rechtspflichtverletzung „mit hinreichender Wahrscheinlichkeit droht“³¹, sodass hier faktisch auch vorbeugend gehandelt werden kann. Eine Pflichtverletzung liegt dann vor, wenn Immissionsschutzrecht, und hierbei insbesondere die Grundpflichten des § 5 BImSchG, verletzt werden oder verletzt zu werden drohen.³² In den Fokus rückt hierbei wegen § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG abermals der Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen.

Nach § 17 Abs. 2 S. 1 muss die nachträgliche Anordnung verhältnismäßig sein und hierbei insbesondere den mit der Erfüllung

der Anordnung verbundene Aufwand im Verhältnis zu dem mit der Anordnung angestrebten Erfolg stehen, wobei nach § 17 Abs. 2 S. 1 HS 2 BImSchG insbesondere Art, Menge und Gefährlichkeit der von der Anlage ausgehenden Emissionen und der von ihr verursachten Immissionen sowie die Nutzungsdauer und technische Besonderheiten der Anlage zu berücksichtigen sind.

Auch ist der allgemeine *Bestimmtheitsgrundsatz* des § 37 Abs. 1 VwVfG zu berücksichtigen³³ sowie eine *angemessene Frist* zur Durchführung vorzusehen³⁴ und die Einschränkungen von *Ab-satz drei* zu beachten.

Auf *Rechtsfolgenseite* räumt die Norm Ermessen ein (Wortlaut „können“ in § 17 Abs. 1 S. 1 BImSchG). Es gilt hierbei Satz 2 zu beachten, wonach die zuständige Behörde nachträgliche Anordnungen treffen *soll*, wenn die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft nicht ausreichend vor schädlichen Umwelteinwirkungen oder sonstigen Gefahren, erheblichen Nachteilen oder erheblichen Belästigungen geschützt ist (sog. Gefahrenanordnung³⁵). D.h. die zuständige Behörde ist in einem solchen Regelfall zum Erlass verpflichtet.³⁶

bb) Untersagung nach § 20 Abs. 1 BImSchG

Daneben ist die zuständige Behörde nach § 20 Abs. 1 BImSchG zur Betriebsuntersagung berechtigt („kann“), wenn der Betreiber einer genehmigungsbedürftigen Anlage einer Auflage, einer vollziehbaren nachträglichen Anordnung (iSv. § 17 BImSchG) oder einer abschließend bestimmten Pflicht aus einer Rechtsverordnung nach § 7 BImSchG nicht nachkommt und diese die Beschaffenheit oder den Betrieb der Anlage betrifft, § 20 Abs. 1 S. 1 BImSchG.

Die tatbestandlich erforderliche *Pflichtverletzung* ergibt sich bei § 20 Abs. 1 BImSchG z.B. aus der Nichtbefolgung einer Auflage (aus der Genehmigung) oder einer vollziehbaren nachträglichen Anordnung nach § 17 BImSchG. Zudem ist erforderlich, dass die Auflage, die Anordnung oder die Pflicht die Beschaffenheit oder den Betrieb der Anlage betrifft.

Daneben sind auch im Rahmen von § 20 Abs. 1 BImSchG die Grundsätze der *Verhältnismäßigkeit*, der *Bestimmtheit* und des *richtigen Adressaten* zu beachten. Daneben ist zu berücksichtigen, dass nur eine temporäre Betriebsuntersagung „bis zu Erfüllung der Auflage, der Anordnung oder der Pflichten aus der Rechtsverordnung“ verfügt werden kann.

Auf *Rechtsfolgenseite* wird der Behörde Ermessen eingeräumt (Wortlaut „kann“ in § 20 Abs. 1 S. 1 BImSchG). Nach § 20 Abs. 1 S. 2 BImSchG *hat* jedoch die zuständige Behörde den Betrieb ganz oder teilweise nach Satz 1 zu untersagen, wenn ein Verstoß gegen die Auflage, Anordnung oder Pflicht eine unmittelbare Gefährdung der menschlichen Gesundheit verursacht oder eine unmittelbare erhebliche Gefährdung der Umwelt darstellt.

Aber auch bei Bestehen einer Schutzpflicht, die nicht unter Satz 2 fällt wird man nur „unter ungewöhnlichen Umständen von einer Untersagungsverfügung absehen können.“³⁷

cc) Stilllegung/Beseitigung nach § 20 Abs. 2 BImSchG

Gem. § 20 Abs. 2 BImSchG *soll* die zuständige Behörde anord-

²⁶ Jarass, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 52 Rn. 1.

²⁷ Appel, in Appel/Ohms/Sauerer, BImSchG (2021), § 52 Rn. 10.

²⁸ Ein Klausureinstieg ist auch hiermit denkbar.

²⁹ Für § 17 Abs. 1 BImSchG siehe Wortlaut „nach Erteilung der Genehmigung“, so auch Jarass, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 17 Rn. 7 (nach Absatz 5 gelten die Absätze 1 bis 4b entsprechend auch für Anlagen, die nach § 67 Abs. 2 anzuzeigen sind). – Für § 20 BImSchG siehe Jarass, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 20 Rn. 37, 57. – Auch auf § 21 BImSchG trifft dies nach dem Wortlaut („*rechtmäßige Genehmigung*“) sowie der systematischen Stellung in den §§ 4 ff. BImSchG („*genehmigungsbedürftige Anlagen*“) zu.

³⁰ Kochel/König, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. (2019), § 17 Rn.1.

³¹ Jarass, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 17 Rn. 12 oder auch Altenschmidt, in: Appel/Ohms/Sauerer, BImSchG (2021), § 52 Rn. 47.

³² Jarass, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 17 Rn. 13.

³³ Ibid., § 17 Rn. 29.

³⁴ VGH BW, NVwZ 1985, 434.

³⁵ Altenschmidt, in: Appel/Ohms/Sauerer, BImSchG (2021), § 52 Rn. 50.

³⁶ Siehe hierzu Jarass, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 17 Rn. 62.

³⁷ Zitiert nach Kochel/Führ, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. (2019), § 20 Rn.23; angeklungen auch in BayVGH v. 30.07.2012- 22 B 11.1459.

nen, dass eine Anlage, die ohne die erforderliche Genehmigung errichtet, betrieben oder wesentlich geändert wird, stillzulegen oder zu beseitigen ist. Nach S. 2 *hat* sie die Beseitigung anzuordnen, wenn die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft nicht auf andere Weise ausreichend geschützt werden kann.

Tatbestandlich verlangt die Norm lediglich, dass *keine Genehmigung* vorliegt, d.h. die Anlage „ganz oder teilweise ohne die erforderliche Genehmigung errichtet, betrieben oder geändert“ werden oder worden sein.³⁸

Auch hier geltend die Grundsätze zur Verhältnismäßigkeit, Bestimmtheit und zum Anlagenbetreiber als richtigem Adressaten.³⁹

Auf *Rechtsfolgenseite* räumt die Norm der Behörde eingeschränktes Ermessen ein (Wortlaut: „soll“). D.h., dass die Stilllegungs- und Beseitigungsanordnung regelmäßig anzuordnen sein wird.⁴⁰ Unter den Voraussetzungen von § 20 Abs. 2 S. 2 BImSchG handelt es sich bzgl. der Beseitigungsanordnung um eine gebundene Entscheidung (Wortlaut „hat“).

Ob die zuständige Behörde lediglich eine Stilllegungsverfügung trifft oder daneben auch eine Beseitigung anordnet, liegt in ihrem Ermessen.⁴¹ Einschränkungen können sich jedoch aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (insb. Frage der Erforderlichkeit) ergeben.⁴²

dd) Betriebsuntersagung nach § 20 Abs. 3 BImSchG

Die zuständige Behörde kann darüber hinaus nach § 20 Abs. 3 BImSchG den weiteren Betrieb einer genehmigungsbedürftigen Anlage durch den Betreiber oder einen mit der Leitung des Betriebs Beauftragten untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit dieser Person in Bezug auf die Einhaltung von Rechtsvorschriften zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen dartun und die Untersagung zum Wohl der Allgemeinheit geboten ist.

Jarass ist zuzustimmen, wenn er diese Norm als „Fremdkörper“ betitelt,⁴³ was sich auch in den sich von den bisherigen Regelungen unterscheidenden Tatbestandsvoraussetzungen niederschlägt. Zu den Grundlagen des Immissionsschutzrechts zählt sicherlich das Wissen um die Anlagenbezogenheit des Immissionsschutzrechts,⁴⁴ wovon § 20 Abs. 3 BImSchG eine Ausnahme macht, indem er an die Unzuverlässigkeit des Anlagenbetreibers anknüpft. Die Ursache liegt darin begründet, dass die zuständige Behörde bei hartnäckigen Verstößen an der „personalen Wurzel“⁴⁵ anpacken dürfen soll.

Auf *Tatbestandsseite* erfordert die Norm die *Unzuverlässigkeit* des Anlagenbetreibers oder Betriebsleiters in Bezug auf die Einhaltung von Rechtsvorschriften zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen. Dies ist dann gegeben, wenn der Betreffende „nicht die Gewähr [dafür] bietet, dass er die Anlage künftig entsprechend den für die Anlage geltenden Vorschriften des BIm-

SchG zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen betreiben wird.“⁴⁶

Zudem ist erforderlich, dass die Untersagung zum Wohl der Allgemeinheit geboten ist, was immer dann der Fall ist, wenn „andernfalls in der Zukunft eine Verletzung immissionsschutzrechtlicher Vorschriften droht.“⁴⁷

Auf *Rechtsfolgenseite* räumt die Norm der zuständigen Behörde Ermessen ein („kann“).

ee) Widerruf nach § 21 BImSchG

Gem. § 21 Abs. 1 BImSchG darf eine nach dem BImSchG erteilte rechtmäßige Genehmigung, auch nachdem sie unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, wenn einer der in den Ziffern 1-5 enthaltenen Widerrufsgründe einschlägig ist. Aufgrund des Wortlauts „nur“ in § 21 I BImSchG sind die in der Norm angeführten Widerrufsgründe abschließend.⁴⁸

Damit verdrängt § 21 BImSchG, der einen Widerruf einer rechtmäßig erteilten Genehmigung erlaubt, als *lex specialis* die allgemeine Widerrufsvorschrift des § 49 VwVfG. Wird jedoch eine rechtswidrige Genehmigung zurückgenommen, so findet § 48 VwVfG mangels Spezialregelung im BImSchG uneingeschränkt Anwendung.⁴⁹

Auf *Tatbestandsseite* verlangt die Norm neben einer *rechtmäßig erteilten Genehmigung* auch einen Widerrufsgrund nach Abs. 1 Nr. 1-5, wobei sich hierin ein abgestufter Vertrauensschutz erkennen lässt.⁵⁰

Ggf. ist die *Frist* des Abs. 2 zu berücksichtigen. Daneben finden auch hier die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit Anwendung.

Auf *Rechtsfolgenseite* räumt die Norm der zuständigen Behörde Ermessen ein (Wortlaut „darf“ in § 21 I BImSchG).

b) Nicht genehmigungsbedürftige Anlagen nach den §§ 22 ff. BImSchG

Im Rahmen der Befugnisse für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen kommen insbesondere die Anordnungen nach § 24 BImSchG, die Untersagung nach § 25 Abs. 1 BImSchG und die Untersagung nach § 25 Abs. 2 BImSchG in Betracht.

All diesen Normen ist aufgrund des Wortlauts wie auch der systematischen Stellung gemein, dass der sachliche und persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist. Es ist also hierbei zunächst zu prüfen, ob eine *nicht genehmigungsbedürftige Anlage* vorliegt.

Immissionsschutzrechtlich nicht genehmigungsbedürftige Anlagen sind z.B.:

- ▶ Altglassammelbehälter,⁵¹
- ▶ Freiluftkonzert,⁵²
- ▶ Zirkusveranstaltung⁵³ oder
- ▶ Biergarten.⁵⁴

³⁸ *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 20 Rn. 41.

³⁹ Nur der Betreiber kann hierbei richtiger Adressat sein, siehe OVG NW, DVBl. 2009, 457 oder auch *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 20 Rn. 40.

⁴⁰ *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 20 Rn. 56.

⁴¹ *Ibid.*, § 20 Rn. 49.

⁴² *Ibid.*

⁴³ So *Ibid.*, § 20 Rn. 56; Koch/Führ, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. (2019), § 20 Rn. 65.

⁴⁴ Dies spiegelt sich schon in Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG wider, wonach der Schutz vor verhaltensbezogenem Lärm von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz ausgenommen ist.

⁴⁵ *Koch/Führ*, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. (2019), § 20 Rn. 5.

⁴⁶ OVG Saarl, UPR 1985, 248 oder auch *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 20 Rn. 59.

⁴⁷ *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 20 Rn. 62.

⁴⁸ *Ibid.*, § 21 Rn. 1.

⁴⁹ *Ibid.*, § 21 Rn. 2.

⁵⁰ *Koch/Roller*, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. (2019), § 21 Rn. 2.

⁵¹ VGH Mannheim, Beschl. v. 7.7.2016 – 10 S 579/16, NVwZ 2016, 1658.

⁵² Mangels 12 Monate am selben Ort, siehe OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 15.7.2010 – OVG 11 D35.10, NVwZ-RR 2010, 877.

⁵³ VGH München, Beschl. v. 17.10.1996, 24 CS 96.3415, NJW 1997, 1181.

⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 28.1.1999, 7 CN 1/97.

aa) Anordnungen nach § 24 BImSchG

Nach § 24 BImSchG kann die zuständige Behörde im Einzelfall die zur Durchführung des § 22 und der auf dieses Gesetz gestützten Rechtsverordnungen erforderlichen Anordnungen treffen. Hier dürfte in Klausuren insbesondere die Prüfung der schädlichen Umwelteinwirkungen nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG von Bedeutung sein.

Tatbestandlich verlangt die Norm eine *Pflichtverletzung*. D.h. die Anordnung muss der Durchsetzung einer Pflicht nach § 22 oder einer Rechtsverordnung des BImSchG dienen.⁵⁵

Daneben muss auch hier der Bestimmtheitsgrundsatz gewahrt werden und ist eine angemessene Durchsetzungsfrist einzuräumen.⁵⁶

Auf Rechtsfolgenseite räumt die Norm der Behörde Ermessen ein (Wortlaut „kann“ in § 24 Satz 1 BImSchG). In den Fällen des Satzes 2 (Wortlaut „soll“) ist das Ermessen eingeschränkt und muss daher grundsätzlich eine Anordnung getroffen werden.

bb) Untersagung nach § 25 Abs. 1 BImSchG

Sollte der Betreiber einer Anlage einer vollziehbaren behördlichen Anordnung nach § 24 Abs. 1 nicht nachkommen, so kann die zuständige Behörde den Betrieb der Anlage ganz oder teilweise bis zur Erfüllung der Anordnung untersagen, § 25 Abs. 1 BImSchG.

Die tatbestandlich erforderliche *Pflichtverletzung* liegt hier also in dem Nichtbefolgen einer behördlichen Anordnung. Zudem ist zu berücksichtigen, dass nur eine temporäre Untersagung („bis zur Erfüllung der Anordnung“) in Betracht kommt.

Auf *Rechtsfolgenseite* räumt die Norm der Behörde Ermessen ein.

cc) Untersagung nach § 25 Abs. 2 BImSchG

Die eigenständige⁵⁷ Untersagungsregelung des § 25 Abs. 2 BImSchG verlangt auf *Tatbestandsseite* die Verursachung einer bedeutenden Gefahr.⁵⁸ D.h., dass die von einer Anlage hervorgerufenen schädlichen Umwelteinwirkungen das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder bedeutende Sachwerte gefährden. Mithin ist eine konkrete Gefahr⁵⁹ erforderlich, d.h. eine Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung der dargestellten Rechtsgüter führt.⁶⁰

Im Rahmen des *Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes* ist insbesondere die Frage zu berücksichtigen, ob die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft nicht auf andere Weise ausreichend geschützt werden kann, § 25 Abs. 2 BImSchG.

Auf *Rechtsfolgenseite* räumt die Norm ein eingeschränktes Ermessen ein (Wortlaut „soll“ in § 25 Abs. 2 BImSchG), d.h. dass die Behörde im Regelfall zur Anordnung verpflichtet ist.⁶¹

C) Ergebnis und Ausblick

Hinsichtlich der engen Verflechtung von Immissionsschutzrecht und Baurecht dürfte jeder aufmerksame Leser nach der Lektüre dieses Beitrages hinreichend sensibilisiert sein. Zudem dürften

die vermittelten Grundlagen des BImSchG sowie die Darstellung der zahlreichen repressiven Befugnisse dazu beigetragen haben, dass der Leser nunmehr in der Lage ist auch atypische Einstiege in entsprechende Klausuren ohne Verunsicherung zu bewältigen.

Rechtspolitisch dürften die bestehenden Eingriffsmöglichkeiten der derzeitigen Rechtslage als durchaus positiv angesehen werden.

Gerade die Möglichkeit der Behörden, sowohl bei immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen wie auch nicht genehmigungsbedürftigen Vorhaben aktiv werden zu können, erweitert den Anwendungsbereich des Immissionsschutzrechts enorm und kommt im Ergebnis dem Umweltschutz zugute.

Daneben werden den jeweiligen Behörden gleich in zweifacher Hinsicht zeitlich unbeschränkte Eingriffsbefugnisse an die Hand gegeben. Zunächst können die Behörden nicht nur präventiv, sondern auch repressiv tätig werden, um die jeweiligen Standards einzufordern. Abzugrenzen hiervon ist – insbesondere bei nicht genehmigungsbedürftigen Vorhaben – die Frage der tatsächlichen Kenntnisnahme von immissionsschutzrechtlich schädlichen Vorgängen in der Praxis. Durch die Etablierung engmaschiger Überwachungen in den Behörden sowie Zurufe aus der Bevölkerung kann dies jedoch grundsätzlich sichergestellt werden.

Zudem trägt die Dynamisierung⁶² der immissionsschutzrechtlichen Grundpflichten des § 5 BImSchG dazu bei, dass in der Zukunft liegende gesetzgeberische oder gesetzgeberähnliche Wertungen mit einhergehenden Änderungen sehr zeitnah umgesetzt werden können und mithin kein Bestandsschutz (bzw. nur ein eingeschränkter Bestandsschutz) in Ansatz gebracht werden kann.

► **Inhaltsverzeichnis**



⁵⁵ Jarass, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 24 Rn. 6.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid., § 25 Rn. 23.

⁵⁸ Ibid., § 25 Rn. 26.

⁵⁹ Ibid., § 25 Rn. 27.

⁶⁰ Konkrete Gefahr für Bayern z.B. definiert in Art. 11 Abs. 1 S. 2 PAG.

⁶¹ Solange kein atypischer Fall vorliegt, siehe hierzu Jarass, BImSchG, 14. Aufl. (2022), § 25 Rn. 30.

⁶² BVerfG-K, NVwZ 2010, 773; BVerwGE 141, 293 Rn. 18.

Andere sitzen noch im Büro, Sie stehen schon vor der Bühne.*

© iuratio / Adobe Stock / 91251401



Hohe Spezialisierung, direkte Mandatsarbeit, persönlicher Partnerkontakt und ein kollegiales Arbeitsumfeld gehören für uns ebenso zu Ihrem neuen Job in unserer Wirtschaftskanzlei wie die richtige Balance zwischen Arbeit und Privatleben. Wir suchen für unsere Teams in Stuttgart und Frankfurt am Main

Rechtsanwälte (m/w/d)

Referendare (m/w/d)

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d)

Bewerben Sie sich jetzt. Sie haben vorab Fragen?

Wir stehen Ihnen gerne persönlich zur Verfügung:

Sibylle Günther | +49 711 16445-307 | karriere@brp.de | www.brp.de/karriere



BRP Renaud und Partner mbB · Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater · Stuttgart Frankfurt · www.brp.de

*Mit unserem BRP-Kultur-Abo erhalten Sie freien Eintritt zu ausgewählten Kultur- und Konzertveranstaltungen.

Fallbearbeitung - Strafrecht

MR Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)

„Beleidigte Politiker?“

Anfängerklausur



Michael Hippeli | Referatsleiter im Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen. Der Beitrag gibt ausschließlich die eigenen Auffassungen des Autors wieder.

E-Mail-Kontakt: ▶ MichaelHippeli@mail.de

Sachverhalt

Tom Koch (TK) ist Ex-Polizist, Mitglied in einem Motorrad- und Rockerclub sowie rechter YouTuber. Auf seinem YouTube-Kanal sowie auf weiteren Social Media Kanälen wie etwa Telegram setzt er sich seit mehreren Jahren zynisch-ironisch mit den aktuellen gesellschaftlich-politischen Entwicklungen auseinander. Mit seinem beißenden Spott kommen dabei nicht alle davon betroffenen Personen klar. Jedoch erfreut er sich mit knapp 500.000 Abonnenten seines YouTube-Kanals und oftmals vierstelligen Kommentaren als Reaktion auf jedes einzelne Video auch einer großen Beliebtheit. In Interviews beschreibt TK seinen YouTube-Kanal selbst als Satire. Die einzelnen Videos dort sind typischerweise mit der Person bebildert, um die es in der sog. „Main Story“ des Videos geht.

Unbestritten ist dabei, dass die von TK behandelten Themen überwiegend die Themenkreise Massenmigration und Migrationsfolgen sowie Gender-Culture behandeln und von den derzeitigen Parteien eigentlich nur die AfD positiv dargestellt wird. Der Stil der Videobeiträge umgeht dabei recht geschickt direkte Zuschreibungen, indem TK sich mündlich stets in einer Weise distanziert, die deutlich macht, dass er die sachliche Grundlage der Distanzierung dennoch befürwortet. Bspw. berichtet er stetig von Migrantenkriminalität und bewertet die diesbezüglichen Berichte aus Zeitungen oder TV-Sendungen dann etwa mit den Worten:

„Sofort abschieben! ... würden böse Zungen munkeln. Ich ja nicht. Ganz im Gegenteil: Fliegt die Racker alle ein, wir haben Platz“.

TK – über den berichtet wird, dass er vorbestraft sei – hat auch schon einige juristische Auseinandersetzungen hinter sich. Bspw. wurde er 2020 vom Amtsgericht Berlin-Tiergarten vom Vorwurf der Beleidigung freigesprochen, nachdem er die Berliner SPD-Politikerin Sawsan Chebli (eine in Deutschland geborene deutsche Staatsangehörige mit palästinensisch-libanesischem Migrationshintergrund) in mehreren seiner YouTube-Videos als „islamische Sprechpuppe“ und „Quotenmigrantin der SPD“ bezeichnet hatte.¹ Als Begründung für den Freispruch verwies das Amtsgericht Berlin-Tiergarten maßgeblich auf die Meinungsfreiheit von TK. YouTube hat auch schon mehrfach einzelne Videos von TK wegen eines behaupteten Verstoßes gegen die Nutzungsbedingungen entfernt. TK erreichte jedoch per Eilantrag stets, dass die Videos wieder online gestellt wurden.

2023 ist es wieder einmal so weit. TK erhält im April einen Strafbefehl des Amtsgerichts Detmold, welcher acht Monate Freiheitsstrafe auf Bewährung festsetzt, weil TK die Amtsführung der Geschädigten durch ehrverletzende Darstellungen nachhaltig beschädigt habe. TK hatte in einem seiner YouTube-Videos eine Sequenz aus einem offiziellen Videoclip mit der Bundesaußenministerin Annalena Baerbock (AB) bei einem Besuch in einem von der islamistischen Terror-Gruppe Boko Haram verwüsteten Dorf in Nigeria gezeigt. AB äußert sich dort auch zu Sanitäreinrichtungen: „Wenn es nach dem Geruch geht, könnte sie man (sic!) am Rande des Dorfes planen“. Sodann spricht AB in jenem Videoclip von feministischer Außenpolitik und dass man Toiletten zum Schutz von Frauen (und Kindern) insbesondere nachts besser innerhalb des Dorfes anlegen sollte. TK bezeichnet AB in der Folge in diesem und anderen nachfolgenden YouTube-Video(s) als „die nigerianische Scheißhausexpertin“.

TK legt Einspruch gegen den Strafbefehl ein, so dass nach § 410 Abs. 1 Satz 2 StPO ein Termin zur Hauptverhandlung am Amtsgericht Detmold anberaumt wird.

Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von TK nach dem StGB! Evtl. erforderliche Strafanträge wurden sämtlich form- und fristgerecht gestellt.

Im Falle der Verneinung einzelner Merkmale des jeweiligen Straftatbestands ist hilfsgutachterlich weiter zu prüfen.

¹ AG Berlin-Tiergarten, Urteil vom 27. 2. 2020 - 245 Cs 299/19.

Gliederung**Strafbarkeit von TK wegen §§ 185 Abs. 1, 188 Abs. 1 StGB****A) Tatbestand****I. Grunddelikt, § 185 Abs. 1 StGB**

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand des § 185 Abs. 1 StGB
 - b) Zwischenergebnis/Fortsetzung als Hilfgutachten
 - c) Fortsetzung objektiver Tatbestand des § 185 Abs. 1 StGB
2. Subjektiver Tatbestand
3. Zwischenergebnis

II. Qualifikation, § 188 Abs. 1 StGB

1. Objektives Vorliegen der Qualifikation
2. Zwischenergebnis/Fortsetzung als Hilfgutachten
3. Subjektives Vorliegen der Qualifikation
4. Zwischenergebnis

B) Rechtswidrigkeit**C) Schuld****D) Strafantrag****Gutachten****Hinweis**

Dieser Fall ist ein Originalfall², der allerdings derzeit noch nicht entschieden ist. Vermutlich wird er so oder so in mehreren Instanzen ausgefochten werden. Derartige Strafanträge und somit Strafverfahren vor allem im Zusammenhang mit Politikern der sog. Ampelregierung auf Bundesebene häufen sich derzeit auch unabhängig vom Fall TK, seitdem die letzte Große Koalition durch eine deutliche Strafverschärfung aufgrund des Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität v. 30. 3. 2021³ dafür die Möglichkeiten geschaffen hat.

Strafbarkeit von TK wegen §§ 185 Abs. 1, 188 Abs. 1 StGB

TK könnte sich dadurch, dass er vor April 2023 einen auch bereits in den sozialen Medien kursierenden offiziellen Videoclip von AB zur Planung von Sanitäranlagen in einem Dorf in Nigeria teilweise in einem Video auf seinem YouTube-Kanal wiedergab und sowohl im Anschluss daran als auch in weiteren YouTube-Videos AB als „die nigerianische Scheißhausexpertin“ bezeichnete, wegen einer gegen Personen des politischen Lebens gerichteten Beleidigung iSd §§ 185 Abs. 1, 188 Abs. 1, StGB strafbar gemacht haben.

A) Tatbestand

Dazu muss TK einerseits das Grunddelikt des § 185 Abs. 1 StGB, andererseits aber auch die entsprechende Qualifikation des 188 Abs. 1 StGB verwirklicht haben.

I. Grunddelikt, § 185 Abs. 1 StGB

Zunächst muss TK den Tatbestand der Beleidigung iSd § 185 Abs. 1 StGB realisiert haben.

1. Objektiver Tatbestand

Dann muss der objektive Tatbestand des § 185 Abs. 1 StGB erfüllt sein.

a) Objektiver Tatbestand des § 185 Abs. 1 StGB

Insoweit muss TK eine Beleidigung vorgenommen haben, wobei es bei AB auch zu einem kausalen Beleidigungserfolg gekommen sein muss.

Eine Beleidigung ist die Kundgabe eigener Missachtung, Geringschätzung oder Nichtachtung.⁴ Kundgabe ist dabei jede mündliche oder schriftliche Äußerung der entsprechenden missachtenden Tatsache oder des missachtenden Werturteils, die ein anderer vernehmen und in einem ehrenrührigen Sinne verstehen kann.⁵ Eine Kundgabe ist durch TK ausweislich seiner Äußerung sogar in mehreren YouTube-Videos erfolgt.

Fraglich ist aber, ob mit der kontextbezogenen Äußerung „die nigerianische Scheißhausexpertin“ auch eine Äußerung mit ehrverletzendem Charakter vorliegt. Ein ehrverletzender Charakter einer Äußerung iSv Missachtung, Geringschätzung oder Nichtachtung einer Person liegt zunächst dann vor, wenn dieser Person der sittliche, personale oder soziale Geltungswert durch die Zuschreibung negativer Qualitäten ganz oder teilweise abgesprochen wird, etwa durch den Vorwurf unsittlichen oder rechts-

² ▶ www.nw.de/nachrichten/zwischen_weser_und_rhein/23541284_Baerbock-in-Video-beleidigt-Rechter-YouTuber-aus-OWL-erhaelt-Strafbefehl.html (zuletzt abgerufen am 18.08.2023).

³ BGBl. 2021 I, S. 441.

⁴ BGHSt 1, 288 (289); 36, 145 (148); Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 185 Rn. 16.

⁵ Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 185 Rn. 8; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 185 Rn. 8.

widrigen Verhaltens, das Absprechen der moralischen Integrität, den Vorwurf elementarer menschlicher Unzulänglichkeiten oder das Aberkennen der Fähigkeit, den Beruf oder sonstige soziale Aufgaben wahrzunehmen.⁶ Daran gemessen lässt sich der ehrverletzende Charakter der konkreten Äußerung in Bezug auf AB schwerlich herleiten. Denn dem Amt als Außenminister*in kommen gleichsam auch Züge von Entwicklungspolitik zu. Äußert sich ein Außenminister/eine Außenministerin im Amt zu Sanitäranlagen in Entwicklungsländern und wird er/sie in der Folge insoweit als „Experte/Expertin“ bezeichnet, liegt hierin sogar im Gegenteil eine Bewertung gerade als befähigt zur Amtsführung.

Problematisch und ehrverletzend könnte aber die erkennbare Abwertung von AB deshalb sein, da diese in den Videos von TK ausgehend von ihrem eigenen Sprachduktus gerade nicht als „Sanitäranlagenexpertin“, sondern vielmehr als „Scheißhausexpertin“ bezeichnet wurde. „Scheißhaus“ ist dabei eine vulgäre Bezeichnung für Sanitäranlagen bzw. Toiletten, welche eine abwertende Fäkalsprache kennzeichnet. Der bewusste und wiederholte Einsatz des Begriffs „Scheißhausexpertin“ diene offensichtlich der bewussten Banalisierung und Herabwürdigung der Tätigkeit von AB im Amt der Bundesaußenministerin.

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob es sich vorliegend um eine Schmähkritik handelt, die den grundsätzlichen Vorrang der grundgesetzlich verbürgten Meinungsfreiheit einschränkt. Im Falle von Schmähkritik erfolgt nämlich ausnahmsweise keine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit einerseits und dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen andererseits, da die Meinungsfreiheit dann regelmäßig hinter dem Ehrenschutz des Betroffenen zurücktritt.⁷ Die Qualifikation einer ehrenrührigen Aussage als Schmähkritik und der damit begründete Verzicht auf eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Ehre erfordern dann aber jedenfalls die Berücksichtigung von Anlass und Kontext der Äußerung.⁸ Die Kasuistik, was Schmähkritik ist und was nicht, bietet dabei ein buntes Bild: Insoweit gibt es aber derzeit eine klare Tendenz, kritische – auch überpointiert oder polemisch formulierte⁹ – Äußerungen gleichwohl als nicht die Person individuell und allumfassend in ihrem Wesen schmähend und damit nicht automatisch als Schmähkritik anzusehen.¹⁰ Im Wesentlichen geht es bei der Feststellung des Vorliegens von Schmähkritik vielmehr darum, ob es dem potenziellen Täter eher um eine sachbezogene kritische Auseinandersetzung mit der von der Äußerung betroffenen Person samt ihrer Arbeit oder um die gezielte Abwertung dieser Person ging.¹¹

An den vorstehenden Vorgaben gemessen ergibt sich einerseits, dass es für die Äußerungen von TK mit dem Inhalt des im Nachgang bewerteten Videoclips (Planung von Sanitäranlagen in Nigeria, auch mit olfaktorischen Erwägungen) einen sachlichen Bezugspunkt gab. Hätte sich AB nicht dementsprechend geäußert und eine Verbreitung dieser Videoaufnahme ermöglicht und hätte TK von ihr auch dann als „die nigerianische Scheißhausexper-

tin“ gesprochen, gäbe es diesen sachlichen Bezugspunkt nicht. Die entsprechende Äußerung von TK lässt sich auch nicht sinnerhaltend aus diesem sachlichen Kontext lösen und erscheint daher auch nicht als gezielte bloße Herabsetzung von AB. Dazu kommt, dass TK sich in seinen YouTube-Videos regelmäßig satirisch-polemisch mit fast allen Spitzenpolitikern aus sämtlichen politischen Lagern (außer der AfD) auseinandersetzt und damit schon dieser Praxis nach offenkundig nicht gezielt gerade AB herabwürdigen wollte. Zudem beschreibt TK seinen YouTube-Kanal selbst als Satiresendung, was im Verbund mit vielen anderen spöttisch-ironischen Aussagen im jeweiligen YouTube-Video (darunter dem streitbefangenen Video) ähnlich wie im Fall Böhmermann zu einem satirischen Aussagekontext¹² führt, der schon deswegen einen singulären Schmähdarakter eher ausschließt. Politische Satire ist (als ein Gegenstück zu unzulässiger Schmähkritik) dabei in der Regel dadurch geprägt, dass in eindeutig fiktiven Äußerungen das politisch motivierte Verspotten der jeweilig betroffenen Prominenten angestrebt wird.¹³

Da somit mit der gleichwohl ehrverletzenden Äußerung „die nigerianische Scheißhausexpertin“ zumindest keine Schmähkritik vorliegt, kommt es nach den Vorgaben des BVerfG doch wieder auf eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz an. Der bloße Hinweis darauf, dass die betroffene Person den Angriff gerade als Politiker*in im öffentlichen Meinungskampf hinnehmen muss, kann die erforderliche Abwägung dabei jedenfalls nicht ersetzen.¹⁴ Vielmehr bedarf es erneut einer umfassenden Auseinandersetzung mit den konkreten Umständen des Falls und der Situation, in der die Äußerung erfolgt ist.¹⁵ Das bei der Abwägung anzusetzende Gewicht der Meinungsfreiheit ist jedenfalls umso höher, je mehr die Äußerung darauf zielt, einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung zu leisten, und umso geringer, je mehr es hiervon unabhängig lediglich um die emotionalisierende Verbreitung von Stimmungen gegen einzelne Personen geht.¹⁶ Dies zugrunde gelegt kann dem YouTube-Kanal von TK und dem konkret streitbefangenen Video ein auch intendierter Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung nicht abgesprochen werden. Dieser Einschätzung liegt schon das Wesen des fortwährenden Handels einer Person als sog. YouTuber oder allgemein als Blogger oder Influencer zugrunde und wird verstärkt von den Inhalten der zahlreichen Reaktionen (Kommentare) auf die Videos von TK. Im Ergebnis kommt der Meinungsfreiheit hier ein überwiegendes Gepräge zu, so dass auch stark überspitzte Einordnungen und Bewertungen des Handelns einzelner Spitzenpolitiker wie von AB hinzunehmen sind.

Ob TK sich nicht nur auf die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG, sondern darüber hinaus auch auf die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG berufen kann, ist mangels Entscheidungsrelevanz nicht weiter abschließend zu klären. Satire kann, muss aber nicht Kunst iSv Art. 5 Abs. 3 GG sein.¹⁷ Kunst iSd Art. 5 Abs. 3 GG ist eine satirische Äußerung nur dann, wenn sie die weiteren Voraussetzungen des verfassungsrechtlich maßgeblichen Kunstbegriffs erfüllt. Ein iSv Art. 5 Abs. 3 GG künstlerisches Werk liegt danach vor, wenn es ein Produkt freier schöpferischer Gestaltung

6 BGH NJW 1989, 3028; Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 185 Rn. 8 f.; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 185 Rn. 8.

7 BVerfGE 82, 43 (51); 90, 241 (248); 93, 266 (294); BVerfG NJW 2019, 2600.

8 BVerfGE 93, 266 (303); BVerfG NJW 2019, 2600; Schneider, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. (2022), § 185 StGB Rn. 23.

9 Vgl. BVerfG NJW 2016, 2870; BVerfG NJW 2020, 2636 (2637); Sajuntz, NJW 2022, 589.

10 Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 185 Rn. 16; Albrecht, ZUM 2023, 8 (12).

11 BVerfG NJW 1991, 95 (96); BVerfG NJW 1995, 3303 (3304); Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), § 185 Rn. 6; König/Schorck, in: Schumann/Mosbacher/König, Medienstrafrecht, 1. Aufl. (2023), § 185 Rn. 66.

12 Rüchardt, JA 2017, 514 (517); Busche, JA 2022, 925 (928).

13 BVerfG NJW 2002, S. 3767 (3768); Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 185 Rn. 8a; Christoph, JuS 2016, 599 (600).

14 BVerfG NJW 2022, 680 (682) – Künast; Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, 6. Aufl. (2023), § 185 Rn. 17.

15 BVerfG NJW 2022, 680 (682) – Künast; Schertz, ZUM 2022, 857 (858 f.).

16 BVerfG NJW 2020, 2622 (2626); BVerfG NJW 2022, 680 (682 f.) – Künast; BVerfG NJW 2022, 1931 (1933); BayObLG BeckRS 2022, 5884.

17 BVerfG NJW 1998, 1386; OLG Hamburg BeckRS 2018, 8374 – Böhmermann.

ist, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden, indem Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammenwirken; im Vordergrund des künstlerischen Werkes steht nicht primär die Mitteilung, sondern der Ausdruck, nämlich der unmittelbare Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers und seines inneren Erlebens.¹⁸ Zweifel am Vorliegen von Kunst sind bei einem Auftritt allerdings schon dann angebracht, wenn bereits die Gestaltung und die schlichte Machart deutlich machen, dass mit dem Auftritt kein Anerbieten von Kunst bezweckt ist, sondern vielmehr eine Stellungnahme im öffentlichen Meinungskampf, die keinen Anspruch darauf erhebt, das Geschehen und seine Verarbeitung auf eine höhere Ebene zu heben.¹⁹

Jedenfalls hat TK bereits den objektiven Tatbestand des § 185 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

b) Zwischenergebnis/Fortsetzung als Hilfgutachten

TK hat sich somit nicht wegen einer gegen Personen des politischen Lebens gerichteten Beleidigung iSd §§ 185 Abs. 1, 188 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Die Prüfung ist getreu des Bearbeitervermerks gleichwohl hilfgutachterlich fortzusetzen.

Hinweis:

Es existieren keine festen Regeln der Klausurtechnik, wie ein Hilfgutachten auf- und einzubauen ist.²⁰ Eher üblich ist wohl der Beginn einer komplett neuen Prüfung. Vorliegend erfolgt das Hilfgutachten aber in der Variante als inzidente Fortführung des Gutachtens, da auch noch an anderer Stelle ein erhebliches Problem besteht.

c) Fortsetzung objektiver Tatbestand des § 185 Abs. 1 StGB

Sofern der Beleidigungsaspekt dennoch bejaht würde, müsste immer noch ein kausaler Beleidigungserfolg vorliegen. Dies setzt die Kenntnisnahme und das Verständnis der ehrverletzenden Äußerung durch den Beleidigten oder einen Dritten voraus.²¹ Vorliegend konnten die User das einschlägige Video mit der Bewertung von AB als „die nigerianische Scheißhausexpertin“ und weitere perpetuierende Videos auf dem YouTube-Kanal von TK wahrnehmen und als abschätziges Werturteil über AB und ihre Amtsausübung als Bundesaußenministerin verstehen.

Damit lägen die weiteren Voraussetzungen des objektiven Tatbestands des § 185 Abs. 1 StGB vor.

2. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht müsste TK ferner Vorsatz hinsichtlich der Beleidigung iSd § 185 Abs. 1 StGB aufweisen. Bedingter Vorsatz ist dabei ausreichend.²² Angesichts der regelmäßig äußerst polemisch zugespitzten Beiträge von TK – oftmals sehr nah an den Strafbarkeiten iSd §§ 130, 185 ff. StGB – muss davon ausgegangen werden, dass er mitunter auch eine Beleidigung iSd § 185 Abs. 1

StGB billigend in Kauf genommen hat und nimmt.

Damit läge auch der subjektive Tatbestand des § 185 Abs. 1 StGB vor.

3. Zwischenergebnis

TK hat aus den bereits vorbezeichneten Gründen (nur) den objektiven Tatbestand des § 185 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

II. Qualifikation, § 188 Abs. 1 StGB

Weiterhin müsste die Qualifikation des § 188 Abs. 1 StGB vorliegen, damit die Beleidigung iSd § 185 Abs. 1 StGB auch als eine gegen eine Person des politischen Lebens gerichtete Beleidigung aufgefasst werden kann. Dabei müsste die Qualifikation objektiv und subjektiv verwirklicht worden sein.

1. Objektives Vorliegen der Qualifikation

Zunächst müsste die Qualifikation objektiv einschlägig sein.

Voraussetzung dafür wäre, dass der von § 188 Abs. 1 StGB geschützte Personenkreis von der einschlägigen Tathandlung betroffen ist. Von § 188 Abs. 1 StGB geschützt werden im politischen Leben des Volkes stehende Personen. Dazu zählen jedenfalls auch Mitglieder der Bundesregierung.²³ AB ist als Bundesaußenministerin auch Mitglied der Bundesregierung, so dass der geschützte Personenkreis betroffen ist.

Fraglich ist ferner die Tathandlung. Dies setzt eine Beleidigungstat iSd § 185 StGB voraus, welche öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts aus Beweggründen begangen wurde, die mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben zusammenhängt, wobei die Tat auch abstrakt geeignet sein muss, das öffentliche Wirken des Beleidigten erheblich zu erschweren.

Eine Beleidigungstat iSd § 185 Abs. 1 StGB (und damit auch iSd § 185 StGB) konnte zumindest hilfgutachterlich festgestellt werden.

Diese Beleidigungstat könnte öffentlich begangen worden sein. Öffentlich wird eine Äußerung dann begangen, wenn die Äußerung von einem größeren, nach Zahl und Zusammenhang nicht bestimmbar Personenkreis zur Kenntnis genommen werden kann, insbesondere umfasst dies Aktivitäten in sozialen Medien.²⁴ YouTube-Videos stellen auch derartige Aktivitäten dar. Somit wurde die angenommene Beleidigungstat auch öffentlich begangen.

Die Beleidigungstat müsste ferner mit der Stellung des Politikers zusammenhängen. Wenn AB nicht Außenministerin wäre, hätte es den kommentierten Videoclip in der Form nicht gegeben, da es dort um eine dienstliche Äußerung von AB geht. Die daraus folgende Bewertung durch TK als „die nigerianische Scheißhausexpertin“ hängt somit jedenfalls mit der Stellung von AB als Außenministerin bzw. Politikerin zusammen.

Schließlich müsste noch eine abstrakte Eignung dahingehend bestehen, das öffentliche Wirken des Betroffenen erheblich zu erschweren. Dabei genügt es, dass die Äußerung geeignet ist, das politische Wirken des Opfers zu erschweren, ein tatsächlicher

¹⁸ BVerfG NJW 1985, 261 (262); OLG Hamburg BeckRS 2018, 8374 – Böhmermann.

¹⁹ Vgl. OLG Hamburg BeckRS 2018, 8374 – Böhmermann; *Bethge*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), § 185 Rn. 186.

²⁰ Vgl. *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. (2015), S. 124; *Weitner/Schuster*, JA 2014, 612 (617); *Bayerbach*, JA 2014, 813 (818).

²¹ *Kargl*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger*, StGB, 6. Aufl. (2023), § 185 Rn. 3 f.; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 30. Aufl. (2023), § 185 Rn. 7.

²² *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 185 Rn. 36; *Zaczyk*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 185 Rn. 15.

²³ OLG Düsseldorf NJW 1983, 1211 (1212); *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 188 Rn. 4; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 30. Aufl. (2023), § 188 Rn. 2.

²⁴ *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. (2020), § 186 Rn. 15; *Regge/Pegel*, in: *MüKo-StGB*, 4. Aufl. (2021), § 186 Rn. 34.

Vertrauensverlust ist nicht erforderlich.²⁵ Streitig ist dabei aber, ob es zur Beurteilung der Eignung nur auf den konkreten Inhalt der Äußerung ankommt²⁶ oder ob weitere Umstände wie die Glaubwürdigkeit des Täters, die Größe des erreichten Personenkreises und die Art der Verbreitung beachtet werden müssen²⁷. Dazu ist anzumerken, dass die Strafbarkeit nach der zweitgenannten Ansicht gerade bei potenziellen Straftaten im Internet von vorab nicht kalkulierbaren Umständen (wie viele User haben das Video gesehen?, wie viele Kommentare gibt es?) abhängen würde, was ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit bedeutet. Gerade bei abstrakten Gefährdungsdelikten wie vorliegend dürfen die Anforderungen an die jeweilige Eignung nicht überspannt werden, sonst würde der Tatbestand zu einem konkreten Gefährdungsdelikt umgedeutet. Vorzugswürdig erscheint daher eine Auslegung der betreffenden Eignung dahingehend, ob die Gefahr besteht, dass ein vernünftiger, durchschnittlicher Bürger durch die Äußerung ernsthaft an der Integrität oder Lauterkeit der politischen Person zweifeln oder das politische Wirken der Person in Frage stellen würde.²⁸ Daran gemessen ist die Äußerung von TK, welche AB als „die nigerianische Scheißhausexpertin“ kennzeichnet, abstrakt nicht geeignet, ihr öffentliches Wirken erheblich zu erschweren. Dafür ist der Gehalt schließlich viel zu banal und trivial.

2. Zwischenergebnis/Fortsetzung als Hilfsgutachten

Die Strafbarkeit von TK wegen einer gegen Personen des politischen Lebens gerichteten Beleidigung iSd §§ 185 Abs. 1, 188 Abs. 1 StGB scheidet also nicht nur bereits im Rahmen des objektiven Tatbestands des Grundtatbestands § 185 Abs. 1 StGB, sondern auch beim objektiven Vorliegen der Qualifikation des § 188 Abs. 1 StGB.

Erneut ist das Gutachten dann hilfsgutachterlich fortzusetzen.

3. Subjektives Vorliegen der Qualifikation

Die Qualifikation des § 188 Abs. 1 StGB müsste ferner auch subjektiv einschlägig sein. Dies betrifft einerseits die vorsätzliche Begehung des Grunddelikts der Beleidigung iSd § 185 Abs. 1 StGB wie auch der objektiven Qualifikationsmerkmale aus § 188 Abs. 1 StGB, andererseits muss der Täter aus Beweggründen handeln, welche mit der öffentlichen Stellung des Opfers zusammenhängen.²⁹ Letzteres ist schon ohne ein erforderliches Vorliegen irgendeiner Schädigungsabsicht dann gegeben, wenn die Tat begangen wird, weil sich der Täter von der herausragenden Stellung des Opfers einen erhöhten Absatz seines Erzeugnisses oder höhere Einschaltquoten verspricht.³⁰ Vorliegend sind die Videos von TK schon mit Bildern zur Person des besprochenen Hauptthemas versehen, vorliegend also von AB. Dies erfolgt erkennbar, um höhere Klickzahlen zu generieren. Da diese Personen gerade deshalb interessant sind, da sie Personen des öffentlichen Lebens sind, liegen auch Beweggründe vor, welche mit der öffentlichen Stellung des Opfers zusammenhängen. Auch im Übrigen liegen die subjektiven Merkmale vor.

Somit ist die Qualifikation des § 188 Abs. 1 StGB subjektiv zu bejahen.

4. Zwischenergebnis

TK hat aus den bereits vorbezeichneten Gründen (nur) objektiv die Qualifikation des § 188 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

B) Rechtswidrigkeit

Das Handeln von TK wäre auch rechtswidrig. Insbesondere ergibt sich nicht, warum sein Handeln wegen Wahrnehmung berechtigter Interessen iSd § 193 StGB gerechtfertigt sein sollte.

C) Schuld

TK hätte auch schuldhaft gehandelt.

D) Strafantrag

Laut Bearbeitervermerk sind etwaig erforderliche Strafanträge gestellt worden.

Anders als bei § 185 Abs. 1 StGB wird die Tat des §§ 185 Abs. 1, 188 Abs. 1 StGB jedoch nicht nur auf Antrag (§ 194 Abs. 1 Satz 1 StGB) verfolgt. Die Systematik sieht dann iSd § 194 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 StGB vielmehr so aus, dass die Tat auch dann verfolgt wird, wenn die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält, wobei der Verletzte der Verfolgung widersprechen kann.

E) Ergebnis

TK hat sich im Ergebnis nicht wegen einer gegen Personen des politischen Lebens gerichteten Beleidigung iSd §§ 185 Abs. 1, 188 Abs. 1, StGB strafbar gemacht.

Hierfür fehlt es im objektiven Tatbestand des Grunddelikts der Beleidigung iSd § 185 Abs. 1 StGB an der Tathandlung der Beleidigung und bei der Qualifikation iSd § 188 Abs. 1 StGB am objektiven Merkmal der abstrakten Eignung dahingehend, das öffentliche Wirken des Betroffenen erheblich zu erschweren.

Abschließende Hinweise für Studierende:

Der neugefasste § 188 StGB, welcher 2021 um Beleidigungen iSd § 185 Abs. 1 StGB erweitert wurde, mutiert derzeit zum echten Problem und trägt zur Überlastung der Justiz bei. Die Absicht des Gesetzes gegen Rechtsextremismus und Hasskriminalität, das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Politikern sowie den politischen Diskurs in der demokratischen und pluralistischen Gesellschaftsordnung gegen verrohende Angriffe aus dem Internet besser schützen zu wollen³¹, war natürlich eine gute. Allerdings wird nun leider das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. Derzeit sammelt das Bundesjustizministerium fleißig Vorgänge aus dem Internet zusammen – darunter viele Beiträge aus dem Spektrum der Politsatire – und leitet diese Vorgänge an die einzelnen Staatsanwaltschaften am Wohnsitz des jeweiligen Erstellers weiter. Diese trauen sich in der Regel nicht, derart von oben zugeleitete Vorgänge nur zu sichten und Ermittlungen bzw. eine Anklage zu unterlassen. Auch bei Richtern besteht in der Folge ein gewisser faktischer Anklagezulassungs- und Verurteilungsdruck. Rechtspolitisch wäre zu fordern, dass zumindest § 194 StGB in einer Weise geändert wird, dass auch Taten nach § 188 StGB nur auf Antrag des Verletzten verfolgt werden. Wer sich also als Politiker beleidigt fühlt, soll einen Strafantrag stellen, der Automatismus des Tätigwerdens der Strafverfolgungsbehörden im Zusammenhang mit § 188 StGB

²⁵ Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 188 Rn. 11; Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), § 188 Rn. 3a.

²⁶ BGH NJW 1954, 649; BGH BeckRS 1981, 31107343

²⁷ Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 188 Rn. 6; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 188 Rn. 9; Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), § 188 Rn. 3a.

²⁸ Vgl. nun AG Schwetzingen BeckRS 2023, 15390.

²⁹ Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, 6. Aufl. (2023), § 188 Rn. 16; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 185 Rn. 7.

³⁰ Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 188 Rn. 7; Zaczyk, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 188 Rn. 8.

³¹ BT-Drs. 19/17741 v. 10. 3. 2020, S. 1.

muss jedoch schnellstens wieder aufhören, auch um schweres Unrecht zu verhindern. In der derzeitigen Form droht § 188 StGB schließlich zum Kampfmittel der jeweils Regierenden zu werden, mit dem auch politisch berechtigte und von der Meinungsfreiheit gestattete Kritik umfassend verhindert wird. Das gesetzgeberische Ziel der Aufrechterhaltung des politischen Diskurses und der Meinungsvielfalt droht damit leider in das Gegenteil verkehrt zu werden. Es kann jedenfalls nicht wünschenswert sein, dass nur noch seichte Politsatire in den öffentlich-rechtlichen Medien mit Sendungen wie der heute Show, extra3 oder Der Anstalt zulässig ist, jedwede politische Satire im Internet aber sofort strafrechtlich verfolgt wird. Dann hätte man der Meinungspluralität einen Bärendienst erwiesen.

► **Inhaltsverzeichnis**



Fallbearbeitung - Öffentliches Recht

Prof. Dr. Claudius Petzold

„Menschelndes im Berufungsverfahren“

Assessorexamensklausur



Claudius Petzold | Arbeitet als Deutscher Rechtsanwalt Counsel in der Rechtsanwaltskanzlei Washington Group & Associates in Taipei. Zuvor lehrte er an verschiedenen taiwanischen Universitäten Wirtschaftsdeutsch und Recht

E-Mail-Kontakt: ▶ claudius.petzold@wglaw.com.tw

Vorbemerkungen

Die Bearbeitung der Klausur erfordert Kenntnisse im allgemeinen Verwaltungsrecht und solide Rechtsanwendungskenntnisse, auch wenn sie in einem unbekanntem Rechtsgebiet eingebettet sind. Er gibt auch einen Einblick in die schwierigen Berufungsverfahren an den Universitäten für die Referendare, die mit den Gedanken an eine universitäre Laufbahn spielen.

Aktenauszug

Prof. Anselm Hannich
Albrechtsweg 3
24105 Kiel

Rechtsanwalt Kimmlich
Manichstraße 15
24105 Kiel

Kiel, 15. März 2023

Verfahrensfehler meiner Universität

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt Kimmlich,

erneut benötige ich Ihre Unterstützung, dieses Mal in einem Berufungsverfahren.

Aufgrund meiner erfolgreichen Tätigkeit sitze ich nunmehr dem Berufungsausschuss vor. Da die Dekanin in zwei Monaten in Ruhestand geht und ich dann an der Reihe bin, hat sie mich um Übernahme dieses Ehrenamtes gebeten, seitens der anderen Beteiligten bestand Einverständnis.

Die Stelle wurde angemessen ausgeschrieben, ich habe Ihnen die Ausschreibung sowie weitere Dokumente als Anlagen beigefügt. Für die Stelle haben sich überraschend 15 Bewerber entschieden. Anhand der Kriterien konnten wir bereits 9 Kandidat:innen aussieben, erstaunlich, wer heutzutage meint, eine Professur übernehmen zu können. Diese sechs Kandidat:innen waren aber nicht alle geeignet.

Alle sechs Kandidat:innen haben dann jeweils einen fachbezogenen Vortrag und eine Lehrprobe gehalten.

Zu meinem großen Erstaunen hat der Berufungsausschuss doch wirklich die Kandidatin Dr. Bloch ausgewählt und dafür einen anderen Kandidaten, Dr. Renner in den Vorschlag aufgenommen. Es ist völlig absurd, ich habe Ihnen meine Stellungnahme an den Berufungsausschuss beigefügt. Der Fakultätskonvent hat bereits statt gefunden und meine Bedenken nicht für ernst genommen. Nunmehr ist der Vorschlag an das Präsidium

weiter geleitet worden. Können Sie mir bitte die Rechtslage erörtern?

Was droht denn eigentlich, wenn wir die Kandidatin Bloch übergehen? Sie hat doch gar keinen Anspruch auf eine Berufung als Professorin, ich befürchte die Kollegen werden einfach alles ignorieren und den anderen Kollegen in ihrer Chuzpe berufen. Was kann ich jetzt noch unternehmen? Man hat mich hingewiesen, dass ich nicht rechtzeitig ein Sondervotum eingelegt habe. Letztere stimmt sogar, ich war zu sehr geschockt.

Mit freundlichen Grüßen

Hannich

Prof. Hannich

Anlage 1: Stellenausschreibung



An der **Fakultät** für Kommunikationswissenschaften ist zum 1. Oktober 2023 eine

Professur (W 3) für Kommunikationswissenschaft mit dem Schwerpunkt Medienrezeption und Medienwirkungen

zu besetzen.

Die Professur soll sich in Forschung und Lehre intensiv mit Fragen der Mediennutzungsforschung beschäftigen. Ein besonderer thematischer Fokus auf die Perspektive der handlungstheoretisch orientierten Rezeptionsforschung ist wünschenswert. Ein besonderes Interesse an der Entwicklung innovativer Forschungsmethoden wird vorausgesetzt. Die Bedingungen digitaler Medienumgebungen sollen theoretisch und methodisch besondere Berücksichtigung finden.

Die zu berufende Person soll auf dem Gebiet der Mediennutzungsforschung hervorragend ausgewiesen und international vernetzt sein. Erwünscht ist die Bereitschaft zum gesellschaftlichen Wissenstransfer. In der Lehre wirkt die künftige Stelleninhaberin (m/w/d) an allen an der Fakultät angebotenen Studiengängen mit. Ein hohe Bereitschaft zur Beteiligung an der Weiterentwicklung von Forschung und Lehre an der Fakultät werden vorausgesetzt. Der Umfang der Lehrverpflichtung beträgt 8 h.

Die Universität X möchte eine hervorragend ausgewiesene Forscherpersönlichkeit gewinnen, die ihre wissenschaftliche Qualifikation im Anschluss an eine überdurchschnittliche Habilitation und/oder durch eine besondere Befähigung durch international sichtbare, exzellente Leistungen in Forschung und Lehre nachgewiesen hat.

Die Universität X strebt eine Erhöhung des Anteils der Frauen in Forschung und Lehre an und bittet deshalb Wissenschaftlerinnen nachdrücklich, sich zu bewerben.

Schwerbehinderte werden bei ansonsten im Wesentlichen gleicher Eignung bevorzugt.

Bewerbungen mit den üblichen Unterlagen (Lebenslauf, Zeugnisse, Urkunden, Schriftenverzeichnis) sind bis zum 11. April 2022 an die Dekanin der Fakultät für Kommunikationswissenschaften, Universität X, 24105 Kiel, zu richten.

Anlage 2: Auswahlkriterien¹

Kriterium Forschung (30%)

- ▶ Habilitationsschrift
- ▶ Anzahl der (peer-review) Publikationen
- ▶ Wissenschaftspreise/Auszeichnungen
- ▶ Volumen bisher eingeworbener Drittmittel
- ▶ Nationale und internationale Vernetzung
- ▶ Nachwuchsförderung
- ▶ Qualität der vorgelegten Forschungskonzeption
- ▶ Qualität des Forschungsvortrags
- ▶ Erfahrungen: Transfer von Forschungsergebnissen in die Öffentlichkeit

Kriterium Lehre (20%)

- ▶ Lehrbücher; Kapitel in Lehrbüchern
- ▶ Breite der Lehrerfahrungen
- ▶ Lehrevaluationen
- ▶ Qualität des lehrdidaktischen Konzepts
- ▶ Qualität des Lehrvortrags

Kriterium Fachpolitische Tätigkeiten (15%)

- ▶ Herausgeberschaften bei Zeitschriften
- ▶ Gutachtertätigkeiten
- ▶ Ehrenämter in Fachgesellschaften

Kriterium Überfachliche Kompetenzen (5%)

- ▶ Führungskompetenz
- ▶ Organisations- und Managementkompetenzen
- ▶ Kommunikationskompetenz
- ▶ Strategisches Denken
- ▶ Kooperative Grundhaltung/Verträglichkeit
- ▶ Durchsetzungsstärke

Kriterium Passung (20%)

- ▶ Passung des Forschungsprofils zum berufenden Institut
- ▶ Passung des Lehrprofils auf die Stellenanforderung
- ▶ Passung des Forschungsprofils zu eigenen Forschungsthemen

Weitere Kriterien (10%)

- ▶ Berücksichtigung von Chancengleichheit unter Aspekten von Geschlecht und anderen Gruppenmerkmalen
- ▶ Dauer von Promotion/Habilitation
- ▶ Elternschaft/Kinder als Nachweis von Belastbarkeit und Kompetenz

¹ Die Kriterien sind folgender Forschung entlehnt: *Abele-Brehm/Bühner*, PsychRS 2016, 250 ff.

Anlage 3: Auswahlprotokoll für Kandidatin Dr. Bloch

Forschung: Die Habilitationsschrift zum Thema Kommunikatorforschung entwickelt kaum neue Ansätze, auch wenn sie wissenschaftliche Standards einhält. Die Kandidatin Dr. Bloch hat in den letzten fünf Jahren zahlreiche Veröffentlichungen in Journalen zum Thema Kommunikatorforschung erreicht, davon sechs im sogen. peer review bei anerkannten Fachzeitschriften. Zum Thema Mediennutzungsforschung gibt es nur eine Veröffentlichung als einen zwanzigseitigen Artikel allgemeiner Natur in einem Fachbuch. Zu Wissenschaftspreisen, Drittmittel und Internationaler Vernetzung fehlen Angaben. Die vorgelegte Forschungskonzeption ist in sich stimmig, der Zeitrahmen nachvollziehbar. Ihr gelingt es aber nicht, moderne Impulse für die Forschung zu setzen. Der Forschungsvortrag Kommunikatorforschung war sachlich, gut aufgebaut, auch

hier allgemeiner Natur und ohne Impulse. Es gelang ihr nicht, Leidenschaft für die Zuhörer zu entwickeln, es wurde viel abgelesen. Auf Prof. Klaus tiefgehendere Fragen zum Thema konnte sie keine zufriedenstellende Antworten geben. Dr. Bloch gibt gelegentlich Interviews in lokalen Zeitungen. (**Gewichtung: 15 von 30%**)

Lehre: Dr. Bloch wurde für die neue Ausgabe des Handbuchs Kommunikatorforschung als Co-Autorin gewonnen (geplante Fertigstellung 2024), für die wesentliche Vorarbeiten angefertigt worden. Daher ist es jetzt nicht einzubeziehen. Ihre Stärke liegt in der Lehre, sie hat bereits als Doktorantin Lehrveranstaltungen gehalten. Ihre hervorragenden Evaluationen zeigen ihr Engagement für die Studierenden. Konzept und Lehrvortrag waren überzeugend, letzterer lebendig. (**Gewichtung: 15 von 20%**)

Fachpolitische Tätigkeiten: Bisher konnte die Kandidatin nur zwei Gutachtertätigkeiten nachweisen. (**Gewichtung: 3 von 15%**)

Überfachliche Kompetenzen: Da Erstbewerbung, keine Angaben möglich. Die Kandidatin tritt höflich-selbstbewusst auf. (**Gewichtung: 2 von 5%**)

Passung: Forschungsprofil: keine. Lehrprofil: In der Breite gut, für Kommunikatorforschung fehlt die eigene Forschung, besonders bei der Master- und Doktorandenbetreuung. (**Gewichtung: 12 von 20%**)

Weitere Kriterien: Nicht erkennbar. Dauer der Promotion und Habilitation im üblichen Rahmen. Es wird eine andere Bewerberin bevorzugt, sodass Gleichstellung nicht betroffen. Keine Zusatzbelastungen durch Familie. (**Gewichtung: 5 von 20%**)

Gesamtgewichtung: 52% von 100%

Anlage 4: Stellungnahme an den Berufungsausschuss

Prof. Anselm Hannich
Albrechtsweg 3
24105 Kiel

Stellungnahme für den Berufungsausschuss

Liebe Kollegen,

nach der heutigen heftigen Diskussion möchte ich meiner Überraschung über die Sitzung und die Protokolle Ausdruck verleihen. Ich befürchte, dass wir mit diesem Verfahren dem Ansehen der Universität, aber auch der Weiterentwicklung unserer Fakultät erheblich schaden. Es ist für mich absolut unverständlich, dass die Kollegin Dr. Bloch nicht dem Berufungsausschuss empfohlen wird.

Wie ich zu Beginn schon immer wieder deutlich gemacht habe, ist die Ausschreibung nicht wirklich gelungen, wir haben damals einfach vergessen, den Schwerpunkt auf die Lehre zu legen. Nur mit ausreichender Lehre gewinnen wir begabte Studierende. Deswegen sind die Auswahlkriterien auch nicht sinnvoll.

Kollegin Dr. Bloch hat eine hervorragende Lehrbefähigung, wie es auch im Protokoll anerkannt wird, diese Lehrbefähigung muss in dem Ausnahmefall doch viel höher gewichtet werden. Der bedeutende Unterschied zu bisherigen Berufungen ist doch, dass wir erstmals eine Kollegin haben, die mit den Studierenden derart gut umgehen kann. Wir brauchen moderne didaktische Erfahrungen, die vielleicht uns älteren Kollegen abgehen.

Das ganze Verfahren ist doch unzureichend. Die Protokollierung der Sitzung, insbesondere das Auswahlprotokoll der Kollegin Bloch ist viel zu kurz, wir müssten da viel mehr schreiben. So sollte nicht nur eine Kurzzusammenfassung des Inhalts erfolgen, sondern das Protokoll müsste den gesamten Inhalt wiedergeben.

Ich kann kaum nachvollziehen, warum dagegen der Kollege Dr. Renner in den Berufungsvorschlag genommen wurde. Er hat eine wenig inspirierende Lehrveranstaltung „ohne Biss“ gehalten. Sein wissenschaftlicher Vortrag war dermaßen abgedreht, dass manche Kollegen ihm kaum folgen konnten. Auffällig ist, dass sich

der Kollege dem Gendern als achtsame Kommunikationsform weigert. Es ist heutzutage mittlerweile wissenschaftlicher Standard. Die Studierenden haben zurecht auf diese fehlende Wissenschaftlichkeit hingewiesen.

Ich beziehe mich auf den Konflikt zwischen *Dr. Bloch* und dem Ausschussmitglied *Prof. Dr. Klaus*, den ich auch in der Sitzung erwähnt habe. Aufgrund einer früheren Facebookauseinandersetzung hätte er am Berufungsverfahren nicht teilnehmen dürfen. Prof. Klaus liebt, wie allgemein bekannt, markige Worte, schon weil er einen sehr guten nationalen und internationalen fachlichen Ruf verweisen kann und sehr gut in Gremien vernetzt ist. Auf Facebook kritisierte er vor knapp zwei Jahren wieder einmal harsch einen Kommentar des *Prof. Kern*, der er

„langweilig hermeneutische Forschung basierend auf Sekundär-, Tertiär- und Sachbuchliteratur vorwarf“.

Kandidatin *Dr. Bloch* schrieb darunter folgenden verärgerten Kommentar.

„Dass Sie noch DFG-Vertrauensdozent sind und meinen, einschätzen zu können, was man als EN-Gruppenleiter öffentlich sagen kann, und was nicht, sagen Sie schon zum wiederholten Male. Ich wäre da an Ihrer Stelle vorsichtiger, da es ziemlich nach Zensur und Amtsmissbrauch riecht. Argumentieren Sie doch lieber.“

Prof. Dr. Klaus kündigte darauf rechtliche Schritte an. Mai 2022 äußerte er sich erneut über die Kollegin abfällig als

„Frau Dr. 08/15 mit ihren Schablonendenken“.

In seiner Stellungnahme meinte er, er habe hier völlig berechtigt auf einen Vorwurf der Strafbarkeit reagiert. Ziel war es nur, die Kandidatin an ihre rechtlichen Obliegenheiten zu erinnern. Groll würde er keinen mehr hegen. In Teilen habe er sie auch gut bewertet, nur genügen ihm die wissenschaftlichen Arbeiten vom Umfang her nicht. Er sei gerne bereit, sich für die Drohung zu entschuldigen. Als erfahrener Professor könne er schon Persönliches und Berufliches trennen. Ein Verstoß könne auch geheilt sein, weil seine Stimme bei der absoluten Mehrheit unbeachtlich gewesen sei. Das Sitzungsprotokoll ist hier sehr knapp gehalten.

Mit freundlichen Grüßen

Hannich

Prof. Hannich

Anlage 5: Auszug Stellungnahme der Studierenden S.

Als Vertreterin des AstA bin ich mit dem Vortrag und der Lehrprobe des Herrn *Dr. Renner* nicht einverstanden. Die Lehrprobe war eher im Mittelfeld, beispielsweise war der Vortrag von *Dr. in Bloch* und *Dr. in Maß* viel lebendiger. Besonders stößt mit auf, dass Herr *Dr. Renner* konsequent von Studenten gesprochen hat, ohne eine sensible Sprache zu verwenden. Gleiches gilt für das outdated „man“. Es zeigt seine absolute Unwissenschaftlichkeit bei einem derzeit sehr wichtigen Thema, Gendern und sensible Sprache. Ich denke nicht, dass solche Verhaltensweisen, die einem Forscher widersprechen, den Anforderungen genügen.

Mit freundlichen Grüßen,

Studierende S

Vermerk für die Bearbeitung

Fertigen Sie ein Rechtsgutachten an, in dem Sie die wesentlichen Punkte erörtern, aber auch die Fragen des Herrn Professor Hannich beantworten. Eine Sachverhaltsdarstellung ist erlassen. Fertigen Sie ein Anschreiben mit einer kurzen Zusammenfassung Ihres Gutachtens. Wenden Sie dabei die Satzung zur Durchführung von Berufungsverfahren an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel an.¹ Die externen Gutachten bestätigen die Bewertung der Kandidatin Dr. Bloch.

Eine sog. Konkurrentenmitteilung über das erfolgreiche Auswahlverfahren zugunsten eines Bewerbers an die anderen Bewerber, die nicht ernannt wurden, ist bisher noch nicht erfolgt (§ 13 Abs. 3 S. 3 Satzung).

Hinweis

Oft werden Sie für Ihren Mandanten ein Gutachten anfertigen. Sollte dies länger sein, empfiehlt sich im Anschreiben eine kurze Zusammenfassung, bei der Sie aber besonders auf Risiken hinweisen müssen. Mandanten machen sich nicht unbedingt die Mühe, alles zu lesen. Sie müssen bei Gutachten im Referendariat nicht den strikten Gutachtenstil einhalten. Es genügt, bei wirklich problematischen Rechtsfragen. In Anwaltsklausuren (und in der Praxis noch mehr) sind die Fragen des Mandanten immer zu beachten, selbst wenn sie nicht relevant sind.

¹ <https://www.berufungen.uni-kiel.de/de/dateien/oeffentl.-dateien/satzung-zur-durchfuehrung-von-berufungsverfahren/view>

Gliederung

A) Gutachten

I. Sachverhalt

II. Rechtliche Würdigung

1. Allgemein
2. Verfahrensverstöße
 - a) Befangenheit
 - aa) Besorgnis der Befangenheit
 - bb) Zeitablauf
 - cc) Rechtsfolgen
 - b) Fehlerhafte Dokumentation
 - c) Nichtberücksichtigung des Studierendenvorschlags
3. Sachwidrigkeit der Auswahlentscheidung
 - a) Fehlerhafte fachliche Ausrichtung der Ausschreibung
 - b) Fehlerhafte Gewichtung der Kriterien bei Dr. Bloch
 - aa) Geringe Gewichtung der Forschungsleistung
 - bb) Negative Bewertung fehlender Drittmittelwerbung
 - cc) Besondere Berücksichtigung der Lehrqualität

B) Möglichkeiten der Kandidatin Bloch und Verfahrensfragen

I. Sicherungsanordnung nach §123 Abs. 1 1 VwGO

II. Weiteres Verfahren

C) Anschreiben

D) Abschließende Bemerkungen

A) Gutachten

I. Sachverhalt

erlassen

II. Rechtliche Würdigung

1. Allgemein

Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung den gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Jedem Bewerber um ein solches Amt steht damit ein Anspruch auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch). Diese für beamtenrechtliche Konkurrentenstreitverfahren entwickelten Grundsätze gelten auch für hochschulrechtliche Konkurrentenstreitigkeiten zur Besetzung von Professorenstellen in gleicher Weise. Dabei steht der Hochschule grundsätzlich eine besondere, durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verfassungsrechtlich geschützte Beurteilungskompetenz über die Qualifikation eines Bewerbers für eine Hochschullehrerstelle zu. Die Auswahlentscheidung kann daher gerichtlich nur daraufhin überprüft werden, ob sie verfahrensfehlerfrei zustande gekommen ist und ob der Beurteilungsspielraum überschritten ist, etwa weil die Entscheidung ersichtlich auf der Verkennung von Tatsachen oder auf sachfremden Erwägungen beruht.¹

2. Verfahrensverstöße

a) Befangenheit

Das Verfahren könnte wegen der Befangenheit des Ausschussmitglieds Prof. Klaus rechtswidrig sein.

aa) Besorgnis der Befangenheit

Nach § 81a Abs. 1 LVwG hat, wer in einem Verwaltungsverfahren für eine Behörde tätig werden soll, den Leiter der Behörde oder den von diesem Beauftragten zu unterrichten und sich auf dessen Anordnung der Mitwirkung zu enthalten, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen, oder von einer Beteiligten das Vorliegen eines solchen Grundes behauptet wird. Maßstab ist nicht die tatsächliche Befangenheit, sondern eine Besorgnis.² Ein Nachweis ist nicht gefordert, ausreichend ist ein vernünftiger Grund.³

¹ Vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2017, 736 (737).

² Heßhaus, in: Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 60. Ed. (01.10.2020), § 21 Rn. 3; VG Münster, BeckRS 2022, 29293, Rn. 19.

³ Schuler-Harms, in: Schoch/Schneider, VwVfG, 3. Auflage (2022) § 21 Rn. 17.

Es ist nicht auszuschließen, dass Prof. Klaus nicht unparteiisch oder unvoreingenommen entschieden hat. Er und die Kandidatin führten einen Streit auf Facebook über die Forschungsqualitäten eines Dritten, sichtbar für viele Beteiligte. Der unsachlich geführte Streit zwischen der Bewerberin Dr. Bloch und ihm gipfelte in der Ankündigung rechtlicher Schritte.⁴ Daraus ist eine Verärgerung zu erkennen. Die nachträgliche Einlassung, er könne hier differenzieren, ist ungeeignet. Aus der beruflichen Position folgt nicht zwingend eine ausgereifere Persönlichkeit, zumal er dies nicht gegenüber der Bewerberin äußern kann. Außerdem folgt später eine weitere negative Bezeichnung, in denen er seine Geringschätzung mit dem fraglichen Begriff 08/15 zum Ausdruck bringt. Die Bewertung als Schablonendenken indiziert, dass die Forscherin nicht in der Lage zu eigenständigen Leistungen sei, sondern nur Methodik ohne eigene Erkenntnisgewinn anwendet. Auch hierin liegt eine Abwertung.

bb) Zeitablauf

Der längere Zeitablauf vermag die Befangenheit kaum zu erschüttern, zumal eine abwertende Bemerkung erneut Mai 2022 nach einem längeren Zeitraum erfolgte.

cc) Rechtsfolgen

Die Mitwirkung von Prof. Klaus führt zur Fehlerhaftigkeit aller Entscheidungen, weil er die Umstände nicht mitgeteilt hat. Der Mangel ist im Verfahren nicht geheilt worden; er ist auch nicht entsprechend § 115 LVwG Schleswig-Holstein unbeachtlich. Danach kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Es lässt sich nicht verlässlich einschätzen, wie sich die Mitwirkung des persönlich beteiligten Ausschussmitglieds auf die Ergebnisfindung ausgewirkt hat. Es ist völlig offen, zu welchem Ergebnis eine Rekonstruktion des Entscheidungsgangs führen würde, wenn seine Mitwirkung hinweggedacht würde.⁵ Rein rechnerisch mag seine Stimme nicht ausschlaggebend sein, wenn sich eine überwiegende Mehrheit für den anderen Kandidaten entschieden hat. Es sind aber die Dynamiken und persönlichen Einflussnahmen auf die Entscheidungen anderer Mitglieder zu berücksichtigen. Eine besondere Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung ist gerade wegen seiner besonderen persönlichen und fachlichen Stellung nicht auszuschließen. Einige Stimmen setzen in diesen Konstellationen schon den Einfluss aufgrund bloßer Präsenz an.⁶ Das Verfahren ist damit wegen seiner Beteiligung rechtswidrig.

b) Fehlerhafte Dokumentation

Die fehlende Protokollierung (Dokumentation) könnte einen Verfahrensfehler darstellen. § 3 Abs. 13 Satzung enthält nur die allgemeine Verpflichtung zur Protokollierung ohne konkrete Ausgestaltung

Aus Art. 33 Abs. 2 iVm. Art. 19 Abs. 4 GG folgt die Verpflichtung des Dienstherrn, die seiner Entscheidung zugrunde liegenden wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen und dem unterlegenen Bewerber im Wege der Akteneinsicht zugänglich zu machen, um ihm und ggf. dem Gericht eine sachgerechte Kontrolle zu ermöglichen.⁷ Dieser Dokumentation der

tragenden Auswählerwägungen muss zu entnehmen sein, aus welchen Gründen sich der Dienstherr für einen bestimmten Bewerber entschieden hat, regelmäßig also, worauf es beruht, dass er bei ihm einen Eignungsvorsprung gegenüber den anderen Kandidaten sieht. Es gibt keinen zwingenden Mindestinhalt und Begründungstiefe. Die Erwägungen müssen ausreichen, um den beschriebenen Zweck der Dokumentationspflicht zu erfüllen, d.h. eine hinreichende und zumutbare Orientierung hinsichtlich einer etwaigen Inanspruchnahme von Rechtsschutz zu ermöglichen.⁸ Eine wörtliche stenographische Protokollierung ist zur Erfüllung dieser Verpflichtung nicht erforderlich. Das Auswahlprotokoll zu Dr. Bloch nimmt zu jedem Einzelkriterium Stellung, auch wenn es hier keine einzelnen Prozentangaben gibt, sodass diese den Gedankengang nachvollziehen kann. Die Dokumentation entspricht den Anforderungen der Rechtsprechung.

c) Nichtberücksichtigung des Studierendenvorschlags

Die anderslautende Stellungnahme der Studierenden zur Eignung der Bewerber stellt keinen Verfahrensverstoß dar. Nach § 8 Abs. 7 Satzung sind die Studierenden im Fakultätskonvent zu der pädagogischen Eignung der Bewerber zu hören (§ 62 Abs. 5 Satz 3 HSG) und ihre Stellungnahme bei der Abstimmung über den Berufungsvorschlag zu berücksichtigen. Die Studierende nimmt überwiegend zur wissenschaftlichen Eignung des Kandidaten Dr. Renner Stellung, die Lehrbefähigung wird maximal am Rande erwähnt. Gegen letztere Befähigung bestehen weniger Einwände. Zudem muss die Stellungnahme Berücksichtigung finden, wirkt sich aber nicht auf die Gewichtung der Kriterien nachträglich aus.

Hinweis

Es wäre falsch gewesen, sich hier auf eine Diskussion zum Gendern einzulassen, weil es nicht streitentscheidend ist. Springen Sie nicht über jedes Stöckchen, das man Ihnen derart offenkundig hinhält. Es besteht ein hohes Risiko, den Korrektor aufzureizen, weil Sie nicht seine Meinung zum Gendern vertreten.

3. Sachwidrigkeit der Auswahlentscheidung

Die Auswahlentscheidung könnte sachwidrig sein. Dabei ist aber der erhebliche Beurteilungsspielraum zu berücksichtigen, der bei Berufungsverfahren durch Art. 5 Abs. 3 GG verstärkt wird. Die Entscheidung ist nicht auf die inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen, sondern nur ob sachwidrige Kriterien herangezogen worden sind.

a) Fehlerhafte fachliche Ausrichtung der Ausschreibung

Prof. Hannich kann sich nicht auf die fehlerhafte fachliche Ausrichtung der neuen Stelle berufen. Nach § 62 Abs. 1 HSG/§ 2 Abs. 1 - Abs. 3 Satzung prüft und entscheidet das Präsidium, ob und in welcher fachlichen Ausrichtung die Stelle besetzt werden soll. Die betroffenen Fachbereiche sind dabei zu hören. Dem Dienstherrn steht ein weites Organisationsermessen zu, wie die Stelle ausgestaltet wird, das nur auf sachfremde Erwägungen überprüfbar ist.⁹ Sachfremde Erwägungen sind nicht erkennbar. Selbst das Erfordernis der Drittmittelwerbung wird mittlerweile überall praktiziert.¹⁰

4 VG Münster BeckRS 2022, 29293, Rn. 17.

5 Ibid., Rn. 19, es betonte die Stellung als Ausschussvorsitzender.

6 Leder LKV 2005, 431 (434), in anderem Zusammenhang.

7 OVG Münster, BeckRS 2020, 6834 (Rn. 9); BVerfG NJW 2016, 309 (310); BVerfG NVwZ 2007, 1178 (1179).

8 OVG Münster BeckRS 2020, 6834 (Rn. 10).

9 VG Berlin, Beschl. v. 08.09.2020 - 5 L 664.19, Rn. 32; BVerwG BeckRS 2012, 50028 (Rn. 19 f.)

10 Vgl. Abele-Brehm/Bühner, PsychRS 2016, 250 ff.

Hinweis

Die Drittmittelwerbung gehört in einzelnen Fächern zu einem wichtigen Bestandteil der Arbeit. Allerdings könnte man durchaus fragen, welche Forschungs- und Lehrleistung dahintersteckt.

b) Fehlerhafte Gewichtung der Kriterien bei Dr. Bloch**aa) Geringe Gewichtung der Forschungsleistung**

Wegen der fehlenden Berücksichtigung der Lehrerfolge könnte die Auswahlentscheidung fehlerhaft sein. Nach § 3 Abs. 11 S. 2 Satzung haben die vorher festgelegten Auswahlkriterien und ihre Gewichtung für die Besetzung der Professur das ganze Verfahren hindurch Gültigkeit. Neben der Forschungs- ist auch die Lehrleistung zu berücksichtigen. Die Kriterien sind bei allen Kandidatinnen in gleicher Weise anzuwenden und auszulegen. Das wissenschaftliche Werk und das Potential der Bewerberinnen und Bewerber sollen unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Lebens- und Arbeitsphasen bewertet werden. Dabei kann nicht nur abstrakt auf die Forschungsqualität abgestellt werden, sondern auch der bestimmte Forschungsschwerpunkt, wie in der Ausschreibung gefordert, stark berücksichtigt werden.¹¹ Dr. Bloch kann zwar einige Forschungsergebnisse vorweisen, die sich aber nur wenig mit dem ausgeschriebenen Forschungsschwerpunkt Mediennutzung beschäftigen. Ihre einzige Veröffentlichung zum ausgeschriebenen Schwerpunkt ist allgemeiner Natur. Diese Bewertung dürfte kaum angreifbar sein, weil dem Ausschuss und seinen Mitgliedern ein hoher Beurteilungsspielraum zusteht. Zudem folgen die externen Gutachten dieser Bewertung.

bb) Negative Bewertung fehlender Drittmittelwerbung

Nach § 3 Abs. 11 S. 4 Satzung sollen das wissenschaftliche Werk und das Potential der Bewerberinnen und Bewerber unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Lebens- und Arbeitsphasen bewertet werden. Nach Ihren Angaben ist Dr. Bloch noch relativ jung, sodass es an Angaben fehlt. Hier müsste noch geklärt werden, ob die fehlende Anwerbung von Drittmitteln ihr nicht möglich war, also aus der Gewichtung zu entfernen ist.

cc) Besondere Berücksichtigung der Lehrqualität

Die Lehrqualität darf keine höhere Bewertung erhalten. Laut der vorher festgelegten Auswahlkriterien wird die Lehre mit 20% gewichtet, von denen sie 15% erhalten hat. Damit hat der Berufungsausschuss innerhalb des Kriteriums Lehre eine sehr hohe Bewertung vergeben; das Protokoll ist sowohl bei der Beschreibung als auch bei der Prozentuierung sehr positiv. Fragwürdig ist, ob die Lehrbuchveröffentlichung nicht mit einbezogen werden muss. Allerdings wurde die Veröffentlichung nicht fertig gestellt. Eine Ablehnung und Änderung sind noch möglich. Allenfalls sind fertig gestellte und von den Herausgebern in der Endfassung akzeptierte Artikel zu gewichten. Nach dem BVerwG sind nur die bei Antrag eingereichten Veröffentlichungen einzubeziehen, sonst müssten die Bewertungen laufend geändert und die Veröffentlichungspraxis überwacht werden.¹²

Die bisher festgelegte Gewichtung der Auswahlkriterien kann nicht nachträglich zugunsten von Dr. Bloch bzw. zu einer Höhergewichtung der Lehre geändert werden, auch wenn sie die überzeugendste Lehrleistung erbracht hat, vgl. § 3 Abs. 11 S. 2 Satzung.¹³

B) Möglichkeiten der Kandidatin Bloch und Verfahrensfragen

Der Kandidatin Bloch stehen verschiedene Möglichkeiten zu, das Verfahren oder eine Berufung eines anderen Kandidaten anzugreifen.

I. Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO

Frau Dr. Bloch hat derzeit noch nicht die Konkurrentenmitteilung nach § 13 Abs. 3 S. 2 Satzung erhalten. Sobald sie diese erhält, könnte Dr. Bloch einen Antrag auf Freihaltung der Professorenstelle als Sicherungsanordnung gemäß 123 Abs. 1 S. 1 VwGO stellen, bevor Dr. Renner ernannt wird. Gemäß § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Mit der Konkurrentenmitteilung bringt die Verwaltung den vollständigen Abschluss des Verfahrens durch die Bekanntgabe der erfolgreichen Person (und der Ablehnung erfolgloser Bewerber) zum Ausdruck.¹⁴

II. Weiteres Verfahren

Formelle Möglichkeiten nach der Satzung stehen Herrn Prof. Hannich nicht zu. Nach § 8 IV Satzung können die Mitglieder des Berufungsausschusses, die bei der Entscheidung überstimmt worden sind, dessen Berufungsvorschlag ein Sondervotum beifügen. Nach S. 2 muss das Sondervotum in der Sitzung, in der die Abstimmung stattgefunden hat, angemeldet, in seinem wesentlichen Inhalt dargestellt und rechtzeitig schriftlich zur Sitzung des Fakultätskonvents eingereicht werden. Nach § 8 VI Satzung wird über den Besetzungsvorschlag durch den Fakultätskonvent entschieden, an deren Beratungen Sie als Vorsitzender des Berufungsausschusses zu beteiligen waren.

Nach § 10 Abs. 1 Satzung prüft das Präsidium den Berufungsvorschlag insbesondere in rechtlicher Hinsicht. Es muss also zusätzlich und unabhängig Rechtsfragen wie die Unwirksamkeit überprüfen, dies gilt insbesondere für Verfahrensverstöße. Wie benannt, wurde die eventuelle Befangenheit von Prof. Klaus zumindest erwähnt. Er ist jedoch nicht gehindert, das Präsidium erneut über seine Bedenken zu informieren. Das Präsidium darf zwar seine Erklärung nicht mehr einbeziehen, Herr Prof. Hannich kann aber erreichen, dass die Befangenheit besonders berücksichtigt wird.

¹¹ BVerwG, NvWZ-RR 2017, 735 (737 f.); VG Berlin, Beschl. v. 08.09.2020 - 5 L 664.19, Rn. 22 f.

¹² BVerwG, NVwZ-RR 2017, 736 (738).

¹³ Ibid. (737).

¹⁴ Ibid. (738).

C) Anschreiben



RA Kimmlich • Manichstraße 15 • 24105 Kiel
 Prof. Anselm Hannich
 Albrechtsweg 3
 24105 Kiel

Rechtsanwalt Kimmlich

Manichstraße 15 • 24105 Kiel

Telefon: [...]

Telefax: [...]

E-Mail: [...]

Ihr Zeichen: -

Unser Zeichen: [...]

Datum: 21. März 2023

Hier: Berufungsverfahren

Sehr geehrter Herr Prof. Hannich,

vielen Dank für die erneute Mandatierung. In der Anlage erhalten Sie unser Gutachten mit der Bitte um Kenntnisnahme.

Aus meiner Sicht bestehen sehr starke Bedenken wegen der Besorgnis der Befangenheit des Prof. Klaus, die anderen Einwände finden wir weniger durchgreifend. Sie sollten Ihren Fokus auf diese Problematik legen.

Wir schlagen Ihnen vor, dass Sie Ihre Bedenken gegenüber dem Präsidium nochmals schriftlich und wenn möglich persönlich äußern. Zwar steht Ihnen nicht mehr eine verfahrensrechtliche Position zu, aber bei einer geschickten Begründung wird das Präsidium Kenntnis nehmen müssen. Sie könnten am Rande darauf hinweisen, dass eine erneute Stellenausschreibung eine größere Betonung auf die Lehrerfahrung – und Bereitschaft legen sollte. Als Dekan hätten Sie dann im Wiederholungsverfahren einen größeren Einfluss.

Mit freundlichen Grüßen

Kimmlich

RA Kimmlich

D) Abschließende Bemerkungen

Der Fallbearbeitung ist weniger durch die Rechtsprobleme als durch die Menge an Informationen schwierig. Die Bearbeiter mussten gerade die lange Satzung schnell durcharbeiten und die entsprechenden Regelungen finden. Der Unterschied zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum muss geläufig sein. Der Fall ist bezüglich der Befangenheit einem Rechtsstreit vor dem VG Münster, Beck-RS 2022, 29293 entnommen.

► Inhaltsverzeichnis





KÖPFE

GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)
www.tsp-law.com/karriere

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

Rechtsprechung - Zivilrecht

Bundesgerichtshof

Darlegungs- und Beweislast beim Kauf eines gebrauchten Fahrzeugs

Urteil vom 23. September 2022, Az.: V ZR 148/21

Beruft sich der Erwerber eines gebrauchten Fahrzeugs auf den gutgläubigen Erwerb, trägt derjenige, der den guten Glauben in Abrede stellt, die Beweislast dafür, dass der Erwerber sich die Zulassungsbescheinigung Teil II zur Prüfung der Berechtigung des Veräußerers nicht hat vorlegen lassen. Den Erwerber trifft allerdings regelmäßig eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Vorlage und Prüfung der Zulassungsbescheinigung Teil II.

(Amtlicher Leitsatz)

A) Sachverhalt (Vereinfacht)

K kaufte im März 2019 unter Einschaltung eines Vermittlers M ein Fahrzeug von einem Autohaus V, bei dem das Auto stand. Laut Kaufvertrag sollte die Zulassungsbescheinigung Teil II nach Erhalt der Gelangensbestätigung¹ an K übersandt werden. Eigentümerin des Fahrzeugs war aber die E, die das Auto an V verleast hatte und die Zulassungsbescheinigung besitzt.

Nachdem K den Kaufpreis bezahlt hatte, holte der M das Auto bei V ab und brachte es zu K.

Streitig ist, ob dem M eine Fälschung der Zulassungsbescheinigung Teil II vorgelegt wurde, in der V als Halter eingetragen war. Nun verlangt K von E die Herausgabe der Zulassungsbescheinigung, während E die Herausgabe des Fahrzeugs fordert.

B) Die Entscheidung des Senates

Fraglich ist, ob K einen Herausgabeanspruch hinsichtlich der Zulassungsbescheinigung gegen V aus § 985 BGB hat. Voraussetzung ist, dass eine Vindikationslage vorliegt. Dazu müsste E Besitzerin und K Eigentümerin gewesen sein. E dürfte kein Recht zum Besitz zustehen.

I. Besitz

E ist Besitzerin des Fahrzeugbriefs iSd. § 853 Abs. 1 BGB.

II. Eigentum

E war ursprünglich Eigentümerin der Zulassungsbescheinigung Teil II. K könnte aber Eigentümerin des Fahrzeugs und damit auch Eigentümerin an der Zulassungsbescheinigung nach § 952 BGB (analog) geworden sein.

1. Einigung und Übergabe § 929 S. 1 BGB

M wird als von K eingesetzter „Vermittler“ als Stellvertreter und Besitzmittler aufgetreten sein und sich mit (der wohl auch vertretenen) V über die Übergabe geeinigt haben. Eine Übergabe fand bei der Abholung statt.

2. Einigsein zum Zeitpunkt der Übergabe

Auch ein Einigsein zum Zeitpunkt der Übergabe, sprich bei der Abholung, lag wohl vor.

3. Fehlende Berechtigung der Veräußerin

Da E die eigentliche Eigentümerin des Fahrzeugs war und dieses an das Autohaus lediglich verleast hatte ohne entsprechende Ermächtigung zur Eigentumsübertragung, lag keine Berechtigung der Veräußerin V vor.

4. Gutgläubigkeit des Erwerbers zum Zeitpunkt der Übergabe § 932 Abs. 2 BGB

K müsste hinsichtlich des Eigentums des V am Fahrzeug gutgläubig gewesen sein. Dabei muss berücksichtigt werden, dass eine mögliche Bösgläubigkeit des M als Stellvertreter der K zugerechnet werden müsste (§ 166 Abs. 1 BGB).² Das Vorliegen von Bösgläubigkeit ist im vorliegenden Fall streitig. Es kommt auf die Darlegungs- und Beweislast an.

Nach der Rechtsprechung des BGH liegt die Beweislast für fehlenden guten Glauben der K bei der E. Dies wird abgeleitet aus der Formulierung des § 932 Abs. 1 S. 1 BGB, dass der „Erwerber auch dann Eigentümer [werde], wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, **es sei denn**, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist“. Laut BGH hätte der Gesetzgeber die fehlende Gutgläubigkeit im Verkehrsinteresse bewusst als Ausschließungsgrund gestaltet. Demnach müsse

„[d]erjenige, der sich auf den gutgläubigen Erwerb beruft, [...] die Erwerbsvoraussetzungen des § 929 BGB nachweisen, nicht aber seine Gutgläubigkeit“.³

Bedenklich ist hier, dass der Besitz des Fahrzeugs nicht den für den Gutgläubenserwerb erforderlichen Rechtsschein begründet. Der Erwerber muss sich bei gebrauchten Fahrzeugen zur Prüfung der Berechtigung des Veräußerers vielmehr die Zulassungsbescheinigung Teil II vorlegen lassen.⁴ Laut BGH trage aber entgegen einzelner Stimmen aus der Rechtsprechung und dem Schrifttum

„derjenige, der den guten Glauben in Abrede stellt, die Beweislast dafür, dass der Erwerber sich die Zulassungsbescheinigung Teil II [...] zur Prüfung der Berechtigung des Veräußerers nicht hat vorlegen lassen“.⁵

Als Begründung wird angeführt, dass es für den Erwerb nicht auf die Zulassungsbescheinigung Teil II ankäme, da sie weder das Eigentum verbriefe, noch ein Traditionspapier, das die Übergabe des Fahrzeugs ersetzen würde, darstelle. Demnach könne sich das Aushändigen der Zulassungsbescheinigung nur auf den guten Glauben, nicht aber auf sonstige Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs auswirken. Indes trifft die Beweislast auch

² BGH, MDR 2013, 707 (Rn. 12); 2016, 414 (Rn. 20).

³ Vorliegend besprochenes Urteil Rn. 14.

⁴ StRsp. des BGH: WM 2006, 3488 (Rn. 17); MDR 2013, 707 (Rn. 13) mwN.; NJW 2020, 3711 (Rn. 29).

⁵ Vorliegend besprochenes Urteil, Rn. 19; anders: *Oechsler*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2023), § 932 Rn. 55; KG, Beschl. v. 22.05.2014 - 8 U 114/13, Rn. 14.

¹ Mit der Gelangensbestätigung soll sichergestellt werden, dass steuerfreie Lieferungen deutscher Unternehmen in andere EU-Staaten tatsächlich dort angekommen sind.

dahingehend denjenigen, der den Eigentumserwerb bestreitet.⁶

Zu beachten ist aber, dass den Erwerber, der sich auf gutgläubigen Erwerb beruft, regelmäßig eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich Vorlage und Prüfung der Zulassungsbescheinigung Teil II zuzuordnen sei.

Hinweis

Muss eine Partei im Zivilprozess tatsächliche Umstände beweisen, die zu dem ihrem Einblick entzogenen Bereich des Prozessgegners gehören, entstehen für sie erhebliche Beweisprobleme. Daher kann in dem (besonderen) Fall der Gegner dazu verpflichtet sein, dem Beweispflichtigen eine Darlegung durch Angaben über die Wahrnehmungen in seiner Sphäre zu ermöglichen.⁷

Dies sei der Fall, da die primär darlegungsbelastete Partei keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und keine Möglichkeit zur weiteren Sachverhaltsaufklärung hätte, dem Prozessgegner die näheren Angaben aber ohne weiteres möglich und zumutbar seien.⁸ Der den Eigentumserwerb Bestreitende habe regelmäßig keine Kenntnisse von dem Geschehensablauf, weil er an dem Erwerbsvorgang, der zwischen Erwerber und Nichtberechtigtem stattfand, nicht beteiligt war, während dem Erwerber Angaben dazu möglich und zumutbar sind.⁹ Hier trug die K im Rahmen der sekundären Beweislast vor, dass ihrem Vermittler eine hochwertige Fälschung der Zulassungsbescheinigung Teil II vorgehalten wurde, weshalb keine Anhaltspunkte für Verdacht vorgelegen hätten und eine grobe Fahrlässigkeit auszuschließen sei. Nachfolgend hat die beklagte E als Trägerin der primären Beweislast also zu beweisen, dass dem Vermittler die Zulassungsbescheinigung Teil II nicht vorgelegt worden ist. Diesen Gegenbeweis nahm sie nicht vor.

Vorliegend wäre eine Nichtaushändigung der Zulassungsbescheinigung Teil II auch nicht begründend für die Annahme grober Fahrlässigkeit seitens der Klägerin, da eine vorübergehende Nichtaushändigung diese nur rechtfertigt, wenn es an einem plausiblen Grund fehle. Hier könne die Begründung, dass die Gelangensbestätigung übersendet sein muss, mit der bei innergemeinschaftlichen Lieferungen die Umsatzsteuerfreiheit nachgewiesen werden kann, einen plausiblen Grund für eine erst danach erfolgende Aushändigung darstellen.¹⁰

5. Kein Abhandenkommen § 935 BGB

Die Sache dürfte der Eigentümerin E auch nicht nach § 935 Abs. 1 BGB gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sein. Mangels unfreiwilliger Besitzaufgabe des Fahrzeugs seitens der Eigentümerin E aufgrund des Leasings liegt kein Abhandenkommen vor.

III. Gesamtergebnis

Folglich liegt ein gutgläubiger Erwerb des Pkw und analog § 952 BGB an der Zulassungsbescheinigung Teil II seitens K vor. Da E somit keine Eigentümerin mehr ist, liegt keine Vindikationslage vor und ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB entfällt.

Abschließende Hinweise für Studierende

1. Die Entscheidung des BGH weist nicht nur eine hohe Praxis- sondern auch eine sehr hohe Examensrelevanz auf. Die Entscheidung wurde bereits in einem veröffentlichten Urteil des OLG Oldenburg (NJW-RR 2023, 831) zitiert.
2. Die Verteilung der Beweislast in § 932 Abs. 1 S. 2 BGB bietet die Möglichkeit, sich mit den im Referendariat sehr relevanten Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast bereits während des Studiums zu befassen.



Prof. Dr. Felix Buchmann | Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Dornkamp in Stuttgart und Professor für Wirtschaftsprivatrecht an der Hochschule Pforzheim.

E-Mail-Kontakt: ▶ buchmann@dornkamp.de



Stud. iur. Luca Maria Holst | Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Bayreuth und Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei der Kanzlei Dornkamp in Stuttgart.

▶ [Inhaltsverzeichnis](#)

⁶ Vorliegend besprochenes Urteil, Rn. 22.

⁷ Dazu: Anders, in: Anders/Gehle, 81. Auflage (2023), § 138 ZPO Rn. 32

⁸ Vorliegend besprochenes Urteil, Rn. 23 f.

⁹ Vorliegend besprochenes Urteil, Rn. 18.

¹⁰ Vorliegend besprochenes Urteil, Rn. 32.

Rechtsprechung - Strafrecht

Landgericht Itzehoe

Jugendstrafe von zwei Jahren auf Bewährung bei Beihilfe zu 10.505 Fällen des Mordes und fünf Fällen des versuchten Mordes (KZ-Sekretärin)

Urteil vom 20. Dezember 2022, Az.: 3 KLS 315 Js 15865/16 jug.

1. Kann trotz Aufwendung aller angemessenen Sorgfalt nicht festgestellt werden, ob der Heranwachsende zur Tatzeit noch einem Jugendlichen gleichstand, ist im Zweifel Jugendstrafrecht anzuwenden.

2. Bei der Strafzumessung waren zahlreiche Umstände zugunsten der Angeklagten strafmildernd zu berücksichtigen: Ihre reine Gehilfenstellung, ihre bloße Gleichgültigkeit gegenüber den geschehenen Morden, die nationalsozialistische Prägung ihrer Kindheit und Jugend, die ihr entgegengebrachte Wertschätzung in einer verantwortungsvollen Rolle und die deswegen fehlende Möglichkeit des Sichentziehens aus dem Tatgeschehnissen, ihre untergeordnete Rolle in der Befehlskette, der sehr lange straffreie Zeitraum bis zu ihrer Verurteilung, das Annehmen des Gerichtsprozesses und das letztlich gezeigte Bedauern über die im KZ Stutthof begangenen Taten.

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt (stark vereinfacht)

Die bei Tatbegehung 18 und 19 Jahre alte Angeklagte absolvierte 1940/41 eine kaufmännische Privathandelsschule und arbeitete im Anschluss daran bis 1943 als Stenotypistin bei der Zweigstelle einer Bank in Marienburg bei Danzig, wo sie für Kreditkorrespondenz, Registraturverwaltung und teilweise auch Überweisungen zuständig war. Im diesbezüglichen Zeugnis wurde der Angeklagten bescheinigt, dass sie ihre Tätigkeit in der Bank stets mit größter Gewissenhaftigkeit und Korrektheit ausgeführt habe, liebenswürdig, hilfsbereit und eine gute Mitarbeiterin gewesen sei. Nach 1945 führte die Angeklagte ein unauffälliges und straffreies Leben in geordneten Bahnen.

1943 wurde die Bank-Zweigstelle kriegsbedingt geschlossen und die Angeklagte begann in Folge eine Tätigkeit als dienstverpflichtete Stenotypistin im Geschäftszimmer des Kommandanten im nah gelegenen KZ Stutthof. Diese Tätigkeit nahm sie bis zu ihrer Flucht Richtung Westen am 01.04.1945 22 Monate lang wahr. Die Angeklagte war in ihrer Zeit im KZ Stutthof für den Schriftverkehr des Lagerkommandanten zuständig, so dass sie über die sämtlichen Geschehensabläufe des Lagers vollumfänglich informiert war. Auch hatte sie aus den Diensträumen der Kommandantur heraus Einblick in das maßgebliche Tötungsgeschehen und konnte den Geruch verbrennender und verbrannter Leichen wahrnehmen. Zudem führten Gespräche mit dem übrigen KZ-Personal zu einem vollständigen Überblick über die Geschehnisse.

Auch während der Dienstzeit der Angeklagten zwischen dem 01.06.1943 und dem 01.04.1945 ermordete die Lagerleitung im Lager viele tausend Menschen auf verschiedene Art und Weise und versuchte die Ermordung unzähliger weiterer Menschen. Die Mordhandlungen erfolgten dort im Rahmen gezielter Aktionen durch Erschießungen, Giftinjektionen und den Einsatz von Gift-

gas, aber oft auch einfach nur durch die allgemein lebensfeindlichen Lagerbedingungen. Zusätzlich starben Gefangene auch infolge der sog. Todesmärsche im Frühjahr 1945. Nach dem Absetzen in Richtung Westen am 01.04.1945 verblieb die Angeklagte beim Lagerpersonal und setzte ihre Tätigkeit bis Kriegsende in einem anderen KZ in Mecklenburg-Vorpommern fort.

Die Angeklagte unterstützte durch ihre Tätigkeiten in der Funktion der Stenotypistin im Geschäftszimmer des Lagerkommandanten des KZ Stutthof die Lagerleitung bei der Durchführung der dargestellten Haupttaten. In der organisierten, behördengleichen Verwaltungsstruktur des KZ-Systems war die Bearbeitung von Schriftverkehr, welcher zur Organisation und Durchführung der zahlreichen Tötungen – zumindest derer, die nicht auf spontanem, zufälligem oder einzeltem Handeln, sondern auf zahlreichen administrativen Vorgängen und umfangreicher Kommunikation der Beteiligten beruhten – innerhalb dieses Systems zwingend für die Ermöglichung der Tatausführung erforderlich.

Die Angeklagte wusste während ihrer gesamten Tätigkeit im KZ Stutthof, dass die Lagerleitung den Tod einer großen Zahl von Gefangenen herbeiführte, indem diese die Gefangenen unter den herrschenden lebensfeindlichen Bedingungen im Lager festhielt. Sie hielt es dabei mindestens für möglich, dass die Lagerleitung den durch sie verursachten Tod der Gefangenen mindestens billigend in Kauf nahm. Auch erkannte sie, dass die getöteten Menschen aufgrund der Umstände, die zu ihrem Tod führten, erhebliche körperliche und/oder seelische Qualen erlitten und dass dies auch der Lagerleitung bewusst war, sie es aber in gefühlloser und unbarmherziger Gesinnung mindestens hinnahm.

Die Mordhandlungen nahm die Angeklagte billigend in Kauf. Dass sie selbst ein eigenes Interesse daran hatte, konnte die Kammer nicht feststellen. Zwar spricht vieles in ihrem Lebensweg dafür, dass sie sich dem nationalsozialistischen Gedankengut jedenfalls verbunden fühlte, doch wie weit ihre Identifikation mit der Rassenideologie tatsächlich ging und ob sie darauf aufbauend den direkten Willen hatte, als „unwert“ betrachtetes Leben zu töten, ließ sich nicht frei von vernünftigen Zweifeln ermitteln.

Die Angeklagte wusste auch, dass sie mit ihrer Tätigkeit als Stenotypistin im Geschäftszimmer des Lagerkommandanten diesen und das Lagerpersonal bei der Ermordung bzw. versuchten Ermordung der Gefangenen teilweise unmittelbar physisch unterstützte. Sie nahm dies mindestens billigend in Kauf.

B) Die Entscheidung der Kammer

Aus der Dienstzeit der Angeklagten konnten 10.505 Fälle des Mordes und fünf Fällen des versuchten Mordes festgestellt werden, zu denen sie Beihilfe geleistet hat.

I. Täter

Täter der Haupttaten waren entsprechend gefestigter Rechtspre-

chung¹ sowohl die befehlsgebenden Hintermänner wie auch diejenigen, die den Betrieb des Konzentrationslagers mit den dort herrschenden Lebensbedingungen und der Durchführung von Tötungsaktionen aufrecht hielten bis hin zu denjenigen, die unmittelbar die Tötungshandlungen durchführten.

II. Haupttaten

Die Haupttaten sind sämtlich Morde iSd. § 211 StGB bzw. versuchte Morde iSd. §§ 211, 22, 23 Abs. 1 StGB.

1. Grausam

Die Morde etwa durch Giftgas erfolgten grausam. Grausam tötet, wer seinem Opfer bei mit Tötungsvorsatz geführten Handlungen in gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen.² Dies war bei der Tötung mit Giftgas der Fall: Extreme Qualen und Leiden sowohl körperlicher als auch seelischer Natur traten bei den mit Tötungsvorsatz geführten Handlungen auf. In ähnlicher Weise grausam waren auch die allgemein lebensfeindlichen Bedingungen im KZ Stutthof.

2. Heimtücke

Die Kammer hat sich allerdings nicht davon überzeugen können, dass die Tötungen gerade mittels Giftgases zugleich das Mordmerkmal der Heimtücke erfüllten. Heimtückisch handelt ferner, wer in feindlicher Willensrichtung die auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt.³ Wesentlich ist, dass der Mörder sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs. Die Kammer geht nach den getroffenen Feststellungen jedoch schon nicht davon aus, dass die Menschen, die in Stutthof entkleidet in die Gaskammer gedrängt wurden, arglos in diesem Sinne waren.

III. Beihilfe

Die Angeklagte hat iSd. § 27 Abs. 1 StGB Beihilfe zu den festgestellten Haupttaten geleistet.

Hilfeleisten iSd. § 27 Abs. 1 StGB ist nach allgemeinen Maßstäben grundsätzlich jede Handlung, die die Herbeiführung des Taterfolgs durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert, kausale Erfolge daraus sind nicht erforderlich. Insoweit leistete die Angeklagte zu den Haupttaten, bezüglich derer sie tatbezogenen Schriftverkehr bearbeitete, jeweils physisch Beihilfe. Voraussetzung für einen Mordbetrieb wie im KZ Stutthof waren jedenfalls willige und gehorsame Untergebene, die jederzeit an den unterschiedlichsten Funktionen innerhalb der organisierten Tötungsabläufe eingesetzt werden konnten und sich einsatzbereit hielten. Diese höchstrichterliche Rechtsprechung⁴ wurde zwar in Bezug auf SS-Wachposten in Konzentrationslagern entwickelt, lässt sich aber übertragen bzw. gilt umso mehr für

den vorliegenden Fall der Stenotypistin im Geschäftszimmer des Lagerkommandanten. Als Stenotypistin im Geschäftszimmer des Lagerkommandanten war sie nämlich anders als anonyme Wachposten unmittelbar an der Spitze der Befehlskette in unterstützender Funktion tätig. Das vorhandene Maß an Vertrauen in die Verlässlichkeit der Angeklagten und die Beständigkeit ihrer Tätigkeit bestärkte die Lagerleitung im Tatzeitraum konstant in der Tatausführung, da sie wusste, mit der Angeklagten in zentraler Position eine Untergebene an ihrer Seite zu haben, die stets zuverlässig und gehorsam die erteilten Befehle ausführen und in ihrem Tätigkeitsbereich die zur Umsetzung des Tatplans notwendigen Hilfsarbeiten ausführen würde.

Die Angeklagte handelte dabei iSv Dolus Eventualis vorsätzlich bezüglich der Verwirklichung der Haupttaten, des Vorsatzes der Haupttäter und ihres eigenen tatfördernden Beitrags.

IV. Schuld

Das Handeln der Angeklagten war auch schuldhaft. Denn sie erkannte von Beginn ihrer Tätigkeit an, dass die ihre erteilten Befehle im Rahmen ihrer Diensttätigkeit dazu dienten, die auch von ihr als verbrecherisch erkannte Ermordung von Gefangenen durchzuführen.

Die Angeklagte handelte auch nicht gem. § 17 Abs. 1 StGB deshalb ohne Schuld, weil ihr bei ihrer Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, fehlte und sie diesen Irrtum nicht vermeiden konnte, sog. unvermeidbarer Verbotsirrtum. Insoweit ist schon kein Irrtum ihrerseits erkennbar.

Sie handelte auch nicht schuldlos aufgrund des Bestehens eines entschuldigenden Befehlsnotstands. Denn eine abzuwendende Gefahr für die Angeklagte ist nicht ersichtlich. Insbesondere hätte sie ihren Arbeitsplatz jederzeit ohne Konsequenzen verlassen können.

V. Rechtsfolgen

Der Angeklagten war allerdings die Anwendung von Jugendstrafrecht zuzubilligen. Die Strafzumessung innerhalb des dann bestehenden Strafrahmens erfolgte unter Einbeziehung zahlreicher Milderungsgründe.

1. Anwendung von Jugendstrafrecht

Die Angeklagte war zur Tatzeit 18 Jahre bis 19 Jahre und 10 Monate alt und damit Heranwachsende iSd. § 1 Abs. 2 JGG. Für Heranwachsende sieht § 105 Abs. 1 JGG die entsprechende Anwendung von Jugendstrafrecht vor, wenn die Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters bei Berücksichtigung auch der Umweltbedingungen ergibt, dass er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung noch einem Jugendlichen gleichstand oder es sich nach der Art, den Umständen oder den Beweggründen der Tat um eine Jugendverfehlung handelt.

Der Kammer war es hingegen nicht möglich, innerhalb ihres Beurteilungsspielraums sichere Feststellungen zum Reifegrad der Angeklagten im Tatzeitraum zu treffen. Der persönliche Eindruck, der während der Dauer der Hauptverhandlung 96 bis 97 Jahre alten Angeklagten war so weit vom maßgeblichen Zeitpunkt der Beihilfetat entfernt, dass daraus keinerlei Rückschlüsse auf ihren damaligen Reifegrad zu ziehen waren.

Mit Blick auf den Tatzeitraum lagen Anknüpfungspunkte vor, die dafür hätten sprechen können, dass die Angeklagte bei einer Gesamtwürdigung ihrer Persönlichkeit und der Umweltbedingungen ihrer sittlichen und geistigen Entwicklung nach einer

¹ BGH NJW 1994, 2703 (2706); BGH NJW 1996, 2042 (2043); BGH NJW 2000, 443 (448); BGH NJW 2017, 498 (500); OLG München BeckRS 2016, 131747; LG Lüneburg BeckRS 2015, 128870; LG Hamburg BeckRS 2020, 33914.

² BGH NJW 1971, 1189 (1190); BGH NJW 2004, 2316 (2318); Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 211 Rn. 27; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 211 Rn. 10.

³ BGH NJW 1981, 1965 (1966); BGH NJW 2016, 2899; Safferling, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 211 Rn. 40; Eschelbach, in: v. Heintzel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 211 Rn. 37.

⁴ BGH NJW 2017, 498 (499).

Jugendlichen nicht mehr gleichstand. Schließlich hatte sie zur Tatzeit ihre Schul- und Berufsausbildung erfolgreich abgeschlossen und auch bereits Vorerfahrungen im Berufsleben erworben, bevor sie nach Stutthof kam. Sie war damit finanziell von ihrem Elternhaus unabhängig und stand – wie eine Erwachsene – voll im Erwerbsleben. Mit dem Umzug nach Stutthof verselbstständigte sie sich auch räumlich von ihrem Elternhaus. Auch der Verbleib bei der Lagermannschaft im Frühjahr 1945 bei der Flucht gen Westen und eben nicht die Rückkehr in ihr Elternhaus stellt sich als nicht jugendtypisch dar. Die Art, wie sie sich in ihrer Berufstätigkeit engagierte, nämlich mit hohem Einsatz und Zuverlässigkeit ungeachtet der nach heutigem, aber auch damaligen Maßstäben zunehmend intensiven Dienstzeiten, spricht ebenfalls für einen jedenfalls im beruflichen Umfeld hohen Reifegrad. Allerdings können diese heutigen Kriterien nicht unbedingt auf die damalige Zeit übertragen werden.

Zu außerhalb dieser beruflichen Umstände liegenden Kriterien vermag die Kammer keine Aussage zu treffen. Da die Angeklagte sich nicht eingelassen hat und keine Zeugenaussagen vorliegen, können keine Schlüsse auf ihren damaligen Reifegrad – gerade im Hinblick auf ihre seelische Entwicklung, ihre innere Einstellung, ihre charakterliche Stabilität und Eigenständigkeit im privaten Leben – erfolgen.

Kann trotz Aufwendung aller angemessenen Sorgfalt nicht festgestellt werden, ob der Heranwachsende zur Tatzeit noch einem Jugendlichen gleichstand, ist im Zweifel Jugendstrafrecht anzuwenden.⁵

2. Strafzumessung

Nach § 105 Abs. 3 Satz 2 JGG beträgt das Höchstmaß der Jugendstrafe zehn Jahre.

Bei der konkreten Bemessung der gegen die Angeklagte zu verhängenden Jugendstrafe musste die Kammer das hohe Lebensalter der Angeklagten nicht in dem Sinne berücksichtigen, als dass sich daraus eine konkrete Strafobergrenze ergeben hätte. Insbesondere ist keine Strafobergrenze danach zu bilden, dass es dem Angeklagten nach Verbüßung der Strafe altersbedingt noch möglich sein muss, in die Freiheit entlassen zu werden (Resozialisierungsgebot).

Im Rahmen der Bestimmung der konkreten Jugendstrafe war zunächst die bloße Gehilfeneigenschaft der Angeklagten zu berücksichtigen, was ein deutlich geringeres Maß ihrer Schuld beinhaltet und im Erwachsenenstrafrecht zu einer Strafrahmenverschiebung nach §§ 27 Abs. 2 Satz 2, 49 StGB geführt hätte.

Darüber hinaus war zu ihren Gunsten davon auszugehen, dass sie die Ermordung der Menschen, zu der sie Beihilfe leistete, nicht ausdrücklich selbst anstrebte, sondern sie nur gleichgültig, wenn auch billigend, hinnahm.

Der Umstand, dass sie mit der NS-Ideologie und dem damit einhergehenden Feindbild gegenüber Juden und anderen als Volksschädlingen betrachteten Gruppen aufwuchs, war auch hier in der Form zu berücksichtigen, dass das individuelle Maß der Vorwerfbarkeit angesichts dieser Prägung ab dem Kindesalter herabgesetzt war.

Die Angeklagte war in ihrer Rolle als Stenotypistin des Lagerkommandanten an der wichtigsten Schnittstelle des Lagers eingesetzt und übte eine für ihr junges Alter mit einem hohen Maß

an Verantwortung und Bedeutsamkeit verbundene Tätigkeit aus. Die Zugehörigkeit zum inneren Kreis der Führungsspitze des Lagers und das ihr entgegengebrachte Vertrauen dürften für die Angeklagte wichtige Motivationsfaktoren gewesen sein, die es ihr wiederum erschwerten, sich dem System zu entziehen.

Schließlich war als weiterer, beeinflussender Faktor auch ihre Unterlegenheit im Rahmen der Befehlsstruktur, an deren unteren Ende sie angesiedelt war, zu berücksichtigen.

Weitere mildernde Umstände, die die Kammer zugunsten der Angeklagten bei der Bemessung der konkreten Jugendstrafe berücksichtigt hat, ergeben sich aus der Zeit nach ihrer Tätigkeit im KZ Stutthof. So lag die Tat der Angeklagten zum Zeitpunkt der Verurteilung mehr als 77 Jahre zurück. Ferner kooperierte sie mit den Ermittlungsbehörden. Auch hat die Kammer zu ihren Gunsten einbezogen, dass die Angeklagte sich der rund 15 Monate dauernden Hauptverhandlung gestellt hat, ohne sich durch eine Übertreibung ihrer altersbedingten Grunderkrankungen und Beschwerden in den Versuch zu flüchten, als verhandlungsunfähig eingestuft zu werden oder die Hauptverhandlung jedenfalls maßgeblich zu erschweren.

Ebenfalls für sie sprach, dass sie im Laufe der Hauptverhandlung durchaus wahrnehmbar gezeigt hat, dass sie von den Inhalten nicht nur Kenntnis nahm, sondern oftmals auch reges Interesse daran hatte und diese Eindruck auf sie machten. Insbesondere die gezeigten Lichtbilder und Dokumente aus Stutthof schaute sie sich in der Regel lange, konzentriert und intensiv an. Auch hat sie, wenngleich keine Einlassung zur Sache vorlag, in ihrem letzten Wort durchaus zu erkennen gegeben, dass eine gewisse innere Einkehr bei ihr über den Lauf des Verfahrens stattgefunden hat und sie hat – wenngleich ohne ein Geständnis der eigenen Schuld – jedenfalls Bedauern über die in Stutthof begangenen Taten ausgedrückt.

Schließlich war zugunsten der Angeklagten noch zu berücksichtigen, dass sie bisher unbestraft ist.

Auf der anderen Seite waren zulasten der Angeklagten die folgenden Umstände in die Überlegungen zur konkreten Bemessung der Jugendstrafe einzubeziehen: Die Anzahl der Menschen, zu deren Ermordung sie Beihilfe leistete, war nahezu unvorstellbar hoch. Darin liegt ein Umstand, durch den ein ganz besonders hohes Maß an Schuld verwirklicht wurde. Auch die Länge des Tatzeitraums von 22 Monaten und damit das hohe Maß an Unrecht sprach gegen die Angeklagte. Die Auswirkungen auf die Nebenkläger, welche die an ihnen begangenen Mordversuche überlebten, waren zudem besonders intensiv.

3. Strafaussetzung zu Bewährung

Nach §§ 105 Abs.1 iVm. 21 Abs. 1 und Abs. 2 JGG setzt das Gericht die Vollstreckung der Jugendstrafe, die zwei Jahre nicht übersteigt, zur Bewährung aus, wenn zu erwarten ist, dass der Heranwachsende sich schon die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs unter der erzieherischen Einwirkung in der Bewährungszeit künftig einen rechtschaffenen Lebenswandel führen wird und nicht die Vollstreckung im Hinblick auf die Entwicklung des Heranwachsenden geboten ist.

Diese Umstände waren zu bejahen. Da die Angeklagte zum Zeitpunkt der Verurteilung seit mehr als 77 Jahren einen straffreien Lebenswandel geführt hat, ist damit zu rechnen, dass sie dies auch in ihrem mittlerweile hochbetagten Alter weiterhin tun

⁵ BGH NJW 1959, 159 (161).

wird. Es gibt mangels Erziehungsbedarfs auch kein Vollstreckungsbedürfnis im Hinblick auf ihre künftige Entwicklung.

Abschließende Hinweise für Studierende

1. Der Fall wurde wirklich stark vereinfacht dargestellt (im Original über 300 Seiten). Die Kernprobleme des Falls sind überwiegend für das 2. Staatsexamen von Relevanz.
2. Mittlerweile haben die Angeklagte und mehrere Nebenkläger Revision eingelegt. Vermutlich wird der BGH hierüber nicht mehr entscheiden können, denn die 1925 geborene Angeklagte nähert sich mittlerweile ihrem 100. Geburtstag, so dass jederzeit mit ihrem Ableben zu rechnen ist. Dann müsste das Verfahren nach § 260 Abs. 3 StPO dauerhaft eingestellt werden.
3. Das Urteil weist nicht nur eine Reihe von formellen Mängeln auf (bspw. bei der lückenhaft gebliebenen Anonymisierung), sondern es existieren auch erhebliche Widersprüche in der Argumentation, die jedem Leser des Urteils aber auch des vorstehenden Komprimats unmittelbar ins Auge springen dürften.
4. Erstmals wurde nun eine untergeordnete Bürokräftkraft aus einem KZ zur Verantwortung gezogen. Dies stellt eine Folge der geänderten Holocaust-Rechtsprechung seit dem Demjanjuk-Urteil des LG München II aus dem Jahr 2011⁶ dar. Seitdem werden über die sog. funktionelle Beihilfe auch die letzten Rädchen im Getriebe zur Verantwortung gezogen, welche in Vernichtungslagern Beiträge dazu geleistet haben, dass die Mordmaschinerie funktionieren konnte.⁷

Die Frage steht aber im Raum, ob die Gehilfenkette bei einer untergeordneten Stenotypistin ohne eigenen Einfluss auf die Mordmaschinerie nicht etwas zu weit gezogen wurde. Dies hat durchaus etwas mit Kausalitätserwägungen zu tun, was die Kammer aber ausdrücklich verneint. Denn natürlich müsste grundsätzlich einmal ordentlich geklärt werden, bei wem/ab wann ein fördernder Beitrag zum Funktionieren der Mordmaschinerie in Vernichtungslagern vorlag. Dabei lassen sich skurrile Beispiele bilden, welche diese Grauzone noch besser als klärungsbedürftig beschreiben. Was ist etwa mit dem SS-Arzt, der den Lagerkommandanten behandelte, oder der Person, die dem Lagerkommandanten das Essen servierte oder ein Glas Wasser hinstellte. Nach der auch vorliegend nicht weiter hinterfragten Logik der bisherigen Rechtsprechung hätten auch diese Personen den Lagerkommandanten am Leben und einsatzfähig erhalten, so dass dieser Mordbefehle weitergeben konnte. Dann wären die vorgenannten Personen für letztlich banale Handlungen auch zu bestrafen.

Würde man etwa argumentieren wollen, dass diese Personen straffrei bleiben müssen, da der Lagerkommandant sich ja auch selbst etwas zu essen/trinken hätte nehmen können, so gilt für die Angeklagte nichts Anderes. Der Lagerkommandant hätte etwa die Fernschreiben aus Berlin auch selbst in Empfang nehmen oder diktierte Briefe auch selbst schreiben können. Das Handeln der Angeklagten war damit zwar Durchgangsstation für Mordbefehle, aber eben auch kein unerlässliches Rädchen im Getriebe der Mordmaschinerie. Klare Abgrenzungen fehlen jedenfalls bis heute.

5. Umgekehrt bleibt bei der neuen funktionellen Beihilfe demgegenüber offen, warum die Gehilfeneigenschaft bislang am Lagertor endet, dahinter aber nahezu jede Person erfasst wer-

den soll.⁸ So dürfte es einen Wertungswiderspruch darstellen, wenn Reichsbahner oder polizeiliches Begleitpersonal, die ihre menschliche Fracht gewissermaßen zur Schlachtbank gebracht haben, unbehelligt bleiben, eine Stenotypistin aus dem KZ aber strafbar sein soll. Denn die Tatbeiträge des erstgenannten Personenkreises waren schlicht viel unmittelbarer am Mordgeschehen dran und für die Mordtaten zudem auch zwingend kausal.

6. Nicht nur, dass die Angeklagte dahingehend Pech hatte, dass die Rechtsprechung seit 2011 zu ihren Lasten geändert wurde (vorher war sie gar nicht strafrechtlich verfolgbar), sie hatte hier nun auch doppeltes Pech. Die neue Rechtsprechung zur funktionellen Beihilfe gilt nämlich ausschließlich in Bezug auf Vernichtungslager mit einer lediglich dort industriell angelegten Tötungsmaschinerie⁹, nicht aber in Bezug auf sonstige KZs. Das KZ Stutthof wird durch neuere Forschung erst seit ca. 2016 als partielles Vernichtungslager eingestuft, da ab September/Okttober 1944 durch Verlagerung aus weiter östlich von der Roten Armee bedrohten eigentlichen Vernichtungslagern auch dort gezielte Massenmorde (Vergasungen u.a.) durchgeführt wurden.¹⁰ Damit war die Angeklagte bei genauem Hinsehen überhaupt erst ab 2016 strafrechtlich verfolgbar.

Allerdings dann auch nur für Morde im KZ Stutthof im Zeitraum September/Okttober 1944 bis April 1945, was die Kammer aber verkannt hat, so dass der Angeklagten iSd. bestehenden Rechtsprechung zahlreiche Morde im Zeitraum Juni 1943 bis September 1944 in Bezug auf ihre Gehilfentätigkeit eindeutig fälschlich zugeordnet wurden. Dies allein ist bereits ein schwerer und revisibler Fehler in der Urteilsfindung des LG.

7. Auch die Befassung mit der Frage der Anwendung von Jugendstrafrecht ist erkennbar fehlerhaft. Das LG hatte genug Indizien herausgearbeitet, die es dann aber relativierte und im Lichte unterschiedlichen Zeitgeistes doch nicht heranziehen wollte. Was dabei allein schon nicht passt, sind die Feststellungen dahingehend, dass die Angeklagte sowohl in der Bank als auch im KZ Stutthof immer höchst selbständig und motiviert gearbeitet hat, was eine gewisse Reife nahelegt. Auf das Ausweichargument „im Zweifel Jugendstrafrecht“ hätte dann wohl gar nicht mehr abgestellt werden dürfen.

8. Und auch die angenommenen und angewendeten Milderungsgründe sind von einem gewissen Entlastungseifer seitens des LG gekennzeichnet. Bspw. wird der Angeklagten zu ihren Gunsten Reue unterstellt, indem sie angeblich Bedauern über die in Stutthof begangenen Taten ausgedrückt habe. Tatsächlich lautete ihr Schlusswort: „*Es tut mir leid, was alles geschehen ist. Ich bereue, dass ich zu der Zeit gerade in Stutthof war. Mehr kann ich nicht sagen.*“¹¹ Tatsächlich hat die Angeklagte damit bei genauem Hinsehen weder just die Morde im KZ Stutthof bedauert noch Reue in Bezug auf ihr eigenes Handeln gezeigt, sondern lediglich Selbstmitleid ausgedrückt. Denn sie bereut

8 Vgl. Schild/Kretschmer, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, 6. Aufl. (2023), § 27 Rn. 8; Baun, Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen, 2019, 391 ff.

9 Vgl. BGH NJW 2017, 498 (500); LG München II BeckRS 2011, 139286; LG Lüneburg BeckRS 2015, 128870; LG Detmold BeckRS 2016, 15920; Bode, NJ 2017, 227 (229).

10 Vgl. LG Hamburg BeckRS 2020, 33914 – Rn. 71 („Das ursprünglich als Arbeitslager konzipierte KZ Stutthof wurde damit ab September/Okttober 1944 zum Vernichtungslager“); ferner ▶ www.welt.de/geschichte/artikel157591815/Warum-ploetzlich-so-viele-greise-KZ-Taeter-angeklagt-werden.html (zuletzt abgerufen am 04.09.2023).

11 Vgl. ▶ www.rp-online.de/nrw/staedte/duesseldorf/duesseldorf-dokumentarfilm-fritz-bauers-erbe-mit-anwalt-stefan-lode_aid-83739979 (zuletzt abgerufen am 04.09.2023).

6 LG München II BeckRS 2011, 139286.

7 Vgl. vertieft BGH NJW 2017, 498 (499); Hippeli, JSE 2018, 22 ff.

schließlich nur, dass sie dort war, nicht aber ganz konkret die dortigen Morde und ihre Verwicklung darin als Mordgehilfin.

8. Insgesamt bleibt bei dem Urteil ein schaler Beigeschmack dahingehend, dass man es mit zwei Jahren auf Bewährung allen recht machen und nirgendwo anecken wollte. Denn die Verurteilung einer fast 100jährigen Sekretärin zu einer hohen Haftstrafe hätte sicherlich ein ebenso großes kritisches Echo ausgelöst wie ein Freispruch. Tatsächlich ist dieses konkrete Urteil aber wohl die schlechteste aller Welten. Denn sowohl ein Freispruch als auch eine hohe Haftstrafe hätten sich letztlich besser begründen lassen. Ein Freispruch, um der funktionellen Beihilfe auch einmal rechtsstaatlich einwandfreie Grenzen zu setzen. Oder aber eine hohe Haftstrafe, die bei argumentativer Überwindung der vorgenannten rechtlichen Hürde in Anbetracht dieser Anzahl an Mordopfern sicherlich eher tat- und schuldangemessen gewesen wäre.



MR Prof. Dr. **Michael Hippeli**, LL.M., MBA (MDX) | Referatsleiter im Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen. Der Beitrag gibt ausschließlich die eigenen Auffassungen des Autors wieder.

E-Mail-Kontakt: ▶ MichaelHippeli@mail.de

▶ **Inhaltsverzeichnis**

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
Dr. Alexander Bechtel
Prof. Dr. Sarah Bunk
Richterin Dr. Caprice Doerbeck
RA Dr. Pius O. Dolzer
Jonas Eberhardt
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
Nina Fischer, Maître en Droit (Marseille)
RA Steffen Follner
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
RR Dr. Christine Keilbach
Prof. Dr. Christian F. Majer
(Schriftleiter)
Prof. Dr. Torsten Noak
Marcus Nonn
RR Sascha Sebastian, M.mel.
(Stellvertretender Schriftleiter)
Julia Zaiser

Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Doblerstrasse 15
D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand

Prof. Dr. Christian F. Majer
(*Vorsitzender*)
RR Sascha Sebastian, M.mel.
(*Stellv. Vorsitzender*)
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
(*Schatzmeister*)
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
(*Ressortleiter Strafrecht*)
Prof. Dr. Arne Pautsch
(*Ressortleiter Öffentliches Recht*)

13. Jahrgang (2023)

ISSN 2195-044X

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
RD Dr. Ralf Dietrich
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
ELB Jochen Heinz
Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirchdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
RiOLG Prof. Dr. Dominik Skauradszun, LL.M.
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
LMR Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
Prof. Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>
E-Mail: ▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:
▶ **Thümmel, Schütze & Partner** | ▶ **BRP Renaud & Partner** | ▶ **Boorberg Verlag**

Beiträge aus früheren Ausgaben

2/2023	Sven Kaltenbach/ Dominik Bok	Der Versuch des Wohnungseinbruchdiebstahls	► lesen
1/2023	Jonas Sauer	Corona „ex post“	► lesen
1/2023	Dominik Skauradszun Johannes Schröder	Der Vertragsschluss in der Selbstbedienungssituation	► lesen
4/2022	Maximilian A. Max	Umweltschutz durch Verbandsklage im Zivilrecht?	► lesen
3/2022	Hendrik Berndt	Künstliche Intelligenz als eigene Rechtsperson - Die „KI-mbH“	► lesen
3/2022	Felix Buchmann	Die Auswirkungen des Gesetzes für faire Verbraucherverträge auf den Telekommunikationssektor	► lesen
2/2022	Friederike Meurer	Das neue Kaufrecht	► lesen
2/2022	Jana Müser	Bewährung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der Corona-Pandemie?	► lesen
1/2022	Judith Klink-Straub	Schuldrechtsreform 2.0	► lesen
1/2022	Dr. Arne Pautsch Jana Müser	Selbstvollziehendes Gesetz und Verwaltungsvollzugsvorbehalt	► lesen
4/2021	Maria Spinnler	Unterlassungsstrafbarkeit staatlicher Entscheidungsträger?	► lesen
3/2021	Marie-Sophie Herlein	Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der europäischen Integration	► lesen
2/2021	Nora Rzadkowski	Längst überfällig: Die Revidierte Europäische Sozialcharta ist in Kraftgetreten!	► lesen
2/2021	Michael Hippeli	Netiquette im digitalen Lehrbetrieb	► lesen
1/2021	Michael Hippeli	Struktur der strafprozessualen Verhandlungsunfähigkeit	► lesen
1/2021	Christian F. Majer Arne Pautsch	„Ugah, Ugah“ und die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis	► lesen
4/2020	Torsten Noak	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger – und kein Ende!	► lesen
4/2020	Gesine Berthold	Immunitätsausweise in Zeiten von Corona	► lesen
3/2020	Michael Hippeli	Smart Contracts	► lesen
3/2020	Friederike Meurer	Arbeitsrecht in Zeiten von Corona	► lesen
2/2020	Leonie Schmitt	Diskriminierung durch Maschinelles Lernen	► lesen
2/2020	Matthias Müller	Gemeinderatssitzungen per Video	► lesen
1/2020	Florian Außem	Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus	► lesen
1/2020	Arne Pautsch	Corona und Grundgesetz	► lesen
4/2019	Jonas Rohde	Zwangshaft gegenüber Amtsträgern	► lesen
3/2019	Hans-Dieter Pfannenstiel Gordon von Miller	Wölfe in Deutschland	► lesen
2/2019	Christian Knoth	Fluggastrechte in der Europäischen Union	► lesen
1/2019	Arne Pautsch	Geschlechterparität im Bundestag?	► lesen
4/2018	Michael Hippeli	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren	► lesen
3/2018	Christian F. Majer	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung	► lesen
2/2018	Torsten Noak	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger	► lesen
2/2018	Arne Pautsch	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg	► lesen

1/2018	Antonia Braun	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz	► lesen
4/2017	Arne Pautsch	Die Wahlpflicht	► lesen
4/2017	Momme Buchholz Helge Hölken Elisa Kuhne	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung	► lesen
3/2017	Sascha Sebastian	Die Inhaftierung „islamistischer Gefährder“ als menschenrechtliches Problem	► lesen
3/2017	Benjamin Bungarten	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers	► lesen
2/2017	Susanne Bertow	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?	► lesen
2/2017	Markus Meißner Philipp Fitzek	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)	► lesen
1/2017	Tim P. Holler Christoph J. Bender	Der Ehebegriff als Methodenproblem	► lesen
1/2017	Torsten Noak	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt	► lesen
4/2016	Philipp Tolga Mavituna	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen	► lesen
4/2016	Markus Meißner	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen	► lesen
3/2016	Sarah Bunk	Ist Ämterpatronage strafbar?	► lesen
2/2016	Christian F. Majer Guido Philipp Ernst	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?	► lesen
1/2016	Torsten Noak	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben	► lesen
4/2015	Sascha Brüggemann	Anonymität im Internet	► lesen
3/2015	Patrick Christian Otto	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts	► lesen
3/2015	Christian F. Majer	Die Strafbarkeit der Zwangsheirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen	► lesen
2/2015	Simon Pschorr	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle	► lesen
2/2015	Arne Pautsch	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand	► lesen
1/2015	Christian Picker	Das neue Mindestlohngesetz	► lesen
4/2014	Caprice Nina Doerbeck	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?	► lesen
4/2014	Sascha Brüggemann	Datenkrake NSA	► lesen
3/2014	Alexander Bechtel	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?	► lesen
2/2014	Christian F. Majer	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung	► lesen
2/2014	Philipp K. Kauffmann	In dubio pro – Selbstanzeige?	► lesen
1/2014	Andreas Lohbeck	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?	► lesen
4/2013	Philipp Kauffmann	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat	► lesen
4/2013	Stanyo Dinov	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan	► lesen
3/2013	Sebastian Brüggemann	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit	► lesen

2/2013	<i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.	▶ lesen
1/2013	<i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht	▶ lesen
1/2013	<i>Hartmut Kilger Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwälte	▶ lesen
4/2012	<i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern	▶ lesen
3/2012	<i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten	▶ lesen
2/2012	<i>Paul Popescu</i>	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe	▶ lesen
1/2012	<i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen	▶ lesen
1/2012	<i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?	▶ lesen
1/2011	<i>Dominik Skauradszun Felix Hornfischer</i>	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten	▶ lesen
1/2011	<i>Werner Walk Nils Wiese</i>	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatelldingungen in der aktuellen Rechtsprechung	▶ lesen

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –
Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter

▶ www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer re-view“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an redaktion@zeitschrift-jse.de. Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift „**Jura Studium & Examen (JSE)**“ richtet sich, wie im Namen schon angedeutet, vorwiegend an Jura-Studenten und Rechtsreferendare. Sie ist aber keine klassische Ausbildungszeitschrift und will zu diesen auch nicht in Konkurrenz treten. Didaktische Beiträge, Überblicksaufsätze, Grundfälle, Grundlagenbeiträge und dergleichen werden in ihr nicht zu finden sein.

Stattdessen enthält sie in ihrem Aufsatzteil Beiträge zu Themen mit aktuellem politischen oder rechtspolitischen und auch -ethischen Hintergrund. Solche Themen sind zugleich häufig von hoher Examensrelevanz, insbesondere in der mündlichen Prüfung; sie sind jedoch auch beliebter Gegenstand von Examensklausuren. Unabhängig davon sind sie auch für Studenten und Referendare von allgemeinem Interesse. Die Zeitschrift möchte so auch die Teilhabe der Studenten und Referendare an der aktuellen juristischen Debatte ermöglichen und fördern. Nicht zuletzt möchte die Zeitschrift Themen mit rechtsethischem Bezug ein Forum geben. Die Beiträge werden vom jeweils fachlich zuständigen Beirat begutachtet („peer-review“).

Dabei ist eine gewisse Aktualität naturgemäß von besonderer Bedeutung. Wir erklären dem Autor daher eine Garantie der zeitnahen Veröffentlichung: wenn ein Beitrag angenommen wird, wird er in der nächsten oder übernächsten Ausgabe veröffentlicht. Der Autor kann ansonsten anderweitig disponieren und den Beitrag ggfs. zu einem späteren Zeitpunkt nochmals einreichen.

Die Zeitschrift setzt einen besonderen Schwerpunkt auf Examenskandidaten, wie schon im Namen zum Ausdruck gebracht. Sie enthält daher die zwar nicht nur, aber vor allem für die Examensvorbereitung wichtigen Klausuren zur Übung. Dabei liegt der Schwerpunkt auf Klausuren aus Examensklausurenkursen und dem Original-Staatsexamen.

Von zentraler Bedeutung in der Examensvorbereitung ist auch die Kenntnis der aktuellen examensrelevanten Rechtsprechung. Die Zeitschrift enthält daher die wichtigsten aktuellen Urteile, knapp und übersichtlich unter Verwendung von Originalzitaten aufbereitet.

Die Zeitschrift ist so konzipiert, dass ihre Lektüre von der ersten bis zur letzten Seite für den Leser von Relevanz ist. Auf Beiträge, die nur einen kleinen Kreis interessieren, wird daher weitgehend verzichtet. Beispielsweise sind Klausuren aus dem Schwerpunktbereich von untergeordneter Bedeutung – sie sind für die Mehrzahl der Leser nicht von Relevanz. Dasselbe gilt für Berichte über Auslandsstudien und Praktika – auf sie wird daher vollständig verzichtet. Verzichtet werden soll letztendlich auch auf allgemeine wissenschaftliche Beiträge und Urteilsanmerkungen. Sie sollen den einschlägigen Fachzeitschriften vorbehalten bleiben.

ISSN 2195-044X



9 772195 044008