

# RUBRIK: RECHTE AB-GRÜNDE

*Maren Diener*

## Neonazis im Referendariat?

Konsequenzen aus der Entscheidung des OLG Dresden zum Fall Brian E.

„Warum bildet der Staat einen Staatsfeind aus?“ lautete die Überschrift eines Artikels in der ZEIT Campus, der sich mit dem Fall Brian E., einem Referendar im Freistaat Sachsen beschäftigte.<sup>1</sup> Brian E. war 2016 an einem Überfall von ca. 200 Neonazis auf den Leipziger Stadtteil Connewitz beteiligt und wurde hierfür vom Amtsgericht Leipzig am 28. November 2018 wegen schweren Landfriedensbruchs (§§ 125, 125a StGB) zu einem Jahr und vier Monaten Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt.<sup>2</sup> Berufung und Revision waren erfolglos, trotzdem beschloss das OLG Dresden am 18. Mai 2020, dass Brian E. sein Referendariat weiterführen könne, eine Entscheidung, die von der Mehrheit der sächsischen Referendar\*innen in einer Stellungnahme abgelehnt wurde.<sup>3</sup> Als wesentliches Argument stützte sich das Gericht nach seinem Antwortschreiben, das der Verfasserin vorliegt, auf Brian E.s Berufsfreiheit; schließlich befand sich dieser kurz vor Ende seiner Ausbildung.

In Reaktion auf die auch innerhalb des Freistaates polarisierende Diskussion über den Fall Brian E. wurde im Februar vom Sächsischen Landtag ein Gesetz beschlossen, das das Sächsische Justizausbildungsgesetz (JAG) ändert. Ziel ist, in Zukunft Verfassungsfeinde vom Referendariat auszuschließen.<sup>4</sup>

Geht diese – wenn auch reichlich späte – Reaktion auf den Fall Brian E. in die richtige Richtung?

Konkret geändert wurde § 34 SächsJAPO a.F., der Gründe für die Versagung einer Aufnahme in den juristischen Vorbereitungsdienst aufzählte, aufgrund derer § 39 Abs. 2 SächsJAPO a.F. die Entlassung aus dem Referendariat ermöglichte. Gemäß § 34 Abs. 4 Satz 2 war die Aufnahme in der Regel zu versagen, wenn der\*die Bewerber\*in wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr rechtskräftig

1 Aiko Kempen/Katharina Meyer zu Eppendorf, Warum bildet der Staat einen Verfassungsfeind aus, Zeit Campus Nr. 1/2021 vom 1.12.2020.

2 AG Leipzig, U. v. 28.11.2018 – 10 Ns 617 Js 43983/16.

3 Das OLG duldet Rechtsextreme im Referendariat, Stellungnahme von 243 Referendar\*innen aus Sachsen zum Fall des Referendars Brian E., Rubrik: Rechte Abgründe, KJ 2020, 563-565.

4 Markus Sehl, Sächsischer Landtag beschließt Gesetz – Keine Verfassungsfeinde ins Referendariat, LTO 3.2.2020, abrufbar unter: <https://www.lto-karriere.de/jura-referendariat/stories/detail/sachsen-verfassungsfeinde-referendariat-zugang-vorbereitungsdienst-strenger-regeln-kritik-verfassungswidrigkeit>.

DOI: 10.5771/0023-4834-2021-2-214

verurteilt und die Strafe noch nicht getilgt worden ist. Gemäß § 34 Abs. 5 konnte die Aufnahme versagt werden, solange ein Ermittlungsverfahren oder ein Strafverfahren wegen des Verdachts einer derartigen Tat anhängig ist oder Tatsachen vorliegen, die die Bewerberin oder den Bewerber als ungeeignet erscheinen lassen. Im Fall von Brian E. wäre aufgrund der im Mai rechtskräftig gewordenen Verurteilung eine Entlassung gem. § 39 Abs. 2 i.V.m. § 34 Abs. 4 SächsJAPO a.F. möglich gewesen.

Diese Regelungen werden nun in § 8 SächsJAG überführt, der bisher nur allgemeine Regelungen zum Vorbereitungsdienst enthielt. Darin wird aus der bisherigen einfachen Ermessensentscheidung aus § 34 Abs. 5 SächsJAPO a.F. bei anhängigen Ermittlungs- oder Strafverfahren in § 8 Abs. 2 Nr. 2 SächsJAG n.F. weitgehend ein intendiertes Ermessen, das sich darüber hinaus auf einen erweiterten Tatbestand bezieht (Bekämpfung der freiheitlich demokratischen Grundordnung [fdGO] in strafbarer Weise, Nr. 3). Der einfache Ermessensstatbestand in § 8 Abs. 4 JAG n.F. stellt nur noch auf die Ungeeignet des\*der Bewerbers\*in ab, wofür Regelbeispiele aufgezählt werden.<sup>5</sup>

Die im Gesetz vorgesehenen Gründe, eine Bewerberin oder einen Bewerber nicht zum Vorbereitungsdienst zuzulassen, bewegen sich im Spannungsfeld des Interesses des Staates an einer geordneten Rechtspflege und der Berufsfreiheit der angehenden Referendar\*innen aus Art. 12 Abs. 1 GG. Dabei ist zu beachten, dass der juristische Vorbereitungsdienst nicht nur eine Voraussetzung für den Staatsdienst, sondern etwa auch für den Beruf als Anwält\*in oder Notar\*in ist.<sup>6</sup> Je nach Ausgestaltung des Vorbereitungsdienstes dürfen daher die sehr weitreichenden beamt\*innenrechtlichen Treuepflichten nicht auf Referendar\*innen übertragen werden.<sup>7</sup> Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass auch Anwält\*innen als Organe der Rechtspflege einen staatlich gebundenen Vertrauensberuf ausüben.<sup>8</sup>

Die Überführung der Versagungs- und Entlassungsgründe aus dem Vorbereitungsdienst von der JAPO in das JAG ist aufgrund der Wesentlichkeitstheorie grundsätzlich zu begrüßen. Die Änderung ist aber auch kritisch zu sehen, weil sie nicht nur für Neonazis wie Brian E., sondern auch für links-politisch aktive Personen Auswirkungen haben kann, insbesondere im Freistaat Sachsen.<sup>9</sup> Kritik aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken wurde bereits von einer Gruppe Jurastudierender geäußert, die sich im Februar mit einem offenen Brief an die Justizministerin wendeten.

Schon das intendierte Ermessen in § 8 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 SächsJAG n.F. (Ermittlungs- oder Strafverfahren, das zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr führen kann) ist in Hinblick auf die Berufsfreiheit und die strafrechtliche Unschuldsvermutung unverhältnismäßig, weil er der Verschiedenheit der infrage kommenden Sachverhalte nicht ge-

5 Gesetzentwurf der Staatsregierung, Drucksache 7/4269, abrufbar unter: [http://edas.landtag.sachsen.de/viewer.aspx?dok\\_nr=4269&dok\\_art= Drs&leg\\_per=7](http://edas.landtag.sachsen.de/viewer.aspx?dok_nr=4269&dok_art= Drs&leg_per=7).

6 Vgl. BVerfG, B. v. 22.5.1975 – 2 BvL 13/73.

7 Vgl. zum Vorbereitungsdienst in einem Beamtenverhältnis BVerfG, B. v. 22.5.1975 – 2 BvL 13/73; vgl. zum Vorbereitungsdienst in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis BVerfG, B. v. 5.10.1977 – 2 BvL 10/75.

8 BVerfG, B. v. 8.3.1983 – 1 BvR 1078/80.

9 Dass hier oft mit zweierlei Maß gemessen wird, bestätigte sich erneut bei der „Querdenken“-Demo in Leipzig: Andreas Gutmann/Tore Vetter, Der Querfront auf den Leim gegangen – Warum Versammlungsverbote nicht gegen die „Querdenken“-Bewegung helfen, KJ 2021, 85; Und die Polizei guckt zu, taz vom 8.11.2020, abrufbar unter: <https://taz.de/Querdenken-Demo-in-Leipzig/!5726826/>.

recht wird. Wo vorher im Rahmen des einfachen Ermessens die konkreten Umstände des Falls mit einbezogen werden konnten, um eine Versagung zu rechtfertigen, muss nun ein atypischer Fall vorgewiesen werden, um die Versagung auszuschließen.<sup>10</sup> Das Abstellen auf das zu erwartende Strafmaß ist auch deshalb bedenklich, weil die in der Anklage geforderte Strafe der Staatsanwaltschaft und das gerichtlich verhängte Strafmaß oft auseinanderklaffen – v.a. bei Straftaten im Zusammenhang mit linken Demonstrationen.<sup>11</sup> So greift der neue Tatbestand auch in Fällen späteren Freispruchs oder einer geringeren gerichtlichen Strafe.

Bei den Tatbestandsmerkmalen des § 8 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 (Bekämpfung der fdGO in strafbarer Weise) und Abs. 4 Nr. 1 (Ungeeignetheit) SächsJAG n.F. handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die – auch wenn die Ungeeignetheit an charakterliche Eigenschaften anknüpft und somit wertende Elemente enthält – nach der überwiegenden Rechtsprechung gerichtlich voll überprüfbar sind.<sup>12</sup> Trotzdem ergeben sich Bedenken: Der Begriff der Ungeeignetheit ist unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Jurist\*innenausbildung zu bestimmen.<sup>13</sup> Aufgrund der unterschiedlichen Anforderungen, die an die Referendar\*innen in Unterricht und Praxis gestellt werden, bleibt der Begriff unscharf. In Hinblick auf den Fall von Brian E. stellt sich z.B. auch die Frage, ob die allgemeine Stimmung im Referendariat und die Beziehung zu Mitreferendar\*innen berücksichtigt werden können, wenn offene und konstruktive Diskussionen im Verwaltungsrechtsunterricht, insbesondere beim Thema der beamt\*innenrechtlichen Treuepflichten, beeinträchtigt werden. In einer zu § 7 Abs. 1 Nr. 6 BRAO ergangenen Entscheidung erläuterte das Bundesverfassungsgericht, ein Bekämpfen der fdGO in strafbarer Weise liege dann vor, wenn gegen die Demokratie mit freiheits- und rechtswidrigen Mitteln vorgegangen werde, eine politische Gesinnung allein reiche nicht aus.<sup>14</sup> Auch der Gesetzesentwurf hebt dies hervor. Anders als der Radikalenerlass<sup>15</sup> knüpft das SächsJAG n.F. insofern maßgeblich an die Bekämpfung in strafbarer Weise an und zieht in Abgrenzung zu Nr. 1 (Verurteilung in strafbarer Weise) Verhalten des\*r Bewerbers\*in mit ein, welches sich unterhalb einer einjährigen Freiheitsstrafe bewegt.<sup>16</sup> Der Begriff der Bekämpfung der fdGO in strafbarer Weise bleibt jedoch in hohem Maße unbestimmt.<sup>17</sup>

Gleichzeitig ist aber auch zu berücksichtigen, dass sich durch die Neuerungen mehr Handlungsmöglichkeiten für die Ausbildungsbehörde ergeben, wenn sich die Bewerber\*innen zwar in geringerem Umfang strafbar gemacht haben, dies aber in einer Art und Weise, die besonders starke Zweifel an der Achtung der Menschenwürde, der

10 Zum intendierten Ermessen: Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 40, Rn. 26 ff.

11 Z.B. im Zusammenhang mit den G20-Protesten in Hamburg: Ohne einen Steinwurf, taz vom 3.1.2018, abrufbar unter: <https://taz.de/Landfriedensbruch-beim-G20-Gipfel!/5471631/>.

12 OVG Niedersachsen, U. v. 27.11.2002 – 5 LB 114/02; VG Minden, U. v. 22.2.2016 – 4 K 1153/15 – II; zweifelnd VG Würzburg, U. v. 30.3.2020 – W 1 E 20.460, das offen lässt, ob ein Beurteilungsspielraum besteht.

13 OVG Niedersachsen, U. v. 27.11.2002 – 5 LB 114/02.

14 BVerfG, B. v. 8.3.1983 – 1 BvR 1078/80.

15 Unter dem Radikalenerlass genügte bereits ein mangelndes Eintreten für die fdGO, dies kann aber schon im Hinblick auf den Unterschied zwischen Beamt\*innen und Referendar\*innen in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis nicht verlangt werden; zum Radikalenerlass: BVerfG, B. v. 22.5.2015 – 2 BvL 13/73.

16 Vgl. VG Würzburg, U. v. 30.3.2020 – W 1 E 20.460.

17 Vgl. Andreas Gutmann, Ende Gelände für Systemkritik? – Der Verfassungsschutz nimmt die Klimabewegung ins Visier, Rubrik: Rechte Abgründe, KJ 2021, 82–84.

Gleichheitsrechte oder der fdGO aufkommen lassen. Auch wenn es in den vergleichbaren Fällen<sup>18</sup> hauptsächlich um Straftaten von Personen ging, die sich klar rechts positionierten, ist nicht gesagt, dass Gleiches nicht auch für die entgegengesetzte politische Orientierung gilt. Die Vorschrift verleitet jedenfalls zu einer unkritischen Anwendung der Extremismusbegriffe.<sup>19</sup> So wurde für die Feststellung der Ungeeignetheit von Bewerber\*innen für das Referendariat durch die jeweilige Ausbildungsbehörde vermehrt auf Verfassungsschutzberichte zurückgegriffen, die im Falle von Berlin zuletzt sogar „Ende Gelände“ wegen ihrer Kapitalismuskritik als linksextremistische Organisation aufführten, die die fdGO bekämpfe.<sup>20</sup>

Die beschriebenen Änderungen schafften daher mehr Probleme als sie beseitigten. Zuletzt ist festzuhalten, dass es einer Änderung der derzeit geltenden Regelungen nicht notwendigerweise bedurfte. Auch bei den neuen Tatbeständen hätte die gleiche Abwägung des Rechts aus Art. 12 Abs. 1 GG mit dem Interesse an einer geordneten Rechtspflege getroffen werden müssen. Berücksichtigt man dies, wäre das OLG im Fall Brian E. voraussichtlich zur gleichen Entscheidung gekommen, denn das Gericht sah – aufgrund des separaten Zulassungsverfahrens zum Anwalt oder Notar und mangels voraussichtlicher Einstellung in den Staatsdienst aufgrund seiner Vorstrafe – die Funktion der Rechtspflege bei einer Tätigkeit in einem Unternehmen, Verband, Verein oder einer Versicherung nicht in einem Maße beeinträchtigt, welches den Ausschluss von der weiteren Ausbildung gerechtfertigt hätte. Hinsichtlich der rechten Gesinnung lägen trotz der Tat nicht genügend Anhaltspunkte vor, jedenfalls dürfe die Gesinnung allein kein Grund sein. Das OLG übersieht dabei aber, dass es aufgrund einer Würdigung der konkreten Umstände der Tat, die sich als eine starke, nach außen in Erscheinung tretende Manifestation der inneren Einstellung von Brian E. darstellt, im Rahmen des Ermessens auch zu einem anderen Ergebnis kommen können, ohne dass dies eine reine politische Gesinnungsprüfung dargestellt hätte.

18 Vgl. VG Minden, U. v. 22.2.2016 – 4 K 1153/15 – II; VG Würzburg U. v. 30.3.2020 – W 1 E 20.460.

19 Zu diesen weiterführend: Tim Wihl, *Der Extremismus stirbt zuletzt*, VerfBlog 8.3.2021 (letzter Abruf: 21.3.2021), <https://verfassungsblog.de/der-extremismus-stirbt-zuletzt/>.

20 Vgl. Peer Stolle, „Hauptsache, die Sozialisten sind weg!“ – Der Verfassungsschutz und der Einfluss seiner Publikation, in: Austermann et al. (Hrsg.), *Recht gegen Rechts Report 2020*, Frankfurt am Main 2020, 77-84.