

Examensübungsklausur: Die obduzierte Leiche und die EMRK

Von Wiss. Mitarbeiter und Rechtsanwalt Dr. **Moritz von Rochow**, Kiel*

Die auf eine Bearbeitungszeit von fünf Stunden angelegte Klausur problematisiert examensrelevante Aspekte des Allgemeinen Verwaltungsrechts, des Staatsorganisationsrechts und der EMRK. Sie weist einen überdurchschnittlichen Schwierigkeitsgrad auf.

Sachverhalt

Leyla (L) war 14 und hat im August 2021 aufgrund ihrer Adipositas trotz Minderjährigkeit eine Impfung gegen das neuartige Coronavirus COVID-19 erhalten. Eine Woche nach der Impfung klagte L über starke Kopfschmerzen und Sehstörungen. Sie wurde daraufhin in ein Privatklinikum verbracht, wo sie kurz nach der Einlieferung am 18.8.2021 verstarb. Angesichts der Symptome äußerten die behandelnden Ärzte den Verdacht einer Hirnvenenthrombose. Das Gesundheitsamt versandte daraufhin an das Klinikum ein Schreiben, welches unter anderem den folgenden Satz enthielt:

„Ich ordne gegenüber Ihnen als Gewahrsamsinhaber die innere Leichenschau der am 18.8.2021 verstorbenen L Yilmaz an. Sie haben den Ärzten des Gesundheitsamtes und dessen ärztlichen Beauftragten die Untersuchung zu gestatten. Beauftragt mit der Sektion wird das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein AöR. Stellen Sie dem dortigen Institut für Pathologie den Leichnam umgehend zur Verfügung.“

Zur Begründung führte das Gesundheitsamt aus:

„Im Interesse der Erforschung der mit der Impfung gegen das neuartige Coronavirus COVID-19 verbundenen Gesundheitsrisiken hat das Ministerium für Soziales, Gesundheit, Jugend, Familie und Senioren des Landes Schleswig-Holstein mit Erlass vom 1.8.2021 angeordnet, dass alle im Zusammenhang mit einer Impfung gegen das neuartige Coronavirus verstorbenen Patienten, bei denen der Verdacht auf eine Hirnvenenthrombose oder andere bekannte Impfnebenwirkungen besteht, zur Gewinnung weiterer Erkenntnisse zu obduzieren sind (innere Leichenschau). Das öffentliche Interesse an der Bekämpfung der Pandemie und Erforschung von möglichen Impfnebenwirkungen überwiegt grundsätzlich das postmortale Persönlichkeitsrecht des Einzelnen.“

Bereits am 28.5.2021 hatten Bundesrat und Bundestag ein Gesetz beschlossen, wonach § 25 Abs. 1 IfSG um einen Satz 2 ergänzt wurde. Dieser besagt:

„²Das Gesundheitsamt kann auch Ermittlungen anstellen, wenn sich ergibt oder anzunehmen ist, dass jemand durch eine Schutzimpfung oder andere Maßnahme der spezifischen Prophylaxe eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat.“

Die Fraktionen beabsichtigten hiermit eine bundeseinheitlich umfassende Regelung zur effizienten Pandemiebekämpfung. Das Gesetz wurde am 31.5.2021 im Bundesgesetzblatt verkündet und ist am 1.6.2021 in Kraft getreten. Am 1.8.2021 versandte das Ministerium für Soziales, Gesundheit, Jugend, Familie und Senioren des Landes Schleswig-Holstein an die

Gesundheitsämter der Kreise und kreisfreien Städte des Landes folgendes Schreiben:

„Erlass an die Gesundheitsämter des Landes Schleswig-Holstein:

Mit Änderung des IfSG vom 1.6.2021 können die Gesundheitsämter Ermittlungen anstellen, wenn sich ergibt oder anzunehmen ist, dass jemand durch eine Schutzimpfung oder andere Maßnahme der spezifischen Prophylaxe eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat. Im Rahmen dieser Ermittlungen soll i.S.d § 25 Abs. 4 S. 2 IfSG auch eine ‚innere Leichenschau‘ (Obduktion) angeordnet werden. Das durch § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG eingeräumte behördliche Ermessen soll ab sofort dahingehend ausgeübt werden, dass eine Obduktion stets und ggf. auch gegen den Willen der Totenfürsorgeberechtigten durchzuführen ist, wenn sich bei einem verstorbenen Patienten oder einer Patientin Symptome einer möglichen Hirnvenenthrombose oder anderer bekannter Nebenwirkungen im Zusammenhang mit einer COVID-19-Impfung gezeigt haben.“

Als die Eltern der L (E) den Leichnam ihrer verstorbenen Tochter am Morgen des 19.8.2021 abholen wollen, um die nach islamischem Brauch gebotenen Rituale, insbesondere die rituellen Reinigungen, durchzuführen, erfahren sie vom Krankenhaus, dass eine Herausgabe nicht erfolgen könne, da der Leichnam für die behördlich angeordnete innere Leichenschau vorgesehen sei. Hierbei würden einige innere Organe, z.B. Gehirn und Leber entnommen. Die entnommenen Organe müssten noch etwas länger beim mit der Sektion beauftragten Universitätsklinikum Schleswig-Holstein AöR verbleiben, bis die Laboruntersuchungen abgeschlossen seien. E haben in diesem Gespräch erstmals von der geplanten Obduktion erfahren. Das Gesundheitsamt hatte sich nicht an sie gewandt.

Über die geplante Obduktion sind die Eltern entsetzt: Nicht nur, dass das islamische Recht eine schnellstmögliche Bestattung vorsieht; der Leichnam muss nach ihren religiösen Vorstellungen auch unversehrt bestattet werden, was nicht mehr gewährleistet ist, wenn zuvor Organe entnommen worden sind. E kontaktieren daraufhin ihre Rechtsanwältin Dr. Schlaw mit der Bitte, die Obduktion ihrer Tochter zu verhindern. Dr. Schlaw hat glücklicherweise den Newsletter des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg abonniert und hierüber erfahren, dass der Gerichtshof gerade kürzlich am 20.7.2021 ein Urteil in der Rechtssache Polat/Österreich verkündet hat, in dem eine klinisch-wissenschaftliche Obduktion gegen den Willen der Angehörigen für rechtswidrig erklärt worden ist:

„89. Doch auch wenn tatsächlich ein wissenschaftliches Interesse an der Durchführung der Obduktion bestand, erinnert das Gericht daran, [...] dass eine Obduktion unter solchen Umständen [ohne den Willen der Hinterbliebenen] nur dann durchgeführt werden kann, wenn sie zur Wahrung eines solchen wissenschaftlichen Interesses ‚erforderlich‘ ist, was den Ärzten bei der Entscheidung, ob eine Obduktion in einem bestimmten Fall durchgeführt werden sollte, einen gewissen Ermessensspielraum lässt, auch was das Ausmaß des erforderlichen Eingriffs betrifft.“

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht und Rechtsanwalt für Verwaltungs-, Verfassungs- und Europarecht.

[...]

91. Die vorstehenden Erwägungen reichen aus, um den Gerichtshof zu dem Schluss kommen zu lassen, dass die Behörden im vorliegenden Fall weder einen gerechten Ausgleich zwischen den relevanten konkurrierenden Interessen gefunden haben, indem sie die Erfordernisse der öffentlichen Gesundheit in höchstem Maße mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens in Einklang gebracht haben [...], noch haben sie das Interesse der Beschwerdeführerin an einer Beerdigung ihres Sohnes in Übereinstimmung mit ihren religiösen Überzeugungen abgewogen. Dieses Versäumnis, eine Abwägung vorzunehmen, stellte eine Verletzung der Artikel 8 und 9 der Konvention [Anm.: Nr. 1003 im Sartorius] dar.“

Dem von Rechtsanwältin Schlau verfassten Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung hat das Verwaltungsgericht Schleswig stattgegeben mit der Begründung, dass das Aussetzungsinteresse das Vollziehungsinteresse unabhängig von der Rechtslage bereits deshalb überwiege, weil im Falle der Durchführung der Obduktion ein irreversibler Zustand eintreten würde.

Den von Rechtsanwältin Dr. Schlau an das Gesundheitsamt gerichteten Widerspruch hat dieses als zuständige Widerspruchsbehörde als unzulässig zurückgewiesen. Der Widerspruch sei unzulässig, da E nicht widerspruchsbefugt seien. Sie seien zum einen nicht Adressaten der allein an das Privatklinikum ergangenen Obduktionsanordnung. Zum anderen seien sie als Eltern auch deshalb nicht in subjektiven Rechten betroffen, weil ein postmortales Persönlichkeitsrecht allenfalls der Toten, nicht aber deren Angehörigen zustehe. Schließlich müssten sie auch nicht nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 Var. 2 SchlHBestattG in die Obduktion einwilligen, weil der Bund mit § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG eine abschließende Regelung zur Pandemiebekämpfung bezweckt habe, deren Erfolg nicht dadurch konterkariert werden könne, dass einzelne Länder die Obduktion von einer Einwilligung abhängig machen. Die Bekämpfung grenzüberschreitender übertragbarer Krankheiten und das Arzneimittelrecht dürfen nicht dem Provinzialismus anheimfallen.

Sie haben bei Rechtsanwältin Dr. Schlau gerade Ihr Referendariat begonnen. Die Anwältin bittet Sie, in einem Gutachten Ihr Können unter Beweis zu stellen. In einem gemeinsamen Brainstorming äußert sie folgende Gedanken: Das Gesundheitsamt habe beim Erlass der Obduktionsanordnung an das Krankenhaus die Bedeutung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens und die Religionsfreiheit der Angehörigen überhaupt nicht in seine Erwägungen einbezogen – ja diese haben überhaupt nur durch Zufall von der geplanten Obduktion erfahren und selbst nicht einmal eine Duldungsverfügung erhalten. Weiterhin leuchtet ihr nicht ein, dass man das aus der Menschenwürde folgende postmortale Persönlichkeitsrecht so einfach mit Verweis auf die Pandemiebekämpfung wegwischen könne. Überhaupt gehe es bei § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG doch gar nicht um eine unmittelbare Bekämpfung der Krankheit COVID-19, sondern um das in Gesetzgebungskompetenz der Länder fallende Bestattungs-, Leichen- und Obduktionswesen. Das Land habe hiervon in Gestalt des SchlHBestattG Gebrauch gemacht und danach sei eine Obduk-

tion nicht ohne Einverständnis möglich. Auch die Forschung sei doch eigentlich Ländersache.

Bearbeitungsvermerk

Prüfen Sie in einem umfassenden Rechtsgutachten die Erfolgsaussichten einer Klage beim Verwaltungsgericht Schleswig gegen die Landeshauptstadt Kiel als Rechtsträgerin des Gesundheitsamts. Gehen Sie dabei (ggf. hilfsgutachterlich) auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ein! Gehen Sie davon aus, dass die Eltern dem Gesundheitsamt bei Erlass der Obduktionsanordnung bekannt waren.

Bundesrecht

§ 25 IfSG – Ermittlungen

(1) Ergibt sich oder ist anzunehmen, dass jemand krank, krankheitsverdächtig, ansteckungsverdächtig oder Ausscheider ist oder dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so stellt das Gesundheitsamt die erforderlichen Ermittlungen an, insbesondere über Art, Ursache, Ansteckungsquelle und Ausbreitung der Krankheit. Das Gesundheitsamt kann auch Ermittlungen anstellen, wenn sich ergibt oder anzunehmen ist, dass jemand durch eine Schutzimpfung oder andere Maßnahme der spezifischen Prophylaxe eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat.

[...]

(4) Den Ärzten des Gesundheitsamtes und dessen ärztlichen Beauftragten ist vom Gewahrsamsinhaber die Untersuchung der in Absatz 1 genannten Verstorbenen zu gestatten. Die zuständige Behörde soll gegenüber dem Gewahrsamsinhaber die innere Leichenschau anordnen, wenn dies vom Gesundheitsamt für erforderlich gehalten wird.

Landesrecht

§ 10 Gesundheits-Dienst-Gesetz (SchLHGDG) – Infektionsschutz¹

Die Kreise und kreisfreien Städte nehmen die Aufgaben nach dem Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045) und den hierzu erlassenen Verordnungen wahr, soweit nicht durch Rechtsvorschrift etwas anderes bestimmt ist. Sie wirken auf einen umfassenden Impfschutz der Bevölkerung und auf die Erhöhung der Impfquote hin.

§ 9 Bestattungsgesetz (SchLHBestattG) – Leichenöffnung²

- (1) Die Leichenöffnung ist ein Eingriff
1. zur Aufklärung der Todesart, der den Tod bedingenden Grundleiden oder Zusammenhänge und der Todesursache (Obduktion) oder

¹ Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: Art. 16 Bay-GDVG, § 2 BlnGDG i.V.m. § 1 Abs. 3 Nr. 4 BlnGDG, § 3 BbgGDG, § 4 BremÖGDG, § 3 NGöGD, § 5 ÖGDG NRW.

² Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: § 5 BestattG M-V, § 10 BestG NRW, § 11 Bremer LeichenG, § 10 Bbg-BestG, § 4 HmbSektionsG, § 9 BestattG LSA, § 15 Sächs-BestG, § 41 BestattG SL.

2. zu Zwecken der Forschung und Lehre über den Aufbau des menschlichen Körpers (anatomische Leichenöffnung).

Die Obduktion darf nur von oder unter der Aufsicht von ärztlichen Personen vorgenommen werden, die die Anerkennung zum Führen der Gebietsbezeichnung Pathologie oder Rechtsmedizin besitzen. Eine anatomische Leichenöffnung darf auch von oder unter der Aufsicht von Hochschullehrerinnen oder Hochschullehrern der Anatomie vorgenommen werden.

(2) Eine Obduktion ist zulässig,

1. wenn sie zur Verfolgung rechtlicher Interessen der Hinterbliebenen, insbesondere zur Feststellung rentenrechtlicher oder versicherungsrechtlicher Leistungsansprüche, erforderlich ist und ein begründeter schriftlicher Auftrag einer oder eines Hinterbliebenen dazu vorliegt.

2. aus gewichtigem medizinischem Interesse an der Klärung der Todesursache, an der Überprüfung der ärztlichen Diagnose und Therapie (Qualitätssicherung), der Lehre, der medizinischen Forschung und der Epidemiologie. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzung ist, dass die verstorbene Person zu Lebzeiten schriftlich dazu eingewilligt hat, oder, wenn eine Erklärung der verstorbenen Person nicht vorliegt, die oder der entscheidungsberechtigte Hinterbliebene schriftlich eingewilligt hat. Die oder der Hinterbliebene kann ihre oder seine Einwilligung auch mündlich erteilen; hierüber ist ein Protokoll anzufertigen. Die Obduktion darf auch durchgeführt werden, wenn die oder der entscheidungsberechtigte Hinterbliebene nach dokumentierter Information über die beabsichtigte Obduktion und über die Möglichkeit, dieser innerhalb von 24 Stunden ohne Angabe von Gründen zu widersprechen, innerhalb dieser Frist nicht widersprochen hat.

Gutachten

Die verwaltungsgerichtliche Klage hat Erfolg, wenn und soweit die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und die Klage begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen für eine verwaltungsgerichtliche Klage müssen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Da eine aufdrängende Sonderzuweisung nicht vorliegt, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn es sich gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art handelt. Nach der Sonderrechtstheorie ist eine Streitigkeit in jedem Fall dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn die streitentscheidende Norm eine solche des öffentlichen Rechts ist, was dann der Fall ist, wenn sie einen Hoheitsträger einseitig berechtigt oder verpflichtet.³ Streitentscheidende Norm ist hier § 25 IfSG, der zumindest

das Gesundheitsamt – die Behörde eines Hoheitsträgers – einseitig berechtigt.

Die Verfahrensbeteiligten nehmen nicht unmittelbar am Verfassungsleben teil und es geht im Kern nicht um die Anwendung und Auslegung von Verfassungsrecht. Somit fehlt es an einer doppelten Verfassungsunmittelbarkeit. Es liegt keine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art vor.

Abdrängende Sonderverweisungen sind nicht ersichtlich.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich gem. §§ 88, 86 Abs. 3 VwGO nach dem durch Auslegung zu ermittelnden klägerischen Begehren. Begehrt der Kläger die gerichtliche Aufhebung eines Verwaltungsakts, dann ist die Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO) statthaft. In der Obduktionsanordnung des Gesundheitsamts könnte ein solcher Verwaltungsakt zu sehen sein. Ein Verwaltungsakt ist gem. § 106 Abs. 1 LVwG (§ 35 S. 1 VwVfG) jede Verfügung, Entscheidung oder andere öffentlich-rechtliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Mit der Obduktionsanordnung regelt das Gesundheitsamt hoheitlich einen Einzelfall. Da es sich bei der Adressatin um ein Privatklinikum handelt, liegt auch die für einen Verwaltungsakt erforderliche Außenwirkung vor.

Problematisch ist aber, dass der Verwaltungsakt nicht gegenüber den E ergangen ist, sondern gegenüber der Klinik. Fraglich ist somit, ob eine Anfechtungsklage auch bei einem Verwaltungsakt statthaft ist, der nicht den Kläger, sondern einen anderen Dritten belastet.

Gem. § 112 Abs. 1 LVwG (§ 43 Abs. 1 VwVfG) wird ein Verwaltungsakt gegenüber derjenigen Person, für die er bestimmt ist oder die von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihr bekanntgegeben wird. Die Obduktionsanordnung ist den E aber nicht bekanntgegeben worden, sondern sie haben durch Zufall davon erfahren. Fraglich ist, ob dies der Statthaftigkeit einer Anfechtungsklage entgegensteht.

Nach einer Ansicht ist es für die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage nicht entscheidend, ob der Verwaltungsakt gegenüber dem Kläger wirksam ist, sondern ob er gegenüber irgendjemandem wirksam ist.⁴ Die nach dem materiellen Recht zu beantwortende Frage, ob die E vom Verwaltungsakt betroffen sind, kann daher nach dieser Ansicht für die Statthaftigkeit dahinstehen, da es hierfür nicht erheblich ist, ob der Verwaltungsakt gegenüber den E wirksam ist.

Nach anderer Ansicht wird vertreten, ein Verwaltungsakt müsse auch gegenüber dem Kläger ein Verwaltungsakt sein.

„Ein Verwaltungsakt ist auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet (§ 35 S. 1 VwVfG). Diese Eigenschaft muss der Verwaltungsakt – zumindest auch – gegenüber der Person aufweisen, die sich mittels Anfechtungsklage gegen ihn wendet.“⁵

³ Siehe zur Abgrenzung *Unruh*, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), *Verwaltungsrecht: VwVfG, VwGO, Nebengesetze*, Handkommentar, 5. Aufl. 2021, VwGO § 40 Rn. 94 ff.

⁴ Ebd.

⁵ BVerwG NVwZ 1994, 784 (784); i.d.S. auch VGH Mannheim NVwZ-RR 1996, 306 (306).

Diese Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts gelangt im konkreten Fall zu keinem abweichenden Ergebnis.⁶ Nach ihr soll die Drittanfechtungsklage lediglich dann unstatthaft sein, wenn durch den Verwaltungsakt eine andere Behörde zu einem drittbelastenden Handeln verpflichtet wird, weil erst dieses Handeln eine unmittelbare Belastung darstelle. Zwar ist es grundsätzlich möglich einen anderen Hoheitsträger durch Verwaltungsakt – also mit Außenwirkung – zu verpflichten. Sofern dieser Verwaltungsakt allerdings noch einen Zwischenakt der angewiesenen Stelle erfordert, fehlt es an der z.B. bei einer Baugenehmigung⁷ vorliegenden Unmittelbarkeit gegenüber dem drittbelasteten Bürger. Hier hat das Gesundheitsamt aber etwas gegenüber Privaten angeordnet und somit eine Außenwirkung erzeugt, die auch die E unmittelbar ohne behördlichen Zwischenakt belastet.

Dementsprechend wäre die Anfechtungsklage gegen das Gesundheitsamt im vorliegenden Fall lediglich dann unstatthaft, wenn L in einem öffentlich-rechtlichen Krankenhaus gestorben wäre, nicht aber – wie hier – in einer Privatklinik.

III. Klagebefugnis

Die E müssten ferner klagebefugt sein. Dies ist gem. § 42 Abs. 2 VwGO der Fall, wenn sie geltend machen können, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in ihren Rechten verletzt zu sein. Nach der Adressatentheorie ist dies stets der Fall, wenn jemand Adressat eines belastenden Verwaltungsakts ist. Dies ist hier jedoch nur die Klinik und nicht die E.

Nach der Möglichkeitstheorie besteht eine Klagebefugnis aber ebenfalls, wenn es zumindest möglich – also nicht gänzlich und aus jeder Betrachtung auszuschließen – ist, dass die Kläger in subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt sind.

Diese Rechtspositionen können begründet werden durch die Grundrechte, durch materielle Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen, aber auch durch unmittelbar geltende Vorschriften des Gemeinschaftsrechts und durch völkerrechtliche Verträge.⁸

Zu diesen völkerrechtlichen Verträgen, die subjektiv-öffentliche Rechte gewähren, gehört auch die EMRK,⁹ denn in Deutschland hat diese den Rang einfachen Bundesrechts.¹⁰ Es ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass die Rechte aus Art. 8 und 9 EMRK durch die Anordnung der Obduktion verletzt werden. Daneben ist es möglich, dass das Recht auf ungestörte Religionsausübung (Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG) verletzt wird.

Zwar ist anerkannt, dass auch Tote ein postmortales Persönlichkeitsrecht haben,¹¹ allerdings steht dieses nicht den E

als subjektives Recht zu, sondern ist eine allenfalls im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigende objektive Verpflichtung des Staates.¹² Den Hinterbliebenen steht allerdings ein subsidiäres Entscheidungsrecht, was aus dem Totensorgerecht abgeleitet wird, zu.¹³ Dieses verankert das Bundesverfassungsgericht in Art. 2 Abs. 1 GG.

Es ist mithin nicht von vornherein auszuschließen, dass die E in subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt sind.

IV. Vorverfahren

Ein Vorverfahren nach § 68 VwGO wurde erfolglos durchgeführt.

V. Klagefrist

Mangels entgegenstehender Hinweise und aufgrund der angeedeuteten Eilbedürftigkeit ist von einer Wahrung der Klagefrist auszugehen.

VI. Richtiger Beklagter

Gem. § 78 Abs. 1 VwGO¹⁴ ist die Klage gegen das Land oder die Körperschaft, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat, zu richten (Rechtsträgerprinzip).¹⁵ Dies ist hier die Landeshauptstadt Kiel als Rechtsträger des Gesundheitsamts.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die E sind gem. § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO als natürliche Personen beteiligtenfähig. Die Landeshauptstadt Kiel ist nach § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO beteiligtenfähig.

Das Gesundheitsamt selbst ist nicht i.S.d. § 61 Nr. 3 VwGO beteiligtenfähig, da dies nach § 69 Abs. 1 LJG¹⁶ nur Landesbehörden sind.

Die E sind nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Landeshauptstadt Kiel ist nach § 62 Abs. 3 VwGO prozessfähig und wird durch den Oberbürgermeister vertreten.

VIII. Weitere Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Sachliche und örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts

Sachlich zuständig ist gem. § 45 VwGO in erster Instanz das

¹² Maurer, DÖV 1980, 7 (9 f.).

¹³ Maurer, DÖV 1980, 7 (13).

¹⁴ Dazu im Detail Kastner, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 3), VwGO § 78.

¹⁵ Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht – VwGO, Kommentar, Bd. 1, 40. Lfg., Stand: Februar 2021, § 78 Rn. 33.

¹⁶ Gem. § 61 Nr. 3 VwGO sind Behörden beteiligtenfähig, soweit das Landesrecht dies vorsieht. Dies ist der Fall gem. § 14 Abs. 1 AGGerStrG M-V, § 19 Abs. 1 AGVwGO SL und § 8 Abs. 1 BbgVwGG; gem. § 17 Abs. 2 AGVwGO RhPf für die Aufsichtsbehörde im Beanstandungsverfahren; und gem. § 69 Abs. 1 LJG SH, § 79 Abs. 1 NJG, § 8 S. 1 AGVwGO LSA nur für unmittelbare Landesbehörden und nicht für Kommunalbehörden.

⁶ BVerwG, NVwZ 1994, 784 (784).

⁷ BVerwGE 44, 294 (294).

⁸ Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 3), VwVfG vor § 1 Rn. 117.

⁹ VG Kassel, Beschl. v. 23.7.2019 – 6 L 1751/19.KS.A.

¹⁰ BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (313); 128, 326 (366); BVerfG NJW 2013, 3714 (3715); Schubert, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, EMRK Art. 1 Rn. 90.

¹¹ BVerfGE 30, 173 (194).

Verwaltungsgericht; örtlich zuständig jenes in Schleswig, § 52 Nr. 3 S. 1 VwGO.

2. Streitgenossenschaft

Die Eltern sind gem. § 64 VwGO i.V.m. §§ 59, 61 ZPO einfache Streitgenossen.

3. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Anhaltspunkte für ein Fehlen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses liegen nicht vor. Insbesondere können die Kläger ihr Ziel nicht einfacher erreichen, die Klage ist nicht missbräuchlich oder sinnlos und der Rechtsanspruch wurde auch nicht verwirkt.

IX. Zwischenergebnis

Die Anfechtungsklage ist zulässig.

B. Klagehäufung

Die subjektive Klagehäufung stellt gleichzeitig eine objektive Klagehäufung i.S.d. § 44 VwGO dar.

C. Begründetheit

Die Anfechtungsklage müsste ferner begründet sein. Dies ist sie, wenn und soweit die E durch den angefochtenen Verwaltungsakt tatsächlich in subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt sind.

Dazu müsste der Verwaltungsakt zunächst auf eine wirksame Ermächtigungsgrundlage gestützt sein.

I. Ermächtigungsgrundlage

In Betracht kommt als Ermächtigungsgrundlage § 25 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 IfSG. Diese Norm wäre indes als Ermächtigungsgrundlage dann nicht heranzuziehen, wenn sie unwirksam ist. Eine Norm des einfachen Rechts ist unwirksam, wenn sie verfassungswidrig ist. Da die Verwerfungskompetenz für formelle Gesetze beim Bundesverfassungsgericht liegt, wäre das Gericht gehalten, das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht im Wege der konkreten Normenkontrolle vorzulegen.

1. Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Der neue § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG könnte verfassungswidrig sein, wenn dem Bund für dessen Erlass die Verbandskompetenz fehlt.

Ausgangspunkt der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern ist Art. 70 GG. Grundsätzlich sind die Länder für die Gesetzgebung zuständig, wenn dem Bund nicht durch das Grundgesetz ausdrücklich die Kompetenz zugewiesen wird.¹⁷ Die Kompetenztitel der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz finden sich in Art. 73 Abs. 1 GG, jene der konkurrierenden Gesetzgebung in Art. 74 Abs. 1 GG. Im Be-

reich der konkurrierenden Gesetzgebung kann entweder der Bundesgesetzgeber oder der Landesgesetzgeber tätig werden, wobei nach Art. 72 Abs. 1 GG die Länder nur zur Gesetzgebung befugt sind, solange und soweit der Bund noch keine Regelung auf diesem Gebiet erlassen hat.¹⁸

Im Bereich des Gesundheitswesens sind grundsätzlich nur die Länder befugt, Gesetze zu erlassen. Das Gesundheitswesen umfasst auch das Bestattung-, Leichen- und Obduktionswesen.¹⁹ Für das Bestattungs-, Leichen und Obduktionswesen besitzt der Bund somit keine umfassende Gesetzgebungskompetenz.²⁰ Das Land Schleswig-Holstein hat in Gestalt des SchlHBestattG seine Kompetenz auch ausgeübt. Die Einführung eines bundesweit einheitlich geregelten und umfassenden Obduktionsrechts durch den Bundesgesetzgeber – sei es durch Verwaltungssektion oder klinische Obduktion – mit einer gesundheitspolitischen Ausrichtung ist daher von der Kompetenzordnung des Grundgesetzes grundsätzlich nicht gedeckt.²¹ Hierfür bedürfte es einer Verfassungsänderung.²² Nach einer Ansicht kommt daher dem Bund nur dann eine Gesetzgebungskompetenz zu, wenn die Obduktionsregelung „jegliche gesundheitspolitische Aspekte ausklammert“²³.

Allerdings kann in Sonderbereichen eine Obduktionsregelung gleichwohl von der jeweiligen Bundeskompetenz erfasst sein – dann nämlich, wenn sich der damit verfolgte Zweck einem der in Art. 74 Abs. 1 GG geregelten Kompetenztitel zuordnen lässt, wie dies z.B. bei der gerichtsmedizinischen Autopsie gem. §§ 87 ff. StPO der Fall ist. Diese ist gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GG von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes erfasst. Einen weiteren Kompetenztitel enthält Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG: Danach erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz auch auf das Gebiet von Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren, die Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen und zum Heilgewerbe, sowie das Recht des Apothekenwesens, der Arzneien, der Medizinprodukte, der Heilmittel und der Gifte.

Das Infektionsschutzgesetz dient dem Schutz gegen gemeingefährliche übertragbare Krankheiten und erlaubte schon lange Obduktionen von Menschen, die unmittelbar an COVID-19 verstorben sind.²⁴ Die vorliegend angeordnete Obduktion dient allerdings nicht der unmittelbaren Bekämpfung einer gemeingefährlichen übertragbaren Krankheit, sondern der Erforschung von Impfstoffen. Auch die Forschung ist zwar grundsätzlich Ländersache, allerdings erlaubt Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG dem Bund Regelungen zu Arzneien und Heilmitteln. Hierzu gehören auch Impfstoffe, sodass die Ermäch-

¹⁸ Ebd.

¹⁹ Ebd.

²⁰ Ebd.; *Dettmeyer/Madea*, KritV 87 (2004), 349 (349).

²¹ WD 3 – 3000 – 201/14, S. 7.

²² *Hörnle*, in: Tag/Groß (Hrsg.), *Der Umgang mit der Leiche*, 2010, S. 111.

²³ WD 3 – 3000 – 201/14, S. 9.

²⁴ Vgl. *Heidemann*, Interview zu Corona-Obduktionen – Da arbeitet man in einem sensiblen Bereich, in: LTO v. 15.12.2020, abrufbar unter

https://www.lto.de/persistent/a_id/43743/ (10.11.2021).

¹⁷ Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Verfassungsmäßigkeit einer bundesgesetzlichen Obduktionspflicht für Kleinkinder und Säuglinge, WD 3 – 3000 – 201/14, S. 7.

tigungsgrundlage verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

2. Verhältnis zu § 9 Abs. 2 S. 2 Var. 2 SchlHBestattG

Fraglich ist, wie sich § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG zu § 9 Abs. 2 S. 2 Var. 2 SchlHBestattG verhält, ob nämlich die landesgesetzliche Norm die Ermächtigungsgrundlage des IfSG näher ausgestaltet, bzw. derart konkretisiert, dass ihr in Gestalt eines notwendigen Einverständnisses der Hinterbliebenen ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal hinzugefügt wird. Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln.

a) Wortlaut

Ausdrücklich verbietet der Wortlaut des § 25 IfSG nicht, das Einverständnis der Hinterbliebenen einzuholen.

b) Zweck der Norm

Allerdings würde das zwingende Erfordernis eines solchen Einverständnisses dem Zweck der Norm zuwiderlaufen: Das Gesundheitsamt darf vom Gewahrsamsinhaber, z.B. dem Krankenhaus, die Obduktion verlangen. Müsste dieses vor Befolgung der Anordnung noch das Einverständnis der Hinterbliebenen einholen, sähe das Krankenhaus sich einem unlösbaren Interessenkonflikt ausgesetzt.

c) Gesetzgeberischer Wille

Überdies hat der Bundesgesetzgeber mit der Neufassung des § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG eine bundeseinheitliche effektive Pandemiebekämpfung bezweckt. Viren halten nicht an Landesgrenzen. Dieser Zweck würde leerlaufen, wenn die Bundesländer durch die Hintertür eines Einverständnisses, die bundesrechtlich anzuordnenden Obduktionen unterließen.

Ausdrücklich hat der Bundesgesetzgeber die Anordnungsmöglichkeit einer Obduktion nur gegenüber dem Gewahrsamsinhaber geregelt. Hätte er ein Einverständnis der Hinterbliebenen indes für erforderlich gehalten, so hätte er dies gleichfalls geregelt.

d) Systematik des verfassungsrechtlichen Kompetenzgefüges

Schließlich hat das Land auch keine Befugnis, von der Norm des § 25 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 IfSG abzuweichen. Dies ergibt sich aus der föderalen Kompetenzstruktur der Art. 70 ff. GG. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG fällt das hier einschlägige Recht der Arzneimittel und das Recht zur Regelung übertragbarer Krankheiten in die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung nur, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Dies hat der Bund nun aber durch § 25 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 IfSG getan. In diesem Fall dürfen die Länder nur noch i.R.v. Art. 72 Abs. 3 GG abweichende Regelungen treffen. Keiner der in Abs. 3 genannten Bereiche ist hier jedoch betroffen, und selbst wenn dies der Fall wäre, so gälte nach Art. 72 Abs. 3 S. 3 GG das jeweils spätere Gesetz – hier die Neufassung des IfSG.

e) Sperrwirkung des IfSG

Das IfSG entfaltet somit durch seine abschließende Regelung gegenüber dem Landesgesetzgeber eine Sperrwirkung. Dem Bund kommt für das Infektionsschutzrecht eine umfassende Regelungskompetenz zu, von der er i.R.d. Art. 72 Abs. 1 GG auch erschöpfend Gebrauch machen kann, sodass Landesrecht gesperrt ist.

Dieser Sperrwirkung steht es auch nicht entgegen, dass der Bundesgesetzgeber über ein Einverständnis der Hinterbliebenen kein Wort verloren hat. Eine Sperrwirkung kann nämlich auch durch „absichtsvollen Regelungsverzicht“, bzw. ein „beredtes Schweigen“ oder „absichtsvolles Unterlassen“ entstehen.²⁵ Zu einem erkennbar gewordenen Willen des Bundesgesetzgebers, zusätzliche Regelungen auszuschließen, darf sich ein Landesgesetzgeber nicht in Widerspruch setzen, selbst wenn er das Bundesgesetz – gemessen an höherrangigen Grundrechtsverbürgungen – wegen des Fehlens der Regelung für unzureichend hält.²⁶ Landesgesetze sind in diesem Fall auch in Punkten unzulässig, die der Bundesgesetzgeber nicht ausdrücklich positiv geregelt hat.²⁷

Wenn der Bundesgesetzgeber zu einem zwingenden Zustimmungserfordernis der Angehörigen zur Obduktion geschwiegen hat, dann hat er dies bewusst getan, sodass dem Landesgesetzgeber auch hinsichtlich dieser nur durch beredtes Schweigen geregelten Frage, ein Abweichen verwehrt ist. Die Sperrwirkung umfasst sogar die Entscheidung für ein bestimmtes Regelungskonzept: Will der Bund kooperativ regieren, sind Zwangsregelungen der Länder unzulässig;²⁸ entscheidet sich der Bund für durchgreifende Hoheitsbefugnisse, dürfen die Länder dieses Konzept nicht durch Einverständnisregeln aufweichen.

Folglich widerspricht der § 9 Abs. 2 S. 2 Var. 2 SchlHBestattG dem vom Bundesgesetzgeber im Bereich des Infektionsschutzes avisierten Regelungskonzept, wie es in § 25 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 IfSG zum Ausdruck kommt.

f) Völkerrechtskonforme Auslegung

Auch eine völkerrechtskonforme Auslegung im Lichte der EGMR-Rechtsprechung Polat/Österreich führt zu keinem abweichenden Ergebnis. Der EGMR fordert nur eine Berücksichtigungspflicht im Rahmen der Abwägung, aber kein zwingendes und unumstößliches Einverständnis.

g) Zwischenergebnis

Beim § 9 Abs. 2 S. 2 Var. 2 SchlHBestattG handelt es sich um eine eigenständige Rechtsgrundlage in einem – zwar ähn-

²⁵ Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. Art. 72 Rn. 26; BVerfG, Urt. v. 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96, 1 BvR 2314/96, 1 BvR 2314/1108, 1 BvR 2314/1109, 1 BvR 1110/97; BVerfG, Beschl. v. 9.2.1972 – 1 BvR 111/68 = BVerfGE 32, 319 (327 f.).

²⁶ Vgl. BVerfGE 32, 319 (327 f.); 36, 193 (211 f.); 85, 134 (147); 98, 265 (300).

²⁷ Degenhart (Fn. 25), Art. 72 Rn. 26; BVerfGE 2, 232 (236); 32, 319 (327); 98, 265 (300); 109, 190 (229); 113, 348 (371).

²⁸ BVerfGE 98, 106 (125 ff.).

lichen – aber doch anders gelagerten Sachverhalt, deren Übertragung auf den vorliegenden Fall sich in Widerspruch zum bundesgesetzlichen Regelungskonzept des IfSG setzen würde.

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Obduktionsanordnung

Die Obduktionsanordnung müsste formell rechtmäßig erfolgt sein.

1. Zuständigkeit

Das Gesundheitsamt der Landeshauptstadt Kiel ist zuständig, § 10 SchlHGdG.

2. Verfahren

Das Gesundheitsamt müsste die maßgeblichen Verfahrensbestimmungen eingehalten haben.

a) Anhörung und Benachrichtigung

Über die nach § 87 Abs. 1 LVwG (§ 28 VwVfG) erforderliche Anhörung ist nichts bekannt. Diese kann jedoch nach § 114 Abs. 2 LVwG (§ 45 Abs. 2 VwVfG) bis zur letzten mündlichen Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden.

Fraglich ist indes, ob auch die E hätten angehört werden müssen. § 87 Abs. 1 LVwG (§ 28 VwVfG) ordnet an, dass, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, diesem Gelegenheit zu geben ist, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Die E wären somit anzuhören gewesen, wenn sie Beteiligte sind. Wer Beteiligter ist, regelt § 78 LVwG (§ 13 VwVfG).

Beteiligte sind 1. Antragstellerinnen oder Antragsteller und Antragsgegnerinnen oder Antragsgegner, 2. diejenigen, an die die Behörde den Verwaltungsakt richten will oder gerichtet hat, 3. diejenigen, mit denen die Behörde einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließen will oder geschlossen hat oder 4. diejenigen, die nach Absatz 2 von der Behörde zu dem Verfahren hinzugezogen worden sind.

Die E sind weder Antragsteller noch Antragsgegner, sie waren nicht Adressaten des Verwaltungsaktes und wurden auch nicht förmlich hinzugezogen.

Zwar sind sie gleichfalls durch den Verwaltungsakt betroffen. Betroffene sind aber nicht zwingend Beteiligte.²⁹ Ein Betroffener wird gem. § 78 Abs. 2 LVwG (§ 13 VwVfG) erst Beteiligter, wenn er von der Behörde formell als Beteiligter hinzugezogen worden ist, was nicht erfolgt ist. Die E haben auch keinen Antrag auf Beteiligung als Betroffene gestellt, § 78 Abs. 2 S. 2 LVwG (§ 13 VwVfG).

Die Behörde könnte indes formell rechtswidrig gehandelt haben, indem sie die E nicht von der Einleitung des Verfahrens benachrichtigt hat und ihnen so keine Möglichkeit eingeräumt haben, einen Antrag auf Beteiligung zu stellen. Nach § 78 Abs. 2 S. 2 Hs. 3 LVwG (§ 13 VwVfG) hat die Behörde, soweit eine betroffene Person ihr bekannt ist,

diese von der Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen. Dies hat die Behörde versäumt.

Sie hat die Obduktionsanordnung somit formell rechtswidrig erlassen. Allerdings führt die formelle Rechtswidrigkeit grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit. Nach § 113 Abs. 1 LVwG (§ 46 Abs. 1 VwVfG) ist ein Verwaltungsakt nur dann nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist. Dies ist bei einer unterbliebenen Mitteilung nicht der Fall. Die Mitteilung soll nur den Antrag auf Beiladung ermöglichen mit der Konsequenz, dass die Betroffenen zu Beteiligten werden und ebenfalls angehört werden müssen. Wenn aber schon die unterbliebene Anhörung nicht zur Nichtigkeit führt, sondern nach § 114 Abs. 2 LVwG (§ 45 Abs. 2 VwVfG) noch bis zur letzten Tatsacheninstanz nachgeholt werden kann, führt die Vorstufe der Anhörung – die Benachrichtigung – erst recht nicht zur Nichtigkeit. Der Verwaltungsakt bleibt gleichwohl – bis zur Nachholung der Anhörung – formell rechtswidrig.

Indem die E im Rahmen des Widerspruchsverfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme hatten, ist der Formmangel inzwischen gem. § 114 Abs. 1 Nr. 3 LVwG (§ 45 VwVfG) geheilt worden.

b) Duldungsanordnung

Die Obduktionsanordnung könnte ferner an einem Formfehler dergestalt leiden, dass gegenüber den E keine Duldungsverfügung ergangen ist. Muss der Pflichtige zur Erfüllung seiner Verpflichtungen in die Rechte Dritter eingreifen und ist der Dritte nicht bereit, den Eingriff in seine Rechte zu dulden, so besteht ein Vollzugshindernis.³⁰ Es bedarf dann einer Duldungsanordnung gegenüber dem Dritten zur Durchsetzung des Vollzugs.³¹ Die Obduktionsanordnung greift jedenfalls auch in das aus dem Totensorgerecht abgeleitete Entscheidungsrecht der Angehörigen ein³² und hätte somit eines Verwaltungsaktes bedurft. Als Rechtsgrundlage ist die Befugnisnorm für die Maßnahme, um deren Durchsetzung es geht, heranzuziehen.³³ Allerdings stellt die Duldungsverfügung einen von der Obduktionsanordnung unabhängigen eigenständigen Verwaltungsakt dar, der deren Rechtmäßigkeit nicht berührt. Vielmehr bildet die fehlende Duldungsanordnung lediglich ein Vollzugshindernis.³⁴

²⁹ Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 3), VwVfG § 43 Rn. 13.

³⁰ VG Cottbus, Beschl. v. 13.10.2016 – 3 L 244/16; OVG Koblenz NVwZ-RR 2010, 214 (214); OVG Greifswald, Beschl. v. 13.9.2004 – 3 M 66/04, Rn. 20 (juris); VG Köln, Beschl. v. 16.7.2014 – 2 L 1212/14, Rn. 20 ff. (juris).

³¹ VGH München, Beschl. v. 18.9.2017 – 15 CS 17.1675.

³² Maurer, DÖV 1980, 7 (13).

³³ VGH München, Urt. v. 16.2.2015 – 1 B 13.649, Rn. 16 (juris).

³⁴ VG Cottbus, Beschl. v. 13.10.2016 – 3 L 244/16; OVG Koblenz, Urt. v. 25.11.2009 – 8 A 10502/09, Rn. 18 (juris); OVG Greifswald, Beschl. v. 13.9.2004 – 3 M 66/04, Rn. 20 (juris); VG Köln, Beschl. v. 16.7.2014 – 2 L 1212/14, Rn. 20 ff. (juris); VGH München, Urt. v. 16.2.2015 – 1 B 13.649, Rn. 16 (juris).

2. Form

Eine besondere Form – insbesondere Schriftform – ist für Maßnahmen nach dem IfSG nicht vorgeschrieben.

III. Materielle Rechtmäßigkeit der Obduktionsanordnung

1. Materielle Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage müssten erfüllt sein.

a) Materielle Tatbestandsvoraussetzungen von § 25 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 IfSG

Zunächst müssten die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG erfüllt sein.

Das Gesundheitsamt kann auch Ermittlungen anstellen, wenn sich ergibt oder anzunehmen ist, dass jemand durch eine Schutzimpfung oder andere Maßnahme der spezifischen Prophylaxe eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat. Vorliegend hat L in engem zeitlichem Zusammenhang mit ihrer Corona-Schutzimpfung Symptome erlitten, die für eine Hirnvenenthrombose typisch sind. Corona-Impfstoffe stehen im Verdacht, in seltenen Fällen für solche Hirnvenenthrombosen verantwortlich zu sein.

Es ist daher anzunehmen, dass L durch die Schutzimpfung eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat. Der Tatbestand des § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG ist mithin erfüllt.

b) Materielle Tatbestandsvoraussetzungen des § 25 Abs. 4 IfSG

Weiterhin müssten die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen des § 25 Abs. 4 IfSG erfüllt sein.

Den Ärzten des Gesundheitsamtes und dessen ärztlichen Beauftragten ist vom Gewahrsamsinhaber die Untersuchung der in Abs. 1 genannten Verstorbenen zu gestatten. Die zuständige Behörde soll gegenüber dem Gewahrsamsinhaber die innere Leichenschau anordnen, wenn dies vom Gesundheitsamt für erforderlich gehalten wird.

Gewahrsamsinhaber ist entsprechend der strafrechtlichen Definition, wer die tatsächliche Herrschaft über den Leichnam getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen innehat.³⁵

³⁵ Hier wurde die strafrechtliche Definition des § 242 StGB zum Ausgangspunkt genommen, weil diese den Klausurbearbeitern geläufig sein und den Erwartungen an eine Examensklausurbearbeitung genügen dürfte. Streng genommen ist dies nicht ganz korrekt: Während § 242 StGB an die „tatsächliche Sachherrschaft, getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen“ anknüpft, ist die i.R.d. § 168 StGB geläufige Definition ein wenig anders. Sie knüpft an den Begriff der „Obhut“ an. Neben dem faktischen Herrschaftselement bezieht die Obhut auch die rechtliche Ebene einer Totenfürsorgepflicht mit ein. Dieses normative Element verengt den Tatbestand gegenüber dem § 242 StGB, vgl. *Stübinger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 168 Rn. 8.

Herrschende Literatur³⁶ und Rechtsprechung³⁷ legen dieses Tatbestandsmerkmal unter Berufung auf den Wortlaut eng aus. Die tatsächliche Herrschaft hat danach, wer eine tatsächliche Obhut über die Leiche hat, die immanent das „Moment der Faktizität“ durch reale Ausübung der Totensorge auszeichnet.³⁸ Diese liegt bei der Privatklinik.

Das Anknüpfen an die tatsächliche Obhut wird mit guten Argumenten kritisiert, da es die Totensorgeberechtigten übergeht.³⁹ Sinnvoller sei es nach einer Minderansicht, statt auf den Gewahrsam auf die Berechtigung am Leichnam abzustellen. Wenngleich diese Auffassung ethisch-moralische Argumente auf ihrer Seite hat, so steht ihr doch der eindeutige Wortlaut, sowohl von § 25 Abs. 4 IfSG als auch von § 168 StGB entgegen. Beide Normen stellen ausdrücklich auf den Gewahrsamsinhaber und nicht auf den Totensorgeberechtigten ab. Dahinter stehen letztlich Überlegungen der praktischen Handhabbarkeit. Insbesondere das Gesundheitsamt ist i.S.d. § 25 Abs. 4 IfSG darauf angewiesen, schnell und unkompliziert auf einen Ansprechpartner zurückgreifen zu können, ohne zuvor zeitaufwendige Erkundungen über den rechtlichen Totensorgeberechtigten anstellen zu müssen. Auch dient der Gleichlauf mit der strafrechtlichen Begriffsdefinition der rechtlichen Klarheit. Im Strafrecht wiederum verstieße eine Anknüpfung an die Totensorgeberechtigung gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG normierte Analogieverbot.

Das Gesundheitsamt hat die Leichenöffnung für erforderlich gehalten.

c) Erfordernis eines Einverständnisses der Hinterbliebenen – § 9 Abs. 2 S. 2 Var. 2 SchlHBestattG

Ein Einverständnis der Hinterbliebenen, wie es § 9 Abs. 2 S. 2 Var. 2 SchlHBestattG fordert, ist zusätzlich zu den Tatbestandsvoraussetzungen des IfSG nicht erforderlich, da diese Norm eine eigenständige Rechtsgrundlage in einem anderen Sachverhalt darstellt, deren Übertragung auf den vorliegenden Fall sich in Widerspruch zum bundesgesetzlichen Regelungskonzept setzen würde.⁴⁰

2. Rechtsfolge – Ermessen

Das Gesundheitsamt könnte sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt haben.

a) Prüfungsmaßstab

§ 25 Abs. 1 S. 2 IfSG räumt dem Gesundheitsamt ein Ermessen ein. Dieses kann – muss aber nicht – Ermittlungen anstellen.

³⁶ *Roxin*, JuS 1976, 505 (506 f.); *Geilen*, JZ 1971, 42 (43); *ders.*, JZ 1975, 379 (380); *Otto*, Jura 1992, 666 (667); *Stübinger* (Fn. 33), § 168 Rn. 8; *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder (Begr.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 168 Rn. 6.

³⁷ OLG München, Beschl. v. 31.5.1976 – 1 Ws 1540/75; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 6.9.1991 – 1 Ws 81/91406 Js 10936/90.

³⁸ *Czerner*, ZStW 115 (2003), 91 (94).

³⁹ Ebd.

⁴⁰ Siehe oben C. I. 2.

len. Ein behördliches Ermessen ist gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar, nämlich auf das Vorliegen von Ermessensfehlern.

b) Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften

Fraglich ist, ob einer Ermessensüberprüfung des Gerichts entgegensteht, dass das Gesundheitsamt sich lediglich an eine ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift des Gesundheitsministeriums gehalten hat. Grundsätzlich ist eine Bindung der Verwaltung an ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften rechtlich zulässig und auch mit der gesetzlichen Ermächtigung einer Behörde, ihr Ermessen selbst auszuüben, vereinbar.⁴¹ Eine Bindungswirkung an die ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften besteht allerdings nur insoweit, als diese rechtmäßig sind.⁴² Daraus ergibt sich bei Vorliegen einer ermessenslenkenden Verwaltungsvorschrift der folgende Prüfungsaufbau: (aa) Ist die Verwaltungsvorschrift mit höherem Recht vereinbar? (bb) Liegt ein atypischer Fall vor, der ein Abweichen von dem generalisiert ausgeübten Ermessen der Verwaltungsvorschrift im Einzelfall gebietet?

aa) Rechtmäßigkeit der ermessenslenkenden Verwaltungsvorschrift

Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften binden die Gerichte nicht. Sie werden vom Gericht nur insoweit inhaltlich zur Kenntnis genommen, als dies notwendig ist, um eine darauf gestützte Ermessensentscheidung der Verwaltung zu kontrollieren. Dazu muss das Gericht prüfen, ob sich die jeweilige Verwaltungsvorschrift ihrerseits innerhalb der Grenzen des § 114 VwGO bewegt.⁴³

Die Ermessensrichtlinien müssen die Gesetze oder höherrangiges Recht einhalten.⁴⁴ Der Maßstab ihrer Überprüfung ist derselbe wie hinsichtlich der Ermessensausübung im Einzelfall und ergibt sich aus § 114 VwGO, d.h. die ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften müssen sachgerecht sein und dürfen nicht zu rechtswidrigen Ergebnissen führen.

Ein Ermessensfehler liegt insbesondere dann vor, wenn die Behörde höherrangiges Recht, vor allem Grundrechte des Adressaten sowie – stets – den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht berücksichtigt.⁴⁵

(1) Postmortales Persönlichkeitsrecht

Die ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift könnte das postmortale Persönlichkeitsrecht von L. missachtet haben. Umstritten ist, ob sich dieses – so die Literatur⁴⁶ – aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG oder aber aus

dem durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Recht auf Totenfürsorge ableitet, so das Bundesverfassungsgericht⁴⁷. Die besseren Argumente sprechen für die Ansicht der Rechtsprechung. Zum einen ermöglicht ein Abstellen auf das Recht zur Totenfürsorge, den Hinterbliebenen – denen dieses Recht zusteht – eigene Rechte geltend zu machen. Zum anderen ist ein Verzicht auf die Menschenwürde nicht möglich. Demnach wäre es z.B. ausgeschlossen, den eigenen Körper zu Forschungs- oder Lehrzwecken zur Verfügung zu stellen. Selbst ein Organspendeausweis wäre vor diesem Hintergrund problematisch. Ungeachtet der rechtlichen Verortung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes ist die fachgerechte Obduktion jedenfalls nicht vom Schutzbereich umfasst. Die Leichenöffnung dient der Feststellung der Todesursache oder Todeszeit. Eine solche Untersuchung würdigt den Toten in seinem allgemeinen Achtungsanspruch, der ihm kraft seiner Menschenwürde zukommt und auch noch nach dem Tode Schutz genießt, nicht herab, erniedrigt ihn auch nicht.⁴⁸

(2) Freiheit des Glaubens aus Art. 4 Abs. 1 GG

Die ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift könnte gegen die Freiheit des Glaubens und der Religionsausübung gem. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG (einheitlicher Schutzbereich⁴⁹) verstoßen. Dazu müsste das Recht, Angehörige körperlich unversehrt zu bestatten, vom Schutzbereich der Glaubensfreiheit umfasst sein. Glauben und Weltanschauung geht es um die Stellung des Menschen in der Welt, seine Herkunft, sein Ziel und seine Beziehung zu höheren Mächten oder tieferen Seinschichten.⁵⁰ Zum Schutzbereich gehören insbesondere auch Kulthandlungen⁵¹, wie die Bestattung nach einem bestimmten religiösen Ritus. Auch die Überzeugung, dass der Leichnam zur Bestattung möglichst unversehrt sein soll, ist von der Glaubensfreiheit gedeckt.

Die Anordnung, einen Leichnam zu obduzieren, stellt einen Eingriff in dieses Grundrecht dar.

Der Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt sein. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG steht jedoch nicht unter einem Schrankenvorbehalt.⁵² Allerdings können auch unbeschränkt gewährte

⁴¹ Wolff, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 87; BVerwGE 14, 307 (309); 15, 190 (196); 31, 212 (214); 34, 278 (280 f.); 37, 57 (58 f.).

⁴² Wolff (Fn. 41), § 114 Rn. 98.

⁴³ BVerwG, Urt. v. 26.11.1970 – VIII C 104.68 = BVerwGE 36, 323 (325 ff.); 58, 181 (188); Wolff (Fn. 41), § 114 Rn. 104.

⁴⁴ Wolff (Fn. 41), § 114 Rn. 98.

⁴⁵ Riese, in: Schoch/Schneider (Fn. 15), § 114 Rn. 68.

⁴⁶ Höfling, in: Sachs (Fn. 25), Art. 1 Rn. 63.

⁴⁷ BVerfG NJW 1994, 783 (783).

⁴⁸ BVerfG NJW 1994, 783 (783).

⁴⁹ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, S. 170 Rn. 604.

⁵⁰ BVerwG NJW 2005, 85 (88).

⁵¹ Kingreen/Poscher (Fn. 49), S. 171 Rn. 608.

⁵² So die h.M. Eine Auffassung in der Lit., der sich das BVerwG teilweise angeschlossen hat, nimmt hingegen über Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV einen einfachen Gesetzesvorbehalt an, da sich die fehlende Schrankenregelung in Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG nur vor dem Hintergrund der Fortgeltung des Art. 136 Abs. 1 WRV erschließe (vgl. BVerwG NJW 2001, 1225 [1226]; Jarass, in: Jarass/Pierothe [Hrsg.], Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 4 Rn. 32). Für die Annahme verfassungsimmanenter Schranken mit der h.M. spricht jedoch die Systematik: Art. 136 Abs. 1 WRV erfasst im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG nur die Religionsfreiheit und nicht die Gewissensfreiheit, demnach würde die Annahme eines

Grundrechte durch verfassungsimmanente Schranken eingeschränkt werden, also andere Güter von Verfassungsrang, die mit Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG im Wege der praktischen Konkordanz in Einklang gebracht werden müssen. Vorliegend stehen der Glaubensfreiheit der Hinterbliebenen von L das staatliche Interesse an der Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 GG) entgegen. Darüber hinaus rechtfertigen ggf. Forschung und Entwicklung (Art. 5 Abs. 3 GG) eine Obduktion zur Weiterentwicklung von Impfstoffen. Beides stellen legitime Zwecke zur Einschränkung von Grundrechten dar.

Zwischen diesen widerstreitenden Interessen muss die das Ermessen ausübende Behörde einen gerechten Ausgleich finden. Die gerichtliche Überprüfung dieser Ermessensausübung ist eingeschränkt und auf die Überprüfung von Ermessensfehlern reduziert. Eine Ermessensunterschreitung bzw. deren extremste Form, der totale Ermessensausfall, ist bereits dann gegeben, wenn die Behörde ein relevantes Grundrecht gar nicht in ihre Ermessenserwägungen miteinbezogen haben.

Dies ist hier der Fall. Das Gesundheitsministerium hat keine Erwägungen dergestalt angestellt, dass in Einzelfällen religiöse Vorstellungen der Durchführung einer Obduktion entgegenstehen könnten. Es hat die Freiheit des Glaubens gar nicht berücksichtigt. Die Verwaltungsvorschrift hat für den ggf. atypischen Fall, eines besonders religiös geprägten Sachverhalts dem Gesundheitsamt keine Abweichungsbefugnisse eingeräumt. Dies stellt unabhängig von einer ggf. vorliegenden Verhältnismäßigkeit eine Ermessensunterschreitung dar.

(3) Art. 8 Abs. 1 EMRK

Daneben könnte auch ein Eingriff in Art. 8 EMRK vorliegen. Verwaltungsvorschriften sind zwingend im Lichte völkerrechtlicher Verpflichtungen auszulegen, denn andernfalls könnte die Exekutive die völkervertragliche Bindung nach ihrem Ermessen beseitigen.⁵³

Fraglich ist somit, ob sich durch Einbeziehung des EGMR-Urteils Polat/Österreich eine andere Ermessensentscheidung ergeben hätte. Hierfür ist von entscheidender Bedeutung, ob und auf welche Art die EMRK und die Entscheidungen des EGMR bei der Rechtsfindung Berücksichtigung finden.

Zunächst bindet die EMRK als völkerrechtlicher Vertrag die Vertragsstaaten nur im Verhältnis zueinander. Innerstaatliche Geltung erlangen völkerrechtliche Verträge in der Bundesrepublik Deutschland gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG nur mittels Umsetzung durch ein Bundesgesetz. Ein solches Umsetzungsgesetz steht im Rang eines einfachen Bundesgesetzes⁵⁴ und bindet gem. Art. 20 Abs. 3 GG auch die Rechtsprechung.

Gesetzesvorbehalts für die Religionsfreiheit zu einem stärkeren Schutz der Gewissensfreiheit führen, obschon Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG ein einheitliches Grundrecht darstellt. Auch eine historische Auslegung ergibt, dass der h.M. zu folgen ist: Art. 136 Abs. 1 WRV soll die Religionsfreiheit erweitern und nicht beschränken. Vgl. zur h.M. BVerfGE 33, 23 (30 f.); 93, 1 (21); *Kokott*, in: Sachs (Fn. 25), Art. 4 Rn. 137.

⁵³ BVerwGE 80, 233 (245 f.).

⁵⁴ *Kingreen/Poscher* (Fn. 49), S. 25 Rn. 70.

Allerdings hat auch das IfSG den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, sodass sich das Verhältnis beider Regelungskomplexe grundsätzlich nach dem Lex-posterior-Grundsatz ermitteln ließe. Aufgrund grundgesetzlicher Wertungsentscheidungen der EMRK in ihrer konkretisierten Auslegung durch den EGMR, in der sich der aktuelle Entwicklungsstand der Konvention widerspiegelt, entfaltet diese eine über einfaches Bundesrecht hinausgehende Bedeutung. Dies folgt daraus, dass sich dem Grundgesetz eine gewisse „Völkerrechtsfreundlichkeit“ entnehmen lässt. Eine solche „völkerrechtsfreundliche“ Ausrichtung des Grundgesetzes ergibt sich bereits aus der Präambel in der es heißt: „...von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat sich das deutsche Volk...“ Des Weiteren haben Art. 23, 24 GG die öffentliche Gewalt auf ein kooperatives Zusammenwirken mit anderen Staaten mithin auf eine internationale Zusammenarbeit festgelegt. Art. 25 GG bekennt sich sogar zu einem Vorrang von allgemeinen Regeln des Völkerrechts vor Bundesrecht und Art. 26 Abs. 1 S. 1 GG berücksichtigt das friedliche Zusammenleben der Völker. Art. 59 Abs. 2 GG schließlich ordnet das Völkervertragsrecht in das deutsche Normengefüge ein. Eine Völkerrechtsfreundlichkeit ist dem Grundgesetz mithin immanent.

Fraglich ist somit, wie diese Völkerrechtsfreundlichkeit in Ausgleich mit anderen Wertungen des Grundgesetzes zu bringen ist, z.B. dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 GG) und der Freiheit der Forschung (Art. 5 Abs. 3 GG). Dies kann durch Auslegung erfolgen. Denn § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG räumt der Behörde ein Ermessen ein. Sie kann Ermittlungen anstellen, muss aber nicht. Die Norm des § 25 Abs. 1 S. 2 IfSG ist dann nicht zu beanstanden, wenn bei ihrer Auslegung und Anwendung die Wertungen des Art. 8 EMRK und die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes berücksichtigt werden.

Nach Art. 8 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Zwar ist es nicht auszuschließen, dass die auf gesetzlicher Grundlage ergangene ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift notwendig ist, um die Gesundheit zu schützen. Allerdings hat der EGMR entschieden, dass das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens jedenfalls dann verletzt ist, wenn die Behörde im vorliegenden Fall keinen gerechten Ausgleich zwischen den relevanten konkurrierenden Interessen gefunden hat, indem sie die Erfordernisse der öffentlichen Gesundheit in höchstem Maße mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens in Einklang zu bringen versucht hat.

Das Ministerium hat das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens hier in keiner Weise berücksichtigt und somit Art. 8 EMRK missachtet. Dieses Versäumnis, eine

Abwägung vorzunehmen, stellt eine Verletzung des Art. 8 EMRK dar.

(4) *Art. 9 Abs. 1 EMRK*

Das Gleiche gilt für Art. 9 EMRK: Danach hat jede Person das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; dieses Recht umfasst die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu wechseln, und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht oder Praktizieren von Bräuchen und Riten zu bekennen.

Die Norm verbietet es nach der Rechtsprechung des EGMR nicht in jedem Fall, eine aus wissenschaftlichen Gründen gebotene Obduktion durchzuführen. Allerdings verpflichtet sie die Behörde dazu, die Notwendigkeit einer solchen Obduktion mit dem Interesse der Kläger an einer rituellen Beerdigung ihrer Tochter in Übereinstimmung mit ihren religiösen Überzeugungen abzuwägen. Dies ist hier nicht erfolgt, sodass unabhängig vom potentiellen Ausgang einer solchen Abwägung die Ermessensausübung fehlerhaft erfolgt ist. Dieses Versäumnis, eine Abwägung vorzunehmen, stellt eine Verletzung des Art. 9 EMRK dar.

(5) *Verhältnismäßigkeit*

Die Verwaltungsvorschrift könnte den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz missachtet haben. Dem verfassungsrechtlich radierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kommt mit Blick auf die Ermessensentscheidung eine zentrale Bedeutung zu.⁵⁵ Jede behördliche Entscheidung muss ein legitimes Ziel verfolgen und zur Erreichung desselben geeignet, erforderlich und angemessen sein. Es soll nach beiden Seiten im Wege der praktischen Konkordanz ein schonender Ausgleich hergestellt werden.⁵⁶

Auf der Seite der Hinterbliebenen sind vor allem deren Freiheit der Glaubensausübung (Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK) und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 9 Abs. 1 EMRK) sowie das aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes folgende Gebot, die deutschen Grundrechte völkerrechtskonform auszulegen, zu beachten. Dem steht das öffentliche Interesse am Schutz der Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 GG) und der Forschung (Art. 5 Abs. 3 GG) gegenüber.

Eine Obduktion ist grundsätzlich geeignet, diese Interessen zu fördern. Es ist auch kein milderer gleichermaßen geeignetes Mittel ersichtlich, welches den verfolgten Zweck in derselben Weise fördern würde. Die Obduktion ist somit auch erforderlich.

Die Obduktion müsste mit Blick auf die kollidierenden Rechtsgüter und Interessen, insbesondere der Angehörigen, auch angemessen sein. Dies ist sie, wenn der Eingriff bzw. die Beeinträchtigung, die der Eingriff für den Einzelnen bedeutet, und der mit dem Eingriff verfolgte Zweck in recht

gewichtetem und wohl abgewogenem Verhältnis zueinander stehen.⁵⁷

Abstrakt wiegen beide Seiten schwer, sodass ein abstrakter Vorrang der ein- oder anderen Seite nicht erkennbar ist.

Auf konkreter Ebene ist auch die Eingriffsintensität zu berücksichtigen. Die Duldung einer Obduktion von Angehörigen kann, insbesondere für religiös geprägte Menschen, einen schweren Eingriff darstellen.

Demgegenüber wird mit einer weiteren obduzierten kürzlich geimpften Person nur ein ungewisser und möglicherweise geringer Forschungserfolg erzielt, sodass konkret die Interessen der Hinterbliebenen das öffentliche Interesse überwiegen.⁵⁸ Zwar überwiegt grundsätzlich das öffentliche Interesse an der Bekämpfung einer weltweiten Pandemie das private und religiöse Interesse Einzelner. Die Obduktion dient vorliegend allerdings nicht primär der Pandemiebekämpfung, sondern in erster Linie der Erforschung von Impfnebenwirkungen, die mit der Pandemiebekämpfung nur in einem mittelbaren Zusammenhang stehen.

Der wesentliche Grund für die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsvorschrift ist indes nicht die mögliche Unverhältnismäßigkeit, sondern vor allem der Ermessensausfall. Diesem hätte durch Festlegung einer Abweichungsbefugnis in besonderen ggf. atypischen Einzelfällen begegnet werden können und müssen.

bb) *Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts*

Im Rahmen der ermessenslenkenden Verwaltungsvorschrift wurde das Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Dies ist indes unschädlich, wenn die ausführende Behörde im konkreten Fall von den Maßgaben der Verwaltungsvorschrift abweicht, indem sie alle widerstreitenden Interessen korrekt in ihre Ermessenserwägungen einbezieht und sich mit der Frage eines möglicherweise atypischen Falls auseinandersetzt. Die Ermessensentscheidung im Einzelfall unterliegt der – wenn gleich beschränkten – Kontrolle durch das Gericht, sodass jede rechtswidrige Ermessensausübung einen Rechtsfehler darstellt, der zur Aufhebung der Verwaltungsentscheidung durch das Gericht führt.

Eine Bindungswirkung der Verwaltung an ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften ist rechtlich nicht zu beanstanden, obwohl im Grundsatz jede Behörde ihr Ermessen selbst auszuüben hat.⁵⁹ Trotz ihrer grundsätzlichen Bindungswirkung für die Verwaltung dürfen die Verwaltungsvorschriften im konkreten Fall jedoch nicht ohne Einzelfallprüfung herangezogen werden.⁶⁰ Die Behörde ist auch in diesem Fall zu einer eigenverantwortlichen Ermessensentscheidung unter sachlicher Berücksichtigung aller einschlägigen Gesichtspunkte des konkreten Falles verpflichtet.⁶¹

⁵⁷ Kingreen/Poscher (Fn. 49), S. 96 Rn. 340.

⁵⁸ So i.E. auch Ulsenheimer, in: Laufs/Kern/Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 134 Rn. 55; a.A. sehr gut vertretbar.

⁵⁹ Wolff (Fn. 41), § 114 Rn. 87; BVerwGE 14, 307 (309); 15, 190 (196); 31, 212 (214); 34, 278 (280 f.); 37, 57 (58 f.).

⁶⁰ Wolff (Fn. 41), § 114 Rn. 93, 94.

⁶¹ Ebd.

⁵⁵ Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 3), VwGO § 114 Rn. 29.

⁵⁶ Ebd.

Jeder ermessenslenkenden Verwaltungsvorschrift ist der Vorbehalt einer Abweichung im Einzelfall immanent – insbesondere in einem atypischen Fall.⁶² Dies gilt auch dann, wenn die Richtlinie strikt und vorbehaltlos formuliert ist. Liegt ein atypischer Fall vor, muss die Behörde diesen bei ihrer Ermessensanwendung berücksichtigen und ggf. eine von der Verwaltungsvorschrift abweichende Rechtsfolge wählen,⁶³ auch wenn eine solche Abweichungsbefugnis in der Verwaltungsvorschrift nicht explizit angeordnet wird.

Bei auf Verwaltungsvorschriften gestützten Ermessensentscheidungen hat die Entscheidung im Ergebnis, d.h. in der Kombination der abstrakten Ermessensentscheidung der Verwaltungsvorschrift mit der konkreten Einzelfallregelung, eine sachgerechte Entscheidung darzustellen.⁶⁴ Wesentliche Ermessensgesichtspunkte, die nach der Ermessensnorm oder aufgrund anderer Vorgaben zu beachten sind, müssen entweder in der Ermessensrichtlinie berücksichtigt sein oder sind im jeweiligen Einzelfall ergänzend in die Auswahlentscheidung einzustellen.⁶⁵

Da eine abstrakt-generelle Berücksichtigung der privaten und religiösen Belange der E auf Ebene der Verwaltungsvorschrift nicht erfolgt ist und diese insbesondere keine Abweichungsbefugnis in atypischen Ausnahmefällen statuiert hat, hätte sich die ermessensausübende Behörde im konkreten Einzelfall selbstständig mit dem möglichen Vorliegen eines solch atypischen Einzelfalls befassen müssen und die Belange der Religion und der Achtung des Privat- und Familienlebens, ungeachtet der Vorgaben der Verwaltungsvorschrift, in ihre eigenen Ermessenserwägungen einbeziehen müssen. Indem sie dies nicht getan hat, ist ihre Entscheidung schon aufgrund des vorliegenden Ermessensausfalls rechtswidrig.

Allerdings hat das Gesundheitsamt gem. § 114 S. 2 VwGO die Möglichkeit, seine Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – und zwar bis zur letzten mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz – zu ergänzen.

IV. Ergebnis

Angesichts der Ermessensfehler der Verwaltung sind die Obduktionsanordnung und der diese bestätigende Widerspruchsbescheid aufzuheben.

Die Klage ist insoweit begründet.

D. Ergebnis

Die Anfechtungsklage gegen die Obduktionsanordnung und den diese bestätigenden Widerspruchsbescheid wird Erfolg haben.

⁶² BVerwGE 31, 212 (213 f.); 70, 127 (142); 85, 177 (180); *Wolff* (Fn. 41), § 114 Rn. 95, 96.

⁶³ *Wolff* (Fn. 41), § 114 Rn. 95, 96.

⁶⁴ *Wolff* (Fn. 41), § 114 Rn. 99.

⁶⁵ Ebd.; BVerwGE 77, 352 (364).